



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

**2020/4b**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 120.- Schweiz  
CHF 120.- Ausland (portofrei)  
(Form: 727.000.20/4b)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://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](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:  
CHF 30.-  
Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 120.- Svizzera  
CHF 120.- estero (porto franco)

---

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

2020/4b

**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 2021

---

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission <sup>1</sup>
	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	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<sup>1</sup> 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.

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	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 <sup>1</sup>
	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	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<sup>1</sup> 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.

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza <sup>1</sup>
	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	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

<sup>1</sup> 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>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
<b>B 2</b>	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>2.</b>	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. <i>im RPW 2020/4a S. 1661</i>	
	2. <i>im RPW 2020/4a S. 1721</i>	
	3. Eishockey im Pay-TV	1858
	4. Netzzugang EGZ und ewl	1863
<b>3.</b>	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Hitachi Ltd./ABB Management Holding AG	1895
	2. Hitachi/Honda/HIAMS	1897
	3. Advent International Corporation/Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited/Thyssenkrupp Elevator AG	1899
	4. Emmi AG/Chäs Hütte Zollikon GmbH	1904
	5. Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.	1906
	6. Medbase/HCH/SDH/zahnarztzentrum.ch	1909
	7. BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY	1912
	8. SBB Cargo	1915
	9. Warburg Pincus/Vista Equity Partners/Infoblox Inc.	2009
	10. Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen	2011
	11. Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited	2014
<b>5.</b>	<b>Andere Entscheide</b> <b>Autres décisions</b> <b>Altre decisioni</b>	
	1. Verfügung des Sekretariats vom 20. Juni 2016 betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts gegen A.	2018
	2. Verfügung vom 3. November 2020 betreffend Anonymisierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts gegen A.	2023
<b>7.</b>	<b>Stellungnahme</b> <b>Préavis</b> <b>Preavvisi</b>	
	1. Stellungnahme zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie	2030
	2. Vernehmlassung zur Verordnung über Härtefallmassnahmen für Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Härtefallverordnung)	2031
	3. Ämterkonsultation zur Revision des Energiegesetzes (Fördermassnahmen ab 2023)	2034
<b>B 3</b>	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 30. Januar 2019 – Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO in der Vorabklärung '_____'; Verfügung der WEKO vom 20. Juni 2016	2046
	2. Urteil vom 22. April 2020 – Init7 (Schweiz) AG gegen Swisscom (Schweiz) AG, Eidg. Kommunikationskommission ComCom – Interconnect Peering	2059
<b>B 4</b>	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 17. Juli 2020 – Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO in der Vorabklärung Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2019	2076
	2. Urteil vom 3. August 2020 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau	2079

---

<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
<b>C 2</b>	<b>Bundesgericht</b>	
	Tribunal fédéral	
	Tribunale federale	
	1. Urteil vom 14. April 2020 – Zuständigkeit, Gerichtsstandsvereinbarung, Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 8. Juli 2019	2085
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	2092
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	2094

---



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

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>3. Eishockey im Pay-TV</b>

*Zwischenverfügung vom 28. März 2019 in Sachen Untersuchung: Eishockey im Pay-TV gemäss Art. 27 KG betreffend Beteiligung als Dritte gemäss Art. 43 KG*

**Sunrise Communications AG**, in Zürich, *Gesuchstellerin*

vertreten durch [...]

**UPC Schweiz GmbH**, in Wallisellen, *Gesuchsgegnerin*

vertreten durch [...]

#### **A Sachverhalt und Verfahren**

1. Am 22. Mai 2017 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die UPC Schweiz GmbH (nachfolgend: UPC) eröffnet. Die Untersuchungseröffnung wurde in der Folge gestützt auf Art. 28 KG im Bundesblatt vom 13. Juni 2017 veröffentlicht. Die Bekanntmachung nannte den Gegenstand und die Adressatin der Untersuchung. Sie enthielt zudem den Hinweis, dass Dritte sich innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen (Art. 28 Abs. 2 KG).<sup>1</sup>

2. Mit Schreiben vom 13. Juli 2017 beantragte die Gesuchstellerin, sie sei im Untersuchungsverfahren gegen UPC als Dritte ohne Parteistellung im Sinne von Art. 43 KG zu beteiligen. Die Gesuchstellerin beantragte zudem, ihr sei im Rahmen des Untersuchungsverfahrens gegen UPC ein allfälliger Verfügungsantrag des Sekretariates zuzustellen und Gelegenheit zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG einzuräumen; sie sei vor dem Erlass einer allfälligen das Untersuchungsverfahren gegen UPC abschliessenden Verfügung der WEKO im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG anzuhören; und ihr sei eine allfällige das Untersuchungsverfahren gegen UPC ab-

schliessende Verfügung der WEKO im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG zumindest zur Kenntnis zu bringen.<sup>2</sup>

3. Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 gab das Sekretariat UPC Gelegenheit, zur Anmeldung der Gesuchstellerin als Dritte gemäss Art. 43 KG Stellung zu nehmen. Zugleich teilte das Sekretariat UPC mit, dass nach einer ersten Sichtung die Gesuchstellerin die Voraussetzungen für eine Beteiligung grundsätzlich zu erfüllen scheine. In der Anmeldung der Gesuchstellerin werde allerdings ausgeführt, dass derzeit noch Verhandlungen zwischen ihr und UPC über den Zugang zu den untersuchungsrelevanten TV-Inhalten stattfinden würden. Die Beteiligung an der Untersuchung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst a KG setze voraus, dass die Gesuchstellerin aufgrund der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sei. Ob die Gesuchstellerin diese Voraussetzung erfülle, sei aufgrund der laufenden Verhandlungen noch ungewiss. Die Beteiligung könne daher bis zur Klärung dieser Frage von vornherein nur vorläufig erfolgen.<sup>3</sup> Diese vorläufige Einschätzung teilte das Sekretariat mit Schreiben vom 14. Juli 2017 auch der Gesuchstellerin mit.<sup>4</sup>

4. Mit Schreiben vom 29. August 2017 nahm UPC zur Frage der Beteiligung der Gesuchstellerin Stellung. Darin teilte UPC die Meinung des Sekretariats, wonach die Voraussetzungen für eine Beteiligung der Gesuchstellerin gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zurzeit nicht erfüllt

<sup>1</sup> Vgl. BBI 2017 3956.

<sup>2</sup> Vgl. act. 34.

<sup>3</sup> Vgl. act. 35.

<sup>4</sup> Vgl. act. 36.

seien. Gemäss der gesetzlichen Verfahrensregelung von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG sei aber eine «vorläufige» Beteiligung nicht vorgesehen – auch nicht für den Fall, dass die Möglichkeit bestehe, dass diese Voraussetzungen in einem späteren Zeitpunkt erfüllt sein könnten. Entsprechend sei das Gesuch der Gesuchstellerin bis zum Zeitpunkt pendent zu halten, in welchem entweder die Gesuchstellerin substantiiert darlege, dass die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllt seien oder bestätige, dass keine Wettbewerbsbehinderung vorliege.<sup>5</sup>

5. Mit Schreiben vom 30. August 2017 setzte das Sekretariat die Gesuchstellerin über die Stellungnahme von UPC in Kenntnis. Das Sekretariat stellte dabei in Aussicht, den Entscheid über die Beteiligung der Gesuchstellerin als Dritte gemäss Art. 43 Abs. 1 KG zu sistieren, bis diese substantiiert darlege, dass die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllt seien oder bestätige, dass keine Wettbewerbsbehinderung vorliege.<sup>6</sup> Entsprechende Mitteilung erfolgte jeweils mit Schreiben des Sekretariats vom 30. August 2017 auch an UPC<sup>7</sup> sowie an die in der Zwischenzeit in der Untersuchung als Parteien beteiligten CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend zusammen: Swisscom)<sup>8</sup>.

6. Mit Schreiben vom 13. September 2017 erklärte sich UPC mit der vom Sekretariat in Aussicht gestellten Sistierung einverstanden.<sup>9</sup>

7. Swisscom nahm mit Schreiben vom 2. Oktober 2017 Stellung.<sup>10</sup> Swisscom rügte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil ihr nicht das ursprüngliche Gesuch der Gesuchstellerin, sondern erst das Schreiben des Sekretariats vom 30. August 2017 zur Stellungnahme unterbreitet worden sei. Zudem bestehe keine Rechtsgrundlage für eine Sistierung des Entscheids über die Beteiligung der Gesuchstellerin als Dritte gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG. Die Anmeldung müsse zwingend innert der Frist von Art. 28 Abs. 2 KG erfolgen, womit der Gesetzgeber im Untersuchungsverfahren frühzeitig Rechtssicherheit über die Beteiligung Dritter habe schaffen wollen. Das vom Sekretariat gewählte Vorgehen konterkariere diesen gesetzgeberischen Willen. Im Ergebnis räume die Sistierung der Gesuchstellerin eine «Option» auf Drittbeteiligung ein, weil diese jederzeit und über die 30-tägige Verwirkungsfrist hinaus faktisch ihre Drittbeteiligung herbeiführen könne. Dieses Vorgehen widerspreche der gesetzlichen Verwirkungsfrist und verletze Bundesrecht. Gleichwohl verzichte Swisscom auf den Erlass einer formellen Verfügung, behalte sich jedoch vor, die Angelegenheit mit einer allfälligen Beschwerde in der Hauptsache zu rügen.

8. Die Stellungnahme von Swisscom stellte das Sekretariat je mit Schreiben vom 3. Oktober 2017 der Gesuchstellerin und UPC zu.<sup>11</sup>

9. Mit Schreiben vom 14. Februar 2018 forderte das Sekretariat die Gesuchstellerin auf, über den Stand der Verhandlungen mit UPC zu informieren.<sup>12</sup> Daraufhin antwortete die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 15. März 2018, dass sie UPC letztmalig aufgefordert habe, ihr ein verbindliches schriftliches Angebot zu unterbreiten. Eine Antwort von UPC stehe derzeit noch aus.<sup>13</sup>

10. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2018 teilte das Sekretariat der Gesuchstellerin mit, dass die Ermittlungen in der Untersuchung 32-0260: Eishockey im Pay-TV vor ihrem Abschluss stehen würden und daher die Frage der Beteiligung der Gesuchstellerin nicht länger ungeklärt bleiben könne. Die Gesuchstellerin solle begründet darlegen, inwiefern die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllt seien. Danach sei über ihre Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 KG zu entscheiden.<sup>14</sup>

11. Die Gesuchstellerin kam der Aufforderung des Sekretariats mit Schreiben vom 21. November 2018 nach.<sup>15</sup> Darin bestätigte die Gesuchstellerin die in ihrem Schreiben vom 13. Juli 2017 gestellten Anträge (vgl. Rz 2). Zur Begründung brachte die Gesuchstellerin vor, sie habe sich über Monate hinweg in guten Treuen darum bemüht, mit UPC auf dem Verhandlungsweg eine einvernehmliche Lösung bezüglich des Zugangs zu den untersuchungsrelevanten Eishockeyübertragungsrechten zu finden. UPC habe die Gewährung des Zugangs denn auch immer wieder in Aussicht gestellt, ohne jedoch den Worten Taten, d. h. ein konkretes und verbindliches Angebot folgen zu lassen. Die Gesuchstellerin habe UPC im November 2018 eine letzte Frist für ein verbindliches Angebot gesetzt, andernfalls die Gesuchstellerin die Verhandlungen als gescheitert erachten müsse. Auch innert dieser letzten Frist habe die Gesuchstellerin kein verbindliches Angebot erhalten. Insbesondere vor dem Hintergrund der weit über ein Jahr andauernden Verhandlungen erscheine eine Einigung auf dem Verhandlungsweg unmöglich. Die Verhandlungen seien damit gescheitert. Die Gesuchstellerin werde aufgrund des missbräuchlichen Verhaltens von UPC auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs für die Spiele der Saison 2017/18 bis 2021/22 (als Abnehmerin) und auf dem Markt für TV-Plattformen (als Konkurrentin) an der Aufnahme des Wettbewerbs konkret behindert.

12. Das Schreiben der Gesuchstellerin vom 21. November 2018 wurde UPC und Swisscom je mit Schreiben des Sekretariats vom 27. November 2018 zur Stellungnahme zugestellt.<sup>16</sup>

13. Mit Schreiben vom 11. Januar 2019 nahm Swisscom Stellung zum Schreiben der Gesuchstellerin vom 21. November 2018.<sup>17</sup> Sie bekräftigte darin die Ausführungen ihres Schreibens vom 2. Oktober 2017, wonach

<sup>5</sup> Vgl. act. 44.

<sup>6</sup> Vgl. act. 45.

<sup>7</sup> Vgl. act. 47.

<sup>8</sup> Vgl. act. 46.

<sup>9</sup> Vgl. act. 53.

<sup>10</sup> Vgl. act. 57.

<sup>11</sup> Vgl. act. 59 und 60.

<sup>12</sup> Vgl. act. 81.

<sup>13</sup> Vgl. act. 91.

<sup>14</sup> Vgl. act. 109.

<sup>15</sup> Vgl. act. 112.

<sup>16</sup> Vgl. act. 113 und 114.

<sup>17</sup> Vgl. act. 120.

eine Beteiligung der Gesuchstellerin am Verfahren gestützt auf Art. 43 KG rechtswidrig sei. Swisscom verzichte aber gleichwohl auf den Erlass einer formellen Verfügung, behalte sich jedoch vor, die Angelegenheit mit einer allfälligen Beschwerde in der Hauptsache zu rügen. Soweit das Sekretariat beabsichtige, auch den weiteren Anträgen der Gesuchstellerin stattzugeben, behalte sich Swisscom vor, hiergegen – gegebenenfalls mittels Antrag auf Erlass einer formellen Verfügung – vorzugehen.

14. UPC nahm mit Schreiben vom 11. Januar 2019 Stellung zum Schreiben der Gesuchstellerin vom 21. November 2018.<sup>18</sup> Darin führte UPC aus, dass sich keine Veränderung bezüglich der Ausgangslage im Zusammenhang mit dem Begehren der Gesuchstellerin zur Beteiligung als Dritte ergeben habe. Die vom Sekretariat angeordnete Sistierung sei entsprechend weiterzuführen. Beim Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach die Verhandlungen für einen Zugang zu den Eishockeyübertragungsrechten gescheitert seien, handle es sich um einen einseitigen Positionsbezug, welcher von der Verhandlungsgeschichte zwischen den beiden Verhandlungsparteien nicht gedeckt sei.

15. Mit Schreiben vom 23. Januar 2019 wies das Sekretariat Swisscom darauf hin, dass seiner Ansicht nach die Gesuchstellerin im Falle einer Beteiligung gemäss Art. 43 KG gestützt auf Art. 43 Abs. 2 KG Anspruch auf zumindest eine Anhörung habe. Aus einer Beteiligung der Gesuchstellerin gemäss Art. 43 KG folge daher zwangsläufig die Gutheissung des von der Gesuchstellerin bezüglich der Anhörung gestellten Verfahrensantrags. Entsprechend gab das Sekretariat Swisscom nochmals Gelegenheit, Einwände gegen die Beteiligung der Gesuchstellerin zu erheben.<sup>19</sup>

16. Mit Schreiben vom 23. Januar 2019 teilte das Sekretariat UPC mit, dass aufgrund des Verfahrensstandes der Untersuchung 32-0260: Eishockey im Pay-TV die Frage der Beteiligung der Gesuchstellerin nicht länger ungeklärt bleiben könne. Entsprechend gab das Sekretariat auch UPC nochmals Gelegenheit, Einwände gegen die Beteiligung der Gesuchstellerin zu erheben.<sup>20</sup>

17. Swisscom bestätigte mit Schreiben vom 1. Februar 2019, auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung zu verzichten.<sup>21</sup>

18. Mit Schreiben vom 1. Februar 2019 ersuchte UPC um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend Beteiligung der Gesuchstellerin als Dritte gemäss Art. 43 KG. UPC führte dazu aus, dass nach wie vor keine Anhaltspunkte ersichtlich seien, dass bezüglich der Gesuchstellerin durch das Verhalten von UPC eine Wettbewerbsbeschränkung bestehen würde. Entsprechend dürften der Gesuchstellerin keine Beteiligungsrechte als Dritte im Sinne von Art. 43 KG eingeräumt werden.<sup>22</sup>

## B Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

19. Mit dem Entscheid über die Beteiligung als Dritte im Verfahren gemäss Art. 43 KG wird über die Begründung von Rechten der Gesuchstellerin im Verfahren entschieden (Art. 5 Abs. 2 Bst. c VwVG<sup>23</sup>). Auch wenn eine Beteiligung gemäss Art. 43 KG nicht dieselben Verfahrens-

rechte mit sich bringt wie eine Beteiligung als Partei gemäss Art. 6 VwVG, so führt eine Gutheissung des Beteiligungsgesuchs zumindest zum Anspruch auf eine Anhörung (Art. 43 Abs. 2 KG). Solche Entscheide sind deshalb als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren.<sup>24</sup> Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ist für den Erlass einer verfahrensleitenden Verfügung das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig.

### B.2 Beteiligung nach Art. 43 KG

20. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG gewährt Personen Verfahrensrechte, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkungen in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind. Hierunter fallen auch Personen, welche als direkte Abnehmer der von einem mutmasslichen Kartellrechtsverstoss betroffenen Leistung unmittelbares «Opfer» des mutmasslich gegen das Kartellrecht verstossenden Unternehmens sind. Dies gilt indessen nur, soweit der Abnehmer oder die Abnehmerin die bezogene Leistung für eine unternehmerische Tätigkeit benötigt und z. B. nicht bloss Konsument oder Konsumentin ist. Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich zudem, dass ein solches Abnehmerunternehmen nur dann als Dritter zu beteiligen ist, wenn es in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs auf seinem Markt behindert wird.<sup>25</sup>

21. Bereits aus der Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994<sup>26</sup> geht hervor, dass der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG in Frage kommenden Dritten je nach Wettbewerbsbeschränkung einen beachtlichen Umfang annehmen kann. Dazu zählen gemäss Bundesgericht die aktuellen Konkurrenten, die sich auf dem Markt bewegen, auf dem sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Die Beteiligung Dritter liegt dabei nicht nur in deren Interesse, sondern trägt auch Wesentliches zur Klärung des rechtserheblichen Sachverhalts bei und erhöht damit die Qualität der Entscheide.<sup>27</sup>

22. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann aufgrund der Unterscheidung zwischen beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung der Kreis der beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 Abs. 1 KG relativ weit gefasst werden.<sup>28</sup>

23. Für die Zulassung als beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG muss nicht der Nachweis erbracht werden, dass der Antragsteller tatsächlich Opfer

<sup>18</sup> Vgl. act. 121.

<sup>19</sup> Vgl. act. 129.

<sup>20</sup> Vgl. act. 128.

<sup>21</sup> Vgl. act. 130.

<sup>22</sup> Vgl. act. 131.

<sup>23</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>24</sup> Vgl. DAVID BRUCH/SILVAN MEIER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 23 N 72.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2018/1, 127 Rz 9, *Verzinkung - Parteistellung*.

<sup>26</sup> BBl 1995 I 616.

<sup>27</sup> BGE 139 II 328, E. 4.2, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>28</sup> BGE 139 II 328, E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; vgl. zum Ganzen auch MARKUS WYSSLING/JÜRGEN BICKEL, DIKE KG (Fn 24), Art. 43 N 17 ff.

eines KG-Verstoss wurde und dass er (deshalb) aktuell tatsächlich in seinem Markt in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert wurde. Denn wäre dies Voraussetzung, so müssten die Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung der Beteiligtenstellung eine umfassende materiell-rechtliche Bewertung des untersuchten Verhaltens vornehmen. Zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt ist aber lediglich davon auszugehen, dass Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (vgl. Rz 1; Art. 27 Abs. 1 KG).<sup>29</sup>

24. Die Gesuchstellerin hat ihre Anmeldung zur Beteiligung als Dritte innerhalb von 30 Tagen seit der Bekanntgabe der Untersuchungseröffnung und damit innerhalb der gesetzlichen Frist von Art. 28 Abs. 2 KG angemeldet. Unstrittig ist auch, dass die Gesuchstellerin weder im Zeitpunkt der Anmeldung noch heute von UPC Zugang zu den Gegenstand der Untersuchung 32-0260: Eishockey im Pay-TV bildenden Eishockeyübertragungen erhalten hat.

25. Strittig ist, ob das Verhandlungsergebnis zwischen der Gesuchstellerin und UPC einer Verweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gleichkommt. Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass die Frage des Vorliegens einer tatbestandsmässigen Verweigerungshandlung gerade Teil der materiell-rechtlichen Beurteilung bildet (vgl. Rz 23). Angesichts der langen, ergebnislosen Verhandlungsdauer ist es zumindest nicht von vornherein abwegig, das Verhalten von UPC im Ergebnis als Verweigerung zu qualifizieren.

26. Dass das Verhandlungsergebnis zum Zeitpunkt der Anmeldung noch nicht feststand, kann nicht entscheidend sein. Sollte die Untersuchung ergeben, dass seitens UPC gar nie der Wille bestand, der Gesuchstellerin Zugang zu den fraglichen Eishockeyübertragungen zu gewähren, und damit trotz Verhandlungen insgesamt eine Verweigerung vorliegt, so bestand diese Situation bereits im Zeitpunkt der Anmeldung. Anders sähe die Situation aus, wenn die Gesuchstellerin die Verhandlungen mit UPC erst nach Ablauf der Frist von Art. 28 Abs. 2 KG aufgenommen hätte.

27. Bei der Gesuchstellerin handelt es sich offensichtlich um ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG, welches die fraglichen Eishockeyinhalte für seine unternehmerische Tätigkeit auf dem nachgelagerten TV-Plattformmarkt nachfragt. Ob es sich dabei um einen objektiv notwendigen Input handelt, ist allerdings eine materiell-rechtliche Frage. Gestützt auf die Ergebnisse der Untersuchung Sport im Pay-TV kann diese Frage jedenfalls nicht von vornherein verneint werden.<sup>30</sup>

28. Insgesamt erfüllt damit die Gesuchstellerin die Voraussetzungen von Art. 43 KG. Sie ist deshalb als beteiligte Dritte gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung 32-0260: Eishockey im Pay-TV zu beteiligen.

29. Aus der Beteiligung der Gesuchstellerin ergibt sich gestützt auf Art. 43 Abs. 2 KG, dass sie von der WEKO vor Erlass einer verfahrensabschliessenden Verfügung zumindest angehört wird. Dabei schreibt das Kartellgesetz aber nicht vor, in welcher Form die Anhörung zu erfolgen hat. Ein Anspruch auf eine mündliche Anhörung besteht nicht.<sup>31</sup>

30. Zwar hat die Gesuchstellerin keinen über eine Anhörung hinausgehenden Anspruch auf Verfahrensbeteiligung. Als Dritte ohne Parteistellung hat sie insbesondere kein Akteneinsichtsrecht. Art. 43 Abs. 2 KG sieht explizit vor, dass die Beteiligung der Dritten ohne Parteistellung auf die Anhörung beschränkt werden kann. Welche Verfahrensrechte dem Dritten ohne Parteistellung über die Anhörung hinaus zukommen, liegt damit im Ermessen der Behörde.<sup>32</sup>

31. Dementsprechend kann die Behörde darüber entscheiden, den Antrag des Sekretariats der Gesuchstellerin vollständig, auszugsweise oder in zusammengefasster Form zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zustellen. Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche gegen die Zustellung des Antrags des Sekretariats zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG an die Gesuchstellerin sprechen würden. Insbesondere sind aufgrund der beteiligten Verfahrensparteien ohnehin schon verschiedene Antragsversionen unter Abdeckung unterschiedlicher Geschäftsgeheimnisse zu erstellen. Das Erstellen einer zusätzlichen Version, in welcher sämtliche Geschäftsgeheimnisse abgedeckt sind, verursacht daher keinen wesentlichen Mehraufwand. Im Zeitpunkt der vorliegenden Zwischenverfügung erscheint es sachgerecht, die Gesuchstellerin zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen zu lassen. Es kann daher in Aussicht gestellt werden, dass der Gesuchstellerin der Antrag des Sekretariats vollständig, auszugsweise oder in zusammengefasster Form zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zugestellt werden wird.

32. Falls die Gesuchstellerin die Möglichkeit erhält, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen, ist dem Anhörungsanspruch der Gesuchstellerin grundsätzlich Genüge getan. Ob eine mündliche Anhörung durchzuführen und die Gesuchstellerin dazu einzuladen ist, hat die WEKO zu beschliessen (Art. 30 Abs. 2 KG).

### C Entzug der aufschiebenden Wirkung

33. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist gegen eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Die Beurteilung, ob diese Voraussetzung in casu erfüllt und somit auf eine allfällige Beschwerde einzutreten wäre, obliegt der Beschwerdeinstanz. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG).

34. Soweit die Verfügung keine Geldleistungen zum Gegenstand hat, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe vorliegen; dabei hat eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zu erfolgen.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2018/1, 128 Rz 16, *Verzinkung - Parteistellung*.

<sup>30</sup> Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 651, *Sport im Pay-TV*.

<sup>31</sup> Vgl. DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 28), Art. 43 N 28.

<sup>32</sup> Vgl. DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 28), Art. 43 N 28.

<sup>33</sup> Vgl. RPW 2007/3, 487 Rz 14, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*, und RPW 2006/3, 510 Rz 19, *IMS Health GmbH*; statt vieler HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Auflage, 2016, Art. 55 VwVG N 92 ff., m.w.Hinw.

35. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der vermutliche Ausgang des Verfahrens in der Interessenabwägung berücksichtigt werden, sofern die Prozessaussichten eindeutig sind.<sup>34</sup> Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung kann sich im Einzelfall daher rechtfertigen, um zu vermeiden, dass aussichtslose Beschwerden alleine um eines Verzögerungserfolgs willen erhoben werden.<sup>35</sup>

36. Im Verfahren «Sport im Pay-TV» sind sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht auf eine Beschwerde der Untersuchungsadressatinnen gegen die Gewährung der Parteistellung Dritter (darunter auch UPC) mangels nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht eingetreten.<sup>36</sup> Dies muss umso mehr für die vorliegende Situation gelten, in welcher der Gesuchstellerin nicht Parteistellung, sondern bloss eine Beteiligung als Dritte nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG gewährt werden soll. Insbesondere steht vorliegend nicht zur Diskussion, der Gesuchstellerin Akteneinsicht zu gewähren. Inwiefern die Zustellung des allfälligen, um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Verfügungsantrags des Sekretariates und die Einräumung der Gelegenheit zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG für UPC unter diesen Umständen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken soll, ist nicht ersichtlich. Eine allfällige Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung muss daher als aussichtslos bewertet werden. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird daher im öffentlichen Interesse an der effizienten Durchsetzung des Kartellrechts und im privaten Interesse aller Verfahrensbeteiligten an der beförderlichen Durchführung des kartellrechtlichen Verfahrens die aufschiebende Wirkung entzogen.

## D Kosten

37. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>37</sup> ist grundsätzlich gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a GebV-KG). Das Verursacherprinzip wird jedoch in Art. 3 Abs. 2 GebV-KG durch das Unterliegerprinzip eingeschränkt, wonach Untersuchungsadressaten grundsätzlich keine Kosten zu tragen haben, wenn das gegen sie geführte Verfahren eingestellt wird. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid zur alten Gebührenverordnung KG (gestützt auf allgemeine Regelungen der Kostenaufgabe im Verwaltungsverfahren, welche nach wie vor Gültigkeit haben) entschieden, dass im kartellrechtlichen Verfahren nebst dem Verursacherprinzip grundsätzlich auch das Unterliegerprinzip zu beachten sei.<sup>38</sup>

38. Die Kosten der Zwischenverfügung sind grundsätzlich der Gesuchstellerin aufzuerlegen, wenn das Gesuch abgelehnt wird. Wird dem Gesuch entsprochen, sind sie zu den Verfahrenskosten zu schlagen und mit der Endverfügung zu verlegen.<sup>39</sup>

39. Nachdem die Gesuchstellerin um Beteiligung als Dritte ersucht hat, gilt sie als Verursacherin der vorliegenden Verfügung, auch wenn letztlich UPC den Erlass einer formellen Verfügung verlangt hat. Allerdings dringt die Gesuchstellerin mit ihrem Ersuchen vollumfänglich durch und kann daher nicht als unterliegend qualifiziert werden. Entsprechend können Sunrise keine Kosten

aufgelegt werden. Die Kosten dieser Verfügung sind mit dem Endentscheid in der Hauptsache zu verlegen.

## E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Die Sunrise Communications AG wird als Dritte ohne Parteistellung i.S.v. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG in der Untersuchung 32-0260: Eishockey im Pay-TV beteiligt.
2. Die Kosten dieser Verfügung werden mit dem Endentscheid in der Hauptsache verlegt.
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Sunrise Communications AG, vertreten durch [...];
  - UPC Schweiz GmbH, vertreten durch [...];
  - CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG, alle vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>34</sup> Vgl. BGE 129 II 286, E. 3; BVGE 2007/13, E. 2.2.

<sup>35</sup> Vgl. HANSJÖRG SEILER (Fn 33), Art. 55 VwVG N 98.

<sup>36</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_1009/2014 vom 6.7.2015 und Urteil des BVGer B-1635/2014 vom 2.10.2014.

<sup>37</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>38</sup> BGE 128 II 247, 257 ff. E. 6 (= RPW 2002/3, 546 ff. E. 6), *BKW FMB Energie AG*.

<sup>39</sup> Vgl. DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 28), Art. 43 N 26.

*Verfügung vom 25. Mai 2020 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Netzzugang EGZ und ewl wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG, gegen*

1. ewl Energie Wasser Luzern Holding AG, in Luzern
2. Erdgas Zentralschweiz AG, in Luzern,  
beide vertreten durch [...]

## A Verfahren

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

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

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

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

#### A.1.1 Verweigerung des Netzzugangs zur Belieferung des Anzeigers

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

5. Anfang März 2017 schloss der Anzeiger mit der Drittlieferantin Enerprice Service AG (nachfolgend: Enerprice) einen drei Jahre laufenden Gasliefervertrag für den Zeitraum vom 1. Januar 2018, 6.00 Uhr bis 1. Januar 2021, 6.00 Uhr ab.<sup>4</sup> Anschliessend stellte der Anzeiger bei der Koordinationsstelle Durchleitung (nachfolgend: KSDL) ein Netzzugangsgesuch, um Enerprice den Transport von Erdgas über das Hochdruckrohrleitungsnetz der EGZ und das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl bis zu seinem Hausanschlusspunkt zu ermöglichen. Beim Netzzugangsgesuch des Anzeigers handelt es sich um einen einzelnen Transport für eine Transportkapazität von 4,5 Nm<sup>3</sup>/h.<sup>5</sup>

6. Die KSDL leitete das Gesuch praxismässig an die ewl und die EGZ als betroffene Netzbetreiber weiter. Die EGZ lehnte das Gesuch mit Schreiben vom 7. April 2017 ab, da die Durchführung dieses Transportes technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar sei.<sup>6</sup> Die ewl verwies nach mehrmaligem Nachfragen des Anzeigers mit Schreiben vom 12. Juni 2017 darauf, dass sich die Frage des Netzzugangs nicht stelle, da bereits die EGZ als vorgelagerte Gasnetzbetreiberin diesen verweigere.<sup>7</sup> Auf Aufforderung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat), die Frage des Zugangs zum lokalen Netz unabhängig von der Möglichkeit des Transports auf dem Netz der EGZ zu beurteilen, legte die ewl dar, dass sie die Frage, ob sie dem Gesuchsteller Netzzugang gewähren kann, nicht beantworten könne, da noch viel zu viele Fragen offen seien, die durch den Gesetzgeber geklärt werden müssten.<sup>8</sup>

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

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

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

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

<sup>2</sup> Vgl. Geschäftsbericht ewl 2019, 8 und 17; [https://gb.ew-luzern.ch/fileadmin/user\\_upload/redakteure/gb2019/pdf/ewl-GB2019\\_Jahresbericht.pdf](https://gb.ew-luzern.ch/fileadmin/user_upload/redakteure/gb2019/pdf/ewl-GB2019_Jahresbericht.pdf) (25.5.2020).

<sup>3</sup> Vgl. Geschäftsbericht ewl 2019 (Fn 2), 22.

<sup>4</sup> Verbindliches Angebot Erdgaslieferung (act. 11), Ziff. 2.

<sup>5</sup> Vgl. Anzeige (act. 1), Rz 2. Nm<sup>3</sup> ist die Einheit für das Gasvolumen im Normzustand (d. h. bei einem bestimmten Standarddruck und einer bestimmten Standardtemperatur). Dieses Volumen multipliziert mit dem Brennwert (in kWh pro m<sup>3</sup> bezogen auf den Normzustand) ergibt die Energie eines bestimmten Gasvolumens in kWh. Dividiert man die Energie durch die Zeiteinheit (h für Stunde), so resultiert daraus die Leistung in kW. Die Einheit Nm<sup>3</sup>/h misst daher die Leistung bzw. Kapazität einer Leitung für den Durchfluss von Gas.

<sup>6</sup> Vgl. Anzeige (act. 1), Beilage 3.

<sup>7</sup> Vgl. Anzeige (act. 1), Beilagen 4 und 5.

<sup>8</sup> Vgl. Stellungnahme ewl vom 25.9.2017 (act. 12), 11.

<sup>9</sup> Vgl. Anzeige (act. 1), 1.

- [...], für die Lieferperiode von 1. Januar 2019 bis 1. Januar 2020 (Netzzugangsgesuch vom 8. September 2017 mit Ergänzungen vom 23. November 2017<sup>10</sup>) für eine Transportkapazität von 27 Nm<sup>3</sup>/h;
- [...], für die Lieferperiode von 1. Januar 2020 bis 1. Januar 2021 (Netzzugangsgesuch vom 8. September 2017 mit Ergänzungen vom 23. November 2017<sup>11</sup>) für eine Transportkapazität von 44 Nm<sup>3</sup>/h;
- [...], für die Lieferperiode von 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2019 (Netzzugangsgesuch vom 18. Mai 2018) für eine Transportkapazität von 30 Nm<sup>3</sup>/h.<sup>12</sup>

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

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

### A.1.3 Grundlagen des Netzzugangs

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

12. Bei den rund 100 Gasnetzbetreibern in der Schweiz handelt es sich grösstenteils um vertikal integrierte GVU,

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

#### A.1.3.1 Grundzüge des Netzzugangs gemäss Verbändevereinbarung

13. Der Zugang Dritter zum Erdgasnetz in der Schweiz ist nur marginal gesetzlich geregelt: Einerseits in Art. 13 RLG<sup>19</sup> und andererseits durch die allgemeinen Normen des Kartellgesetzes. Eine umfassende spezialgesetzliche Regelung – wie sie etwa im Bereich der Stromversorgungsgesetzgebung besteht – existiert für den Gasbereich bis heute nicht. Art. 13 Abs. 1 RLG hält lediglich fest, dass die Schweizer Gasnetzbetreiber verpflichtet sind, gegen eine angemessene Gegenleistung Erdgastransporte für Dritte zu übernehmen, sofern dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.

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

<sup>10</sup> Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Rz 1.

<sup>11</sup> Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Rz 1.

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

<sup>13</sup> Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Beilage 5.

<sup>14</sup> Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38), Beilage 10.

<sup>15</sup> Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38).

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

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

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

<sup>19</sup> Rohrleitungsgesetz (Fn 17).

<sup>20</sup> [www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Verbändevereinbarung; http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user\\_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf](http://www.ksdl-erdgas.ch/Downloads/Verbändevereinbarung;http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf) (25.5.2020).

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

15. Ziel der Verbändevereinbarung ist die Sicherstellung eines reibungslosen Gasnetz Zugangs für die Belieferung von industriellen Grossverbrauchern in der Schweiz.<sup>22</sup> Gemäss der Verbändevereinbarung ist netzzugangsbe-rechtigt, wer pro Verbrauchsstelle *kumulativ* folgende Voraussetzungen erfüllt:

- Die vertragliche Transportkapazität des Netznutzers beträgt mindestens 150 Nm<sup>3</sup>/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.<sup>23</sup>

16. Aufgrund eines seitens des VSG eingeleiteten Widerspruchsverfahrens im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG führte das Sekretariat im Jahr 2013 eine Vorabklärung durch, in welcher verschiedene Regelungen der Verbändevereinbarung einer (nicht abschliessenden) kartellrechtlichen Beurteilung unterzogen wurden.<sup>24</sup> Die Vorabklärung wurde mit Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 – mit diversen Vorbehalten und ausdrücklich weiterhin bestehender Sanktionsdrohung – eingestellt.<sup>25</sup> Der Schlussbericht hielt dabei unter anderem fest, dass die Anwendung der Netzzugangskriterien, wonach der Netzkunde eine vertragliche Transportkapazität von mindestens 200 Nm<sup>3</sup>/h (aktuell: 150 Nm<sup>3</sup>/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.<sup>26</sup>

17. Die zentrale Instanz für die Abwicklung von Netzzugangsgesuchen im Anwendungsbereich der Verbändevereinbarung ist die bei der Swissgas AG (nachfolgend: Swissgas) angesiedelte KSDL. Sie koordiniert im Auftrag der Netzbetreiber den Netzzugang über sämtliche Netzebenen hinweg und stellt Standardverträge sowie andere netzzugangsrelevante Informationen zur Verfügung. Die KSDL gibt interessierten Netzkunden Auskunft über freie Transportkapazitäten auf dem schweizerischen Hochdrucknetz und publiziert auf ihrer Internetplattform<sup>27</sup> die Netznutzungsentgelte der Netzbetreiber (pro Netzebene).<sup>28</sup>

18. Um Erdgas von einer Einspeisestelle in das schweizerische Erdgasnetz zur Ausspeisestelle bei der Endkundin oder beim Endkunden transportieren zu lassen, nimmt der Netzkunde – dies kann ein Erdgaslieferant, ein Dienstleister oder die Endkundin resp. der Endkunde selbst sein – eine oder mehrere dieser Netzebenen in Anspruch. Für jede in Anspruch genommene Netzebene wird ein separates Netznutzungsentgelt in Rechnung gestellt. Für die lokale Netzebene erfolgt die Ermittlung des Netznutzungsentgelts gemäss dem Branchenstandard «Nemo»<sup>29</sup>, für die regionale und überregionale Netzebene gemäss dem Branchenstandard «Entgelte für regionale und überregionale Zonen».<sup>30</sup> Der Netzkunde schliesst lediglich einen Netznutzungsvertrag mit jenem Netzbetreiber ab, an dessen Netz die zu belie-

fernde Endkundin resp. der zu beliefernde Endkunde angeschlossen ist. Mit diesem Netznutzungsvertrag erhält er auch automatischen Zugang zu den entsprechenden Vorliegernetzen in der Schweiz.<sup>31</sup>

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

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

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

<sup>23</sup> Allgemeine Netznutzungsbedingungen; [www.ksdl-erdgas.ch](http://www.ksdl-erdgas.ch) > Downloads > Allgemeine Netznutzungsbedingungen (ANB), [http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user\\_upload/ksdl-erdgas/Downloads/ANB\\_V\\_1.5a.pdf](http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/ANB_V_1.5a.pdf) (25.5.2020).

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

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

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

<sup>27</sup> <http://www.ksdl-erdgas.ch> (25.05.2020).

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

<sup>29</sup> Vgl. <http://www.ksdl-erdgas.ch> > Downloads > Nemo Handbuch; [http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user\\_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Nemo\\_Basisdokument\\_2016.pdf](http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Nemo_Basisdokument_2016.pdf) (25.5.2020).

<sup>30</sup> Vgl. [www.ksdl-erdgas.ch](http://www.ksdl-erdgas.ch) > Downloads > Grundsätze zu Entgelte regionale und überregionale Zone; [http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user\\_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Entgelte\\_regionale\\_ueberregionale\\_Zonen.pdf](http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Entgelte_regionale_ueberregionale_Zonen.pdf) (25.5.2020).

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

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

<sup>33</sup> In aufwändigen Fällen ist die KSDL berechtigt, die Gebühr angemessen zu erhöhen; vgl. Ziff. 2-4 der Gebührenordnung der KSDL für die Behandlung von Gesuchen um Netzzugang von Dritten; [http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user\\_upload/ksdl-erdgas/Downloads/KSDL-Gebuehrenordnung\\_ab\\_09-10-01.pdf](http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/KSDL-Gebuehrenordnung_ab_09-10-01.pdf) (25.5.2020).



- Der Netzkunde hat die Möglichkeit, seinen Netznutzungsvertrag in eine Bilanzgruppe<sup>34</sup> seiner Wahl innerhalb einer Bilanzzone<sup>35</sup> einzubringen. Dazu schliesst er mit dem entsprechendem Bilanzgruppenverantwortlichen<sup>36</sup> einen Dienstleistungsvertrag ab. Der Bilanzgruppenverantwortliche<sup>37</sup> informiert den regionalen Netzbetreiber mit Kopie an die KSDL schriftlich.<sup>38</sup>

20. Danach gestaltet sich die *Abwicklung* der Netznutzung wie folgt:

- Der Netzkunde bzw. Bilanzgruppenverantwortliche nominiert entsprechend den Regeln der ANB bzw. des Bilanzgruppenvertrages (BGV)<sup>39</sup> bei Swissgas und beim Bilanzgruppenverantwortlichen.
- Der Bilanzgruppenverantwortliche informiert den Netzkunden bzw. Bilanzgruppenverantwortlichen monatlich über die Nutzung des Toleranzbandes und sendet ihm falls erforderlich eine Rechnung gemäss ANB bzw. BGV.<sup>40</sup>

### A.1.3.2 Arbeiten an einem Gasversorgungsgesetz

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

22. Vom 30. Oktober 2019 bis 14. Februar 2020 wurde eine Vernehmlassung zum GasVG durchgeführt. In Bezug auf den Netzzugang sieht der Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates eine regulatorische Teilmarktöffnung vor. Lediglich Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Verbrauch von mindestens 100 Megawattstunden (MWh) sollen im Gesetz ein Recht auf freie Wahl des Erdgaslieferanten erhalten.<sup>42</sup>

### A.1.4 Grundlagen im Bereich der Erdgaslieferung

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

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

25. Diese Importabhängigkeit hat dazu geführt, dass die lokalen GVU (ehemalige Stadtgasproduzenten) mit dem Aufkommen von Erdgas gemeinsame Beschaffungsorganisationen gegründet haben, um die Nachfrage zu bündeln. Damit erklärt sich auch die Bottom up-Organisationsstruktur der Schweizer Erdgasbranche. Die rund 100 lokalen GVU sind in den vier Regionalgesellschaften EGZ, Erdgas Ostschweiz AG (nachfolgend: EGO), Gasverbund Mittelland AG (nachfolgend: GVM) und Gaznat SA (nachfolgend: Gaznat) zusammengeschlossen, die ihrerseits die nationale Einkaufsgesellschaft Swissgas gegründet haben. Swissgas liefert das

Erdgas an die Regionalgesellschaften, ebenso liefern die Regionalgesellschaften dieses an ihre Eigentümer, die lokalen GVU, weiter. Diese Struktur ist über die vergangenen vierzig Jahre mehr oder weniger unverändert geblieben.<sup>44</sup>

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

27. Im Jahr 2009 wurde von Swissgas zusammen mit der deutschen Verbundnetz Gas Aktiengesellschaft die SET Swiss Energy Trading AG (nachfolgend: SET) gegründet, um die schweizerische Erdgasbeschaffung für den kurzfristigen Bezug zu optimieren und die Versorgung über Langfristverträge über die Regionalgesellschaften und Swissgas zu ergänzen. Die SET betreibt

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

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

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

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

<sup>38</sup> Vgl. Verbändevereinbarung (Fn 20), Ziff. 2.5.1; [http://www.kSDL-erdgas.ch/fileadmin/user\\_upload/kSDL-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf](http://www.kSDL-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/kSDL-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf) (25.05.2020).

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

<sup>40</sup> Vgl. Verbändevereinbarung (Fn 20), Ziff. 2.5.2.

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

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

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

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

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

dazu eine Erdgas-Handelsplattform, welche gemeinsam von Swissgas und den vier Regionalgesellschaften genutzt wird.<sup>46</sup> Im vergangenen Jahrzehnt ist eine zunehmende Verlagerung von der Beschaffung über die Swissgas hin zur Beschaffung über die Regionalgesellschaften feststellbar.<sup>47</sup>

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

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

## A.2 Verfahrensgeschichte

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

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

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

33. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2017 stellte das Sekretariat ein Amtshilfegesuch an das Bundesamt für Energie (nachfolgend: BFE) und bat um die Beantwortung diverser Fragen im Zusammenhang mit technischen und finanziellen Aspekten des Netzzugangs.<sup>53</sup> Das BFE beantwortete die vom Sekretariat gestellten Fragen mit Eingabe vom 31. Januar 2018.<sup>54</sup>

34. Das Sekretariat gelangte in seinem Schlussbericht vom 27. November 2018 zum Ergebnis, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der ewl und der EGZ in den Märkten für den Transport und die Verteilung von Erdgas über ihre Rohrleitungsnetze eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Weiter würden Anhaltspunkte vorliegen, dass die ewl und die EGZ diese marktbeherrschende Stellung missbraucht und Geschäftsbeziehungen in ungerechtfertigter Weise verweigert haben könnten, indem sie das Netzzugangsgesuch zur Drittbeflieferung des Anzeigers durch die Enerprice sowie allenfalls weitere derartige Gesuche zur Beflieferung anderer Endkundinnen und Endkunden ablehnten.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>50</sup> Vgl. Anzeige (act. 1), S.1.

<sup>51</sup> Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8).

<sup>52</sup> Vgl. Information Eröffnung Vorabklärung (act. 13).

<sup>53</sup> Vgl. Amtshilfegesuch BFE (act. 16).

<sup>54</sup> Vgl. Antwortbrief auf Amtshilfegesuch BFE (act. 18).

<sup>55</sup> Vgl. Anzeige Netzzugang [...] (act. 38).

<sup>56</sup> Vgl. Schreiben Untersuchungseröffnung an ewl und EGZ (act. 26).

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

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

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

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

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

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

#### B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

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

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

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

46. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (nachfolgend: BVGer) wurde nunmehr klargestellt, dass für die Einordnung einer bestimmten Gesellschaft in einen Konzern das Leitungsprinzip, d. h. die tatsächliche Ausübung einer effektiven Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft, entgegen einer bislang vertretenen Ansicht in der gesellschaftsrechtlichen Literatur, jedenfalls für eine kartellrechtliche Beurteilung, keine notwendige Voraussetzung darstellt. Vielmehr ist entsprechend dem Kontrollprinzip die bloss Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.<sup>64</sup> Dabei ist anzumerken, dass für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung nicht die Rechtsprechung, sondern die Änderung durch den Gesetzgeber ursächlich war. So wurde aArt. 663e Abs. 1 OR<sup>65</sup> per 1. Januar

2013 durch die Rechnungslegungsvorschriften von Art. 963 Abs. 1 OR ersetzt. Dabei ging der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des OR vom Leitungsprinzip zum Kontrollprinzip über.

47. Die ewl und die EGZ sind u. a. im Bereich der Gasversorgung tätig und insofern Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess. Ob im Bereich des Kartellrechts den neuen Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts Rechnung zu tragen ist und entsprechend die Kontrollmöglichkeit für das Vorliegen einer Konzernstruktur genügt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Die Anforderungen für das Vorliegen eines Konzerns sind vorliegend sowohl nach dem Kontroll- als auch nach dem Leitungsprinzip erfüllt, da die Muttergesellschaft ewl die Tochtergesellschaft EGZ zum Zeitpunkt der unzulässigen Verhaltensweise effektiv kontrolliert hat. Vorliegend ist die ewl als Holdinggesellschaft die Konzernmutter von neun Aktiengesellschaften, namentlich der EGZ.<sup>66</sup> Die Geschäfte der EGZ werden von ewl geführt.<sup>67</sup> Gemäss dem Handelsregistereintrag sind GL-Mitglieder und Verwaltungsräte der ewl für die EGZ zeichnungsberechtigt.<sup>68</sup> Die leitenden Funktionen bei der ewl und der EGZ werden von denselben Personen wahrgenommen. So ist der Vorsitzende der Geschäftsleitung der ewl gleichzeitig Geschäftsführer der EGZ. Zudem wird die Funktion des Verwaltungsratspräsidenten von derselben Person ausgeübt. EGZ ist daher nicht in der Lage, sich vom Mutterhaus ewl unabhängig zu verhalten. Vor diesem Hintergrund hat die EGZ keine wirtschaftliche Selbstständigkeit. Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG ist damit der gesamte ewl-Konzern.

#### B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

48. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

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

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

<sup>61</sup> JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010 (zit. BSK KG), Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C 484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

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

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

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

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

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

<sup>67</sup> <http://www.egz.ch> (25.5.2020).

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

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

### B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

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

### B.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

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

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

### B.3 Verfügungsadressatinnen

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

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

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

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

57. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.<sup>74</sup> Gemäss BVGer kann es im Einzelfall aus Gründen der Prozessökonomie ausreichend sein, dass die Wettbewerbsbehörde das Verfahren nur gegen eine Konzerngesellschaft führt und gegen diese eine Verfügung erlässt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen.<sup>75</sup>

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

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz 14.

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

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

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

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

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

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

## B.4 Vorbehaltene Vorschriften

59. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Gemäss Bundesgericht ist Art. 3 Abs. 1 KG restriktiv auszulegen. Ein Ausschluss des Kartellgesetzes ist nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt.<sup>76</sup> Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

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

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

62. Gemäss Art. 13 RLG ist eine Unternehmung verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind, und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet (Abs. 1).<sup>77</sup> Im Falle von Streitigkeiten entscheidet das BFE über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen (Abs. 2). Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden die Zivilgerichte (Abs. 3).

63. Die Transportpflicht gemäss Art. 13 RLG vermag keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu begründen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Parteien zuerst über die Bedingungen des Dritttransports verhandeln. Zur Durchsetzung der Transportpflicht interveniert das BFE nur subsidiär, wenn sich die Parteien über die Vertragsbedingungen nicht einigen können. Die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten geht somit dem behördlichen Eingriff vor. Das BFE interveniert sodann nur zwischen den Streitparteien und im konkreten Fall. Das heisst, es erlässt keine allgemeingültige Tarifordnung. Art. 13 Abs. 2

RLG unterscheidet sich damit etwa von der Interventionsordnung von Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG<sup>78</sup>, wonach die Eidgenössische Elektrizitätskommission (El-Com) Netznutzungstarife und –entgelte sowie Elektrizitätstarife von Amtes wegen überprüft und Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen kann.

64. Die Regelung in Art. 13 Abs. 2 RLG entspricht eher der Bestimmung zur Interkonnektion im Fernmeldewesen gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG<sup>79</sup>. Danach verfügt die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) die Bedingungen des Zugangs, wenn sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten darüber einigen können. Die Preisregulierung durch die ComCom ist subsidiär.<sup>80</sup> Auch in diesem Kontext geht die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten dem behördlichen Eingriff vor.<sup>81</sup> Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht zur wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup>

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

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

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

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

<sup>79</sup> Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 (FMG; SR 784.10).

<sup>80</sup> 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).

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

<sup>82</sup> 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.

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

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

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

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

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

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

### B.5 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

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

72. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU<sup>86</sup> nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension.<sup>87</sup>

### B.5.1 Die relevanten Märkte

#### B.5.1.1 Vorbemerkungen zu den Märkten im Erdgasbereich

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

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

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

Infrastrukturbezogene Märkte:

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

Märkte für den Verkauf von Erdgas:

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

76. Die Praxis der WEKO bezüglich Markttabegrenzungen im Erdgasbereich hat sich im Ergebnis stark an die Praxis der EU-Kommission angelehnt.<sup>89</sup>

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

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

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

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

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

<sup>89</sup> Vgl. RPW 2014/1, 119 Rz 71 *Verbandsvereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

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

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

### B.5.1.2 Sachlich relevante Märkte

#### B.5.1.2.1 Infrastrukturbezogene Märkte<sup>90</sup>

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

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

ein sachlich relevanter Markt für Erdgasverteilung über das Niederdruckrohrleitungsnetz der ewl abzugrenzen.

#### B.5.1.2.2 Märkte für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden

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

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

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

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

84. Vorliegend wird mit der Verbändevereinbarung, insb. durch das Kriterium des Prozessgases und der minimalen Leistungsgrenze von 150 Nm<sup>3</sup>/h, eine faktische Unterteilung nach grösseren und kleineren Endkundinnen und Endkunden vorgenommen. Noch wesentlicher ist im vorliegenden Fall, dass mit dieser Unterteilung auch eine Zweiteilung des Endkundenbereichs vorgenommen wird, die definiert, welche Endkundinnen und Endkunden von

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

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

<sup>92</sup> CASE AT.39767 – *E.ON Gas*, Rz 22 m. w. H.

<sup>93</sup> COMP/39.317 – *E.ON Gas*, Rz 17.

einer Belieferung mit Erdgas unter Wettbewerbsbedingungen profitieren können und welche nicht. Vorliegend weigerten sich die ewl und die EGZ unter anderem auch daher, der Enerprice ihre Rohrleitungsnetze zur Verfügung zu stellen, da hinsichtlich der Belieferung des Anzeigers und der [...] in der Stadt Luzern die Voraussetzungen für den Netzzugang gemäss der Verbändevereinbarung nicht erfüllt sind. Die ewl und die EGZ haben sich im Rahmen der Vorabklärung dahingehend geäußert, dass sie im Falle von weiteren Anfragen durch Drittlieferanten auch hinsichtlich der Belieferung weiterer Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl den Netzzugang verweigern würden, falls die Kriterien der Verbändevereinbarung in Bezug auf die betreffenden Kunden nicht vorliegen sollten.<sup>94</sup>

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

86. Daraus ergeben sich die folgenden zwei Endkundenmärkte:

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

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

### **B.5.1.3 Räumlich relevante Märkte**

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

#### **B.5.1.3.1 Infrastrukturbezogene Märkte**

89. 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.<sup>95</sup>

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

#### **B.5.1.3.2 Märkte für Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden**

91. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden teilen die Auffassung der europäischen 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 Erdgaslieferung an Endkundinnen und Endkunden ausgegangen werden, wenn einerseits ein Versorgerwahlrecht 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.<sup>96</sup> Wenn der Netzzugang zur Belieferung einer Endkundin oder eines Endkunden über die Rohrleitungsnetze des angestammten Netzbetreibers verweigert wird, bestehen aufgrund des Monopolcharakters des Netzes keine Ausweichmöglichkeiten zur Belieferung der betreffenden Kundin resp. des betreffenden Kunden (vgl. 11 f., 102 f. und 131).

92. Die Erdgasliefermärkte sind in der Schweiz insoweit liberalisiert, als dass gestützt auf Art. 13 RLG und Art. 7 KG netzfremde Erdgaslieferanten grundsätzlich einen Anspruch auf Netzzugang geltend machen können. Anders als etwa im Bereich der Stromversorgungsgesetzgebung<sup>97</sup> 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. einer Endkundin oder einem Endkunden verpflichtet ist sowie insbesondere auch über die Netzzugangsbedingungen. Zur Zeit läuft die Vernehmlassung zu einem Gasversorgungsgesetz, das bezüglich Netzzugang eine Teilmarktöffnung vorsieht (siehe Abschnitt A.1.3.2). Ob ein solches Gesetz erlassen werden wird und welche Vorgaben zum Netzzugang es erforderlichenfalls enthalten könnte, ist aus heutiger Sicht nicht abschätzbar.

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

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

<sup>96</sup> 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*.

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



93. Vor diesem Hintergrund hat die Schweizer Gasindustrie die Verbändevereinbarung als eigene Branchenlösung für den Netzzugang erarbeitet, welche jedoch nicht allgemein verbindlich ist.<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup>

94. Da der Netzzugang zurzeit nur gestützt auf Art. 13 RLG und Art. 7 KG geltend gemacht werden kann, kann mangels allgemeinverbindlicher Zugangsregeln keine generelle Aussage darüber gemacht werden, ob 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.<sup>100</sup>

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

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

#### **B.5.1.4 Vorbringen der Parteien zur Marktabgrenzung**

97. Die Parteien bringen vor, dass sich der Gasliefermarkt und auch entsprechende Infrastrukturen im Wettbewerb mit anderen Wärmeträgern befinden würde. Insofern seien bei der Definition des relevanten Marktes alle substituierbaren Güter einzubeziehen; d. h. in Bezug auf die Endkundinnen und Endkunden alle substituierbaren Güter, welche das Kochen und Heizen ermöglichen würden. Auch im Wärmemarkt könnten sich Gaslieferanten und Gasinfrastrukturunternehmen nicht unabhängig im Markt verhalten. Erhöhten sie ihre Preise, würden sie ein massives Risiko eingehen, dass Kunden den Energieträger wechseln würden.<sup>101</sup> Insofern beantragen die Parteien, dass ein intermodaler Wärmemarkt als sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist. Diese Einschätzung der Parteien ist abzulehnen. Die typische Nachfragekonstellation eines Endkunden, der Erdgas zum Heizen, zur Warmwasseraufbereitung oder zum Kochen verwendet, ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Aus-

tausch des Energieträgers vor Ablauf der Amortisation einer bestehenden Wärmeverrichtung in aller Regel ausscheidet. Für die Umstellung auf einen anderen Energieträger wären erhebliche Investitionen erforderlich. Für den vorzeitigen Ersatz einer noch funktionsfähigen Anlage vor Ende ihrer Lebensdauer bestehen aus finanziellen Gesichtspunkten keine Anreize. Im Übrigen müssten für den Austausch des Energieträgers bestimmte sachlich-räumliche Voraussetzungen gegeben sein, wie etwa die Möglichkeit des Anschlusses an ein Fernwärmesystem oder vorhandener Platz für den Einbau eines Öltanks.<sup>102</sup> Insofern fehlt es an der erforderlichen Substitutionsbeziehung zwischen Erdgas und anderen Energieträgern.

#### **B.5.1.5 Ergebnis relevante Märkte**

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

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

#### **B.5.2 Beurteilung der Marktstellung**

99. Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, insbesondere, wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsvariablen ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt.<sup>103</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **B.5.2.1 Aktueller Wettbewerb in den infrastrukturbezogenen Märkten**

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

103. Der Betrieb des Transportnetzes und des Verteilnetzes für Erdgas können in aller Regel als natürliche Monopole angesehen werden, sodass kein wirksamer Wettbewerb auf den entsprechenden infrastrukturbezogenen Märkten stattfinden kann (vgl. oben Rz 11 und

nachfolgend Abschnitt B.5.2.2 und Abschnitt B.5.3.2.3). Gleichwohl kann bei geeigneter Regulierung des Netzzugangs wirksamer Wettbewerb im Bereich der Erdgaslieferung – also dem Verkauf von Erdgas an Endkundinnen und Endkunden – entstehen.<sup>105</sup>

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

#### **B.5.2.2 Potentieller Wettbewerb in den infrastrukturbezogenen Märkten**

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

#### **B.5.2.3 Stellung der Marktgegenseite**

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

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

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

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

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

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

#### B.5.2.4 Zwischenfazit

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

### B.5.3 Unzulässige Verhaltensweisen

#### B.5.3.1 Allgemeines

110. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.<sup>107</sup>

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

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

113. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe»<sup>111</sup> festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: Einerseits ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Andererseits sind mögliche

Rechtfertigungsgründe (sog. «Legitimate Business Reasons») zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe.<sup>112</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

115. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es für die Frage des Missbrauchs grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchem ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit der 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.<sup>114</sup>

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

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

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

#### B.5.3.2.1 Voraussetzungen

118. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.<sup>116</sup> Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird. Diesbezüglich werden auch spezifischere Verhaltensweisen erfasst, wie die Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (Essential Facility) zu gewähren, die für ein Unternehmen zur Herstellung bestimmter Produkte oder zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen unerlässlich ist.<sup>117</sup>

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

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

<sup>114</sup> 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*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### B.5.3.2.2 Geschäftsverweigerung

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

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

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

125. Weiter ist eine Ablehnungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens hinsichtlich der Nutzung der wesentlichen Einrichtung erforderlich.<sup>132</sup> Vorliegend haben die ewl und die EGZ die Netzzugangsgesuche des Anzeigers und der Enerprice zur Durchleitung über ihre Netze verweigert. Diese Zugangsverweigerung fand

durch schriftliche Ablehnung der Netzzugangsgesuche statt (vgl. oben A.1.1 und A.1.2.).

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

### B.5.3.2.3 Von der Verweigerung betroffener Input

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

131. Der Zugang zu den Netzen der Verfügungsadressatinnen zur Nutzung für den Erdgastransport bzw. die Erdgasverteilung stellt offenkundig einen essentiellen Input zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden mit Erdgas auf den nachgelagerten Liefermärkten dar. Drittlieferanten sind zwingend auf die Nutzung des Rohrleitungsnetzes, an welchem die zu versorgende Endkundin resp. der zu versorgende Endkunde angeschlossen ist, sowie der diesem vorgelagerten Netze angewiesen, um Erdgas zu dieser Kundin resp. zu diesem Kunden transportieren zu können (vgl. oben Rz 11 f. und 102 f.). Insofern besteht ein Zusammenhang zwischen der Inanspruchnahme der Rohrleitungsnetze der ewl und der EGZ sowie der Belieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas, da letzteres nicht ohne die Gewährung des Netzzugangs erfolgen kann. Der Bau von parallelen Rohrleitungsnetzen wäre wirtschaftlich unsinnig und wohl auch rechtlich nicht möglich, da die Konzession zur Nutzung des öffentlichen Grundes bereits den angestammten Netzbetreibern erteilt wurde. Falls von Drittlieferanten initiierte Netzzugangsgesuche verweigert werden, bestehen für diese somit keine zumutbaren Alternativen, um Erdgas zu Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl transportieren zu können. Somit sind die Anforderungen an die Unerlässlichkeit eines objektiv notwendigen Einsatzguts vorliegend erfüllt.

132. Der Zugang zu den Netzen der EGZ und der ewl zu deren Nutzung für den Transport und die Verteilung von

Erdgas zu Endkundinnen und Endkunden stellt somit einen objektiv notwendigen Input dar, der unerlässlich ist, damit die Enerprice sowie weitere Drittlieferanten die Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl mit Erdgas beliefern können.

#### B.5.3.2.4 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

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

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

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

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

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

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

<sup>136</sup> Vgl. Botschaft zum KG, BBl 1995, 571.

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

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

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

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

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

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

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

### B.5.3.2.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe

#### B.5.3.2.5.1 Allgemeines

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

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

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

142. Weiter kommen wie erwähnt auch Effizienzgründe in Frage.<sup>152</sup>

143. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an die Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung zu einem Netzwerk («Essential Facility») aufgrund der qualifizierten Abhängigkeit von der Einrichtung *hohe* Anforderungen zu stellen. Die Verweigerung beziehungsweise Einschränkung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG kann aber insbesondere dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn Kapazitätsengpässe oder technische Probleme vorliegen<sup>153</sup> beziehungsweise «wenn die wirtschaftlichen Leistungen des Kunden objektiv nicht mehr genügen oder wenn die Abnahme- oder Lieferpolitik des Kunden derart geändert wird, dass sie vom Marktbeherrscher aus ökonomischen Gründen nicht mehr getragen werden kann».<sup>154</sup> Überdies kann eine Zugangsverweigerung, die nachweislich zu besserer Qualität bzw. besseren Preisen für die Konsumenten führt, einen potentiellen Kartellrechtsverstoss sachlich rechtfertigen.<sup>155</sup> Sodann ist im Zusammenhang mit einer Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.<sup>156</sup> Vor diesem Hintergrund, d. h. zur Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen, kann einem marktbeherrschenden Unternehmen allenfalls die Möglichkeit gewährt werden, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeitweisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt.<sup>157</sup>

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

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

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

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

<sup>146</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 28.

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

<sup>148</sup> Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468, 569.

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

<sup>150</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 133), Rz 29.

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

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

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

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

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

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

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

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

#### B.5.3.2.5.2 Prüfung der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe

##### Allgemeine Anmerkungen

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

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

##### Gesetzliche Bestrebungen: Gasversorgungsgesetz

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

147. Die anstehende Rechtsänderung ist kein sachlicher Grund für die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zur Inkraftsetzung der neuen Regelung, da zum jetzigen Zeitpunkt nicht klar ist, ob überhaupt und allenfalls wann ein GasVG mit detaillierten Vorgaben zum Netzzugang in Kraft treten wird.<sup>163</sup> Die Vernehmlassung zum GasVG wurde zwischen dem 30. Oktober 2019 und dem 14. Februar 2020 durchgeführt. Es ist zumindest mit einer weiteren Ämterkonsultation zu rechnen, bevor die Vorlage allenfalls an das Parlament überwiesen wird. Bis zum Inkrafttreten einer allfälligen Regulierung zum Netzzugang für Endkundinnen und Endkunden im Gasbereich könnten damit noch mehrere Jahre vergehen. Das

vorliegende Verfahren kann entsprechend nicht ausgesetzt werden, bis ein GasVG in Kraft getreten ist. Der Anzeiger und die Drittlieferantin Enerprice haben vielmehr einen Anspruch darauf, dass ihre Gesuche um Netzzugang innert angemessener Frist aufgrund des geltenden Rechts behandelt werden, unabhängig davon, ob sich dieses Recht in Zukunft ändern wird.<sup>164</sup>

148. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass heute sowohl im Bereich der Erdgaslieferung als auch im Bereich der Nutzung von Erdgasnetzen keine gesetzlichen Monopole bestehen. Das schweizerische Erdgasnetz ist – zumindest in der Theorie – bereits seit dem Inkrafttreten des Rohrleitungsgesetzes im Jahr 1964 für Drittlieferanten zugänglich.<sup>165</sup> Dies bedeutet, dass Netzbetreiber gestützt auf das Rohrleitungsgesetz und nach entsprechender Massgabe der technischen Möglichkeit und wirtschaftlichen Zumutbarkeit seit über fünfzig Jahren verpflichtet sind, Erdgas durchzuleiten, auch wenn dieses nicht beim angestammten Gasversorger – sprich dem lokalen Netzbetreiber – gekauft wird. Dass eine solche Durchleitungspflicht auch aufgrund der Bestimmungen des Kartellgesetzes durchgesetzt werden kann, ist spätestens seit dem rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG*<sup>166</sup> klar.<sup>167</sup> In diesem Urteil wurde festgehalten, dass die Weigerung eines Elektrizitätswerks, den Strom eines Drittunternehmens durch sein Netz zu einem in seinem Netzgebiet domizilierten Endkunden zu leiten, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist.<sup>168</sup> Für den Erdgasbereich wurde das Bestehen einer generellen Durchleitungspflicht sodann ausdrücklich im *Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*<sup>169</sup> festgehalten. Darin wurde insbesondere auch ausgeführt, dass die Erdgaswirtschaft schon seit längerem mit Zugangsgesuchen habe rechnen müssen und entsprechende Vorkehrungen hätte treffen können.<sup>170</sup> Solche Gesuche sind schliesslich auch der Grund, weshalb die Erdgasbranche

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

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

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

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

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

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

<sup>164</sup> Vgl. dazu auch BGE 126 II 522 E. 10b.

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

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

<sup>167</sup> Vgl. Stellungnahme ewl vom 14.8.2017 (act. 8), Rz 160.

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

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

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



die Verbändevereinbarung überhaupt ausgearbeitet hat. Dabei wurde allerdings ausser Acht gelassen, dass gemäss dem Rohrleitungs- und dem Kartellgesetz grundsätzlich auch zur Belieferung jener Endkundinnen und Endkunden Netzzugang zu gewähren ist, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung (vgl. oben Rz 15) nicht erfüllen; das heisst insbesondere auch zur Belieferung von kleineren Haushalts- und Gewerbekunden sowie Grosskunden, welche das Erdgas nicht als Prozessgas verwenden.

Der Netzzugang sei technisch nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar

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

150. Die ewl und die EGZ vertreten überdies den Standpunkt, dass sie aufgrund der bis heute fehlenden Detailregulierung im Bereich des Netzzugangs keine Umsetzungslösungen (zum Beispiel im IT-Bereich) entwickeln mussten. Mangels gesetzlicher Vorgaben gebe es in der Schweiz keine für den Massenmarkt Schweiz entwickelte IT-Lösung.<sup>172</sup> Zudem mache es keinen Sinn, wenn die ewl und die EGZ alleine für ihre Netzgebiete eine IT-Lösung entwickeln würden, da eine solche flächendeckend in der Schweiz und nicht nur in ihren Netzgebieten eingeführt werden müsse. Demzufolge bestehe zurzeit keine IT-Lösung, welche die Netzbetreiber zum heutigen Zeitpunkt in die Lage versetzen würde, ohne weitreichende Investitionen in die IT und in das Personal Transporte ausserhalb der Verbändevereinbarung durchzuführen.<sup>173</sup>

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

152. Falls beispielsweise ein Regulierungsmodell des Netzzugangs ab einem Jahresverbrauch von 100 MWh Realität werden sollte, wären rund [...] Endkundinnen und Endkunden in den Netzgebieten der EGZ und der ewl netzzugangsberechtigt. Eine solche Kundenzahl könne nicht mehr manuell abgewickelt werden. Hierzu müssten umfangreiche IT-Prozesse implementiert werden. Müssten die Netzbetreiber bereits heute, bevor der

Gesetzgeber die wesentlichen Entscheide für die Teilmärkteöffnung beschlossen habe, die Entwicklung einer für den Massenmarkt tauglichen IT-Lösung in Auftrag geben, würde das erhebliche Risiko von sog. «Stranded Investments» bestehen.<sup>175</sup>

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

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

155. Im Hinblick auf die «*Massenmarkttauglichkeit*» ist anzumerken, dass es vorliegend nicht darum geht, zu beurteilen, welche Anstrengungen seitens der Netzbetreiber nötig wären, um den «*Massenmarkt Schweiz*» abwickeln zu können. Es steht vielmehr lediglich die Frage im Raum, welche Anstrengungen die ewl und die EGZ unternehmen müssen, um zur Drittbeflieferung der einzelnen Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl, welche den Erdgaslieferanten wechseln möchten, den Netzzugang zu gewähren. Zudem sind die Verfügungsadressatinnen bereits heute gestützt auf das Rohrleitungs- und das Kartellgesetz verpflichtet, die notwendigen Schritte vorzunehmen, um der aktuellen und potentiell zu erwartenden Nachfrage die Durchleitung durch ihr Erdgasnetz zu ermöglichen.<sup>177</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

160. Vorliegend haben die Parteien in der Vorabklärung erklärt, sie seien zum Zeitpunkt der Gesuchstellung technisch in der Lage gewesen, die konkret zur Diskussion stehenden Netzzugangsgesuche mit der bestehenden Infrastruktur abzuwickeln (oben Rz 154). Im Übrigen

trifft es entgegen den Darlegungen der Parteien nicht zu, dass bei dem von der WEKO verfolgten Ansatz jede Netzzugangsverweigerung in einem konkreten Einzelfall kartellrechtswidrig ist.<sup>182</sup> Wesentlich ist vielmehr, wie viele Drittbeflieferungen der Netzbetreiber aufgrund seiner *bestehenden* Infrastruktur technisch abwickeln kann. Sollte die bestehende Infrastruktur effektiv nicht ausreichen, um weitere Endkundinnen und Endkunden technisch abzuwickeln zu können, ist allerdings zusätzlich zu hinterfragen, ob der Netzbetreiber nicht aufgrund der zu *erwartenden* Nachfrage bereits in der Vergangenheit gehalten gewesen wäre, seine Infrastruktur zu professionalisieren, um mehr Endkundinnen und Endkunden den Netzzugang zu ermöglichen. Dabei muss der Netzbetreiber nur jene Investitionen tätigen, die notwendig sind und ihm aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation zugemutet werden können.<sup>183</sup>

161. Vorliegend wäre insbesondere die Anschaffung eines automatisierten Energiedatenaustauschsystems aufgrund der potentiellen Nachfrage im Netzgebiet der ewl bereits in der Vergangenheit geboten gewesen. Die potentielle Nachfrage hat sich bei der ewl-Gruppe u. a. auch deshalb nicht manifestiert, weil die Parteien in der Vergangenheit lediglich grossen Prozessgaskunden gestützt auf die Verbändevereinbarung die Möglichkeit zur Drittbeflieferung einräumten. Würden im Laufe der nächsten Jahre 10 % der gemäss den Parteien über [...] Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet<sup>184</sup> die Abwicklung einer Drittbeflieferung beantragen, müssten ewl und EGZ zur Belieferung von fast [...] Endkundinnen und Endkunden den Netzzugang gewähren. Dies ist ohne professionelle und automatisierte Infrastruktur nicht zu bewerkstelligen. Insofern erscheint eine derartige Investition nur schon aus Effizienzgründen geboten. Da die ewl-Gruppe zwischen 2010 und 2019 stets einen jährlichen Konzerngewinn von über 25 Millionen Franken ausgewiesen hat<sup>185</sup>, wäre es den Parteien zuzumuten gewesen, eine solche Investition mit einem Teil eines Jahresgewinns zu finanzieren. Angesichts der Tatsache, dass die ewl-Gruppe zwischen 2017 und 2019 allein mit Erdgaslieferungen an faktisch gebundene Endkundinnen

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

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

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

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

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

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

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

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

und Endkunden Umsätze von über [...] Millionen Franken pro Jahr generierte<sup>186</sup>, erscheint eine solche einmalige Investition zumutbar. Im Übrigen war es den Parteien zum Zeitpunkt der Netzzugangsgesuche der Enerprice und des Anzeigers möglich, diese ohne zusätzliche Automatisierung und Professionalisierung der Infrastruktur abzuwickeln.

162. Im Übrigen ist auch das Argument des Risikos von Stranded Investments nicht zielführend. Wie bereits erläutert, geht es vorliegend nicht um die Beurteilung eines Massenmarktes und es kann auch nicht berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber möglicherweise in einigen Jahren eine Regelung schaffen könnte, welche den Kreis der netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden eingrenzt und die nicht im Sinne der von den Netzbetreibern getätigten Investitionen liegt. Schliesslich bleibt anzumerken, dass sich der Gesetzgeber kaum für eine nachträgliche Einschränkung des genannten Massenmarktes entscheiden würde, falls sich bis dahin ein solcher entwickelt haben sollte. Im Übrigen kann zurzeit nicht abgeschätzt werden, ob und wann ein Gasversorgungsgesetz mit Detailbestimmungen zum Netzzugang zustande kommt. Falls eine entsprechende Regulierung in einigen Jahren in Kraft treten sollte, die lediglich eine regulatorische Teilmarktöffnung vorsieht, hätten die Parteien ihre Infrastruktur aufgrund der in diesem Fall zu erwartenden Nachfrage ebenfalls notwendigerweise zu professionalisieren und automatisieren. Im Falle einer Teilmarktöffnung würde es in ihrem Netzgebiet bei einem Schwellenwert von 100 MWh pro Jahr immer noch eine grosse Vielzahl von netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden geben, die nicht mehr manuell abgewickelt werden könnten. Insofern würden auch bei einer allfälligen Teilmarktöffnung keine Stranded Investments anfallen. Zu beachten ist weiter, dass etwa Softwaresysteme zur Abwicklung der Bilanzierung sehr flexibel ausgestaltet sind und bedürfnisgerecht an sich ändernde regulatorische Vorgaben angepasst werden können.<sup>187</sup> Sollten entsprechende Produkte in einigen Jahren nicht mehr benötigt werden, könnten die diesbezüglichen Verträge gekündigt oder aufgrund der geänderten Bedürfnisse modifiziert werden.

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

### B.5.3.3 Zwischenfazit

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

### B.5.4 Ergebnis

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

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

### B.6 Massnahmen

167. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 168 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 172 ff.).

#### B.6.1 Einvernehmliche Regelung

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

#### A. Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0263 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.

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

<sup>187</sup> Vgl. z. B. <https://www.innosolv.ch/ise> und [www.innosolv.ch/road-show-zeitreihen](https://www.innosolv.ch/road-show-zeitreihen) (25.5.2020).

- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 32-0263 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber ewl und EGZ einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von ewl und EGZ zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Gröszenordnung von CHF 2 936 790 bis 5 873 580 zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von ewl und EGZ keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, halten ewl und EGZ fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und

bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von ewl und EGZ.

### Vereinbarungen

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

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

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

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

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

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

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

169. Die genannte EvR umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage

geschaffen. Die WEKO genehmigt die EvR daher im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

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

<sup>188</sup> 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*.

## B.6.2 Sanktionierung

### B.6.2.1 Allgemeines

171. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>189</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>190</sup>

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

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

#### B.6.2.2.1 Unternehmen

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

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

174. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält im Sinne von Art. 7 KG.

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

### B.6.3 Vorwerfbarkeit

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

177. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>193</sup> 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.<sup>194</sup>

178. Die ablehnenden Antworten der Verfügungsadressatinnen auf die Netzzugangsgesuche zur Belieferung des Anzeigers und der [...] wurden von Geschäftsleitungsmitgliedern der ewl und der EGZ unterzeichnet.<sup>195</sup> Den Geschäftsleitungsmitgliedern der ewl und der EGZ sollte bekannt gewesen sein, dass Verweigerungen von Netzzugangsgesuchen zur Drittbelieferung kartellrechtswidrig sein könnten; dies insbesondere vor dem Hintergrund des Anfang 2014 publizierten Schlussberichts des Sekretariats in Sachen Vorabklärung Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz. Darin wurde unter anderem festgehalten, dass die Anwendung der Netzzugangskriterien, wonach der Netzkunde eine vertragliche Transportkapazität von mindestens 200 Nm<sup>3</sup>/h (aktuell: 150 Nm<sup>3</sup>/h) nachfragen und das transportierte Erdgas primär als Prozessgas genutzt werden muss, nicht per se als kartellrechtlich unproblematisch angesehen werden kann. Vielmehr sei eine konkrete Netzzugangsverweigerung gestützt auf eines der beiden genannten Kriterien voraussichtlich als Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG bzw. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG zu werten, falls sich diese Verweigerung im Einzelfall nicht sachlich rechtfertigen lasse.<sup>196</sup> Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die ewl und die EGZ vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von kartellrechtswidrigen Geschäftsverweigerungen im Kontext mit Netzzugangsgesuchen ergriffen hätten, ist nicht ersichtlich. Somit ist ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

### B.6.4 Bemessung

179. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach

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

<sup>190</sup> Vgl. Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2034.

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

<sup>192</sup> 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*.

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

<sup>194</sup> 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*.

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

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

der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

180. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG<sup>197</sup> 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<sup>198</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>199</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>200</sup>

#### B.6.4.1 Maximalsanktion

181. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,<sup>201</sup> sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen

Geschäftsjahre massgeblich.<sup>202</sup> 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 (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.<sup>203</sup>

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

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

Tabelle 1: Gesamtumsätze der ewl-Gruppe<sup>204</sup>

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

#### B.6.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

184. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.<sup>205</sup>

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

raum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe zu. Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und den Gleichheitsgrundsatz eingeschränkt.<sup>206</sup>

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

<sup>198</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>199</sup> 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*.

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

<sup>201</sup> Vgl. Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2037.

<sup>202</sup> Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; *Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)*, Rz 326; [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (25.5.2020).

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

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

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

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

### B.6.4.2.1 Basisbetrag

186. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche «relevante Markt» dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt, weil das wettbewerbswidrige Verhalten nur auf diesen Markt einwirkt. Für die Sanktionsbemessung bedarf es daher regelmässig keiner erneuten Feststellung des massgeblichen Markts. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise im Einzelfall darüber hinaus auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen. Massgebend für die Sanktionsbemessung ist daher nicht nur der Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Vielmehr sind auch Sekundärmärkte als vor- oder nachgelagerte Märkte sowie sonstige (Tertiär-)Märkte in die Sanktionsbemessung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere Märkte erstrecken.<sup>207</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

193. Die Stadt Luzern verfügt über 100 % der Aktien der ewl. Die ewl ist als eigenständige *privatrechtliche* AG ausgestaltet. Im bis Ende Mai 2019 geltenden Reglement über das Beteiligungs- und Beitragscontrolling der

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

<sup>208</sup> Vgl. Verbändevereinbarung (Fn 20), Ziff. 6 Abs. 2.

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

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

Stadt Luzern war Folgendes vorgesehen: «Die Stadt respektiert die rechtliche Selbstständigkeit der Aktiengesellschaften mit einer städtischen Mehrheitsbeteiligung und die zivilrechtlichen Kompetenzen ihrer Organe. Die Mitglieder des Verwaltungsrats gelten nicht als Vertretung der Stadt. Die Stadt erteilt ihnen und dem gesamten Verwaltungsrat keine Weisungen. Die Unternehmensführung ist Sache des Verwaltungsrats. Sie untersteht nicht dem politischen Controlling».<sup>211</sup> In der seit Anfang Juni 2019 geltenden Fassung des kommunalen Reglements über das Beteiligungsmanagement der Stadt Luzern ist vorgesehen, dass der Stadtrat für wichtige Unternehmen, an denen die Stadt Luzern mehrheitlich beteiligt ist, eine Beteiligungsstrategie erlässt.<sup>212</sup> Die ewl-Gruppe wird als «wichtig» eingestuft. Strategische Vorgaben waren bis Ende 2019 allerdings noch nicht erarbeitet.<sup>213</sup> Die Stadt Luzern hatte somit zum Zeitpunkt der Netzzugangsverweigerungen bis zur Unterzeichnung der EvR keine hinreichende Einwirkungsmöglichkeit auf die Strategie und die wesentlichen Entscheidungen der ewl-Gruppe. Insofern kann sie aus kartellrechtlicher Sicht nur schon aus diesem Grund nicht als Konzernmutter der ewl und deren Tochtergesellschaft EGZ fungieren und es handelt sich bei den mit dem Erdgasverkauf an die Stadt Luzern erzielten Umsätzen bereits aus diesem Grund nicht um konzerninterne Umsätze.

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

b) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

195. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.<sup>215</sup> Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive<sup>216</sup> Faktoren im Vordergrund.<sup>217</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>215</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, 2 f.

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

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

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

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

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

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



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

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

201. Der Umstand, dass sich vorliegend erstmals zwei Gasnetzbetreiber verpflichten, die Drittbeflieferung für sämtliche Endkundinnen und Endkunden auf Gesuch hin abzuwickeln, wird vorliegend als besonderer Milderungsgrund zugunsten der Parteien berücksichtigt (vgl. unten Rz 216). Nach schweizerischem Kartellrecht kann auf eine Sanktionsauferlegung nicht verzichtet werden, wenn nach Untersuchungseröffnung wie vorliegend die Tatbestandsvoraussetzungen für ein vorwerfbares kartellrechtswidriges Verhalten vorliegen. Die von den Parteien aufgeführten Belegstellen aus der EU-Rechtsprechung beziehen sich auf Konstellationen, in denen aufgrund von zugesicherten Verhaltensanpassungen seitens der Gaswirtschaft *auf eine Untersuchungseröffnung* verzichtet wurde.<sup>222</sup>

202. Im Kontext mit dem Vorbringen der Parteien betreffend eine angeblich rechtsungleiche Behandlung im Kontext mit Netzzugangsverweigerungen von Gasnetzbetreibern zur Belieferung von [...] fehlt es am Vorliegen von vergleichbaren Sachverhalten. Nach Eingang der Anzeige gegen die Parteien betreffend die Netzzugangsverweigerung zur Belieferung des Anzeigers eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung, die rund 1,5 Jahre dauerte. Während dieser Zeit bis zum Schreiben an Enerprice vom 30. April 2019 nahmen die Parteien eine Per-se-Verweigerungshaltung ein. Im Herbst 2018

reichte die Enerprice eine Anzeige gegen die EGZ sowie weitere Gasnetzbetreiber betreffend Netzzugangsverweigerungen zur Belieferung von diversen [...] ein (oben Rz 6 und 32-35). Lediglich einige Monate nach der Mitteilung über die Marktbeobachtung nahmen die übrigen angezeigten Gasnetzbetreiber schriftlich und teils auch im Rahmen von Sitzungen Kontakt mit dem Sekretariat auf, liessen die bisherige Verweigerungshaltung fallen und begannen mit Enerprice über die Details der Drittbeflieferung zu verhandeln. Weiter liegt keine ungleiche Beurteilung durch die WEKO vor. Die Parteien werden für ihre Verweigerungshaltung bis Ende April 2019 sanktioniert (unten Rz 210). In Bezug auf Anzeigen gegen andere Gasnetzbetreiber ist zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses offen, ob gegen diese eine Untersuchung eröffnet wird und ob sie für ein kartellrechtswidriges Verhalten sanktioniert werden.

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

#### B.6.4.2.2 Dauer des Verstosses

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

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

206. Das Netzzugangsgesuch des Anzeigers von Anfang März 2017, welches die Durchleitung ab dem 1. Januar 2018 verlangte, wurde von der EGZ rund einen Monat später, am 7. April 2017, negativ beantwortet. Die ewl verwies nach mehrmaligem Nachfragen des Anzeigers mit Schreiben vom 12. Juni 2017 darauf, dass sich die Frage des Netzzugangs nicht stelle, da bereits die EGZ als vorgelagerte Netzbetreiberin diesen verweigere.<sup>224</sup> Auch für die ewl wäre es zumutbar gewesen,

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

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

<sup>224</sup> Vgl. Anzeige (act. 1), Beilagen 4 und 5.

das Netzzugangsgesuch innert eines Monats zu beantworten. Hinzu kommt, dass die ewl die Geschäfte für die EGZ führt und diese kontrollieren kann (vgl. oben Rz 47). Insofern hat das missbräuchliche Verhalten erstmals im April 2017 stattgefunden, indem die von der ewl kontrollierte EGZ das Netzzugangsgesuch des Anzeigers ablehnend beantwortete.

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

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

209. In Bezug auf das Ende des Kartellrechtsverstosses führen die Parteien aus, dass das kartellrechtswidrige Verhalten bereits vor der Unterzeichnung der EvR Ende September 2019 beendet worden sei. Sie hätten dem Sekretariat bereits mit Eingabe vom 28. März 2019 mitgeteilt, dass ein rascher Abschluss des Verfahrens beabsichtigt sei und anlässlich der Sitzung vom 8. Mai 2019 ein detailliertes Abwicklungskonzept vorgelegt, welches nun Eingang in die EvR gefunden habe. Dass sie dieses Abwicklungskonzept vor der Genehmigung

durch die WEKO nicht anwenden konnten, dürfe ihnen nicht negativ angelastet werden. Zudem stützen sich die Parteien auf ein Schreiben an Enerprice vom 30. April 2019. Darin luden die Parteien Enerprice u. a. zu Verhandlungen über Detailabwicklungskonditionen bei Drittbeflieferungen von gemäss der Verbändevereinbarung nicht netzzugangsberechtigten Endkundinnen und Endkunden ein.<sup>227</sup>

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

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

#### B.6.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

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

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

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

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

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

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

<sup>228</sup> Vgl. Schreiben ewl an Enerprice vom 30.4.2019 (act. 45).

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

<sup>230</sup> Vgl. Eingabe ewl und EGZ vom 28.3.2019 (act. 32).

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

<sup>232</sup> Vgl. Merkblatt EvR (Fn 231), Rz 12.

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

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

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

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

#### B.6.4.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

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

#### B.6.5 Ergebnis

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

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

Tabelle 2: Sanktionsberechnung

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

#### C Kosten

221. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>235</sup> ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

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

223. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktions-

stufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

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

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

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

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

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

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

## D Ergebnis

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

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

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

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

230. In einer EvR zwischen der ewl und der EGZ sowie dem Sekretariat verpflichten sich die Verfügungsadressatinnen, sämtliche Netzzugangsgesuche zur Drittbelieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet der ewl gemäss den darin festgehaltenen Konditionen

abzuwickeln. Die WEKO genehmigt die EvR im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG (vgl. oben Rz 168 f.).

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

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

## E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Die ewl-Gruppe wird in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i. V. m. Art. 7 KG mit einer Sanktion in der Höhe von 2 610 480 Franken belastet. Dieser Betrag

wird der ewl Energie Wasser Holding AG und der Erdgas Zentralschweiz AG unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. Die Verfahrenskosten in der Höhe von 191 080 Franken werden der ewl Energie Wasser Luzern Holding AG und der Erdgas Zentralschweiz AG unter solidarischer Haftung auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- ewl Energie Wasser Luzern Holding AG, in Luzern
  - Erdgas Zentralschweiz AG, in Luzern
- beide vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Hitachi Ltd./ABB Management Holding AG</b>

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Mai 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU<sup>2</sup> vom 19. Mai 2020*

1. Am 20. April 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Hitachi, Ltd. (nachfolgend: Hitachi) die alleinige Kontrolle über die ABB Management Holding AG (nachfolgend: ABB Management Holding) zu erwerben, wobei die ABB Management Holding das gesamte Stromnetzgeschäft der ABB Ltd. (nachfolgend: ABB) halten wird.

2. Das die Kontrolle übernehmende Unternehmen, **Hitachi**, ist ein globales Unternehmen mit Hauptsitz in Japan. Der Konzern ist in unterschiedlichen Geschäftsfeldern tätig, darunter IT-Lösungen, Energielösungen, Branchenlösungen, Mobilitätslösungen und SmartLife-Lösungen. Hitachi ist an der Tokioter Börse und an der Börse von Nagoya in Japan kotiert. Hitachi besteht aus 793 konsolidierten Tochtergesellschaften, drei davon befinden sich in der Schweiz. Bisher war Hitachi im vorliegend relevanten Stromnetzbereich vorwiegend in Japan aktiv.

3. Beim veräussernden Unternehmen handelt es sich um ABB mit Sitz in Zürich. **ABB** ist in den Geschäftsbereichen Elektrifizierung, industrielle Automatisierung, Bewegung (Motoren, Generatoren und Antriebe), Robotik und Fertigungsautomatisierung sowie Stromnetze tätig.

4. Vor der geplanten Übernahme wird ABB ihr gesamtes Stromnetzgeschäft in die neu gegründete Schweizer Gesellschaft, **ABB Management Holding**, mit Sitz in Zürich, einbringen. Deren Tätigkeit umfasst die Entwicklung, die Konstruktion, die Herstellung und den Verkauf von Produkten, Systemen und Projekten in Bezug auf Hochspannungsprodukte, Transformatoren, Netzautomatisierung und Netzintegration. Die ABB Management Holding wird voraussichtlich [...] Angestellte beschäftigen und weltweit tätig sein.

5. Gemäss den Parteien ist das Zusammenschlussvorhaben **strategisch und wirtschaftlich motiviert**. [...].

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 20. April 2020 auch bei der Europäischen Kommission gemeldet.<sup>3</sup>

7. Der eigentliche Zusammenschluss besteht im Erwerb von [...] des ausgegebenen Aktienkapitals der ABB Management Holding durch Hitachi von ABB gemäss Anteilskaufvertrag vom 17. Dezember 2018. Hiermit soll Hitachi die **alleinige Kontrolle** über die ABB Management Holding erwerben (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Die bei der ABB verbleibende Minderheitsbeteiligung von [...].

8. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr einen weltweiten Gesamtumsatz in Höhe von über CHF [...] Milliarden. Zudem erzielten Hitachi und die ABB Management Holding je einen Umsatz in der Schweiz von rund CHF [...] bzw. [...] Millionen. Folglich wurden die **Umsatzschwellen** gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht und ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

9. Hitachi und die ABB Management Holding sind zwar beide im Bereich der Lieferung elektrischer Anlagen und Geräte zur Nutzung bei der Übertragung und der Verteilung von Strom in Stromversorgungssystemen tätig. Dies beinhaltet die Lieferung von Hochspannungsprodukten, Transformatoren sowie Lösungen zur Netzautomatisierung und zur Netzintegration. Nach Angaben der Parteien ist der geplante **Zusammenschluss** allerdings höchst komplementär. Denn bisher sei Hitachi in diesem Bereich geografisch äusserst beschränkt aktiv, im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz sei Hitachi bisher gar nicht bzw. nur in geringem Umfang tätig gewesen.

10. Hitachi weist basierend auf der Entscheidungspraxis der WEKO und der EU-Kommission geschätzte Marktanteile der Parteien für folgende mögliche relevante Märkte, Marktsegmente und Marktuntersegmente aus:

- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Hochspannungsprodukte** (d.h. Produkte, die in Übertragungsnetzen genutzt werden, welche mit Spannungen zwischen 52 kV und 800 kV oder darüber arbeiten);

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

<sup>2</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> COMP/M.9447, *Hitachi/ABB (Power Grid Division)*.

- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Mittelspannungsprodukte** (d.h. Produkte, die in Verteilnetzen genutzt werden, welche mit Spannungen zwischen 1 kV und 52 kV arbeiten);
- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Niedrigspannungsprodukte** (d.h. Produkte, die mit Spannungen unter 1 kV genutzt werden; mit dem Segment: Kondensatoren, Oberschwingungsfilter und sonstige BLK-Produkte und dem Untersegment: Niederspannungskondensatoren);
- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Transformatoren** (inklusive Komponenten);
- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Energieautomatisierungs- und Informationssysteme** (EAS);
- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Unternehmensanwendungssoftware** (EAS);
- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Transmission and Distribution Turnkey-Systeme** (T&D);
- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Ladeinfrastruktur für elektrische Fahrzeuge** (engstes plausibles Segment für Ladeinfrastruktur für elektrische Busse/Strassenbahnen, die im öffentlichen Verkehr genutzt werden);
- Weltweiter, europaweiter (EWR und Schweiz) oder schweizweiter Gesamtmarkt für **Leistungshalbleiter** (mit den beiden Untersegmenten standardmässige [nicht integrierte] IGBT-Module und Dioden/Gleichrichter).

11. Gestützt auf die von Hitachi geschätzten Marktanteile der Parteien auf den vorgenannten möglichen relevanten Märkten ergibt sich im Hinblick auf allfällige vom Zusammenschluss **betroffene Märkte** nach Art. 11 Abs. 1 Bst. b VKU Folgendes: Es gibt keinen Markt, auf dem der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von beiden beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt. Hingegen gibt es einen Markt in der Schweiz, auf dem eines der beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 30 % oder mehr hat. Denn im Jahr 2018 lag der Marktanteil der ABB Management Holding auf dem schweizweiten Gesamtmarkt für Transformatoren bei rund [25-35 %]. Hitachi geht allerdings davon aus, dass dieser Markt weltweit oder zumindest europaweit (EWR und Schweiz) und nicht auf die Schweiz beschränkt ist. Sowohl auf weltweiter Ebene als auch auf europaweiter (EWR und Schweiz) Ebene liege der Anteil der ABB Management Holding mit [15-25 %] bzw. [5-15 %] [...] unter dem individuellen Schwellenwert für einen betroffenen Markt von 30 %. Gemäss Hitachi würde eine isolierte Analyse des Schweizer Markts für Transformatoren zu einem künstlich hohen Marktanteil führen, der

nicht die tatsächlichen Marktverhältnisse widerspiegele. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der Marktanteil der ABB Management Holding im Jahr 2018 mit rund [25-35 %] nur [...] über der kritischen Schwelle und im Jahr 2017 darunter gelegen sei. Im Jahr 2019 habe es keine wesentlichen Veränderungen gegeben, weshalb Hitachi davon ausgehe, dass sich die Marktanteile im gleichen Rahmen bewegen würden wie im Jahr 2018.

12. In Bezug auf mögliche **vertikale Effekte** weist Hitachi darauf hin, dass sowohl die ABB Management Holding als auch Hitachi auf einem möglichen weltweiten Gesamtmarkt für Transformatoren aktiv sind. Allerdings seien die Aktivitäten von Hitachi in diesem Bereich begrenzt auf die Herstellung und den Verkauf von Transformatoren ausserhalb von Europa. Daher könnten in der Schweiz durch die Aktivitäten von Hitachi und die vorgelagerten oder nachgelagerten Aktivitäten der ABB Management Holding keine potentiellen vertikalen Beziehungen entstehen. Die einzige vorgelagerte Aktivität von Hitachi in Bezug auf den europäischen Gesamtmarkt für Transformatoren sei der Verkauf von Metalllegierungen für die Produktion von Transformatoren-Stahlkernen. Allerdings bestehe zwischen den von Hitachi verkauften Metalllegierungen und den von der ABB Management Holding im EWR und in der Schweiz verkauften Transformatoren keine direkte vertikale Verbindung und sei der Marktanteil von Hitachi in diesem Bereich unter jeglicher denkbaren Marktabgrenzung unbedeutend. Daher ist davon auszugehen, dass diese vertikalen Beziehungen in der Schweiz keine wettbewerbsbeschränkenden Effekte bewirken.

13. Neben dem schweizweiten Gesamtmarkt für Transformatoren gibt es unter den vorgenannten Marktabgrenzungen, d.h. insbesondere auch auf grösseren als schweizweiten Märkten (siehe oben, Rz 10), keinen weiteren betroffenen Markt.

14. Zudem kommt es auf all diesen möglichen relevanten Märkten (siehe oben, Rz 10), wenn überhaupt, **höchstens zu geringen Marktanteilsadditionen**. Gerade im EWR und der Schweiz war Hitachi bisher nur in einem sehr geringen Umfang oder gar nicht aktiv. Hitachi gibt an, in den Jahren 2015-2019 in der Schweiz einen [...] Umsatz mit Niederspannungs-Kondensatoren und Leistungshalbleitern erzielt zu haben. In allen anderen Bereichen sei Hitachi in der Schweiz im Zeitraum 2015-2019 überhaupt nicht tätig gewesen. Auch auf einer EWR-weiten Ebene würden sich Überschneidungen zwischen den Parteien lediglich aufgrund von [...] Umsätzen von Hitachi mit Niederspannungs-Kondensatoren und Leistungshalbleitern ergeben. Hitachi sei in den vergangenen fünf Jahren (2015-2019) in keinem anderen relevanten Segment im EWR und der Schweiz aktiv gewesen.

15. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den in Rz 10 genannten möglichen relevanten Märkten eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die **Voraussetzungen für eine Prüfung** des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher **nicht gegeben**.

## B 2.3

## 2. Hitachi/Honda/HIAMS

*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 Juli 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 28. Juli 2020*

1. Am 8. Juli 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle von Hitachi Ltd. und Honda Motor Co. Ltd. (nachfolgend: die Parteien) über Hitachi Automotive Systems Ltd., Keihin Corporation, Showa Corporation und Nissin Kogyo Co. Ltd. Die Unternehmen Keihin Corporation, Showa Corporation und Nissin Kogyo Co. Ltd. werden in Hitachi Automotive Systems Ltd. zu einem Gemeinschaftsunternehmen zusammengeführt.

2. Hitachi Ltd. (nachfolgend: HTL) ist ein nach japanischem Recht gegründetes Unternehmen mit Sitz in Tokyo (Japan). Die Aktien von HTL sind an der Tokyo Stock Exchange und der Nagoya Stock Exchange kotiert. HTL ist die oberste Muttergesellschaft der Hitachi Unternehmensgruppe. HTL ist ein stark diversifiziertes Unternehmen, welches sich hauptsächlich mit der Herstellung und dem Verkauf von Produkten und Dienstleistungen in den Bereichen IT, Energie, Industrie, Mobilität und Smart Life beschäftigt. HTL verfügt über Tochtergesellschaften in der Schweiz, welche in den Bereichen Finanzierung/Leasing, IT Sicherheit sowie Servicedienstleistungen an technischen Produkten tätig sind.

3. Honda Motor Co. Ltd. (nachfolgend: Honda) ist ein nach japanischem Recht gegründetes Unternehmen mit Sitz in Tokyo (Japan). Die Aktien von Honda sind an der Tokyo Stock Exchange und New York Stock Exchange kotiert. Honda ist die Muttergesellschaft der Honda Unternehmensgruppe. Honda ist in der Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen, Motorrädern und Power Products<sup>1</sup> tätig. Honda verfügt über Tochtergesellschaften in der Schweiz, Belgien und Grossbritannien, welche vier- oder zweirädrige Fahrzeuge und Ersatzteile sowohl an Vertriebspartner als auch an Endkunden in der bzw. die Schweiz verkaufen. Zudem liefert Honda über Tochtergesellschaften General Purpose Products<sup>2</sup> in die Schweiz.

4. Hitachi Automotive Systems Ltd. (nachfolgend: HIAMS) ist ein nach japanischem Recht gegründetes Unternehmen mit Sitz in Ibaraki (Japan) und ist in der Herstellung und Lieferung von Automobilprodukten und -technologien tätig. HTL hält an HIAMS einen Anteil von 100 %.

5. Keihin Corporation (nachfolgend: Keihin) ist ein nach japanischem Recht gegründetes Unternehmen mit Sitz in Shinjuku-ku (Japan). Die Aktien von Keihin sind an

der Tokyo Stock Exchange kotiert und Honda hält einen Anteil von 41.35 %. Keihin ist in der Herstellung und Lieferung von Elektrifizierungssystemen für Hybrid- und Elektrofahrzeuge, Motormanagementsystemen für Benzin- und Erdgasfahrzeuge und Produkten für Brennstoffzellen tätig.

6. Showa Corporation (nachfolgend: Showa) ist ein nach japanischem Recht gegründetes Unternehmen mit Sitz in Saitama (Japan). Die Aktien sind an der Tokyo Stock Exchange kotiert und Honda hält einen Anteil von 33.5 %. Showa ist in der Herstellung und Lieferung von Komponenten für Fahrzeuge, Motorräder und Aussenmotoren tätig.

7. Nissin Kogyo Co. Ltd. (nachfolgend: Nissin) ist ein nach japanischem Recht gegründetes Unternehmen mit Sitz in Nagano (Japan). Die Aktien von Nissin sind an der Tokyo Stock Exchange kotiert und Honda hält einen Anteil von 34.86 %. Nissin ist in der Herstellung und Lieferung von integrierten Bremssystemen für Fahrzeuge tätig.

8. HTL und Honda planen Keihin, Showa und Nissin in HIAMS zu einem Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) zusammenzuführen. Mit diesem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien, die Stärken jedes dieser zusammengeführten Unternehmen in das GU zu integrieren. Dadurch solle ein unabhängiger Lieferant geschaffen werden, welcher der Automobilindustrie wettbewerbsfähige Lösungen anbiete, dies indem Ressourcen und Forschungsbemühungen kombiniert würden. Im Ergebnis würden soziale, wirtschaftliche und ökologische Werte geschaffen, welche die Sicherheit und den Komfort von Mobilität verbesserten und die Automobilindustrie weiterentwickeln könnten.

9. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 7. Juli 2020 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.<sup>3</sup>

10. Die Parteien haben vereinbart, dass HTL einen Anteil von 66.6 % und Honda einen Anteil von 33.4 % der Stimmrechte des GU halten werden. Der Verwaltungsrat des GU wird aus sechs Mitgliedern bestehen, wovon HTL vier und Honda zwei Mitglieder bestellen werden. [...],<sup>4</sup> [...]. HTL und Honda werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

<sup>1</sup> Power Products sind u.a. Bodenfräsen, Generatoren, Schneefräsen, Aussenbordmotoren und Rasenmäher. (vgl. Homepage von Honda vom 21. Juli 2020 unter: <https://global.honda/products/power.html>)

<sup>2</sup> General Purpose Products sind u.a. Stromerzeuger, Pumpen, Bodenfräsen, Schneefräsen, Stromträger, Rasenmäher, Aufsitzmäher, Roboter mäher, Grasschneider, Motorsensen, Heckenschneider, Laubbläser, Aussenbordmotoren, Mehrzweckmotoren.

<sup>3</sup> Case COMP M.9771 - *Hitachi/Honda/Hiams/Keihin/Showa/Nissin Kogyo*.

<sup>4</sup> Die Parteien haben in ihren Ausführungen zum Entscheidungsverfahren im GU glaubhaft dargelegt, dass vorliegend aufgrund von gemeinsamen Interessen de facto gemeinsame Kontrolle besteht. Vgl. u.a. RPW 2017/3, 471 Rz 31, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.



11. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen und sich nicht auf die Ausübung einer spezifischen Funktion für HTL und Honda beschränken, d.h. es wird als marktorientiertes Unternehmen tätig sein und Drittkunden beliefern. Das GU wird aus vier Einheiten bestehen, die bereits selbständig auf dem Markt auftreten und auch zukünftig wird das GU aus operativer Sicht wirtschaftlich selbständig sein. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.<sup>5</sup>

12. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

13. HTL und Honda erzielten im Geschäftsjahr 2018 insgesamt einen Umsatz von ca. 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.

14. Das Zusammenschlussvorhaben bezieht sich in erster Linie auf die Herstellung und Lieferung von Komponenten zur Verwendung in Personenwagen und Motorrädern. HIAMS, Keihin, Showa und Nissin, welche gemeinsam das GU bilden werden, sind jeweils in der Lieferung verschiedener Komponententeile für Personenwagen und anderer Fahrzeuge tätig. Diese Komponententeile kann man in Kategorien einteilen, dies je nachdem, zu welchem technischen System am Fahrzeug diese gehören, so kommt es vorliegend durch die Tätigkeiten der Unternehmen des geplanten GU im EWR zu Marktanteilsadditionen bei Komponententeilen in den drei Kategorien: Motormanagement-/Einspritzsysteme<sup>6</sup>, Bremssysteme und Anti-Vibrationssysteme<sup>7</sup>.

15. Gemäss Angaben der Parteien haben die Unternehmen des geplanten GU (HIAMS, Keihin, Showa und Nissin) [...] bei jeder möglichen sachlichen Marktabgrenzung für Komponenten zur Verwendung in Personenwagen und Motorrädern in der Schweiz einen Marktanteil von [0–10] %. Honda hat, gemäss Angaben der Parteien, im nachgelagerten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen<sup>8</sup> europaweit (EWR+CH-weit) einen Marktanteil von [0–10] % und schweizweit einen Marktanteil von [0–10] %. Im Bereich Motorräder ist der europaweite Marktanteil [10–20] % und der schweizweite Marktanteil [10–20] %. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben schweizweit zu keinen betroffenen Märkten für Komponenten zur Verwendung in Personenwagen und Motorrädern.

16. Bei einer räumlichen Marktabgrenzung für einzelne Komponententeile, welche entweder den EWR und die Schweiz (nachfolgend: europaweit) umfasst oder von weltweiten Märkten ausgeht, führt dies, gemäss Angaben der Parteien, für Bereiche mit Komponententeilen der in Rz 14 genannten Systeme europaweit zu einem betroffenen Markt (ohne Marktanteilsaddition) und weltweit teilweise zu weiteren betroffenen Märkten für einzelne Komponententeile. Für alle diese Komponententeile haben, gemäss Angaben der Parteien, Nachfrager

(OEM Kunden) auch weiterhin die Möglichkeit, Komponententeile von einer Reihe anderer Wettbewerber als Lieferanten zu beziehen. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

17. 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.

<sup>5</sup> 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*.

<sup>6</sup> Motormanagement- und Einspritzsysteme bestehen aus einer Reihe von Komponententeilen innerhalb des Motors eines Fahrzeuges. Ihr Zweck ist es, die Mischung von Brennstoff und Luft zu erleichtern, um die Verbrennung zu ermöglichen.

<sup>7</sup> Zu den Anti-Vibrations-Systemen gehören Komponenten, die zur Dämpfung oder Eliminierung von Vibrationen bewegter Systeme wie Motoren, Fahrwerke und Auspuffanlagen eingesetzt werden, um den Komfort und die Sicherheit der Fahrgäste zu erhöhen und die Motor- und Fahrgeräusche in Fahrzeugen zu reduzieren.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2020/4b, 1906 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V. / Peugeot S.A.*

B 2.3	<b>3. Advent International Corporation/Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited/Thyssenkrupp Elevator AG</b>
-------	---

*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 8. Juni 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 8. Juni 2020*

1. Am 13. Mai 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Fonds, die von verbundenen Gesellschaften von Advent International Corporation verwaltet werden und Fonds, die von Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited verwaltet werden, den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die thyssenkrupp Elevator AG.

2. Die **Advent International Corporation** (nachfolgend: **Advent**) ist eine Private-Equity-Investmentgesellschaft. Advent konzentriert sich auf den Erwerb von Kapitalbeteiligungen und die Verwaltung von Investmentfonds in verschiedenen Sektoren, darunter Unternehmens- und Finanzdienstleistungen; Industriegüter und -Dienstleistungen; Einzelhandel, Markenkonsumgüter und Freizeitdienstleistungen; Medien, Telekommunikation und Informationstechnologie sowie Dienstleistungen im Gesundheitswesen und Pharmazeutika.

3. Die **Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited** (nachfolgend: **Cinven**)<sup>1</sup> ist ein europäisches Private-Equity-Unternehmen, das in der Bereitstellung von Anlageverwaltung und Anlageberatung für eine Reihe von Investmentfonds tätig ist.

4. Die **thyssenkrupp-Gruppe** (nachfolgend: **tk**) ist ein diversifizierter Industriekonzern mit Co-Hauptsitzen in Essen und Duisburg, beide in Deutschland. Er ist mit mehr als 155'000 Mitarbeitern in fast 80 Ländern aktiv. Die Aktivitäten von tk sind organisiert in fünf Geschäftsbereiche: (i) Automobiltechnik, (ii) Aufzugstechnik, (iii) Werkstoffdienstleistungen, (iv) Anlagentechnik und (v) Stahl Europa; und drei Geschäftseinheiten: (i) Bearings, (ii) Forged Technology und (iii) Marine Systems. Im Jahr 2018/2019 erzielte tk einen Umsatz von rund EUR 42 Mia. in mehr als 170 Ländern.

5. Die **thyssenkrupp Elevator AG** (nachfolgend: **tkE**), mit Hauptsitz in Essen, Deutschland, ist über ihre Tochtergesellschaften weltweit aktiv, mit Kunden in über 100 Ländern, über 1'000 Vertriebs- und Servicestandorten und über 50'000 Mitarbeitern weltweit. tkE ist derzeit eine hundertprozentige indirekte Tochtergesellschaft der thyssenkrupp AG.<sup>2</sup> Die tkE ist die Holding-Gesellschaft der tk Geschäftseinheit «*Elevator Technology*» (nachfolgend: **BA ET**). BA ET's Aktivitäten umfassen die Installation und Wartung von Aufzügen, Rolltreppen, Fluggast-

brücken und Treppenliften sowie direkt damit verbundene Nebentätigkeiten.

6. Gemäss Meldung betrachten Advent und Cinven BA ET als eine attraktive Investitionsmöglichkeit mit einem starken Produktportfolio. Advent und Cinven stellten insbesondere die Marktwachstumschance der BA ET fest, die durch strukturelle Trends wie die Verstärkung und die zunehmende städtische Mobilität mit grösseren Anforderungen an Zugang und Komfort unterstützt wird.

7. Gemäss Angaben der Parteien betrachtet tk die Transaktion als eine Gelegenheit, ihre Bilanz zu stärken und die Entwicklung ihrer verbleibenden Geschäfte und ihres Portfolios voranzutreiben.

8. Das Zusammenschlussvorhaben wurde neben der Schweizerischen Wettbewerbsbehörde auch anderen Wettbewerbsbehörden gemeldet.

9. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG *in casu* überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

<sup>1</sup> Cinven bedeutet, je nach Kontext, eine der oder gemeinsam Cinven Group Limited, Cinven Partners LLP und Cinven (LuxCo 1) S.A. und ihre jeweiligen Partner (wie im UK Companies Act 2006 definiert) und/oder Fonds, die von einem der oben genannten Unternehmen verwaltet oder beraten werden.

<sup>2</sup> tkE ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der thyssenkrupp Nederland Holding B.V., die wiederum eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der obersten Muttergesellschaft der tk, der thyssenkrupp AG, ist.

10. Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018

Beteiligtes Unternehmen	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF
Advent	[...]	[...]
Cinven	[...]	[...]
tkE	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Bereiche, in welchen BA ET in der Schweiz tätig ist. BA ET ist in der Schweiz in der Installation und Wartung von Aufzügen, Rolltreppen und Treppenliften tätig sowie mit direkt damit verbundenen Nebentätigkeiten. [...], wird auf die Analyse in diesem Bereich verzichtet<sup>3</sup>.

#### A. Aufzüge

12. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat in seiner bisherigen Praxis zwischen Lastenaufzügen und Personenaufzügen unterschieden.<sup>4</sup>

13. Weiter hat Sekretariat der Wettbewerbskommission zwischen einem Markt für den Verkauf von neuen Aufzugsanlagen sowie einem Markt für Dienstleistungen nach dem Kauf (after-sales) unterschieden. Beim Verkauf von neuen Anlagen können dabei die Phasen Planung, Herstellung, Beratung, Verkauf und Installation unterschieden werden. Die Dienstleistungen nach dem Verkauf umfassen Wartung, Reparaturen, Modernisierung und Ersatz von Lifтанlagen.

14. Überdies hat sich die Frage gestellt, ob im Sinne einer Zweimärktetheorie von einem Produktmarkt für den Verkauf bzw. die Installation von Aufzügen (Primärmarkt) und einem Wartungsmarkt (Sekundärmarkt) oder lediglich von einem einzigen Markt (sog. Systemmarkt<sup>5</sup>) auszugehen ist, wenn die Wartung nicht unabhängig vom Hersteller des entsprechenden Produkts erfolgen kann.

15. In der Vorabklärung *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge* konnte nicht abschliessend beurteilt werden, inwiefern vom Markt für den Verkauf bzw. die Installation von Personenaufzügen eine Disziplinierungswirkung auf den Markt für die Wartung von Aufzügen ausgeht. Die WEKO ist jedoch davon ausgegangen, dass bei der Planung bzw. beim Kauf einer Immobilie – und damit auch eines Aufzuges – die Frage der Reparatur und Wartung des Aufzuges eine eher untergeordnete Rolle spielen. Deshalb ist die WEKO in Ihrer bisherigen Praxis von separaten Märkten für den Verkauf bzw. die Installation von Personenaufzügen einerseits und der Wartung von Personenaufzügen andererseits ausgegangen.<sup>6</sup>

16. Praxisgemäss wird der Markt für Aufzüge aufgrund des Gesagten zunächst nach verschiedenen Arten von

Aufzügen abgegrenzt, also in einen Markt für Personen- und einen Markt für Lastenaufzüge.

17. Als Arbeitshypothese wird weiter im Sinne der Zweimärktetheorie (vgl. Rz 14) unterschieden zwischen einem *Produktmarkt für den Verkauf bzw. die Installation von Personenaufzügen* sowie einem *Produktmarkt für den Verkauf bzw. die Installation von Lastenaufzügen* (Primärmärkte) und weiter in einen *after-sales Markt für Aufzüge* (Sekundärmarkt), welcher die Dienstleistungen Wartung, Reparaturen, Modernisierung und Ersatz von Aufzügen umfasst.

18. In ihrer Praxis ist das Sekretariat der Wettbewerbskommission sowohl bei der Installation als auch bei der Wartung von Aufzügen von einem national räumlich relevanten Markt ausgegangen.<sup>7</sup> Es gibt keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen.

19. In allen drei Märkten im Bereich von Aufzügen ist seitens der Parteien lediglich BA ET tätig. Folglich gibt es keine Marktanteilsadditionen. Zudem liegt der Marktanteil von BA ET in allen drei Märkten unter [20-30] %. Gemäss Schätzung der Parteien beträgt der Marktanteil von BA ET sowohl im Markt für den Verkauf bzw. Installation von Personen- als auch im Markt für den Verkauf bzw. die Installation von Lastenaufzügen etwa [0-10] %. Des Weiteren schätzen die Parteien den Marktanteil von BA ET für Wartungs- und Reparaturarbeiten sowohl bei Personen- als auch bei Lastenaufzügen auf [0-10] %.

<sup>3</sup> [...].

<sup>4</sup> RPW 2011/1, 79, Rz 21; RPW 2001/3, 494, Rz 12, *Ascenseurs*.

<sup>5</sup> Gemäss der Systemmarkt-Theorie können folgende Ansätze für die Marktabgrenzung herangezogen werden: Aus Sicht der Marktgegen-seite systemisch verbundene Komplementärgüter können unter gewissen Umständen zu einem einzigen Systemprodukt oder Systemproduktmarkt zusammengefasst werden, während systemisch nicht oder nur schwach verbundene Komplemente separate sachlich relevante Märkte bilden dürften. Welcher Ansatz in einem fraglichen Fall adäquat ist, muss gemäss den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls geprüft werden. Verkürzt ausgedrückt ist ein Systemprodukt oder Systemproduktmarkt dann anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt auf die nachgelagerten Sekundärmärkte ausgeht, weil das Verhalten auf dem Sekundärmarkt Rückwirkungen auf den eigenen Erfolg auf dem Primärmarkt aufweist.

<sup>6</sup> RPW 2011/1, 79 f., Rz 20 ff., *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*.

<sup>7</sup> RPW 2011/1, 80, Rz 30, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*.

## B. Rolltreppen

20. Das Segment für Rolltreppen umfasst Rolltreppen und Fahrsteige. Während eine Rolltreppe aus einer Reihe von ineinandergreifenden Stufen besteht, verwendet ein Fahrsteig ineinandergreifende Paletten. Allerdings werden beide durch einen Elektromotor angetrieben und ein Kettenpaar, das um zwei Zahnradpaare geschlungen ist, dreht sich, um die Stufen oder Paletten zu bewegen. Der Motor und das Kettensystem sind im Inneren des Fachwerks untergebracht, einer Metallstruktur, die sich zwischen zwei Landeplatten erstreckt. Zwar gibt es Fahrsteige auch als horizontale Flachfahrsteige, doch sowohl Fahrsteige als auch Rolltreppen sind in der Regel geneigt und durchgehend und werden für die Beförderung vieler Personen über kurze Entfernungen verwendet.

21. Die WEKO hat sich bisher nicht mit Rolltreppen auseinandergesetzt.

22. In der EU hat die Europäische Kommission in einer Entscheidung über eine Wettbewerbsbeschränkung auf den Märkten für Aufzüge und Rolltreppen im Jahr 2007 (nachfolgend: 2007-Entscheidung) getrennte Märkte für (i) den Verkauf und die Installation von Aufzügen und Rolltreppen, (ii) Wartungsdienstleistungen und (iii) Modernisierungsdienstleistungen in Betracht gezogen.<sup>8</sup> Hinsichtlich Wartungsdienstleistungen stellte die Europäische Kommission fest, dass sie eine separate, weit gefasste Kategorie darstellen, die alle Aftermarket Wartungs- und Reparaturdienstleistungen mit unterschiedlichem Inhalt umfasst, z.B. Überwachungs- und Präventionsdienstleistungen sowie Reparatur und Ersatz von Ersatzteilen.

23. I.S. Triton III Holding 6 / Wittur Group<sup>9</sup> betrachtete die Europäische Kommission jedoch einen breiten Markt für Aufzugsinstallationsdienste, der Aufzugsinstallation, Modernisierung sowie Reparatur und Wartungsdienste umfasst.

24. In der 2007-Entscheidung<sup>10</sup> hat die Europäische Kommission bestimmte Aspekte des grenzüberschreitenden Handels aufgrund von grenzüberschreitenden Ausschreibungen und grenzüberschreitenden Verkäufen der grossen Aufzugs- und Rolltreppenhersteller berücksichtigt. Die Europäische Kommission stellte jedoch letztendlich fest, dass der geografische Markt für Neuinstallationen sowie für Dienstleistungen auf dem Anschlussmarkt («aftermarket services») von nationalem Umfang ist. In Übereinstimmung mit ihrer 2007-Entscheidung hat die Europäische Kommission in einer späteren Fusionskontrollentscheidung auch den Markt für «Installationsdienstleistungen» auf nationaler Basis betrachtet.<sup>11</sup> Die 2007-Entscheidung deutete auch darauf hin, dass es Anzeichen dafür gibt, dass der grenzüberschreitende Handel für neue Installationen sowie für Wartung und Modernisierung zunimmt, was potenziell eine Erweiterung des geografischen Marktes rechtfertigen könnte. Angesichts fehlender horizontaler Überschneidungen und vertikaler Beziehungen wurde die genaue Definition des geographischen Marktes jedoch letztlich offengelassen.

25. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass Rolltreppen und Fahrsteige für die Marktgegenseite aus z.B.

Platzgründen keine Substitute darstellen, wird im Sinne einer Arbeitshypothese für diesen Zusammenschluss der Bereich Rolltreppen nach Art der Rolltreppe unterteilt in einen Markt für den Verkauf bzw. Installation von Rolltreppen und einen Markt für den Verkauf bzw. Installation von Fahrsteigen. Des Weiteren wird von einem Markt für die Wartung, Reparaturen und Modernisierung und Ersatz von Rolltreppen und Fahrsteigen ausgegangen.

26. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird von einem national räumlich relevanten Markt ausgegangen.

27. Lediglich BA ET ist in diesen Märkten tätig, weshalb es nicht zu Marktanteilsadditionen kommt. Die Parteien schätzen den Marktanteil von BA ET sowohl im Markt für den Verkauf und Installation von Rolltreppen in der Schweiz als auch im Markt für den Verkauf und Installation von Fahrsteigen in der Schweiz jeweils unter [10-20] %. Im Markt für after-sales-Dienstleistungen in der Schweiz schätzen die Parteien den Marktanteil von BA ET auf unter [0-10] %. Es liegen folglich keine betroffenen Märkte vor.

## C. Treppenlifte

28. Treppenlifte sind mechanische Vorrichtungen, die dazu bestimmt sind, Personen auf vorhandenen Treppen auf und ab zu bewegen. Sie werden vorwiegend auf Treppen in Wohnhäusern eingesetzt. Normalerweise wird eine Schiene an einer Treppe oder einer angrenzenden Wand angebracht und ein Stuhl oder eine Hebeplattform daran befestigt, um eine Person entlang der Schiene und damit der Treppe hinauf zu befördern. Treppenlifte werden für eine Vielzahl von Anwendungen geliefert, einschliesslich Treppen mit geradem oder gebogenem Geländer, vertikale Rollstuhl-Plattformaufzüge oder Treppenlifte für den Aussenbereich. Sessellifte bewegen in der Regel einen Stuhl entlang einer Schiene und sind für Personen mit eingeschränkter Mobilität konzipiert, die dennoch gehen können. Plattformlifte bewegen eine Plattform über eine bestimmte Strecke, entweder vertikal oder horizontal geneigt, und sind beispielsweise für die Beförderung einer Person im Rollstuhl oder eines Kinderwagens ausgelegt.

29. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben sich bisher mit Treppenliften befasst.

30. BA ET vertreibt ihre Treppenlifte in der Schweiz über unabhängige Drittvertriebspartner, welche deren Treppenlifte in der Schweiz an die Endkunden verkaufen und diesen auch after-sales-Dienstleistungen anbieten. Für BA ET stellen after-sales-Dienstleistungen nur ein kleines Geschäft dar, da es im Gegensatz zu Aufzügen oder Rolltreppen keine gesetzliche Verpflichtung zur Erbringung von regelmässigen Wartungs- und Sicherheitsdienstleistungen in Bezug auf Treppenlifte gibt.

<sup>8</sup> COMP/E-1/38.823, *PO/Elevators and Escalators*.

<sup>9</sup> Case COMP/M.5991, *Triton III Holding 6/Wittur Group*.

<sup>10</sup> COMP/E-1/38.823, *PO/Elevators and Escalators*.

<sup>11</sup> COMP/M.5991, *Triton III Holding 6/Wittur Group*.

31. Für Menschen, die aufgrund einer Gehbehinderung auf einen Rollstuhl angewiesen sind, stellt ein Sessellift kein Substitut für einen Plattformlift dar, da sie eine Plattform für den Rollstuhl benötigen. Umgekehrt stellt ein Plattformlift für eine Person mit eingeschränkter Mobilität kein Substitut dar für einen Sessellift, da sie zwingend einen installierten Sessel auf dem Treppenlift benötigt.

32. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird einerseits von einem Markt für den Verkauf bzw. Installation von Sesselliften und einem Markt für den Verkauf bzw. Installation von Plattformliften ausgegangen und andererseits von einem Markt für after-sales-Dienstleistungen von Sessel- und Plattformliften.

33. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird in allen drei Märkten im Bereich Treppenlifte von einem national räumlich relevanten Markt ausgegangen.

34. Bei den after-sales-Dienstleistungen hat BA ET im Geschäftsjahr 2018/2019 nur [0-10] Treppenlifte gewartet. Die Parteien schätzen den Marktanteil daher auf unter [0-10] %. Gemäss Meldung liegt der geschätzte Marktanteil von BA ET im Markt Verkauf von Plattformliften in der Schweiz bei [0-10] %. In beiden Märkten ist nur BA ET tätig, weshalb es nicht zu Marktanteilsadditionen kommt. Überdies liegt der Marktanteil von BA ET in beiden Märkten weit unter [10-30] %, weshalb keine betroffenen Märkte vorliegen.

35. Gemäss Schätzungen der Parteien liegt der Marktanteil von BA ET im Markt für den Verkauf von Sesselliften in der Schweiz bei [15-30] %. In diesem Markt ist das Konkurrenzunternehmen Stannah Stairlifts mit etwa [20-30] % der verkauften Sessellifte der stärkste Akteur. Weiter sind Acorn Stairlifts mit einem Marktanteil von [10-20] %, Handicare mit einem Marktanteil von [10-20] % und Otolift mit einem Marktanteil von [0-10] % im Markt vertreten. Es sind somit genügend Konkurrenten im Markt für den Verkauf von Sesselliften in der Schweiz vorhanden, die sich disziplinierend auf BA ET auswirken. Überdies kontrollieren weder Fonds, die von mit Advent verbundenen Gesellschaften verwaltet werden, noch Fonds, die von mit Cinven verbundenen Gesellschaften verwaltet werden, Portfolio-Gesellschaften, die mit BA ET in diesem Marktsegment tätig sind. Es kommt somit nicht zu Marktanteilsadditionen. Zudem liegt der Marktanteil von BA ET unter [10-30] %, weshalb kein betroffener Markt vorliegt.

#### D. Vertikale Beziehungen

36. Es bestehen zwei Kunden-Lieferanten-Beziehungen zwischen BA ET und Portfolio-Gesellschaften, die von mit Advent und Cinven verbundenen Gesellschaften verwalteten Fonds kontrolliert werden.

37. Eine dieser Kunden-Lieferanten-Beziehungen besteht zwischen BA ET und Tractel, einer Portfolio-Gesellschaft, die von mit Cinven verbundenen Gesellschaften verwalteten Fonds kontrolliert wird, und zwar in Bezug auf die Lieferung von Ausrüstung für «Arbeit auf der Höhe» (wie z.B. Winden und Absturzsicherung oder Sicherheitsausrüstung wie Sicherheitsnetze), die bei der Installation und Wartung von Aufzügen verwendet wird. Gemäss Meldung werden die Produkte von Tractel weder in den laufenden Betrieb von Aufzügen eingebaut oder für diesen benötigt, noch werden diese für eine

regelmässige Wartung und Instandhaltung eingesetzt. Die Parteien führen aus, dass sie die von Tractel verkauften Produkte nicht als «Input» für die Aufzugsinstallations- und Serviceprojekte betrachten, da sie in Aufzügen nicht verarbeitet oder verwendet würden. Vielmehr stellten die Produkte von Tractel einen allgemeinen Kostenfaktor für Werkzeuge und Ausrüstung dar, die zur Erbringung der verschiedenen von BA ET erbrachten Dienstleistungen und zur Gewährleistung der Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeitenden bei der Erbringung dieser Dienstleistungen verwendet werden könnten.

38. Des Weiteren weisen die Parteien darauf hin, dass Tractel in der Schweiz im Geschäftsjahr 2018 weniger als EUR [...] Umsatz mit Aufzugsfirmen erwirtschaftet hat.

39. Rz 4 der Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse der Europäischen Kommission<sup>12</sup> führt aus, dass an vertikalen Zusammenschlüsse Unternehmen beteiligt sind, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind, wie z.B. der Hersteller eines bestimmten Produkts und einen seiner Händler. Gemäss Angaben der Parteien dienen tKE und ihre Tochtergesellschaften und Tractel weder als Vertreter füreinander noch seien sie auf verschiedenen Ebenen derselben Lieferkette tätig. Vielmehr beliefere Tractel in der Regel Aufzugskunden wie tKE und ihre Tochtergesellschaften, aber auch Kunden, die in anderen Branchen tätig seien, mit Geräten für die Arbeit in der Höhe, die bei Bedarf als Werkzeuge eingesetzt werden könnten. Diese Werkzeuge würden aber keinen wesentlichen Input für die nachgelagerten Produkte, d.h. die Installation und Wartung von Aufzügen, darstellen.

40. Die von Tractel verkauften Produkte werden nicht in Aufzüge eingebaut, sondern werden bei der Installation und Wartung von Aufzügen benötigt, weshalb sie eher nicht als Input gewertet werden. Überdies erwirtschaftete Tractel im Geschäftsjahr 2018/2019 weltweit nur ca. EUR [...] aus Verkäufen an BA ET. In der Schweiz erzielte Tractel einen Umsatz von weniger als EUR [...] mit Verkäufen ihrer Produkte an Aufzugsfirmen.

41. Die zweite Kunden-/Lieferantenbeziehung betrifft Rubix Group Holdings (nachfolgend: Rubix), eine Portfolio-Gesellschaft, die von mit Advent verbundenen Gesellschaften verwalteten Fonds kontrolliert wird. Rubix vertreibt Produkte und Dienstleistungen im Bereich der industriellen Wartung, Reparatur und Überholung («MRO») in Europa. Rubix stellt keine Produkte her, sondern bietet den Vertrieb von MRO-Ausrüstungen und -Werkzeugen an, wie z.B. Arbeitsschutzausrüstungen, Durchflussschutzausrüstungen (z.B. Ventile, Dichtungen und Pumpen), Antriebs- und Fördertechnik, Kunststoff- und Lineartechnik, Lager und Dichtungen, Gesundheits- und Sicherheitsprodukte sowie mechanische und elektrische Energieübertragung, sowie Wartungs- und Ingenieurleistungen.

<sup>12</sup> Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI. C 265, 18.10.2008.

42. Gemäss Angaben der Parteien in der Meldung wird die überwiegende Mehrheit der von Rubix vertriebenen Produkte nicht in neue Aufzugs- oder Rolltreppenanlagen eingebaut – vielmehr würden sie im Zusammenhang mit der Reparatur oder Wartung entweder der Aufzüge und Rolltreppen selbst oder der Ausrüstung von Fertigungsanlagen zur Herstellung von Teilen für verschiedene Produkte, wie Montagelinien oder Form- und Strahlmaschinen, die Komponenten für Aufzüge herstellen, verwendet.

43. Gemäss Meldung stünde Rubix als Vertreiberin einer grossen Bandbreite von Produkten im Wettbewerb mit zahlreichen anderen Vertreibern sowie Herstellern dieser Produkte im Wettbewerb. Rubix schätzt, dass ihr Marktanteil bei allen ihren Produkten, einschliesslich Lager, und in allen Regionen, einschliesslich der Schweiz, weniger als [0-10] % betragen würde.

44. Im Jahr 2018/2019 habe der Gesamtauftragswert von BA ET bei Rubix in der Schweiz nicht mehr als EUR [...] betragen.

45. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Rubix und Tractel keine wesentlichen unmittelbaren Inputs für Hersteller von Aufzügen und Rolltreppen vertreiben respektive herstellen. Zudem erzielen Rubix und Tractel auch nur geringe Umsätze mit BA ET sowie anderen Herstellern von Aufzügen respektive Rolltreppen. Auch steht Rubix als blosser Vertreiberin ohnehin mit einer grossen Bandbreite von Produkten im Wettbewerb mit zahlreichen anderen Vertreibern sowie Herstellern dieser Produkte. Somit werfen die Kunden-Lieferanten-Beziehungen zwischen BA ET und Rubix bzw. Tractel keine Bedenken auf.

#### **E. Schlussfolgerungen**

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

B 2.3	<b>4. Emmi AG/Chäs Hütte Zollikon GmbH</b>
-------	--

*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 7. Juli 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Juli 2020*

1. Am 11. Juni 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Baumann Käse AG (nachfolgend: Baumann Käse), mit Sitz in Münchenbuchsee, Schweiz, eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Emmi AG (nachfolgend: Emmi), mit Sitz in Luzern, Schweiz, die Übernahme sämtlicher Stammanteile an der Chäs Hütte Zollikon GmbH (nachfolgend: Chäs Hütte Zollikon), mit Sitz in Zollikon, Schweiz.

2. Emmi ist die Holding-Gesellschaft der Emmi-Gruppe, der grössten Schweizer Milchverarbeiterin. Emmi ist in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig, befasst sich also insbesondere mit der Herstellung und dem Vertrieb von Molkereiprodukten (Konsummilch, Konsumrahm, Butter etc.), Molkerei-Frischprodukten (Joghurt, Quark etc.), Dessertprodukten, Glace, Milchpulver und Käse. Die Emmi-Gruppe umfasst auch sieben Verkaufsstellen, in welchen neben Käse und anderen Molkereiprodukten auch Konsummilch, Konsumrahm und Butter gekauft werden können. Es sind dies drei Fabrikläden in Emmen (LU), Ostermundigen (BE) und Bischofszell (TG), ein Verkaufsgeschäft im Weiler Kaltbach (LU) und drei Chäsbueb-Verkaufsstellen in Bern (BE) und Olten (SO).<sup>1</sup>

3. Die zu übernehmende Chäs Hütte Zollikon betreibt ein kleines Käsefachgeschäft in Zollikon (ZH) mit einem Umsatz von rund CHF [...] Mio. im Jahr 2019. Mit dieser Übernahme erhält Baumann Käse einen direkten Kontakt zu den Konsumenten in dem für sie gemäss der meldenden Partei sehr wichtigen Grossraum Zürich.

4. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG<sup>2</sup> und Art. 1 VKU<sup>3</sup>. Die von Emmi zu übernehmende Chäs Hütte Zollikon ist in einem Markt tätig, welche den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter und somit den Märkten nachgelagert ist, in welchen Emmi eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.<sup>4</sup> Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

5. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien im Bereich des Detailhandels mit Milchprodukten.

6. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen den Absatzmärkten, auf denen die Detailhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.<sup>5</sup>

7. Neben einem allfälligen sachlich relevanten Markt des Detailhandels mit Nahrungs- und Genussmitteln erwog die WEKO im Jahr 2007 in ihrem Entscheid *Baumann Käse AG/Chäsbueb AG*<sup>6</sup> einen Markt, der den spezialisierten Detailhandel mit Käse und anderen Milchprodukten umfasst, wobei sie anmerkte, dass der Wettbewerbsdruck von Seiten der Grossverteiler und anderer Detailhändler, die Lebensmittel in ihrem Sortiment führen, zu berücksichtigen wäre. Die genaue sachliche Marktabgrenzung liess sie schliesslich offen. Bezüglich der räumlichen Dimension wies die WEKO darauf hin, dass der Detailhandel absatzseitig sowohl lokale als auch überregionale oder nationale Elemente beinhaltet und dass beim spezialisierten Detailhandel mit Käse und anderen Milchprodukten die lokalen Elemente im Vordergrund stehen dürften. Schliesslich zog sie für jenes Zusammenschlussvorhaben eine enge räumliche Marktabgrenzung, die etwa das Gebiet der Agglomeration Bern umfasst, in Betracht, liess die genaue räumliche Abgrenzung schliesslich aber offen.

8. Für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben wird absatzseitig als engst mögliche Abgrenzung von einem Markt für den spezialisierten Detailhandel mit Käse und anderen Milchprodukten ausgegangen, der regional abzugrenzen ist. Schliesslich kann bezüglich des Detailhandels mit Käse und anderen Milchprodukten sowohl die genaue sachliche als auch räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung dasselbe ist.

<sup>1</sup> Die Chäsbueb AG (nachfolgend: Chäsbueb) wurde 2007 von Baumann Käse übernommen. Die damalige Übernahme war meldepflichtig und wurde von der WEKO genehmigt. Der Entscheid der WEKO wurde nicht im RPW veröffentlicht. Chäsbueb wurde im Jahr 2008 im Handelsregister gelöscht.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>3</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>4</sup> RPW 2006/4, 623 Rz 13, *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*; RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113 und 157 sowie 290 Ziff. 1 des Dispositivs, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

<sup>5</sup> RPW 2008/4, 598 Rz 54, *Coop/Carrefour*, mit weiteren Verweisen.

<sup>6</sup> Vgl. Fn 1.

9. In ihrem Entscheid *Baumann Käse AG/Chäsueb AG* vom 13. Februar 2007 ging die WEKO von einem Markt für die Beschaffung von Käse und anderen Milchprodukten aus. Zu den Absatzkanälen dieses Beschaffungsmarkts äusserte sich die WEKO nicht. Gemäss dem Entscheid *Coop/Carrefour* sind Lebensmitteldetailhändler, welche ein Vollsortiment anbieten, in der Regel aber nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Detailhandelsprodukten zur Verfügung steht.<sup>7</sup> So nannte die WEKO als einen anderen möglichen Absatzkanal u.a. den Spezial-/Fachhandel.<sup>8</sup> Räumlich ging die WEKO im Entscheid *Baumann Käse AG/Chäsueb AG* beim Markt für die Beschaffung von Käse und anderen Milchprodukten von einer nationalen Dimension aus. Seit dem 1. Juli 2007 ist der Käsemarkt zur Europäischen Union (EU) vollständig liberalisiert, so dass die Beschaffung von Käse als EU- inklusive schweizweit abgegrenzt werden könnte.<sup>9</sup> Zudem können gewisse Milchprodukte wie beispielsweise aromatisierte Joghurts zu einem relativ tiefen Ausserkontingentszollansatz (AKZA) importiert werden.<sup>10</sup> Dagegen sind die AKZA anderer Milchprodukte wie Konsummilch, Konsumrahm und Butter relativ hoch und die Kontingentsmengen relativ gering.<sup>11</sup> Nachfolgend kann die genaue sachliche als auch räumliche Marktabgrenzung bezüglich die Beschaffung von Käse und anderen Milchprodukten offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei sämtlichen denkbaren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen dasselbe ist.

10. Emmi schätzt die Anzahl an Läden von Anbietern von Teilsortimenten, welche sich auf Käse und andere Milchprodukte spezialisiert haben, per Ende 2019 in der Schweiz auf rund 2'000. Dabei hat sie eine grosse Bandbreite von Ladentypen berücksichtigt, vom modernen Delikatessengeschäft an stark frequentierter Lage in einer grösseren Stadt bis zur kleinen Alp-Käserei, welche im Nebenraum Käse und Butter verkauft. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben werden die bestehenden sieben auf Milchprodukte spezialisierte Läden Emmis durch einen weiteren Laden ergänzt. Während Zollikon, in welchem die zu übernehmende Chäs Hütte Zollikon ihren Laden hat, am unteren, rechten Zürichseeufer liegt und somit zur Agglomeration Zürich gehört, liegen die dazu nächstgelegenen Ladenstandorte Emmis in Emmen (bei Luzern), im Weiler Kaltbach (bei Sursee, LU) und in Bischofszell (Bodenseeregion). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf lokaler Ebene absatzseitig zu keiner Marktanteilsaddition führt. Bei Betrachtung der nationalen Ebene kommt es absatzseitig zwar zu einer Marktanteilsaddition, die Marktanteile der beiden Zusammenschlussparteien dürften allerdings angesichts der grossen Anzahl an Konkurrenten und der bescheidenen Anzahl eigener Läden im besagten Bereich gering sein. So ist davon auszugehen, dass es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben absatzseitig zu keinen betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt.

11. Zu einer Marktanteilsaddition resp. zu Marktanteilsadditionen kommt es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Beschaffung von Milchprodukten wie Käse, Konsummilch, Konsumrahm

und Butter. Nebst dem spezialisierten Detailhandel für Milchprodukte gehören auch Detailhändler, welche ein Vollsortiment anbieten, zu den Beschaffern von Produkten, wie sie der spezialisierte Detailhandel für Milchprodukte nachfragt. So ist offenkundig, dass die vorliegend zu analysierende/n Marktanteilsaddition/en in einem sehr tiefen Marktanteilsbereich stattfindet resp. stattfinden und es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beschaffungsseitig nicht zu betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt.

12. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben dargelegten 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.

<sup>7</sup> RPW 2008/4, 601 f. Rz 79 und 84, *Coop/Carrefour*.

<sup>8</sup> RPW 2008/4, 602 Rz 84, *Coop/Carrefour*.

<sup>9</sup> Dies analog zum absatzseitigen Markt für den Vertrieb von Käse (vgl. dazu RPW 2009/2, 171 Rz 23, *Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG*).

<sup>10</sup> Der AKZA für aromatisierte Joghurts aus der EU beträgt 36,45 Rp. pro kg (Stand: 30.6.2020).

<sup>11</sup> Für Butter beträgt der AKZA pro kg CHF 16.42, für Rahm CHF 13.40 und für Milch mit einem Fettgehalt von mehr als 1 und nicht mehr als 6 Gewichtsprozent 76 Rp. (Stand: 30.6.2020).



B 2.3

**5. Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Juni 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 9. Juni 2020*

1. Am 11. Mai 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Zusammenschluss zwischen Fiat Chrysler Automobiles N.V. (nachfolgend: FCA) und Peugeot S.A. (nachfolgend: PSA).

2. FCA mit Sitz in London ist ein globaler Automobilkonzern, welcher weltweit in der Entwicklung, Konstruktion, Herstellung, dem Vertrieb und Verkauf von Fahrzeugen, Komponenten und Produktionssystemen tätig ist. Zum Portfolio gehören insbesondere die Marken Abarth, Alfa Romeo, Chrysler, Dodge, Fiat, Jeep, Lancia, Ram sowie Maserati. Mit dem Automobilzulieferer Mopar unterstützt FCA ihre Auslieferungen von Fahrzeugen durch den Verkauf von Ersatzteilen und Zubehör sowie durch entsprechende Serviceverträge.

3. Auch bietet FCA über Tochtergesellschaften, Gemeinschaftsunternehmen und Drittfinanzinstituten Retail- und Händlerfinanzierungen, Leasing- und Vermietungsdienstleistungen an. Zudem ist FCA in den Bereichen Automobilzulieferer über die Teksid S.p.A., Kunststoffkomponenten und -module über die Plastic Components and Modules Automotive S.p.A. sowie Automobilproduktionssysteme über die Comau S.p.A. tätig.

4. PSA ist eine an der Pariser Börse kotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Rueil-Malmaison (Frankreich) und die Holdinggesellschaft der PSA Groupe. Die PSA Groupe ist hauptsächlich eine Fahrzeugherstellerin (Original Equipment Manufacturer, «OEM») und Händlerin der Marken Peugeot, Citroën, Opel, Vauxhall und DS sowie eine Lieferantin von Ersatzteilen. Die PSA Groupe bietet darüber hinaus auch zusätzliche Dienstleistungen bspw. zur Finanzierung von Fahrzeugen und für Mobilitätslösungen an.<sup>1</sup>

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien, erhebliche Skaleneffekte und Synergien in den Bereichen [...] zu ermöglichen und die Rentabilität nachhaltig zu verbessern. Auch werde das fusionierte Unternehmen besser aufgestellt sein [...] im Bereich der [...] elektrifizierten [...] und autonomen Mobilität [...]. Gestützt auf eine breitere Basis an Technologien könnten Innovationen in diesem Bereich besser vorangetrieben werden.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 8. Mai 2020 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.<sup>2</sup>

7. Die Parteien haben am 17. Dezember 2019 ein bindendes Abkommen zum Zusammenschluss abgeschlossen, welches die hauptsächlichen Bestimmungen und Bedingungen der Transaktion festlegt. Mit dem Vollzug der Transaktion wird PSA mit FCA fusioniert, wodurch die eigenständige Existenz von PSA enden wird. FCA wird die fortbestehende Gesellschaft sein.

8. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG<sup>3</sup> dar.

9. PSA und FCA erzielten im Geschäftsjahr 2018 insgesamt einen Umsatz von ca. 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. In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis 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.<sup>4</sup> Auch die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis zwischen dem Markt für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Markt für den Retailvertrieb von Fahrzeugen unterschieden.<sup>5</sup> In räumlicher Hinsicht ist entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO für die Märkte des Vertriebs von Fahrzeugen auf der Grosshandels- und auf der Retailstufe von schweizweiten Märkten auszugehen.<sup>6</sup> Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

11. Die WEKO ist zudem in ihrer bisherigen Praxis von einem weiteren separaten Markt für die Herstellung und Lieferung von Personenwagen und Nutzfahrzeugen ausgegangen. Eine abschliessende sachliche Abgrenzung, ob es sich um einen Gesamtmarkt (ohne Unterteilung in Segmente) oder Teilmärkte (mit Unterteilung in

<sup>1</sup> 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*; RPW 2019/4, 1189 Rz 3, *Emil Frey Holding AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA*; RPW 2020/2, 647 Rz 2 f., *PSA/Opel/Saft/ACC* für weitere Informationen zu den Aktivitäten von PSA.

<sup>2</sup> Case COMP M.9730 *FCA/PSA*.

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>4</sup> Vgl. u.a. RPW 2019/1, 148 Rz 12 und Rz 15, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

<sup>5</sup> Vgl. u.a. Case COMP M.2832, Rz 17 *General Motors/Daewoo*; Case COMP M.7747, Rz 11 ff., *PGA/MSA*; Case COMP M.6718, Rz 11, *TTC/CFAO*; Case COMP M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor/Suzuki KG/FAFIN*; Case COMP M.182, Rz 8, *Inchape/TKM*; Case COMP M.1452, Rz 10, *Ford/Volvo*; Case COMP M.5709, Rz 10 *Volkswagen/Mahag*.

<sup>6</sup> RPW 2019/1, 149 Rz 22, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*, RPW 2019/4, 1191 Rz 29, *Emil Frey AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA* und RPW 2020/1, 260 Rz 16, *Daimler/Geely/smart Automobile*.

Segmente) handelt, hat die WEKO bisher offengelassen.<sup>7</sup>

12. Entsprechend ihrer bisherigen Praxis geht die WEKO vorliegend von einem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen (ohne Unterteilung in Segmente) aus, welcher die Personenwagensegmente<sup>8</sup> Kleinwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse oder Sportwagen, Mehrzweckwagen und SUV/Geländewagen sowie die Segmente für leichte Nutzfahrzeuge (nachfolgend: LCV)<sup>9</sup> mit LCV bis 3.5t und LCV zwischen 3.5t und 6t umfasst. Die genaue sachliche Abgrenzung, ob weniger Segmente zusammenzufassen sind, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

13. Für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ist die WEKO sowohl von nationalen Märkten<sup>10</sup> als auch in ihrem jüngsten Zusammenschlussentscheid<sup>11</sup> von mindestens EWR+CH weiten Märkten ausgegangen, liess eine genaue räumliche Abgrenzung aber letztlich in allen Fällen offen. Vorliegend ist für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen in räumlicher Hinsicht

von mindestens EWR+CH weiten Märkten (nachfolgend: europaweiten Märkten) auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse, auch bei einer engeren nationalen Abgrenzung, nicht verändert.

14. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf betroffene Märkte, in welchen es zu Marktanteilsadditionen kommt und sich die Wettbewerbssituation daher ändern könnte. Konkret handelt es sich um Märkte im Bereich der Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen.<sup>12</sup>

15. Sowohl PSA als auch FCA sind auf dem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen in diversen Segmenten im EWR und in der Schweiz tätig.

16. Wie aus Tabelle 1 zu entnehmen ist, verfügen die Parteien im europaweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen (ohne Unterteilung in Segmente) mit [20–30] % über einen gemeinsamen Anteil von mehr als 20 %. Dieser Markt ist damit ein vom Zusammenschluss betroffener Markt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU<sup>13</sup>).

Tabelle 1: Marktanteile auf Stufe Herstellung und Lieferung (Gesamtmarkt) – EWR+CH

<b>Marktanteile - Markt für Herstellung und Lieferung (2019, EWR+CH)</b>			
	FCA	PSA	FCA & PSA
Personenwagen und LCV	[0–10] %	[10–20] %	[20–30] %

Bemerkung: Grau schraffiert: Betroffener Markt; Quelle: Angaben der Parteien auf Grundlage der Daten von IHS Daten.

17. Würde man diesen europäischen Markt (hypothetisch) in Segmente bzw. weitere (Teil-)Märkte unterteilen, so wären «Kleinwagen» mit [40–50] %, «Kleinwagen» mit [20–30] %, (bzw. zusammengefasst) «Kleinst- und Kleinwagen» mit [20–30] %, «Mehrzweckwagen» mit [20–30] %, «SUV/Geländewagen» mit [20–30] % sowie «LCV (bis 3.5t)» mit [30–40] % und «LCV (3.5t bis 6t)» mit [20–30] % betroffene Märkte (vgl. Tabelle 2). In allen anderen (hypothetischen) Segmenten des Marktes für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen liegt der gemeinsame Anteil unter 20 %.

<sup>7</sup> RPW 2017/4, 568 Rz 13, *Peugeot SA/Opel*, RPW 2020/1, 260 Rz 15, *Daimler/Geely/smart Automobile*.

<sup>8</sup> RPW 2019/1, 148 Rz 12, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten* und RPW 2019/4, 1191 Rz 21, *Emil Frey AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA*.

<sup>9</sup> RPW 2017/4, 568 Rz 13 und Rz 36, *Peugeot SA/Opel*.

<sup>10</sup> RPW 2017/4, 569 Rz 27, *Peugeot SA/Opel*.

<sup>11</sup> RPW 2020/1, 260 Rz 17, *Daimler/Geely/smart Automobile*.

<sup>12</sup> In den Bereichen des Vertriebs von Fahrzeugen auf der Gross- und Retailstufe sowie dem Bereich der Serviceleistungen an Fahrzeugen kommt es zu keinen betroffenen Märkten und auch keinen Marktanteilsadditionen, da nur FCA in diesen Bereichen in der Schweiz tätig ist.

<sup>13</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

Tabelle 2: Marktanteile für Herstellung und Lieferung nach Segmenten – EWR+CH

Marktanteile - Markt für Herstellung und Lieferung (2019, EWR+CH, segmentbezogen)			
Segmente	FCA	PSA	FCA & PSA
Kleinstwagen [...] <sup>14</sup>	[40–50]%	[0–10] %	[40–50] %
Kleinwagen	[0–10] %	[20–30] %	[20–30]%
Kleinst- und Kleinwagen*	[10–20] %	[10–20] %	[20–30]%
Mittelklasse	[0–10] %	[10–20] %	[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] %	[20–30] %	[20–30] %
SUV/Geländewagen	[0–10] %	[10–20] %	[20–30] %
LCV (bis 3.5t)	[0–10] %	[20–30] %	[30–40] %
LCV (3.5t bis 6t)	[10–20] %	[10–20] %	[20–30]%

Bemerkung: Grau schraffiert: Betroffener Markt; Quelle: Angaben der Parteien auf Grundlage der Daten von IHS Daten. (\*) Lediglich das zusammengefasste Segment «Kleinwagen und Kleinstwagen» wurde auf Basis der Angaben der Parteien vom Sekretariat berechnet.

18. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird die Schwelle zum Vorliegen eines betroffenen Marktes aufgrund des gemeinsamen europäischen Marktanteils von [20–30] % auf dem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen (ohne Unterteilung in Segmente) nur leicht überschritten (vgl. Tabelle 1). Zudem ist das fusionierte Unternehmen in einem Markt mit etablierten globalen Wettbewerbern (wie Daimler, BMW, Ford, Hyundai-Kia, Mazda, Renault-Nissan-Mitsubishi, Toyota und Volkswagen) mit starker Marktpräsenz und hoher Markenbekanntheit tätig.

19. Würde der europaweite Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen (hypothetisch) in Segmente unterteilt, träge die Aussage zu den Wettbewerbern auch für die betroffenen europaweiten Segmente (vgl. Rz 17) zu. Zudem seien Käufer, insbesondere der Segmente Klein- und Kleinstwagen sowie von LCV, laut Angaben der Parteien preiseempfindlich und es gebe keine nennenswerten Kosten für den Wechsel zwischen verschiedenen Marken und Modellen, was die Möglichkeit zur Preiserhöhung zusätzlich einschränke.

20. Würde man hingegen (hypothetisch) von nationalen Märkten ausgehen und einen schweizweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen (ohne Unterteilung in Segmente) annehmen, so würde sich ein gemeinsamer Marktanteil von PSA und FCA von [10–20] % ergeben und es läge kein betroffener Markt vor.

21. Würde man diesen (hypothetischen) schweizweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen weiter in Segmente unterteilen, so wären das Segmente «LCV bis 3.5t» mit [20–30] % und das Segment «Kleinstwagen» mit [50–60] % betroffene Märkte.<sup>15</sup> Für alle diese Segmente gelten die oben gemachten Ausführungen zu den Wettbewerbsbedingungen auf europaweiten Märkten ebenfalls (vgl. Rz 18–19). Mit Bezug auf die relativ hohen Marktanteile für das Segment «Kleinstwa-

gen» ist zu berücksichtigen, dass, gemäss Angaben der Parteien, Kleinst- und Kleinwagen preislich nahe beieinanderliegen. Nimmt man hier weiter unterschiedliche Ausstattungen der Fahrzeuge an, so erscheint es plausibel, dass es keine festen Grenzen zwischen den einzelnen (benachbarten) Segmenten gibt und diese daher grundsätzlich durchlässig sind.<sup>16</sup> Eine solche gemeinsame Betrachtung der benachbarten Segmente Kleinst- und Kleinwagen würde vorliegend zu einem gemeinsamen Marktanteil der Parteien von rund [10–20] % führen (und daher zu keinem betroffenen Markt). Darüber hinaus bringen die Parteien vor, dass auf nationaler Ebene alle in Rz 18 genannten Wettbewerber in der Schweiz über ein etabliertes Vertriebsnetz und über ausreichend freie Kapazitäten verfügten. Diese Tatsache erlaube es diesen Konkurrenten, zusätzliche Lieferungen in die Schweiz zu veranlassen, falls die Parteien versuchen würden die Preise zu erhöhen. Daher verhindere der starke (Interbrand-)Wettbewerb jeden Versuch, die Preise zu erhöhen.

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.

<sup>14</sup> Gemäss Angaben der Parteien [...].

<sup>15</sup> Gemäss Angaben der Parteien [...].

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2012/3, 561 Rz 184, BMW.

B 2.3

**6. Medbase/HCH/SDH/zahnarztzentrum.ch**

*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. Juni 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 25. Juni 2020*

1. Am 27. Mai 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Medbase AG (nachfolgend: Medbase) einerseits sowie Hans Christoph Hürlimann (nachfolgend: HCH) und Sara Daniella Hürlimann-Meiri (nachfolgend: SDH) andererseits, die gemeinsame Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen zu begründen. Beim betroffenen Gemeinschaftsunternehmen handelt es sich um die zahnarztzentrum.ch-Gruppe.

2. **Medbase** mit Sitz in Winterthur gehört zur Migros-Gruppe<sup>1</sup> und erbringt Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Im medizinischen Bereich bietet Medbase für Patienten insbesondere 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. Demgegenüber bietet Medbase bis heute keine zahnmedizinischen Behandlungen an. Der WEKO ist Medbase aus früheren Zusammenschlussverfahren bereits bekannt: Medbase hat die Kontrolle über die Topwell-Apotheken<sup>2</sup> erlangt und ist eine Kooperation mit dem Luzerner Kantonsspital<sup>3</sup> im Apothekenbereich und im Bereich der ambulanten medizinischen Dienstleistungen sowie mit der Spital STS AG<sup>4</sup> im Bereich der ambulanten medizinischen Dienstleistungen eingegangen. Vor kurzem hat Medbase schliesslich zusammen mit der Zur Rose Suisse AG<sup>5</sup> zwei Gemeinschaftsunternehmen im Apothekenbereich begründet.

3. 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 u.a. auch im Grosshandel, in der Gastronomie, im Treibstoffgeschäft, im Reisemarkt und mit Medbase im Gesundheitswesen tätig.

4. Die Migros-Gruppe verfügt über eine Minderheitsbeteiligung (knapp [...] %) mit Mitkontrollrechten an der **Best Smile AG** mit Sitz in Winterthur (nachfolgend: Best Smile). Best Smile fertigt für ihre Kunden mittels 3D-Druck individuell angepasste, durchsichtige Zahnspannen (sog. «Aligner») an, mit denen kleine Zahnfehlstellungen aus ästhetischen Gründen korrigiert werden können. Ausschliesslich im Zusammenhang mit einer Zahnkorrektur bietet Best Smile auch sog. «Bleaching» von

Zähnen an. Aktuell betreibt Best Smile 18 Filialen<sup>6</sup> in der Schweiz.

5. **HCH** und **SDH** sind zwei natürliche Personen, welche die zahnarztzentrum.ch-Gruppe gegründet und aufgebaut haben. Sie kontrollieren die zahnarztzentrum.ch-Gruppe bis heute gemeinsam. In der vorliegenden Transaktion sind sie gleichzeitig die Veräusserer. HCH und SDH halten zusätzlich weitere Beteiligungen [...] <sup>7</sup>, welche allerdings nicht Teil der vorliegenden Transaktion sind und auch künftig unabhängig von Medbase/Migros-Gruppe geführt werden.

6. Die **zahnarztzentrum.ch-Gruppe**, bestehend aus der zahnarztzentrum.ch Beteiligungs AG, der zahnarztzentrum.ch Holding AG und der zahnarztzentrum.ch AG, betreibt 34 Zahnarztpraxen, die sich grösstenteils in Städten der Deutschschweiz befinden. An diesen Standorten beschäftigt das Unternehmen über 300 Zahnärzte und Dentalhygieniker sowie anderes zahnmedizinisches Fachpersonal und bietet ein breites Spektrum an zahnmedizinischen Behandlungen an. Neben Prophylaxe, Dentalhygiene und allgemeiner Zahnmedizin umfasst das Angebot Oralchirurgie, Implantologie und Narkosebehandlungen sowie an den meisten Standorten auch Kieferorthopädie und Parodontologie.

7. Die zahnarztzentrum.ch Holding AG ist eine [...] %-Tochtergesellschaft der zahnarztzentrum.ch Beteiligungs AG. Die zahnarztzentrum.ch AG ist eine [...] %-Tochtergesellschaft der zahnarztzentrum.ch Holding AG. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens beabsichtigt Medbase, [...] der Aktien der zahnarztzentrum.ch Beteiligungs AG von HCH / SDH zu erwerben.

8. Die zahnarztzentrum.ch-Gruppe soll künftig – zumindest in einer ersten Phase<sup>8</sup> – unter gemeinsamer Kontrolle von Medbase und HCH / SDH stehen. Medbase wird eine Beteiligung von [...] % und HCH / SDH eine Beteiligung von [...] % - einzeln je [...] % - an der zahnarztzentrum.ch Beteiligungs AG halten. Es ist vorgesehen, dass der [...] Verwaltungsrat der zahnarztzentrum.ch Beteiligungs AG paritätisch mit [...] Vertretern von Medbase und HCH / SDH [...] besetzt wird. [...]

<sup>1</sup> Medbase 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.

<sup>2</sup> RPW 2019/4, 1209 ff., *Migros/Topwell*. Diese wurden in der Zwischenzeit in «Medbase Apotheken» umbenannt und wirtschaftlich in Medbase integriert.

<sup>3</sup> RPW 2019/4, 1199 ff., *Medbase/LUKS/Medbase ZS*.

<sup>4</sup> RPW 2019/4, 1186 ff., *Spital STS AG/Medbase*.

<sup>5</sup> RPW 2020/1, 251 ff., *Medbase/Zur Rose*.

<sup>6</sup> Bei Best Smile handelt es sich um ein schnell wachsendes Start Up-Unternehmen, welches plant, die Anzahl Standorte kontinuierlich auszubauen. Bis Ende 2020 sollen insgesamt [...] und bis Ende 2021 [...] Standorte bestehen.

<sup>7</sup> [...]

<sup>8</sup> [...]

9. Die Parteien haben einen Aktionärbindungsvertrag (ABV) abgeschlossen, welcher [...]

10. Aufgrund der Verbindung von Aktienmehrheit [...] bedürfen wichtige Beschlüsse sowohl der Zustimmung von Medbase als auch von HCH / SDH, womit die gemeinsame Kontrolle über das Unternehmen vorliegt.

11. Gemäss Meldung verfolgt Medbase mit der Übernahme das Ziel, das bestehende Angebot an medizinischen Leistungen durch Leistungen im Bereich der Zahnmedizin zu ergänzen und das Dienstleistungspekt-

rum im Interesse der Patienten abzurunden, während es HCH / SDH beim Verkauf der Anteile darum geht, schrittweise aus dem Unternehmen auszusteigen und den Wert ihrer Beteiligung zu realisieren.

12. Aus der nachfolgenden Tabelle ist ersichtlich, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG vorliegend überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist:

**Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2019 in Mio. CHF**

Beteiligtes Unternehmen	Umsatz in Mio. CHF weltweit	Umsatz in Mio. CHF schweizweit
Migros-Gruppe	28'683	25'788
HCH / SDH	[...]	[...]
zahnarztzentrum.ch-Gruppe	[...]	[...]
<b>Total</b>	<b>[...]</b>	<b>[...]</b>

Quelle: Angabe der Parteien

13. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem die zahnarztzentrum.ch-Gruppe in der Schweiz tätig ist und sich daher die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Konkret handelt es dabei um den Bereich der zahnmedizinischen Behandlungsdienstleistungen.

14. Die WEKO hat sich bislang nicht hinsichtlich einer Marktabgrenzung im Bereich der zahnmedizinischen Behandlungsdienstleistungen geäußert.

15. Die Parteien gehen von einem sachlich relevanten Markt aus, der alle ambulanten zahnmedizinische Behandlungen umfasst, die in Zahnarztpraxen und universitären Zahnkliniken üblicherweise erbracht werden. Nach Ansicht der WEKO ist es nicht auszuschliessen, dass dieser Markt zukünftig enger gefasst und in weitere separate Märkte unterteilt werden muss, so namentlich in separate sachlich relevante Märkte für dentalhygienische Behandlungen oder für einzelne Spezialgebiete wie z.B. Kieferorthopädie und Oralchirurgie. Eine abschliessende sachliche Marktabgrenzung kann indes offengelassen werden und es rechtfertigt sich hinsichtlich der vorliegend unkritischen Zusammenschlussverhältnisse und im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem einzigen sachlich relevanten Markt für zahnmedizinische Behandlungsdienstleistungen auszugehen.

16. Räumlich gehen die Parteien von einer Marktabgrenzung nach Kantonen aus. Dieses Vorgehen erscheint für einzelne Kantone plausibel, wohingegen in anderen Kantonen nach Ansicht der WEKO eher eine regionale Marktabgrenzung mit den relevanten Städten einschliesslich der Agglomerationen in Betracht zu ziehen wäre. Mit Blick auf die tiefen Marktanteile in den einzelnen Kantonen (vgl. nachstehend Rz 17) rechtfertigt

es sich, auch hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung mittels einer Arbeitshypothese vorzugehen und von kantonalen räumlich relevanten Märkten auszugehen.

17. Die zahnarztzentrum.ch-Gruppe ist in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Fribourg, Graubünden, Luzern, St. Gallen, Schaffhausen, Solothurn, Thurgau, Zug und Zürich tätig. Ihre Marktanteile für die zahnmedizinischen Behandlungsdienstleistungen liegen je nach Kanton im [...] einstelligen Bereich.<sup>9</sup> Die Marktanteile der Migros-Gruppe mit Best Smile in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Genf, Graubünden, Luzern, St. Gallen, Schaffhausen und Zürich liegen jeweils nahezu bei [0–10] bis maximal [0–10] %. Durch das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben kommt es in diesen Kantonen zu marginalen Marktanteilsadditionen, wobei in keinem Fall ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt. Ohnehin sind in diesen Kantonen genügend andere Zahnärzte tätig, womit davon auszugehen ist, dass diese Konkurrenz einen genügenden Wettbewerbsdruck auf die zahnarztzentrum.ch-Gruppe zeitigt.

18. Schliesslich haben die Parteien in der Meldung zwei Nebenabreden, einerseits die «Geschäftsführung bis zum Vollzug» und andererseits ein «Wettbewerbsverbot», ausgewiesen. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden

<sup>9</sup> Kanton Aargau [0-10] %; Kanton Bern [0-10] %; Kanton Basel-Stadt [0-10] %; Kanton Fribourg [0-10] %; Kanton Graubünden nahezu [0-10] % (Neueröffnung Ende 2019); Kanton Luzern [0-10] %; Kanton St. Gallen [0-10] %; Kanton Schaffhausen [0-10] %; Kanton Solothurn [0-10] %; Kanton Thurgau [0-10] %; Kanton Zug [0-10] %; Kanton Zürich [0-10] %.

nicht von Amtes wegen. Einzelnen 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.<sup>10</sup>

19. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die entsprechende Bekanntmachung der Europäischen Kommission<sup>11</sup> angelehnt.<sup>12</sup>

20. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Zeitlich können zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>15</sup> Abwerbverbote zeitigen eine vergleichbare Wirkung und werden deshalb gleich beurteilt wie Wettbewerbsverbote.<sup>16</sup>

21. Die mittels ABV vereinbarte [...]

22. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das in der Meldung genannte Wettbewerbsverbot in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Sicht den Vorgaben der Praxis der WEKO entspricht und daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden kann.

23. HCH / SDH verpflichten sich im Aktienkaufvertrag, [...]

24. Bei der genannten Verpflichtung handelt es sich um eine Stillhaltevereinbarung bzw. um eine Vereinbarung über die unveränderte Fortführung der Geschäftstätigkeit. Gemäss Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.<sup>17</sup> Ohnehin dürfen die Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz das Zielunternehmen während der Dauer des Verfahrens nicht verändern.<sup>18</sup> Die vorgenannte Vereinbarung kann folglich für die Durchführung des Zusammenschlusses als notwendig und mit dem Zusammenschluss verbunden und somit als Nebenabrede qualifiziert werden.

25. Sowohl das Wettbewerbsverbot als auch die Stillhaltevereinbarung sind nach dem Gesagten als zulässige Nebenabreden zu qualifizieren.

26. 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.

<sup>10</sup> RPW 2019/4, 1187 Rz 18, *Spital STS AG/Medbase AG*; RPW 2018/4, 1008 Rz 122, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

<sup>11</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24 vom 5.3.2005 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung Nebenabreden).

<sup>12</sup> RPW 2018/4, 1008 Rz 124, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*; RPW 2017/1, 124 Rz 54, *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

<sup>13</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 36.

<sup>14</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 37.

<sup>15</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 36.

<sup>16</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 26.

<sup>17</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 14; RPW 2015/4, 800 Rz 55, *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*; RPW 2013/3, 351 Rz 18, *Tamedia AG/PPN AG*.

<sup>18</sup> RPW 2020/1, 251 ff. Rz 75, *Medbase/Zur Rose*; RPW 2013/3, 351 Rz 18, *Tamedia AG/PPN AG*.

B 2.3

**7. BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY**

*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. September 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 7. September 2020*

1. Am 17. August 2020 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über das bestehende Gemeinschaftsunternehmen IONITY Holding GmbH & Co. KG durch die derzeit kontrollierenden Gründungsgesellschaften des GU (Bayerischen Motoren Werke AG, Daimler AG, Ford Motor Company, Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG)<sup>1</sup> einerseits und neu Hyundai Motor Company sowie Kia Motors Corporation andererseits.

2. Bayerischen Motoren Werke AG (nachfolgend: BMW) mit Sitz in München (Deutschland) ist eine weltweit tätige Automobil- und Motorradherstellerin. Die BMW Gruppe umfasst die drei Marken BMW, Rolls Royce und MINI. Nebst der Entwicklung, der Produktion und des Marketings dieser Fahrzeuge bietet die BMW-Gruppe auch finanzielle Dienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden an.

3. Daimler mit Sitz in Stuttgart (Deutschland) ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Automobilprodukten tätig, hierzu gehören hauptsächlich Personenwagen, Lastkraftwagen (LKW), Kleintransportern und Omnibusse. Zusätzlich bietet Daimler auch die Erbringung von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit Automobilen (Finanzierung, Leasing, Versicherung und Fleet-Management-Dienstleistungen) an. Der Geschäftsbereich Mercedes-Benz Cars verkauft Personenwagen unter den Marken Mercedes-Benz und Smart.

4. Zudem haben BMW und Daimler im Jahr 2019 verschiedene Aktivitäten im Bereich Mobilitätsdienstleistungen in mehrere Gemeinschaftsunternehmen zusammengeführt, zu welchen die Gesellschaften ReachNow, ChargeNow, FreeNow, ParkNow und ShareNow gehören.<sup>2</sup>

5. Ford Motor Company (nachfolgend: Ford) mit Sitz in Dearborn (USA) verkauft weltweit unter der Marke Ford Automobile und in den USA sowie in China auch unter der Marke Lincoln Fahrzeuge im Luxussegment. Das Kerngeschäft von Ford besteht im Design, der Herstellung, dem Vertrieb, dem Unterhalt und der Finanzierung einer umfassenden Palette von Personenwagen (inklusive batterieelektrische und hybride Fahrzeuge) und Nutzfahrzeugen. Ford bietet (direkt oder über Tochtergesellschaften) zudem finanzielle Dienstleistungen und Mobilitätsdienstleistungen an, dies u.a. in den Bereichen

Connectivity (SYNC, AppLink), Mobility (GoPark, GoDrive, Dynamic Shuttle), autonome Fahrzeuge sowie Heimladelösungen.

6. Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG (nachfolgend: Porsche) ist eine deutsche Automobilherstellerin, die auf das Design, die Herstellung und den Vertrieb von hochleistungsfähigen Sportfahrzeugen, SUV und Limousinen spezialisiert ist. Porsche ist als Tochtergesellschaft der Volkswagen AG Teil der VW-Gruppe, welche die Fahrzeugmarken Volkswagen, Porsche, Audi, Škoda, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Seat, MAN, Scania und Ducati umfasst. Die VW Gruppe ist in der Entwicklung, der Herstellung, dem Marketing, dem Verkauf und dem Vertrieb von Personenwagen und leichten Nutzfahrzeugen, LKW, Omnibusse, Chassis für Omnibusse, Motorrädern und Dieselmotoren, jeweils inklusive zugehörigen Ersatzteilen und Accessoires, tätig. Zusätzlich bietet die VW-Gruppe (direkt oder über Tochtergesellschaften) Finanzierungs- und Versicherungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb und der Finanzierung ihrer Personenwagen und Nutzfahrzeuge sowie Bankdienstleistungen an. Im Bereich Mobilitätsdienstleistungen ist die VW-Gruppe mit ihrem Tochterunternehmen MOIA aktiv. In diesem Bereich bieten sowohl Porsche als auch die VW-Gruppe ihren jeweiligen Kunden auch Dienstleistungen zur Nutzung von Ladeinfrastruktur an.

7. Hyundai Motor Company (nachfolgend: Hyundai) und Kia Motors Corporation (nachfolgend: Kia), jeweils mit Sitz in Seoul (Südkorea), sind Teil einer internationalen Gruppe von Gesellschaften, der Hyundai Motor Group, ebenfalls mit Sitz in Seoul (Südkorea). Sie sind in der Herstellung und dem Vertrieb von Automobilen und Automobilersatzteilen tätig. Hyundai ist in weiteren Sektoren aktiv, beispielsweise in der Produktion von Schienenfahrzeugen und (über Tochtergesellschaften) dem Angebot von finanziellen Dienstleistungen (für Automobile). Im Bereich Mobilitätsdienstleistungen ist Kia derzeit über die Gesellschaft WiBLE in Madrid (Spanien) tätig.

8. IONITY Holding GmbH & Co. KG (nachfolgend: IONITY bzw. GU) ist ein GU der Gründungspartner (BMW, Daimler, Ford und Porsche) mit dem Geschäftsziel, eine öffentlich zugängliche Hochleistungsladeinfrastruktur (High-Power Charging (HPC) Infrastructure, nachfolgend: HPCI) für batterieelektrische Fahrzeuge (battery electric vehicles, nachfolgend: BEV) entlang der Autobahnen und Fernstrassen in ganz Europa zu installieren, zu betreiben und zu unterhalten, um dadurch Langstreckenfahrten zu vereinfachen. Als Hochleistungsladepunktoperator gehören zu den Aktivitäten von IONITY insbesondere die Identifikation der Standorte für eine

<sup>1</sup> Vgl. RPW 2017/3, 561 Rz 1 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2019/1, 159 Rz 4 und Rz 10 ff., *GU von BMW und Daimler*.

Ladenetzabdeckung, die Finanzierung von neuen Lade- punkten, der Erhalt von Immobilienkonzessionen, die Planung von Ladenetzkapazitäten, der Betrieb und Unterhalt der HPCI sowie die Verhandlungen und der Vertragsschlüsse mit HPCI-Kunden. Aktuell betreibt IONITY ungefähr 200 HPC-Stationen (mit weiteren 52 im Bau) in 17 europäischen Ländern, davon liegen 9 HPC-Stationen (und eine im Bau befindliche) in der Schweiz.

9. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken BMW, Daimler, Ford, Porsche, Hyundai und Kia (nachfolgend: die Parteien), über das Gemeinschaftsunternehmen IONITY die HPCI in Europa zu verbessern und weiterzuentwickeln. Gemäss Angaben der Parteien sei die HPCI eine wichtige Voraussetzung für die politisch und wirtschaftlich erwünschte Nutzung von BEV auf Langstreckenreisen. Das GU verfolge das Ziel sicherzustellen, dass es eine zuverlässige, allgegenwärtige, leicht zu bedienende und ultraschnelle Ladeinfrastruktur ausserhalb der Städte und Metropolregionen, aber auch über die Grenzen innerhalb Europas hinweg geben werde. Zur Verfolgung dieses Ziels sei eine Beteiligung zusätzlicher Partner, wie Hyundai und Kia, bereits bei Gründung des GU angestrebt worden.<sup>3</sup>

10. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 7. August 2020 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.<sup>4</sup>

11. Die Parteien beabsichtigen, dass Hyundai Anteile von [...] % und Kia Anteile von [...] % auf dem Weg einer Kapitalerhöhung an IONITY erwerben. Nach Abschluss des Zusammenschlusses werden BMW, Daimler, Ford, Porsche sowie Hyundai und Kia gemeinsam jeweils stimmen- und kapitalmässig eine Beteiligung von 20 % an IONITY halten. Die Parteien haben Anspruch darauf, Vertreter zu einer Gesellschafterversammlung zu entsenden.<sup>5</sup> Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden [...]. Die Parteien werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

12. Das GU hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. ein substantieller Teil der angebotenen Dienstleistungen wird gegenüber dritten Elektromobilitätsdienstleistern (E-Mobility Service Provider, nachfolgend: EMSP) und Endkunden (ohne Einbindung EMSP) erbracht. Es erfüllt daher mehr als eine spezifische Funktion für die Muttergesellschaften. Das GU verfügt über ausreichende Ressourcen, um weiterhin unabhängig von ihren Muttergesellschaften auf ihrem Markt zu operieren. Es tritt daher als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Das GU verfügt über ein eigenes Management mit ausreichend Ressourcen, das sich dem Tagesgeschäft widmet. Zudem ist das GU auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.<sup>6</sup>

13. 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.

14. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2018 insgesamt einen Umsatz von über CHF [...]. Schweizweit generierten vier der beteiligten Unternehmen jeweils einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Damit sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

15. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Aktivitäten des GU, welche die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI für BEV in Europa bezwecken, um dadurch Langstreckenfahrten zu vereinfachen, und auf, gemäss Angaben der Parteien, relevante Verknüpfungen zu Aktivitäten der Parteien. Konkret handelt es sich um den Bereich für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen Ladeinfrastruktur für BEV, den nachgelagerten Bereich für die Erbringung von E-Mobility Services und den nachgelagerten Bereich für Produktion und Vermarktung von BEV. Des Weiteren wird auf die Ausführungen der weiterhin relevanten Analyse im Fall *BMW/Daimler/Ford/Porsche* (RPW 2017/3, 461 Rz 18 ff.) verwiesen.

16. In Bezug auf den Bereich für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen Ladeinfrastruktur für BEV ist, gemäss Angaben der Parteien, zu unterscheiden zwischen einer Infrastruktur für Normalladen von bis zu 43 kW Leistung, dies mit Wechselstrom (AC) oder mit Gleitstrom (DC), und einer Hochleistungsladeinfrastruktur (HPCI) von 43 kW bis zu 350 kW mit Gleitstrom (DC). Es existierten, gemäss Angaben der Parteien, weiterhin verschiedene Standards für DC-Ladestecker-Schnittstellen (z.B. CSS oder CHAdeMO). Allerdings gebe es auch einen klaren Trend zu einer verbesserten Interoperabilität (beispielsweise durch angekündigte Adapter), dies mache eine Unterscheidung in Standards unnötig.<sup>7</sup>

17. Entsprechend ihrer bisherigen Praxis geht die WEKO im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen relevanten Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV (mit CCS-Standard) aus.<sup>8</sup> Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter nach Standards zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

18. Im Bereich für die Erbringung von E-Mobility Services geht die WEKO entsprechend ihrer bisherigen Praxis und im Sinne einer Arbeitshypothese weiterhin von einem sachlichen relevanten Markt für die Erbringung von E-Mobility Services aus.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2017/3, 462 Rz 7, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>4</sup> Case COMP M.9572 *BMW/DAIMLER/FORD/PORSCHE/HYUNDAI/KIA/IONITY*.

<sup>5</sup> [...]

<sup>6</sup> 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*.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2017/3, 463 Rz 22 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2017/3, 463 Rz 25, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>9</sup> Vgl. für detaillierte Ausführungen RPW 2017/3, 463 Rz 26 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.



19. Im nachgelagerten Bereich für Produktion und Vermarktung von BEV ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich bei den Aktivitäten des GU um die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI für BEV handelt (vgl. Rz 8 f.). Daher liegt der Fokus im vorliegenden Fall auf den BEV und entsprechend ihrer bisherigen Praxis geht die WEKO daher hier im Sinne einer Arbeitshypothese weiterhin von einem sachlichen relevanten Markt für Produktion und Vermarktung von BEV aus.<sup>10</sup> Die genaue sachliche Abgrenzung kann auch vorliegend offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

20. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV (mit CCS-Standard) in räumlicher Hinsicht von einem EWR+CH weiten Markt auszugehen.<sup>11</sup> Für den sachlichen Markt für die Erbringung von E-Mobility Services und den sachlichen Markt für Produktion und Vermarktung von BEV ist in räumlicher Hinsicht von schweizweiten Märkten auszugehen.<sup>12</sup> Eine genaue räumliche Abgrenzung, insbesondere ob es sich um EWR+CH weite Märkte handeln könnte, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

21. Gemäss Angaben der Parteien hat das GU sowohl in einem EWR+CH-weiten als auch in einem schweizweiten Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV einen Marktanteil von [0–10] %. Würde man den Markt sachlich enger abgrenzen und auf Ladepunkte mit CCS-Standard beschränken, so schätzen die Parteien den Marktanteil des GU auf [0–10] % in einem EWR+CH weiten Markt und auf [10–20] % in der Schweiz. Im Ergebnis ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

22. Im nachgelagerten Markt für die Erbringung von E-Mobility Services schätzen die Parteien ihren Marktanteil auf rund [0–10] % in einem EWR+CH-weiten Markt und auf [10–20] % in der Schweiz. Im Ergebnis ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

23. Im nachgelagerten Markt für Produktion und Vermarktung von BEV schätzen die Parteien ihren Marktanteil auf insgesamt [40–50] % in einem EWR+CH weiten Markt und auf rund [40–50] % in der Schweiz. Somit ist dieser Markt ein vom Zusammenschluss betroffener Markt.

24. Die Bedingungen des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs auf dem Markt für Produktion und Vermarktung von BEV haben sich seit der Zusammenschlussprüfung *BMW/Daimler/Ford/Porsche* (RPW 2017/3, 465 Rz 49 ff.) in den letzten zwei Jahren nicht wesentlich verändert. Konkret wurden in der Schweiz im Jahr 2018 rund 5'000 BEV neu registriert und machten rund 1.7 % aller verkauften Neuwagen aus. Der Anteil ist im Vergleich zum Jahr 2016 leicht um 0.7 Prozentpunkte gestiegen. Auch im EWR liegt der BEV-Anteil im Jahr 2018 bei ca. 1 % aller verkauften Neuwagen. Somit bleiben die Anteile von BEV im Verhältnis zu allen verkauf-

ten Neuwagen niedrig. Dies unterstützt weiterhin die Einschätzung eines sich im Entstehen befindlichen Marktes,<sup>13</sup> wobei die Parteien zukünftig signifikante Steigerungen im Bereich des Verkaufs von BEV erwarten. Hinsichtlich erfolgter Markteintritte im Bereich BEV sind die Hersteller Volvo und Honda mit entsprechenden neuen Fahrzeugen (BEV) hinzugekommen. Zudem erwarten die Parteien den Markteintritt von Lucid Motors sowie von Fiat Chrysler in der Schweiz und im EWR.<sup>14</sup>

25. Die WEKO kam im Fall *BMW/Daimler/Ford/Porsche* (RPW 2017/3, 465 Rz 62 ff.) zum Schluss, dass, da für die Parteien insbesondere kein Anreiz zur Abschottung des Zugangs zur HPCI durch eine Beschränkung auf BEV von EMSP der Parteien bestehen würde,<sup>15</sup> es keine Anhaltspunkte für eine vertikale Abschottung gebe.<sup>16</sup> Diese wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist auch im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben unverändert, da, gemäss Angaben der Parteien, dieser Zugang für alle EMSP auch weiterhin gewährt werde. Für detaillierte Ausführungen wird auf die weiterhin relevante entsprechende kartellrechtliche Analyse verwiesen.<sup>17</sup>

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

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 29 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 35, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 37 und Rz 40, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>13</sup> Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 31, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>14</sup> Vgl. ergänzende Ausführungen in RPW 2017/3, 465 Rz 49 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2017/3, 467 Rz 70, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2017/3, 468 Rz 74, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2017/3, 467 Rz 62 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

B 2.3

**8. SBB Cargo**

*Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 33 KG*

*Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 33 LCart*

*Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 33 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23 März 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 1. April 2020*

**A Sachverhalt**

1. Am 4. November 2019 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigen die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: SBB), die Planzer Holding AG (nachfolgend: Planzer) und die Camion-Transport AG Wil CT (nachfolgend: Camion-Transport) bzw. die Jäger Holding AG (nachfolgend: Jäger), die gemeinsame Kontrolle über die Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG (nachfolgend: SBB Cargo) zu erwerben. Dazu würden Planzer und Camion-Transport ihre Beteiligung indirekt über die von ihnen gemeinsam kontrollierte Swiss Combi AG (nachfolgend: Swiss Combi) erwerben und halten.

**A.1 Beteiligte Unternehmen****A.1.1 SBB (kontrollierendes Unternehmen)**

2. Gemäss Meldung seien die SBB eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG; SR 742.31) mit Sitz in Bern. Die SBB würden Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr – namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen erbringen (Art. 3 Abs. 1 SBBG). Sie befinde sich vollständig im Besitz der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

3. Die SBB gliederten sich in die Bereiche Personenverkehr, Immobilien, Cargo und Infrastruktur. Allerdings werde der Cargo-Bereich seit dem 1. Januar 2019 nicht mehr als integrierte Division, sondern als selbständige Konzerngesellschaft geführt. Die SBB verfügten über ein eigenes Streckennetz und transportierten im Bereich Personenverkehr täglich mehr als eine Million Passagiere in der ganzen Schweiz. Ausserdem verfügten die SBB mit den Bahnhöfen und angrenzenden Arealen über ein grosses Immobilienportfolio. Der Bereich Infrastruktur plane, erstelle, betreibe und warte die festen Anlagen der Bahn-, Bahnstrom- und Telekomnetze im Eigentum der SBB (z. B. Schienen, Tunnels und Brücken).

4. Die SBB seien Infrastrukturbetreiberin und Eisenbahnverkehrsunternehmen im Sinne von Art. 2 des Eisenbahngesetzes (EBG; SR 742.101).

5. Gemäss Meldung verfügten die SBB über Beteiligungen an verschiedenen Gesellschaften.

**A.1.2 Planzer (kontrollierendes Unternehmen)**

6. Gemäss Meldung ist Planzer die Muttergesellschaft diverser Tochtergesellschaften, die zusammen die Planzer-Gruppe bildeten. Die Planzer-Gruppe sei ein im In- und Ausland tätiger Logistikkonzern. Im Folgenden wird der Einfachheit halber für den gesamten Konzern wiederum die Bezeichnung Planzer verwendet. Wesentliche Tätigkeitsbereiche seien Transport- und Lagerlogistik. Dabei trete Planzer als Spediteur, Frachtführer und Kontraktlogistiker auf. Als Spediteur organisiere er die Beförderung von Waren und Gütern. Der Transport erfolge entweder durch Planzer selbst als Frachtführer oder durch einen dritten Frachtführer als Subdienstleister von Planzer. Als Frachtführer erbringe Planzer auch Transportleistungen für dritte Spediteure.

7. Im Transportbereich führe Planzer hauptsächlich folgende Arten von Transporten durch:

- Transporte von Stückgut als Strassentransporte und als duale Verkehre (Strasse/Schiene) mit Hauptlauf auf der Schiene (rund [...] Bahnwagen pro Nacht) und Vor- und Nachlauf in der Regel mittels Lastkraftwagen (nachfolgend: LKW) auf der Strasse.
- Teil- und Komplettladungen als Strassentransporte und als duale Verkehre (Strasse/Schiene) mit Hauptlauf auf der Schiene (rund [...] Bahnwagen pro Nacht) und Vor- und Nachlauf in der Regel mittels LKW auf der Strasse.
- Transporte von Luftfrachtsendungen.
- Temperaturkontrollierte Strassentransporte.
- Pharmatransporte.
- Gefahrguttransporte.
- Krantransporte.

8. Weitere Logistikdienstleistungen von Planzer umfassten im Bereich der Kontraktlogistik die Tätigkeiten Konfektionierung, Kommissionierung und Lagerhaltung (Hochregal-, Block-, Kühl-, Paletten- und Umschlaglager) sowie Lagerbewirtschaftung.

9. Daneben erbringe Planzer Speditionsdienstleistungen, weitere mit Transport- und Lagerlogistik zusammenhängende Dienstleistungen (wie z. B. Verzollungen, Containerlogistik) sowie Dienstleistungen im Bereich von Spezialtransporten und Umzügen. Planzer betreibe seit dem Jahr 2018 auch einen Paketservice und handle mit Abfall und Recycling-Gütern.

10. In Bezug auf das räumliche Tätigkeitsfeld sei Planzer an 59 Standorten in der Schweiz, an mehreren Standorten im nahen Ausland sowie in Hongkong tätig. Die Transport- und Logistikdienstleistungen würden mit ungefähr 1900 Fahrzeugen und einer Lagerkapazität von 1 040 000 m<sup>2</sup> erbracht. Planzer generiere ungefähr 50 % seines Umsatzes mit nationalen Transporten, ungefähr 15 % mit internationalen Transporten, ungefähr 25 % mit

Lagerlogistik, ungefähr 5 % mit Spezialtransporten und ungefähr 5 % mit dem Paketservice.

11. Für die verschiedenen Beteiligungen von Planzer gibt die Meldung an, dass diese eine [...] %-Beteiligung an der Hupac SA (nachfolgend: Hupac) halte. An Hupac seien auch die SBB und die Bertschi-Gruppe beteiligt. Zudem halte Planzer zusammen mit der Jäger-Gruppe (vgl. Rz 13) und der Galliker-Gruppe Beteiligungen an folgenden Gesellschaften:

- [...] %-Beteiligung an der Gesellschaft CDS Cargo Domizil AG (nachfolgend: CDS; [...]);
- [...] %-Beteiligung an der Gesellschaft Quali-Night AG (Geschäftstätigkeit: Nachttransporte für kleine Güter; [...]).

12. Zur Tätigkeit von CDS gibt die Meldung an, dass diese im Bereich Stückguttransport im dualen Verkehr Schiene/Strasse tätig sei. Ursprünglich sei CDS ein Betriebsteil der SBB gewesen. Planzer, Camion-Transport und die Galliker-Gruppe hätten CDS im Jahr 1996 übernommen. Heute diene CDS Planzer und Camion-Transport für den gemeinsamen Einkauf von Transportkapazitäten auf der Schiene. CDS beziehe diese Transportkapazitäten primär bei den SBB sowie zu einem kleinen Teil bei der Rhätischen Bahn und der Matherhorn-Gotthard-Bahn für den Transport auf deren Schmalspurnetzen. Als Spediteure ergänzten Planzer und Camion-Transport den Bahntransport je mit eigenen Logistikdienstleistungen in den Bereichen Strassen-transport, Umlad und Lagerung, bildeten daraus je ein Gesamtpaket und verkauften dieses Gesamtpaket als eigenständige Speditionsdienstleistung von Planzer oder von Camion-Transport an ihre Kunden. Der Verkauf erfolge primär über die Bahncenter in der Schweiz<sup>1</sup>, die jeweils von Planzer oder von Camion-Transport betrieben würden.

### **A.1.3 Jäger bzw. Camion-Transport (kontrollierendes Unternehmen)**

13. Camion-Transport sei hauptsächlich in der Schweiz im Bereich Transport- und Lagerlogistik tätig. Muttergesellschaft von Camion-Transport sei Jäger. Neben Camion-Transport kontrolliere Jäger weitere Gesellschaften. Nachfolgend erfasst wiederum der Einfachheit halber die Bezeichnung Jäger den gesamten Konzern und die damit verbundenen Tätigkeiten.

14. Im Rahmen der Bereiche Transport- und Lagerlogistik sei Jäger Spediteur, Frachtführer und Kontraktlogistiker. Als Spediteur organisiere Jäger die Beförderung von Waren und Gütern. Bei dieser Beförderung erfolge der Transport entweder durch Jäger selbst als Frachtführer oder durch einen dritten Frachtführer als Subdienstleister von Jäger. Als Frachtführer erbringe Jäger auch Transportleistungen für dritte Spediteure.

15. Im Transportbereich führe Jäger folgende Arten von Transporten durch:

- Transporte von Stückgütern mit einem grossen Teil dieser Stückguttransporte im dualen Transportsystem Strasse/Schiene, wobei der Hauptlauf auf der Schiene (mit rund 130 Bahnwagen pro Nacht) und der Vor-

und Nachlauf in der Regel mittels LKW auf der Strasse erfolge.

- Teil- und Komplettladungsverkehre.
- Gefahrguttransporte.
- Krantransporte.

16. Weitere Tätigkeiten im Bereich der Kontraktlogistik seien Konfektionierung, Kommissionierung und Lagerhaltung (Hochregal- und Blocklager, ADR-Raum für Pharmaprodukte) sowie Lagerbewirtschaftung. Zudem verfüge Camion-Transport über eine Bewilligung zur Lagerung und zum Transport von Arzneimitteln.

17. In Bezug auf das räumliche Tätigkeitsfeld verfüge Jäger über 14 Standorte in allen Landesteilen der Schweiz, über 170 000 m<sup>2</sup> Lagerfläche, 55 000 m<sup>2</sup> Umschlagfläche und 630 Fahrzeuge. Jäger betreibe keine KV-Umschlagsanlagen.

18. Zudem seien die weiteren Tochtergesellschaften von Jäger (neben Camion-Transport) in den Bereichen Verkauf, Unterhalt und Technik von Nutzfahrzeugen tätig.

19. Jäger halte an folgenden Gesellschaften zusammen mit Planzer und der Galliker-Gruppe Minderheitsbeteiligungen:

- [...] %-Beteiligung an CDS (vgl. Rz 11 f.);
- [...] %-Beteiligung an der Quali-Night AG (Geschäftstätigkeit: Nachttransporte für kleine Güter; vgl. Rz 11).

### **A.1.4 Swiss Combi (Holding-Gesellschaft ohne operationelle Tätigkeit)**

20. Swiss Combi (vormals: Euler Transport AG) sei eine inaktive Gesellschaft, die unter der gemeinsamen Kontrolle von Planzer und Camion-Transport bzw. Jäger stehe. Die künftige «Geschäftstätigkeit» von Swiss Combi werde einzig darin bestehen, die Beteiligung an SBB Cargo zu halten.

21. An Swiss Combi seien Planzer und Jäger mit je 40 % beteiligt. Je eine Minderheitsbeteiligung von 10 % hielten die Bertschi-Gruppe (vgl. Abschnitt A.2.1) und die Galliker-Gruppe (vgl. Abschnitt A.2.2). [...]

22. [...] stünde Swiss Combi unter gemeinsamer Kontrolle von Planzer und von Jäger. Die Galliker-Gruppe und die Bertschi-Gruppe seien Minderheitsaktionäre ohne Kontrollrechte.

### **A.1.5 SBB Cargo (kontrolliertes Unternehmen)**

23. SBB Cargo sei eine 100%-Tochtergesellschaft der SBB. Sie sei primär im Bereich des Bahntransports von Gütern und der damit verbundenen Logistik tätig. So erbringe SBB Cargo Gütertransportdienstleistungen für Unternehmen und integrierte logistische Dienste im Schienengüterverkehr, insbesondere in der Schweiz. SBB Cargo sei dabei vor allem Eisenbahnverkehrsunternehmen (nachfolgend: EVU), d. h. Traktionär und im Binnenverkehr auch Operateur.

<sup>1</sup> Vgl. Liste mit CDS-Standorten, <<http://www.cargo-domizil.ch/de/about/locations/index.html>> (4.11.2019).

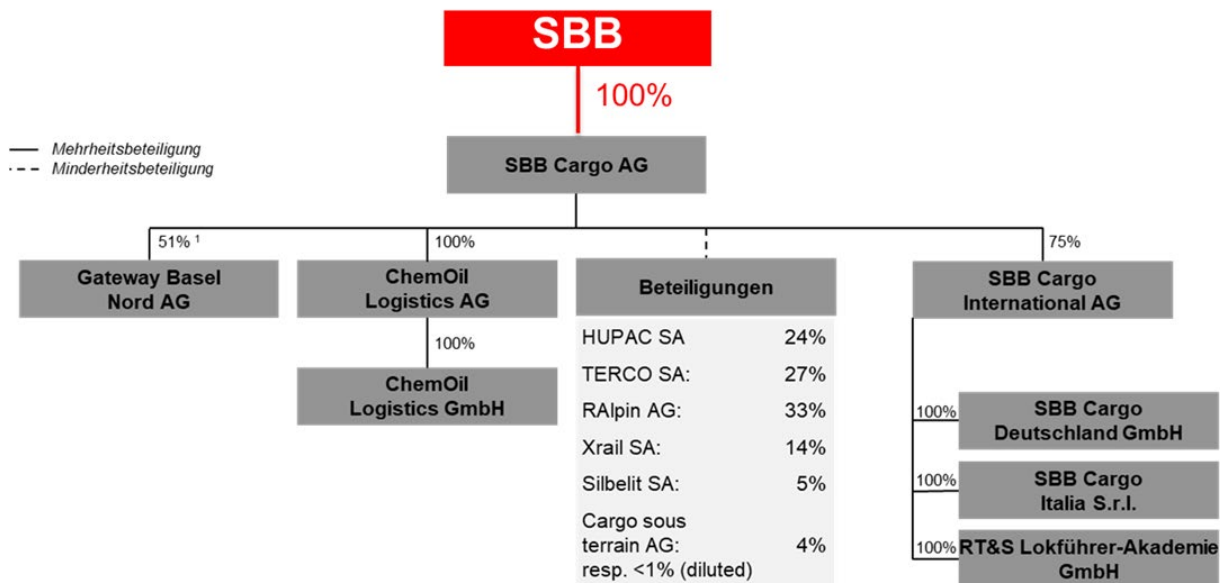
24. Insbesondere biete SBB Cargo Leistungen in den folgenden Bereichen an:

- Wagenladungsverkehr: Beförderung von Gütern in Einzelwagen oder Wagengruppen zwischen Ausgangs- und Zieldestination (über 300 Bedienpunkte und 1500 Anschlussgleise) im Binnenverkehr in der Schweiz sowie international im Import-, Export- und Transitverkehr;
- Transport von grossen Mengen (bis zu 1300 Nettotonnen) an Gütern (etwa Öl, Stahl, Kies, Kohle, Baustoffe, Autos oder Holz) mit Ganzzügen;
- Kombiniertes Verkehr (nachfolgend: KV): Transport von intermodalen Ladeeinheiten (Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger) mit Linienzügen von Umschlagsterminal zu Umschlagsterminal, einschliesslich Feinverteilung von internationalen kombinierten Verkehren in der Schweiz sowie der Betrieb von Umschlagsterminals in der Schweiz;
- Bahnnahe Logistikleistungen, wie Ein- und Ausladung von Güterwagen, Verzollungen, Logistikberatung, Organisation des Vor- und Nachlaufs;
- Services für andere Bahnunternehmen, die nicht über das erforderliche Personal für eine Zugvorbereitung oder -übernahme verfügen;

- Flottenmanagement & Instandhaltung: umfassende Bewirtschaftung von Rollmaterialflotten (Instandhaltung, Supply Chain Management etc.) sowie die Vermietung und der Verkauf von Rollmaterial.

25. SBB Cargo betreibe die Umschlagsanlage Basel Wolf. Dabei handle es sich um eine bimodale Umschlagsanlage, die auf den Import-/Export-Verkehr ausgerichtet sei. Der Anteil des Binnenverkehrs sei marginal. Die Umschlagsanlage werde im Bereich Import-/Export-Verkehr künftig durch die Anlage «Gateway Basel Nord» (nachfolgend: GBN) abgelöst werden. Bei GBN handelt es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen der SBB bzw. SBB Cargo, Hupac SA und von Rethmann SE & Co. KG (nachfolgend: Rethmann).<sup>2</sup> Daneben betreibe SBB Cargo ein Netz an kleineren Umschlagsanlagen, in denen der kombinierte Binnenverkehr und die lokale Feinverteilung von internationalen kombinierten Verkehren abgewickelt würden. Diese Anlagen befänden sich in Dietikon, Gossau, Oensingen, Renens, Sion, Lugano, Cadenazzo und St. Triphon.

26. Als Überblick über die Beteiligungen von SBB Cargo diene folgende Abbildung 1.



<sup>1</sup> Die SBB Cargo AG plant, die Beteiligung auf einen Anteil von 33.3% zu reduzieren. HUPAC SA und Contargo AG würden ihre Anteile auf 33.3% erhöhen.

Abbildung 1: Beteiligungsverhältnisse SBB Cargo.

27. SBB Cargo verfüge über [...] folgende [...] Tochtergesellschaften:

- GBN, die von SBB Cargo künftig zusammen mit Hupac und Rethmann bzw. der Contargo AG (nachfolgend: Contargo) gemeinsam kontrolliert werde (vgl. Rz 25).<sup>3</sup> GBN werde in Basel die trimodale KV-Umschlagsanlage «Basel Nord» für den Import-/Export- und Transitverkehr realisieren.<sup>4</sup>
- ChemOil Logistics AG (nachfolgend: ChemOil) und ihre Tochtergesellschaft ChemOil Logistics GmbH

seien auf die Logistik von Mineralöl und chemischen Produkten spezialisiert. Die Kernkompetenz von ChemOil liege in der Planung und Organisation von

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2020/2, 659 Rz 1, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>3</sup> Vgl. auch RPW 2020/2, 659 Rz 1, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>4</sup> Vgl. auch RPW 2020/2, 662 f. Rz 27 f., SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

Gütertransporten, in erster Linie auf der Schiene mittels Traktionsleistungen der SBB. Damit sei ChemOil in erster Linie Anbieter von konzern eigenen Transportressourcen von SBB Cargo und SBB Cargo International AG. Auf der Schiene würden diese Produkte primär mittels Ganzzügen, zum Teil auch mittels Wagengruppen transportiert. Daneben übernehme ChemOil auch das Frachtmanagement für Drittkunden, die Inhaber einer eigenen Wagenflotte seien. Der Kunde lagere dabei das Management seiner Wagenflotte an ChemOil aus.

- SBB Cargo International AG (nachfolgend: SBB Cargo International) und ihre Tochtergesellschaften in Deutschland (SBB Cargo Deutschland GmbH) und Italien (SBB Cargo Italia S. r. l.) böten Traktionsleistungen für den KV und für Ganzzüge auf der Nord-Süd-Achse zwischen Deutschland und Norditalien an. Eine weitere Tochtergesellschaft von SBB Cargo International sei die RT&S Lokführer-Akademie GmbH. Diese habe zum Ziel, Lokführer zu rekrutieren, auszubilden und für EVU bereitzustellen.
- RALpin AG (nachfolgend: Ralpin) betreibe die rollende Autobahn/Landstrasse (RoLa) im alpenquerenden Güterverkehr gestützt auf eine Leistungsvereinbarung mit dem Bundesamt für Verkehr (nachfolgend: BAV). Bei Ralpin handle es sich um ein gemeinsames Tochterunternehmen von SBB Cargo, BLS und Hupac. Das Angebot von Ralpin sei dem begleiteten KV zuzuordnen, bei dem der gesamte Lastwagen (inkl. Zugmaschine) auf den Zug verladen und zum Bestimmungsterminal transportiert würde.
- Xrail SA sei eine Allianz von sechs europäischen Güterbahnen (CFL Cargo [Luxemburg], DB Cargo [Deutschland], Green Cargo [Schweden], Rail Cargo Austria [Österreich], SBB Cargo und Lineas [Belgien]). Ziel sei es, die Pünktlichkeit und die Information der Kunden im europäischen Wagenladungsverkehr zu stärken.

28. [...]:

- SBB Cargo halte eine Beteiligung von rund 24 % an Hupac, an der auch Planzer und die Bertschi-Gruppe beteiligt seien. Hupac sei primär als Operateur im Bereich des alpenquerenden KV tätig.
- Terminal Combiné Chavornay SA (nachfolgend: TERCO) betreibe die KV-Umschlagsanlage in Chavornay. An TERCO seien SBB Cargo (27 %, vgl. Abbildung 2), Planzer (über die Tochtergesellschaft PESA SA; Beteiligungshöhe [...] %), Contargo (Beteiligungshöhe [...] %) sowie 92 weitere Kleinaktionäre (Beteiligungshöhe [...] %) beteiligt. Die Umschlagsanlage in Chavornay sei eine regionale, bimodale KV-Umschlagsanlage, die primär dem Binnenverkehr und der Feinverteilung von Import-/Exportverkehren diene.
- Cargo sous terrain AG bezwecke die Planung, den Bau und den Betrieb eines unterirdischen Tunnelsystems für den Güterverkehr. Ziel des Projektes sei es, möglichst viel Güterverkehr unter die Erde zu bringen.

- Sibelit SA verfolge das Ziel, auf der linksrheinischen Achse Muizen (Belgien) – Basel (Schweiz) eine qualitativ hochstehende Produktion der Güterzüge herzustellen und die Produktionskosten zu senken. Sibelit SA sei kein eigenständiges Bahngüterunternehmen, sondern solle dazu dienen, die Ressourcen der vier Güterbahngesellschaften Lineas (Belgien), SNCF Fret (Frankreich), CFL (Luxemburg) und SBB Cargo optimal einzusetzen.

29. Gemäss Meldung würden vor Vollzug der mit dieser Zusammenschlussmeldung gemeldeten Transaktion im Rahmen eines Carve-outs verschiedene der soeben beschriebenen Beteiligungen aus SBB Cargo herausgelöst und an die SBB übertragen (vgl. Rz 42). Dies betreffe insbesondere das internationale Geschäft, d. h. den Transitverkehr.

30. In Bezug auf TERCO gibt die Meldung an, dass [...]. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ändern allerdings auch die Kontrollverhältnisse bei TERCO, weil SBB Cargo dann eine gemeinsame Tochtergesellschaft der drei Muttergesellschaften SBB, Planzer und Jäger ist. Bei TERCO werden SBB Cargo und Planzer mit gemeinsamen Interessen abstimmen. Somit ist anhand der Informationen der Meldung davon auszugehen, dass TERCO unter gemeinsamer Kontrolle von den SBB, von Planzer und von Jäger stehen wird. Selbst ohne diese gemeinsame Kontrolle besteht nach vorliegendem Zusammenschlussvorhaben eine so starke Interessenübereinstimmung zwischen SBB Cargo und Planzer bzw. den SBB, Planzer und Jäger, [...].

#### **A.1.6 Stellungnahme der Parteien bzgl. beteiligte Unternehmen**

31. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung sei nicht davon auszugehen, dass sich SBB Cargo und Planzer bei TERCO abstimmen würden. In diesem Zusammenhang blende die Beschlussbegründung Jäger als mitkontrollierendes Unternehmen von SBB Cargo aus. SBB und Planzer könnten die Strategie von SBB Cargo künftig nicht alleine festlegen. Es gebe keinen Grund, warum Jäger einer Strategie für SBB Cargo zustimmen sollte, die nach Auffassung von Jäger nicht im Interesse von SBB Cargo liege. Jäger könne somit verhindern, dass SBB Cargo sich an TERCO angleiche, wenn Jäger zum Schluss kommen solle, dass dies nicht im Interesse von SBB Cargo sei. Dies gelte selbst dann, wenn Planzer eine solche Angleichung wider Erwarten befürworten würde. Es sei keineswegs gewiss, dass SBB Cargo und Planzer in Bezug auf TERCO gleichgerichtete Interessen hätten. Aufgrund der Tatsache, dass zwischen SBB Cargo und Planzer grosse Unterschiede bestünden und sie namentlich in völlig unterschiedlichen Geschäftsfeldern tätig seien, sei vielmehr zu erwarten, dass sich ihre Interessen auch in Bezug auf TERCO erheblich unterscheiden würden.

32. Anders als von diesem Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeführt, geht es nicht um eine Angleichung von SBB Cargo an TERCO. Die Beschlussbegründung behauptet auch nicht wie von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vorgebracht, dass Jäger einer Strategie zustimmen würde, die nach Auffassung von Jäger gegen die Interessen von SBB Cargo laufen würden. Vielmehr geht es um die Kontrolle

von TERCO. Bei TERCO geht die Beschlussbegründung von einer gemeinsamen Tochter der SBB sowie von Planzer und Jäger aus (vgl. Rz 30). Dies liegt in der gemeinsamen Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer und Jäger begründet. Durch diese gemeinsame Kontrolle stimmen die Interessen von SBB Cargo und Planzer überein. Gleichzeitig stimmen durch diese gleiche gemeinsame Kontrolle die Interessen von SBB Cargo und Jäger überein. Somit stimmen SBB Cargo und Planzer bei TERCO gemäss den gleichen Interessen, die auch mit denjenigen von Jäger übereinstimmen. Oder anders formuliert: Durch die gemeinsame Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer und Jäger kann Planzer verhindern, dass SBB Cargo bei TERCO in einer Weise abstimmt, die den Interessen von Planzer entgegenläuft. Und selbst ohne gemeinsame Kontrolle von TERCO durch SBB, Planzer und Jäger besteht nach vorliegendem Zusammenschlussvorhaben eine so starke Interessenübereinstimmung zwischen SBB Cargo und Planzer bzw. den SBB, Planzer und Jäger, [...] (vgl. Rz 30). Überdies ist vor dem Hintergrund der vertikalen Integration durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht ersichtlich, weshalb aus Tätigkeiten in unterschiedlichen Geschäftsfeldern unterschiedliche Interessen zwischen SBB Cargo und Planzer in Bezug auf TERCO bestehen sollten. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die tatsächlichen Interessen von den SBB, Planzer und Jäger in Bezug auf SBB Cargo übereinstimmen: Jäger hat sich «zusammen mit Planzer, Galliker und Bertschi aufgrund des gemeinsamen Interesses an einer wettbewerbsfähigen Schweizer Güterbahn entschieden, eine Beteiligung anzustreben.»<sup>5</sup> Aus diesen Ausführungen folgt, dass die SBB, Planzer und Jäger TERCO gemeinsam kontrollieren. Zudem stimmen die Interessen von den SBB, Planzer und Jäger und somit auch von Planzer und SBB Cargo in Bezug auf TERCO überein.

## A.2 Nicht beteiligte Unternehmen (ohne Kontrollrechte)

### A.2.1 Galliker

33. Die Galliker Familien Holding AG sei die Muttergesellschaft diverser Tochtergesellschaften, die zusammen die Galliker-Gruppe bildeten. Es handle sich bei der Galliker-Gruppe um einen im In- und Ausland tätigen Logistikkonzern, der im Wesentlichen in den Bereichen Transport- und Lagerlogistik tätig sei. Im Folgenden wird der Einfachheit halber für den gesamten Konzern wiederum die Bezeichnung Galliker verwendet. Galliker sei dabei Spediteur, Frachtführer und Kontraktlogistiker. Als Spediteur organisiere Galliker die Beförderung von Waren und Gütern. Dabei erfolge der Transport entweder durch Galliker selbst als Frachtführer oder durch einen dritten Frachtführer als Subdienstleister von Galliker. Als Frachtführer erbringt Galliker auch Transportleistungen für dritte Spediteure.

34. So biete Galliker neben gewöhnlichen Transporten von Stückgut, Teil- und Komplettladungen auf der Strasse und auf der Schiene besondere Transporte für Fahrzeuge, Lebensmittel (ungekühlt/gekühlt), Blumen und medizinische Produkte (ungekühlt/gekühlt) an. Ein Teil der Transporte erfolge im dualen Transportsystem Strasse/Schiene. Logistikdienstleistungen im Bereich der

Kontraktlogistik seien Konfektionierung, Kommissionierung und Lagerhaltung (Block-, Regal- und Hochregallager, Fachboden und Durchlauf- und Umschlaglager, Crossdocking) sowie Lagerbewirtschaftung. Galliker biete weitere mit Transport- und Lagerlogistik zusammenhängende Dienstleistungen an wie bspw. im Bereich Fahrzeuge (Carrosserie- und Lackierarbeiten an Fahrzeugen, Fahrzeugrücknahmen und Bewertung von Mietwagenautos, Sonderarbeiten und Umbauten, Ablieferung von Fahrzeugen an Händler).

35. In Bezug auf das räumliche Tätigkeitsfeld verfüge Galliker über insgesamt 18 Standorte in der Schweiz, in Belgien, Italien, Schweden und der Slowakei. Das Unternehmen verfüge über einen weltweiten Fuhrpark von 100 Lieferwagen, 920 Lastwagen und 1100 Anhänger. Zudem betreibe Galliker in Dagmersellen und Staad zwei kleinere KV-Umschlagsanlagen (Kapazität 5000 und 9000 TEU<sup>6</sup>).

36. Galliker hält zusammen mit Planzer und Jäger Minderheitsbeteiligungen an folgenden Gesellschaften:

- [...] %-Beteiligung an der CDS (vgl. Rz 11 f.), bei der Galliker auch Transportleistungen beziehe;
- [...] %-Beteiligung an der Quali-Night AG (Geschäftstätigkeit: Nachttransporte für kleine Güter, vgl. Rz 11).

### A.2.2 Bertschi

37. Die Bertschi Holding AG sei die Muttergesellschaft diverser Tochtergesellschaften, die zusammen die Bertschi-Gruppe bildeten. Es handle sich bei der Bertschi-Gruppe um einen im In- und Ausland tätigen Logistikkonzern. Im Folgenden wird der Einfachheit halber für den gesamten Konzern die Bezeichnung Bertschi verwendet. Bertschi sei dabei Spediteur und Frachtführer. Als Spediteur organisiere Bertschi die Beförderung von Waren und Gütern. Dabei erfolge der Transport entweder durch Bertschi selbst als Frachtführer oder durch einen dritten Frachtführer als Subdienstleister von Bertschi. Als Frachtführer erbringe Bertschi auch Transportleistungen für dritte Spediteure.

38. Insbesondere biete Bertschi intermodale Logistikdienstleistungen mit flüssigen und losen rieselförmigen Produkten für die chemische Industrie weltweit an. Dabei handle es sich um Bulk<sup>7</sup>-Transporte von Flüssigkeiten für die chemische Industrie in Tankcontainern weltweit (intermodal per Bahn, Schiff und Strasse) sowie um Bulk-Transporte von Dry-Bulk-Produkten (z. B. Granulate oder Pulver) für die chemische Industrie in Containern

<sup>5</sup> Vgl. Medienmitteilung Jäger vom 30. August 2019, Camion Transport beteiligt sich über Swiss Combi AG an der SBB Cargo AG, <<https://www.camiontransport.ch/de/unternehmen/newsroom/detail/detail/camion-transport-beteiligt-sich-ueber-swiss-combi-ag-an-der-sbb-cargo-ag/>> (22.12.2019).

<sup>6</sup> «Twenty-foot Equivalent Unit» ist ein Rechnungsmass im transkontinentalen Seeverkehr für Kapazitäten und wird auch bei Umschlagsanlagen verwendet.

<sup>7</sup> Bulk oder Bulk Cargo bezeichnet unverpacktes, trockenes Massengut oder Gut in loser Schüttung, das von einem Versender für einen Empfänger als geschlossene Ladung übergeben wird; wie z. B. Getreide oder Kohle (CLAUS P. WOITSCHÜTZKE, Pocket-Handbuch Spedition und Logistik, 2018, 34).

europaweit (intermodal per Bahn, Schiff und Strasse). In Bezug auf die Schweiz führe Bertschi vor allem Transporte im Import-/Export- und Transitverkehr durch. Binnentransporte in der Schweiz würden nahezu keine durchgeführt. Damit zusammenhängende Dienstleistungen, welche Bertschi erbringe, umfassten namentlich Lagerung von Containern für Bulk-Transporte, Lagerung, Beheizung, Reinigung von Containern im Zusammenhang mit Bulk-Transporten, Umfüllung von Produkten, Umschlag, Lagerung und Transport von verpackten Granulaten für die chemische Industrie in Europa.

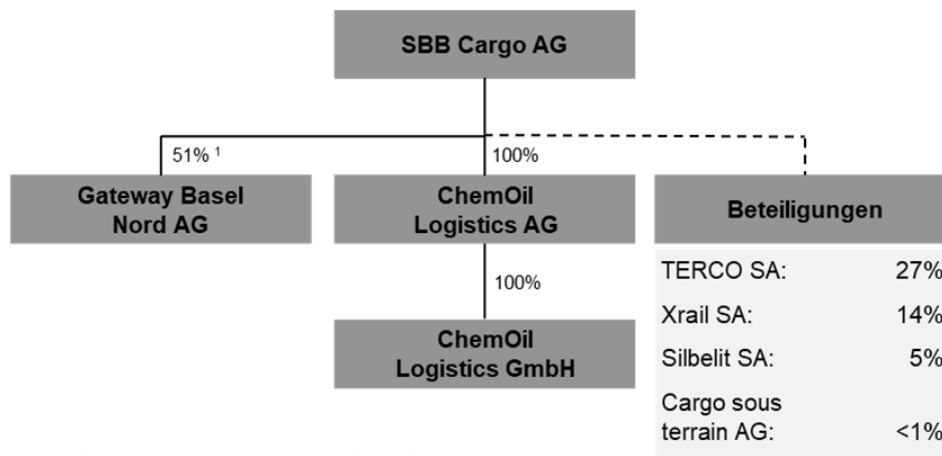
39. In Bezug auf das räumliche Tätigkeitsfeld verfüge Bertschi über Standorte in 38 Ländern weltweit sowie über eigene KV-Terminals. In der Schweiz betreibe die Bertschi-Gruppe ein Terminal in Birr (Kapazität 51 000 TEU), ein Terminal in Monthey (Kapazität [...]) sowie ein Terminal in Visp (Kapazität 18 000 TEU). [...] Weltweit verfüge das Unternehmen zur Erbringung seiner Dienstleistungen über ungefähr 1100 Lastwagen und 35 700 Container.

40. Bertschi halte eine [...] %-Beteiligung an der Hupac SA, an der auch die SBB und Planzer beteiligt seien. [...]

### A.3 Das Zusammenschlussvorhaben

41. Das Zusammenschlussvorhaben besteht im Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer und Jäger. Vor diesem Zusammenschluss verfügten die SBB über alleinige Kontrolle von SBB Cargo. Die kontrollbegründende Beteiligung an SBB Cargo nahmen Planzer und Jäger via die von ihnen kontrollierte Swiss Combi vor. Als einzige Geschäftstätigkeit werde Swiss Combi die Beteiligung an SBB Cargo halten. Für diese indirekte Beteiligung würden die SBB 35 % der Aktien der Zielgesellschaft SBB Cargo an Swiss Combi veräussern.

42. Vor Vollzug des Aktienkaufs würden im Rahmen eines Carve-outs die Beteiligungen von SBB Cargo an SBB Cargo International und Hupac an die SBB und die Beteiligung an Ralpin an die SBB Cargo International übertragen. Folglich würden Planzer und Jäger mit der Beteiligung an SBB Cargo keine Kontrollrechte an den drei Gesellschaften SBB Cargo International, Hupac und Ralpin erwerben. Abbildung 2 stellt für die Zielgesellschaft SBB Cargo die Situation der Beteiligungen nach dem Carve-out dar.



<sup>1</sup> Die SBB Cargo AG plant, die Beteiligung auf einen Anteil von 33.3% zu reduzieren. HUPAC SA und Contargo AG würden ihre Anteile auf 33.3% erhöhen.

Abbildung 2: Beteiligungen von SBB Cargo nach dem Carve-out.

43. Durch das Zusammenschlussvorhaben hielten dann die SBB 65 % und Swiss Combi 35 % der Aktien von SBB Cargo. [...]

44. Damit bestünde künftig gemeinsame Kontrolle von SBB und Swiss Combi über SBB Cargo. Weil allerdings Planzer und Camion-Transport Swiss Combi gemeinsam kontrollierten und ihre beiden Vertreter in den Verwaltungsrat von SBB Cargo entsenden würden, ergebe sich im Ergebnis die gemeinsame Kontrolle über SBB Cargo durch die SBB einerseits sowie Planzer und Camion-Transport (indirekt über Swiss Combi) andererseits.

### A.4 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

45. Gemäss Meldung stünde der Schienengüterverkehr in der Schweiz und in ganz Europa unter enormem Wettbewerbsdruck durch die Strasse und andere Verkehrsträger (Wettbewerb der flexiblen Transportketten).

Durch die mit der Bahnreform vollzogene Liberalisierung des Güterverkehrs und den diskriminierungsfreien Netzzugang gemäss Art. 9a des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101) stünde SBB Cargo nicht nur im intensiven Wettbewerb mit der Strasse, sondern auch mit anderen EVU. Hinzu komme die Nachfragemacht der grossen Kunden für Transportleistungen. Grosse Verlager und Detailhändler mit eigener Logistik verfügten über erhebliche Verhandlungsmacht gegenüber den Transportdienstleistern.

46. Zusätzlicher Wettbewerbsdruck würde durch neue technologische und operative Entwicklungen im Gütertransportmarkt geschaffen. Innovationsdruck, stärkere Durchlässigkeit und höhere Transparenz (Digitalisierung) würden die Marktverhältnisse dynamisch ändern (z. B. durch «Ökologisierung» des Strassengütertransports dank alternativer Antriebstechniken, Truck Platoon-

ing<sup>8</sup>, Standardisierung von Transportbehältern).

47. Gemäss dem totalrevidierten Bundesgesetz vom 19. Dezember 2008 über den Gütertransport von Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportgesetz, GÜTG; SR 742.41) ist der Güterverkehr in der Fläche (d. h. der nicht alpenquerende Güterverkehr) grundsätzlich eigenwirtschaftlich zu betreiben. Entsprechend habe der Bund im nicht-alpenquerenden kombinierten Verkehr und im Einzelwagenladungsverkehr nur noch bis Ende 2018 Betriebsabgeltungen geleistet.

48. All diese Faktoren wirkten sich negativ auf die Ertragslage von SBB Cargo aus, die trotz durchgeführter Sanierungsprogramme nach wie vor angespannt sei. Dies sei bei den meisten Güterbahnen in Europa der Fall.

49. Gemäss Art. 3 Abs. 3 SBBG seien die SBB nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen. Der Bund sei der Eigner der SBB. Der Bundesrat lege gemäss Art. 8 Abs. 1 SBBG die strategischen Ziele der SBB fest. Gemäss den strategischen Zielen 2019-2022 erwarte der Bundesrat von den SBB im Bereich Güterverkehr attraktive, qualitativ hochwertige und kundenfreundliche Angebote. Im Geschäftsfeld «Cargo Schweiz» sei ein eigenwirtschaftliches Angebot im Binnen und Import-/Exportverkehr zu betreiben, das auf den Bedarf der verladenden Wirtschaft in der Schweiz ausgerichtet sei. Im Geschäftsfeld «Cargo International» habe die SBB auf dem Nord-Süd-Korridor marktfähige und profitable Leistungen zu erbringen, damit das gesetzliche Ziel der Verlagerungspolitik erreicht werden könne (Halbierung der alpenquerenden LKW-Fahrten auf maximal 650 000 jährlich).

50. Vor diesem Hintergrund hätten die Eidgenössischen Räte den Bundesrat mit einem Postulat beauftragt, Möglichkeiten für die Weiterentwicklung von SBB Cargo aufzuzeigen (Postulat 15.3496). In Erfüllung dieses Postulats habe der Bundesrat den Bericht «Evaluation der Weiterentwicklungsmöglichkeiten von SBB Cargo» erarbeitet und darin die Vor- und Nachteile verschiedener Eignermodelle für SBB Cargo aufgezeigt.

51. Darin sei der Bundesrat namentlich zu folgenden Schlüssen gelangt:

- SBB Cargo solle im SBB-Konzern verbleiben. Die SBB sollten auch künftig Mehrheitsaktionärin von SBB Cargo bleiben.
- Partner und Grosskunden von SBB Cargo sollten aber langfristig eingebunden werden. Diese finanzielle und unternehmerische Beteiligung könne gemäss Bundesrat über eine Minderheitsbeteiligung auf Stufe von SBB Cargo oder über gemeinsame Tochterfirmen erfolgen.

52. Aus Sicht der SBB sei eine finanzielle Drittbeteiligung auf der Stufe von SBB Cargo anzustreben. Sie hätten deshalb einen Verkaufsprozess initiiert, um Partner als Minderheitsaktionäre von SBB Cargo zu gewinnen. Im Rahmen dieses Prozesses seien potenzielle Partner aktiv angesprochen worden, ob sie Interesse an einer Beteiligung an SBB Cargo hätten.

53. Die Logistikunternehmen Planzer, Camion-Transport, Galliker und Bertschi hätten sich im Rahmen dieses

Prozesses entschieden, sich über Swiss Combi in der oben beschriebenen Form an SBB Cargo zu beteiligen.

#### A.5 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

54. Die Logistikunternehmen Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi arbeiteten im Bereich Schienentransport bereits heute mit SBB Cargo zusammen und seien an einer leistungsfähigen sowie zuverlässigen SBB Cargo interessiert.

55. Die Logistikunternehmen sollten ihr Logistik-Know-how zur Optimierung bestehender und zur Entwicklung neuer Produkte in die SBB Cargo einbringen und damit einen wichtigen Beitrag leisten, um die Ertragslage von SBB Cargo nachhaltig zu verbessern.

56. Im Einzelnen seien es vor allem die folgenden Ziele, welche die Parteien mit dem Zusammenschluss verfolgten:

- Effizienz: Die Effizienz der Güterlogistik solle an der Schnittstelle Schiene/Strasse, also namentlich im Bereich des dualen Verkehrs, verbessert werden (höhere Qualität und Verlässlichkeit).
- Auslastung: Die verschiedenen Verkehrsträger sollten optimaler ausgelastet werden, um Kapazitätsengpässe der Infrastrukturen Strasse und Schiene zu bewältigen (Optimierung des «Gesamtsystems Güterverkehr»).
- Attraktivität: Die Attraktivität des Gütertransports auf der Schiene solle erhöht werden, damit die Ziele der Schweizer Verlagerungspolitik erreicht werden könnten.
- Offenheit und Nichtdiskriminierung: Die Angebote von SBB Cargo würden auch künftig diskriminierungsfrei allen Kunden zur Verfügung stehen. Dies sei [...] ausdrücklich vorgesehen.

#### A.6 Anmeldung bei anderen Behörden

57. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei auch in Deutschland meldepflichtig und werde dem Bundeskartellamt angemeldet werden. Diese Anmeldung solle nach der Schweizer Meldung eingereicht werden. Mit E-Mail vom 24. Dezember 2019 erfolgte die Information, dass das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben freigegeben habe.

58. Hierzu führt die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung aus, dass die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung die Freigabe durch das deutsche Bundeskartellamt erwähne. Dies ist unzutreffend. Vielmehr hält die

<sup>8</sup> Bei Platooning werden Fahrzeuge mit einem einheitlichen Kommunikationsstandard durch Vernetzung untereinander zu einem virtuellen Gespann gekoppelt. Alle im Platoon fahrenden Fahrzeuge folgen einander in minimalem Abstand. Gesteuert werden sie vom Fahrzeug an der Spitze. Das Platooning-Fahren kann für den strassengebundenen Personen- und Güterverkehr in Frage kommen. Aus wirtschaftlichen Überlegungen dürfte diese Entwicklung vor allem für den Güterverkehr von Interesse sein. Fahrzeuge, die in automatisierten Platoons unterwegs sind, brauchen aufgrund des geringeren Luftwiderstandes (Windschatten) bis zu 20 % weniger Treibstoff. (BAV, Glossar und Definitionen, <<https://www.astra.admin.ch/astra/de/home/themen/intelligente-mobilitaet/glossar-und-definitionen.html>>, 4.11.2019).



Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung in einem einzigen Satz fest: «Zur Information können wir Ihnen mitteilen, dass die Transaktion in der Zwischenzeit auch beim deutschen Bundeskartellamt angemeldet wurde.» Weitere Informationen zum Verfahren beim deutschen Bundeskartellamt enthält die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung entgegen der Ansicht der Parteien nicht.

### A.7 Verfahren

59. Mit Schreiben vom 1. November 2019 reichten die Parteien eine (erleichterte) Meldung des Zusammenschlussvorhabens SBB Cargo ein, welches beim Sekretariat am 4. November 2019 einging.

60. Um die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens besser beurteilen zu können, versandte das Sekretariat am 4. November 2019 Auskunftsbegehren an mehrere Transport- und Logistikdienstleister, an mehrere Betreiber von Umschlagsanlagen, den Verein Groupement Fer, den Verband schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen (Spedlog-swiss), den Verband der verladenden Wirtschaft (VAP) und den Verband Swiss Shippers' Council (SSC). Insgesamt stellte das Sekretariat Auskunftsbegehren an 76 Unternehmen und 4 Verbände bzw. Vereine. Die Antworten auf die Auskunftsbegehren gingen mit Schreiben im Zeitraum vom 5. November 2019 bis 6. Februar 2020 beim Sekretariat ein.

61. Mit Schreiben vom 13. November 2019 teilte das Sekretariat den Parteien die Vollständigkeit der Meldung mit. Mit gleichem Schreiben forderte das Sekretariat zusätzliche Dokumente gemäss Art. 15 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) ein. Diese Dokumente gingen beim Sekretariat mit Schreiben vom 15. November 2019 ein.

62. Am 2. Dezember 2019 entschied die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Kammer), das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen. Zugleich entschied die Kammer, dass das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der Prüfung aufgeschoben bleibt (vgl. Art. 33 Abs. 2 KG). Die Mitteilung über diese Entscheide erhielten die Parteien mit Schreiben vom 4. Dezember 2019. Mit gleichem Schreiben stellte das Sekretariat den Parteien die Beschlussbegründung für die Einleitung einer Prüfung (nachfolgend: Beschlussbegründung) zu. Ebenfalls erhielten die Parteien mit gleichem Schreiben Akteneinsicht. Die Parteien erhielten die Gelegenheit, zur Beschlussbegründung bis zum 16. Dezember 2019 Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 ersuchten die Parteien um Fristerstreckung bis am 20. Dezember 2019. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 erstreckte das Sekretariat diese Frist gemäss Antrag. Die Parteien liessen ihre Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung mit Schreiben vom 20. Dezember 2019 zukommen.

63. Mit Medienmitteilung vom 5. Dezember 2019 informierte die WEKO die Öffentlichkeit über die Durchführung einer Prüfung. Zudem erfolgte am 10. Dezember 2019 eine Information der Einleitung der Prüfung mit Publikation im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (nachfolgend: SHAB).

64. Die Parteien erhielten im Rahmen der Prüfung fortlaufend Akteneinsicht.

65. Mit Schreiben vom 8. Januar 2020 reichten die Parteien [...] ein.

66. Das Sekretariat liess den Parteien mit Schreiben vom 30. Januar 2020 die vorläufige Beurteilung zukommen, mit Frist zur Stellungnahme bis am 12. Februar 2020. Mit gleichem Schreiben erhielten die Parteien die Information, sich das Datum vom 9. März 2020 für eine Anhörung vorzumerken. Das Schreiben mit der Vorladung zur Anhörung und Informationen dazu erfolgte am 14. Februar 2020. Für die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung ersuchten die Parteien um Fristerstreckung bis am 18. Februar 2020. Mit Schreiben vom 6. Februar 2020 erstreckte das Sekretariat diese Frist antragsgemäss. Die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung erfolgte mit Schreiben vom 18. Februar 2020.

67. Für die Beurteilung der Marktverhältnisse im Bereich Umschlagsleistungen versandte das Sekretariat am 25. Februar 2020 im Auftrag des Präsidiums drei weitere Auskunftsbegehren an Unternehmen, die Umschlagsleistungen erbringen. Die Antworten auf die Auskunftsbegehren gingen mit Schreiben im Zeitraum vom 27. Februar 2020 bis 2. März 2020 beim Sekretariat ein.

68. Mit Schreiben vom 28. Februar 2020 reichten die Parteien ein Gutachten zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen bei Binnen-KV-Umschlagsanlagen (nachfolgend: Gutachten I) ein. Mit Schreiben vom 3. März 2020 sendeten die Parteien ein weiteres Gutachten zur räumlichen Marktabgrenzung im Bereich Umschlagsleistungen, der kollektiven Marktbeherrschung und Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse (nachfolgend: Gutachten II). Zudem nahmen die Parteien mit Schreiben vom 5. März 2020 Stellung zu den Antworten auf die Auskunftsbegehren der drei Unternehmen, die Umschlagsleistungen erbringen.

69. Am 9. März 2020 fand eine Anhörung der Parteien sowie von Galliker und Bertschi durch die WEKO statt.

70. Mit Schreiben vom 13. März 2020 verzichteten die Parteien darauf, weitere Auflagen oder Bedingungen vorzuschlagen, da nach Ansicht der beteiligten Unternehmen die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht erfüllt seien.

71. Am 23. März 2020 entschied die WEKO, das Zusammenschlussvorhaben ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen.

### A.8 Befragung

72. Zum Zusammenschlussvorhaben befragte das Sekretariat Transport- und Logistikdienstleister, Betreiber von Umschlagsanlagen, den Verein Groupement Fer, den Verband schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen (Spedlogswiss), den Verband der verladenden Wirtschaft (VAP) und den Verband Swiss Shippers' Council (SSC) (vgl. Rz 60). Alle diese Dritten erhielten einen Fragebogen zu den Bereichen Gütertransport und Logistik. Von den befragten Dritten erhielten zudem sechs Unternehmen und der Verein Groupement Fer ein Auskunftsbegehren bzgl. Schienengüterverkehr.

### A.8.1 Gütertransport und Logistik

73. Für den Bereich Speditionsleistungen ergibt die Befragung, dass 13 % der befragten Unternehmen positive Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhabens bzw. von der Beteiligung von Planzer und Jäger an SBB Cargo für ihr Unternehmen erwarten. Sie erwarten, dass SBB Cargo durch das Einfließen von Fachwissen von Planzer und Jäger den Kunden künftig bessere Produkte anbieten könne und das Angebot von SBB Cargo kundenorientierter und zuverlässiger werde. Zudem ermögliche das Zusammenschlussvorhaben eine bessere Verknüpfung von Strassen- und Bahntransporten und kombinierte Transportangebote aus einer Hand («one-stop shopping»).

74. Keine Auswirkungen bzw. nur geringe Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben erwarten 41 % der befragten Unternehmen. Bei 14 % der befragten Unternehmen finden sich keine Angaben bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Bereich Speditionsleistungen.

75. Demgegenüber erwarten 32 % der befragten Unternehmen negative Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Speditionsleistungen für ihr Unternehmen bzw. den Wettbewerb sowie teilweise auch eine Erhöhung der Preise. Beispielsweise wird insbesondere von kleineren und mittelständischen Unternehmen befürchtet, dass es zu einer Verdrängung und Kundenverlusten kommen könnte und die Dominanz der Zusammenschlussparteien steigen könnte. Andere sehen ein erhöhtes Diskriminierungspotenzial bzw. befürchten eine Bevorzugung der Zusammenschlussparteien gegenüber Wettbewerbern. Weiter geben 4 % der befragten Unternehmen an, dass sie im Bereich Speditionsleistungen nicht nur höhere Preise erwarten, sondern eine (teilweise) Monopolisierung befürchten.

76. Für den Bereich Gütertransport auf der Strasse ergibt die Befragung, dass 10 % der befragten Unternehmen positive Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhabens bzw. von der Beteiligung von Planzer und Jäger an SBB Cargo für ihr Unternehmen erwarten. Sie erwarten künftig bessere Produkte, besseren Service sowie weniger Verkehr bzw. eine Reduktion der Stautunden aufgrund der zusätzlichen Verlagerung auf die Schiene und im Nachtsprung. Einzelne Unternehmen erwarten zusätzliche Verkehre auf der Schiene.

77. Keine Auswirkungen bzw. nur geringe Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben erwarten 35 % der befragten Unternehmen. Bei 17 % der befragten Unternehmen finden sich keine Angaben bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Bereich Gütertransport auf der Strasse.

78. Demgegenüber erwarten 38 % der befragten Unternehmen negative Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Gütertransport auf der Strasse für ihr Unternehmen bzw. den Wettbewerb sowie teilweise auch eine Erhöhung der Preise. Konkret wird befürchtet, dass Planzer und Jäger noch stärker werden könnten und der Marktzugang zum Schienennetz bzw. für duale Transporte durch das Zusammenschlussvorhaben für deren Wettbewerber erschwert werde. Weitere Unternehmen befürchten eine Wettbe-

werbsverzerrung aufgrund der Preisgestaltung für Transportleistungen auf der Schiene und der Strasse. Einzelne Unternehmen erwarten eine Verlagerung von der Schiene auf die Strasse zum Vorteil von Planzer und Jäger. Andere sehen ein erhöhtes Diskriminierungspotenzial bzw. befürchten eine Bevorzugung von Planzer und Jäger beim Bezug von Transportleistungen auf der Schiene gegenüber deren Wettbewerbern. Weiter geben 6 % der befragten Unternehmen an, dass sie im Bereich Gütertransport auf der Strasse eine (teilweise) Monopolisierung befürchten.

79. Für den Bereich Umschlagsleistungen ergibt die Befragung, dass 8 % der befragten Unternehmen positive Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben für ihr Unternehmen erwarten. Sie erwarten künftig einen besseren Service und eine schnellere Abwicklung. Einzelne Unternehmen erwarten zudem eine Erhöhung der Nachfrage nach Umschlagsleistungen.

80. Keine Auswirkungen bzw. nur geringe Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben erwarten 41 % der befragten Unternehmen. Bei 18 % der befragten Unternehmen finden sich keine Angaben bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Bereich Gütertransport auf der Strasse.

81. Demgegenüber erwarten 32 % der befragten Unternehmen negative Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Umschlagsleistungen für ihr Unternehmen bzw. den Wettbewerb sowie teilweise auch eine Erhöhung der Preise. Konkret wird befürchtet, dass die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bezüglich Preisen, Kapazitäten oder der strategischen Ausrichtung gegenüber deren Wettbewerbern bevorteilt werden könnte. In diesem Zusammenhang nennt ein Unternehmen die generell schwer verfügbaren und sehr teuren benötigten Rangierleistungen. Ein weiteres Unternehmen erwartet eine Reduktion der Umschlagspunkte, was die Position der bereits heute gut an die Schiene angebotenen Unternehmen Planzer, Galliker und Jäger stärken könnte. Mehrere Unternehmen weisen zudem auf die Wichtigkeit der Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs hin. Weiter geben 10 % der befragten Unternehmen an, dass sie im Bereich Umschlagsleistungen, insbesondere bei den Umschlagsanlagen im Binnenverkehr, eine Monopolisierung befürchten. Ein Unternehmen befürchtet die Gefahr einer Konzentration in Gossau, Basel und dem Tessin. Insbesondere dürfe die KV-Infrastruktur (Basel Nord, Gossau, Cadenazzo) nicht in private Hände fallen, da dies eine Monopolbildung verursache.

### A.8.2 Schienengüterverkehr

82. Für den Bereich Gütertransport auf der Schiene ergibt die Befragung der Transport- und Logistikunternehmen, dass 10 % der befragten Unternehmen positive Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhabens bzw. von der Beteiligung von Planzer und Jäger an SBB Cargo für ihr Unternehmen erwarten. Sie erwarten künftig bessere Produkte, besseren Service, günstigere Preise und eine Verkürzung der Transportzeiten. Einzelne Unternehmen erwarten zusätzliche Verkehre auf der Schiene.

83. Keine Auswirkungen bzw. nur geringe Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben erwarten 32 % der befragten Unternehmen. Bei 14 % der befragten Unternehmen finden sich keine Angaben bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Bereich Gütertransport auf der Schiene.

84. Demgegenüber erwarten 44 % der befragten Unternehmen negative Auswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Gütertransport auf der Schiene für ihr Unternehmen bzw. den Wettbewerb sowie eine Erhöhung der Preise. Beispielsweise wird befürchtet, dass es zu einer Ausweitung der Dominanz von SBB Cargo kommen könnte und der Marktzugang für deren Wettbewerber erschwert werde. Einzelne Unternehmen erwarten, dass Planzer und Jäger eine Reduktion des Transportnetzwerkes auf der Schiene und eine Verlagerung gewisser Verkehre auf die Strasse anstreben werden. Ein Unternehmen sieht die Gefahr, dass das Produkt Einzelwagenladungsverkehr sogar ganz

verschwinden könnte. Andere sehen ein erhöhtes Diskriminierungspotenzial bzw. befürchten eine Bevorzugung von SBB Cargo bzw. von Planzer und Jäger gegenüber Wettbewerbern. Weiter geben 10 % der befragten Unternehmen an, dass sie im Bereich Gütertransport auf der Schiene eine (teilweise) Monopolisierung insbesondere im Einzelwagenladungsverkehr (nachfolgend: EWLTV) und im Binnenverkehr befürchten. Wobei einzelne Unternehmen auch angeben, dass diese bereits heute bestehen würde.

85. Für den Bereich Schienengüterverkehr ergeben die zusätzlichen Fragen an die EVU bzw. an Konzerne, die ein eigenes EVU betreiben für SBB (mit SBB Cargo und SBB Cargo International) folgende Marktanteile in den angegebenen Märkten (vgl. Rz 137 ff.). Zu diesen Resultaten aus der Befragung sind teilweise Abweichungen gegenüber den Angaben in der Meldung festzustellen. Die Marktanteile aus der Befragung und der Meldung sowie der Abweichungen führt Tabelle 1 auf.

Tabelle 1: Marktanteile SBB (SBB Cargo und SBB Cargo International) auf den Märkten im Schienengüterverkehr

	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene			Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene			Kombinierter Verkehr auf der Schiene		
	Binnenverkehr	Import-/Export	Transitverkehr	Binnenverkehr	Import-/Export	Transitverkehr	Binnenverkehr	Import-/Export	Transitverkehr
Befragung	97.3 %	89.8 %	81.8 %	81 %	72 %	65 %	78.3 %	60 %	47.5 %
Meldung	~100 %	~100 %	~100 %	[60-70] %	[50-60] %	[50-60] %	[60-70] %	[50-60] %	[40-50] %
Differenz	-2.5 %	-10.2 %	-18.2 %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

86. Zu den Abweichungen beim EWLTV ist darauf hinzuweisen, dass die Meldung für den Binnenverkehr einen Marktanteil von nahezu 100 % ausweist; neben SBB Cargo seien noch einzelne, regional tätige Privatbahnen tätig. Beim Import-/Exportverkehr könne es sein, dass gelegentlich ein anderer Traktionär einen Zug im EWLTV fahre. Im EWLTV im Transitverkehr sei kein anderes EVU tätig. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Bundesrat der Systemverkehr des EWLTV praktisch und räumlich auf die Schweiz begrenzt sei und kaum Potenzial für mehrere Anbieter, eine internationale Ausrichtung oder Erweiterung anbiete. SBB Cargo biete diesen Systemverkehr als einzige Anbieterin an.<sup>9</sup> Zudem hält das BAV fest, dass der EWLTV von SBB Cargo als Systemanbieterin betrieben und verantwortet wird; wobei es im Ganzzugverkehr mehrere Anbieter gäbe.<sup>10</sup> Die Angaben der Meldung zum EWLTV stellen keinen Widerspruch zu den Feststellungen des Bundesrates und des BAV dar. Es wird auf die Angaben der Meldung abgestellt.

87. Dann ist zu den Abweichungen bei den Ganzzügen und dem KV darauf hinzuweisen, dass die Angaben der Meldung beim Transitverkehr vergleichbar mit früheren Zusammenschlussvorhaben sind.<sup>11</sup> Die Angaben der Meldung zu den Ganzzügen und zum KV weisen keine Widersprüche zu früheren Zusammenschlussvorhaben auf. Es wird auf die Angaben der Meldung abgestellt.

88. Im Zusammenhang mit dem EWLTV führt ein Unternehmen im Rahmen der Befragung aus, dass es sich dabei um ein natürliches Monopol handle.

89. Weiter geht aus der Befragung im Sinne einer positiven Auswirkung die Erwartung hervor, dass SBB Cargo wirtschaftlicher und wettbewerbsfähiger werde. Negative Auswirkungen bestehen gemäss Befragung in der Festigung der Monopolsituation im EWLTV. Diese Monopolsituation könne auf weitere Bereiche wie bspw. den Ganzzugverkehr ausgeweitet werden.

90. Schliesslich weist die Befragung darauf hin, dass mit Preiserhöhungen bei den Leistungen von SBB Cargo zu rechnen sein könnte. Eine Preiserhöhung wird im Rahmen der Befragung sowohl positiv als auch negativ gewertet. Höhere Preise seien positiv, weil dies zu einer marktgerechteren Situation führe. Demgegenüber führten höhere Preise zu einer Verteuerung von bestimmten Transportleistungen.

<sup>9</sup> Vgl. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 15.3496 der KVF-S vom 18. Mai 2015, Evaluation der Weiterentwicklungsmöglichkeiten von SBB Cargo (nachfolgend: Evaluationsbericht), November 2017, 13, <[https://cargorail.ch/fileadmin/user\\_upload/downloads/verbandsarbeit/de/BR\\_Eva\\_SBBCargo\\_Weiterentwicklung\\_D\\_17.11.pdf](https://cargorail.ch/fileadmin/user_upload/downloads/verbandsarbeit/de/BR_Eva_SBBCargo_Weiterentwicklung_D_17.11.pdf)> (25.12.2019).

<sup>10</sup> Vgl. Rahmenbedingungen für einen starken Export-, Import- und Binnengüterverkehr auf der Schiene, <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen-a-z/schienengueterverkehr-in-der-flaeche.html>> (16.1.2020).

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2017/3, 481 f. Rz 123, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS; RPW 2013/4, 683 Rz 72 und 684 Rz 79, BLS AG/BLS Cargo AG.

## A.9 Rechtliches

91. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung führt aus, dass das vorliegend relevante Beweisthema von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG bestimmt werde. Es sei zu beweisen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kausal (i) zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen den Zusammenschlussparteien und den Wettbewerbern führe oder eine solche verstärke, welche (ii) den wirksamen Wettbewerb beseitigen könne. Die WEKO trage die subjektive und objektive Beweislast, die rechtserheblichen Tatsachen nachzuweisen, die für die Eingriffsvoraussetzungen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG relevant seien. Lasse sich dieser Beweis nicht erbringen und lasse sich nicht mit hinreichender Gewissheit belegen, dass die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG erfüllt seien – insbesondere das «Beseitigungskriterium» –, sei der Zusammenschluss ohne Bedingungen oder Auflagen zuzulassen. Im Kartellrecht gelte wie im übrigen Wirtschaftsverwaltungsrecht das Regelbeweismass des Vollbeweises. Beweiserleichterungen bzw. die Reduktion des Regelbeweismasses auf eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» oder gar die blosser «Glaubhaftmachung» bildeten die Ausnahme. Das Bundesgericht habe zwar im Entscheid «Publigroupe» darauf hingewiesen, dass diese Anforderungen an das Beweismass nicht übertrieben werden dürften. Jedoch: «Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen».<sup>12</sup>

92. Hierzu ist festzuhalten, dass in Verwaltungsverfahren ein Beweis grundsätzlich erbracht ist, wenn die Behörden von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstandes überzeugt ist (voller Beweis, strikter Beweis oder Überzeugungsbeweis): Eine Tatsache ist bewiesen, wenn die Behörde deren Vorhandensein nicht ernsthaft bezweifelt, wobei hierfür keine absolute Gewissheit erforderlich ist. Diese Erfordernisse dürften wohl dem Regelbeweismass im (Kartell-) und im Strafrecht entsprechen.<sup>13</sup>

93. In Teilbereichen des Verwaltungs- und Zivilrechts bzw. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings herabgesetzt: Es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender (d. h. hoher) Wahrscheinlichkeit besteht. Die Behörde folgt diesfalls jener Sachverhaltsdarstellung, welche als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten erscheint. Diese Abweichung vom strikten Beweis erweist sich namentlich «im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind» und sich bei übersteigerten Beweiserfordernissen praktisch nie beweisen liessen. Die Gerichte fordern deshalb, dass mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes die Anforderungen an den Nachweis solcher Tatsachen nicht übertrieben werden dürfen, hinsichtlich welcher von Natur aus Beweisschwierigkeiten bestehen: Namentlich die «Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens» von Marktbeteiligten, die i. d. R. nur beschränkt vorhanden bzw. nur schwer zu beschaffende Marktdaten sowie die faktische Unmöglichkeit empiri-

scher Aussagen zu künftigen oder hypothetischen Entwicklungen «schliess[en] eine strikte Beweisführung regelmässig aus». Dies gilt nach der Rechtsprechung auch in sanktionierbaren Fällen.<sup>14</sup>

94. Das zu erfüllende Beweismass hängt also davon ab, was bestimmte gesetzliche Normen in tatsächlicher Hinsicht überhaupt voraussetzen. Entscheidend ist dabei, ob für den Nachweis einer bestimmten Tatsache bzw. eines Tatbestandsmerkmals ein strikter Beweis objektiv möglich ist oder nicht, und zwar aufgrund der genannten Beweisschwierigkeiten, namentlich die Klärung komplexer, multikausaler Wirkungszusammenhänge bzw. -prozesse erforderlich ist. Falls dem in casu hinsichtlich eines konkreten Beweisthemas so ist, bedarf es keines Vollbeweises, vielmehr ist es hinreichend, wenn die Behörden davon überzeugt sind, dass eine bestimmte Tatsache mit überwiegender (d. h. hoher) Wahrscheinlichkeit vorliegt. Je nach Beweisthema wird somit die Behörde (z. B. beim Nachweis des Vorliegens von Effizienzgründen) entlastet. Die Begründung(s) dichte hat dabei dennoch hohen Anforderungen zu genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar dargelegt werden.<sup>15</sup>

95. Da bei der Intervention im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle keine Sanktionen im Raum stehen, gilt dies für diese umso mehr. Zwar gilt für eine abschliessende Beurteilung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG grundsätzlich das volle Beweismass. Allerdings ist das Beweismass aufgrund der Prognoseelastizität der Fusionskontrolle aufgelockert, denn für die Beurteilung künftiger Marktentwicklungen und für die entsprechenden hypothetischen Annahmen und Prognosen verlangt das Bundesgericht keinen strikten Beweis.<sup>16</sup>

96. Gerade die von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vorgebrachten Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ist zwangsläufig mit einer Beweisschwierigkeit und Prognoseelastizität verbunden. Es handelt sich um eine zukunftsgerichtete Sichtweise, eine Beurteilung künftiger Marktentwicklungen und eine Prognose. So ist das «Beseitigungskriterium» klar in die «Gruppe» von wirtschaftlichen Sachverhalten mit Komplexität einzuordnen bzw. ist durch eine vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens geprägt. Und weil es sich um eine zukunftsgerichtete Sichtweise handelt, schliesst die faktische Unmöglichkeit einer empirischen Aussage zum «Beseitigungskriterium» eine strikte Beweisführung aus. Folglich führt eine Ausrichtung der Beweisregel an Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, wie es die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung fordert, zu einem

<sup>12</sup> Vgl. BGE 139 I 72, 92 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>13</sup> Vgl. BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 5 N 54.

<sup>14</sup> Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 13), Art. 5 N 55.

<sup>15</sup> Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 13), Art. 5 N 56.

<sup>16</sup> Vgl. DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 10 N 49.

Beweismass nach überwiegender Wahrscheinlichkeit. Dies steht in Einklang mit der vom Bundesgericht im Fall «Publigroupe» geforderten Voraussetzung (wie es die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vorbringt), dass eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen müssen.

97. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sei der Verfahrensgrundsatz der Untersuchungsmaxime verletzt, weil zur räumlichen Marktabgrenzung in den Umschlagsmärkten im Binnenverkehr keine Praxis existiere und die WEKO dazu keinerlei Abklärungen vorgenommen habe. Auch wenn die Meldung des Zusammenschlussvorhabens lediglich eine vertretbare Schätzung vorgenommen hätte, müsse die WEKO für eine Untersagung zwingend Abklärungen durchführen.

98. Hierzu ist festzuhalten, dass die Frage der räumlichen Marktabgrenzung für den Bereich der Umschlagsleistungen bis zum Zeitpunkt der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung nie strittig war. Es ist sogar so, dass die WEKO der Vorgehensweise der Meldung zum Zusammenschlussvorhaben bzw. den Parteien gefolgt ist (vgl. Rz 181). Anlass für Abklärungen zu dieser unstrittigen Frage hat nicht bestanden. Der Untersuchungsgrundsatz ist bereits damit unverletzt. Es ist vielmehr so, dass sich die Meldung für das Zusammenschlussvorhaben im Gegensatz zur Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bei der räumlichen Marktabgrenzung auf die Praxis der WEKO bezieht und den Begriff «WEKO-Praxis» verwendet. Zudem hat sich die WEKO entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung mit der räumlichen Marktabgrenzung bei Umschlagsleistungen sehr wohl auseinandergesetzt und Abklärungen getroffen (vgl. Rz 157 ff.); die WEKO hat den kurz vorangehend ergangenen Entscheid zum Zusammenschlussvorhaben GBN sowie die europäische Vorgehensweise herangezogen. Somit hat die WEKO den Untersuchungsgrundsatz wahrgenommen. Bei diesem kurz vorher ergangenen Entscheid der WEKO zu GBN war eines der am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sogar Verfahrenspartei. Somit ist es umso weniger verständlich, dass die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vorbringt, es bestehe keine Praxis im Bereich von Umschlagsleistungen. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die WEKO weitere Abklärungen vornehmen sollte, wenn sie in ihrer Analyse die Angaben der Meldung übernimmt; unabhängig von Zulassung, Untersagung, Bedingungen oder Auflagen. Dies vor allem, wenn die Parteien nach eigener Ansicht eine vertretbare Schätzung abgeben.

99. Eine weitere Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sieht die vorläufige Beurteilung in der Unterlassung von Abklärungen zum Verhältnis von Eigen- zu Drittleistungen. Eine Unterscheidung von Eigen- und Drittleistungen allein für die Umschlagsanlagen der Schweizerischen Post AG (nachfolgend: schweizerische Post) führe zu einer gravierenden Verzerrung der Marktanteile. Es sei die gesamte Kapazität der schweizerischen Post zu berücksichtigen. Die Unterscheidung nur für einen einzigen Wettbewerber zu machen, sei geradezu willkürlich. Es seien auch keinerlei Abklärungen zu den tatsächlich nutzbaren Kapazitäten und der effektiven Auslastung der Umschlagsanlagen durchgeführt worden.

Die Meldung habe die Marktanteile anhand von geschätzten Kapazitäten berechnen müssen, da zu den fremden Umschlagsanlagen keine Daten vorhanden gewesen seien (weder zu den tatsächlich nutzbaren Kapazitäten noch zu den effektiven Auslastungen). Dies sei vertretbar gewesen, da die Parteien überzeugt gewesen seien, dass die Umschlagsmärkte durch den Zusammenschluss nicht tangiert würden. Nun sähen sich die Parteien gezwungen, die drei Umschlagsmärkte nochmals vertieft zu analysieren und die Zahlen einer fundierten Prüfung zu unterziehen.

100. Auch hierzu ist festzuhalten, dass sich die vorliegende Beurteilung und auch die vorläufige Beurteilung auf die Angaben der Meldung und der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung stützt (vgl. Rz 448 und 470). Zudem hat sich bereits die vorläufige Prüfung auf die Angaben der Meldung abgestützt. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes liegt somit nicht vor. Ausserdem hat die WEKO die Frage und Bedeutung der Unterscheidung von Eigen- und Fremdleistungen sowohl bereits in der vorläufigen Prüfung als auch in der vorläufigen Beurteilung eingehend überprüft und analysiert (vgl. auch Rz 259, 343 f., 450 ff., 460, 471 und 480). Von Willkür kann demnach keine Rede sein.

101. Zudem hat das Sekretariat im Rahmen der Beurteilung des Meldungsentwurfes des Zusammenschlussvorhabens darauf hingewiesen, dass bei Umschlagsleistungen davon auszugehen ist, dass die Betreiber Eigenleistungen erbringen. Dies namentlich mit dem Verweis auf die Umschlagsanlage Härkingen der schweizerischen Post als Beispiel. So hat das Sekretariat dazu aufgefordert, diese Unterscheidung bei den Angaben für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr für die verschiedenen Umschlagsarten (Schiene/Schiene, Schiene/Strasse, Strasse/Strasse) zu berücksichtigen. Demzufolge konnte für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in der Folge in guten Treuen auf die Angaben der Meldung zu den Umschlagsleistungen abgestützt werden. Ein Vorwurf von Willkür an die WEKO ist im Lichte dessen unangebracht.

102. Wenn zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens die Angaben der Meldung nochmals vertieft zu analysieren und die zugehörigen Zahlen einer fundierten Prüfung zu unterziehen sind, stellt sich die Frage, ob die Angaben der Meldung unvollständig oder sogar inkorrekt sind. Bereits die Meldung des Zusammenschlussvorhabens hätte richtige und konsistente Angaben machen müssen. Oder es stellt sich die Frage, ob die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung im Vergleich zu den bisherigen Eingaben Korrekturen vornimmt, nur um die Situation unverfänglicher und kartellrechtlich unbedenklich darzustellen. Die Würdigung der Änderungen und Korrekturen im Vergleich zu den bisherigen Eingaben ist allerdings inhaltlicher Natur. Deshalb erfolgt diese jeweils an den entsprechenden Stellen.

103. Überdies geht es nicht an, dass die Parteien in der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vor dem Hintergrund einer nach ihrer Ansicht bestehenden Unbedenklichkeit Angaben machen, die sie dann erst später vertieft analysieren und die Zahlen einer fundierten Prüfung unterziehen, wenn die WEKO kartellrechtliche

Bedenken hat. Parteien können sich nicht selber Erleichterungen bei der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens geben. Gemäss Art. 12 VKU können die beteiligten Unternehmen und das Sekretariat vor der Meldung eines Zusammenschlusses Einzelheiten des Inhalts der Meldung einvernehmlich festlegen. Es ist das Sekretariat, das dabei von der Pflicht zur Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen nach Art. 11 Abs. 1 und 2 VKU befreit werden kann, wenn es der Ansicht ist, dass diese für die Prüfung des Falles nicht notwendig sind (Art. 12 VKU). Dabei bleibt die Pflicht zur Vorlage von zusätzlichen Angaben und Unterlagen nach Art. 15 VKU vorbehalten. Zudem behält sich die WEKO in zukünftigen Fällen vor, bei gravierenden inhaltlichen Fehlern eine erneute, korrekte Meldung mit entsprechendem Neubeginn des Fristenlaufs zu verlangen.

104. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass für die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen die Mitwirkungspflicht gilt.<sup>17</sup> Nach Art. 12 VwVG gilt in Kartellverwaltungsverfahren und damit auch bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen der Untersuchungsgrundsatz, wonach der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festzustellen ist. Zur Pflicht, den Sachverhalt zu ermitteln, gehört die Beweisführungslast, d. h. die Obliegenheit, den erforderlichen Beweis zu führen. Der Untersuchungsgrundsatz wird indes dadurch eingeschränkt, dass die Verfahrensparteien verpflichtet sind, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken.<sup>18</sup> So haben gemäss Art. 40 KG Beteiligte an Zusammenschlüssen den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Art. 15 Abs. 2 VKU konkretisiert diese Mitwirkungspflicht für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dahingehend, als diese dem Sekretariat auch nach der Bestätigung der Vollständigkeit der Meldung zusätzliche Angaben und Unterlagen einreichen müssen, die für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens von Bedeutung sein können. Insbesondere müssen sie Auskunft erteilen über bisherige oder geplante Absatz- oder Umsatzzahlen sowie über die Marktentwicklung und ihre Stellung im internationalen Wettbewerb. Die meldepflichtigen Unternehmen trifft nebst der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 15 VKU zusätzlich auch eine Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG, was im Einzelnen beispielsweise die Pflicht umfasst, Augenscheine zu dulden oder an einer Begutachtung mitzuwirken.<sup>19</sup> Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen unterliegen somit einer weitgehenden bzw. erhöhten Mitwirkungspflicht.<sup>20</sup> Ohne die Mithilfe der Parteien im Rahmen der Sachverhaltsabklärung wäre ansonsten nicht sichergestellt, dass den Wettbewerbsbehörden die für die Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses notwendigen Marktdaten zur Verfügung stehen.<sup>21</sup> Entsprechend spielt das Einholen von Auskünften bei den beteiligten Unternehmen gestützt auf Art. 40 KG und 15 VKU eine zentrale Rolle bei der Sachverhaltsermittlung im Rahmen der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen. Die Mitwirkungspflicht erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, sich Informationen zu beschaffen, die ihnen nicht zugänglich sind oder die sie nur mit grossem Aufwand erlangen könnten.<sup>22</sup>

105. An dieser Stelle ist ausdrücklich festzuhalten, dass am Zusammenschluss beteiligte Parteien bereits im Rahmen der Meldung und sogar im Rahmen von Meldungsentwürfen zur wahrheitsgetreuen und umfassenden Angabe verpflichtet sind: Die Angaben, Informationen und zugrundeliegende Daten in Meldungen und Meldungsentwürfen müssen vertieft analysiert sein. Dies ist Voraussetzung für die Vollständigkeit der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens. Auf die Angaben und Informationen in einer Meldung für ein Zusammenschlussvorhaben sind die Parteien zu behaften.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

106. 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

107. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen SBB, Planzer und Jäger sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

108. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- 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.

109. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>23</sup>

110. Gemäss Meldung beabsichtigen die SBB sowie Planzer und Jäger die gemeinsame Kontrolle über SBB

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2020/2, 670 Rz 125, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>18</sup> Vgl. JAN RITSCHARD/ADRIAN SPÜHLER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Vor Art. 32-38 KG N 13.

<sup>19</sup> Vgl. MARKUS WYSSLING/JÜRIG BICKEL, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 40 KG N 11.

<sup>20</sup> Vgl. auch ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 39 KG N 68.

<sup>21</sup> Vgl. JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2011, Art. 39 KG N 6.

<sup>22</sup> Vgl. WYSSLING/BICKEL (Fn 19), in: DIKE-Kommentar KG, Art. 40 KG N 20; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015, S. 68 Rz 81, *Swisscom/WEKO*.

<sup>23</sup> RPW 2018/4, 871 Rz 40, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

Cargo zu erwerben. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

## B.3 Meldepflicht

112. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen

115. Tabelle 2: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2018 gemäss Meldung (in Mio. Franken)

	SBB (mit SBB Cargo)	Planzer	Jäger	SBB Cargo (nach Carve-out)
Schweiz	9157	[...]	[...]	[...]
Weltweit	9645	957	[...]	[...]

116. Somit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

### B.4.1 Vorbemerkungen

117. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

118. Im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ist zunächst zu untersuchen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

119. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

113. Bei einem Kontrollerwerb gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Bei diesem Zusammenschlussvorhaben beabsichtigen die SBB, Planzer und Jäger die gemeinsame Kontrolle über SBB Cargo.

114. Für diese Unternehmen gibt die Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2018 untenstehende Umsätze in Tabelle 2 an. Das Geschäftsjahr vor dem Verpflichtungsgeschäft entspreche für alle beteiligten Unternehmen dem Kalenderjahr 2018. Swiss Combi erziele keinen Umsatz, weil diese heute keine operative Tätigkeit habe.

120. Bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen liegt gemäss Bundesgericht eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG verwendet mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die Wettbewerbskommission geht, einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stellt. Somit muss sich ein Zusammenschlussvorhaben auf die Wettbewerbslage auswirken, damit die Wettbewerbsbehörde ihn untersagen oder lediglich unter Auflagen oder Bedingungen zulassen kann.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2015/3, 503 Rz 219, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 530 Rz 159, *JobCloud/JobScout24*; BGE 133 II 104, 108 E. 6.3 (=RPW 2007/2, 327 f. E. 6.3), *Swissgrid*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *Berner Zeitung/Tamedia*.

121. Besteht auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehlt es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Entscheidend ist demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch – aus einer dynamischen Sichtweise – wenigstens potenzieller Wettbewerb besteht.<sup>25</sup>

122. Aus diesen Ausführungen des Bundesgerichts folgt direkt, dass die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein kann, gleichzeitig allerdings auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussunternehmen beabsichtigt ist.<sup>26</sup>

123. Ergibt die Prüfung, dass ein Zusammenschluss eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt, ist die zweite Eingriffsvoraussetzung in Bezug auf die Verbesserung von Wettbewerbsverhältnissen zu prüfen. Diese ist erfüllt, wenn der Zusammenschluss zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, welche die Nachteile einer marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).<sup>27</sup>

124. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG wird auch als negative Eingriffsvoraussetzung bezeichnet, weil auf dieser Grundlage ein Zusammenschluss zugelassen werden kann, obwohl er eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt.<sup>28</sup> Die mit Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG vorgeschriebene Abwägung trägt dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung.<sup>29</sup>

125. Bei der Frage der Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse kommt als «anderer Markt» jeder räumlich oder sachlich zu dem beherrschten Markt verschiedene Markt in Frage; allerdings muss es sich dabei aufgrund von Art. 2 Abs. 2 KG um die Schweiz berührende Märkte handeln. Als «anderer Markt» kommen insbesondere auch die vor- und nachgelagerten Märkte bei einer vertikalen Integration sowie verbundene Märkte bei konglomeraten Auswirkungen in Betracht.<sup>30</sup> Vor dem Hintergrund von Art. 10 Abs. 4 KG, wonach auch die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf internationaler Ebene zu berücksichtigen ist, kommen dabei auch über die Schweiz hinausgehende Märkte (z.B. ein Weltmarkt) in Betracht, solange ein Bezug zur Schweiz besteht.<sup>31</sup>

126. Die «Wettbewerbsverhältnisse» auf einem anderen Markt können auf vielfältige Weise verbessert werden; das Gesetz sieht keine Einschränkungen vor. Realisiert der Zusammenschluss Effizienzvorteile, können solche Vorteile zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beitragen.<sup>32</sup> Das Vorliegen von Effizienzvorteilen per se ist indes nicht ausreichend; diese müssen vielmehr auch zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führen. Die WEKO kann diese Effekte im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG berücksichtigen, sofern sie auf einem anderen Markt als dem beherrschten eintreten.<sup>33</sup> Zudem muss der Zusammen-

schluss für die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt ebenfalls kausal sein.<sup>34</sup>

127. Hat die WEKO eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt identifiziert, hat sie eine Abwägung vorzunehmen: die Verbesserung muss die Nachteile der Begründung oder Verstärkung einer qualifizierten marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss überwiegen. Gemäss Botschaft kann eine Marktbeherrschung auf einem stagnierenden Markt oder «absterbenden Markt» mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem dynamischen Markt und zukunftssträchtigen Markt aufgewogen werden.<sup>35</sup>

128. Die REKO/WEF führt zur Abwägung von Art. 10 Abs. 2 Bst. a und b KG aus, dass diese eine Gewichtung der Nachteile (Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt) und der Vorteile (Verbesserungen auf anderen Märkten) verlange. Geeignete und einigermaßen objektive Messgrössen würden keine existieren. Ab welchem Punkte eine Verbesserung in einem anderen Markt die Nachteile überwiege, sei unklar. Dieser Wertungsentscheid sei daher sehr anspruchsvoll. Die Literatur biete dabei keine Hilfestellungen; sie konkretisiere die Grundsätze der Wertung in keiner Weise. Die Behörde sei bei der Abwägung somit auf pflichtgemässes Ermessen verwiesen. Sie müsse aufgrund nachvollziehbarer Überlegungen gewichten.<sup>36</sup>

129. Dann verlangt Art. 10 Abs. 4 KG, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind.<sup>37</sup>

<sup>25</sup> Vgl. BGE 133 II 104, 108 E. 6.4 (=RPW 2007/2, 327 f. E. 6.4), *Swissgrid*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.5, *Berner Zeitung/Tamedia*.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 244, *Post/NZZ/Tamedia* und *Post/Tamedia*.

<sup>27</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 654, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 655, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 10 N 162.

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 656, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), N 163 zu Art. 10 KG.

<sup>30</sup> DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 10 N 164.

<sup>31</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 657, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 10 N 164; vgl. MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 N 157 und 161 ff., m. w. H.

<sup>32</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 658, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 10 N 166.

<sup>33</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 658, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2009/4, 439, Rz 411, *Post/NZZ/Tamedia*; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 10 N 166.

<sup>34</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 658, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 1. Mai 2006 i. S. *Swissgrid*, E. 5.1. sowie RPW 2010/3, 559 Rz 406, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2020/2, 749 Rz 659, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; BBl 1995 I S. 585.

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2020/2, 749 Rz 660, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2006/2, 319 f. E. 5.1, *Swissgrid/WEKO*.

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2018/4, 871 Rz 40, *AZ Medien/NZZ*.



130. Für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens gemäss vorangehender Ausführungen sind untenstehend zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Danach ist zu untersuchen, ob bei einer etwaigen marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, mithin das Zusammenschlussvorhaben eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt. Im Fall der Begründung oder Verstärkung einer qualifizierten marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG erfolgt die Beurteilung der Frage, ob damit die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs einhergeht. Wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gegeben sind, ist die Frage der Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG zu prüfen. Weil sich die Frage der Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG auf einen anderen als den beherrschten Markt bezieht, folgt diese Beurteilung als eigener Abschnitt losgelöst von der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, welche für jeden relevanten Markt einzeln erfolgt.

131. Grundsätzlich erfolgt die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben auch für Bereiche, in denen nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind (vgl. Rz 220 f., 225, 264 ff. und 543 ff.). Möglicherweise stellen bei einem Zusammenschlussvorhaben die Beteiligten potenzielle Konkurrenz dar. In diesem Fall käme es zu keinen Marktanteilsadditionen. Allerdings hätte der Zusammenschluss einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Bereichen. Deshalb prüft die WEKO je nachdem auch Bereiche, in denen keine Überlappungen in den Tätigkeiten der Beteiligten bestehen und keine Marktanteilsadditionen erfolgen oder zu erwarten sind.

#### B.4.2 Relevante Märkte

132. 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).

133. 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).

134. EVU weisen in der Regel unterschiedliche Tätigkeiten auf. Zudem bieten EVU nicht nur Produkte und Dienstleistungen an, sondern beschaffen Produkte und Dienstleistungen bei Dritten in unterschiedlicher Hinsicht. Demzufolge bieten sich bei Zusammenschlussvorhaben, an denen EVU beteiligt sind, unterschiedliche Bereiche für abzugrenzende Märkte an (nicht abschliessend).<sup>38</sup>

- Gütertransport: Marktabgrenzung bzw. Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten ohne intermodale Substituierbarkeit für das Gebiet der Schweiz.<sup>39</sup>
- Personentransport: Personenverkehrsdienstleistungen auf der Strasse im Regionalverkehr und Perso-

nenverkehrsleistungen auf der Schiene im Regionalverkehr, jeweils im Tätigkeitsgebiet der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen (letztlich offen gelassen; für den Bereich Fernverkehr bislang keine Marktabgrenzung).<sup>40</sup> Grundsätzlich wäre auch eine Marktabgrenzung entsprechend dem «point of origin/point of destination»-Ansatz (O&D-Ansatz) der EU-Kommission denkbar.<sup>41</sup>

- Infrastruktur (angebots- und beschaffungsseitig): Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur in den betroffenen Gebieten und Regionen sowie Benutzung von Eisenbahninfrastruktur im Tätigkeitsgebiet bzw. Infrastrukturgebiet, das die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen anderen Unternehmen zur Benutzung überliessen (Marktabgrenzung letztlich offen gelassen).<sup>42</sup>
- Werkstatteleistungen: Unterteilung in Betriebsunterhalt (light maintenance), Instandhaltung (heavy maintenance) und Umbau (refurbishment) nach Regionen, höchstens national, für Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeugen und national bei Kesselwagen.<sup>43</sup>
- Beschaffung von Rollmaterial: Beschaffung von Reisezügen und Zugsystemen (je unterteilt in Fern-, Regional- und Stadtbahnen), Beschaffung von Lokomotiven (elektrische Lokomotiven und Diesellokomotiven<sup>44</sup>), Beschaffung von Güterwagen.<sup>45</sup>
- Vermietung von Eisenbahngüterwagen: Unterteilung nach Art der transportierten Güter wie z. B. Öl, Stahl, Intermodal, Baustoffe, Gas, Landwirtschaftsprodukte oder Sonstiges.<sup>46</sup> Oder alternativ Unterscheidung nach etwa folgenden Typen von Eisenbahngüterwagen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit): offene Wagen; offene Schüttgutwagen; gedeckte Schüttgutwagen; gedeckte Güterwagen; gedeckte, grossräumige Schiebewandwagen; Flachwagen mit 2 Radsätzen; Drehgestellflachwagen mit 4 Radsätzen; Drehgestellflachwagen mit 6 Radsätzen; Drehgestellflachwagen

<sup>38</sup> Vgl. RPW 2017/3, 475 Rz 71; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

<sup>39</sup> Vgl. RPW 2017/3, 475 Rz 72, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 679 ff. Rz 52 ff., *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2008/4, 706 f. Rz 35 ff., 710 Rz 72, *BLS AG/Railion Deutschland AG*. Vgl. auch RPW 2017/4, 597 Rz 99 ff., *HSDG/Maersk Line A/S*.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2017/3, 475 Rz 74 ff., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2008/4, 707 f. Rz 46 ff., 710 Rz 73, *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>41</sup> Vgl. RPW 2017/3, 476 Rz 77, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

<sup>42</sup> Vgl. RPW 2017/3, 476 Rz 78 ff., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2008/4, 708 f. Rz 54 ff., 710 Rz 74 f., *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>43</sup> Vgl. Vgl. RPW 2017/3, 476 Rz 82 f., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2008/4, 709 f. Rz 59 ff., 710 Rz 76, *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>44</sup> In anderen Fällen kann eine engere Abgrenzung der Beschaffungsmärkte für Lokomotiven (bspw. in Rangier- und Streckenlokomotiven) und für Güterwagen (bspw. nach Bauart der Wagen oder nach transportierten Gütern) erforderlich sein (vgl. RPW 2017/3, 477 Fn 41, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*).

<sup>45</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 Rz 84 ff., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2008/4, 709 f. Rz 65 ff., 710 Rz 76, *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>46</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 Rz 91, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

für Coiltransporte; Drehgestellflachwagen für den Transport von Blechtafeln; Drehgestellflachwagen mit Niederbindeeinrichtungen; Wagen mit öffnungsfähigem Dach; Behälterwagen für Druckluftentladung; Schientiefadewagen mit Sondereinrichtungen (z. B. Möglichkeit der hydraulischen Höhen- und Seitenverschiebung der Ladung); Schientiefadewagen ohne Sondereinrichtungen; Wagen für Kfz-Transporte; Wagen für kombinierten Verkehr.<sup>47</sup>

- Vermietung von Ladeeinheiten:<sup>48</sup> Bei Ladeeinheiten können grundsätzlich Container, Wechselbehälter, Sattelanhänger oder ganze Lastwagen voneinander unterschieden werden.<sup>49</sup> Unter Umständen ist auch eine Marktabgrenzung nach Eigenschaft der zu befördernden Güter angezeigt.<sup>50</sup>
- Reisen/Touristik: Unterteilung in einen Veranstalter- und in einen Vertriebsmarkt, beide bezogen auf das Gebiet der Schweiz. Weitere Unterteilungen wie beispielsweise ein separater Geschäftsreisemarkt sind nicht auszuschliessen.<sup>51</sup> Weiter stellt sich die Frage, ob der Online-Vertrieb von Reisen einen separaten Markt darstellt.<sup>52</sup> Zudem stellt sich auch die Frage, ob allenfalls diese Märkte in räumlicher Hinsicht nach verschiedenen Regionen abzugrenzen sind, allenfalls sogar regional/lokal.
- Speditionsleistungen:<sup>53</sup> Spedition für Transporte auf der Schiene innerhalb der Schweiz; Spedition für Transporte auf der Schiene im Import-/Exportverkehr, Spedition für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr; Spedition für Transporte auf der Schiene und der Strasse innerhalb der Schweiz; Spedition für Transporte auf der Schiene und der Strasse im Import-/Exportverkehr; Spedition für Transporte auf der Schiene und der Strasse im Transitverkehr.<sup>54</sup> Hierzu weist die WEKO ausdrücklich darauf hin, dass in anderen Fällen zusätzliche oder andere Bereiche für eine Beurteilung in Betracht gezogen werden können, wie beispielsweise verschiedene Märkte für Speditionsleistungen auf der Strasse.<sup>55</sup> Folglich kommen auch die Spedition für Transporte auf der Strasse innerhalb der Schweiz, die Spedition für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr und die Spedition für Transporte auf der Strasse im Transitverkehr als Märkte in Frage.
- Operateurleistungen: Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für das Gebiet der Schweiz (Binnenverkehr); Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Import-/Exportverkehr; Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Transitverkehr; Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr innerhalb der Schweiz (Binnenverkehr); Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr im Import-/Exportverkehr; Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr im Transitverkehr.<sup>56</sup>
- Umschlags- oder Terminalleistungen:<sup>57</sup> Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger getrennt nach Umschlagsart (Schiene/Schiene, Schiene/Strasse, Schiff/Schiene, Schiff/Strasse etc.) sowie getrennt nach Verkehrsströmen (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr).<sup>58</sup> Weitere separate Märkte für Umschlagsleis-

tungen für Güter (z. B. Bulk Güter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) wiederum getrennt nach Umschlagsart (Schiene/Schiene, Schiene/Strasse) und nach Verkehrsströmen (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr).<sup>59</sup>

135. Diese Liste von möglichen Aktivitäten ist nicht abschliessend. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selber zusätzliche oder andere Bereiche in Betracht gezogen werden. Zudem können in anderen Fällen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und ihre Tätigkeiten andere Marktabgrenzungen erforderlich machen.<sup>60</sup>

136. Aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens stehen folgende Märkte im Vordergrund.

#### **B.4.2.1 Bereich Gütertransport auf der Schiene**

##### **B.4.2.1.1. Sachlich relevante Märkte**

137. Gemäss Praxis geht die WEKO im Bereich Gütertransport auf der Schiene von einer Definition der sachlich relevanten Märkte anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten (bzw. Hauptrelationen) aus (vgl. Rz 139 f.).<sup>61</sup> Marktgegenseite ist gemäss Meldung die verladende Wirtschaft, welche verschiedene Transportleistungen

<sup>47</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 Rz 92, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

<sup>48</sup> Ladeeinheiten können nach verschiedenen Unterscheidungsmerkmalen wie Eigenschaft der zu befördernden Güter (z. B. Flüssiggas oder Schüttgut) oder Kapazität/Grösse unterschieden werden (Vgl. auch EU-KOMM, COMP/M.5579 vom 22.1.2010, Rz 75, *TLP/Ermeva*).

<sup>49</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 f. Rz 93 ff., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

<sup>50</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 f. Rz 94 f., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

<sup>51</sup> Vgl. RPW 2006/4, 694 Rz 15 ff., *Hotelpian-Travelhouse*.

<sup>52</sup> Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 100, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

<sup>53</sup> Speditionsleistungen können als Organisation von Gütertransporten (möglicherweise einschliesslich Aktivitäten wie Zollabfertigung, Lagerwesen oder Bodenabfertigung) im Auftrag von Kunden entsprechend derer Bedürfnisse bezeichnet werden (vgl. EU-KOMM, ABl. 2010 C 213/16, Rz 19, *Geodis/Giraud m. w. H.*; EU-KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 12, *Deutsche Bahn/PCC Logistics m. w. H.*).

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 96 ff., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/2, 183 Rz 200 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*. In Bezug auf das Unterscheidungsmerkmal Typ der zu befördernden Güter ist zu erwähnen, dass die EU-Kommission sogar die Spedition von Getreideprodukten auf der Schiene als eigenständigen Markt abgrenzt (vgl. EU-KOMM, COMP/M.5579 vom 22.1.2010, Rz 45 ff., *TLP/Ermeva*).

<sup>55</sup> Vgl. RPW 2013/4, 697 Fn 35, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

<sup>56</sup> Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 99, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

<sup>57</sup> RPW 2017/3, 478 Rz 100, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; Bei Terminalleistungen bestehen verschiedene Unterscheidungsmerkmale (vgl. EU-KOMM, ABl. 2009 C 185/3, Rz 33 ff., *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; EU-KOMM, ABl. 2008 C 186/6, Rz 10 ff., *Eurogate/APMM*).

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2020/2, 686 Rz 247, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>59</sup> Vgl. RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2020/2, 680 Rz 211 und 685 Rz 244, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>60</sup> Vgl. RPW 2013/4, 479 Rz 49 f., *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2008/4, 705 Rz 32 *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>61</sup> Vgl. RPW 2008/4, 706 f. Rz 35 ff., *BLS AG/Railion Deutschland AG*; RPW 2013/4, 681 Rz 60, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

nachfragt; im EWLTV (hierzu sind auch Wagengruppen zu zählen, vgl. Rz 141)<sup>62</sup> sind es die Verloader, die Transportleistungen für einzelne Eisenbahngüterwagen nachfragen, bei den Ganzzügen im Wagenladungsverkehr (nachfolgend: WLV) sind es Unternehmen, die ganze (konventionelle) Güterzüge nachfragen und im kombinierten Verkehr (nachfolgend: KV) fragen die Operateure Traktionsleistungen für den KV, überwiegend für Ganzzüge, nach. Anbieter seien jeweils die EVU.

138. Die Zusammenschlussparteien erachten die Markt-abgrenzung der WEKO als nicht sachgerecht. Sie machen geltend, dass die Abgrenzung nach EWLTV, Ganzzügen und KV unterschiedliche Ebenen miteinander vermische. Beim EWLTV und den Ganzzügen handle es sich um Produktionsformen, beim KV hingegen um eine spezifische Transportlösung. Der KV sei daher keine eigenständige Produktionsform, da KV-Schiens-transporte als einzelne Wagen, als Wagengruppen (wie im EWLTV) oder bei grösseren Mengen als Ganzzüge gefahren würden.

139. Die WEKO verneint in ihrer Praxis die Substituierbarkeit von Strasse und Schiene und nimmt eine weitere Unterteilung nach Verkehrszweigen (EWLTV, Ganzzügen im WLV und KV) vor.<sup>63</sup> Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens haben sich

Tabelle 3: Märkte im Schienengüterverkehr

		Verkehrsarten		
		Binnenverkehr	Import-/Exportverkehr	Transitverkehr
Verkehrszweige	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Kombinierter Verkehr auf der Schiene	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

141. Im Folgenden werden kurz die in Tabelle 3 verwendeten Begriffe beschrieben. Mit EWLTV wird der Transport von Gütern in einzelnen Eisenbahnwagen oder kleinen Wagengruppen (weniger als ein Zug) bezeichnet. Die Wagen werden bei Bedarf einzeln rangiert. Ganzzüge (auch Blockzüge genannt) verkehren als Einheit vom Abgangs- zum Zielort und werden in der Regel nicht in ihrer Zusammenstellung verändert. Unter kombiniertem Verkehr wird die multimodale (durch mehrere Verkehrsträger erfolgende) Beförderung von Gütern in Ladeeinheiten (Container, Wechselbehälter, Sattelaufleger) verstanden. Durch den Übergang der Ladeeinheit zwischen den Transportmitteln ohne Wechsel des Transportgefässes wird ein Gesamtbeförderungsvorgang in einer durchgehenden Transportkette erreicht.<sup>67</sup>

142. Zusammenfassend wird vorliegend gemäss der bisherigen Praxis der WEKO hinsichtlich des Bereichs des Gütertransportes auf der Schiene von einer Unterteilung in einzelne sachlich relevante Märkte nach Ver-

keine Anhaltspunkte ergeben, dass von dieser Einschätzung abzuweichen wäre. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich die Markt-abgrenzung nach der Marktgegenseite richtet (vgl. Rz 137). Zudem unterteilt die Literatur über den Gütertransport auf der Schiene diesen ebenfalls in EWLTV, Ganzzugverkehr und KV. Diese drei Kategorien nennt die Literatur entgegen der Auffassung der Parteien sogar als «einzelne Produktionssysteme» im Schienengüterverkehr.<sup>64</sup> Überdies bezeichnen EVU, darunter insb. auch SBB Cargo, die drei Kategorien EWLTV, Ganzzug und KV als einzelne Produkte und Angebote für ihre Kunden. Insbesondere führt auch SBB Cargo International aus, dass sich der Güterverkehr (auf der Schiene) in die drei Kategorien EWLTV, Ganzzug und KV unterteilt.<sup>65</sup> Selbst der Bundesrat hält zur Aufteilung der Produktion von SBB Cargo fest, dass diese ihre Tätigkeit in die drei Geschäftsfelder EWLTV, Ganzzug und KV unterteilt.<sup>66</sup> Somit ist es entgegen der Ansicht der Parteien sachgerecht, eine sachlich relevante Markt-abgrenzung anhand von Verkehrszweigen (und Verkehrsarten) vorzunehmen.

140. Tabelle 3 stellt die Märkte im Bereich Gütertransport auf der Schiene gemäss Abgrenzung nach Verkehrszweigen und Verkehrsarten dar.

kehrszweigen (EWLTV, Ganzzüge im WLV und KV) ausgegangen.

<sup>62</sup> EWLTV und Wagengruppen kleiner als eine Ganzzugladung bilden zusammen den sog. Wagenladungsverkehr.

<sup>63</sup> Vgl. RPW 2013/4, 680 f. Rz 56 ff., BLS AG/BLS Cargo AG, m. w. H.; RPW 2017/3, 475 Rz 72, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS.

<sup>64</sup> Vgl. bspw. KCW GmbH, Gutachten zur Bestimmung der Elastizität der Nachfrage der Eisenbahnverkehrsunternehmen, für die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 2018, S 32 und 56, Fn 13, Fn 34; STEFAN KARCH, Schienengüterverkehr – Vorschlag für «Viertes Produktionskonzept», Eisenbahn-Revue 5, 2018, 2500-2505, 2501; Uwe Höft, Mehr Güter auf die Schiene – Wege zu einem CO<sub>2</sub>-freien Güterverkehr, böll.brief August 2019, 8.

<sup>65</sup> Vgl. Leistungsspektrum im Schienengüterverkehr – Kombiniertes Verkehr, Ganzzüge, Spotverkehre, Einzelwagenverkehre, <<http://www.sbbcargo-international.com/de/leistungsspektrum-im-schienengueterverkehr.html>> (25.12.2019).

<sup>66</sup> Vgl. Evaluationsbericht (Fn 9), 19.

<sup>67</sup> Vgl. RPW 2013/4, 680 Rz 54, BLS AG/BLS Cargo AG.

#### B.4.2.1.2. Räumlich relevante Märkte

143. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO bislang für Dienstleistungen im Gütertransport auf der Schiene das Gebiet der Schweiz als relevant angesehen. Auch für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann für alle Kombinationen von Verkehrszweigen und Verkehrsarten als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Schweiz gelten.<sup>68</sup>

144. Die Zusammenschlussparteien erachten die Markt-abgrenzung der WEKO in den Märkten für EWLTV auf der Schiene und für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene jeweils im Transitverkehr in räumlicher Hinsicht als zu eng. Denn der Transport durch die Schweiz stehe im Wettbewerb mit den Transportketten, die durch andere Länder führen würden, namentlich mit den Transportketten durch Frankreich und Österreich im alpenquerenden Transitverkehr.

145. Die WEKO erachtet in ihrer Praxis in räumlicher Hinsicht auch beim Transitverkehr das Gebiet der Schweiz als relevant.<sup>69</sup> Demnach können beim Transitverkehr keine Transportketten (welche im Rahmen der sachlich relevanten Markt-abgrenzung ohnehin eine Unterteilung in weitere Märkte erfährt) ausserhalb der Schweiz berücksichtigt werden. Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass von dieser Einschätzung abzuweichen wäre.

#### B.4.2.2 Bereich Operateurleistungen

##### B.4.2.2.1. Sachlich relevante Märkte

146. Gemäss Praxis geht die WEKO im Bereich Operateurleistungen von einer Definition der sachlich relevanten Märkte anhand von Verkehrsträgern (Schiene und Binnenschiff) und Verkehrsarten (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) aus. In den Märkten für Operateurleistungen auf der Schiene wird weiter zwischen unbegleiteten kombinierten Verkehr (UKV) und begleitetem kombinierten Verkehr (BKV) unterschieden. Im UKV werden Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger transportiert, während im BKV, der sogenannten rollenden Landstrasse (Rola), komplette Lastwagen auf der Schiene transportiert werden. Häufig bieten die Operateure im KV regelmässig verkehrende Shuttlezüge an, welche verschiedene Umschlagsanlagen miteinander verbinden.<sup>70</sup>

147. Die Internationale Vereinigung für den kombinierten Verkehr Schiene-Strasse (UIRR) unterscheidet zwischen zwei Typen von KV-Operateuren. Operateure, die eine Leistung von Umschlagsanlage zu Umschlagsanlage anbieten. Dieser Typ von KV-Operateuren, die nicht mit ihren Kunden seitens der Strasse (Transporteure, Spediteure oder Logistikunternehmen), die oft auch Anteilseigner seien, in Wettbewerb treten wollen, sei gemäss UIRR am weitesten verbreitet. Der zweite Typ seien Operateure, welche die komplette Transportkette von «Tür-zu-Tür» anböten. Dies umfasse dann ebenfalls den Vor- bzw. Nachlauf auf der Strasse zu und von den Umschlagsanlagen. Gemäss BAV sind sogenannte KV-Operateure zuständig für die Organisation des Hauptlaufs des KV-Verkehrs auf Binnenschiff oder Schiene.<sup>71</sup>

#### B.4.2.2.2. Räumlich relevante Märkte

148. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO bislang für Operateurleistungen auf der Schiene das Gebiet der Schweiz als relevant angesehen. Auch für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann für alle Märkte im Bereich Operateurleistungen als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Schweiz gelten.<sup>72</sup>

#### B.4.2.3 Bereich Umschlagsleistungen

##### B.4.2.3.1. Sachlich relevante Märkte

149. Im Bereich Umschlagsleistungen geht die WEKO von Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger getrennt nach Umschlagsart (Schiene/Schiene, Schiene/Strasse, Schiff/Schiene, Schiff/Strasse etc.) sowie getrennt nach Verkehrsströmen (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) aus.<sup>73</sup>

150. Weiter sind separate Märkte für Umschlagsleistungen für Güter (z. B. Bulk Güter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) wiederum getrennt nach Umschlagsart (Schiene/Schiene, Schiene/Strasse) und nach Verkehrsströmen (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) abzugrenzen.<sup>74</sup>

151. Auch die EU-Kommission untersucht Umschlagsleistungen als eigenständigen Markt. Umschlagsleistungen stellen gemäss EU-Kommission einen eigenen sachlich relevanten Markt dar, weil diese ein wesentliches Element der Logistikkette darstellen und auch isoliert angeboten bzw. nachgefragt werden; obwohl Umschlagsleistungen häufig zusammen mit anderen Dienstleistungen der Logistikkette verkauft bzw. nachgefragt werden.<sup>75</sup> Bei Umschlagsleistungen in Seehäfen sieht die EU-Kommission eine weitere Unterteilung vor. Diese Unterteilung richtet sich zunächst nach den Schiffen, für welche Umschlagsleistungen zu erbringen sind bzw. nach Umschlagsleistungen gemäss der auf den Schiffen transportierten Warenkategorien (Stückgut bzw. insb. Container, trockene Massengüter und flüssige Güter).

<sup>68</sup> Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 102, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 680 Rz 56, *BLS AG/BLS Cargo AG*, m. w. H.

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 102, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 679 Rz 53, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2008/4, 710 Rz 72, *BLS AG/Railion Deutschland AG*. Vgl. auch: EU-KOMM, COMP/M.5877 vom 14.7.2010, Rz 16, *Geodis/Giraud*; EU-KOMM, COMP/M.5579 vom 22.1.2010, Rz 69 ff., *TLP/Ermewa*; EU-KOMM, COMP/M.5480 vom 12.6.2009, Rz 29 ff., *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; EU-KOMM, COMP/M.4786 vom 18.3.2008, Rz 57 ff., *Deutsche Bahn/Transfesa*.

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2020/2, 675 Rz 172 und 686 Rz 248 ff., *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2013/4, 679 Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

<sup>71</sup> Vgl. RPW 2020/2, 686 Rz 249, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>72</sup> Vgl. RPW 2020/2, 675 Rz 172, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>73</sup> Vgl. RPW 2020/2, 686 Rz 247, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>74</sup> Vgl. RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2020/2, 680 Rz 211 und 685 Rz 244, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>75</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011, Rz 61 ff., *Rhenus/Wincanton International*; EU-KOMM, COMP/M.2632 vom 11.2.2002, Rz 16, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*.

Zudem erfolgt eine Unterteilung nach Verkehrsströmen (z. B. Hinterlandverkehr bzw. Binnenverkehr und Seetransit).<sup>76</sup>

152. Überdies sieht die EU-Kommission bei Umschlagsleistungen für trockene Massengüter Hinweise auf eine weitere Unterteilung in Märkte für landwirtschaftliche Güter, Kohle, Metall und andere trockene Massengüter.<sup>77</sup> Die genannten Kriterien hat die EU-Kommission auch zur Beurteilung von Umschlagsleistungen in Binnenterminals herangezogen, wobei keine nähere Betrachtung dieser Märkte erfolgte. Dabei hat die EU-Kommission auch angemerkt, dass der Markt für Umschlagsleistungen auch nach Art der Güter getrennt betrachtet werden sollte.<sup>78</sup> Schliesslich behandelt die EU-Kommission die Frage der Austauschbarkeit von bimodalen und trimodalen Umschlagsanlagen. Die EU-Kommission vertritt zunächst die Ansicht, dass die Beurteilung der Frage, inwieweit bi- und trimodale Terminals im Wettbewerb miteinander stehen, vor allem von der Austauschbarkeit der Verkehrsträger insgesamt abhängt.<sup>79</sup> Zudem folgert die EU-Kommission, «[o]bwohl es nicht ausreichend Nachweise dafür gibt, ob bi-modale Terminals (nur Schiene/Strasse) Teil desselben Marktes sind wie tri-modale Terminals, scheinen diese doch beträchtlichen Wettbewerbsdruck auf Schiffsterminals im Allgemeinen auszuüben, ob sie nun tri- oder bi-modal sind (d. h. Schiff und Strasse oder Schiff und Schiene).»<sup>80</sup> Die EU-Kommission sieht zudem Hinweise, dass bimodale Terminals mit trimodalen Terminals für die jeweilige Umschlagsart (Binnenschiff/Strasse bzw. Schiene/Strasse bzw. Binnenschiff/Schiene) im Wettbewerb stehen. Bei der engen Marktabgrenzung wurden Märkte für den Umschlag Binnenschiff/Schiene und den Umschlag Binnenschiff/Strasse abgegrenzt, wobei auf die Umschlagsart Schiene/Strasse verzichtet werden konnte.<sup>81</sup>

153. Somit sind für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bei Umschlagsleistungen verschiedene Märkte nach den folgenden Merkmalen abzugrenzen:

- Art der umzuschlagenden Güter (z. B. Bulkgüter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) und Transporteinheiten (Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger), wobei allenfalls eine Unterteilung in mehrere verschiedene Güterarten (z. B. trockene Massengüter, flüssige Massengüter, Gefahrgüter, oder palettierte Güter) möglich ist;
- Umschlagsart (Schiene/Schiene, Schiene/Strasse, Schiff/Schiene, Schiff/Strasse etc.);
- Verkehrsströme Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr und Transitverkehr.

154. Zudem weist die Meldung darauf hin, dass beim Strassentransport der Auf- und Ablad sowie etwaiger Umschlag der Güter Teil der Transportleistung sei. Dies gelte auch für den Umschlag Schiene/Strasse beim dualen Transport. Es sei jeweils der Frachtführer, der diese Dienstleistungen als Teil des Transports erbringe. Der Umschlag erfolge typischerweise an einem seiner Standorte. Planzer und Jäger würden solche Umschlagsleistungen auch nicht als eigenständige, vom Transport losgelöste Dienstleistungen anbieten. Es seien auch keine anderen Unternehmen bekannt, die iso-

lierte Umschlagsdienstleistungen (ausserhalb des KV) anbieten würden.

155. Im Schienentransport sei es in aller Regel der Kunde selbst, der den Auf- oder Ablad vornehme. Die Dienstleistung von SBB Cargo im EWLK und im Bereich Ganzzüge beschränke sich typischerweise darauf, die Güterwagen zum Kunden zu transportieren und nach dem Auf- oder Ablad wieder abzutransportieren. Würden die Güter von der Schiene auf die Strasse (oder umgekehrt) umgeladen, erfolge dies in den Anlagen der Strassentransporteure. Entsprechend biete SBB Cargo keine Umschlagsleistungen ausserhalb des KV an. In gewissen Fällen stelle SBB Cargo den Kunden an den öffentlichen Bahnanlagen eine Rampe, einen Kran (mit oder ohne unterstützendes Personal) oder einen Hubtraktor zur Verfügung, den der Kunde für den Umschlag nutzen könne. Dieses Angebot werde heute aber kaum noch genutzt.<sup>82</sup>

156. Anhand dieser Angaben zu Umschlagsleistungen für Güter bei Strassen- und Schienentransport kann in diesem Zusammenschlussvorhaben auf eine eigenständige Marktabgrenzung für Güter verzichtet werden, allerdings kann in anderen Fällen sehr wohl eine Abgrenzung von verschiedenen relevanten Märkten für Umschlagsleistungen für Güter vorgenommen werden (vgl. Rz 135).

#### **B.4.2.3.2. Räumlich relevante Märkte**

157. In räumlicher Hinsicht ging die WEKO beim Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN von einem regionalen Markt aus und berücksichtigte alle relevanten Umschlagsanlagen innerhalb eines Radius von maximal 100 km für die massgeblichen Verkehrsströme, in denen die Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (nachfolgend: GBN) künftig Umschlagsleistungen erbringen wird.

158. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens SBB/Hupac/Rethmann/GBN die Realisierung und den geplanten Betrieb der Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (nachfolgend: GBN) zum Gegenstand hatte. Für GBN ist das Angebot von Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr sowie im Transitverkehr geplant; keine Umschlagsleistungen im Binnenverkehr. Somit erfolgte die

<sup>76</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011, Rz 37, *Rhenus/Wincanton International*; EU-KOMM, COMP/M.3576 vom 22.12.2004, Rz 15, *ECT/PONL/EUROMAX*; EU-KOMM, COMP/M.5066 vom 5.6.2008, Rz 10 ff., *EUROGATE/APMM*; EU-KOMM, COMP/M.3884 vom 14.10.2005, Rz 11 ff., *ADM Poland/Cefetra/BTZ*; EU-KOMM, COMP/JV.55 vom 3.7.2001, Rz 24 ff., *Hutchison/RCPM/ECT*; vgl. auch RPW 2020/2, 681 Rz 215, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>77</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.3884 vom 14.10.2005, Rz 11, *ADM Poland/Cefetra/BTZ*.

<sup>78</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011, Rz 37 und 40, *Rhenus/Wincanton International*; vgl. auch RPW 2020/2, 681 Rz 215, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>79</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.2632 vom 11.2.2002, Rz 15, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*.

<sup>80</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011, Rz 75, *Rhenus/Wincanton International*.

<sup>81</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.2632 vom 11.2.2002, Rz 15 und 25 f., *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*.

<sup>82</sup> SBB Cargo erzielte mit dieser Dienstleistung im Jahr 2018 einen Umsatz von weniger als 50 000.- Franken.

räumliche Marktabgrenzung in Hinblick auf Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr und im Transitverkehr. Dies führte mit Blick auf die geplante Anlage GBN zu einer Berücksichtigung von Umschlagsanlagen innerhalb eines Radius von maximal 100 km. Deshalb wurden aufgrund des Standorts und der relevanten Verkehrsströme für die künftige Umschlagsanlage GBN Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet sowie im alpenquerenden Transitverkehr näher betrachtet.<sup>83</sup> Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich GBN in Bezug auf Grösse der Anlage, Layout (Gateway-Funktion<sup>84</sup>, schienenseitige Anbindung etc.) und weitere Faktoren substantiell von bestehenden Umschlagsanlagen in der Schweiz sowie im grenznahen Ausland unterscheidet.<sup>85</sup>

159. Weil für GBN keine Umschlagsleistungen im reinen Binnenverkehr geplant sind, wurden in dieser Hinsicht keine separaten Marktabgrenzungen vorgenommen.<sup>86</sup>

160. Zurzeit betreibt SBB Cargo andere Umschlagsanlagen als die geplante Anlage GBN (vgl. Tabelle 4). Dabei handelt es sich um Umschlagsanlagen, die neben den angebotenen Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr und Transitverkehr grösstenteils auf den Umschlag im Binnenverkehr ausgerichtet sind. Somit betreibt SBB Cargo auch regionale Umschlagsanlagen. Die Umschlagsanlagen von SBB Cargo unterscheiden sich von GBN insbesondere in Bezug auf die Grösse und das Layout der Anlagen und indem sie über keine Gateway-Funktion verfügen. Teilweise sind es zudem rein regionale Umschlagsanlagen, die aufgrund ihrer Einrichtung und ihres Standortes für den internationalen Verkehr nicht in Frage kommen.

Tabelle 4: Umschlagsanlagen SBB Cargo

Umschlagsanlagen	Kurzbeschreibung	Kapazität in TEU	Ausrichtung Verkehrsstrom
GBN (geplant)	- Anlage mit Gateway-Funktion - Trimodal im Endausbau - Ausrichtung auf Umschlag im KV (von Containern, Wechselbehälter und Sattelaufleger)	240 000 – 390 000	Import-/Exportverkehr und Transitverkehr
Basel Wolf	- Bimodale Umschlagsanlage - Ablösung durch geplante Anlage GBN	[50 000 – 60 000]	Import-/Exportverkehr
Dietikon <sup>87</sup> , Gossau, Oensingen, Renens, Sion, Lugano, Cadenazzo, St. Triphon	Kleinere Umschlagsanlagen zur Feinverteilung	[...]	Binnenverkehr

161. Mit Blick auf die Vorgehensweise der EU-Kommission ist feststellbar, dass diese bei Umschlagsanlagen für die räumliche Marktabgrenzung einen Radius von 50 km als Grundlage nimmt. Zudem ist gemäss EU-Kommission aufgrund der steigenden Kosten im Zusammenhang mit dem zusätzlichen LKW-Transport die Entfernung, innerhalb welcher ein bestehendes Terminal als wirtschaftlich tragfähiger Ersatz betrachtet wird, beschränkt. Daher steigt der Wettbewerbsdruck, welchen ein alternatives Terminal auf ein bestimmtes Terminal ausübt, je geringer die Distanz zwischen den beiden Terminals ist.<sup>88</sup> Aufgrund von überlappenden Substitutionsbeziehungen mit weiteren Umschlagsanlagen kann dieser Radius fallabhängig grösser ausfallen, wobei weitere Faktoren zu beachten sind (z. B. Lage mit Anbindung an Wasserstrasse mit regelmässigem Container-Verkehr).<sup>89</sup>

162. Im Gegensatz zur geplanten Anlage GBN verfügt die auf den Import-/Exportverkehr ausgerichtete Umschlagsanlage Basel Wolf über keine Gateway-Funktion. Zudem ist die Anlage Basel Wolf bimodal und ohne Anschluss an eine Wasserstrasse bzw. den Rhein. Zwar werde die Anlage Basel Wolf künftig durch die Anlage GBN ersetzt. Allerdings erfolgt die geplante Inbetriebnahme von GBN als bimodale Anlage Ende Jahr 2022 und als trimodale Anlage Strasse-Schiene-Wasser im Rahmen der Aufbauphase 2.0 im Jahr 2024.<sup>90</sup> Gemäss

<sup>83</sup> Vgl. RPW 2020/2, 693 Rz 302, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>84</sup> Bei Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion handelt es sich um eine Anlage, die als Drehscheibe dient und die Verteilung der ankommenden Sendungen an dezentrale regionale Umschlagsanlagen ermöglicht (vgl. RPW 2020/2, 676 Rz 176, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*). Laut Grossterminalstudie empfangen Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion komplette Züge aus dem Ausland und sind erstes Glied in der Kette der Weiterverteilung der Sendungen in die Schweiz; analoges gilt für den umgekehrten Weg des Versandes in das Ausland. Sogenannte Gateways verteilen die Sendungen auf die dezentralen Terminals, die damit zu Feinverteilern werden (vgl. Bundesamt für Verkehr, BAV, 2012: Grossterminalstudie, Beurteilung der Terminalprojekte Gateway Limmattal und Basel-Nord, S. 20 und 28, nachfolgend: Grossterminalstudie).

<sup>85</sup> Vgl. RPW 2020/2, 705 f. Rz 387, 715 ff. Rz 432 ff. und 725 ff. Rz 484 ff., *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>86</sup> Vgl. RPW 2020/2, 703 f. Rz 379 f., *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>87</sup> Gemäss Meldung ist die Umschlagsanlage in Dietikon überwiegend auf den kombinierten Binnenverkehr ausgerichtet. Obwohl die Anlage Dietikon für den Import-/Exportverkehr ungeeignet sei, erfolge aus Mangel an Alternativen Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr darüber. Nach der Inbetriebnahme von GBN würden in Dietikon voraussichtlich keine Import-/Exportverkehre mehr umschlagen werden.

<sup>88</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011, Rz 45 und 76, *Rhenus/Wincanton International*; EU-KOMM, COMP/M.2632 vom 11.2.2002, Rz 20, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*.

<sup>89</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6425 vom 22.12.2011, Rz 26, *Imperial Mobility/Lehnkering*; EU-KOMM, COMP/M.2632 vom 11.2.2002, Rz 20 ff., *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*.

<sup>90</sup> Vgl. GBN – Realisierung <<https://www.gateway-baselnord.com/planung-realisierung/>> (5.11.2019).

Meldung wird sich der Zeitplan aufgrund verschiedener Verzögerungen nach hinten verschoben: GBN werde als trimodale Anlage frühestens im Jahr [...] in Betrieb gehen. Vor dem Hintergrund dieses Zeithorizonts und der Funktionsmöglichkeiten der Anlage Basel Wolf stellt sich die Frage, ob ein Radius von 100 km zur räumlichen Marktabgrenzung überhaupt gerechtfertigt ist und ob vielmehr ein Radius von 50 km zugrunde zu legen ist.

163. Zudem hat die Marktbefragung bei SBB/Hupac/Rethmann/GBN ergeben, dass das Einzugsgebiet für regionale Umschlagsanlagen mit Ausrichtung auf den Binnenverkehr bedeutend kleiner und ein Radius von 100 km entsprechend zu gross ist. Die Marktbefragung ergab, dass 81 % der Unternehmen, die Angaben zum Einzugsgebiet einer Umschlagsanlage im Binnenverkehr gemacht haben, von einem Radius von 30 km oder weniger ausgehen. Laut 44 % der Unternehmen beträgt der Radius des Einzugsgebietes 25 km oder weniger.<sup>91</sup> Die kleineren Anlagen von SBB Cargo dienen dem Umschlag bei Transporten im Binnenverkehr. Daraus folgt für diese Anlagen ein regionales Einzugsgebiet. Für die räumliche Marktabgrenzung bei regionalen Umschlagsanlagen ist von einem Radius von 25 bis 30 km auszugehen.

164. Für regionale Umschlagsanlagen im reinen Binnenverkehr geht die Meldung von einem Radius von 25 km aus.

I. Stellungnahme der Parteien bzgl. räumliche Marktabgrenzung für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr

165. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung wird nun vorgebracht, dass der in der Meldung angegebene Radius von 25 km falsch sei und stattdessen von einem räumlichen Einzugsgebiet einer Umschlagsanlage von ca. 35 km auszugehen sei. Zudem stelle eine Marktabgrenzung anhand eines festen Radius eine starke Vereinfachung dar, die der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht werde. Aus Sicht der Spediteure und der verladenden Wirtschaft sei nicht die Distanz, sondern seien die Kosten zur Umschlagsanlage das entscheidende Kriterium, wofür die Transportzeit eine relativ gute Näherung sei. Die Distanz zur Umschlagsanlage sei nur ein Parameter von vielen, der die Transportzeit bestimme. Zusätzlich hänge die Transportzeit massgeblich von der Topographie, der Qualität der Strassen, Auslastung/Stauanfälligkeit der Strassen, Verlauf der Verkehrsachsen, Geschwindigkeitsbegrenzungen etc. ab. Anhand eines Vergleichs der Transportzeiten von Gossau nach Frauenfeld und von Gossau nach Staad wird vorgebracht, dass eine resultierende Fahrzeitdifferenz von 7 Minuten bzw. 10 Minuten in Stosszeiten offensichtlich nicht entscheidend sein könne und dazu führe, dass die grosse und moderne Umschlagsanlage der Post kurzerhand als inexistent eingestuft werde. Weiter wird anhand des Beispiels von in der Region Wil ansässigen Unternehmen – zu dem die Umschlagsanlagen Gossau und Frauenfeld innerhalb eines Radius von 25 km und die von Staad ausserhalb liegen – geltend gemacht, dass diesen Unternehmen in Frauenfeld offensichtlich eine Alternative (Post) zur Verfügung stehen würde und die Umschlagsanlage von Galliker – gemäss der vorläufigen Beurteilung der WEKO –

für diese Verlagerer nicht erreichbar sei. Die vorläufige Beurteilung der WEKO suggeriere, dass diese Unternehmen keine Alternativen hätten. Dies sei offensichtlich nicht der Fall.

166. Zusätzlich würden bei einer reinen Radius-Betrachtung weitere wichtige Faktoren wie die Lage und die Effizienz der Umschlagsanlagen ausgeblendet. Aus Effizienz-, Kosten- und Zeitgründen strebe der Spediteur immer Transportketten an, bei denen jeder Transportschritt in «Flussrichtung» zum Ziel und nie gegen die «Flussrichtung» erfolge. Daher wähle er nach Möglichkeit eine Umschlagsanlage, die auf der direkten Strecke zwischen Ausgangspunkt und Ziel liege. Daneben würden vor allem die Qualität und die Effizienz der Umschlagsanlage eine Rolle spielen. Der Vorteil eines kurzen Vor-/Nachlaufs könne durch die Ineffizienz einer Umschlagsanlage zunichtegemacht werden. Umgekehrt gelte, dass es sich lohnen könne, einen weiteren Vor-/Nachlauf in Kauf zu nehmen, um eine effizientere Umschlagsanlage zu nutzen. Für die Qualität und Effizienz einer Umschlagsanlage seien die Faktoren Öffnungszeiten, Auslastung, Wartezeiten, Dimension, strassenseitige Anbindung, Einschränkungen bei der schienenseitigen Erschliessung, Häufigkeit der schienenseitigen Bedienung, Leistungsfähigkeit des Krans/Reachstackers und Abstellfläche ausschlaggebend. Die Qualität und Effizienz einer Umschlagsanlage sei für die räumliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall von Bedeutung: Während es sich bei der Umschlagsanlage der Post in Frauenfeld um eine grosszügige und moderne Umschlagsanlage handle, sei die Umschlagsanlage von Galliker ein kleines Werksterminal, das nicht nur schienenseitig schlecht erschlossen sei, sondern aufgrund der Dimensionierung und Ausrichtung auf die Bedürfnisse von Galliker von Dritten nur schlecht genutzt werden könne.

167. Die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung hält stattdessen einen Radius von ca. 35 km für angemessen. Gemäss Parteien würden folgende Fakten für einen Radius klar grösser als 25 km sprechen:

- Gemäss einer Studie von Ecoplan im Auftrag des BAV (nachfolgend: Studie Evaluation LSVA-Rückerstattung), betrage die durchschnittliche Vor- oder Nachlaufdistanz auf der Strasse im Binnen-KV 30 km. Und erst ab einer Distanz von über 50 km gehe man davon aus, dass sich der Transport im KV nicht mehr lohne.<sup>92</sup>
- Der ergänzende Bericht zum Gütertransport-Konzept (nachfolgend: ergänzender Bericht) des Bundesrats gehe bereits für den einfachen Freiverlad von einem Einzugsgebiet von 30 km aus. Das Einzugsgebiet einer modernen Umschlagsanlage müsse damit klar grösser sein.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Vgl. RPW 2020/2, 696 f. Rz 317 ff. und 697 ff. Rz 326 ff., SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>92</sup> Vgl. Ecoplan, Evaluation der LSVA-Rückerstattung und der Betriebsabgeltung als Förderinstrumente im unbegleiteten kombinierten Verkehr, Schlussbericht vom 26. Oktober 2012, 37, <[https://www.ub.unibas.ch/digi/a125/sachdok/2013/BAU\\_1\\_6165950.pdf](https://www.ub.unibas.ch/digi/a125/sachdok/2013/BAU_1_6165950.pdf)> (21.2.2020).

<sup>93</sup> Vgl. ergänzender Bericht zum Konzept für den Gütertransport auf der Schiene, 20. Dezember 2017, S. 13.

- Aufgrund von persönlichen Kontakten und Beschriftungen der Transportbehälter sei bekannt, dass Vor- und Nachläufe ab TERCO regelmässig bis nach [...] hinein erfolgen würden. Das Einzugsgebiet der Umschlagsanlage TERCO umfasse somit die gesamte Westschweiz und damit einen Radius von über [...] km. Für die Binnen-Umschlagsanlagen von SBB Cargo sei von vergleichbaren Einzugsgebieten auszugehen. So werde z. B. in der Umschlagsanlage Gossau KV der Migros für die gesamte Ostschweiz umgeschlagen.

168. Weiter macht die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung geltend, dass die sehr schematische räumliche Marktabgrenzung mit einem starren Radius nicht per se auf Fälle kollektiver Marktbeherrschung angewendet werden könne. Stehe zur Diskussion, ob mehrere Umschlagsanlagen kollektiv marktbeherrschend seien, so müsse für jede der Umschlagsanlagen ermittelt werden, ob sie nicht durch einen Dritten diszipliniert werde. Dies wird anhand eines grafischen Beispiels mit den Umschlagsanlagen A, B (kollektiv marktbeherrschend) und C dargestellt: die Umschlagsanlage C eines dritten Unternehmens befinde sich ausserhalb des Radius von Umschlagsanlage A, jedoch innerhalb des Radius von Umschlagsanlage B. Ziehe man in diesem Falle einen Radius lediglich um A, so ignoriere man C, obwohl C gegenüber B offensichtlich für Wettbewerb Sorge. Die Vorgehensweise (der vorläufigen Beurteilung) führe zu einem vollkommen anderen Ergebnis, wenn man den Zirkel bei der anderen angeblich kollektiv marktbeherrschenden Umschlagsanlage einstecke. Die Markteinschätzung hänge somit von der Zufälligkeit ab, bei welcher der beiden Anlagen der Zirkel eingesteckt werde. Einen Grund, dass dies ausschliesslich bei den Anlagen von SBB Cargo erfolge, gebe es nicht; und ein solcher werde in der vorläufigen Beurteilung auch nicht genannt. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung betreffend richtige räumliche Marktabgrenzung müsse zwingend auch der Standort von B einbezogen werden um falsche Ergebnisse zu vermeiden. Kollektive Marktbeherrschung könne somit nur stabil sein, wenn weder A noch B einem Dritten ausgesetzt seien. Dies wäre nur dann der Fall, wenn im Radius um beide Standorte kein Konkurrent zu finden wäre.

169. Im Begleitschreiben zum Gutachten I bringen die Parteien vor, dass die von der WEKO in der vorläufigen Beurteilung vorgenommene räumliche Marktabgrenzung mit einem starren Radius nach Auffassung des Gutachters untauglich sei, da sie die wirtschaftliche Realität der Logistikbranche missachte. Gemäss Gutachten seien die effektiven Transportzeiten und damit die Transportkosten abhängig von verschiedenen Faktoren. Deshalb sei zur Bewertung der Wettbewerbssituation zweier Umschlagsanlagen von isochronen Räumen auszugehen und nicht von einem starren Radius um einen Standort. Aufgrund des Wettbewerbs der Transportketten sei von einem breiten Wettbewerbsumfeld auszugehen und könne es nicht auf einen Umkreis von 25 km begrenzt werden. Wenn man zur Vereinfachung einen Radius anwende, dann sei ein Radius von 25 km nach Auffassung des Gutachters definitiv zu klein.

170. Gutachten II wiederholt die Vorbringen der Parteien, dass ein Radius von 25 km deutlich zu klein erschei-

ne und ein Radius von 40 km für Umschlagsleistungen im KV im Binnenverkehr als sachgerecht erscheine. Dies wird mit der Ausgestaltung der pauschalen Rückerstattung der Leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe (nachfolgend: LSVA) begründet. Demnach sei es das erklärte Ziel der Rückerstattung gewesen, Fahrten im Vor- und Nachlauf des KV in einem Umkreis von 40 km von der LSVA zu befreien. Zudem müsse für die Beurteilung einer potenziellen kollektiven Marktbeherrschung das Gebiet des hypothetischen Monopolisten aber mindestens das Einzugsgebiet aller betroffenen Umschlagsanlagen einschliessen.

171. Zu diesen Vorbringen ist nochmals zu erwähnen, dass die WEKO im Bereich Umschlagsleistungen praxisgemäss bei der räumlichen Marktabgrenzung einen Radius zugrunde legt bzw. nur Umschlagsanlagen innerhalb eines bestimmten Radius berücksichtigt; wobei durchaus andere Faktoren die Grösse des Radius beeinflussen können (vgl. Rz 158). Dies ist übereinstimmend mit der Praxis der EU-Kommission, die auch einen Radius bzw. einen Range bei trimodalen Umschlagsanlagen als Grundlage nimmt (vgl. Rz 161). Es gibt keinen ersichtlichen Grund bei Umschlagsleistungen im Binnenverkehr von dieser Vorgehensweise abzuweichen.

172. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die vorgebrachten überlappenden räumlichen Märkte die Frage von Substitutionsketten betreffen. Bei Substitutionsketten können sich räumliche Liefergebiete erheblich überschneiden, so dass auf die Preisbildung ein Kettensubstitutionseffekt einwirkt, aufgrund dessen ein breiterer räumlicher Markt entstehen kann. In der Praxis muss das Konzept der Kettensubstitution jedoch durch empirische Nachweise erhärtet werden, z. B. im Hinblick auf Preisinterdependenz zwischen Randbereichen der Substitutionsketten; nur so kann im Einzelfall der relevante Markt ausgeweitet werden. Das Preisniveau an beiden Enden der Kette müsste ebenfalls in etwa gleich hoch sein.<sup>94</sup> So ist es nach Ansicht der EU-Kommission ungenügend, eine angebliche Substitutionskette rein visuell darzustellen, ohne die Dynamik spezifisch zu erklären.<sup>95</sup>

173. Im vorliegenden Fall bringt die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vor, es seien wegen Substitutionsketten zusätzlich die Umschlagsanlage der schweizerischen Post in Frauenfeld und die Anlage von Railcare in Schafisheim zu berücksichtigen. Diese beiden Anlagen liegen jeweils ausserhalb des räumlich relevanten Marktes (Radius von 30 km). Die Gebühren für den Umschlag in diesen beiden Anlagen sind in Tabelle 5 neben den Umschlagsgebühren von SBB Cargo und Galliker aufgeführt. Es ist ersichtlich, dass die Gebühren der schweizerischen Post und von Railcare um mehr als 10 % über den Gebühren von SBB Cargo liegen (Basis Gebühren SBB Cargo). Für Sattelaufleger sind die Gebühren gleich hoch oder betragen weniger als 5 %.

<sup>94</sup> Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9.12.1997 S. 5 ff., Rz 57 f. (im Folgenden: EU-Abgrenzungsbekanntmachung).

<sup>95</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6905 vom 8.5.2014, Rz 338, *Ineos/Solvay/JV*.



Tabelle 5: Umschlagsgebühren KV-Binnenverkehr

	SBB Cargo <sup>96</sup>	Galliker <sup>97</sup>	Schweizerische Post (Frauenfeld) <sup>98</sup>	Railcare (Schafisheim) <sup>99</sup>
Wechselbehälter, Container	45.-	55.-	52.-	50.-
Sattelaufleger (Trailer)	50.-	55.-	52.-	50.-

174. Somit können für Wechselbehälter und Container die Umschlaggebühren von Anlagen ausserhalb eines Umkreises von 30 km als höher qualifiziert werden. Es kann nicht auf Preisniveaus geschlossen werden, die in etwa gleich hoch sind. Demgegenüber können die Umschlaggebühren für Sattelaufleger als in etwa gleich hoch bezeichnet werden. Zudem ist zu den Umschlaggebühren von SBB Cargo darauf hinzuweisen, dass die Parteien selber vorbringen, SBB Cargo verrechne in allen Umschlagsanlagen in der Schweiz die gleichen Preise (vgl. Rz 326). Eine regionale Preisdifferenzierung sei für SBB Cargo ausgeschlossen. Auch dieser Umstand lässt Hinweise auf die Anwendung von Substitutionsketten vermischen. In diesem Zusammenhang ist schliesslich zu erwähnen, dass die Parteien die Anwendung von Substitutionsketten erst mit der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vorbringen: Daher stellt sich im Rahmen der Würdigung des Vorbringens auch die Frage, ob die Parteien die Frage der Substitutionsketten erst sehr spät im Verfahren vorbringen, um die Situation unverfänglicher und kartellrechtlich unbedenklich darzustellen. Zusammen bilden vorangehende Ausführungen zu wenig Anhaltspunkte für eine Anwendung von Substitutionsketten bei der räumlichen Marktabgrenzung. Somit ist im vorliegenden Fall an einem Radius zur räumlichen Marktabgrenzung festzuhalten; vor allem ist das Zusammenschlussvorhaben auch bei dieser engeren räumlichen Marktabgrenzung letztlich ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen.

175. Zum Vorbringen, dass ein Radius von ca. 35 km, gemäss Gutachten II sogar 40 km, angemessen sei und den vorgebrachten Fakten der Stellungnahme ist auf die Gütertransporterhebung des Bundesamts für Statistik zu verweisen, welche jährlich Transportleistungen auf der Strasse nach zurückgelegten Distanzen und Frachtart ausweist. Im Jahr 2018 betrug der Anteil der Transporte der Frachtart Grosscontainer und andere grosse Behälter mit Transportdistanzen von bis zu 25 km 61 % der gesamten Transporte. 81 % der Transporte der Frachtart Grosscontainer und andere grosse Behälter legen eine Distanz von maximal 50 km zurück. Bei den genannten Anteilen ist zu berücksichtigen, dass in dieser Frachtart neben Transporten des Vor- und Nachlaufs im Binnen-KV auch reine Strassentransporte enthalten sind und davon auszugehen ist, dass beim reinen Strassentransport im Mittel längere Distanzen zurückgelegt werden. Dies gilt gleichermaßen für Transporte des Vor- und Nachlaufs im Import-/Exportverkehr. Demnach handelt es sich bei den Anteilen der Transportdistanzen im Binnen-KV von 61 % bzw. 81 % um eine konservative Einschätzung.<sup>100</sup> Die in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung und im Gutachten II erwähnte Studie über die Evaluation der LSVÄ-Rückerstattung hat die Transportdistanzen im Vor- und Nachlauf spezifisch für den

KV in der Schweiz erhoben. Demnach betrage die durchschnittliche Vor- oder Nachlaufdistanz auf der Strasse im Binnenverkehr rund 30 km. Die in den Interviews der Erhebung von 2012 genannten Bandbreiten würden von 1 km bis 50 km reichen. Im Import-/Exportverkehr seien die zurückgelegten Distanzen im Vor- und Nachlauf tendenziell grösser als im Binnenverkehr und würden sich auf 20 bis 100 km belaufen. Zudem zeigen die Kostenvergleiche der Studie, dass im Nahverkehr rund die Hälfte der gesamten Kosten auf den Vor- und Nachlauf entfallen und die Gesamtkosten stark ansteigen bei längeren zurückgelegten Distanzen auf der Strasse. Weiter heisst es im Fazit, dass sich die zurückgelegten Distanzen [auf der Strasse] im Binnenverkehr in den letzten Jahren tendenziell eher verringert hätten, weil die Schiene attraktiver geworden sei.<sup>101</sup> Es ist demnach anzunehmen, dass sich die Distanzen seit 2012 noch weiter verringert haben.

176. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Angaben der Gütertransportstatistik des BFS und der Studie von Ecoplan um tatsächlich gefahrene Transportdistanzen handelt und nicht um die Luftlinie zwischen Ausgangspunkt und Ziel. Bereits der Vergleich der Transportzeiten und Distanzen mit Google Maps aus der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung zeigt, dass die tatsächlichen Transportdistanzen grösser sind als die Luftlinie. Daraus folgt, dass ein Marktabgrenzungsradius entsprechend kleiner ausfallen muss als die zurückgelegten Transportdistanzen.

177. Der nach Ansicht von Gutachten II sachgerechte Radius von 40 km wird mit dem Ziel der pauschalen Rückerstattung, Fahrten im Vor- und Nachlauf des KV in einem Umkreis von 40 km von der LSVÄ zu befreien, begründet (vgl. Rz 170). Hierzu ist vorab auf den exakten Wortlaut der Botschaft des Bundesrats hinzuweisen, wonach die Variante einer «Pauschalbefreiung im Umfang einer pauschal festgelegten Distanz (z. B. 40 km)»

<sup>96</sup> Vgl. <[https://www.sbbcargo.com/content/dam/internet/cargo/all/kundecenter/dokumente/2020/Preise\\_Konditionen\\_SBBCargoAG\\_2020.pdf.sbbdownload.pdf](https://www.sbbcargo.com/content/dam/internet/cargo/all/kundecenter/dokumente/2020/Preise_Konditionen_SBBCargoAG_2020.pdf.sbbdownload.pdf)> (15.4.2020).

<sup>97</sup> Vgl. <[https://www.galliker.com/media/DD8C8168-E36B-2E3C-B4A0E30C3D38BA32/Publikationsstandard\\_Altishofen.pdf?uuid=001BD182-B39A-C20A-D92D2D515241DD90](https://www.galliker.com/media/DD8C8168-E36B-2E3C-B4A0E30C3D38BA32/Publikationsstandard_Altishofen.pdf?uuid=001BD182-B39A-C20A-D92D2D515241DD90)> (15.4.2020).

<sup>98</sup> Vgl. <<https://www.post.ch/de/geschaeftsloesungen/stueckgut-und-transport/kombiverkehr>> (15.4.2020).

<sup>99</sup> Vgl. <[https://www.railcare.ch/de/strecken\\_standorte/](https://www.railcare.ch/de/strecken_standorte/)> (15.4.2020).

<sup>100</sup> Vgl. BFS, Gütertransporterhebung 2018 – Transportgut nach Frachtart und Distanzklasse, inländische schwere Fahrzeuge (BFS-Nummer: su-d-11.05-GTS18-B23), <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/mobilitaetverkehr/queterverkehr.assetdetail.10607281.html>> (21.2.2020).

<sup>101</sup> Vgl. Studie Evaluation LSVÄ-Rückerstattung (Fn 92), S. 37 und 39.

im Vordergrund stehe, der Bundesrat die genaue Ausgestaltung dieser Massnahme in Zusammenarbeit mit den direkt betroffenen Instanzen regeln werde.<sup>102</sup> Dann ist zum angeblich sachgerechten Radius anzubringen, dass bei der LSVA-Rückerstattung nicht zwischen KV im Binnen- und im Import-/Exportverkehr unterschieden wird. Die zurückgelegten Distanzen im Vor- und Nachlauf im Binnenverkehr sind allerdings tendenziell kleiner als im Import- und Exportverkehr. Wie bereits erwähnt, entsprechen die tatsächlich zurückgelegten mittleren Distanzen im Vor- und Nachlauf auf der Strasse im Binnenverkehr rund 30 km und sind damit deutlich geringer als die vom Bundesrat pauschal festgelegte Distanz von z. B. 40 km. Die Folgerung, dass aufgrund der Ausgestaltung der LSVA-Rückerstattung ein Radius von 40 km sachgerecht sei, ist zudem unpassend, da Gutachten II aus der Fahrdistanz direkt auf den Radius schliesst. Aus diesen Gründen ist es vorliegend nicht sinnvoll, die Ausgestaltung der LSVA-Rückerstattung als Referenz für die Grösse des Radius für Umschlagsleistungen von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern im Binnenverkehr heranzuziehen.

178. Betreffend das Einzugsgebiet von Freiverladen ist zu präzisieren, dass, laut ergänzendem Bericht, Freiverlade ein Einzugsgebiet von «bis zu 30 km» hätten, wobei der Radius stark von der Topographie aber auch von der Güterart abhängt. Weiter heisst es im ergänzenden Bericht, dass in Freiverladen heute hauptsächlich Güter der Land- und Forstwirtschaft wie Zuckerrüben oder Stammholz, der Baustoffindustrie (insb. Zement), Abfall oder auch Altkleider umgeschlagen würden. Der Vergleich mit dem Einzugsgebiet einer Umschlagsanlage im Binnenverkehr ist demnach nicht passend und die Folgerung – dass deshalb das Einzugsgebiet einer modernen Umschlagsanlage damit klar grösser sein müsse – reine Spekulation. Und wenn dieser Vergleich passend wäre, so späche dies wenn schon für einen Radius von höchstens 30 km.

179. Auch die genannten Beispiele, dass einzelne Vor- und Nachläufe ab TERCO über den Radius der räumlichen Marktabgrenzung hinausgehen würden bzw. mit der Migros ein Kunde der Umschlagsanlage in Gossau KV für die gesamte Ostschweiz umschlage, lassen die Folgerung nicht zu, dass deshalb der Radius klar grösser als 25 km sein muss. Vielmehr stellt sich die Frage, innerhalb von welchem Radius eine andere Umschlagsanlage für den Kunden in Frage kommt. In diesem Sinne hat die Marktbefragung beim kürzlich beurteilten Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN ergeben, dass der in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vorgebrachte Radius von ca. 35 km für das räumliche Einzugsgebiet einer Umschlagsanlage im Binnenverkehr zu gross ist und von einem Radius von 25 bis maximal 30 km auszugehen ist (vgl. Rz 162). Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass von dieser Einschätzung abzuweichen wäre.

180. Zum Vorbringen, dass die Vorgehensweise der räumlichen Marktabgrenzung mit einem Radius für Fälle kollektiver Marktbeherrschung nicht anwendbar und zufällig sei, ist festzuhalten, dass die räumlich relevanten Märkte basierend auf den Standorten der Umschlagsan-

lagen der Zusammenschlussparteien, also den Anlagen von SBB Cargo, abgegrenzt wurden. Demnach ist der Grund offensichtlich und es kann nicht die Rede von einer zufälligen Vorgehensweise bei der räumlichen Marktabgrenzung im Bereich Umschlagsleistungen im Binnenverkehr sein. Zudem ist das Vorbringen, dass für die richtige räumliche Marktabgrenzung die Fläche der Radien um beide Standorte der kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen berücksichtigt werden müsste, ist aus konzeptioneller Sicht abzulehnen. So hängt die Grösse des Gebiets des räumlich relevanten Marktes nicht von den vorherrschenden Wettbewerbsverhältnissen ab, sondern sie ergibt sich aus dem Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Rz 133). Das Gebiet des räumlich relevanten Marktes kann demnach bei einem Vorliegen von kollektiver Marktbeherrschung nicht ein anderes Gebiet als bei anderen Konstellationen sein. Und es ergäbe sich bei Verwendung der von der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vorgebrachten Vorgehensweise eine Art iterierte räumliche Marktabgrenzung: Zuerst erfolgte die räumliche Marktabgrenzung, anhand dieser erfolgte die Wettbewerbsanalyse, dann wäre im Falle einer kollektiven Marktbeherrschung wieder auf die räumliche Marktabgrenzung zurückzugehen, anhand dieser neuen Marktabgrenzung erfolgte eine erneute Marktanalyse. Unter Umständen wiederholte sich dieser Vorgang ein weiteres Mal. Dies würde bedeuten, dass die Wettbewerbsanalyse den räumlich relevanten Markt mitdefiniert. Wenn schon, dann wären Überlappungen zwischen räumlich relevanten Märkten von Anfang an im Rahmen der Marktabgrenzung Rechnung zu tragen (vgl. Rz 171 ff.).

## II. Zwischenergebnis räumliche Marktabgrenzung für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr

181. Aufgrund der Angaben im Rahmen der Marktbefragung beim Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN und den Angaben zu den Transportdistanzen der Gütertransporterhebung sowie der Studie von Ecoplan ist das räumliche Einzugsgebiet einer Umschlagsanlage im Binnenverkehr kleiner als der von den Parteien vorgebrachte Radius von 35 bzw. 40 km. Es bleibt die Frage, ob dem 25 km-Radius der Meldung gefolgt werden kann oder stattdessen ein Radius von 30 km anzunehmen ist. Diese Frage kann vorliegend offengelassen werden, weil das Ergebnis auch bei der engeren räumlichen Marktabgrenzung mit einem Radius von 25 km gleich ausfällt wie bei einem Radius von 30 km.

### B.4.2.4 Bereich Speditionsleistungen für reine Schienentransporte

#### B.4.2.4.1. Sachlich relevante Märkte

182. Im Bereich Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene unterscheidet die WEKO grundsätzlich folgende Märkte:<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Vgl. BBl 1999 98.028 Botschaft zur Genehmigung der sektoralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, S. 6298 f.

<sup>103</sup> Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 98, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, BLS AG/BLS Cargo AG.

- Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Binnenverkehr,
- Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Import-/Exportverkehr,
- Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr.

183. Die Mehrheit der befragten Unternehmen gibt an, dass Unterschiede zwischen Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene, für Transporte auf der Strasse sowie für Transporte auf der Strasse und Schiene bestehen. Als Unterschiede und Gründe werden die unterschiedlichen Rahmenbedingungen bzw. geltenden Regelungen wie die LSVA, das Nacht- und Sonntagsfahrverbot auf der Strasse, der Nachtsprung auf der Bahn, die Rolle von Verbundunternehmen mit eigenem Netzwerk oder ökologische Aspekte genannt. Einzelne Unternehmen geben zwar an, dass Unterschiede bestehen, vertreten allerdings die Auffassung, dass es sich dabei nicht um eigene sachliche Märkte handelt. Gemäss einigen Unternehmen bestehen wiederum keine Unterschiede.

184. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die definitive sachliche Marktabgrenzung im Bereich Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene letztlich offengelassen werden, da aufgrund der Angaben in der Meldung auch bei einer solchen engeren sachlichen Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt (vgl. Tabelle 7).

#### **B.4.2.4.2. Räumlich relevante Märkte**

185. Im Bereich Speditionsleistungen geht die WEKO bisher von einer schweizweiten räumlichen Abgrenzung der sachlich relevanten Speditionsmärkte aus (zumindest i. S. einer Arbeitshypothese).<sup>104</sup>

#### **B.4.2.5 Bereich Speditionsleistungen für reine Strassentransporte**

##### **B.4.2.5.1. Sachlich relevante Märkte**

186. Zu Speditionsleistungen für reine Strassentransporte ist zunächst festzuhalten, dass die WEKO ausdrücklich auf eine Abgrenzung von Märkten für Speditionsleistungen für Strassentransporte hinweist.<sup>105</sup> Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die WEKO im Bereich Speditionsleistungen einen eigenen sachlich relevanten Markt für internationale Luftfrachtspedition abgrenzt. Folglich sind im Bereich Speditionsleistungen eigens für Transporte auf der Strasse verschiedene Märkte für Speditionsleistungen in Betracht zu ziehen.<sup>106</sup>

- Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Binnenverkehr,
- Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr,
- Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Transitverkehr.

187. Die Mehrheit der befragten Unternehmen gibt an, dass Unterschiede zwischen Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene, für Transporte auf der Strasse sowie für Transporte auf der Strasse und Schiene bestehen. Als Unterschiede und Gründe werden die

unterschiedlichen Rahmenbedingungen bzw. geltenden Regelungen wie die LSVA, das Nacht- und Sonntagsfahrverbot auf der Strasse, der Nachtsprung auf der Bahn, die Rolle von Verbundunternehmen mit eigenem Netzwerk oder ökologische Aspekte genannt. Einzelne Unternehmen geben zwar an, dass Unterschiede bestehen, vertreten allerdings die Auffassung, dass es sich dabei nicht um eigene sachliche Märkte handelt. Gemäss einigen Unternehmen bestehen wiederum keine Unterschiede.

188. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die definitive sachliche Marktabgrenzung im Bereich Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse letztlich offengelassen werden, da aufgrund der Angaben in der Meldung auch bei einer solchen engeren sachlichen Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt (vgl. Tabelle 7).

#### **B.4.2.5.2. Räumlich relevante Märkte**

189. Im Bereich Speditionsleistungen geht die WEKO bisher von einer schweizweiten räumlichen Abgrenzung der sachlich relevanten Speditionsmärkte aus (zumindest i. S. einer Arbeitshypothese).<sup>107</sup>

#### **B.4.2.6 Bereich Speditionsleistungen für Schienen- und Strassentransporte**

##### **B.4.2.6.1. Sachlich relevante Märkte**

190. Im Bereich Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und der Strasse hat die WEKO verschiedene Märkte für Speditionsleistungen in Betracht gezogen:<sup>108</sup>

- Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr,
- Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Import-/Exportverkehr,
- Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Transitverkehr.

191. Gemäss Meldung sei eine Unterteilung des Speditionsmarktes nicht sachgerecht. In Übereinstimmung mit der Praxis der EU-Kommission sei von einem Markt für Speditionsleistungen für Bodenfracht (ohne Luftfracht und Seefracht) auszugehen.

<sup>104</sup> Vgl. RPW 2017/3, 479 Rz 111, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/2, 184 Rz 212, *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*. In Bezug auf das Unterscheidungsmerkmal Typ der zu befördernden Güter ist zu erwähnen, dass die EU-Kommission sogar die Spedition von Getreideprodukten auf der Schiene als eigenständigen Markt abgrenzt (vgl. EU-KOMM, COMP/M.5579 vom 22.1.2010, Rz 45 ff., *TLP/Ermewa*).

<sup>105</sup> Vgl. RPW 2013/4, 679 Fn 35, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

<sup>106</sup> Vgl. RPW 2013/4, 679 Fn 35, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2013/2, 184 Rz 206 ff., *Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>107</sup> Vgl. RPW 2017/3, 479 Rz 111, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/2, 184 Rz 212, *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*. In Bezug auf das Unterscheidungsmerkmal Typ der zu befördernden Güter ist zu erwähnen, dass die EU-Kommission sogar die Spedition von Getreideprodukten auf der Schiene als eigenständigen Markt abgrenzt (EU-KOMM, COMP/M.5579 vom 22.1.2010, Rz 45 ff., *TLP/Ermewa*).

<sup>108</sup> Vgl. RPW 2013/4, 678 f. Rz 48 und Fn 35, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

192. Zur Frage von Unterschieden zwischen Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene, für Transporte auf der Strasse sowie für Transporte auf der Strasse und Schiene gibt die Mehrheit der befragten Unternehmen an, dass solche bestehen. Als Unterschiede und Gründe werden die unterschiedlichen Rahmenbedingungen bzw. geltenden Regelungen wie die LSVA, das Nacht- und Sonntagsfahrverbot auf der Strasse, der Nachtsprung auf der Bahn, die Rolle von Verbundunternehmen mit eigenem Netzwerk oder ökologische Aspekte genannt. Einzelne Unternehmen geben zwar an, dass Unterschiede bestehen, vertreten allerdings die Auffassung, dass es sich dabei nicht um eigene sachliche Märkte handelt. Gemäss einigen Unternehmen bestehen wiederum keine Unterschiede.

193. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die definitive sachliche Markt-Abgrenzung im Bereich Speditionsleistungen für Transporte für Schienen- und Strassentransporte letztlich offengelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung auch bei einer solchen engeren sachlichen Markt-Abgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben bestehen (vgl. Rz 580 ff.).

#### **B.4.2.6.2. Räumlich relevante Märkte**

194. Im Bereich Speditionsleistungen geht die WEKO bisher von einer schweizweiten räumlichen Abgrenzung der sachlich relevanten Speditionsmärkte aus (zumindest i. S. einer Arbeitshypothese).<sup>109</sup>

#### **B.4.2.7 Bereich Instandhaltung von Rollmaterial für den Schienengüterverkehr (Werkstatt-dienstleistungen)**

##### **B.4.2.7.1. Sachlich relevante Märkte**

195. Im Bereich der Werkstattdienstleistungen nimmt die WEKO eine Beurteilung anhand der folgenden Märkte vor:<sup>110</sup>

- Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance),
- Markt für Instandhaltung (heavy maintenance),
- Markt für Umbau (refurbishment).

##### **B.4.2.7.2. Räumlich relevante Märkte**

196. Bei Werkstattdienstleistungen geht die WEKO höchstens von einer schweizweiten Abgrenzung der entsprechenden Werkstattdienstleistungsmärkten aus.<sup>111</sup>

#### **B.4.2.8 Bereich Beschaffung von Rollmaterial für den Schienengüterverkehr bzw. Schienengütertransport**

##### **B.4.2.8.1. Sachlich relevante Märkte**

197. Die Beschaffung von Rollmaterial kann grundsätzlich unterteilt werden in die Beschaffung von Reisewagen und Zugsystemen (je unterteilt in Fern-, Regional und Stadtbahnen), die Beschaffung von Lokomotiven und die Beschaffung von Güterwagen.<sup>112</sup>

198. Bezüglich Lokomotiven ist zudem zwischen elektrischen Lokomotiven und Diesellokomotiven zu unterscheiden.<sup>113</sup> Zudem unterscheidet die WEKO im Zusammenschlussvorhaben BLS AG/Transport Ferroviaire

Holding SAS bei der Beschaffung von Rollmaterial implizit zwischen Personenverkehr und Güterverkehr.<sup>114</sup>

199. Somit stehen im Bereich Beschaffung von Rollmaterial folgende Märkte im Vordergrund:

- Markt für die Beschaffung von elektrischen Lokomotiven für den Güterverkehr,
- Markt für die Beschaffung von Diesellokomotiven für den Güterverkehr,
- Markt für die Beschaffung von Güterwagen.

##### **B.4.2.8.2. Räumlich relevante Märkte**

200. Bei der Beschaffung von Rollmaterial legt die WEKO grundsätzlich eine europaweite räumliche Abgrenzung zugrunde. Dies gilt für die Beschaffung von (elektrischen und dieselbetriebenen) Lokomotiven und für die Beschaffung von Güterwagen.<sup>115</sup>

#### **B.4.2.9 Bereich Gütertransport auf der Strasse**

##### **B.4.2.9.1. Sachlich relevante Märkte**

201. Für die Definition von Gütertransport auf der Strasse unterscheidet Eurostat zwischen nationalem Strassengütertransport und internationalem Strassengütertransport. Nationaler Strassengütertransport bezeichnet den Strassentransport zwischen zwei Orten (ein Ladeort und ein Entladeort), die im gleichen Land liegen. Internationaler Gütertransport ist definiert als der Strassentransport zwischen zwei Orten (ein Ladeort und ein Entladeort) in zwei verschiedenen Ländern.<sup>116</sup>

202. Die WEKO geht für Gütertransport auf der Strasse von einer Abgrenzung gegenüber dem Gütertransport auf der Schiene aus.<sup>117</sup>

203. Für die Abgrenzung der relevanten Märkte im Bereich Gütertransport nimmt die EU-Kommission üblicherweise eine grundsätzliche Segmentierung nach Lufttransporten, maritimen Transporten und Landtransporten vor. Bei Landtransporten sieht die EU-

<sup>109</sup> Vgl. RPW 2017/3, 479 Rz 111, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/2, 184 Rz 212, *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*. In Bezug auf das Unterscheidungsmerkmal Typ der zu befördernden Güter ist zu erwähnen, dass die EU-Kommission sogar die Spedition von Getreideprodukten auf der Schiene als eigenständigen Markt abgrenzt (EU-KOMM, COMP/M.5579 vom 22.1.2010, Rz 45 ff., *TLP/Ernewa*).

<sup>110</sup> Vgl. RPW 2017/3, 476 Rz 83, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2008/4, 709 Rz 60, *BLS AG/Railion Deutschland AG*; RPW 2007/3, 461 Rz 27 f., *ALSTOM/SBB Cargo*; EU-KOMM, COMP/M.2139 vom 3.4.2001, Rz 16, *Bombardier/ADtranz*.

<sup>111</sup> Vgl. RPW 2017/3, 479 Rz 104, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 Rz 48, *BLS AG/Railion Deutschland AG*; RPW 2008/4, 710 Rz 76, *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>112</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 Rz 84, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 Rz 48, *BLS AG/Railion Deutschland AG*; RPW 2008/4, 709 Rz 65, *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

<sup>113</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 Rz 85, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

<sup>114</sup> Vgl. RPW 2017/3, 477 Rz 87, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

<sup>115</sup> Vgl. RPW 2017/3, 479 Rz 105 ff., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.

<sup>116</sup> Vgl. eurostat, *Statistics Explained*, Glossary: Road Freight Transport, <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Road\\_freight\\_transport](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Road_freight_transport)> (5.11. 2019).

<sup>117</sup> Vgl. RPW 2017/4, 597 Rz 100 ff., *HSDG/Maersk Line A/S*.

Kommission weiter eine Segmentierung wie beispielsweise Transport auf der Schiene, Transport auf der Strasse, Transport auf Inland-Wasserwegen (Binnenschifffahrt) oder Transport über Rohrleitungen vor.<sup>118</sup>

204. Weiter weist die EU-Kommission auf eine Abgrenzung von Märkten für den Transport von Gefahrgütern<sup>119</sup> sowie für den Transport von temperaturregulierten Gütern<sup>120</sup> hin.

205. Zudem zieht die EU-Kommission beim Gütertransport auf der Strasse eine Unterteilung nach der Last bzw. Beladung des Lastwagens in Erwägung.<sup>121</sup>

- Last, die weniger als eine Lastwagenladung ausmacht (weniger als 2000 Kilogramm; alles was grösser ist als ein Paket und nicht gross genug für eine ökonomische Direktwagenladung), d. h. «less than truck load or groupage» (nachfolgend: LTL)<sup>122</sup>;

- Last pro halbvollem Lastwagen (mehr als 2000 Kilogramm, aber kein vollständiger Lastwagen), d. h. «semi truck load or part load» (nachfolgend: STL);

- Last für einen vollständigen Lastwagen, d. h. «full truck load» (nachfolgend: FTL).

206. Ausserdem zieht die EU-Kommission für jedes Verkehrsmittel bzw. jede Transportart eine Unterscheidung gemäss Bestimmungsort des Transports, das sind Transport im Binnenverkehr und im grenzüberschreitenden Verkehr, in die Überlegungen mit ein.<sup>123</sup>

207. Vor dem Hintergrund der Vorgehensweise der EU-Kommission und der WEKO-Praxis bezüglich der Unterscheidung zwischen Binnen-, Import-/Export- und Transitverkehr (vgl. Rz 137, 202 und Tabelle 3) ist für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben von folgenden Märkten in Tabelle 6 auszugehen.

Tabelle 6: Märkte im Strassengüterverkehr

	Verkehrsarten		
	Binnenverkehr	Import-/Exportverkehr	Transitverkehr
<b>Strassentransport von LTL</b>	Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Binnenverkehr	Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Import-/Exportverkehr	Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Transitverkehr
<b>Strassentransport von STL</b>	Markt für den Strassentransport von STL im Binnenverkehr	Markt für den Strassentransport von STL im Import-/Exportverkehr	Markt für den Strassentransport von STL im Transitverkehr
<b>Strassentransport von FTL</b>	Markt für den Strassentransport von FTL im Binnenverkehr	Markt für den Strassentransport von FTL im Import-/Exportverkehr	Markt für den Strassentransport von FTL im Transitverkehr
<b>Temperaturregulierter Transport für gekühlte und tiefgekühlte Waren</b>	Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Binnenverkehr	Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Import-/Exportverkehr	Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Transitverkehr
<b>Strassentransport von Gefahrgütern</b>	Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Binnenverkehr	Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Import-/Exportverkehr	Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Transitverkehr

208. Bei Transport von Gefahrgütern auf der Strasse nimmt die EU-Kommission allenfalls noch die Unterteilung in Massengüter («bulk hazardous goods») und Stückgüter («non-bulk hazardous goods», meistens palettisiert) vor.<sup>124</sup> Diese Abgrenzung kann allerdings im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben offengelassen werden.

209. Eine alternative analoge Marktsegmentierung wäre in Anlehnung an die statistische Erfassung der Strassengüterverkehrsleistungen von inländischen schweren Fahrzeugen nach Frachtart denkbar.<sup>125</sup> Bei dieser Vorgehensweise wären dies bspw. Märkte für den Strassentransport für flüssige Massengüter jeweils für die einzelnen Verkehrsarten oder Märkte für den Strassentransport für Grosscontainer und andere grosse Behälter jeweils für die einzelnen Verkehrsarten. Eine solche Vorgehensweise für die Marktsegmentierung kann wie bereits erwähnt in anderen Fällen je nach Tätigkeiten der

<sup>118</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6059 vom 21.3.2011, Rz 23, *Norbert Dentressangle/Laxey Logistics*; EU-KOMM, COMP/M.5877 vom 14.7.2010, Rz 9 und 13, *Geodis/Giraud*; EU-KOMM, COMP/M.5480 vom 12.6.2009, Rz 20 f., *Deutsche Bahn/PCC Logistics*; EU-KOMM, COMP/M.4746 vom 6.11.2007, Rz 13 f., *Deutsche Bahn/EWS*; EU-KOMM, IV/M.1549 vom 8.7.1999, Rz 11, *Deutsche Post/ASG*.

<sup>119</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6059 vom 21.3.2011, Rz 24, *Norbert Dentressangle/Laxey Logistics*; EU-KOMM, COMP/M.5877 vom 14.7.2010, Rz 10, *Geodis/Giraud*.

<sup>120</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.5877 vom 14.7.2010, Rz 10, *Geodis/Giraud*.

<sup>121</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.5877 vom 14.7.2010, Rz 10, *Geodis/Giraud*; EU-KOMM, IV/M.1549 vom 8.7.1999, Rz 10, *Deutsche Post/ASG*.

<sup>122</sup> Gemäss Meldung entspricht LTL dem klassischen Stückgut.

<sup>123</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.5877 vom 14.7.2010, Rz 11, *Geodis/Giraud*.

<sup>124</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6059 vom 21.3.2011, Rz 25, *Norbert Dentressangle/Laxey Logistics*.

<sup>125</sup> Vgl. BFS, Methodenbericht Gütertransporterhebung 2008 – Stichprobenplan, Datenaufbereitung, Gewichtung und Schätzverfahren, S. 63 (Transportgut nach Frachtart).

am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen, der Unternehmen selber und je nach Zusammenschlussvorhaben selber angewendet werden (vgl. Rz 135).

210. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die definitive sachliche Marktabgrenzung im Bereich Gütertransport auf der Strasse letztlich offengelassen werden, da aufgrund der Angaben in der Meldung auch bei dieser sachlichen Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen (vgl. Tabelle 7).

#### **B.4.2.9.2. Räumlich relevante Märkte**

211. Für den Bereich Gütertransport auf der Strasse kann analog zu Gütertransport auf der Schiene für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben für alle sachlich relevanten Märkte in räumlicher Hinsicht vom Gebiet der Schweiz ausgegangen werden (vgl. Rz 143).

#### **B.4.2.10 Bereich Kontraktlogistikdienstleistungen**

##### **B.4.2.10.1. Sachlich relevante Märkte**

212. Kontraktlogistik bezeichnet die Vergabe verschiedener Logistikfähigkeiten an einen Logistikdienstleister über langfristige Verträge (Kontrakte).<sup>126</sup> Gemäss Meldung umfasst der Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen Leistungen, die nicht nur Transport und Zustellung umfassen, sondern auch Distributionsleistungen wie Bestellmanagement, Versandvorbereitung, Versand und Transport, Finanzmanagement sowie weitere «Value-Added-Services».<sup>127</sup> Die Meldung nennt weitere spezifische Aufgaben des Kontraktlogistiklers, wie Endmontage, Konfektionierung, Verpackung, Qualitätskontrolle, Lagerbewirtschaftung.

213. Gemäss EU-Kommission sind Kontraktlogistikdienstleistungen Teil des Supply-Chain-Prozesses, der den effizienten Transport und die Lagerung von Gütern, Dienstleistungen und den damit zusammenhängenden Informationen vom Ursprungsort bis zum Endverbraucher entsprechend den Anforderungen der Kunden plant, implementiert und steuert.<sup>128</sup> Dieser Teil der Lieferkette hat als Schwerpunkt die Bereitstellung von Lagerhaltung und der Verwaltung der Warenströme für die Kunden.<sup>129</sup>

214. Kontraktlogistikdienstleistungen grenzt die EU-Kommission als eigenständigen Markt ab.<sup>130</sup> Bei der Marktabgrenzung für Kontraktlogistikdienstleistungen hat die EU-Kommission die Frage aufgeworfen, ob der Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen weiter zu segmentieren ist i) in grenzüberschreitende und inländische Logistik, ii) unter Bezugnahme auf die Art des betroffenen Gutes oder die versorgte Branche oder iii) in Hauptlogistikunternehmen («lead logistics providers», LLP) und traditionelle Logistikdienstleister («3LP»). Allerdings erachtete die EU-Kommission eine Unterscheidung von separaten sachlich relevanten Kontraktlogistikmärkten nicht als gerechtfertigt.<sup>131</sup> Dies mit Ausnahme für die Abgrenzung eines weiteren Marktes für Kontraktlogistikdienstleistungen für Fertigfahrzeuge («finished vehicles logistics services»)<sup>132</sup> Auf diese gesonderte Abgrenzung kann im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben aufgrund der Angaben der Meldung allerdings verzichtet werden; bei anderen Zusammen-

schlussvorhaben erweist sich die Unterteilung des Bereichs Kontraktlogistik, je nach Fallkonstellation und aufgrund zunehmender Spezialisierung, in verschiedene Märkte in Abhängigkeit von Kriterien wie bspw. Verkehrsart (Binnenverkehr, Import/Export und Transitverkehr) oder Gütergruppen als angezeigt, was auch zu einem eigenen sachlich relevanten Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen für Fertigfahrzeuge führen kann.

##### **B.4.2.10.2. Räumlich relevante Märkte**

215. Kontraktdienstleistungen werden in der Regel von den im Markt bestehenden Unternehmen mindestens schweizweit erbracht. Es ist von daher von einem schweizweiten Markt für Kontraktdienstleistungen auszugehen.<sup>133</sup>

##### **B.4.2.11 Zusammenfassung relevante Märkte**

216. Eine Zusammenfassung der relevanten Märkte und eine Übersicht über die in der Meldung angegebenen Marktanteile von den SBB (ohne SBB Cargo), SBB Cargo, Planzer und Jäger für das Jahr 2018 gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind in der untenstehenden Tabelle 7 enthalten.

#### **B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

217. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

218. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.<sup>134</sup> Allerdings bildet der

<sup>126</sup> Vgl. WOITSCHÜTZKE (Fn 7), 134.

<sup>127</sup> Vgl. RPW 2016/3, 759 Rz 45, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*; RPW 2015/3, 468 Rz 46, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*; RPW 1999/1, 129 Rz 19, *Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*.

<sup>128</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6570 vom 30.1.2013, Rz 31, *UPS/TNT Express*; EU-KOMM, COMP/M.1895 vom 3.5.2000, Rz 7, *Ocean Group/Exel*.

<sup>129</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6570 vom 30.1.2013, Rz 31, *UPS/TNT Express*.

<sup>130</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6570 vom 30.1.2013, Rz 31, *UPS/TNT Express*; EU-KOMM, COMP/M.3971 vom 24.11.2005, Rz 14 ff., *Deutsche Post/Exel*; EU-KOMM, COMP/M.1895 vom 3.5.2000, Rz 6 f., *Ocean Group/Exel*.

<sup>131</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.6570 vom 30.1.2013, Rz 32, *UPS/TNT Express*; EU-KOMM, COMP/M.3971 vom 24.11.2005, Rz 15, *Deutsche Post/Exel*.

<sup>132</sup> Vgl. EU-KOMM, COMP/M.3971 vom 24.11.2005, Rz 17 und 19, *Deutsche Post/Exel*.

<sup>133</sup> Vgl. RPW 2016/3, 759 Rz 50, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*; RPW 2015/3, 468 Rz 51, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

<sup>134</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.<sup>135</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht bei Marktanteilen ab 50 % sogar von einer Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aus.<sup>136</sup> Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr zumindest Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung. Im Rahmen der vorliegenden Prüfung gemäss Art. 33 KG ist zu untersuchen, ob sich solche Anhaltspunkte erhärten lassen und das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

219. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation.

220. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung bzw. Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann.<sup>137</sup> Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.<sup>138</sup> Hierzu ist festzuhalten, dass es sich bei den beteiligten Unternehmen um vertikal integrierte Unternehmen handelt.

221. Es ist auch möglich, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt wird. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass, analog zu Konzernverhältnissen, nicht von Wettbewerbsdruck eines Mutterunternehmens auf das Gemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden kann.<sup>139</sup> Selbst wenn also ein kontrollierlangendes Unternehmen auf einem Markt, auf welchem das kontrollierte Unternehmen tätig sein wird, bislang keine Tätigkeit ausgeübt hat, ist zu prüfen, ob dieses kontrollierlangende Unternehmen allenfalls als potenzielle Konkurrenz Wettbewerbsdruck auf dem fraglichen Markt ausgeübt hat, welcher durch das Zusammenschlussvorhaben wegfällt.<sup>140</sup>

222. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>141</sup> In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>142</sup>

223. Tabelle 7 weist diejenigen Märkte aus, in welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»). Gleichzeitig weist Tabelle 7 die Märkte aus, die einer weiteren Analyse (Einzelmarkt Betrachtung) zu unterziehen sind. Keiner weiteren Analyse werden diejenigen Märkte unterzogen, in welchen zwar die Schwellenwerte gemäss

Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden, in denen aber das Zusammenschlussvorhaben weder zu Marktanteilsadditionen führt, noch zu einem Wegfall disziplinierender oder genügend disziplinierender potenzieller Konkurrenz aufgrund der bisherigen Entwicklungen und der gegenwärtigen Situation. Zudem hat die WEKO einen Teil dieser Märkte bereits im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens SBB/Hupac/Rethmann/GBN analysiert.<sup>143</sup> Diese Prüfung ist unmittelbar vor dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfolgt. Für diese unmittelbar vorangehend geprüften Märkte sind insbesondere aufgrund der Angaben der Meldung keine Änderungen ersichtlich. Zudem bestätigen die Einschätzungen der befragten EVU bezüglich der Marktanteile von SBB bzw. SBB Cargo im Bereich Güterverkehr auf der Schiene die in der Meldung angegebenen Marktanteile.

224. Für die in Tabelle 7 ausgewiesenen Marktanteile ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass diese den von der Meldung angegebenen Marktanteilen entsprechen. Während des Verfahrens haben die Parteien allerdings ihre Angaben zum Bereich der Umschlagsleistungen korrigiert und angepasst. Zur Überprüfung hat die WEKO dann Sachverhaltsabklärungen vorgenommen. Die sich daraus ergebenden Marktanteile sind jeweils in Fussnoten angegeben und sind dann ausführlich im Rahmen der Beurteilung zu den einzelnen Märkten enthalten (vgl. Rz 331 ff., 448 ff., 470 ff. und 488).

225. Etwaige Analysen in Bezug auf kollektive Marktbeherrschung (koordinierte Effekte) und vertikale oder konglomerate Effekte folgen in gesonderten Abschnitten nach der Einzelmarkt Betrachtung (vgl. Rz 234, Rz 264 ff. und 543 ff.).

<sup>135</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit. Neven, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.

<sup>136</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

<sup>137</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>138</sup> Vgl. RPW 2020/2, 711 Rz 412, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>139</sup> Vgl. RPW 2016/1, 272 Rz 116, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/3, 360 Rz 47, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>140</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>141</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>142</sup> Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 131, *AZ Medien/NZZ*; EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 72.

<sup>143</sup> Vgl. RPW 2020/2, 715 ff. Rz 432 ff. und 748 ff. 654 ff., *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>144</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

Tabelle 7: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile 2018

Bereiche	Relevante Märkte	Marktanteile				Be- troffener Markt	Weitere Einzel- markt- analyse
		SBB <sup>144</sup>	SBB Car- go <sup>145</sup>	Planzer	Jäger		
Güterverkehr auf der Schiene	Markt für EWLV auf der Schiene im Binnenverkehr	0 %	~100 %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für EWLV auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	0 %	~100 %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für EWLV auf der Schiene im Transitverkehr	0 %	~100 %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	0 %	[60-70] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	[0-10] %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für KV auf der Schiene im Binnenverkehr	[10-20] %	[40-50] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für KV auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	[30-40] %	[10-20] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für KV auf der Schiene im Transitverkehr	[40-50] %	0 %	0 %	0 %	Ja	Nein
Operateurleistungen	Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger auf der Schiene im Binnenverkehr	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger auf der Schiene im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Operateurleistungen für den BKV auf der Schiene im Transitverkehr	100 %	0 %	0 %	0 %	Ja	Nein
Umschlagsleistungen	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau <sup>146</sup>	0 %	[60-70] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen <sup>147</sup>	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens <sup>148</sup>	0 %	[50-60] % bzw. [20-30] % <sup>149</sup>	0 %	0 %	Ja	Ja
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Sion	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Lugano/Cadenazzo	0 %	[80-90] %	0 %	0 %	Ja	Nein

<sup>145</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.<sup>146</sup> Nach Abklärungen Marktanteile SBB Cargo nach Kapazitäten [70-80] % und nach IST-Umschlägen [60-70] % (vgl. Tabelle 11 und Tabelle 12).<sup>147</sup> Nach Abklärungen Marktanteile SBB Cargo nach Kapazitäten [10-20] % und nach IST-Umschlägen [10-20] % (vgl. Tabelle 17 und Tabelle 18).<sup>148</sup> Nach Abklärungen Marktanteile SBB Cargo nach Kapazitäten [10-20] % und nach IST-Umschlägen [0-10] % (vgl. Tabelle 19 und Tabelle 20).<sup>149</sup> Vgl. Rz 256 f. betreffend korrigierte Marktanteile.



Bereiche	Relevante Märkte	Marktanteile				Betroffener Markt	Weitere Einzelmarktanalyse
		SBB <sup>144</sup>	SBB Cargo <sup>145</sup>	Planzer	Jäger		
Umschlagsleistungen	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Dietikon	0 %	[90-100] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom/ins Rheineinzugsgebiet	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr vom/ins Rheineinzugsgebiet	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Strasse/Strasse im Import-/Exportverkehr vom/ins Rheineinzugsgebiet	0 %	[0-10] %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr	0 %	[0-10] %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr	0 %	[0-10] %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Strasse/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr	0 %	[0-10] %	0 %	0 %	Nein	Nein
Speditionsleistungen	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Binnenverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	Ja	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein

Bereiche	Relevante Märkte	Marktanteile				Be- treffener Markt	Weitere Einzel- markt- analyse
		SBB <sup>144</sup>	SBB Car- go <sup>145</sup>	Planzer	Jäger		
Werkstattleistungen	Nationaler Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance) von Lokomotiven	[30-40] %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Nationaler Markt für Instandhaltung (heavy maintenance) von Lokomotiven	[30-40] %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Nationaler Markt für Umbau (refurbishment) von Lokomotiven	[30-40] %	[50-60] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Nationaler Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance) von Eisenbahngüterwagen	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Nationaler Markt für Instandhaltung (heavy maintenance) von Eisenbahngüterwagen	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	Ja	Nein
	Nationaler Markt für Umbau (refurbishment) von Eisenbahngüterwagen	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	Ja	Nein
Beschaffung Rollmaterial	Markt für die Beschaffung von elektrischen Lokomotiven für den Güterverkehr	[0-10] %	[0-10] %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für die Beschaffung von Diesellokomotiven für den Güterverkehr	[0-10] %	[0-10] %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Markt für die Beschaffung von Güterwagen	[0-10] %	[0-10] %	0 %	0 %	Nein	Nein
Güterverkehr auf der Strasse	Nationaler Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von STL im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von STL im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von STL im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von FTL im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von FTL im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von FTL im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Import-	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	Nein	Nein

Bereiche	Relevante Märkte	Marktanteile				Be- troffener Markt	Weitere Einzel- markt- analyse
		SBB <sup>144</sup>	SBB Car- go <sup>145</sup>	Planzer	Jäger		
	/Exportverkehr						
	Nationaler Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Transitverkehr	0 %	0 %	0 %	0 %	Nein	Nein
	Nationaler Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Nein

226. Aus Tabelle 7 ist ersichtlich, dass einzig der Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Renens einer Einzelmarktanalyse in Bezug auf einen signifikanten Verlust an aktueller und potenzieller Konkurrenz zu unterziehen ist. Dies weil mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben die Kontrollverhältnisse bei TERCO ([...]) ändern. Es ist davon auszugehen, dass nach dem Zusammenschlussvorhaben die SBB, Planzer und Jäger TERCO gemeinsam kontrollieren (vgl. Rz 30 und 32).

227. Zudem ist in Tabelle 7 die Inbetriebnahme der geplanten Umschlagsanlage GBN, ein Gemeinschaftsunternehmen von SBB bzw. SBB Cargo, Hupac und Rethmann (vgl. Rz 25), nicht enthalten. Die Inbetriebnahme von GBN sei frühestens für das Jahr 2023 geplant. Für GBN hat die WEKO eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG in folgenden Märkten festgestellt:<sup>150</sup>

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet.

228. Allerdings hat die WEKO auch festgestellt, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf folgenden Märkten bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG):

- Markt für den kombinierten Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr (mit gewissen Einschränkungen);
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr (wahrscheinlich).

229. Wegen den Wettbewerbsverbesserungen in den genannten Märkten, die die Nachteile überwiegen, hat die WEKO das Zusammenschlussvorhaben dann ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen.

230. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend in Bezug auf die Märkte, für die die WEKO eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG (vgl. Rz 227) festgestellt hat, die Frage nach betroffenen Märkten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU anzugehen; und ob diese weiter zu analysieren sind.

231. Im ersten dieser Märkte (Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet) steigt der Marktanteil von SBB Cargo bzw. GBN von [30-40] % im Jahr 2023 auf [50-60] % im Jahr [...].

232. Im zweiten Markt (Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet) beträgt der Marktanteil von SBB Cargo bzw. GBN ab Inbetriebnahme als trimodale Anlage ungefähr [30-40] % im Jahr [...].

233. Somit stellen beide Märkte, für welche die WEKO eine marktbeherrschende Stellung festgestellt hat, zwar betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU dar. Allerdings sind beide Märkte aufgrund der Natur des Zusammenschlussvorhabens nicht gesondert einer weiteren Analyse zu unterziehen (vgl. Rz 218 ff.), sondern allenfalls im Rahmen der Beurteilung von vertikalen Effekten zu berücksichtigen.

234. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Tabelle 7 keine Marktanteile von Galliker und von Bertschi enthält. Diese beiden Konzerne sind ebenfalls an Swiss Combi beteiligt, dies allerdings als Minderheitsaktionäre ohne Kontrollrechte (vgl. Rz 21). Demzufolge können die beiden Konzerne nicht als vollständig unabhängige Konkurrenz von SBB Cargo, Planzer und Jäger anerkannt werden. Der Grund ist, dass Galliker und Bertschi Minderheitsaktionäre ohne Kontrollrechte von Swiss Combi sind (vgl. Rz 21). Über diese Minderheitsbeteiligung sind diese beiden Konzerne auch mit SBB Cargo verflochten. Deshalb können diese beiden Konzerne gegenüber Planzer, Jäger und SBB Cargo nicht gleich behandelt werden, wie Wettbewerber ohne Beteiligungsverflechtungen.<sup>151</sup>

<sup>150</sup> Vgl. RPW 2020/2, 748 Rz 653, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>151</sup> Vgl. EU-KOMM, Case M.8465 vom 30.5.2017, Rz 48 ff., Vivendi/Telecom Italia.

Dies trifft vor allem auch in Bezug auf horizontale Vereinbarungen (koordinierte Effekte) bzw. kollektive Marktbeherrschung zu.<sup>152</sup> Eine Analyse dieses Umstandes erfolgt im Zusammenhang mit den Fragen nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung (koordinierte Effekte, vgl. Rz 264 ff.) und vertikalen Effekten (vgl. Rz 543 ff.).

#### **B.4.3.1 Stellungnahme der Parteien bzgl. Bedeutung des Zusammenschlussvorhabens auf Umschlagsanlagen und kombinierten Verkehr**

##### **I. Bedeutung von Umschlagsanlagen für die beteiligten Unternehmen**

235. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung werde die Betrachtung der WEKO dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht gerecht. Diese lege den Fokus auf einen Bereich, der durch das Zusammenschlussvorhaben nicht oder höchstens marginal tangiert werde. Die Ortung des primären Problems des Zusammenschlusses im Bereich der Umschlagsanlagen bilde die wirtschaftliche Realität nicht korrekt ab. Dies gehe aus folgenden Tatsachen hervor: Zunächst betreibe ausser SBB Cargo keines der beteiligten Unternehmen eine Umschlagsanlage. Planzer halte an TERCO eine Minderheitsbeteiligung [...]. Jäger verfüge lediglich über eine symbolische Minderheitsbeteiligung von [...] an TERCO. Wenn aber die beiden neu mitkontrollierenden Unternehmen selber weder Umschlagsanlagen betreiben würden noch solche kontrollierten, könne der Zusammenschluss im Bereich der Umschlagsanlagen zu keiner kausalen Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse führen.

236. Hierzu ist festzuhalten, dass vorliegendes Zusammenschlussvorhaben die Kontrollverhältnisse bei TERCO ändert (vgl. Rz 30 und 32). Das Zusammenschlussvorhaben führt zu einer gemeinsamen Kontrolle von den SBB, von Planzer und von Jäger an TERCO. Deshalb ist mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eine Änderung in den Wettbewerbsverhältnissen verbunden, die sich auf TERCO beziehen.

237. Als weitere belegende Tatsache verweist die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung auf den Umstand, dass sich Swiss Combi bzw. Planzer und Jäger nicht an einem Unternehmen beteiligten, das primär im Bereich der Umschlagsanlagen tätig sei. Gerade einmal [...] des Umsatzes von SBB Cargo entfielen auf Umschlagsanlagen. Daher richte sich das Interesse der Aktionäre von Swiss Combi offensichtlich nicht auf den Geschäftsbereich «Umschlagsanlagen».

238. Dazu ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach ein Zusammenschlussvorhaben für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG eine Kausalität voraussetzt (vgl. Rz 120). Diese Kausalität ist unabhängig von den primären Tätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und der Anteile der in den einzelnen Geschäftsbereichen erzielten Umsätzen gemessen an den jeweiligen Gesamtumsätzen der beteiligten Unternehmen. Andernfalls wären kritische Märkte und sogar Märkte mit drohender oder tatsächlicher Wettbewerbsbeseitigung bei umsatz-

grossen Konzernen mit vielfältigem Produkt- und Dienstleistungsportfolio – wie es gerade bei vorliegendem Zusammenschlussvorhaben der Fall ist – regelmässig der Fusionskontrolle entzogen.

239. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung zeigten schliesslich auch folgende Tatsachen, dass das Zusammenschlussvorhaben für den Markt für Umschlagsanlagen ohne Bedeutung sei. Umschlagsanlagen würden einzig im Rahmen KV eingesetzt (zum Umladen ganzer Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger). Im Binnenverkehr – und nur darum gehe es im vorliegenden Zusammenschluss – sei der KV kaum von Bedeutung, liege doch sein Anteil unter 1 %. Planzer und Jäger seien primär im Binnenverkehr tätig und hätten nur marginale Aktivitäten im KV. Sie fragten daher auch nur in sehr geringem Umfang Umschlagsleistungen nach. Pro Jahr liessen Planzer rund [...] und Jäger rund [...] Container, Wechselbehälter oder Sattelaufleger (vornehmlich durch SBB Cargo) umschlagen. Zusammen entspräche dies rund [...] TEU, was bei einem Gesamtvolumen von rund 800 000 TEU effektiven Umschlägen im Binnenverkehr gerade einmal [...] der Nachfrage ergebe. Deshalb seien im Bereich der Umschlagsanlagen auch keine vertikalen Effekte zu erwarten. Vielmehr könnten Planzer und Jäger den Markt für Umschlagsanlagen weder als Anbieter noch als Nachfrager spürbar beeinflussen.

240. Hierzu ist entgegenzuhalten, dass sich diese Angaben auf die Gesamtindustrie beziehen. Es ist nicht ersichtlich, ob sich die Nachfrage von Planzer und Jäger gleichmässig auf die einzelnen Umschlagsanlagen und somit gleichmässig auf die einzelnen relevanten Märkte im Bereich der Umschlagsanlagen aufteilen oder ob diese Nachfrage stark auf einzelne Umschlagsanlagen konzentriert sind. Bei einer Konzentration auf einzelne Umschlagsanlagen fallen dann die Anteile von Planzer und Jäger grösser aus. In diesem Fall können sich sehr wohl massgebliche vertikale Effekte ergeben. Für weitere Ausführungen in Bezug auf vertikale Effekte kann auf die Ausführungen in Randziffer 543 ff. verwiesen werden. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung würden sich die Umschläge von Planzer und Jäger auf verschiedene Umschlagsanlagen in der Schweiz verteilen, womit der Anteil überall in der Grössenordnung von ca. [...] liegen dürfe. Demnach ist vorliegend von keiner Konzentration auf einzelne Umschlagsanlagen auszugehen.

241. Zudem würde sich das Bild gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung nicht ändern, selbst wenn man zu Unrecht die beiden nicht mitkontrollierenden Aktionäre Galliker und Bertschi in die Beurteilung einbeziehen würde. Galliker und Bertschi hätten keine Mitkontrollrechte an SBB Cargo und seien wirtschaftlich nur mit 3.5 % an SBB Cargo beteiligt. Da SBB Cargo nur [...] ihres Umsatzes mit Umschlagsanlagen erziele, entfielen wirtschaftlich auch nur [...] der Investitionen von Galliker und Bertschi in Swiss Combi auf die Umschlagsanlagen von SBB Cargo. Es mache für Galliker

<sup>152</sup> Vgl. Z. B. MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, 144.

und Bertschi wirtschaftlich schlicht keinen Sinn, sich wegen einer derart marginalen Beteiligung mit SBB Cargo zu koordinieren und auf Wettbewerbsvorteile für ihre eigenen Anlagen zu verzichten, die sie zu 100 % besitzen würden.

242. Zur Frage der Interessenangleichung zwischen SBB Cargo und Galliker sowie Bertschi kann auf Randziffer 234 und 280 ff. verwiesen werden.

243. Hinzu komme gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung, dass auch Galliker kaum im KV tätig sei. Die Umschlagsanlage von Galliker in Staad würde praktisch nur für unternehmensinterne Umschläge genutzt und sei mit lediglich ca. [...] umgeschlagenen ILE<sup>153</sup> (rund [...] TEU) pro Tag für den Wettbewerb ohne jede Relevanz. Galliker erziele nur rund [...] seines Umsatzes mit KV-Umschlagsanlagen (Dagmersellen und Staad). Bei Bertschi liege der Fokus der Geschäftstätigkeit klar auf dem Import-/Export- und Transitverkehr und lediglich rund [...] des in der Schweiz erzielten Umsatzes entfalle auf den Binnenverkehr. Bertschi erziele nur etwa [...] des Schweizer Umsatzes mit KV-Umschlagsanlagen, wovon ein verschwindend kleiner Teil auf den KV-Binnenverkehr entfalle (rund [...] Franken).

244. Für diese Frage der primären Tätigkeiten, der Anteile der Umsätze aus den einzelnen Tätigkeiten am Konzern-Gesamtumsatz und den absoluten Umsätze kann auf die Randziffern 238 und 240 verwiesen werden.

245. Die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bringt erneut vor, dass Umschlagsanlagen für alle beteiligten Unternehmen ohne Bedeutung seien (vgl. Rz 237). Auf die drei zur Diskussion stehenden Umschlagsanlagen (Gossau, Oensingen und Renens) dürften somit ca. [...] des Umsatzes von SBB Cargo entfallen. Damit seien die Umschlagsanlagen von SBB Cargo offensichtlich nicht der Grund für die Beteiligung der Strassentransportunternehmen an SBB Cargo bzw. seien sie schlicht irrelevant. Dazu wird nochmals anhand der geringen Nachfrage von Planzer und Jäger nach Umschlagsleistungen im Binnen-KV (vgl. Rz 239) und des geringen erzielten Umsatzes mit KV-Umschlagsanlagen von Galliker und Bertschi (vgl. Rz 243) geltend gemacht, dass einerseits der Binnen-KV für Planzer und Jäger ohne jede wirtschaftliche Bedeutung sei und für Galliker und Bertschi Umschlagsanlagen für den Binnen-KV ohne jedes Interesse seien. Wenn keines der an Swiss Combi beteiligten Unternehmen weder selber massgeblich im Bereich der Umschlagsanlagen tätig sei, noch im KV besonders aktiv sei, dann folge daraus zweierlei: Erstens seien die Umschlagsanlagen offensichtlich nicht der Grund oder der wirtschaftliche Treiber dieses Zusammenschlusses und zweitens könnten sich im Bereich der Umschlagsanlagen die Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss auch nicht massgeblich verändern.

246. Zu diesen Vorbringen ist auf die vorangehenden Ausführungen und insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach ein Zusammenschlussvorhaben für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG eine Kausalität voraussetzt. Die Frage der Kausalität ist unabhängig von den

Anteilen der im Bereich Umschlagsleistungen erzielten Umsätze gemessen an den jeweiligen Gesamtumsätzen der an Swiss Combi beteiligten Unternehmen. Der Ansicht, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss nicht massgeblich verändern könnten, kann deshalb nicht gefolgt werden. Die WEKO hat zu prüfen, ob ein Zusammenschluss in einzelnen oder mehreren Märkten eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt. Dabei ist nicht von Relevanz, dass der erwirtschaftete Umsatz in den betroffenen Märkten im Verhältnis zum Gesamtumsatz eines Unternehmens nur gering ist.

## II. Einschätzungen der Marktbefragung zum Bereich Umschlagsleistungen

247. Dann bestätigten gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die Antworten auf die Fragebogen der WEKO, dass der Zusammenschluss den Bereich der Umschlagsanlagen kaum tangiere. Von 72 auswertbaren Fragebogen erwarteten acht Unternehmen in diesem Bereich positive Auswirkungen, und 28 erwarteten keine bis geringe oder neutrale Auswirkungen. 11 Unternehmen machten keine Angaben, was ebenfalls darauf hindeute, dass die Umschlagsanlagen nicht tangiert würden. Andernfalls hätten sich auch diese Unternehmen dazu geäußert. Zusammen entspräche dies zwei Drittel der Antworten. Dieses Vorbringen wird auch in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vorgebracht.

248. Die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bringt zudem vor, dass die Antworten der Marktteilnehmer bestätigten würden, dass der Zusammenschluss keine kausalen Auswirkungen auf die Umschlagsanlagen hätte. Wenn die überwiegende Mehrheit der von der WEKO befragten Marktteilnehmer im Bereich der Umschlagsanlagen keine relevante Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse erkennen könne, dann gehe die vorläufige Beurteilung offensichtlich an der wirtschaftlichen Realität vorbei, wenn sie just im Bereich der Umschlagsanlagen als Folge des Zusammenschlusses eine Beseitigung des Wettbewerbs diagnostiziere. Die Marktbefragung belege, dass der Zusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Umschlagsanlagen nicht kausal verändere. Damit sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Zusammenschluss ohne Bedingungen oder Auflagen zu genehmigen, da es keine kausale Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse gebe.

249. Zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass die Befragung verschiedene Kreise und Bereiche des Gütertransports, der Logistik und der Spedition betrifft (vgl. Rz 72). So nimmt der Fragebogen auch auf diese verschiedenen Bereiche Bezug. Aus diesem Grund haben gewisse befragte Kreise auch einen gesonderten Fragebogen zum Güterverkehr auf der Schiene erhalten (vgl. Rz 72). Deshalb kann aufgrund der Tatsache, dass 8 % der befragten Unternehmen positive Auswirkungen, 41 % keine Auswirkungen bzw. nur geringe Auswirkungen erwarten sowie 18 % keine Angaben machen –

<sup>153</sup> Gemäss Stellungnahme Umrechnung ILE/TEU mit Faktor 1.5; ILE stehe für intermodale Ladeeinheit.

woraus die Parteien folgern, dass zwei Drittel der befragten Kreise den Bereich der Umschlagsanlagen als unkritisch erachten würden – nicht automatisch auf dessen Bedeutungslosigkeit geschlossen werden. Dies ist analog zum vorangehenden Argument, dass die Beurteilung der Fragen der Kausalität des Zusammenschlussvorhabens und der Änderungen der Wettbewerbsverhältnisse losgelöst von den primären Tätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sowie deren Umsätze in den einzelnen Märkten und Bereichen. Überdies äussern verschiedene Befragte Bedenken wegen des Zusammenschlussvorhabens in verschiedenen Bereichen inklusive dem Bereich Umschlagsleistungen (vgl. Rz 75, 78, 81 und 84).

250. In dem Zusammenhang kann auch dem Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung nicht gefolgt werden, dass gemäss Marktbefragung der Zusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Umschlagsanlagen nicht kausal verändere. So erwarten 32 % der befragten Unternehmen negative Auswirkungen im Bereich Umschlagsleistungen für ihr Unternehmen bzw. den Wettbewerb sowie teilweise auch eine Erhöhung der Preise. Zudem befürchten 10 % der befragten Unternehmen im Bereich Umschlagsleistungen eine Monopolisierung – insbesondere bei den Umschlagsanlagen im Binnenverkehr (vgl. Rz 81).

### III. Bedeutung des KV und von Umschlagsanlagen im Binnenverkehr

251. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt erneut vor, dass keine kausale Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Umschlagsanlagen bestehe. Das Bundesgericht habe im Entscheid «Swissgrid» festgehalten, dass ein Zusammenschluss nur dann untersagt (oder mit Auflagen/Bedingungen genehmigt) werden könne, wenn der Zusammenschluss für die Wettbewerbsbeseitigung kausal sei. Herrsche auf einem Markt «weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehlt es an den erforderlichen Wettbewerbswirkungen des Fusionsvorhabens». <sup>154</sup> Entsprechend fehle es auch an der Kausalität des Zusammenschlusses. In diesem Zusammenschluss gehe es nur um den Binnenverkehr. Und im Binnenverkehr liege der Anteil des KV am gesamten Güterverkehr unter 1 %. Gründe für die marginale Bedeutung des KV im Binnenverkehr seien die folgenden: in der kleinräumigen Schweiz seien die Distanzen für den KV typischerweise zu kurz. So gehe man in Europa davon aus, dass KV erst ab Distanzen von 300 km effizient betrieben werden könne. Solche Distanzen seien in der Schweiz kaum vorhanden. Von wenigen Grossunternehmen abgesehen (z. B. Coop, Migros) gebe es in der Schweiz nur wenige Unternehmen, die im Binnenverkehr regelmässig über genügend grosse Volumina verfügten, dass sie damit einen ganzen Container füllten könnten. Und auch für Spediteure, welche die Transporte ihrer Kunden bündelten, seien die Volumina innerhalb der Schweiz häufig zu klein, um regelmässig ganze Container zu füllen. In der Schweiz sei das Netz des EWLTV dichter als im Ausland und Unternehmen verfügten häufiger über eigene Anschlussgleise. Im Vergleich zum Ausland spiele in der Schweiz deshalb der EWLTV eine grössere Rolle als der KV. Daraus folge, dass auch die Umschlagsanlagen für

nicht einmal 1 % des Güterverkehrs in der Schweiz relevant seien. Im Ergebnis würden nicht einmal [...] des schweizerischen Güterverkehrs in den Umschlagsanlagen in den Regionen Gossau, Oensingen und Renens umgeschlagen.

252. Somit sei es gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung höchst unwahrscheinlich, dass die Unternehmen ausgerechnet und ausschliesslich in einem Bereich kolludierten, der nicht nur gesamtwirtschaftlich, sondern auch für alle beteiligten Unternehmen ohne jede Relevanz sei. Weiter sei der vorliegende Zusammenschluss politisch gewollt, da SBB Cargo eine solche Partnerschaft brauche, um ihr Angebot aufrechterhalten und ausbauen zu können. Zudem würden die angeblichen Nachteile einer Kollusion in den drei «Minimärkten» durch die deutliche Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in den wichtigen Speditions- und Logistikmärkten weit überwogen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

253. Zu diesen Vorbringen ist zuerst auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen. Als nächstes kann zusätzlich festgehalten werden, dass gemäss BAV KV-Umschlagsanlagen das effiziente Zusammenwirken der verschiedenen Verkehrsträger ermöglichen. Mit der Förderung privater Güterverkehrsanlagen der Schiene leistet der Bund einen wesentlichen Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung des Gütertransports.<sup>155</sup> Zudem beträgt der Anteil des KV im Binnenverkehr gemessen am gesamten Güterverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr 11 %.<sup>156</sup> Es kann demnach keine Rede von einer «marginalen Bedeutung des KV im Binnenverkehr» sein. Weiter ist festzuhalten, dass SBB Cargo bereits seit dem Jahr 2012 auf das Wachstum im KV setzt. Zu diesem Zweck hat SBB Cargo ihr Angebot schrittweise ausgebaut. Mit dem Ausbau des kombinierten Verkehrs in der Schweiz ergänze SBB Cargo das bestehende Geschäft im Wagenladungs- und Transitverkehr. Mit dem weltweiten Trend zum Transport von Gütern in Containern und der rückläufigen Grossindustrie werde weiterhin ein starkes Wachstum im KV auf Strasse, Bahn und Schiff erwartet.<sup>157</sup> Weiter ist festzuhalten, dass die Parteien spezifisch zum Zusammenschlussvorhaben ausführen, die geplante Partnerschaft stärke die Verlagerung von der Strasse auf die Schiene und erhöhe die Auslastung im System-Wagenladungsverkehr und im KV nachhaltig.<sup>158</sup> Dann ist mit der Inbetriebnahme der geplanten Anlage GBN mit einem zunehmenden Aufkommen von KV auch im Binnenverkehr zu rechnen. Dies führt zu einer zunehmenden Bedeutung von regionalen

<sup>154</sup> Vgl. BGE 133 II 104, 109 E. 6.4 und 8.3 (=RPW 2007/2, 328 f. E. 6.4 und 8.3), *Swissgrid*.

<sup>155</sup> Vgl. Investitionsbeiträge für private Güterverkehrsanlagen der Schiene, <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen-a-z/gueterverkehr-auf-der-schiene/investitionsbeitraege-fuer-private-gueterverkehrsanlagen-der-sch.html>> (20.2.2020).

<sup>156</sup> Wonach den Parteien gemäss Logistikmarktstudie 2018 der Binnenverkehr auf der Schiene ein Volumen von 23,47 Mio. Nto und der Binnen-KV ein Volumen von rund 2,62 Mio. Nto ausweise.

<sup>157</sup> Vgl. SBB Cargo baut den kombinierten Verkehr in der Schweiz weiter aus, <<https://blog.sbbcargo.com/3382/kombinierten-verkehr-in-der-schweiz/>> (20.2.2020).

<sup>158</sup> Vgl. Medienmitteilung SBB vom 30. August 2019, Diese Partnerin beteiligt sich zu 35 Prozent an SBB Cargo, <<https://news.sbb.ch/artikel/92344/diese-partnerin-beteiligt-sich-zu-35-prozent-an-sbb-cargo>> (25.12.2019).

KV-Umschlagsanlagen. Es ist auch festzuhalten, dass die SBB im Rahmen der Evaluation der Partnerschaft mit Swiss Combi den KV als ein Teil des EBITDA-Verbesserungs-potenzials sehen. Ebenfalls sehen die SBB im Rahmen des Projekts zur Öffnung des Aktionariats von SBB Cargo den KV als Wachstumstreiber; und zwar auch im Binnenverkehr. Die SBB planen eine Ergebnisverbesserung unter anderen mit der Lancierung eines KV-Netztes im Binnenverkehr. Die Absichtserklärung zur Beteiligung von Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi führt aus, dass mit Swiss Combi als Aktionär «die nachhaltige, positive Geschäftsentwicklung vorangetrieben sowie das Angebot der Gesellschaft im kombinierten Verkehr («KV») und im Systemwagenladungsverkehr weiterentwickelt, verbessert werden» solle.

«Dadurch können u.a. mehr Mengen, Verlagerungen oder eine bessere Auslastung erzielt sowie die operative Exzellenz verbessert werden. Neue oder optimierte Konzepte sollen die Wettbewerbsfähigkeit der Gesellschaft im intermodalen Wettbewerb erhöhen. Das KV- und Systemwagenladungsnetz soll effizienter und kostenoptimierter werden und die Wettbewerbsfähigkeit der Gesellschaft soll steigen.» Alle diese Informationen zei-

gen, dass der KV auch im Binnenverkehr eine wesentliche Bedeutung hat und an Bedeutung zunehmen wird. Zudem zeigen die Informationen, dass der KV im Binnenverkehr aus Sicht der SBB wesentlich ist und Teil dieses Zusammenschlussvorhabens ist. Und weil die in Frage stehenden Umschlagsanlagen Gossau, Oensingen und Renens sowie die Anlage von TERCO in Chavornay Teil vom KV-Netz von SBB Cargo sind (vgl. Abbildung 3), sind auch diese bedeutsam. Vorangehende Ausführungen zeigen auch, dass die SBB und Swiss Combi bestehend aus Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi SBB Cargo im KV im Binnenverkehr gemeinsam voranbringen wollen. Es ist auch festzuhalten, dass es unerheblich ist, ob «Minimärkte» vorliegen. Die Beurteilung erfolgt gemäss Kartellgesetz, VKU und Bundesgericht für die relevanten Märkte.<sup>159</sup> Wie hoch die Anteile des KV im Binnenverkehr und der Anteil der Umschlagsanlagen am gesamten Güteraufkommen sind, ist deshalb ohne Belang. Und zum Vorbringen in Bezug auf den politischen Willen zur Durchführung des Zusammenschlussvorhabens kann auf die ausnahmsweise Zuassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen gemäss Art. 11 KG verwiesen werden.



Abbildung 3:<sup>160</sup> Angebot KV-Linien Kombiniertes Verkehr SBB Cargo

#### B.4.3.2 Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens

##### B.4.3.2.1. Aktuelle Konkurrenz

254. Tabelle 8 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit über die Grössenverhältnisse im Jahr 2018.

<sup>159</sup> Vgl. RPW 2007/2, 335 f E. 6.6, *Berner Zeitung/Tamedia*.

<sup>160</sup> Vgl. Flexibel und schnell durch die ganze Schweiz., <<https://www.sbbcargo.com/content/dam/internet/cargo/all/angebot/transportleistungen/kombinierter-verkehr/de/2020/KV-Linien.pdf.sbbdownload.pdf>> (20.2.2020).

Tabelle 8: Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens

Jahr	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
	SBB <sup>161</sup>	SBB Cargo <sup>1162</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	TERCO
2018	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[40-50] %
2017	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[40-50] %
2016	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[40-50] %

255. Wie bereits erwähnt, [...] (vgl. Rz 30 und 32), weil SBB, Planzer und Jäger nach dem Zusammenschlussvorhaben TERCO gemeinsam kontrollieren werden bzw. weil die Interessenübereinstimmung von SBB Cargo und Planzer so stark ist, [...].

256. Allerdings überschätzten gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung die Angaben der Meldung die Marktanteile von SBB Cargo und TERCO, weil zwei weitere Anlagen in dieser Region tätig seien. Die von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung korrigierten An-

gaben sind in Tabelle 9 aufgeführt. Hierzu ist erneut ausdrücklich festzuhalten (vgl. Rz 103), dass am Zusammenschluss beteiligte Parteien bereits im Rahmen der Meldung zur wahrheitsgetreuen und umfassenden Angabe verpflichtet sind: Die Angaben, Informationen und zugrundeliegende Daten in Meldungen müssen vertieft analysiert sein. Dies ist Voraussetzung für die Vollständigkeit der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens. Auf die Angaben und Informationen in einer Meldung für ein Zusammenschlussvorhaben sind die Parteien zu behaften.

257. Tabelle 9: Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens (korrigierte Angaben)

Jahr	Zusammenschlussparteien					Wettbewerber			
	SBB <sup>163</sup>	SBB Cargo <sup>164</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Railcare <sup>165</sup>	TERCO	Schweizerische Post
2018	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[30-40] %	[20-30] %	[10-20] %
2017	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[30-40] %	[20-30] %	[10-20] %
2016	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[30-40] %	[20-30] %	[10-20] %

258. Zu Tabelle 9 ist anzumerken, dass entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bei der Berechnung der Marktanteile die Unterscheidung von Eigen- und Drittleistungen vor allem in Bezug auf die schweizerische Post zu berücksichtigen ist.

259. Die Umschlagsanlagen der schweizerischen Post werden vorwiegend für die eigenen Pakettransporte verwendet, die auf Grund des Leistungsauftrages des Bundes prioritär zu behandeln seien. Bei Kapazitätsengpässen gelte grundsätzlich erste Priorität für Pakettransporte und zweite Priorität für Drittkunden (nach Eingang der Anfrage).<sup>166</sup> Im Unterschied zu anderen vom Bund mitfinanzierten KV-Umschlagsanlagen, bei denen der diskriminierungsfreie Zugang gewährleistet werden muss, haben demnach bei den Umschlagsanlagen der schweizerischen Post Drittkunden nur zweite Priorität. Demzufolge können Drittkunden nur bedient werden, wenn die jeweilige Umschlagsanlage der Post nach Abzug der eigenen Pakettransporte noch über freie Kapazitäten verfügt.

260. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bringen die Parteien vor, dass das Vorgehen, die Eigenleistungen nur bei der schweizerischen Post herauszurechnen, unhaltbar – ja geradezu willkürlich – sei. Entweder unterscheide man für alle Umschlagsanlagen konsequent zwischen Eigen- und Drittleistungen und berücksichtige für alle nur die Drittleistungen. Oder man berücksichtige konsequent für alle

Umschlagsanlagen die gesamte Kapazität bzw. Umschläge. Die Sonderbehandlung der Post könne auch nicht mit dem Hinweis begründet werden, die Post werde den eigenen Pakettransport prioritär behandeln. Genauso werde Galliker selbstverständlich seine eigenen Transporte prioritär behandeln, womit nach der Logik der vorläufigen Beurteilung der WEKO auch die Eigenleistungen von Galliker nicht zu berücksichtigen seien. Auch hinsichtlich der Pflicht, Dritten Zugang zur Umschlagsanlage zu gewähren, würden sich die Anlagen der Post nicht von jenen von Galliker unterscheiden, da beide gemäss GüTG subventioniert worden seien. Es bestehe – soweit ersichtlich – auch keine gesetzliche Ausnahme der Post von den Pflichten des GüTG.

<sup>161</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>162</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>163</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>164</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>165</sup> Bei railCare AG (nachfolgend: Railcare) handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der Coop Genossenschaft (<<https://www.railcare.ch/content/railcare/de/unternehmen.html>>, 6.11.2019).

<sup>166</sup> Vgl. Beschreibung der Zugangsbedingungen für die Umschlagsanlagen der schweizerischen Post Dailens, gültig ab April 2019, <<https://www.post.ch/kombiverkehr>> (20.12.2019).



261. Zu diesen Vorbringen ist nochmals auf den Leistungsauftrag des Bundes und die Grundversorgung mit Postdiensten hinzuweisen, wonach die schweizerische Post die Beförderung von Briefen, Paketen, Zeitungen und Zeitschriften sicherzustellen hat, worauf sich die Priorisierung der Pakettransporte der schweizerischen Post begründet.<sup>167</sup> Im Unterschied zur schweizerischen Post wäre bei einer Priorisierung von Eigenleistungen gegenüber Umschlagsleistungen für Dritte durch Galliker bzw. anderer Betreiber von vom Bund geförderten KV-Umschlagsanlagen von einer Diskriminierung auszugehen. Gemäss GÜTG haben sich diese bei der Zuteilung von Kapazitäten, der Erbringung von Dienstleistungen und der Bemessung von Preisen für den eigenen Bedarf an die Regeln zu halten, die für Dritte gelten.<sup>168</sup> Dies zeigt zusätzlich auch, dass vom Bund geförderte KV-Umschlagsanlagen nicht vergleichbar sind mit reinen Werksterminals von Unternehmen. Dies selbst dann, wenn der Anteil von Umschlagsleistungen für Dritte gering ist, da auch bei einem potenziellen Anstieg der Nachfrage der diskriminierungsfreie Zugang gewährt sein muss. Dies wurde denn auch von Galliker während der Anhörung bestätigt, wonach ihre KV-Umschlagsanlagen völlig offen seien und Dritte jederzeit ihre Container aufgeben könnten. Vor diesem Hintergrund werden vorliegend mit Ausnahme der Umschlagsanlagen der schweizerischen Post die gesamten Kapazitäten berücksichtigt. Bei Letzterer wurden die Eigenleistungen herausgerechnet. Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass eine Unterscheidung zwischen Eigen- und Drittleistungen keine qualitative Änderung des Ergebnisses zur Folge hat. Selbst bei einer Berücksichtigung von Drittleistungen ändern sich die Marktanteile entweder nur leicht oder sogar nur geringfügig.

262. Gemäss den korrigierten Angaben der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bilden SBB Cargo und TERCO zusammen bzw. die SBB, Planzer und Jäger den grössten Wettbewerber mit einem Marktanteil von [40-50] %. Als zweitgrösster Wettbewerber folgt Railcare mit einem Marktanteil von [30-40] %. Drittgrösster Wettbewerber ist die schweizerische Post mit einem Marktanteil von [10-20] %. Aufgrund dieser korrigierten Angaben zu den Grössenverhältnissen stellt sich somit neu die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung zwischen SBB Cargo/TERCO bzw. den SBB, Planzer und Jäger zusammen mit Railcare: SBB Cargo/TERCO und Railcare vereinen [80-90] % des Marktes aufeinander. Die Analyse dieser Fragestellung folgt gesondert im Abschnitt in Bezug auf kollektive Marktbeherrschung (koordinierte Effekte) (vgl. Rz 234 und 264 ff.).

#### B.4.3.2.2. Zwischenergebnis

263. Somit bestehen aufgrund der korrigierten Angaben der Parteien keine Anhaltspunkte mehr, dass das Zusammenschlussvorhaben eine einzelmarktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG von SBB Cargo und TERCO bzw. deren Muttergesellschaften auf dem Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Renens begründet. Allerdings stellt sich neu die Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung von SBB Cargo/TERCO bzw. deren Muttergesellschaften und Railcare.

### B.4.4 Kollektive Marktbeherrschung (koordinierte Effekte)

#### B.4.4.1 Vorbemerkungen

264. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Hierbei ist zu prüfen, ob Anreize zu koordiniertem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheidungen behandelt.<sup>169</sup>

265. Das Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung im Oligopol beschreibt das Bundeskartellamt als eine Marktsituation mit wenigen Unternehmen, die sich am Markt in einer Weise parallel verhalten, die wesentlichen Wettbewerb zwischen ihnen nicht erkennen lässt, obwohl sie individuell durchaus über ein erhebliches Potenzial für Wettbewerb verfügen.<sup>170</sup> Durch einen horizontalen Zusammenschluss können sich für die Unternehmen im betroffenen Markt Möglichkeiten und Anreize ergeben, ihr Verhalten (zukünftig) zu koordinieren (Entstehung einer gemeinsamen Marktbeherrschung) oder eine bestehende Verhaltenskoordination zu erleichtern bzw. zu stabilisieren (Verstärkung gemeinsamer Marktbeherrschung).<sup>171</sup> Gemäss Bundeskartellamt liegt eine gemeinsame Marktbeherrschung vor, wenn es zum einen an wesentlichem Wettbewerb im Innenverhältnis der Oligopolisten und zum anderen an wesentlichem Wettbewerb durch Aussenseiter fehlt.<sup>172</sup> Zentral ist hierbei, dass sich die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen nicht weiterhin als Konkurrenten verhalten<sup>173</sup>, obwohl sie aufgrund ihrer Marktstellung unter Ausnutzung sämtlicher Wettbewerbsvariablen Konkurrenzdruck aufbauen und sich gegenseitig disziplinieren könnten.

<sup>167</sup> Vgl. Art. 13 bis 17 Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (Postgesetz, PG; SR 783.0).

<sup>168</sup> Vgl. Art. 6 Abs. a GÜTV.

<sup>169</sup> Vgl. RPW 2018/4, 970 Rz 185, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/3, 483 Rz 132, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2016/1, 121 f. Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 f. Rz 148, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 330 Rz 254 f., 333 Rz 272, 334 Rz 281 und 336 Rz 309, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/4, 751 Rz 62, *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 495 Rz 158, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2013/4, 685 Rz 84, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2010/3, 528 Rz 224, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 630 Rz 247, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 450 f. Rz 252, *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 Rz 455, *Migros/Denner*.

<sup>170</sup> Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rz 81 <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?__blob=publicationFile&v=12)> (26.11.2019).

<sup>171</sup> Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn. 170), Rz 81.

<sup>172</sup> Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn. 170), Rz 82.

<sup>173</sup> Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, in Sachen WEKO gegen Berner Zeitung AG und Tamedia, E. 6.4.

266. Koordiniertes Verhalten kann explizit unter Marktteilnehmern vereinbart werden oder es kann implizit bzw. stillschweigend stattfinden. Aus ökonomischer Sicht ist es für die Prüfung einer kollektiven Marktbeherrschung irrelevant, ob koordiniertes Verhalten explizit begründet ist oder stillschweigend stattfindet; eine Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs findet in beiden Fällen statt. So kann sich ein Unternehmen explizit vehement gegen kollusives Verhalten aussprechen, wenngleich es sich durch sein Marktverhalten unter der Antizipation des Verhaltens der anderen Marktteilnehmer an einem hierdurch koordinierten Verhalten aktiv beteiligt, insbesondere, wenn es sich trotz hohen Gewinnmargen an die Preissetzung eines im Markt führenden Unternehmens anpasst. Für das Zustandekommen von koordinierten Effekten ist nicht notwendig, dass die an der Koordination beteiligten Unternehmen vereinbaren, sich nicht mehr als Wettbewerber zu verhalten. Relevant ist vielmehr, dass die an der Koordination beteiligten Unternehmen ein Verhalten an den Tag legen, welches einem abgestimmten Verhalten gleichkommt.

267. In der ökonomischen Literatur werden koordinierte Effekte, welche bei einer kollektiven Marktbeherrschung möglich sind, immer dann angenommen, wenn der zu erwartende Gewinn durch koordiniertes Verhalten grösser ist als die zu erwartenden Gewinne, gesetzt den Fall, dass der Konkurrent bzw. die Konkurrenten vom koordinierten Verhalten abweichen.<sup>174</sup> Aus ökonomischer Sicht ist relevant, ob Unternehmen durch koordiniertes Verhalten die Preise derart beeinflussen, dass sie gegenüber dem kompetitiven Gleichgewicht erhöht sind.<sup>175</sup>

268. Damit ein koordiniertes Verhalten überhaupt entstehen und aufrechterhalten werden kann, genügt es, wenn die Kollusionspartner ein gemeinsames Verständnis hinsichtlich des gemeinsam zu erreichenden Kollusionsziels haben, um sich entsprechend koordinieren zu können.<sup>176</sup> In der bisherigen Praxis hat die WEKO zur Beurteilung folgende Indikatoren herangezogen: Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile der beteiligten Unternehmen, Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite und potenzielle Konkurrenz.<sup>177</sup>

269. Gemäss EU-Kommission wird die Koordinierung in Märkten erleichtert, wo es relativ einfach ist, über die Bedingungen der Koordinierung zu einem Einvernehmen zu gelangen. Zusätzlich müssen drei Bedingungen erfüllt sein, damit die Koordinierung nachhaltig ist. Erstens müssen die koordinierenden Unternehmen in ausreichendem Masse überwachen können, ob die Koordinierungsmodalitäten befolgt werden. Zweitens erfordert die Koordinierungsdisziplin, dass glaubhafte Abschreckungsmechanismen greifen, wenn eine Abweichung zutage tritt. Drittens dürfen die Reaktionen von Aussenstehenden wie z. B. derzeitige und zukünftige Wettbewerber, die an der Abstimmung nicht teilnehmen, sowie der Kunden die mit der Koordinierung erwarteten Ergebnisse nicht gefährden.<sup>178</sup> Die von der WEKO herangezogenen Kriterien zur Prüfung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung (vgl. Rz 268) konkretisieren damit die von der EU-Kommission aufgeführten Bedingungen.

270. Eine Koordinierung kann gemäss EU-Kommission unterschiedliche Formen annehmen. In den meisten Märkten führe die Koordinierung dazu, dass die Preise oberhalb der Höhe gehalten würden, die sich bei ungehindertem Wettbewerb ergeben würde. In anderen Märkten könne die Koordinierung auf die Beschränkung der Produktion oder des Umfangs der auf den Markt zu bringenden neuen Kapazitäten abzielen. Eine Koordinierung könne auch aus der Aufteilung des Marktes z. B. nach räumlichen Gebieten, nach sonstigen Kundenmerkmalen oder durch die Zuteilung der Aufträge in Bietermärkten bestehen.<sup>179</sup>

271. Vorliegend handelt es sich um ein Zusammenschlussvorhaben über verschiedene Stufen der Wertschöpfungskette hinweg. Es erfolgt eine vertikale Integration über die Stufen Strassentransport und Schienentransport sowie Strassentransport und Operateurleistungen. Zumindest handelt es sich um eine teilweise vertikale Integration bzw. ein vertikales Zusammenschlussvorhaben (vgl. ausführlich Rz 543). Vertikale Zusammenschlüsse beinhalten neben Effizienzvorteilen unter anderem auch ein Potenzial für Koordination (kollektive Marktbeherrschung) auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können (vgl. ausführlich Rz 544).

272. Die vorläufige Prüfung und auch diese Beurteilung behandeln die einzelnen Märkte in Bezug auf eine etwaige kollektive Marktbeherrschung getrennt. Demgegenüber nimmt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung zur Frage der kollektiven Marktbeherrschung für mehrer Märkte gleichzeitig Stellung. Deshalb erfolgt die Einarbeitung der für mehrere Märkte geltend gemachten Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung im ersten Markt in Bezug auf kollektive Marktbeherrschung.

<sup>174</sup> RPW 2010/3, S. 529 Rz 230, *France Télécom SA/Sunrise Communications SA*.

<sup>175</sup> Vgl. auch KÜHN KAI-UWE, An Economists' Guide through the Joint Dominance Jungle, John M. Olin Center for Law & Economics, Paper #02-014, pdf-Seite 8, <<https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2002/Documents/Kuhn%2002014.pdf>> (26.11.2019).

<sup>176</sup> Vgl. RPW 2018/4, 970 Rz 185, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, S. 530 Rz 234, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>177</sup> RPW 2018/4, 971 Rz 186, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, 530 Rz 233, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/3, 498 ff. Rz 198 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 186 ff. Rz 470 ff., *Migros/Denner*; KÜHN KAI-UWE, The Coordinated Effects of Mergers, in: *Handbook of Antitrust Economics*, Herausgeber Buccirosi Paolo, 2008 (zit.: KÜHN, The Coordinated Effects of Mergers), S. 105 – 144 oder MOTTA (Fn 152), 142 ff., wobei in der ökonomischen Literatur weitere Kriterien, die einen Hinweis auf kollektive Marktbeherrschung geben können, diskutiert werden.

<sup>178</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 41.

<sup>179</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 40.

#### B.4.4.1.1. Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bzgl. Vorbemerkungen kollektive Marktbeherrschung

273. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung seien an die Kollusionswahrscheinlichkeit und an die Kollisionsstabilität sehr hohe Anforderungen zu stellen. Andernfalls sei eine Beseitigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht zu erwarten. Die WEKO habe auch nur ein einziges Mal ein Zusammenschlussvorhaben wegen angeblicher kollektiver Marktbeherrschung mit der möglichen Wettbewerbsbeseitigung untersagt. Dies im Fall «Sunrise».<sup>180</sup> Und der Fall «Sunrise» sei kritischer als der vorliegende zu betrachten. Auch im EU-Kartellrecht seien Untersagungen wegen kollektiver Marktbeherrschung selten. Seit dem «Airtours»-Fall, der von den EU-Gerichten aufgehoben worden sei, habe die EU-Kommission kaum noch Zusammenschlüsse wegen koordinierter Effekte untersagt. Ohnehin kenne das europäische Recht und die Rechtsprechung das «Beseitigungskriterium» von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht, weshalb nicht darauf abzustellen sei. Weil dem «Beseitigungskriterium» eine besondere Bedeutung zukomme, müsse es für eine Intervention unweigerlich zu wettbewerbsbeseitigender Kollusion kommen und es dürfe kein Restwettbewerb mehr bestehen. Die WEKO müsse nachweisen, dass die Zusammenschlussparteien und die Wettbewerber nach dem Zusammenschluss auf jeden Wettbewerb in den betroffenen Märkten verzichteten und sich faktisch wie ein Monopol verhalten würden. Sodann müsse der Nachweis erbracht werden, dass kein Restwettbewerb mehr bestehe (sei es unter den kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen oder mit Drittunternehmen). Schliesslich müsse die WEKO auch nachweisen, dass die wettbewerbsbeseitigende Kollusion erst und gerade durch den Zusammenschluss kausal ermöglicht werde. Eine kollektive Marktbeherrschung, die den Wettbewerb beseitigen könnte, sei ausgeschlossen: In allen Umschlagsmärkten existierten neben den Anlagen der Zusammenschlussparteien entweder noch ein bis zwei weitere Anbieter oder der Markteintritt eines neuen Anbieters stehe unmittelbar bevor. Zudem seien in allen Märkten die Faktoren, die zu einem kollusiven Verhalten führen könnten, derart schwach ausgeprägt, dass ein koordiniertes Marktverhalten höchst unwahrscheinlich und höchst instabil sein würde.

274. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Anzahl Untersagungen durch die WEKO wegen kollektiver Marktbeherrschung für die Beurteilung dieses Zusammenschlussvorhabens unerheblich ist. Gleiches gilt für die Anzahl Interventionen der EU-Kommission. Weiter ist auch unerheblich, ob das europäische Recht und die zugehörige Rechtsprechung das «Beseitigungskriterium» kennt. Denn das «Beseitigungskriterium» ist bei der Analyse der Frage einer kollektiven Marktbeherrschung noch irrelevant. Die von der EU-Kommission aufgestellten Kriterien in Bezug auf koordinierte Effekte können deshalb für die Frage nach einer kollektiven Marktbeherrschung ohne Weiteres herangezogen werden. Erst sobald die Analyse zum Ergebnis einer kollektiven Marktbeherrschung kommt, stellt sich dann die Frage, ob die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gegeben ist. Die Möglichkeit der Beseitigung

wirksamen Wettbewerbs ist kein Kriterium für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Vielmehr ist es ein Kriterium für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, so wie es die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung auch ausführt und Wert darauf legt.<sup>181</sup> Für die konkrete Analyse der kollektiven Marktbeherrschung, der Kausalität und die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann auf die nachfolgende Ausführungen verwiesen werden. Schliesslich ist dem Vorbringen in Bezug auf ein bis zwei weitere tätige Umschlagsanlagen oder unmittelbar bevorstehende Markteintritte die Rechtsprechung des Bundesgerichts entgegenzuhalten. Gemäss Bundesgericht muss ein Unternehmen, in diesem Fall die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen, mit marktbeherrschender Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten (vgl. Rz 120). Somit genügt für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, dass neue Wettbewerber von einem Markteintritt ferngehalten werden können.

#### B.4.4.2 Märkte anfällig für eine kollektive Marktbeherrschung

275. Gemäss WEKO bilden erste Anhaltspunkte für eine etwaige kollektiv marktbeherrschende Stellung die Grössenverhältnisse auf einem Markt. Dies sind eine hohe Marktkonzentration, eine geringe Anzahl Wettbewerber, eine geringe Anzahl an der etwaigen kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen, eine symmetrische Verteilung von hohen Marktanteilen für die an der etwaigen kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen sowie eine geringe potenzielle Konkurrenz.<sup>182</sup>

276. Wie bereits erwähnt können Galliker und Bertschi nicht als vollständig unabhängige Konkurrenz von SBB Cargo, Planzer und Jäger anerkannt werden (vgl. Rz 234). Deshalb stellt sich die Frage, welche der betroffenen Märkte (vgl. Tabelle 7) dadurch anfällig für eine etwaige Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung ist. Dazu erfolgt für die vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten in folgender Tabelle 10 eine Darstellung der Verhältnisse unter Berücksichtigung der in der Meldung angegebenen Marktanteile von Galliker und Bertschi. Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass die Marktanteile den von der Meldung angegebenen Marktanteilen entsprechen und die Parteien allerdings ihre Angaben zum Bereich der Umschlagsleistungen korrigiert und angepasst haben (vgl. Rz 224).

<sup>180</sup> Vgl. RPW 2010/3, 499 ff., insb. 556 ff. Rz 382 ff. und 557 ff. Rz 393 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>181</sup> Vgl. bspw. Rz 83.

<sup>182</sup> Vgl. RPW 2018/4, 894 Rz 160 und 895 Rz 169, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2016/1, 121 f. Rz 425, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 282 Rz 151, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 330 Rz 254, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/4, 752 Rz 65 f., *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 496 Rz 162 f., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 528 Rz 225, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 631 Rz 259 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 451 Rz 253 und 451 f. Rz 262 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 Rz 455, *Migros/Denner*.

Tabelle 10: Übersicht Marktanteile betroffene Märkte unter Berücksichtigung von Galliker und Bertschi

Bereiche	Relevante Märkte	Gemeinsamer Marktanteil beteiligte Unternehmen <sup>183</sup>	Galliker	Bertschi	Zusätzliche Analyse bzgl. kollektive Marktbherrschaft
Güterverkehr auf der Schiene	Markt für EWLV auf der Schiene im Binnenverkehr	~100 %	0 %	0 %	Nein
	Markt für EWLV auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	~100 %	0 %	0 %	Nein
	Markt für EWLV auf der Schiene im Transitverkehr	~100 %	0 %	0 %	Nein
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	[60-70] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	[50-60] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr	[50-60] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für KV auf der Schiene im Binnenverkehr	[60-70] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für KV auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	[50-60] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für KV auf der Schiene im Transitverkehr	[40-50] %	0 %	0 %	Nein
Operateurleistungen	Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger auf der Schiene im Binnenverkehr	[50-60] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für Operateurleistungen für den BKV auf der Schiene im Transitverkehr	100 %	0 %	0 %	Nein
Umschlagsleistungen	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau	[60-70] %	[20-30] % bzw. [0-10] % <sup>184</sup>	0 %	Ja
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen	[50-60] %	[10-20] %	0 %	Ja
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens	[90-100] % bzw. [40-50] % <sup>185</sup>	0 %	0 %	Ja
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Sion	[50-60] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Lugano/Cadenazzo	[80-90] %	0 %	0 %	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon	[40-50] %	0 %	[10-20] %	Ja
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Dietikon	[90-100] %	0 %	0 %	Nein

<sup>183</sup> Gemeinsamer Marktanteil SBB, SBB Cargo, Planzer und Jäger.

<sup>184</sup> Bei einer Marktanteilsbetrachtung anhand der effektiven Umschläge schätzt die Meldung den Marktanteil lediglich auf einen tiefen einstelligen Prozentsatz.

<sup>185</sup> Vgl. Rz 256 f. betreffend korrigierte Marktanteile; Marktanteile von TERCO mitberücksichtigt.

Bereiche	Relevante Märkte	Gemeinsamer Marktanteil beteiligte Unternehmen <sup>183</sup>	Galliker	Bertschi	Zusätzliche Analyse bzgl. kollektive Marktbeherrschung
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet <sup>186</sup> (GBN)	[50-60] % [...]	0 %	[0-10] % <sup>187</sup>	Nein
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet <sup>188</sup> (GBN)	[30-40] % [...]	0 %	[0-10] % <sup>189</sup>	Nein
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	Nein
Werkstattleistungen	Nationaler Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance) von Lokomotiven	[90-100] %	0 %	0 %	Nein
	Nationaler Markt für Instandhaltung (heavy maintenance) von Lokomotiven	[90-100] %	0 %	0 %	Nein
	Nationaler Markt für Umbau (refurbishment) von Lokomotiven	[90-100] %	0 %	0 %	Nein
	Nationaler Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance) von Eisenbahngüterwagen	[20-30] %	0 %	0 %	Nein
	Nationaler Markt für Instandhaltung (heavy maintenance) von Eisenbahngüterwagen	[20-30] %	0 %	0 %	Nein
	Nationaler Markt für Umbau (refurbishment) von Eisenbahngüterwagen	[20-30] %	0 %	0 %	Nein

277. Somit ergeben sich aus Tabelle 10 folgende Märkte, welche eine Anfälligkeit für eine kollektive Marktbeherrschung zwischen Galliker und SBB Cargo bzw. den kontrollierenden Unternehmen sowie Bertschi und SBB Cargo bzw. den kontrollierenden Unternehmen aufweisen:

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon.

278. Weiter stellt sich die Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung zwischen Railcare und SBB Cargo/TERCO bzw. deren Muttergesellschaften (vgl. Rz 263) in folgendem Markt:

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens.

279. Auch die Marktbefragung hat ergeben, dass viele Unternehmen mit einer Erhöhung der Marktmacht bzw. einer Monopolisierung aufgrund des Zusammenschlussvorhabens rechnen. Dabei wurden sowohl SBB Cargo bzw. die kontrollierenden Unternehmen als auch Bertschi und die geplante Umschlagsanlage GBN erwähnt.

Mehrere Unternehmen sehen bei den Umschlagsleistungen ein erhöhtes Diskriminierungspotenzial durch das Zusammenschlussvorhaben und rechnen teils mit einer Erhöhung der Preise.

#### B.4.4.3 Übereinstimmung Interessen von SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi und SBB Cargo

280. Zur Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung auf den vorangehend genannten drei Märkten ist auf die Interessenübereinstimmung zwischen den SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi und von SBB Cargo einzugehen. Bei Galliker und Bertschi handelt es sich um Minderheitsaktionäre ohne Kontrollrechte an Swiss Combi (vgl. Rz 21 und 234). Somit erlangen diese beiden Konzerne durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Mitkontrolle an SBB Cargo.

281. Trotzdem beteiligen sich Galliker und Bertschi über Swiss Combi, an der die beiden Konzerne jeweils eine Minderheitsbeteiligung von 10 % halten, an SBB Cargo. Mit der Beteiligung von Swiss Combi an SBB Cargo

<sup>186</sup> Vgl. Rz 229.

<sup>187</sup> Basierend auf RPW 2020/2, 705 f. Rz 387, SBB/Hupac/Rethmann/GBN und einer Betrachtung anhand von geschätzten Kapazitäten von mindestens 600 000 TEU.

<sup>188</sup> Vgl. Rz 230.

<sup>189</sup> Basierend auf RPW 2020/2, 705 f. Rz 387, SBB/Hupac/Rethmann/GBN und einer Betrachtung anhand von geschätzten Kapazitäten von mindestens 600 000 TEU.

wollen die vier Familienunternehmen (Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi) «einen Beitrag zur stärkeren Marktausrichtung von SBB Cargo AG leisten». Die Schweizer Logistikunternehmen Planzer, Camion-Transport bzw. Jäger, Galliker und Bertschi verfügen über namhafte Transportvolumina im Schweizer Strassen- und Schienengüterverkehrsmarkt und haben sich aufgrund ihres Interesses an einer wettbewerbsfähigen Schweizer Güterbahn entschlossen, über die gemeinsame Gesellschaft Swiss Combi eine Beteiligung an SBB Cargo AG anzustreben. Die vier Familienunternehmen beabsichtigen, die Wettbewerbsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der SBB Cargo AG weiter zu steigern und damit einen positiven Beitrag zu einer nachhaltigen, klimaschonenden Arbeitsteilung zwischen Schiene und Strasse im Schweizer Gütertransport zu leisten. So werde Galliker über Swiss Combi auf Basis langjähriger Erfahrung im kombinierten Verkehr Schiene/Strasse Impulse zur erfolgreichen Weiterentwicklung von SBB Cargo setzen.<sup>190</sup> Zudem halte Galliker bereits heute zusammen mit Planzer und Jäger Minderheitsbeteiligungen an CDS und der Quali-Night AG. Wobei CDS bei ihrer Tätigkeit im Bereich Stückguttransport im dualen Verkehr Schiene/Strasse auf Transportkapazitäten der SBB angewiesen sei (vgl. Rz 11 f., 19 und 36).

282. Bertschi führt aus, dass sie als Vorreiterin nachhaltiger Verkehrskonzepte über 80 % aller Transporte in Europa im intermodalen Transport unter Einbezug der Schiene abwickle. Auf der Basis ihrer jahrzehntelangen Erfahrung im kombinierten Verkehr Schiene/Strasse wolle Bertschi Impulse für eine erfolgreiche Weiterentwicklung von SBB Cargo sowie eine nachhaltige Verkehrsteilung in der Schweiz, in Europa und auch weltweit setzen.<sup>191</sup>

283. Zudem halten die SBB fest, dass Swiss Combi bestehend aus den «Logistikdienstleistern Planzer, Camion Transport, Galliker und Bertschi» vom Geschäftsmodell von SBB Cargo überzeugt sei und dass diese den Schweizer Güterverkehr gemeinsam weiterentwickeln möchte. Es seien mit dieser Kooperation wichtige Weichen für die Zukunft von SBB Cargo gestellt. «Die geballte Logistikkompetenz der Partner wird den Schienengüterverkehr stärken und einen Beitrag zur Verlagerung von Gütern von der Strasse auf die Schiene leisten.»<sup>192</sup>

284. [...] (vgl. Rz 21). [...]

285. [...]

286. [...]

287. [...] Betreffend Mitwirkung kann auf die Randziffern 301 ff. verwiesen werden. Dazu ist erneut in Erinnerung zu rufen, dass die künftige «Geschäftstätigkeit» von Swiss Combi einzig darin bestehen werde, die Beteiligung an SBB Cargo zu halten (vgl. Rz 20). [...] Von Aktenwidrigkeit kann keine Rede sein.

288. In diesem Zusammenhang weisen die Parteien im Eröffnungsplädoyer im Rahmen der Anhörung vor der WEKO ausdrücklich darauf hin, dass es «für den Erfolg der Transaktion die Mitwirkung aller vier Partner [Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi]» brauche. Und noch mehr: [...]

289. [...]

290. Aus diesen Informationen und Angaben folgt, dass Galliker sowie Bertschi eine hohe Interessenübereinstimmung mit SBB Cargo bzw. den kontrollierenden Unternehmen SBB, Planzer und Jäger aufweisen. Zudem folgt, [...]. Obwohl sich durch das Zusammenschlussvorhaben keine formelle Mitkontrolle durch Galliker und Bertschi an SBB Cargo ergibt, entsteht aufgrund der Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens an den betroffenen Märkten eine «Quasieinheit» bestehend aus den SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi. Vor diesem Hintergrund ist allenfalls sogar eine faktische Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi in Betracht zu ziehen.

291. Somit ist gleichzeitig neben Vergeltungsmassnahmen durch wettbewerbsbezogene Instrumente (z. B. Preissenkungen) auch ein glaubhafter Abschreckungsmechanismus durch mögliche Vergeltungsmassnahmen über Swiss Combi installiert: Galliker und Bertschi können ihre Mitwirkung einschränken. Zudem arbeiten Galliker und Bertschi in verschiedenen Formen mit den SBB, Planzer und Jäger zusammen (vgl. z. B. Rz 36 und 40). Über diese Zusammenarbeit können ebenfalls Vergeltungsmassnahmen erfolgen.<sup>193</sup> Diese Möglichkeiten von Vergeltungsmassnahmen werden durch den Umstand bewiesen, dass es «für den Erfolg der Transaktion die Mitwirkung aller vier Partner» brauche. Wenn sich die Parteien ernsthaft überlegen müssen, ob das Zusammenschlussvorhaben ohne Galliker noch Sinn machen würde, dann verfügt Galliker offensichtlich über ein glaubwürdiges Abschreckungsinstrument.

#### **B.4.4.4 Stellungnahme der Parteien bzgl. Übereinstimmung Interessen von SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi und SBB Cargo**

292. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bestehe aus untenstehenden Gründen keine Übereinstimmung von Interessen von SBB Cargo bzw. deren Muttergesellschaften, Galliker und Bertschi. Und gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung prüfe die WEKO nicht einmal im Ansatz, ob die beiden Unternehmen SBB Cargo und Galliker in allen wesentlichen Belangen über stabile und gleichgerichtete Interessen verfügen.

<sup>190</sup> Vgl. Medienmitteilung Galliker vom 2. September 2019, Beteiligung über Swiss Combi AG an SBB Cargo, <<https://www.galliker.com/deCH/kundeninfos/news/-europa/galliker/beteiligung-ueber-swiss-combi-ag-an-sbb-cargo-ag.htm>> (13.11.2019); Medienmitteilung Bertschi vom 30. August 2019, Bertschi beteiligt sich, zusammen mit Partnern, an SBB Cargo – mehr Nachhaltigkeit im Gütertransport angestrebt, <<https://www.bertschi.com/de/news/article/bertschi-beteiligt-sich-zusammen-mit-partnern-sbb-cargo-mehr-nachhaltigkeit-im>> (13.11.2019).

<sup>191</sup> Vgl. Medienmitteilung Bertschi vom 30. August 2019, Bertschi beteiligt sich, zusammen mit Partnern, an SBB Cargo – mehr Nachhaltigkeit im Gütertransport angestrebt, <<https://www.bertschi.com/de/news/article/bertschi-beteiligt-sich-zusammen-mit-partnern-sbb-cargo-mehr-nachhaltigkeit-im>> (13.11.2019).

<sup>192</sup> Vgl. Medienmitteilung SBB vom 30. August 2019, Diese Partnerin beteiligt sich zu 35 Prozent an SBB Cargo, <<https://news.sbb.ch/artikel/92344/diese-partnerin-beteiligt-sich-zu-35-prozent-an-sbb-cargo>> (13.11.2019).

<sup>193</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 52 ff. und insb. 55.

293. Bei allen diesen Gründe ist jeweils zunächst auf die vorangehenden Ausführungen gemäss Randziffern 280 ff. zur Übereinstimmung der Interessen von den SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi und SBB Cargo hinzuweisen. Und entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung prüfen sowohl die vorläufige Prüfung als auch die vorläufige Beurteilung die Frage der Interessenübereinstimmung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker in Bezug auf SBB Cargo eingehend.

#### **B.4.4.4.1. Wirtschaftliche Beteiligung von 3.5 % führe zu keiner Koordination**

294. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung ergebe sich aufgrund der 35 %-Beteiligung von Swiss Combi an SBB Cargo für Galliker und Bertschi je eine Beteiligung von 3.5 %. Da SBB Cargo aber nur [...] ihres Umsatzes mit Umschlagsanlagen erziele, entfielen wirtschaftlich auch nur [...] der Beteiligung von Galliker und Bertschi an SBB Cargo auf Umschlagsanlagen. Angesichts dieser Kleinstbeteiligung könne nicht von einer Übereinstimmung der Interessen ausgegangen werden. Dafür sei die wirtschaftliche Beteiligung an SBB Cargo viel zu klein. Diese wirtschaftliche «Micro-Beteiligung» ohne Kontroll- oder Einsichtsrechte sei das Einzige, was sich durch den Zusammenschluss in Bezug auf die Umschlagsanlagen verändere. Gemäss vorläufiger Beurteilung solle aber just und ausschliesslich diese marginalste Veränderung dazu führen, dass sich Galliker in Bezug auf seine Umschlagsanlagen neu nun plötzlich nicht mehr als Wettbewerber verhalte, sondern mit den Umschlagsanlagen von SBB Cargo kolludiere. Für Galliker seien die Umschlagsanlagen nur für einen Bruchteil von [...] des Umsatzes verantwortlich. Es mache für Galliker wirtschaftlich schlicht keinen Sinn, wegen einer derart marginalen wirtschaftlichen Beteiligung mit SBB Cargo zu kolludieren und damit auf seine Wettbewerbsvorteile zu verzichten. Dies gelte umso mehr, als Galliker seine Umschlagsanlagen nur für den unternehmensinternen Verkehr einsetze.

295. Zuerst: Die Aussage, dass gemäss vorläufiger Beurteilung just und ausschliesslich die genannte marginalste Veränderung zu Kollusion von SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker führen solle, ist unzutreffend (vgl. Rz 293). Weiter ist dem Vorbringen wie bereits in der vorläufigen Beurteilung entgegenzuhalten, dass sich die Interessenübereinstimmung nach mehr als nur dem beteiligungsgewichteten Anteil am Umsatz bei Umschlagsleistungen von SBB Cargo ergibt. Die Interessen von Galliker und Bertschi richten sich nach den eigenen Tätigkeitsfeldern und allen Tätigkeitsfeldern von SBB Cargo. Zusammen decken diese Tätigkeitsfelder die gesamte Wertschöpfungs- bzw. Logistikkette ab. Das gemeinsame Interesse ergibt sich aus Anreizen, die weit über die Umsätze bei Umschlagsleistungen hinausgehen. Zudem ist auch der Gewinn aus einer Koordination mit SBB Cargo zu berücksichtigen, der direkt bei Galliker und Bertschi anfällt. Erlaubt eine Koordination bspw. die Anhebung von Preisen, die Verhinderung von Preissenkungen oder die räumliche Aufteilung, dann ist dies im Interesse von den an der Koordination beteiligten Interessen. Dabei ist unerheblich, ob

eine solche Koordination explizit vereinbart wird oder implizit bzw. stillschweigend stattfindet.

296. Dass es um mehr als nur Umsätze aus Umschlagsleistungen geht, belegt die Evaluation der SBB zur Beteiligung von Swiss Combi an SBB Cargo für die Beschlussfassung im SBB-Verwaltungsrat: [...]

297. Weiter führen die SBB aus, dass sich per [...] die in der Schweiz verankerten Transportunternehmen Planzer, Jäger, Bertschi und Galliker mittels des Konsortium Swiss Combi am Aktionariat von SBB Cargo beteiligen sollen. Das Konsortium sei vom Geschäftsmodell von SBB Cargo [...] überzeugt. [...] Und das Wissen des Partners im Transport- und Lagerlogistikbereich trage dazu bei, weitere Potenziale z. B. im Bereich der Ver- und Entsorgung in dicht besiedelten Gebieten oder neuen Tor-zu-Tor-Logistiklösungen für die Kunden zu realisieren. [...]

298. Aus diesen Ausführungen von SBB geht klar hervor, dass die Interessen von Planzer, Jäger, Bertschi und Galliker zumindest in Bezug auf SBB Cargo übereinstimmen, wenn nicht sogar über SBB Cargo hinausgehen. Und zum Vorbringen der Verwendung der Umschlagsanlagen von Galliker nur für den unternehmensinternen Verkehr ist darauf hinzuweisen, dass die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung von der Abwicklung von «praktisch ausschliesslich» internem Verkehr ausgeht. Somit erfolgen mit der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung widersprüchliche Angaben zum Umfang der Umschlagsleistungen von Galliker. Zusätzlich widersprechen die Angaben der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung auch den Angaben in der Meldung (vgl. Rz 333). Auf die Angaben und Informationen in einer Meldung für ein Zusammenschlussvorhaben sind die Parteien zu befragen. Sodann ist es letztlich unerheblich, wie viel Umschlagsleistungen Galliker gegenüber Dritten erbringt. Galliker hat auf seinen vom Bund geförderten KV-Umschlagsanlagen in Dagmersellen und Staad Dritten den diskriminierungsfreien Zugang zu gewähren (vgl. Rz 261). Damit tritt Galliker auf den Umschlagsmärkten in Gossau und Oensingen als Marktteilnehmer auf.

#### **B.4.4.4.2. Organisation der SBB Cargo schliesse Koordination aus**

299. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung verfüge SBB Cargo über eine grosse und fachlich qualifizierte Geschäftsleitung, an deren Spitze der CEO stehe. Die Geschäftsleitung umfasse alle notwendigen Führungspersonen, um das operative Geschäft der SBB Cargo zu führen. Der Verwaltungsrat beschränke sich auf die Festlegung der Strategie im Rahmen seiner unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben. Eine effektive Verhaltenskoordination zwischen SBB Cargo und den Aktionären von Swiss Combi würde voraussetzen, dass die Unternehmen zunächst zu einem Einvernehmen über die Bedingungen der Koordinierung gelangen würden, um sich dann auf operativer Ebene nachhaltig koordinieren zu können, weil auf dieser Ebene die relevanten Entscheide über Preise, Mengen, Kunden etc. getroffen würden. Die Vertreter von Swiss Combi im Verwaltungsrat von SBB Cargo hätten auf diese Entscheide aber kaum Einfluss, da sie lediglich bei der Festlegung der Strategie ein Mitspracherecht hätten.

Damit erscheine bereits die Etablierung von Kollusion unwahrscheinlich, geschweige denn deren langfristige Stabilität.

300. Entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ist ein Einvernehmen über die Bedingungen der Koordination zur nachhaltigen Koordination auf operativer Ebene keine Voraussetzung für eine effektive Verhaltenskoordination. Eine effektive Verhaltenskoordination ohne Einvernehmen ist gerade die Fragestellung bei der kollektiven Marktbeherrschung (bzw. koordinierten Effekten), um die es im Folgenden geht. Koordiniertes Verhalten kann explizit unter Marktteilnehmern vereinbart werden oder es kann eben implizit bzw. stillschweigend stattfinden (vgl. Rz 266). So kann ein Zusammenschluss in einem konzentrierten Markt wirksamen Wettbewerb erheblich durch die Begründung oder Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung behindern, weil er die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass die Unternehmen in der Lage sind, ihr Verhalten in dieser Weise zu koordinieren und die Preise zu erhöhen, ohne eine Vereinbarung eingehen oder ihre Verhaltensweise im Sinne von Artikel 81 des EU-Vertrages aufeinander abzustimmen zu müssen.<sup>194</sup>

301. [...]

302. Die Parteien verwahrten sich gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung in aller Form gegen die Unterstellung, dass Informationen über die Umschlagsanlagen von SBB Cargo zu Galliker gelangen könnten, da [...]. Die Parteien hätten in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung mit Verweis [...] und die einschlägigen Gesetze belegt, dass die Weitergabe solcher Informationen vertrags- und rechtswidrig wäre. Warum zwingendes Gesetzesrecht und unterzeichnete Verträge kein verbindlicher Ausschluss sein sollten, sei nicht nachvollziehbar. Fakt sei, dass [...]. Das Kartellgesetz verbiete den Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen zwischen SBB Cargo und Galliker (Art. 5 KG) und würde einen solchen mit hohen Bussen sanktionieren (Art. 49a KG). Zudem würde die Weitergabe wettbewerbsrelevanter Informationen durch die Verwaltungsräte der SBB Cargo an Galliker gegen Art. 717 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) verstossen. Verwaltungsräte, die dies machten, setzten sich unmittelbar und persönlich aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 754 OR aus. Damit würde den Parteien illegales und vertragswidriges Verhalten unterstellt, was in jeder Hinsicht unangebracht sei.

303. Hierzu ist in Erinnerung zu rufen, [...]. Und noch mehr: [...]. [...] [...] (vgl. Rz 285). Den Parteien wurde entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung kein illegales und vertragswidriges Verhalten unterstellt. Im Gegenteil: [...] [...] ist umso mehr darauf hinzuweisen, dass ein Informationsaustausch zwischen den Aktionären von Swiss Combi bezüglich Umschlagsanlagen von SBB Cargo nach Art. 5 KG kartellrechtlich relevant sein kann (vgl. Rz 589). Die Parteien sind auf die Aussage der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung zu behaften, [...]. Bei einem Einvernehmen zwischen den SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi

stellte sich die Frage nach einer Abrede gemäss Art. 5 KG, sofern dieses Einvernehmen ohne Deckung durch das Konzentrationsprivileg wäre (vgl. Rz 589 ff).

304. Die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung erachtet die von der vorläufigen Beurteilung beschriebene Einwirkung von Galliker durch das Verhalten in der Generalversammlung als gleich doppelt falsch und aktenwidrig. [...]

305. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass dieses die vorläufige Beurteilung unzutreffend wiedergibt. Die vorläufige Beurteilung führt nicht aus, dass Galliker und Bertschi Beschlüsse für den Bau von Umschlagsanlagen verhindern könnten. Ebenso wenig führt die vorläufige Beurteilung aus, dass es für den Bau einer Umschlagsanlage durch SBB Cargo einen Beschluss der Generalversammlung von Swiss Combi brauche. Die vorläufige Beurteilung führt auch nicht aus, [...]. Weiter ist festzuhalten, [...]. Bereits daher stellen die Ausführungen der vorläufigen Beurteilung keine Aktenwidrigkeit dar. Und das Vorbringen erweist sich aus einem weiteren Grund als unzutreffend. Anders als vorgebracht, stellt die vorläufige Beurteilung diese notwendige Zustimmung der Generalversammlung in den Zusammenhang mit der Weitergabe von Informationen über Umschlagsanlagen (so wie auch in diesem Entscheid, vgl. Rz 301). Dies bedeutet, dass Galliker und Bertschi bei Entscheiden in der Generalversammlung, die Umschlagsanlagen betreffen, Informationen dazu erhalten. Selbst wenn die Zustimmung von Galliker bei einer Zustimmung von Bertschi nicht erforderlich ist, werden die beiden Unternehmen bzw. mindestens eines der beiden einem solchen Beschluss nur auf der Basis von detaillierten Informationen zu den Renditeerwartungen und den mit einem solchen Geschäft verbundenen Risiken zustimmen. Zudem ist anzufügen, dass wichtige Investitionen (vgl. Rz 43) oder ein Mittelbedarf von SBB Cargo sehr wohl zusätzliche Investitionen bzw. einen Mittelbedarf durch die an Swiss Combi beteiligten Unternehmen nach sich ziehen kann; bspw. via eine Kapitalerhöhung der Muttergesellschaften von SBB Cargo. [...] <sup>195</sup> Bezüglich der angeblich nicht erforderlichen Zustimmung von Galliker, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Galliker mit der Möglichkeit eines Ausstiegs aus Swiss Combi gemäss Angaben der Parteien selbst über ein äusserst glaubwürdiges Abschreckungsinstrument verfügt (vgl. Rz 291).

306. Dann ist festzuhalten, dass, anders als die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung darlegt, die Vertreter von Swiss Combi einen Einfluss auf das operative Geschäft von SBB Cargo haben, weil sie mit der Mitwirkung bei der Festlegung der Strategie von SBB Cargo das operative Geschäft bestimmen und steuern. [...] «Mit SC [Swiss Combi] als Aktionär soll die nachhaltige, positive Geschäftsentwicklung vorangetrieben sowie das Angebot der Gesellschaft im kombinierten Verkehr ("KV") und

<sup>194</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 40.

<sup>195</sup> Bei einer Kapitalerhöhung von 30 Millionen Franken hätte Swiss Combi gemäss den Aktienanteilen 10.5 Millionen Franken beizutragen.



im Systemwagenladungsverkehr weiterentwickelt, verbessert werden. Dadurch können u.a. mehr Mengen, Verlagerungen oder eine bessere Auslastung erzielt [...] werden.» Gerade zur [...] muss davon ausgegangen werden, dass der Verwaltungsrat weiter geht als sich, wie von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeführt, auf die Festlegung der Strategie im Rahmen seiner unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben zu beschränken. Unabhängig davon ist es dem Verwaltungsrat von SBB Cargo auch nicht vorenthalten, verbindliche Vorgaben für Preise, Mengen oder Kunden zu machen. Und der Bau oder Ausbau einer Umschlagsanlage dürfte unabhängig vom Umfang keine operative Entscheidung darstellen. Als Entscheidungsgrundlage der Verwaltungsratsmitglieder wären in einem solchen Fall auch Angaben betreffend Auslastung bzw. freie Kapazitäten bestehender Anlagen und die Renditeerwartungen (die abhängig von den künftigen Preisen für Umschlagsleistungen ist) relevant. Dies steht allerdings im Widerspruch zum Vorbringen der Parteien, dass solche Informationen für die strategische Führung nicht relevant seien (vgl. Rz 308 ff.).

307. Folglich erscheint bereits an dieser Stelle der Anreiz der Etablierung von Kollusion und deren langfristigen Stabilität entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung als sehr wahrscheinlich.

#### **B.4.4.4.3. Es bestehe keine Einsicht in Preis-, Mengen- und Kundeninformationen der Umschlagsanlagen von SBB Cargo**

308. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung [...] Hinzu komme, dass eine Weitergabe wettbewerbsrelevanter Informationen auch aktienrechtlich unzulässig wäre, da sie gegen Art. 717 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) verstiesse. Die Weitergabe wettbewerbsrelevanter Informationen an einen Konkurrenten würde offensichtlich die Treuepflicht der Verwaltungsräte verletzen und die Verwaltungsräte unmittelbar und persönlich Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 754 OR aussetzen. Deshalb sei es nie das Verständnis [...]. Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi bestätigten dies hiermit nochmals ausdrücklich gegenüber der WEKO. Für den Fall, dass die Verwaltungsräte von Planzer und Jäger im Verwaltungsrat von SBB Cargo jemals über solche Informationen verfügen sollten, bestätigten Planzer und Jäger zusätzlich, dass sie als Verwaltungsräte der SBB Cargo gewährleisteteten, dass diese nicht an Galliker oder Bertschi gelangen würden. [...] (vgl. Rz 285).

309. Es sei in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen, dass die Preise der Umschlagsanlagen von SBB Cargo von Gesetzes wegen öffentlich zugänglich seien und daher dazu auch kein wettbewerbsrechtlich heikler Informationsaustausch stattfinden könne. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen vom 25. Mai 2016 (Gütertransportverordnung, GüTV; SR 742.411) sei SBB Cargo für die vom Bund geförderten KV-Umschlagsanlagen verpflichtet, die Preise (einschliesslich Bedingungen für Rabatte und mehrjährige Rahmenvereinbarungen) zu publizieren. SBB Cargo setze dies

auch für jene KV-Umschlagsanlagen um, die keine Förderung genossen hätten. Die Umschlagspreise seien für alle Anlagen identisch und auf der Website von SBB Cargo verfügbar.<sup>196</sup> Die relevanten Preisinformationen stünden deshalb allen Marktteilnehmern – und nicht etwa nur den Aktionären von Swiss Combi – uneingeschränkt zur Verfügung.

310. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in den Randziffern 296 f. und 300 ff. verwiesen werden. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen Galliker und Bertschi gut bis sehr gut über die Umschlagsanlagen von SBB Cargo informiert sind. Überdies ist festzustellen, dass der Verwaltungsrat von SBB Cargo aus maximal sieben Mitgliedern bestehen werde. Bis zur Generalversammlung im zweiten Quartal 2020 seien es zwei Personen von SBB, eine Person von Planzer, eine Person von Jäger und eine unabhängige Person.<sup>197</sup> Somit ist es möglich, zwei weitere Personen in den Verwaltungsrat von SBB Cargo einzuberufen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dies Personen von Galliker oder Bertschi sein werden. Unabhängig davon besteht die Übereinstimmung in den Interessen von den SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi und SBB Cargo auch unabhängig vom Zugang von Galliker und Bertschi zu Informationen über die Umschlagsanlagen von SBB Cargo. Es ist denn auch in Erinnerung zu rufen, dass die künftige «Geschäftstätigkeit» von Swiss Combi einzig darin bestehen werde, die Beteiligung an SBB Cargo zu halten (vgl. Rz 20). Folglich verfügen Galliker und Bertschi über Minderheitsbeteiligungen an einer inaktiven Gesellschaft (vgl. Rz 20), die einzig der Beteiligung an SBB Cargo dient. Daraus folgt direkt, dass Galliker und Bertschi ein grosses Interesse an SBB Cargo haben.

311. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung halte Galliker als Minderheitsaktionär 10 % an Swiss Combi. Galliker sei nicht im Verwaltungsrat von SBB Cargo. Die Behauptung, Galliker könne noch in den Verwaltungsrat von SBB Cargo gewählt werden, da der Verwaltungsrat von SBB Cargo aus bis zu sieben Mitgliedern bestehen könne und somit noch zwei Plätze unbesetzt seien, sei falsch und aktenwidrig. [...].

312. Hierzu ist festzuhalten, dass [...], dass SBB Galliker für den Verwaltungsrat vorschlägt. Zumindest stellt es eine theoretische Möglichkeit dar. Deshalb ist diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen. Die Parteien sind darauf zu behaften, dass Galliker und Bertschi auch künftig nicht Einsitz im Verwaltungsrat von SBB Cargo nehmen werden.

<sup>196</sup> Vgl. Dokument Preise und Konditionen von SBB Cargo AG, Ziff. 4.3.3, <[www.sbbcargo.com/de/kundencenter/dokumente/agb-recht.html](http://www.sbbcargo.com/de/kundencenter/dokumente/agb-recht.html)> (12.12.2019).

<sup>197</sup> Vgl. Medienmitteilung SBB vom 30. August 2019, Diese Partnerin beteiligt sich zu 35 Prozent an SBB Cargo, <<https://news.sbb.ch/artikel/92344/diese-partnerin-beteiligt-sich-zu-35-prozent-an-sbb-cargo>> (25.12.2019).

#### **B.4.4.4.4. Es bestehe kein Anreiz für Vergeltungsmassnahmen**

313. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bestünden entgegen der vagen Vermutungen in der Beschlussbegründung keine Anreize für Vergeltungsmassnahmen durch Galliker oder Bertschi. Da SBB Cargo nur [...] ihres Umsatzes mit Umschlagsanlagen erziele, entfielen wirtschaftlich auch nur [...] der Investition von Galliker und Bertschi in SBB Cargo auf Umschlagsanlagen. Bei dieser Konstellation machten Vergeltungsmassnahmen – z. B. durch Preissenkungen in den eigenen Terminals – schlicht keinen Sinn. Das Opfer, das die Unternehmen Galliker und Bertschi mit ihren eigenen Terminals erbrächten und zu 100 % tragen müssten, würde sich angesichts der marginalen Beteiligung an den Umschlagsanlagen von SBB Cargo nie lohnen. Richtig sei zwar, dass Galliker und Bertschi in verschiedenen Bereichen mit SBB, Planzer und Jäger zusammenarbeiteten. Dabei handle es sich aber um die in der Transportbranche im In- und Ausland üblichen Zusammenarbeitsformen. Für Vergeltungsmassnahmen eigneten sich solche Zusammenarbeitsformen aber nicht, weil sich die Unternehmen im Rahmen der verschiedenen Kooperationen mehrfach begegneten. Galliker und Bertschi müssten deshalb bei anderen Kooperationen mit Gegen-Vergeltungsmassnahmen rechnen, was sie – vor dem Hintergrund ihrer marginalen Beteiligung an den Umschlagsanlagen von SBB Cargo – nicht riskieren würden. An diesen Zusammenarbeitsformen ändere der vorliegende Zusammenschluss nichts: Der Zusammenschluss sei für das Entstehen dieser Zusammenarbeitsformen nicht kausal. Damit könne der Zusammenschluss auch nicht kausal für die Begründung oder Verstärkung dieser kollektiv marktbeherrschenden Stellung sein.

314. Diesem Vorbringen ist zunächst entgegenzuhalten, dass etwaige Vergeltungsmassnahmen nicht nur im Bereich Umschlagsanlagen erfolgen müssen. Vergeltungsmassnahmen richten sich nach mehr als nur dem beteiligungsgewichteten Anteil am Umsatz bei Umschlagsleistungen von SBB Cargo (vgl. Rz 295 f.). Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung besteht ein Geflecht von Zusammenarbeit zwischen den SBB, Planzer, Jäger sowie Galliker und Bertschi (vgl. Rz 313). Die Unternehmen würden sich im Rahmen verschiedener Kooperationen mehrfach begegnen. Und die Vergeltung muss nicht unbedingt in demselben Markt erfolgen wie die Abweichung. Wenn die koordinierenden Unternehmen auch in anderen Märkten tätig sind, können diese sich für verschiedene Arten der Vergeltung anbieten. Die Vergeltung kann verschiedene Formen annehmen, wie z. B. die Aufkündigung von Gemeinschaftsunternehmen oder anderer Formen der Zusammenarbeit oder der Verkauf von Kapitalanteilen an Unternehmen im gemeinsamen Besitz.<sup>198</sup>

315. Zum Vorbringen ist weiter festzuhalten, dass sich eine Vergeltungsmassnahme nicht unbedingt lohnen muss. Bei etwaigen Vergeltungsmassnahmen ist deren Drohpotenzial sehr wichtig. Das Drohpotenzial hält eine etwaige kollektive Marktbeherrschung (bzw. koordinierte Effekte) aufrecht. Einige Abschreckungsmechanismen wie z. B. die Bestrafung der Abweichler durch einen vorübergehenden Preiskrieg oder die spürbare Erhöhung der eigenen Produktion kann für das die Vergel-

tung ausübende Unternehmen einen vorübergehenden wirtschaftlichen Verlust bewirken. Dies beseitigt nicht unbedingt den Vergeltungsanreiz, da der kurzfristige Verlust geringer sein mag als der langfristige Vorteil von Vergeltungsmassnahmen, die zur Rückkehr des Koordinierungsmechanismus führen.<sup>199</sup>

316. Zudem ist klarzustellen, dass die Interessenübereinstimmung zwischen den von SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi in Bezug auf SBB Cargo anders als von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeführt, nicht auf Vergeltungsmassnahmen beruht oder beruhen muss. Die Ausführungen, die zur Schlussfolgerung der Interessenübereinstimmung führen, stellen nicht auf etwaige Vergeltungsmassnahmen ab (vgl. Rz 280 ff.). Vielmehr führen die Informationen, Angaben und Dokumente der Meldung des Zusammenschlussvorhabens zu der Schlussfolgerung. Die Interessenübereinstimmung selber impliziert dann einen weiteren Abschreckungsmechanismus der auf anderen Vergeltungsmassnahmen als wettbewerbsbezogenen Instrumenten beruht (vgl. Rz 291).

#### **B.4.4.4.5. Es bestehe kein Abschreckungsmechanismus durch Einschränkung der Mitarbeit**

317. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung erachtet den in der Beschlussbegründung dargestellten Abschreckungsmechanismus, dass Galliker und Bertschi als Vergeltung ihre Mitarbeit in Swiss Combi einschränken könnten, als unklar. Es sei nicht ersichtlich, worin diese Einschränkung der Mitarbeit bestehen könnte. Die einzig denkbare Einschränkung der Mitarbeit könnte darin bestehen, dass Galliker und Bertschi dem Verwaltungsrat (oder der Generalversammlung) von Swiss Combi fernblieben oder Beschlüssen nicht zustimmten. Dadurch würde Swiss Combi aber weder blockiert noch tangiert. Im Verwaltungsrat könnten Planzer und Jäger nach wie vor sämtliche Beschlüsse fällen und würden Swiss Combi weiterhin gemeinsam kontrollieren.

318. Ausgewiesenes Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist, dass die Logistikunternehmen Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi (vgl. Rz 54 f.) ihre Logistikkenntnisse zur Optimierung bestehender und zur Entwicklung neuer Produkte in die SBB Cargo einbringen und damit einen wichtigen Beitrag leisten, um die Ertragslage von SBB Cargo nachhaltig zu verbessern. Galliker und Bertschi würden die Wettbewerbsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit von SBB Cargo steigern wollen (vgl. Rz 281 f.). Alle vier Aktionäre von Swiss Combi seien vom Geschäftsmodell von SBB Cargo überzeugt und dass diese den Schweizer Güterverkehr gemeinsam weiterentwickeln würde (vgl. Rz 283).

<sup>198</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 55.

<sup>199</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 54.

319. Der Abschreckungsmechanismus besteht somit, wie in der Beschlussbegründung dargestellt, in der Einschränkung dieser Mitarbeit bei der Weiterentwicklung von SBB Cargo: z. B. Zurückhalten von Logistikkenntnissen oder Zurückhaltung bei der Entwicklung neuer Produkte. Weitere Abschreckungsmechanismen bestehen bspw. im Verkauf von Kapitalanteilen an Swiss Combi oder die Aufkündigung von Zusammenarbeit.<sup>200</sup> Galliker verfügt mit der Möglichkeit eines Ausstiegs aus Swiss Combi über ein äusserst glaubwürdiges Abschreckungsinstrument (vgl. Rz 291).

#### **B.4.4.4.6. Es bestünden keine «Quasieinheit» und keine faktische Kontrolle**

320. Aufgrund vorangehend aufgeführter Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bestünde keine «Quasieinheit» von Galliker und Bertschi und auch keine faktische Kontrolle durch diese beiden Unternehmen. Faktische Kontrolle sei selten. Sie könne ausnahmsweise dann vorliegen, wenn eine starke Übereinstimmung der Interessen bestünde, so dass die Muttergesellschaften bei der Ausübung ihrer Stimmrechte nicht gegeneinander handelten. Wie vorstehend erläutert, fehle es vorliegend aber gerade an dieser Übereinstimmung der Interessen. Ein Anhaltspunkt für das Vorliegen gemeinsamer Interessen würden ein hoher Grad gegenseitiger Abhängigkeit der Muttergesellschaften bei der Verwirklichung der strategischen Ziele von SBB Cargo sein. Dies würde dann der Fall sein, wenn jede einzelne Muttergesellschaft einen lebenswichtigen Beitrag zum Gemeinschaftsunternehmen SBB Cargo leisten werden würde. Dies treffe auf Galliker und Bertschi offensichtlich nicht zu, zumal deren Berührungspunkte mit SBB Cargo gering seien. Auch auf das Know-how von Galliker und Bertschi sei SBB Cargo nicht angewiesen. Und schliesslich sei vorliegend auch nicht ersichtlich, dass die SBB, Planzer oder Jäger in irgendeiner Form von Galliker oder Bertschi abhängig sein würden. Dies gelte sowohl finanziell als auch in Bezug auf Know-how.

321. Zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass die von der Stellungnahme genannten Voraussetzungen für faktische Kontrolle gemäss der EU-Mitteilung Anhaltspunkte darstellen.<sup>201</sup> Deshalb ist faktische Kontrolle auch in anderen Fällen möglich. In diesem Zusammenhang hält die EU-Mitteilung auch fest, dass beim Erwerb von Beteiligungen gemeinsame Interessen wahrscheinlicher sind, wenn die Beteiligungen in einem abgestimmten Vorgehen erworben werden; selbst wenn der Erwerb durch abgestimmtes Vorgehen allein jedoch als Nachweis für eine faktische gemeinsame Kontrolle nicht ausreicht.<sup>202</sup>

322. In diesem Zusammenschlussvorhaben geht aus dem Zweck und Ziel des Zusammenschlussvorhabens sowie den Absichtserklärungen und Aktionärbindungsverträgen klar hervor, dass entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung eine starke Übereinstimmung der Interessen vorliegt. Deshalb liegt zumindest in Bezug auf SBB Cargo eine starke Interessengemeinschaft bestehend aus Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi sowie auch den SBB vor. Es ist davon auszugehen, dass Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi bei Swiss Combi bei der Ausübung ihrer Stimmrechte mitei-

ander handeln werden anstatt gegeneinander. Dabei ist es unerheblich, dass faktische Kontrolle selten ist.

323. Somit ist weiterhin eine faktische Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi in Betracht zu ziehen.

#### **B.4.4.4.7. Auf Symmetrie hin zu untersuchende Unternehmen**

324. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung werde unterschlagen, dass die SBB (und damit indirekt der Bund) die Hauptaktionärin von SBB Cargo seien. Ein selektives Vorgehen, wie es die vorläufige Beurteilung gewählt habe (Einbezug von Planzer und Jäger; Ausschluss der SBB), sei rechtswidrig. Zu prüfen sei, ob zwischen SBB, Planzer, Jäger und SBB Cargo einerseits und Galliker andererseits tatsächlich eine derart umfassende und stabile Interessensymmetrie bestehe, dass es unweigerlich zur Kollusion kommen werde.

325. Hierzu ist festzuhalten, dass diese Fragestellung in der vorläufigen Beurteilung ein zentrales Thema ist; wie es bereits in der vorläufigen Prüfung und auch hier der Fall ist. SBB als Muttergesellschaft war immer Teil der Analyse, allerdings ist ebenfalls zentral, dass die hauptsächlichliche Grundlage der kollektiven Marktbeherrschung in diesem Zusammenschlussvorhaben die Interessensangleichung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften (zu denen auch die SBB gehören) und Galliker durch das Zusammenschlussvorhaben ist. Wegen dem Zusammenschlussvorhaben liegen symmetrische Interessen vor (vgl. Rz 234, 280 ff. und 352).

#### **B.4.4.4.8. Wirtschaftliche Interessen von SBB Cargo**

326. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung wäre es für SBB Cargo wirtschaftlich irrational, gegenüber Galliker auf Wettbewerb zu verzichten und sich kollusiv zu verhalten. SBB Cargo betreibe ein schweizweites Netz von Umschlagsanlagen. Mit Galliker stünde SBB Cargo, wenn überhaupt, nur in den Regionen Gossau und Oensingen im Wettbewerb. SBB Cargo verrechne in allen Umschlagsanlagen in der Schweiz die gleichen Preise. Eine regionale Preisdifferenzierung sei für SBB Cargo ausgeschlossen, da ein solches Vorgehen einen politischen Entrüstungsturm auslösen würde. Der Bund als Eigner/Mehrheitsaktionär würde eine regionale Preisdifferenzierung/Preisdiskriminierung nie zulassen. Dies schliesse jede Kollusion von SBB Cargo mit Galliker aus. Eine Preiserhöhung in der Region Gossau würde für SBB Cargo eine Preiserhöhung in der ganzen Schweiz bedeuten. In anderen Regionen stehe SBB Cargo aber mit anderen Unternehmen im Wettbewerb, weshalb dort eine Preiserhöhung ausgeschlossen sei. Da eine regionale Preisdiskriminierung für die SBB Cargo aus politischen Gründen ausgeschlossen sei, verhindere der Wettbewerb in anderen Regionen, dass SBB

<sup>200</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 54.

<sup>201</sup> Vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: EU-Mitteilung), Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.02.2009, 76 ff.

<sup>202</sup> Vgl. EU-Mitteilung (Fn 201), Rz 79.

Cargo in Gossau die Preise via Kollusion erhöhen könne. Führe umgekehrt der Wettbewerb in anderen Regionen dazu, dass SBB Cargo die Preise senke, so gelte diese Preissenkung automatisch auch für die Region Gossau, unabhängig von einer angeblichen Kollusion mit Galliker. Das Gleiche gelte für die Kapazitätswahl. Auch in diesem Bereich sei eine Kollusion ausgeschlossen, da SBB Cargo in anderen Regionen mit anderen Unternehmen im Wettbewerb stünde. Eine Kollusion betreffend Kapazitätswahl mache wirtschaftlich nur dann Sinn, wenn damit der Eintritt neuer Anbieter verhindert und dadurch die Preise hochgehalten werden könnten. Da die SBB Cargo aber schweizweit einheitliche Preise verlange, mache ein solches Verhalten in einer einzelnen Region für SBB Cargo schlicht keinen Sinn.

327. Dem Vorbringen, dass für die Kapazitätswahl das Gleiche gelte wie für die Preissetzung, kann nicht gefolgt werden. Anders als bei der Preissetzung kann SBB Cargo die Entscheidung über die Kapazität jeweils individuell für die einzelnen Regionen vornehmen. Zudem steht eine schweizweite Preissetzung von SBB Cargo einer Interessenübereinstimmung mit Galliker nicht entgegen.

#### **B.4.4.4.9. Vollkommen andere Ausrichtung der Umschlagsanlagen**

328. Es handle sich gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bei den Umschlagsanlagen von Galliker um Werksterminals, die dem internen Verkehr von Galliker dienen. Die Umschlagsanlagen erfüllten für Galliker eine Hilfsfunktion für das Kerngeschäft Strassengütertransport. Deshalb seien die Umschlagsanlagen von Galliker nicht auf den Markt, sondern auf die internen Abläufe von Galliker ausgerichtet und dafür optimiert. Würden Dritte die Umschlagsanlagen von Galliker nutzen, was heute nicht der Fall sei, so würde dies aufgrund der engen Platzverhältnisse und der beschränkten Kapazitäten die internen Abläufe von Galliker stören und damit das Kerngeschäft von Galliker negativ tangieren. Deshalb habe Galliker kein Interesse daran, seine Umschlagsanlagen in Richtung Markt zu entwickeln. Ganz anders sei die Situation von SBB Cargo, welche die Umschlagsleistungen im Markt anbiete. Bei einer derart unterschiedlichen Ausrichtung der Umschlagsanlagen sei eine Kollusion höchst unwahrscheinlich, da die Interessen der Betreiber vollkommen unterschiedlich seien.

329. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 298 verwiesen werden. Weiter muss zu diesem Vorbringen auf die Randziffern 234, 280 ff., 325 und 352 verwiesen werden. Zudem ist festzuhalten, dass die Meldung Galliker als Wettbewerber in den Räumen Gossau und Oensingen aufführt (vgl. Rz 331 und 448). Hierzu ist erneut ausdrücklich festzuhalten (vgl. Rz 103), dass am Zusammenschluss beteiligte Parteien bereits im Rahmen der Meldung und sogar im Rahmen von Meldungsentwürfen zur wahrheitsgetreuen und umfassenden Angabe verpflichtet sind: Die Angaben, Informationen und zugrundeliegende Daten in Meldungen und Meldungsentwürfen müssen vertieft analysiert sein. Dies ist Voraussetzung für die Vollständigkeit der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens. Auf die Angaben und Informationen in einer Meldung für ein Zusammenschlussvorhaben sind die Parteien zu behaften.

#### **B.4.4.4.10. Vollkommen andere Struktur schliesse Interessensymmetrie aus**

330. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sei das neue Unternehmen SBB/Planzer/Jäger/SBB Cargo ein grosses und komplexes Konglomerat mit vielen verschiedenen, sich zum Teil widersprechenden Interessen. Daher werde es schwierig und aufwändig sein, zu Entscheiden zu kommen. Die SBB sei die Mehrheitsaktionärin von SBB Cargo. Mit dem Bund als Eigentümer müssten die SBB auch in Bezug auf SBB Cargo nicht nur wirtschaftliche Ziele verfolgen, sondern auch allen möglichen politischen Forderungen Rechnung tragen (z. B. bessere Anbindung gewisser Regionen an den Schienengüterverkehr, Ausbau des Netzes, attraktive Angebote, um Verlagerung zu erreichen etc.). Daher würden die SBB in Bezug auf SBB Cargo sich auch in Zukunft nicht wie ein privat gehaltenes Unternehmen verhalten können. Mit den beiden neu mitkontrollierenden Unternehmen Planzer und Jäger werde die Situation nicht einfacher, sondern noch komplexer, da diese weitere Ideen und Anliegen einbringen würden. Zudem seien auch Planzer und Jäger keineswegs symmetrisch, sondern würden sich stark unterscheiden. Dies werde zwangsläufig auch zu unterschiedlichen Interessen in Bezug auf SBB Cargo führen, was die Komplexität der Entscheidungsfindung nochmals erhöhe. Auf der anderen Seite stehe mit Galliker ein KMU, das von einer Familie gehalten und geführt werde. Entsprechend kurz seien bei Galliker die Entscheidungswege und das Unternehmen sehr agil. Politische Forderungen und Rahmenbedingungen seien für Galliker – ganz anders als für SBB/SBB Cargo – ohne Bedeutung. Diese vollkommen andere Struktur – auf der einen Seite ein Konglomerat von Eignern mit verschiedenen, sich zum Teil widersprechenden Interessen und auf der anderen Seite ein Inhaber-geführtes KMU – schliesse eine stabile Interessensymmetrie aus. Zu diesem Vorbringen ist zuerst festzuhalten, dass gemäss den Parteien selber das Zusammenschlussvorhaben politisch gewollt ist. Mehr noch werde mit dieser Transaktion die Voraussetzung für eine Verlagerung des Güterverkehrs von der Strasse auf die Schiene geschaffen. Für SBB Cargo sei das Gelingen dieser Transaktion und die damit einhergehende Verlagerung des Güterverkehrs auf die Schiene wirtschaftlich von zentraler Bedeutung – möglicherweise sogar überlebenswichtig. Aus mehreren Gründen sei die Transaktion politisch gewollt und ökologisch sinnvoll. Die Transaktion sei für SBB Cargo wirtschaftlich entscheidend und sie steigere die Effizienz des Schienengütertransports massiv. Zudem hätten die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sowie Galliker und Bertschi ein grosses Interesse an einer optimalen Nutzung der in der Schweiz vorhandenen Verkehrsinfrastrukturen. Planzer und Jäger sowie Galliker und Bertschi wollten zusammen mit SBB Cargo auf eine bessere Schnittstelle Strasse/Schiene hinarbeiten, da dies die zentrale Voraussetzung für den Erfolg der Verlagerung sei. Der Zusammenschluss schaffe die Voraussetzungen dafür. Alle vier Partner (Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi) leisteten dazu wichtige Beiträge, da alle unterschiedliche Spezialisierungen hätten. Es ist zu wiederholen, dass die Parteien selber ausdrücklich darauf hinweisen, dass es «für den Erfolg der Transaktion die Mitwirkung aller vier Partner» brauche. Diese Angaben der Parteien wi-

dersprechen den Angaben in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung und zeigen, dass die Interessen gleichgerichtet sind. Andernfalls beteiligten sich Planzer und Jäger sowie Galliker und Bertschi nicht an SBB Cargo. Vor allem ist ersichtlich, dass politische Forderungen und Rahmenbedingungen für Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi mitentscheidend sind: Die Strasse stosse immer häufiger an ihre Kapazitätsgrenze (Staus). Diese Situation werde sich in Zukunft noch verschärfen, da der Güterverkehr weiter wachsen werde. Gleichzeitig nehme der politische Druck stark zu, etwas gegen diese Entwicklung zu unternehmen (Klimawandel, Stau etc.). Diese Entwicklung setze die Branche der Strassentransporteure unter grossen Druck. Somit stimmen die Ziele von Planzer, Jäger und Galliker mit den politischen Forderungen überein. Schliesslich ist es gerade das erklärte Ziel, dass Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi ihr Logistik-Know-how zur Optimierung bestehender und zur Entwicklung neuer Produkte in die SBB Cargo einbringen und damit einen wichtigen Beitrag leisten, um die Ertragslage von SBB Cargo nachhaltig zu verbessern (vgl. Rz 55). Somit kann keine Rede davon sein, dass etwaige unterschiedliche Strukturen eine Interessenssymmetrie ausschliessen.

#### B.4.4.5 Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau

##### B.4.4.5.1. Anzahl beteiligte Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

331. Die Analyse einer etwaigen kollektiven Marktherrschaft erfolgt für SBB Cargo bzw. die kontrollierenden Unternehmen SBB, Planzer und Jäger zusammen mit Galliker. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die Parteien die Zahlen und Marktanteile in den Märkten für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr teilweise ein zweites Mal angepasst haben. Zudem lagen teils widersprüchliche Schätzungen zu den Kapazitäten der Wettbewerber im Vergleich zur Meldung bzw. zur Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vor. Deshalb sah sich die WEKO dazu veranlasst, die zugehörigen Zahlen zu prüfen und Auskünfte bei den direkten Wettbewerbern in den drei Märkten für Umschlagsleistungen einzuholen (vgl. Rz 67).

332. Tabelle 11 gibt eine Übersicht über die korrigierten Marktanteile gemäss Angaben der Meldung und Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sowie Angaben der Wettbewerber und somit über die Grössenverhältnisse. Die Marktanteile basieren auf den Kapazitäten der Umschlagsanlagen unter Berücksichtigung aller Umschlagsanlagen innerhalb des räumlich relevanten Marktes. Umschlagsleistungen von Verladern über Freiverlade sind dabei nicht berücksichtigt (vgl. Rz 345 ff.).

Tabelle 11: Marktanteile aktuelle Konkurrenz im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr (Kapazitäten) – Raum Gossau

Jahr	Zusammenschlussparteien						Wettbewerber
	SBB <sup>203</sup>	SBB Cargo <sup>204</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Giezendanner
2018	0 %	[60-70] % ([70-80] %)	0 %	0 %	[20-30] % ([0-10] %)	0 %	[10-20] % ([10-20] %)
2017	0 %	[60-70] % ([70-80] %)	0 %	0 %	[20-30] % ([0-10] %)	0 %	[10-20] % ([10-20] %)
2016	0 %	[60-70] % ([70-80] %)	0 %	0 %	[20-30] % ([0-10] %)	0 %	[10-20] % ([10-20] %)

333. Zum Marktanteil von Galliker gibt die Meldung an, dass die Kapazität der Umschlagsanlage Staad von Galliker 9000 TEU betrage. Die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung macht jedoch geltend, dass das BAV für diese Umschlagsanlage zwar von einer theoretischen Kapazität von 9000 TEU ausgehe, die tatsächlich nutzbare Kapazität der Anlage von Galliker nur bei rund [...] TEU liege. Grund dafür sei die schlechte schienenseitige Erschliessung der Umschlagsanlage. Die Marktanteile basierend auf einer Kapazität von [...] TEU der Anlage von Galliker sind in Tabelle 11 in Klammern ausgewiesen.

334. Bei einer Marktanteilsbetrachtung anhand der effektiven Umschläge schätzt die Meldung den Marktanteil von Galliker lediglich auf einen tiefen einstelligen Prozentsatz. Das Terminal von Galliker in Staad sei erst vor wenigen Jahren eröffnet worden und weise eine relative

tiefe Auslastung auf.<sup>205</sup> Hierzu hat die WEKO in der vorläufigen Prüfung darauf hingewiesen, dass bei einer Berücksichtigung der effektiven Umschläge von Galliker auch die Grösse des Gesamtmarkts angepasst werden muss und sich dadurch die Marktanteile für SBB Cargo und den Wettbewerber Giezendanner ändern. In der

<sup>203</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>204</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>205</sup> Gemäss dem BAV bzw. des UVEK wurde Staad 2012 in Betrieb genommen und die Auslastung betrug 2014 17 % (vgl. UVEK, Bericht über die Verkehrsverlagerung vom November 2015, S. 77).

Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sind die Parteien dem Hinweis nachgekommen und haben die Marktanteile nochmals nach effektiven Umschlägen ausgewiesen. Allerdings wurden dabei auch Umschlagsanlagen ausserhalb des räumlich relevanten Marktes und Freiverlade berücksichtigt (Rz 345 ff.). Zudem hat die Abklärung bezüglich Kapazitäten der Wettbewerber ergeben, dass die effektiven Umschläge des

Wettbewerbers Giezendanner höher liegen als von den Parteien angegeben.

335. Tabelle 12 gibt eine Übersicht über die korrigierten Marktanteile gemäss Angaben der Meldung und Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sowie Angaben der Wettbewerber basierend auf den effektiven Umschlagsleistungen (IST-Umschläge) der massgeblichen Umschlagsanlagen.

Tabelle 12: Marktanteile aktuelle Konkurrenz im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr (IST-Umschläge) – Raum Gossau

Jahr	Zusammenschlussparteien						Wettbewerber
	SBB <sup>206</sup>	SBB Cargo <sup>207</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Giezendanner
2018	0 %	[60-70]%	0 %	0 %	[0-10]%	0 %	[20-30]%
2017	0 %	[60-70]%	0 %	0 %	[0-10]%	0 %	[20-30]%
2016	0 %	[60-70]%	0 %	0 %	[0-10]%	0 %	[30-40]%

336. Somit vereinen SBB Cargo und Galliker gemessen an den Kapazitäten [80-90] % bzw. [80-90] % des Marktes auf sich und [70-80] % gemessen an den IST-Umschlägen. Der dritte Wettbewerber Giezendanner verfügt je nach Betrachtungsweise über einen Marktanteil von [10-20] % bzw. [10-20] % basierend auf den Kapazitäten und [20-30] % basierend auf den IST-Umschlägen. Bei einer Berücksichtigung von Fremdleistungen, d. h. IST-Umschlägen ohne Eigenleistungen, fällt der Marktanteil von SBB Cargo noch höher aus. Galliker verfügt in diesem Fall über einen Marktanteil von 0 %.

337. Gemäss den Marktanteilen basierend auf den korrigierten Angaben der Parteien sind nur drei Unternehmen im Markt. Der Markt ist hoch konzentriert. Der HHI beträgt vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben [4400-5400] bei einer Betrachtungsweise nach Kapazitäten bzw. [5400-6800] wenn für die Anlage von Galliker [...] TEU zugrunde gelegt werden. Bei einer Betrachtungsweise nach effektiven Umschlägen beträgt der HHI [4600-5800]. Das  $\Delta$ HHI beträgt 0, weil dieses Mass die Interessenangleichung zwischen Galliker und SBB Cargo nicht abbildet.

338. Ein weiterer bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigender Faktor ist, dass Umschlagsanlagen typischerweise begrenzte Kapazitäten aufweisen und Kapazitätserweiterungen mit zusätzlichen Investitionen verbunden sind. In diesem Zusammenhang ist auch von Relevanz, ob Umschlagsanlagen Dritter über substantielle freie Kapazitäten verfügen. Ist dies der Fall, so geht von solchen Unternehmen höherer Wettbewerbsdruck aus, als wenn deren Anlagen voll ausgelastet sind.<sup>208</sup> Mit einer besseren Auslastung steigt der Umsatz und gleichzeitig können die Betreiber von Umschlagsanlagen die Durchschnittskosten senken. Bezüglich freier Kapazitäten wird in der Meldung nur die Umschlagsanlage von Galliker in St. Gallen erwähnt. Gemäss der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung betragen die freien Kapazitäten von SBB Cargo im Raum Gossau im Jahr 2018 [...] TEU. Galliker verfüge über freie Kapazitäten von [...] TEU bzw. [...] TEU; je

nach dem welche Kapazität der Anlage in St. Gallen zugrunde gelegt wird. Die Umschlagsanlage von Giezendanner verfügte im Jahr 2018 über freie Kapazitäten von [...] TEU und wirtschaftet damit an der Kapazitätsgrenze; in den beiden Jahren zuvor lagen die tatsächlichen Umschläge gemäss Giezendanner über der Kapazitätsgrenze. Für die Umschlagsanlage von Giezendanner bedeutet es, dass diese Anlage ohne zusätzliche Investitionen maximal [20-30] % des Marktes abdecken kann unter der Voraussetzung, dass die Nachfrage nach Umschlagsleistungen gleich bleibt. Unter der Annahme, dass die Nachfrage nach Umschlagsleistungen künftig den vorhandenen Gesamtkapazitäten entspräche, könnte Giezendanner maximal [10-20] % bzw. [10-20] % des Marktes abdecken. Folglich geht von der Umschlagsanlage von Giezendanner aktuell nur ein geringer Wettbewerbsdruck aus, da dessen Anlage heute an bzw. über der Kapazitätsgrenze wirtschaftet.

339. Gemäss Giezendanner soll die KV-Umschlagsanlage in St. Gallen Winkeln um 1000 TEU ausgebaut werden. Die Parteien bringen vor, dass Giezendanner bestrebt sein werde, diese zusätzlichen Kapazitäten möglichst auszulasten, weshalb von Giezendanner künftig noch grösserer Wettbewerbsdruck ausgehen werde. Zu diesem Vorbringen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die tatsächlichen Umschläge von Giezendanner in dieser Anlage 2016 und 2017 über der Kapazitätsgrenze der Anlage lagen. Deshalb und aufgrund des geringen Ausbaus von nur 1000 TEU ist nicht damit zu rechnen, dass dies den von Giezendanner ausgehenden geringen Wettbewerbsdruck signifikant erhöhen wird.

<sup>206</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>207</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>208</sup> Vgl. RPW 2020/2, 723 Rz 476, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

340. Zudem plant SBB Cargo in den kommenden Jahren den Ausbau der beiden Binnenterminals Gossau und Dietikon, wobei die notwendigen Bewilligungen dafür noch nicht vorlägen. Dies führt dazu, dass SBB Cargo nach dem Ausbau in Gossau über noch höhere freie Kapazitäten verfügen wird.

#### I. Stellungnahme der Parteien bzgl. aktueller Konkurrenz

341. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen die Parteien spezifisch für den Raum Gossau geltend, dass die Umschlagsanlage von Galliker in Staad zwar eine theoretische Kapazität von 9000 TEU ausweise, das effektive jährliche Umschlagsvolumen jedoch nur [...] TEU betrage. Da die Anlage schienenseitig schlecht erschlossen sei, sei es ausgeschlossen, dass diese Anlage mittelfristig auch nur annähernd ausgelastet werden könne. Mit Giezendanner sei in St. Gallen Winkeln zudem ein deutlich grösserer weiterer Anbieter im Markt tätig, dessen jährlicher Umschlag gemäss BAV bereits im Jahr 2012 rund 3000 TEU betragen habe und von den Parteien heute auf mehr als 3000 TEU eingeschätzt werde. Dies würde eine allfällige Koordination zwischen SBB Cargo und Galliker erheblich erschweren bzw. verunmöglichen.

342. Zu diesen Vorbringen ist festzuhalten, dass es sich bei der Anlage von Giezendanner in St. Gallen Winkeln um einen Umschlag- und Containerplatz mit einem mobilen Umschlaggerät (Reachstacker) handelt.<sup>209</sup> Bei der Umschlagsanlage von Galliker in Staad steht ein Portal Kran für Umschläge zur Verfügung.<sup>210</sup> Es mag zwar sein, dass die aktuellen jährlichen Umschläge in der Umschlagsanlage von Galliker in Staad geringer sind als die von Giezendanner in St. Gallen Winkeln.<sup>211</sup> Dabei muss aber auch berücksichtigt werden, dass die Umschlagsanlage von Galliker in Staad trotz angeblich schlechter schienenseitiger Erschliessung sicherlich noch über freie Umschlagskapazitäten verfügt und zudem in der Ostschweiz Massnahmen zur Realisierung von Kapazitäts- und Produktivitätsverbesserungen vorgesehen sind (vgl. Rz 415). In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen die Parteien geltend, dass sich an der schlechten Anbindung durch den geplanten Ausbau der Schieneninfrastruktur in der Ostschweiz nichts ändern werde. Durch die stärkere künftige Auslastung der Strecke werde sich die Nutzung der Umschlagsanlage von Galliker nicht verbessern, sondern sich noch weiter einschränken.

343. Weiter machen die Parteien geltend, dass in rund 31 km Entfernung die Umschlagsanlage der schweizerischen Post in Frauenfeld liege. Die Anlage verfüge über eine geschätzte Kapazität von [...] TEU und dürfte effektiv pro Jahr rund [...] TEU umschlagen. Davon dürften rund [...] % auf Drittleistungen entfallen (rund [...] TEU). Damit werde bei der schweizerischen Post ein Vielfaches des Volumens der Umschlagsanlage von Galliker in Staad umgeschlagen. Von dieser Anlage der Post gehe erheblicher Wettbewerbsdruck aus, was eine Koordination von SBB Cargo und Galliker zusätzlich erschweren würde. Die Umschlagsanlage der Post wurde vom Bund mitfinanziert und stehe damit Dritten vorbehaltlos offen. Zudem liege Frauenfeld in Flussrichtung

der Transporte und sei damit günstiger als die Anlage von Galliker in Staad gelegen. Dies wird wiederum in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung geltend gemacht.

344. Zu diesen Vorbringen ist festzuhalten, dass die Umschlagsanlage der schweizerischen Post in Frauenfeld ausserhalb des räumlich relevanten Marktes für regionale Umschlagsanlagen im reinen Binnenverkehr bzw. ausserhalb des Radius von 30 km liegt (Rz 181) bzw. deutlich ausserhalb von dem in der Meldung angegebenen Radius von 25 km liegt (Rz 164) und demnach nicht im Wettbewerb mit den Umschlagsanlagen im Raum Gossau steht. So geht denn auch die EU Kommission von sinkendem Wettbewerbsdruck aus, je höher die Distanz zwischen zwei Umschlagsanlagen ist (vgl. Rz 161). Zudem geht SBB Cargo im eigenen Unternehmensmagazin bei Gossau von einem eigenständigen Ballungsgebiet aus.<sup>212</sup> Die räumliche Marktabgrenzung kann nicht beliebig und im Sinne der Parteien angepasst werden, nur um wie vorliegend einen weiteren Wettbewerber berücksichtigen zu können. In Bezug auf die Umschlagsanlagen der schweizerischen Post wäre ausserdem zu berücksichtigen, dass sie vorwiegend für die eigenen Pakettransporte verwendet werden und Drittkunden nur zweite Priorität haben (vgl. Rz 458). Somit steht die Umschlagsanlage der Post, im Gegensatz zum Vorbringen der Parteien, Dritten nicht vorbehaltlos offen. Deshalb ist vorliegend nicht von genügend Wettbewerbsdruck durch die Umschlagsanlage der schweizerischen Post in Frauenfeld auszugehen. Daran ändert auch nichts, dass gemäss den Angaben der schweizerischen Post die Kapazitäten der Umschlagsanlage in Frauenfeld bedeutend grösser sind als die Einschätzung der Parteien. Den weiteren Vorbringen der Parteien, dass die schweizerische Post über eine deutlich stärkere Marktstellung verfüge, da deren Kapazitäten in Frauenfeld bisher unterschätzt worden seien und sie über grosse Kapazitätsreserven verfüge, kann deshalb nicht gefolgt werden.

345. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen die Parteien wiederum geltend, dass bei der Analyse der aktuellen Konkurrenz und der potenziellen Konkurrenz unzulässigerweise Freiverlade nicht berücksichtigt worden seien. Demnach seien Freiverlade, soweit diese heute von Unternehmen für den Umschlag von Transportbehältern genutzt würden, zwingend für die Marktanteilsberechnungen zu berücksichtigen. Zudem stehe es jedem Unternehmen frei, die Freiverlade auch für den Umschlag von Transportbehältern im KV zu nutzen. Dafür genüge ein eigener oder

<sup>209</sup> Vgl. <<http://www.giezendanner-rothrist.ch/dienstleistungen/kombi-rueter-verkehr/>> (31.12.2019).

<sup>210</sup> Vgl. Beschreibung der Zugangsbedingungen für die Umschlagsanlage Staad vom 17.7.2019, (Fn 234).

<sup>211</sup> Ob der effektive Umschlag in St. Gallen Winkeln tatsächlich gestiegen ist, ist allerdings nicht eindeutig, da gemäss dem Bericht über die Verkehrsverlagerung vom November 2015 des Bundesrats, S. 77, das Umschlagsvolumen im Jahr 2014 nur noch 2900 TEU betrug.

<sup>212</sup> Vgl. SBB Cargo, Das Schweizer Logistikmagazin, 2/2018, S. 5 ff., <<https://www.sbbcargo.com/content/dam/internet/cargo/all/medien/publikationen/de/cm218-d.pdf.sbbdownload.pdf>> (20.3.2020).

gemieteter Reachstacker. Von den nahezu 170 Freiverladen seien über 60 gross genug, um dafür in Frage zu kommen. Und die übrigen 110 seien gross genug für den Horizontalumschlag von Transportbehältern. Damit könne an nahezu 170 Orten in der Schweiz rasch und kostengünstig eine KV-Umschlagsanlage in Betrieb genommen werden. Diese Vorbringen betreffend Freiverlade im Zusammenhang mit Markteintritten werden separat im Abschnitt zur potenziellen Konkurrenz berücksichtigt (vgl. Rz 422).

346. Spezifisch für den Raum Gossau führen die Parteien aus, dass Pfister für den Umschlag seiner Transportbehälter den Freiverlad im Bahnhof Wil nutze. SBB Cargo schätze die Kapazität dieser Umschlagsanlage auf rund [...] TEU; effektiv dürften durch Pfister dort rund [...] TEU umgeschlagen werden.

347. Zusätzlich seien die Umschlagstätigkeiten der ACTS Abroll-Container-Transport-Service AG (nachfolgend: ACTS) in der Region zu berücksichtigen.<sup>213</sup> ACTS nutze diverse Freiverlade, um im Horizontalumschlag Container vom LKW auf die Schiene (und umgekehrt) umzuschlagen. Da dabei der gesamte Transportbehälter zwischen den beiden Verkehrsträgern umgeschlagen werde, handle es sich um KV. ACTS nutze je nach Bedarf in einer bestimmten Region verschiedene Freiverlade. Da ACTS auf dem Freiverlad keine weitere Infrastruktur benötige, sei ACTS diesbezüglich sehr flexibel. Die Umschlagsorte könnten deshalb von Jahr zu Jahr variieren. Für die Abschätzung des Umschlagsvolumens von ACTS wurden nur die von ACTS in der Region am stärksten genutzten Freiverlade berücksichtigt.

348. Zu den Vorbringen der Parteien bezüglich der Berücksichtigung von Freiverladen sind vorab die Unterschiede zwischen einer KV-Umschlagsanlage und einem Freiverlad hervorzuheben. Dafür wird in Tabelle 13 exemplarisch eine typische regionale KV-Umschlagsanlage, wie die von SBB Cargo in Gossau, mit den Freiverladen in Wil und Allaman verglichen, die gemäss Parteien von Pfister für den Umschlag seiner Transportbehälter genutzt werden. Die Umschlagsanlage in Gossau und der Freiverlad in Wil verfügen zwar jeweils über einen Bereich der Anlage, der für den Umschlag von Ladeeinheiten des kombinierten Verkehrs vorgesehen ist. Allerdings erstreckt sich dieser Bereich in der KV-Umschlagsanlage Gossau auf 260 m Länge, wohingegen der im Freiverlad Wil nur 20 m lang ist. Wiederum andere Freiverlade wie beispielsweise der Freiverlad im Bahnhof Allaman sind gar nicht auf KV ausgelegt. So ist in der Anlagenübersicht des Freiverlads im Bahnhof Allaman kein separater Bereich für den Umschlag von Ladeeinheiten des kombinierten Verkehrs vorgesehen (Kombinierter Verkehr: Nein). Weiter sei in Allaman zwar ein Kran im Bereich Freiverlad vorhanden, der sei allerdings nur für den Umschlag von Wechselbehältern, jedoch nicht von Containern, ausgelegt.<sup>214</sup> Dies zeigt, dass in Freiverladen zwar der Umschlag von Ladeeinheiten des KV möglich ist, diese aber auf den konventionellen Umschlag von Gütern ausgelegt sind (vgl. Rz 178). Die Parteien konnten während der Anhörung denn auch nicht belegen, dass reine Freiverlade von Unternehmen genutzt werden um Umschlagsleistungen für Dritte zu erbringen. Vielmehr gaben die Parteien an, dass es aufgrund der Grösse von Freiverladen kaum vorstellbar sei, dass dies für Dritte ein vernünftiges Geschäft darstellen könnte.

Tabelle 13: Vergleich der KV-Umschlagsanlage Gossau mit Freiverlad Wil und Allaman<sup>215</sup>

Anlagedetails	KV-Umschlagsanlage Gossau	Freiverlad Wil	Freiverlad Allaman
Bereich Freiverlad:			
Umschlag:	Container + Wechselbehälter + Domino + ACTS	Container + Wechselbehälter + Domino + ACTS	keine Angaben
Platzbreite:	40 m	15 m	8 m / 12 m
Platzlänge:	130 m	100 m	100 m / 40 m
Bereich Kombiniertes Verkehr:			
Umschlag:	Container + Wechselbehälter + Domino + ACTS	Container + Wechselbehälter + Domino + ACTS	Nein
Anzahl Meter:	260 m	20 m	
Anzahl Behälter für Lager:	10	4	

349. Zu den Vorbringen betreffend die Berücksichtigung der Umschlagsleistungen in Freiverladen von Pfister und ACTS ist festzuhalten, dass Pfister nach aktuellen Kenntnissen den genannten Freiverlad in Wil nur für den Umschlag der eigenen Transportbehälter nutzt und auch keine Umschlagsleistungen für Dritte anbietet. Bezüglich ACTS ist festzuhalten, dass hierfür spezielle ACTS-Container verwendet werden und auf dem Bahnwagen ein Drehrahmen montiert werden muss.<sup>216</sup> Gemäss der von den Parteien genannten Studie von Ecoplan würden

<sup>213</sup> Vgl. <<https://acts-ag.ch/de>> (24.2.2020) m. w. H.

<sup>214</sup> Vgl. <<https://www.sbbcargo.com/de/kundencenter/tools/bedienpunkttesuche/bedienpunkttesuche-detail.10355.html>> (17.3.2020).

<sup>215</sup> Vgl. <<https://www.sbbcargo.com/content/internet/cargo/de/kundencenter/tools/bedienpunkttesuche/bedienpunkttesuche-detail.62109.html>> (17.3.2020); <<https://www.sbbcargo.com/content/internet/cargo/de/kundencenter/tools/bedienpunkttesuche/bedienpunkttesuche-detail.62067.html>> (17.3.2020); <<https://www.sbbcargo.com/de/kundencenter/tools/bedienpunkttesuche/bedienpunkttesuche-detail.10355.html>> (17.3.2020).

<sup>216</sup> Vgl. <<https://www.acts-ag.ch/de/system>> (24.2.2020).



ACTS-Container typischerweise im Segment des unbeleiteten KV der Entsorgungs- und Recyclinglogistik für Transport von Aushub, Müll und Recyclingmaterial verwendet. Für den Umschlag würden die ACTS-Container vom LKW direkt auf den Bahnwagen geschoben, ohne dass zusätzliches Gerät notwendig sei. Es würden keine Umschlagskosten anfallen.<sup>217</sup> Demnach sind für diese Art des Umschlags Spezialvorrichtungen (ACTS-Container, Drehrahmen, Ketten- oder Hakengerät) die Voraussetzung. Das System ist nicht geeignet um beliebige Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger umzuschlagen. Erbrachte Umschlagsleistungen in Freiverladen durch Pfister, HAVI Logistics GmbH (im Raum Oensingen) und ACTS sind deshalb vorliegend nicht zu berücksichtigen.

## II. Zwischenergebnis aktuelle Konkurrenz

350. Somit begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung von SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker.

### B.4.4.5.2. Symmetrien

351. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen. Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich wird Symmetrie als Faktor angesehen, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung tendenziell begünstigt.<sup>218</sup>

352. Die Marktanteile von SBB Cargo und Galliker sind asymmetrisch ([60-70] % gegenüber [20-30] %) bzw. sehr asymmetrisch bei einer alternativen Marktanteilsbetrachtung anhand der effektiven Umschläge ([60-70] % gegenüber [0-10] %). Allerdings ändern die Marktanteile durch das Zusammenschlussvorhaben auch nicht. Viel wichtiger ist die Interessenangleichung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker, zu der das Zusammenschlussvorhaben führt: es liegen symmetrische Interessen vor.

353. Bei SBB Cargo handelt es sich um ein Unternehmen mit primären Tätigkeiten im Bereich des Bahntransports von Gütern und der damit verbundenen Logistik (vgl. Rz 23 ff.). Galliker ist ein im In- und Ausland tätiger Logistikkonzern, der im Wesentlichen in den Bereichen Transport- und Lagerlogistik tätig ist (vgl. Rz 33 ff.). Obwohl somit keine vollständige Symmetrie bei den Tätigkeiten besteht, ähneln sich diese. Zudem handelt es sich bei den Muttergesellschaften Planzer und Jäger auch um im In- und Ausland bzw. im Inland tätige Logistikkonzerne, die bereits heute zusammen mit Galliker gemeinsame Beteiligungen an Gesellschaften halten (vgl. Rz 6 ff., 13 ff. und 281). Somit können Galliker und die zwei Muttergesellschaften von SBB Cargo in Bezug auf ihre Tätigkeiten als nahezu identisch betrachtet werden.

354. Weil es sich bei SBB, SBB Cargo, Planzer, Jäger und Galliker um Transport- und Logistikunternehmen handelt, bestehen ebenfalls Symmetrien in Bezug auf technologisches Know-how.

355. Weiter handelt es sich bei SBB, SBB Cargo, Planzer und Jäger sowie Galliker um gewinnorientierte Unternehmen. Grundsätzlich zeichnen sich beide Gruppen daher in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse beider in erster Linie symmetrisch. Die WEKO behauptet damit nicht, dass das vorrangige Ziel eines gewinnorientierten Unternehmens, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziert. Trotz des vorrangigen Ziels der Gewinnmaximierung kann es sein, dass die jeweiligen Marktteilnehmer auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Strategien anwenden. Wenn allerdings Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.<sup>219</sup>

### I. Stellungnahme der Parteien bzgl. Symmetrien

356. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung könnte ein Anreiz für eine Verhaltenskoordination nur bestehen, wenn die beteiligten Unternehmen in allen Märkten hohe Symmetrien aufweisen würden. Mit Hinweis auf die Literatur<sup>220</sup> bringt die Stellungnahme vor, dass es ohne weitgehende Symmetrien für die beteiligten Unternehmen profitabler sei, einen selbständigen Weg zu verfolgen. Solche Symmetrien bestünden vorliegend entgegen der Beschlussbegründung nicht. Die Betrachtung der Beschlussbegründung vermöge nicht zu überzeugen, da sie die vier Unternehmen SBB, SBB Cargo, Planzer und Jäger als eine homogene «Gruppe» darstelle, was nicht der Fall sei. Aber selbst wenn man diesem Ansatz folge, sei es offensichtlich, dass zwischen dieser «Gruppe» einerseits und Galliker bzw. Bertschi andererseits keine relevanten Symmetrien bestünden. Oder anders formuliert: SBB/SBB Cargo seien vor allem im Schienenpersonen- und Schienengüterverkehr, aber kaum im Strassengüterverkehr tätig. Bei Planzer und Jäger verhalte es sich in Bezug auf den Güterverkehr genau umgekehrt, und im Personenverkehr seien sie überhaupt nicht tätig. Damit könne aber diese inhomogene «Gruppe» SBB/SBB Cargo/Planzer/Jäger per se nicht symmetrisch zu einem Unternehmen sein, das wie Galliker primär im Strassengüterverkehr tätig sei. Und selbst wenn man aus der «Gruppe» SBB, SBB Cargo, Planzer und Jäger nur einzelne Unternehmen mit Galliker oder Bertschi vergleichen würde, zeige sich, dass diese Unternehmen alles andere als symmetrisch seien.

357. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass der Inhalt, welcher die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung basierend auf der Literatur vorbringt, an der angegebenen Stelle nicht wiederzufinden ist. Die von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung angegebene Literatur

<sup>217</sup> Vgl. Ecoplan-Studie, S. 21 und 59.

<sup>218</sup> Vgl. RPW 2018/4, 895 Rz 170, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 49 Rz 169, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 538 Rz 274 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 453 Rz 274, *Heineken/Eichhof*.

<sup>219</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 44.

<sup>220</sup> Vgl. SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 3. Aufl. 2010, 392.

bezieht sich allerdings an anderer Stelle auf das Kriterium der Symmetrie. Zur Symmetrie hält diese Literatur allgemein fest, dass die Fähigkeit zur Erreichung und Aufrechterhaltung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung erhöht ist, wenn die daran beteiligten Unternehmen ähnliche Sichtweisen in Bezug auf das Preisniveau haben (oder äquivalent die Mengenreduktion). Unterschiedliche Motivation und unterschiedliche Anreize reduzieren die Fähigkeit, kollektive Marktbeherrschung zu erreichen und über die Zeit aufrechtzuerhalten.<sup>221</sup> Weil die Interessen von den SBB, Planzer, Jäger, Bertschi und Galliker in Bezug auf SBB Cargo stark übereinstimmen (vgl. Rz 280 ff.), haben diese vier Unternehmen gleiche Sichtweisen über Preisniveaus, Mengen, Kapazitäten und andere Wettbewerbsvariablen.

358. Weiter ist festzuhalten, dass, anders als von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeführt, eine Darstellung von Symmetrien erfolgt, die sich auf verschiedene Dimensionen beziehen. Diese Darstellung zeigt, in welcher Hinsicht Symmetrien zwischen den an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen SBB Cargo bzw., wegen der beabsichtigten gemeinsamen Kontrolle, den Muttergesellschaften und Galliker bzw. Bertschi bestehen. Eine Darstellung oder Betrachtung der vier Unternehmen SBB, SBB Cargo, Planzer und Jäger als eine homogene «Gruppe» erfolgt nicht. Vielmehr erfolgt eine gemeinsame Betrachtung dieser vier Unternehmen, weil mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein Übergang von alleiniger Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB zu gemeinsamer Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer und Jäger erfolgt.

359. Zum Kriterium der Symmetrie vergleichen die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die Aktivitäten von SBB, SBB Cargo, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi in den die sich aus der Meldung und Beschlussbegründung ergebenden Märkten. Dieser Vergleich über die Aktivitäten in den einzelnen Märkten zeige folgendes:

- Die Geschäftstätigkeiten von SBB/SBB Cargo einerseits und von Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi andererseits würden sich praktisch nicht überschneiden. Nur in ganz wenigen Märkten seien sowohl SBB/SBB Cargo als auch Galliker oder Bertschi tätig.
- Und auch zwischen Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi ergäben sich nur geringe Überschneidungen. Selbst in den Märkten für Strassengüterverkehr seien die vier Unternehmen je in unterschiedlicher Zusammensetzung tätig. Die in der Beschlussbegründung enthaltene Aussage, wonach Planzer, Jäger und Galliker nahezu identisch seien, sei daher – wie diese Übersicht zeige – unzutreffend.

360. Dabei dürften auch nicht nur die für das Zusammenschlussvorhaben relevanten Märkte berücksichtigt werden. Bei zwingend notwendiger Berücksichtigung weiterer Märkte zeige sich, dass sich die Unternehmen in Wahrheit noch viel stärker unterscheiden würden. So seien die SBB namentlich im Personenverkehr auf der Schiene tätig und unterhielten/betrieben einen grossen Teil der Schienen-Infrastruktur. Zudem seien die SBB eines der grössten Immobilienunternehmen der Schweiz. Kein anderes beteiligtes Unternehmen sei in

diesen Bereichen tätig. Und Jäger sei im Bereich vom Verkauf und Unterhalt von Nutzfahrzeugen tätig. Auch in diesen Bereichen seien die übrigen beteiligten Unternehmen nicht tätig.

361. Zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass das Kriterium der Symmetrie verschiedene Dimensionen betreffen kann: bspw. Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How (vgl. Rz 351). Anders als von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vorgetragen, richtet sich das Kriterium Symmetrie nicht alleine nach den gleichen Aktivitäten in den gleichen Märkten. Gleiche Aktivitäten in den einzelnen Märkten ist allenfalls ein Aspekt unter vielen, wobei hier vergleichbare Aktivitäten in einzelnen Industriebranchen wichtiger sind als Aktivitäten in genau den gleichen Märkten. Eine Gegenüberstellung von Aktivitäten in den einzelnen Märkten betrifft dann auch vielmehr das Kriterium der Multimarktbeziehungen, das selbständig für die Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung herangezogen wird (vgl. Rz 387).

362. Dann sei gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung im Kartellrecht unbestritten, dass ein Konzern als ein einziges Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gelte, weshalb auch bei der Beurteilung der angeblichen Symmetrie der Konzern als Ganzes betrachtet werden müsse. Dies sei in zweierlei Hinsicht relevant. Erstens gehörten die SBB zu 100 % dem Bund. Damit sei der Bund für die Beurteilung der Symmetrien ebenfalls zu berücksichtigen. Die Asymmetrien zwischen dem Bund und Planzer und Jäger (und auch Galliker und Bertschi) seien offensichtlich und bedürften keiner weiteren Erläuterung. Zweitens seien die Asymmetrien auch in Bezug auf die SBB offensichtlich. Die SBB (inkl. SBB Cargo) seien primär im Bereich Personentransport tätig; der Gütertransport sei von untergeordneter Bedeutung und erst recht der Betrieb von Umschlagsanlagen. Weder Planzer noch Jäger (und auch nicht Galliker oder Bertschi) seien aber im Bereich des Personentransports tätig.

363. Hierzu ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die hauptsächliche Grundlage der kollektiven Marktbeherrschung in diesem Zusammenschlussvorhaben die Interessenangleichung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker bzw. Bertschi ist, zu der das Zusammenschlussvorhaben führt: es liegen symmetrische Interessen vor (vgl. Rz 224 ff. und 352). Zwar besteht zwischen SBB Cargo und Galliker sowie Bertschi keine vollständige Symmetrie bei den Tätigkeiten, trotzdem ähneln sich diese (vgl. Rz 353). Und viel wichtiger wird die Symmetrie zwischen den neuen SBB Cargo-Muttergesellschaften Planzer und Jäger sowie Galliker und Bertschi, weil neu gemeinsame Mitkontrolle durch diese zwei Muttergesellschaften entsteht. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die Meldung für SBB Cargo keine Angaben macht, dass diese im Personentransport tätig ist (vgl. Rz 23 ff.).

<sup>221</sup> Vgl. BISHOP/WALKER (Fn 220), 400 f.

364. Schliesslich zeige gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung, dass ein Vergleich wichtiger Kennzahlen der Aktionäre von Swiss Combi (Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi) belege, dass diese asymmetrisch seien:

Tabelle 14: Vergleich Kennzahlen Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi

	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi
Umsatz weltweit (in Mio. Fr.)	957	[...]	[...]	975
Umsatz Schweiz (in Mio. Fr.)	[...]	[...]	[...]	[...]
Anteil KV am Transportvolumen	[...]	[...]	[...]	[...] <sup>222</sup>
Anzahl Lastwagen (Gesamtgewicht > 3.5 t, ohne Sattelschlepper)	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl schwere Sattelschlepper (Gesamtgewicht > 3.5 t)	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl Lieferwagen (Gesamtgewicht < 3.5 t, ohne Sattelschlepper)	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl Kühllastwagen (über alle Kategorien)	[...]	[...]	[...]	[...]
Lagerfläche (in m <sup>2</sup> )	1 046 000	170 000	[...]	[...] <sup>223</sup>
Lagerfläche gekühlt/temperaturgeführt (in m <sup>2</sup> )	[...]	[...]	[...]	[...]
Anzahl Mitarbeiter	5300	1273	[...]	[...] <sup>224</sup>
Anzahl Standorte in der Schweiz	59	14	8	8
Anzahl Standorte im Ausland	9	0	4	69

365. Zu diesem Vorbringen und den Angaben ist zunächst festzustellen, dass die Angaben zu den Fahrzeugkategorien mit den Angaben in der Meldung nicht übereinstimmen. Im Rahmen von Angaben gemäss Art. 15 Abs. 1 VKU hat die Meldung zum Zusammenschlussvorhaben u. a. die Anzahl Sattelschlepper angegeben. Gemäss diesen Angaben verfügt Planzer über [...] Sattelschlepper, Jäger über [...], Galliker über [...] und Bertschi über [...].<sup>225</sup> Demgegenüber machen die Kennzahlen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung folgende Angaben (vgl. Tabelle 14): Planzer verfügt über [...] Sattelschlepper, Jäger über [...] Sattelschlepper, Galliker über [...] und Bertschi über [...]. Ausser für Planzer weichen die Angaben in der Meldung und in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung voneinander ab; dies teilweise sehr stark. Weiter ist festzuhalten, dass die Angaben für Bertschi, welche sich ausschliesslich auf die Schweiz beziehen, nicht mit den Angaben für die anderen Unternehmen verglichen werden können. Als nächstes ist festzuhalten, dass die Kennzahlen «Anteil KV am Transportvolumen», «Anzahl Lastwagen (Gesamtgewicht > 3,5 t, ohne Sattelschlepper)», «Anzahl schwere Sattelschlepper (Gesamtgewicht > 3,5 t)», «Anzahl Lieferwagen (Gesamtgewicht < 3.5 t, ohne Sattelschlepper)» und Anzahl Kühllastwagen (über alle Kategorien) Eingang im Rahmen des Kriteriums Multimarktbeziehungen finden. Schliesslich ist erneut darauf hinzuweisen, dass sich die Frage der kollektiven Marktherrschaft mit jeweils Galliker und Bertschi wegen den stark übereinstimmenden Interessen von den SBB, Planzer, Jäger, Bertschi und Galliker in Bezug auf SBB Cargo aufdrängt (vgl. Rz 234, 280 ff., 325 und 352).

366. Auch zeige gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung ein Vergleich der beiden Umschlagsanlagen deutliche Asymmetrien (vgl. Tabelle 15):

<sup>222</sup> Nur Schweiz.

<sup>223</sup> Nur Schweiz.

<sup>224</sup> Nur Schweiz.

<sup>225</sup> Die beteiligten Unternehmen verstünden unter «Sattelschleppern» Zugmaschinen für Sattelaufleger und unter «schweren Sattelmotorfahrzeugen» Fahrzeuge mit fest verbundenem Sattelaufleger.

Tabelle 15: Umschlagsanlage SBB Cargo in Gossau und Galliker in Staad

	<b>Umschlagsanlage Gossau (SBB/Planzer/Jäger/SBB Cargo)</b>	<b>Umschlagsanlage Staad (Galliker)</b>
Charakterisierung	Binnen-Umschlagsanlage	«Werksterminal»
Kapazität	Gross (26 000 TEU)	Sehr klein (theoretisch 9000 TEU; tatsächlich nutzbar rund [...] TEU)
Auslastung	Mittel (knapp [...])	Hoch (rund [...])
Umschlagsgerät	Reachstacker	Portalkran
Besonderheiten		Eingeschränkte bahnseitige Zufahrt

367. In diesem Zusammenhang sei gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die asymmetrische Auslastung der Umschlagsanlagen relevant: Während die Umschlagsanlage von SBB Cargo in Gossau nur zu knapp [...] ausgelastet sei, sei die Umschlagsanlage von Galliker in Staad mit rund [...] stark ausgelastet. Unterschiedliche Auslastungen der Umschlagsanlagen führten zu unterschiedlichen Interessenlagen und verhinderten eine stabile kollektive Marktbeherrschung. Eine Umschlagsanlage mit freien Kapazitäten habe ein Interesse an zusätzlichen Umschlägen, weil damit die Durchschnittskosten pro Umschlag sinken würden. Deshalb bestehe für eine solche Umschlagsanlage kein Anreiz, sich kollusiv zu verhalten und auf Wettbewerb zu verzichten. Vielmehr werde sie bestrebt sein, neu Kunden zu gewinnen, um die nicht genutzten Kapazitäten auszulasten. Diametral anders sei die Interessenlage bei einer stark ausgelasteten Umschlagsanlage. Dort führten zusätzliche Umschläge zu steigenden Durchschnittskosten, da die Effizienz sinke. In einer Umschlagsanlage, die an der Kapazitätsgrenze operiere, könnten die Umschläge wegen der beschränkten Platzverhältnisse häufig nicht mehr direkt erfolgen. Das heisse, die Transportbehälter müssten von einem Verkehrsträger genommen und zwischengelagert werden, bis der andere Verkehrsträger zur Verfügung stehe. Oder es müssten mehrere Rangiermanöver vorgenommen werden, um den Umschlag abzuschliessen. Dieses Problem könne zwar durch den Ausbau der Umschlagsanlage (mehr Gleise, mehr Fahrspuren für LKW) gelöst werden, was aber mit Kosten verbunden sei. Eine Umschlagsanlage an der Kapazitätsgrenze habe deshalb kein Interesse, zusätzliche Umschläge zu generieren.

368. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass die Umschlagsanlage von Galliker in Staad entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung mit [...] Auslastung nicht an der Kapazitätsgrenze operiert. Dies ist unabhängig davon, ob eine Auslastung von [...] im Vergleich zu einer Auslastung von [...] als asymmetrisch anzusehen ist. Somit entfällt das Vorbringen von unterschiedlichen Interessen wegen etwaiger asymmetrischer Auslastung gänzlich. Vielmehr noch ist SBB Cargo an einer zusätzlichen Auslastung ihrer Umschlagsanlage in Gossau interessiert. Dies belegen auch die Parteien selber, indem diese angeben, sie müssten am Ende die Transportkapazitäten füllen und seien an jedem Container interessiert, der auf die Bahn komme. So geben die Parteien auch an, sie hätten ein Interesse an einer besseren Auslastung von Kapazitäten. Zudem führt eine unterschiedliche Auslastung der Umschlagsanlagen nicht notwendigerweise und automatisch zu

unterschiedlichen Interessenlagen. Auch bei unterschiedlicher Auslastung kann ein Anreiz zu koordiniertem Vorgehen bestehen und somit auch eine kollektive Marktbeherrschung stabilisieren. [...]. Unter diesem Blickwinkel könnten unterschiedlich stark ausgelastete Umschlagsanlagen und saisonale Nachfrageschwankungen die Anreize für eine Koordination zwischen SBB Cargo bzw. den Zusammenschlussparteien und Galliker in Bezug auf die optimale Auslastung aktueller Kapazitäten sogar noch erhöhen. Weiter kann eine Koordination bei Kapazitätserweiterungen, im Sinne von strategischen Investitionen, helfen um Markteintritte fernzuhalten. Weitere Ausführungen zur Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aufgrund von strategischen Kapazitätsinvestitionen folgen unter Randziffer 438 ff. An dieser Stelle ist bereits darauf hinzuweisen, dass SBB Cargo sowohl gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung als auch gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung einen Ausbau der bestehenden Umschlagsanlage in Gossau plane. Unter all diesen Umständen würde dann eine Anwendung der Argumentation der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung – wenn sie dann überhaupt stimmt – sogar die Interessenübereinstimmung verstärken.

## II. Zwischenergebnis Symmetrien

369. Insgesamt begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Symmetrien den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker.

### B.4.4.5.3. Marktwachstum und Innovationen

370. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z. B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen bzw. aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.<sup>226</sup>

<sup>226</sup> Vgl. RPW 2018/3, 896 Rz 177, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 498 Rz 179, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heineken/Eichhof*.

371. Zudem ist in wachsenden Märkten Kollusion bei gleichbleibender Anzahl Marktteilnehmer einfacher aufrechtzuerhalten.<sup>227</sup>

372. Gemäss Meldung sei das Marktvolumen in den letzten Jahren relativ konstant. Mit der Inbetriebnahme von GBN dürfe sich dies in der Zukunft ändern, weil die Nachfrage nach Umschlägen für die lokale Feinverteilung von internationale KV im Vor- und Nachlauf zunehmen werde.

373. Die Faktoren Forschung und Entwicklung, Innovation, Immaterialgüterrechte und Know-how würden bei Umschlagsanlagen eine relativ geringe Rolle spielen. Die grössten Innovationen würden künftig im Bereich Automatisierung (z. B. im Bereich der Lagerung von Ladeeinheiten) erwartet. Somit bestehen auf dem Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau keine Unsicherheiten durch grundlegende Innovationen.

#### I. Stellungnahme der Parteien bzgl. Marktwachstum und Innovationen

374. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung werde der KV auch im Binnenverkehr an Bedeutung gewinnen und die Nachfrage nach KV-Umschlagsleistungen aufgrund des Wachstums des Güterverkehrs in der Schweiz und des gestiegenen politischen Drucks zur Verlagerung des Güterverkehrs im Binnenverkehr auf die Schiene zunehmen. Da die «letzte Meile» (Vor-/Nachlauf) praktisch immer per LKW erfolgen müsse, impliziere eine Verlagerung eine Zunahme des KV und damit der Umschläge.

375. Ähnlich wie im Import-/Exportverkehr werde auch die Terminlandschaft im Binnenverkehr modernisiert werden, um durch automatisierte Umschlagsprozesse Kosten einzusparen und die Effizienz zu steigern. Andernfalls werde es nicht gelingen, den KV gegenüber dem reinen Strassentransport attraktiv zu machen. Innovationen im Sinne von Automatisierung und Digitalisierung der Prozesse würden daher künftig auch im Bereich der KV-Umschlagsanlagen im Binnenverkehr an Bedeutung gewinnen. Dies Sorge – neben dem Marktwachstum – für zusätzliche Marktdynamik und spreche gegen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung.

376. Zu diesem Vorbringen und den Angaben ist zunächst festzustellen, dass die in der GüTV vorgesehenen Betriebsbeiträge für Leistungen im Einzelwagenladungsverkehr und im nicht alpenquerenden kombinierten Verkehr Ende 2018 ausgelaufen sind.<sup>228</sup> Zudem bestehen im Binnenverkehr in der Schweiz keine verbindlichen Verlagerungsziele des Güterverkehrs auf die Schiene. Das vom Bundesrat vorgeschlagene Massnahmenpaket zur Stärkung der Verkehrsverlagerung durch eine Laufzeitverlängerung bis Ende 2026 und eine Erhöhung des dafür vorgesehenen Zahlungsrahmens betrifft denn auch hauptsächlich den alpenquerenden Schienengüterverkehr.<sup>229</sup>

377. Der Bundesrat hat in seinem Konzept für den Gütertransport (nachfolgend: Gütertransport-Konzept) festgestellt, dass vor allem in den Regionen Gäu<sup>230</sup>, Waadt, Zürich und Ost-Schweiz zusätzliche Umschlagskapazitäten benötigt werden.<sup>231</sup> Beispielsweise schätzt das BAV den Bedarf an Umschlagsleistungen im Binnenverkehr in

der Region St. Gallen im Jahr 2015 auf 63 000 TEU und rechnet mit einem Wachstum von 36 % bis 2030 bzw. einem Anstieg auf 85 000 TEU.<sup>232</sup> Bereits der Bedarf nach Umschlagsleistungen im Jahr 2015 liegt über den in der Meldung angegebenen Gesamtkapazitäten im Raum Gossau. Auch aufgrund der geltend gemachten Innovationen durch die Automatisierung und Digitalisierung sind keine grundlegenden Unsicherheiten im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau ersichtlich.

378. Diese Ausführungen erachtet die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung als unzutreffend. Im Moment sei noch vollkommen offen, in welche Richtung sich diese Innovationen entwickelten und welche sich letztlich durchsetzen würden (z. B. betreffend automatisierter Umschlag, Einsatz von Robotern, selbstfahrende Fahrzeuge etc.). Hinzu komme eine bereits stattfindende Innovation, die den KV und damit auch die Umschlagsanlagen im Kern tangieren werde: die Elektrifizierung des Strassengütertransports. Heute werde der KV – nicht nur – aber vor allem aus ökologischen Gründen genutzt. Auch der politische und gesellschaftliche Druck zur Förderung und zum Ausbau des KV sei primär ökologisch motiviert. Die ökologischen Vorteile der Schiene gegenüber der Strasse würden aber mit der Elektrifizierung der LKW zurückgehen. Diese Entwicklung könne zu einem deutlichen Rückgang des KV führen, und dies würde zwangsläufig auch zu einem Rückgang der Umschlagsdienstleistungen führen. Ob, wann und in welchem Umfang dieser Effekt eintreten werde, sei zurzeit noch vollkommen offen, was erhebliche Unsicherheiten schaffe.

379. Auch unter Berücksichtigung dieser Vorbringen ist nicht mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten zu rechnen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Stellungnahme an gleicher Stelle selber vorbringt, der KV werde auch im Binnenverkehr an Bedeutung gewinnen und die Nachfrage nach KV-Umschlagsleistungen werde zunehmen. Weiter führt die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung an gleicher Stelle aus, dass der Bund ein starkes Wachstum des KV

<sup>227</sup> Vgl. MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 26 f., <[www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)>.

<sup>228</sup> Vgl. Art. 18 GüTV.

<sup>229</sup> Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 13. November 2019, Bundesrat schnürt Massnahmenpaket zur Stärkung der Verkehrsverlagerung, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-77052.html>> (30.12.2019).

<sup>230</sup> Region zwischen Oensingen und Olten. Sie besteht zusätzlich zum eigentlichen Bezirk Gäu noch aus den Gemeinden des Untergäu im Bezirk Olten (Gütertransport-Konzept, Fn 231, S. 38).

<sup>231</sup> Vgl. Konzept für den Gütertransport auf der Schiene des Bundesrates – Grundlage des Bundes für die Weiterentwicklung der Infrastrukturen für den Gütertransport auf der Schiene, 20. Dezember 2017, Abbildung 1, S. 23 (Festlegung 2.2) und 31 (nachfolgend: Gütertransport-Konzept).

<sup>232</sup> Vgl. INFRAS, Schlussbericht Entwicklung des UKV in der Schweiz – Vertiefende Betrachtungen, im Auftrag des BAV, 2017 (nachfolgend: INFRAS-Studie Entwicklung UKV), S 51.

prognostiziere. Der Bund gehe für den Binnen-KV davon aus, dass er sich zwischen 2010 und 2030 rund verdoppeln werde. Zudem stosse die Strasse nach Ansicht der Parteien immer häufiger an ihre Kapazitätsgrenze, womit eine Verlagerung von der Strasse auf die Schiene notwendig werde (vgl. Rz 330). Diese Situation werde sich in Zukunft noch verschärfen, da der Güterverkehr weiter wachsen werde. Bei Betrachtung dieser Angaben der Parteien ist davon auszugehen, dass diese über die zukünftige Marktentwicklung gut informiert sind und diese auch gut einschätzen können; so dass nicht von erheblichen Unsicherheiten auszugehen ist.

## II. Zwischenergebnis Marktwachstum und Innovationen

380. Insgesamt begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf das Marktwachstum den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker.

### B.4.4.5.4. Markttransparenz

381. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.<sup>233</sup>

382. Aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen ist Galliker gut bis sehr gut über die Umschlagsanlagen von SBB Cargo informiert (vgl. Rz 310). Zudem sind Planzer und Jäger über den Einsitz von Galliker im Verwaltungsrat von Swiss Combi (vgl. Rz 284) über die Interessen von Galliker informiert. Überdies ist die Beschreibung der Zugangsbedingungen für die Umschlagsanlage von Galliker in Staad mit den Preisen für die einzelnen Umschlagsleistungen inklusive allfälliger Rabattregelungen öffentlich zugänglich.<sup>234</sup>

383. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen die Parteien geltend, dass die in diesem Markt bestehende weitgehende Preistransparenz schon vorher bestanden habe und der Zusammenschluss nichts an dieser Transparenz verändern werde. Damit könne der Zusammenschluss auch nicht kausal für die Begründung oder Verstärkung einer allfälligen kollektiv marktbeherrschenden Stellung sein. Keine Markttransparenz bestehe in Bezug auf andere Wettbewerbsparameter. So sei bspw. die effektive Auslastung der Terminals unbekannt.

384. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass für die Begünstigung von kollusivem Verhalten entscheidend ist ob in einem Markt eine hohe Markttransparenz vorherrscht und nicht, dass der Zusammenschluss kausal für eine Erhöhung der Markttransparenz ist. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass, insbesondere im Rahmen von Investitionsentscheiden, den Verwaltungsräten von Swiss Combi – inklusive der Vertretung von Galliker und Bertschi – über die öffentlich publizierten Preise hinausgehende Angaben zur Verfügung stehen (vgl. Rz 301).

385. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bestehe keine Markttransparenz in Bezug auf andere Wettbewerbsvariablen, auf die Qualität der Dienstleistung und die effektive Auslastung der Umschlagsanlage. Hierzu ist zu berichtigen, dass SBB Cargo und ihre Mut-

tergesellschaften sowie Galliker gegenseitig genauestens über ihre effektive Auslastung informiert sind. So ist beispielsweise SBB Cargo zuständig für die tägliche Zustellung und Abholung von KV-Wagen bei Galliker. Zudem ist davon auszugehen, dass alle Unternehmen des Logistik- und Speditionsbereiches über gute Kenntnisse und Erfahrungswerte bezüglich Qualität der Dienstleistung von Umschlagsanlagen verfügen.

386. Somit begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Markttransparenz den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker.

### B.4.4.5.5. Multimarktbeziehungen

387. Multimarktbeziehungen können gemäss Literatur unter bestimmten Umständen (Asymmetrien auf den Drittmärkten) kollusives Verhalten begünstigen.<sup>235</sup>

388. Aufgrund der Meldung und der Abklärungen der WEKO ergeben sich die in Tabelle 16 dargestellten Multimarktbeziehungen zwischen SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi und SBB Cargo.

<sup>233</sup> Vgl. RPW 2018/3, 897 Rz 182, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 499 f. Rz 187, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 456 Rz 293, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2011, 361 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 22 ff. <[ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)>.

<sup>234</sup> Vgl. Beschreibung der Zugangsbedingungen für die Umschlagsanlage Staad vom 17.7.2019, <[https://www.galliker.com/media/DDA07506-C2F9-A1E8-4F65532B0211074A/Publikationsstandard\\_Staad\\_2.pdf?uuid=001C91AE-B024-666B-9AB707789A1560D5](https://www.galliker.com/media/DDA07506-C2F9-A1E8-4F65532B0211074A/Publikationsstandard_Staad_2.pdf?uuid=001C91AE-B024-666B-9AB707789A1560D5)> (13.11.2019).

<sup>235</sup> Vgl. RPW 2018/3, 897 Rz 186, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 500 Rz 191, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 505, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 300, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 550 Rz 342, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 48 ff. <[ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)>.

Tabelle 16: Übersicht Multimarktbeziehungen

Be- reiche	Relevante Märkte	Marktanteile					
		SBB <sup>236</sup>	SBB Cargo <sup>237</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi
Umschlagsleistungen	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau	0 %	[60-70] % ([70-80] %) bzw. [60-70] % <sup>238</sup>	0 %	0 %	[20-30] % ([0-10] %) bzw. [0-10] % <sup>239</sup>	0 %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen	0 %	[10-20] % bzw. [10-20] % <sup>240</sup>	0 %	0 %	[0-10] % bzw. [10-20] % <sup>241</sup>	0 %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon	0 %	[70-80] % <sup>242</sup>	0 %	0 %	0 %	[10-20] % <sup>243</sup>
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	0 %	[0-10] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	0 %	[0-10] %
Speditionsleistungen	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
Güterverkehr auf der Strasse	Nationaler Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	0 %
	Nationaler Markt für den Strassentransport von STL im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	0 %
	Nationaler Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	[0-10] %	0 %
	Nationaler Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	Nationaler Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	0 %

389. Tabelle 16 zeigt, dass zwischen SBB, Planzer, Jäger, Galliker und SBB Cargo Multimarktbeziehungen in geringem Ausmass bestehen. Zudem sind diese Multimarktbeziehungen mit Ausnahme des Bereichs der Umschlagsleistungen mit geringen bis sehr geringen Marktanteilen verbunden. Die Multimarktbeziehungen weisen tendenziell eine mittlere Asymmetrie auf.

<sup>236</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>237</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>238</sup> Vgl. Tabelle 11 und Tabelle 12.

<sup>239</sup> Vgl. Tabelle 11 und Tabelle 12.

<sup>240</sup> Vgl. Tabelle 17 und Tabelle 18.

<sup>241</sup> Vgl. Tabelle 17 und Tabelle 18.

<sup>242</sup> Vgl. Rz 488.

<sup>243</sup> Vgl. Rz 488.

390. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringen die Parteien vor, dass keine relevanten Multimarktbeziehungen bestehen würden, da die beteiligten Unternehmen in einer Vielzahl von Märkten eben gerade nicht gemeinsam tätig seien.

391. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass es unerheblich ist, ob die beteiligten Unternehmen «gemeinsam» in einer Vielzahl von Märkten tätig sind. Es ist entscheidend, ob Multimarktbeziehungen zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften sowie Galliker oder Bertschi bestehen und ob diese Multimarktbeziehungen asymmetrisch sind.

392. Insgesamt führt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf Multimarktbeziehungen zu keiner Verstärkung des Anreizes und der Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker.

#### **B.4.4.5.6. Stellung der Marktgegenseite**

393. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.<sup>244</sup>

394. Die Marktgegenseite bei Umschlagsleistungen setzt sich aus verschiedensten Marktteilnehmern in den Transport- und Logistikbereichen zusammen. Dies können bspw. KV-Operateure, Logistikunternehmen oder Speditionsunternehmen sein.<sup>245</sup> Die Meldung führt aus, dass in erster Linie Spediteure und KV-Operateure Umschlagsleistungen für den Binnenverkehr und für die lokale Feinverteilung von internationalen kombinierten Verkehren im Vor- und Nachlauf nachfragen. Weiter erhöht die wirtschaftliche Grösse die Heterogenität unter den Marktteilnehmern.

395. Zwar ist davon auszugehen, dass grosse Unternehmen über eine höhere Verhandlungsmacht verfügen. Allerdings kann gemäss schweizerischer und europäischer Praxis der Druck der Nachfragemacht nicht als hinreichend betrachtet werden, wenn nur ein bestimmtes oder begrenztes Kundensegment vor der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt ist.<sup>246</sup>

396. Somit ist die Stellung der Marktgegenseite und damit deren Verhandlungsmacht als gering bis höchstens mittel einzustufen.

#### **I. Stellungnahme der Parteien bzgl. Stellung der Marktgegenseite**

397. Zur Stellung der Marktgegenseite geben die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung an, dass den Betreibern von Umschlagsanlagen in der Schweiz Nachfragemacht der Marktgegenseite entgegenstehe. Dies schliesse Marktbeherrschung aus und garantiere Wettbewerb. So seien die Nachfrager der Umschlagsdienstleistungen die grossen Speditions-, Operateur- oder Logistikunternehmen. Diese würden die Transportbe-

dürfnisse ihrer Kunden bündeln und gegenüber den Umschlagsanlagen als Nachfrager auftreten. Dieser Besonderheit des Marktes messe die EU-Kommission grosses Gewicht zu, indem sie davon ausgehe, dass die Betreiber von Umschlagsanlagen nachfragemächtigen Unternehmen gegenüberstehen würden. Es seien keine Gründe erkennbar, weshalb die Nachfrage bei den Umschlagsanlagen in der Schweiz anders sein solle.

398. Zu diesem Vorbringen ist zunächst erneut auf die Angaben der Meldung hinzuweisen, wonach im Binnenverkehr in erster Linie Spediteure und KV-Operateure Umschlagsleistungen nachfragen (vgl. Rz 394). Die Marktbefragung hat zudem ergeben, dass ungefähr 50 % der befragten Unternehmen Umschlagsleistungen bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nachfragen. Die Marktbefragung zeigt insbesondere, dass nicht nur die grossen Speditions-, Operateur- und Logistikunternehmen Umschlagsleistungen nachfragen. Es ist auch festzuhalten, dass es sich bei der Marktgegenseite von Umschlagsleistungen nicht um sehr wenige sehr grosse Unternehmen handelt. Obwohl es sich teilweise um grosse Unternehmen handelt, ist die Marktgegenseite als fragmentiert zu bezeichnen. Ausserdem reicht es nicht aus, wenn Nachfragemacht vor dem Zusammenschluss besteht, sie muss auch nach der Fusion fortbestehen und wirksam bleiben. Ein Zusammenschluss zwischen zwei Anbietern kann nämlich die Nachfragemacht schwächen, wenn dadurch eine glaubwürdige Alternative wegfällt.<sup>247</sup> Dies ist bei diesem Zusammenschlussvorhaben der Fall: Es erfolgt die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung, wodurch Galliker und Bertschi als glaubwürdige Alternativen wegfallen.

399. Weiter wird in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung geltend gemacht, dass das gesetzlich vorgegebene Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 5 GüTG und Art. 6 GüTV für vom Bund geförderte Umschlagsanlagen dazu führe, dass auch allfällige kleinere Nachfrager immer in den Genuss marktgerechter Preise und Konditionen kommen würden.

400. Der Ansicht der Parteien, dass aufgrund des Diskriminierungsverbots auch allfällige kleinere Nachfrager immer in den Genuss von marktgerechten Preisen und Konditionen kommen werden, kann nicht per se gefolgt werden. Bezüglich der Vorgabe der Nichtdiskriminierung ist darauf hinzuweisen, dass solche Transparenzregeln einem marktmächtigen Unternehmen helfen können, die

<sup>244</sup> Vgl. RPW 2018/3, 897 Rz 189, AZ *Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 500 Rz 196, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 199 Rz 584, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 304, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; MOTTA (Fn 152), 145. <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf> (04.06.2018).

<sup>245</sup> Vgl. RPW 2020/2, 677 f. Rz 187 ff, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>246</sup> Vgl. RPW 2020/2, 728 Rz 516, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2014/4, 682 Rz 91, m. w. H., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

<sup>247</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 67.



Preise hoch zu halten, da dadurch das «commitment problem» des Unternehmens gelöst wird. Anstatt den Preiswettbewerb zu fördern, können Diskriminierungsverbote unter Umständen auch dazu führen, dass marktmächtige Unternehmen hohe Preise durchsetzen können.<sup>248</sup> Auch schliesst ein Diskriminierungsverbot nicht aus, dass die an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen von möglichen Preissenkungen absehen.

401. Dann wird in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung geltend gemacht, dass Betreiber von Umschlagsanlagen über keine Preissetzungsautonomie verfügen würden, da sich die Spediteure bzw. Operateure bei einer massgeblichen Erhöhung der Preise für Umschlagsleistungen für den reinen Strassentransport entscheiden würden. Die Ansicht der Parteien ist zu verneinen, da die WEKO in ihrer Praxis die Substituierbarkeit von Schiene und Strasse verneint (vgl. Rz 139 und 202).

402. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung wird zudem ausgeführt, dass Umschlagsanlagen im Binnen-KV über keine relevante Preissetzungsautonomie verfügten, da die Möglichkeit der Realisierung eigener Umschlagsleistungen durch die Nachfrageseite bestehe. Die Nachfrageseite könne einfach, rasch und kostengünstig eine eigene KV-Umschlagsanlage realisieren. Es stünden über sechzig grosse Freiverlade offen, auf denen mit einem eigenen oder gemieteten Reachstacker Transportbehälter umgeschlagen könnten. Dazu kämen rund 110 Freiverlade, die für den Horizontalumschlag geeignet seien. Dies sei zeitnah und ohne grosse Investitionen umsetzbar. Verfüge ein Verloader oder Spediteur über die entsprechenden Volumina, so könne er die Nutzung von Umschlagsanlagen vermeiden, indem er sich einen Reachstacker miete und den Umschlag selber durchführe. Damit verfügten die Nachfrager über ein glaubwürdiges Drohpotenzial, mit dem sie die Betreiber von Binnen-Umschlagsanlagen disziplinierten. Das Beispiel von Pfister zeige, dass dies keine Theorie, sondern wirtschaftliche Realität sei.

403. Hierzu ist als erstes festzuhalten, dass die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung selber von entsprechenden Volumina als Voraussetzung für die vorgebrachte Eigenerbringung der Umschlagsleistung ausgeht. Bei diesen «entsprechenden» Volumina ist von einem hohen Mindestvolumen auszugehen, damit sich eine Eigenerbringung lohnt. Dies zeigt sich schon an dem von der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung genannten Beispiel von Pfister. Für Pfister weist die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung einen effektiven Umschlag von [...] TEU für das Jahr 2018 aus. Werden wie in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung 250 Arbeitstage pro Jahr angenommen, so entspricht dies einem durchschnittlichen täglichen Umschlag in Höhe von [...] TEU. Dies ist ungefähr mit der Umschlagsleistung von Galliker in Staad in Höhe von [...] TEU pro Tag vergleichbar. Und ursprünglich hat Galliker in Staad mit einer Umschlagsleistung von 9000 TEU gerechnet. Demnach ist ein Umschlagsvolumen von [...] TEU bereits als schwierig erreichbar einzustufen. Dazu ist darauf hinzuweisen, [...]. Dies obwohl Galliker diese Umschlagsanlage für den internen Verkehr von A nach B verwende. Galliker mache das gleiche wie

Pfister. Und Galliker weist auch darauf hin, dass sie bis vor kurzem den Umschlag für Schienenverkehr in Sion hatte. [...] hätte die Umschlagsanlage schliessen müssen. Auch diese Ausführungen zeigen, dass die Erreichung einer kritischen Menge für eine Eigenerbringung als schwierig einzustufen ist. Somit verfügt die Nachfrageseite entgegen der Ansicht der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung nicht über ein glaubwürdiges Drohpotenzial, mit dem sie die Betreiber von Binnen-Umschlagsanlagen disziplinieren kann.

## II. Zwischenergebnis Stellung der Marktgegenseite

404. Insgesamt begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker.

### B.4.4.5.7. Potenzielle Konkurrenz

405. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.<sup>249</sup>

406. Zu erfolgten Marktzutritten in den letzten fünf Jahren im Bereich der Umschlagsleistungen führt die Meldung aus, dass SBB Cargo die Binnenterminals Oensingen und St. Triphon eröffnet habe.

407. Da in den kommenden Jahren mit einer steigenden Nachfrage gerechnet werde, sei davon auszugehen, dass es zu Marktzutritten und/oder Ausbauten bestehender Umschlagsanlagen kommen dürfte. Gleichzeitig führt die Meldung aus, dass in den kommenden Jahren SBB Cargo den Ausbau der beiden Binnenterminals Gossau und Dietikon plane.

408. Zu den Kosten eines Marktzutritts gibt die Meldung an, dass die Investition für eine kleine oder mittlere Schiene/Strasse-Umschlagsanlage ohne Wasseranschluss auf einer vorgängig bereits gut erschlossenen Fläche durchaus tief gehalten werden könne, d. h. unter 10 Millionen Franken. Damit könne von relativ geringen Marktzutrittskosten ausgegangen werden.

409. Zudem würden die regulatorischen Rahmenbedingungen in der Schweiz für KV-Umschlagsanlagen die Marktzutrittskosten positiv beeinflussen. Durch die Tatsache, dass der Bund gestützt auf die rechtlichen Grundlagen im Gütertransportgesetz (Art. 8 GÜTG) und der Gütertransportverordnung (GüTV<sup>250</sup>) KV-Umschlags-

<sup>248</sup> Vgl. RPW 2020/2, 729 Rz 520, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; Motta (Fn 152), 343.

<sup>249</sup> Vgl. RPW 2018/3, 898 Rz 193, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 205 Rz 650, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 458 Rz 311, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 555 Rz 374, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARCIVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; Motta (Fn 152), 143 f.

<sup>250</sup> Verordnung vom 25. Mai 2016 über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportverordnung, GüTV; SR 742.411).

anlagen in der Schweiz mit 60 % A-fonds-perdu-Beiträgen fördern kann (bei Anlagen von nationaler Bedeutung sogar 80 %), werde der Marktzutritt deutlich erleichtert. Diese Fördermöglichkeiten seien gemäss GüTV lediglich an eine Mindestumschlagmenge von 5000 TEU gebunden. Dieses Volumen könne rasch erreicht werden. Somit könnten praktisch alle Marktakteure in den Genuss dieser Beiträge kommen.

410. Zunächst ist festzustellen, dass in den letzten fünf Jahren nur SBB Cargo im Bereich der Umschlagsleistungen neue Anlagen eröffnet hat. Andere Marktteilnehmer sind im Bereich Umschlagsleistungen nicht zugegetreten.

411. Weiter bestehen keine konkret zu nennende Unternehmen, bei denen ein Marktzutritt bevorsteht. Folglich sind keine konkreten potenziellen Wettbewerber ersichtlich.

412. Dann ist entgegen der Ansicht der Meldung ein Investitionsbetrag von unter 10 Millionen Franken bzw. in dieser Grössenordnung als hohe Markteintrittshürde zu bezeichnen. Dies vor allem auch, weil diese Investitionshöhe eine vorgängig gut erschlossene Fläche voraussetzt. Zudem setzt ein wirtschaftlicher Betrieb einer Umschlagsanlage eine hohe Auslastung der Kapazität voraus, die es bei einem Markteintritt zu erreichen gilt. Wie die aktuelle Situation der Umschlagsanlagen von Galliker zeigen (vgl. Rz 403), ist das Investitionsrisiko in Bezug auf die künftige Auslastung nicht zu unterschätzen. Überdies dürfte der Verkauf einer bereits bestehenden Umschlagsanlage, insbesondere wenn diese Teil des Logistikstandorts eines Unternehmens ist, mit hohen Anforderungen verbunden sein, wodurch wesentliche Marktaustrittshürden bestehen, die als Marktzutrittschürde wirken.

413. Die regulatorischen Rahmenbedingungen können zwar eine Erleichterung bei einem Markteintritt bewirken. Allerdings muss ein Gesuch um Investitionsbeiträge an den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von KV-Umschlagsanlagen die im GüTG bzw. im GüTV vorgegebenen Förderkriterien erfüllen und sich im Einklang mit dem vom Bundesrat verabschiedeten Konzept für den Gütertransport auf der Schiene befinden. Zudem trägt der Gesuchsteller das betriebswirtschaftliche Risiko, dass das BAV Investitionsbeiträge anteilmässig zurückfordert, wenn die geförderte Anlage nicht mehr benutzt wird oder die vereinbarte Umschlags- oder Transportmenge nicht erreicht wird.<sup>251</sup> Eingereichte Gesuche werden vom Bundesamt für Verkehr eingehend geprüft, weshalb von der Planung bis zur Realisierung mehrere Jahre vergehen können.<sup>252</sup> Allerdings ist eine Förderung durch Subventionen nur für KV-Umschlagsanlagen möglich.

414. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass es von der Planung bis zur Realisierung eines Neubaus einer Umschlagsanlage im Normalfall bedeutend länger als bei einer Erweiterung einer bestehenden Anlage dauert. Eine der Ursachen dafür ist, dass dazu häufig erst die Anbindung an das Schienen- und Strassennetz ermöglicht werden muss. Dies erfordert entsprechend raumplanerische und verkehrspolitische Entscheide der jeweils zuständigen kantonalen bzw. kommunalen Behörden bevor mit dem Bau begonnen werden kann. Dies

zeigt beispielsweise das Neubauprojekt der Umschlagsanlage in Monthey, bei der seit den ersten Projektstudien und Überlegungen bereits mehr als zehn Jahre vergangen sind und deren Inbetriebnahme für 2022 vorgesehen ist.<sup>253</sup>

415. Für die zukünftige Entwicklung von Umschlagskapazitäten stellt der Bundesrat im Gütertransport-Konzept für die Regionen Gäu, Waadt, Zürich und Ost-Schweiz Engpässe oder Potenzial für Produktionsverbesserungen bei Bahnhöfen des Güterverkehrs fest.<sup>254</sup> Insbesondere in diesen Regionen bestünde ein Bedarf für neue bzw. zusätzliche Umschlagskapazitäten.<sup>255</sup> Deshalb seien Massnahmen zur Realisierung von Kapazitäts- und Produktivitätsverbesserungen in den Räumen Broye, oberes Wiggertal, Gossau, Grand Lausanne, Landquart, Langenthal, Romont, Cadenazzo, Thurtal West und Ost, Valais central, Zürcher Oberland, sowie in den Rangierbahnhöfen Basel und Limmattal anzustreben: Die Verbesserung der Produktivität der Rangier-, der Formations- und der grossen Annahmehäfen ist insbesondere in Synergie bei Aus- oder Umbaumaassnahmen in ihrem Perimeter anzustreben.<sup>256</sup>

416. Im ergänzenden Bericht zum Gütertransport-Konzept hält der Bundesrat zur Entwicklung regionaler KV-Umschlagsanlagen auf der Schiene allerdings fest, dass für die im Gütertransport-Konzept definierten Regionen mit einem Bedarf an Umschlagskapazitäten derzeit Akteure der Branche fehlten, welche die Konkretisierung, Planung und Umsetzung der Projekte vorantreiben und folglich die Finanzierung und den Betrieb übernehmen könnten. Ohne gewichtige Akteure könne jedoch kein Mengen- und Qualitätssprung erzielt werden.<sup>257</sup>

417. Weiter zeige der Abgleich der Kapazitäten bestehender KV-Umschlagsanlagen mit dem künftigen Bedarf gemäss den Verkehrsperspektiven, dass insbesondere in den Räumen Gäu, Waadt, Zürich und Ost-Schweiz ein Bedarf für die Schaffung zusätzlicher Umschlagskapazitäten bestehe. Der Bund sehe es insbesondere auf Basis der mit den Branchenakteuren vorgenommenen Diskussionen als erforderlich an, dass neben der Weiterentwicklung der Anlagenlandschaft in diesen Regionen eine Weiterentwicklung der heutigen Marktorganisation im Binnen-KV erfolge.<sup>258</sup>

<sup>251</sup> Vgl. BAV, Leitfaden betreffend Investitionsbeiträge für private Güterverkehrsanlagen der Schiene, Juli 2018, Kapitel 3 und 9.

<sup>252</sup> Vgl. RPW 2020/2, 721 f. Rz 466, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>253</sup> Vgl. <<https://www.24heures.ch/suisse/suisse-romande/nouveauterminal-railroute-mis-enquete/story/24413778>> und erläutender Bericht des Projekts «Terminal régional de transport combiné de Monthey» vom 14. März 2019 des Kantons Wallis, <[www.vs.ch/documents/515661/1010288/Rapport+explicatif+-+Terminal+re%CC%81gional+de+transport+combine%CC%81+de+Monthey\\_15032019.pdf](http://www.vs.ch/documents/515661/1010288/Rapport+explicatif+-+Terminal+re%CC%81gional+de+transport+combine%CC%81+de+Monthey_15032019.pdf)> (21.12.2019).

<sup>254</sup> Vgl. Gütertransport-Konzept (Fn 231), Abbildung 2, S. 23 (Festlegung 2.2) und 31.

<sup>255</sup> Vgl. Gütertransport-Konzept (Fn 231), S. 23.

<sup>256</sup> Vgl. Gütertransport-Konzept (Fn 231), S. 34, Festlegung 4.8.

<sup>257</sup> Vgl. ergänzender Bericht (Fn 93), S. 9.

<sup>258</sup> Vgl. ergänzender Bericht (Fn 93), S. 9.

418. Diese Ausführungen des Bundesrates bestätigen, dass keine konkret zu nennenden Unternehmen mit bevorstehendem Markteintritt bestehen, so dass keine konkreten potenziellen Wettbewerber ersichtlich sind. Vielmehr ist aufgrund der Ausführungen des Bundesrates damit zu rechnen, dass die Kapazitätserhöhung der regionalen KV-Umschlagsanlagen im Raum Gossau durch Ausbau und Ausnutzung von Synergiepotenzial bei bestehenden Umschlagsanlagen erfolgt. Dies wären die im Raum Gossau bereits bestehenden Umschlagsanlagen von SBB Cargo (gemeinsam kontrolliert von den SBB, Planzer und Jäger), von Galliker und von Giezendanner. Letzterer sieht allerdings die Gefahr einer Konzentration bzw. Monopolbildung aufgrund des Zusammenschlussvorhabens – insbesondere im Raum Gossau.

419. Schliesslich ist festzustellen, dass für Bertschi die Anreize für einen Markteintritt mit einem Neubau einer eigenen Umschlagsanlage gering sind, weil die Interessenübereinstimmung von den SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi in Bezug auf SBB Cargo hoch ist (vgl. Rz 280 ff. und 322).

#### I. Stellungnahme der Parteien bzgl. potenzieller Konkurrenz

420. Um aufzuzeigen, wie dynamisch sich die Märkte für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr entwickelt hätten, geben die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung folgende Beispiele für Erweiterungen bestehender Umschlagsanlagen bzw. Eröffnungen neuer Anlagen an:

- In Monthey werde voraussichtlich im Jahr 2022 eine neue Umschlagsanlage eröffnet;
- SBB Cargo plane die Realisierung einer neuen Anlage in Widnau und den Ausbau bestehender Anlagen in Gossau und in Dietikon;
- SBB Cargo habe 2017 Anlagen in Oensingen und St. Triphon eröffnet;
- Railcare habe zwei Anlagen in Schafisheim (2016) und in Aclens (2013) eröffnet;
- Schöni sei ein Logistikunternehmen, das im KV tätig sei und in Rothrist über einen Standort verfüge, der bereits für den Betrieb einer Umschlagsanlage vorbereitet worden sei. Schöni müsse sich lediglich noch einen Reachstacker beschaffen (kaufen oder mieten). Schöni könne somit jederzeit und mit geringen Investitionen eine neue Umschlagsanlage in Betrieb nehmen.

421. Diese Beispiele aus den vergangenen Jahren würden belegen, dass Markteintritte durchaus möglich seien und die Marktzutrittschürden deutlich tiefer seien als sie von der WEKO eingeschätzt würden. Umschlagsanlagen für den Binnenverkehr würden sich von den komplexeren Import-/Export-Terminals unterscheiden. Die Züge seien kürzer und die Anforderungen an die Anlagen hinsichtlich Geschwindigkeit und Kapazität tiefer. In der Regel erfolge der Betrieb im Freiverlad. Zum Einsatz kämen häufig keine Krananlagen, sondern sogenannte Reachstacker, also kostengünstige und mobile Geräte. Weiter machen die Parteien geltend, dass die Investitionssumme für ein Binnenterminal in der Regel näher bei

[...] Million Franken als bei 10 Millionen Franken läge, wovon bis zu 60 % durch Fördermittel des Bundes finanziert werden könnten. Zudem bestehe ein Occasionsmarkt für Reachstacker. Dadurch würden nicht nur Marktzutrittskosten für den Kauf, sondern auch das Marktaustrittsrisiko reduziert, weil ein Reachstacker bei Marktaustritt wieder veräussert werden könne.

422. Zu den Umschlagsanlagen in Schafisheim und Aclens ist festzuhalten, dass die Umschlagsanlage in Schafisheim Teil des Neubaus der Verteilzentrale von Coop mit Kosten von insgesamt 600 Millionen Franken war. Anlageeigentümerin der Umschlagsanlage in Schafisheim ist die Coop Genossenschaft und die Anlagebesitzerin der Anlage in Aclens ist die Coop LRE SR (CIAG). Beide Anlagen werden von Railcare betrieben.<sup>259</sup> Bezüglich des Vorbringens der Parteien, dass beim Umschlag im Binnenverkehr der Betrieb in der Regel im Freiverlad erfolge, ist auf die Definition des Bundes hinzuweisen, wonach die Verloader in Freiverladen selbstständig und unabhängig Güter umschlagen können.<sup>260</sup> Dementsprechend wird bei diesem Teilangebot die Umschlagsleistung nicht vom Betreiber der Umschlagsanlage, sondern vom Verloader selbst erbracht. Vorliegend werden bei den Märkten für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr denn auch nur die regionalen Umschlagsanlagen berücksichtigt und keine Freiverlade oder Anschlussgleise bzw. Umschlagsleistungen, die Verloader selbstständig durchführen (vgl. Rz 348). Zum Logistikunternehmen Schöni als potenzielle Konkurrenz ist festzuhalten, dass die Parteien diese Angaben erst mit der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen. Diese Angaben wären allerdings bereits mit der Meldung möglich gewesen.

423. Und dann ist darauf hinzuweisen, dass eine mögliche Umschlagsanlage von Schöni in Rothrist aufgrund der räumlichen Marktabgrenzung als konkret zu nennende potenzielle Konkurrenz im Raum Oensingen und nicht im Raum Gossau gelten kann. Und mehr noch ist zur geltend gemachten Vorbereitung für den Betrieb einer Umschlagsanlage darauf hinzuweisen, dass der Bau des vorgebrachten Standortes mehr als zwei Jahre dauerte (Februar 2014 bis Juni 2016); dies ohne die gründliche Planungsphase für das Projekt zu berücksichtigen. Ähnlich wie bei der von Railcare betriebenen Anlage in Schafisheim, war die Vorbereitung des Standorts Rothrist für den Umschlag im KV Teil des Baus des neuen Firmenhauptsitzes von Schöni und der damit verbundenen geografischen Zusammenführung verschiedener Transportbereiche.<sup>261</sup> Deshalb ist die von den Parteien vorgebrachte mögliche Umschlagsanlage von Schöni als Teil der gesamten strategischen Unternehmensausrichtung, Teil von grösseren Investitionen

<sup>259</sup> Vgl. <[https://www.railcare.ch/content/railcare/de/dienstleistungen/standorte\\_hubs.html](https://www.railcare.ch/content/railcare/de/dienstleistungen/standorte_hubs.html)> (30.12.2019); <<https://www.aargauerzeitung.ch/aargau/kanton-aargau/groesste-baustelle-der-schweiz-fuer-60000-tonnen-coop-brot-126802147>> (30.12.2019).

<sup>260</sup> Vgl. ergänzender Bericht (Fn 93), S. 15.

<sup>261</sup> Vgl. <<https://schoeni.ch/ueber-uns/geschichte/>> und <<https://schoeni.ch/ueber-uns/logistik-center-rothrist/>> (18.3.2020).

und Teil eines bestehenden oder neuen Logistikstandorts anzusehen. Somit zeigt das von der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vorgebrachte Beispiel, dass ein Markteintritt auch bei einer regionalen Umschlagsanlage nicht ohne Weiteres möglich ist und mehrere Jahre dauern kann.

424. Bezüglich Höhe der Investitionen für den Bau einer neuen Umschlagsanlage zeigt insbesondere der von den Parteien erwähnte Neubau in Monthey dessen Kosten auf 90 Millionen Franken veranschlagt werden, aber auch die immensen Kosten der Verteilzentrale der Coop Genossenschaft in Schafisheim, dass ohne eine vorgängig gut erschlossene Fläche die Kosten bedeutend höher ausfallen können. Wie bereits erwähnt erfordert zudem der Neubau einer Umschlagsanlage in den meisten Fällen eine lange Planungsphase und kann, wie das Beispiel Monthey zeigt, über zehn Jahre dauern (vgl. Rz 414). Betreffend das Marktaustrittsrisiko ist festzuhalten, dass neben den Kosten für Umschlagsgeräte wie Reachstacker weitere Investitionskosten für beispielsweise Gebäude, Gleis- und Strassenanlagen innerhalb der Umschlagsanlage und weitere Ausrüstung anfallen, für die kein Occasionsmarkt besteht. Auch mit den angesprochenen Förderbeiträgen des Bundes von bis zu 60 % bleibt das Investitionsrisiko bedeutend, da bei einem Marktaustritt oder wenn die mit dem Bund vereinbarten Umschlagsmengen nicht erreicht werden, die Investitionsbeiträge anteilmässig zurückgezahlt werden müssen (vgl. Rz 413). Somit sind die Markteintrittskosten und auch das Investitionsrisiko als hohe Eintrittshürde anzusehen.

425. Hierzu führt die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung aus, dass es geradezu irreführend sei, in diesem Zusammenhang die Kosten von CHF 600 Millionen Franken für das Coop-Verteilzentrum in Schafisheim zu nennen. Coop habe an diesem Standort nicht eine Umschlagsanlage, sondern ein riesiges Verteilzentrum einschliesslich automatisiertem Tiefkühlager und der grössten Bäckerei der Schweiz erstellt. Nur ein Bruchteil der Kosten sei auf die dort ebenfalls realisierte Umschlagsanlage entfallen. Dies alles wäre aus dem in angegebenen Artikel der Aargauer Zeitung (vgl. Fn 259) ersichtlich gewesen. Auch der Hinweis auf die Realisierungskosten der Umschlagsanlage in Monthey vermöge die Argumente der Parteien nicht zu widerlegen. Die Umschlagsanlage in Monthey würde vor allem der dort ansässigen chemischen Industrie dienen und werde deshalb zu einem erheblichen Teil Gefahrgüter umschlagen, wofür besondere Schutzeinrichtungen etc. und zusätzliche Investitionen notwendig seien. Deshalb sei diese Umschlagsanlage keine Referenz in Bezug auf die Kosten.

426. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass es die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ist, die das Coop-Verteilzentrum in Schafisheim als Markteintritt für eine regionale Umschlagsanlage vorbringt; dies um zu zeigen, wie dynamisch sich die Märkte für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr entwickelt hätten (vgl. Rz 420). Die WEKO hat dieses Beispiel aufgegriffen und dargelegt, dass ein Markteintritt mit einer Einrichtung wie das Coop-Verteilzentrum in Schafisheim alles andere als einfach ist. Auch dieses Beispiel zeigt, dass der Neubau einer KV-Umschlagsanlage häufig Teil der gesamten

strategischen Unternehmensausrichtung, Teil von grösseren Investitionen und Teil eines bestehenden oder neuen Logistikstandorts ist (vgl. auch Rz 423). So ist es untauglich, mit einer Einrichtung wie dem Coop-Verteilzentrum in Schafisheim eine Dynamik für Märkte für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr illustrieren zu wollen. Analoges gilt für das Vorbringen der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung in Bezug auf die Umschlagsanlage in Monthey: Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt diese Anlage zur Illustration der Dynamik in den Umschlagsmärkten vor. Auch zu dieser Anlage hat die WEKO die Umstände analysiert. Diese Analyse zeigt, dass anhand des von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vorgebrachten Beispiels wegen der langen Planungsphase, den hohen Markteintrittskosten und dem Investitionsrisiko von hohen Eintrittshürden auszugehen ist. So illustriert eine Umschlagsanlage mit vorgebrachtem primärem Zweck der Zudienung für die chemische Industrie und mit vorgebrachten besonderen Schutzeinrichtungen gerade keinen einfachen Markteintritt und keine hohe Marktdynamik. Und es erscheint widersprüchlich, die Umschlagsanlage in Monthey als Beispiel für genügend tiefe Markteintrittshürden vorzubringen und gleichzeitig einzuwenden, diese Umschlagsanlage sei keine Referenz in Bezug auf die Kosten. Dies vor allem, nachdem die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung ausführt, dass im Gegensatz zu den selber vorgebrachten Anlagen in Schafisheim (Coop-Verteilzentrum) und Monthey die Anlagen von SBB Cargo in Gossau, Oensingen und Renens typisch für Binnen-Umschlagsanlagen seien.

427. Dann bringt die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vor, dass weitere Marktzutritte jederzeit möglich seien, indem ein Logistikunternehmen einen Freiverlad nutze, um mittels Reachstacker (gemietet oder auf dem Occasionsmarkt kostengünstig gekauft) oder Horizontalumschlag (wie dies bereits heute von ACTS gemacht werde) eine Umschlagsanlage für den KV zu betreiben (vgl. dazu oben Rz 97 ff.). Allein im Raum Gossau kämen für einen Umschlag mit Reachstacker mehrere Freiverlade in Frage.

428. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 348 f. verwiesen werden. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wie Dritte auf einem Freiverlad eine kommerzielle Umschlagsanlage errichten und betreiben könnten, wenn der Freiverlad gleichzeitig allen zugänglich sein soll. Gemäss Gütertransport-Konzept sind Freiverlade als öffentliche Verladeanlagen, bestehend aus Verladegleisen und Verladeplätzen, in denen die Verlader selbstständig und unabhängig Güter umschlagen können, definiert. Sie sind Teil der Bahninfrastruktur gemäss Art. 62 Abs. 1 EBG.<sup>262</sup> Und unabhängig davon sind die Freiverlade den Infrastrukturbetreiberinnen, wie es die SBB sind, zuzurechnen. Überdies steht das Vorbringen des Betriebs einer KV-Umschlagsanlagen mittels Nutzung eines Freiverlads durch ein Logistikunternehmen in Widerspruch zu den Angaben der Parteien in der Anhörung. Im Rahmen der Anhörung haben die Parteien angegeben, es sei aufgrund der Grösse von Freiverladen

<sup>262</sup> Vgl. Gütertransport-Konzept (Fn 231), S. 25.

kaum vorstellbar, dass dies für Dritte ein vernünftiges Geschäft darstellen könnte. Folglich halten die Parteien selber den Betrieb einer KV-Umschlagsanlagen auf einem Freiverlad als kaum vorstellbar und somit als unglaubhaft. Und für den äusserst unwahrscheinlichen Fall, dass ein anderes Unternehmen als SBB Cargo auf einem Freiverlad eine KV-Binnenumschlagsanlage errichten könnte, kann auf Randziffer 430 verwiesen werden.

429. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung seien im Gegensatz zum Coop-Verteilzentrum in Schafisheim und der Anlage in Monthey für Binnen-Umschlagsanlagen die Anlagen von SBB Cargo typisch. Für eine Binnen-Umschlagsanlage seien keine eigentlichen Anlagen notwendig, da der Umschlag auf dem Freiverlad betrieben werde. Eine grosse Zahl solcher Freiverlade (rund 60 grosse und rund 110 mittlere) stünden in der ganzen Schweiz jedermann zur Verfügung. Die Kosten für einen neuen Reachstacker würden ein paar hunderttausend Franken betragen. Dazu gebe es einen funktionierenden Occasionsmarkt, auf dem solche Geräte deutlich günstiger gekauft werden könnten. Zudem könnten – wie das Beispiel der SBB Cargo in Oensingen belege – Reachstacker auch gemietet werden, womit die Kosten noch tiefer seien. Damit seien in diesem Markt nicht nur Marktzutrittskosten für den Kauf/die Miete tief, sondern sei auch das Marktaustrittsrisiko gering, da ein Reachstacker bei Marktaustritt wieder veräussert bzw. dem Vermieter zurückgegeben werden könne. Hinzu komme, dass der Bund KV-Umschlagsanlagen finanziell fördere mit dem Ziel, die Verlagerung voranzutreiben. Gemäss GüTG könnten bis zu 60 % der Kosten durch Fördermittel des Bundes finanziert werden. Bei diesen Fakten – die durch drei Umschlagsanlagen von SBB Cargo in Gossau, Oensingen und Renens belegt seien – von hohen Marktzutrittskosten zu sprechen, sei unhaltbar.

430. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in den Randziffern 348 f. und 428 verwiesen werden. Dann ist in Bezug auf die als typisch geltenden Anlagen auf Ausführungen von SBB Cargo zur Umschlagsanlage in Cadenazzo hinzuweisen: «Cadenazzo mit seinen fünfzehn gut geschulten Mitarbeitern ist einer der Vorzeigestandorte von SBB Cargo. Hier rentiert das Geschäft, hier stimmt alles: die Zahlen, die Angebote, die Mitarbeitermotivation und die Kundenfeedbacks. Das ist selten, gilt SBB Cargo doch als Sorgenkind der SBB und ist oft von Abbau die Rede. Aber nicht so in Cadenazzo oder in weiteren Ballungsgebieten wie etwa Gossau SG oder Genève-La Praille». In diesem Zusammenhang führt SBB Cargo auch aus, dass ein guter Standort einer sei, der die letzte Meile auf der Strasse möglichst kurz halte: «Je mehr Aufwand im Strassenvor- und -nachlauf, desto höher die Kosten.» Auch darum sei die geografische Lage von Bedeutung. Weiter führt SBB Cargo aus, dass die Errichtung der KV-Umschlagsanlage auf dem Freiverlad in Cadenazzo damals 11 Millionen Franken gekostet habe. Zudem sei gemäss SBB Cargo für eine Umschlagsanlage ein Teil des Erfolgsrezepts, wie bei anderen «Hotspots» auch, tatsächlich die Lage. Bedienerpunkte würden dann zu lohnenden «Hotspots», wenn sie Wirtschaftsräume mit einem hohen Branchenmix erschliessen würden. Denn das garantiere eine hohe Nachfrage und Grundauslastung der Schiene.<sup>263</sup> Aus

diesen Ausführungen lässt sich als eine erste Folgerung ableiten, dass für eine KV-Umschlagsanlage ein guter Standort notwendig ist. Diese Folgerung belegt sich auch anhand der Partei-Ausführungen anlässlich der Anhörung, wonach für ein Interesse an Umschlagsleistungen eine Anlage eine gute Autobahnbindung haben müsse. Als zweite Folgerung lässt sich ableiten, dass selbst bei einem bereits bestehenden Freiverlad oder einer damit vergleichbaren Anlage sowie staatlichen Fördersubvention von erheblichen Kosten auszugehen ist. Als dritte Folgerung ergibt sich, dass eine rentable Umschlagsanlage selten ist. Vierte Folgerung ist erneut, dass für den rentablen Betrieb einer KV-Umschlagsanlage eine hohe Nachfrage und Grundauslastung auf der Schiene und damit der Anlage notwendig ist. Diese Schlussfolgerungen aufgrund der Ausführungen von SBB Cargo zeigen, dass die Markteintrittskosten eher als hoch einzustufen sind und auch andere Faktoren wie bspw. einen geeigneten Standort zu finden, den Markteintritt erschweren.

431. Die Prüfung der Angaben der Parteien hat zudem ergeben, dass Railcare bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben den Neubau einer KV-Umschlagsanlage in Gossau mit einer Kapazität von 14 400 TEU plante und damit ein Markteintritt innerhalb von den nächsten drei Jahren möglich ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bzw. die kollektive Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker dazu geeignet ist, um Railcare von einem Markteintritt abzuhalten. Diese Frage wird im Abschnitt zur Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs behandelt (vgl. Rz 441 ff.).

## II. Zwischenergebnis potenzielle Konkurrenz

432. Somit ist die disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz im Raum Gossau grundsätzlich als gering einzustufen, zumal die Parteien für den Raum Gossau auch keine geplanten Neueintritte bzw. Ausbauten nennen können. Das Zusammenschlussvorhaben begünstigt in Bezug auf die potenzielle Konkurrenz den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker. Mit der weiteren Konkretisierung des Markteintritts von Railcare könnte sich die disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz verstärken.

### B.4.4.5.8. Kollektive Marktbeherrschung

433. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringen die Parteien zusammenfassend vor, dass die Kriterien für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung in keinem der Märkte erfüllt seien. Hinzu komme, dass eine kollektive Marktbeherrschung unbestrittenmassen eine seltene Ausnahmerecheinung sei, die nicht leicht angenommen werden dürfe. Entscheidend

<sup>263</sup> Vgl. Cargo Magazin, Wie geschmiert, August 2018, <<https://www.sbbcargo.com/de/medien/publikationen/cargomagazin/cargomagazin-218/218-cadenazzo.html>> (18.3.2020).

seien die Umstände des Einzelfalles. Mit Hinweisen auf die Literatur würden allgemeingültige Regeln nicht existieren<sup>264</sup> und es müsse für jeden Einzelfall eine schlüssige «theory of harm» vorliegen<sup>265</sup>. Vorliegend seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

434. Hierzu ist zunächst klarzustellen, dass der angegebene Literaturhinweis, wonach keine allgemeingültigen Regeln existieren würden, sich auf die Gewichtung der Kriterien für eine kollektive Marktbeherrschung bezieht. Daraus folgert die Literatur, dass die endgültige Beurteilung der Frage, ob ein Zusammenschluss wahrscheinlich zu Kollusion führen wird, davon abhängt, welche Kriterien im vorliegenden Zusammenschluss wichtiger seien. Im gleichen Abschnitt der angegebenen Literatur steht zudem, dass grundsätzlich gelte, je mehr ein Industriesektor Elemente enthalte, die kollusives Verhalten begünstigten, desto strenger sollten die Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung bezüglich des Zusammenschlussvorhabens sein. Allerdings sei die Analyse in der Regel sehr komplex. Abgesehen von einigen seltenen Fällen, in denen alle Kriterien in die gleiche Richtung weisen würden, werde es im Allgemeinen einen grossen Ermessensspielraum geben, da es schwierig sei zu verstehen, wie diese Kriterien zusammenwirken und ob ein Zusammenschluss wahrscheinlich zu kollusivem Verhalten führe oder nicht.<sup>266</sup> Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden die Kriterien für die Beurteilung der Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung geprüft; mit dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Zum Literaturverweis bzgl. einer für jeden Einzelfall schlüssigen «theory of harm» ist darauf hinzuweisen, dass diese anders lautet: «The CJ [Court of Justice] stresses however that a too mechanical approach should not be adopted; rather a more rounded approach to the theory of harm is required.»<sup>267</sup> Wenn im Rahmen der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle überhaupt eine «theory of harm» berücksichtigt werden sollte, dann wäre diese dem Zusatz der Möglichkeit der Beseitigung von wirksamem Wettbewerb gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG zuzuordnen. Somit kann in Bezug auf eine etwaige «theory of harm» auf die Ausführungen zur Frage der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verwiesen werden.

#### I. Zwischenergebnis kollektive Marktbeherrschung

435. Die Kriterien für die Beurteilung der Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung ergeben insgesamt, dass der Übergang zu gemeinsamer Kontrolle von SBB Cargo via Swiss Combi die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau eröffnet. Gleichzeitig ergeben die Kriterien, dass eine etwaige kollektive Marktbeherrschung mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil und dauerhaft sein würde. Deshalb führt der Zusammenschluss zur Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau.

436. Zum qualitativ gleichen Ergebnis würde eine Analyse unter Berücksichtigung einer gemeinsamen Kontrolle

von SBB Cargo durch die SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi führen.

#### B.4.4.5.9. Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG)

437. Wie zur Marktsituation ausgeführt, kann die Umschlagsanlage von Giezendanner ohne zusätzliche Investitionen maximal [10-20] % bzw. [10-20] % des Marktes abdecken und wirtschaftet heute an bzw. über der Kapazitätsgrenze (vgl. Rz 338). Damit geht von der Umschlagsanlage von Giezendanner ein geringer Wettbewerbsdruck auf die kollektive Marktbeherrschung aus. Für ungefähr [80-90] % bzw. [80-90] % des Marktes entfällt der Wettbewerbsdruck zwischen den zwei verbleibenden Umschlagsanlagen von SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und von Galliker gänzlich. Für diese [80-90] % bzw. [80-90] % bestehen keine anderen Anbieter mehr.

438. Weil es sich um eine kollektive Marktbeherrschung im Bereich der Umschlagsleistungen handelt, steht in diesem Zusammenschlussvorhaben eine Koordinierung in Bezug auf die Kapazitäten im Vordergrund (vgl. Rz 270). Gerade in Hinblick auf die vom Bundesrat anzustrebende Realisierung von Kapazitäts- und Produktivitätsverbesserungen bei Umschlagsanlagen (vgl. Rz 415 ff.) ermöglicht die kollektive Marktbeherrschung ein koordiniertes Vorgehen. Mit einer Koordinierung können SBB Cargo bzw. deren Muttergesellschaften und Galliker anstelle einer individuellen Entscheidung über Kapazitätsinvestitionen diese gemeinsam vornehmen. Dieses Vorgehen der koordinierten Kapazitätswahl wirkt dem Anreiz zu hartem (Preis-)Wettbewerb entgegen. Bei der Entscheidung über die Kapazitäten besteht kein wirksamer Wettbewerb zwischen SBB Cargo bzw. deren Muttergesellschaften und Galliker mehr. Und wegen der Möglichkeit zur Koordination bei Kapazitätserweiterungen entfällt für SBB Cargo bzw. deren Muttergesellschaften und Galliker der Wettbewerbsdruck bei den Umschlagsleistungen.

439. Zusätzlich ist die disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz gering. Vor allem sei im Bereich der Umschlagsleistungen in den letzten fünf Jahren nur SBB Cargo mit den Binnenterminals Oensingen und St. Triphon in Märkte eingetreten (vgl. Rz 406). Hierbei handelt es sich allerdings um Anlagen von SBB Cargo, also keine Konkurrenz zu SBB Cargo. Das gleiche gilt für die zur Meldung im Nachhinein vorgebrachte Realisierung einer neuen Anlage in Widnau sowie den Ausbau bestehender Anlagen in Gossau und in Dietikon. Bei diesen Neu- oder Ausbauten handelt es sich um Projekte von SBB Cargo. Bezüglich der Anlage in Widnau ist darauf hinzuweisen, dass sich diese in einer Distanz von ca. 29 km von der Umschlagsanlage in Gossau befindet

<sup>264</sup> Vgl. MOTTA (Fn 152), 251.

<sup>265</sup> Vgl. JONES ALISON/SUFRIN BRENDA, EU Competition Law, 6. Aufl. 2016, Oxford, 1157.

<sup>266</sup> Vgl. MOTTA (Fn 152), 251.

<sup>267</sup> Vgl. ALISON/SUFRIN (Fn 265), 1157.

und Widnau ab April 2020 im KV-Liniennetz von SBB Cargo angeboten werde.<sup>268</sup> Für andere zur Meldung nachträglich vorgebrachte Umschlagsanlagen ist auf die Randziffern 425 ff. zu verweisen.

440. Die Markteintrittskosten sind eher als hoch einzustufen (vgl. Rz 430). Dann liegt für SBB Cargo mit den bereits bestehenden Umschlagsanlagen ein Vorteil vor, weil für diese eine Kapazitätserweiterung möglich ist. Im Vergleich zu einem Neubau sind das Auslastungsrisiko und die Kosten bei einer Kapazitätserweiterung geringer.

441. Zudem gelten Kapazitätserweiterungen als eine Möglichkeit von strategischen Investitionen. Strategische Investitionen gehören zu nichtpreislichen Monopolisierungspraktiken. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann seine Investitionsentscheide auf strategische Weise verwenden, um Markteintritte fernzuhalten. Theoretisch ist es möglich, dass ein etabliertes Unternehmen in Kapazitäten überinvestiert, um strategisch Markteintritte zu verhindern. Allerdings erscheint es schwierig, eine Regel vorzuschlagen, welche solches Verhalten in der Praxis identifiziert. Es bestehen keine beobachtbaren Variablen und keine naheliegenden Massstäbe um festzustellen, ob eine strategische Überinvestition vorliegt.<sup>269</sup> In diesem Fall geht es jedoch um ein Zusammenschlussvorhaben und die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Eine etwaige strategische Investition zur Abschreckung von Markteintritten braucht nicht festgestellt und bewiesen zu werden. Dies ist im Rahmen eines Zusammenschlussvorhabens für zukünftiges Verhalten auch gar nicht möglich. Vielmehr genügt die blosser Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs: Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu einem marktbeherrschenden Unternehmen, das über die Möglichkeit verfügt, zu verhindern, dass Konkurrenten auftreten. Eine Berücksichtigung von strategischen Investitionen drängt sich bei Zusammenschlussvorhaben umso mehr auf, als dass solche Investitionsentscheide bei einer Ex-post-Betrachtung wie bei Fällen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wegen den fehlenden beobachtbaren Variablen und anwendbaren Massstäben kaum mehr möglich und zu korrigieren ist.

442. Diese Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung mit strategischen Kapazitätsinvestitionen äussert sich im Raum Gossau besonders stark, weil SBB Cargo aktuell die Anlage Widnau in Betrieb nimmt und den Ausbau der Binnen-Umschlagsanlage Gossau plant (vgl. Rz 407 und 439). Die Frage von strategischen Investitionen in die Kapazität kann in die Planung des Ausbaus einfließen.

443. Das Diskriminierungspotenzial bzw. die Möglichkeit der teilweisen Abschottung von Kunden gegenüber aktuellen und potentiellen Anbietern von Umschlagsleistungen aufgrund von vertikalen Effekten könnte die Markteintrittshürden zusätzlich erhöhen (vgl. Rz 561 ff.). Dadurch würde sich auch die Möglichkeit der Fernhaltung von potenziellen Konkurrenten verstärken. Zudem ist auch davon auszugehen, dass bei weniger stark vertikal integrierten Unternehmen das Investitionsrisiko eines Ausbaus bzw. Neubaus höher ist, da die künftige Auslastung abhängig von der Marktgegenseite ist und weniger durch eigene vor- bzw. nachgelagerte Unternehmensbereiche gedeckt werden kann.

444. Allerdings plant Railcare bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben den Neubau einer KV-Umschlagsanlage im Binnenverkehr im Raum Gossau (vgl. Rz 431). Somit besteht mit der geplanten Umschlagsanlage von Railcare konkret zu nennende potenzielle Konkurrenz. Railcare ist eine 100%-Tochtergesellschaft von Coop und betreibt bereits heute ein Netzwerk von Umschlagsanlagen. Als vertikal integriertes EVU bietet Railcare die gesamte Transportkette aus einer Hand an – einschliesslich Strassen- und Bahntransporte, Terminalfunktionen, Operator- und Speditionsaufgaben.<sup>270</sup> Es ist davon auszugehen, dass, dank der Nachfrage nach Umschlagsleistungen im Raum Gossau durch Coop, die für den Markteintritt notwendige Mindestauslastung der künftigen Anlage von Railcare sichergestellt werden kann. Trotz der Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens ist es aufgrund der vorliegenden Informationen fraglich, dass Railcare durch das Zusammenschlussvorhaben vom Markteintritt abzuhalten ist.

#### I. Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bzgl. Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

445. Die WEKO dürfe ein Zusammenschlussvorhaben nur dann untersagen oder unter Auflagen und Bedingungen zulassen, wenn es eine marktbeherrschende Stellung begründe oder verstärke, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könne (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Das Kartellgesetz lasse eine Intervention der WEKO gegen Zusammenschlussvorhaben daher nur in seltenen Ausnahmefällen zu. Das sei der klare Wille des Gesetzgebers, was die Botschaft zum Kartellgesetz belege.<sup>271</sup> Dies habe das Bundesgericht bestätigt und betont, dass für die Untersagung von Zusammenschlussvorhaben besonders hohe Eingriffsvoraussetzungen gelten würden.<sup>272</sup> Weiter habe das Bundesgericht die REKO/WEF in ihrer Ansicht bestätigt, dass neben den Zusammenschlussparteien schon eine taugliche Alternative für die Marktgegenseite ausreiche, damit der Wettbewerb nicht im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden könne.<sup>273</sup> Zudem müsse gemäss Bundesgericht der Zusammenschluss für eine allfällige Wettbewerbsbeseitigung kausal sein.<sup>274</sup>

446. Hierzu kann zunächst festgehalten werden, dass der Umstand einer möglichen Intervention durch die WEKO nur in seltenen Ausnahmefällen eine Intervention nicht verhindert. Zudem kann auf die Ausführungen in Rz 437 ff. verwiesen werden.

<sup>268</sup> Vgl. SBB Cargo, KV-Terminals Stabio und Widnau, <<https://www.sbbcargo.com/de/angebot/transportleistungen/kombiniertes-verkehr/umschlagterminals.html>> (23.3.2020).

<sup>269</sup> Vgl. MOTTA (Fn 152), 454 ff.

<sup>270</sup> Vgl. <<https://www.railcare.ch/content/railcare/de/unternehmen.html>> (23.12.2019).

<sup>271</sup> Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl. 1995 468, 584.

<sup>272</sup> Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *Berner Zeitung/Tamedia*.

<sup>273</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 388 E. 10.1.2, *Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, E. 335 E 6.5 und 336 f. E. 7.3.1-7.3.3, *Berner Zeitung/Tamedia*; BGE 133 II 104, 108 E. 6.3 und 7.5 (=RPW 2007/2, 327 f. E. 6.3), *Swissgrid*.

<sup>274</sup> BGE 133 II 104, 109 E. 6.4 und E. 8.3 (=RPW 2007/2, 328 E. 6.4 und 329 E. 8.3), *Swissgrid*.

#### B.4.4.5.10. Zwischenergebnis Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau

447. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau begründet. Allerdings ist fraglich, ob die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung bzw. eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gegeben ist.

#### B.4.4.6 Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen

##### B.4.4.6.1. Anzahl beteiligte Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

448. Die Analyse einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung erfolgt für SBB Cargo bzw. die kontrollierenden Unternehmen SBB, Planzer und Jäger zusammen mit Galliker. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die Parteien die Zahlen und Marktanteile in den Märkten für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr teilweise ein zweites Mal angepasst haben. So habe

eine «vertiefte Analyse» der Parteien der Umschlagsanlage der schweizerischen Post in Härkingen ergeben, dass die Parteien nun von einer Kapazität von rund [...] TEU ausgehen würden; in der Meldung und der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung schätzten die Parteien die Kapazität der Umschlagsanlage in Härkingen noch auf [...] TEU. Zudem lagen teils widersprüchliche Schätzungen zu den Kapazitäten der Wettbewerber im Vergleich zur Meldung bzw. zur Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vor. Deshalb sah sich die WEKO dazu veranlasst, die zugehörigen Zahlen zu prüfen und Auskünfte bei den direkten Wettbewerbern in den drei Märkten für Umschlagsleistungen einzuholen (vgl. Rz 67).

449. Tabelle 17 gibt eine Übersicht über die korrigierten Marktanteile gemäss Angaben der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sowie Angaben der Wettbewerber und somit über die Grössenverhältnisse. Die Marktanteile basieren auf den Kapazitäten der Umschlagsanlagen unter Berücksichtigung aller Umschlagsanlagen innerhalb des räumlich relevanten Marktes. Bei den Kapazitäten der schweizerischen Post wurden aufgrund des Leistungsauftrags des Bundes bezüglich der Grundversorgung mit Postdiensten und der sich daraus ergebenden Priorisierung der eigenen Pakettransporte die Eigenleistungen herausgerechnet (vgl. 258 ff.). Umschlagsleistungen von Verladern über Freiverlade sind dabei wiederum nicht berücksichtigt (vgl. Rz 349 und 464 f.).

Tabelle 17: Marktanteile aktuelle Konkurrenz im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr (Kapazitäten) – Raum Oensingen

Jahr	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber			
	SBB <sup>275</sup>	SBB Cargo <sup>276</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Schweizerische Post	Giezendanner
2018	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	[70-80] %	[0-10] %
2017	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	[70-80] %	[0-10] %
2016	0 %	0 %	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	[80-90] %	[0-10] %

450. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung haben die Parteien die Marktanteile zudem nach effektiven Umschlägen ausgewiesen. Allerdings wurden dabei auch Umschlagsanlagen ausserhalb des räumlich relevanten Marktes und Freiverlade berücksichtigt. Zudem hat die Abklärung bezüglich Kapazitäten der Wettbewerber ergeben, dass die effektiven Umschläge des Wettbewerbers Giezendanner und auch die der schweizerischen Post höher liegen als von den Parteien angegeben.

451. Tabelle 18 gibt eine Übersicht über die korrigierten Marktanteile gemäss Angaben der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sowie Angaben der Wettbewerber basierend auf den effektiven Umschlagsleistungen (IST-Umschläge) der massgeblichen Umschlagsanlagen.

<sup>275</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>276</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.



Tabelle 18: Marktanteile aktuelle Konkurrenz im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr (IST-Umschlag) – Raum Oensingen

Jahr	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber			
	SBB <sup>277</sup>	SBB Cargo <sup>278</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Schweizerische Post	Giezendanner
2018	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	[10-20] %	0 %	[50-70] %	[10-20] %
2017	0 %	[0-10] %	0 %	0 %	[10-20] %	0 %	[60-80] %	[10-20] %
2016	0 %	0 %	0 %	0 %	[10-20] %	0 %	[60-80] %	[10-20] %

452. Gemäss den korrigierten Marktanteilen vereinen SBB Cargo und Galliker gemessen an den Kapazitäten [20-30] % des Marktes auf sich und [20-40] % gemessen an den IST-Umschlägen. Die dritte Wettbewerberin schweizerische Post verfügt über einen Marktanteil von [70-80] % (Kapazitäten) bzw. [50-70] % (IST-Umschläge). Mit der Eröffnung der Umschlagsanlage von SBB Cargo in Oensingen im Jahr 2017 sind die Marktanteile der Post zwar zurückgegangen, betragen jedoch nach wie vor über 50 %, werden IST-Umschläge zugrunde gelegt. Der viertgrösste Wettbewerber Giezendanner verfügt über einen Marktanteil von [0-10] % (Kapazitäten) bzw. [10-20] % (IST-Umschläge). Bei einer Berücksichtigung von Fremdleistungen, d. h. IST-Umschlägen ohne Eigenleistungen, fällt der Marktanteil von SBB Cargo nur leicht höher aus. Galliker verfügt in diesem Fall über einen Marktanteil von 0 %.

453. Gemäss diesen Angaben der Meldung zu den Marktanteilen sind nur vier Unternehmen im Markt. Der Markt ist stark konzentriert. Der HHI beträgt bei einer Betrachtungsweise nach Kapazitäten vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben [5200-6800]. Bei einer Betrachtungsweise nach effektiven Umschlägen beträgt der HHI [3400-5200]. Das ΔHHI beträgt jeweils 0, weil dieses Mass die Interessenangleichung zwischen Galliker und SBB Cargo nicht abbildet.

454. Ein weiterer bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigender Faktor ist, dass Umschlagsanlagen typischerweise begrenzte Kapazitäten aufweisen und Kapazitätserweiterungen mit zusätzlichen Investitionen verbunden sind. In diesem Zusammenhang ist auch von Relevanz, ob Umschlagsanlagen Dritter über substantielle freie Kapazitäten verfügen. Ist dies der Fall, so geht von solchen Unternehmen höherer Wettbewerbsdruck aus, als wenn deren Anlagen voll ausgelastet sind.<sup>279</sup> Mit einer besseren Auslastung steigt der Umsatz und gleichzeitig können die Betreiber von Umschlagsanlagen die Durchschnittskosten senken. Gemäss der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung betragen die freien Kapazitäten von SBB Cargo im Raum Oensingen im Jahr 2018 [...] TEU. Galliker [...]. Im Jahr 2018 verfügte die Umschlagsanlage von Giezendanner über keine freien Kapazitäten bzw. lagen die tatsächlichen Umschläge gemäss Giezendanner sogar leicht über der Kapazitätsgrenze der Anlage. Folglich geht von der Umschlagsanlage von Giezendanner aktuell nur ein geringer Wettbewerbsdruck aus, da dessen Anlage heute über keine freien Kapazitäten verfügt. Die Umschlagsanlage der schweizerischen Post verfügte im Jahr 2018 über freie Kapazitäten von [50 001-60 000] TEU. Selbst wenn von diesen freien Kapazitäten ein Teil

für künftiges Wachstum der Nachfrage nach Pakettransporten der schweizerischen Post und jährlichen Schwankungen reserviert wird, liegen dennoch substantielle freie Kapazitäten bei der schweizerischen Post vor.

455. Im Raum Oensingen hat die Überprüfung der von den Parteien geschätzten Marktanteile und der zugehörigen Zahlen dazu geführt, dass die gemeinsamen Marktanteile von SBB Cargo und Galliker mit [20-30] % bzw. [20-40] % bedeutend geringer sind als die [60-70] % der vorläufigen Beurteilung. Dieser Wert ergab sich aus den Angaben der Parteien in der Meldung und in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung. Aufgrund der korrigierten Marktanteile ist mit der schweizerischen Post ein bedeutender Wettbewerber mit einem Marktanteil von über [40-50] % vertreten. Auch der vierte Wettbewerber verfügt je nach zugrundeliegender Betrachtungsweise über einen Marktanteil von [0-10] % bzw. [10-20] %.

#### I. Stellungnahme der Parteien bzgl. aktueller Konkurrenz

456. Zu den Marktanteilen führt die Meldung aus, dass bei einer Unterscheidung zwischen Dritt- und Eigenleistungen bei der schweizerischen Post, konsequenterweise auch bei allen anderen KV-Umschlagsanlagen unterschieden werden müsse, ob der Nachfrager der Umschlagsleistungen ein Drittunternehmen oder lediglich eine andere Abteilung oder Konzerngesellschaft des Betreibers der KV-Umschlagsanlage ist. Dies sei namentlich bei allen KV-Umschlagsanlagen von SBB Cargo relevant. Der Marktanteil 2018 von SBB Cargo im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger (unbegleiteter KV) für das Gebiet der Schweiz (Binnenverkehr) betrage rund [50-60] %. Dies bedeute, dass im Durchschnitt SBB Cargo als Operateur Nachfrager von rund [50-60] % aller Umschlagsleistungen im Binnenverkehr sei. Analog zu der vom Sekretariat für die schweizerische Post geforderte Unterscheidung müssten deshalb die Marktanteile von SBB Cargo in allen geografischen Teilmärkten erheblich reduziert werden, weil rund die Hälfte aller Umschläge von SBB Cargo selbst in ihrer Rolle als Operateur bei

<sup>277</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>278</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>279</sup> Vgl. RPW 2020/2, T23 Rz 476, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

den eigenen KV-Umschlagsanlagen nachgefragt würden. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bringen die Parteien zum vorliegenden Markt vor, dass entweder die Eigenleistungen von Galliker wie bei der schweizerischen Post nicht zu berücksichtigen seien, womit Galliker über einen Marktanteil von 0 % verfüge, oder die Eigenleistungen seien wie für Galliker auch für die schweizerische Post zu berücksichtigen.

457. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass bei einer Berücksichtigung der Eigenleistungen bei SBB Cargo und den anderen Betreibern von Umschlagsleistungen der Umfang des Gesamtmarktes sinken würde. Dadurch kommt es zu Änderungen bei allen Marktanteilen. Weiter ist festzuhalten, dass die spezifischen Anteile der Eigenleistungen bei SBB Cargo in den einzelnen relevanten Märkten anhand der Meldung nicht ersichtlich sind und keine angepassten Marktanteile angegeben wurden. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung haben die Parteien zwar zusätzlich auch Marktanteile nach effektiven Umschlägen, wenn nur Fremdleistungen berücksichtigt werden, angegeben. Dabei wurden jedoch nur die Eigenleistungen von Galliker und der schweizerischen Post herausgerechnet und bei allen anderen Wettbewerbern die gesamten effektiven Umschlagsleistungen berücksichtigt. Dies steht im klaren Widerspruch zur Forderung der Parteien, dass, bei einer Unterscheidung zwischen Eigen- und Drittleistungen, nur die Drittleistungen aller Wettbewerber zu berücksichtigen seien (vgl. Rz 260).

458. Weiter ist an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf die Berücksichtigung von Eigenleistungen zwischen den Umschlagsanlagen der schweizerischen Post und anderen vom Bund mitfinanzierten KV-Umschlagsanlagen zu unterscheiden ist. Aufgrund des Leistungsauftrags des Bundes bezüglich der Grundversorgung mit Postdiensten und der sich daraus ergebenden Priorisierung der eigenen Pakettransporte sind bei den Umschlagsanlagen der schweizerischen Post Eigenleistungen herauszurechnen. Zudem sind die anderen vom Bund geförderten KV-Umschlagsanlagen aufgrund der Vorgabe des diskriminierungsfreien Zugangs gemäss GÜTG nicht vergleichbar mit reinen Werksterminals von Unternehmen (vgl. 258 ff.). Und selbst eine Unterscheidung zwischen Eigen- und Drittleistungen ändert das Ergebnis qualitativ nicht.

459. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringen die Parteien vor, dass eine Koordination zwischen SBB Cargo und Galliker in diesem Markt mit zwei weiteren starken Wettbewerbern (Post und Giezendanner) ausgeschlossen sei. So sei die Umschlagsanlage von SBB Cargo erst im Jahr 2017 in Betrieb genommen worden und verfüge aktuell über eine geringe Auslastung von weniger als [...]. Zudem sei die Umschlagsanlage der Post selbst dann grösser als diejenige von Galliker, wenn man nur die Drittleistungen der Anlage berücksichtige (Kapazität von geschätzten [...]). In Bezug auf die effektiven Umschläge dürften dies sogar gegenüber der Anlage von SBB Cargo gelten. Die Umschlagsanlage von Giezendanner weise zwar eine leicht kleinere Kapazität als diejenige von Galliker auf (4000 TEU anstelle von 5000 TEU). In Bezug auf die effektiven Umschläge dürften beide Anlagen aber ungefähr gleich gross sein.

460. Zu diesen Vorbringen ist zunächst im Hinblick auf die typischerweise begrenzten Kapazitäten von Umschlagsanlagen festzuhalten, dass, neben der aktuellen Auslastung, die Gesamtkapazität der Umschlagsanlagen bzw. die noch freien Umschlagskapazitäten für die Beurteilung der aktuellen Konkurrenz relevant sind. Sind die effektiven Umschläge der beiden Umschlagsanlagen von Giezendanner und Galliker ungefähr gleich gross, folgt daraus, dass die Anlage von Giezendanner über geringere freie Kapazitäten als die von Galliker verfügt. Dies bestätigt demnach nur, dass die Umschlagsanlage von Giezendanner bereits gut ausgelastet ist und deshalb nur von einem geringen Wettbewerbsdruck auszugehen ist, da Kapazitätserweiterungen mit zusätzlichen Investitionen verbunden sind (vgl. Rz 452). Zum Vorbringen bezüglich der Grösse der Umschlagsanlage der schweizerischen Post ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Drittkunden nur bedient werden können, wenn die jeweilige Umschlagsanlage der Post nach Abzug der eigenen Pakettransporte noch über freie Kapazitäten verfügt (vgl. Rz 458). Zur Auslastung der Umschlagsanlage von SBB Cargo in Oensingen ist zudem klarzustellen, dass basierend auf den Angaben der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die Auslastung im Jahr 2018 bei ca. [...] liegt und damit deutlich höher als [...] ist.

461. Weiter machen die Parteien geltend, dass unmittelbar an der West-Ost-Tangente durch die Schweiz und in rund 30 km Entfernung die Umschlagsanlage von Railcare in Schafisheim bei Aarau liege.

462. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass die Umschlagsanlage von Railcare bzw. der Coop Genossenschaft in Schafisheim ausserhalb des in der Meldung angegebenen Radius von 25 km für regionale Umschlagsanlagen im reinen Binnenverkehr liegt (Rz 164) und demnach nicht im Wettbewerb mit den Umschlagsanlagen im Raum Oensingen steht. Deshalb ist vorliegend nicht von Wettbewerbsdruck durch die Umschlagsanlage von Railcare in Schafisheim auszugehen.

463. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bringen die Parteien wiederum vor, dass die Umschlagsanlage von Railcare in Schafisheim zu berücksichtigen sei. Die Distanz zwischen den Umschlagsanlagen Oensingen und Schafisheim betrage rund 34 km und zwischen den Umschlagsanlagen Dagmersellen und Schafisheim rund 24 km. Ein Radius von 35 km sei angemessen für die geographische Marktabgrenzung. Da Gegenstand der vorliegenden Prüfung eine angebliche kollektive Marktbeherrschung von SBB Cargo und Galliker sei, sei zudem auch die Distanz der Wettbewerber von Dagmersellen relevant. Die Experten von SBB Cargo würden bei der Umschlagsanlage in Schafisheim neu von einer Kapazität von rund [...] TEU ausgehen. Zu diesen Vorbringen ist wiederum auf die Ausführungen betreffend räumlich relevanten Markt zu verweisen (vgl. Rz 171 ff.). Die Umschlagsanlage von Railcare in Schafisheim liegt ausserhalb des räumlich relevanten Marktes für regionale Umschlagsanlagen im reinen Binnenverkehr und steht demnach nicht im Wettbewerb mit den Umschlagsanlagen im Raum Oensingen. Zudem ist das Gebiet des räumlich relevanten Marktes nicht davon abhängig, ob eine kollektive Marktbeherrschung vorliegt oder nicht. Dass bei einer kol-

lektiven Marktbeherrschung die Fläche der Radian um beide Standorte der kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen herangezogen werden müsste, ist aus konzeptioneller Sicht abzulehnen. Bei der räumlichen Marktabgrenzung handelt es sich nicht um ein iteriertes Marktabgrenzungsverfahren, bei dem das Gebiet des räumlich relevanten Marktes wiederum durch die vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse beeinflusst wird (vgl. Rz 180).

464. Weiter machen die Parteien wiederum geltend, dass auch für den Raum Oensingen Umschlagsleistungen, die über Freiverlade abgewickelt werden, zu berücksichtigen seien. Namentlich werden die Umschlagsleistungen der HAVI Logistics GmbH, von Pfister und die Umschlagstätigkeiten von ACTS aufgeführt. Zu diesen Vorbringen ist auf die Ausführungen betreffend Freiverlade unter Randziffer 349 zu verweisen und die erbrachten Umschlagsleistungen in Freiverladen durch Pfister, HAVI Logistics GmbH und ACTS wiederum nicht zu berücksichtigen.

465. Schliesslich machen die Parteien in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung geltend, dass in der KV-Umschlagsanlage von Galliker in Dagmersellen praktisch ausschliesslich interner Verkehr von Galliker umgeschlagen werde und diese Anlage damit den Charakter eines Werkterminals habe. Zwar stehe es Dritten für Umschläge offen, dieses Angebot werde aber von Dritten nicht genutzt. Die umgeschlagenen Transportbehälter würden überwiegend dem Galliker-internen Transport (Werkverkehr) dienen. Zu diesem Vorbringen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass es sich bei den beiden Umschlagsanlagen von Galliker um vom Bund geförderte KV-Umschlagsanlagen handelt, die den diskriminierungsfreien Zugang gewähren müssen. Deshalb sind sie nicht mit reinen Werkterminals von Unternehmen vergleichbar. Selbst wenn dieses Angebot aktuell nur für interne Verkehre genutzt wird, hat Galliker die Nachfrage eines Dritten nach Umschlagsleistungen zu erfüllen. Dies wurde denn auch von Galliker während der Anhörung bestätigt, wonach ihre KV-Umschlagsanlagen völlig offen seien und Dritte jederzeit ihre Container aufgeben könnten.

## II. Zwischenergebnis aktuelle Konkurrenz

466. Aufgrund der Angaben der Parteien bezüglich Marktanteile im Rahmen der Meldung und der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung kam die WEKO in der vorläufigen Prüfung zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben unter der Berücksichtigung der Interessenangleichung von SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker begünstigt. Allerdings hat die vertiefte Abklärung bezüglich Kapazitäten der Wettbewerber ergeben, dass der Marktanteil der Wettbewerberin schweizerische Post im Raum Oensingen bei [70-80] % (Kapazitäten) bzw. bei [50-70] % (IST-Umschläge) liegt und deren Anlage zudem über grosse freie Kapazitäten verfügt. Auch die effektiven Umschläge des Wettbewerbers Giezendanner fielen höher aus als von den Parteien angegeben. Deshalb ist aufgrund der geringen Marktanteile die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw.

die Muttergesellschaften und Galliker nicht gegeben. Ungeachtet dessen liegt im vorliegenden Markt eine hohe Marktkonzentration vor und das Zusammenschlussvorhaben führt zu einer Interessenangleichung von SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker.

### **B.4.4.6.2. Zwischenergebnis Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen**

467. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass keine Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Oensingen bestehen.

468. Hierzu ist anzumerken, dass vor der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung Anhaltspunkte für eine solche kollektive Marktbeherrschung bestanden. Die Analyse dieser etwaigen kollektiven Marktbeherrschung erfolgte analog zur Analyse der kollektiven Marktbeherrschung im Raum Gossau. Weil allerdings die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die Angaben zu den Umschlagsmärkten im Vergleich zur Meldung korrigierten und ergänzten, nahm die WEKO eine zusätzliche Marktbefragung vor. Diese Marktbefragung ergab, dass sich die Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung nicht erhärteten.

### **B.4.4.7 Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Renens**

#### **B.4.4.7.1. Anzahl beteiligte Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration**

469. Wie bereits erwähnt, [...] (vgl. Rz 30, 32 und 255), weil SBB, Planzer und Jäger nach dem Zusammenschlussvorhaben TERCO gemeinsam kontrollieren werden bzw. weil die Interessenübereinstimmung von SBB Cargo und Planzer so stark ist, [...]. Somit wird SBB Cargo bzw. deren Muttergesellschaften einen Marktanteil halten, der den kumulierten Marktanteilen von SBB Cargo und TERCO entspricht.

470. Aus dieser Änderung der Kontrollverhältnisse stellt sich die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung von SBB Cargo/TERCO bzw. die kontrollierenden Unternehmen SBB, Planzer und Jäger zusammen mit Railcare bzw. Coop. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung die Parteien die Zahlen und Marktanteile in den Märkten für Umschlagsleistungen im Binnenverkehr teilweise ein zweites Mal angepasst haben. Zudem lagen teils widersprüchliche Schätzungen zu den Kapazitäten der Wettbewerber im Vergleich zur Meldung bzw. zur Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vor. Deshalb sah sich die WEKO dazu veranlasst, die zugehörigen Zahlen zu prüfen und Auskünfte bei den direkten Wettbewerbern in den drei Märkten für Umschlagsleistungen einzuholen (vgl. Rz 67).

471. Tabelle 19 gibt eine Übersicht über die korrigierten Marktanteile gemäss Angaben der Stellungnahme zur

vorläufigen Prüfung und der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sowie Angaben der Wettbewerber und somit über die Grössenverhältnisse. Die Marktanteile basieren auf den Kapazitäten der Umschlagsanlagen unter Berücksichtigung aller Umschlagsanlagen innerhalb des räumlich relevanten Marktes. Bei den Kapazitäten der schweizerischen Post wurden aufgrund des Leis-

tungsauftrags des Bundes bezüglich der Grundversorgung mit Postdiensten und der sich daraus ergebenden Priorisierung der eigenen Pakettransporte wiederum die Eigenleistungen herausgerechnet (vgl. 258 ff.). Umschlagsleistungen von Verladern über Freiverlade sind dabei wiederum nicht berücksichtigt (vgl. Rz 349 und 481 f.).

Tabelle 19: Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr (Kapazitäten) – Raum Renens

Jahr	Zusammenschlussparteien						Wettbewerber		
	SBB <sup>280</sup>	SBB Cargo <sup>281</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Schweizerische Post	Railcare	TERCO
2018	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[20-30] %	[60-70] %	[0-10] %
2017	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[20-30] %	[60-70] %	[0-10] %
2016	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[20-30] %	[60-70] %	[0-10] %

472. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung haben die Parteien die Marktanteile zudem nach effektiven Umschlägen ausgewiesen. Allerdings wurden dabei auch Freiverlade berücksichtigt. Zudem hat die vertiefte Abklärung bezüglich Kapazitäten der Wettbewerber ergeben, dass die effektiven Umschläge des Wettbewerbers schweizerischen Post höher und die von Railcare tiefer liegen als von den Parteien angegeben.

473. Tabelle 20 gibt eine Übersicht über die korrigierten Marktanteile gemäss Angaben der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung sowie Angaben der Wettbewerber basierend auf den effektiven Umschlagsleistungen (IST-Umschläge) der massgeblichen Umschlagsanlagen.

Tabelle 20: Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr (IST-Umschlag) – Raum Renens

Jahr	Zusammenschlussparteien						Wettbewerber		
	SBB <sup>282</sup>	SBB Cargo <sup>283</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Railcare	Schweizerische Post	TERCO
2018	0 %	[0-10] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[50-70] %	[10-30] %	[0-10] %
2017	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[40-60] %	[10-30] %	[0-10] %
2016	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	0 %	0 %	[40-60] %	[10-30] %	[0-10] %

474. Zu den effektiven Umschlägen ist auf den Rückgang um ca. [...] bei der Umschlagsanlage von SBB Cargo im Jahr 2018 hinzuweisen. Für diesen substanziellen Rückgang – der Marktanteil von SBB Cargo ging von [20-30] % auf [0-10] % zurück – finden sich keine Erklärungen in den Angaben der Parteien. Selbst wenn das Jahr 2017 zugrunde gelegt wird, verfügt jedoch der Wettbewerber Railcare über einen Marktanteil von [...] und mit der schweizerischen Post ist eine weitere Wettbewerberin mit einem Marktanteil von [10-30] % im Markt vertreten. Bei einer Berücksichtigung von Fremdleistungen, d. h. IST-Umschlägen ohne Eigenleistungen, fällt der gemeinsame Marktanteil von SBB Cargo und TERCO leicht höher aus.

475. Gemäss den korrigierten Marktanteilen vereinen SBB Cargo/TERCO bzw. deren Muttergesellschaften und Railcare gemessen an den Kapazitäten [30-50] % des Marktes auf sich und [70-90] % gemessen an den IST-Umschlägen. Die dritte Wettbewerberin schweizerische Post verfügt über einen Marktanteil von [60-70] % (Kapazitäten) bzw. [10-30] % (IST-Umschläge).

476. Gemäss diesen Angaben der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung zu den Marktanteilen und den Angaben der Wettbewerber sind nur vier Unternehmen im Markt. Der Markt ist bereits vor dem Zusammenschluss stark konzentriert. Der HHI beträgt bei einer Betrachtungsweise nach Kapazitäten vor dem Zusammenschlussvorhaben [4200-5400]. Bei einer Betrachtungsweise nach effektiven Umschlägen beträgt der HHI [3600-5800]. Nach dem Zusammenschluss beträgt der HHI [4400-5400] bzw. [3800-5800]. Und das  $\Delta$ HHI liegt bei [0-200] bzw. [0-200]. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu einer leichten Zunahme des Konzentrationsgrads.

<sup>280</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>281</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>282</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>283</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

477. Ein weiterer bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigender Faktor ist, dass Umschlagsanlagen typischerweise begrenzte Kapazitäten aufweisen und Kapazitätserweiterungen mit zusätzlichen Investitionen verbunden sind. In diesem Zusammenhang ist auch von Relevanz, ob Umschlagsanlagen Dritter über substantielle freie Kapazitäten verfügen. Ist dies der Fall, so geht von solchen Unternehmen höherer Wettbewerbsdruck aus, als wenn deren Anlagen voll ausgelastet sind.<sup>284</sup> Mit einer besseren Auslastung steigt der Umsatz und gleichzeitig können die Betreiber von Umschlagsanlagen die Durchschnittskosten senken. Gemäss der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung betragen die freien Kapazitäten von SBB Cargo im Raum Renens im Jahr 2018 [...] TEU. TERCO verfüge im Jahr 2018 über freie Kapazitäten im Umfang von [...] TEU. Die Umschlagsanlagen (Aclens und gemieteter Bereich Chavornay) des Wettbewerbers Railcare verfügten im Jahr 2018 über freie Kapazitäten von insgesamt 6671 TEU. Die Umschlagsanlage der schweizerischen Post verfüge im Jahr 2018 über freie Kapazitäten von [100 001-125 000] TEU. Selbst wenn von diesen freien Kapazitäten ein Teil für künftiges Wachstum der Nachfrage nach Pakettransporten der schweizerischen Post und jährlichen Schwankungen reserviert wird, liegen demnach substantielle freie Kapazitäten bei der schweizerischen Post vor.

478. Gemäss Railcare solle die Umschlagsanlage in Aclens ab dem Jahr 2021 um 21 600 TEU ausgebaut werden. Gleichzeitig ist aufgrund der Angaben zu den Auswirkungen der Erweiterung auf den Nutzungsbereich von Railcare in Chavornay (-/-) darauf zu schliessen, dass Railcare die Umschlagsleistungen nach dem Ausbau auf die Anlage in Aclens zu zentralisieren gedenkt. Demnach stünden die bis anhin gemieteten Umschlagskapazitäten von [...] TEU wieder TERCO zur Verfügung und die freien Kapazitäten von TERCO würden sich dementsprechend nach dem Ausbau erhöhen. Die Wettbewerberin schweizerische Post gibt an, dass allfällige Kapazitätsänderungen nicht innerhalb der nächsten fünf Jahre greifen würden.

479. Im Raum Renens hat die Überprüfung der von den Parteien geschätzten Marktanteile und der zugehörigen Zahlen dazu geführt, dass bei einer Betrachtungsweise nach effektiven Umschlägen die gemeinsamen Marktanteile von SBB Cargo, TERCO und Railcare mit [70-90] % [...] sind als die [...] der vorläufigen Beurteilung. Allerdings zeigen die korrigierten Marktanteile, dass Railcare über einen Marktanteil von [50-70] % verfügt und SBB Cargo zusammen mit TERCO auf [10-20] % kommt. Zudem ist mit der schweizerischen Post eine Wettbewerberin mit einem Marktanteil von [10-30] % vertreten. Noch deutlicher zeigt dies die Marktanteilsbetrachtungsweise anhand der Kapazitäten auf. Demnach verfügt die schweizerische Post über einen Marktanteil von [60-70] %. Auch aufgrund der grossen bereits bestehenden freien Kapazitäten der schweizerischen Post und dem geplanten Ausbau von Railcare ist deshalb von genügendem Wettbewerbsdruck auch nach dem geplanten Zusammenschluss auszugehen. Unter der Voraussetzung, dass die Angaben der Parteien bezüglich den effektiven Umschlagsleistungen in der Umschlagsanlage Renens im Jahr 2018 korrekt sind, würde kein betroffe-

ner Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

#### I. Stellungnahme der Parteien bzgl. aktueller Konkurrenz

480. Zur Unterscheidung zwischen Dritt- und Eigenleistungen bei der schweizerischen Post bringen die Parteien in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vor, dass entweder die Eigenleistungen von Galliker wie bei der schweizerischen Post nicht zu berücksichtigen seien. Alternativ seien die Eigenleistungen wie für Galliker auch für die schweizerische Post zu berücksichtigen, womit die schweizerische Post in der Region Renens die klare Marktführerin sei und eine kollektive Marktbeherrschung durch SBB Cargo und Railcare ausgeschlossen sei.

481. Weiter machen die Parteien im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung geltend, dass weitere Recherchen ergeben hätten, dass in den bisherigen Marktanteilsberechnungen die Umschlagsanlagen von Pfister in Allaman und die Umschlagstätigkeiten von ACTS in der Region übersehen wurden. Pfister nutze für den Umschlag von Transportbehältern den Freiverlad im Bahnhof Allaman. SBB Cargo schätze die Kapazität dieser Umschlagsanlage auf rund [...] und den effektiven Umschlag auf gut [...]. Zudem werden wiederum bezüglich der Umschlagstätigkeiten von ACTS die von ACTS in der Region am stärksten genutzten Freiverlade aufgeführt. Zu diesen Vorbringen kann auf die Ausführungen betreffend Freiverlade unter Randziffer 349 verwiesen werden. Die erbrachten Umschlagsleistungen in Freiverladen durch Pfister und ACTS sind wiederum nicht zu berücksichtigen.

#### II. Zwischenergebnis aktuelle Konkurrenz

482. Aufgrund der Angaben der Parteien bezüglich Marktanteilen im Rahmen der Meldung und der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung kam die WEKO in der vorläufigen Prüfung zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung von SBB Cargo/TERCO (bzw. den Muttergesellschaften) und Railcare begünstigt. Allerdings hat die vertiefte Abklärung bezüglich Kapazitäten der Wettbewerber ergeben, dass die Marktanteile von SBB Cargo und TERCO bzw. den Muttergesellschaften im Jahr 2018 [10-20] % betragen. Je nach dem welche Marktanteilsbetrachtungsweise zugrunde gelegt wird ist entweder Railcare mit [50-70] % klarer Marktführer nach IST-Umschlägen oder die schweizerische Post mit [60-70] % nach Kapazitäten. Die schweizerische Post verfügt denn auch über bedeutende freie Kapazitäten und Railcare plant einen weiteren Ausbau der Kapazitäten. Deshalb ist aufgrund der ungleichen Marktanteile zwischen SBB Cargo und TERCO einerseits und Railcare andererseits sowie der Stellung der schweizerischen Post die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo und TERCO bzw. die Muttergesellschaften und Railcare nicht gegeben.

<sup>284</sup> Vgl. RPW 2020/2, 723 Rz 476, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

#### B.4.4.7.2. Zwischenergebnis Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens

483. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass keine Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung durch SBB Cargo/TERCO bzw. die Muttergesellschaften und Railcare bzw. Coop im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Renens bestehen.

484. Hierzu ist anzumerken, dass vor der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung Anhaltspunkte für eine solche kollektive Marktbeherrschung bestanden. Die Analyse dieser etwaigen kollektiven Marktbeherrschung erfolgte analog zur Analyse der kollektiven Marktbeherrschung im Raum Gossau. Weil allerdings die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung und die Stellungnahme

zur vorläufigen Beurteilung die Angaben zu den Umschlagsmärkten im Vergleich zur Meldung korrigierten und ergänzten, nahm die WEKO eine zusätzliche Marktbefragung vor. Diese Marktbefragung ergab dann, dass sich die Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung nicht erhärteten.

#### B.4.4.8 Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon

##### B.4.4.8.1. Anzahl beteiligte Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

485. Die Analyse einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung erfolgt für SBB Cargo bzw. die kontrollierenden Unternehmen SBB, Planzer und Jäger zusammen mit Bertschi. Tabelle 21 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit über die Grössenverhältnisse.

Tabelle 21: Marktanteile aktuelle Konkurrenz im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon

Jahr	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
	SBB <sup>285</sup>	SBB Cargo <sup>286</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Terminal Port Franc Martigny SA
2018	0 %	[40-50] %	0 %	0 %	0 %	[10-20] %	[30-40] %
2017	0 %	[40-50] %	0 %	0 %	0 %	[20-30] %	[30-40] %
2016	0 %	[40-50] %	0 %	0 %	0 %	[20-30] %	[30-40] %

486. Gemessen in Marktanteilen vereinen SBB Cargo und Bertschi [60-70] % des Marktes auf sich. Die dritte Wettbewerberin Terminal Port Franc Martigny SA (nachfolgend: Port Franc Martigny) verfügt über einen Marktanteil von [30-40] %. Im Jahr 2017 und 2016 vereinen SBB Cargo und Bertschi [60-70] % des Marktes auf sich, da die Kapazität der Umschlagsanlage von Bertschi in Monthey von vormals [...] im Jahr 2018 auf [...] sank.<sup>287</sup>

487. Gemäss diesen Angaben der Meldung zu den Marktanteilen sind nur drei Unternehmen im Markt. Der Markt ist stark konzentriert. Der HHI beträgt vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben [3600-4200]. Das  $\Delta$ HHI beträgt 0, weil dieses Mass die Interessenangleichung zwischen Bertschi und SBB Cargo nicht abbildet.

488. Allerdings ist die Umschlagsanlage Port Franc Martigny gemäss der Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (nachfolgend: SKE) geschlossen.<sup>288</sup> Damit kann die Anlage Port Franc Martigny auf dem Markt für Umschlagsleistungen für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon nicht als aktuelle Konkurrenz berücksichtigt werden. In diesem Fall verbleiben die SBB Cargo mit einem Marktanteil von [70-80] % und Bertschi mit einem Marktanteil von [10-20] %.<sup>289</sup>

489. [...] Die Umschlagsanlage von SBB Cargo in St. Triphon bediene verschiedene Kundengruppen in der Region. Es sei seit 2017 in Betrieb und verfüge über eine Auslastung von weniger als [...].

490. Unter der Berücksichtigung der Interessenangleichung von SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Bertschi begünstigt somit das Zusammenschluss-

vorhaben in Bezug auf die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi.

##### B.4.4.8.2. Symmetrien

491. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen. Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich wird Symmetrie als Faktor angesehen, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung tendenziell begünstigt.<sup>290</sup>

<sup>285</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>286</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>287</sup> Weder in der Meldung noch in Beilage 40 wird erläutert, weshalb die Umschlagskapazität der Umschlagsanlage von Bertschi in Monthey zwischen 2017 und 2018 um [...] % zurückgegangen ist.

<sup>288</sup> Vgl. SKE, Übersicht über die vom Bund mitfinanzierten KV-Terminals in der Schweiz, vom 15 April 2019, <<https://www.ske.admin.ch/de/aktuell/kv-anlagen/>> (25.11.2019).

<sup>289</sup> Basierend auf den Angaben der Parteien.

<sup>290</sup> Vgl. RPW 2018/4, 895 Rz 170, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 49 Rz 169, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2010/3, 538 Rz 274 f., France Télécom SA/Sunrise Communications AG; RPW 2008/1, 187 Rz 480, Migros/Denner; RPW 2008/3, 453 Rz 274, Heineken/Eichhof.

492. Die Marktanteile von SBB Cargo und Bertschi sind asymmetrisch ([40-50] % gegenüber [10-20] %). Allerdings ändern die Marktanteile durch das Zusammenschlussvorhaben auch nicht. Viel wichtiger ist die Interessenangleichung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Bertschi, zu der das Zusammenschlussvorhaben führt: es liegen symmetrische Interessen vor.

493. Bei SBB Cargo handelt es sich um ein Unternehmen mit primären Tätigkeiten im Bereich des Bahntransports von Gütern und der damit verbundenen Logistik (vgl. Rz 23 ff.). Bertschi ist ein im In- und Ausland tätiger Logistikkonzern, der im Wesentlichen in den Bereichen Transport- und Lagerlogistik tätig ist (vgl. Rz 37 ff.). Obwohl somit keine vollständige Symmetrie bei den Tätigkeiten besteht, ähneln sich diese. Zudem handelt es sich bei den Muttergesellschaften Planzer und Jäger auch um im In- und Ausland bzw. im Inland tätige Logistikkonzerne (vgl. Rz 6 ff. und 13 ff.). Somit können Bertschi und die zwei Muttergesellschaften von SBB Cargo in Bezug auf ihre Tätigkeiten als nahezu identisch betrachtet werden.

494. Weil es sich SBB, SBB Cargo, Planzer, Jäger und Bertschi um Transport- und Logistikunternehmen handelt, bestehen ebenfalls Symmetrien in Bezug auf technologisches Know-how.

495. Weiter handelt es sich bei SBB, SBB Cargo, Planzer, Jäger und Bertschi um gewinnorientierte Unternehmen. Grundsätzlich zeichnen sich beide Gruppen daher in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse beider in erster Linie symmetrisch. Die WEKO behauptet damit nicht, dass das vorrangige Ziel eines gewinnorientierten Unternehmens, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziert. Trotz des vorrangigen Ziels der Gewinnmaximierung kann es sein, dass die jeweiligen Marktteilnehmer auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Strategien anwenden. Wenn allerdings Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.<sup>291</sup>

496. Insgesamt begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Symmetrien den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi.

#### **B.4.4.8.3. Marktwachstum und Innovationen**

497. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z. B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen bzw. aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschie-

bungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.<sup>292</sup>

498. Zudem ist in wachsenden Märkten Kollusion bei gleichbleibender Anzahl Marktteilnehmer einfacher aufrechtzuerhalten.<sup>293</sup>

499. Gemäss Meldung sei das Marktvolumen in den letzten Jahren relativ konstant. Mit der Inbetriebnahme von GBN dürfe sich dies in der Zukunft ändern, weil die Nachfrage nach Umschlägen für die lokale Feinverteilung von internationale KV im Vor- und Nachlauf zunehmen werde.

500. Die Faktoren Forschung und Entwicklung, Innovation, Immaterialgüterrechte und Know-how würden bei Umschlagsanlagen eine relativ geringe Rolle spielen. Die grössten Innovationen würden künftig im Bereich Automatisierung (z. B. im Bereich der Lagerung von Ladeeinheiten) erwartet. Somit bestehen auf dem Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon keine Unsicherheiten durch grundlegende Innovationen.

501. Insgesamt begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf das Marktwachstum den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi.

#### **B.4.4.8.4. Markttransparenz**

502. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.<sup>294</sup>

503. Aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen ist Bertschi gut bis sehr gut über die Umschlagsanlagen von SBB Cargo informiert (vgl. Rz 310). Zudem sind Planzer und Jäger über den Einsatz von Bertschi im Verwaltungsrat von Swiss Combi (vgl. Rz 284) über die Interessen von Bertschi informiert.

504. Somit begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Markttransparenz den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi.

<sup>291</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 44.

<sup>292</sup> Vgl. RPW 2018/3, 896 Rz 177, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 498 Rz 179, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heineken/Eichhof*.

<sup>293</sup> Vgl. MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 26 f., <[www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)>.

<sup>294</sup> Vgl. RPW 2018/3, 897 Rz 182, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 499 f. Rz 187, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 456 Rz 293, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2011, 361 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 22 ff. <[ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)>.

**B.4.4.8.5. Multimarktbeziehungen**

505. Multimarktbeziehungen können gemäss Literatur unter bestimmten Umständen (Asymmetrien auf den Drittmärkten) kollusives Verhalten begünstigen.<sup>295</sup>

506. Aufgrund der Meldung und der Abklärungen der WEKO ergeben sich die in Tabelle 22 dargestellten Multimarktbeziehungen zwischen SBB, Planzer, Jäger, Galliker, Bertschi und SBB Cargo.

Tabelle 22: Übersicht Multimarktbeziehungen

Be- reiche	Relevante Märkte	Marktanteile					
		SBB <sup>296</sup>	SBB Cargo <sup>297</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi
Umschlagsleistungen	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau	0 %	[60-70] % ([70-80] %) bzw. [60-70] % <sup>298</sup>	0 %	0 %	[20-30] % ([0-10] %) bzw. [0-10] % <sup>299</sup>	0 %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen	0 %	[10-20] % bzw. [10-20] % <sup>300</sup>	0 %	0 %	[0-10] % bzw. [10-20] % <sup>301</sup>	0 %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon	0 %	[70-80] % <sub>302</sub>	0 %	0 %	0 %	[10-20] % <sub>303</sub>
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	0 %	[0-10] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet	0 %	[10-20] %	0 %	0 %	0 %	[0-10] %
Speditionsleistungen	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
Güterverkehr auf der Strasse	Nationaler Markt für den Strassentransport von LTL (Stückgut) im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	0 %
	Nationaler Markt für den Strassentransport von STL im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	0 %
	Nationaler Markt für den Strassentransport von gekühlten/tiefgekühlten Waren im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	0 %	[0-10] %	0 %
	Nationaler Markt für den Strassentransport von Gefahrgütern im Binnenverkehr	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	Nationaler Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	0 %

<sup>295</sup> Vgl. RPW 2018/3, 897 Rz 186, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 500 Rz 191, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2008/1, 189 Rz 505, Migros/Denner; RPW 2008/3, 457 Rz 300, Heineken/Eichhof; RPW 2010/3, 550 Rz 342, France Télécom SA/Sunrise Communications AG; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 48 ff. <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf>.

<sup>296</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>297</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>298</sup> Vgl. Tabelle 11 und Tabelle 12.

<sup>299</sup> Vgl. Tabelle 11 und Tabelle 12.

<sup>300</sup> Vgl. Tabelle 17 und Tabelle 18.

<sup>301</sup> Vgl. Tabelle 17 und Tabelle 18.

<sup>302</sup> Vgl. Rz 488.

<sup>303</sup> Vgl. Rz 488.



507. Tabelle 22 zeigt, dass zwischen SBB, Planzer, Jäger, Bertschi und SBB Cargo Multimarktbeziehungen in geringem Ausmass bestehen. Zudem sind diese Multimarktbeziehungen mit Ausnahme des Bereichs der Umschlagsleistungen mit geringen bis sehr geringen Marktanteilen verbunden. Die Multimarktbeziehungen weisen tendenziell eine mittlere Asymmetrie auf.

508. Insgesamt führt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf Multimarktbeziehungen zu keiner Verstärkung des Anreizes und der Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi.

#### **B.4.4.8.6. Stellung der Marktgegenseite**

509. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.<sup>304</sup>

510. Die Marktgegenseite bei Umschlagsleistungen setzt sich aus verschiedensten Marktteilnehmern in den Transport- und Logistikbereichen zusammen. Dies können bspw. KV-Operateure, Logistikunternehmen oder Speditionsunternehmen sein.<sup>305</sup> Die Meldung führt aus, dass in erster Linie Spediteure und KV-Operateure Umschlagsleistungen für den Binnenverkehr und für die lokale Feinverteilung von internationalen kombinierten Verkehren im Vor- und Nachlauf nachfragen. Weiter erhöht die wirtschaftliche Grösse die Heterogenität unter den Marktteilnehmern.

511. Im Rahmen der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringen die Parteien vor, dass die Kunden der Umschlagsanlage von Bertschi praktisch ausnahmslos international tätige Chemieunternehmen seien (vgl. Rz 489). Sie seien auch internationale Grosskunden von Bertschi und würden gegenüber Bertschi über eine grosse Nachfragemacht verfügen; was eine Marktbeherrschung ausschliesse. Zudem verfüge Syngenta über ein eigenes Werksterminal in Monthey, dessen Kapazität nach Schätzung von Bertschi bei mindestens [...] TEU liege. Sie sei damit gleich hoch wie die Kapazität der Anlage von Bertschi. Damit sei Syngenta in der Lage, zusätzlichen Druck auf Bertschi auszuüben, weil Syngenta glaubwürdig damit drohen könne, die eigenen Verkehre im Werksterminal umzuschlagen.

512. Zu diesen Vorbringen ist festzuhalten, dass vorliegend weder von unterschiedlichen Kundengruppen noch von ausgeprägter Nachfragemacht auszugehen ist. Erstens kann nicht gefolgert werden, dass sich die Umschlagsanlagen von SBB Cargo und Bertschi im Raum St. Triphon an unterschiedliche Kundengruppen richten, nur weil bei der Umschlagsanlage von Bertschi in Monthey hauptsächlich Umschläge für grosse Chemieunternehmen umgeschlagen würden bzw. weil sich im Raum St. Triphon der Umschlag einer Kundengruppe auf eine Umschlagsanlage fokussiere. Es spricht nichts dagegen, dass die Chemieunternehmen auch Umschlagsleistungen bei SBB Cargo beziehen und, umgekehrt, die ande-

ren Kundengruppen Umschlagsleistungen bei Bertschi in Monthey beziehen können. Zweitens ist bezüglich der angeblichen Möglichkeit von Syngenta dank des eigenen Werksterminals Druck auf Bertschi auszuüben zu berücksichtigen, dass Umschlagskapazitäten beschränkt sind (vgl. Rz 338). Syngenta müsste dazu auch über genügend freie Kapazitäten verfügen. Dass die geplante Umschlagsanlage in Monthey zu 49 % im Besitz von Syngenta sein wird, deutet hingegen eher auf geringe freie Kapazitäten des Werksterminals hin, da ansonsten ein mit hohen Investitionskosten verbundener Neubau bzw. die Beteiligung von Syngenta gar nicht notwendig wäre. Selbst wenn von Syngenta aufgrund des eigenen Werksterminals ein gewisser Druck ausgehen sollte, gilt das nicht für die anderen erwähnten Chemieunternehmen in Monthey.

513. Zwar ist davon auszugehen, dass grosse Unternehmen über eine höhere Verhandlungsmacht verfügen. Allerdings kann gemäss schweizerischer und europäischer Praxis der Druck der Nachfragemacht nicht als hinreichend betrachtet werden, wenn nur ein bestimmtes oder begrenztes Kundensegment wie allenfalls die Chemieunternehmen in Monthey vor der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt ist.<sup>306</sup>

514. Somit ist die Stellung der Marktgegenseite und damit deren Verhandlungsmacht als gering bis höchstens mittel einzustufen.

515. Insgesamt begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi.

#### **B.4.4.8.7. Potenzielle Konkurrenz**

516. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.<sup>307</sup>

517. Zu erfolgten Marktzutritten in den letzten fünf Jahren im Bereich der Umschlagsleistungen führt die Meldung aus, dass SBB Cargo die Binnenterminals Oensingen und St. Triphon eröffnet habe.

<sup>304</sup> Vgl. RPW 2018/3, 897 Rz 189, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 500 Rz 196, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 199 Rz 584, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 304, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; MOTTA (Fn 152), 145. <ec.europa.eu/competition/mergers/studies\_reports/the\_economics\_of\_tacit\_collusion\_en.pdf> (04.06.2018).

<sup>305</sup> Vgl. RPW 2020/2, 677 f. Rz 187 ff, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>306</sup> Vgl. RPW 2020/2, 728 Rz 516, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2014/4, 682 Rz 91, m. w. H., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

<sup>307</sup> Vgl. RPW 2018/3, 898 Rz 193, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 205 Rz 650, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 458 Rz 311, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 555 Rz 374, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition,

518. Da in den kommenden Jahren mit einer steigenden Nachfrage gerechnet werde, sei davon auszugehen, dass es zu Marktzutritten und/oder Ausbauten bestehender Umschlagsanlagen kommen dürfte. Gleichzeitig führt die Meldung aus, dass in den kommenden Jahren SBB Cargo den Ausbau der beiden Binnenterminals Gossau und Dietikon plane.

519. Zu den Kosten eines Marktzutritts gibt die Meldung an, dass die Investition für eine kleine oder mittlere Schiene/Strasse-Umschlagsanlage ohne Wasseranschluss auf einer vorgängig bereits gut erschlossenen Fläche durchaus tief gehalten werden könne, d. h. unter 10 Millionen Franken. Damit könne von relativ geringen Marktzutrittskosten ausgegangen werden.

520. Zudem würden die regulatorischen Rahmenbedingungen in der Schweiz für KV-Umschlagsanlagen die Marktzutrittskosten positiv beeinflussen. Durch die Tatsache, dass der Bund gestützt auf die rechtlichen Grundlagen im Gütertransportgesetz (Art. 8 GüTG) und der Gütertransportverordnung (GüTV<sup>308</sup>) KV-Umschlagsanlagen in der Schweiz mit 60 % A-fonds-perdu-Beiträgen fördern kann (bei Anlagen von nationaler Bedeutung sogar 80 %), werde der Marktzutritt deutlich erleichtert. Diese Fördermöglichkeiten seien gemäss GüTV lediglich an eine Mindestumschlagmenge von 5000 TEU gebunden. Dieses Volumen könne rasch erreicht werden. Somit könnten praktisch alle Marktakteure in den Genuss dieser Beiträge kommen.

521. Zunächst ist festzustellen, dass in den letzten fünf Jahren nur SBB Cargo im Bereich der Umschlagsleistungen neue Anlagen eröffnet hat. Andere Marktteilnehmer sind im Bereich Umschlagsleistungen nicht zugegetreten.

522. Weiter bestehen keine konkret zu nennende Unternehmen, bei denen ein Marktzutritt bevorsteht. Folglich sind keine konkreten potenziellen Wettbewerber ersichtlich.

523. Dann ist entgegen der Ansicht der Meldung ein Investitionsbetrag von unter 10 Millionen Franken bzw. in dieser Grössenordnung als hohe Markteintrittshürde zu bezeichnen. Dies vor allem auch, weil diese Investitionshöhe eine vorgängig gut erschlossene Fläche voraussetzt. Zudem setzt ein wirtschaftlicher Betrieb einer Umschlagsanlage eine hohe Auslastung der Kapazität voraus, die es bei einem Markteintritt zu erreichen gilt. Überdies dürfte der Verkauf einer bereits bestehenden Umschlagsanlage mit hohen Anforderungen verbunden sein, wodurch wesentliche Marktaustrittshürden bestehen, die als Marktzutrittschürde wirken.

524. Die regulatorischen Rahmenbedingungen können zwar eine Erleichterung bei einem Markteintritt bewirken. Allerdings muss ein Gesuch um Investitionsbeiträge an den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von KV-Umschlagsanlagen die im GüTG bzw. im GüTV vorgegebenen Förderkriterien erfüllen und sich im Einklang mit dem vom Bundesrat verabschiedeten Konzept für den Gütertransport auf der Schiene befinden. Zudem trägt der Gesuchsteller das betriebswirtschaftliche Risiko, dass das BAV Investitionsbeiträge anteilmässig zurückfordert, wenn die geförderte Anlage nicht mehr benutzt wird oder die vereinbarte Umschlags- oder

Transportmenge nicht erreicht wird.<sup>309</sup> Eingereichte Gesuche werden vom Bundesamt für Verkehr eingehend geprüft, weshalb von der Planung bis zur Realisierung mehrere Jahre vergehen können.<sup>310</sup> Allerdings ist eine Förderung durch Subventionen nur für KV-Umschlagsanlagen möglich.

525. Hierzu ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass es von der Planung bis zur Realisierung eines Neubaus einer Umschlagsanlage im Normalfall bedeutend länger als bei einer Erweiterung einer bestehenden Anlage dauert (vgl. Rz 414). Die Realisierung einer neuen Umschlagsanlage nimmt mehrere Jahre in Anspruch; dies kann mehr als zehn Jahre sein.

526. Zusätzlich sind für Galliker die Anreize für einen Markteintritt mit einem Neubau einer eigenen Umschlagsanlage gering (vgl. Rz 419).

I. Stellungnahme der Parteien bzgl. potenzieller Konkurrenz

527. Im Unterschied zur Meldung machen die Parteien in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung geltend, dass bis 2022 mit dem Terminal Combiné Monthey (nachfolgend: TCM) eine neue und moderne Umschlagsanlage realisiert werden solle. Die Terminals Combiné de Monthey SA sei zu 51 % im Besitz der Gemeinde Monthey und zu 49 % im Besitz von Syngenta. Zudem könne die zurzeit inaktive Anlage Port Franc Martigny jederzeit und mit geringen Kosten reaktiviert werden. Diese potenzielle Konkurrenz schliesse es aus, dass es im Raum St. Triphon zu einer kollektiven Marktbeherrschung von SBB Cargo und Bertschi kommen könne.

528. Zum Vorbringen der Möglichkeit der Reaktivierung von Port Franc Martigny ist festzuhalten, dass eine Wiederaufnahme des Betriebs nicht von heute auf morgen vorgenommen werden kann und zudem mit betrieblichen Risiken verbunden sind. Zudem braucht auch eine Reaktivierung eine gewisse Zeit, bis die Umschlagsanlage eine wirtschaftlich genügend hohe Auslastung erreicht. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass dies eine Situation darstellt, in der SBB Cargo und Bertschi einen nachhaltigen Anreiz für eine Koordination zur strategischen Kapazitätsentscheidung haben, um eine etwaige Reaktivierung von Port Franc Martigny zu verhindern (Vgl. Rz 534).

529. Wie sich die Wettbewerbssituation nach der Inbetriebnahme von TCM entwickelt, hängt neben weiteren Faktoren auch von den Zugangsbedingungen zur Umschlagsanlage und den (freien) Kapazitäten der neuen Anlage ab. Hierzu ist auf die Aussagen der Betreiber-gesellschaft bzw. eines Mitglieds des Verwaltungsrats von

European Commission, März 2003, 53; Motta (Fn 152), 143 f.

<sup>308</sup> Verordnung vom 25. Mai 2016 über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportverordnung, GüTV; SR 742.411).

<sup>309</sup> Vgl. BAV, Leitfaden betreffend Investitionsbeiträge für private Güterverkehrsanlagen der Schiene, Juli 2018, Kapitel 3 und 9.

<sup>310</sup> Vgl. RPW 2020/2, 721 f. Rz 466, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

TCM zu verweisen, wonach die neue Umschlagsanlage für alle interessierten Kunden offenstehen werde und die Fracht der Chemieindustrie etwa die Hälfte des Transportvolumens ausmachen werde. Bis 2035 solle sich zudem die maximale Kapazität der neuen Anlage von aktuell 8 nicht ausgelasteten Zügen auf 16 Züge pro Tag etablieren.<sup>311</sup> Gleichzeitig ist anhand des Beispiels TCM allerdings erneut darauf hinzuweisen, dass die Realisierung einer neuen Umschlagsanlage teilweise mehr als zehn Jahre in Anspruch nehmen kann und deshalb das Ergebnis für den Raum St. Triphon nicht einfach auf die anderen fraglichen Märkte für Umschlagsleistungen übertragen werden kann. Zudem zeigt das Beispiel auch, dass eine gewisse Mindestauslastung notwendige Voraussetzung für einen Markteintritt im Bereich der Umschlagsleistungen ist. Diese Voraussetzung ist im Fall TCM mit der bereits bestehenden Nachfrage der im Raum Monthey angesiedelten Chemieindustrie gegeben.

## II. Zwischenergebnis potenzielle Konkurrenz

530. Somit besteht mit der geplanten Inbetriebnahme der Umschlagsanlage TCM im Jahr 2022 konkret zu nennende potenzielle Konkurrenz. Bis zum Markteintritt von TCM im Jahr 2022 begünstigt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die potenzielle Konkurrenz den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi. Danach stellt sich jedoch die Frage, ob mit dem Markteintritt von TCM trotz der bestehenden Anreize zur kollektiven Marktbeherrschung deren Nachhaltigkeit weiterhin gegeben ist.

### B.4.4.8.8. Zwischenergebnis kollektive Marktbeherrschung

531. Die Kriterien für die Beurteilung der Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung ergeben insgesamt Anhaltspunkte, dass der Übergang zu gemeinsamer Kontrolle von SBB Cargo via Swiss Combi die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon eröffnet. Deshalb führt der Zusammenschluss zur zeitlich beschränkten Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon. Es ist allerdings damit zu rechnen, dass sich mit TCM ein potenter Wettbewerber etablieren kann. Deshalb kann die Frage offengelassen werden, ob der bestehende Anreize zur kollektiven Marktbeherrschung nachhaltig ist, weil in diesem Fall die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht gegeben ist (vgl. Rz 533).

532. Zum qualitativ gleichen Ergebnis würde eine Analyse unter Berücksichtigung einer gemeinsamen Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi führen.

### B.4.4.8.9. Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG)

533. Wie bereits erwähnt ist die Umschlagsanlage Port Franc Martigny geschlossen (vgl. Rz 488). Damit ver-

bleiben auf dem Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon die Umschlagsanlage von jeweils SBB Cargo und Bertschi. Als direkte Konsequenz folgt aus der Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung von SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Bertschi, dass der wirksame Wettbewerb entfällt. Aktuelle Konkurrenz besteht keine mehr.

534. Weil es sich um eine kollektive Marktbeherrschung im Bereich der Umschlagsleistungen handelt, steht in diesem Zusammenschlussvorhaben eine Koordinierung in Bezug auf die Kapazitäten im Vordergrund (vgl. Rz 270). Zudem ermöglicht die kollektive Marktbeherrschung und die damit einhergehende Koordinierung bei den Kapazitäten auch in Bezug auf potenzielle Konkurrenz strategische Investitionsentscheide, um etwaige Markteintritte fernzuhalten (vgl. Rz 441). Weiter sind für Galliker die Anreize für einen Markteintritt mit einem Neubau einer eigenen Umschlagsanlage gering (vgl. Rz 419). Das Diskriminierungspotenzial bzw. die Möglichkeit der teilweisen Abschottung von Kunden gegenüber aktuellen und potentiellen Anbietern von Umschlagsleistungen aufgrund von vertikalen Effekten könnte die Markteintrittshürden zusätzlich erhöhen (vgl. Rz 561 ff.). Dadurch würde sich auch die Möglichkeit der Fernhaltung von potenziellen Konkurrenten verstärken. Allerdings besteht mit der geplanten Umschlagsanlage TCM potenzielle Konkurrenz, die aufgrund der vorliegenden Informationen durch das Zusammenschlussvorhaben nicht vom Markteintritt abzuhalten ist.

### B.4.4.8.10. Zwischenergebnis Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon

535. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Bertschi im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon begünstigt. Allerdings ist fraglich, ob die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung bzw. eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gegeben ist.

### B.4.4.9 Fazit kollektive Marktbeherrschung

536. Aufgrund des Zusammenschlussvorhabens liegt eine sehr hohe Interessenübereinstimmung zwischen den SBB, Planzer und Jäger sowie Galliker und Bertschi vor. Diese Interessenübereinstimmung besteht zumindest in Bezug auf SBB Cargo. Die sehr hohe Interessenübereinstimmung ist unabhängig von einem spezifischen relevanten Markt vorhanden. Vor dem Hintergrund der Interessenübereinstimmung ist allenfalls sogar eine faktische Kontrolle von SBB Cargo durch die SBB, Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi in Betracht zu ziehen.

<sup>311</sup> <<https://www.tdg.ch/suisse/suisse-romandenouveau-terminal-railroute-mis-enquete/story/24413778>> (6.1.2020).

537. Weil zwischen den SBB, Planzer und Jäger sowie Galliker und Bertschi eine sehr hohe Interessenübereinstimmung vorliegt (zumindest in Bezug auf SBB Cargo), stellt sich die Frage nach der Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch das Zusammenschlussvorhaben auf folgenden relevanten Märkten:

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker,
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Oensingen zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker,
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Renens zwischen SBB Cargo/TERCO bzw. den Muttergesellschaften und Railcare bzw. Coop.
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Bertschi.

538. Für den Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau ist die gemäss EU-Kommission vorausgesetzte erleichterte Koordinierung (vgl. Rz 269; Anzahl beteiligte Unternehmen, Interessenangleichung, Symmetrien, Konzentrationsgrad) erfüllt. Weiter sind auch die von der EU-Kommission vorausgesetzten drei Bedingungen (vgl. Rz 269) der ausreichenden Überwachung (Markttransparenz, Marktwachstum und Innovation), der glaubhaften Abschreckungsmechanismen (Wettbewerbsvariablen, Interessenangleichung im Rahmen von Swiss Combi, Zusammenarbeit in verschiedenen Formen) und den Reaktionen von Aussenstehenden (Konzentrationsgrad, Stellung Marktgegenseite und potenzielle Konkurrenz) für eine nachhaltige Koordinierung erfüllt.<sup>312</sup> Somit begründet das Zusammenschlussvorhaben für diesen relevanten Markt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker. Allerdings ist wegen dem geplanten Markteintritt von Railcare fraglich, ob die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung und somit eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gegeben ist.

539. Beim Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Oensingen ist trotz der sehr hohen Interessenübereinstimmung eine kollektive Marktbeherrschung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker wegen der Marktstruktur unwahrscheinlich.

540. Für den Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Renens ist eine kollektive Marktbeherrschung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Railcare bzw. Coop wegen der Marktstruktur auch unwahrscheinlich.

541. In Bezug auf den Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon bestehen Hinweise

auf die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Bertschi. Allerdings ist wegen der geplanten Konkurrenz-Umschlagsanlage TCM fraglich, ob die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung und somit eine kollektiv marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gegeben ist.

542. Hierzu ist festzuhalten, dass vertikale Abschottungseffekte die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung und die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verstärken könnten (vgl. Rz 443 und 534).

## B.4.5 Vertikale Effekte

### B.4.5.1 Vorbemerkungen

543. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind mit den SBB, Planzer und Jäger vertikal integrierte Unternehmen beteiligt. Durch das Zusammenschlussvorhaben unter der gemeinsamen Kontrolle der SBB, Planzer und Jäger erfolgt eine weitere vertikale Integration über die Stufen Strassentransport und Schienentransport sowie Strassentransport und Operateurleistungen. Zumindest handelt es sich um eine teilweise vertikale Integration bzw. ein vertikales Zusammenschlussvorhaben.<sup>313</sup> Es liegt ein Vorgang vor, bei dem die Mutterunternehmen des Gemeinschaftsunternehmens SBB Cargo mit diesem zusammen die gesamte Wertschöpfungs- bzw. Logistikkette abdecken:

- Speditionsleistungen,
- Operateurleistungen,
- Umschlagsleistungen,
- Strassentransport,
- Schienentransport,
- Kontraktlogistik.

544. Vertikale Zusammenschlüsse (und auch konglomerate Zusammenschlüsse) beinhalten neben Effizienzvorteilen auch ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern sowie ein Potenzial für Koordination (kollektive Marktbeherrschung) auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können.<sup>314</sup> Marktmächtige Zusammenschlussparteien können ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen (Foreclosure). Diese Einflussnahme bzw.

<sup>312</sup> EU-Horizontalleitlinien (Fn 141), Rz 41 (insb. Urteil des EuG vom 6.6.2002 T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002 II-2585, Rz 62).

<sup>313</sup> Vgl. Gemäss EU-Kommission sind an vertikalen Zusammenschlussvorhaben Unternehmen beteiligt, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind (Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S. 6 Rz 4, nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien).

<sup>314</sup> Vgl. RPW 2020/2, 711 Rz 413, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; ausführlich zu den Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff. *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Rz 15 und 17 EU-Vertikalleitlinien; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art 10 N 128 ff., 140, 141 ff. und 145.

Marktabstottung und Diskriminierung ermöglicht dann allenfalls eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Es gilt daher zu analysieren, ob die Zusammenschlussparteien über (erhöhte) Marktmacht bzw. eine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt verfügen, welche ihnen die Möglichkeit zur Marktabstottung/Diskriminierung eröffnet und ob Anreize für eine solche Vorgehensweise vorhanden sind.<sup>315</sup>

545. Bezüglich Koordination bzw. koordinierter Effekte oder kollektiver Marktbeherrschung zwischen den Muttergesellschaften auf vor- oder nachgelagerten Märkten ist festzuhalten, dass die schweizerische Zusammenschlusskontrolle nicht verlangt, dass es zu keiner Koordination des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen kommt. Eine allfällige Koordination des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Mutterunternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens wird nach Art. 5 KG beurteilt.<sup>316</sup>

546. Koordinierte Effekte eines Gemeinschaftsunternehmens wie die Schaffung von Voraussetzungen für kollektive Marktbeherrschung sind dann denkbar, wenn zwei oder mehrere Muttergesellschaften in nennenswertem Umfang weiter auf demselben Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen (vgl. Rz 561 ff.), auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem eng verbundenen benachbarten Markt tätig sind. Es könnte dann das Risiko bestehen, dass diese Muttergesellschaften ihr Verhalten koordinieren (vgl. Rz 578 ff.).<sup>317</sup>

547. Im Rahmen der Marktbefragung (vgl. Rz 60) zeigt sich, dass aufgrund der weiteren vertikalen Integration durch das Zusammenschlussvorhaben Vorteile erwartet werden, wie beispielsweise neue Angebote, besserer Service und die bessere Verknüpfung von Schiene und Strasse. Allerdings bestehen auch Befürchtungen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Verstärkung der Marktstellung der beteiligten Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette der Transport- und Logistikbranche führen wird. Vereinzelt besteht die Besorgnis, dass das Zusammenschlussvorhaben Potenzial für eine Marktverschliessung oder zumindest einer Erschwerung des Zugangs beim dualen Transport (Schiene/Strasse) bzw. Transport per Nachtsprung auf der Schiene und Feinverteilung per LKW eröffnet.

548. Zudem folgt aus der Befragung, dass ein Diskriminierungspotenzial zwischen den Muttergesellschaften und deren Wettbewerbern besteht. So wird beispielsweise befürchtet, dass die Muttergesellschaften beim Bezug von Dienstleistungen auf der Schiene der SBB Cargo bessere Konditionen als die Mitbewerber erhalten, Entwicklungen im Schienengüterverkehr auf die Muttergesellschaften ausgerichtet sind und Informationen über Weiterentwicklungen nicht zeitgleich weitergegeben werden. Weiter wird befürchtet, dass die begrenzten Kapazitäten auf der Schiene zuungunsten der Mitbewerber vergeben werden und beispielsweise eine Einschränkung bezüglich dem Zugang zu Dienstleistungen wie dem «Nachtsprung» auf der Schiene der SBB Cargo aber auch bezüglich der Angebote der Muttergesellschaften stattfinden wird.

549. Weiter zeigt die Marktbefragung Befürchtungen, dass die Muttergesellschaften durch das Zusammen-

schlussvorhaben Einblick in logistische Daten ihrer Mitbewerber (vertrauliche Informationen) von SBB Cargo erhalten könnten und es zu einer Zusammenführung von Informationen in den Bereichen des Güterverkehrs auf der Schiene und auf der Strasse kommen könnte.

550. Damit bestehen Hinweise für bestehende Wettbewerbsbedenken aufgrund vertikaler Effekte des Zusammenschlussvorhabens.

551. Im Wesentlichen entstehen nicht koordinierte Wirkungen oder wettbewerbswidriger Ausschluss, wenn nicht-horizontale Fusionen zur Abstottung führen. Unter «Abstottung» versteht die EU-Kommission die Fälle, in denen der Zugang bestehender oder potenzieller Wettbewerber zu den Lieferungen oder Märkten aufgrund des Zusammenschlussvorhabens behindert oder beseitigt und in der Folge die Wettbewerbsfähigkeit bzw. der Wettbewerbsanreiz der betreffenden Unternehmen geschwächt wird. Die Abstottung bewirkt, dass die fusionierenden Unternehmen – und möglicherweise sogar einige ihrer Wettbewerber – den Preis gegenüber den Endverbrauchern gewinnbringend erhöhen können.<sup>318</sup> Durch die vertikale Integration kann die fusionierte Einheit Zugang zu vertraulichen Unternehmensdaten über die vorgelagerten und nachgeordneten Tätigkeiten der Wettbewerber erlangen. So kann zum Beispiel ein Unternehmen, das zum Lieferanten eines nachgeordneten Wettbewerbers wird, kritische Informationen erlangen, die es in die Lage versetzen, bei den Preisen im nachgeordneten Markt zum Nachteil der Verbraucher weniger aggressiv vorzugehen.<sup>319</sup>

552. Koordinierte Wirkungen entstehen grundsätzlich, wenn die Fusion die Wettbewerbsstruktur dahingehend ändert, dass Unternehmen, die zuvor ihr Verhalten nicht koordinierten, nun deutlich eher geneigt sind, Preiserhöhungen zu koordinieren oder einen wirksamen Wettbewerb auf andere Weise zu behindern. Zudem kann eine Fusion Koordinierungen für die Unternehmen einfacher, stabiler und wirksamer machen, die sich bereits vor der Fusion koordinierten.<sup>320</sup>

553. Sowohl in Bezug auf Abstottung als auch in Bezug auf kollektive Marktbeherrschung bzw. koordinierte Effekte bedrohen nicht-horizontale Zusammenschlussvorhaben gemäss EU-Kommission einen wirksamen Wettbewerb nur, wenn das fusionierte Unternehmen über ein deutliches Mass an Marktmacht (die nicht unbedingt gleichbedeutend mit Beherrschung sein muss) in wenigstens einem der betroffenen Märkte verfügt.<sup>321</sup> Als erste nützliche Bezugsgrösse verwendet die EU-

<sup>315</sup> Vgl. RPW 2020/2, 711 Rz 413, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; ausführlich zu den Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff. *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Rz 18 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>316</sup> Vgl. RPW 2020/2, 711 Rz 414, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2015/4, 767 f. Rz 67 f. *Coop/Swisscom*; Rz 19 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>317</sup> Vgl. RPW 2020/2, 712 Rz 415, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>318</sup> Vgl. Rz 18 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>319</sup> Vgl. Rz 78 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>320</sup> Vgl. Rz 19 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>321</sup> Vgl. Rz 23 EU-Vertikalleitlinien.

Kommission dabei Marktanteile und Konzentrationshöhen.<sup>322</sup> Dabei ist für die EU-Kommission das Vorhandensein eines deutlichen Masses an Marktmacht in wenigstens einem der betroffenen Märkte eine notwendige, doch keine hinreichende Voraussetzung für eine Schädigung des Wettbewerbs.<sup>323</sup>

554. Dementsprechend legt die EU-Kommission als erste Anzeichen für das Fehlen von Wettbewerbsbedenken folgende Werte zugrunde: Wettbewerbsbedenken bei nicht-horizontalen Fusionen, seien sie koordiniert oder nicht koordiniert, werden sich kaum stellen, wenn der Marktanteil der neuen Einheit nach der Fusion in jedem der betroffenen Märkte unterhalb von 30 % und der HH-Index unterhalb von 2000 liegt.<sup>324</sup>

555. Derartige Zusammenschlussvorhaben untersucht die EU-Kommission in der Praxis nur dann eingehend, wenn besondere Umstände vorliegen, die z. B. einige der nachstehenden Merkmale aufweisen:<sup>325</sup>

a) an der Fusion ist ein Unternehmen beteiligt, das in naher Zukunft z. B. wegen jüngst erfolgter Innovationen wahrscheinlich beträchtlich wachsen wird;

b) zwischen den Marktteilnehmern bestehen beträchtliche Überkreuz-Beteiligungen oder wechselseitig besetzte Führungsposten;

c) bei einem der fusionierenden Unternehmen ist davon auszugehen, dass es koordiniertes Marktverhalten stören wird;

d) es gibt Anzeichen für eine vergangene oder andauernde Koordinierung oder Praktiken, die eine Koordinierung erleichtern.

556. Auf der Grundlage dieser Vorgehensweise der EU-Kommission und den Schwellenwerten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU für eine mutmassliche Unbedenklichkeit (vgl. Rz 217) stehen Wettbewerbsbedenken aufgrund vertikaler Effekte für die betroffenen Märkte im Vordergrund (vgl. Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (Covid)). Zudem bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr zumindest Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Rz 218).

Tabelle 23: Betroffene Märkte anhand Angaben der Meldung und Abklärungen WEKO (vgl. Tabelle 7)

Bereiche	Relevante Märkte	Marktanteile				Marktanteil gemeinsam
		SBB <sup>326</sup>	SBB Cargo <sup>327</sup>	Planzer	Jäger	
Güterverkehr auf der Schiene	Markt für EWLV auf der Schiene im Binnenverkehr	0 %	~100 %	0 %	0 %	~100 %
	Markt für EWLV auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	0 %	~100 %	0 %	0 %	~100 %
	Markt für EWLV auf der Schiene im Transitverkehr	0 %	~100 %	0 %	0 %	~100 %
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	0 %	[60-70] %	0 %	0 %	[60-70] %
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	[0-10] %	[50-60] %	0 %	0 %	[50-60] %
	Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	[50-60] %
	Markt für KV auf der Schiene im Binnenverkehr	[10-20] %	[40-50] %	0 %	0 %	[60-70] %
	Markt für KV auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	[30-40] %	[10-20] %	0 %	0 %	[50-60] %
	Markt für KV auf der Schiene im Transitverkehr	[40-50] %	0 %	0 %	0 %	[40-50] %
Operateurleistungen	Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger auf der Schiene im Binnenverkehr	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	[50-60] %
	Markt für Operateurleistungen für den BKV auf der Schiene im Transitverkehr	100 %	0 %	0 %	0 %	100 %

<sup>322</sup> Vgl. Rz 24 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>323</sup> Vgl. Rz 24 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>324</sup> Vgl. Rz 27 und 25 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>325</sup> Vgl. Rz 27 EU-Vertikalleitlinien.

<sup>326</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>327</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

Bereiche	Relevante Märkte	Marktanteile				Marktanteil gemeinsam
		SBB <sup>326</sup>	SBB Car- go <sup>327</sup>	Planzer	Jäger	
Umschlagsleistungen	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau	0 %	[60-70] % ([70-80] %) bzw. [60-70] % <sup>328</sup>	0 %	0 %	[60-70] % ([70-80] %) bzw. [60-70] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Oensingen	0 %	[10-20] % bzw. [10-20] % <sup>329</sup>	0 %	0 %	[10-20] % bzw. [10-20] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Renens	0 %	[10-20] % <sup>330</sup>	0 %	0 %	[10-20] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Sion	0 %	[50-60] %	0 %	0 %	[50-60] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Lugano/Cadenazzo	0 %	[80-90] %	0 %	0 %	[80-90] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon	0 %	[70-80] % <sup>331</sup>	0 %	0 %	[70-80] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Dietikon	0 %	[90-100] %	0 %	0 %	[90-100] %
	Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet <sup>332</sup> (GBN)	0 %	[50-60] % ([...])	0 %	0 %	[50-60] %
Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet <sup>333</sup> (GBN)	0 %	[30-40] % ([...])	0 %	0 %	[30-40] %	
	Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %
Werkstattdienstleistungen	Nationaler Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance) von Lokomotiven	[30-40] %	[50-60] %	0 %	0 %	[90-100] %
	Nationaler Markt für Instandhaltung (heavy maintenance) von Lokomotiven	[30-40] %	[50-60] %	0 %	0 %	[90-100] %
	Nationaler Markt für Umbau (refurbishment) von Lokomotiven	[30-40] %	[50-60] %	0 %	0 %	[90-100] %
	Nationaler Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance) von Eisenbahngüterwagen	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	[20-30] %
	Nationaler Markt für Instandhaltung (heavy maintenance) von Eisenbahngüterwagen	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	[20-30] %
	Nationaler Markt für Umbau (refurbishment) von Eisenbahngüterwagen	0 %	[20-30] %	0 %	0 %	[20-30] %

<sup>328</sup> Vgl. Tabelle 11 und Tabelle 12.

<sup>329</sup> Vgl. Tabelle 17 und Tabelle 18.

<sup>330</sup> Vgl. Tabelle 19 und Tabelle 20; Marktanteile von TERCO mitberücksichtigt.

<sup>331</sup> Vgl. Rz 488.

<sup>332</sup> Vgl. Rz 231.

<sup>333</sup> Vgl. Rz 232.

#### B.4.5.2 Stellungnahme der Parteien bzgl. Vorbemerkungen zu vertikalen Effekten

557. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung erachtet die Beschlussbegründung als in sich widersprüchlich, wenn sie einerseits mit Verweis auf die WEKO-Praxis daran festhalte, dass Strassen- und Schienengütertransporte unterschiedliche Märkte darstellten (inkl. Spedition, Operateurleistungen), andererseits aber vorbringe, die SBB, Planzer und Jäger seien auf verschiedenen Marktstufen tätig, weshalb ein vertikaler Zusammenschluss vorliege. Wenn es sich bei Strassen- und Schienentransporten tatsächlich um unterschiedliche Märkte handle, dann seien SBB Cargo einerseits und Planzer und Jäger andererseits nicht auf unterschiedlichen Stufen eines Marktes, sondern in verschiedenen – benachbarten – Märkten tätig. Liege kein vertikaler Zusammenschluss vor, seien auch keine negativen vertikalen Effekte zu erwarten.

558. Hierzu ist festzuhalten, dass die Logistikkette als Abfolge mehrerer aufeinanderfolgender Transportschritte gilt.<sup>334</sup> SBB Cargo, Planzer und Jäger decken diese Transportschritte ab. Weiter umfasst der Begriff der Logistik alle Planungs- und Entwicklungsarbeiten bei Material- und Güterströmen, insbesondere Transporte und Lagerungen im Beschaffungs-, Produktions- und Absatzbereich von Unternehmungen. Auch diese Tätigkeiten decken SBB Cargo, Planzer und Jäger ab; nach dem Zusammenschluss gemeinsam. Dann handelt es sich bei Logistikdienstleister um Unternehmen, die logistische Einzel- oder Verbundarbeiten übernehmen. Im Regelfall bieten Logistikdienstleister ihren Kunden als verkehrsträgerneutrale Unternehmung die komplette Planung, Durchführung und Kontrolle von Informations- und Güterströmen als «Dienstleistung aus einer Hand» an.<sup>335</sup> Genau diese «Dienstleistung aus einer Hand» können SBB Cargo, Planzer und Jäger mit der Realisierung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens anbieten. Dies zeigt auch die Befragung, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine bessere Verknüpfung von Strassen- und Bahntransporten und kombinierte Transportangebote aus einer Hand («one-stop shopping») ermöglichen (vgl. Rz 73). Und gemäss EU-Kommission sind Kontraktlogistikdienstleistungen Teil des Supply-Chain-Prozess, der den effizienten Transport und die Lagerung von Gütern, Dienstleistungen und den damit zusammenhängenden Informationen vom Ursprungsort bis zum Endverbraucher entsprechend den Anforderungen der Kunden plant, implementiert und steuert (vgl. Rz 213). Die Kontraktlogistik bieten Planzer und Jäger ebenfalls an (vgl. Rz 6 und 14). Diese Definitionen und die Einbettung der Tätigkeiten von SBB Cargo, Planzer und Jäger belegen, dass diese in verschiedenen Bereichen der Logistikkette und somit auch auf verschiedenen Stufen tätig sind. Daran ändern auch etwaige Überschneidungen in den Tätigkeiten von SBB Cargo, Planzer und Jäger nichts. Schliesslich kann genauso gut argumentiert werden, dass unterschiedliche relevante Märkte für Strassen- und Schienentransport das Vorliegen von relevanten Märkte auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette belegen. Oder anders formuliert: aus dem Umstand, dass es sich bei Strassen- und Schienentransport um unterschiedliche relevante Märkte handelt, kann nichts abgeleitet werden.

559. Dann gehe es gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bei vertikalen Effekten um eine prospektive, dynamische Verhaltenskontrolle, die naturgemäss mit vielen Unsicherheiten verbunden seien. Namentlich gehe es darum, ob auf vor- oder nachgelagerten Märkten ein Potenzial für Koordination (kollektive Marktbeherrschung) oder ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung bestehe. Bei der Beurteilung des künftigen, dynamischen Marktverhaltens sei grosse Zurückhaltung geboten. Da sich bei vertikalen Effekten dieses Marktverhalten auf vor- oder nachgelagerte Märkte beziehe, sei eine noch grössere Zurückhaltung als bei kollektiver Marktbeherrschung angebracht, da Prognosen über das mögliche Verhalten auf «entfernten» Märkten mit noch grösseren Unsicherheiten verbunden seien. Durch ein bestimmtes Verhalten ausgelöste vertikale Effekte könnten nur dann zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen, wenn die Marktverhältnisse ein solches Verhalten faktisch erzwingen würden, es das einzig wirtschaftlich rationale Verhalten wäre und jedes andere Verhalten geradezu irrational und deshalb höchst unwahrscheinlich wäre. Allein die Vermutung, dass sich die Unternehmen vielleicht so verhalten könnten, reiche nicht, um damit den Nachweis der Beseitigung des Wettbewerbs zu erbringen. Allein aus der Marktstellung auf einem Markt könne nicht geschlossen werden, dass durch den Zusammenschluss auf einem vor- oder nachgelagerten Markt die Möglichkeit zur Beseitigung des Wettbewerbs entstehe. Die WEKO müsse unter pflichtgemässer, logischer und rechtlich-ökonomisch nachvollziehbarer Würdigung aller Umstände nachweisen, dass das vertikal integrierte Unternehmen nicht nur tatsächlich in der Lage wäre, den vor- oder nachgelagerten Markt wirksam abzuschotten, sondern auch, dass für eine solche Abschottung ein derart starker Anreiz bestehe, dass ein anderes Verhalten wirtschaftlich geradezu irrational wäre. Dazu müsse belegt sein, dass sich für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen aus der Abschottung derart grosse Gewinne erzielen liessen, dass sie damit die aus der Abschottung (insb. dem Verlust an Kunden) resultierenden Verluste klar überkompensieren könnten. Rein hypothetische vertikale Effekte allein erfüllten die hohen Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG nicht. Eine solche Abschottungsstrategie lohne sich für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gegenüber anderen Spediteuren nicht. Die Kapazität von SBB Cargo im EWLK könne durch die beiden Spediteure (Planzer und Jäger) nicht einmal annähernd ausgelastet werden. Ein Ausschluss anderer Spediteure wäre deshalb ökonomisch unsinnig. Und dies gelte erst recht für die Bereiche Ganzzüge, Transit und Umschlagsanlagen. Denn die Wahrscheinlichkeit einer Abschottung von Kunden «ist v. a. dann gering, wenn die nachgelagerte Einheit im vertikal integrierten Unternehmen ihren Bedarf gar nicht auf die Produkte der vorgelagerten Einheit ausgerichtet hat.<sup>336</sup>» Auch für eine Abschottung von Kunden anderer Spediteure oder anderer EVU bestünden weder Anzeichen noch Anreize.

<sup>334</sup> Vgl. WOITSCHÜTZKE (Fn 7), 154.

<sup>335</sup> Vgl. WOITSCHÜTZKE (Fn 7), 153.

<sup>336</sup> Vgl. DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 10 N 136.



Damit sei im vorliegenden Fall ausgeschlossen, dass vertikale Effekte zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen könnten.

560. Hierzu ist entgegenzuhalten, dass vor- und nachgelagerte Märkte nicht grundsätzlich als «entfernte» Märkte zu bezeichnen sind. Allenfalls sind sich Märkte innerhalb einer Wertschöpfungskette indirekt vor- und nachgelagert. Trotzdem sind diese Märkte miteinander verbunden, so wie es vorliegend auch der Fall ist. Somit sind Prognosen nicht mit mehr Unsicherheit verbunden als bei kollektiver Marktbeherrschung. So stehen im Mittelpunkt der EU-Vertikalleitlinien Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die in nahe verwandten Märkten tätig sind; also nicht nur unmittelbar vor- und nachgelagerte Märkte. Trotz dieser Fokussierung gelten die EU-Vertikalleitlinien auch für konglomerate Zusammenschlüsse, bei denen die Beziehung zwischen den fusionierenden Unternehmen weder rein horizontal noch vertikal ist. Weiter können Unternehmen über vertikale Effekte den Wettbewerb beseitigen, ohne dass Marktverhältnisse ein solches Verhalten faktisch erzwingen würden. Vertikale Abschottungs- und Verdrängungseffekte sind bekannte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Gleichermassen ist bekannt, dass diese Verhaltensweisen den Wettbewerb beseitigen können. Zudem muss nicht gezeigt werden, dass es das einzig wirtschaftlich rationale Verhalten ist und jedes andere Verhalten geradezu irrational und deshalb höchst unwahrscheinlich erscheint. Und gerade anders als die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausführt, ist mit diesem Zusammenschlussvorhaben eine spezifische Ausrichtung von SBB, Planzer, Jäger und auch von Galiker sowie Bertschi an SBB Cargo beabsichtigt. Wie die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausführt, sei das primäre Ziel der geplanten Massnahmen und Entwicklungen die Optimierung der Schnittstelle zwischen Strasse und Schiene (vgl. auch Rz 56, 330 und 566 ff.).

#### **B.4.5.3 Marktabschottung und Diskriminierung durch marktbeherrschende Stellung**

561. Gemäss WEKO bedeutet vollständige Marktabschottung («complete foreclosure»), dass Wettbewerber gänzlich vom Markt ausgeschlossen werden. Demgegenüber steht partielle Marktabschottung («partial foreclosure») für Verhaltensweisen, wo eine «blosse» Behinderung des Wettbewerbs durch Diskriminierungen von Marktteilnehmern geschieht.<sup>337</sup> So schreibt die EU-Kommission einem Zusammenschlussvorhaben Abschottungseffekte zu, wenn dieses den Zugang tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber zu Produktionsmitteln oder Märkten behindert oder unmöglich macht und dadurch die Konkurrenzfähigkeit dieser Unternehmen einschränkt. Abschottung kann die Wettbewerber vom Markteintritt oder Wachstum abhalten bzw. sie zum Marktaustritt veranlassen. Abschottung liegt somit im Rahmen der europäischen Rechtsprechung selbst dann vor, wenn die Wettbewerber nicht zum Marktaustritt gezwungen werden: Es reicht bereits aus, dass die Wettbewerber benachteiligt werden und ihre Konkurrenzfähigkeit nachlässt.<sup>338</sup>

562. Bei der Abschottung unterscheidet die EU-Kommission zwischen zwei Formen. Die erste Form liegt vor, wenn das Zusammenschlussvorhaben bewirkt, dass

die Kosten der nachgeordneten Wettbewerber erhöht werden, indem ihr Zugang zu wichtigen Einsatzmitteln beschränkt wird (Abschottung von den Einsatzmitteln). Die zweite Form liegt vor, wenn das Zusammenschlussvorhaben geeignet ist, die (vorgelagerten) Wettbewerber durch die Beschränkung des Zugangs zu einem ausreichenden Kundenstamm abzuschotten (Abschottung von den Kunden).<sup>339</sup>

563. Wie bereits ausgeführt bedrohen nicht-horizontale Zusammenschlussvorhaben gemäss EU-Kommission in Bezug auf Abschottung (als auch in Bezug auf kollektive Marktbeherrschung bzw. koordinierte Effekte) einen wirksamen Wettbewerb nur, wenn das fusionierte Unternehmen über ein deutliches Mass an Marktmacht (die nicht unbedingt gleichbedeutend mit Beherrschung sein muss) in wenigstens einem der betroffenen Märkte verfügt (vgl. Rz 553).

564. Somit kommen in diesem Zusammenschlussvorhaben von den betroffenen Märkten in Bezug auf Abschottungseffekte diejenigen in Frage, in denen SBB und SBB Cargo alleine oder gemeinsam über einen Marktanteil von ungefähr 50 % oder mehr verfügen. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass in allen diesen Märkten Planzer und Jäger nicht tätig sind bzw. über Marktanteile von 0 % verfügen (vgl. Tabelle 23). Allerdings sind Planzer und Jäger in Märkten – insbesondere im Bereich des dualen Verkehrs – tätig, die einzelnen dieser Märkte vor- und nachgelagert sind.

565. Bei diesen in Frage kommenden Märkten handelt es sich um die betroffenen Märkte in den Bereichen Güterverkehr auf der Schiene, Operateurleistungen, Umschlagsleistungen und Werkstattdienstleistungen für Lokomotiven (vgl. Tabelle 23).

566. Eines der Ziele des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist es denn auch, die Effizienz der Güterlogistik an der Schnittstelle Schiene/Strasse zu verbessern (vgl. Rz 56). Die Meldung führt dazu aus, dass dank der Zusammenarbeit mit den Strassentransportoren die Transportressourcen an der Schnittstelle Strasse/Schiene optimal aufeinander abgestimmt werden sollen. Heute operierten SBB Cargo und die Frachtführer mit eigenständigen Planungsinstrumenten und IT-Lösungen, die nicht aufeinander abgestimmt seien. Die Unternehmen strebten hier eine Standardisierung der Prozesse, Instrumente und IT-Lösungen und eine vermehrte Digitalisierung und Automatisierung an, was im Bereich der Planung und Buchung Effizienzen schaffen und Kosten reduzieren werde.

567. Die Attraktivität solle durch gemeinsame Projekte erhöht werden, wie z. B.:

<sup>337</sup> Vgl. RPW 2007/4, 567 Rz 56, SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG.

<sup>338</sup> Vgl. Rz 29 f. EU-Vertikalleitlinien.

<sup>339</sup> Vgl. Rz 30 EU-Vertikalleitlinien.

- Urban/City Logistics: Die Schiene solle künftig in der Ver- und Entsorgung der Städte eine wichtige Rolle übernehmen. Dank der Bündelung der Ver- und Entsorgungsströme am Rand von Städten zwecks Feinverteilung auf der letzten Meile auf der Strasse solle die Anzahl der Fahrten im innerstädtischen Bereich reduziert und die Infrastruktur besser genutzt werden;
- Übernahme und Weiterentwicklung bewährter IT-Produkte, Zusammenarbeit für integrierte IT-Supply Chain Lösungen;
- Entwicklung einer Buchungsplattform für Schiene und Strasse, die den Spediteuren einen einfacheren Zugang zur Schiene verschaffen solle;
- Den Spediteuren sollen ferner leistungsfähige Tools für die Planung und Nachverfolgung der Warenströme zur Verfügung gestellt werden.

568. Die vorgesehenen Projekte verbessern die Zusammenarbeit zwischen SBB Cargo und Planzer bzw. Jäger an der Schnittstelle Schiene/Strasse. Allerdings sind solch gemeinsame Projekte auch geeignet, den Zugang zu wichtigen Einsatzmitteln zu beschränken (etwa Traktionsleistungen auf der Schiene) oder den Zugang zu Kunden von direkten Wettbewerbern von SBB Cargo einzuschränken. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Übernahme bestehender IT-Produkte der Teilhabenden von Swiss Combi für SBB Cargo, die Entwicklung einer gemeinsamen Buchungsplattform für Schiene und Strasse und die leistungsfähigen Tools für die Planung und Nachverfolgung der Warenströme kritisch zu sehen.

569. Die Marktbefragung hat zudem ergeben, dass eine Benachteiligung von Wettbewerbern auf der Schnittstelle zwischen Schiene und Strasse stattfinden könnte, da die Kapazitäten auf der Schiene beschränkt seien; beispielsweise seien Rangierleistungen teuer und deren Verfügbarkeit eingeschränkt. Konkret wird auch die Erschwerung der Neuanschlüsse an das Stückgut-Schiene-System (Cargo Domizil) genannt, was sich vorteilhaft für die Muttergesellschaften auswirken könnte.

570. Zu einer etwaigen Abschottung von Einsatzmitteln ist allerdings hervorzuheben, dass all diese Märkte Angebote von SBB Cargo betreffen. [...] dass diese auch künftig allen Kunden diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen würden. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für die erste Form der Abschottung von den Einsatzmitteln.

571. Die zweite Form ist die Abschottung von den Kunden. Zu einer etwaigen Abschottung von Kunden, d. h. der Abschottung von Planzer und Jäger als Nachfrager von Schienentransporten, führt die Meldung aus, dass [...] Mit dem EWLV vergleichbare Leistungen würden in der Schweiz ausser von SBB Cargo nicht angeboten. [...] Aufgrund dieser Angaben ist nicht ersichtlich, dass eine Umleitung der Nachfrage von Planzer und von Jäger weg von einem Unternehmen hin zu SBB Cargo erfolgen wird. Allenfalls ist dann noch eine Abschottung der Nachfrage von Planzer und Jäger gegenüber potenzieller Konkurrenz denkbar, wodurch Markteintritte verunmöglicht würden. In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Grössenverhältnisse (vgl. Tabelle 7), insbesondere den Marktanteilen im Bereich

Strassentransporte, eine signifikante Marktabschottung gegenüber potenzieller Konkurrenz mit wettbewerbsbeseitigendem Effekt gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG als kaum erfolgreich erscheint.

572. Mit Verweis auf die gemeinsamen Projekte für die Schnittstelle Schiene/Strasse (vgl. Rz 566 f.) ist allerdings hervorzuheben, dass etwa die Entwicklung einer gemeinsamen Buchungsplattform für Schiene und Strasse für die Spediteure eine Abschottung dieser Kundengruppe für direkte Wettbewerber von SBB Cargo wie beispielsweise BLS Cargo oder Railcare ermöglichen könnte. Zu dieser Buchungsplattform präzisiert die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung, dass es sich dabei um die Weiterentwicklung des Buchungssystems von SBB Cargo handle. Primäres Ziel der geplanten Massnahmen und Entwicklungen sei die Optimierung der Schnittstelle Strasse/Schiene/Strasse. Es gehe um die Beseitigung bestehender Friktionen an dieser Schnittstelle und Optimierung der Abläufe. Nur in diesem Fall würden die Spediteure bereit sein, einen grösseren Teil der Transporte auf der Schiene durchzuführen. Weil der grösste Teil der Gütertransporte auf der Schiene mit einem Vor- und Nachlauf auf der Strasse verbunden sei, müsse SBB Cargo den Spediteuren ein Buchungs- und Nachverfolgungssystem anbieten können, damit für die Spediteure ein problemloser Wechsel von der Strasse auf die Schiene und wieder zurück auf die Strasse ermöglicht würde. Andernfalls fände keine Verlagerung von der Strasse auf die Schiene statt. Deshalb sollten insbesondere die Schnittstellen des Buchungssystems von SBB Cargo so optimiert werden, dass es problemlos mit den von den Spediteuren verwendeten Systemen interagieren/kommunizieren könne. So solle der Spediteur bei der Planung eines Transports mit seinem System in Echtzeit auf alle relevanten Daten des Schienentransports zugreifen können (z. B. Strecken, Alternativrouten, Abfahrtszeiten, Ankunftszeiten, Transportdauer, Verfügbarkeit, Zuverlässigkeit, Kapazitäten, Verspätungen etc.). Damit könne er den optimalen Vor- und Nachlauf auf der Strasse planen und die Effizienz des gesamten Transports steigern. Damit sei ausschliesslich ein einfacherer Zugang zur Schiene gemeint. Auf dem Buchungssystem von SBB Cargo würden keine Strassentransporte buchbar sein. Vielmehr würden alle Spediteure die Möglichkeit haben, sich mit ihren Systemen via die standardisierten Schnittstellen an das Buchungssystem der SBB Cargo anzuschliessen, um ihren Kunden optimierte Angebote machen zu können.

573. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass es sich bei Planzer und Jäger um Verbundunternehmen mit eigenem Netzwerk handelt, die in dieser Rolle auch Transportaufträge für beispielsweise regionale Transport- und Logistikunternehmen ausführen. Eine Abschottung der Wettbewerber von den Kunden kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

574. Zudem beabsichtigen die SBB, Planzer und Jäger den Spediteuren leistungsfähige Tools für die Planung und Nachverfolgung der Warenströme zur Verfügung zu stellen. Damit wird SBB Cargo attraktiver. Damit wiederum wählen die Spediteure allenfalls vermehrt SBB Cargo anstatt anderer EVU. Dies könnte zu einer Abschottung der Wettbewerber von den Kunden führen.

575. Die möglichen Abschottungseffekte in Bezug auf Kunden betreffen die Märkte in den Bereichen Güterverkehr auf der Schiene, Operateurleistungen und Umschlagsleistungen. Wegen möglicher Abschottungseffekte in Bezug auf Kunden gegenüber anderen Anbietern in diesen Bereichen hat die vorläufige Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben in folgenden Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt:

- Markt für EWLK auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für EWLK auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für EWLK auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für KV auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für KV auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für KV auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für den BKV auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Gossau;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Sion;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Lugano/Cadenazzo;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum St. Triphon;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr – Raum Dietikon;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet (GBN);
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet (GBN).

576. Allerdings kann offengelassen werden, ob sich die Anhaltspunkte auf eine Begründung oder Verstärkung von Marktbeherrschung durch vertikale Effekte erhärten

lassen. Dies, weil eine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, nicht ausreichend wahrscheinlich erscheint. Mit dem für SBB Cargo voranzutreibenden «Mengengeschäft» ist für SBB Cargo kein privilegierter Zugang zu den Kunden ersichtlich. So sind aufgrund der vorliegenden Informationen der Meldung und der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung keine Ausschliesslichkeitsklauseln ersichtlich. Auch sind keine Treuerabatte ersichtlich, welche zu einer klaren und festen Bindung von Kunden an SBB Cargo und damit zu einer eindeutigen Abschottung führten.

577. Obwohl Hinweise auf etwaige negative Wettbewerbswirkungen vertikaler Effekte bestehen, ist eine Abschottung von Kunden gegenüber potenziellen Anbietern in den Bereichen Schienengüterverkehr, Operateurleistungen und Umschlagsleistungen zu unklar, um von einer Fernhaltung von Markteintritten auszugehen. Die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG aufgrund von vertikalen Effekten kann nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden.

#### **B.4.5.4 Kollektive Marktbeherrschung bzw. koordinierte Effekte aufgrund vertikaler Effekte**

578. Wie vorangehend ausgeführt beinhalten vertikale Zusammenschlüsse (und auch konglomerate Zusammenschlüsse) auch ein Potenzial für Koordination (kollektive Marktbeherrschung) auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können (vgl. Rz 544).

579. Von den in Tabelle 23 aufgeführten betroffenen Märkten scheiden in Bezug auf eine etwaige kollektive Marktbeherrschung diejenigen aus, in denen SBB und SBB Cargo über positive Marktanteile und Planzer sowie Jäger über Marktanteile von 0 % verfügen. Denn an einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung müssen mindestens zwei Unternehmen beteiligt sein.<sup>340</sup> Somit kommt für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung grundsätzlich nur der Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr in Frage.

580. Tabelle 24 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit über die Grössenverhältnisse. Es ist darauf hinzuweisen, dass Tabelle 24 ebenfalls die Marktanteile von Galliker und Bertschi ausweist. Diese beiden Konzerne können wie bereits erwähnt nicht als vollständig unabhängige Wettbewerber von SBB Cargo, Planzer und Jäger anerkannt werden (vgl. Rz 234 und 280 ff.).

<sup>340</sup> SBB Cargo ist vor dem Zusammenschlussvorhaben von SBB kontrolliert. Nach dem Zusammenschlussvorhaben ist SBB Cargo von SBB mitkontrolliert.

Tabelle 24: Marktanteile aktuelle Konkurrenz im Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr

Jahr	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber				
	SBB <sup>341</sup>	SBB Cargo <sup>342</sup>	Planzer	Jäger	Galliker	Bertschi	Schweizerische Post	Migros-Genossenschafts-Bund	Railcare
2018	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	0 %	0 %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

581. Aus Tabelle 24 wird ersichtlich, dass Planzer im Jahr 2018 über einen Marktanteil von [10-20] % verfügt. Beinahe gleich gross ist der Marktanteil von Jäger mit [10-20] %. Die SBB und SBB Cargo sind gemäss Meldung in diesem Markt nicht tätig. Die an Swiss Combi beteiligten Minderheitsaktionäre Galliker und Bertschi verfügen im Jahr 2018 über einen Marktanteil von [0-10] % bzw. [0-10] %.

582. Grösste Wettbewerberin ist gemäss Meldung die schweizerische Post mit einem Marktanteil von [10-20] %. Die schweizerische Post bietet in Bezug auf Stückgut und Transport nationale und internationale Transportlogistik an. National besteht das Angebot der schweizerischen Post im schweizweiten Transport von Stückgut. Zudem bietet die schweizerische Post innerhalb der Schweiz Bahntransporte auf der Nord-Süd- und Ost-West-Achse an. Dies beinhaltet den Bahntransport von Handelswaren, Rohstoffen und Gefahrgut.<sup>343</sup>

583. Zweitgrösster Wettbewerber ist gemäss Meldung der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: die Migros) mit einem Marktanteil von [0-10] %. Die Migros bietet gegenüber Dritten internationale und nationale Transport- und Logistiklösungen an. Innerhalb der Schweiz bietet die Migros den Transport verschiedener Güter mit verschiedenen Möglichkeiten an: Food oder Non-Food, am Tag oder in der Nacht, mit der Bahn oder dem LKW, gekühlt oder ungekühlt sowie von der Komplett- oder Teilladung bis zum Stückgut.<sup>344</sup>

584. Als fünftgrösstes Unternehmen gibt die Meldung Railcare mit einem Marktanteil von [0-10] % an. Railcare bietet schweizweite Transportlogistik im UKV an. Zu diesem Angebot gehört die Abdeckung aller Belange der Transportlogistik («single point of contact»). So überwacht Railcare die gesamte Transportkette permanent und übernimmt die Feinverteilung der Waren bis auf Stufe Paletten oder Rollwagen.<sup>345</sup>

585. Somit sind im Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr neben den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen Planzer und Jäger weitere Unternehmen tätig. Unter den vier grössten Marktteilnehmern Planzer, Jäger, schweizerische Post und Migros sind die Marktanteile ungefähr gleich verteilt; die schweizerische Post ist in Marktanteilen gemessen grösster Wettbewerber. Im Vergleich zu diesen vier Wettbewerbern entspricht der Marktanteil für den fünftgrössten Marktteilnehmer Railcare ungefähr die Hälfte. Zudem ist festzustellen, dass diese fünf grössten Wettbewerber zusammen ungefähr 50 % des Marktes ausmachen. Somit

verteilen sich weitere 50 % des Marktes auf weitere Unternehmen.

586. Aufgrund dieser Grössenverhältnisse bestehen keine Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung zwischen Planzer und Jäger sowie der weiteren Wettbewerber im Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr aufgrund vertikaler Effekte des Zusammenschlussvorhabens.

#### B.4.5.4.1. Zwischenergebnis

587. Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung zwischen Planzer und Jäger sowie der weiteren Wettbewerber im Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr aufgrund vertikaler Effekte des Zusammenschlussvorhabens.

#### B.4.6 Fazit vertikale Effekte

588. Zwar bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung auf Märkten in den Bereichen Schienengüterverkehr, Operateurleistungen und Umschlagsleistungen begründet oder verstärkt. Allerdings kann die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden.

#### B.5 Nebenabreden

589. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebener

<sup>341</sup> Marktanteile von SBB jeweils ohne SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>342</sup> Marktanteile von SBB Cargo nach dem Carve-out.

<sup>343</sup> Vgl. <<https://www.post.ch/de/geschaeftsloesungen/stueckgut-und-transport>> (6.11.2019).

<sup>344</sup> Vgl. <<http://www.logistiktransport.ch/de>> (6.11.2019).

<sup>345</sup> Vgl. <<https://www.railcare.ch/content/railcare/de/dienstleistungen.html>> (6.11.2019).

nenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>346</sup>

590. 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.<sup>347</sup>

591. Als Nebenabreden weisen die Zusammenschlussparteien die Fortführung der Geschäfte von SBB Cargo (vgl. Rz 595) sowie ein Wettbewerbs- und Abwerbeverbot aus (vgl. Rz 598 ff.).

### B.5.1.1 Allgemeines

592. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung<sup>348</sup> gerichtet.<sup>349</sup> Dies gilt sowohl für Bezugs- und Lieferpflichten<sup>350</sup> als auch für Konkurrenzverbote.<sup>351</sup>

593. Wettbewerbsabreden können nur dann als «mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden» angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>352</sup>

594. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>353</sup>

### B.5.1.2 Fortführung der Geschäfte

595. [...]

596. Nach der Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu

erachten.<sup>354</sup> Ohnehin dürfen die Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz das Zielunternehmen während der Dauer des Verfahrens nicht verändern.<sup>355</sup>

597. Eine Verpflichtung der Parteien, dass SBB Cargo die Geschäfte bis zum Vollzugstermin unverändert fortführt, gilt damit als mit dem Zusammenschluss verbunden.

### B.5.1.3 Konkurrenz- und Abwerbeverbot

598. Gemäss EU-Bekanntmachung können bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens 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 Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, 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 Gründungspartner 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.<sup>356</sup>

<sup>346</sup> Vgl. RPW 2018/4, 917 Rz 364, AZ Medien/NZZ; RPW 2017/3, 483 Rz 139, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS, m. w. H.

<sup>347</sup> Vgl. Teil II, Ziff. 7 des Merkblatts und Formulars der Wettbewerbskommission betreffend die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, www.weko.admin.ch > Dienstleistungen > Meldefomulare.

<sup>348</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

<sup>349</sup> RPW 2018/4, 918 Rz 367, AZ Medien/NZZ; RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. Tamedia/Langenthaler Tagblatt; RPW 2010/3, 505 Rz 65, France Télécom SA/Sunrise Communications AG.

<sup>350</sup> Vgl. RPW 2018/4, 918 Rz 367, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 437 Rz 77 ff., Axel Springer Schweiz/Ringier, m. w. H.

<sup>351</sup> Vgl. RPW 2018/4, 918 Rz 367, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 436 Rz 64, Axel Springer Schweiz/Ringier, m. w. H.

<sup>352</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>353</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>354</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 14; RPW 2013/3, 351 Rz 18, Tamedia AG/PPN AG; RPW 2012/1, 140 Rz 32, Tamedia/Langenthaler Tagblatt Rz 14; RPW 2012/1, 116 Rz 43, Tamedia/Bilan/Tribune des Arts.

<sup>355</sup> Vgl. RPW 2013/3, 351 Rz 18, Tamedia AG/PPN AG; RPW 2012/1, 140 Rz 33, Tamedia/Langenthaler Tagblatt; RPW 2012/1, 116 Rz 43, Tamedia/Bilan/Tribune des Arts.

<sup>356</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36.

599. 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.<sup>357</sup>

600. 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.<sup>358</sup>

601. Wird das Gemeinschaftsunternehmen gegründet, um einen neuen Markt zu erschliessen, wird auf diejenigen Waren, Dienstleistungen und Gebiete Bezug genommen, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen nach der betreffenden Gründungsvereinbarung oder Nebenvereinbarung aktiv sein soll. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Interessen des einen Gründers am Gemeinschaftsunternehmen nicht auf anderen Märkten vor Wettbewerbshandlungen des anderen Gründers geschützt werden müssen als in denjenigen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen am Anfang tätig ist.<sup>359</sup>

602. Des Weiteren gelten Wettbewerbsverbote zwischen Gründern ohne Beherrschungsmacht und einem Gemeinschaftsunternehmen nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig.<sup>360</sup>

603. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote und Vertraulichkeitsklauseln.<sup>361</sup>

604. Die WEKO hat in der Vergangenheit die Erwägungen der EU-Kommission für Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen analog auf Fälle mit Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle angewendet. Im Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe/S1TV verpflichteten sich eine Konzerngesellschaft des einen die gemeinsame Kontrolle erlangenden Mutterunternehmens und das Gemeinschaftsunternehmen, keine Mitarbeiter der anderen Partei mittelbar oder unmittelbar abzuwerben, es sei denn, der Mitarbeiter ist bereits seit [...] nicht mehr für andere Partei tätig. Die WEKO erachtete dieses Abwerbeverbot als konzerninterne Abrede gerechtfertigt, weil in diesem Fall eine gemeinsame Kontrolle begründet wurde.<sup>362</sup>

605. Im Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG hielt die WEKO fest, dass Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Mutterunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig anzusehen ist, wenn sie in sachlicher Hinsicht auf die Waren oder Dienstleistungen beschränkt sind, die den Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens bilden, und in räumlicher Hinsicht auf das Gebiet

beschränkt sind, in dem das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist. Zeitlich können zwischen Mutterunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>363</sup> Die Regeln gelten entsprechend auch für Abwerbeverbote.<sup>364</sup>

606. [...]

607. [...] Für einen solchen Übergang von alleiniger Kontrolle zu gemeinsamer Kontrolle enthält die EU-Bekanntmachung allerdings keine spezifischen Regeln hinsichtlich Konkurrenz- und Abwerbeverbote.

608. Vor dem Hintergrund der von der WEKO vertretenen Ansicht und analog zu den Regeln der EU-Bekanntmachung bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen können das vorliegende Konkurrenz- und Abwerbeverbot als mit der Durchführung des Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und für dieses notwendig angesehen werden. Ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot von den SBB gegenüber SBB Cargo sowie von Swiss Combi gegenüber SBB Cargo wird als zulässige vom Konzentrationsprivileg umfasste Nebenabrede angesehen. Es ist festzuhalten, dass sich diese Beurteilung ausschliesslich auf das Verhältnis von den SBB gegenüber SBB Cargo und von Swiss Combi gegenüber SBB Cargo beschränkt, weil die Meldung das Konkurrenz- und Abwerbeverbot nur für diese beiden Beziehungen ausweist und darlegt. Folglich sind etwaige Konkurrenz- und Abwerbeverbote in Bezug auf Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi nicht von vorliegender Beurteilung erfasst.

#### B.5.1.4 Ergebnis Nebenabreden

609. Eine Verpflichtung der Fortführung der Geschäftstätigkeiten von SBB Cargo gilt als mit dem Zusammenschluss verbunden.

610. Das Konkurrenz- und Abwerbeverbot jeweils von den SBB gegenüber SBB Cargo und von Swiss Combi gegenüber SBB Cargo ist als mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und für dieses notwendig anzusehen. Demgegenüber sind etwaige Konkurrenz- und Abwerbeverbote in Bezug auf das Verhältnis von jeweils Planzer, Jäger, Galliker und Bertschi gegenüber SBB Cargo nicht von vorliegender Beurteilung erfasst und fallen nicht unter das Konzentrationsprivileg.

<sup>357</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 37.

<sup>358</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 38.

<sup>359</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 39.

<sup>360</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 40.

<sup>361</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41.

<sup>362</sup> Vgl. RPW 2013/3, 392 Rz 28 f., *PubliGroupe/S1TV*.

<sup>363</sup> Vgl. Verfügung vom 22. Mai 2017, 13 Rz 59, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*; RPW 2015/4, S. 786 Rz 77, *Coop/Swisscom*.

<sup>364</sup> Vgl. Verfügung vom 22. Mai 2017, 13 Rz 59, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*; EU-Bekanntmachung, Rz 4; RPW 2015/3, S. 505, Rz. 241, *Tamedia/ricardo.ch*.

## B.6 Ergebnis/Schlussfolgerungen

611. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens SBB Cargo ergibt, dass dieses auf dem Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch SBB Cargo bzw. die Muttergesellschaften und Galliker begründet.

612. Beim Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon bestehen Hinweise auf die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Bertschi.

613. Beim Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Oensingen ist eine kollektive Marktbeherrschung zwischen SBB Cargo bzw. den Muttergesellschaften und Galliker wegen der Marktstruktur unwahrscheinlich.

614. Für den Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Renens ist eine kollektive Marktbeherrschung zwischen SBB Cargo/TERCO bzw. den Muttergesellschaften und Railcare bzw. Coop wegen der Marktstruktur auch unwahrscheinlich.

615. Trotz marktbeherrschender Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG im Raum Gossau bzw. Anhaltspunkten dafür im Raum St. Triphon besteht eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gemäss Definition des Bundesgerichts jedoch nur dann, wenn festgestellt werden muss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Im Gegensatz zu Art. 7 KG über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen wird in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert. Damit bestehen in der Schweizer Zusammenschlusskontrolle sehr hohe Schwellen für ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden (vgl. Rz 120 ff.).

616. Im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr

im Raum Gossau ist nicht davon auszugehen, dass selbst bei einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Dies, weil Railcare in diesem Markt eine Umschlagsanlage plant. Es erscheint als unwahrscheinlich, dass Railcare durch das Zusammenschlussvorhaben von diesem Markteintritt fernzuhalten ist.

617. Im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon ist nicht davon auszugehen, dass selbst bei einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung, durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. In diesem Markt ist der Bau der Konkurrenz-Umschlagsanlage TCM geplant. Es erscheint als unwahrscheinlich, dass die Realisierung dieser Umschlagsanlage von TCM durch das Zusammenschlussvorhaben verhindert werden kann.

618. Wegen vertikalen Effekten bestehen zwar Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung auf Märkten in den Bereichen Schienengüterverkehr, Operateurleistungen und Umschlagsleistungen begründet oder verstärkt. Allerdings kann die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. Spezifisch für den Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum Gossau sowie für den Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelaufleger im Binnenverkehr im Raum St. Triphon haben die vertikalen Effekte eine verstärkende Wirkung auf die kollektive Marktbeherrschung.

619. Die von Gesetz und Rechtsprechung definierten hohen Voraussetzungen für eine Intervention gemäss Art. 10 Abs. 2 KG sind nach den vorstehenden Ausführungen für die genannten Märkte gleichwohl nicht gegeben.

B 2.3

**9. Warburg Pincus/Vista Equity Partners/Infoblox Inc.**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2 November 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 11. November 2020*

1. Am 19. Oktober 2020 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine vereinfachte Meldung gemäss Art. 12 VKU über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten (nachfolgend: Meldung). Gemäss diesem Vorhaben beabsichtigen von Warburg Pincus LLC (nachfolgend: Warburg Pincus) und von Vista Equity Partners Management LLC (nachfolgend: Vista) kontrollierte oder verbundene Fonds die gemeinsame Kontrolle über Infoblox, Inc. (nachfolgend: Infoblox) zu erwerben. Zurzeit übt Vista die alleinige Kontrolle über Infoblox aus.

2. Warburg Pincus ist eine Private-Equity-Unternehmung mit Sitz in New York, USA. Ihre Portfolio-Gesellschaften sind in einer Vielzahl von Sektoren tätig, darunter Verbraucher-, Industrie- und Unternehmensdienstleistungen (CIS), Energie, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Immobilien sowie Technologie, Medien und Telekommunikation (TMT).

3. Vista ist eine in den USA ansässige Investmentgesellschaft, die sich auf die Stärkung und das Wachstum von Unternehmenssoftware, Daten und technologiegestützten Unternehmen konzentriert. Vista kontrolliert eine Reihe von Portfolio-Gesellschaften, die in der Bereitstellung von IT-Dienstleistungen wie der Bereitstellung von Unternehmenssoftware tätig sind.

4. Infoblox ist ein IT-Automatisierungs- und Sicherheitsunternehmen mit Sitz in Kalifornien, USA. Infoblox stellt Software und Anwendungen zur Verfügung, welche die Zuweisung von IP-Adressen automatisieren und das «Domain Name System» (DNS) verwalten, wodurch die mit dem Netzwerkbetrieb verbundenen Betriebskosten gesenkt werden. Infoblox bietet auch DNS-Sicherheits- und Cloud-Netzwerkautomatisierungslösungen an.

5. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 14. Oktober 2020 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.

6. Die Parteien beabsichtigen, dass Infoblox gemeinsam durch Warburg Pincus und Vista kontrolliert werden wird. Der Fusionsvertrag vom 3. September 2020 sieht vor, dass Warburg Pincus und Vista ein «special purpose vehicle» (SPV) gründen, welches 100 % des Aktienkapitals von Infoblox erwerben wird. Warburg Pincus wird 50 % des Aktienkapitals des SPV halten, während Vista die restlichen 50 % erwerben wird. Als Ergebnis der geplanten Transaktion wird Warburg folglich indirekt ca.

50 % des Aktienkapitals von Infoblox erwerben und Vista wird ebenfalls indirekt ca. 50 % halten. Gemäss der Investorenvereinbarung vom 3. September 2020 werden Warburg Pincus und Vista jeweils berechtigt sein, [...] von insgesamt elf Verwaltungsratsmitgliedern zu benennen. Ausserdem werden Warburg Pincus und Vista jeweils ein Vetorecht bei Verwaltungsratsentscheidungen erhalten, die das strategische Geschäftsverhalten von Infoblox beeinflussen. Entsprechend diesen Angaben der Meldung ist von einer gemeinsamen Kontrolle von Warburg Pincus und Vista über Infoblox auszugehen.

7. Gemäss Meldung der Parteien ist Infoblox ein eigenständiges IT-Unternehmen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Das Unternehmen verfügt über ein fest zugeordnetes Management und ausreichende Ressourcen zur Durchführung seiner Geschäftstätigkeiten sowie über eine selbstständige Marktpräsenz. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.

8. Die Voraussetzungen für einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU sind folglich erfüllt.

9. Warburg Pincus, Vista und Infoblox erzielten im Geschäftsjahr 2019 insgesamt einen Umsatz von über 2 Mia. CHF und schweizweit erzielten Warburg Pincus und Vista je einen solchen von über 100 Mio. CHF, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

10. Die nachfolgende Analyse wird sich hauptsächlich auf mögliche Überschneidungen zwischen Warburg Pincus und Infoblox konzentrieren, da Vista Infoblox bereits ausschliesslich besitzt und kontrolliert.

11. Die Parteien gehen von einem sachlich relevanten Markt für Infrastruktursoftware aus, wobei vorliegend auch eine weitere Unterteilung in die Segmente ITOM-Software und Sicherheitssoftware denkbar wäre. Die genaue Marktdefinition kann hier offengelassen werden, da auch bei einer engeren Marktdefinition keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen. Räumlich hat die Wettbewerbskommission den Softwaremarkt in jüngeren Entscheiden teilweise als europaweit oder global eingegrenzt, die Frage teilweise aber auch offengelassen. Auch vorliegend kann eine abschliessende Beurteilung der räumlichen Marktausdehnung unterbleiben, da die geplante Transaktion weder bei einer europaweiten noch bei einer globalen Marktabgrenzung Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

12. Die Parteien schätzen den Marktanteil von Infoblox im Jahr 2019 im Bereich der Infrastruktursoftware welt- und europaweit tiefer als [0-5] % ein. Die Parteien gehen darüber hinaus nicht davon aus, dass die aktuellen Marktanteile sich in den nächsten drei Jahren [...] werden. So bestätigt Infoblox insbesondere, dass sie derzeit



---

nicht beabsichtigt, ihre Geschäftstätigkeit in der Schweiz – ausserhalb ihres normalen Geschäftsbetriebs – [...].

13. Mögliche Überschneidungen der Aktivitäten von Infoblox und denjenigen der von Warburg Pincus kontrollierten Portfolio-Gesellschaften bestehen gemäss Angaben der Parteien nur in Bezug auf zwei der von Warburg Pincus kontrollierten Portfolio-Gesellschaften (eSentire und Cyren), welche ebenfalls Infrastruktur-Softwarelösungen anbieten und im Bereich Sicherheitssoftware tätig sind. Der von den Parteien geschätzte gemeinsame Marktanteil von Infoblox und diesen beiden kontrollierten Portfolio-Gesellschaften würde unabhängig von der Marktdefinition weniger als [0-5] % betragen. Auf Seite von Vista ist neben Infoblox eine weitere von Vista kontrollierte Portfolio-Gesellschaft

(TIBCO) auch im Bereich der Bereitstellung von Infrastruktursoftware tätig. Da die von Vista verwalteten Fonds gegenwärtig bereits Infoblox kontrollieren, wird sich die Wettbewerbsdynamik zwischen Infoblox und den anderen von Vista kontrollierten Portfolio-Gesellschaften infolge der geplanten Transaktion vermutlich nicht ändern. Folglich führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

14. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben vorliegen. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

---

B 2.3

**10. Unilabs/Medbase/Unilabs St. Gallen**

*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 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 24. September 2020*

1. Am 24. August 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Unilabs Holding AB (nachfolgend: Unilabs) – indirekt mittels der Unilabs Diagnostics AB (nachfolgend: Unilabs Diagnostics)<sup>1</sup> – einerseits sowie die Medbase AG (nachfolgend: Medbase) als Teil der Migros-Gruppe andererseits, die gemeinsame Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen zu begründen. Beim betroffenen Gemeinschaftsunternehmen handelt es sich um die neu gegründete Unilabs St. Gallen AG (nachfolgend: Unilabs St. Gallen).

2. **Unilabs** ist die Muttergesellschaft der Unilabs-Gruppe. Die Unilabs-Gruppe ist eine Anbieterin von biomedizinischen Diagnosedienstleistungen mit Standort in Schweden, hat aber ihren Hauptsitz in der Schweiz. Die Unilabs-Gruppe ist in den Bereichen medizinische Laboranalysen, Bilddiagnostik, Reproduktionsmedizin und Arzneimittelentwicklung tätig. Sie ist hauptsächlich in verschiedenen europäischen Ländern, darunter auch in der Schweiz, aktiv. Die Unilabs-Gruppe wird von Private-Equity-Fonds kontrolliert, die von Apax Partners LLP, einem britischen Investmentunternehmen, betreut und beraten werden.

3. In der Schweiz ist die Unilabs-Gruppe namentlich mit den Tochtergesellschaften Unilabs, Laboratoire d'analyses médicales SA und Unilabs Pathologie SA sowie diversen Zweigniederlassungen in den Bereichen medizinische Laboranalysen (labordiagnostische Dienstleistungen und pathologisch-diagnostische Dienstleistungen) und Bilddiagnostik tätig. Sie betreibt 21 Labore in der ganzen Schweiz und ist besonders in der Westschweiz vertreten.

4. **Medbase** mit Sitz in Winterthur gehört zur Migros-Gruppe<sup>2</sup> und erbringt Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Im medizinischen Bereich bietet Medbase für Patienten insbesondere 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. Medbase ist auch im Bereich der Zahnmedizin tätig und betreibt verschiedene Apotheken. Der WEKO ist Medbase aus früheren Zusammenschlussverfahren bereits bekannt.<sup>3</sup> Vor kurzem hat Medbase mit Hans Christoph Hürlimann und Sara Daniella Hürlimann-Meiri das Gemeinschafts-

unternehmen zahnarztzentrum.ch-Gruppe im Bereich der zahnmedizinischen Behandlungsdienstleistungen begründet.

5. Im Bereich der medizinischen Labordienstleistungen ist Medbase nur insoweit tätig, als Medbase in ihren eigenen Arztpraxen («in house») für den Eigenbedarf Praxislaboratorien für einfachere medizinische Routineanalysen betreibt (sog. Präsenzlabors). Medbase führt selbst keine medizinischen Laboranalysen der erweiterten Routineanalytik und auch keine komplexeren medizinischen Laboranalysen (Spezialanalysen) durch.

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 u. a. auch im Grosshandel, in der Gastronomie, im Treibstoffgeschäft, im Reisemarkt und mit Medbase im Gesundheitswesen tätig.

7. **Unilabs St. Gallen** mit Sitz in St. Gallen wurde bereits gegründet, ist aber noch nicht operativ tätig. Unilabs St. Gallen soll in Zukunft im Gebiet der Ostschweiz im Bereich der medizinischen Labordiagnostik tätig sein und in St. Gallen ein medizinisches Labor betreiben. Dort soll Unilabs St. Gallen medizinische Laboranalysen der Routine- und erweiterten Routineanalytik [...] für Dritte erbringen. Demgegenüber wird Unilabs St. Gallen [...].

8. Unilabs und Medbase erbringen bereits heute Dienstleistungen je für die andere Partei. [...]. Gemäss Meldung verfolgen die Parteien mit der Zusammenarbeit und der damit verbundenen Bündelung von Erfahrung und Ressourcen beider Unternehmen das Ziel, die Grundversorgung der Patientinnen und Patienten durch eine in der Qualität, Patientenorientierung und Wirtschaftlichkeit optimierte Diagnostik zu verbessern.

9. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist zusätzlich in der EU meldepflichtig und wird gemäss Meldung der Parteien bei der Europäischen-Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet.

10. Die Parteien beabsichtigen, dass Unilabs Diagnostics [...] % und Medbase [...] % am Aktienkapital und den Stimmrechten von Unilabs St. Gallen halten werden.

<sup>1</sup> Die Schwedische Gesellschaft Unilabs Diagnostics ist eine 100 %-Tochtergesellschaft von Unilabs.

<sup>2</sup> Medbase ist eine 100 %-Tochtergesellschaft der Migros Vita AG. Die Anteile der Migros Vita AG werden zu 100 % vom Migros-Genossenschafts-Bund und den Migros Genossenschaften gehalten.

<sup>3</sup> RPW 2019/4, 1209 ff., *Migros/Topwell* (diese wurden in der Zwischenzeit in «Medbase Apotheken» umbenannt und wirtschaftlich in Medbase integriert); RPW 2019/4, 1199 ff., *Medbase/LUKS/Medbase ZS*; RPW 2019/4, 1186 ff., *Spital STS AG/Medbase*; RPW 2020/1, 251 ff., *Medbase/Zur Rose*.

Es ist vorgesehen, dass der Verwaltungsrat mit [...] Vertretern von Unilabs Diagnostics und [...] von Medbase besetzt wird. Zusätzlich ist vertraglich vorgesehen, dass für wichtige strategische Beschlüsse die vorgängige schriftliche Zustimmung von Unilabs Diagnostics und Medbase erforderlich ist.<sup>4</sup> Entsprechend diesen Angaben der Meldung ist von einer gemeinsamen Kontrolle von Unilabs und Medbase über das Gemeinschaftsunternehmen auszugehen.

11. Die Parteien gehen davon aus, dass Unilabs St. Gallen [...] medizinische Laboranalysen für Patientinnen und Patienten [...] durchführen wird, [...].<sup>5</sup> Gestützt auf die Angaben der Meldung ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen Unilabs St. Gallen nicht bloss eine Hilfsfunktion für Unilabs und Medbase ausüben wird. Das Gemeinschaftsunternehmen wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen und eine eigene Geschäftspolitik verfolgen. Es wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängiger Marktteilnehmer tätig zu sein und ist auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.<sup>6</sup>

12. Unilabs bringt die heutigen Geschäftstätigkeiten der Zweigniederlassung St. Gallen, [...] in das Gemeinschaftsunternehmen ein. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Einbringung von Geschäftstätigkeiten, welches gemäss Praxis der WEKO ohnehin weit auszulegen ist, erfüllt.

13. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante Gemeinschaftsunternehmen einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG<sup>7</sup> und Art. 2 Abs. 2 VKU<sup>8</sup> darstellt.

14. Die Migros-Gruppe und die Unilabs-Gruppe, einschliesslich die weiteren von Apax Partners LLP kontrollierten Portfoliogesellschaften erzielten im Geschäftsjahr 2019 insgesamt einen Umsatz von ca. CHF [...] Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

15. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem Unilabs St. Gallen in der Schweiz tätig sein wird, konkret auf den Bereich der medizinischen Laboranalysen.

16. Die Parteien gehen von einem sachlich relevanten Markt für medizinische Laboranalysen aus, welche der Diagnose, der Behandlung und der Prävention menschlicher Krankheiten dienen und die von privat praktizierenden Ärzten bzw. Spitälern in eigenen Praxis- und Spitallaboratorien («in house») sowie von privaten medizinischen Analyselabors (wie z. B. Unilabs) durchgeführt werden.<sup>9</sup> Sie gehen damit von einem umfassenden Markt für medizinische Laboranalysen im Bereich der Humanmedizin aus.

17. Diese Marktsegmentierung erscheint als zu weitgehend. In-house-Leistungen sind typischerweise nicht dem relevanten Markt zuzurechnen, zumindest soweit diese nicht für Dritte angeboten werden.<sup>10</sup> Eine weitere Segmentierung der medizinischen Laboranalysen in ein Segment für allgemeine («routine testing») und ein Segment für

spezialisierte Laboranalysen («rare» oder «special testing»)<sup>11</sup> oder in Einzelfällen nach spezifischem Analysebedarf<sup>12</sup> erscheint denkbar. Eine abschliessende sachliche Marktsegmentierung kann allerdings offengelassen werden und es rechtfertigt sich hinsichtlich der vorliegend unkritischen Zusammenschlussverhältnisse und im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem einzigen sachlich relevanten Markt für humanmedizinische Laboranalysen auszugehen, welcher zusätzlich In-house Leistungen erfasst. Tatsächlich hielt es die EU-Kommission im Fall 3i / Vedici Groupe nicht für notwendig, den sachlich relevanten Markt etwa nach medizinischen oder technischen Besonderheiten resp. nach weiteren Kriterien zu unterteilen und liess eine definitive Marktsegmentierung aufgrund der Bedenkenlosigkeit der in Frage stehenden Transaktion ebenfalls offen.<sup>13</sup>

18. Räumlich gehen die Parteien von einer nationalen Marktsegmentierung aus. Sie verweisen dabei insbesondere auf den Umstand, dass sowohl Unilabs als auch die grösseren Konkurrenten von Unilabs (Sonic Healthcare, Synlab, medica Dr. Viollier, Dr. Risch) ihre Leistungen schweizweit anbieten würden.<sup>14</sup> Weiter spreche auch die Kleinräumigkeit der Schweiz und die effizienten Transport- und Logistikmöglichkeiten in der Schweiz sowie moderne Telekommunikationsmittel zur Übermittlung der Testresultate für eine nationale Abgrenzung.

19. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Das Gebiet, in welchem die Produkte angeboten werden, kann damit höchstens indirekt Aufschluss über den räumlich relevanten Markt geben. Soweit die Marktteilnehmer ihre Leistungen im Rahmen von lokalen Laboren anbieten, liegt ein Indiz für lokale räumliche Märkte vor. Die Marktanalysen der EU-Kommission im Fall 3i / Vedici Groupe ergaben, dass ein Markt für Routineanalysen eher lokal und für seltene Analysen eher national abzugrenzen ist.<sup>15</sup> Eine abschliessende räumliche Marktsegmentierung kann vorliegend unterbleiben, da selbst bei der engsten Marktsegmentierung keine ernsthaften Bedenken bestehen.

<sup>4</sup> Aktionärbindungsvertrag (ABV; [...]).

<sup>5</sup> [...].

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2017/2, 314, Rz 29, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>8</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>9</sup> Vgl. definitive Meldung vom 21. August 2020, Rz 55.

<sup>10</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang RPW 2018/3, 627 ff., Rz 128 ff., *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*. Für die Berücksichtigung von Fremd- und Eigenleistungen auch RPW 2014/1, 231 ff., Rz 161 ff. *Swatch Lieferstopp*.

<sup>11</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21. Mai 2010 in Sachen COMP/M5805, 3i / Vedici Groupe, Rz 18 ff.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2003/4, 759 ff. Rz 26 ff., *Veterinärmedizinische Tests/Migros*.

<sup>13</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 21. Mai 2010 in Sachen COMP/M5805, 3i / Vedici Groupe, Rz 18 ff.

<sup>14</sup> Vgl. definitive Meldung vom 21. August 2020, Rz 63.

<sup>15</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21. Mai 2010 in Sachen COMP/M5805, 3i / Vedici Groupe, Rz 22 f.

20. Unilabs ist gesamtschweizerisch tätig. Der Marktanteil von Unilabs in der Schweiz beträgt gemäss Angaben der Parteien rund [0–10] %<sup>16</sup>, der Marktanteil bei engerer Marktabgrenzung im Raum Deutschschweiz hingegen rund [0–10] %. Die Marktanteile von Medbase/Migros, welche gemäss Meldung einzig Präsenzlabors betreiben, liegen sowohl gesamtschweizerisch wie auch in der Deutschschweiz nur unwesentlich über [0–10] %. Von Unilabs St. Gallen dürften die Marktanteile schätzungsweise nicht wesentlich höher als [0–10] % in der Gesamtschweiz und bei rund [0–10] % in der Deutschschweiz liegen.<sup>17</sup> Durch das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben kommt es zu äusserst marginalen Marktanteilsadditionen, wobei in keinem Fall ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.<sup>18</sup>

21. Schliesslich haben die Parteien in der Meldung ein «Abwerbeverbot» als Nebenabrede ausgewiesen. 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.<sup>19</sup>

22. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die entsprechende Bekanntmachung der Europäischen Kommission<sup>20</sup> angelehnt.<sup>21</sup>

23. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> Zeitlich können zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>24</sup> Abwerbeverbote zeitigen eine vergleichbare Wirkung und werden deshalb gleich beurteilt wie Wettbewerbsverbote.<sup>25</sup>

24. Das mittels ABV [...] Aufgrund der Angaben in der Meldung beschränkt sich das Abwerbeverbot in sachlicher und räumlicher Hinsicht auf die Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens. In zeitlicher Hinsicht besteht das Wettbewerbsverbot [...].

25. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das in der Meldung genannte Wettbewerbsverbot in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorga-

ben der Praxis der WEKO entspricht und daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden kann.

26. 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.

<sup>16</sup> Die Parteien gingen bei der Berechnung der Marktanteile von einer alten Statistik der Kosten und Finanzierung des Gesundheitswesens des Bundesamts für Statistik (BFS) aus. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat anhand der revidierten Daten und des tieferen Gesamtmarktvolumens von Laboranalysen Berechnungen vorgenommen. Diese ergaben für Unilabs gesamtschweizerisch einen Marktanteil von rund [0–10] % sowie einen Marktanteil in der Deutschschweiz von rund [0–10] %.

<sup>17</sup> Für das künftige Gemeinschaftsunternehmen Unilabs St. Gallen wurden die Umsätze der heutigen Zweigniederlassung von Unilabs in St. Gallen berücksichtigt, deren Geschäftstätigkeit in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht wird.

<sup>18</sup> Diesbezüglich erbringt auch eine summarische Prüfung der Marktanteile exkl. in-house-Leistungen kein anderes Ergebnis. Vgl. dazu <[www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kostenfinanzierung.assetdetail.12567524.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kostenfinanzierung.assetdetail.12567524.html)> (14.9.2020).

<sup>19</sup> RPW 2019/4, 1187 Rz 18, *Spital STS AG/Medbase AG*; RPW 2018/4, 1008 Rz 122, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

<sup>20</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24 vom 5.3.2005 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung Nebenabreden).

<sup>21</sup> RPW 2018/4, 1008 Rz 124, *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*; RPW 2017/1, 124 Rz 54, *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

<sup>22</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 36.

<sup>23</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 37.

<sup>24</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 36.

<sup>25</sup> EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 11), Rz 26.

B 2.3

**11. Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited**

*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 2020*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 2. November 2020*

1. Am 2. Oktober 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die nachstehend beschriebenen drei Unternehmen, indirekt – über neu geschaffene, nicht operativ tätige Holding-Gesellschaften – die gemeinsame Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erwerben.

2. Kohlberg & Co., L.L.C. (nachfolgend: **Kohlberg**) ist eine US-amerikanische Private-Equity-Verwaltungsgesellschaft, die sich auf Investitionen in mittelständische Unternehmen spezialisiert hat. Seit ihrer Gründung im Jahr 1987 hat Kohlberg neun Private-Equity-Fonds organisiert, durch die sie über USD 10 Mia. an eingebrachtem Beteiligungskapital gesammelt hat. Kohlberg verwaltet derzeit ein Gesamtvermögen von rund USD [...] Mia. USD. Die Portfolio-Gesellschaften von Kohlberg sind in unterschiedlichen Branchen tätig, wie industrielle Herstellung, Konsumgüter, Unternehmens-, Gesundheits- und Finanzdienstleistungen. [...] Kohlberg übt [...] die Verwaltungsfunktionen der Kohlberg-Fonds aus. [...].

3. Mubadala Investment Company PJSC (nachfolgend: **Mubadala**) ist eine staatliche Aktiengesellschaft in Abu Dhabi, die sich auf Investitionen und Entwicklung konzentriert und sich ganz im Besitz der Regierung des Emirats Abu Dhabi in den Vereinigten Arabischen Emiraten befindet. Investitionsentscheidungen werden unabhängig von der Regierung des Emirates Abu Dhabi vom Verwaltungsrat von Mubadala oder von der Geschäftsleitung unter ihrer Aufsicht getroffen, Mubadala investiert in eine Vielzahl von Sektoren, darunter Luft- und Raumfahrt, ICT, Halbleiter, Metall und Bergbau, erneuerbare Energien, Öl und Gas, Petrochemie, Versorgungsunternehmen, Gesundheitswesen, Immobilien, Pharma- und Medizintechnik, Agrarindustrie und ein globales Portfolio von Finanzbeteiligungen.

4. Partners Group AG (zusammen mit ihren verbundenen Gesellschaften nachfolgend: **Partners Group**), eine in der Schweiz registrierte und domizilierte Gesellschaft, ist eine globale Vermögensverwaltungsgesellschaft für Privatmarktanlagen mit einem verwalteten Vermögen von mehr als USD 96 Mia. in den Bereichen Private Equity, private Immobilien, private Infrastruktur und private Schulden. Partners Group bietet internationalen institutionellen Anlegern, die direkten Zugang zu privaten Marktvermögen suchen, eine breite Palette von Invest-

mentfonds und Portfolios, die auf die Bedürfnisse der Anleger zugeschnitten sind. Partners Group hält Beteiligungen an Unternehmen in verschiedenen Branchen.

5. Kohlberg, Mubadala und Partners Group sind die meldenden/übernehmenden Gesellschaften. Sie planen, gemeinsam indirekt die Kontrolle über Pioneer UK Midco 1 Limited (nachfolgend: «PUM1») zu erwerben. PUM1 ist eine Holding-Gesellschaft mit Sitz im Vereinigten Königreich, welche die Gruppe der Unternehmen, die unter dem Namen PCI Pharma Services tätig sind, hält und kontrolliert (nachfolgend: **PCI**, zusammen mit PUM1 die **Zielgesellschaft**).<sup>1</sup> Die Zielgesellschaft wird derzeit letztlich von Partners Group kontrolliert. PCI ist eine globale Anbieterin von Dienstleistungen für die pharmazeutische und biotechnologische Industrie in drei spezifischen Bereichen: Dienstleistungen für klinische Studien («*clinical trial services*»), gewerbliche Verpackung («*commercial packaging*») sowie Entwicklung und Herstellung von Arzneimitteln («*development and manufacturing of pharmaceuticals*»).<sup>2</sup>

6. Der **Erwerb der gemeinsamen Kontrolle** wird über eine Reihe neu gegründeter Holding-Gesellschaften erfolgen, die gegenwärtig direkt und allein von Kohlberg kontrolliert werden.<sup>3</sup> Die oberste neu geschaffene Holding-Gesellschaft (KPCI Holdings Ltd.) wird nach Abschluss der Transaktion indirekt von Fonds sowie einem Vehikel, das von Kohlberg ([...] %), Mubadala ([...] %) und Partners Group ([...] %) verwaltet bzw. kontrolliert wird, gehalten werden.<sup>4</sup> Kohlberg, Mubadala und Partners Group werden nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens über einen noch abzuschliessenden Aktionärsbindungsvertrag betreffend die Führung von KPCI Holdings Ltd. und indirekt deren kontrollierten Unternehmen jeweils ein Vetorecht bei strategischen Entscheidungen über die Geschäftspolitik der Zielgesellschaft haben. Sie werden diese daher gemeinsam im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU kontrollieren.<sup>5</sup> Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG. Die vereinfachte Eigentums- und Kontrollstruktur der Zielgesellschaft sowie die vorgesehenen Vetorechte nach Abschluss des Zusammenschlussvorhabens werden nachfolgend überblicksartig wiedergegeben.

7. Vereinfachte Eigentums- und Kontrollstruktur der Zielgesellschaft:

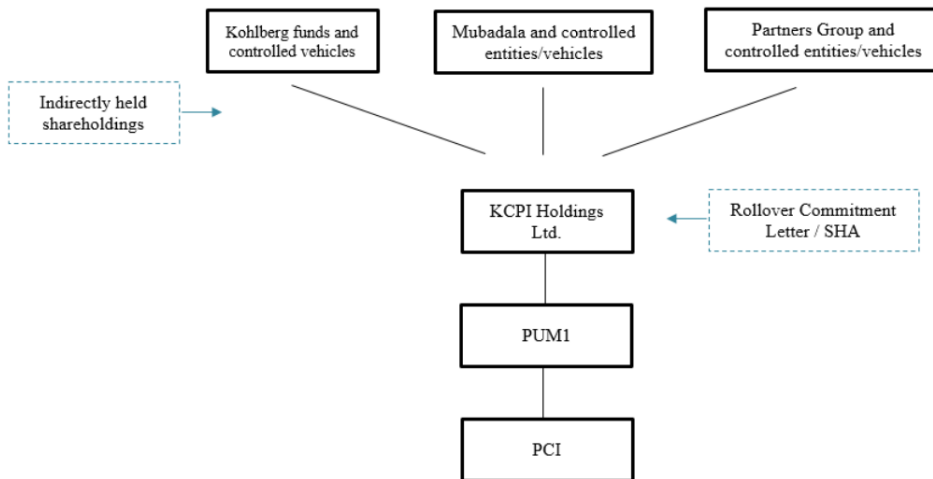
<sup>1</sup> Genauer gesagt, PUM1 – durch Pioneer UK Midco 2 Limited («PUM2»), eine zu 100% gehaltene Holding-Gesellschaft – besitzt und kontrolliert PCI auf indirektem Wege (vgl. Meldung Rz 21, Fn 5).

<sup>2</sup> Meldung Rz 21.

<sup>3</sup> Meldung Rz 32.

<sup>4</sup> Meldung Rz 32 b.

<sup>5</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Meldung Rz 32.

Abbildung 1: Quelle Meldung Rz 35.<sup>6</sup>

8. Relevante Bestimmungen, welche sich später im Aktionärsbindungsvertrag widerspiegeln werden:

a. **Verwaltungsrat:** Der Verwaltungsrat wird sich aus [...] Verwaltungsräten zusammensetzen: [...] ernannt von Kohlberg, [...] von Partners Group, [...] von Mubadala und [...]. Beschlüsse des Verwaltungsrats erfordern [...].

b. **Vorbehaltene Angelegenheiten** («Reserved Matters»): Die Liste der vorbehaltenen Angelegenheiten, die der einstimmigen vorgängigen Genehmigung durch jede der meldenden Parteien (als Aktionäre von KCPI Holdings Ltd.) bedürfen, umfasst unter anderem die folgenden Punkte, die für das strategische Geschäftsverhalten der Zielgesellschaft wesentlich sind:

- [...];
- [...];<sup>7</sup>
- [...];

- [...].<sup>8</sup>

9. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 1. Oktober 2020 der Europäischen Kommission gemeldet und wird dort aktuell ebenfalls geprüft [Freigabe am 29. Oktober 2020]<sup>9</sup>. Darüber hinaus wurde das Zusammenschlussvorhaben der US Federal Trade Commission, der Chinese State Administration for Market Regulation [nachfolgend: **SAMR**] und der türkischen Wettbewerbsbehörde gemeldet [Freigabe SAMR am 27. Oktober 2020]<sup>10</sup>. Die US Federal Trade Commission gewährte am 9. September 2020 eine vorzeitige Beendigung der Wartezeit (aus Sicht der US-Fusionskontrolle sind die meldenden Parteien nun frei, die Transaktion zu vollziehen).<sup>11</sup>

10. Die nachfolgenden Tabellen zeigen, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG in casu erfüllt sind.<sup>12</sup> Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Weltweiter Umsatz		
Beteiligte Unternehmen	EUR in Mio.	CHF in Mio.
Kohlberg (2019)	[...]	[...]
Mubadala (2018)	[...]	[...]
Partners Group (2019)	[...]	[...]
Zielgesellschaft <sup>13</sup>	[...]	[...]

Tabelle 1: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen weltweit im letzten Geschäftsjahr (Quelle: Angaben der Parteien, vgl. Meldung 3.1)

<sup>6</sup> Für ein detailliertes Diagramm der Unternehmensstruktur nach der Transaktion vgl. Short Form CO, Annex 3.1.6 (Meldung S. 88).

<sup>7</sup> [...].

<sup>8</sup> Vgl. Meldung Rz 33.

<sup>9</sup> Nachträgliche Ergänzung der Redaktion vom 8.01.2021.

<sup>10</sup> Nachträgliche Ergänzungen der Redaktion vom 8.01.2021.

<sup>11</sup> Meldung Fn. 1.

<sup>12</sup> Zu den detaillierten jeweiligen Ausführungen betreffend Herkunft und Umrechnung der entsprechenden Umsatzzahlen, den in Betracht

gezogenen Geschäftsjahren, möglichen Unschärfen etc. vergleiche die Details in Meldung 3. Die entsprechenden Angaben haben keinen Einfluss auf die Umsatzbewertung, weshalb sie hier nicht im Detail wiedergegeben werden.

<sup>13</sup> Die Umsätze der Zielgesellschaft, die indirekt zu 100 % von Partners Group gehalten wird, sind in den Umsätzen letzterer mitenthalten. Zu Informationszwecken wurden diese in der Meldung darüber hinaus separat ausgewiesen (vgl. Short Form CO, Confidential Annex 4/Meldung S. 89).

Umsatz in der Schweiz		
Beteiligte Unternehmen	EUR in Mio.	CHF in Mio.
Kohlberg (2019)	[...]	[...]
Mubadala (2018)	[...]	[...]
Partners Group (2019)	[...]	[...]
Zielgesellschaft	[...]	[...]

Tabelle 2: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen in der Schweiz (Quelle: Angabe der Parteien, vgl. Meldung 3.2)

11. 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.

12. Mit der Meldung beschränkt sich die nachfolgende Analyse auf die Schweizer Tätigkeiten der Zielgesellschaft sowie die Aktivitäten der erwerbenden Gesellschaften, die in die gleichen Märkte fallen wie die Schweizer Aktivitäten der Zielgesellschaft sowie mögliche vertikale Beziehungen, die sich aus dem Zusammenschlussvorhaben ergeben.

13. PUM1 erbringt auf globaler Basis Dienstleistungen für die pharmazeutische und biotechnologische Industrie in drei spezifischen Bereichen: (a) Dienstleistungen für klinische Studien, (b) Entwicklung und Herstellung von Arzneimitteln sowie (c) gewerbliche Verpackung.<sup>14</sup> Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft damit gemäss Meldung und – mangels entsprechender Praxis der WEKO vornehmlich in Anlehnung an Präzedenzfälle der EU Kommission, bei welchen die Marktabgrenzung indes teilweise offengelassen wurde – die folgenden **sachlich relevanten Märkte**:

- a. Dienstleistungen eines Auftragsforschungsinstituts («contract research organisation») (inkl. klinische Studien) («AFI-Dienstleistungen»): AFI-Dienstleistungen beziehen sich auf Produktentwicklungsdienste, die von Unternehmen des Gesundheitswesens in Anspruch genommen werden, um den klinischen Entwicklungsprozess und andere Prozesse von klinischen Erstversuchen an Menschen bis zum Monitoring nach der Markteinführung auszulagern.<sup>15</sup> Darüber hinaus wird ein hypothetisches engeres Segment bestehend aus Dienstleistungen nur für klinische Studien abgegrenzt.
- b. Auftragsherstellung von Fertigarzneimitteln («finished dose pharmaceuticals» [«FDP»]): Die Auftragsherstellung von FDP besteht aus der Herstellung von FDP im Auftrag von pharmazeutischen Drittunternehmen; die Drittpartei vermarktet die FDP dann unter ihrem eigenen Label oder ihrer eigenen Marke (der Auftragsherstellungsprozess kann die Bereitstellung der Endverpackung des Produkts beinhalten oder auch nicht).<sup>16</sup>

- c. Bereitstellung von Verpackungsdienstleistungen für Arzneimittel. Die Zielgesellschaft bietet Verpackungsdienstleistungen für pharmazeutische Produkte an, einschliesslich Primär- und Sekundärverpackungsdienstleistungen für Marken- und Generika-Arzneimittel, biotechnologische Arzneimittel, rezeptfreie Arzneimittel und pharmazeutische Spezialprodukte. Zu den primären Verpackungsmöglichkeiten gehört die Abfüllung von festen oralen Dosierungen und Pulvern in Blister, Flaschen und Beutel. Zu den sekundären Verpackungsmöglichkeiten gehören die Etikettierung von Flaschen, Fläschchen, vorgefüllten Spritzen und Autoinjektoren, die Montage von Compliance- und kindersicheren Verpackungen, das Verpacken von Kits sowie Kartonierungs- und Serialisierungsdienstleistungen. Die Zielgesellschaft stellt das Verpackungsmaterial nicht selbst her, sondern verwendet vielmehr von Dritten hergestelltes Verpackungsmaterial, das von jedem pharmazeutischen Kunden im Rahmen seines Arzneimittelentwicklungsprozesses beschafft und in seinen Zulassungsanträgen registriert sind. Die Zielgesellschaft verpackt das Bulk-Produkt oder die Primärverpackung seiner Kunden in den für den Markt bestimmten Endbehälter und lädt diese fertigen Packungen dann auf die Lastwagen ihrer Kunden, die für den Versand verantwortlich sind.<sup>17</sup>

14. **Räumlich** werden diese Märkte gemäss Meldung zum Zwecke der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens als den EWR + Schweiz umfassend abgegrenzt und die folgenden **Marktanteile** für die jeweiligen Märkte ausgewiesen:

- a. Dienstleistungen für klinische Studien/EWR + Schweiz als hypothetisches Untersegment von AFI-Dienstleistungen: etwa [0-5] %; auf dem Gesamtmarkt für AFI-Dienstleistungen im EWR + Schweiz wäre der geschätzte Marktanteil der Zielgesellschaft PUM1 deutlich tiefer;<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Meldung Rz 50.

<sup>15</sup> Vgl. COMP/M.8061 – IMS Health/Quintiles, Rz. 4, Meldung Rz 54.

<sup>16</sup> Vgl. COMP/M.7975 – Mylan/Meda, Rz. 601, Meldung Rz 64.

<sup>17</sup> Meldung Rz 73 f.

<sup>18</sup> Vgl. Meldung Rz 60. Beide Segmente seien weiter durch die Präsenz starker Akteure sowie harten Wettbewerb gekennzeichnet.

- b. FDP-Auftragsherstellung/EWR+ Schweiz: unter [0-5] %;
- c. Bereitstellung von Verpackungsdienstleistungen für Arzneimittel/EWR + Schweiz: rund [5-10] %.

15. Das Zusammenschlussvorhaben gibt gemäss Meldung unabhängig von den Marktdefinitionen, die letztlich angenommen werden können, keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Keine der derzeit von den meldenden Parteien kontrollierten Portfolio-Gesellschaften weist Aktivitäten auf, die zu einer horizontalen Beziehung zu denen der Zielgesellschaft (PUM1) stehen. Darüber hinaus hat keine der derzeit von den meldenden Parteien kontrollierten Portfolio-Gesellschaften Aktivitäten, die zu einer vertikalen Beziehung zu den Aktivitäten der Zielgesellschaft führen.<sup>19</sup>

16. Die genauen Marktabgrenzungen können damit auch vorliegend offengelassen werden. Es liegen weder betroffene Märkte mit Anteilsaddition («horizontal betroffene Märkte») noch zu meldende betroffenen Märkte ohne Marktanteilsaddition («vertikal betroffene Märkte») im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

17. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden nicht explizit der WEKO zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.<sup>20</sup>

18. 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.

---

<sup>19</sup> Meldung Rz 47.

<sup>20</sup> Vgl. auch Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, vom 21. Oktober 2014, <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html>, sowie statt vieler RPW 2019/4, 1187 Rz 17 f., *Spital STS AG/Medbase AG*.



B 2	<b>5. Andere Entscheide</b> Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	<b>1. Verfügung des Sekretariats vom 20. Juni 2016 betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts gegen A.</b>

*Verfügung vom 20. Juni 2016 gemäss Art. 48 Abs. 1 KG in Sachen Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 10. November 2015 [...] betreffend Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts gegen [A.]*

#### **A. Verfahren und Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2015 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) der [A.] seinen Entscheid mit, die Vorabklärung gegen sie einzustellen, und stellte ihr den Schlussbericht vom 10. November 2015 zu. Gleichzeitig wurde die [A.] gebeten, dem Sekretariat im Hinblick auf die Publikation des Schlussberichts in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) bis zum 1. Februar 2016 mitzuteilen, ob die ihr zugesandte geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Schlussberichtes zusätzliche Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung zu eliminieren seien. Das Sekretariat bat die [A.], allfällige Anträge auf Abdeckungen zu begründen.

2. Innert erstreckter Frist stellte die [A.] dem Sekretariat mit Schreiben vom 18. Februar 2016 eine «um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version» des Schlussberichts zu, welche gegenüber der Version des Sekretariats vom 29. Dezember 2015 diverse weitere Schwärzungen aufwies. Auf eine Begründung dieser zusätzlichen Schwärzungen verzichtete die [A.]. Ausserdem bat die [A.] das Sekretariat, zwei Stellen des Schlussberichtes zu korrigieren, die ihrer Ansicht nach Fehler aufwiesen.

3. Mit Schreiben vom 24. März 2016 teilte das Sekretariat der [A.] mit, dass es eine der beiden gewünschten Korrekturen hatte vornehmen können. Zur zweiten merkte es an, dass der von der [A.] vorgebrachte Fehler nicht bestehe. Ausserdem wies das Sekretariat die [A.] darauf hin, dass die [A.] ihm keine Stellen angezeigt hatte, welche aus seiner Sicht Geschäftsgeheimnisse enthielten. Dennoch habe es eine neue Version des Schlussberichtes erstellt, in welcher es gestützt auf sein Ermessen bei der Publikation von Schlussberichten und im Sinne eines effizienten Verfahrens zusätzlich zu den Abdeckungen gemäss Version vom 29. Dezember 2015 weitere Stellen abdeckte. Das Sekretariat informierte die [A.] sodann darüber, dass es weitere, von der [A.] pauschal und ohne Begründung beantragte Abdeckungen nicht vornehmen werde. Schliesslich teilte das Sekretariat der [A.] mit, dass es diese neue Version an die ständerätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-S) geschickt hatte und in der Reihe Recht und Politik des Wettbewerbs publizieren werde.

4. Mit Schreiben vom 1. April 2016 an die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) beantragte die [A.] unter anderem, dass «die Wettbewerbskommission eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG über die Publikation des Schlussberichts und die Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse erlässt.»

5. Mit Schreiben vom 6. April 2016 teilte das Sekretariat der [A.] mit, dass es ihr frühestens im Verlaufe der Woche vom 11. bis 15. April 2016 eine Rückmeldung zukommen lassen könne. Es sicherte der [A.] aber zu, den Schlussbericht vor Zustellung dieser Rückmeldung nicht zu publizieren.

6. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

#### **B. Erwägungen**

##### **B.1 Formelles**

###### **B.1.1 Gegenstand der Verfügung**

7. Um die Zuständigkeit für den Erlass einer Verfügung zu bestimmen, ist zunächst zu klären, über was verfügt werden soll bzw. im Falle eines Gesuches, was beantragt wird. Die [A.] ist in dieser Hinsicht nicht sehr klar (siehe Anträge a bis f in ihrem Schreiben vom 1. April 2016).

8. Sie beantragt zunächst, dass die WEKO die zweckdienlichen Massnahmen ergreift, um Rechtsnachteile von der [A.] abzuwenden (Bst. c), und dass die WEKO Kenntnis davon nimmt, dass die Gesuchstellerin bereits eine Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine allfällige Verfügung vorbereitet (Bst. e). Da über diese Anträge nicht zu verfügen ist, bilden sie auch nicht Gegenstand der vorliegenden Verfügung.

9. Weiter beantragt die [A.], dass die WEKO eine Publikation des Schlussberichtes unterlässt, bis eine Einigung über die Geschäftsgeheimnisse erzielt wurde oder eine rechtskräftige Verfügung vorliegt (Bst. a), und dass die WEKO eine anfechtbare Verfügung über die Publikation des Schlussberichtes und die Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen erlässt (Bst. b). Ausserdem beantragt sie, dass ihr innert einer von ihr gesetzten Frist mitgeteilt wird, ob die zuständige Behörde eine Verfügung zu erlassen gedenke (Bst. d, 1. Aufzählungspunkt und Bst. f) und ob mit der Publikation des Schlussberichts zugewartet werde, bis das Bundesverwaltungsgericht darüber entschieden hat (Bst. d, 2. Aufzählungspunkt und Bst. f). Die verfügende Behörde fasst die Anträge unter Bst. d als Eventualanträge in dem Sinne auf, dass sich diese erübrigen, falls die zuständige Behörde

Antrag b) folgt und eine Verfügung erlässt. Mit der Behandlung von Antrag b) klärt die WEKO auch die Anträge a), b), d) und f). Eine Mitteilung darüber, ob eine Verfügung erlassen wird, wäre nur dann noch zweckdienlich, wenn die zuständige Behörde keine Verfügung zu erlassen gedenkt. Da die verfügende Behörde auf Antrag b) eintritt und eine Verfügung erlässt, mit welcher sämtliche aufgeworfenen Fragen der Anträge a), b), d) und f) beantwortet werden, sind all diese Anträge durch die vorliegende Verfügung abgedeckt bzw. behandelt.

10. Unklar ist schliesslich, ob die [A.] den Standpunkt vertritt, dass der Schlussbericht überhaupt nicht publiziert werden darf (so könnte ihr Antrag gedeutet werden, wonach sowohl über die Publikation des Schlussberichts als auch über die Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen zu verfügen sei) oder ob sie lediglich die Form der Publikation in Frage stellt und der Ansicht ist, gewisse Stellen des Schlussberichts müssten abgedeckt werden (darauf deutet das von ihr beantragte Zuwarten einer Publikation bis zu einer Einigung über die Geschäftsgeheimnisse sowie die Einreichung einer durch sie geschwärzten Version hin).

11. Einleitend ist festzuhalten, dass es sich bei der Vorabklärung um ein sogenanntes formloses Verfahren handelt, mit welchem geklärt wird, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 oder 7 KG<sup>1</sup> vorliegen.<sup>2</sup> Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes haben die Beteiligten einer Vorabklärung weder ein generalisiertes Recht, die Publikation des Schlussberichts zu verlangen, noch ein solches, ihn zu verhindern.<sup>3</sup>

12. Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls festgehalten, dass das Sekretariat auch bei der Publikation von Vorabklärungen Art. 25 Abs. 4 KG zu beachten hat und bei einer Publikation des Schlussberichtes keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben darf. Könnte keine Einigung mit den Betroffenen erzielt werden, könnten die Wettbewerbsbehörden betreffend die Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen eine (verfahrensleitende) Verfügung erlassen. Ob hierzu eine Pflicht besteht, hat das Bundesverwaltungsgericht offen gelassen.<sup>4</sup>

13. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Publikation einer (End-)Verfügung der WEKO zu Recht als Realakt und entsprechend als nicht anfechtbar qualifiziert. Eine anfechtbare Verfügung ergehe, wenn sich die Behörde und eine Partei, die in ihrem schutzwürdigen Interesse berührt sei, über die *Form oder Art der Publikation* nicht einigen könnten (Art. 25a Abs. 2 VwVG<sup>5</sup>).<sup>6</sup>

14. In Bezug auf die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung hat das Bundesverwaltungsgericht zumindest klargelegt, dass diese Publikation grundsätzlich keine anfechtbare Verfügung darstellt.<sup>7</sup> Eine Verfügungsbefugnis darüber gestützt auf Art. 25a VwVG verneinte das Bundesverwaltungsgericht aber, weil das VwVG im Vorabklärungsverfahren nicht anwendbar sei und weil durch eine Verfügung nach Art. 25a VwVG der Verantwortungsbereich der Geheimnisherrin (Art. 25 Abs. 4 KG) nicht eingeschränkt werde.<sup>8</sup> Dabei ging das Bundesverwaltungsgericht jedoch von der unzutreffenden Annahme aus, dass die Verfügung über die Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen eine verfahrenslei-

tende Verfügung, also eine Zwischenverfügung, darstellt.<sup>9</sup> Bei einer Verfügung über die Qualifizierung von Geschäftsgeheimnissen handelt es sich aber nur analog um eine Zwischenverfügung, sodass der Anwendung von Art. 25a VwVG diesbezüglich nichts entgegensteht.

15. Zusammenfassend zeigt sich, dass den Betroffenen einer Vorabklärung kein generalisiertes Recht zusteht, die Publikation eines Schlussberichts zu verhindern und diese grundsätzlich in Frage zu stellen. Im Rahmen der vorliegenden Verfügung wird deshalb nur (aber immerhin) die Frage beantwortet, in welcher Form bzw. in welchem Umfang der Schlussbericht des Sekretariats vom 10. November 2015 veröffentlicht wird. Da aber mit einer Verfügung über die Qualifizierung von Geschäftsgeheimnissen notwendigerweise auch über die Publikation eines Schlussberichts an sich verfügt wird und da die verfügende Behörde für beide Fragen zuständig ist, ist die oben erwähnte Unklarheit über den Antrag der [A.] ohne Belang.

16. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag der [A.], wonach die WEKO eine anfechtbare Verfügung über die Publikation des Schlussberichts und die Qualifizierung der Geschäftsgeheimnisse zu erlassen habe, als Begehren gemäss Art. 25a Bst. a VwVG entgegenzunehmen ist, mit welchem die Unterlassung der geplanten Art und Weise der Schlussberichtspublikation verlangt wird.

### B.1.2 Zuständigkeit

17. Gemäss Art. 48 Abs. 1 und 49 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide selbständig veröffentlichen und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit informieren. Sie haben dabei die Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte der betroffenen Unternehmen zu wahren. Zuständig für der Erlass einer Verfügung über einen Realakt (vorliegend die Publikation) ist die Behörde, welche für die Vornahme dieses Realakts zuständig ist.

18. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die «Wettbewerbsbehörden» «ihre Entscheide» veröffentlichen. Zu den Wettbewerbsbehörden gehört auch das Sekretariat, welches die mit Art. 48 KG insbesondere beabsichtigte Schaffung der Rechtssicherheit dadurch erzeugt, dass

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

<sup>2</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 590 E. 4, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>3</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 590 E. 7, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>4</sup> Siehe zum Ganzen Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 589 E. 6.3.1, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>5</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>6</sup> Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 1.1 m.w.H., *Nikon/WEKO*.

<sup>7</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 588 E. 4, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>8</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 588 E. 6.2, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>9</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 589 E. 6.3.1, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2015/2, 144 Rz 9, *Kostenverfügung: Meldesystem Bau- und Anlagemeisterverbände*.

es seine Praxis veröffentlicht. Zur Praxis des Sekretariats gehören die Ergebnisse einer Vorabklärung. Es führt das Vorabklärungsverfahren weitgehend unabhängig von der WEKO (Art. 26 KG) und kann deshalb als eigentlicher «Herr der Vorabklärung» bezeichnet werden. Da aber Zwischenverfügungen im Vorabklärungsverfahren praxisgemäss unter Mitwirkung eines Präsidiumsmitglieds ergehen (Art. 23 Abs. 1 KG), sollte auch bei Endverfügungen im Zusammenhang mit einem Schlussbericht ein Mitglied des Präsidiums mitwirken.<sup>10</sup>

19. Dieselbe Zuständigkeit ergibt sich im Übrigen auch für die Information der Öffentlichkeit gestützt auf Art. 49 KG.

20. Zuständig für den Erlass der vorliegenden Verfügung nach Art. 25a VwVG ist demnach das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums.

### B.1.3 Schutzwürdiges Interesse

21. Eine Verfügung nach Art. 25a VwVG kann verlangen, wer ein schutzwürdiges Interesse hat. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn der Gesuchsteller ein aktuelles rechtliches oder bloss tatsächliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat und dieser ihm einen unmittelbaren, praktischen Nutzen bringen kann.<sup>11</sup> Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das «schutzwürdige Interesse» im Sinne von Art. 25a VwVG grundsätzlich gleich zu verstehen wie beim Parteibegriff (Art. 6 VwVG) und der Beschwerdebefugnis nach Art. 48 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 89 Abs. 1 BGG.<sup>12, 13</sup> Dieses kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein, soweit die gesuchstellende Person an der Rechtsklärung mittels Verfügung über den Realakt einen praktischen Nutzen hat.<sup>14</sup>

22. Zwar hat die [A.] trotz mehrmaligem Nachfragen nicht vorgebracht, welches konkrete Interesse durch eine Publikation verletzt werden könnte. Sie verweist lediglich pauschal auf Geschäftsgeheimnisse, ohne diese auch nur ansatzweise zu begründen. Da aber ein Gutheissen ihres Gesuches bzw. die Publikation des Schlussberichts gemäss dem Vorschlag der Gesuchstellerin dazu führen würde, dass verschiedene die Gesuchstellerin betreffende Informationen nicht publiziert würden, hat sie ein Interesse am Ausgang des Verfahrens und hätte einen unmittelbaren praktischen Nutzen daraus. Die fehlende Begründung ist im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit einer Publikation zu berücksichtigen. Auf das Gesuch wird eingetreten.

## B.2 Materielles

### B.2.1 Rechtliche Grundlagen der Publikation

23. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Art. 49 Abs. 1 KG verpflichtet die Wettbewerbsbehörden überdies, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. Art. 35 Abs. 2 GR-WEKO<sup>15</sup> sieht vor, dass Entscheide aus Vorabklärungen publiziert werden, sofern sie für die Praxis der Wettbewerbsbehörden von Bedeutung sind. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Publikation eines Schlussberichts wird denn auch vom Bundesverwaltungsgericht nicht in Zweifel gezogen.<sup>16</sup>

24. Die Veröffentlichung der Praxis der Wettbewerbsbehörden hat eine grundsätzliche Bedeutung, weil dadurch die Transparenz der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden

sowie die Rechtssicherheit für die rechtsunterworfenen Wirtschaftssubjekte erhöht werden.<sup>17</sup>

25. Anzumerken ist auch, dass der Gesetzgeber mit der Einführung direkter Sanktionen (Art. 49a KG) in der Kartellgesetzrevision von 2003 die generalpräventive Wirkung verstärken wollte. Die Marktteilnehmer sollen ihr Verhalten so ausrichten können, dass sie direkte Sanktionen erst gar nicht zu befürchten haben. Der Rechtssicherheit für die Unternehmen sei deshalb besondere Beachtung zu schenken.<sup>18</sup> Der Veröffentlichung nachvollziehbar begründeter Entscheide kommt deshalb im Kartellrechtvollzug insofern eine wichtige Rolle zu, als eine generalpräventive Wirkung erst durch die mittels Veröffentlichung erreichte Zugänglichkeit der Entscheide erzielt werden kann.

26. Die Wettbewerbsbehörden sind bemüht, die gesamte Praxis möglichst vollständig und umfassend zu veröffentlichen, was grundsätzlich dem Sinn einer transparenten und bürgernahen Verwaltung entspricht.<sup>19</sup> Neben Entscheidungen, welche aus formellen Verfahren hervorgehen, werden auch Stellungnahmen, Empfehlungen und Gutachten in die Publikationsreihe RPW aufgenommen.<sup>20</sup> Die grundsätzliche Zulässigkeit der Publikation eines Schlussberichts ist wie erwähnt vom Bundesverwaltungsgericht anerkannt.<sup>21</sup>

27. Das GR-WEKO sieht vor, dass Schlussberichte publiziert werden, wenn sie für die Praxis der Wettbewerbsbehörden von Bedeutung sind.<sup>22</sup> Es entspricht dabei gängiger Praxis des Sekretariats der WEKO, Schlussberichte in der Regel zu veröffentlichen, wenn die Vorabklärung eingestellt wird.<sup>23</sup> Im vorliegenden Fall ergibt sich die Praxisrelevanz zudem ohne Weiteres aus dem Umstand, dass es bisher nur wenige Vorabklärungen und Untersuchungen zur Thematik von Art. 7 KG und ausländischen Lieferbedingungen gab. Im Übrigen sind potentielle Markt-Abschottungen der Schweiz durch die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen ein Schwerpunktthema der WEKO.<sup>24</sup> Die Gesuchstellerin hat die Bedeutung des Schlussberichts für die Praxis denn auch nicht in Frage gestellt.

<sup>11</sup> BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Kommentar zum VwVG, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 25a VwVG N 27 ff.

<sup>12</sup> Bundesgesetz vom 17.6.2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

<sup>13</sup> BGE 140 II 315, 324 f., E. 4.2 m.w.H.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

<sup>16</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 589 E. 6.3.1, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>17</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 48 KG N 7.

<sup>18</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 5.1.4, *Nikon AG/WEKO*, mit Verweis auf die Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2022, 2041.

<sup>19</sup> Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 470 E. 4.1, *A./WEKO*.

<sup>20</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 17), Art. 48 KG N 8.

<sup>21</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 589 E. 6.3.1, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*.

<sup>22</sup> Art. 35 Abs. 2 GR-WEKO.

<sup>23</sup> Vgl. <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW).

<sup>24</sup> Siehe die Informationen und das Meldeformular der WEKO zur unvollständigen Weitergabe von Wechselkursvorteilen auf [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) >Dienstleistungen.

28. Bei ihrer Publikationstätigkeit haben die Behörden jedoch einen angemessenen Persönlichkeits- und Geheimnisschutz der betroffenen Personen zu wahren.<sup>25</sup> Bei der Publikation von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden sind mithin Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte zu schützen.<sup>26</sup>

### B.2.2 Die Publikation wahrt den Persönlichkeits- und Geheimnisschutz

29. Während die Behörde ein Recht und eine Pflicht zur Information der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit hat, haben die Verfahrensbeteiligten einen Anspruch auf Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse (Art. 25 Abs. 4 KG). Diesen beiden an sich in einem Spannungsverhältnis stehenden Grundsätzen wird durch die im Kartellgesetz enthaltene Regelung und die darauf abstellende Praxis Rechnung getragen.

30. Art. 25 Abs. 4 KG, wonach die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen, enthält keine Definition des Geschäftsgeheimnisbegriffs. Die Begriffsbestimmung im Kartellrecht lehnt sich daher in langer Praxis an die Rechtsprechung zu Art. 162 StGB<sup>27</sup> (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses)<sup>28</sup> und Art. 4 Bst. c, 6 und 15 UWG<sup>29</sup> an.<sup>30</sup>

31. Gemäss dieser Rechtsprechung gilt eine Tatsache als Geschäftsgeheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- a. Die Tatsache ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit);
- b. der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektiver Geheimhaltungswille);
- c. der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).<sup>31</sup>

32. Diese Voraussetzungen können zwar auch von der publizierenden Behörde geprüft werden (z.B. ob eine Information öffentlich zugänglich ist). Es ist aber in erster Linie an einem potentiellen Geschäftsgeheimnisherrn, das Vorliegen dieser Voraussetzungen darzulegen. Die Gesuchstellerin hat das vorliegende Verfahren durch ihr Begehren eingeleitet, weshalb sie verpflichtet ist, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG).<sup>32</sup> Ausserdem verfügt einzig der Geheimnisherr über gewisse notwendigen Informationen (Will er eine Information geheim halten? Welche berechtigten Interessen macht er geltend?).

33. Bereits beim Versand des erstens Fragebogens an die [A.] zum Zeitpunkt der Eröffnung der Vorabklärung am 6. Dezember 2012 hat das Sekretariat die [A.] darum gebeten, vertrauliche und unter das Geschäftsgeheimnis fallende Informationen einzeln als solche zu kennzeichnen. In ihrer Antwort vom 28. Februar 2013 bezeichnete die [A.] den von ihr beantworteten Fragebogen integral als Geschäftsgeheimnis, also ohne allfällige Geschäftsgeheimnisse einzeln zu kennzeichnen. Auch ihre Antworten vom 3. Dezember 2014, 18. Dezember 2014 und 16. Januar 2015 bezeichnete die [A.] jeweils integral als Geschäftsgeheimnis, und zwar, indem sie nach der Betreffzeile das Wort «GESCHAEFSTGEHEIMNIS» (sic!) anbrachte. Dabei war die [A.] vom Sekretariat am 4. Dezember 2014 darum gebeten worden, vertrauliche und unter das Geschäftsgeheimnis fallende Informationen einzeln als solche zu kennzeichnen.

34. Das Sekretariat hat den Schlussbericht vom 10. November 2015 aufwändig selbst bereinigt, das heisst, es hat die Informationen entfernt, welche aus seiner Sicht Geschäftsgeheimnisse im soeben dargelegten Sinne darstellen könnten. Diese Version hatte sie der [A.] zugestellt, damit diese allenfalls weitere Geschäftsgeheimnisse bezeichnen konnte. Zudem hatte das Sekretariat die [A.] ausdrücklich aufgefordert, «bei allfälligen Anträgen auf Abdeckung des Vorliegen der Qualifikationskriterien entsprechend [dem beigelegten Merkblatt Geschäftsgeheimnisse] zu begründen».<sup>33</sup>

35. Die [A.] reichte als Antwort darauf ihre eigene Version des Schlussberichts ein, in welcher sie ohne Begründung seitenweise Abdeckungen vorgenommen hatte. Diverse Abdeckungen betreffen Stellen, welche offensichtlich keine Geschäftsgeheimnisse enthalten. Als Beispiel sei die auf dem Internet zugängliche Praxis der EU-Kommission erwähnt (siehe z.B. Rz 79 ff. des Schlussberichts).

36. Das Sekretariat nahm in der Folge weitere Schwärzungen vor (ausdrücklich ohne die Qualifizierung dieser Stellen als Geschäftsgeheimnisse anzuerkennen) und stellte den Schlussbericht der [A.] ein weiteres Mal zu. Darauf reagierte die [A.] mit dem bereits erwähnten Schreiben vom 1. April 2016 (siehe die Anträge unter B.1.1 Gegenstand der Verfügung). Eine Begründung für die von ihr vorgenommenen sehr umfangreichen Abdeckungen lieferte sie allerdings auch in diesem Schreiben nicht.

37. Das Sekretariat nahm in der Folge weitere Schwärzungen vor (ausdrücklich ohne die Qualifizierung dieser Stellen als Geschäftsgeheimnisse anzuerkennen) und stellte den Schlussbericht der [A.] ein weiteres Mal zu. Darauf reagierte die [A.] mit dem bereits erwähnten Schreiben vom 1. April 2016 (siehe die Anträge unter B.1.1 Gegenstand der Verfügung). Eine Begründung für die von ihr vorgenommenen sehr umfangreichen Abdeckungen lieferte sie allerdings auch in diesem Schreiben nicht.

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6, *Nikon AG/WEKO*.

<sup>26</sup> Vgl. Zwischenverfügung des BVGer, RPW 2014/2, 471 E. 5, *A/WEKO*.

<sup>27</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

<sup>28</sup> SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 KG N 51.

<sup>29</sup> Bundesgesetz vom 19.12.1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

<sup>30</sup> BGE 103 IV 283, 283 E. 2.b; JEAN MARC REYMOND, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 16 KG N 14; REGULA WALTER, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 16 N 6; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 16 KG N 3; JACQUES GUYET, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, von Büren/David (Hrsg.), 1994, 192.

<sup>31</sup> BGE 103 IV 283, 284 E. 2b; BGE 109 Ib 56 E. 5c; vgl. betreffend das KG, Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.4, *Nikon AG/WEKO*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 698, 708 E. 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*; <www.weko.amdin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse, S. 2.

<sup>32</sup> Die Mitwirkungspflicht des Geheimnisherrn wird auch vom Bundesverwaltungsgericht explizit erwähnt (Urteil des BVGer, RPW 2010/3, 589 E. 6.3.2, *Rechtsverweigerungsbeschwerde*).

<sup>33</sup> Schreiben des Sekretariats vom 29.12.2015.

37. Damit hat die [A.] ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Es darf von ihr – zumal sie anwaltlich vertreten ist – erwartet werden, dass sie die von ihr geltend gemachten Rechte begründet, zumindest soweit die Gründe für die Behörde nicht ohne weiteres erkennbar sind. Ihr Vorgehen scheint darauf abzuzielen, die Publikation hinauszuzögern und grenzt aufgrund der mehrfach und noch immer verweigerten Begründung an Trölerei.

38. Das Sekretariat verfügt deshalb zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums, dass der Schlussbericht vom 10. November 2015 in der Version gemäss Anhang publiziert wird.

### **C. Kosten**

39. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>34</sup> ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Die [A.] hat die eingangs erwähnten Anträge gestellt und den Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG beantragt. Da die verfügende Behörde zum Schluss kommt, dass die Publikation des Schlussberichts in der geplanten Form rechtmässig ist, unterliegt die [A.], welche nach wie vor und ohne Begründung Geschäftsgeheimnisse geltend macht.

40. 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).

41. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung belief sich auf insgesamt 12 Stunden. Dieser Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter zu folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 10 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 2'000.–,
- 2 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 580.–.

42. beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 2'580.–.

### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO:

1. Der Schlussbericht des Sekretariats vom 10. November 2015 wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 2'580.– werden der [A.] auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

[A.]

[Rechtsmittelbelehrung]

---

<sup>34</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 2.5

## 2. Verfügung vom 3. November 2020 betreffend Anonymisierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts gegen A.

*Verfügung vom 3. November 2020 gemäss Art. 48 Abs. 1 KG und Art. 49 KG in Sachen Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 10. November 2015 [...] betreffend Anonymisierung / Geschäftsgeheimnisse / Publikation des Schlussberichts gegen [A.]*

### A. Verfahren und Sachverhalt

1. Gegenstand der vorliegenden Verfügung bildet die Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015, welcher in der Vorabklärung [...] erstellt worden war. Die Publikation war bereits einmal angeordnet worden, nämlich mit **Verfügung vom 20. Juni 2016**, gegen welche die [A.] Beschwerde erhob.

2. Das Bundesverwaltungsgericht hob die Verfügung in der Folge mit **Urteil vom 30. Januar 2019** auf. Es wies die Sache zur Abdeckung bestimmter genau bezeichneter Passagen, zur angemessenen Anonymisierung sowie zur Neuverlegung der Kosten an die Vorinstanz zurück.<sup>1</sup>

3. Gegen dieses Urteil erhob die [A.] Beschwerde beim Bundesgericht, welches am **17. Juli 2020** ein **Nichteintretens-Urteil** fällte (eingegangen auf dem Sekretariat der Wettbewerbskommission [nachfolgend: Sekretariat] am 13. August 2020).

4. Am **26. August 2020** unterbreitete das Sekretariat der [A.] die von ihm erstellte neue Version des Schlussberichts (anonym und um Geschäftsgeheimnisse gemäss Bundesverwaltungsgericht bereinigt) zur Stellungnahme. Das Sekretariat bat die [A.] um Mitteilung darüber, ob sie mit der Publikation der neuen Version einverstanden sei. In der Folge ersuchte die [A.] zweimal um eine Fristerstreckung, wobei das Sekretariat das zweite Fristerstreckungsgesuch abwies, unter Gewährung einer Nachfrist.

5. Am **20. Oktober 2020** teilte die [A.] dem Sekretariat mit, dass es keine Bemerkungen zum Vorgehen habe und auf die Zustellung der Verfügung warte.

6. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig nachfolgend eingegangen.

### B. Erwägungen

#### B.1 Formelles: Verfahren, Gegenstand und Zuständigkeit

7. Gegenstand der vorliegenden Verfügung ist die Publikation eines Schlussberichts. Die Publikation eines Schlussberichts stellt einen Realakt dar, über dessen Rechtmässigkeit im Verfahren nach Art. 25a Abs. 1 Bst. a VwVG<sup>2</sup> zu entscheiden ist, sofern eine betroffene Person die Unterlassung der in der vom Sekretariat in Aussicht gestellten Form der Publikation verlangt.<sup>3</sup> Soweit eine Publikation Personendaten im Sinne des DSG enthält, handelt es sich nicht um einen Anspruch nach Art. 25a VwVG, sondern um den vergleichbaren Anspruch nach Art. 25 DSG<sup>4</sup>, der als *lex specialis* vorgeht.<sup>5</sup>

Das Verfahren richtet sich ebenfalls nach dem VwVG (Art. 25 Abs. 4 DSG).

8. Gemäss Art. 3 Bst. a DSG sind Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Da der Schlussbericht vom 10. November 2015 trotz Anonymisierung nach wie vor Angaben enthält, die der [A.] zugeordnet werden können und somit einer bestimmbaren Person, handelt es sich bei der geplanten Publikation des Schlussberichts um eine Bearbeitung von Personendaten (Art. 3 Bst. e und f DSG; siehe dazu nachfolgend Rz 14 ff.). Die vorliegende Verfügung ergeht demnach gestützt auf Art. 25 DSG.

9. Das vorliegende Gesuchsverfahren wurde eingeleitet durch das Schreiben der [A.] vom 1. April 2016, mit welchem sie um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung ersuchte. Die vom Sekretariat in der Folge erlassene Verfügung vom 20. Juni 2016 wurde vom Bundesverwaltungsgericht teilweise aufgehoben. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Sache mit folgenden Aufträgen an das Sekretariat zurück:<sup>6</sup>

- Bestimmte genau bezeichnete Passagen schwärzen,
- den Schlussbericht «angemessen» anonymisieren und
- die Kosten und Entschädigungen für die Verfügung vom 20. Juni 2016 festlegen.

10. Die Wettbewerbsbehörden haben demnach eine neue Verfügung zu erlassen.<sup>7</sup> Wenn sich die [A.] in ihrer Stellungnahme vom 20. Oktober 2020 mit der geplanten Publikation gemäss Sekretariatsschreiben vom 26. August 2020 einverstanden erklärt hätte, müssten die Wettbewerbsbehörden vorliegend nur über die Kosten der Verfügung vom 20. Juni 2016 befinden. Da die [A.] dies nicht getan hat und dem Sekretariat mitgeteilt hat, sie erwarte die Verfügung, ist Gegenstand der vorliegenden Verfügung auch die Publikation des Schlussberichts an sich und der Umfang der Publikation, insbesondere seine Anonymisierung.

<sup>1</sup> Urteil des BVerG B-5117/2016 vom 30.01.2019.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>3</sup> Urteil des BVerG B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 3.5.

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 19.06.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

<sup>5</sup> Vgl. BGE 143 I 253, E. 4.7; BEATRICE WEBER-DÜRLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Kommentar zum VwVG, Auer et al. (Hrsg.), 2. Aufl., 2019, Art. 25a VwVG N 56; JAN BANGERT, in: Basler Kommentar zum DSG und BGÖ, Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), 2014, 3. Aufl., Art. 25 N 18; für kumulative Anwendbarkeit: JÜRIG BICKEL/BERNHARD WALDMANN, in: Datenschutzrecht, Belser et al. (Hrsg.), 2011, § 12 Rz 156.

<sup>6</sup> Urteil des BVerG B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 11.3 und 12.3.

<sup>7</sup> Ohnehin endet das Verfahren nach Art. 25 DSG stets mit einer Verfügung (siehe Art. 25 Abs. 4 DSG bzw. JÜRIG BICKEL/BERNHARD WALDMANN, in: Datenschutzrecht, Belser et al. (Hrsg.), 2011, § 12 Rz 155).

11. Zwar verzichtet die [A.] in ihrem Schreiben vom 20. Oktober 2020 auf inhaltliche Bemerkungen. Da sie aber bekanntgibt, auf die Zustellung der Verfügung zu warten, muss davon ausgegangen werden, dass sie mit der Publikation der Version gemäss Sekretariats-Scheiben vom 26. August 2020 nicht einverstanden ist oder sich zumindest die Anfechtbarkeit vorbehalten will. Ihrer Argumentation in ihren Beschwerden vom 23. August 2016 und vom 14. März 2019 lässt sich zudem entnehmen, dass sie sich grundsätzlich gegen die Publikation des Schlussberichts stellt. Das Verhalten der [A.] ist demnach als Antrag auf Unterlassung der Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 zu interpretieren. Soweit die Publikation des Schlussberichts somit zulässig ist, muss das Dispositiv auf Abweisung des Gesuches der [A.] lauten.

12. Die Verfügung vom 20. Juni 2016 über die Publikation des Schlussberichts hat das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums erlassen. Diese Zuständigkeit war nicht Streitgegenstand des Rückweisungs-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2019.<sup>8</sup> Auch die vorliegende Verfügung wird demnach vom Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums erlassen.

## B.2 Materielles

### B.2.1 Anwendbares Recht

13. Zum Entscheid über die Frage, ob und in welchem Umfang der Schlussbericht vom 10. November 2015 publiziert werden darf, ist zu klären, ob hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht. Die Publikation von Entschieden der Wettbewerbsbehörden ist in der Regel mit der Bekanntgabe von Personendaten verbunden, weshalb das DSG einzuhalten ist.<sup>9</sup>

14. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht in seinem Rückweisungsurteil angeordnet hat, dass der Schlussbericht vom 10. November 2015 vor der Publikation angemessen anonymisiert werden muss, stellt sich die Frage, ob die geplante Publikation des Schlussberichts überhaupt noch mit der Bearbeitung von Personendaten verbunden ist. Diese Frage ist anhand der konkret geplanten Publikation zu beantworten und zwar unabhängig davon, ob diese geplante Publikation rechtens ist (diese zweite Frage wird in der Folge gestützt auf die als anwendbar qualifizierten rechtlichen Grundlagen geprüft, Rz 18 ff.).

15. Zu den geschützten Personen gehören nach dem geltenden DSG auch juristische Personen (Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Bst. b DSG). Gemäss Art. 3 Bst. a DSG sind Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Als bestimmbar in diesem Sinne gilt eine Person, wenn die Möglichkeit besteht, ihre Identität ohne übermässigen Aufwand festzustellen.<sup>10</sup>

16. Die [A.] ist eine juristische Person, deren Identität sich ohne übermässigen Aufwand auch bei der Lektüre des anonymisierten bzw. pseudonymisierten Schlussberichts feststellen lässt. Einerseits ergibt sich aus dem Schlussbericht trotz Abdeckungen, dass es um einen Schweizer Abfüller von kohlsäurehaltigen Softdrinks (CSD) geht, der zusammen mit den in den Nachbarländern tätigen Abfüllern des gleichen Markengetränks

möglicherweise marktbeherrschend ist. Aufgrund der grossen Bekanntheit des von der [A.] abgefüllten Markengetränks dürften durchschnittlich informierte Leserinnen und Leser ohne übermässigen Aufwand auf die [A.] als betroffene Person schliessen können. Andererseits findet sich bei einer Google-Suche unter den ersten Einträgen ein Zeitungsbericht, in dessen Einleitung zu lesen ist: [...]<sup>11</sup> Somit stellt im vorliegenden Fall auch die Publikation des anonymisierten Schlussberichts eine Bearbeitung von Personendaten dar.

17. Die mit der Publikation des Schlussberichts verbundene Bearbeitung von Personendaten hat demnach datenschutzrechtlichen Vorgaben zu entsprechen.

### B.2.2 Datenschutzbestimmungen

18. Eine Bearbeitung von Personendaten hat die allgemeinen Datenschutzbestimmungen einzuhalten (Art. 4 DSG). Dazu gehören namentlich die Rechtmässigkeit, die Bearbeitung nach Treu und Glauben, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Bindung an den Bearbeitungszweck. Vorliegend geben der Grundsatz der Rechtmässigkeit und der Verhältnismässigkeit und damit verbunden die Bindung an den Bearbeitungszweck Anlass zu weiteren Ausführungen.

#### B.2.2.1 Die Publikation des Schlussberichts ist rechtmässig im Sinne von Art. 4 DSG

19. Bundesorgane dürfen gemäss Art. 19 Abs. 1 DSG Personendaten insbesondere dann bekanntgeben (wozu auch die Publikation gehört), wenn dafür eine Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 17 DSG besteht. Eine solche Rechtsgrundlage bildet vorliegend Art. 48 Abs. 1 KG, wie nachfolgend dargelegt wird (Rz 20 ff.). Zusätzlich kommt Art. 49 KG in Betracht (Rz 27).

20. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Art. 49 Abs. 1 KG verpflichtet die Wettbewerbsbehörden überdies, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. Art. 35 Abs. 2 GR-WEKO<sup>12</sup> sieht vor, dass Entscheide aus Vorabklärungen publiziert werden, sofern sie für die Praxis der Wettbewerbsbehörden von Bedeutung sind. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt Art. 48 Abs. 1 KG eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zugunsten der WEKO dar, um ihre Entscheide bzw. darin enthaltene (gar besonders schützenswerte) Personendaten zu publizieren.<sup>13</sup> Nicht höchststrichlich geklärt ist, ob Art. 48 Abs. 1 KG auch eine gesetzliche Grundlage zugunsten des Sekretariats zur Publikation eines Schlussberichts (inkl. Personendaten) darstellt. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage bejaht,<sup>14</sup> was aus den nachfolgenden Gründen überzeugt.

<sup>8</sup> Urteil des BVer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 1.2.

<sup>9</sup> Vgl. Urteil des BVer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 8.3.

<sup>10</sup> GABOR P. BLECHTA, in: Basler Kommentar zum DSG und BGÖ, Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), 2014, 3. Aufl., Art. 3 N 10 f.

<sup>11</sup> [...].

<sup>12</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.06.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

<sup>13</sup> BGE 142 II 268, E. 6.1 und 6.4.2.

<sup>14</sup> Urteil des BVer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 5.8.

21. Art. 48 Abs. 1 KG erteilt die Kompetenz zur Publikation von Entscheiden an mehrere Wettbewerbsbehörden. Als «Wettbewerbsbehörde» gemäss KG gilt auch das Sekretariat, da dieses unter dem Abschnitt «Wettbewerbsbehörden» im Kapitel «Verwaltungsrechtliches Verfahren» neben der WEKO aufgelistet wird und diesem eigene Aufgaben zugewiesen werden (Art. 23 KG). Im selben Abschnitt ist im Übrigen die Pflicht zu Lasten der «Wettbewerbsbehörden» enthalten, in ihren Veröffentlichungen keine Geschäftsgeheimnisse preiszugeben. Der Gesetzgeber geht also bereits in diesem Abschnitt davon aus, dass das Sekretariat «Veröffentlichungen» vornimmt. Es ist nun naheliegend, dass unter diese Veröffentlichungen des Sekretariats auch die Schlussberichte aus Vorabklärungen fallen, stellt doch die Vorabklärung eine der zentralen Aufgaben des Sekretariats dar. Bereits aus der Verwendung des Plurals «Wettbewerbsbehörden» in Art. 25 Abs. 4 und Art. 48 Abs. 1 KG kann demnach abgeleitet werden, dass Art. 48 Abs. 1 KG eine gesetzliche Grundlage für die Publikation von Schlussberichten darstellt.<sup>15</sup>

22. Zum selben Ergebnis führt die Auslegung des Begriffs «Entscheid» von Art. 48 Abs. 1 KG. Die Beschwerdeführerin hatte in der Vergangenheit verschiedentlich geltend gemacht, unter die «Entscheide» könnten nur Ergebnisse von formellen Verfahren bzw. urteilsähnlichen Verfahren fallen.<sup>16</sup> Dies trifft nicht zu. Der Gesetzgeber zeigt bereits in Art. 18 Abs. 3 KG, dass für ihn Entscheide nicht zwangsläufig Verfügungen sein müssen.

23. Zum selben Ergebnis führt die teleologische Auslegung, also der Blick auf den Zweck der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG. Der Publikation nach Art. 48 Abs. 1 KG kommen folgende Zwecke zu:<sup>17</sup>

- Generalprävention und Rechtssicherheit
- Transparenz
- Rechtsdurchsetzung und Einheitlichkeit der Anwendung
- Anstossen von Gesetzesänderungen

24. All diese Zwecke werden auch erreicht, wenn Entscheide, die nicht angefochten werden können (wie eben Schlussberichte aus Vorabklärungen), publiziert werden, da sie genau wie Verfügungen zeigen können, wie das Sekretariat unternehmerische Verhaltensweisen würdigt, wann es eingreift oder nicht eingreift, ob es das Recht einheitlich anwendet und ob es gesetzgeberischen Änderungsbedarf gibt. Diesem Zweck explizit nicht entgegen steht die Möglichkeit, dass sich Entscheide zu einem späteren Zeitpunkt als unrichtig erweisen.<sup>18</sup>

25. Zusätzlich sei darauf hinzuweisen, dass auch andere Gesetze die Publikation von Dokumenten vorsehen, die nicht in formellen (Verfügungs-)Verfahren ergangen sind.<sup>19</sup>

26. Die Auslegung von Art. 48 Abs. 1 KG zeigt somit, dass diese Bestimmung den Wettbewerbsbehörden die Kompetenz verleiht, Schlussberichte aus Vorabklärungen zu publizieren. Wie das Bundesgericht festhielt, stellt Art. 48 Abs. 1 KG nicht nur eine gesetzliche Grundlage zur Publikation von Entscheiden dar. Es anerkennt Art. 48 Abs. 1 KG auch als explizite gesetzliche Grund-

lage zur Publikation von Personendaten.<sup>20</sup> Daraus folgt bereits, dass die Publikation eines Schlussberichts auch dann zulässig bleibt, wenn dieser trotz Anonymisierung noch Personendaten enthält. Zum selben Ergebnis führt aber auch die Auslegung von Art. 48 Abs. 1 KG als **implizite** gesetzliche Grundlage zur Publikation von Personendaten: Die Zwecke der Publikation können unter Umständen nur erreicht werden, indem der Kontext eines Entscheides in einer Weise sichtbar gemacht wird, welche die Möglichkeit der Zuordnung gewisser Informationen zu gewissen (juristischen) Personen zwangsläufig mit sich zieht. Genau dieses Vorgehen erlaubt nun Art. 48 Abs. 1 KG. Anders gesagt: Art. 48 Abs. 1 KG verpflichtet betroffene Personen von Vorabklärungen, die Publikation eines Schlussberichts auch dann zu dulden, wenn ihnen gewisse Informationen trotz Anonymisierung zugeordnet werden können.<sup>21</sup>

27. Aufgrund dieses Ergebnisses braucht nicht vertieft geprüft zu werden, ob **auch Art. 49 KG** eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation eines Schlussberichts darstellen kann.<sup>22</sup> Da die Publikation von Entscheiden als Spezialfall der Information der Öffentlichkeit zu betrachten ist, ist die Frage zu bejahen. Dies gilt umso mehr, als gerade im vorliegenden Fall ein grosses öffentliches Interesse besteht. Bürger, Journalisten und Politiker interessieren sich dafür, ob aus Sicht des Sekretariats Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die [A.] das Kartellrecht verletzt hat und ob bzw. weshalb das Sekretariat Massnahmen ergreift oder nicht ergreift.

28. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG das Recht beinhalten, Schlussberichte aus Vorabklärungen zu publizieren und gesetzliche Grundlagen im Sinne von Art. 17 Abs. 1 DSGVO zur Veröffentlichung von Personendaten darstellen. Die geplante Publikation des Schlussberichts ist somit rechtmässig.

<sup>15</sup> An dieser Schlussfolgerung ändert sich im Übrigen nichts, wenn auch die Rechtsmittelbehörden als Wettbewerbsbehörden verstanden werden, da sie im erwähnten Abschnitt nicht genannt sind. Das Bundesverwaltungsgericht scheint sich aber selbst gar nicht zu den «Wettbewerbsbehörden» zu zählen, wendet es doch die Regel von Art. 25 Abs. 4 KG für sich nur sinngemäss an (Urteil des BVGer B-126/2019 vom 01.09.2020, E. 1.4).

<sup>16</sup> Siehe Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde der Gesuchstellerin vom 08.03.2019, Rz 55 und 63 Bst. b.

<sup>17</sup> Siehe dazu BGE 142 II 268, E. 4.2.5; siehe auch SIMON ODERMATT/FRANCA HOLZMÜLLER, in: DIKE-Kommentar zum KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 48 N 15.

<sup>18</sup> Urteil des BGer 2C\_690/2019 vom 11.02.2020, E. 4.2.

<sup>19</sup> Siehe z.B. Art. 10a des Bundesgesetzes vom 06.10.1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>20</sup> BGE 142 II 268, E. 6.4.1 f.

<sup>21</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 8.5.1.

<sup>22</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage offengelassen (Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 6).



### B.2.2.2 Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG sind eingehalten

29. Nicht möglich bzw. nicht rechtmässig ist eine Publikation trotz bestehender gesetzlicher Grundlage dann, wenn gesetzliche Geheimhaltungsbestimmungen oder besondere Datenschutzvorschriften der Publikation entgegenstehen (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG).<sup>23</sup> **Art. 25 Abs. 4 KG** stellt Geschäftsgeheimnisse unter einen besonderen Schutz, indem er ihre Veröffentlichung untersagt. Gemäss Rechtsprechung gilt eine Tatsache als Geschäftsgeheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:<sup>24</sup>

- Die Tatsache ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit);
- der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (Geheimhaltungswille);
- der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).

30. Gestützt auf diese Bestimmung hat das Sekretariat bereits in seiner Publikationsversion gemäss Verfügung vom 20. Juni 2016 die Geschäftsgeheimnisse entfernt.<sup>25</sup> Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss,<sup>26</sup> dass weitere Geschäftsgeheimnisse vorlägen. Diese hat das Sekretariat in der beiliegenden neuen Publikationsversion entfernt.

31. Es sind weder weitere Geschäftsgeheimnisse ersichtlich, noch hat die [A.] solche in ihrer Stellungnahme vom 20. Oktober 2020 geltend gemacht. Auch sind keine weiteren Ausnahmebestimmungen ersichtlich, die einer Publikation des Schlussberichts oder Teilen davon im Wege stünden.

### B.2.2.3 Die Publikation des Schlussberichts ist verhältnismässig

32. Der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** besagt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen (oder privaten) Interesses liegenden Zieles **geeignet, erforderlich** und für den Betroffenen **zumutbar** (im Sinne einer vernünftigen Zweck-Mittel-Relation) sein muss.<sup>27</sup> Die öffentlichen Interessen, die mit der Publikation eines Schlussberichts verfolgt werden, bestehen im Erreichen der oben genannten Zwecke (Auslegungshilfe für Unternehmen und Behörden; Transparenz).

33. **Eignung:** Die Publikation eines Schlussberichts (inkl. Personendaten) ist in der Regel geeignet, diese Zwecke zu erreichen. Es ist allerdings für jeden Schlussbericht einzeln zu prüfen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist. Das GR-WEKO sieht denn auch vor, dass Schlussberichte publiziert werden, wenn sie für die Praxis der Wettbewerbsbehörden und damit für das Erreichen der genannten Zwecke von Bedeutung sind.<sup>28</sup>

34. Im vorliegenden Fall ergibt sich die Praxisrelevanz ohne Weiteres aus dem Umstand, dass Art. 7 KG eine tragende Säule des Kartellrechts ist und die Anwendung dieser Vorschrift auf neue Fälle sich in die gesamte Anwendungspraxis einfügen muss. Von Interesse sind dabei namentlich auch die Nennung und Gewichtung von Indizien, die eher für oder eher gegen eine marktbe-

herrschende Stellung sprechen. Zudem sind potentielle Markt-Abschottungen der Schweiz durch die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen ein Schwerpunktthema der WEKO.<sup>29</sup> Der vorliegend zu beurteilende Schlussbericht zeigt nicht nur, wie das Sekretariat der WEKO im Allgemeinen arbeitet (Stichwort Transparenz), sondern auch wie es im Speziellen die Regeln über unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen auf mögliche Abschottungen der Schweiz bzw. auf mögliche Ursachen der sogenannten Hochpreisinsel Schweiz anwendet. Diese Thematik ist auch in der aktuellen Diskussion über die sogenannte Fair-Preis-Initiative von öffentlichem Interesse.<sup>30</sup>

35. **Erforderlichkeit:** Zur Erreichung aller oben genannten Zwecke (Rz 23) ist es nötig, aufzeigen, wie die Wettbewerbsbehörden die Normen des KG und nötigenfalls weiterer Erlasse in konkreten Fällen anwenden. Dies wiederum kann nur erreicht werden, indem der relevante Sachverhalt bzw. die Gründe der konkreten Beweiswürdigung einerseits und die relevanten Argumente der konkreten rechtlichen Würdigung andererseits aufgezeigt werden. Was dabei als relevant gilt, entscheidet zwangsläufig die rechtsanwendende Behörde im Zeitpunkt der Niederschrift eines Entscheides, da sie es ist, die den Sachverhalt darlegen und die rechtliche Subsumtion aufzeigen und begründen muss. Daran ändert nichts, dass ihr hierbei Fehler unterlaufen können und sie relevante Punkte übersieht oder irrelevante Punkte unnötigerweise aufgreift und ausführt. Richtig oder falsch sind Kriterien, die bei einer Überprüfung im Rechtsmittelverfahren geprüft werden, falls ein solches möglich ist. Nicht zu prüfen sind diese Kriterien bei der Publikation, da die Publikation eben nur aufzeigt, wie eine konkrete Behörde zu einem konkreten Zeitpunkt vorgegangen ist.<sup>31</sup>

36. Aus dem Gesagten folgt, dass es grundsätzlich erforderlich ist, den vollständigen Text bzw. die umfassenden Argumentationsketten der Darlegungen von Sachverhalt und rechtlicher Würdigung zu publizieren, damit aufgezeigt werden kann, aus welchen Gründen eine Behörde wie entschieden hat. Davon ausgenommen

<sup>23</sup> Siehe auch Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 8.5.

<sup>24</sup> BGE 103 IV 283, 284 E. 2b; BGE 109 Ib 56 E. 5c; vgl. betreffend das KG, Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 6.4, *Nikon AG/WEKO*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 698, 708 E. 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*; <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse, S. 2.

<sup>25</sup> Verfügung vom 20.06.2016, Rz. 34 ff.

<sup>26</sup> Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 7.4.

<sup>27</sup> Statt vieler: BGE 129 I 12, E. 9.1.

<sup>28</sup> Art. 35 Abs. 2 GR-WEKO.

<sup>29</sup> Siehe die Informationen und das Meldeformular der WEKO zur unvollständigen Weitergabe von Wechselkursvorteilen auf <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Dienstleistungen.

<sup>30</sup> Siehe z.B. einen Kommentar der Handelskammer beider Basel: «In einem der bekanntesten Fälle beschaffte der Basler Wirtverband Coca-Cola direkt im Ausland.» Abrufbar unter: <[www.hkbb.ch/de/stand\\_ortpolitik/publikationen/stellungnahmen/Stop\\_der\\_Hochpreisinsel\\_fuer\\_faire\\_Preise.php](http://www.hkbb.ch/de/stand_ortpolitik/publikationen/stellungnahmen/Stop_der_Hochpreisinsel_fuer_faire_Preise.php)> (12.04.2019).

<sup>31</sup> Entsprechend haben sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht explizit festgehalten, dass Entscheide der Wettbewerbsbehörden unabhängig von der Frage publiziert werden dürfen, ob die Ausführungen rechtlich korrekt sind.

können Passagen sein, die nicht entscheidungsspezifisch sind, wie z.B. die Rechtsmittelbelehrung, welche die Wettbewerbsbehörden praxisgemäss nicht in den publizierten Entscheiden abdrucken.<sup>32</sup>

37. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts sind die genannten Zwecke allerdings in der Regel auch mit Hilfe einer anonymisierten bzw. pseudonymisierten Version erreichbar.<sup>33</sup> Es geht somit davon aus, dass Entscheide auch dann verständlich sind, wenn die Firmen oder Namen von Unternehmen durch ein Pseudonym ersetzt werden. Folgt man dieser Auffassung, kann derselbe Zweck mit Hilfe eines milderen Instruments erreicht werden (z.B. verhindert die Anonymisierung oder Pseudonymisierung das Auffinden von Entscheiden durch eine Eingabe in einer Internet-Suchmaschine), weshalb diese mildere Form zu wählen ist.<sup>34</sup>

38. Entsprechend sind vorliegend im Schlussbericht angemessene Abdeckungen vorzunehmen. Wie bei der Publikation insgesamt kommt der publizierenden Behörde auch bei der Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung ein Ermessen zu, das sie pflichtgemäss auszuüben hat.<sup>35</sup>

39. Nun wird es häufig so sein, dass Schlussberichte nach einer Anonymisierung oder Pseudonymisierung keine Personendaten mehr enthalten. In einem solchen Fall dürften sich Diskussionen über die Angemessenheit der vorgenommenen Abdeckungen erübrigen, zumal auch fraglich wäre, ob überhaupt Parteirechte betroffen wären bzw. ob irgendeiner Person schutzwürdige Interessen zukämen. Im vorliegenden Fall weist der Schlussbericht aber auch nach der Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung noch Personendaten auf (siehe oben Rz 14 ff.). Dies ist rechtlich zulässig (siehe oben Rz 26), muss aber von einer betroffenen Person aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nur so weit geduldet werden, als die Veröffentlichung notwendig ist, um die Publikationszwecke zu erreichen (siehe oben Rz 23).

40. Die Angemessenheit der Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung misst sich am zu erfüllenden Zweck der Publikation. Wie dargelegt (Rz 35 f.), ist es grundsätzlich nötig, die umfassenden Argumentationsketten eines Entscheides zu publizieren, damit die Adressaten der Publikation nachvollziehen können, wie die Wettbewerbsbehörden das Recht anwenden und weshalb sie es so anwenden. Das Sekretariat hat die vom Bundesverwaltungsgericht angeordnete angemessene Anonymisierung durchgeführt. Die [A.] hat dabei auf eine Mitwirkung verzichtet.<sup>36</sup>

41. Die **Vorgehensweise** des Sekretariats lässt sich wie folgt zusammenfassen. Es soll die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts erhalten bleiben. Diese ist erforderlich, damit die Zwecke der Publikation erreicht werden können. Zum Schutz der [A.] soll aber keine *direkte* Zuordnung zu [Marke] möglich sein. Es hat deshalb die Firma der [A.] durch ein Buchstabenpaar ersetzt [...]. Die indirekte Zuordnung kann wie gesagt nicht verhindert werden, wenn die Nachvollziehbarkeit nicht gefährdet werden soll. Im Übrigen wäre eine indirekte Zuordnung auch bei weitergehenden Abdeckungen möglich, da die vorliegend betroffene Marke derart bekannt ist.

42. Das Sekretariat hat nicht nur den Namen der Geschwisterin ersetzt, sondern auch die Namen der weiteren Gesellschaften der Gruppen, welcher die [A.] im Schlussbericht zugeordnet wurde. Dieses Vorgehen schützt die Geschwisterin zusätzlich und erscheint zugunsten der übrigen Gruppengesellschaften als angebracht, da diese noch nicht wussten, dass der Schlussbericht anonymisiert werden muss.

43. Das Sekretariat hat die Firmennamen jeweils durch einen bestimmten immer gleichen Buchstaben bzw. Buchstabenpaar ersetzt (Pseudonym). Damit werden Bezüge innerhalb des Schlussberichts möglich. Andernfalls würde der Schlussbericht derart unleserlich, dass der Publikationszweck nicht mehr erreicht werden kann. Als Pseudonym hat das Sekretariat zudem ein Kürzel gewählt, das zugleich als Länderkürzel zu verstehen ist. So wird der für den vorliegenden Fall zentrale Standort der jeweiligen Gesellschaften trotz Abdeckung der Firmennamen deutlich. Da es vorliegend um den grenzüberschreitenden Handel geht, ist es für das Verständnis des Falles sehr wichtig, nachvollziehen zu können, in welchem Land die jeweilige Gesellschaft ihren Standort hat. Würde darauf verzichtet, wäre die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts in zu hohem Mass gefährdet.

44. Die Bezeichnung [Marke], die einerseits den Titel der Vorabklärung darstellt und andererseits im Text zur Bezeichnung des im Zentrum stehenden Getränks verwendet wird, hat das Sekretariat mit dem Begriff «Marke» ersetzt (ausser im Titel: dort wird die Marke durch «Getränkemarke» ersetzt, damit schnell erkennbar ist, um was es geht und um künftig die Zitierung zu erleichtern).

45. Weiter wurden die die Firmen- und Marken in der allgemeinen Marktbeschreibung *nicht* abgedeckt (es sei ein Blick empfohlen in die Rz 61 ff. des Schlussberichts): z.B. Rivella in Rz 66 oder Pepsi in Fn 60 oder Coca-Cola in Rz 66. Es handelt sich hierbei um öffentlich zugängliche Informationen, die zudem nicht direkt auf die [A.] verweisen. Es geht dabei vielmehr um das allgemeine Marktverständnis, unabhängig von der Frage, welches konkrete Unternehmen von der Vorabklärung betroffen ist. Dagegen wurden die Namen von [Marke-] Produkten oder von Konkurrenzprodukten in der konkreten Einordnung von [Marke] in den Markt abgedeckt (es sei ein Blick empfohlen in die Rz 77 ff. und 83 ff. des Schlussberichts): z.B. [...] und [...] in Rz 4, [...] in Rz 93 oder Konkurrenzunternehmen in Rz 86 und Fn 74. Zudem wurden auch die Verweise auf Entscheide abgedeckt, wo diese eine direkte Zuordnung zu [Marke] zulassen, wie namentlich in Fn 66 bis 69 des Schlussberichts.

<sup>32</sup> Siehe z.B. RPW 2019/2, 512, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I.

<sup>33</sup> So hat das Bundesverwaltungsgericht angeordnet (allerdings unter dem Titel der Interessenabwägung), dass der Schlussbericht vor der Publikation angemessen zu anonymisieren sei (Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 8.6 und 11.3).

<sup>34</sup> Vorbehalten bleibt die Orientierung der Öffentlichkeit (z.B. mit Medieninformationen) gestützt auf Art. 49 KG.

<sup>35</sup> Urteil des BGer 2C\_690/2019 vom 11.02.2020, E. 5.2.1.

<sup>36</sup> Siehe dazu bereits Verfügung vom 20.06.2016, Rz 36 f.

46. Abgedeckt wurden zudem Orte gewisser Gesellschaften (wie z.B. [...] in Rz 2 und Fn 73 des Schlussberichts), der Anzeiger (G) und Internet-Adressen in den Fussnoten. Auch hierbei ging es darum, die direkte Zuordnung von Personendaten zu verhindern.

47. Schliesslich sei auf den Begriff «Cola» hingewiesen (z.B. Cola-Geschmack in Rz 19 des Schlussberichts). Diese Bezeichnung wurde nicht abgedeckt, weil es sich um die Beschreibung des im Schlussbericht behandelten Produkts handelt, welches von mehreren weiteren Unternehmen produziert wird (auch hier ist letztlich eine direkte Zuordnung nicht möglich).

48. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass dem Auftrag des Bundesverwaltungsgerichts mit den soeben beschriebenen Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsmassnahmen nachgekommen wird. Die gewählte Vorgehensweise ist erforderlich, um das Ziel der Publikation erreichen zu können.

49. **Zumutbarkeit:** Schliesslich ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die Zumutbarkeit zu klären. Zumutbar ist eine Massnahme, wenn ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Nutzen einer Massnahme (hier Publikation) und der Schwere der damit verbundenen Nachteile (hier die Erkennbarkeit der [A.] in der Publikation und mögliche Folgen daraus) besteht. Ob die Zumutbarkeit zu bejahen ist, ist durch die Abwägung aller berührten Interessen zu klären.<sup>37</sup>

50. Die öffentlichen Interessen an einer Publikation bestehen in der Erreichung der oben genannten Zwecke (Rz 23; siehe dazu auch die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts-Rückweisungsurteils<sup>38</sup>). Es handelt sich dabei um dieselben Interessen, die im Allgemeinen mit der Publikation von Urteilen verfolgt werden.<sup>39</sup> Diese öffentlichen Interessen, namentlich jenes der Schaffung von Transparenz des behördlichen Handelns und dem Aufzeigen der Rechtsanwendung in der Praxis, ist als sehr hoch einzustufen.

51. Als entgegenstehendes privates Interesse kommt das Bedürfnis der [A.] in Betracht, keinen Text publiziert zu sehen, der mit ihr in Verbindung gebracht werden kann und mit dem sie inhaltlich nicht einverstanden ist (gemäss Bundesverwaltungsgericht geht es um den guten Ruf der [A.]<sup>40</sup>). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die [A.] gegen den Inhalt dieses Textes nicht Beschwerde führen kann. Letzteres ist allerdings bei jedem Einstellungsentscheid der Fall. Der Gesetzgeber hat nicht vorgesehen, dass nur Entscheide publiziert werden dürfen, die anfechtbar sind. Insofern hat bereits der Gesetzgeber eine Einstufung der Interessenlage vorgenommen. Damit verbunden ist die Würdigung des Interesses an einem guten Ruf. Dieses kann zwar grundsätzlich als hoch eingestuft werden. Aber vorliegend ist das Interesse nur sehr marginal tangiert, da der Schlussbericht den Fokus auf das Verhalten der Abfüllerrinnen im benachbarten Ausland legt und keiner der von der Vorabklärung betroffenen Gesellschaften ein unzulässiges Verhalten vorwirft, namentlich auch der [A.] nicht. Die schlichte Tatsache, dass das Sekretariat unter anderem gegen die [A.] eine Vorabklärung durchgeführt und eingestellt hat, mag eine Information darstellen, welche diese als unangenehm empfindet. Wie aber durch den (anonymisierten) Schlussbericht der Ruf der

[A.] darüber hinaus in Mitleidenschaft gezogen werden soll, ist nicht ersichtlich. Insgesamt ist das Interesse der [A.] auf eine Nicht-Publikation des Schlussberichts zwar nachvollziehbar, als sehr hoch ist es aber nicht einzustufen.

52. Die Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen führt klar zum Ergebnis, dass der geplanten Publikation keine überwiegenden privaten Interessen entgegenstehen, welche die Publikation als nicht zumutbar erscheinen lassen könnten. Zum selben Schluss kommt im Übrigen bereits das Bundesverwaltungsgericht für den vorliegenden Fall: «Dieses öffentliche Interesse [an der Publikation] überwiegt das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung ihres guten Rufs.»<sup>41</sup>

#### **B.2.2.4 Die Interessenabwägung von Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO**

53. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO sieht vor, dass eine Bekanntgabe von Personendaten nicht stattfinden darf, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen. Unter dem Titel der Zumutbarkeit wurde bereits eine Interessenabwägung vorgenommen. Diese ist breiter angelegt, weil unter dem Titel der Zumutbarkeit nicht nur «offensichtlich schutzwürdige Interessen», sondern sämtliche Interessen der betroffenen Person berücksichtigt werden.

54. Wie oben gezeigt (Rz 49 ff.) hat die Durchführung der (weitergehenden) Interessenabwägung bereits ergeben, dass keine überwiegenden Interessen der [A.] bestehen. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO steht einer Veröffentlichung somit nicht entgegen.

#### **B.2.3 Zusammenfassung**

55. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Publikation des Schlussberichts gemäss Beilage zulässig ist. Das Gesuch der [A.] auf Unterlassung der Publikation ist abzuweisen.

#### **C. Kosten**

56. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>42</sup> ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Die [A.] hat die eingangs erwähnten Anträge gestellt und den Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG bzw. Art. 25 DSGVO beantragt. Da die verfügende Behörde zum Schluss kommt, dass die Publikation des Schlussberichts in der geplanten Form rechtmässig ist, unterliegt die [A.]

<sup>37</sup> PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI, MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 21 Rz 16.

<sup>38</sup> Urteil des BVerG B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 8.5.2.

<sup>39</sup> BGE 142 II 268, E. 4.2.5.4.

<sup>40</sup> Urteil des BVerG B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 8.5.1 und 8.6.

<sup>41</sup> Urteil des BVerG B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 8.6.

<sup>42</sup> Verordnung vom 25.02.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

57. 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).

58. Der **Zeitaufwand** für die **ursprüngliche**, vom Bundesverwaltungsgericht teilweise aufgehobene **Verfügung** vom 20. Juni 2016 belief sich auf insgesamt 12 Stunden. Dieser Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter zu folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 10 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 2'000.–,
- 2 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 580.–.

59. Demnach belief sich die Gebühr der ursprünglichen, vom Bundesverwaltungsgericht teilweise aufgehobene Verfügung auf insgesamt CHF 2'580.–. Das Bundesverwaltungsgericht gewichtete das Unterliegen der Gesuchstellerin auf drei Viertel. Entsprechend reduziert das Sekretariat die Kosten des erstinstanzlichen Gesuchsverfahrens um einen Viertel auf insgesamt **CHF 1'935.–**.

60. Der **Zeitaufwand** für die **neue Verfügung** über die angemessene Anonymisierung, welche die [A.] ebenfalls verursacht hat, indem sie zum Ausdruck brachte, dass sie den Erlass dieser Verfügung erwartet, beläuft sich auf

- 8 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 1'600.–,
- 2 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 580.–.

61. Demnach beläuft sich die Gebühr der nun vorliegenden Verfügung auf **CHF 2'180.–**.

#### D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO:

1. Das Gesuch der [A.] auf Unterlassen der Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 wird abgewiesen. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird der Schlussbericht gemäss Anhang publiziert.
2. Die Verfahrenskosten für die Verfügung vom 20. Juni 2016 von CHF 1'935.– werden der [A.] auferlegt.
3. Die Verfahrenskosten für die vorliegende Verfügung von CHF 2'180.– werden der [A.] auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

[A.]

Anhang: Schlussbericht, wie er nach Eintritt der Rechtskraft publiziert wird

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	<b>7. Stellungnahmen</b> Préavis Preavvisi
B 2.7	<b>1. Stellungnahme zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie</b>

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Juli 2020 zuhanden der Schweizerischen Bundeskanzlei in Sachen: Stellungnahme zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie*

### Grundsätzliche Anmerkungen

1. Die WEKO nimmt im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.<sup>1</sup> Ihren gesetzesmässigen Auftrag wahrnehmend beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Gesetzesbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO anerkennt den grundsätzlichen Handlungsbedarf zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie. Dabei sind hierzu notwendige Gesetzeserlasse so auszugestalten, dass der Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung durch diese Erlasse so wenig als möglich negativ tangiert wird.

3. Ausgehend von diesem Grundsatz hat die WEKO betreffend die im vorliegenden Gesetz vorgesehenen Massnahmen im Medienbereich folgende Anmerkungen.

### Massnahmen im Medienbereich

#### Antrag:

Es sei im Covid-19-Gesetz explizit zu regeln, dass der Bundesrat bis längstens zum Inkrafttreten eines allfälligen Massnahmenpakets zugunsten der Medien die in Art. 8 Covid-19-Gesetz formulierten Massnahmen anordnet.

#### Begründung:

4. In Art. 8 Abs. 1 Covid-19-Gesetz wird festgehalten, dass der Bundesrat die in diesem Artikel enthaltenen Massnahmen, die im Wesentlichen jenen in den entsprechenden Notverordnungen entsprechen, anordnet. Diese Verordnungen gehen auf die Motionen der Kommissionen für Verkehr und Fernmeldewesen der beiden eidgenössischen Räte<sup>2</sup> zurück. Gemäss Erläuterndem Bericht sei mit der zwingenden Befristung auf sechs Monate der Auftrag der Motionen nicht erfüllt.<sup>3</sup> Eine darüberhinausgehende Unterstützung, wie sie der Motionstext verlange, solle mit dem Covid-19-Gesetz sichergestellt werden. Die Massnahmen zugunsten der Printmedien sollen bis längstens zum Inkrafttreten des Mass-

nahmenpakets zugunsten der Medien gelten und würden monatlich rund 3 Millionen Franken kosten. Das Massnahmenpaket zugunsten der Medien befinde sich derzeit in der parlamentarischen Beratung und werde voraussichtlich Mitte 2021 in Kraft treten.<sup>4</sup> Eine Übernahme der Abonnementskosten der Basisdienste Text der Nachrichtenagentur Keystone-SDA sei bis zur Ausschöpfung des bereits bestehenden Kostendachs im Umfang von 10 Millionen Franken vorgesehen, längstens aber bis zum Inkrafttreten des Massnahmenpaketes zugunsten der Medien. Für diesen Bereich sollen keine zusätzlichen finanziellen Mittel gesprochen werden.<sup>5</sup>

5. Daraus und aus den Motionstexten wird klar, dass nach dem Willen der eidgenössischen Räte die vorgesehenen und bereits mittels Notverordnungen durchgesetzten Massnahmen *bis längstens zum Inkrafttreten eines allfälligen Massnahmenpakets zugunsten der Medien* Bestand haben sollen. Mit der Befristung des Covid-19-Gesetzes bis zum 31. Dezember 2022 und der derzeitigen Formulierung in Art. 8 Abs. 1 Covid-19-Gesetz wird diesem Willen jedoch nicht direkt im Gesetzestext entsprochen.

6. Die WEKO und ihr Sekretariat haben sich bis anhin im Rahmen von ordentlichen Ämterkonsultationsverfahren bzw. in Vernehmlassungen gegen ineffiziente und wettbewerbsverzerrende Massnahmen ausgesprochen, allerdings auch Spielraum für den Schutz meritokratischer Güter anerkannt. Die WEKO verzichtet an dieser Stelle auf eine inhaltliche Stellungnahme zu diesen Massnahmen, beschränkt sich vorliegend auf einen formalen Antrag und behält sich vor, im Rahmen zu weiteren Gesetzesvorlagen in Bezug auf den Inhalt von Bestimmungen Stellung zu nehmen.

<sup>1</sup> Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Motion 20.3145 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates (KVF-S) vom 23.4.2020 und Motion 20.3154 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates (KVF-N) vom 27.4.2020; Erläuternder Bericht, 25.

<sup>3</sup> Erläuternder Bericht, 25.

<sup>4</sup> Geschäft des Bundesrates 20.038, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20200038> (2.7.2020).

<sup>5</sup> Erläuternder Bericht, 25.

B 2.7

## 2. Vernehmlassung zur Verordnung über Härtefallmassnahmen für Unternehmen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Härtefallverordnung)

### A Einleitende Bemerkungen

Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.<sup>1</sup> Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend beschränkt sich die WEKO auf Stellungnahmen zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Gesetzesbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

Im Rahmen der Vernehmlassung zu Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen orientiert sich die WEKO am verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind (Art. 94 BV<sup>2</sup>). Dies bedeutet, dass regulatorische Eingriffe nicht ohne übermässige öffentliche Interessen Marktteilnehmer begünstigen oder benachteiligen sollten.

Staatliche Unterstützungsmassnahmen, welche bestimmte Unternehmen gegenüber ihren Mitbewerbern begünstigen, bergen die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen und sind deshalb problematisch. Vorliegend sind jedoch insbesondere aufgrund der der Pandemie geschuldeten ausserordentlichen Situation und den daraus folgenden notwendigen Abfederungsmassnahmen für die Wirtschaft, der Härtefallregelung mit restriktiven Voraussetzungen an die Unterstützungsgewährung und der zeitlichen Befristung der vorliegenden Unterstützungsmassnahmen keine Bemerkungen angezeigt.

Aus Sicht der WEKO stellt sich jedoch die Frage, ob die gemäss Covid-19-Gesetz<sup>3</sup> vorgesehenen Unterstützungsmassnahmen zugunsten von *Dienstleistern der Reisebranche* in den Geltungsbereich des Luftverkehrsabkommens (LVA)<sup>4</sup> fallen und im Einzelfall durch die WEKO auf ihre Vereinbarkeit mit den beihilferechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 13 LVA zu prüfen sind.

Um zukünftige Fragen betreffend eine allfällige Zuständigkeit der WEKO für die Prüfung von Unterstützungsmassnahmen zugunsten von Dienstleistern der Reisebranche – insb. Reisebüros – auf ihre Vereinbarkeit mit dem LVA vorweg zu nehmen, teilt die WEKO im Rahmen des vorliegenden Vernehmlassungsverfahrens mit, wie sie ihre Zuständigkeit in diesem Bereich auslegt.

### B Zuständigkeit der WEKO für die Beihilfeprüfung

#### B.1 Gesetzliche Grundlage der Zuständigkeit der WEKO für die Beihilfeprüfung im Bereich Luftverkehr

Die gesetzliche Grundlage für die Zuständigkeit der WEKO für die Beihilfeprüfung gestützt auf Art 13 LVA befindet sich in Art. 103 des Luftfahrtgesetzes (LFG)<sup>5</sup>. Danach prüft die WEKO, ob Entwürfe zu Beschlüssen

des Bundesrates, welche bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige *im Anwendungsbereich des LVA* begünstigen, *insbesondere* Leistungen, Beteiligungen und Finanzhilfen nach den Artikeln 101, 102 und 102a LFG, sowie gleichartige Unterstützungsmassnahmen von Kantonen [...], mit Art. 13 LVA vereinbar sind.

Die WEKO ist somit zuständig, mutmassliche Beihilfemassnahmen im Anwendungsbereich des LVA auf ihre Vereinbarkeit mit dem LVA zu prüfen. Vorliegend gilt zu bestimmen, welche Massnahmen in den Anwendungsbereich des LVA fallen, für welche der WEKO die Zuständigkeit für die Beihilfeprüfung übertragen wurde.

Der Gesetzgeber hat in Art. 103 LFG konkretisiert, welche möglichen Unterstützungsmassnahmen typischerweise in den Anwendungsbereich des LVA fallen. In Bezug auf *Bundesunterstützungen* werden dabei insbesondere Leistungen (Beiträge oder Darlehen) an Linienflugbetriebe (Art. 101 LFG) und an Erbringer von Flugsicherungsdienstleistungen (Art. 101b LFG) sowie Beteiligungen an Flugplatz- sowie Luftverkehrsunternehmen (Art. 102 LFG) genannt. Schliesslich verweist Art. 103 LFG auch auf Art. 102a LFG, welcher Finanzhilfen des Bundes infolge der COVID-19-Pandemie zugunsten von Unternehmen, die Dienstleistungen in den Bereichen Bodenabfertigung und Luftfahrzeuginstandhaltung erbringen, sowie zugunsten von Landesflughäfen, ermöglicht. Gemäss Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 Bst. b LFG prüft die WEKO *gleichartige kantonale* Unterstützungsmassnahmen.

<sup>1</sup> Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020, SR 818.102; Gemäss Art. 12 Covid-19-Gesetz kann der Bund auf Antrag eines oder mehrerer Kantone Unternehmen, die aufgrund der Natur ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit von den Folgen von Covid-19 besonders betroffen sind, insbesondere Unternehmen in der Wertschöpfungskette der Eventbranche, Schausteller, *Dienstleister der Reisebranche* sowie touristische Betriebe, in Härtefällen finanziell unterstützen, sofern sich die Kantone zur Hälfte an der Finanzierung beteiligen. Die vorliegend zu beurteilende Covid-19-Härtefallverordnung definiert, unter welchen Voraussetzungen sich der Bund an kantonalen Härtefallmassnahmen beteiligt und konkretisiert damit Art. 12 des Covid-19-Gesetzes.

<sup>4</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (in Kraft seit dem 1.6.2002), SR 0.748.127.192.68.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 784.0).

Aufgrund der in Art. 103 LFG gewählten Terminologie («insbesondere») regeln die Verweise auf die in Art. 101 ff. LFG genannten Unterstützungsmassnahmen die Zuständigkeit der WEKO für die Beihilfeprüfung nicht abschliessend. Dennoch scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass die (exemplarische) Nennung einer bestimmten Unterstützungsmassnahme in Art. 103 LFG für die Beurteilung der Zuständigkeit der WEKO förderlich, wenn nicht sogar erforderlich, ist. So wurde anlässlich der Sondersession des Parlaments vom 6. – 8. Mai 2020 nicht nur der neue Art. 102a LFG geschaffen, sondern auch in Art. 103 LFG der Verweis eingefügt, dass die WEKO für die Überprüfung allfälliger Unterstützungsmassnahmen gestützt auf Art. 102a LFG zuständig sei.

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Gemäss Wortlaut von Art. 103 LFG ist die WEKO für die Beihilfeprüfung von Unterstützungsmassnahmen *im Anwendungsbereich des LVA* zuständig. Der Gesetzgeber hat die WEKO durch die genannten Verweise auf bestimmte Unterstützungsmassnahmen in der Auslegung ihrer Zuständigkeit angeleitet. So hat der Gesetzgeber explizit nur Beispiele von Unternehmen (Fluggesellschaften, Flughäfen, Unternehmen im Bereich Flugsicherung, Bodenabfertigung etc.) genannt, deren Bedeutung für den Luftverkehr und damit für den *Marktzugang*, der durch das LVA im Bereich Luftverkehr gewährt wird, unbestritten ist.

Die Präzisierungen des Gesetzgebers bestätigen – wie nachfolgend aufgezeigt wird (Abschnitt B.2) – die Beurteilung der WEKO betreffend Zuständigkeit, bzw. die Auslegung des Anwendungsbereichs des LVA.

## B.2 Anwendungsbereich des LVA

### B.2.1 Grundsatz

Gemäss Art. 2 LVA gelten die Bestimmungen des LVA<sup>6</sup> und des Anhangs in dem Umfang, in dem sie (1) den Luftverkehr oder (2) unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheiten wie im Anhang aufgeführt betreffen.

### B.2.2 Anwendung der Beihilfebestimmungen auf die Anhänge

Vorliegend stellt sich die Frage, ob allfällige Unterstützungsmassnahmen zugunsten der Reisebüros aufgrund der im Anhang des LVA aufgeführten Richtlinie Nr. 90/314 des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (Art. 1 – 10) in den Anwendungsbereich von Art. 13 LVA fallen.

Die Richtlinie Nr. 90/314 betrifft nicht den Luftverkehr. Wie in den folgenden Abschnitten ausgeführt wird (insb. Abschnitt B.2.2.2), handelt es sich bei der Richtlinie Nr. 90/314 – obwohl sie im Anhang des LVA aufgeführt ist – auch nicht um einen Rechtsakt, der unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängende Angelegenheiten regelt.

#### B.2.2.1 Grundsätzliche Überlegungen (unabhängig vom konkreten Fall)

Betreffend den zweiten Satzteil von Art. 2 LVA «unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheiten wie

im Anhang aufgeführt» sind folgende Grundsätze festzuhalten:

- Die Bestimmungen betreffend die Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem LVA (Art. 13 LVA) sowie betreffend die Überprüfung der Vereinbarkeit allfälliger staatlicher Beihilfen mit dem LVA (Art. 14 LVA) gelten grundsätzlich einzig in Bezug auf diejenigen Bestimmungen der Anhänge, welche unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängen.
- Die Tatsache, dass ein Rechtsakt im Anhang aufgeführt ist, bedeutet nicht, dass dieser Rechtsakt (als Ganzes) als «unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängend» zu qualifizieren ist.
- Für jeden Rechtsakt, welcher im Anhang aufgeführt ist, gilt es zu determinieren, ob, und wenn ja, welche Bestimmungen dieses Rechtsaktes unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängen.

Die obige Auslegung wurde dem Sekretariat der WEKO durch das Bundesamt für Justiz (BJ) mit Schreiben vom 1. Juli 2020 bestätigt.

#### B.2.2.2 Beurteilung des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Luftverkehr *in casu*

Die Richtlinie Nr. 90/314 entspricht dem schweizerischen Pauschalreisegesetz<sup>7</sup>. Das Pauschalreisegesetz wurde nicht als Umsetzungsmassnahme dieser Richtlinie im Rahmen des LVA<sup>8</sup>, sondern im Rahmen des Swisslex Pakets als autonomer Nachvollzug von EU-Recht erlassen. Dennoch kann es – neben der Richtlinie Nr. 90/314 selbst – für die Frage, ob damit unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängende Angelegenheiten geregelt werden, herangezogen werden.

Beim Pauschalreisegesetz handelt es sich um ein Konsumentenschutzgesetz, das mit wenigen Ausnahmen die Bestimmungen des Eurolex-Entwurfs über die Pauschalreisen übernommen hat.<sup>9</sup> In der EWR-Botschaft<sup>10</sup> wird zu letzterem Folgendes festgehalten: «Die Richtlinie Nr. 90/314 des Rates vom 13. Juni 1980 über Pauschalreisen stärkt die juristische und materielle Lage der Konsumenten. Sie sind nun besser geschützt vor schlechter Vertragserfüllung des Veranstalters oder vor dessen Zahlungsunfähigkeit. Verlangt ist eine wahre Information in den Prospekten und deren Verbindlichkeit. Der Vertrag muss bestimmte Mindestangaben enthalten. Vermittler und Veranstalter von Pauschalreisen sind bei Nicht- oder Teilerfüllung des Vertrags grundsätzlich haftbar. Diese Haftung darf weder vertraglich eingeschränkt noch wegbedungen werden».

<sup>6</sup> Darunter die Beihilfebestimmung (Art. 13 LVA) und die Zuständigkeitsbestimmung für deren Überprüfung (Art. 14 LVA).

<sup>7</sup> Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993; SR 944.3.

<sup>8</sup> Gemäss Schreiben des BJ vom 1.7.2020 sind die Bestimmungen der Richtlinie Nr. 90/314 nach Ansicht der Direktion für europäische Angelegenheiten (DEA) in der Schweiz direkt anwendbar, soweit sie genügend konkret und klar sind. Im Unterschied zur Rechtslage in der EU bedarf die Richtlinie in der Schweiz zudem nicht zwingend einer Umsetzung im nationalen Recht.

<sup>9</sup> Vgl. Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805, 887.

<sup>10</sup> Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1, 393.

Sowohl die Richtlinie Nr. 90/314 als auch das Pauschalreisegesetz stärken die Rechte von Pauschalreisekonsumenten *unabhängig davon*, ob ein Konsument eine Pauschalreise mit oder ohne Luftverkehrskomponente bucht. Der Zweck sowohl des Pauschalreisegesetzes als auch der Richtlinie Nr. 90/314 steht somit in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Luftverkehr bzw. dem Marktzugang im Luftverkehrsbereich<sup>11</sup>.

Dass Pauschalreisen ohne Luftverkehrskomponente vom Geltungsbereich des LVA ausgeschlossen sind, muss vorliegend nicht weiter erörtert werden. Auch die Richtlinie Nr. 90/314 als Ganzes ist demzufolge nicht als «unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängend» zu qualifizieren (vgl. Abschnitt B.2.2.1).

Grundsätzlich wäre es wie oben erläutert (Abschnitt B.2.2.1) denkbar, dass die Bestimmungen des LVA – darunter Art. 13 und 14 LVA – auf Pauschalreisen mit Luftverkehrskomponente angewendet würden, *sofern* die betreffenden Bestimmungen<sup>12</sup> als «unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängend» qualifiziert würden.

Nach Ansicht der WEKO kann dieser unmittelbare Zusammenhang allerdings auch bei Pauschalreisen mit Luftverkehrskomponente nicht hergestellt werden. Wie oben erläutert steht der Schutz des Pauschalreisekonsumenten *in keinem direkten Zusammenhang* mit dem gewählten Verkehrsmittel. Sowohl das Pauschalreisegesetz als auch die Richtlinie Nr. 90/314 *bezwecken* einzig den Pauschalreisekonsumenten zu schützen. Zwar dient die Harmonisierung des Verbraucherschutzes aus Sicht der EU grundsätzlich der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit – *in casu* der Dienstleistungsfreiheit für Anbieter von Pauschalreisen. Die Übernahme dieser Verbraucherschutzrichtlinie in den Anhang des LVA gewährt den Pauschalreiseanbietern vorliegend jedoch keinen Marktzugang zum Binnenmarkt. Ebenso wenig beeinflusst die Richtlinie den durch das LVA gewährten Marktzugang von Schweizer Luftverkehrsunternehmen, solange diese nicht selber als Anbieter von Pauschalreisen auftreten. Der unmittelbare Zusammenhang zwischen der Richtlinie Nr. 90/314 und dem Luftverkehr bzw. dem Marktzugang im Luftverkehrsbereich ist somit nicht gegeben.

Über die Gründe, weshalb sich die Schweiz – trotz fraglichem Zusammenhang mit dem Luftverkehr bzw. dem Marktzugang im Luftverkehrsbereich – bereit erklärt hat, die Richtlinie Nr. 90/314 in den Anhang des LVA aufzunehmen, kann nur spekuliert werden. Da zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen das Pauschalreisegesetz bereits in Kraft war, schien die Übernahme der Richtlinie Nr. 90/314 möglicherweise nicht vertieft geprüft worden zu sein, da sie damals keine Auswirkungen auf den *status quo* zeitigte. Wichtig scheint in diesem Zusammenhang, dass sich die Schweiz bis anhin geweigert hat, die Richtlinie Nr. 90/314 durch die «Nachfolgerichtlinie» Richtlinie 2015/2302 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen<sup>13</sup> im Anhang des LVA zu ersetzen. Dies führt dazu, dass die Richtlinie Nr. 90/314 in der EU selbst gar nicht mehr in Kraft ist und nur noch in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU Gültigkeit hat.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei den Bestimmungen der Richtlinie Nr. 90/314 nicht um Regelungen handelt, welche unmittelbar mit dem Luftverkehr, bzw. dem Marktzugang in diesem Bereich, zusammenhängende Angelegenheiten betreffen. Die Richtlinie Nr. 90/314 gewährt Pauschalreiseanbietern keine Marktzugangsansprüche. Die Erbringung von Pauschalreisedienstleistungen, sofern sie nicht durch Luftverkehrsunternehmen erbracht werden, fällt somit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 13 und 14 LVA. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Konsument/Reisender die in der Richtlinie Nr. 90/314 enthaltenen Rechte in Bezug auf Pauschalreisen mit Luftverkehrskomponente geltend machen kann.

### B.3 Fazit

Allfällige Unterstützungsmassnahmen zugunsten der Reisebüros fallen aus obigen Gründen nicht in den Anwendungsbereich des LVA. Die WEKO ist folglich nicht für die Prüfung der Vereinbarkeit dieser Massnahmen mit dem LVA zuständig.

<sup>11</sup> Die Harmonisierung des Verbraucherschutzes dient in der EU zwar der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit für Anbieter von Pauschalreisen (vgl. Präambel der Richtlinie Nr. 90/314 «*Gemeinsame Regeln für Pauschalreisen werden zur Beseitigung dieser Hindernisse [ungleiche Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche zu Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den in den verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen des Reisegewerbes führen] und somit zur Verwirklichung eines gemeinsamen Dienstleistungsmarktes beitragen. Die in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen des Reisegewerbes werden ihre Dienstleistungen infolgedessen in anderen Mitgliedstaaten anbieten können, und die Verbraucher in der Gemeinschaft erhalten die Möglichkeit, in sämtlichen Mitgliedstaaten Pauschalreisen zu vergleichbaren Bedingungen zu buchen*»). Der durch das LVA gewährte Marktzugang im Luftverkehr wird durch den Zweck der Richtlinie (Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit für Anbieter von Pauschalreisen) jedoch nicht beeinflusst.

<sup>12</sup> Vorliegend können erschwerend keine einzelnen Bestimmungen identifiziert werden, welche einzig Pauschalreisen mit einer Luftverkehrskomponente betreffen.

<sup>13</sup> Richtlinie (EU) 2015/2302 des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur **Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates**, ABl. L326 vom 11.12.2015, S. 1-33.



B 2.7

### 3. Ämterkonsultation zur Revision des Energiegesetzes (Fördermassnahmen ab 2023)

#### Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.<sup>1</sup> Ihren gesetzesmässigen Auftrag wahrnehmend beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Gesetzesbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Im Rahmen der Revision des EnG<sup>2</sup> ist vorgesehen, dass nach dem Auslaufen der heutigen kostendeckenden Einspeisevergütungen Ende 2022 für bestimmte erneuerbare Energien über einen längeren Zeithorizont (bis 2035) Investitionsbeiträge von 40 % bis maximal 60 % ausgerichtet werden sollen. Weiter sollen zur Erreichung der Richtwerte der Energiestrategie 2050 (ES 2050) bestehende Fördermassnahmen ausgebaut und um fünf weitere Jahre bis 2035 verlängert werden. Diese Unterstützungsmassnahmen zugunsten der Produzenten von erneuerbaren Energien sollen vollumfänglich von den Endkundinnen und Endkunden über den Netzzuschlagsfonds finanziert werden. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Gesetzesänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

3. Im Rahmen der ES 2050 soll der Umstieg auf erneuerbare Energien erfolgen, um die umweltbedingte Energiebelastung in der Schweiz zu reduzieren. In diesem Kontext sind im EnG bestimmte zeitliche Vorgaben für den Ausbau dieser Technologien verankert.<sup>3</sup> Die WEKO betrachtet die in der ES 2050 formulierten Ziele als politische Zielsetzungen und Massnahmen gegen den Klimawandel und stellt diese vorliegend nicht in Frage. Das Augenmerk wird jedoch auf eine möglichst den Wettbewerb nicht verzerrende und im ökonomischen Sinn effiziente Zielerreichung gerichtet.

4. Aus wettbewerblicher Sicht sollten zur Erreichung der vom Gesetzgeber definierten Ziele der ES 2050 möglichst **wettbewerbsneutrale Massnahmen** vorgesehen werden, damit zumindest in gewissen Märkten in den Bereichen der Stromerzeugung und -versorgung trotz der diversen heute schon bestehenden regulatorischen Vorgaben (insb. technologispezifische Subventionsmassnahmen) ein Restwettbewerb erhalten werden kann, der u. a. Anreize für innovative Produkte setzt und

zu kosteneffizientem Verhalten anregt. Mit den vorliegend vorgeschlagenen Massnahmen wird der Grundsatz der Technologieneutralität im Bereich der erneuerbaren Energien bewusst ignoriert.

5. Die neuerdings beabsichtigte Revision des EnG hängt insbesondere damit zusammen, dass einige primär aus dem Umfeld der Energiewirtschaft stammende Akteure respektive deren Eigentümer in der Vernehmlassung zur Revision des StromVG<sup>4</sup> zwar die «vollständige Marktöffnung» im Bereich der Stromversorgung befürworteten; allerdings *nur unter der Prämisse*, dass die langfristigen Investitionsanreize für den Zubau von inländischen erneuerbaren Energien verstärkt werden.<sup>5</sup> **Insofern hängen die Inhalte der angedachten Revisionen des StromVG und des EnG direkt und eng miteinander zusammen. Daher sollten diese Inhalte formell nicht in separaten Gesetzgebungsprojekten behandelt werden.** Über den Ausbau und die Verlängerung des Fördermodells für inländische erneuerbare Energien kann aus funktioneller Sicht kein Beschluss gefällt werden, solange unklar ist, ob und wann die «vollständige Strommarktöffnung» erfolgen wird. Überdies ist in der Revision des StromVG neuerdings auch eine Änderung von Art. 15 EnG vorsehen, die künftig unter anderem einen Einfluss auf die Höhe der **Investitionsbeiträge** für neue (PV-Anlagen) haben könnte; die Ausgestaltung des Fördermodells für erneuerbare Energien ist ein zentrales Thema des Energiegesetzes. Über die vorgesehene Änderung von Art. 15 EnG im Rahmen der Revision des StromVG kann daher nicht ohne Berücksichtigung allfälliger Änderungen am Fördersystem aufgrund der Revision des EnG entschieden werden. Aus diesem Grund vertritt die WEKO die Auffassung, dass die «vollständige Strommarktöffnung» den eidgenössischen Räten und den Kommissionen **nicht später** zur Behandlung überwiesen werden soll als die allfällige Revision des EnG. Zudem sollte eine **gemeinsame Behandlung** der Inhalte der Revisionen des StromVG und des EnG in den Räten angestrebt werden.

#### Wichtigste Anliegen aus wettbewerblicher Sicht

6. Allfällige neue Massnahmen zur Erreichung der vom Gesetzgeber in der ES 2050 definierten Ziele, u.a. die Stärkung der erneuerbaren Energien, sind möglichst wettbewerbs- und technologieneutral auszugestalten und sollten hinreichende Anreize für kosteneffizientes

<sup>1</sup> Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Energiegesetz vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

<sup>3</sup> Vgl. 2 EnG.

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

<sup>5</sup> UVEK, Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung), Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom September 2019 (zit. Vernehmlassungsbericht), 15 f.

Verhalten setzen, womit auch den Vorgaben des Gesetzgebers in Art. 30 Abs. 5 EnG entsprochen wird, wonach nach dem Auslaufen der Unterstützungen für das Einspeisevergütungssystem Ende 2022 ein marktnahes Modell eingeführt werden soll. Aus wettbewerblicher Sicht sollte auf die Fortführung des bisherigen Subventionssystems, das der Technologieneutralität nicht genügend Rechnung trägt, verzichtet werden.

7. **Spätestens** nach dem Auslaufen der letzten auf Subventionen basierenden Fördermassnahmen **ab 2031** sollte ein marktnahes und wettbewerbs- bzw. technologieneutraleres System (z. B. ein Lenkungssystem oder ein Quotensystem mit Zertifikatshandel) zur Gewährleistung des Zubaus von erneuerbaren Energien eingeführt werden. Auf die Verlängerung der Ausrichtung von Investitionsbeiträgen von 2031 bis 2035 sei zu verzichten.

8. Ein Ausbau und eine Fortführung des **bisherigen**, auf Subventionen basierenden **Fördersystems** sei **möglichst technologieneutral und kosteneffizient** auszugestalten: Auf die Verdoppelung der maximalen Investitionsbeiträge für Photovoltaikanlagen ohne Eigenverbrauchsregelung sei zu verzichten. Erneuerungen von Klein(st)wasserkraftanlagen seien ab 2023 nicht mehr finanziell zu unterstützen. Zudem sei auf eine rein mengenbasierte Priorisierung der Grosswasserkraft anhand der Jahresproduktionsmenge zu verzichten. Stattdessen sei bei der Priorisierung in erster Linie auf die Kosten pro erzeugte Energieeinheit abzustellen.

9. Bei der Bestimmung des individuellen Förderbeitrags seien auch künftig die **nicht amortisierbaren Mehrkosten** miteinzubeziehen, um Überförderungen und Mitnahmeeffekte zu verhindern.

**Grundsätzliches: Systemwechsel zu einem möglichst wettbewerbs- und technologieneutralen Modell zur Erreichung der Ziele der ES 2050 anstreben, welches auf marktwirtschaftlichen Mechanismen beruht**

Antrag:

Die WEKO beantragt, dass neue Massnahmen zur Erreichung der vom Gesetzgeber in der ES 2050 definierten Ziele möglichst wettbewerbs- und technologieneutral ausgestaltet werden und Anreize zu kosteneffizientem Verhalten setzen.

Es sei in Art. 38 EnG vorzusehen, dass **spätestens ab dem Jahr 2031** ein umfassendes und marktnahes System zur Erreichung der Ziele der ES 2050 eingeführt wird; beispielsweise ein Lenkungssystem und/oder ein Quotensystem mit Zertifikatshandel. Art. 38 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1, 2 und 4 EnG seien zu streichen.

Auf eine Verlängerung des bestehenden, auf Subventionen für bestimmte Technologien basierenden Fördermodells um fünf weitere Jahre bis Ende 2035 sei zu verzichten.

Im Erläuternden Bericht sei in Ziffer 1.2 *ausführlich* auf alternative und gegenüber der Förderung mittels Investitionsbeiträgen markt- und wettbewerbsnähere Massnahmen zur Erreichung der Ziele der ES 2050 sowie auch deren *Vorzüge* einzugehen (z. B. Lenkungssystem und/oder Quotensystem mit Zertifikatshandel). Insbesondere seien die mit den verschiedenen möglichen

*alternativen Modellen* einhergehenden voraussichtlichen *Kosten* jenen des ab 2023 weiterzuführen beabsichtigten Fördersystems gegenüberzustellen. Dabei sei an dieser Stelle und in Kapitel 6.1.2. des Erläuternden Berichts auch auf die voraussichtlichen Kosteneinsparungen bei Einführung eines Lenkungssystems gemäss einer **Studie der ETH Zürich** vom Februar 2017 Bezug zu nehmen.

Begründung:

**Nachteile eines auf Subventionen basierenden Fördersystems**

10. Durch den Ausbau und die Weiterführung des Fördersystems zur Erreichung der vom Gesetzgeber im Rahmen der ES 2050 festgelegten Ziele für erneuerbaren Energien wird der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Energieerzeugungstechnologien langfristig verzerrt. Insofern soll auch künftig darauf verzichtet werden, anstelle der Ausschüttung von Subventionen gesetzliche Anreize für den Zubau und Verbrauch von möglichst kostengünstigen erneuerbaren Energien zu setzen. Stattdessen führen die vorgesehenen technologiespezifischen Unterstützungsleistungen zu Gunsten bestimmter Stromproduzenten zu erheblichen kostenseitigen Auswirkungen zulasten der Industrie-, Gewerbe- und Haushaltskunden; vom UVEK werden Mehrkosten gegenüber dem geltenden Recht von 2,8 Milliarden Franken von 2023 bis 2035 zur Diskussion gestellt.<sup>6</sup> Zudem führen die zurzeit vorgesehenen Massnahmen zur Erreichung der Ziele der ES 2050 (insb. der zu erwartende erhöhte Ausbau der Photovoltaik) zu grossen Herausforderungen für den Netzausbau und die Netzstabilität und stellen – aufgrund des nach wie vor rein auf die Förderung von einzelnen Technologien ausgerichteten Ansatzes zum Ausbau von inländischen erneuerbaren Energien – die Zukunft eines wettbewerbsorientierten Energiebinnenmarktes insgesamt in Frage. Daher ist aus Sicht der WEKO – wenn kurzfristig nicht möglich, so zumindest mittelfristig – eine Heranführung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien an den Markt und eine anschliessende Marktintegration unabdingbar.

11. Der Ansatz der Einspeisevergütungen im EnG mit Vergütungsdauern zwischen 15 und 25 Jahren<sup>7</sup> bietet den Investoren eine hohe Sicherheit. Da die Einspeisetarife gesetzlich fixiert sind, tragen die Investoren lediglich das mengenmässige Risiko, das bei Photovoltaik und Windkraft vor allem von den Wetterbedingungen abhängt. Das typische unternehmerische Risiko, das

<sup>6</sup> Das BFE beziffert die jährlichen Mehrkosten von 2023 bis und mit 2035 auf 215 Mio. CHF pro Jahr; vgl. Revision des Energiegesetzes (Fördermassnahmen ab 2023), Entwurf des Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom März 2020 (zit. Erläuternder Bericht), 28 f. Nebst diesen Mehrkosten für den Ausbau und die Weiterführung des bisherigen Fördersystems von CHF 2,8 Mrd. CHF (13 x 215 Mio. CHF) müsste **zusätzlich** das Einsparungspotential berücksichtigt werden, welches sich potentiell mit einem Systemwechsel erzielen liesse; unten ad Alternative: Lenkungssystem.

<sup>7</sup> Anhänge 1.1 bis 1.5 der Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vom 1.11.2017 (Energieförderungsverordnung, EnFV; SR 730.03).

sich auf Nachfrage-, Wettbewerbs- und Preisentwicklungen sowie technischen Fortschritt bezieht, tragen die Investoren hingegen aufgrund der staatlich fixierten Einspeisevergütung nicht. Stattdessen werden diese unternehmerischen Risiken hauptsächlich von den Stromverbraucherinnen und -verbrauchern und den konventionellen Stromerzeugern übernommen.<sup>8</sup> Durch den heutigen Ansatz im EnG, die Einspeisevergütung nach Erzeugungstechnologien zu differenzieren, entfällt der Wettbewerbsdruck zwischen Stromerzeugern, welche unterschiedliche Energieträger nutzen, da Unterschiede und Veränderungen in den jeweiligen Kostenstrukturen, welche auf dem genutzten Energieträger basieren, nicht zeitnah berücksichtigt werden können. Vor diesem Hintergrund bestehen Anreize, dass sich nicht die kostengünstigsten und effizientesten Arten der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien durchsetzen, sondern jene, die unter Berücksichtigung der möglichen finanziellen Förderung die höchste Rendite versprechen.<sup>9</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass die vom Gesetzgeber festgelegten Ziele der ES 2050 mit der Einspeisevergütung weniger treffsicher erreicht werden als mit anderen Förderinstrumenten, da nur im Nachhinein festgestellt werden kann, wie viel Strom aus erneuerbaren Energien tatsächlich produziert wurde. Zudem sollten Ziele auch übertroffen werden können – eine reine Subventionspolitik liefert hierzu keinerlei Anreize.<sup>10</sup> Daher begrüsst es die WEKO, dass die bestehenden Einspeisevergütungen nach ihrem gesetzlichen Auslaufen Ende 2022 nicht verlängert werden, sondern durch anderweitige Massnahmen ersetzt werden sollen.

12. Mit der Revision des EnG wird beabsichtigt, die bis anhin stattfindende technologiespezifische Förderpolitik von einzelnen erneuerbaren Stromerzeugungstechnologien grundsätzlich weiterzuführen und diverse Massnahmen weiter auszubauen. Nach dem Auslaufen des Einspeisevergütungssystems Ende 2022 soll der Zubau der Photovoltaik, von Windkraftwerken, von Gross- und Kleinwasserkraftwerken sowie von Biomasse-Anlagen neu mittels **Investitionsbeiträgen von bis zu 60 %** gefördert werden. Zwar orientieren sich Investitionsbeiträge im Gegensatz zu kostendeckenden Einspeisevergütungen nicht an den gesamten Gestehungskosten, sondern decken nur einen bestimmten *Teil* der Investitionskosten. Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass es sich nach wie vor um **Subventionen** handelt<sup>11</sup>, welche den Wettbewerb insbesondere unter den verschiedenen geförderten erneuerbaren Energien verfälschen. **Die Förderung bestimmter Technologien mittels Investitionsbeiträgen ist keine marktnahe und wettbewerbsneutrale Lösung.** Die technologiespezifische Förderpolitik verhindert einen Wettbewerb unter den Technologien, bei dem sich die kostengünstigsten erneuerbaren Energiequellen durchsetzen. Für die Erreichung der Ziele der ES 2050 müssen dadurch unnötig hohe Kosten aufgewendet werden. Ein derartiges Fördermodell setzt zudem keine besonderen Anreize, um in die Forschung und Entwicklung zu investieren und Innovationen zu schaffen.

13. Längerfristig geeignete Fördermassnahmen sollten die technische und wirtschaftliche Entwicklung der unterstützten neuen Technologie sowie deren Markteinführung beschleunigen und Anreize zu kosteneffizientem

Verhalten setzen.<sup>12</sup> Aus Sicht der WEKO sollten zur Erreichung der Ziele der ES 2050 bevorzugt Instrumente zum Einsatz kommen, die eine *kosteneffiziente* Förderung von verschiedenen erneuerbaren Energien mit hohen Investitionsanreizen erlauben, ohne dass das Förderinstrument auf eine spezifische Technologie fokussiert. Anbieter und Verbraucher sollten vielmehr in Abhängigkeit der Preissignale, die sich dezentral auf den Märkten bilden, entscheiden, ob und welche erneuerbaren Energien sie am Markt absetzen bzw. beziehen wollen.

#### **Keine hinreichende Auseinandersetzung mit alternativen Unterstützungsmodellen sowie keine Berücksichtigung der Kosteneffizienz beim Entscheid über das künftige Fördersystem**

14. Zurzeit finden sich im Erläuternden Bericht lediglich sehr kurze Ausführungen zu alternativ in Frage kommenden Modellen zur Erreichung der Ziele der ES 2050, ohne dass sich der Erläuternde Bericht hinreichend zu deren Vorzügen äussern würde. Ebenso wenig werden fundierte Aussagen dazu gemacht oder aktuelle Analysen präsentiert, die sich dazu äussern würden, weshalb auch nach dem Auslaufen der kostendeckenden Einspeisevergütungen für bestimmte Technologien am bisherigen Subventionssystem mit **Ausgaben von jährlich (aktuell) rund 1,3 Milliarden Franken** (2,3 Rp./kWh) im Rahmen des Netzzuschlagfonds **langfristig** festgehalten werden soll und weshalb für die Zeit ab 2023 für diese Technologien ein auf marktwirtschaftlichen Mechanismen beruhendes System (bspw. eine Lenkungsabgabe) zur Erreichung der Ziele der ES 2050 nicht zumindest zur Diskussion gestellt werden darf. Es wird lediglich *pauschal* darauf hingewiesen, dass alternative Modelle wie Kapazitätsmärkte oder ein Quotenmodell gegenüber dem bisherigen Fördermodell einen «*Systembruch mit negativen Auswirkungen*» darstellen würden und für Projektanten die Kontinuität und Voraussehbarkeit entscheidend sei.<sup>13</sup> Da die Ziele der ES 2050 auch mit markt- und wettbewerbsnäheren Massnahmen

<sup>8</sup> Monopolkommission, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Sondergutachten der Monopolkommission gemäss § 62 Abs. 1 EnWG (zit. Sondergutachten Monopolkommission), Rz 225; [https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s65\\_volltext.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s65_volltext.pdf) (29.5.2020).

<sup>9</sup> Schweizerische Akademie der Technischen Wissenschaften, Wie soll Strom aus erneuerbaren Energien gefördert werden? 1. Aufl. vom August 2012 (zit. SATW), 15; [https://www.satw.ch/fileadmin/user\\_upload/documents/02\\_Themen/05\\_Energie/SATW\\_Foerderinstrumente\\_DE.pdf](https://www.satw.ch/fileadmin/user_upload/documents/02_Themen/05_Energie/SATW_Foerderinstrumente_DE.pdf) (29.5.2020); URS MEISTER, Grundlegende Reform der KEV. Wie erneuerbare Energien besser in den Strommarkt integriert werden können, avenir standpunkte (zit. MEISTER, Reform der KEV), 2 ff.; <https://www.avenir-suisse.ch/publication/grundlegende-reform-der-kev/> (29.5.2020).

<sup>10</sup> SATW (Fn 9), 7.

<sup>11</sup> Sowohl bei der Einspeisevergütung als auch bei der Leistung von Investitionsbeiträgen handelt es sich um Subventionen, konkreter um Finanzhilfen. Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile zur Förderung oder Erhaltung einer vom Subventionsempfänger selbstgewählten privaten Aufgabe; vgl. PETER HETTICH/SIMONE WALTHER, Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, in: ZBl Nr. 3/2001, 143-171, 162 f.

<sup>12</sup> SATW (Fn 9), 16.

<sup>13</sup> Revision des Energiegesetzes (Fördermassnahmen ab 2023), Entwurf des Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom März 2020 (zit. Erläuternder Bericht), 8.

als Subventionen sowie entsprechend geringeren Kosten eingehalten werden könnten, ist es konzeptionell nicht erforderlich, dass die Fortdauer des bestehenden Fördersystems an die Ziele für das Jahr 2035 gekoppelt und dieses daher um fünf zusätzliche Jahre fortgesetzt wird.<sup>14</sup>

15. Für die neuerdings angestrebte Revision des EnG wurde *sehr kurzfristig* nach dem Bundesratsbeschluss von Ende September 2019 eine Vorlage erarbeitet, welche den Ausbau und die Weiterführung des bisherigen, auf Subventionen basierenden Fördersystems bis (*mindestens*) 2035 beinhaltet. Wir gehen daher davon aus, dass sich das UVEK basierend auf den heutigen Gegebenheiten noch nicht vertieft mit alternativen Unterstützungsmodellen auseinandergesetzt hat, mit denen die mit der ES 2050 verfolgten Ziele innert derselben Zeit, jedoch wettbewerbsneutraler, kosteneffizienter und mit geringerem Ressourcenaufwand erreicht werden könnten.

16. Der vom UVEK weiterzuführen beabsichtigte Förderansatz berücksichtigt lediglich **einseitig** die Interessen von potentiellen Investoren in inländische erneuerbare Energien, ohne den Interessen der Endkundinnen und Endkunden, welche die Subventionen zugunsten der Produzenten vollumfänglich zu bezahlen haben, angemessen Rechnung zu tragen.<sup>15</sup> Zudem verzögert dieser Ansatz weiterhin die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs für Strom mit ökologischem Mehrwert. Bei der Umsetzung der angedachten *reinen* Subventionsmassnahmen kann von einer *möglichst effizienten Förderung*, welche dem Bundesrat gemäss dem Erläuternden Bericht ein zentrales Anliegen sein soll<sup>16</sup>, nicht die Rede sein.

17. Subventionen sind nicht die einzige Möglichkeit, um eine länger andauernde Preissicherheit für potentielle Investoren von erneuerbaren Energien zu schaffen und ihnen bereits vor Fertigstellung der Produktionsanlage eine hinreichende Rendite zu garantieren. Investoren in erneuerbare Energien haben etwa auch die Möglichkeit, den Versorgern und Industriekunden als potentiellen Grossabnehmern ihres Stroms einen langfristigen Abnahmevertrag (Power Purchase Agreement, PPA)<sup>17</sup> mit flexibler und variabler Preisausrichtung anzubieten, wie dies in der EU (insbesondere aufgrund der gesunkenen Produktionskosten im Bereich Photovoltaik) vermehrt geschieht.<sup>18</sup>

18. Im Erläuternden Bericht wird neuerdings darauf hingewiesen, dass die UREK-N im Februar 2020 die Parlamentarische Initiative UREK-N 20.401 «Unterstützung für Fotovoltaikanlagen ohne Eigenverbrauch» angenommen habe. Sie habe sich damit im Grundsatz klar für eine Weiterführung des bisherigen, auf Subventionen basierenden Fördersystems ausgesprochen. Wir erlauben uns den Hinweis, dass sich der betreffende Vorstoss einzig auf *PV-Anlagen ohne Eigenverbrauchsregelung* bezieht, die aufgrund der bestehenden Regulierungsvorgaben gegenüber den PV-Anlagen mit Eigenverbrauch finanziell schlechter gestellt sind. In der parlamentarischen Initiative wird zudem keine Verlängerung des bestehenden Fördersystems um weitere fünf Jahre gefordert, wie dies in der Vorlage der Verwaltung vorgesehen ist. Somit lässt sich darin keine **generelle** Zu-

stimmung des Gesetzgebers hinsichtlich der Weiterführung des bisherigen Fördersystems bis mindestens Ende 2035 erkennen.

### Alternative: Lenkungssystem

19. In einem Bericht des BFE an den Bundesrat aus dem Jahr 2014 ist festgehalten, die ES 2050 sehe vor, das Fördersystem in einer ersten Etappe beizubehalten und zu optimieren und in einer zweiten Etappe durch ein Lenkungssystem abzulösen. In einer späteren Phase (ab 2021) solle das Fördersystem für die erneuerbare Stromproduktion dann gänzlich durch Lenkungsmechanismen abgelöst werden.<sup>19</sup> Im Rahmen eines Lenkungssystems würde von den Endkundinnen und Endkunden anstelle des Netzzuschlags eine Abgabe für den Bezug von nicht ökologisch nachhaltig produziertem Strom erhoben. Anders als gemäss dem aktuellen Fördermodell werden die Erträge der Lenkungsabgabe nicht an bestimmte Produzenten verteilt, sondern vollständig an Haushalte und Unternehmen rückvergütet.<sup>20</sup> In der Vernehmlassung zur Botschaft über ein Klima- und Energielenkungssystem, die von Mitte März bis Mitte Juni 2015 durchgeführt wurde, stiess das Lenkungssystem insgesamt auf breite Zustimmung. Lediglich in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der angedachten Verfassungsbestimmung wurden teils Vorbehalte angebracht.<sup>21</sup> Zudem wurde im Jahr 2016 in der Parlamentsdebatte im Rahmen des ersten Massnahmenpakets der ES 2050 im Nationalrat etwa festgehalten, dass nach dem Auslaufen des Einspeisevergütungssystems (Ende 2022) die Subventionen durch ein markt- und wettbewerbsnäheres System abgelöst werden müssten.<sup>22</sup>

20. Das Parlament lehnte zwar im Frühjahr 2017 den Umsetzungsvorschlag des Bundesrats auf Verfassungs-

<sup>14</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 3.

<sup>15</sup> Demgegenüber würde den Endkundinnen und Endkunden bei Einführung eines verursachergerecht ausgestalteten Lenkungssystems zumindest ein Teil ihrer Abgaben rückerstattet; vgl. unten, ad Alternative: Lenkungssystem.

<sup>16</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 8.

<sup>17</sup> Ein PPA («Stromkaufvereinbarung») ist ein oft langfristiger Stromliefervertrag zwischen zwei Parteien, meist zwischen einem Stromproduzenten und einem Stromabnehmer (Stromverbraucher oder Stromhändler). Im PPA werden alle Konditionen geregelt – etwa der Umfang der zu liefernden Strommenge, die ausgehandelten Preise, die bilanzielle Abwicklung und die Strafen bei Nichteinhaltung des Vertrags. Da mit PPAs Marktpreisrisiken reduziert werden können, finden sie insbesondere bei grossen Stromverbrauchern sowie bei *geplanten* grossen Investitionen in den Aufbau oder Weiterbetrieb von Anlagen der Erneuerbaren Energien Anwendung; <https://www.next-kraftwerke.de/wissen/power-purchase-agreement-ppa> (29.5.2020).

<sup>18</sup> <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/erneuerbare-energien-solarstrom-schafft-den-durchbruch-ohne-subventionen/25510520.html?ticket=ST-4807918-tLHs6KW7HhV3TB9E6rTI-ap6> (29.5.2020).

<sup>19</sup> BFE, Wirkung der Systeme zur Förderung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, Bericht in Erfüllung des Postulates 09.3085 (Guy Parmelin) vom 12.3.2009, Juni 2014, 83.

<sup>20</sup> Botschaft zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem vom 28.10.2015, BBl 2015 7868.

<sup>21</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 28.10.2015, Bundesrat verabschiedet Botschaft über ein Klima- und Energielenkungssystem; <https://www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Medienmitteilungen des Bundesrats> (29.5.2020).

<sup>22</sup> AB 2016 N 1233, Votum Fässler.

stufe zur Einführung eines Lenkungssystem ab.<sup>23</sup> Daraus darf jedoch nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber die Weiterführung eines kaum marktwirtschaftliche Kriterien berücksichtigenden Modells zur Erreichung der Ziele der ES 2050 bis *mindestens 2035 und allenfalls darüber hinaus* befürworten und die **Prüfung von wettbewerbsfreundlicheren alternativen Modellen** per se ablehnen würde. Vielmehr erwies sich die konkrete Ausgestaltung der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung zur Einführung des Lenkungssystems zum damaligen Zeitpunkt als nicht mehrheitsfähig. Man wollte damit aber hinsichtlich alternativer Modelle für das künftige Strommarktdesign **kein Denkverbot** vorgeben.<sup>24</sup>

21. Aus einer unter der Leitung der ETH Zürich im Februar 2017 erstellten Studie ergibt sich, dass im Hinblick auf die Erreichung von vorgegebenen CO<sub>2</sub>-Emissions- und Stromverbrauchsreduktionszielen die Einführung eines **Lenkungssystems** gesamtwirtschaftlich betrachtet **bis zu fünfmal kostengünstiger** und zur Erreichung der Ziele der ES 2050 **erheblich effizienter** wäre als die Weiterführung des bisherigen, auf Subventionen basierenden Fördersystems. Grund hierfür ist, dass durch das Lenkungssystem ein effizienter Mitteleinsatz beanreizt wird und verstärkt mit jenen Technologien produziert wird, unter deren Einsatz die Vermeidung von klimaschädlichen Treibhausgasen relativ am günstigsten ausfällt.<sup>25</sup> Damit würden die erneuerbaren Energiequellen automatisch gestärkt. Der vorgeschlagene Verfassungsartikel zur Einführung eines Lenkungssystems sah eine vollständige Rückerstattung der Erträge aus der Lenkungsabgabe an die Unternehmen und Haushalte vor.<sup>26</sup> Demgegenüber sollen im Rahmen des bisherigen Fördersystems über den von den Endkundinnen und Endkunden finanzierten Netzzuschlagsfonds **jährlich rund 1,3 Milliarden Franken** à fonds perdu eingesetzt werden, um – weitestgehend ohne Berücksichtigung der Kosteneffizienz, der Bedürfnisse des Marktes und der Systemverträglichkeit – bestimmte erneuerbare Energien zu subventionieren. Mit der Einführung eines Lenkungssystems wäre somit insbesondere gewährleistet, dass die heutigen Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der typenspezifischen Förderung bestimmter erneuerbarer Energieträger wegfallen würden. Lenkungsabgaben sind gerade auch deshalb vorteilhaft, weil sie keine Mitnahmeeffekte erzeugen. Bei Fördermassnahmen besteht hingegen stets die Gefahr, dass Fördergelder in Anspruch genommen werden, obwohl das gewünschte Verhalten auch ohne die staatliche Förderung erfolgt wäre. Weiter wäre ein Lenkungssystem gegenüber dem heutigen Fördersystem *verursachergerechter*, da es jene Endkundinnen und Endkunden belohnt, die erneuerbare Energien konsumieren.<sup>27</sup> Die WEKO beantragt, dass insbesondere diese Zusammenhänge in den Ziffern 1.2 und 6.1.2 des Erläuternden Berichts zu thematisieren sind.

#### Alternative: Quotensystem mit Zertifikatshandel

22. Aus Sicht der WEKO müsste zudem zumindest näher und ergebnisoffen analysiert werden, ob das bisherige, auf Subventionen beruhende Fördersystem mittelfristig nicht durch ein sich an Mengen orientierendes und damit treffsichereres Quotensystem mit Zertifikatshandel abgelöst werden könnte; ein solches wird seit Jahren

erfolgreich in Skandinavien praktiziert.<sup>28</sup> Ein Quotenmodell verpflichtet Versorger (oder Grossverbraucher, die ihren Strom direkt am Markt beziehen) pauschal dazu, einen bestimmten Teil ihres Strombedarfs mit erneuerbaren Energien zu decken – durch Eigenproduktion oder Beschaffung eines (grünen) Zertifikats.<sup>29</sup> Dieses Modell wäre zeitlich in Abhängigkeit der Zielsetzungen zu befristen. Aus wettbewerblicher Sicht sind Quotenmodelle gegenüber Subventionsmassnahmen zu bevorzugen, da sie unter Wettbewerbsbedingungen zum Resultat einer effizienteren und zielgenaueren Produktion von erneuerbaren Energien führen.<sup>30</sup>

#### Fazit

23. Der Ausbau und die Verlängerung des auf Subventionen beruhenden Fördersystems zur Erreichung der Ziele der ES 2050 zementieren die bestehenden Wettbewerbsverzerrungen in den Stromerzeugungsmärkten. Es ist davon auszugehen, dass die Ziele der ES 2050 mit einem wettbewerbsneutraleren und marktbasieren Unterstützungssystem ohne derartige negative Auswirkungen für den Wettbewerb und wesentlich kostengünstiger erreicht werden könnten. Nach Auffassung der WEKO sollte daher *möglichst rasch* eine Systemumstellung angestrebt werden. Die WEKO beantragt, dass das für die Energiegesetzgebung sachlich zuständige BFE fundierte Konzept- und Analysearbeiten aufnimmt, um dem Bundesrat und den eidgenössischen Räten *möglichst zeitnah* alternative Unterstützungsmodelle zum heutigen Fördersystem vorlegen zu können. *Spätestens am 1. Januar 2031*, nach Auslaufen der letzten auf Subventionen basierenden Fördermassnahmen im EnG, sollten die neuen strategischen Vorgaben zur Erreichung der Ziele der ES 2050 in Kraft treten. Mit diesem Zeithorizont bleiben der Verwaltung mehrere Jahre Zeit, um eine entsprechende Vorlage zu erarbeiten. Auch die eidgenössischen Räte haben hinreichend Zeit, um über den Systemwechsel einlässlich zu diskutieren und sich beraten zu lassen und schliesslich einen Beschluss zu fällen.

<sup>23</sup> Dies könnte auch damit zusammenhängen, dass zwischen dem Nichteintreten der Vorlage zum Klima- und Energielenkungssystem, welche *vorderhand* zu weiteren finanziellen Mehrbelastungen geführt hätte, im National und im Ständerat die Referendumsabstimmung zum ersten Massnahmenpaket der ES 2050 durchgeführt wurde.

<sup>24</sup> AB 2017 S 459 f., Voten Beat Vonlanthen und Bundesrat Ueli Maurer.

<sup>25</sup> CHRISTOPH BÖHRINGER/MIRJAM KOSCH/FLORIAN LANDIS/ANDRE MÜLLER/RENGER VAN NIEUWKOOP/ SEBASTIAN RAUSCH, Promotion- or Steering-based Energy Policy: Assessing Efficiency and Distributional Impacts, Februar 2017, [https://ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/mtec/cer-eth/economics-energy-economics-dam/documents/people/srausch/NFP71\\_ProSTEP\\_Report\\_LONG.pdf](https://ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/mtec/cer-eth/economics-energy-economics-dam/documents/people/srausch/NFP71_ProSTEP_Report_LONG.pdf) (29.5.2020); die Studie wurde im Rahmen der Nationalen Forschungsprogramme «Energiewende» (NFP 70) und «Steuerung des Energieverbrauchs» (NFP 71) erstellt. Eine Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse der Studie findet sich unter <https://nfp-energie.ch/de/projects/947/> (29.5.2020).

<sup>26</sup> Botschaft zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem vom 28.10.2015, BBl 2015 7886 ff.

<sup>27</sup> Botschaft zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem vom 28.10.2015, BBl 2015 7869.

<sup>28</sup> Sondergutachten Monopolkommission (Fn 8), Rz 258 ff.

<sup>29</sup> <https://www.avenir-suisse.ch/die-falschen-argumente-gegen-das-quotenmodell/> (29.5.2020).

<sup>30</sup> MEISTER, Reform der KEV (Fn 9), 7 f.

24. Vor diesem Hintergrund lehnt es die WEKO zudem ab, dass die heutige Förderung von erneuerbaren Energien mittels Investitionsbeiträgen an das Stichdatum zur Erreichung der Ziele geknüpft und mindestens um fünf weitere Jahre bis 2035 fortgeführt werden soll.

#### Anträge zur näheren Ausgestaltung der Fördermassnahmen gemäss dem Gesetzesentwurf

25. Nachfolgend äussert sich die WEKO zu einzelnen Details der im Gesetzesentwurf ab 2023 angedachten Fördermassnahmen. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die WEKO mit den vorgeschlagenen Subventionen einverstanden wäre. Mit den nachfolgenden Anträgen ist die WEKO bestrebt, nicht systembedingt legitimerbare Wettbewerbsverzerrungen möglichst zu verhindern sowie Anreize für kosteneffizientes Verhalten zu setzen.

#### Ad Investitionsbeiträge für Photovoltaikanlagen

##### Antrag:

Es sei in Art. 25 EnG auf eine Verdoppelung der maximalen Investitionskosten (Einmalvergütung) für neue und erheblich erweiterte Photovoltaikanlagen ohne Eigenverbrauchsregelung, für welche keine Auktionen durchgeführt werden, zu verzichten.

##### Begründung:

26. Die WEKO lehnt die vorgesehene **Verdoppelung** des maximalen Investitionsbeitrages für **sämtliche** förderfähigen PV-Anlagen ohne Eigenverbrauchsregelung von heute 30 % auf neu 60 % der Investitionskosten von Referenzanlagen ab. Diese Massnahme würde zu noch weitergehenden Wettbewerbsverzerrungen zwischen den erneuerbaren Energieträgern führen.

27. In den Erläuterungen wird diese Massnahme damit begründet, dass sie notwendig sei, damit *insbesondere für die Auktionen von PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch* mehr Flexibilität und zusätzliches Potential zur Stromerzeugung aus diesen Quellen erschlossen werden könne.<sup>31</sup> Gemäss dem Gesetzesentwurf sollen allerdings auch kleinere Photovoltaikanlagen, für die keine Auktionen stattfinden, von einer möglichen Verdoppelung der finanziellen Unterstützung profitieren. Die Verdoppelung des maximalen Förderbetrags für sämtliche PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch wird primär damit begründet, dass dieser Anlagentyp nicht von den *Vorteilen* des Eigenverbrauchs profitieren würde. Für eigenverbrauchte Elektrizität sind keine Netznutzungsentgelte oder Abgaben geschuldet.<sup>32</sup>

28. Gemäss dem Erläuternden Bericht soll mit der Vergabe der Einmalvergütung mittels *Auktionen* die Fördereffizienz erhöht werden, da so die «günstigsten» Anlagen in diesem Segment den Zuschlag erhalten würden.<sup>33</sup> Ziel von Ausschreibungen im Rahmen eines Fördersystems für erneuerbare Energien sollte eine *erhöhte Kosteneffizienz* der geförderten Anlagen sein.<sup>34</sup> Effizienz heisst, ein gegebenes Ziel mit möglichst geringem Aufwand zu erreichen oder mit dem Einsatz von vorgegebenen Ressourcen den grösstmöglichen Output zu erzielen. Demgegenüber möchte das UVEK mit der Durchführung von Ausschreibungen offenbar primär sicherstellen, dass sich an Ausschreibungen für grosse PV-

Anlagen ohne Eigenverbrauch beteiligende potentielle Investoren mit einer **erhöhten** Einmalvergütung und damit einer höheren Rendite<sup>35</sup> gegenüber heute rechnen können, damit hinreichende Anreize für die Erreichung der Ziele der ES 2050 gesetzt werden.<sup>36</sup> Dies ergibt sich auch aus einer vom BFE in Auftrag gegebenen Studie vom September 2019. Darin wurde in Abstimmung mit dem BFE als *primäres* Ziel der Auktionen die möglichst «effiziente» *Aktivierung zusätzlicher PV-Potenziale* definiert, für die im heutigen System zu wenige Investitionsanreize bestünden. Die *Systemeffizienz* (Förderung von Anlagen mit möglichst niedrigen Netto-Systemkosten<sup>37</sup>) sowie die *Fördermitteleffizienz* wurden lediglich als zweitrangige Ziele erachtet.<sup>38</sup> Hieraus wird zudem ersichtlich, dass sich die *finanzielle Unterstützung* für die Photovoltaik pro Erzeugungseinheit aufgrund der angedachten Auktionen für «grosse» PV-Anlagen im Rahmen der Einmalvergütung und der vorgesehenen Verdoppelung der maximalen Investitionshilfe (je nach Angebotsituation wesentlich) *erhöhen* wird. Aufgrund der hieraus resultierenden zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen in den Stromproduktions- und -versorgungsmärkten trifft es daher nur bedingt zu, dass die Ausschreibungen für grosse PV-Anlagen eine marktnähere und wettbewerbsneutrale Lösung als das heutige Regime darstellen.

29. Gemäss den angedachten gesetzlichen Vorgaben ist davon auszugehen, dass auch kleinere PV-Anlagen gegenüber heute eine höhere Einmalvergütung von bis zu 60 % der Investitionskosten erhalten werden. Die *pauschale* Erhöhung der Einmalvergütung für *sämtliche* förderfähigen PV-Anlagen *ohne Eigenverbrauch*, unabhängig davon, ob eine Auktion durchgeführt wird, lehnt die WEKO ab. Sollte für kleinere PV-Anlagen keine Auktion durchgeführt werden, rechtfertigt es sich nicht, den maximalen Förderbeitrag zu erhöhen.

30. Betreiber von PV-Anlagen können je nach den konkreten Verhältnissen von den Vorzügen der Eigenverbrauchsregelung profitieren. Die sich dadurch ergebende Renditemöglichkeit ist insbesondere für Betreiber von PV-Anlagen mit Eigenverbrauch relevant, die den produzierten Strom in wesentlichem Umfang selbst konsumieren und darüber hinaus eine nicht unerhebliche Menge der Produktion in das lokale Verteilnetz einspeisen. Diese sog. Prosumer mit Eigenverbrauch werden durch die Vorgaben zur Netztarifierung in der Stromversorgungsgesetzgebung gegenüber «gewöhnlichen»

<sup>31</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 22.

<sup>32</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 16.

<sup>33</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 16.

<sup>34</sup> Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi): EEG-Novelle 2017. Kernpunkte des Bundestagsbeschlusses vom 20.6.2016, Bundestagsdrucksache 18/8832, Berlin 2016, 7; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/088/1808832.pdf> (29.5.2020).

<sup>35</sup> Etwa gemessen am Nettogewinn dividiert durch die initialen Investitionskosten, welche um die Einmalvergütung reduziert werden.

<sup>36</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 16 und 22.

<sup>37</sup> Systemkosten umfassen einerseits die spezifischen Kosten, welche dem Anlagenbetreiber bei der Stromherstellung entstehen, sowie andererseits sämtliche weiteren aus Systemsicht relevanten Kosten, wie die zusätzlichen Netzausbau- und Betriebskosten sowie Einsparungen im restlichen Kraftwerkspark (reflektiert durch den Grosshandelspreis für Strom).

<sup>38</sup> Frontier Economics Ltd./Energie Zukunft Schweiz AG, Auktionen für Photovoltaikanlagen, Studie für das Bundesamt für Energie (BFE), Bern September 2019, 24 ff; <https://energiezukunftschweiz.ch/de/news/Newsarchiv/20191024-news.php> (29.5.2020).

Endkunden privilegiert. Seit dem 1. Juni 2019 wird auf Verordnungsebene vorgeschrieben, dass auf Spannungsebenen unter 1 kV Prosumer mit Eigenverbrauch wie Endkundinnen und Endkunden der **Basiskunden-gruppe** zuzuteilen sind, solange sie **weniger als 50 MWh** pro Jahr konsumieren.<sup>39</sup> Zudem sind die Netzbetreiber verpflichtet, den Endkundinnen und Endkunden der Basiskundengruppe einen Netznutzungstarif mit einer **nicht-degressiven Arbeitskomponente** (Rp./kWh) von **mindestens 70 Prozent** anzubieten.<sup>40</sup> Diese Vorgaben führen zu einer Umverteilung der (konstant bleibenden) Netzkosten von Prosumern mit Eigenverbrauch auf die übrigen Endkundinnen und Endkunden und die Prosumer ohne Eigenverbrauch<sup>41</sup>, obwohl gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG u. a. das Bezugsprofil (und nicht die Verbrauchscharakteristik) für die Höhe der Netznutzungstarife massgeblich sein soll.<sup>42</sup> Dies veranschaulicht, dass Prosumer mit Eigenverbrauch nicht nur eine Einmalvergütung erhältlich machen können; sie können zudem den aus dem Netz ausgespeisten Strom zu denselben Netznutzungsbedingungen beziehen wie «gewöhnliche» Endkundinnen und Endkunden, obwohl das Netz auf eine Spitzenlastabdeckung *ohne* Eigenverbrauch ausgerichtet sein muss.

31. Vor diesem Hintergrund begrüsst es die WEKO, dass im aktuellen Gesetzesentwurf für die Betreiber von PV-Anlagen mit Eigenverbrauch keine Verdoppelung der Investitionsbeiträge mehr vorgesehen ist. Die tieferen Netznutzungsentgelte der betreffenden PV-Anlagenbetreiber *in ihrer Rolle als Endkunden* werden von allen übrigen Endkundinnen und Endkunden durch entsprechend höhere Netznutzungsentgelte finanziert. Es fragt sich, ob die gesetzlichen Privilegien der Betreiber von PV-Anlagen mit Eigenverbrauch hinsichtlich der *Netznutzung* verursachergerecht sind, da das Verteilnetz jederzeit darauf ausgerichtet sein muss, dass die betreffenden Endkunden ihre Spitzenlast auch über dieses abdecken können. Aus den *zusätzlichen Privilegien* dieser sog. Prosumer beim Netznutzungsentgelt lässt sich aus wettbewerblicher Sicht somit nicht der Schluss ziehen, dass die *Produktion* von Strom aus kleineren PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch zulasten der Endkundinnen und Endkunden zusätzlich gefördert werden muss, damit diese möglichst gleichgestellt werden und dieselben Renditemöglichkeiten erhalten.

32. Hinzu kommt, dass PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch *jederzeit* den produzierten Strom *vollständig* ins Netz einspeisen dürfen und hierfür eine Vergütung erhalten. Der forcierte Zubau solcher PV-Anlagen könnte insbesondere für die Aufrechterhaltung der Netzstabilität zu Spitzenproduktionszeiten problematisch sein und würde allenfalls weitere kostenintensive Netzverstärkungsmassnahmen auf Verteilnetzebene erforderlich machen.<sup>43</sup> Bereits die Abnahmepflicht für Strom aus erneuerbaren Energiequellen<sup>44</sup> stellt einen *schwerwiegenden* Eingriff in den Markt dar und könnte bei einem erheblichen Zubau der Photovoltaik, wie das Beispiel Deutschland zeigt, auch in der Schweiz im Sommer zu **negativen Strompreisen** führen<sup>45</sup>, die dann gegebenenfalls wiederum durch zusätzliche staatliche Massnahmen korrigiert werden müssten.<sup>46</sup> Erfahrungsgemäss fällt nur rund ein Viertel des von PV-Anlagen produzierten Stroms im Winterhalbjahr an. Rund 75 % der Jahre-

sproduktion wird im Sommer erzeugt. Bereits heute wird im Sommerhalbjahr aufgrund des Produktionsüberschusses mehr Strom aus der Schweiz exportiert als importiert. Demgegenüber ist die Schweiz im Winterhalbjahr auf Stromimporte aus dem Ausland angewiesen, damit die Versorgung sichergestellt werden kann. Der **verstärkt** zu fördern beabsichtigte Strom aus PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch würde künftig primär dann produziert und ins lokale Verteilnetz eingespeist werden, wenn der Strompreis aufgrund von Überkapazitäten tendenziell ohnehin schon tief ist; etwa, weil die Laufwasserkraftwerke ebenfalls in diesem Zeitraum am meisten Strom produzieren. Kurzfristig (Tag/Nacht) können steuerbare (Wasser-)Kraftwerke die Produktionsfluktuationen der Photovoltaik auffangen. Über einen längeren Zeitraum (im Winter- und Sommerhalbjahr) würde dies jedoch kaum zu bewerkstelligen sein. Eine verstärkte Förderung der PV-Anlagen würde aufgrund ihrer tiefen Grenzkosten im Sommerhalbjahr zu tiefen Strompreisen (*auch*) für die übrigen Kraftwerkstypen

<sup>39</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (StromVV; SR 734.71).

<sup>40</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 3 StromVV.

<sup>41</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch umfassender: FABIAN FEGER/NICOLA PAVANINI/DOINA RADULESCU, Welfare and Redistribution in Residential Electricity Markets with Solar Power, März 2017; [https://site.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj8706/ff/feger.pavanini.radulescu.03.2017\\_0.pdf](https://site.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj8706/ff/feger.pavanini.radulescu.03.2017_0.pdf) (29.5.2020).

<sup>42</sup> Die Netzbelastung hängt nur in geringem Mass von der bezogenen Energiemenge ab. Wesentlich ist vielmehr das Bezugsprofil (maximale Bezugsleistung, zeitlicher Verlauf des Bezugs).

<sup>43</sup> Eclareon/RES-INTEGRATION/Öko-Institut e.V., Integration of electricity from renewables to the electricity grid and to the electricity market, final report, Berlin/Freiburg 2012, 19 ff., <https://www.oeko.de/oekodoc/1378/2012-012-en.pdf> (29.5.2020); PricewaterhouseCoopers, Die digitalisierte dezentrale Energieversorgung von morgen gestalten, November 2017, 13 f., <https://www.pwc.de/de/energiemacht/studie-gestaltungsmoeglichkeiten-energieversorgung.pdf> (29.5.2020); FRANZISKA BRUTTEL/ALEXANDRA PURKUS/ERIK GAWEL (Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung), Auktionen als Förderinstrument für erneuerbare Energien – eine institutionenökonomische Bewertung unter besonderer Berücksichtigung der Photovoltaik-Freiflächenausschreibungsverordnung, Leipzig 2016, 2 und 11; <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/140870/1/859167356.pdf> (29.5.2020); Imperial College London/Nera Economic Consulting DNV GL, Integration of Renewable Energy in Europe, final report for the European Commission, Directorate-General Energy, Bonn 2014, 69 ff., [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/201406\\_report\\_renewables\\_integration\\_europe.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/201406_report_renewables_integration_europe.pdf), (29.5.2020).

<sup>44</sup> Vgl. Art. 15 EnG.

<sup>45</sup> Von solchen temporären und/oder saisonalen Preiseffekten ist die trendmässige Preisentwicklung zu unterscheiden, für welche derzeit eher von einem Anstieg der Preise – unter Zunahme der saisonalen Volatilität – auszugehen ist (vgl. dazu auch die einleitenden Ausführungen in diesem Abschnitt).

<sup>46</sup> Vgl. Agora Energiewende, Negative Strompreise: Ursachen und Wirkungen, Eine Analyse der aktuellen Entwicklungen – und ein Vorschlag für ein Flexibilitätsgesetz, Juni 2014; [https://www.agora-energiemacht.de/fileadmin2/Projekte/2013/Agora\\_NegativeStrompreise\\_Web.pdf](https://www.agora-energiemacht.de/fileadmin2/Projekte/2013/Agora_NegativeStrompreise_Web.pdf) (29.5.2020); <https://www.avenir-suisse.ch/die-falschen-argumente-gegen-das-quotenmodell/> (29.5.2020).

führen. Bei längeren Zeitperioden mit negativen Strompreisen könnten für potentielle Investoren in andere erneuerbare Energieträger (etwa die Wasserkraft) negative Anreize gesetzt werden.<sup>47</sup>

33. Dies zeigt die Nachteile eines *ausschliesslich* auf Subventionen basierenden Fördersystems auf, mit welchem durch Setzung entsprechender finanzieller Anreize für potentielle Investoren lediglich beabsichtigt wird, eine möglichst grosse Zubaumenge einer *bestimmten* Technologie in möglichst kurzer Zeit zu erreichen, ohne dass hinreichend hinterfragt wird, ob die konkret geförderten Anlagen nach der Inbetriebnahme *systembedingt* und aufgrund ihres Produktionsprofils einen Mehrwert für die Versorgungssicherheit haben werden.

34. Im Übrigen begrüsst es die WEKO, dass künftig auf die Ausrichtung einer Einmalvergütung für PV-Anlagen bei blosser Erneuerung ohne zusätzliche Leistungssteigerung verzichtet werden soll.

#### **Ad Investitionsbeitrag für Wasserkraftanlagen<sup>48</sup>**

##### Antrag:

Art. 26 Abs. 1 Bst. c und Art. 29 Abs. 3 Bst. j EnG seien ersatzlos zu streichen. Auf die Förderung von bestehenden Klein(st)wasserkraftwerken ohne Kapazitätserweiterung sei zu verzichten. Zudem sei die Formulierung in Art. 26 Abs. 3 EnG zu streichen, wonach der Investitionsbeitrag für Erneuerungen in solche Anlagen höchstens 40 % betragen darf.

Art. 26 Abs. 7 EnG sei zu streichen. Stattdessen sei gesetzlich vorzusehen, dass die Kosten pro Erzeugungseinheit zu einem bestimmten Stichtag für die Klein- und die Grosswasserkraft das massgebliche Kriterium für die Priorisierung sein sollen. Auf eine Priorisierung der Grosswasserkraft basierend auf der Jahresproduktionsmenge sei zu verzichten und die Erläuterungen seien entsprechend anzupassen. Beim Entscheid, welche der priorisierten Wasserkraftanlagen zuerst Investitionsbeiträge erhalten, sei wiederum auf die Kosten pro Erzeugungseinheit abzustellen.

##### Begründung:

#### **Keine Subventionen für Erneuerungen von ineffizienten Kleinwasserkraftanlagen**

35. Das UVEK will daran festhalten, dass «**Erneuerungen**» von Kleinwasserkraftanlagen mit einer **Mindestleistung von 300 kW** mit finanziellen Unterstützungsleistungen gefördert werden sollen (Art. 26 Abs. 1 Bst. c EnG); neuerdings bis zu einer Maximalleistung von 5 MW<sup>49</sup>. Neu sollen diese anstelle einer Einspeisevergütung einen Investitionsbeitrag von bis zu 40 % erstattet erhalten (Art. 26 Abs. 3 EnG).

36. Bei «Erneuerungen» von Erzeugungsanlagen geht es darum, dass der *Weiterbetrieb* der *bestehenden* Anlagen zusätzliche technische Investitionen notwendig machen würde. Gemäss den Erläuterungen habe sich bei diesen Investitionen in den letzten Jahren aufgrund des Kostendrucks ein Paradigmenwechsel ergeben. Während die Notwendigkeit von Erneuerungsinvestitionen früher kaum hinterfragt worden sei, kämen heute vermehrt «risikobasierte» Ansätze zur Anwendung.<sup>50</sup>

37. Nach Auffassung der WEKO sollten die beschränkten finanziellen Mittel des Netzzuschlagsfonds *ausschliesslich* zum Bau von *neuen* oder zur *Erweiterung* von bestehenden Erzeugungsanlagen eingesetzt werden, damit die Ziele der ES 2050 möglichst kosteneffizient und ohne unnötige Marktverzerrungen erreicht werden können.

38. Bei Klein(st)wasserkraftwerken besteht aufgrund der verhältnismässig geringen Produktionsmenge (respektive den gegenüber grösseren Kraftwerken in der Regel höheren Gesteungskosten pro Erzeugungseinheit) die Möglichkeit, dass sich ihr Weiterbetrieb aus ökonomischer Sicht ohne weitere Subventionen nicht lohnt. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Betriebskosten einer Wasserkraftanlage nach deren Erstellung üblicherweise äusserst niedrig sind.<sup>51</sup>

39. Nicht kosteneffiziente und insofern nicht marktfähige Kleinwasserkraftanlagen (wohl mit geringer Leistung), für welche sich Erneuerungsinvestitionen trotz der tiefen Betriebskosten *effektiv* nicht lohnen, sollten nicht künstlich durch Subventionszahlungen weiterbetrieben werden und den Markt im Bereich der erneuerbaren Energien verfälschen. Überdies leisten kleine Wasserkraftwerke (insbesondere mit Kapazitäten < 1 MW) **keinen relevanten Beitrag zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit**, der die Ausrichtung von weiteren Subventionen legitimieren würde.<sup>52</sup> Zudem scheint das Wachstumspotential, zumindest basierend auf den Einschätzungen der Verwaltung im Jahr 2012, unter «optimierten Nutzungsbedingungen» der Kleinwasserkraft selbst unter Aufrechterhaltung des Einspeisevergütungssystems mit ca. 1,6 TWh/a verglichen mit anderen

<sup>47</sup> Grundlagenpapier der EICOM betreffend Rahmenbedingungen für die Sicherstellung einer angemessenen Winterproduktion vom 27.2.2020, insb. 9; [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation Berichte und Studien (29.5.2020); CHRISTOF BUCHER/ROMAN SCHWARZ, «Studie Winterstrom Schweiz», Was kann die heimische Photovoltaik beitragen? Studie im Auftrag von EnergieSchweiz, Zürich 2014, 21 ff. sowie Anhänge 1 und 2, <https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/9825> (29.5.2020); <https://www.zhaw.ch/de/lsm/institute-zentren/iunr/ecological-engineering/erneuerbare-energien/solarenergie/winterstrom-aus-photovoltaik/> (29.5.2020).

<sup>48</sup> Betreffend Art. 26 Abs. 4 EnG stellt die WEKO nachfolgend *ad* Projektierungskosten für Wasserkraft-, Windenergie- und Geothermieanlagen den Antrag, dass diese Bestimmung zu streichen ist.

<sup>49</sup> Der Bundesrat soll gemäss Art. 29 Abs. 3 Bst. j EnG diese Leistungsobergrenze «aufgrund der jeweiligen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen» herabsetzen können; vgl. Erläuternder Bericht (Fn 6), 17.

<sup>50</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 17.

<sup>51</sup> BFE, Rentabilität der Schweizer Wasserkraft, Resultate einer Datenumfrage bei Betreibern von Schweizer Wasserkraftwerken, Bericht vom 29.1.2018 im Auftrag der UREK-N, 11 ff., <https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/9012> (29.5.2020).

<sup>52</sup> AB 2015 S 951, Votum Werner Hösl. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über das erste Massnahmenpaket der ES 2050 in den eidgenössischen Räten verhielt es sich so, dass 99 % des Stroms aus Wasserkraft von etwa 400 Anlagen mit einer Leistung von mehr als 1 MW produziert wurde. Überdies gab es damals rund 870 Kleinanlagen, die 1 % zur Produktion der Wasserkraft beitrugen. Die Produktion dieser Kleinanlagen belief sich auf 0,1 TWh oder 0,3 % der inländischen Gesamtproduktion aus Wasserkraft; AB 2015 S 950, Votum Werner Luginbühl.



Energiequellen (insb. Photovoltaik [ca. 10 TWh/a], Wind [ca. 4 TWh/a] und Geothermie [ca. 4 TWh/a]) relativ gering zu sein.<sup>53</sup> Ohne Einspeisevergütung reduziert sich das Potenzial der Kleinwasserkraft auf knapp die Hälfte (770 GWh). Bei neuen Grosswasserkraftwerken liegt das Potenzial bei ca. 1,4 TWh und bei erneuerten und erweiterten Grosswasserkraftwerken bei ca. 1,5 TWh.<sup>54</sup> Diese Angaben werfen die Frage auf, ob der aufgewendete Förderfranken bei den Kleinwasserkraftwerken im Hinblick auf die Erreichung eines Ausbauziels an erneuerbaren Energien effizient eingesetzt ist bzw. wäre. Bei einem umfassenden Lenkungssystem bspw. müsste diese Frage nicht aufgeworfen werden.

40. Falls wie im Gesetzesentwurf vorgesehen künftig darauf verzichtet werden sollte, die nicht amortisierbaren Mehrkosten bei der Berechnung des individuellen Förderbetrags zu berücksichtigen<sup>55</sup>, ist es zudem möglich, dass auch Betreiber von Wasserkraftanlagen mit einer Leistung bis 5 MW Finanzhilfen für den Weiterbetrieb erhalten würden, obwohl eine Erneuerungsinvestition im konkreten Fall wirtschaftlich sinnvoll ist und ohnehin erfolgt wäre.

41. Zudem darf davon ausgegangen werden, dass Erneuerungen notwendig werden, nachdem eine Wasserkraftanlage bereits über längere Zeit in Betrieb war und Erträge erwirtschaften konnte. Die tiefen Strompreise auf dem Markt galten nur für einen vergleichsweise kurzen Zeitraum von wenigen Jahren; insbesondere von 2008 bis 2014 war der Strompreis im freien Markt überdurchschnittlich hoch und es liessen sich gute Preise erzielen. Insofern sollte es den Betreibern von Kleinwasserkraftwerken – dabei handelt es sich nahezu ausschliesslich um *Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand* – in aller Regel möglich sein, die Ersatzinvestition mit den zuvor erwirtschafteten Erträgen zu finanzieren.

#### **Abstellen auf die Kosteneffizienz beim Förderentscheid zum Stichtatum / Keine Priorisierung der Grosswasserkraft**

42. In Art. 26 Abs. 7 EnG ist vorgesehen, dass das UVEK Anlagen bezeichnet, die aufgrund ihrer Bedeutung für die Erreichung der Ziele der ES 2050 als **prioritär** zu betrachten sind. Im Erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass neue Wasserkraftwerke mit einer *grossen zusätzlichen Produktionserwartung* einen grossen Beitrag zur Erreichung der Ziele der ES 2050 leisten könnten. Angesichts der hohen Kosten für die Eigentümer und Betreiber für diese Grossprojekte sei es bei diesen Anlagen besonders wichtig, dass sie frühzeitig eine Einschätzung der Förderbarkeit erhalten. Diese Anlagen will das UVEK prioritär behandeln. Wenn die finanziellen Mittel knapp werden, sollen diese Anlagen am alle zwei Jahre stattfindenden Stichtag **vor anderen möglicherweise kosteneffizienteren Anlagen** berücksichtigt werden dürfen. Die priorisierten Anlagen sollen – wie die nicht priorisierten Anlagen – (*lediglich*) *untereinander* nach der Fördereffizienz geordnet werden.<sup>56</sup>

43. Kosteneffiziente nicht priorisierte Anlagen, welche nicht die allerhöchsten Produktionskapazitäten aufweisen, würden zum Stichtatum demnach nur unter der Prämisse von einem Förderbeitrag profitieren, dass nach der Unterstützung der priorisierten Anlagen noch hinreichende finanzielle Mittel übrig bleiben. Dies scheint ge-

mäss den Ausführungen im Erläuternden Bericht allerdings eher nicht beabsichtigt zu sein: Sollten die verfügbaren finanziellen Mittel für **priorisierte** Anlagen nicht ausreichen, sollen für **diese zusätzliche** Fördermittel eingesetzt werden, sofern die **über die ganze Förderperiode (2018-2035)** vorgesehenen Mittel noch nicht ausgeschöpft sind (vgl. Art. 36 Abs. 2 EnG).<sup>57</sup> In diesem Kontext ist auch die geplante Erhöhung der Mittel im Netzzuschlagsfonds für grössere Wasserkraftwerke zu sehen: Wasserkraftwerke mit einer Leistung von *mindestens 10 MW* sollen neu mit einem Höchstanteil von bis zu 0,2 Rp./kWh gefördert werden können, was zu einer **Verdoppelung** der maximalen finanziellen Unterstützung zugunsten solcher Kraftwerke führt.<sup>58</sup> Mit dieser zusätzlichen Massnahme wird bereits eine zeitlich forcierte Förderung der Grosswasserkraft sichergestellt. Eine weitere Priorisierung der grössten Wasserkraftwerke bei der Ausschüttung der Fördergelder ohne Berücksichtigung der Kosteneffizienz pro zusätzlicher Erzeugungseinheit ist nach Auffassung der WEKO nicht zielführend.

44. Die Gestehungskosten der Wasserkraftanlagen in der Schweiz unterscheiden sich stark. Im Zeitraum von 2000 bis 2013 variierten die Kosten je nach Unternehmenstyp und kalkulatorischen Annahmen zwischen 5 und 8 Rp./kWh.<sup>59</sup> Würde die vom UVEK angedachte Konzeption übernommen, könnte dies dazu führen, dass zwar (etwas) kleinere, jedoch äusserst kosteneffizient produzierende Wasserkraftwerke über Jahre hinweg auf finanzielle Unterstützungsleistungen zugunsten der Grosswasserkraft verzichten müssten. Dies wäre der Fall, wenn zum Stichtatum stets Wasserkraftwerke mit grösserem Erzeugungspotential (ebenfalls) priorisiert werden sollten. Dies würde potentielle Investoren vom Bau von kosteneffizienten kleineren Wasserkraftwerken abhalten. Stattdessen würden durch staatliche Vorgaben Anreize gesetzt, dass primär Projekte für Grosswasserkraftanlagen (insb. grosse Pumpspeicherkraftwerke) an die Hand genommen werden, ohne dass die Frage der Kosteneffizienz solcher Anlagen prioritär betrachtet wird.

<sup>53</sup> Das Potenzial der erneuerbaren Energien bei der Elektrizitätsproduktion – Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung nach Artikel 28b Absatz 2 des Energiegesetzes, August 2012, 8 und 12; abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/27929.pdf> (22.5.2020). «Optimierte Nutzungsbedingungen» würden eine Änderung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die einen zusätzlichen Ausbau der Wasserkraft ermöglichen, voraussetzen. Konkret bedeute dies, dass die Notwendigkeit zusätzlicher Stromproduktion aus Wasserkraft in der Gesellschaft breit akzeptiert wäre.

<sup>54</sup> BFE, «Wasserkraftpotenzial der Schweiz - Abschätzung des Ausbaupotenzials der Wasserkraftnutzung im Rahmen der Energiestrategie 2050», August 2019, 26.

<sup>55</sup> Vgl. unten ad nicht amortisierbare Mehrkosten bei der Bestimmung der Einmalvergütungen und Investitionsbeiträge.

<sup>56</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 18 f.

<sup>57</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 18 f.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 36 Abs. 1 Bst. b EnG im geltenden Recht sowie in der Fassung der Ämterkonsultation zur Revision des EnG vom Dezember 2019. Dabei ist zu berücksichtigen, dass von dieser Verdoppelung der möglichen Unterstützungsleistungen bei Übernahme der angedachten Priorisierungsregeln primär diejenigen Wasserkraftwerke mit einer Leistung von mindestens 10 MW mit dem **grössten** Erzeugungspotential gefördert würden.

<sup>59</sup> Centre for Energy Policy and Economics, Kostenstruktur und Kosteneffizienz der Schweizer Wasserkraft, Studie im Auftrag des BFE, Bern, 2014, XV.

Hingegen würden keine besonderen Anreize dafür gesetzt, dass diese grössten und teuersten Anlagen möglichst kostengünstig gebaut werden und möglichst effizient Strom produzieren. Legt man die Prämisse der Kosteneffizienz zugrunde, könnten Wettbewerbsverzerrungen zwischen priorisierten und nicht-priorisierten Wasserkraftanlagen resultieren, falls erstere relativ zu letzteren weniger kosteneffizient wären, letztere aber trotzdem priorisiert würden.

45. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich der Preis für Strom aus erneuerbaren Energien aufgrund der zu erwartenden grösseren Nachfrage (Elektrifizierung als Folge der Netto-Zero Strategie des Bundesrats) sowie des geringeren Angebots im Energiebereich (vermehrte Stilllegungen von AKWs und fossilen Energieträgern) künftig wohl stetig erhöhen wird. Eine *frühzeitige* Subventionierung von bis zu 40 % der hohen Investitionskosten der grössten Wasserkraftwerke *bereits nach der Inbetriebnahme* könnte unter diesen Voraussetzungen zu unerwünschten Mitnahmeeffekten führen. Hinzu kommt, dass gemäss dem Gesetzesentwurf neuerdings auf eine individuelle, anlagenspezifische Berechnung der *nicht amortisierbaren Mehrkosten* verzichtet werden soll.<sup>60</sup> Aufgrund der langen Lebensdauer insb. von grossen Pumpspeicherkraftwerken ist vor diesem Hintergrund zu befürchten, dass die künftig zu erwartende deutlich bessere Ertragslage bei der Berechnung des konkreten Förderbetrags nur ungenügend berücksichtigt werden könnte.

46. Die WEKO lehnt es daher ab, dass beim Entscheid über die zu fördernden Wasserkraftanlagen zum Stichtag (wie in den Erläuterungen angedacht) primär auf das Kriterium der Jahresproduktionsmenge abgestellt werden soll. Beschleunigt gefördert werden sollten vielmehr diejenigen Erzeugungsanlagen mit den **tiefsten Kosten pro Erzeugungseinheit**. Dadurch wird ein effizienter Einsatz der Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds sichergestellt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass mehrere kleinere Wasserkraftanlagen unter Berücksichtigung der erzielbaren Jahresproduktionsmenge kostengünstiger produzieren können als ein grosses Pumpspeicherkraftwerk mit derselben zusätzlichen Zubaumenge.<sup>61</sup> Auch mit dem Bau oder der Erweiterung mehrerer kleinerer Wasserkraftanlagen, die kosteneffizient gebaut und betrieben werden können, anstelle eines grossen, weniger kosteneffizienten Grosswasserkraftwerks, können die Ziele der ES 2050 erreicht werden.

#### **Ad Prüfung der nicht-amortisierbaren Mehrkosten bei der Bestimmung der Einmalvergütungen und Investitionsbeiträge**

##### Antrag:

Auf die beabsichtigte Streichung von Art. 29 Abs. 2 EnG sei zu verzichten. Bei der Festlegung des individuellen Förderbetrags einer Anlage seien auch weiterhin die nicht amortisierbaren Mehrkosten zu berücksichtigen.

##### Begründung:

47. Gemäss dem geltenden Recht ist bei der Festlegung der Höhe der Ansätze für die Berechnung der Unterstützungsleistungen (in Prozent der anrechenbaren Investitionskosten) sicherzustellen, dass die Einmalvergütung

und die Investitionsbeiträge die nicht amortisierbaren Mehrkosten (NAM) nicht übersteigen. Die nicht amortisierbaren Mehrkosten ergeben sich aus der Differenz zwischen den kapitalisierten Gestehungskosten für die Elektrizitätsproduktion und dem erzielbaren kapitalisierten Marktpreis. Die heutige Vorgabe in Art. 29 Abs. 2 EnG beabsichtigt, Mitnahmeeffekte zu verhindern. Es soll dadurch sichergestellt werden, dass nur Projekte von Investitionshilfen profitieren, welche sich andernfalls wirtschaftlich nicht rechnen würden.<sup>62</sup>

48. Der Bundesrat möchte diese Vorgaben aufheben und die NAM bei der Festlegung des individuellen Förderbetrags künftig nicht mehr berücksichtigen. Im Erläuternden Bericht wird hierzu ausgeführt, dass Investoren möglichst früh auf eine *hohe Planungssicherheit* angewiesen seien, um ein Projekt auszulösen bzw. zu realisieren. Aktuell erfolge die Berechnung des Investitionsbeitrags anhand einer *Investitionskostenrechnung*. Diese führe zu einem *erheblichen Aufwand* für die Gesuchsteller wie auch für die prüfende Behörde sowie zu gewissen Unsicherheiten. Auch habe die Prüfung der bisher eingereichten Gesuche gezeigt, dass die NAM unter den heutigen Rahmenbedingungen kaum massgebend für die Bemessung der jeweiligen Investitionsbeiträge gewesen seien und fast immer die Maximalsätze zum Tragen gekommen seien. Der Verzicht auf die Mitberücksichtigung der nicht amortisierbaren Mehrkosten erhöhe jedoch die Wahrscheinlichkeit einer **Überförderung, insbesondere wenn der Marktpreis massgeblich steigen sollte**. Der Bundesrat habe dies bei der konkreten Festsetzung der Ansätze auf Verordnungsstufe zu berücksichtigen.<sup>63</sup>

49. Die WEKO vertritt den Standpunkt, dass zur **Verhinderung von unerwünschten Mitnahmeeffekten** an der geltenden Regelung festgehalten werden sollte. Eine lediglich *pauschal* für *alle* förderfähigen Anlagen einer bestimmten Technologie geltende Berechnung gestützt auf das Verordnungsrecht trägt den je nach Technologie und Anlageleistung sehr unterschiedlichen Investitionskosten nicht hinreichend Rechnung. Sie bringt damit auch das Potenzial mit sich, dass es zwischen Betreibern unterschiedlicher Energieerzeugungsanlagen zu nicht legitimierbaren Wettbewerbsverzerrungen kommt, da die Prüfung pauschal und nicht mehr auf den individuellen Bedarf gestützt erfolgt.

<sup>60</sup> Vgl. unten ad nicht amortisierbare Mehrkosten bei der Bestimmung der Einmalvergütungen und Investitionsbeiträge.

<sup>61</sup> So ist eine subadditive Kostenfunktion vorderhand nicht ersichtlich.

<sup>62</sup> Vgl. Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]» vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, 7613 und 7726 Fn 86.

<sup>63</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 17 f.

50. Aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten darf davon ausgegangen werden, dass ein Investor (insb. bei grösseren Bauprojekten) – auch ohne eine entsprechende regulatorische Anforderung als Voraussetzung für eine Subvention – im Rahmen eines Businessplans unter Berücksichtigung der künftigen Ertragsmöglichkeiten eine möglichst genaue und detaillierte Investitionskostenrechnung erstellt. Daher wird die Pflicht zur Einreichung der Investitionskosten potentielle Investoren kaum von der Weiterverfolgung eines Projekts abhalten; zumal dies zu einer zeitlichen Verzögerung der Gesuchsbearbeitung von maximal einigen wenigen Monaten führen könnte, was sich kaum negativ auf die Planungssicherheit auswirken dürfte. Im Übrigen kann die *definitive* Festsetzung des Investitionsbeitrags erst nach dem Bauabschluss erfolgen, wobei das BFE unter Berücksichtigung der *effektiv angefallenen* Investitionskosten und der voraussichtlichen Nettoproduktion zu prüfen hat, ob die Anspruchsvoraussetzungen noch gegeben sind (Art. 59 Abs. 1 und 2 EnFV<sup>64</sup>). Zudem stellt das BFE für die Gewährleistung des Vollzugs der heutigen Regelung Vorlagen mit den notwendigen Angaben (Antragsformulare und Excel-Tabellen für die Berechnung der Investitionsbeiträge) sowie erklärende Wegleitungen und Merkblätter zur Verfügung, wodurch sich der Aufwand für die Gesuchsteller in Grenzen hält.<sup>65</sup>

51. Sollte es sich nach der Auszahlung der Subventionen und der Inbetriebnahme *aufgrund der effektiven Kosten* und der Marktentwicklung herausstellen, dass die finanzielle Unterstützungsleistung überhöht war, sieht die Gesetzgebung nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen eine Rückerstattungsmöglichkeit vor. Eine solche besteht lediglich, «wenn die Bedingungen des Energiemarktes zu einer übermässigen Rentabilität führen».<sup>66</sup> Gemäss dem Erläuternden Bericht zur EnFV können finanzielle Unterstützungsleistungen nur bei «*starken*» Abweichungen der prognostizierten Rentabilität von der effektiven Entwicklung zurückgefordert werden. Mangels weiterer generell-abstrakter Kriterien im Verordnungsrecht ist unklar, welches Ausmass diese Abweichungen haben müssen, damit eine Rückforderung angeordnet und durchgesetzt werden könnte.<sup>67</sup> Unter diesen Voraussetzungen wäre es für den Vollzug der Rückerstattung dienlich, wenn zur Beurteilung der Rentabilität die zuvor eingereichte Deklaration der Investitionskosten beigezogen werden könnte. Aufgrund der Tatsache, dass mittels Investitionsbeiträgen hohe Subventionen im mehrstelligen Millionenbereich ausgeschüttet werden können, erscheint auch der mit der Berechnung der NAM einhergehende administrative Kontrollaufwand verhältnismässig.

52. Dass das heutige Kontrollinstrument der NAM durchaus geeignet, erforderlich und praxistauglich ist, um unnötige oder übermässige Förderungen zu verhindern, zeigt sich etwa in einem kürzlich ergangenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer). Das BFE wies ein Gesuch der Kraftwerke Oberhasli AG um Investitionsbeiträge für die Erneuerung der Grimselstaumauer ab. Es kam zum Schluss kam, dass die bei wesentlichen Erneuerungen zu berücksichtigenden Geldflüsse im konkreten Fall nicht zu NAM führten und verneinte daher einen Anspruch auf eine Unterstützungsleistung. Das Vorgehen des BFE wurde durch das BVGer gestützt.<sup>68</sup>

## Ad Projektierungskostenbeiträge für Wasserkraft-, Windenergie- und Geothermieanlagen

### Antrag:

Art. 26 Abs. 4, Art. 27a Abs. 3 und Art. 27b Abs. 3 EnG seien zu streichen und es sei auf die Subventionierung von Projektierungskosten für nicht gebaute für Wasserkraft-, Windenergie- und Geothermieanlagen zu verzichten.

### Begründung:

53. Im Erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass die Verwirklichung von Projekten für die Nutzung der Wasserkraft, der Windenergie und der Geothermie mit hohen Planungsrisiken verbunden sei. Vielversprechende Vorhaben würden an langwierigen und kostspieligen Verfahren scheitern. Dies schrecke potentielle Investoren vor neuen Projekten ab. Daher sollen maximal 40 % der Projektierungskosten für Wasserkraft- und Geothermieanlagen subventioniert werden. Bei Windkraftwerken sollen bis zu 40 % der Windmesskosten erstattet werden. Gewährte Projektierungsbeiträge würden bei einer *allfälligen* späteren Zusicherung eines Investitionsbeitrags von diesem in Abzug gebracht. Insofern würden Projektierungsbeiträge als *vorgezogene* Investitionsbeiträge gelten.<sup>69</sup>

54. Die angedachte Regelung verzerrt den Wettbewerb im Bereich der Stromerzeugung, da nur die Projektierungskosten von *bestimmten* erneuerbaren Energieträgern erstattet werden sollen. Die WEKO lehnt solche regulatorischen Unterstützungsmaßnahmen für Projekte, die später nicht zu Stande kommen, ab. Die beschränkten finanziellen Mittel des Netzzuschlagsfonds sollten nur für Projekte eingesetzt werden, die später effektiv verwirklicht werden. Wird eine Anlage später effektiv in Betrieb genommen und erhält sie einen Investitionsbeitrag, sind darin auch die Projektierungskosten berücksichtigt.<sup>70</sup> Insofern würde mit dem Abzug der bereits vorgängig erstatteten Projektierungskosten lediglich sichergestellt, dass keine Doppelzahlung erfolgt, was eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte. Somit würden von den angedachten Unterstützungsmaßnahmen primär Projektanten von (aus einem *beliebigen*

<sup>64</sup> Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV) vom 1. November 2017.

<sup>65</sup> Z.B. betreffend Investitionsbeiträge für die Wasserkraft: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/investitionsbeitraege-wasserkraft.html> (29.5.2020).

<sup>66</sup> Vgl. Art. 29 Abs. 3 Bst. c EnG und Art. 34 Abs. 3 EnFV.

<sup>67</sup> UVEK, Erstes Massnahmenpaket zur Energiestrategie 2050 Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV), Erläuternder Bericht vom Februar 2017, 14.

<sup>68</sup> Vgl. Urteil A-897/2019 des BVGer vom 27. März 2020.

<sup>69</sup> Erläuternder Bericht (Fn 6), 19.

<sup>70</sup> Nach geltendem Recht sind bei der Berechnung des Investitionsbeitrags insbesondere die Erstellungs-, die *Planungs-* und die Bauleitungskosten sowie die *Eigenleistungen des Betreibers* anrechenbar, sofern sie in direktem Zusammenhang mit den für die Elektrizitätsproduktion notwendigen Teilen der Anlage anfallen und ausgewiesen werden, für die Steigerung oder Aufrechterhaltung der Elektrizitätsproduktion direkt notwendig sind, angemessen sind und effizient ausgeführt werden; vgl. Art. 61 Abs. 1 EnFV.

Grund) *gescheiterten* Projekten profitieren. Für Projektanten würden damit die Planungsrisiken zulasten der Endkundinnen und Endkunden im wesentlichen Umfang entfallen. Dies würden falsche Anreize setzen. Absolute Planungssicherheit ist dem realen Wirtschaftsleben fremd. Investoren haben stets gewisse Unsicherheiten und Planungsrisiken hinzunehmen resp. bei ihren Investitionsentscheiden angemessen zu berücksichtigen.

55. Das Problem der langen Verfahrensdauern bei einem umstrittenen Baugesuch sollte anderweitig gelöst werden; etwa indem die Verfahren zur Beurteilung der Rechtsmittel gestraft werden.

**Ad Auswirkungen auf den Netzzuschlagsfonds gemäss Ziffer 6.1.2 des Erläuternden Berichts**

Antrag:

Im Erläuternden Bericht sei in Ziffer 6.1.2 festzuhalten, dass aufgrund der beabsichtigten Weiterführung und des Ausbaus des bisherigen, auf Subventionen basierenden Fördersystems zusätzliche Kosten von 2023 bis 2035 von total rund 2,8 Milliarden Franken von den Endkundinnen und Endkunden über den Netzzuschlagfonds zu bezahlen sind. Der für Ziffer 6.1.2 vorgesehene Titel sei in «Auswirkungen auf die Endkundinnen und Endkunden» abzuändern.

Überdies seien im Erläuternden Bericht – basierend auf der in Ziffer 1.2 vorzunehmenden Gegenüberstellung mit alternativen Systemen zur Erreichung der Ziele der ES 2050 – Ausführungen zu den voraussichtlichen Mehrausgaben gegenüber alternativen Systemen zu machen.

Begründung:

56. Aus Sicht der WEKO kommt basierend auf den zurzeit vorgesehenen Erläuterungen nur ungenügend zum Ausdruck, welche zusätzlichen Kosten insbesondere die Industrie und das Gewerbe bei der angedachten Weiterführung und dem Ausbau des bisherigen, auf Subventionen basierenden Fördersystems von 2023 bis 2035 zu tragen haben werden. Aus *Transparenzgründen* würden wir es begrüßen, wenn die diesbezüglichen Mehrkosten von 215 Millionen Franken pro Jahr in der **Summe** dargestellt werden könnten.

57. Zudem kommt in den Ausführungen in Ziffer 6.1.2 für die Leserin und den Leser zurzeit nicht respektive nur ungenügend zum Ausdruck, dass die finanziellen Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds vollständig von den Endkundinnen und Endkunden zu bezahlen sind und diese bei einer Weiterführung des bisherigen Fördersystems gegenüber dem geltenden Recht zusätzlich belastet werden. Daher ersuchen wir Sie, den Titel von Ziffer 6.1.2 in diesem Sinne abzuändern.

**B 3** **Bundesverwaltungsgericht**  
Tribunal administratif fédéral  
Tribunale amministrativo federale

B 3	<b>1. Urteil vom 30. Januar 2019 – Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO in der Vorabklärung ‘ _____ ’; Verfügung der WEKO vom 20. Juni 2016</b>
-----	--

**Das BGer ist mit Entscheid vom 17.08.2020 auf die Beschwerde nicht eingetreten (2C\_250/2019)**

*Urteil B-5117/2016 des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2019 in Sachen X. \_\_\_\_\_ AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO in der Vorabklärung ‘ \_\_\_\_\_ ’; Verfügung der WEKO vom 20. Juni 2016.*

**Sachverhalt:**

**A.**

Gegen die X. \_\_\_\_\_ AG ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Ende Oktober 2012 eine Anzeige ein.

**B.**

Das Sekretariat eröffnete daraufhin am 6. Dezember 2012 eine Vorabklärung gegen die X. \_\_\_\_\_ AG zur Prüfung, ob Anhaltspunkte für eine allenfalls unzulässige Verhaltensweise der X. \_\_\_\_\_ AG im Bereich des Getränkeimports im Sinn von Art. 5 und 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) bestehen.

**C.**

Mit Schlussbericht vom 10. November 2015 stellte das Sekretariat das Verfahren ein. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2015 übermittelte das Sekretariat seinen Schlussbericht an die X. \_\_\_\_\_ AG und informierte diese darüber, dass es den Schlussbericht in der Schriftenreihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) zu publizieren beabsichtige. Das Sekretariat ersuchte die X. \_\_\_\_\_ AG um Mitteilung, ob der Bericht Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung abzudecken seien. Bei allfälligen Anträgen auf Abdeckungen sei das Vorliegen von Qualifikationskriterien im Sinn des beigelegten Merkblatts zu Geschäftsgeheimnissen zu begründen.

**D.**

Mit Eingabe vom 18. Februar 2016 nahm die X. \_\_\_\_\_ AG Stellung. Sie reichte dabei eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Schlussberichts mit dem Hinweis ein, dass eine Veröffentlichung des Schlussberichts ohne Einverständnis der Verfügungsadressaten oder einer entsprechenden rechtskräftigen Publikationsverfügung nicht zulässig sei.

**E.**

Am 24. März 2016 teilte das Sekretariat der X. \_\_\_\_\_ AG schriftlich mit, dass es die dem Schreiben beigelegte Version des Schlussberichts in der RPW publizieren werde. Es seien diejenigen Stellen entfernt worden, für welche berechnete Geheimhaltungsinteressen bestünden.

**F.**

Am 1. April 2016 erhob die X. \_\_\_\_\_ AG schriftlich Widerspruch gegen die Absicht der Wettbewerbskommission (im Folgenden: WEKO), diese "neue" Version des Schlussberichts in der RPW publizieren zu wollen, ohne eine entsprechende Stellungnahme der X. \_\_\_\_\_ AG abzuwarten. Die WEKO sei verpflichtet, eine (widerrechtliche) Publikation zu unterlassen, wenn die X. \_\_\_\_\_ AG ein schutzwürdiges Interesse habe, und, soweit Differenzen zwischen der WEKO und der X. \_\_\_\_\_ AG hinsichtlich der Publikation oder der Qualifikation von Passagen derselben als Geschäftsgeheimnisse bestünden, vor einer Publikation eine entsprechende Verfügung zu erlassen.

Die X. \_\_\_\_\_ AG beantragte unter anderem, dass die WEKO eine Publikation des Schlussberichts (online und in der RPW) unterlasse, bis eine Einigung über die Geschäftsgeheimnisse erzielt sei oder eine rechtskräftige Verfügung vorliege. Die WEKO habe eine anfechtbare Verfügung im Sinn von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) über die Publikation des Schlussberichts zu erlassen. Die WEKO habe mitzuteilen, ob sie eine anfechtbare Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse und Publikation des Schlussberichts zu erlassen gedenke und ob sie von einer (weiteren) Publikation des Schlussberichts (online und in der RPW) bis zu einem allfälligen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts abzusehen gedenke.

**G.**

Die WEKO sicherte der X. \_\_\_\_\_ AG am 6. April 2016 schriftlich zu, dass sie den Schlussbericht vor Zustellung der Rückmeldung nicht publizieren werde.

**H.**

Mit Verfügung vom 20. Juni 2016 entschied das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, dass der Schlussbericht vom 10. November 2015 in der Version veröffentlicht werde, die sich im Anhang der Verfügung befinde (Ziff. 1 des Dispositivs).

Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2'580.- würden der X. \_\_\_\_\_ AG auferlegt (Ziff. 2 des Dispositivs).

Die Verfügung wurde am 22. Juni 2016 verschickt und der X. \_\_\_\_\_ AG am 23. Juni 2016 zugestellt.

#### I.

Die X. \_\_\_\_\_ AG (hiernach: Beschwerdeführerin) hat mit Eingabe vom 23. August 2016 gegen diese Verfügung Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren eingereicht:

1. Ziffer 1 und 2 des Dispositivs der Verfügung vom 20. Juni 2016 seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei der Vorinstanz die Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 zu untersagen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht vom 10. November 2015 einzuräumen, sofern den Anträgen 1 und 2 nicht stattgegeben werde.
4. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung und des Schlussberichts vom 10. November 2015 bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu unterlassen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Beschwerdeführerin begründet dies insbesondere damit, dass sich die Spezialnorm von Art. 48 Abs. 1 KG nur auf Entscheide - und Urteile von Gerichten in Angelegenheiten des KG -, nicht aber auf Schlussberichte beziehe. Da es sich beim Schlussbericht nicht um einen Entscheid oder eine Verfügung der WEKO, sondern um einen formlosen, nicht anfechtbaren Verwaltungsakt handle, komme Art. 48 KG nicht zur Anwendung. Der Schlussbericht vom 10. November 2015 sei kein Entscheid gemäss Art. 48 Abs. 1 KG.

#### J.

Mit Zwischenverfügung vom 25. August 2016 hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die Beschwerde vom 23. August 2016 aufschiebende Wirkung habe. Solange diese bestehe, hätten alle Vollzugshandlungen der Vorinstanz zu unterbleiben, namentlich auch die Publikation vorinstanzlicher Verfügungen und Berichte in der vorliegenden Sache.

#### K.

In ihrer Vernehmlassung vom 21. Oktober 2016 beantragt die WEKO unter Kostenfolgen die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung bringt die WEKO unter anderem vor, falls ein Schlussbericht des Sekretariats als Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG verstanden würde, wäre eine weitere Auslegung nicht nötig, weil eine Verfügung ohne weitere Erklärungen als "Entscheid" im Sinn von Art. 48 KG verstanden werden könne. Nach der Rechtsprechung stelle ein Schlussbericht aber keine anfechtbare Verfügung dar. Die WEKO führt aus, da der Schlussbericht einer Vorabklärung den Entscheid über das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung und damit über das weitere Vorgehen des Sekretariats bei der Klärung einer kartellrechtlichen Frage enthalte beziehungsweise darstelle, sei er (oder zumindest sein Ergebnis, eben der Entscheid) vom Wortsinne des Entscheids klar erfasst. Nichts spreche dage-

gen, unter dem Begriff "Entscheid" in Art. 48 KG auch Schlussberichte oder Beratungen zu subsumieren. Sogar wenn man dem historischen Gesetzgeber unterstellen wollte, dass er unter dem Begriff des Entscheids gemäss Art. 48 KG nur Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG verstanden habe, könne daraus keinesfalls geschlossen werden, dass er den Schlussbericht einer Vorabklärung nicht den zu publizierenden Dokumenten zugeordnet habe. Ein Autor scheine zu den Entscheiden gemäss Art. 48 KG nur Verfügungen im Sinn von Art. 30 KG zu zählen, was als implizite Ablehnung der Subsumierung von Schlussberichten unter die "Entscheide" gemäss Art. 48 KG verstanden werden könnte. Namentlich aus der teleologischen Auslegung ergebe sich, dass Schlussberichte unter den Begriff des "Entscheids" im Sinn von Art. 48 KG zu subsumieren wären, selbst wenn das Sekretariat nicht als Behörde im Sinn von Art. 48 KG zu betrachten wäre.

#### L.

In ihrer Replik vom 16. Januar 2017 ersucht die Beschwerdeführerin um antragsgemässen Entscheid. Sie weist darauf hin, dass aus Effizienzüberlegungen zunächst zu entscheiden sei, ob der Schlussbericht überhaupt als Entscheid im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG zu qualifizieren sei. Da es sich beim Schlussbericht vom 10. November 2015 nicht um einen "Entscheid" im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handle, gelte der Grundsatz der Nichtveröffentlichung von Art. 36 VwVG. Die Vorinstanz verstosse gegen Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 KG, weil sie nicht zwischen (informellem) Schlussbericht und (formellem) Entscheid unterscheide. Sie, so die Beschwerdeführerin weiter, sei davon ausgegangen und gehe weiter davon aus - basierend auf der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts -, dass es sich beim Schlussbericht nicht um einen Entscheid im Sinn von Art. 48 KG handle. Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 23. November 1994 (in: BBl 1995 468 ff.; nachfolgend: Botschaft) erwähne eingangs in den Erläuterungen zu Art. 26 ff. KG eine "formelle Entscheidung gemäss Artikel 30 E KG" [der hier erwähnte Entwurf des KG findet sich in: BBl 1995 I 638 ff.; im Folgenden: KG E]. Ein Schlussbericht sei dementsprechend keine formelle Entscheidung. Der informelle Charakter der Vorabklärung und des diese abschliessenden Schlussberichts werde in der Botschaft unterstrichen: "Grundsätzlich ist das Verwaltungsverfahrensgesetz auch im Verfahren der Vorabklärung anwendbar. In Abweichung von Artikel 26 ff. VwVG [gemeint sei Art. 26-28 VwVG, vgl. Marginalie "G. Akteneinsicht"] haben die an einer Vorabklärung Beteiligten allerdings kein Akteneinsichtsrecht. Damit soll der informelle Charakter dieses Verfahrens unterstrichen werden" (S. 603). In den Erläuterungen zu Art. 30 KG ziehe sich diese Unterscheidung fort. Der Schlussbericht einer Vorabklärung werde bewusst und explizit nicht erwähnt. Es handle sich folglich nicht um einen Entscheid. In diesem Zusammenhang sei auch der Titel zur Erläuterung von Art. 48 KG in der Botschaft zu betrachten. Hätte der Gesetzgeber die Schlussberichte von Vorabklärungen erfassen wollen, hätte er sie an dieser Stelle explizit erwähnt. Folglich habe er - im Einklang mit den Ausführungen zu Art. 26 KG und Art. 30 KG - Schlussberichte von Vorabklärungen gerade nicht

erfassen wollen. Auch in teleologischer Auslegung könne ein Schlussbericht kein "Entscheid" im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG sein. Das Gesetz wie auch die Lehre und insbesondere die Rechtsprechung zählten Schlussberichte nicht zu den "Entscheiden" im Sinn von Art. 48 KG.

## M.

Mit Duplik vom 30. Januar 2017 hält die WEKO an ihrem Antrag fest. Sie legt darin unter anderem dar, dass die Wettbewerbsbehörden (Art. 35 Abs. 2 des Geschäftsreglements WEKO vom 15. Juni 2015 [GR-WEKO, SR 251.1]), der Bundesrat (er habe das GR-WEKO am 25. September 2015 genehmigt) und das Bundesverwaltungsgericht unter Art. 48 Abs. 1 KG Schlussberichte subsumierten.

Die Duplik ist der Beschwerdeführerin am 7. Februar 2017 zur Kenntnis gebracht worden.

## N.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird - soweit entscheidungswesentlich - in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

### Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

#### 1.

**1.1** Die Publikation des Schlussberichts ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25 und 25a VwVG; Art. 25 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz [DSG, SR 235.1]; vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 1.1, mit Hinweisen). Vorliegend entschied praxismässig das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 20. Juni 2016 verfügungsweise über die Publikation des Schlussberichts der Vorabklärung im Untersuchungsverfahren '\_\_\_\_\_' (kritisch zu dieser Praxis: ODERMATT/HOLZMÜLLER, in: Zäch et. al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 48 N 35, wonach die WEKO für den Erlass einer solchen Verfügung zuständig sei). Diese Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268).

**1.2** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 mit Hinweisen). Der angefochtene Entscheid des Sekretariats zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO vom 20. Juni 2016 stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Dabei kann vorliegend mangels Streitgegenstand offen bleiben, ob - entgegen der gängigen Praxis - die WEKO für den Erlass einer solchen

Verfügung zuständig wäre (vgl. E. 1.1 hiervor). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinn von Art. 32 VGG vorliegt.

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie wird materiellrechtlich durch die vorgesehene Veröffentlichung des strittigen Schlussberichts beschwert und hat insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Sie ist damit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinn von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

**1.4** Auf die Beschwerde vom 23. August 2016 ist daher einzutreten.

#### 2.

**2.1** Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

**2.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. BGE 131 II 200 E. 4.2; BVGE 2007/41 E. 2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer A-2301/2016 vom 8. Februar 2017 E. 1.3 mit Hinweisen).

#### 3.

Mit dem Schlussbericht vom 10. November 2015 wurde die Vorabklärung betreffend die Beschwerdeführerin wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 5 und 7 KG abgeschlossen und im Ergebnis ohne Folgen eingestellt. Streitig und zunächst zu prüfen ist vorliegend, ob das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in der angefochtenen Verfügung zu Recht die Veröffentlichung dieses Schlussberichts angeordnet hat.

**3.1** Die Vorabklärung ist ein sogenanntes formloses Verfahren zur Abklärung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 und 7 KG vorliegen. Zuständig für die Durchführung der Vorabklärung ist allein das Sekretariat der WEKO (vgl. Art. 26 KG). Der Vorabklärung kommt eine "Triage"-Funktion zu (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2): damit werden die Fälle ausgesondert, welche einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zuzuführen sind. In der Vorabklärung wird der Sachverhalt summarisch abgeklärt

und rechtlich sowie ökonomisch einer ersten Würdigung unterzogen (vgl. Botschaft, S. 468 ff., insbesondere 602). Das Sekretariat kann bereits im Stadium der Vorabklärung Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010 [nachfolgend: Basler Kommentar]), Art. 26 KG N 1-13; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 145; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 973 ff.; JOACHIM FRICK, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, 2007, Art. 26 KG N 1-3).

**3.2** Mit Bezug auf den Abschluss der Vorabklärung sind drei Ergebnisse möglich: entweder wird das Verfahren eingestellt, weil keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (1) beziehungsweise weil die Anhaltspunkte nachträglich wegfallen, indem das Sekretariat mit den beteiligten Parteien eine einvernehmliche Lösung findet (2), oder es kommt zur Eröffnung einer Untersuchung, weil Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gegeben sind (3) (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 114; Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rz. 12.28). Für die Vorabklärung ist kein Verfahrensabschluss mit Verfügung vorgesehen, sondern lediglich ein Schlussbericht, welcher keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG ist (Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 4, 44 ff., 70 und 125 mit Hinweisen). Daher sind weder der Schlussbericht noch der Beschluss, gestützt darauf eine Untersuchung im Sinn von Art. 27 KG zu eröffnen, anfechtbar (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.2).

**3.3** Gemäss der Praxis der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO WEF) findet auf das Verfahren der Vorabklärung das VwVG keine Anwendung (RPW 2004/2 E. 1.2.3; gleicher Meinung: PAUL RICHLI, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, 2000, S. 424; BILGER, a.a.O., S. 144; ZÄCH, a.a.O., Rz. 975; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 26 KG N 10 f.). Diese Auffassung wird auch vom Bundesgericht geteilt, das sich für eine vollumfängliche Anwendung des VwVG erst im Untersuchungsverfahren ausspricht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollen für die Verfahrensschritte auf dem Weg zur Untersuchung nur die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien gelten (BGE 135 II 60 E. 3.1.3 mit Hinweisen).

**3.4** Aufgrund der Natur der Vorabklärung als informelles Verfahrensrecht (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 130) haben die Verfahrensadressaten und Beteiligten in der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Ihnen ist der Schlussbericht daher grundsätzlich nicht zugänglich. Ausnahmsweise erfolgt eine Zustellung, wenn das Sekretariat den Schlussbericht in der RPW (dem Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden [NYDEGGER/NADIG, Basler Kommentar, Art. 48 KG N 5]) publizieren will, wobei zuvor die

Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen sind (vgl. ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 130 mit Hinweisen). In der Praxis erfolgt eine Publikation des Schlussberichts laut Geiser/Krauskopf/Münch offenbar, wenn das Sekretariat zum Schluss kommt, für die Eröffnung einer Untersuchung lägen keine Anhaltspunkte vor, und die Voruntersuchung eingestellt wird. Indessen werde oft auf eine Publikation des Schlussberichts verzichtet, wenn dieser keine Neuerungen gegenüber der bisherigen Praxis enthalte oder wenn eine Untersuchung zu eröffnen sei (vgl. GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, a.a.O., Rz. 12.29 f.; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4).

**3.5** Die Eröffnung, Durchführung und der Abschluss einer Vorabklärung stellen nach dem Gesagten aufgrund ihres frühen Verfahrensstadiums grundsätzlich keine anfechtbaren Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG dar (E. 3.3 hiervor). Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG (vgl. hierzu BGE 135 II 60 E. 3.1.2; GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, a.a.O., Rz. 12.47). Gegen diese Verwaltungstätigkeiten steht kein Rechtsmittel offen (vgl. zum Ganzen: BGE 135 II 60 E. 3.1.2; Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 26 KG N 125, 130, 132 und 135 f.; BILGER, a.a.O., S. 155, je mit Hinweisen).

Davon zu unterscheiden ist die Publikation des Schlussberichts in der RPW, welche wie erwähnt tatsächliches Verwaltungshandeln ist (oben E. 1.1). Als Realakt stellt die Publikation als solche zwar gleichermassen keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar. Es besteht jedoch - im Unterschied zu den vorerwähnten früheren Verfahrensschritten - Anspruch auf Rechtsschutz im Sinn von Art. 25a VwVG, falls - wie vorliegend - die Veröffentlichung im Streit liegt (vgl. E. 1.1 hiervor).

In casu ist darum folgerichtig nicht die Publikation als solche, sondern die Verfügung vom 20. Juni 2016 angefochten, mit welcher über die Veröffentlichung des Schlussberichts in der RPW entschieden wurde (vgl. E. 1.1 hiervor). Verfügungen haben zwar bloss zwischen den Parteien direkte Wirkung. Insofern würde daher eine Eröffnung nur an die Parteien genügen. Das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht sieht deshalb Veröffentlichungen von Verfügungen einzig dann vor, wenn eine Eröffnung an die Parteien nicht möglich oder deren ausdrückliche Bezeichnung besonders schwierig ist (vgl. Art. 36 VwVG; zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 4.2.4). Eine Abweichung vom allgemeinen Grundsatz der Nichtveröffentlichung ist aber auch dann möglich, wenn ein entsprechendes Spezialgesetz im formellen Sinn, wie beispielsweise das KG, dies aus einem besonderen Grund vorsieht (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.4).

Der vorliegend strittige Schlussbericht ist nicht nur Gegenstand, sondern auch Anhang der angefochtenen Verfügung und damit deren Bestandteil. Er kann somit dann veröffentlicht werden, wenn eine gesetzliche Spezialnorm besteht, welche seiner Publikation zugrunde gelegt werden kann.

**3.6** Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob sich die angefochtene Verfügung in Bezug auf die Anordnung, dass der Schlussbericht zu veröffentlichen sei, auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage stützen kann.



#### 4.

**4.1** Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Diese Verfassungsnorm statuiert somit den Vorbehalt und den Vorrang des Rechtssatzes. Ersterer verlangt insbesondere, dass sich behördliche Akten auf eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm stützen, letzterer, dass sich rechtsanwendende Organe an das geltende Recht halten und rechtsetzende die Normenhierarchie beachten. Durch den Vorbehalt des Rechtssatzes sollen die Rechtssicherheit im Sinn der Vorhersehbarkeit sowie die Rechtsgleichheit verwirklicht werden (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-4685/2013 vom 25. Februar 2014 E. 10.1; vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, Art. 5 BV N 8; BENJAMIN SCHINDLER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 5 BV N 18 ff.). So hat das für den Rechtsstaat zentrale Legalitätsprinzip zum Zweck, die gesamte staatliche Tätigkeit an Normen zu binden, die für alle gelten. Diese Bindung an Rechtssätze, die vor ihrem Inkrafttreten zu publizieren sind, dient der Rechtssicherheit. Staatliches Handeln wird dadurch voraussehbar und der Einzelne kann sich danach richten (zum Ganzen: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 171).

**4.2** Die Wettbewerbsbehörden können im Bereich der Eingriffsverwaltung wegen des Legalitätsprinzips nur auf der Grundlage von ausreichenden gesetzlichen Vorschriften tätig werden und bestimmte einzelne Handlungen vornehmen (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 20; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 368; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl. 2018, Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERMANN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rz. 19.1 und 19.24). Eine gesetzliche Grundlage ist unbestrittenermassen insbesondere für die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung erforderlich.

#### 5.

**5.1** Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass für die Publikation des Schlussberichts keine Rechtsgrundlage in Art. 48 KG bestehe (Sachverhalt Bst. I und L hiervor). Dies wird von der WEKO bestritten. Sie beruft sich auf Art. 48 KG (vgl. Sachverhalt Bst. K und M vorstehend).

**5.2** Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien kön-

nen beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 137 V 434 E. 3.2 mit Hinweisen).

**5.3** Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden, das heisst unter anderem die WEKO und ihr Sekretariat (vgl. etwa ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 5; TERCIER/MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 48 KG N 13), ihre Entscheide veröffentlichen. Sofern ein genügendes Interesse besteht, sind diese zu veröffentlichen (TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 KG N 22 f.; zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 4.2.2).

**5.4** Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sind Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG - wie auch der französische Wortlaut nahelege - unter anderem Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG, so etwa Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG (BGE 142 II 268 E. 4.2.2, wo es um eine solche Sanktionsverfügung ging). Das Bundesgericht lässt offen, welche anderen Verwaltungsakte der Wettbewerbsbehörden ebenfalls als Entscheid im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG zu betrachten sind. Insbesondere kann dem Urteil des Bundesgerichts 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 (teilweise veröffentlicht in BGE 142 II 268) - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht unmittelbar entnommen werden, ob Schlussberichte, die einen bloss formlosen Verwaltungsakt darstellen (vgl. E. 3.2 f. hiervor), ebenfalls unter den Entscheidungsbegriff fallen oder nicht.

**5.4.1** Ein Schlussbericht des Sekretariats ist wie erwähnt keine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG (oben E. 3.2). Ferner geht, soweit ersichtlich, weder aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch aus der Lehre unmittelbar hervor, dass es sich bei Schlussberichten des Sekretariats um Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt. Nachfolgend ist deshalb vertieft zu prüfen, ob Schlussberichte in Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen als Entscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG qualifiziert werden können oder nicht.

**5.4.2** Der französische Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG, auf welche sich das Bundesgericht in BGE 142 II 268 E. 4.2.2 beruft, spricht von "décisions" und der italienische von "decisioni". Es ist im Folgenden zu prüfen, was unter diesem Begriff "Entscheide" genau zu verstehen ist.

Art. 30 KG handelt vom "Entscheid" beziehungsweise, gemäss dem französischen / italienischen Gesetzeswortlaut, von der "décision" / "decisione". Art. 30 KG ist Teil des 2. Abschnittes des 4. Kapitels des KG ("verwaltungsrechtliches Verfahren"), der von der "Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen" handelt (Art. 26 bis 31 KG). Mit einem Schlussbericht wird eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG abgeschlossen (E. 3.2 hiervor). Diese ist Teil des Untersuchungsverfahrens, von welchem dieser Gesetzesabschnitt handelt. Es fragt sich folglich, ob Schlussberichte Entscheide im Sinn von Art. 30 KG sind.

Nach Art. 30 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Abs. 1). Dabei können die am Verfahren Be-

teiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die WEKO kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungs-massnahmen beauftragen (Abs. 2). Haben sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert, kann die WEKO auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen den Entscheid widerrufen oder ändern (Abs. 3).

Ein Schlussbericht beinhaltet indessen weder einen Massnahmenentscheid der WEKO noch die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung, womit Schlussberichte keine Entscheide im Sinn von Art. 30 KG sein können. Ein weiteres Indiz hierfür ist, dass das Entscheidungsrecht allein der WEKO zusteht, wenn man dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG folgt. Das Sekretariat, welches die Schlussberichte verfasst, verfügt lediglich über ein Antragsrecht.

Mit Bezug auf Art. 48 Abs. 1 KG weisen Odermatt/Holzmüller darauf hin, dass aus der Praxis der damaligen Kartellkommission unter dem alten KG (AS 1986 874 [KG-85]), auch Schlussberichte von Vorabklärungen zu publizieren, und dem Stillschweigen des Gesetzgebers dazu in der Botschaft zum KG-95 abgeleitet werden könne, dass auch Schlussberichte von Vorabklärungen unter die "Entscheide" im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG fallen würden. Hätte der Gesetzgeber von diesem System der umfassenden Publikation der Ergebnisse der Behörden abweichen wollen, hätte er dies - so Odermatt/Holzmüller weiter - wohl explizit festgehalten (ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 6). Das Bundesverwaltungsgericht schliesst sich dieser Lehrmeinung an (vgl. Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E 6.3.1 f. und 7, worin es jedoch um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ging, wobei sich das BVGer - entgegen der Ansicht von Odermatt/Holzmüller in Fn. 23 - nicht explizit zur Rechtmässigkeit der Publikation eines Schlussberichts geäussert hat). Entsprechend ist für den weiteren Verlauf der Prüfung festzuhalten, dass Art. 48 Abs. 1 KG von einem weiten Entscheidbegriff ausgeht.

**5.4.3** Nach dem Gesagten ist die Publikation des Schlussberichts in Art. 48 Abs. 1 KG nicht explizit gesetzlich geregelt. Für den weiteren Verlauf der Untersuchung ist, wie soeben gesehen und festgehalten, dennoch von einem weiten Entscheidbegriff auszugehen.

**5.5** Als nächstes ist daher in historischer Auslegung zu prüfen, ob aus den Materialien des KG hervorgeht, dass Schlussberichte des Sekretariats publiziert werden können.

**5.5.1** Laut der Botschaft des Bundesrats zum Gesetzesentwurf von Art. 48 KG (KG E) sind die Wettbewerbsbehörden ermächtigt, aber nicht verpflichtet, ihre Entscheide zu veröffentlichen (Botschaft, S. 618). Was hierbei als Entscheid zu gelten hat, wird in der Botschaft nicht erläutert.

**5.5.2** Der Vorabklärung kommt laut der Botschaft (S. 602-603) bloss ein informeller Charakter zu. Das Sekretariat hat allerdings einen Entscheid zur Eröffnung einer Untersuchung zu treffen (Botschaft, S. 603). Diese Eröffnung wird gemäss Art. 28 KG E publiziert (Botschaft, S. 603): Das Sekretariat gibt die Eröffnung einer

Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt (Art. 28 Abs. 1 KG E). Weitere Entscheide des Sekretariats sind in der Botschaft des Bundesrats und dem KG-Entwurf nicht vorgesehen.

**5.5.3** Laut der Botschaft (S. 601-602) liegt die Entscheidungsfindung bei der WEKO. Diese hat formelle Entscheidungen gemäss Art. 30 KG E zu treffen (Botschaft, S. 602). Die Entscheidungsfindung ist entsprechend von formellem Charakter. Dabei entscheidet die WEKO mittels Verfügung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung und über die zu treffenden Massnahmen (Botschaft, S. 604). In gleicher Weise entscheidet die WEKO auch über die Genehmigung einer vom Sekretariat mit den Beteiligten erzielten einvernehmlichen Regelung (Botschaft, S. 604-605) und zwar ebenfalls mittels Verfügung (Botschaft, S. 604).

Das Sekretariat kann lediglich einen Antrag an die WEKO zum Entscheid stellen (Botschaft, S. 604; vgl. auch S. 605). In diesem Sinn wird dem Sekretariat überdies in Art. 30 Abs. 3 KG E die Möglichkeit eingeräumt, bei der WEKO den Widerruf oder die Änderung einer früheren Entscheidung zu beantragen. Bei den früheren Entscheidungen (Art. 30 Abs. 3 KG E) handelt es sich um rechtskräftige Verfügungen der WEKO (vgl. Botschaft, S. 605).

**5.5.4** Als weitere Möglichkeit eines Entscheids sieht die Botschaft (S. 606) einen Entscheid des Bundesrats auf ausnahmsweise Zulassung oder auf Nichtzulassung der Wettbewerbsbeschränkung vor. Das diesbezügliche Verfahren wird in Art. 31 KG E geregelt (Botschaft, S. 605).

**5.5.5** Hingegen äussert sich die Botschaft zum KG-95 nicht zur Praxis der (damaligen) Kartellkommission unter dem KG-85, auch Schlussberichte von Vorabklärungen zu publizieren. Dies spricht dafür, dass Art. 48 Abs. 1 KG von einem weiten Entscheidbegriff ausgeht, worauf bereits hingewiesen wurde (E. 5.4.2). Eine weite Auslegung ergibt sich auch aus dem Gesamtsystem von Art. 48 in Verbindung mit Art. 49 KG, wonach die WEKO über ihre Tätigkeit breit informieren soll (Botschaft, S. 618 f.). So gesehen ist auch Art. 48 KG nach dem gesetzgeberischen Konzept im Zweifel extensiv auszulegen (vgl. TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 KG N 10). Art. 48 KG ist insoweit eine besondere Form der Orientierung der Öffentlichkeit (ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 3 i.V.m. Art. 49 KG N 10).

**5.6** Somit fehlt es vorliegend rein nach dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG zwar an einer unmittelbaren gesetzlichen Grundlage für die Publikation von Schlussberichten des Sekretariats. Bereits unter Berücksichtigung der historischen Auslegung hat sich indes gezeigt, dass von einem weiten Entscheidbegriff in Art. Art. 48 Abs. 1 KG auszugehen ist.

**5.7** Nachfolgend bleibt zu prüfen, inwiefern mittels teleologischer Auslegung von Art. 48 KG, welche auf Zweck und Ziel der Rechtsnorm abstellt (vgl. ANDREAS KLEY, Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts, in: Anwaltspraxis, Revue 3/2001, S. 15-19, 17), eine gesetzliche Grundlage für diese Publikation bejaht werden kann.

**5.7.1** Art. 48 KG, welcher die Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen regelt, sieht keine Veröffentlichungspflicht, sondern nur die Möglichkeit zur Veröffentlichung vor: Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen (Abs. 1), und das Sekretariat kann die ihm zugestellten Gerichtsurteile periodisch veröffentlichen (Abs. 2). Art. 48 KG normiert insofern eine Abweichung vom Grundsatz der Nichtveröffentlichung (vgl. Art. 36 KG; BGE 142 II 268 E. 4.2.4). Es handelt sich bei den Regelungen des Art. 48 KG um Kann-Vorschriften. Das bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörden und/oder das Sekretariat unter Umständen auch auf entsprechende Veröffentlichungen verzichten können (vgl. oben E. 5.3).

**5.7.2** Es stellt sich zunächst die Frage, ob es sich beim Sekretariat auch allein für sich betrachtet um eine Wettbewerbsbehörde im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG handelt. Diese Frage wird sowohl vom Bundesgericht als auch von der Lehre bejaht (vgl. oben E. 5.3 mit Hinweisen, wobei aus BGE 142 II 268 E. 4.2.2 nicht klar hervorgeht, ob das Sekretariat auch für sich allein als Wettbewerbsbehörde gilt). Nach Odermatt/Holzmüller können zu den Wettbewerbsbehörden im Sinn des KG alle Behörden gezählt werden, die das KG anwenden, wozu neben der WEKO namentlich auch das Sekretariat gezählt werden kann (ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 5, welche diesbezüglich auf die im KG-95 neu gewählte Formulierung der "Wettbewerbsbehörden", statt bis anhin "Kartellkommission" hinweisen. Dies sei möglicherweise darauf zurückzuführen, dass damit die Praxis ins Gesetz genommen werden sollte, wonach auch die Ergebnisse der Vorabklärungen des Sekretariats publiziert werden, zumal in den Jahresberichten der Kartellkommission jeweils ausführlich über die vom Sekretariat durchgeführten Vorabklärungen berichtet worden sei [siehe auch Fn. 14]; vgl. auch TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 KG N 11 und 19 sowie NYDEGGER/NADIG, Basler Kommentar, Art. 48 KG N 6, die sich allesamt für eine weite Begriffsauslegung aussprechen).

Ob eine Untersuchung eröffnet wird oder nicht, entscheidet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG, 1. Satz). Wird dagegen auf die Eröffnung verzichtet, setzt dies nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts implizit ein entsprechendes Einvernehmen zwischen dem Sekretariat und der WEKO voraus, zumal Letztere das Sekretariat in jedem Fall mit der Untersuchungseröffnung beauftragen kann (Art. 28 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 KG a maiore minus).

Damit handelt es sich hierbei faktisch um einen zumindest einvernehmlichen Entscheid des Sekretariats und des WEKO-Präsidiums. Kommt hinzu, dass im Rahmen der angefochtenen Verfügung ohnehin das Sekretariat zusammen mit dem WEKO-Präsidium über die Veröffentlichung des Schlussberichts entschieden hat. Dieser bildet als Anhang einen integrierenden Bestandteil der angefochtenen Verfügung. Die WEKO ist unbestrittenmassen eine Wettbewerbsbehörde im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG. Somit liegt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts sowohl mit dem Schlussbericht als auch mit der angefochtenen Verfügung ein Entscheid der Wettbewerbsbehörden im Sinn der vorerwähnten Gesetzesnorm vor. Insofern ist vorliegend gestützt auf

Art. 48 Abs. 1 KG eine Veröffentlichung des im Streit liegenden Schlussberichts grundsätzlich möglich.

**5.7.3** Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob der Schlussbericht des Sekretariats unter die "Entscheide" im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG fallen.

Die Veröffentlichung von "Entscheiden der Wettbewerbsbehörden" dient zunächst der Prävention und Rechtssicherheit (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1 in fine, mit Hinweisen). Das bedeutet, dass nicht nur die Interessen der betroffenen Unternehmen am Unterlassen der Publikation des Schlussberichts, sondern auch diejenigen der anderen Unternehmen an der Möglichkeit, sich in Bezug auf die Praxis der WEKO und des Sekretariats zu orientieren, zu berücksichtigen sind. Die Veröffentlichung verfolgt laut Bundesgericht im Wesentlichen drei Zwecke (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1 bis 4.2.5.3 mit Hinweisen; vgl. zu den Zwecken auch ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 14 ff.; TERCIER/MARTENET, a.a.O., Art. 48 KG N 7 ff.):

Sie dient erstens der Prävention und der Rechtssicherheit: es geht hier darum, die Verfügungen der Wettbewerbsbehörden der Öffentlichkeit und namentlich den Unternehmern zur Kenntnis zu bringen (unter anderem quasi als Warnung), damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Das ist - so das Bundesgericht weiter - zum einen insbesondere wegen der geringen Anzahl von höchstrichterlichen Entscheiden und zum anderen auch angesichts der - aufgrund der zu beantwortenden komplexen Fragen - langen Verfahrensdauer besonders angezeigt.

Zweitens dient sie auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung: insofern trägt das KG - zusammen mit dem Öffentlichkeitsgesetz vom 12. Februar 2003 [BGÖ, SR 152.3] und dem DSG - dazu bei, den Entscheidungsprozess der Verwaltung transparenter zu machen mit dem Ziel, die demokratische Legitimation der öffentlichen Institutionen und das Vertrauen der Bürger in diese zu stärken sowie die Kontrolle der Verwaltung zu verbessern. Es geht mithin auch darum, das Publikum über das Ergebnis einer (Vor-)Untersuchung zu informieren und insbesondere auch jene Fälle öffentlich bekannt zu machen, in denen entschieden wurde, dass nicht genügend Anhaltspunkte zur Annahmen einer Wettbewerbsbeschränkung vorliegen.

Drittens sollen mit der Veröffentlichung die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen sowie Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden. Mit anderen Worten geht es darum, dass die Wettbewerbsbehörden ihre Praxis nicht nur für sich und die Unternehmer publizieren, sondern auch für die verschiedenen kantonalen oder Bundesbehörden für die zivilrechtlichen Verfahren (vgl. Art. 12 KG) oder für Verwaltungsverfahren (zum Beispiel Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]).

Sinn und Zweck der Veröffentlichung decken sich somit im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4 mit Hinweis).

**5.7.4** Es kann demgemäss festgehalten werden, dass der Schlussbericht des Sekretariats in teleologischer

Auslegung insofern als ein Entscheid im Sinn von Art. 48 Abs. 1 KG zu betrachten ist, als er den soeben in E. 5.7.3 genannten Zwecken und namentlich der Rechtssicherheit sowie der Praxisfestlegung dient.

**5.8** Nach dem Gesagten stellt Art. 48 Abs. 1 KG im vorliegenden Fall - im Lichte einer historischen Auslegung (E. 5.5) unter Berücksichtigung einer systematischen Gesamtbetrachtung von Art. 48 und 49 KG sowie in teleologischer Auslegung (E. 5.7) - eine genügende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung dar.

## 6.

Demnach kann vorliegend offen bleiben, ob der Schlussbericht auch gestützt auf anderweitige Rechtsgrundlagen wie namentlich Art. 49 KG, welcher entsprechende Informations- beziehungsweise Berichterstattungspflichten normiert, oder das GR-WEKO rechtmässig publiziert werden könnte. Nur am Rande sei hier bemerkt, dass es sich bei Reglementen wie beispielsweise dem GR-WEKO nicht um Gesetze im formellen Sinn handelt. Solche dürften als gesetzliche Grundlage für die hier fragliche Publikation schon aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht ausreichen (vgl. dazu E. 8.4 hiernach).

## 7.

Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung eine rechtskonforme Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 vorsieht. Zunächst sind allfällige Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen.

**7.1** Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden - worunter hier ebenfalls das Sekretariat zu zählen ist - dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG).

**7.1.1** Für eine positive Begriffsumschreibung kann auf den traditionellen Geheimnisbegriff zurückgegriffen werden, wie er auch zu anderen Normen gebräuchlich ist, welche diesen Begriff enthalten (ausführlich dazu: BGE 142 II 268 E. 5.2.1 mit zahlreichen Hinweisen, auch zum Folgenden). Demgemäss bilden Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses (1) alle weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Zur Bejahung des letztgenannten Kriteriums ist zu klären, ob die Information objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig anzusehen ist (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.6). Tatsachen, welche kein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, können unter Umständen geheimhaltungswürdig sein (vgl. Urteil des BVGer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.6 e contrario; ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 29).

**7.1.2** Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses müssen geschäftlich relevante Informationen betreffen; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können oder ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die

Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.3, 103 IV 283 E. 2b; Urteil des BGer 2C\_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2). Ein objektives Geheimhaltungsinteresse weisen in der Regel folgende Tatsachen auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.4; Urteile des BGer 2C\_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.2 und 2C\_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-5108/2016 vom 22. Mai 2018 E. 9.3).

**7.2** Dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG nach erfolgt keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse nach einer Publikation des zugrunde liegenden Entscheids der Wettbewerbsbehörden und dem Geschäftsgeheimnis (Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses, insbesondere ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, kommt der zu beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, in welchem auch die verschiedenen Interessen zu beurteilen sind. Steht danach fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt. Es ist zu wahren, und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden. Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben (Bandbreiten) erfolgen, solange die verfremdende Umschreibung keine substantiellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen oder den Geheimnisherrn erlaubt. Dabei muss neben der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch dem gesetzlichen Auftrag, verständliche und nachvollziehbare Entscheide zu veröffentlichen (Art. 48 KG) Rechnung getragen werden (vgl. zum Ganzen: Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2 mit Hinweisen; ferner Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 6.4).

**7.3** Dem Geheimnisherrn ist Gelegenheit einzuräumen, die Tatsachen zu bezeichnen, die er geheim halten will. Im Verfahren der Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse hat das Sekretariat zu berücksichtigen, dass die Veröffentlichung eines die Voruntersuchung einstellenden Schlussberichts nur zum Zweck der Rechtssicherheit der Öffentlichkeit, namentlich unter den Marktteilnehmern, erfolgt und kein kartellrechtlich verpöntes Verhalten verfolgt wird (vgl. E. 8.5.1 hiernach; zum Prozedere der Geschäftsgeheimnisbereinigung von Schlussberichten siehe ferner das Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010 E. 6.3.1-6.3.3 mit Hinweisen).

Vorliegend lud die Vorinstanz die Beschwerdeführerin bereits am 29. Dezember 2015 dazu ein, die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen (vorinstanzliche act. 19). Daraufhin stellte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz am 18. Februar 2016 eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version zu (vorinstanzliche act. 25). Die Vorinstanz liess der Beschwerdeführerin ihrerseits sodann am 24. März 2016 eine überarbeitete, zweite Version zukommen (vo-

rinstanzliche act. 28), woraufhin die Beschwerdeführerin am 1. April 2016 eine anfechtbare Verfügung verlangte (vorinstanzliche act. 29). Auf deren Antrag, ihr eine angemessene Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse im streitbetroffenen Bericht einzuräumen, ist somit nicht weiter einzugehen.

**7.4** Bei den Schwärzungen, welche von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren beantragt worden sind, ist keine inhaltliche Systematik ersichtlich. Dennoch drängt sich eine weitgehend nach Themen geordnete Prüfung auf. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der zur Publikation vorgesehene Schlussbericht (weitere) nicht zu publizierende Geschäftsgeheimnisse enthält.

**7.4.1** Die Beschwerdeführerin beantragt die Schwärzung der Titel "Marktbeherrschende Stellung", "Kollektive Einheit der Y. \_\_\_\_\_ und ihrer Abfüller", "Unzulässige Verhaltensweisen", "Art. 7 Abs. 2 lit. a KG", "Geschäftsverweigerung", "Objektive Notwendigkeit des Inputs", "Wettbewerbsbehinderung und legitime business reasons", "Fazit zu Art. 7 Abs. 2 lit. a KG", "Art. 7 Abs. 2 lit. b KG", "Diskriminierung", "Betroffenheit von Handelspartnern", "Wettbewerbsbehinderung und -benachteiligung", "Legitime business reasons", "Fazit zu Art. 7 Abs. 2 lit. b KG" und "Fazit zu unzulässigen Verhaltensweisen". Diese Titel sind unerlässlich für das Verständnis des Schlussberichts, weshalb sie nicht geheimhaltungswürdig sind. Zudem handelt es sich bei diesen Titeln objektiv nicht um Geschäftsgeheimnisse.

**7.4.2** Weiter ersucht die Beschwerdeführerin um Schwärzung von absatzrelevanten Aussagen wie " \_\_\_\_\_ " (in Ziff. 1 und 22), " \_\_\_\_\_ " (in Ziff. 28), " \_\_\_\_\_ " (in Ziff. 34), " \_\_\_\_\_ " (in Fn. 73) und " \_\_\_\_\_ " (in Ziff. 125) des Schlussberichts. Bei diesen Textstellen handelt es sich um Liefermengenangaben, die zusätzlich als Geschäftsgeheimnis zu bezeichnen sind.

**7.4.3** Ferner beantragt die Beschwerdeführerin die Schwärzung der Passagen " \_\_\_\_\_ " (in Ziff. 23). Diese Preisangaben sind ebenfalls Geschäftsgeheimnisse, die zu schwärzen sind.

**7.4.4** Im zweiten Teil der Ziff. 91 des Schlussberichts finden sich Schätzungen der Grösse des schweizweiten Markts innerhalb der in der Gastronomie tätigen Unternehmen wie Restaurants, Cafés, Kantinen und Hotels (Horeka-Markts) für CSD beziehungsweise CSD plus Eistee und des Marktanteils der Beschwerdeführerin im Horeka-Kanal. Letztere beantragt die Schwärzung dieses zweiten Teils der Ziffer. Diese enthält geschäftlich relevante Informationen, welche Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, nämlich Marktanteile der Beschwerdeführerin. Folglich sind die entsprechenden Informationen zu schwärzen, nicht jedoch - wie von der Beschwerdeführerin beantragt - der ganze zweite Teil der Ziff. 91. Die in Ziff. 87, 88, 92, 94 und 151 angegebenen Marktanteile der Beschwerdeführerin sind demgemäss ebenfalls zu schwärzen (vgl. E. 7.2).

Die Ziff. 92 des Schlussberichts enthält unter anderem eine Schätzung der schweizweiten Marktanteile der Beschwerdeführerin im Gastronomiebereich und eine Tabelle über ihren Absatz von CSD beziehungsweise CSD

und Eistee in den Gastronomiekanal. Die hier angegebenen geschätzten Marktanteile sind ebenfalls geschäftlich relevante Informationen und damit zu schwärzen (vgl. E. 7.2). Entgegen des Antrags der Beschwerdeführerin ist aber auch hier darauf zu verzichten, die gesamte Ziff. 92 zu schwärzen.

**7.4.5** Soweit die Beschwerdeführerin überdies die (fast) vollständige Schwärzung der Ziff. 19, 22-40 (inkl. Fn. 17, 23, 25-26, 28-34), 51, 63, 67-69, 72-73, 75, 77-78, 80-83, 85-88 (inkl. Fn. 73-74, 79-82, 84), 93-107 (inkl. Fn. 93-105), 109-111 (inkl. Fn. 107-109), 115-116, 118-120 (inkl. Fn. 124-125), 122, 126-137, 140, 144, 147-148 (inkl. Fn. 142), 150-151 und 153 des Schlussberichts beantragt, ist diesem Begehren nicht stattzugeben. Es finden sich in diesen Ziffern abgesehen von den Liefermengenangaben und Preisangaben (hierzu E. 7.4.2 f. vorstehend) und den von der Vorinstanz bereits vorgenommenen Schwärzungen keine weiteren Stellen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten. Zudem sind diese Angaben für die Nachvollziehbarkeit des Schlussberichts erforderlich. Sie sind damit nicht zusätzlich als Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen.

**7.4.6** Die Beschwerdeführerin stellt ferner den Antrag, im Schlussbericht die Textstellen "Ein solcher Vergleich ist insbesondere wichtig für die Beurteilung, ob eine Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG vorliegen könnte" (Ziff. 21), "... dass eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG nicht gegeben ist" (Ziff. 108) und "... Hingegen konnte nicht ausgeschlossen werden, dass ein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegt ..." (Ziff. 149) zu schwärzen. Diese Teilsätze sind Teil der vorinstanzlichen Beantwortung der Frage, ob das festgestellte Verhalten der Beschwerdeführerin gegen Art. 7 KG verstösst oder nicht. Sie dienen der Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses des Schlussberichts und sind keine geschäftlich relevanten Informationen. Sie sind daher ungeschwärzt zu belassen.

**7.4.7** Überdies ersucht die Beschwerdeführerin darum, dass in Ziff. 90 des Schlussberichts der Satz "Weiter sah sich die X. \_\_\_\_\_ gegenüber dem Sekretariat gemäss ihrer Antwort vom 28. Februar 2013 auf den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember 2012 [...]" geschwärzt wird. Dieser Satz ist bereits geschäftsgeheimnisbereinigt. Einer weitergehenden Schwärzung ist mangels weiterer Geschäftsgeheimnisse nicht stattzugeben.

**7.4.8** Die Fussnoten 110 und 130 des Schlussberichts, welche die Beschwerdeführerin ebenfalls schwärzen lassen will, enthalten ausschliesslich je eine Angabe einer Fundstelle in einem juristischen Kommentarwerk zum KG. Diese Angaben sind von vornherein keine Geschäftsgeheimnisse, da es sich um öffentlich zugängliche Informationen handelt.

**7.5** Die Vorinstanz hat folglich in der Fassung des Schlussberichts des Sekretariats vom 10. November 2015, die in der angefochtenen Publikationsverfügung zur Veröffentlichung vorgesehen ist, die in E. 7.4 hiervor erwähnten zusätzlichen Schwärzungen vorzunehmen.

**8.**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die zur Publikation vorgeordnete Fassung des eben erwähnten Schlussberichts gegen das DSG verstösst.

**8.1** Das DSG bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Mit anderen Worten gelten die Vorschriften des DSG für die Bearbeitung von persönlichen Daten, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen können (BGE 138 II 346 E. 3.2, 126 II 126 E. 4). Personendaten sind dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar - natürliche oder juristische (Art. 3 Bst. b DSG; BGE 136 II 508 E. 3.2) - Person beziehen. Der Begriff "Personendaten" ist weit und umfasst jede Information, die einen auf eine Person (oder mehrere Personen) bezogenen oder beziehbaren Informationsgehalt besitzt (zum Ganzen: BGE 142 II 268 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen).

**8.2** Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten juristischer Personen durch die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG), worunter auch die WEKO - als Behördenkommission (Art. 7a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 8a Abs. 3 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1] i.V.m. Art. 18 f. KG) - fällt; diese ist verantwortliches Organ im Sinn von Art. 16 Abs. 1 DSG. Die Tätigkeit des Sekretariats der WEKO untersteht dem DSG ebenfalls. Bearbeiten umfasst das Bekanntgeben (Art. 3e DSG) und dieses wiederum das Veröffentlichung (Art. 3f DSG). Wie hiervor gesehen, spricht Art. 48 Abs. 1 KG von "Veröffentlichung", womit laut Bundesgericht dasselbe gemeint ist wie in Art. 3f DSG. Auf das hängige erstinstanzliche Verwaltungsverfahren ist das DSG anwendbar (Art. 2 Abs. 2 Bst. c in fine DSG). Es ist aber auch nach Abschluss des Verfahrens anwendbar, insbesondere auf die dannzumalige Datenweitergabe (zum Ganzen: vgl. BGE 142 II 268 E. 6.1 f. mit weiteren Hinweisen).

**8.3** Das Sekretariat und die WEKO haben sich daher auch bei der Veröffentlichung von Schlussberichten an die Grundsätze der Art. 4, 5 und 7 DSG zu halten. Insbesondere hat die Datenbearbeitung rechtmässig, nach Treu und Glauben, verhältnismässig und zweckgemäss zu erfolgen (Art. 4 Abs. 1 bis 3 DSG). Zudem hat sich das Sekretariat über die Richtigkeit der Daten zu vergewissern (Art. 5 Abs. 1 DSG) und um deren Sicherheit besorgt zu sein (vgl. Art. 7 Abs. 1 DSG; zum Ganzen: vgl. BGE 142 II 268 E. 6.1-6.3). Von diesen Grundsätzen kann indessen spezialgesetzlich abgewichen werden.

**8.4** Die Veröffentlichung eines Vorabklärungs-Schlussberichts ist als ein Bekanntgeben von (besonders schützenswerten [Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG]) Personendaten im Sinn von Art. 19 DSG zu qualifizieren. Sie bedarf dementsprechend einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn (Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 DSG). Vorliegend stellt Art. 48 Abs. 1 KG nach historischer und teleologischer Auslegung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten bei der Publikation von Schlussberichten dar (oben E. 5.8).

**8.5** Für Personendaten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat das Kartellgesetz selbst in Art. 25 Abs. 4 KG die Sonderregel aufgestellt, dass diese generell, das

heisst ohne Vornahme einer Interessenabwägung, nicht publiziert werden dürfen (Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2; vgl. E. 7.1 und 7.2 hiervor). Dabei erfolgt dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG nach keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse nach einer Publikation des zugrunde liegenden Entscheids der Wettbewerbsbehörde und dem Geschäftsgeheimnis (eben genanntes Urteil 2C\_1065/2014 E. 5.3.2).

Demgegenüber untersteht die Publikation von Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses der Abwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG (BGE 142 II 268 E. 6.4.1-6.4.3; Urteil des BVer B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.7 mit Hinweisen). Hier ist trotz Bestehen einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn die Bekanntgabe (also Veröffentlichung) abzulehnen, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen (Art. 19 Abs. 4 DSG). Es bedarf somit einer Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und dem privaten Geheimhaltungsinteresse (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.1 mit Hinweisen).

**8.5.1** Bei der besagten Abwägung ist nebst der Sorge der Beschwerdeführerin um ihren guten Ruf insbesondere zu berücksichtigen, dass das Sekretariat - im konkludenten Einvernehmen mit einem Mitglied der WEKO (vgl. E. 5.7.2 hiervor) - mangels Vorliegen eines kartellrechtlich verpönten Verhaltens auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet hat. Betroffene einer Vorabklärung müssen eine anonymisierte Publikation des Schlussberichts aber unter Umständen - falls die Interessenabwägung ein überwiegendes Interesse an der Publikation ergibt - auch dann hinnehmen, wenn sich aus den Umständen ergibt, welche Personen oder Unternehmen sich hinter einem Pseudonym verbergen (vgl. ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 27 mit Hinweisen).

**8.5.2** Das im öffentlichen Interesse liegende Ziel einer Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung besteht in der Rechtssicherheit für die Öffentlichkeit - insbesondere der Marktteilnehmer -, der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten - insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung -, der Befriedigung von Informationsbedürfnissen sowie der Information von kantonalen Behörden und Bundesbehörden (vgl. hierzu das Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 6.5.3 [nicht veröffentlicht in BGE 142 II 268], welches die öffentlichen Interessen an der Publikation einer Sanktionsverfügung aufzählt). Die Rechtssicherheit der Marktteilnehmer ist dabei der hauptsächliche Zweck der Publikation solcher Berichte. Die Marktteilnehmer sollen befähigt sein, selbst abzuschätzen, welche Handlungen das Kartellrecht verpönt und welche nicht. Demgemäss steht die Veröffentlichung solcher Berichte insoweit im öffentlichen Interesse, als sie hauptsächlich insbesondere der Erreichung der Rechtssicherheit und daneben der weiteren, oben in E. 5.7.3 genannten Publikationsziele dient.

**8.6** Die Beschwerdeführerin bringt als privates Interesse über jenes der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse

hinaus nur dasjenige an ihrem guten Ruf vor. Sie verneint im Übrigen das öffentliche Interesse an einer Veröffentlichung des Schlussberichts vom 10. November 2015 (vgl. Beschwerde, S. 8 und 13). Dieser Sichtweise kann mit Blick auf E. 8.5 nicht gefolgt werden. Das in jener Erwägung beschriebene öffentliche Interesse an der Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung besteht vielmehr auch in casu. Dieses öffentliche Interesse überwiegt das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung ihres guten Rufes. Folglich dürfen die Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses soweit erforderlich in anonymisierter Form publiziert werden.

## 9.

Da die Publikation von Schlussberichten einer Vorabklärung nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, liegt sie über den in E. 7-8.6 vorstehend dargelegten Rahmen hinaus grundsätzlich im Ermessen der Vorinstanz. Ihr steht mit anderen Worten ein Ermessensspielraum für ihre Entscheidung offen. Bei der Ausübung dieses Ermessens ist die Behörde nicht frei, sondern gehalten dieses pflichtgemäss auszuüben (vgl. ODERMATT/HOLZMÜLLER, a.a.O., Art. 48 KG N 10 und 19 ff.). Sie ist an die Verfassung gebunden, insbesondere an die Grundrechte sowie die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV; vgl. Urteil des BVerfG B-5927/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.4). Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Es soll nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen sein (BVG 2015/2 E. 4.3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 409). Die Vorinstanz darf ihr Ermessen bei der Publikation nicht missbrauchen. Verstösst die Handhabung des Ermessens gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, so ist einer derjenigen Grundsätze verletzt, welche die Annahme eines Ermessensmissbrauchs rechtfertigen (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3, 137 V 71 E. 5.1).

Die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes wird vorliegend bereits im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 DSGVO gefordert (vgl. oben E. 8.3). Im Übrigen darf die Vorinstanz keinen willkürlichen Entscheid darüber treffen, wie die Version des zu publizierenden Schlussberichts zu bereinigen ist (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4, 132 I 175 E. 1.2, 131 I 467 E. 3.1).

Vorliegend ist der Entscheid der Vorinstanz, den Schlussbericht zu publizieren, mit Blick auf die Ziele Rechtssicherheit und Praxisfestlegung nachvollziehbar. Er erweist sich im Übrigen, nach Wahrung der Geschäftsgeheimnisse (oben E. 7.4) und unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben (E. 8) weder als willkürlich noch ist ein Ermessensmissbrauch ersichtlich.

## 10.

Die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen am vorstehenden Ergebnis von vornherein nichts zu ändern.

**10.1** Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde im Übrigen geltend, dass die Vorinstanz mit der Veröffentlichung des Schlussberichts vom 10. November 2015 das Prinzip der Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0] und Art. 6 Abs. 2 der Konvention vom

4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101]) verletze (S. 8 der Beschwerde). Die Vorinstanz habe im Schlussbericht festgestellt, dass keine Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen das KG bestünden und sie - mit Verweis auf das Opportunitätsprinzip - die Vorabklärung einstelle. Sie sei - so die Beschwerdeführerin weiter - nicht verurteilt worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum ihr mittels Veröffentlichung des Schlussberichts eine marktbeherrschende Stellung, die nicht nachgewiesen worden sei, unterstellt werden solle. Dies ginge mit einer Art "an den Pranger stellen" einher, was aufgrund der fehlenden rechtmässigen Verurteilung eine Verletzung der Unschuldsvermutung darstelle (S. 16 der Beschwerde).

**10.2** Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung als unschuldig gilt. Es ist das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (vgl. BGE 137 I 31 E. 5.1; zum Ganzen: Urteil des BVerfG 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.1).

**10.3** Der Entscheid der WEKO und ihres Sekretariats, den Schlussbericht einer Vorabklärung zu veröffentlichen, spricht nicht gegen die Unschuldsvermutung. Art. 6 Ziff. 2 EMRK verbietet den staatlichen Behörden nicht, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren. Dies muss umso mehr in einem lediglich strafrechtsähnlichen Fall gelten (zu den weniger strengen Anforderungen vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4). Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin macht deshalb im vorliegenden Zusammenhang schon darum keinen Sinn, weil hier nicht nur nicht sanktioniert, sondern sogar auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet wird. Angesichts der in E. 8.5.2 hiervor bereits erwähnten, gewichtigeren Interessen der Öffentlichkeit - möglichst umfassende Kenntnis von den Gründen des Handelns der WEKO und ihres Sekretariats, der Interessen der Wirtschaftsbeteiligten zu wissen, welches Verhalten keine Sanktionen nach sich zieht, und der Interessen, die anderen mit Kartellrechtsfragen involvierten Stellen zu informieren - verdient das Interesse der Beschwerdeführerin, dass nicht über deren Handeln informiert wird, weniger Schutz (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVerfG 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.3 mit Hinweisen). Der in E. 10.1 angeführten Rüge der Beschwerdeführerin ist daher keine Folge zu leisten.

## 11.

**11.1** Zusammenfassend stellt Art. 48 Abs. 1 KG vorliegend in historischer und teleologischer Auslegung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 dar (E. 5.8). Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verletze durch die Veröffentlichung das Legalitätsprinzip, zielt damit ins Leere. Ferner steht der geplanten Publikation das dabei zu berücksichtigende Recht - insbesondere die Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sowie das Datenschutzrecht - nicht grundsätzlich entgegen. Vielmehr regelt dieses lediglich den Inhalt, der rechtskonform veröffentlicht

werden darf. Folglich ist die Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 zulässig, jedoch ausschliesslich nur unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse und der datenschutzrechtlichen Interessen der Beschwerdeführerin sowie unter Berücksichtigung, dass in der Vorabklärung kein kartellrechtlich verpöntes Verhalten festgestellt wurde. Der Entscheid über die Version, die publiziert wird, darf dabei nicht willkürlich erfolgen.

**11.2** Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin bereits Gelegenheit zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse im obgenannten Schlussbericht gegeben. Die Beschwerdeführerin hat dieses Recht bereits beansprucht (oben Bst. D und E. 7.3). Auf ihren Antrag im vorliegenden Verfahren auf Einräumung einer angemessenen Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse im streitbetroffenen Bericht kann daher nicht weiter eingegangen werden (E. 7.3 hiervor). Die Frage einer allfälligen (strafrechtlich relevanten) Amtsgeheimnisverletzung durch die Vorinstanz wäre im Übrigen allenfalls in einem Strafverfahren zu klären, weshalb auf die entsprechenden Rügen mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ebenfalls nicht einzugehen ist.

**11.3** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die angefochtene Verfügung insoweit aufzuheben, als sie die Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 in der der Verfügung beiliegenden Fassung vorsieht. Dem Sekretariat ist es demnach zu untersagen, den Schlussbericht in der Version zu veröffentlichen, die sich im Anhang der angefochtenen Publikationsverfügung befindet. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

Die Vorinstanz hat im obgenannten Schlussbericht einzig noch die in E. 7.4 vorstehend erwähnten Schwärzungen vorzunehmen und den Schlussbericht angemessen zu anonymisieren. Folglich ist die Sache hierzu an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **12.**

**12.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin teilweise obsiegt und zwar insofern, als der zu veröffentlichende Schlussbericht vom 10. November 2015 im Sinn der vorstehenden Erwägungen zusätzlich zu schwärzen und zu anonymisieren ist. Der Beschwerdeführerin sind daher nach Massgabe ihres nur teilweisen Unterliegens Verfahrenskosten im Umfang von drei Vierteln aufzuerlegen. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die auf insgesamt Fr. 3'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten, sind demnach der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 2'250.- aufzuerlegen und dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 750.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**12.2** Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (vgl. Art. 64 VwVG, Art. 7 ff. VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; andernfalls setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]). Vorliegend hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht, weshalb die ungekürzte Parteientschädigung nach Ermessen aufgrund der Akten auf Fr. 13'000.- (inkl. Auslagen) festzusetzen ist. Mit Blick auf das teilweise Unterliegen der Beschwerdeführerin erscheint dem Gericht eine um die drei Viertel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'250.- als angemessen.

**12.3** Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangegangenen Verfahrens ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

**1.1** Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Publikationsverfügung vom 20. Juni 2016 insoweit aufgehoben, als sie eine Veröffentlichung des Schlussberichts des Sekretariats vom 10. November 2015 in der Version vorsieht, die sich im Anhang zu dieser Verfügung befindet. Die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten wird ebenfalls aufgehoben. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

**1.2** Der Vorinstanz wird untersagt, den Schlussbericht vom 10. November 2015 in dieser eben genannten Version zu veröffentlichen.

**1.3** Die Sache wird zu weiterer Schwärzung und Anonymisierung des Schlussberichts vom 10. November 2015 im Sinn der Erwägungen sowie zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 2'250.- auferlegt. Dieser Betrag wird dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 750.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

#### **3.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'250.- zu bezahlen.



**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage:  
Rückerstattungsformular)
- 
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ' \_\_\_\_\_'; Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	<b>2. Urteil vom 22. April 2020 – Init7 (Schweiz) AG gegen Swisscom (Schweiz) AG, Eidg. Kommunikationskommission ComCom – Interconnect Peering</b>
-----	--

*Urteil A-5235/2018 des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. April 2020 in Sachen Init7 (Schweiz) AG, in Winterthur, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Swisscom (Schweiz) AG, in Bern, vertreten durch [...], Beschwerdegegnerin, Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Interconnect Peering.*

**Sachverhalt:**

**A.**

Die Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7) und die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) sind Internetprovider. Sie schlossen am 19. August 2011 einen sogenannten Zero-Settlement-Peering-Vertrag. Bei einem solchen erfolgt der Datenaustausch zwischen zwei Netzen kostenneutral. Am 27. Juni 2012 kündigte Swisscom diesen Vertrag per 31. Juli 2012 und liess Init7 einen neuen Interconnect-Peering-Vertrag zur Unterschrift zukommen, gemäss welchem neu ein Entgelt geschuldet gewesen wäre, wenn die Asymmetrie des Datenverkehrs das Verhältnis 1:2 übertroffen hätte.

**B.**

Da Init7 mit dem neuen Interconnect-Peering-Vertrag nicht einverstanden war und sich mit Swisscom diesbezüglich nicht einigen konnte, reichte sie am 28. März 2013 bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsvorfügung gegen Swisscom betreffend "Interconnect Peering" (nachfolgend: Peering) ein. Sie beantragte, es sei Swisscom zu verpflichten, ihr unter den im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich den Datenaustausch zwischen deren Internet Backbone AS13030 bzw. deren mobilem Netzwerk und ihrem Internet Backbone AS3303 zu gewähren (vgl. Ziff. 1a - 1i der Rechtsbegehren). Diese Anordnung habe bereits als vorsorgliche Massnahme zu ergehen (vgl. Ziff. 2 der Rechtsbegehren).

**C.**

Nachdem Swisscom am 6. Mai 2013 zum Gesuch um Erlass der vorsorglichen Massnahme sowie am 13. Mai 2013 zum Zugangsgesuch Stellung genommen und jeweils deren Abweisung beantragt hatte, hiess die ComCom mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 den Antrag um Erlass der vorsorglichen Massnahme teilweise gut und verpflichtete Swisscom, Init7 während der Dauer des Zugangsverfahrens unentgeltlich den Datenaustausch gemäss den im Verfügungsdispositiv konkretisierten Bedingungen zu gewähren. Die dagegen erhobene Beschwerde der Swisscom wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-3930/2013 vom 13. November 2013 ab.

**D.**

Um die Marktverhältnisse im Bereich IP-Interkonnektion zu klären, führte das für die Verfahrensinstruktion zuständige Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zwi-

schon Juni und August 2014 eine Marktbefragung durch. Hierfür wurden rund 120 nationale und internationale Internet Service Provider (ISP) und Content Anbieter mit einem standardisierten Fragebogen angeschrieben. Ebenfalls wurden die Verfahrensparteien sowie ihre Transitanbieter mittels eines individualisierten Fragebogens befragt. Insgesamt erhielt das BAKOM 62 Antworten, wovon es 50 im Hinblick auf die Marktanalyse für auswertbar erachtete. Teilweise stellte das BAKOM Anschlussfragen zu den erhaltenen Fragebögen. Seine auf die Marktanalyse gestützte Markteinschätzung hielt das BAKOM in seinem Befundpapier vom 18. November 2014 fest, welches auch den Verfahrensparteien zugestellt wurde.

**E.**

Am 18. November 2014 ersuchte das BAKOM die Eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO), eine Stellungnahme zur Frage der Marktbeherrschung von Swisscom im Bereich IP-Interkonnektion zu erstellen. In ihrem daraufhin erstellten Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass Swisscom betreffend IP-Interkonnektionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sei. Mit Hilfe der Vertragsbeziehung zur Deutschen Telekom AG (nachfolgend: DTAG) könne sich Swisscom auf dem Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) als Anbieterin von IP-Interkonnektionsdienstleistungen gegenüber anderen Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten. Das Abkommen mit der DTAG weise nicht dieselben Charakteristika auf wie übliche Transitabkommen. Nebst der Verpflichtung von Swisscom, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs über die DTAG zu leiten, enthalte es eine Umsatzbeteiligung von Swisscom an den Transiteinnahmen der DTAG, wenn Daten von einer Transitnachfragerin der DTAG an Swisscom geleitet würden (Revenue Share). Dadurch würden Swisscom nicht nur keine Kosten für diesen Transitverkehr entstehen, sondern diese könne gar einen Ertrag erzielen. Swisscom habe somit keine Anreize, unentgeltliche Peering-Verträge abzuschliessen, da die alternative Route über den Transitanbieter für sie nicht nur keine Kosten, sondern gar Einnahmen generiere.

**F.**

Nachdem Init7 und Swisscom mit Eingaben vom 31. März bzw. 15. April 2015 zum Gutachten der WEKO Stellung genommen hatten, teilte das Sekretariat der WEKO dem BAKOM am 24. April 2015 mit, es habe gegen Swisscom und die DTAG eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG im Bereich Peering eröffnet. Aus diesem Grund sistierte das BAKOM das Verfahren mit Zwischenverfügung vom 5. Juni 2015.

**G.**

In ihrem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 betreffend die Vorabklärung nach Art. 26 KG hielt das Sekretariat der WEKO fest, es hätten Anhaltspunkte dafür bestanden, dass das Transitabkommen zwischen Swisscom und der DTAG in seiner ursprünglichen Form hätte geeignet sein können, den wirksamen Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Die DTAG und Swisscom hätten aber im Rahmen der Vorabklärung kooperiert und auf Anregung des Sekretariats ihre Verträge bereits im Stadium der Vorabklärung freiwillig angepasst, so dass im Hinblick auf die zukünftige Wettbewerbssituation ein Eingreifen der WEKO nicht mehr angezeigt sei. Das Sekretariat der WEKO beschloss daher, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.

**H.**

Am 1. Mai 2017 nahm das BAKOM das Verfahren wieder auf. Nachdem zwischenzeitlich zwischen Init7 und Swisscom geführte Vergleichsgespräche ohne Ergebnis geblieben waren, beantragte Init7 am 27. Juli 2017, es sei Swisscom zu verpflichten, ihr unter den im Übrigen gleichen Bedingungen gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 Zugang zu gewähren, neu allerdings nicht mehr nur mit einer Geschwindigkeit von 10 Gigabit pro Sekunde und Leitung, sondern von 20 Gigabit pro Sekunde und Leitung. Diese Anordnung sei bereits als vorsorgliche Massnahme zu erlassen. Ebenfalls beantragte sie die Einholung eines Ergänzungsgutachtens bei der WEKO zu mehreren, im Rechtsbegehren genannten Fragen. In ihrer Stellungnahme vom 28. August 2017 schloss Swisscom auf Abweisung dieser Rechtsbegehren und beantragte ihrerseits die Aufhebung der vorsorglichen Massnahme gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013.

**I.**

Nach Einholung einer Stellungnahme von Init7 wies die ComCom deren Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2017 ab und hob gleichzeitig die vorsorgliche Massnahme gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 auf. Diese Zwischenverfügung blieb unangefochten.

**J.**

Mit Verfügung vom 27. Juli 2018 wies die ComCom das Zugangsgesuch ab und auferlegte die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 126'240.- Init7. Zu Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass Swisscom ohne das ursprüngliche Transitabkommen mit der DTAG ausreichend disziplinierenden Kräften ausgesetzt sei, so dass sie sich auf dem Markt für IP-Interkonnektion nicht unabhängig verhalten könne. Nach Abschluss des neuen Vertragswerks mit der DTAG am 26. Januar 2016 sei eine Marktbeherrschung jedenfalls zu verneinen. Die WEKO habe Swisscom in ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 aufgrund verschiedener Klauseln im Transitabkommen mit der DTAG als marktbeherrschend qualifiziert. Hingegen halte der zwei Jahre später verfasste Schlussbericht des Sekretariats der WEKO nur noch fest, dass das Transitabkommen mit der DTAG in seiner ursprünglichen Form "hätte geeignet sein können", den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Zudem stelle der Schlussbericht fest, dass schon wäh-

rend der Geltungsdauer des Transitabkommens mit der DTAG Alternativen zur IP-Interkonnektion mit Swisscom bestanden hätten. Damit relativiere die WEKO ihr frühere Einschätzung deutlich. Die ComCom sei sodann der Ansicht, dass die disziplinierenden Kräfte durch das Abkommen mit der DTAG nicht vollends ausser Kraft gesetzt worden seien. Es hätten weiterhin Substitute zum Zugang zu den Endkunden von Swisscom bestanden. Der Verkauf eigener Dienste sei für Swisscom deutlich attraktiver geblieben als eine mögliche Umsatzbeteiligung von der DTAG. Der Verlust eines Kunden habe nicht in jedem Fall zu einer Erhöhung der Umsatzbeteiligung der DTAG geführt. Der viel umsatzstärkere Endkundenmarkt und eine gewisse Nachfragemacht der Marktgegenseite hätten Swisscom in ihrem Verhalten in gewissem Umfang eingeschränkt. Schliesslich habe die Beendigung des ursprünglichen Abkommens mit der DTAG keinen Einfluss auf die Preise und Bedingungen der direkten Interkonnektion mit Swisscom gehabt. Die Konditionen für eine direkte Interkonnektion mit Swisscom und deren Verhalten schienen weder durch das Abkommen bestimmt worden noch vor, während und nach dem fraglichen Abkommen branchenunüblich gewesen zu sein. Unter diesen Voraussetzungen könne Swisscom auch während der Dauer des ursprünglichen Transitabkommens mit der DTAG nicht als marktbeherrschend qualifiziert werden.

**K.**

Gegen diese Verfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 27. Juli 2018 erhebt Init7 (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 13. September 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und Swisscom (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) zu verpflichten, ihr unter den im Rechtsbegehren genannten Bedingungen Zugang zu gewähren. Zudem seien die erstinstanzlichen Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangt sie die Einholung eines Ergänzungsgutachtens zur Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin bei der WEKO. Ihre Anträge begründet sie zusammengefasst damit, dass die Beschwerdegegnerin sowohl während der bis 2016 dauernden Abprache mit der DTAG als auch danach auf dem relevanten Markt als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Die Vorinstanz habe sich ohne triftige Gründe über das Gutachten der WEKO hinweggesetzt und zudem den Markt falsch abgegrenzt. Es rechtfertige sich, einen eigenen Markt für IP-Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin für Transitanbieterinnen abzugrenzen. In diesem sei die Beschwerdegegnerin ohne Weiteres marktbeherrschend. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Beschwerdegegnerin sei diese auch als relativ marktbeherrschend anzusehen. Sie habe deshalb gestützt auf Art. 11 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) einen Anspruch auf eine direkte Verbindung zum Netz der Beschwerdegegnerin, ohne hierfür ein Entgelt leisten zu müssen. Ein solcher Anspruch bestehe sodann auch ohne marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 21a FMG. Nebst der falschen Anwendung von Bundesrecht rügt die Be-

schwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Untersuchungsmaxime.

Am 7. November 2018 reicht die Beschwerdeführerin eine "Ergänzung zur Beschwerde vom 13. September 2018" ein und bringt vor, bei drei Mitgliedern der Vorinstanz hätten Befangenheitsgründe vorgelegen.

#### L.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 8. November 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und des Verfahrensantrages. Es bestehe keine gesetzliche Grundlage für ein unentgeltliches Peering. Aufgrund der rasant steigenden Datenmengen und die dadurch entstandenen Ungleichgewichte bei den Datenströmen seien viele internationale Netzbetreiber dazu übergegangen, mit ihren Vertragspartnern neue Peering-Verträge abzuschliessen. Ihre Peering-Konditionen seien markt- und branchenüblich und damit gleichzeitig auch kostenorientiert. Dies sei auch während dem bis 2016 geltenden Vertragsverhältnis mit der DTAG so gewesen. Sie sei auf dem relevanten Markt nicht marktbeherrschend, auch nicht relativ. Peering und Transit seien Substitute.

Die Rüge der Befangenheit wies die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 21. Dezember 2018 als unzutreffend und verspätet zurück.

#### M.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 20. Dezember 2018 auf Abweisung der Beschwerde und begründet dies im Wesentlichen mit den in der angefochtenen Verfügung dargelegten Gründen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder der Ausstandsvorschriften liege nicht vor.

#### N.

Mit Zwischenverfügung vom 8. Januar 2019 ersucht das Bundesverwaltungsgericht die WEKO, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

- *"In ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin auf dem Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Trifft es zu, dass die WEKO diese Qualifikation in ihrem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 "22-0451: Interconnect Peering" relativiert hat (vgl. S. 27 der Verfügung der Vorinstanz vom 27. Juli 2018) oder geht sie wie im Gutachten vom 15. Dezember 2014 nach wie vor von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin aus?"*
- *Ist ein gesonderter Markt für IP-Zugang für Transitanbieterinnen abzugrenzen, dessen Marktgegensetzen einerseits die Beschwerdegegnerin, andererseits aber Transitanbieterinnen wie die Beschwerdeführerin sind (vgl. Rz. 95 ff. der Beschwerde)?"*
- *Wenn ja: Verfügt die Beschwerdegegnerin in diesem gesonderten Markt über eine absolut bzw. relativ marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz. 104ff. der Beschwerde)?"*

- *Geben Beschwerde, Beschwerdeantwort und Vernehmlassung Anlass zu weiteren Bemerkungen der WEKO?"*

#### O.

In ihrem daraufhin erstatteten Fachbericht vom 25. Februar 2019 (nachfolgend: Fachbericht I) hält die WEKO unter Darlegung der Gründe fest, dass das Sekretariat die Einschätzung der WEKO im Gutachten vom 15. Dezember 2014 mit dem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 nicht relativiert habe und die WEKO nach wie vor der Meinung sei, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der mit der DTAG geschlossenen nicht branchenüblichen Vereinbarung zum Zeitpunkt des Gutachtens über eine marktbeherrschende Stellung verfügt habe. Ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung mit der DTAG weiterhin als marktbeherrschend zu qualifizieren sei, könne aufgrund der derzeit vorliegenden Informationen nicht beurteilt werden. Ein gesonderter Markt für IP-Zugang für Transitanbieterinnen sei nach Ansicht der WEKO nicht abzugrenzen.

#### P.

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 6. Mai 2019 an ihren Anträgen und Ausführungen gemäss Beschwerde fest und beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, es sei die WEKO mit einer Ergänzung des Fachberichts I hinsichtlich Frage 2 zu beauftragen, wobei der sich aus den Akten, insbesondere der Replik, ergebende Sachverhalt zu Grunde zu legen sei. Sie begründet ihren Antrag damit, dass die WEKO teilweise von unzutreffenden Annahmen ausgegangen sei.

#### Q.

Die Beschwerdegegnerin nimmt in ihrer Duplik vom 3. Juli 2019 Stellung zum Fachbericht I und zur Replik der Beschwerdeführerin. Sie hält darin an ihren bisherigen Standpunkten und Anträgen fest und beantragt die Abweisung des Antrages auf Einholung eines ergänzenden Fachberichts.

#### R.

In ihrer Duplik vom 5. Juli 2019 bekräftigt die Vorinstanz ihre Standpunkte und nimmt Stellung zum Fachbericht I.

#### S.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Juli 2019 ersucht das Bundesverwaltungsgericht die WEKO, in einem weiteren Fachbericht insbesondere zu bestimmten (Rand-)Ziffern in der Replik der Beschwerdeführerin, der Duplik der Beschwerdegegnerin und der Duplik der Vorinstanz Stellung zu nehmen.

#### T.

Am 5. September 2019 erstattet die WEKO den nachgesuchten Fachbericht (nachfolgend: Fachbericht II). Darin nimmt sie zur Kritik der Verfahrensparteien und der Vorinstanz am Fachbericht I Stellung und hält an ihren Ausführungen im Gutachten vom 15. Dezember 2014 und im Fachbericht I fest.

**U.**

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin nehmen mit Eingaben vom 30. September 2019 bzw. 18. Oktober 2019 zum Fachbericht II Stellung. Darin halten sie jeweils an ihren Standpunkten und Anträgen fest. Seitens der Beschwerdeführerin erfolgt keine Stellungnahme.

**V.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird - soweit entscheiderelevant - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

Die angefochtene Verfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt und stammt von einer eidgenössischen Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Bst. c) hat.

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

**1.3** Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen, soweit es im Streit liegt (Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8 und 2.213, je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin verlangt, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr das gewünschte Peering unter den im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich zu gewähren. Aus ihren Ausführungen ergibt sich, dass sie damit die Fortsetzung des bis 31. Juli 2012 geltenden Zero-Settlement-Peering-Vertrages anstrebt. Diesem lag die Überlegung zugrunde, dass beide Seiten Peering-Dienstleistungen erbringen, zwischen diesen Leistungen mithin ein Austauschverhältnis besteht. Die Beschwerdeführerin ist insofern durchaus bereit, trotz der beantragten Unentgeltlichkeit eine Gegenleistung für den verlangten Zugang zu erbringen, was sie in ihrer Replik denn auch explizit vor-

bringt (vgl. auch Urteil des BVGer A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 4.1.4). Streitgegenstand bildet somit die Festsetzung des Preises für das gewünschte Peering, welcher aufgrund der vorliegend geltenden Dispositionsmaxime zwischen dem von der Beschwerdegegnerin offerierten Preis und dem von der Beschwerdeführerin verlangten Zero-Settlement-Peering liegen kann (vgl. BVGE 2010/19 E. 13.5).

**1.4** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

**2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

Bei der Angemessenheitsprüfung auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht allerdings eine gewisse Zurückhaltung und greift nicht ohne Not in den Beurteilungsspielraum der rechtsanwendenden Behörde ein, wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz - wie vorliegend - über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass Letztere die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen getroffen hat (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 und 135 II 296 E. 4.4.3; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteile des BVGer A-2989/2018 vom 4. September 2019 E. 2, A-3339/2015 vom 22. August 2016 E. 2 und A-411/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 2). Entsprechendes gilt auch, wenn der Gesetzgeber eine Fachinstanz bezeichnet hat, der bestimmte Fragen zur Stellungnahme vorzulegen sind. Von der Beurteilung einer solchen Fachinstanz dürfen die entscheidende Instanz und das Bundesverwaltungsgericht nur aus triftigen Gründen abweichen (vgl. BGE 139 II 185 E. 9.3 und Urteil des BGer 1E.1/2006 vom 12. April 2006 E. 5; Urteile des BVGer A-2989/2018 vom 4. September 2019 E. 2, A-604/2017 vom 22. März 2018 E. 2.2 und A-3993/2015 vom 15. Februar 2016 E. 2; vgl. zum Ganzen auch: Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 2, nicht publiziert in: BVGE 2012/8).

**3.**

Zunächst ist auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs einzugehen.

**3.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe sich mit ihrer Sachverhaltsdarstellung zur Frage, ob sie in ihrer speziellen Situation als Transitbieterin Alternativen zu einem direkten Peering mit der Beschwerdeführerin habe, kaum auseinandergesetzt. Sie habe sich insbesondere nicht mit den geltend gemachten technischen Fakten auseinandergesetzt, sondern die Darstellung unter Hinweis auf die Marktuntersuchung des BAKOM lapidar als unbewiesen abgetan. Damit habe sie ihren Gehörsanspruch verletzt. Des Weiteren habe sich die Vorinstanz ohne nähere Begründung und ohne triftige Gründe über das Gutachten der WEKO

hinweggesetzt und damit die Begründungspflicht verletzt.

**3.2** Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz bestreiten eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe sich in genügender Weise mit der Frage der Substituierbarkeit des Peerings durch Transit sowie dem Gutachten der WEKO auseinandergesetzt.

**3.3** Nach der Rechtsprechung folgt die Begründungspflicht aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (BGE 138 I 232 E. 5.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BGer 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 10.2). Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 140 II 262 E. 6.2 und 136 I 229 E. 5.2).

**3.4** Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet. Die Vorinstanz hat sich im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung mit der Frage der Substituierbarkeit von Peering durch Transit (vgl. zu den Begrifflichkeiten nachfolgend E. 5.1) auseinandergesetzt und ist dabei auch unter Berücksichtigung der vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung und des Gutachtens der WEKO zum Schluss gelangt, dass keine derart enge Marktabgrenzung vorzunehmen sei, wie dies die Beschwerdeführerin geltend mache. Dabei hat sie auch dargelegt, weshalb die Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach aus Qualitätsgründen nicht auf eine direkte IP-Interkonnektion angewiesen sei und für den Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin valable Alternativen zum direkten Peering bestehen würden. Damit ist sie ihrer Begründungspflicht in diesem Punkt in genügender Weise nachgekommen. Sodann ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz zu dieser Thematik weitere Sachverhaltsabklärungen hätte vornehmen müssen, nachdem das BAKOM hierzu bereits eine Marktbefragung durchgeführt und sich auch die WEKO als konsultierende Fachbehörde in ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 ausführlich mit den Fragen der Marktabgrenzung und den Alternativen zu einem direkten Peering auseinandergesetzt hatten.

Schliesslich hat die Vorinstanz ihre Überlegungen, welche sie zu einem Abweichen vom Gutachten der WEKO veranlasst haben, aufgezeigt. So hat sie angeführt, dass sie nicht an das Gutachten der WEKO gebunden sei, sondern eigenständig über die Marktbeherrschung entscheiden müsse. Zudem habe die WEKO mit dem Schlussbericht des Sekretariats ihre frühere Einschätzung gemäss Gutachten vom 15. Dezember 2014 deutlich relativiert. Alsdann hat sie unter Nennung verschiedener Gründe dargelegt, weshalb sie der Ansicht sei,

dass die festgestellten disziplinierenden Kräfte durch das Abkommen mit der DTAG nicht vollends ausser Kraft gesetzt worden seien (vgl. hierzu vorstehend Sachverhalt Bst. J). Damit wurde die Beschwerdeführerin in die Lage versetzt, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Ob die von der Vorinstanz angeführten Gründe ein Abweichen vom Gutachten der WEKO rechtfertigen, wird nachfolgend noch zu prüfen sein.

#### 4.

**4.1** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin sodann die Verletzung von Ausstandspflichten. Mit Verweis auf einen Zeitungsartikel vom 28. Oktober 2018 macht sie geltend, bei drei Mitgliedern der Vorinstanz hätten aufgrund beruflicher Verbindungen zur Beschwerdegegnerin Befangenheitsgründe vorgelegen. Diese Personen hätten in den Ausstand treten müssen. Stephanie Teufel sei Direktorin des Weiterbildungsinstituts IIMT der Universität Freiburg, welches auf ihrer Internetseite die Beschwerdegegnerin als "Platin-Sponsor" ausweise. Aus gut unterrichteter verwaltungsinterner Quelle habe die Beschwerdeführerin zudem erfahren, dass Stephanie Teufel zeitweise Aufträge von der Beschwerdegegnerin bearbeitet habe. Jean-Pierre Hubaux sei Direktor des "Zentrums für digitales Vertrauen" der ETH Lausanne, welches von der Beschwerdegegnerin finanziell unterstützt werde. Schliesslich habe Adrienne Corboud Fumagalli von 1997 bis 2000 für die Beschwerdegegnerin gearbeitet und sei später Vizepräsidentin der ETH Lausanne und zuständig für den Innovationspark gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe der Hochschule jährlich eine Million Franken zugesichert und im Innovationspark ein digitales Labor eingerichtet.

**4.2** Die Beschwerdegegnerin wie auch die Vorinstanz erachten die Rüge als verspätet und unbegründet. Die Interessenbindungen der Mitglieder der Vorinstanz seien auf deren Internetseite offengelegt. Mitglieder der Vorinstanz seien unabhängige Sachverständige, die über einschlägige Branchenerfahrungen verfügen müssten, was zwangsläufig Kontakte mit den wichtigsten Akteuren der Branche voraussetze.

**4.3** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird gestützt auf den auch für die Privaten geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) verlangt, dass ein Ausstandsgrund so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 138 I 1 E. 2.2, 136 I 207 E. 3.4 und 132 II 485 E. 4.3).

**4.4** Es ist öffentlich bekannt, wer Mitglied der Vorinstanz ist. Aufgrund der beschränkten Anzahl der Mitglieder ist zudem stets von einem möglichen Mitwirken aller Mitglieder auszugehen (BGE 132 II 485 E. 4.4). Auf der

Internetseite der Vorinstanz sind der Lebenslauf sowie die Interessenbindungen sämtlicher Mitglieder publiziert (< <https://www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/die-kommission/organisation/mitglieder.html> >, abgerufen am 14. April 2020). Diese Informationen sind somit leicht zugänglich und deren Konsultation war der Beschwerdeführerin ohne Weiteres zumutbar (vgl. FELLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Art. 10 N 37 mit Hinweisen). Die nun vorgebrachten Befangenheitsgründe, welche die Beschwerdeführerin aus den beruflichen Tätigkeiten der Mitglieder ableitet, hätte sie deshalb nach Treu und Glauben bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen müssen und erweisen sich als verspätet. Dies auch deshalb, weil die von der Beschwerdeführerin dargelegten Verbindungen zwischen der Beschwerdegegnerin und den Institutionen, für welche die fraglichen Personen tätig sind, bereits vor dem Zeitungsartikel vom 28. Oktober 2018 öffentlich bekannt waren, wie die von der Beschwerdeführerin eingereichten Medienmitteilungen vom 19. Dezember 2017 (betreffend Partnerschaft zwischen der Beschwerdegegnerin und dem "Zentrum für digitales Vertrauen") und vom 16. Dezember 2015 (betreffend finanzielle Unterstützung der ETH Lausanne durch die Beschwerdegegnerin sowie die Errichtung eines digitalen Labors) sowie ein Blick auf die Internetseite des Weiterbildungsinstituts IIMT (< [www.iimt.ch/de/partner](http://www.iimt.ch/de/partner) >, abgerufen am 14. April 2020) zeigen. Der Vorwurf, Stephanie Teufel habe zeitweise Aufträge von der Beschwerdegegnerin bearbeitet, bleibt sodann unsubstantiiert, unbelegt und wird von der Vorinstanz bestritten. Darauf braucht deshalb nicht weiter eingegangen zu werden und eine Befragung von Stephanie Teufel, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, erübrigt sich.

## 5.

**5.1** Die Interkonnektion, wozu auch das von der Beschwerdeführerin verlangte Peering gehört, ist eine Zugangsform gemäss FMG. Art. 3 Bst. e FMG definiert Interkonnektion als Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Mit anderen Worten ist die Interkonnektion die Verbindung von Fernmeldenetzen verschiedener Anbieterinnen (vgl. Urteil des BVGer A-506/2016 vom 3. Juli 2018 E. 3.1; AMGWERD/SCHLAURI, Telekommunikation, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 6.116; SCHLAURI/VLCEK, Netzneutralität - Eine Analyse mit Schwerpunkt auf dem geltenden Schweizer Kartell- und Telekommunikationsrecht, sic 2010, S. 137, 150). Grundsätzlich können als Formen der IP-Interkonnektion die beiden Kategorien Peering und Transit unterschieden werden. Beim Peering schliessen sich zwei autonome Systeme (AS) bzw. selbständige Netze zwecks direktem Datenaustausch zusammen. Beim Transit gewährleistet das Transit gewährende AS dem Transit nachfragenden AS den Zugang zum Internet. Hierfür muss der Transitanbieter mit anderen AS entsprechende Interkonnektionsvereinbarungen schliessen. Beim Transit erfolgt der Datenaustausch somit indirekt über ein Dritt- bzw. Tran-

sitnetz (vgl. angefochtene Verfügung E. 2.2; Gutachten der WEKO vom 15. Dezember 2014 Ziff. B.3.1 und B.3.2; Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. Dezember 2016 Ziff. A.2.2).

**5.2** Das FMG regelt zwei Arten der Interkonnektionspflicht:

**5.2.1** Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in Form der Interkonnektion Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Grundsätzlich werden die Bedingungen der Interkonnektion zwischen den beteiligten Unternehmungen direkt vereinbart. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten jedoch nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese auf Gesuch einer Partei oder auf Antrag des BAKOM. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen (Art. 11a Abs. 1 FMG). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das BAKOM die WEKO. Diese kann ihre Stellungnahme veröffentlichen (Art. 11a Abs. 2 FMG). Art. 51 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV, SR 784.101.1) konkretisieren den Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen. Das Verfahren um Erlass einer Zugangsverfügung ist in Art. 70 ff. FDV näher geregelt.

**5.2.2** Gemäss Art. 21a Abs. 1 FMG müssen Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzerinnen und Benutzern dieser Dienste sicherstellen (Interoperabilität). Die zur Interoperabilität verpflichteten Anbieterinnen müssen die Interkonnektion auch anbieten, wenn sie nicht marktbeherrschend sind. Für Vereinbarungen und Verfügungen über die Interkonnektion gelten die Art. 11 Abs. 4, 11a Abs. 1 und 3 sowie 11b FMG. Der Bundesrat kann den zur Interoperabilität verpflichteten Anbieterinnen weitere Pflichten auferlegen (Art. 21a Abs. 3 FMG). Nach Art. 32 Abs. 1 FDV muss die Anbieterin dabei direkt oder indirekt Interkonnektion gewähren. Das Verfahren bei Streitigkeiten über die Interoperabilität richtet sich sinngemäss nach den Art. 70-74 FDV (Art. 32 Abs. 2 FDV). Die Vorinstanz legt die Bedingungen der Interkonnektion nach den markt- und branchenüblichen Grundsätzen fest (Art. 32 Abs. 3 FDV). Die Interkonnektionspflicht nach Art. 21a FMG gilt nur für Dienste von versorgungspolitischer Relevanz, mithin für Dienste der Grundversorgung (Matthias Amgwerd, Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, Rz. 185; Clemens von Zedwitz, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, 2007, S. 250). Zu den Diensten der Grundversorgung gehört gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV u.a. der Zugangsdienst zum Internet, wobei seit 1. Januar 2020 hierfür eine garantierte Übertragungsrate von 10 Mbit/s vorgeschrieben ist. Zuvor galten tiefere Übertragungsraten (vgl. aArt. 15 Abs. 1 Bst. b [AS 2017 13] sowie aArt. 16 Abs. 2 Bst. c [AS 2017 13; AS 2014 4161; AS 2012 367 und AS 2007 945]). Die versorgungspolitische Interkonnektionspflicht nach Art. 21a FMG ist weniger umfassend als die wettbewerbspolitische Inter-

konnektionspflicht nach Art. 11 FMG, weil die Interkonnektion bei Grundversorgungsdiensten auch indirekt, also auf dem Umweg über einen anderen Anbieter, gewährt werden kann und der Grundsatz der Kostenorientiertheit nicht in jedem Fall zur Anwendung gelangt (vgl. SCHLAURI/VLCEK, a.a.O., S. 137, 151; Botschaft zur Änderung des FMG vom 12. November 2003, BBI 2003 7951, 7978; BGE 132 II 257 E. 3.3.2).

## 6.

**6.1** Die Beschwerdeführerin beruft sich in ihrer Beschwerde auf Art. 21a FMG. Sie macht geltend, auch Internetdienste seien Dienste der Grundversorgung, weshalb ihr die Beschwerdegegnerin Interkonnektion in Form des verlangten Peerings gestützt auf diese Norm zu gewähren habe. Eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin sei somit nicht erforderlich.

**6.2** Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz erachten Art. 21a FMG vorliegend nicht für anwendbar. Hierzu wird vorgebracht, Art. 21a FMG beziehe sich einzig auf Dienste der Grundversorgung. Peering sei jedoch kein Dienst der Grundversorgung. Eine zur Interoperabilität verpflichtete Anbieterin müsse die Kommunikationsfähigkeit sodann in Form von direkter oder indirekter Interkonnektion sicherstellen. Die indirekte Interkonnektion genüge der Beschwerdeführerin jedoch nicht. Beim Zugangsdienst zum Internet gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV handle es sich um einen Dienst auf der Retailebene und könne nicht mit Interkonnektionsdiensten verglichen werden. Die zu garantierende Übertragungsrate nach Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV sei mit dem Datenaustausch zwischen den Beschwerdeparteien nicht zu vergleichen.

**6.3** Ein Anspruch auf das von der Beschwerdeführerin beantragte Peering gestützt auf Art. 21a FMG besteht nicht. Die auf dieser Norm beruhende Interkonnektionspflicht besteht nur - wie vorne erwähnt (vgl. E. 5.2.2) - für Dienste der Grundversorgung. Die Beschwerdeführerin verlangt in ihrer Beschwerde für den Datenaustausch jedoch eine Geschwindigkeit von 10 Gbit/s pro Leitung und damit eine weitaus höhere Übertragungsrate als dies in Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV für den zur Grundversorgung gehörenden Zugangsdienst zum Internet vorgesehen ist. Zudem genügt nach Art. 32 Abs. 1 FDV bei der Interoperabilität auch die Gewährung von indirekter Interkonnektion, weshalb die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 21a FMG nicht zur direkten Interkonnektion in Form des Peerings verpflichtet werden kann.

## 7.

Zu prüfen bleibt damit, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf das verlangte Peering gestützt auf Art. 11 FMG hat. Voraussetzung hierfür ist, dass der Beschwerdegegnerin Marktbeherrschung zukommt.

**7.1** Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das BAKOM die WEKO (Art. 11a Abs. 2 FMG). Diese gibt ihre Beurteilung praxisgemäss in Form eines Gutachtens im Sinne von Art. 47 KG ab. Da die Konsultation der fachkundigen WEKO zwingend ist und diese gegenüber den Parteien als neutral zu gelten hat, rechtfertigt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die für Gutachten geltenden Grundsätze wenigstens sinngemäss anzuwenden. Entgegen der

Ansicht der Vorinstanz kann daher nur aus triftigen Gründen, mithin wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist, vom Gutachten der WEKO abgewichen werden. Damit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass Art. 11a Abs. 2 FMG sicherstellen soll, dass das fernmelderechtliche Zugangsregime in Einklang mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht steht (BGE 132 II 257 E. 4.4.1 und 4.4.2 sowie 101 IV 129 E. 3a; BVGE 2013/46 E. 6.5.3; Amgwerd/Schlauri, a.a.O., Rz. 6.156 f.; Auer/Binder, in: Kommentar VwVG, Art. 12 N 46 und 62).

**7.2** Vorliegend konsultierte das BAKOM die WEKO in Anwendung von Art. 11a Abs. 2 FMG. In ihrem daraufhin erstatteten Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin betreffend IP-Interkonnektionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sei.

An dieser Beurteilung hält die WEKO auch in ihren vom Bundesverwaltungsgericht eingeholten Fachberichten I und II fest. Im Fachbericht I stellt sie zudem ausdrücklich klar, dass - entgegen der von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung geäusserten Ansicht - im Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. Dezember 2016 keine Relativierung des Gutachtens vom 15. Dezember 2014 erblickt werden kann. Nach dem zuvor Ausgeführten kann deshalb von der dargelegten Beurteilung der WEKO nur aus triftigen Gründen abgewichen werden.

## 7.3

**7.3.1** Wie die WEKO im Fachbericht I festhält, bezieht sich ihre Beurteilung der Marktbeherrschung im Gutachten nur auf die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016. Ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung weiterhin, aber aus anderen Gründen, als marktbeherrschend zu qualifizieren sei, könne aufgrund der derzeit vorliegenden Informationen und ohne erneute Untersuchung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht beurteilt werden.

**7.3.2** Zwar hat die WEKO in ihrem Gutachten die Marktbeherrschung der Beschwerdegegnerin insbesondere aufgrund der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG bejaht, daraus kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass nach Wegfall dieser Vereinbarung keine Marktbeherrschung mehr bestehen kann. Das Gutachten der WEKO basiert auf dem Befundpapier des BAKOM vom 18. November 2014, welchem wiederum die Ergebnisse einer von Juni bis August 2014 durchgeführten Marktbefragung zugrunde liegen. Das Gutachten der WEKO datiert alsdann vom 15. Dezember 2014 und konnte entsprechend nur die bis zu diesem Zeitpunkt bekannten Umstände berücksichtigen. Die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 wurden weder durch das BAKOM noch durch die Vorinstanz oder die WEKO näher abgeklärt. Eine verlässliche Aussage über die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung lässt sich auf der



Grundlage der ermittelten Daten aus dem Jahr 2014 nicht machen. Gerade in einem dynamischen Umfeld wie dasjenige der IP-Interkonnektion und aufgrund des raschen technologischen Wandels im Bereich des Internets, worauf auch die Vorinstanz mehrfach hinweist, können Veränderungen der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht ausgeschlossen werden. Die WEKO hat im Fachbericht I denn auch explizit darauf hingewiesen, dass sich je nach Zeitpunkt der wettbewerbsrechtlichen Abklärung eine andere Marktabgrenzung ergeben könne und dass sie ohne erneute Untersuchung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse keine Beurteilung darüber abgeben könne, ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Im Fachbericht II äusserte sie sich zumindest dahingehend, dass - sollte die Beschwerdegegnerin ihre restriktive Peering-Politik beibehalten und weiterhin für den asymmetrischen Datenverkehr ein Entgelt verlangt haben - durchaus Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung eine marktbeherrschende Stellung innehatte.

**7.3.3** Die Marktstellung der Beschwerdegegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG bleibt damit unklar. Da für diese Zeit die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht abgeklärt wurden und diesbezüglich auch keine Beurteilung der WEKO vorliegt, kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die angefochtene Verfügung teilweise (hinsichtlich der Zeit nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung) aufzuheben und die Angelegenheit zur Abklärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse sowie zur Konsultation der WEKO im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

## 8.

Damit bleibt die Marktbeherrschung für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 zu prüfen.

### 8.1

**8.1.1** Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition in Art. 4 Abs. 2 KG abzustellen (BVGE 2010/19 E. 14.10.1 und 2009/35 E. 8.4.1; Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 13.1, nicht publiziert in: BVGE 2012/8). Danach gelten als marktbeherrschend 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. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 9.3.1, in: RPW

2013/1, S. 129; BVGE 2012/8 E. 21 und 2009/35 E. 9.4.1; REINERT/BLOCH, in: Amstutz et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 4 Abs. 2 N 267 ff.; MATTHIAS AMGWERT, a.a.O., Rz. 203 ff.).

**8.1.2** Um die Frage der Marktbeherrschung zu klären, ist einerseits der sachlich und andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen. Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist dagegen von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.1 und 2009/35 E. 8.4.1; Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 13.3, nicht publiziert in: BVGE 2012/8; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N 102 ff. und 257; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz. 179 ff., 277 f. und 750; MATTHIAS AMGWERT, a.a.O., Rz. 196 ff.).

**8.1.3** Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Der relevante Markt ist somit aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen, weshalb diese bei jeder Markt-abgrenzung vorgängig zu bestimmen ist (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.3 und 2009/35 E. 8.4.1; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 189; Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 13.4, nicht publiziert in: BVGE 2012/8).

**8.2** In ihrem Gutachten grenzte die WEKO zunächst den sachlich relevanten Markt ab. Ausgangspunkt ihrer Marktabgrenzung bildete die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin. Als Marktgegenseite bestimmte sie vorerst alle AS, insbesondere Internet Service Provider (ISP), Content- und Dienste-Anbieter (CDA) sowie Transitanbieter, die den direkten Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin nachfragen oder potentiell nachfragen könnten. Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes prüfte die WEKO sodann, welche Möglichkeiten der indirekten Interkonnektion von der Marktgegenseite in qualitativer und ökonomischer Hinsicht als Substitut für einen direkten Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin angesehen werden. Sie kam zum Schluss, dass die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin und Transit beim Transitanbieter der Beschwerdegegnerin aus Sicht der Marktgegenseite dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzurechnen seien. Hingegen stelle jede Verbindung mit der Beschwerdegegnerin, die an einer Stelle über ein nicht direkt kontrolliertes Zero-Settlement-Peering abgewickelt werde, einen möglichen Engpass dar. Der sachlich relevante Markt umfasse daher die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin sowie die indirekte Anbindung über Transit beim Transitanbieter der Beschwerdegegnerin, insbesondere über die DTAG. Zudem gehörten die Transitangebote einzelner Peering-Partner der Beschwerdegegnerin zum relevanten Markt. Zum

räumlich relevanten Markt zählte die WEKO sämtliche Internetknoten, an denen die Beschwerdegegnerin oder die DTAG innerhalb von Europa Interkonnektion anbieten würden. Nach der Marktabgrenzung prüfte die WEKO die Marktstellung der Beschwerdegegnerin. Diese resultiere zum einen aus der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin als Eigentümerin einer nationalen Telekominfrastruktur den Zugang zu ihren Endkunden (zumindest temporär) exklusiv anbieten könne. Die Beschwerdegegnerin besitze ein technisches Monopol für den Zugang zu ihren Endkunden. Zum anderen führe die hierarchische Struktur des Internets und die Notwendigkeit der any-to-any-Verbindung dazu, dass Alternativen beständen. Gemäss Marktabgrenzung könnten Transitanbieter ebenfalls den Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin anbieten, wobei insbesondere die DTAG eine vergleichbare Qualität bereitstellen könne. Aus einer Analyse der Marktanteile und aufgrund der vorhandenen Verbindungskapazitäten schloss die WEKO sodann, dass die Beschwerdegegnerin und die DTAG die beiden zentralen Marktteilnehmer seien. Sie stellte sich alsdann die Frage, inwieweit die Transit-Verbindung über die DTAG dazu geeignet sei, die Beschwerdegegnerin daran zu hindern, sich im relevanten Markt unabhängig zu verhalten. Hierbei stellte die WEKO fest, dass das im Zeitpunkt der Begutachtung geltende Transitabkommen zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG nicht dieselben Charakteristika aufweise, wie übliche Transitabkommen, gemäss welchen der Transitanbieter einen bestimmten Betrag für das nachgefragte Datenvolumen bezahle. Es stelle vielmehr ein hybrides Abkommen zwischen Peering-Abkommen und Transitabkommen mit Umsatzbeteiligung (Revenue Share) dar. Durch die einseitige Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs über die DTAG zu leiten, werde die DTAG quasi die einzige Anbieterin für einen alternativen Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin, so dass eine Disziplinierung durch alternative Transitanbieter praktisch ausgeschlossen sei. Durch die vereinbarte Umsatzbeteiligung verdiene die Beschwerdegegnerin zudem am Grossteil der Transitverträge der DTAG mit Dritten, über welche Datenverkehr ins Netz der Beschwerdegegnerin geleitet werde. Die Beschwerdegegnerin habe somit keine Anreize, unentgeltliche Peering-Verträge abzuschliessen, da die alternative Route über den Transitanbieter nicht nur keine Kosten, sondern gar Einnahmen generiere. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass die Möglichkeit von Transit über die DTAG die Beschwerdegegnerin in irgendeiner Form disziplinieren würde. Als Zwischenfazit kam die WEKO damit zum Schluss, dass die Marktstellung der Beschwerdegegnerin hinsichtlich des aktuellen Wettbewerbs als sehr stark zu bezeichnen sei. Den potentiellen Wettbewerb schätzte die WEKO alsdann als sehr gering ein. Des Weiteren hielt die WEKO fest, dass die Wechselbereitschaft im Endkundenmarkt für Breitbandinternet immer noch sehr tief sei. Eine wesentliche Einschränkung des Handlungsspielraums der Beschwerdegegnerin sei dadurch nicht zu beobachten. Schliesslich gehe auch von der Marktgegenseite keine starke disziplinierende Wirkung aus. Aus diesen Gründen kam die WEKO schlussendlich zum bereits erwähnten Ergebnis, dass die Beschwerdegegnerin betreffend IP-Interkonnek-

tionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sei.

**8.3** Da von dieser Beurteilung der WEKO nach dem bereits Ausgeführten nur aus triftigen Gründen abgewichen werden kann (vgl. vorstehend E. 7.1 und 7.2), gilt es nachfolgend zu prüfen, ob die von der Vorinstanz sowie der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe ein Abweichen vom Gutachten der WEKO rechtfertigen.

## 9.

Strittig ist zunächst der sachlich relevante Markt. Nachfolgend ist diesbezüglich auf die Vorbringen der Vorinstanz (E. 9.1 und 9.2), der Beschwerdegegnerin (E. 9.3) sowie der Beschwerdeführerin einzugehen (E. 9.4).

**9.1** Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung fest, dass die indirekte Interkonnektion über Drittanbieterinnen ein Substitut zur direkten Interkonnektion darstellen könne. Nebst den Transitanbieterinnen könnten auch Anbieter eines Content Delivery Network (CDN) für Content-Anbieter mit reproduzierbaren Inhalten weitere potentielle Substitute zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin anbieten. Damit grenzt die Vorinstanz den sachlich relevanten Markt im Vergleich zum Gutachten der WEKO weniger eng ab und übernimmt die Marktabgrenzung des BAKOM gemäss deren Befundpapier vom 18. Oktober 2014. Nach Ansicht der Vorinstanz bilden somit Transitanbieter der Beschwerdegegnerin sowie deren Peering-Partner, die Peering-Partner der Beschwerdegegnerin und CDN-Anbieter mögliche Alternativen zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin und sind zum sachlich relevanten Markt zu zählen. Weshalb der sachlich relevante Markt im Vergleich zum Gutachten der WEKO breiter abzugrenzen sein soll, legt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht dar. Sie verweist lediglich auf die Marktabgrenzung im Befundpapier des BAKOM vom 18. Oktober 2014. Mit den Ausführungen zur Marktabgrenzung der WEKO setzt sie sich nicht auseinander. Dies obwohl die WEKO in ihrem Gutachten eingehend darlegte, weshalb sie den sachlich relevanten Markt enger abgrenzt als das BAKOM in ihrem Befundpapier und auch das BAKOM in ihrem Befundpapier (vgl. S. 5) einleitend festhält, ihre Einschätzung zu den Marktverhältnissen solle der WEKO nur als Grundlage bei der Erarbeitung ihres Gutachtens dienen und sei für diese nicht bindend. Triftige Gründe, welche für ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO erforderlich wären, lassen sich der angefochtenen Verfügung nicht entnehmen.

**9.2** Im Beschwerdeverfahren setzt sich die Vorinstanz eingehender mit der Marktabgrenzung auseinander. Zudem hat sich auch die WEKO in ihren Fachberichten I und II nochmals ausführlich zur Marktabgrenzung geäussert. Darauf ist nachfolgend näher einzugehen.

### 9.2.1

**9.2.1.1** Die Vorinstanz bringt zunächst vor, die WEKO habe im Fachbericht I eine noch engere Marktabgrenzung vorgenommen als im Gutachten. Während sie im Gutachten noch davon ausgehe, dass der sachlich relevante Markt die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin sowie die indirekte Anbindung über

Transit bei Transitanbieterinnen der Beschwerdegegnerin, insbesondere über die DTAG, als auch Transitangebote einzelner Peering-Partner der Beschwerdegegnerin umfasse, gehe sie im Fachbericht I davon aus, dass lediglich ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstelle. Sie gelange zu dieser noch engeren Marktabgrenzung, weil sie als Ausgangspunkt der Analyse die restriktionsfreie, kostenfreie Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin gewählt habe. Neu gehe sie von einem Markt für kostenlosen IP-Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin aus, zumindest bei Netzen, welche mit der Beschwerdegegnerin eine grössere Datenmenge austauschen würden. Im Gutachten sei sie hingegen noch von einem Markt für den Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin ausgegangen, was auch die kostenpflichtige Interkonnektion umfasse. Die Analyse gehe somit von einem Gegenstand aus, der als Produkt heute auf dem sachlich relevanten Markt gar nicht existiere. Nach dieser engen Betrachtung müssten alle AS, welche eine ausreichend grosse Datenmenge mit der Beschwerdegegnerin austauschen und damit die Schwelle, wonach Peering weniger als Transit koste, überschreiten würden, ein kostenloses uneingeschränktes Peering von der Beschwerdegegnerin erhalten, andernfalls von einer Marktbeherrschung auszugehen wäre. Auch müsste die Beschwerdegegnerin von allen AS, mit welchen sie eine grössere Datenmenge austausche, eine kostenlose Peering-Verbindung erhalten, was jedoch nicht der Fall sei. Die Betrachtungsweise der WEKO stehe diametral im Widerspruch zur beobachteten Praxis.

**9.2.1.2** Die WEKO hält in ihrem Fachbericht II fest, dass sie in ihrem Fachbericht I nicht neu von einem Markt für kostenlosen Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin ausgehe, sondern an ihrer Abgrenzung eines Marktes für den Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin gemäss Gutachten festhalte. Darauf ist abzustellen. Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass die Marktabgrenzung der WEKO im Fachbericht I etwas enger ausgefallen ist als im Gutachten. Während sie im Gutachten nebst der direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin die indirekte Anbindung über Transit bei Transitanbieterinnen der Beschwerdegegnerin, insbesondere über die DTAG, sowie Transitangebote einzelner Peering-Partner der Beschwerdegegnerin zum sachlich relevanten Markt zählte, erachtet sie im Fachbericht I nur ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin als langfristige Alternative zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin. Aufgrund ihrer Grösse sei es allerdings unwahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin als Peering-Partnerin der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin in Frage komme. Kurzfristig könne sich auch die Nachfrage von Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin und damit die Inkaufnahme einer temporären geringfügigen aber signifikanten Preiserhöhung anbieten, wenn hierdurch eine kostenfreie Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin erzielt werden könne.

**9.2.1.3** Ein Widerspruch zwischen Gutachten und Fachbericht I besteht jedoch nicht. Die unterschiedliche Marktabgrenzung ist darauf zurückzuführen, dass die

WEKO im Gutachten als Marktgegenseite "vorerst" alle AS, insbesondere ISP, Content- und Dienste-Anbieter und Transitanbieter, die den direkten Zugang zu den Endkunden von Swisscom nachfragen oder potentiell nachfragen könnten, bestimmte. Ausgehend davon und der sich daraus ergebenden Marktabgrenzung bejahte die WEKO im Gutachten - insbesondere aufgrund der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG - eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin. Entsprechend bestand für sie kein Anlass mehr, die Marktstellung der Beschwerdegegnerin auf einem enger abzugrenzenden Markt zu prüfen. Im Fachbericht I äusserte sich die WEKO zur Frage, ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung weiterhin als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Hierfür präziserte sie ihre Marktabgrenzung gemäss Gutachten und definierte als Marktgegenseite AS, die sich in einer vergleichbaren Lage wie die Beschwerdeführerin befinden. Entsprechend prüfte sie im Fachbericht I, welche Alternativen aus technischer und ökonomischer Sicht seitens dieser AS als nutzbare Alternativen anzusehen sind. Als Referenzpunkt bzw. Benchmark ging sie bei ihrer Beurteilung aus ökonomischer Sicht von einem Zero-Settlement-Peering, wie es zwischen den Parteien bis 2012 vereinbart war, aus. Dieses Vorgehen erscheint durchaus sachgerecht. Es galt zu klären, ob die Beschwerdegegnerin die neuen und für ihre Vertragspartner ungünstigeren Peering-Bedingungen am Markt nur deshalb durchsetzen konnte, weil sie ungenügendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt war. Für die Antwort auf diese Frage sind die Umstände entscheidend, die bei Einführung der neuen Peering-Bedingungen galten. Für die Marktabgrenzung hatte sich die WEKO folglich mit der Frage zu beschäftigen, ob und wenn ja, welche anderen Formen der direkten oder indirekten Interkonnektion mit dem Netz der Beschwerdegegnerin aus Sicht der Vertragspartner, die bis dahin ein Zero-Settlement-Peering betrieben, austauschbar sind.

**9.2.1.4** Die WEKO legte ihre Überlegungen zur Marktabgrenzung im Fachbericht I eingehend dar. Gestützt auf die Marktbefragung bzw. das Befundpapier des BAKOM hielt die WEKO fest, dass von den Marktteilnehmerinnen lediglich Transitanbieterinnen, welche entweder Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin seien oder ein Peering-Abkommen mit der Beschwerdegegnerin hätten, als mögliche Alternativen zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin angesehen würden. Alsdann untersuchte sie diese Alternativen aus technischer und ökonomischer Sicht näher. In Bezug auf Transitanbieterinnen der Beschwerdegegnerin kam sie zum Schluss, dass den Nachfragern während der Dauer des nicht branchenüblichen Vertragsverhältnisses zwischen der DTAG und der Beschwerdegegnerin faktisch nur die DTAG zur Verfügung gestanden habe. Zu den Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin führte sie aus, dass diese grundsätzlich an die Bedingungen des Peering-Abkommens mit der Beschwerdegegnerin gebunden seien. Würde die Beschwerdeführerin anstatt einer direkten Peering-Anbindung eine indirekte Peering-Anbindung über eine Peering-Partnerin der Beschwerdegegnerin nutzen, wäre sie mindestens denselben Restriktionen unterworfen wie bei einer direkten Peering-Anbindung. Aus technischer Sicht sei daher das Dazwi-

schenschalten eines weiteren AS, welches ebenfalls über eine aus technischer Sicht gleichwertige Peering Anbindung wie die Beschwerdeführerin verfüge, sinnlos, da eine solche ohne technische Vorteile immer zu einer Verzögerung der Datenübertragung führe. Zumindest für die Beschwerdeführerin könne dies keine Alternative darstellen. Auch gemäss der vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung würden die Mehrzahl der Marktteilnehmerinnen einen solchen Alternativzugang nicht als Alternative ansehen. Im Ergebnis entsprechen diese Ausführungen zu den technischen Alternativen dem Gutachten. Wie die WEKO im Fachbericht I auch festhält, war sie im Gutachten zum Schluss gelangt, dass der Einkauf von Transit bei der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin aus technischer Sicht eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstelle. Hingegen hatte sie die Nachfrage nach Transit bei einer Peering-Partnerin der Beschwerdegegnerin aufgrund der restriktiven Peering-Policy seitens der Beschwerdegegnerin und der damit verbundenen Unsicherheiten hinsichtlich einer möglichen Drosselung der Übertragungsgeschwindigkeit bzw. einem restriktiven Ausbau von Übertragungskapazitäten aus technischer Sicht nicht als Alternative angesehen. Schliesslich unterzog die WEKO sowohl die Interkonnektion mit den Transitanbieterinnen als auch der Peering-Partner der Beschwerdegegnerin einer Analyse aus ökonomischer Sicht. Zur Interkonnektion mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin hielt sie fest, dass eine solche Interkonnektion sowohl über Peering als auch über Transit realisiert werden könne. Da die Beschwerdegegnerin gegenüber ihrer Transitanbieterin in der Regel ein Entgelt entrichte, erziele die Transitanbieterin hierdurch einen Ertrag. Sie müsse daher keine Kosten für die Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin an dritte AS, welche über sie Zugang zum AS der Beschwerdegegnerin erhielten, überwälzen. Für einen Peering-Partner der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin würden daher - soweit es sich um ein Zero-Settlement-Peering handle - keine Kosten entstehen. Damit stelle das Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin auch aus ökonomischer Sicht eine Alternative zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin dar. Eine Transitanbieterin bei der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin habe für die Gewährung des Transitzugangs ein Entgelt zu entrichten. Dieses sei in der Regel höher als die Kosten für die Aufrechterhaltung des kostenfreien Peerings. Damit stelle ein Transitabkommen mit der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin für die Peering-Partner der Beschwerdegegnerin (z.B. die Beschwerdeführerin), die über eine Zero-Settlement-Peering verfügen würden, in preislicher Hinsicht grundsätzlich keine Alternative dar, da hierdurch eine kleine, aber signifikante dauerhafte Preiserhöhung akzeptiert werden müsse. Allerdings könne die Nachfrage nach Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin kurzfristig eine Alternative zum kostenfreien Peering darstellen. Einerseits könne dies als Backup-Lösung dienen. Andererseits könne ein AS den Umweg über Transit aus strategischen Überlegungen anwenden, da der Transit üblicherweise bei der Beschwerdegegnerin Kosten verursache. Zur Interkonnektion mit einem Peering-Partner der Beschwerdegegnerin hielt die WEKO bei ihrer ökonomischen Analyse fest, dass eine solche

nur über Transit realisiert werden könne. Damit wäre eine Interkonnektion mit einem Peering-Partner aber ebenfalls kostenpflichtig und könne je nach Preisunterschied in ökonomischer Hinsicht nicht als Alternative zur kostenfreien Interkonnektion angesehen werden. Aufgrund dieser Überlegungen ist die WEKO schlussendlich zum bereits erwähnten Ergebnis gelangt. Die Ausführungen der WEKO hierzu sind stringent und nachvollziehbar, weshalb für das Bundesverwaltungsgericht soweit kein Anlass besteht, von dieser Beurteilung abzuweichen.

## 9.2.2

**9.2.2.1** In Bezug auf Transit bei Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin als mögliches Substitut bringt die Vorinstanz vor, dass nicht alle AS dermassen asymmetrische Datenströme ausweisen würden wie die Beschwerdeführerin. Auch wenn alle Peering-Vereinbarungen der Beschwerdegegnerin einer Ratio-Beschränkung unterliegen würden, müsse dies nicht dazu führen, dass alle AS denselben Restriktionen in der Verbindung mit den Endkunden der Beschwerdegegnerin unterliegen würden. Ein AS mit einem ausgeglichenen Datenaustauschverhältnis mit der Beschwerdegegnerin habe Kapazitäten, um Verkehr zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin anzubieten, ohne die Ratio-Bedingung zu verletzen. Die Analyse des BAKOM habe gezeigt, dass solche AS bestehen würden. Der Bezug von Transit-Diensten bei Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin sei daher ein Substitut zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin.

**9.2.2.2** Die WEKO führt sowohl in ihrem Gutachten als auch im Fachbericht I aus, die Verbindung zu einem Peering-Partner der Beschwerdegegnerin unterliege grundsätzlich den gleichen Restriktionen wie ein direktes Peering mit der Beschwerdegegnerin und könne daher kein bzw. nur in Ausnahmefällen ein hinreichendes Substitut darstellen. Im Fachbericht II bringt sie sodann ergänzend vor, es könne nicht alleine darauf abgestellt werden, ob für Fernmeldediensteanbieter eine Alternative zum kostenfreien Peering bestehe, ohne die daraus resultierenden Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Marktverhalten der Beschwerdegegnerin zu betrachten. Ab einer bestimmten ausgetauschten Datenmenge sei kostenfreies Peering günstiger als Transit, da die für Peering entstehenden Fixkosten auf eine ausreichend grosse Datenmenge verteilt werden könnten. Sei die Differenz zwischen den für Peering entstehenden Kosten und den alternativen Transitzkosten gross genug, könne es sich für einen marktbeherrschenden Marktteilnehmer lohnen, eine Preiserhöhung von mindestens 5-10 % durchzusetzen, wenn die alternativen Kosten noch höher seien. Im Bereich der IP-Interkonnektion funktioniere die Disziplinierung des hypothetischen Monopolisten dadurch, dass ein von einer Preiserhöhung beim Peering betroffenes Unternehmen nur zeitweise auf eine kostenintensivere Transitverbindung, welche eigentlich kein Substitut darstelle, ausweiche und so beim hypothetischen Monopolisten nicht nur einen Umsatzverlust durch die Abwanderung, sondern auch zusätzliche Kosten in Form von Transitgebühren generiere. Dies reiche in der Regel aus, um den hypothetischen Monopolisten zu disziplinieren, so dass er wieder in ein kostenfreies Peering-Verhältnis zurückkehre. Nur unter dem Ge-

sichtspunkt der Disziplinierung des hypothetischen Marktbeherrschers durch die kurzzeitige Nutzung eines Transitverhältnisses, welches meist in preislicher Hinsicht keine Alternative darstelle, seien diese Verträge dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen. Die Vorinstanz qualifiziere aber die für die Beschwerdeführerin höheren Kosten, welche durch den Wechsel von kostenfreiem Peering auf kostenpflichtigen Transit entstehen, nicht als Hinderungsgrund, Transit- und Peering-Abkommen als Substitute anzusehen. Da der von der Vorinstanz bzw. dem BAKOM als Substitut qualifizierte Peering-Partner zudem bei der Beschwerdegegnerin keine zusätzlichen Kosten im Sinne einer Transitgebühr verursache, weil der Datenaustausch zwischen ihnen frei von Gebühren sei, komme dieser Alternative eine geringere disziplinierende Wirkung zu. Diese Alternative sei daher bedeutend weniger geeignet, den hypothetischen Monopolisten dazu zu bewegen, zum kostenfreien Peering zurückzukehren, weshalb die WEKO sie in ihrer Marktabgrenzung nur teilweise als Substitut qualifiziert habe. Diese Ausführungen der WEKO sind nachvollziehbar und schlüssig. Im Gegensatz zur Vorinstanz unterzieht die WEKO die unter technischen und theoretischen Gesichtspunkten eruierten Ausweichmöglichkeiten auch einer Überprüfung aus ökonomischer Sicht. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht daher kein Anlass, von der Beurteilung der WEKO als Fachbehörde abzuweichen.

### 9.2.3

**9.2.3.1** Nach Ansicht der Vorinstanz gehört nicht nur Transit beim Transitanbieter der Beschwerdegegnerin und bei Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin zum sachlich relevanten Markt, sondern auch Transit bei weiteren Transitanbietern. Es fliesse über eine Vielzahl von AS Verkehr ins Netz der Beschwerdegegnerin. Der Anteil über die DTAG habe während der Untersuchung lediglich 25 % des gesamten eingehenden Verkehrs betragen, wie sich aus dem Befundpapier des BAKOM ergebe. Das BAKOM habe Transitanbieter identifizieren können, welche auch ohne direkte Interkonnektion mit der DTAG für mit der Beschwerdeführerin vergleichbare Kunden eine ausreichende Verbindung zu den Kunden der Beschwerdegegnerin hätten bereitstellen können.

**9.2.3.2** Die WEKO stellt hierzu in ihrem Fachbericht I fest, dass die Beschwerdegegnerin während der Dauer des nicht branchenüblichen Vertragsverhältnisses mit der DTAG lediglich Transitsnachfragerin bei drei Anbietern gewesen sei. Dies ist soweit unbestritten. Die Beschwerdegegnerin war sodann vertraglich verpflichtet, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs, welcher weit über 25 % betrug, über die DTAG zu leiten. Mit Verweis auf die Marktbefragung bei der Beschwerdegegnerin stellte die WEKO sowohl in ihrem Gutachten als auch in ihren Fachberichten fest, dass tatsächlich gar ein noch weit höherer Prozentsatz des Transitverkehrs über die DTAG geleitet worden sei. Davon ging auch das Sekretariat der WEKO in ihrem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 aus. Die von der Vorinstanz und auch im Befundpapier des BAKOM erwähnten 25 % beziehen sich offensichtlich auf den gesamten eingehenden Verkehr ins Netz der Beschwerdegegnerin und nicht nur auf den Transitverkehr. Dies wird von der Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom

18. Oktober 2019 denn auch bestätigt. Die WEKO ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, dass Nachfragern nach einer indirekten Interkonnektion über eine Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin in deren Netz faktisch nur die DTAG zur Verfügung stand. Daraus folgerte die WEKO in ihrem Fachbericht I - wiederum richtig - dass weitere Transitanbieter nicht als Alternativen angesehen werden können, weil dies die Zwischenschaltung eines weiteren Netzes, nämlich dasjenige der DTAG, bedingen würde und somit nur ein Zugang zu einer Transitsnachfragerin bzw. einer Peering-Partnerin der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin zur Verfügung stehe. Solche Konstellationen werden - worauf auch die WEKO hinweist - gemäss Befundpapier des BAKOM (vgl. Tabelle 6, Ziff. 4-6) von den Marktteilnehmerinnen jedoch nicht als Alternativen angesehen.

### 9.2.4

**9.2.4.1** Im Gegensatz zur WEKO zählt die Vorinstanz schliesslich auch CDN zum sachlich relevanten Markt. Gemäss BAKOM könnten CDN-Anbieter für Content-Anbieter mit reproduzierbaren Inhalten weitere potentielle Substitute zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin anbieten. CDN würden eine Möglichkeit bilden, grosse Datenmengen zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin zu bringen. Im untersuchten Zeitraum sei ein grosser Teil des eingehenden Verkehrs über CDN zur Beschwerdegegnerin geflossen. CDN würden zwar nicht für alle Dienste eine Möglichkeit der Interkonnektion darstellen, insbesondere für Dienste mit häufigen Interaktionen kämen sie nur beschränkt in Frage. Jedoch seien CDN für Dienste, welche hohe Bandbreiten benötigten und vor allem in eine Richtung fliessen würden, äusserst effizient und preislich aufgrund von Skaleneffekten und Nachfragemacht der Inhalts-Aggregatoren attraktiv. Sie seien gerade für diejenigen Dienste prädestiniert, die im Fall der Beschwerdeführerin relevant seien und die asymmetrischen Verkehrsströme verursachen würden. Die von der WEKO im Gutachten genannten Dienste, für welche CDN nicht genutzt werden könnten, wie Telefonie und Videokonferenzen, würden hingegen symmetrische Datenflüsse verursachen. Diese Dienste würden folglich die Bedingung des maximalen Datenaustausches nicht verletzen und könnten so - bei Erfüllung der weiteren Peering-Bedingungen - bei der Beschwerdegegnerin ohne Weiteres ein kostenloses Peering erhalten. Auf der anderen Seite könnten AS, welche grosse Datenmengen zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin senden würden, ein CDN in Anspruch nehmen. Gerade für diejenigen AS, welche allenfalls kein kostenloses Peering von der Beschwerdegegnerin erhalten würden, stelle ein CDN ein Substitut dar. Die Vorinstanz sei daher der Ansicht, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Preissetzungsverhalten durchaus durch CDN diszipliniert werde.

**9.2.4.2** Die WEKO geht in ihrem Gutachten insofern mit der Vorinstanz einig, als dass CDN für gewisse Dienste als Substitut zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin qualifiziert werden könnten. Dienste, die den höchsten Qualitätsstandard verlangen würden (z.B. Telefonie und Videokonferenzen), könnten jedoch nicht über CDN verbreitet werden. Auch in diesem Punkt entspricht die Beurteilung der WEKO derjenigen der Vorinstanz, zumal auch diese CDN für Dienste mit häu-

figen Interaktionen nicht für geeignet erachtet. Gemäss dem Gutachten der WEKO sei sodann aber auch zu berücksichtigen, dass ein CDN selbst Interkonnektion als Vorleistung nachfragen und bezahlen müsse. Die Beschwerdegegnerin kontrolliere diese Verbindung und verlange ein Entgelt dafür. Ebenso müssten CDN im Netz der DTAG für ihren Datenverkehr bezahlen. CDN seien Wiederverkäufer von IP-Interkonnektion, sie könnten aber unter Umständen aufgrund der starken Aggregation für gewisse Dienste eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstellen. Die Beschränkung auf gewisse Dienste und Funktionen sowie die Notwendigkeit, eine Vorleistung zu beziehen, würden sie in ihrem Spielraum stark einschränken, ein solches Substitut tatsächlich anzubieten. Insgesamt kam die WEKO deshalb zum Schluss, dass CDN nicht genügend Wettbewerbsdruck auszuüben vermögen, um dem relevanten Markt zugerechnet werden zu können. Die Vorinstanz setzt sich mit den Ausführungen der WEKO zur zu bezahlenden Vorleistung und dem mangelnden Wettbewerbsdruck nicht auseinander. Sie ersetzt lediglich die Beurteilung der WEKO durch ihre eigene und macht ohne nähere Ausführungen pauschal geltend, CDN seien preislich attraktiv und würden die Beschwerdegegnerin in ihrem Preissetzungsverhalten disziplinieren. Triftige Gründe, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden, bringt sie somit nicht vor. Auch ihr Hinweis, dass CDN gerade für diejenigen Dienste prädestiniert seien, die im Fall der Beschwerdeführerin relevant seien und die asymmetrischen Verkehrsströme verursachen würden, genügt hierfür nicht, zumal unbestritten ist, dass CDN für gewisse Dienste eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstellen. Entsprechend ist auf die Beurteilung der WEKO abzustellen und CDN nicht dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen.

**9.2.5** Insgesamt vermag die Vorinstanz somit keine triftigen Gründe vorzubringen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden. Ihre angeführten Alternativen zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin bleiben überwiegend theoretisch und sie vermag die konkreten Ausweichmöglichkeiten nicht zu benennen. Demgegenüber stützt sich die WEKO in ihrer Analyse auf die Ergebnisse der Marktbefragung und berücksichtigt im Gegensatz zur Vorinstanz nicht nur technische, sondern auch ökonomische Aspekte, indem sie die monetären Bedingungen aufzeigt, zu denen die vermeintlichen Ausweichmöglichkeiten genutzt werden könnten.

**9.3** Die Beschwerdegegnerin nimmt keine konkrete Marktabgrenzung vor, weshalb unklar bleibt, was ihrer Ansicht nach zum sachlich relevanten Markt gehören soll. Sie kritisiert die Marktabgrenzung der WEKO jedoch in verschiedener Hinsicht, worauf nachfolgend einzugehen ist. Soweit sie sich der Ansicht der Vorinstanz anschliesst, kann zudem auf das zuvor Ausgeführte verwiesen werden.

### **9.3.1**

**9.3.1.1** Die Beschwerdegegnerin macht zunächst geltend, die WEKO habe den hypothetischen Monopolistentest (SSNIP-Test) falsch angewendet, weshalb dessen Resultat unbeachtlich sei. Einerseits sei der gesetzte Benchmark einer kostenlosen Interkonnektion fragwür-

dig, weil es nie ein kostenfreies Peering gegeben habe, sondern ein Verhältnis von 5:1 und später 2:1 zwischen dem Datenverkehr ins und aus dem Netz der Beschwerdegegnerin einzuhalten gewesen sei, damit auf eine Verrechnung verzichtet worden sei. Andererseits setze der SSNIP-Test voraus, dass alles ausser dem Preis unverändert bleibe. Vorliegend hätten sich aber die Datenmengen, welche bei einem Zero-Settlement-Peering akzeptiert worden seien, massiv geändert. Die Ratioänderung sei nichts anderes als eine Anpassung an die massive Zunahme des Datenverkehrs gewesen und stelle entgegen der Ansicht der WEKO keine Preiserhöhung dar. Die WEKO berücksichtige die Mengenausdehnung nicht. Zudem sei zu beachten, dass der Preis für die das akzeptierte Verhältnis übersteigende Menge laufend gesunken sei.

**9.3.1.2** Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden (vgl. BVGE 2011/32 E. 9.5.3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 270; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 116 ff.). Dem SSNIP-Test entsprechend stellte sich die WEKO im Gutachten und auch im Fachbericht I die Frage, ob eine hypothetische Monopolistin (die Beschwerdegegnerin) eine geringfügige Preiserhöhung von 5-10 % für das Peering gewinnbringend durchsetzen könne bzw. konnte, was bei funktionierendem Wettbewerb nicht möglich wäre. Wie bereits ausgeführt, ist der Umstand, dass die WEKO dabei als Referenzpunkt bzw. Benchmark von einem Zero-Settlement-Peering, wie es zwischen den Parteien bis 2012 vereinbart war, ausging, nicht zu beanstanden (vgl. vorstehend E. 9.2.1.3). Es ist sodann unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin den asymmetrischen Zugang zu ihrem Netz durch die Reduktion der Ratio von 5:1 auf 2:1 stärker eingeschränkt und damit begonnen hat, Preise für eine asymmetrische Datennutzung einzuführen bzw. durchzusetzen. Damit hat sie die Preise für den asymmetrischen Datenaustausch im Vergleich zu den Preisen für den symmetrischen Datenaustausch geändert. Wie die WEKO in ihrem Fachbericht II zu Recht ausführt, kann die Erhöhung des Datenvolumens nicht als Rechtfertigung für die stärkere Bepreisung des asymmetrischen Datenaustausches dienen, da die Kosten für das bereitzustellende Datenvolumen unabhängig davon anfallen, ob der Datenverkehr symmetrisch oder asymmetrisch ist. Auch ansonsten erweisen sich die Ausführungen der WEKO zur Preiserhöhung aufgrund der Ratioänderung im Fachbericht II als schlüssig und nachvollziehbar. So ist der WEKO zuzustimmen, wenn sie ausführt, die Beschwerdegegnerin bepreise nur die Asymmetrie des Datenverkehrs und berücksichtige die Mengenausdehnung bei der Preissetzung gerade nicht. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Beschwerdegegnerin - wie die WEKO im Fachbericht II festhält - die Ratio sowohl gegenüber Fernmeldediensteanbietern mit grossem Datenvolumen als auch gegenüber solchen mit kleinem Datenvolumen geändert hat und die tatsächlich ausge-

tauschte Datenmenge, für welche die Kosten entstehen, bei der Preisfestsetzung nicht berücksichtigt. Die Ratioänderung ist deshalb durchaus als Preiserhöhung anzusehen. Vor diesem Hintergrund besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Grund, von der Beurteilung der WEKO abzuweichen.

**9.3.2** Soweit die Beschwerdegegnerin vorträgt, die gestiegenen Preise seien kostenmässig begründet, ist zu bemerken, dass diese Frage vorliegend (noch) nicht relevant ist. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren gilt es einzig die Marktbeherrschung der Beschwerdegegnerin zu prüfen. Erst in einem nächsten Schritt wären die Peering-Preise der Beschwerdegegnerin durch die Vorinstanz zu überprüfen bzw. kostenorientierte Preise festzusetzen.

**9.3.3** Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdegegnerin sodann, wenn sie der WEKO vorwirft, die Bedeutung eines Zero-Settlement-Peering zu verkennen und irrtümlich davon auszugehen, ein solches sei kostenlos. Die WEKO hat in ihrem Gutachten klar darauf hingewiesen, dass ein Zero-Settlement-Peering nicht gratis sei, sondern die Peering-Partner Kosten zu tragen hätten (vgl. Gutachten Rz. 89, 110 und 119).

#### **9.3.4**

**9.3.4.1** Des Weiteren macht die Beschwerdegegnerin geltend, es hätten entgegen der Ansicht der WEKO im Fachbericht I nebst der DTAG weitere Transitanbieter zur Verfügung gestanden. Die Beschwerdeführerin hätte den Verkehr über einen beliebigen Transitprovider leiten können. Dafür hätte zwar ein zusätzliches AS dazwischengeschaltet werden müssen, wäre aber qualitativ ausreichend gewesen. Gemäss dem Befundbericht des BAKOM hätten 7 von 28 Befragten dies als Alternative angesehen.

**9.3.4.2** Die Beschwerdegegnerin behauptet damit, dass eine Interkonnektion mit einem Peering-Partner der Transitanbieterin der Beschwerdeführerin eine Ausweichmöglichkeit darstelle. Hierzu kann grundsätzlich auf das bereits in E. 9.2.3.2 Ausgeführte verwiesen werden. Es ist zwar zutreffend, dass gemäss der Marktbefragung 7 Befragte dies als potentielle Alternative zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin angesehen haben, jedoch haben 21 der befragten Marktteilnehmer dies verneint und 20 haben sich dazu nicht geäußert (vgl. Befundpapier des BAKOM, Tabelle 6, Ziff. 4). Bei dieser Sachlage ist daher nicht zu beanstanden, wenn die WEKO darin keine Substitutionsmöglichkeit gesehen hat.

**9.3.5** Nicht näher einzugehen ist schliesslich auf die pauschale Kritik der Beschwerdegegnerin, die WEKO habe die internationalen Erkenntnisse zu den Wettbewerbsverhältnissen der IP-Interkonnektion ignoriert und nicht begründet, weshalb die Verhältnisse in der Schweiz anders sein sollten als im Ausland. Die WEKO hat sich in ihrem Gutachten und den Fachberichten eingehend mit dem konkreten Sachverhalt und den anwendbaren Rechtsgrundlagen auseinandergesetzt. In ihrem Gutachten hat sie zudem die Praxis ausländischer Behörden dargelegt.

**9.3.6** Insgesamt vermag die Beschwerdegegnerin somit ebenfalls keine triftigen Gründe vorzubringen, die ein

Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden.

**9.4** Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass ein gesonderter Markt für IP-Zugang für Transitanbieterinnen abzugrenzen sei, dessen Marktgegenseiten einerseits die Beschwerdegegnerin und andererseits Transitanbieterinnen wie die Beschwerdeführerin seien. Da - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin auch gestützt auf die Marktabgrenzung der WEKO zu bejahen ist, braucht auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die eine noch engere Marktabgrenzung zur Folge hätten, nicht weiter eingegangen zu werden.

**9.5** Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass keine triftigen Gründe vorliegen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden. Entsprechend umfasst der sachlich relevante Markt - wie von der WEKO im Fachbericht I dargelegt - die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin sowie ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin. Kurzfristig kann sich jedoch auch die Nachfrage von Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin anbieten, wenn hierdurch eine kostenfreie Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin erzielt werden kann.

#### **10.**

Unbestritten ist der räumlich relevante Markt. Dieser umfasst sämtliche Internetknoten in Europa, an denen die Beschwerdegegnerin und ihre Transitanbieterinnen - insbesondere die DTAG -Interkonnektion anbieten.

#### **11.**

Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auf dem relevanten Markt als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

**11.1** Es ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin als Eigentümerin einer nationalen Telekommunikationsinfrastruktur ein technisches Monopol für den Zugang zu ihren Endkunden besitzt. Wie die WEKO im Fachbericht I zutreffend ausführt, kann sich die Beschwerdegegnerin deshalb aus technischer Sicht gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche den Zugang zu ihrem Netz nachfragen, unabhängig verhalten. Die hierarchische Struktur des Internets und die Notwendigkeit der any-to-any-Verbindung gewährleistet jedoch trotz diesem technischen Monopol den Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin über das Internet. Letzteres ist darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdegegnerin als mittelgrosse nationale Netzbetreiberin für eine Anbindung an das Internet auf Transit angewiesen ist und dadurch ein "Einfallstor" ins Netz der Beschwerdegegnerin besteht. Gemäss der vorstehenden Marktabgrenzung bildet ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin ein Substitut zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin. Wie ebenfalls dargelegt wurde, stand während der Dauer des nicht branchenüblichen Vertragsverhältnisses zwischen der DTAG und der Beschwerdegegnerin den Nachfragern einer indirekten Interkonnektion über eine Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin faktisch lediglich das AS der DTAG zur Verfügung. Dabei ist unbestritten, dass keine Möglichkeit besteht, die DTAG zum Abschluss

eines Peering-Abkommens zu zwingen und es quasi ausgeschlossen ist, dass insbesondere kleinere Anbieterinnen wie die Beschwerdeführerin ein Peering-Abkommen mit der DTAG schliessen können. Damit fällt die Möglichkeit, die Beschwerdegegnerin in ihrem Marktverhalten durch Peering mit einer ihrer Transitanbieterinnen zu disziplinieren, weg.

## 11.2

**11.2.1** Gemäss der vorgenommenen Marktabgrenzung besteht somit einzig noch die Möglichkeit, vorübergehend (kostenpflichtig) Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin - faktisch damit bei der DTAG - zu beziehen. Dadurch würden der Beschwerdegegnerin unbestritten nicht nur Umsatzeinbussen durch die Abwanderung entstehen, sondern auch Kosten in Form eines Transit-Entgelts, welches sie an ihre Transitanbieterin zu entrichten hätte. Dieser Mechanismus dürfte der Beschwerdegegnerin grundsätzlich die richtigen Anreize setzen, um zu einem Zero-Settlement-Peering zurückzukehren (vgl. hierzu auch vorstehend E. 9.2.2.2). Das nicht branchenübliche Abkommen zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG enthielt nun jedoch - nebst der Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs über die DTAG zu leiten - eine Umsatzbeteiligung der Beschwerdegegnerin an den Transiteinnahmen der DTAG, wenn Daten von einer Transitsucherin der DTAG an die Beschwerdegegnerin geleitet wurden (Revenue Share). Die WEKO hielt hierzu fest, dass der Beschwerdegegnerin nicht nur keine Kosten für diesen Transitverkehr entstanden seien, sondern diese gar einen Ertrag erzielen können. Der erwähnte Disziplinierungsmechanismus sei deshalb durch das nicht branchenübliche Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG ausser Kraft gesetzt worden.

**11.2.2** Nach Ansicht der Vorinstanz hat das Abkommen zwischen der DTAG und der Beschwerdegegnerin die disziplinierenden Effekte zwar abgeschwächt, jedoch nicht vollends ausser Kraft gesetzt. So habe die Beschwerdegegnerin auch während der Geltungsdauer des fraglichen Abkommens Transitentgelte an die DTAG entrichten müssen und habe nur dann ein Entgelt erhalten, wenn sich der Transitumsatz der DTAG mit Transit zur Beschwerdegegnerin erhöht habe. Wenn sodann ein Peering-Partner der Beschwerdegegnerin zu einem Transitsuchdienst eines Peering-Partners der DTAG gewechselt habe, seien der Beschwerdegegnerin Kosten entstanden. Dieser Umstand habe wohl durchaus einen disziplinierenden Effekt gehabt.

**11.2.3** Es ist zwar zutreffend, dass die Beschwerdegegnerin auch während der Geltungsdauer des fraglichen Abkommens Transitentgelte an die DTAG entrichten musste. Davon ging denn auch die WEKO aus. Wie das BAKOM in ihrem Befundpapier aber festhielt, konnte die Beschwerdegegnerin der DTAG aufgrund der Umsatzbeteiligung einen grösseren Betrag in Rechnung stellen als umgekehrt. Mithin konnte die Beschwerdegegnerin aufgrund des Abkommens einen Ertrag erzielen, wo ihr ansonsten Kosten entstanden wären. Dass die WEKO bei dieser Sachlage zum Schluss gelangte, der Disziplinierungsmechanismus durch das nicht branchenübliche Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin

und der DTAG sei ausser Kraft gesetzt worden, erweist sich daher als zutreffend. Dies zeigt sich auch im Umstand, dass die Beschwerdegegnerin ihre neuen Peering-Bedingungen erst nach Unterzeichnung der Vereinbarung mit der DTAG gewinnbringend durchsetzen konnte (vgl. nachstehend E. 11.3.3). Der Bezug von Transit bei einem Peering-Partner der DTAG gehört sodann nicht zum sachlich relevanten Markt und ist entsprechend nicht zu berücksichtigen.

**11.2.4** Ein Ausweichen auf die zum sachlich relevanten Markt gehörenden Alternativen konnte die Beschwerdegegnerin somit in ihrem Verhalten nicht disziplinieren.

## 11.3

**11.3.1** Wie dargelegt (vgl. vorstehend E. 8.2) hat die WEKO bei der Beurteilung der Marktstellung weitere Aspekte zur Disziplinierung der Beschwerdegegnerin geprüft. Sie hat sich dabei eingehend zum potentiellen Wettbewerb, zur Wechselbereitschaft der Endkunden und zum Einfluss der Marktgegenseite geäussert. Eine wesentliche Einschränkung des Handlungsspielraums der Beschwerdegegnerin konnte sie darin jedoch nicht erblicken.

**11.3.2** Die Vorinstanz hingegen stellt sich auf den Standpunkt, es hätten weitere Disziplinierungsmechanismen bestanden, welche - zusammen mit der Möglichkeit, auf Substitute auszuweichen - die Beschwerdegegnerin hinreichend diszipliniert hätten. In der angefochtenen Verfügung führt sie aus, dass eine gewisse Nachfragemacht von der Marktgegenseite und gewisse disziplinierende Kräfte vom ungleich grösseren Endkundenmarkt bestanden hätten.

**11.3.3** Es ist unbestritten, dass sowohl von der Marktgegenseite als auch von den Endkunden eine gewisse disziplinierende Kraft ausging. Im Unterschied zur Vorinstanz erachtet die WEKO diese jedoch als gering und nicht ausreichend, um den Handlungsspielraum der Beschwerdegegnerin wesentlich einzuschränken. Die Vorinstanz setzt sich weder in der angefochtenen Verfügung noch im Beschwerdeverfahren mit den Ausführungen der WEKO zum Einfluss der Marktgegenseite und der Endkunden im Gutachten auseinander und zeigt nicht auf, weshalb diese unzutreffend sein sollten. Wie die WEKO sodann in ihrem Gutachten und im Fachbericht I darlegte, gelang es der Beschwerdegegnerin denn auch tatsächlich, ihre neuen Peering-Bedingungen und damit eine Preiserhöhung einseitig und gewinnbringend durchzusetzen. Mit Verweis auf das Befundpapier des BAKOM und die Angaben der Beschwerdegegnerin führte die WEKO aus, die Beschwerdegegnerin habe ihre Peering-Bedingungen bereits vor dem Abschluss des nicht branchenüblichen Abkommens mit der DTAG geändert, allerdings habe sie diese erst nach Unterzeichnung der Vereinbarung mit der DTAG gewinnbringend durchsetzen können. Ein Teil der Peering-Partner habe die neuen Bedingungen akzeptiert. Von insgesamt rund 300 Unternehmen hätten über 100 nach Einführung der neuen Peering-Bedingungen die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin aufgegeben und seien auf einen indirekten (kostenpflichtigen) Netzzugang ausgewichen. Auch diese hätten damit eine Preiserhöhung in Kauf nehmen müssen. Berücksichtige man, dass die Beschwerdegegnerin an dem durch Transit bei der



DTAG generierten Ertrag mitbeteiligt gewesen sei, habe sie auf diese Weise auch gegenüber denjenigen, die auf eine indirekte Route ausgewichen seien, eine Preiserhöhung gewinnbringend durchsetzen können. Diese Ausführungen überzeugen. Auch das BAKOM in ihrem Befundpapier sowie die Vorinstanz anerkennen, dass die Änderung der Peering-Bedingungen für die Beschwerdegegnerin profitabel war. Damit konnte - wie die WEKO im Fachbericht II ausführt - im Markt genau das vom SSNIP-Test Geforderte, nämlich die Durchsetzung einer geringfügigen Preiserhöhung von 5-10% durch den zu analysierenden Monopolisten, beobachtet werden. Aus diesem Grund erscheint auch die Argumentation der Vorinstanz, eine marktbeherrschende Anbieterin hätte zur Gewinnmaximierung das maximale Datenaustauschverhältnis nicht auf 2, sondern auf 1 festgelegt, nicht stichhaltig. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin eine Preiserhöhung einseitig und gewinnbringend durchsetzen konnte, zeigt somit - worauf auch die WEKO mehrfach hinweist - , dass die disziplinierenden Kräfte nicht ausreichend waren und sich die Beschwerdegegnerin von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten konnte.

**11.4** Unbehilflich sind sodann die Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin, die neuen Peering-Konditionen seien branchenüblich und diese hätten sich auch nach Aufhebung der Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG nicht geändert. Einerseits sind branchenübliche Konditionen nicht mit Konditionen, die sich unter Wettbewerbsbedingungen eingestellt haben, gleichzusetzen und schliessen eine marktbeherrschende Stellung nicht aus. Andererseits ist nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdegegnerin auch nach Aufhebung der fraglichen Vereinbarung als marktbeherrschend zu qualifizieren ist.

**11.5** Insgesamt vermag weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin triftige Gründe vorzubringen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden. Folglich ist eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 zu bejahen.

## 12.

Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass die Marktstellung der Beschwerdegegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG unklar ist. Für diese Zeit wurden die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht abgeklärt und es liegt diesbezüglich auch keine Beurteilung der WEKO vor. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 ist die Beschwerdegegnerin hingegen als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren. Die Beschwerde ist deshalb insoweit gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Betreffend die Zeitdauer nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG hat sie die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse abzuklä-

ren und die WEKO im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG zu konsultieren. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der erwähnten Vereinbarung hat sie für das von der Beschwerdeführerin verlangte Peering kostenorientierte Preise im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG festzulegen. Auch die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 126'240.- sind dabei neu zu verlegen.

## 13.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

**13.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Kosten zu tragen hat die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 137 V 57 E. 2.1 ff. und 137 V 271 E. 7.1; statt vieler: Urteil des BVGer A-6259/2018 vom 8. Juli 2019 E. 6.1).

Dem Verfahrensausgang entsprechend ist die Beschwerdeführerin demnach als vollständig obsiegend zu betrachten. Die auf Fr. 4'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten (vgl. dazu Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind folglich der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- ist dieser zurückzuerstatten.

**13.2** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Sie wird vom Gericht aufgrund der Akten festgesetzt, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles, des notwendigen Zeitaufwandes und eines durchschnittlichen Stundenansatzes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.- als angemessen.

## 14.

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG]). Es ist somit endgültig.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Verfügung vom 27. Juli 2018 aufgehoben und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Der Einzahlungsschein erfolgt mit separater Post.

**3.**

Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Hierfür hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung mitzuteilen.

**4.**

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 10'000.- zu bezahlen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf 2018-07-27\_002 / OS 41-00006; Einschreiben)
- die WEKO (A-Post)

**B 4** **Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

**B 4** **1. Urteil vom 17. Juli 2020 – Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO in der Vorabklärung Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2019**

*Urteil 2C\_250/2019 des Bundesgerichts vom 17. Juli 2020 in Sachen A.\_\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen Wettbewerbskommission, Beschwerdegegnerin. Gegenstand: Publikation des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO in der Vorabklärung 32-0248, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 30. Januar 2019 (B-5117/2016).*

**Sachverhalt:**

**A.**

Gegen A.\_\_\_\_\_ AG ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Ende Oktober 2012 eine Anzeige ein. Das Sekretariat eröffnete daraufhin am 6. Dezember 2012 eine Vorabklärung nach Art. 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Gegenstand dieser Vorabklärung war, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise der A.\_\_\_\_\_ AG im Bereich des Getränkeimports im Sinn von Art. 5 und 7 KG bestehen.

**B.**

Mit Schlussbericht vom 10. November 2015 stellte das Sekretariat das Verfahren ein. Es informierte die A.\_\_\_\_\_ AG am 29. Dezember 2015 darüber und gleichzeitig, dass es den Schlussbericht in der Schriftenreihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) zu publizieren beabsichtige, weshalb die A.\_\_\_\_\_ AG dem Sekretariat mitteilen solle, ob der Bericht Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung abzudecken seien, was entsprechend dem Merkblatt zu Geschäftsgeheimnissen zu begründen sei. Die A.\_\_\_\_\_ AG reichte am 18. Februar 2016 eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Schlussberichts mit dem Hinweis ein, dass eine Veröffentlichung des Schlussberichts ohne Einverständnis der A.\_\_\_\_\_ AG oder einer entsprechenden rechtskräftigen Publikationsverfügung nicht zulässig sei.

Das Sekretariat teilt am 24. März 2016 der A.\_\_\_\_\_ AG mit, dass es die dem Schreiben beigelegte Version des Schlussberichts in der RPW publizieren werde. Es seien diejenigen Stellen entfernt worden, für welche berechnete Geheimhaltungsinteressen bestünden. In der Folge untersagte die A.\_\_\_\_\_ AG dem Sekretariat die Publikation des Schlussberichts ohne dessen Bereinigung mit ihr und beantragte den Erlass einer anfechtbaren Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG (SR 172.021) durch die Wettbewerbskommission (WEKO).

Mit Verfügung vom 20. Juni 2016 entschied das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, dass der Schlussbericht vom 10. November 2015 in der Version veröffentlicht werde, die sich im Anhang der Verfügung befinde (Ziff. 1 des Dispositivs). Dagegen hat die A.\_\_\_\_\_ AG Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht erhoben.

**C.**

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 30. Januar 2019 seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv erlassen:

"1.

1.1 Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Publikationsverfügung vom 20. Juni 2016 insoweit aufgehoben, als sie eine Veröffentlichung des Schlussberichts des Sekretariats vom 10. November 2015 in der Version vorsieht, die sich im Anhang zu dieser Verfügung befindet. Die vorinstanzliche Verlegung der Verfahrenskosten wird ebenfalls aufgehoben. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

1.2 Der Vorinstanz wird untersagt, den Schlussbericht vom 10. November 2015 in dieser eben genannten Version zu veröffentlichen.

1.3 Die Sache wird zu weiterer Schwärzung und Anonymisierung des Schlussberichts vom 10. November 2015 im Sinn der Erwägungen sowie zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. [Verfahrenskosten]

3. [Parteientschädigung]

4. [Mitteilung]."

**D.**

Vor Bundesgericht beantragt die A.\_\_\_\_\_ AG

"1. Es sei das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2019 im Verfahren 8-5117/2016 aufzuheben.

2. Es sei der WEKO die Publikation des Schlussberichts vom 10. November 2015 zu untersagen.

3. Eventualiter zu Antrag 2: Die Wettbewerbskommission sei anzuweisen, zusätzlich zu den vom Bundesverwaltungsgericht als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Stellen auch die in Beilage 6 zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen des Schlussberichts vom 10. November 2015 in der publizierten Fassung abzudecken.

4. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Wettbewerbskommission."

Gerügt wird im Wesentlichen eine Verletzung von Bundes- (Art. 48 Abs. 1, 25 Abs. 4 KG; Art. 9 und 29 Abs. 2 BV) und Völkerrecht (Art. 6 Ziff. 1 und 2 EMRK).

## E.

Die WEKO beantragt vernehmlassungsweise Nichteintreten auf die Beschwerde, eventuell deren Abweisung. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) verzichtet auf eine Vernehmlassung, weist aber auf die Wichtigkeit der Transparenz der Behördenarbeit hin. Die Beschwerdeführerin hat sich zur Vernehmlassung der WEKO und zum Schreiben des WBF geäußert. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung.

## F.

Am 2. April 2019 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt.

### Erwägungen:

#### 1.

**1.1.** Die amtliche Publikation eines Schlussberichts ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über dessen Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25, 25a VwVG, Art. 25 DSG [SR 235.1]). Die WEKO hat mit Verfügung vom 20. Juni 2016 entschieden, dass der Schlussbericht des Sekretariats vom 10. November 2015 in der Version veröffentlicht werde, die sich im Anhang ihrer Verfügung befinde. Die Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht angefochten werden (Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 142 II 268).

**1.2.** 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 somit auf öffentliches Recht des Bundes stützt (Art. 82 lit. a BGG), wozu keine Ausnahmen bestehen (Art. 83 BGG). Die Beschwerdeführerinnen sind nach Art. 89 Abs. 1 BGG legitimiert.

#### 2.

**2.1.** Angefochten ist ein Urteil, mit welchem die Verfügung der WEKO vom 20. Juni 2016 u.a. teilweise aufgehoben wird und die Sache zur weiteren Schwärzung und Anonymisierung des Schlussberichts vom 10. November 2015 im Sinne der Erwägungen an die WEKO zurückgewiesen wird. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass es ein Endentscheid sei, handle es sich doch um einen Rückweisungsentscheid ohne Entscheidungsspielraum. Es seien lediglich noch die Textstellen zu schwärzen bzw. zu anonymisieren, worüber die Vorinstanz bereits befunden habe. In jedem Fall sei aber ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG gegeben, weshalb die Beschwerde ans Bundesgericht zulässig sei. Die WEKO ist demgegenüber der Auffassung, dass weder ein Endentscheid noch ein anfechtbarer Zwischenentscheid vorliege, denn ein Entscheidungsspielraum liege durchaus noch vor bzw. im gegenteiligen Fall sei nicht erkennbar, worin denn die Einsparungen nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG liegen würden.

**2.2.** Ein Endentscheid ist ein Entscheid, der das Verfahren prozessual abschliesst (Art. 90 BGG), sei dies mit einem materiellen Entscheid oder Nichteintreten (BGE 133 V 477 E. 4.1.1 S. 480). Das Bundesgericht soll sich als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes in der Regel nur einmal mit der gleichen Angelegenheit befassen müssen (BGE 142 II 363 E. 1.3 S. 366). Vor- und Zwischenentscheide sind Entscheide, die das Verfahren nicht abschliessen (Art. 90 e contrario BGG), sondern bloss eine formell- oder materiellrechtliche Frage im Hinblick auf die Verfahrenserledigung regeln, mithin einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid darstellen (BGE 136 V 131 E. 1.1.2 S. 134). Materiellrechtliche (Grundsatz) Entscheide, die einen Teilaspekt einer Streitsache beantworten, gelten nach der Systematik des BGG nicht als Teil- (i.S.v. Art. 91 BGG), sondern als materiell-rechtliche Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG (BGE 133 V 477 E. 4.1.3 und 4.3 i.f. S. 481 bzw. 482).

#### 2.3.

**2.3.1.** Rückweisungsentscheide stellen in der Regel Zwischenentscheide dar, weil sie das Verfahren nicht abschliessen (BGE 134 II 124 E. 1.3 S. 127; 133 V 477 E. 4 S. 480-482). Anders verhält es sich bloss, wenn der unteren Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt und die Rückweisung bloss der (rein rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient; diesfalls liegt ein Endentscheid vor (BGE 134 II 124 E. 1.3 S. 127).

**2.3.2.** In E. 7.4 des vorinstanzlichen Urteils hat die Vorinstanz die einzelnen Schwärzungsanträge der Beschwerdeführerin behandelt. Sie hat dabei festgehalten, welche Aussagen Geschäftsgeheimnisse betreffen und deshalb zu schwärzen sind. Insofern besteht in diesem Bereich kein Ermessensspielraum. In Bezug auf die Anonymisierung führt die Vorinstanz aus, dass die Beschwerdeführerin lediglich das Interesse ihres guten Rufs als privates Interesse geltend mache. Das öffentliche Interesse überwiege allerdings das private, "folglich dürfen die Personendaten ausserhalb des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses soweit erforderlich in anonymisierter Form publiziert werden" (E. 8.6 des vorinstanzlichen Urteils). Zudem führt die Vorinstanz in E. 11.3 aus, dass die WEKO den Schlussbericht "angemessen zu anonymisieren" habe. Personendaten sind nach Art. 3 lit. a DSG "alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen". Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, sind nicht nur der Name der Beschwerdeführerin, sondern auch weitere Angaben, bei welchen zu prüfen ist, ob sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen. Insofern besteht - wie die WEKO zu Recht geltend macht - ein Ermessensspielraum.

#### 2.4.

**2.4.1.** Ausgehend vom Zweck von Art. 93 BGG stellt ein Rückweisungsentscheid nur dann keinen Zwischenentscheid dar, wenn ausgeschlossen werden kann, dass das Bundesgericht sich ein zweites Mal mit der Streitsache befassen muss (Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 1.2.4). Rückweisungsentscheide sind unter den alternativen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a oder b BGG anfechtbar, selbst wenn damit über

materielle Teilaspekte der Streitsache entschieden wird (BGE 134 II 124 E. 1.3; 133 V 477 E. 4.2 und E. 4.3 S. 481 f.).

**2.4.2.** Die Beschwerdeführerin hat sich auf Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG berufen. Danach können Zwischenentscheide selbständig angefochten werden, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Denn die Vorinstanz weist die Sache nicht zurück, um weitere umfangreiche tatsächliche Abklärungen durchzuführen, was ein weitläufiges Beweisverfahren nach sich ziehen würde, sondern verlangt neben der Umsetzung der Schwärzung eine angemessene Anonymisierung. Hierzu ist kein Beweisverfahren notwendig.

**2.4.3.** Insofern handelt es sich um einen Zwischenentscheid, gegen den die Beschwerde nicht zulässig ist.

**3.**

Nach dem Gesagten sind somit nicht alle Sachurteilsvoraussetzungen gegeben, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Damit sind die Gerichtskosten (Art. 65 BGG) der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind keine geschuldet (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

B 4	<b>2. Urteil vom 3. August 2020 – Sanktionsverfügung – Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau</b>
-----	---

*Urteil 2C\_845/2018 des Bundesgerichts vom 3. August 2020 in Sachen 1. Umbricht Holding AG, 2. Aarvia Immobilien AG (vormals Umbricht AG und Umbricht Bau AG), Beschwerdeführerinnen, beide vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, Beschwerdegegnerin. Gegenstand: Sanktionsverfügung - Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 25. Juni 2018 (B-880/2012).*

**Sachverhalt:****A.**

Die Aarvia Immobilien AG, vormals Umbricht AG und Umbricht Bau AG, ist eine Baufirma und u.a. im Strassen- und Tiefbau tätig. Sie gehört zur Umbricht Holding AG. Aufgrund einer Anzeige eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 8. Juni 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung nach Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gegen verschiedene Baufirmen - auch gegen die Umbricht AG und Umbricht Bau AG sowie die Neue Bau AG Baden, welche später durch die Aarvia Immobilien AG übernommen worden war; die amtliche Publikation nach Art. 28 Abs. 1 KG erfolgte am 13. Juli 2009 im Bundesblatt (BBl 2009 5173). Untersucht wurde, ob zwischen den Baufirmen unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau stattgefunden haben. Insbesondere wurde abgeklärt, ob bei Ausschreibungen die Eingaben bzw. Eingabesummen koordiniert und die Bauprojekte bzw. die Kunden aufgeteilt wurden. Gleichentags hat das Sekretariat eine gleiche Untersuchung für den Raum des Kantons Zürich eröffnet.

Die WEKO überprüfte 109 Fälle, bei welchen mögliche Abreden zwischen den verschiedenen Gesellschaften bestanden hätten. Das Abredevverhalten bestand einerseits in Verhaltensweisen, welche als Schutznahme bezeichnet wurden, andererseits in sogenannten Stützofferten. Unter *Schutznahme* wird das Verhalten verstanden, mit welchem sich absprechende Unternehmen denjenigen Abspracheteilnehmer bestimmen, welcher direkt von der Absprache profitieren soll, indem er den zu vergebenden Submissionsauftrag erhalten soll. Die Absprache läuft in aller Regel über den Preis und erlaubt dem geschützten Unternehmen den tiefsten Preis aller Abspracheteilnehmer einzureichen, was in der Regel zur Auftragserteilung an das geschützte Unternehmen führt. Unter einer *Stützofferte* (oder Scheinofferte) wird eine Offerte verstanden, mit welcher die Abspracheteilnehmer die Offerte des geschützten Unternehmens überbieten. Eine Stützofferte wird somit nur zum Schein eingereicht und bezweckt die Steuerung des Zuschlags zugunsten des geschützten Unternehmens.

**B.**

Nach einer Ausdehnung der Untersuchung auf weitere Gesellschaften (BBl 2010 5526), der Einholung weiterer Auskünfte und Daten und der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats erliess die WEKO am 16. Dezember 2011 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (RPW 2012/2 S. 270 ff.) :

"1. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressatinnen werden für das vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG i.V. mit Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:

- Die Aktiengesellschaft Cellere und die Cellere AG Aarau werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 151'227 belastet.
- Die Daedalus Holding AG und die Sustra AG Schöftland werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 5'000 belastet.
- Die ERNE Holding AG Laufenburg und die ERNE AG Bauunternehmung werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 483'088 belastet.
- Die ERNE Holding AG Laufenburg und die Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 51'156 belastet.
- Die Ernst Frey AG wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 152'734 belastet.
- Die Granella Holding AG und die Granella AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 643'826 belastet.
- Die Hubschmid Beteiligungs AG und die H. Graf AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 20'866 belastet.
- Die Implenla AG und die Implenla Bau AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 591'138 belastet.
- Die Knecht Brugg Holding AG und die Knecht Bau AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 109'686 belastet.
- Die Knecht Brugg Holding AG und die Meier Söhne AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 154'696 belastet.

- Die Bauunternehmung G. Schmid AG wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 11'642 belastet.
- Die KUPERA Holding AG und die Käppeli Bau AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 5'000 belastet.
- Die Treier AG wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 3'748 belastet.
- Die Umbricht Holding AG und die Umbricht AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 1'437'623 belastet.
- Die Neue Bau AG Baden wird für das beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 26'345 belastet.
- Die Walo Bertschinger Holding AG und die Walo Bertschinger AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 50'000 belastet.
- Die Ziegler Holding AG und die Ziegler AG werden für das beschriebene Verhalten unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt CHF 32'784 belastet.

2. Die Untersuchung gegen die Hüppi AG wird ohne Folgen eingestellt. Die anteilmässigen Verfahrenskosten von Hüppi von CHF 10'000 gehen zu Lasten der Staatskasse. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

3. Die übrigen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 525'490 werden gemäss den Ausführungen zu den Kosten folgenden Verfügungsadressatinnen auferlegt:

- Gewerbezentrum Unterfeld AG und Birchmeier- Hoch und Tiefbau AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
- Aktiengesellschaft Cellere und Cellere AG Aarau: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
- ERNE Holding AG Laufenburg, ERNE AG Bauunternehmung und Gebrüder Meier AG Rohrleitungsbau: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
- Granella Holding AG und Granella AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
- Implenia AG und Implenia Bau AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
- Knecht Brugg Holding AG, Knecht Bau AG, Meier Söhne AG und Bauunternehmung G. Schmid AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
- Umbricht Holding AG, Umbricht AG und Neue Bau AG Baden: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.

- Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger AG: insgesamt CHF 51'188 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 525'490.
- Hubschmid Beteiligungs AG und H. Graf AG: insgesamt CHF 28'660 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
- Ziegler Holding AG und Ziegler AG: insgesamt CHF 28'660 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
- Ernst Frey AG: CHF 28'660, unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
- Daedalus Holding AG und Sustra AG Schöffland: insgesamt CHF 10'000 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
- Der KUPERA Holding AG und Käppeli Bau AG: insgesamt CHF 10'000 und unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.
- Treier AG: CHF 10'000, unter solidarischer Haftung für den Betrag von CHF 345'260.

4. [Eröffnung];

5. [Rechtsmittelbelehrung]."

#### C.

Dagegen haben am 15. Februar 2012 die Umbricht Holding AG, die Aar via Immobilien AG und die Neue Bau AG Baden Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

- "1. Die gegenüber der Umbricht auszusprechende Sanktion sei auf höchstens Fr. 359'766.00 festzulegen
2. Die gegenüber der Neuen Bau AG auszusprechende Sanktion sei auf höchstens Fr. 17'332.00 festzulegen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

#### D.

Am 25. Juni 2018 erliess das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid mit folgenden Dispositiv:

"1. Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2011 wird teilweise gutgeheissen.

2. Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegten Sanktionen aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"Die Umbricht Holding AG und die Aarvia Immobilien AG (vormals Umbricht AG und Umbricht Bau AG) werden unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von insgesamt Fr. 1'174'462.-- belastet.

Die Aarvia Immobilien AG (vormals Umbricht AG und Umbricht Bau AG) wird als Rechtsnachfolgerin der im Handelsregister gelöschten Neue Bau AG Baden zusätzlich mit einem Betrag von insgesamt Fr. 26'345.-- belastet."

3. Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"Der Umbricht Holding AG und der Aarvia Immobilien AG (vormals Umbricht AG und Umbricht Bau AG) werden Verfahrenskosten von Fr. 51'188.-- und unter solidarischer Haftung mit den übrigen Verfügungsadressaten für den Betrag von Fr. 525'490.-- auferlegt."

4. Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

5. [Verfahrenskosten].

6. [Parteienschädigung].

7. [Zustellung]."

## E.

Vor Bundesgericht beantragen die Umbricht Holding AG und die Aarvia Immobilien AG (vormals Umbricht AG und Umbricht Bau AG), das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 teilweise aufzuheben, den solidarisch zu leistenden Sanktionsbetrag auf Fr. 565'601.90 festzulegen (Änderung Dispositiv-Ziffer 2) und die Verfahrenskosten und Parteienschädigungen (Dispositiv-Ziffer 5 und 6) entsprechend anzupassen. Im Wesentlichen wird Willkür in der Sachverhaltsfeststellung (Beweiswürdigung) geltend gemacht.

## F.

Die WEKO hat vernehmlassungsweise beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Die Beschwerdeführerinnen haben dazu Stellung genommen. Das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

## Erwägungen:

### 1.

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen einen verfahrensabschliessenden Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in kartellrechtlichen 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\_985/2015 vom 9. Dezember 2019 E. 1.1).

### 2.

**2.1.** Die Beschwerdeführerinnen rügen im Wesentlichen die Sachverhaltsfeststellung des Bundesverwaltungsgerichts in einzelnen Fällen. Unbestritten sind jedenfalls die relevanten, je ein einzelnes Projekt umfassenden Märkte, das Vorliegen von unzulässigen horizontalen Abreden, die den Wettbewerb auf diesen Märkten erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG). Unbestritten ist auch die Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG und die konkrete Bemessung, welche bei Gutheissung der Sachverhaltsrügen der Beschwerdeführerinnen antragsgemäss anzupassen wäre.

**2.2.** Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig (= willkürlich) ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Zur Sachverhaltsfeststellung ge-

hört auch die auf Indizien gestützte Beweiswürdigung (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 265 ff.; Urteil 2C\_634/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2.2). Eine Sachverhaltsfeststellung ist nicht schon dann offensichtlich unrichtig, wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53; 132 I 42 E. 3.1 S. 44). Es liegt noch keine offensichtliche Unrichtigkeit vor, nur weil eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erscheint (vgl. BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53). Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf die *konkrete* Beweiswürdigung (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53; BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375); in diese greift das Bundesgericht auf Beschwerde hin nur bei Willkür ein, insbesondere wenn die Vorinstanz offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht, erhebliche Beweise übersieht oder solche grundlos ausser Acht lässt (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt (BGE 144 V 50 E. 4.1 S. 53; BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375). Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung bzw. die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unhaltbar ist, muss in der Beschwerdeschrift klar und *detailliert* dargelegt werden (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53 mit Hinweisen). Es gilt diesbezüglich eine qualifizierte Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

**2.3.** Dabei genügt es nicht, lediglich einzelne Elemente anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid hätten gewichtet werden können, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik diesbezüglich bloss die eigene Auffassung zu unterbreiten, ohne darzutun, dass und inwiefern der Sachverhalt in Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör oder des Willkürverbots festgestellt worden ist (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 116 Ia 85 E. 2b S. 88 und das Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 1.5.2). Auf eine bloss appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt das Bundesgericht deshalb nicht ein (BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375).

**2.4.** Die Beschwerdeführerinnen rügen die allgemeine Feststellung des Sachverhalts nicht, sondern lediglich diejenige in Bezug auf sechs Fälle (Fall 20, 72, 93, 12, 16 und 80). Bei den Fällen 20, 72 und 93 handelt es sich um ausdrücklich *bestrittene* erfolgreiche Schutznahmen der Beschwerdeführerin 2, bei den Fällen 12, 16 und 80 um ausdrücklich *bestrittene* erfolgreiche Stützofferten der Beschwerdeführerin 2.

**2.5.** Bei der Abklärung des Sachverhalts zur Frage, ob zwischen verschiedenen Baufirmen unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau stattgefunden haben, stützten sich die Vorinstanzen u.a. auf die sogenannte Birchmeier-Liste und auf die Aussagen der verschiedenen Selbstanzeiger. Bei der *Birchmeier-Liste* handelt es sich um ein neunseitiges, von der Selbstanzeigerin Birchmeier stammendes Dokument in Form einer handschriftlich ausgefüllten Tabelle. Dieses enthält Angabe zu 186 Submissionsprojekten, wobei die fünf Spalten der Tabelle die folgenden Überschriften tragen: Bauherr, Bauobjekt, Summe, Mitbewerber und Datum. Mit Selbstanzeigern sind Unternehmen gemeint, die i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG an der Aufdeckung und der Beseitigung von



Wettbewerbsbeschränkungen mitwirken, um so einer Sanktion ganz oder zumindest teilweise zu entgehen. Die Beschwerdeführerinnen richten ihre Rügen vor allem gegen diese beiden Beweismittel.

### 3.

**3.1.** Die Beschwerdeführerinnen machen erstens geltend, dass die Vorinstanz ihren Entscheid auf Beweismittel abgestützt habe, deren Aussagekraft aufgrund deren Herkunft einerseits in den einleitenden Betrachtungen der Vorinstanz als ungenügend, andererseits bei den genannten Fällen im Widerspruch dazu als genügend betrachtet wurde. Weitere Beweismittel würden nicht hinzugezogen, welche die begründeten Zweifel an der Schuld der Beschwerdeführerinnen ausräumen könnten. Die Beschwerdeführerinnen nehmen damit einerseits auf die Birchmeier-Liste, andererseits auf die Aussagen der Selbstanzeiger Bezug. *Beide* stellen nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen *untaugliche* Beweismittel dar.

Die Birchmeier-Liste sei falsch, unvollständig und nur von beschränkter Aussagekraft. Es sei nicht auszuschliessen, dass die Liste sodann im Hinblick auf eine spätere Untersuchung der WEKO erstellt worden sei, um Konkurrenten "anzuschwärzen". Die Vorinstanz habe selber festgehalten, dass die Liste nicht selbsterklärend sei und dass zum Beweis der Schutznahme durch die Beschwerdeführerinnen zusätzlich zur Nennung in der Birchmeier-Liste und der entsprechenden Aussage des Lis tenverfassers weitere, einschlägige Beweismittel erforderlich seien. Diese Vorgabe habe die Vorinstanz bei der Sachverhaltsabklärung bei den aufgeführten Fällen indessen ignoriert, weshalb die Sachverhaltsfeststellung willkürlich sei.

Ferner rügen die Beschwerdeführerinnen die Berücksichtigung der *Aussagen* der Selbstanzeiger als Beweismittel. Die Selbstanzeiger hätten aufgrund des Bonusprogramms zunächst ein hohes Eigeninteresse daran, andere Unternehmen anzuschwärzen und ihnen möglichst viele Verstösse zu unterstellen. Denn je folgenreicher die Untersuchungen gegen die restlichen Unternehmen dank ihrer Aussage ausfallen, desto mehr könnten sie von einer Bussenreduktion profitieren. Zudem könnten alte Rechnungen von direkten Konkurrenten beglichen werden. Aussagen der Selbstanzeiger seien daher eher übertrieben dargestellt. Im Übrigen seien die Selbstanzeiger und die Unternehmen erst nach Jahren befragt worden, weshalb die aussagenden Personen sich geirrt haben könnten. Abgesehen davon seien Selbstanzeiger nicht zur wahrheitsgetreuen Aussage verpflichtet und würden sich bei wahrheitswidrigen Aussagen auch nicht strafbar machen.

**3.2.** Zweitens machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die WEKO und auch die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen den Beweis ihrer Unschuld übertragen hätten, weshalb die Unschuldsvermutung verletzt sei. Die Aussagen der Selbstanzeiger würden von der WEKO ohne Weiteres als korrekt bezeichnet, was die Vorinstanz noch zusätzlich untermauere, indem der Wahrheitsgehalt der Selbstanzeiger höher zu bewerten sei als derjenige der Beschwerdeführerinnen; dies habe die Vorinstanz damit begründet, dass ein Bonusverlust drohe, wenn die Selbstanzeiger wahrheitswidrig Aus-

kunft erteilen würden. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen sei diese Begründung aber ebenso tauglich, um zu belegen, weshalb die Selbstanzeiger Falsch-aussagen machen würden. Die unterschiedliche Wertung der Vorinstanz sei willkürlich mit der Folge, dass den Beschwerdeführerinnen der Beweis, dass sie sich nicht an einer bestimmten Absprache beteiligt hätten, auferlegt worden sei, was die Unschuldsvermutung verletzte.

**3.3.** Bei den einzelnen Fällen (Fall 20, 72, 93, 12, 16 und 80) nehmen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen auf diese Rügen Bezug.

### 4.

#### 4.1.

**4.1.1.** Für die Sachverhaltsermittlung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BGE 139 II 72 E. 4.4 f. S. 81 ff.) ist das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) anwendbar (Art. 37 VGG; SR 173.32). Nach Art. 19 VwVG findet auf das Beweisverfahren u.a. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273) Anwendung, wonach der Richter die Beweise nach freier Überzeugung würdigt. Dementsprechend hat der Bundesverwaltungsrichter die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Konkret bedeutet dies, dass der Bundesverwaltungsrichter alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen hat (BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270 f.). Einem bestimmten Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen, ist nicht zulässig (BGE 130 II 482 E. 3.2 S. 485 f.). Zudem besitzen alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft.

**4.1.2.** Die Vorinstanz hat der konkreten Prüfung der einzelnen Fälle neben Ausführungen zum Beweismass, zu dessen Nachweis, zur Beweislast Erwägungen zum Beweiswert der Selbstanzeiger und zur Birchmeier-Liste vorangestellt. Im Rahmen der Ausführungen zum *Beweiswert* der Selbstanzeiger hat sie sich sodann ausführlich zu Auswirkungen der Bonusregelung auf das Aussageverhalten, zur unterschiedlichen Interessenlage der Selbstanzeiger und der nicht kooperierenden Unternehmen sowie zur Zielsetzung der Bonusregelung, mit welcher Kartelle von innen heraus destabilisiert und wirksamer Wettbewerb wieder herbeigeführt werden sollen (dazu auch DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 240 ff.), geäussert und sich dabei auch vertieft mit den von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Angriffspunkten für eine Bonusregelung auseinandergesetzt. Die Beschwerdeführerinnen wiederholen vor Bundesgericht dieselben Argumente, setzten sich aber mit den Ausführungen der Vorinstanz nicht detailliert (Art. 106 Abs. 2 BGG) auseinander. Diesbezüglich ist nicht weiter darauf einzugehen.

**4.1.3.** Die Vorinstanz hat sich ferner auch ausführlich mit dem Beweiswert der *Birchmeier-Liste* befasst, da vor ihrer Bedeutung von der WEKO und den Beschwerdeführerinnen gegensätzlich beurteilt wurde. Die Vorinstanz ist dabei zum Schluss gekommen, dass die Birchmeier-Liste sich einzig in den Fällen als aussage-

kräftiges Beweismittel erweise, in welchen es um die vorgeworfene Mitbeteiligung eines in der Birchmeier-Liste namentlich erwähnten Mitbewerbers durch *Schutzmassnahmen* gehe. Ungeeignet sei die Liste - entgegen der Auffassung der WEKO -, um die Abgabe von Stützofferten der Beschwerdeführerinnen nachzuweisen. Entgegen der Auffassung der WEKO käme der Liste auch nicht volle Beweiskraft zu. Aufgrund der Unschuldsvermutung sei neben der Nennung in der Birchmeier-Liste mindestens ein weiteres einschlägiges Beweismittel erforderlich. Die Beschwerdeführerinnen erachten die Birchmeier-Liste als untaugliches Beweismittel, setzen sich aber wiederum nicht detailliert (Art. 106 Abs. 2 BGG) mit den vorinstanzlichen Argumenten auseinander. Sie wiederholen vielmehr pauschal, was sie bereits vor Vorinstanz ausgeführt haben. Diesbezüglich ist ebenfalls nicht weiter auf die Behauptungen der Beschwerdeführerinnen einzugehen.

**4.2.** Auch wenn mit den Sanktionen nach Art. 49a KG das kartellrechtliche Verfahren strafrechtsähnlichen Charakter i.S.v. Art. 6 EMRK aufweist (BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79), bleibt es ein Verwaltungsverfahren (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; 144 II 194 E. 4.4.2 S. 200) mit den Mitwirkungspflichten nach Art. 13 VwVG (BGE 129 II 18 E. 7.1 S. 33). Infolge des strafrechtsähnlichen Charakters des kartellrechtlichen Verfahrens gilt in diesem aber auch der in Art. 32 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerte Grundsatz der Unschuldsvermutung. Als Beweislastregel bedeutet dieser, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (BGE 127 I 38 E. 2a S. 40).

Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass durch die willkürlichen unterschiedlichen Wertungen der Vorinstanz ihnen der Beweis auferlegt worden sei, dass sie sich nicht an einer bestimmten Absprache beteiligt hätten. Diese Auffassung ist falsch. Hat die Vorinstanz aus den verschiedenen Beweisen offensichtlich unhaltbare Schlüsse gezogen, hat sie erhebliche Beweise übersehen oder solche grundlos ausser Acht gelassen, ist die Beweiswürdigung willkürlich und die Sachverhaltsfeststellung wäre zu korrigieren. Damit wird den Beschwerdeführerinnen aber nicht die Pflicht auferlegt, ihre Unschuld zu beweisen. Zu beachten haben allerdings die Beschwerdeführerinnen, dass sie trotz des strafrechtsähnlichen Charakters des kartellrechtlichen Verfahrens verpflichtet sind, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG i.V.m. Art. 40 KG; siehe dazu auch BGE 140 II 384 E. 3.3). Schliesslich liegt es aber auch im Interesse der Beschwerdeführerinnen, Gründe oder Sachumstände aufzuzeigen, die es als überzeugend erscheinen lassen, dass sie in gewissen Fällen nicht an einer Abrede beteiligt waren. Solche haben die Beschwerdeführerinnen aber nicht dargetan.

## 5.

**5.1.** In Bezug auf die *Fälle 20 und 72* verweisen die Beschwerdeführerinnen darauf, dass in diesen beiden Fällen nur zwei Beweismittel, nämlich die Birchmeier-Liste sowie die Aussage eines Selbstanzeigers, beigebracht worden seien. Weitere Beweismittel wären aber aufgrund derer Ausführungen zur Birchmeier-Liste und zur

Aussage von Selbstanzeigern notwendig gewesen. Die Beschwerdeführerinnen beschränken sich dabei darauf, ihre Würdigung des Sachverhalts an die Stelle der Würdigung der Vorinstanz, welche immerhin je zwei Seiten umfasst, zu setzen. Inwieweit diese dabei in Willkür verfallen sein soll, ist weder genügend dargetan noch ersichtlich.

## 5.2.

**5.2.1.** Beim *Fall 93* hätten die Beschwerdeführerinnen und auch die anderen Unternehmen, welche eine ARGE gebildet hätten, bis heute bestritten, dass eine Abrede stattgefunden habe. Der Fall sei in der Birchmeier-Liste enthalten, obwohl Birchmeier selbst keine Stützofferte abgegeben habe, was belege, dass diese Liste fehlerhaft sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten dies und weitere Punkte vor Vorinstanz vorgebracht. Diese habe aber ihre Ausführungen pauschal als Unklarheiten und Widersprüche bezeichnet. Die Vorinstanz gehe zudem bei der im Hause der Beschwerdeführerinnen gefundenen Handnotiz willkürlicherweise davon aus, dass der Beweis für die Schuld der Beschwerdeführerin 2 erbracht sei. Da die Vorinstanz an anderen Stellen ihres Entscheides anerkannt habe, dass die Birchmeier-Liste fehlerhaft sein könnte, und sie sich beim Fall 93 auf diese Liste stütze, verstricke sie sich in Widersprüche. Insofern sei nur die zusätzliche Handnotiz als Beweismittel gegeben. Die Interpretation der WEKO sei unklar, widerspreche sich und die Annahmen der WEKO seien lückenhaft und teils falsch. Eine andere Interpretation sei genauso naheliegend. Es entstehe der Eindruck, dass die WEKO und die Vorinstanz die Handnotiz mit dem fixen Gedanken interpretiert hätten, dass den Beschwerdeführerinnen eine Schuld nachgewiesen werden müsse.

**5.2.2.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen hat sich die Vorinstanz nicht in Widersprüche verstrickt. Wie bereits erläutert, erachtete die Vorinstanz aus verschiedenen Gründen die Birchmeier-Liste als taugliches und überzeugendes Beweismittel. Sie vertritt lediglich die Auffassung, dass dieses allein nicht genüge, weshalb weitere Beweismittel zur Untermauerung der in der Liste enthaltenen Aussagen notwendig seien. Dies trifft u.a. mit der bei der Beschwerdeführerinnen gefundenen Handnotiz zu. Es trifft zu, dass die Handnotiz interpretationsbedürftig ist. Die Vorinstanz hat sich indessen vertieft damit auseinandergesetzt, hat Quervergleiche zu anderen Aussagen und Beweismitteln gezogen und schlüssig argumentiert, warum sich aus den verschiedenen Beweismitteln ergibt, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin den Tatbestand einer Absprache erfüllt. In diesem Zusammenhang hat die Vorinstanz zudem ausgeführt, dass auch mit einem Verzicht auf eine Eingabe der Zuschlag zugunsten der geschützten ARGE gesteuert wurde und deshalb der Antrag auf der Liste seine Berechtigung habe. Die Beschwerdeführerinnen interpretieren die Notiz anders, wobei sie sich zudem unzulässigerweise mehrheitlich an den Ausführungen der WEKO orientieren, und stellen damit lediglich ihre Sicht der Dinge dar. Damit wird die Beweiswürdigung der Vorinstanz aber nicht offensichtlich unrichtig (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53). Abgesehen davon, setzen sie sich mit den Ausführungen der Vo-

rinstanz auch nicht entsprechend dem strengen Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG auseinander.

**5.3.** In den Fällen 12, 16 und 80 stützte sich die Vorinstanz vor allem auf die Aussagen von zwei oder mehr Selbstanzeigern. Da es sich um Stützofferten handelt, hat sie - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - sich nicht auf die Birchmeier-Liste abgestützt. Die Beschwerdeführerinnen monieren, dass die Aussagen der Selbstanzeiger aufgrund der oben bereits erwähnten Angriffspunkte für eine Bonusregelung (Rache, Beseitigung eines Konkurrenten) erstens unberücksichtigt zu bleiben hätten und zweitens falsch interpretiert worden seien.

Die Vorinstanz hat die einzelnen Beweismittel sorgfältig analysiert und die Aussagen im Rahmen der Selbstanzeigung mit weiteren und späteren Aussagen und weiteren Aspekten ver- und abgeglichen. Die Beschwerdeführerinnen gehen nicht auf die vorinstanzlichen Ausführungen ein und setzen sich nicht mit den Argumenten der Vorinstanz auseinander. Sie wiederholen pauschal, was sie bereits vor Vorinstanz vorgebracht haben. Insofern stellen die Beschwerdeführerinnen wiederum lediglich ihre Sicht der Dinge dar. Inwieweit die Vorinstanz in Willkür verfallen sein soll, ist damit weder genügend dargetan noch ersichtlich.

**6.**

Demnach ist die Beschwerde unbegründet und abzuweisen. 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.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

## C Zivilrechtliche Praxis

### Pratique des tribunaux civils

### Prassi dei tribunali civili

## C 2 Bundesgericht

### Tribunal federal

### Tribunale federale

C 2	<b>1. Urteil vom 14. April 2020 – Zuständigkeit, Gerichtsstandsvereinbarung, Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 8. Juli 2019</b>
-----	---

*Urteil 4A\_433/2019 des Bundesgerichts vom 14. April 2020, I. zivilrechtliche Abteilung in Sachen A. \_\_\_\_\_ ag, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen B. \_\_\_\_\_ S.p.A., vertreten durch [...], Beschwerdegegnerin. Gegenstand: Zuständigkeit, Gerichtsstandsvereinbarung, Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer, vom 8. Juli 2019 (ZKEIV.2018.2).*

#### Sachverhalt:

#### A.

Die A. \_\_\_\_\_ ag (Klägerin, Beschwerdeführerin) mit Sitz in U. \_\_\_\_\_ bezweckt unter anderem die "Führung von Garagenbetrieben, umfassend Handel, Vermietung, Reparatur und Wartung von Motorfahrzeugen bzw. Ersatzteilen".

Die B. \_\_\_\_\_ S.p.A. (Beklagte, Beschwerdegegnerin) mit Sitz in V. \_\_\_\_\_, Italien, befasst sich unter anderem mit der "Konstruktion von Kraftfahrzeugen, dem Einzelhandel mit Produkten der Marke 'B. \_\_\_\_\_', dem Grosshandel mit Komponenten und Zubehör für Kraftfahrzeuge und Marketingaktivitäten zur Unterstützung der Markenentwicklung".

Die A. \_\_\_\_\_ ag und die B. \_\_\_\_\_ S.p.A. schlossen am 21. Oktober 2016 einen "Letter of Intent" ("LOI") ab. Sie hielten darin namentlich fest, dass die A. \_\_\_\_\_ ag Interesse an einem exklusiven Vertrieb von Fahrzeugen der Marke "B. \_\_\_\_\_" im Verkaufsgebiet Aargau sowie Solothurn bekunde und die Parteien beabsichtigten, "die Möglichkeit zu prüfen, eine Vereinbarung über die Ernennung zum Vertragshändler und zur Vertragswerkstatt zu treffen". In Artikel 4.1 LOI heisst es unter dem Titel "Pre-contractual nature of this Letter of Intent":

"The Parties acknowledge that [...] 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."

In Artikel 7.1 LOI wurde vereinbart:

"This Letter of Intent will automatically 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."

Artikel 8.2 LOI lautet schliesslich 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 V. \_\_\_\_\_, with exclusion of any other alternative jurisdictions."

Die mit dem LOI angestrebte vertragliche Beziehung kam nicht zustande.

#### B.

Am 29. August 2018 reichte die A. \_\_\_\_\_ ag beim Obergericht des Kantons Solothurn eine Klage betreffend "Abschluss Werkstattvertrag B. \_\_\_\_\_ mit marktmächtiger B. \_\_\_\_\_ (Art. 7 / Art. 5 KG)" ein. Sie stellte - neben verschiedenen prozessualen Begehren (darunter namentlich einem Antrag auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen) - folgende Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, mit der Klägerin einen Service- und Ersatzteilvertrag für die Marke "B. \_\_\_\_\_" zu marktüblichen Konditionen abzuschliessen oder durch ihre Tochtergesellschaft, B. \_\_\_\_\_ (Schweiz) AG, abzuschliessen 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 "B. \_\_\_\_\_" 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.

Sie berief sich dabei auf "ihren kartellrechtlichen Anspruch der unzulässigen Verweigerung einer Geschäftsbeziehung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG".

Nachdem der Präsident der Zivilkammer des Obergerichts mit Verfügung vom 3. September 2018 (ergänzt mit Verfügung vom 28. September 2018) superprovisorische Massnahmen angeordnet hatte, beschränkte er das Verfahren mit Verfügung vom 4. Februar 2019 auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit.

Mit Beschluss vom 8. Juli 2019 trat das Obergericht auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein.

### C.

Die A. \_\_\_\_\_ ag verlangt mit Beschwerde in Zivilsachen, es seien der Beschluss des Obergerichts aufzuheben, das Obergericht des Kantons Solothurn "für örtlich zuständig zu erklären" und die Sache zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem sei der Beschwerde, vorab superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Das Obergericht begehrt die Abweisung der Beschwerde, unter Verzicht auf Vernehmlassung und Hinweis auf die Akten sowie den angefochtenen Beschluss. Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdeführerin replizierte, worauf die Beschwerdegegnerin eine Duplik eingereicht hat.

Mit Präsidialverfügung vom 15. November 2019 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2019 beantragte die Beschwerdeführerin die Sistierung des bundesgerichtlichen Verfahrens bis 31. Januar 2020. Dazu nahm die Beschwerdegegnerin Stellung. Mit Präsidialverfügung vom 16. Januar 2020 wurde das Sistierungsgesuch abgewiesen.

Am 24. Januar 2020 hat die Beschwerdeführerin unaufgefordert eine weitere Eingabe eingereicht.

### Erwägungen:

#### 1.

Der angefochtene Beschluss des Obergerichts hat eine kartellrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO zum Gegenstand. Es ist ein Endentscheid

(Art. 90 BGG) einer einzigen kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in Zivilsachen offen, gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG unabhängig vom Streitwert. Auch die von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge - Aufhebung des angefochtenen Urteils, Entscheid über die örtliche Zuständigkeit, Rückweisung zur Beurteilung in der Sache - genügen den formellen Anforderungen.

#### 2.

**2.1.** Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten werden kann (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist dabei, dass auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116, 86 E. 2 S. 89).

Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 135 III 232 E. 1.2 mit Hinweisen).

**2.2.** Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf die beschwerdeführende Partei die Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2).

Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik und in ihren weiteren Eingaben darüber hinausgeht, können ihre Ausführungen nicht berücksichtigt werden.

**2.3.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie ent-

sprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

**2.4.** Soweit die Parteien die vorinstanzliche Beweiswürdigung kritisieren, ist zu beachten, dass das Bundesgericht in diese nur eingreift, wenn sie willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2).

**2.5.** Die Beschwerdeführerin widmet ein Kapitel ihrer Beschwerdebegründung der vorinstanzlichen Tatsachenfeststellung, sie (die Beschwerdeführerin) sei im Zeitpunkt der Unterzeichnung des LOI "in Bezug auf kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unerfahren" gewesen. Dies sei offensichtlich unrichtig, was "[a]llein aus der zeitlich chronologischen Abfolge [...] ersichtlich" sei. Wie aber die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort an das Bundesgericht aufzeigt, entspricht diese Feststellung einer im vorinstanzlichen Verfahren eingebrachten Behauptung der Beschwerdegegnerin, welche von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wurde. Deren Rüge geht ins Leere und es ist auch in diesem Punkt vom Sachverhalt auszugehen, wie ihn die Vorinstanz festgestellt hat.

### 3.

**3.1.** Zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit des Obergerichts des Kantons Solothurn brachte die Beschwerdeführerin in ihrer Klage vor, sie habe gestützt auf Art. 7 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) gegenüber der marktbeherrschenden Beschwerdegegnerin einen kartellrechtlichen Anspruch auf Abschluss des eingeklagten Werkstattvertrags. Diesen Anspruch habe die Beschwerdegegnerin nicht erfüllt. Damit bilde eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 5 Nr. 3 des Lugano-Übereinkommens (LugÜ; SR 0.275.12) Gegenstand des Verfahrens. Folglich sei die Zuständigkeit am Sitz der geschädigten Person - vorliegend U. \_\_\_\_\_ im Kanton Solothurn - gegeben.

**3.2.** Das Obergericht erwog, es sei zutreffend, dass der Deliktsgerichtsstand nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ auch Verfahren über Ansprüche erfasse, die auf Widerhandlungen gegen das Kartellgesetz basierten. Indes sei dieser Gerichtsstand nicht zwingend. Die Parteien hätten in Artikel 8.2 LOI die Zuständigkeit der Gerichte in V. \_\_\_\_\_, Italien, vereinbart. Diese Gerichtsstandsklausel beziehe sich auch auf den von der Beschwerdeführerin eingeklagten Anspruch. Entsprechend - so das Obergericht - sei es örtlich nicht zuständig und fehle eine Prozessvoraussetzung. Auf die Klage sei daher nicht einzutreten.

### 4.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Gerichtsstandsvereinbarung in Artikel 8.2 LOI sei nicht anwendbar. Sie kritisiert den angefochtenen Beschluss in verschiedener Hinsicht:

**4.1.** Zunächst rügt sie eine Verletzung von Art. 57 ZPO in Verbindung mit Art. 7 KG und Art. 21 OR.

**4.1.1.** Gemäss 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. Zu solchen unzulässigen Verhaltensweisen zählt nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen.

Die Beschwerdeführerin moniert, das Obergericht habe den Grundsatz "iura novit curia" verletzt, indem es Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nicht von Amtes wegen angewandt habe. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung seien in Bezug auf die in Frage stehende Gerichtsstandsklausel erfüllt. Diese sei daher unverbindlich und hätte von der Vorinstanz unbeachtet bleiben müssen.

**4.1.2.** Es trifft zu, dass das Obergericht die Frage nicht geprüft hat, ob die Vereinbarung über die Zuständigkeit in Artikel 8.2 LOI unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zulässig ist. Wie aber die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringt, hat die Beschwerdeführerin einen entsprechenden Einwand im kantonalen Verfahren nicht erhoben. Inwiefern neue Rügen erstmals vor Bundesgericht vorgebracht werden können, ist vorliegend nicht im Einzelnen zu klären (siehe dazu BGE 143 III 290 E. 1.1 S. 293). Denn jedenfalls ist eine neue Rechtsrüge im bundesgerichtlichen Verfahren nur zulässig, wenn sie nicht auf einer unzulässigen Ausweitung des vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts beruht (siehe Art. 99 Abs. 1 BGG; BGE 135 III 49 E. 5.1 S. 53; 134 III 643 E. 5.3.2; Urteile 5A\_41/2019 vom 22. Januar 2020 E. 1.5; 4A\_343/2017 vom 1. Mai 2018 E. 2.3; 5A\_776/2016 vom 27. März 2017 E. 6.3).

An dieser Voraussetzung scheitern die Ausführungen der Beschwerdeführerin: Sie trägt frei, ohne Bezug zum vorinstanzlichen Beschluss und weitgehend ohne Aktenhinweise - wenn, dann verweist sie auf ihre eigene Klageschrift und lässt dabei unbeachtet, dass die von ihr darin vorgebrachten Tatsachen bestritten und von der Vorinstanz nicht festgestellt wurden - einen Sachverhalt vor, der zeigen soll, dass die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG hinsichtlich der Gerichtsstandsvereinbarung in Artikel 8.2 LOI gegeben seien. So behauptet sie etwa, dass die Beschwerdegegnerin "marktbeherrschend" und der LOI durch eine "faktische Vertragsbeziehung im Sales- und Aftersales" abgelöst worden sei. Weiter meint sie, die Beschwerdegegnerin habe die Gerichtsstandsvereinbarung "erzwungen", da "offensichtlich" sei, dass diese allein die Geschäftsbedingungen im LOI festgelegt habe. Sie - die Beschwerdeführerin - habe damit rechnen müssen, dass "die Verhandlungen abgebrochen" würden, wenn sie sich "dagegen" gewehrt hätte. Auch habe sie "weder entsprechende

finanzielle noch zeitliche Ressourcen", um "den Rechtsweg in Italien zu beschreiten".

Diese Darlegungen finden in den vorinstanzlichen Feststellungen allesamt keine Stütze und die Beschwerdeführerin legt auch nicht dar, weshalb sie zu einer entsprechenden Ergänzung des Sachverhalts berechtigt wäre. Auf das neue Vorbringen kann daher nicht eingetreten werden. Vor diesem Hintergrund braucht auch nicht beurteilt zu werden, ob die Gerichtsstandsklausel nicht ohnehin nur auf Antrag der klagenden Partei für ungültig erklärt werden kann, wie dies die Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) vorbringt.

**4.2.** Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter eine Verletzung von Art. 57 ZPO in Verbindung mit Art. 23 LugÜ sowie von Art. 59 ZPO in Verbindung mit Art. 5 LugÜ.

**4.2.1.** Das Obergericht erwog, es liege in der Natur von Vertragsanbahnungsbemühungen, dass eine Partei versucht sein könne, gestützt auf eine Absichtserklärung den Abschluss eines Vertrags gerichtlich zu erzwingen. Die prozessuale Durchsetzung einer zukünftigen Vertragsbeziehung stelle wohl den Hauptanwendungsfall möglicher Streitigkeiten im Vertragsanbahnungsprozess und damit den mittels einer Gerichtsstandsklausel in einer Absichtserklärung zu regelnden Standardfall dar.

Hinzu komme, dass Parteien einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags in Artikel 4.1 LOI ausdrücklich ausgeschlossen hätten. Die in Artikel 8.2 LOI vereinbarte Gerichtsstandsklausel ergebe daher nur dann Sinn, wenn sämtliche Rechtsbehelfe, welche auf die gerichtliche Durchsetzung eines Vertragsabschlusses gerichtet seien, dem gewählten Gerichtsstand unterstellt seien. Andernfalls bleibe die vereinbarte Gerichtsstandsbestimmung weitgehend "toter Buchstabe".

Schliesslich falle ins Gewicht, dass der Wortlaut der Klausel weit gefasst sei und in einer für die Beschwerdeführerin voraussehbaren Weise sämtliche Rechtsbehelfe umfasse, die - unabhängig von der Rechtsgrundlage - "auf die gerichtliche Durchsetzung eines Vertragsabschlusses gerichtet" seien und "in einem zeitlich relevanten Zusammenhang zur Anbahnung der Geschäftsbeziehungen auf der Basis des Letter of Intent" stünden.

**4.2.2.** Die Beschwerdeführerin wendet ein, es fehle an einem Sachzusammenhang zwischen dem LOI und dem von ihr geltend gemachten Anspruch auf Vertragsabschluss. Die Gerichtsstandsvereinbarung sei "abstrakt formuliert" und nehme "nicht explizit" auf kartellrechtliche Ansprüche Bezug. Es sei für sie nicht vorhersehbar gewesen, dass auch Streitigkeiten über solche Ansprüche, die ausserdem eine "pro-futuro-Geschäftsbeziehung" zum Inhalt hätten, von der Klausel erfasst seien. Diese sei "zu wenig bestimmt".

Sodann argumentiert die Beschwerdeführerin, in Artikel 4.1 LOI seien vertragliche Ansprüche auf Abschluss des Vertrags ausgeschlossen worden. Das Kartellrecht sei aber zwingender Natur und "der kartellrechtliche Anspruch auf eine Geschäftsbeziehung mit einem marktmächtigen Unternehmen" könne nicht durch eine vertragliche Bestimmung ausgeschlossen werden. Die Anwendung der auf eine ausländische Zuständigkeit ver-

weisenden Gerichtsstandsklausel öffne "der Umgehung des Schweizer Kartellrechts durch marktmächtige Unternehmen Tür und Tor".

Daher müsse der Gerichtsstandsvereinbarung die Anwendung versagt bleiben. Die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz wie auch die anderen Prozessvoraussetzungen seien gegeben, weshalb - so der Schluss der Beschwerdeführerin - auf die Klage hätte eingetreten werden müssen.

**4.2.3.** Es steht nicht zur Diskussion, dass sich die internationale Zuständigkeit anhand des LugÜ beurteilt.

Gemäss Art. 5 Nr. 3 LugÜ kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staats hat, in einem anderen durch dieses Übereinkommen gebundenen Staat verklagt werden, "wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden," vor dem Gericht des Orts, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht. Dass das von der Beschwerdeführerin eingeleitete Verfahren in den Anwendungsbereich von Art. 5 Nr. 3 LugÜ fällt und die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts des Kantons Solothurn gestützt auf diese Bestimmung grundsätzlich gegeben wäre, wie dies die Vorinstanz festhielt, wird von keiner Partei bestritten.

Haben die Parteien aber vereinbart, dass ein Gericht oder die Gerichte eines durch das LugÜ gebundenen Staats über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind nach Art. 23 Nr. 1 LugÜ dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates - grundsätzlich ausschliesslich - zuständig. Eine solche Vereinbarung über die Zuständigkeit haben die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin in Artikel 8.2 LOI getroffen. Die Parteien streiten über deren Tragweite.

**4.2.4.** Die Vorinstanz bezog sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu Art. 23 der (unterdessen ersetzten) Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO). Diese Bestimmung stimmt inhaltlich mit Art. 23 LugÜ überein. Nach der Praxis des EuGH folgt aus dem Wortlaut von Art. 23 EuGVVO ("künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit"), dass die Geltung einer Gerichtsstandsklausel auf Rechtsstreitigkeiten eingeschränkt sei, "die ihren Ursprung in dem Rechtsverhältnis haben, anlässlich dessen die Vereinbarung geschlossen wurde". Der EuGH stellt entscheidend darauf ab, ob der Rechtsstreit für die betroffene Partei im Zeitpunkt ihrer Zustimmung zu dieser Klausel "hinreichend vorhersehbar" gewesen sei (Urteile des EuGH vom 24. Oktober 2018 C-595/17 *Apple Sales International und Andere gegen MJA* Randnrn. 21-24; vom 21. Mai 2015 C-352/13 *Cartel Da mage Claims [CDC] Hydrogen Peroxide SA gegen Akzo Nobel NV und Andere* Randnrn. 68-70). Auch in der Lehre wird darauf hingewiesen, dass eine Gerichtsstandsklausel für Streitigkeiten, die nicht unmittelbar aus dem betreffen-

den Vertrag entständen, nur wirksam sei, wenn die jeweiligen Streitigkeiten im Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung "nach Art und Gegenstand hinreichend bestimmbar" seien (siehe etwa PETER GOTTWALD, in: Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, Bd. III, 5. Aufl. 2017, N. 63 zu Art. 25 Brüssel I-VO; KROPHOLLER/VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, N. 70 zu Art. 23 EUGVO; siehe auch LAURENT KILLIAS, in: Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Dasser/Oberhammer [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 42 f. zu Art. 23 LugÜ; POLINA WESTERHOVEN, Gerichtsstandsklauseln in der privaten Durchsetzung des EU-Kartellrechts, 2019, S. 201-203). Das Bundesgericht hat zu Art. 9 Abs. 1 des damals geltenden Gerichtsstandsgesetzes in Einklang mit der Doktrin etwa entschieden, dass sich eine Gerichtsstandsvereinbarung, die ihrem Wortlaut nach sämtliche Vertragsstreitigkeiten umfasst, auch auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung bezieht, wenn diese gleichzeitig eine Vertragsverletzung darstellt oder ein Zusammenhang zwischen dieser und dem Vertragsgegenstand besteht (Urteil 4C.142/2006 vom 25. September 2006 E. 2 mit Hinweisen; aus der Doktrin statt vieler ANDREAS BUCHER, in: Commentaire romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, 2011, N. 35 zu Art. 23 LugÜ).

**4.2.5.** Die Tragweite einer Gerichtsstandsklausel ist durch Auslegung zu ermitteln. Weder von der Vorinstanz noch von den Parteien ist jedoch die Frage aufgeworfen worden, nach welchem Recht diese zu erfolgen hat. Mit Blick darauf, dass der LOI in Artikel 8.1 eine Rechtswahlklausel zugunsten des italienischen Rechts enthält, wäre insbesondere zu fragen gewesen, ob nicht italienisches Recht zur Bestimmung der Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarung hätte herangezogen werden müssen (siehe Urteile 4A\_451/2014 vom 28. April 2015 E. 2.1; 4A\_345/2014 vom 20. Oktober 2014 E. 3; 4A\_149/2013 vom 31. Juli 2013 E. 4; 4A\_177/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.4; 4C.163/2001 vom 7. August 2001 E. 2b). Dazu nimmt die Beschwerdeführerin keine Stellung. Sie rügt namentlich nicht eine Verletzung von Art. 16 Abs. 1 IPRG betreffend die Feststellung des ausländischen Rechts. Das Bundesgericht hat in einer ähnlich gelagerten Konstellation gestützt auf Art. 16 Abs. 2 IPRG schweizerisches Recht angewandt (Urteil 4A\_345/2014 vom 20. Oktober 2014 E. 3), was in der Lehre kritisiert worden ist (siehe Ivo Schwander, Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht, SZIER 2015, S. 638-640). In anderen Fällen, in denen sich die (anwaltlich vertretenen) Parteien und die Vorinstanzen im kantonalen Verfahren auf die gleiche Rechtsordnung bezogen haben, hat es auf eine stillschweigende Rechtswahl geschlossen (siehe etwa Urteile 4A\_158/2014 vom 26. August 2014 E. 2; 4A\_255/2013 vom 4. November 2013 E. 2; 4A\_191/2013 vom 5. August 2013 E. 2).

Die Vorinstanz prüfte der Sache nach allein, ob sich die Anwendung der Gerichtsstandsklausel auf die vorliegende Streitigkeit mit den Grundsätzen von Art. 23 Nr. 1 LugÜ verträgt. Auf die dagegen vorgetragene Kritik der Beschwerdeführerin ist im Folgenden (Erwägung 4.2.6) einzugehen. Darüber hinaus sieht sich das Bundesgericht in diesem Verfahren nicht veranlasst, zur Auslegung der strittigen Gerichtsstandsklausel Stellung zu

nehmen, zumal zunächst zu prüfen wäre, nach welchem Recht diese erfolgen müsste. Dazu äussert sich die Beschwerdeführerin nicht, sodass ein Eintreten auf diese Frage bereits aus diesem Grund ausscheidet (vgl. Urteile 4A\_158/2014 vom 26. August 2014 E. 2; 4A\_77/2014 vom 21. Mai 2014 E. 3.1). Sie macht namentlich nicht geltend, die Anwendung italienischer Auslegungsgrundsätze führe zu einem für sie günstigeren Ergebnis. Im Gegenteil rügt sie unter Ziffer 4 ihrer Beschwerdeschrift eine Verletzung von Art. 18 Abs. 1 OR, was sie mit dem Argument begründet, die Gerichtsstandsklausel sei falsch interpretiert worden. Sie legt aber nicht dar, weshalb die Klausel überhaupt nach schweizerischem Recht auszulegen ist. Dies unterliess sie auch in ihrer Replik, obwohl die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort die Anwendung von Landesrecht auf die Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung ausdrücklich beanstandet hat.

Im Übrigen wäre die diesbezügliche Kritik der Beschwerdeführerin ohnehin nicht hinreichend begründet: So trägt sie einerseits vor, der "tatsächliche Wille" sei "nicht (hinreichend) eruiert" worden. Die Ermittlung des tatsächlichen Konsenses gehört indes zur Beweiswürdigung (BGE 142 III 239 E. 5.2.1 mit Hinweisen). Dass diese geradezu willkürlich wäre, wie die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht (einzig) rügen könnte, behauptet sie nicht. Andererseits führt sie aus, eine Auslegung der Klausel nach dem Vertrauensprinzip müsse zu einem anderen Ergebnis führen. Nach Treu und Glauben habe sie nicht davon ausgehen müssen, "dass mit der Gerichtsstandsklausel auch deliktische Ansprüche erfasst sein sollen". Mit dieser pauschalen Behauptung tut sie nicht dar, weshalb gestützt auf die relevanten Auslegungsmittel - wie etwa den Wortlaut, den Vertragszweck, die Begleitumstände des Vertragsschlusses oder die Interessenlage der Parteien - und die anwendbaren Auslegungsregeln in der konkreten Situation auf einen entsprechenden hypothetischen Parteiwillen vernünftiger und redlicher Vertragspartner hätte geschlossen werden müssen (siehe etwa BGE 143 III 558 E. 4.1.1 mit Hinweisen). Daran ändert auch nichts, dass sie beifügt, sie sei eine "unkundige Partei" und es dürfe "nicht leichthin von einem Verzicht auf den gesetzlichen Gerichtsstand" ausgegangen werden.

**4.2.6.** Der vorinstanzliche Beschluss ist im Lichte von Art. 23 Nr. 1 LugÜ nicht zu beanstanden:

Zu Recht berücksichtigte das Obergericht, dass die Parteien für alle in Zusammenhang mit ihren Vertragsanbahnungsbemühungen stehenden Streitigkeiten in Artikel 8.2 LOI die Zuständigkeit italienischer Gerichte vereinbart haben. Der Versuch, den Abschluss des mit einer Absichtserklärung angedachten Vertrags durchzusetzen, provoziert - wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend ausführte - geradezu die klassische Streitigkeit im Zusammenhang mit solchen Erklärungen. Demgemäss haben die Parteien diese Möglichkeit in Artikel 4.1 LOI ausdrücklich thematisiert (und ausgeschlossen). Der Schluss, eine allgemein gehaltene Gerichtsstandsklausel, wie sie hier zur Diskussion steht, umfasse auch auf Durchsetzung des angedachten Vertrags gerichtete Streitigkeiten, muss daher als vorhersehbar gelten. Nicht anders kann es sich aber verhalten, wenn im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin zeitlich unmittelbar



nach dem Scheitern der Vertragsverhandlungen klageweise einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags geltend macht, den sie formell zwar nicht auf den LOI, sondern auf kartellrechtliche Rechtsgrundlagen stützt, mit dem sie in der Sache aber auf den Abschluss eines (Werkstatt-) Vertrags zielt, wie er im LOI vorgesehen war. Entsprechend stellte die Vorinstanz verbindlich fest, dass die Klageeinleitung während der Zeit erfolgte, in der sich die Parteien um den Abschluss eines definitiven Vertrags bemühten.

Die von der Beschwerdeführerin monierte unerlaubte Handlung (Nichtabschluss des Werkstattvertrags) steht somit in einem konnexen Verhältnis zum vorvertraglich ausgeschlossenen Anspruch auf Abschluss eines eben solchen Werkstattvertrags und hängt damit, zumal in zeitlicher Hinsicht, eng mit dem LOI zusammen. Zu berücksichtigen ist dabei auch die obergerichtliche Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin in Bezug auf kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unerfahren gewesen sei. Bei dieser Ausgangslage war es für die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Unterzeichnung des LOI jedenfalls hinreichend vorhersehbar, dass die in Artikel 8.2 LOI vereinbarte Gerichtsstandsklausel auch auf die vorliegende, auf das Kartellgesetz gestützte (zivilrechtliche) Klage Anwendung findet. Der angefochtene Beschluss verträgt sich folglich mit dem in Art. 23 Nr. 1 LugÜ verankerten Bestimmtheiterfordernis. Der Nichteintretensentscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn hält der bundesgerichtlichen Überprüfung stand.

#### 4.3.

**4.3.1.** Der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung, welche die ausschliessliche Zuständigkeit ausländischer Gerichte vorsieht, schliesst es notwendigerweise aus, dass die Streitigkeit materiell von einer schweizerischen Instanz geprüft wird. Dies ist Art. 23 LugÜ inhärent und stellt - anders, als die Beschwerdeführerin meint - weder eine Verletzung des Gebots "fairer Verfahren" noch eine Missachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

**4.3.2.** Die Beschwerdeführerin behauptet in diesem Zusammenhang sodann, es stelle sich in der Hauptsache "eine äusserst komplexe Frage", deren Beantwortung "Kenntnisse der örtlichen nationalen Begebenheiten, der nationalen Volkswirtschaft sowie der Besonderheiten des Automobilgewerbes in der Schweiz" erfordere. Wenn die Vorinstanz für eine solche Beurteilung auf ein italienisches Gericht verweise, verstosse sie "im Ergebnis gegen den Grundgedanken des ordre public (Art. 17 IPRG)".

In der Tat wurde im Schrifttum vereinzelt die Frage aufgeworfen, ob bestimmte zwingende Bestimmungen des schweizerischen (materiellen) Rechts der Wahl ausländischer Gerichtsstände entgegenstehen. Dies wird - soweit ersichtlich - nur bei Anwendbarkeit des IPRG und einzig für "eng begrenzte Ausnahmefälle" bejaht. Als Beispiel wird die Konstellation genannt, in der eine ausländische Zuständigkeit allein zum Zweck der Umgehung von Bestimmungen des schweizerischen Ordre public vereinbart wurde. Hingegen müsse es - so wird in der Lehre betont - zulässig sein, mit einer Gerichtsstandsvereinbarung Streitigkeiten über frei verfügbare, auf privatrechtlichem Weg durchzusetzende Ansprüche zu erfassen, selbst wenn ein besonderes öffentliches

Interesse an der Anwendung der jeweils einschlägigen schweizerischen Rechtsnormen bestehe (siehe etwa MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, Bd. I, 3. Aufl. 2018, N. 81-84 zu Art. 5 IPRG; FRANK VISCHER, Lois d'application immédiate als Schranken von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, in: *Collisio Legum*, Beiträge zum Internationalen Privatrecht für Gerardo Brogini, 1997, S. 586; vgl. auch Urteil 5A\_171/2010 vom 19. April 2010 E. 5). Noch fraglicher erscheint, ob nationale Bestimmungen die Gerichtswahlfreiheit *im Bereich des LugÜ* einschränken können. Nicht nur fehlt diesem Übereinkommen eine Art. 5 Abs. 2 IPRG entsprechende Bestimmung - wonach eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam ist, wenn einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird -, auch ist dessen Regelung der "Vereinbarung über die Zuständigkeit" grundsätzlich abschliessend (vgl. VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000, S. 674 Rz. 1484; siehe auch SCHLOSSER/HESS, EU-Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2015, N. 32 zu Art. 25 EuGVVO; WESTERHOVEN, a.a.O., S. 225-277, etwa S. 276).

Auch hier erübrigt es sich, auf diese Diskussion im Einzelnen einzutreten. Denn allein die Behauptung, dass der in diesem zivilrechtlichen Verfahren geltend gemachte Anspruch kartellrechtlich abgestützt werde (und einen Sachverhalt betreffe, der sich in der Schweiz zugetragen hat), begründet jedenfalls keinen "Ausnahmefall", der die parteiautonom vereinbarte Unterstellung der vorliegenden Rechtsstreitigkeit unter die italienische Gerichtsbarkeit verbieten würde. Im Übrigen tut die Beschwerdeführerin nicht im Einzelnen dar, welcher kartellrechtlichen Bestimmung aus welchen Gründen eine derart fundamentale Bedeutung zuzumessen wäre, die ein Übergehen der LugÜ-Zuständigkeitsordnung rechtfertigte.

**4.3.3.** Die Beschwerdeführerin verweist ausserdem auf ein Schreiben der (schweizerischen) Wettbewerbskommission (WEKO) vom 22. November 2018. Darin bezog sich die WEKO auf eine Anzeige, welche die Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegnerin "wegen Verstoss gegen Art. 5 und 7 KG" eingereicht hatte, und führte aus, da die Anzeige primär im privaten Interesse der Beschwerdeführerin eingereicht worden sei, falle die Sache nicht in die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden. Die WEKO verwies auf die "Zivilgerichte" und namentlich auf das Obergericht des Kantons Solothurn, welches bereits superprovisorische Massnahmen angeordnet habe.

Es ist indes nicht ersichtlich, inwiefern dieses Schreiben - in dem die WEKO erklärt, weshalb sie auf eine verwaltungsrechtliche Untersuchung der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung verzichte - einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn über dessen zivilrechtliche Zuständigkeit entgegenstünde.

**4.4.** Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz in einer Eventualbegründung eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vor.

Sie begründet diese Rüge im Wesentlichen damit, ihr Anspruch auf Abschluss eines Werkstattvertrags sei kartellrechtlich begründet, "verfassungskonform und daher Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit". Der Staat müsse sicherstellen, dass die aus dem Kartellgesetz flies-

senden "Schutzansprüche" vor einem schweizerischen Gericht geltend gemacht werden könnten. Sodann verweist sie auf Art. 36 BV und legt dar, weshalb aus ihrer Sicht die Voraussetzungen einer Grundrechtseinschränkung nicht erfüllt seien.

In welcher Hinsicht es Art. 27 BV privaten Parteien im konkreten Fall untersagen soll, in einer Art. 23 LugÜ konformen Weise die Zuständigkeit italienischer Gerichte für die in Frage stehende zivilrechtliche Streitigkeit zu vereinbaren und so in Wahrnehmung der konventionsrechtlich eingeräumten Dispositionsfreiheit einen Gerichtsstand zu wählen, vermag die Beschwerdeführerin damit nicht aufzuzeigen. Im Übrigen scheinen ihre Ausführungen zirkulär, stützt sie ihre Begründung doch unter anderem auf das Argument, "die örtliche Zuständigkeit [sei] wie oben dargelegt offensichtlich gegeben" (was nach dem in Erwägung 4.2 Gesagten nicht zutrifft). Dass die Vorinstanz mit ihrem Nichteintretensentscheid Verfassungsrecht verletzt hätte, ist jedenfalls nicht in einer den (erhöhten) Begründungsanforderungen genügenden Weise (siehe Erwägung 2.1) dargetan (und erscheint abwegig).

## 5.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (siehe Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

#### 2.

Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

#### 3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 9'000.-- zu entschädigen.

#### 4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	<b>H</b>	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	<b>T</b>	
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
<b>P</b>		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	<b>U</b>	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>Q</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>R</b>		<b>V</b>	
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)	<b>W</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	<b>X</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Y</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Z</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
<b>S</b>		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise -
- Abrede 1868, 1883, 1886, 1910 f., 1927, 1931, 1940 f., 1961, 2005 ff., 2013, 2017, 2079, 2081, 2083
- Acquiring -
- Anhörung 1860 f., 1868, 1922, 1954, 1959, 1969, 1981 f., 1988, 2051
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 1880, 1883, 1925
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 1867, 1884 f., 1891, 1893
- Erheblichkeit 1880
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 2021, 2026
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 1937, 1944, 1949, 1954 ff., 1963, 1970 f., 1973, 1977, 1982 f., 1987 f., 1990 ff., 2001 f., 2004 f., 2008
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1871, 1895, 1902, 1904, 1907, 1922, 1928, 1944, 1964, 1997, 2012, 2066
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 1876, 1878, 1880, 1893, 2054
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 1867, 1869, 1874 ff., 1884, 1888, 1893, 1898, 1903 ff., 1908, 1911, 1914, 1928 ff., 1943 f., 1948, 1950, 1954, 1956, 1974, 1982, 1984 f., 1996 ff., 2002, 2004 f., 2008, 2013, 2016 f., 2026, 2054, 2056, 2060 f., 2065 f., 2068, 2072, 2074
- Marktgegenseite 1871 ff., 1875 f., 1900 f., 1930 ff., 1939, 1955, 1977 f., 1984, 1994, 1997, 2012, 2060 f., 2066 ff., 2072 f., 2087
- Marktorganisation 1979
- Marktstruktur 1874, 1997, 2008, 2071
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 1895, 1898 f., 1904, 1906, 1910, 1913, 1921, 1927 f., 2009, 2011 f., 2015
- Missbrauch 1867, 1871, 1876 ff., 1881, 1884, 1888, 1893, 1984, 1997, 2048, 2056, 2062 f., 2087
- N**
- Netzwerk 1880, 1924, 1940 f., 1984, 2003, 2009, 2059
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 1929, 1998, 2002
- Preisabrede -
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 1962, 2004, 2053
- Reduktion der Sanktion -
- S**

---

Sanktionen 2056, 2080, 2083	vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Senkung Herstellkosten -	Veröffentlichung 2018, 2020 f., 2025 ff., 2046 ff., 2076 f.
Submission 2079, 2081	Verschulden 1886, 1889
Submissionskartell -	Vierparteiensysteme -
<b>T</b>	vorbehaltene Vorschriften 1870, 1928
Tarife 1870, 2035, 2040	vorgezogene Recyclinggebühren -
Tarifvertrag -	
Tierärzte/innen -	<b>W</b>
Transparenzmassnahmen -	Wettbewerb um den Markt -
<b>U</b>	<b>X</b>
Umstossung der Vermutung -	<b>Y</b>
Untersuchung 1858 ff., 1863, 1867, 1869, 1873, 1877,	<b>Z</b>
1885 f., 1890 ff., 1926 f., 2020, 2048 ff., 2055 f., 2061 f.,	Zahlungsmittel -
2065 f., 2070, 2079 f., 2082, 2090	zweiseitige Märkte -
unzulässige Wettbewerbsabrede 2079, 2081	
<b>V</b>	

---