



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

2021/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.21/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

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

2021/1

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

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

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

April/avril/aprile 2021

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

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

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

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

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

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

A	Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2020 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2020 de la Commission de la concurrence (COMCO)	23
	3. Rapporto annuale 2020 della Commissione della concorrenza (COMCO)	45
	4. Annual Report 2020 of the Competition Commission	66
B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Biologics	86
	2. Dauer-ARGE Graubünden	90
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Neues Versicherungsmodell ALAG / VWFS	132
	2. Hinweis- und Informationssystem HIS	138
	3. Regressplattform Schweiz	148
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Eishockey im Pay-TV	160
	2. Optische Netzwerke	210
	3. Netzbaustrategie Swisscom	227
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Volvo/Daimler/JV	263
	2. Tilney Group Limited/Williamson Holdings Limited/Permira Holdings Limited/Warburg Pincus LLC	266
	3. ELAG/OZAG	269
	4. Raiffeisen/Mobilair	271
	5. The Carlyle Group/Acrotec Holding S.à r.l.	277
	6. HEBA Food Holding AG/Saviva AG	278
	7. VKR/Arbonia Fenster	280
	8. MHP Management- und IT-Beratung GmbH/TransnetBW GmbH	283
	9. Arcadia Verlag AG/Post CH AG/cinfony AG	287
5.	Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni	
	1. Verfügung vom 20. November 2020 betreffend Publikation des Entscheids des WBF in Sachen Aufsichtsbeschwerde gegen die WEKO	292
B 5	Bundesrat Conseil fédéral Consiglio federale	
	1. Aufsichtsbeschwerde von Swissterminal gegen WEKO betreffend Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN	299

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	302
Index (deutsch, français e italiano)	304

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2020 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	---

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort des Präsidenten	2	4	Organisation und Statistik	14
2	Wichtigste Entscheide 2020	3	4.1	WEKO, Sekretariat und Statistik	14
2.1	Entscheide der WEKO	3	4.2	Statistik	14
2.2	Urteile der Gerichte	4	5	Spezialthema: 25 Jahre KG	16
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen	5	5.1	Die Modernisierung des schweizerischen Kartellrechts	16
3.1	Bau	5	5.1.1	Kartellistische Schweiz und Folgen des EWR-Nein	16
3.1.1	Submissionsabreden	5	5.1.2	Revision von 1995	16
3.1.2	Baustoffe und Deponien	6	5.1.3	Feinschliff in der Revision 2003	16
3.1.3	Umwelt und Entsorgung	6	5.2	Ziele des Kartellgesetzes und deren praktische Umsetzung	17
3.1.4	Sensibilisierung über Submissionsabreden	7	5.2.1	Ziele des Kartellgesetzes und Ausrichtung der Behördentätigkeit	17
3.2	Dienstleistungen	7	5.2.2	Parallelimporte: Öffnung gegenüber ausländischen Märkten	18
3.2.1	Finanzdienstleistungen	7	5.2.3	Öffnung der Beschaffungsmärkte und Submissionsabreden	18
3.2.2	Gesundheitswesen	7	5.2.4	Marktöffnung von Infrastrukturmärkten unter Begleitung der Wettbewerbsbehörden	19
3.2.3	Freiberufliche und andere Dienstleistungen	8	5.2.5	Digitalisierte Märkte offenhalten	19
3.3	Infrastruktur	8	5.2.6	Verfahrensrechtliche Herausforderungen	20
3.3.1	Telekommunikation	8	5.3	Baustellen im geltenden Kartellgesetz	20
3.3.2	Medien	9	5.3.1	Allgemeines	20
3.3.3	Energie	9	5.3.2	Zusammenschlusskontrolle	21
3.3.4	Verkehr	9	5.3.3	Kartellzivilrecht	21
3.3.5	Staatliche Beihilfen	9	5.3.4	Revision 2021	21
3.4	Produktmärkte	10	5.4	Fazit und Ausblick	21
3.4.1	Vertikalabreden	10			
3.4.2	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	10			
3.4.3	Uhrenindustrie	10			
3.4.4	Automobilsektor	10			
3.4.5	Landwirtschaft	11			
3.5	Binnenmarkt	11			
3.6	Ermittlungen	12			
3.7	Internationales	12			
3.8	Gesetzgebung	13			

1 Vorwort des Präsidenten

Das Jahr 2020 war durch die Verbreitung von SARS-CoV-2 und die hiermit einhergehenden Verwerfungen in Gesellschaft, Politik und Wirtschaft gekennzeichnet. Auch wenn Gegenmassnahmen zügig ergriffen wurden und die Marktwirtschaft ihre Fähigkeit zu schneller Anpassung unter Beweis stellte, kam es im ersten Halbjahr zu einem beispiellosen Einbruch des Bruttoinlandprodukts. Manche Branchen litten unter der Krise mehr als andere. Das hatte auch Konsequenzen für den Wettbewerb. Es wurde Bedarf nach mehr Kooperation geltend gemacht. Die WEKO stellte öffentlich klar, dass das Kartellrecht auch während der COVID-19-Situation gilt. Gleichzeitig signalisierte die WEKO ihre Bereitschaft, die kartellrechtskonforme Ausgestaltung von Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-Lage zu begleiten. So gibt es beispielsweise grosse Spielräume für die Zusammenarbeit von Unternehmen, um gemeinsam Therapien und Impfstoffe zu entwickeln oder um Versorgungsengpässe zu meistern.

Nach Erklärung der ausserordentlichen Lage am 16. März 2020 musste die WEKO – wie andere Behörden, Unternehmen und Organisationen auch – ihre Arbeitsmethoden von einem auf den anderen Tag umstellen. Die technischen Schwierigkeiten waren auch deshalb schnell überwunden, weil die Behörde ihre Funktionsweise ohnehin schon umfassend digitalisiert hatte. Die Mitarbeitenden waren folglich für Wirtschaft und Verwaltung jederzeit erreichbar. Bei der Einhaltung von Fristen war die Flexibilität gross, so dass keine gesetzlichen Änderungen erforderlich wurden. Die Mitarbeitenden leisteten Sondereinsätze, wie beispielsweise bei der zeitnahen Prüfung von Beihilfen im Luftfahrtbereich, so dass die Akteure rasch Klarheit fanden.

Ungeachtet dieser Herausforderungen trieb die WEKO ihre Verfahren voran. Zwei Untersuchungen beschäftigten die WEKO neben den erwähnten Beihilfeprüfungen besonders: Im Uhrenmarkt entschied sie, dass die jahrelang für Swatch geltenden Lieferverpflichtungen und Lieferbeschränkungen auslaufen, die Swatch-Tochter ETA bei den mechanischen Uhrwerken aber weiterhin marktbeherrschend ist. Im Erdgasmarkt fällte sie einen Entscheid von grosser Tragweite: Sie verpflichtete Netzinhaber in der Zentralschweiz, die Durchleitung von Erdgas zu erlauben. Die Endkundinnen und -kunden können seither ihren Erdgaslieferanten frei wählen. Der Entscheid ist von Bedeutung für das gesamte Land und führt zur vollständigen Liberalisierung des Gasmarktes.

Es ist sicher nicht die Zeit zum Feiern. Gleichwohl steht ein besonderes Jubiläum an: 2021 werden nicht nur das Kartell- und das Binnenmarktgesetz, sondern auch die WEKO selbst 25 Jahre alt. Unverändert besteht ihr Auftrag im Schutz des Wettbewerbs. Einen Eindruck des breiten Spektrums dieser Aufgabe gibt auch dieser Jahresbericht.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2020

2.1 Entscheide der WEKO

Am 14. Dezember 2020 erliess die WEKO vorsorgliche Massnahmen gegenüber Swisscom und untersagte dieser mit sofortiger Wirkung, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht. Gleichzeitig eröffnete sie die Untersuchung **Netzbaustrategie Swisscom**.

Die WEKO bekämpft Abreden im Beschaffungswesen konsequent. 2020 ermittelte sie erstmals wegen einer Submissionsabrede im IT-Bereich. Von der Abrede betroffen war die Schweizerische Nationalbank (SNB). Die SNB betreibt für ihre Datenkommunikation teilweise ein eigenes Datennetz (**optisches Netzwerk**). Dafür kauft die Notenbank bei IT-Unternehmen Netzwerkkomponenten ein. Bei einer Beschaffung koordinierten die offerierenden Lieferanten und die Herstellerin dieser Komponenten die Offertpreise. Im Laufe des Verfahrens kooperierten alle Unternehmen, was eine einvernehmliche Lösung, ein kurzes Verfahren von zehn Monaten und eine starke Reduktion der Busse auf insgesamt CHF 55'000 ermöglichte. Der Entscheid vom 16. November 2020 ist rechtskräftig.

Ende 2016 und Mitte 2019 erliess die WEKO im Finanzbereich eine Reihe von Teilentscheiden mit Sanktionen und genehmigte mehrere einvernehmliche Regelungen. Im Oktober 2020 genehmigte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO weitere einvernehmliche Regelungen. Zum einen im Rahmen der Untersuchung betreffend **Yen-Zinsderivate basierend auf Yen LIBOR** mit NEX (vormals das Brokerhaus ICAP plc): Die Verhaltensweise von NEX ist kartellrechtlich unzulässig, aber nicht sanktionierbar. Zudem stellte die Kammer für Teilverfügungen die Untersuchung gegen NEX betreffend Euroyen-Zinsderivate basierend auf dem Euroyen TIBOR ein. Zum anderen wurde in der Untersuchung betreffend **Euro-Zinsderivate basierend auf EURIBOR** die einvernehmliche Regelung mit Crédit Agricole und HSBC France genehmigt. Dabei büsste die Kammer für Teilverfügungen Crédit Agricole mit rund CHF 4,5 Mio. und HSBC France mit fast CHF 2 Mio. Diese Entscheide sind rechtskräftig.

UPC erwarb für die Jahre 2017 bis 2022 die Exklusivrechte für die Übertragung von Spielen der **Schweizer Eishockeymeisterschaft**. Damit erlangte sie bei der Live-Übertragung von Eishockeyspielen im Pay-TV eine marktbeherrschende Position. UPC hat diese Marktbeherrschung missbraucht, indem sie Swisscom bis Sommer 2020 jegliches Angebot für die Ausstrahlung von Live-Eishockey verweigert hat. Mit dieser Verhaltensweise hat UPC Swisscom in unzulässiger Weise im Wettbewerb behindert. Die WEKO büsste UPC am 7. September 2020 für dieses Verhalten mit rund CHF 30 Mio. UPC focht den Entscheid vor Bundesverwaltungsgericht (BVGer) an. Im Mai 2016 hatte die WEKO die Swisscom wegen einer ähnlichen Verhaltensweise bei der Übertragung von Live-Sport (Fussball und Eishockey) sanktioniert.

Die WEKO auferlegte der Swatch Group-Tochter **ETA** mit ihrem Entscheid vom 13. Juli 2020 keine neue Lie-

ferverpflichtung und Lieferbeschränkung für **mechanische Swiss made Uhrwerke**. Der aktuelle Entscheid basiert auf älteren Entscheiden. So genehmigte die WEKO Ende 2013 eine einvernehmliche Regelung mit der Swatch Group. Diese sah vor, dass ihre Tochtergesellschaft ETA ihre damalige Kundschaft bis Ende 2019 mit bestimmten Mengen an mechanischen Uhrwerken beliefern musste. Die einvernehmliche Regelung sollte Anreize schaffen, dass sich bis Ende 2019 eine ausreichende Konkurrenz bildete und die Kundschaft sich alternative Bezugsmöglichkeiten erschliessen konnte. Nach Ablauf dieser Frist sollte keine Lieferverpflichtung mehr bestehen. Da es Hinweise gab, dass sich der Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke nicht wie angenommen entwickelte, eröffnete die WEKO im November 2018 ein Wiedererwägungsverfahren. Die umfangreichen Abklärungen der WEKO zeigten, dass der Markt auf die 2013 gesetzten Anreize reagierte und sich die Wettbewerbsverhältnisse weitgehend wie erwartet realisierten. Beispielsweise haben die Kundinnen und Kunden von ETA ihre Bezugsquellen erweitert. Gestützt auf eine breite Auslegung kam die WEKO zum Schluss, dass ETA keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen sind. Die Swatch Group-Tochter bleibt auf dem Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke jedoch marktbeherrschend und untersteht damit weiterhin der Missbrauchsaufsicht. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO öffnete mit ihrem rechtskräftigen Entscheid vom 25. Mai 2020 den **Erdgasmarkt** in der Zentralschweiz. Gegenstand der Untersuchung war die Frage, ob Netzzugangsverweigerungen der energie wasser luzern (ewl) und der Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) zur Belieferung von Endkundinnen und -kunden über ihre Rohrleitungsnetze durch Dritte eine unzulässige Geschäftsverweigerung darstellen. Die WEKO kam in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass ewl und EGZ ihre marktbeherrschende Stellung beim Transport und der Verteilung von Erdgas über ihre Rohrleitungsnetze missbraucht haben: sie verweigerten einer Drittlieferantin auf Gesuch hin die Durchleitung zur Belieferung von Wärmekundinnen und -kunden in der Stadt Luzern. In der Vergangenheit wickelten ewl und EGZ lediglich für an ihre Netze angeschlossene grosse Prozessgaskundinnen und -kunden, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung für den Netzzugang erfüllten, den Lieferantenwechsel ab. Diese unzulässige Geschäftsverweigerung hatte zur Folge, dass ewl und EGZ sämtliche Umsätze aus dem Erdgasverkauf mit den faktisch gebundenen Endkundinnen und -kunden ohne Wettbewerbsdruck realisieren konnten. Da ewl und EGZ den Wettbewerb zur Belieferung des Grossteils der Endkundinnen und -kunden in ihrem Netzgebiet beseitigten, hatten sie die Möglichkeit, Monopolgewinne zu erzielen. ewl und EGZ kooperierten mit der WEKO. Sie verpflichteten sich einvernehmlich, künftig sämtlichen an ihre Netze angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden den Lieferantenwechsel zu ermöglichen. Die WEKO berücksichtigte bei der Bemessung der Sanktion, dass ewl und EGZ von sich aus ihr Netzgebiet öffneten. Die ermässigte Busse betrug rund CHF 2,6 Mio. Dieser WEKO-Entscheid hatte eine vergleichbare Signalwirkung wie der Entscheid gegen die Freiburger Elektrizitätswerke von 2001, mit dem der Elektrizitätsmarkt gestützt auf das Kartellgesetz geöffnet wurde.

Am 23. März 2020 genehmigte die WEKO die Beteiligung von Planzer und Camion-Transport an **SBB Cargo**, nachdem sie diesen Zusammenschluss vertieft geprüft hatte. Planzer und Camion-Transport beteiligten sich über ihre gemeinsame Tochtergesellschaft Swiss Combi zu 35 % an SBB Cargo. An Swiss Combi sind zudem auch Galliker und Bertschi zu je 10 % beteiligt. Mit dem Zusammenschluss wollen Planzer und Camion-Transport ihre Logistikkenntnisse zur Optimierung bestehender und zur Entwicklung neuer Produkte in SBB Cargo einbringen. Damit beabsichtigen die SBB und die Logistikunternehmen, die Wirtschaftlichkeit und die Wettbewerbsfähigkeit von SBB Cargo zu verbessern. Der geplante Zusammenschluss führt zwar bei den Umschlagsleistungen im kombinierten Verkehr im Raum Gossau / St. Gallen zu einer marktbeherrschenden Stellung. Allerdings gibt er den beteiligten Unternehmen keine Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Folglich liess die WEKO den Zusammenschluss zu.

2.2 Urteile der Gerichte

Im Juli 2019 büsste die Kammer für Teilverfügungen der WEKO acht Finanzierungsunternehmen, welche **Leasing für Fahrzeuge** anbieten, mit Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 30 Mio. FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat) reichte beim BVGer gegen die Verfügung der Kammer für Teilverfügungen sowohl eine Klage als auch eine Beschwerde ein. Sie beantragte in der Klage, dass die Teilverfügung von rund 45 Seiten auf maximal fünf Seiten zu kürzen sei. Das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) habe im Rahmen der Vorbemerkungen zur EVR zugesagt, bei der WEKO eine kurze Verfügung zu beantragen. Das BVGer trat darauf mit seinem Entscheid vom 13. Oktober 2020 nicht ein.

Tamedia hatte vor BVGer wegen der Kostenaufgabe von CHF 5'000 für das WEKO-Vorprüfungsverfahren des **Zusammenschlusses Tamedia** (heute TXGroup) / **Adextra** Beschwerde eingelegt. Sie verlangte die Aufhebung der Kosten mit dem Argument, die WEKO hätte die Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG zu extensiv ausgelegt, und der Zusammenschluss sei nicht meldepflichtig gewesen. Das Gericht wies die Beschwerde am 6. Oktober 2020 ab und bestätigte die Auslegung durch die WEKO. Die tatsächlichen Effekte zwischen den in Frage stehenden Märkten sei nicht als Teilgehalt der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu klären, sondern vielmehr Gegenstand des materiellen Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 f. KG. Der Entscheid wurde von Unternehmensseite ans Bundesgericht (BGer) weitergezogen.

Die WEKO ging mit ihrem Entscheid **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** vom 16. Dezember 2011 gegen Submissionsabreden vor. Vierzehn im Kanton Aargau tätige Bauunternehmungen wurden mit rund CHF 4 Mio. dafür sanktioniert, dass sie zwischen 2006 und 2009 unzulässige Submissionsabsprachen über Preise und die Aufteilung von Märkten vorgenommen hatten. Von den abgesprochenen Submissionen waren rund 100 öffentliche und private Bauprojekte betroffen. Vier Unternehmen fochten den WEKO-Entscheid an. Das Verfahren war während rund sechseinhalb Jahren vor dem BVGer hängig. Am 25. Mai 2018 bestätigte das

BVGer den Entscheid der WEKO gegen die Bauunternehmungen aus dem Kanton Aargau mehrheitlich und klärte wichtige Grundsatzfragen wie etwa rechtliche Mindestanforderungen an die Beweisführung und die Beweiswürdigung, Umgang mit Informationen aus Selbstanzeigen, Sanktionierbarkeit von (teilweise umsatzlosen) Kartellrechtsverstössen. Ein Bauunternehmen zog das Urteil des BVGer an das BGer weiter. Das BGer wies die Beschwerde mit seinem Urteil vom 3. August 2020 als unbegründet ab und bestätigte damit den Entscheid des BVGer.

Die Musik Hug erhob gegen die im WEKO-Entscheid **Flügel und Klaviere** vom 14. Dezember 2015 verhängte Sanktion Beschwerde beim BVGer, da sie unverhältnismässig und finanziell nicht tragbar sei. Die WEKO hatte die Sanktion wegen der finanziellen Situation der Musik Hug bereits von ursprünglich rund CHF 1.3 Mio. auf CHF 445'000 gesenkt. Das BVGer entschied am 2. April 2020, dass die von der WEKO verfügte Busse verhältnismässig, die Einschätzung der wirtschaftlichen Tragbarkeit der Busse begründet und die Reduktion der Sanktion nicht zu beanstanden sei. Entsprechend wies das BVGer die Beschwerde der Musik Hug ab.

Am 17. September 2018 gab die WEKO dem Kanton Graubünden nur teilweise Einsicht in die Akten ihres Entscheides vom 10. Juli 2017 über Submissionsabreden von Hoch- und Tiefbauunternehmen im **Münstertal**. Namentlich in die Selbstanzeige gewährte sie keine Einsicht. Am 24. Oktober 2019 wies das BVGer die dagegen erhobene Beschwerde des Kantons Graubünden ab. Der Kanton Graubünden erhob zwar am 29. November 2019 Beschwerde ans BGer, zog diese aber am 20. März 2020 zurück. Deshalb schrieb das BGer das Verfahren ab.

Das BGer entschied am 12. Februar 2020, dass die **Aktiengesellschaft Hallenstadion** im Zusammenhang mit der Verwendung einer Ticketingklausel gegenüber Veranstaltern gegen das Kartellgesetz verstossen hatte sowie dass die Aktiengesellschaft Hallenstadion und die **Ticketcorner AG** mit ihrer Ticketing-Kooperationsklausel eine wettbewerbswidrige Abrede getroffen hatten. Hallenstadion und Ticketcorner hatten 2009 einen Kooperationsvertrag abgeschlossen, mit dem Ticketcorner das Recht eingeräumt wurde, mindestens 50 % aller Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion zu vertreiben. Die WEKO stellte 2011 eine in diesem Zusammenhang eröffnete Untersuchung ein. Das BVGer hiess die dagegen erhobene Beschwerde der Starticket AG und der ticketportal AG 2016 gut. Es kam zum Schluss, dass die Ticketing-Kooperationsklausel eine wettbewerbswidrige Abrede bilde und deren Verwendung durch das Hallenstadion einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellte. Das BGer hiess die wiederum dagegen erhobenen Beschwerden von Hallenstadion und Ticketcorner teilweise gut. In Bezug auf das Hallenstadion bestätigte das BGer die Beurteilung des BVGer. Dem Hallenstadion komme insgesamt eine marktbeherrschende Stellung zu, die es durch die Verwendung der Ticketingklausel mit den Veranstaltern missbraucht habe (Koppelungsgeschäft). Die Abrede zwischen Hallenstadion und Ticketcorner stelle sowohl auf dem Markt der Veranstaltungsorte für Rock- und Popkonzerte (Grossanlässe) als auch für den ent-

sprechenden Ticketingmarkt einen Kartellrechtsverstoss dar. Ob hingegen Ticketcorner eine marktbeherrschende Stellung habe und diese missbraucht habe, könne aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht beurteilt werden. Das BGer wies das Geschäft zur Festlegung notwendiger Verwaltungssanktionen bzw. -massnahmen und zur weiteren Sachverhaltsprüfung an die WEKO zurück. Entsprechend hat die WEKO das Hallenstation für die Verwendung der Ticketingklausel zu sanktionieren und die Frage, ob auch Ticketcorner ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzulasten ist, zu klären.

Am 16. Dezember 2019 erliess die WEKO im **Wiedererwägungsverfahren Swatch Group Lieferstopp** vorsorgliche Massnahmen (vgl. dazu Jahresbericht 2019). Die Swatch Group erhob dagegen Beschwerde. In einem Zwischenentscheid vom 13. Mai 2020 behandelte das BVGer die Frage, ob die vorsorglichen Massnahmen der WEKO, wonach für die Swatch Group bzw. ihre Tochtergesellschaft ETA per sofort, aber vorläufig, gewisse Lieferbeschränkungen in Bezug auf Drittkunden fortgelten, ausgesetzt werden sollen. Das BVGer verneinte diese Frage und folgte damit der Sichtweise der WEKO. Es begründet seinen Entscheid u.a. damit, dass zeitliche und sachliche Dringlichkeit bestehe und ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, die Ergebnisse der im November 2018 eingeleiteten Untersuchung abzuwarten, bevor die aus der einvernehmlichen Regelung von 2013 resultierenden Verpflichtungen und Beschränkungen ablaufen dürften. Nach dem Entscheid der WEKO vom 13. Juli 2020, Swatch Group keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen (vgl. Abschnitt 2.1), zog die Swatch Group ihre Beschwerde gegen die vorsorglichen Massnahmen zurück. Die vorsorglichen Massnahmen vom 16. Dezember 2019 sind somit in Rechtskraft erwachsen.

Die Gerichte fällten weitere Urteile zur Publikation von WEKO-Entscheiden und bestätigten die Praxis:

- Das BVGer behandelte die WEKO-Verfügungen vom 12. November 2018, mit welchen sie erneut – nach der Rückweisung durch das BVGer – die Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 «**Luftfracht**» anordnete. Von den zehn Parteien, welche eine Publikationsverfügung verlangt hatten, erhoben acht Beschwerde gegen die Publikationsverfügung. Das BVGer wies nun mit Urteilen vom 1. September 2020 alle acht Beschwerden vollumfänglich ab. Gegen vier dieser Entscheide legten die Verfahrensparteien Beschwerde beim BGer ein.
- Am 21. September 2020 entschied das BVGer über die Beschwerde der Goldbach Media (Switzerland) AG gegen die Verfügung der WEKO vom 8. April 2019 betreffend die Publikation der Stellungnahme der WEKO im Zusammenschlussvorhaben «**Goldbach/Tamedia**». Das BVGer bestätigte die Argumente der WEKO praktisch vollumfänglich. Goldbach zog den Entscheid des BVGer an das BGer weiter.
- Mit Urteil vom 17. Juli 2020 entschied das BGer in Sachen **Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung**, nicht auf die Beschwerde des betroffenen Unternehmens einzutreten. Das angefochtene Urteil des BVGer stelle keinen Endentscheid,

sondern lediglich einen Zwischenentscheid im Sinne eines Rückweisungsentscheids dar. Gegen Rückweisungsentscheide könne aber nur ausnahmsweise Beschwerde geführt werden, was vorliegend nicht gegeben sei. Aufgrund dieses Urteils des BGer kam das Rückweisungs Urteil des BVGer vom 30. Januar 2019 wieder zum Tragen. Zwischenzeitlich verfügte das Sekretariat gestützt auf das Rückweisungs Urteil erneut und inzwischen rechtskräftig die Publikation des Schlussberichts.

- Das BVGer fällte am 27. Februar 2020 einen Publikationsentscheid betreffend die Zwischenverfügung der WEKO zur Beteiligung von Sunrise als Dritte in der Untersuchung **Eishockey im Pay-TV**. UPC hatte die Publikation der Zwischenverfügung beim BVGer angefochten. Das BVGer wies die von UPC erhobene Beschwerde gegen die Publikationsverfügung vom 23. September 2019 vollumfänglich ab und bestätigte die bisherige Rechtsprechung. Das Urteil ist rechtskräftig.
- Mit seinem Urteil vom 11. Februar 2020 spezifizierte das BGer die Rechtsprechung dahingehend, dass auch eine Gesellschaft, welche zur Zeit des Kartellrechtsverstosses noch nicht existierte, die aber aus Gründen der Unternehmenskontinuität zur Zahlung der Sanktion eines Kartellunternehmens verpflichtet wird, keinen Anspruch auf Anonymisierung hat und ihre namentliche Nennung in der publizierten Version hinnehmen muss. Somit konnte die WEKO-Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 in Sachen **Bauleistungen See-Gaster** publiziert werden.

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Submissionsabreden

Wegen Anhaltspunkten für Submissionsabreden zwischen mehreren Unternehmen eröffnete die WEKO am 14. Januar 2020 eine neue Untersuchung und führte Hausdurchsuchungen durch. Die Abreden betrafen Hard- und Softwareprodukte im Bereich der **optischen Netzwerke**, die für die Datenübertragung per Glasfaser bei Grosskunden eingesetzt werden. Die WEKO schloss diese Untersuchung am 16. November 2020 mit einer einvernehmlichen Regelung und Sanktionen ab (vgl. Abschnitt 2.1).

Die WEKO schloss im Sommer 2019 die letzten beiden von insgesamt zehn Untersuchungen im **Kanton Graubünden** ab, «**Engadin II**» und «**Strassenbau**» (Bauleistungen Graubünden). Sieben der insgesamt zwölf Parteien reichten beim BVGer Beschwerde ein (davon eine zu «Engadin II»). Von den restlichen Verfahren sind Engadin I sowie fünf kleinere Entscheide von einem Teil der Parteien vor BVGer angefochten worden. Die Schriftenwechsel vor BVGer sind im Grundsatz abgeschlossen. Mit ersten Entscheiden des BVGer ist 2021 zu rechnen.

Im Juni 2020 eröffnete das Sekretariat im Kanton Graubünden eine weitere Untersuchung, da in der Region **Moesa** Anhaltspunkte für Submissionsabreden zwischen mehreren Unternehmen bestehen. Die WEKO hatte Hinweise vom Kanton Graubünden erhalten. Die mut-

masslichen Abreden betreffen Submissionen im Hoch- und Tiefbaubereich von privaten und öffentlichen Bauherren. Das Verfahren befindet sich in der Ermittlungsphase und wurde gegen die drei grössten Bauunternehmen der Region eröffnet.

Im Zusammenhang mit der Untersuchung «Strassenbau» ergab sich der Verdacht, dass Strassenbauunternehmen im Rahmen von sog. «**Dauer-Arbeitsgemeinschaften**» (Dauer-ARGE) zusammenarbeiteten, um Strassenbauprojekte längerfristig untereinander aufzuteilen und gemeinsam die Höhe der Eingabesummen festzulegen. Die WEKO betonte in der Vergangenheit mehrfach, dass ARGE typischerweise kartellrechtlich unbedenklich sind und den Wettbewerb fördern. In der 2020 abgeschlossenen Vorabklärung befasste sich das Sekretariat mit zwei spezielleren Konstellationen von Dauer-ARGE, d.h. ARGE von Unternehmen, die für Beschaffungsprojekte in hohem Ausmass wiederholt gemeinsam Angebote einreichen. Im Grundsatz gilt auch für Dauer-ARGE, dass sie in der Regel keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und folglich keine Abreden im Sinne des Kartellgesetzes darstellen, soweit die Einreichung von Offerten einzelfallweise beschlossen wird. Die Gründe für projektweise beschlossene ARGE und Dauer-ARGE sind vielfältig, etwa: die ARGE-Partner können alleine keine Angebote einreichen, Kapazitäts- oder Risikoüberlegungen, wirtschaftlich zweckmässige und kaufmännische Gründe, das gemeinsame Angebot der ARGE-Partner ist offensichtlich wirtschaftlich besser als die einzelnen Angebote. Problematisch können Dauer-ARGE werden, falls trotz gemeinsamem Angebot unverhältnismässig viele Projekte einzeln ausgeführt werden oder der Entscheid für die Einreichung einer gemeinsamen Offerte nicht einzelfallweise, sondern z.B. für bestimmte Projektarten oder Gebiete unabhängig vom einzelnen Projekt beschlossen wird.

Die Beschwerden gegen den Entscheid der WEKO vom Juli 2016, gemäss welchem acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken **See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ)** zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen in unzulässiger Weise die Preise abgesprochen und bestimmt hatten, wer den Zuschlag erhalten soll, sind weiterhin vor BVGer hängig. Ein Teil der Unternehmen stellte sich zudem auf den Standpunkt, dass der WEKO-Entscheid nicht publiziert werden dürfe. Das BGer wies die verbleibende Beschwerde ab (vgl. Abschnitt 2.2).

Mit Entscheid des BGer vom 3. August 2020 wurde die letzte Beschwerde gegen den Entscheid der WEKO «**Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau**» vom 16. Dezember 2011 behandelt (vgl. Abschnitt 2.2). Weiterhin hängig ist vor BGer die Frage, wie weit Gesuchstellerinnen vor Eintritt der Rechtskraft einer Sanktionsverfügung Einsicht in die ungeschwärzte Verfügung der WEKO und die entsprechenden Akten zur Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche erlangen können. Bis zum Vorliegen dieses Entscheids des BGer hat die WEKO die Behandlung einer Reihe von weiteren Einsichtsgesuchen sistiert.

3.1.2 Baustoffe und Deponien

Die WEKO hatte im Januar 2015 eine Untersuchung gegen mehrere Unternehmen der Baustoff- und Deponiebranche im Raum Bern eröffnet. Nachdem die Untersuchung aus prozessökonomischen Gründen in zwei Verfahren («**KTB-Werke**» und «**KAGA**») aufgeteilt worden war, konnte das kleinere, **KTB-Werke**, am 10. Dezember 2018 mit einer Sanktionsverfügung der WEKO abgeschlossen werden. Dieser Entscheid ist vor BVGer hängig und der Schriftenwechsel fortgeschritten. Die grössere der beiden Untersuchungen, «**KAGA**», befindet sich im Endstadium. Die Parteien erhalten den Antrag des Sekretariates im Sommer 2021 zur Stellungnahme.

Die WEKO eröffnete am 5. März 2019 eine Untersuchung gegen **zwei Belagswerke** im Kanton Bern sowie gegen die Aktionärinnen eines der beiden Belagswerke. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die beiden Belagswerke ihr Marktverhalten koordinierten. Gegenstand der Untersuchung ist ausserdem eine mutmassliche Vereinbarung unter den Aktionärinnen des einen Belagswerks, das gemeinsam betriebene Belagswerk nicht zu konkurrieren. Ausserdem existierten Indizien dafür, dass eines der Belagswerke über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht hat. Diese Untersuchung hat ihren Ursprung ebenfalls in der 2015 eröffneten Untersuchung (**KAGA**). Die Ermittlungen konnten 2020 abgeschlossen werden. Den Antrag des Sekretariates an die WEKO erhalten die Verfahrensparteien voraussichtlich bis Sommer 2021 zur Stellungnahme. Der WEKO-Entscheid ist in der zweiten Jahreshälfte 2021 zu erwarten.

3.1.3 Umwelt und Entsorgung

Die Schweizer Kehrrichtverbrennungsanlagen (KVA) beabsichtigen den Bau und den Betrieb einer gemeinsamen **Aufbereitungsanlage für Hydroxidschlamm**, einen metallreichen Rückstand aus der Abfallverbrennung. Zur Planung dieser Anlage – der sogenannten SwissZinc-Anlage – wurde die SwissZinc AG gegründet. Die SwissZinc AG hat die WEKO um eine Einschätzung des Vorhabens gebeten und eine Meldung im Widerspruchsverfahren eingereicht. Das Sekretariat eröffnete am 29. Oktober 2019 eine Vorabklärung, die ergab, dass der SwissZinc AG mit ihrem Projekt eine marktbeherrschende Stellung erwachsen würde, welche das Unternehmen potenziell missbrauchen könnte. U.a. die folgenden Verhaltensweisen wären potenziell unzulässig: für identische Dienstleistungen unterschiedliche Preise verrechnen; den an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmen Exklusivlieferungsverpflichtungen und Konkurrenzverbote über eine Dauer von 15 Jahren auferlegen; einen Transportkostenausgleich für die beteiligten Aktionärinnen und Gönnerinnen schaffen und die Höhe der Transportkosten festlegen; die Festlegung der Gate Fee durch den Verwaltungsrat. Die SwissZinc AG erklärte sich dazu bereit, die Anregungen des Sekretariates umzusetzen, womit die Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen beseitigt wurden und das Sekretariat die Vorabklärung einstellte.

Im Umweltbereich behandelte der Dienst Bau rund 20 Ämterkonsultationen. Die Mehrheit hatte die Verfolgung der Klimaziele zum Inhalt.

3.1.4 Sensibilisierung über Submissionsabreden

Submissionsabreden können verhindert und erkannt werden. Aus diesem Grunde sensibilisiert das Sekretariat seit vielen Jahren Angestellte von Beschaffungsstellen. 2020 fanden Präsentationen im Rahmen der Ausbildung des Bundesamtes für Bauten und Logistik für Einkäuferinnen und Einkäufer des Bundes, eine Sensibilisierung der Gemeindevertreterinnen und -vertreter aus der Region Moesa sowie Präsentationen im Rahmen von CAS-Lehrgängen der Universitäten Bern und Fribourg statt.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Berichtsjahr wurden in den IBOR-Untersuchungen weitere Teilverfügungen erlassen, so in der **EURIBOR**-Untersuchung und in der **Yen LIBOR /Euroyen TIBOR**-Untersuchung (vgl. Abschnitt 2.1). Gegen andere Parteien laufen die Untersuchungen Yen LIBOR / Euroyen TIBOR sowie EURIBOR weiter.

In ihrem Jahresbericht 2019 teilte die WEKO mit, dass sie zwei Untersuchungen im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden im **Devisenkassahandel** zwischen Banken («Forex») abgeschlossen habe. Es handelte sich um die Untersuchungen betreffend den Chatroom «Essex express» einerseits und «Three way banana split» andererseits, wobei deren Adressatinnen jeweils einvernehmliche Regelungen unterzeichneten. Vor demselben Hintergrund wurde die Untersuchung gegen Credit Suisse im ordentlichen Verfahren weitergeführt. Diese Untersuchung wurde im Jahr 2020 vorangetrieben.

In der Untersuchung **Automobil-Leasing** zog FCA den Entscheid der Kammer für Teilverfügungen an das BVGer weiter. Dabei reichte FCA sowohl eine Klage als auch eine Beschwerde ein. In der Klage verlangte FCA die Kürzung der Teilverfügung. Das BVGer ist darauf nicht eingetreten (vgl. Abschnitt 2.2). Mit der vor BVGer hängigen Beschwerde verlangt FCA die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung, eventualiter die Reduktion der Busse. Die Untersuchung gegen Ford Credit Switzerland GmbH (Ford) läuft im ordentlichen Verfahren weiter.

Die Untersuchung in Sachen **Boycott Apple Pay** wurde 2020 fortgeführt. Das BVGer bestätigte in zwei Urteilen vom 8. November 2019 seine Praxis, wonach ehemalige Organe nur eingeschränkt als Zeugen befragt werden können und aufgrund des *nemo tenetur*-Grundsatzes auf Fragen, welche das Unternehmen belasten könnten, nicht antworten müssen. In einem weiteren Urteil vom 13. März 2020 hielt es fest, dass aktuellen Angestellten ohne Organstellung kein solches Zeugnisverweigerungsrecht zukomme. Auf eine Beschwerde des Unternehmens gegen das letztgenannte Urteil trat das BGer nicht ein. Hingegen sind zwei Beschwerden gegen diejenigen Urteile hängig, in welchen das BVGer das Zeugnisverweigerungsrecht für ehemalige Organe statuiert hat.

Ein im Sommer 2020 angestossenes Widerspruchsverfahren im Zusammenhang mit einem virtuellen B2B-

Reisezahlungsprodukt auf Basis einer Virtual User Commercial Account-Lösung (**VUCA-Lösung**) hat im November 2020 zur Eröffnung einer Vorabklärung geführt. Gegenstand der Vorabklärung ist in erster Linie die Frage, ob Interchange Fees, die aufgrund von Zahlungen über eine VUCA-Lösung anfallen, vom Anwendungsbereich der einvernehmlichen Regelung erfasst werden, welche die WEKO im Jahr 2014 mit verschiedenen Herausgebern von Kreditkarten und Acquirern von Händlern abgeschlossen hatte.

3.2.2 Gesundheitswesen

Die Ermittlungen betreffend die im September 2019 eröffnete Untersuchung gegen mehrere schweizerische und ausländische Unternehmen bezüglich der Produktion, des Vertriebs und des Verkaufs des Wirkstoffs **Scopolaminbutylbromid** sind immer noch im Gange. Mit dem Untersuchungsverfahren soll überprüft werden, ob sich die Indizien bezüglich der Koordination der Verkaufspreise des Wirkstoffs im internationalen Vergleich und eine Aufteilung der internationalen Märkte erhärten und damit eine Verletzung des Kartellgesetzes vorliegt.

Ende 2020 hat das Sekretariat die Vorabklärung bezüglich Biopharmazeutika (**Biologics**) ohne Folge eingestellt, da sich für den Moment die Indizien bezüglich der Verletzung von Art. 7 KG nicht erhärtet haben. Das Verfahren wurde ursprünglich eröffnet, weil sich ein Konkurrent beschwert hat, dass der Hersteller von Biopharmazeutika seine mögliche marktbeherrschende Stellung missbrauche und den Konkurrenten am Markteintritt hindere.

Ende 2020 wurde die **Vereinbarung unter den Krankenversicherern (Branchenvereinbarung)** wieder aktuell, welche das Verbot der Telefonaquise und die Entschädigung der Vermittler und Broker zum Gegenstand hat. Der Bundesrat hat auf Antrag des Parlaments einen Erlassentwurf vorgelegt, welcher dem Bundesrat u.a. ermöglichen soll, Branchenlösungen betreffend die Regelung von Provisionen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und im Krankenzusatzversicherungsbereich allgemeinverbindlich zu erklären. Die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Wettbewerbsbehörde in Bezug auf die Branchenvereinbarung und die erfolgte und vorgesehene Regulierung dieses Bereichs wurden allen Akteuren (Parlament, EDI/BAG, santésuisse und curafutura sowie Vermittlerinnen und Brokern) bereits in entsprechenden Stellungnahmen mitgeteilt. Die Wettbewerbsbehörde verfolgt nun den Gesetzgebungsprozess.

Mehr als 150 **Konsultationsverfahren**, mehrheitlich betreffend parlamentarische Vorstösse in Bezug auf die COVID-Pandemie im Gesundheitswesen, und zahlreiche **Bürgeranfragen** haben die Ressourcen des Sekretariats stark in Anspruch genommen.

Des Weiteren hatte die WEKO im Bereich Gesundheitswesen folgende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Medbase/HCH/SDH/Zahnarztzentrum, Medbase/Unilabs/ Unilabs St. Gallen, Kohlberg/Mubadala/ Partners Group/Pioneer Midco UK 1 Limited. Für alle diese Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Mit Entscheid vom 12. Februar 2020 hat das Bundesgericht bestätigt, dass die im Jahr 2009 zwischen **Hallenstadion** und **Ticketcorner** getroffene Vereinbarung kartellrechtlich unzulässig ist. Diese Vereinbarung garantierte Ticketcorner den Verkauf von mindestens 50 % aller Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion. Das Bundesgericht wies das Urteil zur Neuurteilung an die WEKO zurück (vgl. 2.2). Das Untersuchungsverfahren ist hängig.

Im Jahr 2018 wurde eine Untersuchung gegen mehrere **Genfer Elektrounternehmen** eröffnet und in der Zwischenzeit weitergeführt. Im Laufe des Jahres 2020 wurden Verhandlungen mit den Parteien bezüglich einvernehmlicher Regelungen geführt, und ein Urteil wird für das Jahr 2021 erwartet. Dieses Urteil wird sich nur auf diejenigen Unternehmen beziehen, welche sich für die Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung entschieden haben.

Schliesslich führte das Sekretariat mehrere Verfahren im **Sportbereich** durch. Im Bereich des **Fussballs** sah sich das Sekretariat mit dem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen des FC Sion gegen die Entscheidung der Swiss Football League (SFL) konfrontiert, die Meisterschaft der Super League nach Aussetzung der Meisterschaft aufgrund der Corona-Virus-Pandemie wiederaufzunehmen. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass die Entscheidung der SFL nicht gegen das Kartellgesetz verstösst. Daher hat das Sekretariat dem Antrag auf vorsorgliche Massnahmen keine weitere Folge geleistet.

Auch in einem anderen Fall wurde der Dienst Dienstleistungen mit einer möglichen Preisabrede konfrontiert, die mit der COVID-19-Situation begründet wurde. Die Wettbewerbsbehörden stellten daher im März klar, dass sie ein Ausnutzen dieser Lage für Wettbewerbsbeschränkungen nicht dulde. Die gesamtwirtschaftliche Situation darf nicht dazu missbraucht werden, Kartelle zu bilden und Preise abzusprechen. Die kartellrechtlichen Regeln schaffen aber einen Handlungsspielraum für effiziente Kooperation, sei es in normalen oder in Krisenzeiten. Zentral ist der Zweck der Koordination zwischen Unternehmen. Dient sie der Wettbewerbsbeschränkung oder erlaubt sie effizientes Handeln. Eine Preiskoordination zwischen Händlern über ihre Güter wäre unzulässig. Hingegen kann eine gegenseitige Information der gleichen Händler über Lagerbestände in Krisenzeiten dazu dienen, die Angebotsknappheit von kritischen Gütern zu verhindern. Letzteres wäre zulässig. Gleiches gilt für Forschungsk Kooperationen zur beschleunigten Erarbeitung eines dringlichen Impfstoffs. Soweit Unklarheiten über die rechtskonforme Ausgestaltung von Verhaltensweisen zur Bekämpfung der COVID-Situation bestanden, half die WEKO wie in anderen Bereichen Fragen zu beantworten und Lösungen zu entwickeln.

Darüber hinaus wurden Verfahren im **Skibereich** geführt. Sie stellten bestimmte privilegierte Beziehungen in Frage, die zwischen Bergbahnen und Skischulen einerseits und Bergbahnen und Hotels andererseits in verschiedenen Skigebieten bestehen. In einem Fall beschwerte sich eine Skischule über die unterschiedliche Behandlung von Skischulen durch eine Bergbahn, insbesondere in Bezug auf Werbemaßnahmen für ihre Tä-

tigkeiten und die Bereitstellung von Räumlichkeiten in der Talstation. In einem anderen Fall beschwerte sich ein Hotel darüber, dass eine Bergbahngesellschaft die ihr gehörenden Beherbergungsbetriebe begünstigt, indem sie ihnen erlaubt, Werbeangebote für Sonderofferten in Bezug auf den Preis der Skiabonnemente für die Skilifte zu machen. Schliesslich beschwerte sich eine Skischule darüber, dass das Tourismusbüro in ihrer Region die "älteste" Skischule bevorzugt, indem es alle Informationsanfragen von Touristen an letztere weiterleitet. Das Einschreiten des Sekretariats klärte die Situation in diesen drei Fällen, indem die verschiedenen Unternehmen auf ihre Pflicht zur Neutralität gegenüber Konkurrenten aufmerksam gemacht wurden.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Die WEKO eröffnete am 24. August 2020 eine Untersuchung gegen die Swisscom (Schweiz) AG im Bereich **Breitbandanbindung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)**. Es bestehen Anhaltspunkte, dass Swisscom ihre Marktposition missbraucht hat. Swisscom verlangte bei verschiedenen Ausschreibungen von Projekten zur Vernetzung von Unternehmensstandorten mutmasslich zu hohe Preise von Wettbewerbern. Diese Konkurrenten von Swisscom, d. h. andere Fernmeldeunternehmen, sind für solche Projekte auf die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom angewiesen und können ihren Kundinnen und Kunden bei zu hohen Preisen kein konkurrenzfähiges Angebot unterbreiten. Die WEKO hatte Swisscom 2015 für ein analoges Verhalten bei der Ausschreibung der Vernetzung der Poststandorte sanktioniert. Letzterer Fall ist vor dem BVGer hängig.

Am 14. Dezember 2020 eröffnete die WEKO die Untersuchung **Netzbaustrategie Swisscom** (vgl. Abschnitt 2.1). Es bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten von Swisscom beim Glasfasernetzausbau eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt, da Swisscom ihr Glasfasernetz in Alleinbaugebieten neu in einer Baumstruktur (P2MP) aufbaut und dies als Begründung vorbringt, um Dritten keinen direkten Zugang mehr zu einem Layer 1-Angebot «ALO» anzubieten. Vielmehr müssen Dritte auf das Layer 3-Angebot von Swisscom «BBCS» ausweichen. Zusätzlich erliess die WEKO vorsorgliche Massnahmen und untersagte Swisscom mit sofortiger Wirkung, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht.

Die im Dezember 2019 in Sachen **Swisscom Directories** gegen Swisscom und Swisscom Directories AG eröffnete Vorabklärung wurde weiter vorangetrieben.

Die WEKO beurteilte im Bereich Telekommunikation zwei Zusammenschlüsse: Bei **Liberty Global / Sunrise** genehmigte die WEKO den Kauf von Sunrise durch UPC (Liberty Global) ohne Auflagen und Bedingungen. Die WEKO kam zum Schluss, dass nicht davon auszugehen sei, dass UPC / Sunrise und Swisscom sich zukünftig koordinieren würden. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs drohe damit nicht. Bereits im Jahr zuvor planten die beiden Unternehmen einen Zusammenschluss, wobei Sunrise UPC übernehmen wollte. Die

WEKO prüfte jene Übernahme vertieft und genehmigte sie. Die Übernahme scheiterte jedoch an der Mehrheit der Aktionärinnen und Aktionäre. Die WEKO untersuchte bei der aktuellen Fusion erneut die Marktverhältnisse, die weitgehend unverändert geblieben waren. Bei **Swisscom Directories / OLMERO** beabsichtigte Swisscom Directories von der OLMERO AG den Unternehmensbereich Renovero (www.renovero.ch), eine Handwerkerplattform, zu übernehmen. Auch hier erfolgte nach der vorläufigen Prüfung des Vorhabens die Freigabe durch die WEKO.

3.3.2 Medien

Die WEKO büsste UPC mit rund CHF 30 Mio. UPC hatte ihre marktbeherrschende Position bei der Live-Übertragung von **Eishockeyspielen im Pay-TV** missbraucht, indem sie Swisscom bis Sommer 2020 jegliches Angebot für die Ausstrahlung von Live-Eishockey verweigert hatte. UPC focht den Entscheid beim BVGer an (vgl. Abschnitt 2.1). UPC hatte zudem die Publikation der Zwischenverfügung über die Beteiligung von Sunrise als Dritte beim BVGer angefochten. Mit Urteil vom 27. Februar 2020 wies das BVGer die Beschwerde gegen die Publikationsverfügung der WEKO vom 23. September 2019 vollumfänglich ab und bestätigte die bisherige Rechtsprechung. Das Urteil ist rechtskräftig (vgl. Abschnitt 2.2).

Die WEKO beurteilte im Bereich Medien den **Unternehmenszusammenschluss Admeira / Ringier**. Dabei beabsichtigte die Ringier AG die Übernahme der vollständigen Kontrolle über die Admeira AG von Swisscom. Die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung ergab die Freigabe durch die WEKO.

Im Fall des **Zusammenschlusses Tamedia** (heute TXGroup) / **Adextra** wies das BVGer die Beschwerde der TX Group am 6. Oktober 2020 ab und bestätigte damit die Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG durch die WEKO. Das Urteil wurde ans BGer weitergezogen (vgl. Abschnitt 2.2).

3.3.3 Energie

Mit Entscheid vom 25. Mai 2020 schloss die WEKO die Untersuchung **Netzzugang im Erdgasbereich** gegen ewl und EGZ ab. ewl und EGZ kooperierten mit der WEKO und verpflichteten sich einvernehmlich, künftig sämtlichen an ihre Netze angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden den Lieferantenwechsel zu ermöglichen. Die von der WEKO ausgesprochene Busse betrug rund CHF 2,6 Mio. (vgl. Abschnitt 2.1).

Im Herbst 2020 stellte das Sekretariat eine Vorabklärung gegen eine Stromnetzbetreiberin ein, die es wegen einer möglichen **Verwendung von aus dem Monopolbereich stammenden Daten für Tätigkeiten in anderen Märkten** im September 2019 eröffnet hatte. Die Ermittlungen hatten ergeben, dass die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen zwar grundsätzlich durchaus zu Wettbewerbsverfälschungen führen könnte. Dies insbesondere, wenn Daten wie Kontaktdaten und Daten, die etwa Auskunft über die Eigenschaften, das Verhalten und die Interessen von Kundinnen und Kunden geben, nur dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung stehen und gezielt dazu verwendet werden können, um Kundinnen und Kunden zu steuern und deren

Kaufverhalten zu beeinflussen. Im konkreten Fall lagen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das Verhalten der Stromnetzbetreiberin geeignet war, den Wettbewerb in kartellrechtswidriger Weise zu verfälschen.

Im Bereich Strom wurde das Sekretariat im Rahmen von Ämterkonsultationen bzw. die WEKO im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren und Anhörungen mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen. Die WEKO setzte sich hier insbesondere für ein marktnahes, wettbewerbs- und technologieneutraleres System zur Gewährleistung des Zubaus von erneuerbaren Energien und damit gegen das bisherige Subventionssystem ein. Die WEKO liess sich zudem zum neuen **Gasversorgungsgesetz** vernehmen und machte sich vor allem für eine vollständige Marktöffnung stark.

3.3.4 Verkehr

Im Bereich Gütertransport unterzog die WEKO das Zusammenschlussvorhaben **SBB Cargo** einer vertieften Prüfung. Diese resultierte in der Freigabe durch die WEKO, womit neu die SBB, Planzer und Camion-Transport gemeinsam SBB Cargo kontrollieren (vgl. Abschnitt 2.1).

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer in Sachen **Luftfracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, mit welcher elf Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Mio. sanktioniert wurden, hatten verschiedene Parteien Beschwerde ans BVGer erhoben. Im Juni 2020 fand diesbezüglich eine öffentliche Parteiverhandlung statt. Ebenfalls strittig ist in diesem Fall, ob und inwieweit die Verfügung vom 2. Dezember 2013 publiziert werden darf (vgl. Abschnitt 2.2).

3.3.5 Staatliche Beihilfen

Die WEKO hatte im Berichtsjahr zwei Fälle betreffend mutmassliche **staatliche Beihilfen gemäss Luftverkehrsabkommen** gestützt auf das Luftfahrtgesetz zu prüfen. Die WEKO überprüft in solchen Fällen die geplanten Unterstützungsmassnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Luftverkehrsabkommen. Die für den Beschluss zuständigen Behörden haben das Ergebnis dieser Prüfung in der Folge beim Entscheid über die Gewährung der Beihilfe zu berücksichtigen.

Im ersten Fall beabsichtigte der Bund, die von der COVID-Pandemie stark betroffene Schweizer Luftfahrt in Form von Garantien des Bundes zur Sicherung von Darlehen zugunsten der **Fluggesellschaften Swiss International Air Lines AG** und **Edelweiss Air** zu unterstützen. In ihrer Stellungnahme vom 20. Mai 2020 kam die WEKO zum Schluss, dass die gemeldeten Unterstützungsmassnahmen mit dem Luftverkehrsabkommen vereinbar seien.

Im zweiten Fall ging es darum, dass der Bund beabsichtigte, flugnahe Betriebe zu unterstützen. Konkret ging es um die **SR Technics Switzerland AG**, ein Unternehmen, das vorwiegend in den Bereichen der Unterhalts-, Reparatur- und Überholungsleistungen für kommerzielle Flugzeuge, Bauteillösungen und technische Triebwerkslösungen tätig ist. In ihrer Stellungnahme vom 29. Juni 2020 kam die WEKO zum Schluss, dass die Beihilfe nicht als mit dem Luftverkehrsabkommen vereinbar er-

klärt werden könne. Dies im Wesentlichen, weil sich das Unternehmen bereits am 31. Dezember 2019 in finanziellen Schwierigkeiten befand.

In einer **Beratungsanfrage** hatte das Sekretariat schliesslich die Frage zu beurteilen, ob die geplanten Unterstützungsmassnahmen des Bundes zugunsten der **Skyguide AG** ebenfalls einer Anmeldepflicht bei der WEKO unterliegen. Das Sekretariat kam dabei zum Schluss, dass, wenn eine Einheit – wie vorliegend Skyguide – sowohl hoheitlich als auch unternehmerisch tätig ist, nur die Unterstützungsmassnahme zugunsten der unternehmerischen Tätigkeit der Beihilfenprüfung durch die WEKO unterliegt.

Im Rahmen der **Vernehmlassung zur COVID-19-Härtefallverordnung** stellte die WEKO fest, dass allfällige Unterstützungsmassnahmen zugunsten der **Reisebüros** nicht in den Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens fallen und die WEKO folglich nicht für die Prüfung der Vereinbarkeit dieser Massnahmen mit dem Luftverkehrsabkommen zuständig ist.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Vertikalabreden

Zum Thema «**Hochpreisinsel Schweiz**» führte das Sekretariat mehrere Marktbeobachtungen wegen Verdachts auf Preisabreden, Marktabschottungen und Behinderungen von Online-Handel durch. In mehreren Fällen wurden Verträge angepasst und Rundschreiben an Vertriebspartner gesandt, um Klarheit zu schaffen und Missverständnisse zu vermeiden.

Im August 2020 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen eine Herstellerin von **Tabakprodukten**. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass zwischen der deutschen Herstellerin und einigen Vertriebspartnern in verschiedenen Ländern ausserhalb der Schweiz vertragliche Exportverbote bestanden haben. Diese Verbote behinderten allenfalls Parallel- und Direktimporte von Tabakprodukten in die Schweiz.

3.4.2 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Im Bereich des Detailhandels beschäftigten sich die Wettbewerbsbehörden schwerpunktmässig mit Einkaufsmärkten. Am 1. September 2020 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen ein mögliches **nachfrageseitiges Kartell von Handelsunternehmen**. Im Zentrum der Untersuchung steht der Verdacht, dass Grossisten und Detailhändler zusammen mit der im Zahlungsverkehr tätigen Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG gemeinsam Druck auf die Lieferanten ausgeübt haben, damit die Lieferanten das Inkasso über Markant abwickeln. Diese mutmasslichen kollektiven Massnahmen gehen bis zur Androhung der Grossisten und Detailhändler, Produkte des täglichen Bedarfs nicht mehr im Sortiment zu führen. Die Konditionen, welche die Lieferanten Markant für das Inkasso und weitere Dienstleistungen bezahlen, seien in den letzten Jahren erhöht worden und ein Teil dieser Konditionen sei an die Händler zurückgeflossen.

Das Sekretariat erhielt im Laufe des Jahres zahlreiche Anzeigen von Lieferanten, die sich darüber beschwerten, dass Coop für die **Abwicklung des Zahlungsverkehrs** neu mit der Markant Handels- und Industriewaren-

Vermittlungs AG zusammenarbeiten werde. Die Lieferanten beanstandeten insbesondere die Höhe der Konditionen für das Inkasso und weitere Dienstleistungen von Markant. Diese Konditionen werden anhand des Umsatzvolumens berechnet, und Coop gehört für viele dieser Lieferanten zu den volumen- und umsatzmässig grössten und damit wichtigsten Absatzkanälen in der Schweiz. Das Sekretariat klärt im Rahmen einer Marktbeobachtung ab, ob in diesem Zusammenhang Hinweise auf Verstösse gegen das Kartellgesetz vorliegen.

3.4.3 Uhrenindustrie

Die WEKO schloss das im November 2018 eröffnete Wiedererwägungsverfahren **Swatch Group Lieferstopp** mit Entscheid vom 13. Juli 2020 ab (vgl. Abschnitt 2.1). Mit dieser Entscheid gelten die am 16. Dezember 2019 von der WEKO erlassenen **vorsorglichen Massnahmen** nicht mehr (vgl. Abschnitt 2.2).

In den Jahren 2014 bis und mit 2019 wurde die **Einhaltung** der im Jahr 2013 von der WEKO genehmigten **einvernehmlichen Regelung** durch die Swatch Group bzw. ETA von einer Revisionsgesellschaft und den Wettbewerbsbehörden laufend kontrolliert. Im Rahmen dieser Kontrollen wurden keine Verstösse gegen die einvernehmliche Regelung festgestellt.

3.4.4 Automobilsektor

Im Rahmen von diversen Marktbeobachtungen überprüfte das Sekretariat die Einhaltung der **Regeln in der KFZ-Bekanntmachung**. Wo nötig, passten die Unternehmen ihr Verhalten an diese Regeln an. Jedenfalls diente die Intervention des Sekretariats in allen Fällen dazu, den Unternehmen die in der KFZ-Bekanntmachung enthaltenen Grundsätze in Erinnerung zu rufen. So stellte das Sekretariat in verschiedenen Fällen klar, dass die Beschränkung der Möglichkeit eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder einem Händler dieser Waren seiner Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten ist.

Dem Sekretariat wurden u.a. Hinweise gemeldet, wonach ein deutscher **KFZ-Vermittler** gegenüber einem Schweizer Kunden angegeben habe, dass die Kraftfahrzeuge einer bestimmten Marke mindestens vier Monate auf eine deutsche Adresse zugelassen werden müssten, ansonsten könne er dem Schweizer Kunden keinen Rabatt gewähren. Dabei handle es sich um eine Vorgabe der Herstellerin. Diesen Hinweisen ging das Sekretariat im Rahmen einer Marktbeobachtung nach und fand keine Hinweise auf möglicherweise unzulässige Preis- und Gebietsschutzabreden. Nebst den durchgeführten Marktbeobachtungen beantwortete das Sekretariat ungefähr 50 Anfragen von Marktteilnehmern mit Bezug zur KFZ-Bekanntmachung.

Das Sekretariat erhielt eine Anzeige eines Verbands, gemäss welcher die Automobilimporteure die **CO₂ Sanktionen** möglicherweise in kartellrechtlich unzulässiger Weise auf die Händler überwälzen würden. Das Sekretariat klärte den Sachverhalt im Rahmen einer Marktbeobachtung ab und kam zum Ergebnis, dass keine An-

haltspunkte für eine kartellrechtlich missbräuchliche Überwälzung der CO₂ Sanktionen auf die Händler vorlagen, weil diese die höheren Preise an die Endkundinnen und Endkunden weitergeben können, was dem Ziel der CO₂ Sanktionen entspricht.

3.4.5 Landwirtschaft

Im Bereich Landwirtschaft nahm die WEKO 2020 an zwei Vernehmlassungen teil. Das Sekretariat beteiligte sich an rund 30 Ämterkonsultationen mit Bezug zur Landwirtschaft. Mehrere Ämterkonsultationen standen im Zusammenhang mit der **COVID-19-Pandemie**. Diese führte im Inland zum einen zu einer reduzierten Nachfrage nach gewissen Lebensmitteln, so nach Schweizer AOC-Weinen, und zum anderen zu einer erhöhten Nachfrage nach gewissen anderen Lebensmitteln und damit verbunden zum Ersuchen um temporäre Erhöhung der Teilzollkontingente für Butter und andere Fettstoffe aus der Milch, für Konsumeier sowie für Speisekartoffeln. Dem Ersuchen um temporäre Erhöhung vorgenannter Teilzollkontingente stand das Sekretariat positiv gegenüber.

Im Rahmen einer Marktbeobachtung überprüfte das Sekretariat im Bereich **Forst- und Holzwirtschaft** Verhaltensweisen von Vertreterinnen und Vertretern der Waldbesitzerinnen und -besitzer und der Holzindustrie. Die Vertreterinnen und Vertreter tauschten sich in Abständen von jeweils einigen Monaten an Treffen über Preise von Holzanbieterinnen und -anbietern und Holznachfragerinnen und -nachfragern sowie Holz mengen aus. Im Anschluss an diese Treffen wurden jeweils Preisempfehlungen für die Holzanbieterinnen und -anbieter sowie -nachfragerinnen und -nachfrager sowie Empfehlungen, ob Holz geschlagen werden soll oder nicht, publiziert. Das Sekretariat stufte diese Verhaltensweisen als kartellrechtlich möglicherweise problematisch ein und empfahl den Vertreterinnen und Vertretern der Waldbesitzerinnen und -besitzer und der Holzindustrie – mit Verweis auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden betreffend die Herausgabe von Honoraren, Tarifen und Preisen und entsprechenden Empfehlungen durch Wirtschaftsverbände und Branchenorganisationen – ihre Verhaltensweisen kartellrechtskonform anzupassen. Diese stellten daraufhin das kartellrechtlich möglicherweise problematische Verhalten ein.

3.5 Binnenmarkt

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt gewährleistet die **freie Ausübung von Erwerbstätigkeiten** in der ganzen Schweiz. Sichergestellt wird dies durch das Recht auf Marktzugang nach den Bestimmungen des Herkunftsorts, die öffentliche Ausschreibung von Konzessionen und die Wahrung von rechtlichen Mindestvorgaben bei kantonalen und kommunalen Beschaffungen.

Der **freie Marktzugang** gestützt auf das Binnenmarktgesetz beinhaltet als Grundsatz das Recht, Waren und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, wenn die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit am **Herkunftsort** zulässig ist. Mehrere private Organisationen der spitalexternen Pflege (Spitex) bekundeten in verschiedenen Kantonen Mühe, basierend auf den Vorgaben des Binnenmarktgesetzes die erforderlichen Bewilligungen und damit einen Marktzugang zu erhalten.

Manche Kantone verlangen auch für ausserkantonale Anbieterinnen die gleichen Nachweise, wie sie für eine Erstbewilligung notwendig wären, beispielsweise durch Einforderung umfangreicher Dokumentationen. Nach Interventionen des Sekretariats bei den kantonalen Gesundheitsbehörden gestalten die betroffenen Gesundheitsämter der Kantone ihre Anforderungen in der Regel binnenmarktrechtskonform aus. Die WEKO erhob in einem Fall, der eine Hebamme betraf, Beschwerde gegen die kantonal eingeforderte Einreichung eines Strafregisterauszugs. Die Beschwerde wurde auf kantonaler Ebene abgewiesen.

Das Binnenmarktgesetz sieht bei Beschränkungen des Marktzugangs ein einfaches, rasches und **kostenloses Verfahren** vor. Eine behördliche Überprüfung der Marktzugangsrechte hat damit ohne Auferlegung von Kosten zu erfolgen. Die Behörden halten diese Kostenlosigkeit mehrheitlich ein. In einem ein Sicherheitsdienstleistungsunternehmen betreffenden Fall aus der Westschweiz wurden hingegen für eine Verlängerung einer Bewilligung Gebühren durch die kantonale Vollzugsbehörde auferlegt, obwohl sich die Betroffenen auf bestehende Bewilligungen in anderen Herkunftskantonen sowie auf die Kostenlosigkeit gemäss BGBM beriefen. Die WEKO erhob auch in diesem Fall Beschwerde gegen eine vermutlich binnenmarktrechtswidrige Kostenauflegung. Die Beschwerde ist vor den kantonalen Instanzen hängig.

Im Rahmen einer Marktbeobachtung analysierte das Sekretariat die Taxireglementierungen in der Deutschschweiz aus binnenmarktrechtlicher Sicht. Dazu erfolgten Befragungen von 13 Städten und Kantonen. Das **Taxiwesen** zeichnet sich durch unterschiedliche Reglementierungen aus, was kommunal oder kantonal übergreifende Dienstleistungserbringungen erschweren kann. Im Fokus der Marktbeobachtung standen einerseits die regulatorische Erfassung von applikationsbasierten Taxibestellungen und -fahrten. Andererseits galt es zu prüfen, ob die seit der Rechtsprechung des BGER vom 1. September 2017 bestehende Verpflichtung eingehalten wird, für die Vergabe von Taxibewilligungen eine transparente und nichtdiskriminierende Ausschreibung vorzusehen. Erste Ergebnisse zeigten auf, dass die binnenmarktrechtlichen Vorgaben tendenziell gut eingehalten werden. Im Taxiwesen bestanden zudem in einzelnen Städten der Romandie und des Tessins Kontakte zu den gewerbepolizeilichen Bewilligungsbehörden, um die Bewilligungspraxis binnenmarktrechtskonform auszugestalten.

Das Binnenmarktgesetz enthält auch **Mindeststandards** für kantonale und kommunale **öffentliche Beschaffungen**. Diese Mindeststandards umfassen unter anderem ein Diskriminierungsverbot. Weiter sieht Art. 2 Abs. 7 BGBM betreffend die Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunalen **Monopole** auf Private vor, dass diese auf dem Weg der öffentlichen Ausschreibung erfolgen. Viele der im Jahr 2020 behandelten Fälle wiesen Bezüge sowohl zum Beschaffungsrecht als auch zu Art. 2 Abs. 7 BGBM auf. Dies lässt sich einerseits durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung erklären, welche insbesondere konzessionsähnliche Gegebenheiten dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellte, wie zum Beispiel in den Urteilen zum öffentlichen Veloverleih.

Andererseits werden inskünftig Konzessionen, die im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden, dem revidierten öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sein. Solche Fragen der Unterstellung treten auch im **Rettungswesen** auf. Das BGer entschied am 21. August 2020, dass die Zuteilung des Helikopterrettungsdienstes durch den Kanton Wallis mittels einer öffentlichen Ausschreibung durchzuführen sei. Die WEKO hatte in diesem Fall auf Einladung des BGer eine Stellungnahme eingereicht, welcher das BGer im Ergebnis gefolgt ist. Das Sekretariat führte in diesem Bereich zudem in zwei Kantonen auf Anzeige eines Garagenbetreibers hin Marktbeobachtungen zum **Abschleppwesen auf Strassen** durch. Die jeweilige Kantonspolizei stellt für die Zuteilung von Abschleppaufträgen auf Verbandsstrukturen ab, die keinen diskriminierungsfreien Marktzugang gewährleisten. Die rechtliche Analyse des Sekretariats führte zum Schluss, dass dies nicht binnenmarktrechtskonform ist. Die beiden betroffenen Kantone entschieden deshalb, für das Abschleppwesen inskünftig eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

Die WEKO reichte in einem Beschwerdeverfahren vor BGer eine Stellungnahme zur Frage ein, nach welchen rechtlichen Vorgaben die Übertragung des Betriebs eines **Stromverteilnetzes** zu erfolgen hat (RPW 2020/2, S. 861). Eine solche Übertragung könnte dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen, von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst oder stromversorgungsrechtlich geregelt sein. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens musste das BGer in seinem Urteil vom 17. August 2020 diese Fragen nicht abschliessend klären.

Das Sekretariat ist zudem als Beobachter in der **Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB)** vertreten. Die BKB ist das Strategieorgan der Bundesverwaltung für die Bereiche Güter- und Dienstleistungsbeschaffung. Die BKB begleitet und unterstützt die Weiterentwicklung des Beschaffungsrechts des Bundes sowie die Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf nationaler Ebene. Im Hinblick auf das Inkrafttreten des revidierten Beschaffungsrechts waren wichtige Grundlagendokumente des Beschaffungswesens (Richtlinien, Weisungen, Empfehlungen) zu überarbeiten. Das Sekretariat setzte sich dabei aktiv für binnenmarkt- und kartellrechtskonforme sowie wettbewerbsfreundliche Formulierungen dieser Dokumente ein.

3.6 Ermittlungen

Im Jahr 2020 wurden drei Hausdurchsuchungsaktionen durchgeführt. Die erste erfolgte im Januar des Berichtsjahres und betraf eine Abrede in der IT-Branche (optische Netzwerke; vgl. Abschnitt 3.1.1). Diese Hausdurchsuchung legte den Grundstein für eine sehr rasche Untersuchungserledigung innerhalb eines Jahres. Die zweite wurde nach der ersten COVID-Welle im Juni durchgeführt, im Rahmen der Untersuchung allfälliger Submissionsabreden im Baubereich in der Region Moesa (vgl. Abschnitt 3.1.1). Folglich wurde diese Aktion unter erschwerten COVID-19-Bedingungen durchgeführt. Um die Gesundheit der Betroffenen sowie der eigenen Mitarbeitenden zu schützen, erarbeitete das Sekretariat ein Schutzkonzept für die Durchführung seiner Ermittlungsmassnahmen, welches namentlich das Tragen von Masken oder die Verwendung von Plexiglasscheiben bei der

Durchführung von Einvernahmen beinhaltet. Die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchungen in der Region Moesa wurde durch das Bundesstrafgericht (BStGer) im Rahmen eines Entsiegelungsverfahrens bestätigt. Die dritte Hausdurchsuchungsaktion folgte schliesslich im September gegen ein mögliches Kartell von Handelsunternehmen (vgl. Abschnitt 3.4.2), ebenfalls unter Beachtung von COVID-19-Schutzmassnahmen. Eines der betroffenen Unternehmen liess einen Teil der sichergestellten Unterlagen versiegeln. Diesbezüglich ist beim BStGer ein Entsiegelungsverfahren hängig. In Zusammenhang mit den nicht versiegelten Unterlagen reichte das Unternehmen beim BVGer eine Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung ein.

In Bezug auf die offene Frage, welche ehemaligen und aktuellen Mitarbeitenden und Organe eines Unternehmens sich auf den Grundsatz von *nemo tenetur* berufen können, präzisierte das BVGer im März seine Rechtsprechung und hielt fest, dass aktuelle Mitarbeitende als Zeugen einvernommen werden können. Die Frage der besonderen Zeugnisverweigerungsrechte für ehemalige Organe ist vor BGer hängig (vgl. Abschnitt 3.2.1).

Schliesslich wurde gegen Ende des Berichtsjahres eine neue Software zur Durchführung von Vorträgen und Datenanalysen im forensischen Labor des Sekretariates implementiert (Nuix Investigate). Alle Mitarbeitenden des Sekretariates wurden virtuell über die Datentriagen und die Eigenschaften der neuen Software informiert. Eine kleinere Gruppe von zehn Mitarbeitenden wurde im Rahmen eines eintägigen Kurses in Bezug auf den Einsatz der neuen Software geschult.

3.7 Internationales

EU: Das Sekretariat der WEKO stand regelmässig mit der Generaldirektion (GD) Wettbewerb der EU-Kommission im Austausch. Bei parallel in der Schweiz und in der EU gemeldeten Zusammenschlüssen fand der Austausch zwischen den beiden Wettbewerbsbehörden namentlich im Rahmen der vorläufigen Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen statt. In Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen und in Marktbeobachtungen kontaktierte das Sekretariat die GD Wettbewerb, um auf abstrakter Ebene wettbewerbsrechtliche Fragen zu diskutieren, wie dies im Sinne von Art. 7 Abs. 2 des wettbewerbsrechtlichen Kooperationsabkommens zwischen der Schweiz und der EU vorgesehen ist. So fragte das Sekretariat die GD Wettbewerb bspw. an, wie sie bestimmte Fragen im Bereich des Kraftfahrzeug- und des Lebensmittelhandels beurteilt. Zudem informierte sich das Sekretariat im Hinblick auf die zu revidierende Vertikal- und Automobilbekanntmachung bei der GD über den Stand ihrer Revisionsprojekte in diesen Bereichen. Die Kolleginnen und Kollegen der GD ihrerseits kamen im Zusammenhang mit der Überarbeitung ihrer Bekanntmachung zur Markt-abgrenzung mit konkreten Fragen zur Praxis der WEKO auf das Sekretariat zu.

Deutschland: Im Berichtsjahr wurden die Gespräche im Hinblick auf Verhandlungen über ein bilaterales Abkommen mit Deutschland über eine Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich weitergeführt.

OECD: Dieses Jahr fanden die Treffen der OECD virtuell statt. Die virtuellen Veranstaltungen waren für das Sekretariat von Vorteil, weil sie es ermöglichten, dass verschiedene sachkundige Mitarbeitende daran teilnehmen und zeitliche Ressourcen eingespart werden konnten. An den virtuellen Veranstaltungen im Juni und im Dezember 2020 wurden insbesondere folgende Themen diskutiert: «Die Rolle der Wettbewerbspolitik bei der Förderung der wirtschaftlichen Erholung», «Digitale Werbemärkte», «Nachhaltigkeit und Wettbewerb», «Kriminalisierung von Kartellen und Submissionsabreden» sowie «Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen». Zum letzten Thema leistete das Sekretariat einen virtuellen Beitrag. In Bezug auf Unternehmenszusammenschlüsse wurden «Start-Ups, Killer-Akquisitionen und Schwellenwerte für die Fusionskontrolle» sowie «konglomerate Auswirkungen» diskutiert. Daneben organisierte die OECD mehrere Webinare und gab einen Leitfaden heraus, um die Wettbewerbsbehörden in den durch die COVID-19 geprägten Zeiten zu unterstützen. An den Webinaren, an denen das Sekretariat teilnahm, wurden z.B. «Legitime Zusammenarbeit von Konkurrenten», «Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen» und «Missbräuchliche Praktiken – Preissmissbrauch» diskutiert.

ICN: Das Sekretariat überarbeitete im Jahr 2020 die Form und den Inhalt der Zusammenarbeit mit den «Non-Governmental Advisors (NGA)», welche neu für drei Jahre gewählt werden. Die fünf im Jahr 2020 gewählten NGA stammen aus Anwaltschaft und Lehre. Anlässlich eines virtuellen Treffens besprachen die Behörden und NGA ihre künftige Zusammenarbeit und Strategie. Ferner überarbeitete die für das ICN zuständige behördeninterne Arbeitsgruppe ihre Organisation und Zielsetzungen. Unter anderem leiten die Gruppenmitglieder Informationen aus ICN-Webinars und Merkblättern gezielter an die jeweiligen Interessengruppen weiter. Ferner wählten sie diejenigen «ICN-Training-on-demand»-Angebote aus, welche künftig für die interne Mitarbeiterausbildung genutzt werden können. Aufgrund der Pandemie fand anstelle der für den Frühling geplanten ICN-Jahreskonferenz in Los Angeles vom 14. bis 17. September täglich eine «Virtual Conference» statt. Sowohl Behördenvertreterinnen und -vertreter als auch die Schweizer NGA nahmen an ausgewählten Veranstaltungsblocken teil. Die Sekretariatsmitarbeitenden der ICN-Gruppen «Advocacy», «Cartel», «Merger» und «Unilateral Conduct» beteiligten sich weiter an diversen Telefonkonferenzen zu Themen, welche schliesslich ihren Niederschlag in verschiedenen Merkblättern der ICN fanden oder noch finden werden. Im Berichtsjahr stand die Erstellung und die Publikation eines Berichts der «Unilateral Conduct Working Group» zum Thema «Dominance/Substantial Market Power In Digital Markets» im Vordergrund. Die Arbeitsgruppe befragte zu diesem Zweck Wettbewerbsbehörden und NGAs.

UNCTAD: Im Oktober 2020 wurde die 8. Review Konferenz der Vereinten Nationen über Wettbewerb und Konsumentenschutz sowohl virtuell als auch vor Ort in Genf durchgeführt. Im Rahmen der alle fünf Jahre stattfindenden Review Konferenz wurden die «Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition» angenommen, an deren Ausarbeitung die Wettbe-

werbsbehörden zusammen mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) mitgewirkt haben. Weiter wurde entschieden eine neue Arbeitsgruppe zu grenzüberschreitenden Kartellen (Cross-Border Cartels) einzusetzen. Mit diesen Anstrengungen sollen die internationale Kooperationen im Bereich Wettbewerb weiter vertieft und die Koordination zwischen Wettbewerbsbehörden vereinfacht werden. Die Wettbewerbsbehörden beteiligten sich an den Veranstaltungen der UNCTAD zu den aktuellen Themen «Leaving No One Behind in the Post COVID-19 World», «Combatting Cross-Border Cartels» und «Competitive Neutrality».

3.8 Gesetzgebung

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

- Die **Motion Bischof** vom 30. September 2016 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» (16.3902) ist von beiden Räten angenommen worden. Das Anliegen der Motion soll durch eine Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) erfüllt werden. Die entsprechende Vernehmlassung wurde im November 2020 eröffnet.
- Von der **Motion Fournier** vom 15. Dezember 2016 «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» (16.4094), welche Fristen für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren, Parteienentschädigungen auch für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, mildere Sanktionen für KMU und die Publikation von Entscheiden erst bei Rechtskraft fordert, hat der Nationalrat nach der Annahme im Ständerat die beiden erstgenannten Punkte angenommen und die beiden anderen abgelehnt. Das WBF ist an der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage.
- Die **Motion Pfister** vom 27. September 2018 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» (18.3898) verlangt vom Bundesrat eine Verordnung zum Schutz von Konsumenten und KMU vor wettbewerbsverzerrenden Praktiken im KFZ-Handel. Nach der Annahme durch den Nationalrat im September 2020 befindet sich die Motion nun im Ständerat.
- Die **Motion Nantermod** vom 12. Dezember 2018 «Effiziente und faire wettbewerbsrechtliche Verfahren» (18.4183), welche eine Anpassung der Verfahrensregeln über die Akteneinsicht und die Gebührenpflicht in der Vorabklärung fordert, ist in den Räten noch nicht behandelt worden.
- Die **Motion Français** vom 13. Dezember 2018 «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» (18.4282), welche eine Anpassung von Art. 5 KG verlangt, wurde im Dezember 2020 vom Ständerat angenommen und befindet sich nun im Nationalrat.
- Die **Motion Bauer** vom 14. Dezember 2018 «Untersuchungen der WEKO: die Unschuldsvermutung muss Vorrang haben» (18.4304) verlangt eine Strei-

chung von Art. 28 KG, welcher die Publikation der Untersuchungseröffnung mit Namensnennung vorsieht. Sie wurde in den Räten noch nicht behandelt.

- Das **Postulat Molina** vom 9. Mai 2019 «Stärkung der Fusionskontrollen bei ausländischen Direktinvestitionen» (19.3491) ist in den Räten noch nicht behandelt worden.

Am 29. Mai 2019 hat der Bundesrat die Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (**Fair-Preis-Initiative**)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) verabschiedet (19.037; BBl 2019 4877). Die Volksinitiative hat das Parlament zwar abgelehnt. Hingegen hat es den **indirekten Gegenvorschlag** des Bundesrats, welcher die ausdrückliche Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht vorsieht, angenommen, und hat darüber hinaus die Forderungen der Initiative weitgehend übernommen. In der Schlussabstimmung vom 19. März 2021 haben der Ständerat und Nationalrat alle Differenzen bereinigt.

Schliesslich plant der Bundesrat eine Teilrevision des Kartellgesetzes: Die Hauptpunkte sind die Modernisierung der Fusionskontrolle, die Stärkung des Kartellzivilrechts sowie die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Zudem werden zwei Forderungen der erwähnten Motion Fournier in die Revisionsarbeiten miteinbezogen, nämlich die Ordnungsfristen und die Parteienentschädigung für die Verfahren vor der WEKO.

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

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO, Sekretariat und Statistik

Die **WEKO** führte 2020 13 ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch (fünf davon online). Anlässlich dieser Sitzungen trifft sie die Entscheidungen nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des Binnenmarktgesetzes. Diese sind der nachstehenden Statistik zu entnehmen (vgl. Abschnitt 4.2).

4.2 Statistik

Ende 2020 beschäftigt das **Sekretariat** 75 (Vorjahr 74) Mitarbeitende, wobei der Anteil Frauen 45,3 (Vorjahr 41,9) Prozent beträgt. Die 75 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitlich und besetzen insgesamt 64,1 (Vorjahr 64,2) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung) beträgt 56 (Vorjahr 57), was 49,8 Vollzeitstellen (Vorjahr 51,6) entspricht. 19 (Vorjahr 17) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten des Hauses; dies entspricht 14,3 (Vorjahr 12,6) Vollzeitstellen. Das Sekretariat bietet zudem vier (Vorjahr fünf) Praktikantenplätze an. Diese vier Praktikantinnen und Praktikanten arbeiten vollzeitlich.

Die Statistik über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates bildet sich für das Jahr 2020 wie folgt ab:

	2020	2019	2018
Untersuchungen			
Während des Jahres geführt	20	19	24
davon Übernahmen vom Vorjahr	13	16	18
davon Eröffnungen	7	3	6
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	2	0
Endentscheide	6	11	4
davon einvernehmliche Regelungen	4	9	2
davon behördliche Anordnungen	1	2	2
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	4	10	4
davon Teilverfügungen	2	5	0
Verfahrensleitende Verfügungen	2	2	0
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	1	6	2
Vorsorgliche Massnahmen	1	1	0
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	1	0	0
Vorabklärungen			
Während des Jahres geführt	14	14	15
davon Übernahmen vom Vorjahr	13	8	10
davon Eröffnungen	1	6	5
Abschlüsse	8	4	7
davon mit Untersuchungseröffnung	1	1	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	4	3	3
davon ohne Folgen	3	0	2

Andere Tätigkeiten			
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	1	2	2
Erfolgte Beratungen	24	28	21
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	80	63	72
BGÖ-Gesuche	18	7	20
Sonstige erledigte Anfragen	565	488	581
Zusammenschlüsse			
Meldungen	35	40	34
Kein Einwand nach Vorprüfung	34	37	27
Prüfungen	1	3	3
Entscheide der WEKO nach Prüfung	1	2	3
Untersagung	0	0	0
Zulassung mit Bedingungen/Auflagen	0	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	1	2	3
Vorzeitiger Vollzug	0	0	0
Beschwerdeverfahren			
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	42	46	37
Urteile BVGer	9	4	7
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	6	1	5
davon teilweiser Erfolg	2	2	1
davon kein Erfolg	1	1	1
Urteile BGer	7	6	1
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	6	5	0
davon teilweiser Erfolg	1	0	1
davon kein Erfolg	0	1	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	29	36	33
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.			
Gutachten (Art. 15 KG)	0	0	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	0	2	0
Nachkontrollen	0	1	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	327	120	152
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	12	17	8
Beihilfeprüfungen	2	-	-
BGBM			
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	3	0
Gutachten (Art. 10 BGBM)	1	2	3
Beratungen (Sekretariat)	63	93	94
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	2	0	0

Aus der Statistik für das Jahr 2020 und dem Vergleich mit den Zahlen aus den Jahren 2019 und 2018 ergeben sich folgende wesentliche Erkenntnisse:

- Untersuchungen: Die Wettbewerbsbehörden führten 2020 in etwa gleich viele Untersuchungen wie in den beiden Vorjahren. 2020 schloss die WEKO leicht unterdurchschnittlich viele Verfahren vollumfänglich ab (zwei der sechs Entscheide sind Teilverfügungen der entsprechenden Kammer), eröffnete aber entsprechend den dadurch freiwerdenden Ressourcen mehr als durchschnittlich.
- Vorabklärungen und Marktbeobachtungen: Das Sekretariat führte 2020 in etwa gleich viele Vorabklärungen wie in den vergangenen Jahren. Gleiches gilt für die Anzahl Abschlüsse. Jedoch eröffnete das Sekretariat dieses Jahr lediglich eine neue Vorabklärung. Die Anzahl Marktbeobachtungen, die in der Regel durch Anzeigen und Meldungen ausgelöst werden, war 2020 überdurchschnittlich hoch.
- Zusammenschlüsse: Die Anzahl geprüfte Zusammenschlüsse bewegt sich im üblichen Rahmen.

- Beschwerdeverfahren: Die Anzahl vor BVGer und BGer hängiger Verfahren ist zwar weiterhin relativ hoch, aber leicht gesunken. Aus Sicht der WEKO ist erfreulich, dass sie in den meisten Fällen ganz oder zumindest teilweise obsiegt.
- Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen: Abgesehen von zwei Gutachten für die Preisüberwachung im Jahre 2019 hat die WEKO die letzten drei Jahre keine Empfehlungen erlassen und keine Gutachten verfasst. Dafür wurde das Sekretariat in deutlich mehr Ämterkonsultationen zur Stellungnahme eingeladen. Die Ursache für den Anstieg an Ämterkonsultationen liegt v.a. in den zahlreichen politischen Vorstössen und Anfragen sowie Geschäften im Zusammenhang mit COVID-19. Die Anzahl Stellungnahmen der WEKO in Vernehmlassungsverfahren ist relativ konstant geblieben.
- BGBM: Die Anzahl der im Bereich des Binnenmarktgesetzes behandelten Fragen bewegt sich in einem ähnlichen Bereich wie die letzten Jahre. Einzig die Anzahl Beratungen ist rund ein Drittel tiefer als 2018 und 2019.

5 Spezialthema: 25 Jahre KG

5.1 Die Modernisierung des schweizerischen Kartellrechts

5.1.1 Kartellistische Schweiz und Folgen des EWR-Nein

Bis Ende der 80er-Jahre genoss die Bekämpfung von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen in der Schweiz einen tiefen Stellenwert. Das Kartellgesetz von 1985 verfolgte wie das Kartellgesetz von 1962 einen Ansatz, der primär den Schutz des einzelnen Unternehmens anstrebte, stellte diesem aber immerhin den Funktionsschutz, d.h. den Schutz des wirksamen Wettbewerbs, gleich. Die Instrumente des Kartellgesetzes im Kampf gegen Kartelle waren jedoch mangelhaft. Die Kartellkommission hatte im Rahmen der Saldomethode Interessen am Schutz des Wettbewerbs gegen andere öffentliche Interessen abzuwägen, es gab keine klaren Verhaltensanweisungen an die Unternehmen und das Gesetz war nur gegen Kartelle gerichtet. Des Weiteren war die Durchsetzung wegen des unterdotierten Sekretariats ungenügend, die Kommission konnte keine Verfügungen, sondern lediglich Empfehlungen aussprechen, und das Verfahren war mangelhaft.

In jener Zeit herrschte eine Rezession, die Inflationsraten waren hoch, und es machte sich eine gewisse wirtschaftliche Lethargie breit. Die Hoffnungen der Wirtschaft zur Besserung beruhten auf dem damals angestrebten Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wäre dies ein Befreiungsschlag aus dem mangelhaften KG von 1985 gewesen. Mit einem Beitritt zum EWR hätte die Schweiz die damals in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft EWG (heute europäische Union EU) herrschenden strengen Wettbewerbsregeln (Kartellverbot, Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen, Zusammenschlusskontrolle) sowie die damit einhergehende Rechtsprechung übernommen.

Es kam bekanntlich anders. Das Schweizer Volk lehnte am 6. Dezember 1992 den EWR-Beitritt knapp ab. Dieses einschneidende Ereignis bildete den Auslöser für eine neue und moderne, auf ökonomischen Erkenntnissen basierende Wettbewerbspolitik. Denn nur wenige Tage später verkündete der Bundesrat sein Programm der «marktwirtschaftlichen Erneuerung». Dieses sollte die fehlenden wettbewerbspolitischen Impulse, welche der Bundesrat mit dem Beitritt zum EWR verband, kompensieren. Neben der Revision des Kartellgesetzes wurden das Binnenmarktgesetz (BGBM), das Gesetz gegen technische Handelshemmnisse (THG) sowie das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) erarbeitet. Zudem trat die Schweiz 1994 der Welthandelsorganisation (WTO) bei. Diese Schritte und Instrumente führten zu Marktöffnungen in bisher geschützten Wirtschaftsbereichen und zur zwingenden Beachtung von Wettbewerbsprinzipien.

5.1.2 Revision von 1995

Die nach der bundesrätlichen Ankündigung aufgegleiste Revision des Kartellgesetzes ging zügig voran. Nach knapp drei Jahren stimmte das Parlament der Totalrevision und damit einem Paradigmenwechsel zu. Es gestaltete das Wettbewerbsrecht nach dem bewährten ökonomisch modernen Vorbild der EU völlig neu: Die materiellen Bestimmungen befassen sich mit den drei Hauptformen von Wettbewerbsbeschränkungen (Abreden, Missbrauch von Marktmacht, Zusammenschlüsse) und geben den Unternehmen klare Verhaltensanweisungen. Im Vordergrund steht dabei der Funktionsschutz bzw. der Schutz des wirksamen Wettbewerbs. Die neu geschaffene Wettbewerbskommission kann verfügen und erhält ein personell stark ausgebautes Sekretariat zur Seite.

5.1.3 Feinschliff in der Revision 2003

Das international mehrfach und hoch gebüsste Vitaminkartell legte einen grossen Gesetzesmangel offen. Die WEKO konnte 1999 lediglich unzulässige Wettbewerbsabreden feststellen und die Verfahrenskosten auferlegen. Eine direkte Sanktionierung und Abschöpfung des Kartellgewinns waren in der Schweiz nicht möglich. Der damalige Präsident der WEKO fasste dies treffend zusammen: «Der erste Mord ist gratis».

Mehrere parlamentarische Vorstösse, ein klares Konzept des Bundesrates, ein weitgehender Konsens im Parlament führten im Juni 2003 zur ersten Revision des Kartellgesetzes. Die WEKO konnte fortan die schlimmsten Verstösse gegen das Kartellgesetz direkt sanktionieren, die Möglichkeit der Selbstanzeige (Bonusmeldung, Kronzeugenregelung) sollte die Aufdeckung von Kartellen erleichtern, und das Sekretariat erhielt die Möglichkeit, Hausdurchsuchungen durchzuführen und Beweismittel sicherzustellen. Nicht vom Bundesrat geplant war der neue Artikel 5 Absatz 4 zu vertikalen Abreden, der in den Wandelhallen des Parlaments seinen Einzug ins Kartellgesetz fand.

Diese Revision wollte mit der Schärfung der Instrumente der WEKO die abschreckende Wirkung und die Entdeckungswahrscheinlichkeit für Verstösse erhöhen. Daher kann sie als Feinschliff des bisher verfolgten Ansatzes bezeichnet werden. Sie hat damit das schweizerische

Kartellrecht definitiv auf das Niveau des EU-Wettbewerbsrechts angehoben.

5.2 Ziele des Kartellgesetzes und deren praktische Umsetzung

5.2.1 Ziele des Kartellgesetzes und Ausrichtung der Behördentätigkeit

Das grundlegende Ziel des Kartellgesetzes besteht im Schutz des «freien»¹ Wettbewerbs gegen Missbrauch von Marktmacht, Abschottung und übermässige Regulierung. Das Gesetz beinhaltet folglich Regeln zu den drei zentralen Verhaltensweisen, die den Wettbewerb beschränken: Das Verbot von Wettbewerbsabreden, welche den Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen und sich nicht rechtfertigen lassen, das Verbot des Missbrauchs von Marktbeherrschung sowie der Eingriff bei Zusammenschlüssen, welche zu Marktbeherrschung führen und die Beseitigung des Wettbewerbs ermöglichen. Zudem erlaubt es den Wettbewerbsbehörden (der WEKO und ihrem Sekretariat), sich gegen wettbewerbsbeschränkende staatliche Regulierungen zu äussern.

Die WEKO hat sich sehr früh dazu bekannt, dass sie **primär gegen die schädlichsten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen** will, nicht zuletzt auch angesichts der beschränkten personellen Ressourcen ihres Sekretariats. Sie hat sich folglich auf den Kampf gegen die drei schädlichsten **horizontalen Wettbewerbsabreden** (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden), gegen die **zwei zentralen Vertikalabreden** (Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz) sowie gegen den **Missbrauch von Marktbeherrschung** konzentriert. Beispiele aus dem Fundus der in diesen Bereichen ergangenen Entscheidungen und Tätigkeiten der WEKO werden unten aufgeführt (vgl. Abschnitt 5.2.2 bis 5.2.4).

Zudem nahm sich die WEKO in den ersten Jahren nach der Revision von 1995 mit viel Elan der Marktkonzentration infolge von **Zusammenschlüssen** an. Sie setzte sich zum Ziel, die Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen durch Zusammenschlüsse (d.h. nicht infolge von Innovationen oder Markterfolgen) in der kleinen, stark konzentrierten Schweizer Wirtschaft zu unterbinden. Durch Zusammenschlüsse entstehende dominante Unternehmen schwächen oder beseitigen den Wettbewerb. Die Wettbewerbsbehörde wurde aber 2007 vom BGer gebremst, als dieses nach streng juristischer und wörtlicher Auslegung von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG folgte, dass die WEKO nicht nur die Marktbeherrschung, sondern zusätzlich die dadurch geschaffene Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs nachzuweisen habe. Die ohnehin hohe Schwelle für ein Eingreifen wurde damit wesentlich höher gelegt als in der bisherigen Praxis der WEKO und deutlich höher als in anderen Ländern. Angesichts dessen beschränkte die WEKO den Ressourceneinsatz in diesem Bereich und wies immer wieder auf den Unterschied zum restriktiveren, ökonomisch sinnvollerem Test in der EU sowie auf die Reformbedürftigkeit der Zusammenschlusskontrolle hin (vgl. Abschnitt 5.3.2).

Eine wichtige Rolle spielten die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit **staatlichen Regulierungen**. Die

Erfahrung hat gezeigt, dass mit einem frühzeitigen Aufzeigen von möglichen wettbewerbsbeschränkenden Konsequenzen Regulierungen beeinflusst werden können. Manchmal ist auch ein hartnäckiges Wiederholen von entsprechenden Hinweisen und Vorbehalten zielführend. Zentral dabei ist, dass die Wettbewerbsbehörde im Regulierungsprozess nicht als unliebsame Spielverderberin, sondern als glaubwürdige, verlässliche und von Interessen unabhängige Partnerin wahrgenommen wird. Diese Position haben sich die WEKO und ihr Sekretariat über die Jahre erarbeitet. Zudem haben die Wettbewerbsbehörden in Wirtschaftsbereichen, die nach und nach dem Wettbewerb geöffnet worden sind (wie z.B. Infrastrukturmärkte, Landwirtschaft), diesen Prozess mit dosierten kartellrechtlichen Eingriffen begleitet und sich für den Erhalt und den Ausbau des Wettbewerbs eingesetzt.

Interventionen einer Wettbewerbsbehörde sind teilweise schwere Eingriffe in die Autonomie von Unternehmen und es ist zentral, dass sie den grundsätzlichen **rechtsstaatlichen Garantien** genügen. Sie müssen deshalb auch von Gerichten überprüfbar sein, was in der Schweiz mit dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht als gerichtliche Instanzen gewährleistet ist. Auch wenn es teilweise in der materiellen Rechtsanwendung zu Korrekturen von WEKO-Entscheiden durch die Gerichte kommt und die WEKO in den Anfangsjahren Pionierarbeit leisten musste, bestätigen die Gerichte seit vielen Jahren, dass die Wettbewerbsbehörden die Verfahren rechtsstaatlich korrekt führen und die Rechte der Parteien vollumfänglich garantiert sind.

Die Globalisierung der Wirtschaft hat auch im Wettbewerbsrecht ihre Spuren hinterlassen. Wettbewerbsbeschränkungen machen an nationalen Grenzen nicht Halt und Unternehmen sprechen sich innerhalb von Kontinenten oder auch über solche hinweg ab, um den Wettbewerb zu beschränken. Die **internationale** Reaktion der Wettbewerbsbehörden war die Schaffung von neuen Gremien, um sich über Erfahrungen und Verfahren austauschen zu können, auch wenn die Behörden weiterhin ihr teilweise unterschiedliches nationales Recht anwenden. So ist 2002 das International Competition Network (ICN) geschaffen worden, dem heute über 120 Wettbewerbsbehörden angehören. Das ICN und das Competition Committee der Organisation für Entwicklung und Zusammenarbeit (OECD) sind zwei zentrale Plattformen des Informations- und Erfahrungsaustauschs geworden. Innerhalb dieser Gremien bleibt der Austausch jedoch informell, und wegen Beschränkungen aufgrund des Amtsgeheimnisses und den Verfahrensrechten der Parteien ist beispielsweise ein Austausch von Beweismitteln nicht möglich. Dafür braucht es eine ausdrückliche gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage. Eine solche hat die Schweiz zusammen mit der EU geschaffen, als sie 2013 ein Kooperationsabkommen abgeschlossen

¹ Eine Legaldefinition von Wettbewerb existiert nicht, weshalb er mit Adjektiven wie «funktionierend» oder «wirksam» ergänzt wird. Einigkeit besteht dahingehend, was Wettbewerb bewirken soll, nämlich die den Bedürfnissen von Nachfragerinnen und Nachfragern entsprechende Herstellung von Produkten bzw. Erbringung von Dienstleistungen zum bestmöglichen Preis-Leistungs-Verhältnis.

haben. Dieses erlaubt den Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU einen umfassenden Austausch bis hin zur gegenseitigen Übermittlung von Beweismitteln in parallelen Verfahren.

Nachfolgend werden einige Highlights aus der Praxis der WEKO aufgeführt, mit denen sie die Ziele des Kartellgesetzes und damit den Willen des Gesetzgebers umgesetzt hat. Die Betrachtung hat nicht den Anspruch, die gesamte Praxis der WEKO in den letzten 25 Jahren aufzuarbeiten, sondern will anhand von Entscheidungen, die in der Öffentlichkeit eine hohe Bekanntheit erreicht haben, die Schwerpunkte der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden aufzeigen (vgl. Abschnitte 5.2.2 bis 5.2.5). Das Verfahrensrecht hat dabei ebenfalls eine zentrale Rolle gespielt (vgl. Abschnitt 5.2.6).

5.2.2 Parallelimporte: Öffnung gegenüber ausländischen Märkten

Ein wichtiges Ziel des Kartellgesetzes ist es, den Schweizer Markt gegenüber dem umliegenden Ausland offen zu halten. Der grenzüberschreitende Wettbewerb ist ein wichtiger Beitrag zu einem funktionierenden Binnenwettbewerb in der Schweiz. Die Schweiz als relativ kleiner Binnenmarkt mit rund 8.5 Millionen Einwohnern ist in verschiedenen Wirtschaftsbereichen stark konzentriert und weist teilweise kleine Marktvolumina auf. Damit kreuzen sich in diversen Märkten nicht mehrere erfolgreiche und starke Unternehmen die Klingen. Zudem ist die Schweiz aus mehreren Gründen ein Hochpreisland, unter anderem wegen diversen Handelschranken. Dieser Situation kann mit Interventionen der Wettbewerbsbehörden nur bedingt begegnet werden. Für die Schweiz sind offene Märkte – gegenüber dem Ausland und im Inland – der beste Wettbewerb. Offene Grenzen und der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen kompensieren zudem den teilweise fehlenden Wettbewerbsdruck im Inland.

Die WEKO hat sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten seit jeher mit der Behinderung von Parallel- und Direktimporten beschäftigt und so ihren Beitrag zu offenen Märkten geleistet. Die Entscheid-Trilogie GABA-BMW-NIKON hat dabei eine zentrale Rolle gespielt. Bei GABA ging es um die Behinderung von Parallelimporten der Zahnpasta «Elmex». Volkswirtschaftlich ein eher unbedeutender Fall, der aber durch das BGer den Status eines Leiturteils erhalten hat. Dieses bestätigte nicht nur den Entscheid der WEKO und des BVGer. Das höchste Schweizer Gericht hielt zudem fest, die Behinderung von Parallelimporten sei grundsätzlich und ohne Nachweis von Wirkungen erheblich (wie die übrigen Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) sowie unzulässig, sofern nicht eine Effizienzrechtfertigung gelinge. Bei BMW und NIKON ging es u.a. um sogenannte «EWR-Klauseln» in ausländischen Vertriebsverträgen, welche es den Händlern untersagten, die betreffenden Produkte an Abnehmer in der Schweiz bzw. ausserhalb des EWR zu liefern. In diesen Fällen zeigte sich auch, dass das Kartellgesetz extraterritorial anwendbar ist, wenn sich eine im Ausland verursachte Beschränkung in der Schweiz auswirkt. Bei BMW ging es um einen volkswirtschaftlich bedeutsamen Markt. Die Intervention der WEKO förderte den Parallel- und Direktimport von Autos und damit den Preisdruck auf die hiesigen Importeure und Händler.

5.2.3 Öffnung der Beschaffungsmärkte und Submissionsabreden

Klassische «harte» horizontale Wettbewerbsabreden sind klar schädlich. Sie führen unter anderem zu höheren Preisen, vermindern die Qualität und hemmen die Innovation. Preisabreden prägten die Schweiz seit jeher. Die WEKO verfolgte diese konsequent und zahlreich, sowohl in grösseren Wirtschaftsbereichen (z.B. Abreden zwischen Banken und im Beschaffungswesen), wie auch in kleineren Märkten (so etwa Abreden zwischen Fahrschulen). Die Schädlichkeit von Abreden illustrieren gerade die Abreden im Bausektor auf eindrückliche Weise:

Mit dem Beitritt der Schweiz zur WTO 1994 hat sie die Verpflichtung übernommen, die Beschaffungen der öffentlichen Hand ab bestimmten Schwellenwerten in einem transparenten von Wettbewerb geprägtem Verfahren zu vergeben. Damit wurde das Wettbewerbsprinzip in einen Bereich übertragen, der zuvor stark von Eigeninteressen der Gemeinwesen und der involvierten Personen geprägt war. So waren auf Seiten der öffentlichen Hand die Voraussetzungen gegeben, um Beschaffungen im Wettbewerb vergeben zu können – mit positiven Folgen auf den Umgang mit öffentlichen Mitteln.

Auf Seiten der Unternehmen erforderte dies die Bereitschaft, sich ebenfalls neu zu orientieren. Sie mussten sich fortan um Aufträge bewerben, die sie vorher ohne grossen Aufwand aufgrund von protektionistischen Vergaben erhalten hatten. Öffentliche Vergabeverfahren haben die Eigenschaft, dass ein Unternehmen sich im anonymen Wettbewerb behaupten muss. In diesem One-Shot-Game gewinnt das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Es lag daher für einzelne Unternehmen nahe, den Zweck des Beschaffungsrechts zu umgehen und Vergaben wie zu kartellistischen Zeiten nach ihrem eigenen Willen zu steuern und den «Gewinner» und die «Verlierer» anhand einer gemeinsamen Festlegung der Offertpreise festzulegen. Die Wettbewerbsbehörden haben seit der Revision von 1995 mehrfache Hinweise zu solchen Submissionsabreden erhalten. Nachdem sie 2007 ein umfassendes Strassenbelagkartell im Tessin aufgedeckt hatte, erklärte die WEKO 2008 die Submissionsabreden zu einem Schwerpunktthema ihrer Tätigkeit.

In den folgenden Jahren schloss sie verschiedene Untersuchungen erfolgreich ab: Elektroinstallationen Bern 2009, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau 2011, Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich 2013, Tunnelreinigung 2015 sowie Strassen- und Tiefbau See-Gaster 2016. Dem grössten Komplex an Submissionsabreden begegnete sie in der im Oktober 2012 eröffneten Untersuchung im Kanton Graubünden. Während sich die ursprüngliche Untersuchung auf Hinweise auf Submissionsabreden im Unterengadin beschränkte, wurde sie nach mehreren Selbstanzeigen und weiteren Hausdurchsuchungen auf den ganzen Kanton ausgeweitet und schliesslich in zehn separate Untersuchungen aufgeteilt. In ihren zehn Entscheiden (Engadin «I-VIII» sowie Münstertal und Strassenbau Graubünden) stellte die WEKO fest, dass mehr als 1150 Hoch- und Tiefbauprojekte des Kantons, von Gemeinden und von Privaten mit einem Gesamtvolumen von mehreren hundert Millionen Franken mittels Submissionsabreden manipuliert worden

waren. Die Entscheide erfuhren hohe mediale Aufmerksamkeit und zeigten dadurch einer breiten Öffentlichkeit auf, dass horizontale Preisabreden schädlich sind, preistreibend und strukturerhaltend wirken und die Nachfragerinnen und Nachfrager schädigen. Die WEKO scheut den Aufwand bei komplexen Fällen nicht und verfolgt Submissionsabreden konsequent.

Neben der Verfolgung von Submissionsabreden haben die Wettbewerbsbehörden viel in die Prävention und Sensibilisierung investiert. So hat das Sekretariat in mehreren Auflagen unter anderem die Beschaffungsstellen der Kantone und des Bundes in halb- oder ganztägigen Veranstaltungen zum Thema Submissionsabreden sensibilisiert und informiert. Beschaffungsstellen vermögen heute Hinweise und Indizien selbst zu entdecken. Zudem entwickelten die Wettbewerbsbehörden ein statistisches Instrument («Screening-Tool»), das die Aufdeckung von Abreden ermöglicht. Dieses Instrument fand im Ausland Anklang und wird von einigen Kantonen angewendet. Die verschiedenen Tätigkeiten erhöhen die abschreckende Wirkung, erschweren und verhindern Submissionsabreden.

5.2.4 Marktöffnung von Infrastrukturmärkten unter Begleitung der Wettbewerbsbehörden

Die Schweiz begann 1998 in ihren Infrastrukturmärkten Wettbewerb zuzulassen. Die staatlichen Monopole sollten sich dem Konkurrenzkampf mit neu in den Markt eintretenden Unternehmen stellen. Eine erste Welle von Marktöffnungen erfasste den Telekom-, den Post- und den Eisenbahngüterverkehrsmarkt. Beispielsweise im Telekommarkt gab es nach der Öffnung neue Anbieter, welche der bisherigen Monopolistin Swisscom die Stirn boten. Sie hingegen startete als etabliertes Unternehmen mit einer Monopol- bzw. marktbeherrschenden Stellung. Die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden bestand insbesondere in diesem Markt darin, mögliche Missbräuche gegenüber den neu eingetretenen Unternehmen zu unterbinden, um dem Wettbewerb überhaupt eine Chance zu geben. Wie in anderen Ländern gerieten ehemalige Monopolistinnen teilweise in den Konflikt mit dem Kartellrecht. Im Telekommarkt zeugen davon zahlreiche Untersuchungen und Entscheide der WEKO (nicht alle rechtskräftig). Zentral war der Entscheid ADSL II, in dem die WEKO eine unzulässige Kosten-Preisschere bzw. eine preisliche Behinderung von Konkurrenten bei Breitband-Angeboten feststellte. Das BGer bestätigte den Kartellrechtsverstoss, und Swisscom wurde für das Verhalten mit CHF 186 Mio. gebüsst – die bisher höchste rechtskräftige Sanktion der WEKO.

In anderen Infrastrukturmärkten fand die Marktöffnung verzögert und unter Druck von Entscheiden der WEKO statt:

- Im Elektrizitätsmarkt untersuchte die WEKO die Weigerung der Freiburger Elektrizitätswerke (FEW), Strom von anderen Produzentinnen durch ihre Netze zu Endverbraucherinnen zu leiten. Diese Verweigerung beurteilte sie im Jahr 2000 als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Netzbereich. Die Marktöffnung mittels eines Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG) wurde vom Volk zwar im 2002 abgelehnt, aber die Bestätigung des FEW-Entscheids der WEKO durch das BGer im Juni 2003 öffnete den Strommarkt

faktisch für den Wettbewerb. Der Gesetzgeber löste diese einzelfallbezogene auf Anfang 2008 durch eine regulierte Marktöffnung (Stromversorgungsgesetz) ab.

- Der Bundesrat beabsichtigte nach der regulierten Marktöffnung im Elektrizitätsmarkt auch den Gasmarkt zu öffnen. Jedoch verzögerten sich die Arbeiten am Gasmarktgesetz immer wieder. Gleichzeitig häuften sich die Klagen von Gasbezügern, die ihren Lieferanten frei wählen wollten. Die WEKO fällte im Juni 2020 einen zentralen Entscheid im Erdgasmarkt der Zentralschweiz. Sie sanktionierte die Gasnetzbetreiber ewl und EGZ wegen der unzulässigen Verweigerung der Durchleitung von Gas. Die beiden Unternehmen waren gewillt, künftig Gas fremder Anbieter durchzuleiten und schlossen mit der Wettbewerbsbehörde eine einvernehmliche Regelung dazu ab. Damit war der Gasmarkt – gleich wie 2003 der Elektrizitätsmarkt – gestützt auf das einzelfallweise anwendbare Kartellgesetz geöffnet.

5.2.5 Digitalisierte Märkte offenhalten

Die Anfang des Jahrhunderts einsetzende und heute fast vollständige und flächendeckende Verbreitung von Internet und Breitbandanschlüssen in der Schweiz hat unter dem Stichwort «Digitalisierung» neue Märkte entstehen und andere erodieren oder verschwinden lassen. Diese Transformation der Wirtschaft führte und führt zu Chancen wie auch Risiken für den Wettbewerb und zu neuen Herausforderungen für die Wettbewerbsbehörden. In den digitalisierten Märkten führen Netzwerkeffekte, digitale Plattformen, die Datenhoheit und das Nachfrageverhalten häufig zu marktmächtigen Positionen, die in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht ambivalent beurteilt werden. Einerseits können sie ökonomisch die effizienteste Lösung darstellen, wenn die Märkte zu natürlichen Monopolen tendieren und nur so tiefe Preise und hohe Qualität erreicht werden können. Andererseits können die marktmächtigen Unternehmen in diesen Märkten ihre Stellung zu Lasten der Konsumentinnen und Konsumenten ausnutzen und unliebsame Konkurrenten aus dem Markt drängen oder gar nicht erst eintreten lassen, um ihre Marktmacht zu schützen und auszubauen.

Die Wettbewerbsbehörden haben sich in den letzten Jahren vermehrt mit solchen Ambivalenzen digitaler Märkte befasst. Um die Grundlagen für die Beurteilung digitaler Märkte aktuell zu halten, hat das Sekretariat 2014 eine interne Arbeitsgruppe «Digitalisierung» geschaffen. Diese unterstützt die Behörde bei jeglichen Fragen und verfolgt die internationale Entwicklung und Rechtsprechung. Zudem hat die WEKO die Digitalisierung 2017 zu ihrem neuen Schwerpunktthema erklärt und sich damit dazu bekannt, dass sie diesem Bereich besondere Aufmerksamkeit schenkt.

Neben dieser organisatorischen und inhaltlichen Neuausrichtung haben die Wettbewerbsbehörden eine Reihe von Verfahren geführt, bei denen die Digitalisierung eine wichtige Rolle gespielt hat. Eine der wichtigsten Entscheide war derjenige zu den Hotelbuchungsplattformen. Diese erlangten eine zunehmend wichtigere Bedeutung. Plattformen wie Booking zwangen den Hotels einschränkende Bedingungen auf. In ihrem Entscheid von 2015 verbot die WEKO den Plattformen, die

Hotels in ihrer Angebotspolitik umfassend einzuschränken. Es soll ihnen möglich sein, auf anderen Vertriebskanälen tiefere Preise oder eine grössere Anzahl Zimmer anzubieten. Ein anderes Verfahren betraf das Verhalten von Apple, TWINT als alternative digitale Bezahlösung nicht uneingeschränkt auf iPhones zuzulassen. Erst nach der Intervention des Sekretariats gab Apple den notwendigen Code frei, damit TWINT auf iPhones uneingeschränkt funktionierte. Ein weiteres Verfahren zu digitalen Bezahlösungen ist hängig. Es besteht der Verdacht eines Boykotts der hinter TWINT stehenden Banken, deren Kreditkarten nicht für eine Benutzung in Apple Pay freizugeben. Es ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden sich auch in näherer Zukunft mit neuen Fragen zur Digitalisierung auseinandersetzen.

5.2.6 Verfahrensrechtliche Herausforderungen

Gutes materielles Recht kommt nur zum Tragen, wenn es verfahrensrechtlich korrekt durchgesetzt wird. Dies war nach Inkrafttreten des Kartellgesetzes von 1995 eine grosse Herausforderung für die Wettbewerbsbehörden. Die Mitarbeitenden hatten wenig Erfahrung mit dem Verwaltungsverfahren (VwVG) und mussten die Grundsätze erst erarbeiten. Dabei sind auch Fehler passiert. In einem grundlegenden verfahrensrechtlichen Urteil von 1998 gab die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Anweisungen hinsichtlich eines rechtsstaatlich korrekten Verfahrensablaufs.

Das Sekretariat führte daraufhin ein Prozessmanagement ein, das die Verfahrensabläufe innerhalb der Behörde vereinheitlichte, die Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundsätze sicherstellte und eine juristische und ökonomische Qualitätskontrolle institutionalisierte. Ein vom damaligen Volkswirtschaftsdepartement in Auftrag gegebenes externes Gutachten betreffend die Verfahren der WEKO bestätigte im 2000, dass es grundlegende Mängel im Verfahren gegeben habe, dass diese aber in der Zwischenzeit eliminiert worden seien.

Mit dieser markanten Korrektur im Verfahren hat sich die Diskussion auf die materiellen Fragen konzentriert. Auch wenn von den Verfahrensparteien fast standardmässig eine pauschale «Verletzung des rechtlichen Gehörs» geltend gemacht wird, bestätigte das BVGer regelmässig die Korrektheit des Verfahrens vor der WEKO.

Eine neue Front wurde erst im Zusammenhang mit den ersten Sanktionsentscheiden eröffnet. Im Fall «Publigroupe» wurde geltend gemacht, die Verfahren vor der WEKO verletzen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die ausgesprochene Sanktion sei deshalb aufzuheben. In wegweisenden Urteilen bestätigten das BVGer und das BGer, dass die Sanktionsverfahren der WEKO strafrechtsähnlicher Natur und die Grundsätze der EMRK anwendbar seien. In Anlehnung an Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) urteilten sie, dass der EMRK Genüge getan sei, wenn im Instanzenzug ein unabhängiges Gericht mit voller Kognition die Entscheide der WEKO überprüfen könne, was in der Schweiz mit dem BVGer gegeben sei. Es sei deshalb ohne Belang, wenn die WEKO mit ihren Interessenvertretern den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht im Sinne der EMRK nicht entspreche.

Eine Erfolgsgeschichte stellen die Hausdurchsuchungen dar, welche das Sekretariat seit der Revision von 2003 durchführen kann. Sie ermöglichen den Zugriff auf Beweismittel, die sich bei den Unternehmen befinden und auf welche mit den herkömmlichen Ermittlungsmassnahmen wie Fragebogen und Einvernahmen nicht zugegriffen werden kann. Nach einer sorgfältigen Schulung des Personals fand die erste Hausdurchsuchung am 14. Februar 2006 statt. In den folgenden Jahren wurde das Instrument verbessert, die Erfahrung der Mitarbeitenden stieg kontinuierlich, und es wurden neue digitale Hilfsmittel eingesetzt. Seither hat das Sekretariat rund 40 Hausdurchsuchungen bei über 150 Unternehmen durchgeführt. Die beschlagnahmten Beweismittel haben dem Sekretariat in der Regel die Beweisführung für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht.

Einen Meilenstein erreichte die Schweiz in internationaler Hinsicht, als am 1. Dezember 2014 das Kooperationsabkommen mit der EU in Kraft trat. Es war das weltweit erste Abkommen, das nicht nur einen informellen, sondern unter bestimmten Umständen auch einen Austausch von Beweismitteln ohne Zustimmung der betroffenen Unternehmen ermöglicht. Das Abkommen erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, sich zu jeglichen Fragen auszutauschen und in parallelen Verfahren Hausdurchsuchungen zu koordinieren, mit Zustimmung des betreffenden Unternehmens Selbstanzeigen zu erörtern und in einem festgelegten Prozedere gegenseitig Beweismittel auszutauschen. Die Umsetzung des Abkommens gestaltet sich – mindestens aus Schweizer Sicht – als sehr erfolgreich, weil es zu vielfältigen Kontakten und Austausch führt, die im Kampf gegen international tätige Kartelle äusserst hilfreich sind und eine verfahrensmässige und inhaltliche Abstimmung der Verfahren ermöglicht.

5.3 Baustellen im geltenden Kartellgesetz

5.3.1 Allgemeines

In der Revision von 2003 verankerte der Gesetzgeber eine Pflicht zur Evaluierung der neuen Instrumente (Direktsanktionen, Selbstanzeige, Bonusregelung, etc.) im Kartellgesetz. Der Bundesrat kam dieser mit einer umfassenden Überprüfung der Anwendung des Kartellgesetzes und einem ausführlichen Bericht von 2009 nach. Darin skizzierte er die noch bestehenden Mängel wie die institutionelle Aufstellung der Wettbewerbsbehörde, ein fehlendes Verbot für die schädlichsten Formen von Abreden, den materiellen Test in der Zusammenschlusskontrolle, die kaum spürbare Umsetzung des Kartellzivilrechts sowie gewisse verfahrensrechtliche Aspekte.

Die gestützt darauf eingeleitete Revision des Kartellgesetzes scheiterte 2014, nachdem der Nationalrat zwei Mal Nichteintreten beschlossen hatte. Grund dafür waren im Wesentlichen stark divergierende Interessen im Parlament, mit denen sich zwar für einzelne Revisionspunkte Mehrheiten finden liessen, aber nicht für das Gesamtpaket.

Während das Verbot von harten Kartellen mit der GABA-Rechtsprechung des BGer faktisch umgesetzt ist, war die Institutionenreform umstritten. Auch künftig dürfte es schwierig sein, trotz internationaler Kritik im Parlament eine Mehrheit für eine professionalisierte und verkleinerte

te WEKO oder für eine Wettbewerbsbehörde im Stile des deutschen Bundeskartellamtes zu finden. Einige Punkte waren aber weitgehend unbestritten und deren Revisionsbedürftigkeit ist weiterhin gegeben. Auf diese wird nachfolgend kurz eingegangen.

5.3.2 Zusammenschlusskontrolle

Die schweizerische Zusammenschlusskontrolle mit ihrer hohen Eingreifschwelle (Beseitigung des Wettbewerbs) steht im Kontrast zur internationalen Zusammenschlusskontrolle, insbesondere zu jener in der EU. Letztere wurde 2004 revidiert und seither genügt die «erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs» für ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörde. Im Gegenzug ermöglicht sie die Prüfung von Effizienzen. Hier weicht das schweizerische Kartellrecht, das sonst in fast allen Bereichen nach dem Vorbild der EU ausgestaltet ist, und dessen Bestimmungen im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung ausgelegt werden, wesentlich von der EU ab. Dies ist einer einheitlichen Beurteilung von internationalen Zusammenschlüssen abträglich. Auch für KMU ist der sehr permissive Test des Schweizer Kartellgesetz wenig förderlich, da er grossen und bereits marktmächtigen Unternehmen erlaubt, sich noch weiter zu konzentrieren, was zu Machtgefällen in den betreffenden Wirtschaftsbereichen führt.

Das SECO hat seit der gescheiterten Revision zwei Studien in Auftrag gegeben, welche die Unterschiede zwischen der schweizerischen und der europäischen Eingreifschwelle untersuchen und prüfen, wie die europäischen Bestimmungen auf von der WEKO genehmigte Zusammenschlüsse angewendet worden wären. Für die WEKO ist die Schlussfolgerung aus diesen Studien klar. Die Übernahme des europäischen materiellen Tests würde es erlauben, der zunehmenden Konzentration der Schweizer Wirtschaft besser zu begegnen und zudem Effizienzüberlegungen, die bei Zusammenschlüssen vielfach vorgebracht werden, angemessen Rechnung tragen zu können.

5.3.3 Kartellzivilrecht

Mit der intensiven Aufdeckung von Submissionsabreden (vgl. Abschnitt 5.2.3) ist verstärkt die Frage in den Fokus gerückt, wie geschädigte Gemeinwesen und Private den Verlust, den sie durch zu hohe Preise erlitten haben, von den Kartellanten einfordern können. Das geltende Kartellgesetz sieht vor, dass Opfer von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Zivilrechtsweg Schadensersatz und Genugtuung sowie die Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns erlangen können. Faktisch werden derartige Klagen vor den kantonalen Zivilgerichten aber kaum eingereicht, geschweige denn sind sie erfolgreich. Denn für die Durchsetzung der kartellzivilrechtlichen Ansprüche bestehen in der Schweiz übermässig hohe Hürden (vgl. WEKO-Jahresbericht 2019).

Wegen der hohen Hürden ist das «private enforcement» in der Schweiz – im Gegensatz zum wesentlich gestärkten Rechtsrahmen in der EU – faktisch inexistent. Die Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung könnten durch systemkonforme Änderungen des Kartellgesetzes deutlich vergrössert werden. Zu beachten gilt es Risiken, wie beispielsweise die Gefährdung der wichtigen Selbstanzeige (Bonusregelung) infolge des erleichterten Zu-

gangs zu behördlichen Unterlagen. Es geht nicht darum, das Zivilkartellrecht zulasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken. Es geht vielmehr um eine bessere Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt. Die Erfahrungen im europäischen Ausland zeigen, dass es möglich ist, die Attraktivität des zivilrechtlichen Wegs zu erhöhen, ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur kommt. Ziel einer Reform sollte sein, dass diejenigen, die von Wettbewerbsbeschränkungen betroffen werden, selber die Initiative ergreifen können und damit nicht mehr vom Aufgreifermessen der Wettbewerbsbehörde abhängig sind.

5.3.4 Revision 2021

Aus Sicht der WEKO ist es angebracht, die Baustellen im geltenden Kartellgesetz zu bearbeiten und die Lücken in einer Revision zu schliessen. Der Bundesrat hat sich ebenfalls dazu bekannt und angekündigt, dass er im ersten Semester 2021 – falls es nicht zu Verzögerungen aufgrund der COVID-Situation kommt – einen Revisionsvorschlag in Vernehmlassung geben will. Die angestrebte Revision soll die Zusammenschlusskontrolle und das Kartellzivilrecht sowie weitere anstehende untergeordnete Punkte aufgreifen. Die Erfahrung der vergangenen KG-Revisionen zeigte, dass eine beschränkte und schlanke Revision ähnlich zu jener von 2003 eher Zustimmung findet. Ein überladenes «Fuder» droht wie die Revision von 2012 zu kippen. Aus ökonomischer und rechtlicher Sicht wichtig ist, dass keine systemfremden Elemente Einzug ins Kartellgesetz finden sowie keine zentralen Gesetzespfeiler wegen des WEKO-Erfolges der letzten Jahre geschwächt werden.

5.4 Fazit und Ausblick

Das 25-jährige Kartellgesetz bildet einen wichtigen und gut funktionierenden Pfeiler der schweizerischen Wirtschaftspolitik. Die WEKO und ihr Sekretariat bekämpften Preisabreden und Marktabschottungen, öffneten Märkte und stärkten den Binnenmarkt. Die Wettbewerbsbehörden konzentrierten sich dabei auf die schädlichsten horizontalen Wettbewerbsabreden (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden), auf die zentralen Vertikalabreden (Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz) sowie auf den Missbrauch von Marktbeherrschung. Die ihr anvertrauten wertvollen Instrumente wie die Sanktionen, Bonusregelung (Selbstanzeigen) und Hausdurchsuchungen bewährten sich. So lassen sich die zentralen Aussagen aus dem Evaluationsbericht von 2009 auch zwölf Jahre später zu Recht zitieren:

«Die Wirkungsanalysen bestätigen [...], dass ein modernes Kartellrecht und eine aktive und unabhängige Wettbewerbsbehörde der Schweiz hohen volkswirtschaftlichen Nutzen bringen. Der durch den Gesetzgeber eingeschlagene Weg ist richtig. Das Kartellrecht muss griffig und die Wettbewerbsbehörde schlagkräftig ausgestattet sein.»

«Die neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Widerspruchsverfahren, Hausdurchsuchungen) erweisen sich insgesamt gesehen als nützlich. Sie tragen zur Verhinderung bzw. Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen und zur Förderung des Wettbewerbs bei, indem sie die präventi-

ve Wirkung des Kartellgesetzes und die Kartellrechtskonformität erhöhen.»

Die schweizerische Wettbewerbspolitik und ihre Umsetzung im geltenden Kartellgesetz sind zielführend und entsprechen den internationalen Standards. Die noch zu bearbeitenden Baustellen sind erkannt und deren Bearbeitung ist in die Wege geleitet. Letztlich ist es aber die

Wettbewerbsbehörde, welche die Bestimmungen in die Praxis umsetzt. Sie hat es in der Hand, mit ihren Entscheidungen wettbewerbsrechtliche Verstöße zu beheben, dadurch Rechtssicherheit zu schaffen und eine genügend hohe präventive Wirkung zu erzielen. Die WEKO ist die Garantin für eine zeitgemässe Kartellrechtsdurchsetzung.

A 1.	2. Rapport annuel 2020 de la Commission de la concurrence (COMCO)
------	--

Table des matières

1	Préface du président	24		
2	Décisions les plus importantes en 2020	25		
2.1	Décisions de la COMCO	25	5.1.1	La Suisse cartellaire et les conséquences du non à l'EEE 38
2.2	Jugements des tribunaux	26	5.1.2	Révision de 1995 38
3	Activités dans les différents secteurs	27	5.1.3	Peaufinage de la révision en 2003 39
3.1	Construction	27	5.2	Objectifs de la loi sur les cartels et de sa mise en œuvre 39
3.1.1	Accords de soumission	27	5.2.1	Objectifs de la loi sur les cartels et orientation de l'activité des autorités 39
3.1.2	Matériaux de construction et décharges	28	5.2.2	Importations parallèles: ouverture aux marchés étrangers 40
3.1.3	Environnement et gestion des déchets	28	5.2.3	Ouverture des marchés publics et accords de soumission 40
3.1.4	Sensibilisation aux accords de soumission	29	5.2.4	Ouverture des marchés d'infrastructures accompagnée par les autorités de la concurrence 41
3.2	Services	29	5.2.5	Maintenir l'ouverture des marchés numériques 42
3.2.1	Services financiers	29	5.2.6	Défis en matière de droit procédural 42
3.2.2	Santé	29	5.3	Chantiers de la loi actuelle sur les cartels 43
3.2.3	Services des professions libérales et autres domaines professionnels	30	5.3.1	Généralités 43
3.3	Infrastructures	30	5.3.2	Contrôle des concentrations 43
3.3.1	Télécommunications	30	5.3.3	Volet civil du droit des cartels 43
3.3.2	Médias	31	5.3.4	Révision 2021 44
3.3.3	Énergie	31	5.4	Conclusion et perspectives 44
3.3.4	Transports	31		
3.3.5	Aides d'État	31		
3.4	Produits	32		
3.4.1	Accords verticaux	32		
3.4.2	Industrie des biens de consommation et commerce de détail	32		
3.4.3	Industrie horlogère	32		
3.4.4	Secteur automobile	32		
3.4.5	Agriculture	33		
3.5	Marché intérieur	33		
3.6	Investigations	34		
3.7	Relations internationales	34		
3.8	Législation	35		
4	Organisation et statistique	36		
4.1	COMCO, Secrétariat et statistique	36		
4.2	Statistique	36		
5	Thème spécial: la loi sur les cartels a 25 ans	38		
5.1	La modernisation du droit suisse des cartels	38		

1 Préface du président

L'année 2020 a été marquée par la propagation du SARS-CoV-2 et par les bouleversements qu'il a engendrés dans la société, la politique et l'économie. Même si des mesures ont été prises rapidement et que l'économie de marché a démontré sa capacité à s'adapter rapidement, nous avons assisté, au premier semestre, à un effondrement sans précédent du produit intérieur brut. La crise a impacté certaines branches plus que d'autres, ce qui a notamment eu une incidence sur la concurrence: le besoin de coopération a été invoqué plus fréquemment. La COMCO a précisé publiquement que le droit des cartels s'appliquait aussi dans la situation de COVID-19. Simultanément, la COMCO a signalé qu'elle était prête, en conformité avec le droit des cartels, à accompagner l'aménagement des mesures visant à lutter contre la situation de COVID. Par exemple, les marges de manœuvre dont les entreprises disposent pour coopérer sont importantes en vue de développer des thérapies et des vaccins en commun ou pour venir à bout des difficultés d'approvisionnement.

Après que la « situation extraordinaire » eut été déclarée le 16 mars 2020, la COMCO a dû, comme les autres autorités, les entreprises et les organisations, changer ses méthodes du jour au lendemain. Les difficultés techniques ont été rapidement surmontées parce que l'Autorité avait déjà complètement numérisé son mode de fonctionnement, de sorte que les entreprises et les administrations ont pu contacter les collaborateurs en tout temps. S'agissant du respect des délais, une grande flexibilité a permis d'éviter des modifications de la loi. Les collaborateurs se sont engagés spécialement, par exemple lorsqu'il s'est agi de contrôler rapidement les aides apportées dans le domaine de l'aviation, de manière à ce que les acteurs soient rapidement au clair.

Malgré ces défis, la COMCO a fait progresser ses procédures. Outre le contrôle mentionné des aides étatiques allouées, la COMCO s'est en particulier consacrée à deux enquêtes. Dans le marché de l'horlogerie, elle a décidé que les obligations et restrictions de livraison imposées à Swatch pendant des années étaient échues, tout en maintenant la qualification juridique selon laquelle la filiale de Swatch, ETA, occupe une position dominante sur le marché des mouvements mécaniques. Par ailleurs, elle a rendu une décision de grande portée concernant le marché du gaz naturel en obligeant les propriétaires de réseaux en Suisse centrale de permettre le transit du gaz naturel. Depuis lors, les clients finaux peuvent librement choisir leur fournisseur de gaz naturel. Cette décision, importante pour l'ensemble du pays, conduit à la libéralisation complète du marché du gaz.

L'heure n'est certainement pas aux célébrations. Pourtant, un jubilé particulier s'approche: en 2021, la loi sur les cartels et la loi sur le marché intérieur, à l'instar de la COMCO elle-même, auront vingt-cinq ans. Le mandat de la COMCO demeure inchangé: protéger la concurrence. Le présent rapport annuel donne une idée du large éventail couvert par cette tâche.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Président de la COMCO

2 Décisions les plus importantes en 2020

2.1 Décisions de la COMCO

En date du 14 décembre 2020, la COMCO a pris des mesures provisionnelles à l'encontre de Swisscom et lui a interdit, avec effet immédiat, de développer son réseau de fibre optique de telle manière à ce que les tiers ne puissent pas accéder au niveau du Layer 1 à partir de ses centrales de raccordement. Simultanément, la COMCO a ouvert l'enquête sur la **stratégie de Swisscom concernant la construction du réseau**.

La COMCO lutte systématiquement contre les accords dans le domaine des marchés publics. En 2020, elle a enquêté pour la première fois sur un accord de soumission dans le domaine informatique. La Banque nationale suisse (BNS) est concernée par cet accord. En effet, elle exploite son propre réseau de données pour assurer sa communication de données (**réseau optique**). À cet effet, elle achète des composantes de réseau auprès d'entreprises informatiques. Lors d'une acquisition, les soumissionnaires et le fabricant de ces composantes ont coordonné les prix de l'offre. Toutes les entreprises ont coopéré au cours de la procédure, ce qui a permis de trouver une solution à l'amiable en moins de dix mois, ce qui a permis de réduire fortement l'amende à CHF 55'000.- au total. La décision du 16 novembre 2020 est exécutoire.

À la fin de 2016 et au milieu de 2019, la COMCO a rendu, dans le domaine financier, une série de décisions partielles, tout en infligeant des sanctions. En octobre 2020, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO a approuvé plusieurs accords amiables supplémentaires. D'une part avec NEX (anciennement la maison de courtage ICAP plc), dans le cadre de l'enquête sur les **produits dérivés sur taux d'intérêts en yen basés sur le Yen LIBOR**: bien que le comportement de NEX ne soit pas admissible en droit des cartels, il n'est cependant pas sanctionnable. Par ailleurs, la Chambre pour les décisions partielles a classé l'enquête contre NEX concernant les produits dérivés sur taux d'intérêt en euroyen basés sur l'Euroyen TIBOR. D'autre part, elle a approuvé l'accord amiable passé avec Crédit Agricole et HSBC France dans le cadre de l'enquête concernant les **produits dérivés sur taux d'intérêt en euro basés sur l'EURIBOR**, tout en imposant à Crédit Agricole une sanction d'environ 4,5 millions de CHF et à HSBC France, une sanction de presque 2 millions de CHF. Ces décisions sont entrées en force.

UPC a acquis pour la période de 2017 à 2022 les droits de retransmission exclusive des matchs du **championnat suisse de hockey sur glace**. De ce fait, elle détient une position dominante sur le marché pour la diffusion directe des matchs de hockey sur glace en télévision payante. UPC a abusé de cette position dominante en refusant à Swisscom toute offre de diffusion de hockey en direct jusqu'à l'été 2020. Par son comportement, UPC a illicitement entravé la concurrence efficace. Le 7 septembre 2020, en raison de ce comportement, la COMCO a infligé à UPC une amende de quelque 30 millions de CHF. UPC a attaqué cette décision devant le Tribunal administratif fédéral (TAF). Pour rappel, en mai 2016, la COMCO avait sanctionné Swisscom pour un

comportement similaire concernant la transmission en direct du football et du hockey sur glace.

Par sa décision du 13 juillet 2020, la COMCO n'a imposé ni de nouvelle obligation de livraison ni de limitation des livraisons de **mouvements mécaniques fabriqués en Suisse à ETA**, une filiale du groupe Swatch. Cette décision est la suite d'anciennes décisions. À la fin de 2013, la COMCO avait approuvé un règlement amiable avec le groupe Swatch. Ce règlement prévoyait que sa filiale ETA devait livrer certaines quantités de mouvements mécaniques à sa clientèle de l'époque jusqu'à la fin de 2019. Cet accord devait inciter à la création d'une nouvelle forme de concurrence de sorte que la clientèle puisse prospecter différentes possibilités d'achat. Au terme de ce délai, l'obligation de livrer devait disparaître. Comme des indices indiquaient que le marché des mouvements mécaniques fabriqués en Suisse n'évoluait pas comme prévu, la COMCO a ouvert, en novembre 2018, une procédure de réexamen. Les nombreuses clarifications de la COMCO ont montré que le marché réagissait aux incitations instaurées en 2013 et que les conditions de concurrence se réalisaient en grande partie comme prévu. Par exemple, les clients d'ETA diversifiaient leurs sources d'approvisionnement. Après avoir largement analysé la situation, la COMCO a conclu qu'il n'y avait plus lieu d'imposer des obligations à ETA. Par contre, elle a constaté que la filiale du groupe Swatch disposait toujours d'une position dominante sur le marché des mouvements de montre mécaniques fabriqués en Suisse. À ce titre, cette entreprise continue à être soumise à la surveillance des abus. Comme il n'y a pas eu de recours, la décision de la COMCO est entrée en force.

Par décision du 25 mai 2020, la COMCO a ouvert le **marché du gaz** en Suisse centrale. L'objet de l'enquête consistait à savoir si le refus d'énergie wasser luzern (ewl) et d'Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) de donner accès au réseau aux tiers qui veulent fournir la clientèle finale par leurs réseaux de conduites constituait un refus illicite d'établir des relations commerciales. L'examen de la COMCO a permis de conclure qu'ewl et EGZ avaient abusé de leur position dominante sur le marché du transport et de la distribution de gaz naturel par les réseaux de conduites: en effet, ces deux entreprises avaient refusé d'accéder à la demande d'un fournisseur tiers d'acheminer du gaz pour fournir de la chaleur à des clients en ville de Lucerne. Par le passé, ewl et EGZ n'assuraient le changement de fournisseur que pour les grands clients de gaz de processus qui, raccordés à leurs réseaux, remplissaient les conditions de la convention d'association donnant accès au réseau. Par ce refus illicite d'établir des relations commerciales, ewl et EGZ ont pu réaliser l'ensemble de leur chiffre d'affaires provenant de la vente de gaz naturel à leurs clients finaux, de facto captifs, sans pression concurrentielle. En soustrayant à la concurrence la fourniture de la majeure partie des clients finaux de leur zone de desserte, ewl et EGZ se donnaient la possibilité de réaliser des rentes de monopole. Durant la procédure d'enquête, ewl et EGZ ont coopéré avec la COMCO: elles se sont engagées par un accord amiable de permettre à l'avenir le changement de fournisseur à tous les clients finaux raccor-

dés à leurs réseaux. Dans le calcul de la sanction, la COMCO a tenu compte du fait qu'ewl et EGZ avaient ouvert leur zone de desserte de leur propre initiative. L'amende réduite a été fixée à environ 2,6 millions de CHF. Cette décision de la COMCO visant à ouvrir le marché du gaz est un signal comparable à celui de sa décision de 2001 à l'encontre des Entreprises Électriques Fribourgeoises (actuellement Groupe E), qui a ouvert le marché de l'électricité en Suisse à l'appui de la loi sur les cartels.

Le 23 mars 2020, la COMCO a approuvé la participation de Planzer et Camion-Transport dans **CFF Cargo** après avoir procédé à un examen détaillé de cette concentration. Planzer et Camion-Transport ont acquis une participation de 35 % dans CFF Cargo par l'intermédiaire de leur filiale commune Swiss Combi. Galliker et Bertschi en détiennent aussi 10 % chacune. Par cette concentration, Planzer et Camion-Transport entendent apporter leur expertise logistique à CFF Cargo afin d'optimiser les produits existants et d'en développer de nouveaux. Les CFF et ces entreprises de logistique entendent ainsi améliorer la rentabilité et la compétitivité de CFF Cargo. Si la concentration envisagée mène à une position dominante en matière de services de transbordement dans le transport combiné dans la région de Gossau/Saint-Gall, elle ne confère toutefois pas aux entreprises concernées la possibilité de supprimer la concurrence efficace. En conséquence, la COMCO a accepté cette concentration.

2.2 Jugements des tribunaux

En juillet 2019, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO a infligé des sanctions totalisant 30 millions de CHF à huit **entreprises de leasing automobile**. FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat) a déposé à l'encontre de cette décision de la Chambre pour les décisions partielles aussi bien une plainte qu'un recours auprès du TAF. Elle a demandé dans sa plainte que la décision partielle, de quelque 45 pages, soit abrégée à un maximum de 5 pages. Dans sa décision du 13 octobre 2020, le TAF n'est pas entré en matière sur ce point. Il doit maintenant se prononcer sur le recours qui reproche à la décision de ne pas être assez motivée.

Le groupe Tamedia avait formé recours auprès du TAF à l'encontre des frais de 5000 CHF mis à sa charge à la fin de la procédure d'examen préliminaire de la COMCO concernant la **concentration Tamedia** (aujourd'hui TXGroup) / **Adextra**. Il demandait à être exonéré des coûts de la procédure en invoquant que la COMCO aurait interprété l'obligation de notifier de manière trop extensive en se fondant sur l'art. 9 al. 4 LCart et que ladite concentration ne serait pas soumise à une notification obligatoire. Dans son décision du 6 octobre 2020, le TAF a rejeté le recours et confirmé l'interprétation de la COMCO: les effets réels entre les marchés visés n'ont pas à être éclaircis au titre de l'obligation de notifier prévue à l'art. 9 al. 4 LCart, mais lors de la procédure d'examen matériel visée aux art. 32 s. LCart. Le groupe Tamedia a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal fédéral (TF).

En 2011, la COMCO avait enquêté contre des accords de soumission concernant des **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. Quatorze entre-

prises de construction actives en Argovie avaient été sanctionnées à hauteur de quelque 4 millions de CHF pour avoir passé des accords de soumission illicites sur les prix et la répartition de marchés entre 2006 et 2009. Les soumissions arrangées concernaient une centaine de projets de construction publics et privés. Quatre entreprises ont attaqué la décision de la COMCO. La procédure est restée pendante pendant près de six ans et demi devant le TAF. Le 25 mai 2018, celui-ci a confirmé, en grande partie, la décision de la COMCO à l'encontre des entreprises de construction argoviennes. Ce faisant, le Tribunal a clarifié d'importantes questions de principe, par exemple: les exigences juridiques minimales posées à l'administration et à l'appréciation des preuves, la gestion des informations obtenues par auto-dénonciations ainsi que la punissabilité des infractions (pour certaines sans qu'un chiffre d'affaires ait été réalisé) à la législation sur les cartels. L'une des entreprises de construction a porté le jugement du TAF devant le TF. Ce dernier a jugé le recours infondé et l'a rejeté dans son arrêt du 3 août 2020, confirmant ainsi la décision rendue par le TAF.

Musik Hug avait interjeté recours auprès du TAF contre la sanction infligée par la COMCO dans sa décision du 14 décembre 2015 concernant la **vente de pianos**. Selon la recourante, cette sanction était disproportionnée et financièrement insoutenable. Tenant compte de la situation financière de Musik Hug, la COMCO avait déjà réduit la sanction, de CHF 1,3 million à l'origine, à CHF 445'000.-. Dans son arrêt du 2 avril 2020, le TAF a jugé que l'amende infligée par la COMCO était proportionnée, que l'estimation de la viabilité économique de la peine était fondée et que la réduction de la sanction n'était pas critiquable. Le TAF a donc rejeté le recours de Musik Hug. La décision est entrée en force.

Le 17 septembre 2018, la COMCO n'a accordé qu'un droit de regard partiel au canton des Grisons dans le dossier relatif à sa décision du 10 juillet 2017 sur des accords de soumission passés par des entreprises du bâtiment et du génie civil dans le **val Müstair**. Elle n'a notamment pas permis de consulter les données transmises dans le cadre du programme de clémence (auto-dénonciation). Le 24 octobre 2019, le TAF a rejeté le recours formé contre cette décision par le canton des Grisons. Ce dernier, qui avait interjeté recours devant le TF en date du 29 novembre 2019, a retiré son recours le 20 mars 2020, de sorte que le TF a classé la procédure.

Le 12 février 2020, le TF a confirmé que la **société anonyme Hallenstadion** avait contrevenu à la loi sur les cartels et que l'accord relatif à la billetterie qu'elle avait passé avec **Ticketcorner SA** était anticoncurrentielle. Cette affaire remonte à 2009, date à laquelle Hallenstadion et Ticketcorner avaient conclu un contrat de coopération qui octroyait à Ticketcorner le droit de distribuer au moins 50 % de l'ensemble des billets des manifestations organisées au Hallenstadion. En 2011, la COMCO avait classé une enquête ouverte dans ce contexte. Mais le TAF avait accepté en 2016 le recours formé par Starticket AG et par ticketportal AG à l'encontre de la décision de la COMCO. Le TAF est parvenu à la conclusion que la clause de coopération relative à la billetterie constituait un accord anticoncurrentiel et que son application par Hallenstadion représentait un abus

de position dominante sur le marché. Le TF a partiellement approuvé les recours interjetés par Hallenstadion et Ticketcorner à l'encontre de la décision du TAF. S'agissant de Hallenstadion, le TF a confirmé le jugement du TAF: Hallenstadion occupait globalement sur le marché une position dominante dont elle a abusé en appliquant aux organisateurs de manifestations la clause relative à la billetterie (transactions couplées). L'accord entre Hallenstadion et Ticketcorner constituait une violation du droit des cartels tant sur le marché des lieux de concerts de musique rock et pop (grands événements) que sur celui de sa billetterie. En revanche, comme le TF n'a pas pu évaluer sur la base des faits si Ticketcorner occupait une position dominante sur le marché et, le cas échéant, si elle en avait abusé, le TF a renvoyé l'affaire à la COMCO pour qu'elle fixe le montant des sanctions et des mesures nécessaires. La COMCO doit donc reprendre l'affaire et calculer le montant de la sanction à l'encontre du Hallenstadion et clarifier si Ticketcorner s'était rendue coupable d'un abus de position dominante sur lesdits marchés.

Le 16 décembre 2019, la COMCO a pris des mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure de réexamen de l'arrêt des livraisons du Groupe Swatch, fondée sur l'enquête « **Swatch Group Lieferstopp** » (cf. rapport annuel 2019). Le Groupe Swatch avait fait recours. Dans une décision incidente du 13 mai 2020, le TAF s'est prononcé sur la question de savoir s'il fallait abandonner les mesures provisionnelles de la COMCO qui prévoyaient à l'encontre du groupe Swatch respectivement de sa filiale ETA des restrictions immédiates mais provisoires de livraison aux clients tiers. Le TAF a tranché par la négative, adoptant ainsi le point de vue de la COMCO. Il a justifié sa décision en invoquant notamment l'urgence, la nécessité objective et un intérêt public prépondérant à attendre les résultats de l'enquête engagée en novembre 2018 avant de laisser échoir les obligations et restrictions résultant de l'accord amiable de 2013. Suite à la décision de la COMCO du 13 juillet 2020 de ne pas imposer d'obligations supplémentaires au groupe Swatch (cf. point 2.1), celui-ci a retiré son recours contre les mesures provisionnelles. Celles-ci sont donc entrées en force.

Les tribunaux ont rendu d'autres jugements confirmant la pratique de la COMCO relative à la publication de ses décisions:

- Le TAF s'est prononcé sur les décisions du 12 novembre 2018 dans lesquelles la COMCO ordonnait une nouvelle fois (après le rejet par le TAF) la publication de la décision de sanction du 2 décembre 2013 sur le **fret aérien**. Huit des dix parties qui avaient demandé une décision de publication ont formé recours contre la décision de publication. Le TAF a alors rejeté sans réserve ces huit recours par ses jugements du 1^{er} septembre 2020. Les parties à la procédure ont fait appel devant le TF contre quatre de ces décisions.
- Le 21 septembre 2020, le TAF a statué sur le recours de Goldbach Media (Switzerland) AG contre la décision de la COMCO du 8 avril 2019 de publier sa prise de position concernant le projet de concentration « **Goldbach/Tamedia** ». Le TAF a confirmé presque

intégralement les arguments de la COMCO. Goldbach a fait recours auprès du TF contre la décision du TAF.

- Le TF a décidé, dans son arrêt du 17 juillet 2020, de ne pas entrer en matière sur le recours déposé par l'entreprise concernée s'agissant de la **publication du rapport final d'une enquête préalable**. Selon les considérants, le jugement du TAF attaqué ne constitue pas une décision finale mais seulement une décision incidente au sens d'une décision de renvoi. Or, un recours ne peut être formé qu'exceptionnellement contre les décisions de renvoi, ce qui ne se justifie pas en l'occurrence. Suite à l'arrêt du TF, la décision de rejet rendue par le TAF en date du 30 janvier 2019 est entrée en force. À l'appui de cet arrêt de rejet, le Secrétariat a décidé une nouvelle fois dans l'intervalle, désormais de manière exécutoire, de publier le rapport final.
- Le 27 février 2020, le TAF a rendu une décision concernant la publication d'une décision incidente de la COMCO relative à la participation de Sunrise en qualité de tiers dans l'enquête **hockey sur glace via Pay-TV**. UPC avait attaqué la décision de publication de cette décision incidente auprès du TAF. Le TAF a rejeté sans réserve le recours interjeté par UPC contre la décision de publication du 23 septembre 2019 et il a confirmé la jurisprudence actuelle. Le jugement est exécutoire.
- Par son arrêt du 11 février 2020, le TF a précisé sa jurisprudence comme suit: une société qui n'existait pas encore au moment où la loi sur les cartels a été violée, mais qui a été contrainte de s'acquitter de la sanction infligée à l'une des entreprises partie au cartel au motif de la continuité d'entreprise, ne peut se prévaloir d'un droit à l'anonymisation et doit accepter d'être nommément citée dans la version publiée. Dès lors, la décision de sanction rendue par la COMCO le 8 juillet 2016 en l'affaire des **prestations de construction dans le district de See-Gaster** a pu être publiée.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

Des indices d'accords de soumission entre plusieurs entreprises ont conduit la COMCO à ouvrir une nouvelle enquête le 14 janvier 2020 et à effectuer des perquisitions. Les accords concernaient du matériel et des logiciels dans le domaine des **réseaux optiques** utilisés auprès des grands clients pour transmettre les données par fibre optique. La COMCO a clôturé cette enquête le 16 novembre 2020 par un règlement amiable et des sanctions (cf. point 2.1).

Durant l'été 2019, la COMCO a achevé les deux dernières enquêtes sur les dix qu'elle a menées au total dans le **canton des Grisons**, soit « **Engadin II** » et « **Strassenbau** » (prestations de construction aux Grisons). Sept des douze parties ont formé recours auprès du TAF (dont un recours concernait « Engadin II »). Parmi les autres procédures, « Engadin I » et cinq décisions mineures ont été attaquées devant le TAF par

certaines des parties. Les échanges d'écritures devant le TAF sont en principe terminés. Les premières décisions du TAF devraient tomber en 2021.

En juin 2020, le Secrétariat a ouvert une enquête supplémentaire dans le canton des Grisons en raison d'indices d'accords de soumission entre plusieurs entreprises dans la région de **Moesa**. La COMCO avait reçu des indications du canton des Grisons. Les accords supposés concernent des soumissions de maîtres d'ouvrage publics et privés dans les domaines du bâtiment et du génie civil. La procédure, qui en est au stade de l'enquête, a été engagée à l'encontre des trois plus grandes entreprises de construction de la région.

Dans le contexte de l'enquête « Strassenbau », le soupçon que les entreprises de construction routière coopéraient dans le cadre de **communautés de travail durables (« Dauer-Arbeitsgemeinschaften »)** en vue de se répartir entre elles les projets de travaux routiers sur le long terme et pour fixer ensemble le montant des offres qu'elles soumettraient s'est confirmé. Par le passé, la COMCO avait souligné à plusieurs reprises que, normalement, ces communautés de travail ne soulevaient pas d'objection en droit des cartels et qu'elles stimulaient la concurrence. Dans l'enquête préalable terminée en 2020, le Secrétariat s'est intéressé à deux constellations plus particulières de communautés de travail durables, à savoir celles des entreprises qui, dans le cadre de projets d'achat, soumettent dans une large mesure et de manière répétée des offres en commun. En principe, les communautés de travail durables ne visent, ni ne génèrent, de restriction à la concurrence et, de ce fait, elles ne constituent pas des accords au sens de la loi sur les cartels dans la mesure où la soumission des offres est décidée de cas en cas. Les raisons qui justifient les communautés de travail durables et celles décidées en fonction du projet sont multiples, par exemple: incapacité des partenaires de la communauté de travail de soumettre une offre à eux seuls, réflexions concernant les capacités ou les risques, raisons économiquement opportunes et commerciales, supériorité évidente de l'offre conjointe des partenaires de la communauté de travail à leurs offres individuelles. Les communautés de travail durables peuvent s'avérer problématiques si, malgré une offre commune, un nombre disproportionné de projets sont exécutés individuellement ou si la décision de soumettre une offre commune ne survient pas au cas par cas mais qu'elle est liée par exemple à des types de projet ou à des régions déterminées indépendamment du projet visé.

Les recours à l'encontre de la décision de la COMCO de juillet 2016, visant huit entreprises de construction routière et de génie civil qui, dans les districts de **See-Gaster (SG), de March et de Höfe (SZ)**, se sont illicitement entendues sur les prix et ont déterminé qui recevrait l'adjudication dans le cadre de plusieurs centaines d'appels d'offres entre 2002 et 2009, sont encore pendants devant le TAF. Une part des entreprises a en outre considéré que la décision de la COMCO ne devrait pas être publiée. Le TF a rejeté le recours encore pendant (cf. point 2.2).

Par son arrêt du 3 août 2020, le TF a traité le dernier recours contre la décision de la COMCO du 16 dé-

cembre 2011 concernant des **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie** (cf. point 2.2). La question reste pendante devant le TF de savoir dans quelle mesure les requérants peuvent, avant l'entrée en vigueur d'une décision de sanction, consulter la décision non caviardée de la COMCO et les dossiers correspondants en vue de faire valoir leurs droits en dommages-intérêts. La COMCO a suspendu le traitement d'une série d'autres demandes de consultation de dossiers dans l'attente de cette décision du TF.

3.1.2 Matériaux de construction et décharges

En janvier 2015, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs entreprises de la branche des matériaux de construction et des décharges pour matériaux inertes dans la région de Berne. Après que l'enquête eut été divisée en deux procédures pour des raisons d'économie de procédure (« KTB-Werke » et « KAGA »), la plus petite procédure, **KTB-Werke**, a été clôturée le 10 décembre 2018 par une décision de sanction rendue par la COMCO. Cette décision est pendante devant le TAF et l'échange d'écritures est avancé. La plus grande des deux enquêtes, « **KAGA** », est en passe d'être achevée. La proposition du Secrétariat sera soumise à prise de position des parties en été 2021.

Le 5 mars 2019, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de **deux centrales d'enrobage** dans le canton de Berne et des actionnaires de l'une de ces centrales. Des indices portent à penser que ces deux centrales d'enrobage ont coordonné leur comportement sur le marché. L'enquête porte en outre sur une entente présumée entre les actionnaires de l'une des deux centrales, qui se seraient entendus pour ne pas concurrencer la centrale d'enrobage exploitée en commun. On a de plus relevé des indices selon lesquels l'une des centrales d'enrobage disposerait d'une position dominante sur le marché et qu'elle en aurait abusé. Cette enquête trouve également son origine dans l'enquête ouverte en 2015 (**KAGA**). Les investigations se sont achevées en 2020. Les parties à la procédure devraient recevoir la proposition du Secrétariat à la COMCO d'ici à l'été 2021 de manière à pouvoir prendre position. La décision de la COMCO est attendue pour le deuxième semestre de 2021.

3.1.3 Environnement et gestion des déchets

Les usines d'incinération des ordures ménagères (UIOM) suisses ont l'intention de construire et d'exploiter une **installation commune de traitement des boues d'hydroxyde**, un résidu issu de l'incinération des déchets et riche en métaux. SwissZinc SA, qui a été créée pour planifier cette installation (dite installation SwissZinc), a demandé une appréciation juridique du projet à la COMCO et elle a déposé une annonce dans la procédure d'opposition. L'enquête préalable ouverte le 29 octobre 2019 par le Secrétariat a révélé que SwissZinc SA détendrait avec ce projet une position dominante sur le marché dont l'entreprise pourrait potentiellement abuser. Les comportements suivants seraient entre autres potentiellement illicites: facturer des prix différents pour des prestations identiques; imposer aux entreprises engagées dans le capital de SwissZinc SA une obligation de livraisons exclusives et une interdiction de concurrence pendant 15 ans; créer une compensa-

tion des coûts de transport pour les actionnaires et donateurs impliqués et fixer le montant des coûts de transport; habiliter le Conseil d'administration à fixer le montant des tarifs de prise en charge (« gate fee »). SwissZinc SA s'est déclarée prête à mettre en œuvre les mesures proposées par le Secrétariat, éliminant ainsi les éléments potentiels de restriction illicite à la concurrence. En conséquence, le Secrétariat a classé l'enquête préalable.

Le service a traité quelque 20 consultations des offices dans le domaine de l'environnement. La majeure partie d'entre elles concernait la poursuite des objectifs climatiques.

3.1.4 Sensibilisation aux accords de soumission

Les accords de soumission peuvent être détectés et empêchés. C'est pourquoi le Secrétariat veille depuis de nombreuses années à sensibiliser les employés des services d'achat. En 2020 ont eu lieu des présentations dans le cadre de la formation organisée par l'Office fédéral des constructions et de la logistique à l'intention des acheteurs de la Confédération, une sensibilisation des représentants communaux de la région de Moesa et des présentations dans le cadre des filières d'études CAS des universités de Berne et de Fribourg.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Plusieurs décisions partielles ont été prises dans le cadre des enquêtes IBOR, relativement à l'**EURIBOR** et au **Yen LIBOR / Euroyen TIBOR** (cf. point 2.1). Les enquêtes Yen LIBOR / Euroyen TIBOR et EURIBOR, qui visent d'autres parties, se poursuivent.

Dans son rapport annuel 2019, la COMCO a indiqué avoir clôturé par des accords amiables deux enquêtes concernant des accords entre banques sur le **marché des opérations de change** (FOREX), en particulier sur les chatrooms « Essex express » et « Three way banana split ». L'enquête à l'encontre de Credit Suisse se poursuit en procédure ordinaire.

Dans l'enquête sur le **leasing automobile**, FCA a porté la décision de la Chambre pour les décisions partielles devant le TAF, en déposant une plainte et un recours. Dans sa plainte, FCA a demandé que la décision soit raccourcie. Le TAF n'est pas entré en matière sur ce point (cf. point 2.2). Dans son recours, actuellement pendant devant le TAF, FCA demande l'annulation de la décision et subsidiairement la réduction de la sanction qui lui a été infligée. L'enquête visant Ford Credit Switzerland S.A.R.L. (Ford) se poursuit en procédure ordinaire.

L'enquête **Boycott Apple Pay** s'est poursuivie en 2020. Dans deux jugements rendus le 8 novembre 2019, le TAF a confirmé sa pratique selon laquelle les anciens organes ne peuvent être auditionnés comme témoins que de manière restreinte et ne sont pas tenus de répondre aux questions susceptibles d'incriminer l'entreprise concernée (principe « *nemo tenetur* »). Dans un autre jugement du 13 mars 2020, le TAF a décidé que les employés actuels d'une entreprise qui n'assument pas une fonction d'organe n'ont pas le droit de refuser de témoigner. Le TF n'est pas entré en ma-

tière sur le recours de l'entreprise contre le dernier jugement cité du TAF. En revanche, deux recours sont actuellement pendants devant le TF contre les décisions du TAF qui ont donné aux anciens organes d'une entreprise le droit de refuser de témoigner.

Une procédure d'opposition engagée à l'été 2020, en lien avec un produit virtuel de paiement de voyage entre entreprise (B2B) basé sur une solution de compte commercial d'utilisateur virtuel (solution **VUCA**, pour « virtual user commercial account »), a conduit en novembre 2020 à l'ouverture d'une enquête préalable. L'objet de cette procédure consiste prioritairement à déterminer si les commissions d'interchange perçues lors de paiements par le biais de la solution VUCA entrent dans le champ d'application de l'accord amiable conclu en 2014 par la COMCO avec divers émetteurs et d'acquéreurs dans le domaine des cartes de crédit.

3.2.2 Santé

Les investigations relatives à l'enquête ouverte en septembre 2019 par la COMCO contre plusieurs entreprises (suisses et étrangères) touchant à la production, à la distribution et à la vente du principe actif pharmaceutique **Scopolaminbutylbromide** sont toujours en cours. L'enquête a pour but de vérifier si les indices d'une coordination des prix de vente de ce principe actif au niveau international et une répartition des marchés mondiaux se confirment et, le cas échéant, s'ils violent la loi sur les cartels.

Fin 2020, le Secrétariat a clos sans suite l'enquête préalable relative aux médicaments biologiques (« **Biologics** ») dans la mesure où il ne disposait pas, pour l'heure, d'indices d'une violation de l'art. 7 LCart contre l'entreprise pharmaceutique à qui un concurrent reprochait d'abuser de son éventuelle position dominante en entravant, voire en empêchant son entrée sur le marché.

En 2020, la question de la **convention entre assureurs-maladie** (convention de branche) touchant à l'interdiction des appels téléphoniques et aux indemnités des intermédiaires et courtiers pour l'acquisition de nouveaux assurés est redevenue d'actualité. À la demande du Parlement, le Conseil fédéral a, en effet, présenté un projet législatif censé notamment l'habiliter à déclarer obligatoire les solutions de branche relatives à la réglementation des commissions dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire et de l'assurance-maladie complémentaire. La COMCO avait déjà communiqué à tous les acteurs (Parlement, DFI/OFSP, santésuisse, curafutura, intermédiaires et courtiers), ses réserves relevant du droit de la concurrence quant à la convention de branche et à la réglementation prévue de ce domaine. La COMCO attend les résultats du processus législatif.

Les ressources du Secrétariat ont été fortement sollicitées par de nombreuses **demandes provenant des citoyens** et par plus de 150 **procédures de consultation**, la plupart relatives à des interventions parlementaires qui, liées à la pandémie de COVID, concernaient le domaine de la santé.

Par ailleurs, la COMCO a dû évaluer les **concentrations d'entreprises** suivantes dans le domaine de la santé: Medbase/HCH/SDH/Zahnarztzentrum, Medbase/

Unilabs/Unilabs St. Gallen, Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer Midco UK 1 Limited. Sur la base de ses examens préalables, la COMCO a autorisé toutes ces concentrations.

3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

Dans son arrêt du 12 février 2020, le TF a confirmé que le contrat conclu en 2009 entre **Hallenstadion et Ticketcorner**, au terme duquel cette dernière recevait le droit de distribuer 50 % de tous les billets des manifestations organisées dans le Hallenstadion, représentait un accord illicite en matière de concurrence. Le TF a renvoyé l'affaire à la COMCO (cf. point 2.2). L'enquête est en cours.

L'enquête ouverte en 2018 à l'encontre de plusieurs **entreprises électriques genevoises** a été poursuivie. Des négociations en vue de la conclusion d'un accord amiable ont été menées au cours de l'année et une décision devrait être rendue à cet égard dans le courant de l'année 2021. Cette décision ne concernera que les entreprises qui auront décidé de signer un accord amiable.

Enfin, le Secrétariat a mené plusieurs procédures dans le **domaine sportif**. Dans le football, le Secrétariat a été saisi d'une demande de mesures provisionnelles de la part du FC Sion, à l'encontre de la décision prise par la Swiss Football League (SFL) portant sur la reprise du championnat de Super League suite à l'arrêt du championnat prononcé en raison de la pandémie de coronavirus. Le Secrétariat a conclu que cette décision de la SFL ne contrevenait pas à la LCart. Partant, il n'a pas donné suite à cette demande de mesures provisionnelles.

Le Secrétariat a aussi été confronté à un éventuel accord sur les prix créé par la situation de la COVID-19. C'est pourquoi, en mars, les autorités de la concurrence ont clairement fait savoir qu'elles ne toléreraient pas que la situation soit utilisée pour restreindre la concurrence. Il n'est pas admissible que l'on abuse de la situation économique globale pour constituer des cartels et s'entendre sur les prix, même si les règles du droit des cartels fournissent une marge de manœuvre à une coopération efficace, que ce soit en temps normal ou en temps de crise. La question est de savoir si la coordination entre entreprises est justifiée au regard de la LCart ou si elle restreint la concurrence ? Une coordination sur les prix est illicite. Par contre, l'information mutuelle sur le niveau des stocks en temps de crise est licite car elle peut contribuer à empêcher une pénurie de l'offre de biens critiques. Il en va de même des accords de coopération en matière de recherche et développement visant à accélérer l'élaboration d'un vaccin urgent. Dans la mesure où des incertitudes existaient quant à la conformité à la LCart de certains comportements visant à lutter contre la COVID-19, la COMCO a aidé, comme dans d'autres domaines, à répondre aux questions des entreprises et à développer des solutions concrètes.

Enfin, des procédures ont été menées dans le **domaine du ski**. Elles mettaient en cause certaines relations privilégiées qui existaient entre des propriétaires de remontées mécaniques et des écoles de skis ou des hôtels, sur différents domaines skiables. Dans un cas, une école de ski se plaignait de différences de traitement

opérées par une entreprise de remontées mécaniques à l'encontre des écoles de ski, portant notamment sur des mesures de publicité pour leurs activités et la mise à disposition de locaux dans le bâtiment des remontées mécaniques. Dans un autre cas, un hôtel s'est plaint du fait qu'une entreprise de remontées mécaniques favorisait des établissements d'hébergement lui appartenant, en leur permettant de faire des offres promotionnelles portant sur le prix de l'abonnement de ski pour les remontées de cette station. Enfin, une école de ski s'est plainte du fait que l'office du tourisme de sa région favorisait l'école de ski « traditionnelle » du lieu en orientant toute demande d'informations de la part de touristes vers cette dernière. Une intervention du Secrétariat dans ces trois cas a permis de clarifier la situation en rendant les différentes entreprises attentives à leur devoir de neutralité concurrentielle.

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

Le 24 août 2020, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de Swisscom (Suisse) SA dans le domaine de la **connexion à large bande de sites d'entreprise (connexion WAN)**. Des indices portent à penser que Swisscom pourrait avoir abusé de sa position sur le marché. On présume que Swisscom a demandé des prix trop élevés à ses concurrents dans le cadre de divers appels d'offres concernant des projets de mise en réseau de sites d'entreprise. Ces concurrents (qui sont également des entreprises de télécommunication) dépendent de l'infrastructure de Swisscom pour de tels projets et ne sont pas en mesure de soumettre une offre concurrentielle à leurs clients si les prix que leur facture Swisscom sont trop élevés. La COMCO avait sanctionné Swisscom en 2015 pour un comportement semblable lors de l'appel d'offres concernant la mise en réseau des sites postaux. Ce cas est pendant devant le TAF.

La COMCO a ouvert une enquête visant la **stratégie de construction du réseau de Swisscom** en date du 14 décembre 2020 (cf. point 2.1). Des éléments semblent indiquer que Swisscom adopte, en sa qualité d'entreprise à position dominante sur le marché, un comportement illicite dans le développement du réseau de fibre optique. En effet, dans les zones où elle est seule à construire, Swisscom développe désormais son réseau de fibre optique selon une structure en arborescence (architecture de réseau point-à-multipoints, P2MP) et elle invoque cet argument pour ne plus proposer aux tiers l'accès direct à une offre de ligne optique de Layer-1 ALO (« access line optical »). Les tiers doivent donc se rabattre sur l'offre de Layer-3 de Swisscom « BCS ». La COMCO a en outre prononcé des mesures provisionnelles interdisant à Swisscom, avec effet immédiat, de développer son réseau de fibre optique de manière à empêcher les tiers d'accéder à la couche 1 à partir des centraux de raccordement de Swisscom.

L'enquête préalable ouverte en décembre 2019 dans l'affaire **Swisscom Directories** à l'encontre de Swisscom et de Swisscom Directories SA s'est poursuivie.

La COMCO a évalué deux concentrations dans le domaine des télécommunications. S'agissant de **Liberty**

Global / Sunrise, elle a approuvé sans charges ni conditions l'achat de Sunrise par UPC (Liberty Global). La COMCO est parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu de conclure qu'UPC / Sunrise et Swisscom se coordonneraient à l'avenir, de sorte que la concurrence efficace n'était pas menacée de suppression. Les deux entreprises planifiaient une concentration dès l'année précédente (Sunrise projetant alors de reprendre UPC). La COMCO a examiné ce projet d'acquisition de manière approfondie et l'a approuvé. La fusion a toutefois échoué, la majorité des actionnaires l'ayant rejetée. Pour la fusion actuelle, la COMCO a de nouveau examiné les conditions du marché, qui sont restées largement inchangées. Quant au cas de **Swisscom Directories / OLMERO**, Swisscom Directories avait l'intention de reprendre d'OLMERO SA son domaine Renovero (www.renovero.ch), une plateforme d'artisans. Dans ce cas également, l'examen préalable du projet a débouché sur sa validation par la COMCO.

3.3.2 Médias

La COMCO a infligé à UPC une amende d'environ CHF 30 millions. Cette entreprise avait abusé de sa position dominante sur le marché de la **diffusion en direct de matchs de hockey sur glace via Pay-TV** en refusant à Swisscom, jusqu'à l'été 2020, toute offre de diffusion de hockey sur glace en direct. UPC a porté cette décision devant le TAF (cf. point 2.1). En outre, UPC avait attaqué auprès du TAF la publication de la décision incidente concernant la participation de Sunrise en tant que tiers. Par son jugement du 27 février 2020, le TAF a confirmé la jurisprudence actuelle et rejeté sans réserve le recours contre la décision de publication rendue par la COMCO en date du 23 septembre 2019. Le jugement est exécutoire (cf. point 2.2).

Dans le domaine des médias, la COMCO a évalué la **concentration d'entreprises Admeira / Ringier**, par laquelle Ringier SA visait la prise de contrôle complète d'Admeira SA, une entreprise appartenant à Swisscom. L'évaluation réalisée dans le cadre de l'examen préalable n'a pas fait apparaître de problème cartellaires.

Dans l'affaire de la **concentration Tamedia** (aujourd'hui TX Group) / **Adextra**, le TAF a rejeté le recours de TX Group en date du 6 octobre 2020, confirmant ainsi l'interprétation par la COMCO de l'art. 9 al. 4 LCart. Le jugement a été porté devant le TF (cf. point 2.2).

3.3.3 Énergie

Par sa décision du 25 mai 2020, la COMCO a clôturé l'enquête sur l'**accès au réseau gazier** menée à l'encontre de ewl et de EGZ. ewl et EGZ ont coopéré avec la COMCO et se sont engagées pour l'avenir, sur la base d'un accord amiable, à permettre le changement de fournisseur à l'ensemble des clients raccordés à leurs réseaux. L'amende infligée par la COMCO se monte à environ CHF 2,6 millions (cf. point 2.1).

En automne 2020, le Secrétariat a mis un terme à une enquête préalable qu'il avait ouverte en septembre 2019 à l'encontre d'un gestionnaire de réseau d'électricité en raison de l'**utilisation supposée de données provenant du domaine monopolistique aux fins d'autres activités menées sur d'autres marchés**. Les investigations avaient permis de conclure que l'utilisation de don-

nées monopolistiques sont, en principe, généralement susceptibles d'induire des distorsions de la concurrence, notamment lorsque les données (p. ex. les coordonnées et les données qui renseignent sur les particularités, le comportement et les intérêts des clients) sont à la disposition exclusive de l'entreprise qui occupe une position dominante sur le marché et qu'elles peuvent être utilisées pour orienter les clients et influencer leur comportement d'achat. Toutefois, dans le cas d'espèce, aucun indice n'a conduit à penser que le comportement du gestionnaire de réseau électrique était de nature à fausser la concurrence illicitement au sens de la loi sur les cartels.

Dans le domaine de l'électricité, le Secrétariat (dans le cadre de consultations des offices) ou la COMCO (dans le cadre de procédures de consultation et d'auditions) ont été plusieurs fois invités à prendre position. En l'occurrence, la COMCO s'est en particulier engagée contre l'actuel système de subventions. Elle s'est positionnée en faveur d'un système plus proche de la réalité du marché et plus neutre du point de vue de la concurrence et des technologies, qui permettrait d'assurer le développement des énergies renouvelables. Par ailleurs, la COMCO a participé à la consultation relative à la nouvelle **loi sur l'approvisionnement en gaz**. Dans ce cadre, elle a surtout plaidé pour une ouverture complète du marché.

3.3.4 Transports

Dans le domaine du transport des marchandises, la COMCO a soumis le projet de concentration **CFF Cargo** à un examen approfondi. Cet examen a abouti à la validation de la transaction par la COMCO: désormais, CFF Cargo est contrôlé conjointement par les CFF, Planzer et Camion-Transport (cf. point 2.1).

La procédure de recours auprès du TAF dans l'affaire du **fret aérien** est toujours pendante. Plusieurs parties avaient recouru devant le TAF contre la décision du 2 décembre 2013 qui, clôturant l'enquête en matière de fret aérien, sanctionnait onze compagnies aériennes à hauteur de CHF 11 millions en raison d'accords horizontaux sur les prix. En juin 2020, une audition publique des parties a eu lieu. La question de savoir si et dans quelle mesure il est permis de publier la décision du 2 décembre 2013 est également controversée (cf. point 2.2).

3.3.5 Aides d'État

Au cours de l'année 2020, la COMCO a dû examiner, à l'appui de la loi sur l'aviation, deux cas concernant des **aides d'État** supposées **au sens de l'accord sur le transport aérien**. Dans de tels cas, la COMCO vérifie la compatibilité des mesures de soutien prévues avec l'accord sur le transport aérien. Les autorités compétentes pour arrêter la décision doivent tenir compte du résultat de cet examen pour décider de l'octroi de l'aide.

Dans le premier cas, la Confédération avait l'intention de soutenir l'aviation suisse, durement touchée par la pandémie de COVID, sous forme de garanties fédérales de prêts en faveur des **compagnies aériennes Swiss International Air Lines SA et Edelweiss Air**. La COMCO est parvenue à la conclusion, dans sa prise de position du 20 mai 2020, que les mesures de soutien annoncées étaient compatibles avec l'accord sur le transport aérien.

Dans le deuxième cas, l'intention de la Confédération était de soutenir les sociétés connexes des compagnies aériennes. Il s'agissait concrètement de **SR Technics Switzerland SA**, une entreprise principalement active dans les services d'entretien, de réparation et de révision destinés aux avions commerciaux, aux solutions de composants et aux solutions techniques pour les moteurs. Dans sa prise de position du 29 juin 2020, la COMCO a conclu que l'aide envisagée ne pouvait pas être qualifiée de compatible avec l'accord sur le transport aérien, essentiellement parce que l'entreprise en question se trouvait déjà en difficulté financière avant le 31 décembre 2019.

Finalement, dans le cadre d'une **demande de conseil**, le Secrétariat a dû évaluer si les mesures de soutien prévues par la Confédération en faveur de **Skyguide SA** étaient aussi soumises à une obligation de notification à la COMCO. Le Secrétariat est parvenu à la conclusion que si une unité (comme Skyguide en l'occurrence) menait une activité relevant de la puissance publique d'une part et une activité entrepreneuriale d'autre part, seule la mesure de soutien au bénéfice de l'activité entrepreneuriale était obligatoirement soumise à l'examen de la COMCO.

Dans le cadre de la **consultation relative à l'ordonnance COVID-19 cas de rigueur**, la COMCO a constaté que les éventuelles mesures de soutien en faveur des **bureaux de voyage** n'entraient pas dans le domaine d'application de l'accord sur le transport aérien et que, par conséquent, elle n'était pas compétente pour examiner la compatibilité de ces mesures avec ledit accord.

3.4 Produits

3.4.1 Accords verticaux

S'agissant de l'« **îlot de cherté suisse** », le Secrétariat a procédé à plusieurs observations de marché en raison de soupçons d'accords sur les prix, de verrouillage du marché et d'entrave au commerce en ligne. Dans plusieurs cas, des contrats ont été adaptés et des circulaires ont été adressées aux partenaires de distribution afin de clarifier la situation et d'éviter des malentendus.

En août 2020, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre d'un fabricant de **produits du tabac**. Des éléments semblaient indiquer que des interdictions contractuelles d'exporter avaient existé entre le fabricant allemand et certains partenaires de distribution dans divers pays hors de la Suisse. Ces interdictions auraient éventuellement entravé les importations directes et parallèles de produits du tabac en Suisse.

3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Dans le domaine du commerce de détail, les autorités de la concurrence se sont principalement intéressées aux marchés d'achat. Le 1^{er} septembre 2020, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre d'un éventuel **cartel d'entreprises commerciales**. L'enquête soupçonne que des grossistes et des détaillants coopèrent avec Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG, une entreprise active dans le trafic des paiements, pour exercer conjointement une pression sur les fournis-

seurs pour que ceux-ci règlent leurs factures par l'intermédiaire de Markant AG. Ces mesures supposées collectives vont jusqu'à la menace des grossistes et des détaillants de ne plus proposer certains produits de consommation courante dans leurs assortiments. Les conditions auxquelles les fournisseurs rémunèrent Markant pour la facturation, l'encaissement et d'autres prestations auraient été durcies ces dernières années et une partie de ces conditions en aurait été reversée aux revendeurs.

Au cours de l'année, le Secrétariat a reçu de nombreuses dénonciations de fournisseurs qui se plaignaient du fait que Coop coopérerait désormais avec Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG pour **régler le trafic des paiements**. Les plaintes des fournisseurs portaient en particulier sur le montant des conditions d'encaissement et d'autres prestations de Markant. Ces conditions sont calculées sur la base du chiffre d'affaires. Or, pour nombre de ces fournisseurs, Coop est l'un des plus grands et partant des plus importants canaux d'écoulement en Suisse en termes de volumes et de chiffre d'affaires. Le Secrétariat clarifie, dans le cadre d'une observation de marché, si des indices de violation de la loi sur les cartels apparaissent à cet égard.

3.4.3 Industrie horlogère

Par sa décision du 13 juillet 2020, la COMCO a clôturé la procédure de réexamen de l'arrêt des livraisons du Groupe Swatch, **Swatch Group Lieferstopp**, qu'elle avait ouverte en novembre 2018 (cf. point 2.1). Cette décision rend caduques les **mesures provisionnelles** édictées par la COMCO en date du 16 décembre 2019 (cf. point 2.2).

Entre 2014 et 2019, une société d'audit et les autorités de la concurrence ont fréquemment contrôlé le **respect** par le groupe Swatch, respectivement par ETA, de l'**accord amiable** approuvé en 2013 par la COMCO. Ces contrôles n'ont pas révélé de violations dudit accord.

3.4.4 Secteur automobile

Le Secrétariat a vérifié, dans le cadre de diverses observations de marché, le respect des **règles de la Communication automobile**. Lorsque cela s'avérait nécessaire, les entreprises ont adapté leur comportement à ces règles. En tout état de cause, l'intervention du Secrétariat a servi dans tous les cas à rappeler aux entreprises les principes contenus dans la Communication automobile. Dans divers cas, le Secrétariat a précisé que limiter les possibilités d'un membre d'un système de distribution d'acheter des pièces de rechange et d'équipement d'origine ou des pièces de rechanges de qualité équivalente auprès du fabricant ou d'un revendeur de ces marchandises de son choix et limiter ses possibilités d'utiliser de telles pièces pour remettre en état ou entretenir les automobiles est considéré comme une restriction qualitativement grave de la concurrence.

Le Secrétariat a notamment reçu des indications selon lesquelles un **revendeur d'automobiles** allemand aurait fait savoir à un client suisse que les véhicules d'une certaine marque devraient être immatriculés au moins pendant quatre mois à une adresse allemande, sans

quoi il ne pourrait pas lui accorder de rabais. Il s'agirait d'une directive du constructeur. Le Secrétariat a investi sur ces indications dans le cadre d'une observation de marché mais n'a pas trouvé d'indice d'un éventuel accord illicite sur le prix ou la protection territoriale. Outre les observations de marché qu'il a effectuées, le Secrétariat a répondu à une cinquantaine de demandes d'acteurs du marché relatives à la Communication automobile.

Le Secrétariat a reçu une dénonciation d'une association selon laquelle les importateurs automobiles répercutaient les **sanctions liées au CO₂** sur les revendeurs d'une manière illicite au regard du droit des cartels. Le Secrétariat a clarifié les faits dans le cadre d'une observation de marché et n'a trouvé aucun indice de répercussion abusive sur les revendeurs, au sens de la loi sur les cartels, des sanctions liées au CO₂. En effet, les majorations de prix peuvent être répercutées sur les clients finaux, ce qui correspond à l'objectif des sanctions liées au CO₂.

3.4.5 Agriculture

En 2020, la COMCO a participé à deux consultations dans le domaine de l'agriculture. Le Secrétariat a participé à une trentaine de consultations des offices en rapport avec l'agriculture. Plusieurs consultations des offices étaient liées à la **pandémie de COVID-19**. Celle-ci a entraîné en Suisse, d'une part, une baisse de la demande de certaines denrées alimentaires (p. ex. de vins suisses AOC), et d'autre part, une augmentation de la demande d'autres denrées alimentaires et, de ce fait, une demande de relèvement temporaire des contingents tarifaires partiels pour le beurre et les autres matières grasses du lait, pour les œufs de consommation et pour les pommes de terre de table. Le Secrétariat s'est déclaré favorable au relèvement temporaire demandé des contingents tarifaires partiels mentionnés.

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a contrôlé, dans le domaine de l'**économie de la forêt et du bois**, les comportements des représentants des propriétaires de forêts et de l'industrie du bois. Ces représentants ont échangé sur les prix des fournisseurs et des demandeurs de bois et sur les quantités de bois lors de rencontres organisées à des intervalles de quelques mois. Dans le prolongement de ces rencontres, des recommandations de prix pour les fournisseurs et les demandeurs de bois ainsi que des recommandations sur l'opportunité de couper ou non du bois, ont été publiées. Le Secrétariat a qualifié ces comportements d'éventuellement problématiques sous l'angle du droit cartellaire et a recommandé aux représentants des propriétaires de forêts et de l'industrie du bois (en se référant à la pratique des autorités de la concurrence relative à la publication des honoraires, des tarifs, des prix et des recommandations correspondantes émises par les associations économiques et les organisations de branche) d'adapter leurs comportements pour les rendre conformes au droit des cartels. Les représentants ont alors mis fin aux comportements éventuellement problématiques selon le droit des cartels.

3.5 Marché intérieur

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) garantit le **libre exercice des activités lucratives** dans toute la Suisse. Celui-ci est assuré par le droit d'accès au marché selon les dispositions relatives au lieu de provenance, la mise au concours publique des concessions et le respect des exigences légales minimales dans le cadre des marchés publics cantonaux et communaux.

La **liberté d'accès au marché** prévue par la LMI comprend le principe du droit de proposer des marchandises et des prestations de travail sur l'ensemble du territoire suisse dès lors que l'exercice de l'activité lucrative visée est autorisé au **lieu de provenance**. Dans divers cantons, plusieurs organisations privées de soins hospitaliers externes (Spitex / Soins à domicile) ont fait part de leurs difficultés à obtenir, sur la base des dispositions de la LMI, les autorisations requises et, partant, l'accès au marché. Quelques cantons exigent aussi de la part des prestataires extra-cantonaux qu'ils apportent les preuves qui seraient nécessaires à une première autorisation, par exemple en requérant de nombreux documents. Suite aux interventions du Secrétariat auprès des autorités cantonales de la santé, celles-ci ont généralement adapté leurs exigences pour se conformer aux dispositions du droit sur le marché intérieur. Dans un cas concernant une sage-femme, la COMCO a déposé un recours contre la demande du canton qu'un extrait de casier judiciaire soit présenté. Le recours a été rejeté au niveau cantonal.

En cas de restrictions à l'accès au marché, la LMI prévoit une **procédure gratuite** simple et rapide. La vérification par les autorités des droits d'accès au marché ne doit donc pas entraîner de coûts. La majorité des autorités respectent ce principe de gratuité. Dans un cas concernant une entreprise de sécurité établie en Suisse romande, par contre, l'autorité cantonale chargée de l'exécution a facturé des émoluments pour la prolongation d'une autorisation, bien que l'entreprise concernée se référât à des autorisations existantes dans d'autres cantons de provenance et qu'elle invoquait la gratuité prévue par la LMI. Dans ce cas également, la COMCO a déposé un recours contre cette mise à charge des frais supposée contraire aux dispositions du droit sur le marché intérieur. L'affaire est pendante devant l'instance cantonale.

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a analysé, sous l'angle du droit sur le marché intérieur, les réglementations régissant les taxis en Suisse alémanique. À cet effet, il a mené des enquêtes auprès de treize villes et cantons. Le domaine d'activité des **taxis** se caractérise par des réglementations disparates, ce qui peut entraver la fourniture de services intercommunaux ou intercantonaux. L'observation de marché se concentrait d'une part sur la couverture réglementaire des commandes et courses de taxi effectuées par le biais d'applications. D'autre part, il s'agissait de contrôler que l'obligation de prévoir un appel d'offre transparent et non discriminatoire pour attribuer les permis de taxi, introduite en date du 1^{er} septembre 2017 par la jurisprudence du TF, soit respectée. Les premiers résultats ont montré que les dispositions du droit régissant le marché intérieur tendent à être bien respectées. En outre, dans

certaines villes de Suisse romande et du Tessin, des contacts sont instaurés entre le domaine des taxis et la police du commerce chargée d'attribuer les permis, afin de conformer la pratique de l'octroi de permis à la législation relative au marché intérieur.

La LMI contient aussi des standards minimaux concernant les **marchés publics** cantonaux et communaux. Ces standards minimaux comprennent notamment une interdiction de discrimination. En outre, l'art. 2 al. 7 LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. De nombreux cas traités en 2020 présentaient un lien tant avec le droit des marchés publics qu'avec l'art. 2 al. 7 LMI. Cette situation s'explique, d'une part, par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui soumet notamment au droit des marchés publics les situations apparentées aux concessions (p. ex. dans ses arrêts sur la location publique de vélos). D'autre part, à l'avenir, les concessions considérées d'intérêt public seront soumises au droit des marchés publics révisé. Ces questions de soumission au droit des marchés publics apparaissent aussi dans les **services de sauvetage**. Le TF a jugé le 21 août 2020 que l'attribution du service de sauvetage hélicoptère par le canton du Valais doit se faire à l'issue d'une procédure d'appel d'offres public. Dans ce cas, la COMCO avait soumis une prise de position à la demande du TF, que celui-ci a suivie dans sa décision. En outre, suite à une dénonciation d'un exploitant de garage, le Secrétariat a procédé dans deux cantons, à des observations de marché dans le domaine des **services de remorquage routier**. Pour attribuer les mandats de remorquage, les polices cantonales concernées se référaient aux structures associatives, qui ne garantissent pas l'accès non discriminatoire au marché. L'analyse juridique du Secrétariat a conclu que cette manière de procéder n'est pas conforme à la législation relative au marché intérieur, raison pour laquelle les deux cantons ont décidé d'organiser à l'avenir un appel d'offres public pour les services de remorquage.

Dans le cadre d'une procédure de recours devant le TF, la COMCO a déposé une prise de position concernant les conditions juridiques auxquelles la transmission de l'exploitation d'un **réseau de distribution électrique** doit être subordonnée (DPC 2020/2, p. 861). Une telle transmission pourrait être soumise au droit des marchés publics, couverte par l'art. 2 al. 7 LMI ou réglementée par la législation relative à l'approvisionnement en électricité. Compte tenu de l'issue de la procédure, le TF n'a pas eu à clarifier définitivement ces questions dans son arrêt du 17 août 2020.

Le Secrétariat est en outre représenté en qualité d'observateur au sein de la **Conférence des achats de la Confédération (CA)**. La CA est l'organe stratégique de l'administration fédérale pour l'achat de biens et de services. La CA accompagne et soutient le développement du droit fédéral en matière de marchés publics et l'harmonisation du droit des marchés publics au niveau national. Dans la perspective de l'entrée en vigueur de la révision du droit des marchés publics, d'importants documents de base relatifs aux marchés publics (directives, consignes, recommandations) devaient être révisés. Le Secrétariat s'est activement employé à trouver

pour ces documents des formulations propices à la concurrence et conformes à la législation régissant les cartels et le marché intérieur.

3.6 Investigations

Trois perquisitions ont eu lieu en 2020. La première, intervenue en janvier de l'année sous rapport, concernait un accord passé dans la branche informatique (réseaux optiques, cf. point 3.1.1). Cette perquisition a constitué la pierre angulaire d'une procédure d'examen très rapidement expédiée en un an. La deuxième perquisition a eu lieu en juin, après la première vague de COVID, dans le cadre de l'enquête sur d'éventuels accords de soumission concernant le domaine de la construction, dans la région de Moesa (cf. point 3.1.1). En conséquence, cette action a été menée dans de difficiles conditions COVID-19. Pour protéger la santé des personnes concernées, y compris ses collaborateurs, le Secrétariat a élaboré un plan de protection applicable à l'exécution de ses mesures d'investigation. Ce plan de protection comporte notamment le port du masque ou le recours à des vitres en plexiglas lors des auditions. Le Tribunal pénal fédéral (TPF) a confirmé, dans le cadre d'une procédure de levée des scellés, la licéité des perquisitions effectuées dans la région de Moesa. Enfin, la troisième perquisition a été menée en septembre à l'encontre d'un éventuel cartel d'entreprises commerciales (cf. point 3.4.2), également en observant les mesures de protection contre la COVID-19. L'une des entreprises concernées a fait mettre sous scellés une partie des documents confisqués. Une procédure de levée des scellés est pendante devant le TPF. Quant aux documents non placés sous scellés, l'entreprise a déposé un recours contre la perquisition auprès du TAF.

En mars, s'agissant de la question laissée ouverte de savoir quels collaborateurs et organes anciens et actuels d'une entreprise peuvent se prévaloir du principe « *nemo tenetur* », le TAF a précisé sa jurisprudence en notant que les collaborateurs actuels peuvent être auditionnés en qualité de témoins. La question du droit particulier des anciens organes de refuser de témoigner en qualité de témoin est actuellement pendante devant le TF (cf. 3.2.1).

Pour terminer, vers la fin de l'année 2020, un nouveau logiciel a été utilisé pour procéder à des prétriages et des analyses de données dans le laboratoire forensique du Secrétariat (Nuix Investigate). Les collaborateurs et collaboratrices du Secrétariat ont été informés virtuellement sur les triages de données et les caractéristiques de ce nouveau logiciel. Dix collaborateur-trice-s ont été formés à l'utilisation du nouveau logiciel dans le cadre d'un cours d'une journée.

3.7 Relations internationales

UE: le Secrétariat de la COMCO a régulièrement échangé avec la Direction générale de la concurrence (DG) de la Commission européenne. Lors de concentrations annoncées parallèlement en Suisse et dans l'UE, les échanges ont notamment eu lieu entre les deux autorités de la concurrence dans le cadre de l'examen provisoire des effets en droit de la concurrence. Dans des procédures d'enquête sur des restrictions à la concurrence et pour des observations de marché, le Secrétariat a con-

tacté la DG pour discuter, à un niveau abstrait, de questions relevant du droit de la concurrence, comme le prévoit l'art. 7 al. 2 de l'Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence. Par exemple, le Secrétariat a demandé à la DG comment elle évalue certaines questions relatives au commerce d'automobiles et de denrées alimentaires. Le Secrétariat s'est en outre renseigné auprès de la DG, dans la perspective de la révision de la Communication sur les accords verticaux et de la Communication automobile, sur l'état d'avancement de leurs projets de révision dans ces domaines. De leur côté, en vue du remaniement de leur Communication sur la délimitation du marché, nos collègues de la DG ont soumis au Secrétariat des questions concrètes concernant la pratique de la COMCO.

Allemagne: durant l'année sous rapport, les discussions se sont poursuivies en vue de négociations concernant un accord bilatéral avec l'Allemagne dans le domaine de la concurrence.

OCDE: cette année, les réunions de l'OCDE ont eu lieu virtuellement. Les manifestations virtuelles étaient un avantage pour le Secrétariat, car elles ont permis à plusieurs collaborateurs qualifiés techniquement d'y participer tout en économisant du temps. Les thèmes suivants ont en particulier fait l'objet des discussions lors des manifestations virtuelles de juin et de décembre 2020: « Le rôle de la politique de la concurrence dans l'encouragement à la reprise économique », « Les marchés publicitaires numériques », « Durabilité et concurrence », « Criminalisation des cartels et des accords de soumission » et « La concurrence dans les marchés publics ». Le Secrétariat a fourni une contribution virtuelle sur ce dernier thème. En ce qui concerne les concentrations d'entreprises, les thèmes suivants ont été discutés: « Jeunes pousses, acquisitions assassines et seuils de contrôle d'une fusion » ainsi que « Effets congloméraux ». Parallèlement, l'OCDE a organisé plusieurs webinaires. Elle a aussi publié un guide visant à soutenir les autorités de la concurrence par temps de COVID-19. Les webinaires auxquels le Secrétariat a participé ont traité par exemple des thèmes suivants: « Coopération légitime de concurrents », « Ententes sur l'offre dans les marchés publics » et « Pratiques abusives, abus tarifaires ».

RIC: en 2020, le Secrétariat a remanié la forme et le contenu de la coopération avec les conseillers non gouvernementaux (NGAs, « non-governmental advisors »), qui sont désormais nommés pour trois ans. Les cinq NGAs nommés en 2020 ont une expérience d'avocats et d'enseignants. Lors d'une rencontre virtuelle, les autorités et les NGAs ont discuté leurs coopérations et stratégies futures. De plus, le groupe de travail responsable au sein des autorités de la concurrence en ce qui concerne le RIC a remanié son organisation et ses objectifs. Les membres de groupe font notamment suivre les informations issues des webinaires du RIC et les aide-mémoires de manière plus ciblée aux divers groupes d'intérêts. Ils ont aussi choisi les offres de formation RIC sur demande (« ICN-training-on-demand ») susceptibles d'être utilisées à l'avenir pour la formation interne des collaborateurs. En raison de la pandémie, la conférence annuelle

RIC prévue au printemps à Los Angeles s'est tenue sous forme de conférence virtuelle journalière entre le 14 et le 17 septembre. Tant les représentants des autorités que les NGAs suisses ont pris part à des modules choisis de la manifestation. Les collaborateurs du Secrétariat membres des groupes RIC « Advocacy », « Cartel », « Merger » et « Unilateral Conduct » ont par ailleurs participé à plusieurs conférences téléphoniques traitant de thèmes qui ont finalement abouti ou aboutiront encore à divers aide-mémoires du RIC. Durant l'année sous rapport, une priorité était la réalisation et la publication d'un rapport du « Unilateral Conduct Working Group » intitulé « Dominance/Substantial Market Power In Digital Markets ». À cet effet, le groupe de travail a interrogé les autorités de la concurrence et les NGAs.

CNUCED: la 8e Conférence d'examen des Nations Unies sur la concurrence et la protection des consommateurs s'est tenue en octobre 2020 tant virtuellement que physiquement à Genève. Dans le cadre de cette conférence d'examen, qui est organisée tous les cinq ans, ont été adoptées les « Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition » à l'élaboration desquelles les autorités de la concurrence et le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) ont contribué. La décision a en outre été prise d'instituer un nouveau groupe de travail sur les cartels transfrontaliers (« cross-border cartels »). Ces efforts visent à approfondir encore les coopérations internationales dans le domaine de la concurrence et à simplifier la coordination entre les autorités de la concurrence. Les autorités de la concurrence ont participé aux manifestations de la CNUCED sur les thèmes actuels « Leaving No One Behind in the Post COVID-19 World », « Combatting Cross-Border Cartels » et « Competitive Neutrality ».

3.8 Législation

L'état actuel des **interventions parlementaires** concernant la loi sur les cartels qui ont été déposées après l'échec de la révision prévue de la LCart en septembre 2014 se présente comme suit:

- La **motion Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » (16.3902) a été acceptée par les deux Chambres. L'exigence de la motion doit être remplie en modifiant la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). La consultation y relative a été ouverte en novembre 2020.
- La **motion Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » (16.4094) demande des délais pour les procédures administratives relevant du droit des cartels, des allocations de dépens également dans les procédures administratives de première instance, des sanctions plus clémentes pour les PME et la publication des décisions seulement après leur entrée en vigueur. Après que le Conseil des États a accepté la motion, le Conseil national en a accepté les deux premiers points cités et rejeté les deux derniers. Le DEFR élabore un projet destiné à la consultation.
- La **motion Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » (18.3898) exige que le Conseil fédéral

déral crée une ordonnance pour protéger les consommateurs et les PME contre les pratiques biaisant la concurrence dans le secteur automobile. La motion ayant été acceptée par le Conseil national en septembre 2020, elle se trouve à présent au Conseil des États.

- La **motion Nantermod** du 12 décembre 2018 « Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence » (18.4183) exige la modification des règles de procédure visant la consultation des dossiers et l'imposition de frais ou d'émoluments au stade de l'enquête préalable. Cette motion n'a pas encore été traitée par les Chambres.
- La **motion Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » (18.4282) exige une modification de l'art. 5 LCart. Le Conseil des États l'a acceptée en décembre 2020 et elle se trouve actuellement au Conseil national.
- La **motion Bauer** du 14 décembre 2018 « Enquêtes de la COMCO. La présomption d'innocence doit prévaloir » (18.4304) exige la suppression de l'art. 28 LCart, qui prévoit la publication des ouvertures d'enquêtes et la mention du nom des parties concernées. Les Chambres ne l'ont pas encore traitée.
- Le **postulat Molina** du 9 mai 2019 « Investissements directs étrangers. Renforcer le contrôle des fusions » (19.3491) n'a pas encore été traité par les Chambres.

Le 29 mai 2019, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (**initiative pour des prix équitables**) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels) (19.037; FF 2019 4665). Le Parlement a certes rejeté l'initiative populaire. Il a en revanche accepté le contre-projet indirect du Conseil fédéral qui prévoit d'introduire explicitement la notion de pouvoir de marché relatif, tout en reprenant largement les exigences de l'initiative. Lors des délibérations finales du 19 mars 2021, le Conseil des États et le Conseil national ont éliminé toutes les divergences.

Enfin, le Conseil fédéral prévoit une révision partielle de la loi sur les cartels. Les principaux points de cette révision sont la modernisation du contrôle des fusions, le renforcement du volet civil du droit des cartels et l'amélioration de la procédure d'opposition. En outre, deux exigences de la motion Fournier seront prises en compte dans les travaux de révision: les délais d'ordre et l'allocation de dépens dans les procédures de la COMCO.

La responsabilité d'élaborer les projets de révision au sein de l'administration incombe au SECO. Le Secrétariat de la COMCO participe aux travaux.

4 Organisation et statistique

4.1 COMCO, Secrétariat et statistique

En 2020, la **COMCO** a organisé 13 séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée (dont 5 en ligne). Lors de ces réunions, elle a rendu ses décisions au sens de la loi sur les cartels et en application de la loi sur le marché intérieur. Ces décisions sont présentées dans la statistique suivante (cf. point 4.2).

4.2 Statistique

Le **Secrétariat** comptait 75 collaborateurs à la fin de 2020 (74 l'année précédente), la proportion de femmes étant de 45,3 % (41,9 % l'année précédente). L'effectif de 75 collaborateurs correspond à 64,1 équivalents plein temps (64,2 l'année précédente). L'effectif du personnel occupé à l'application de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur, Direction comprise, atteint 56 (57 l'année précédente), soit 49,8 équivalents plein temps (51,6 l'année précédente). 19 collaborateurs (17 l'année précédente), soit 14,3 équivalents plein temps (12,6 l'année précédente), sont engagés au Service ressources, où ils assurent l'appui nécessaire à toutes les activités de la COMCO et de son Secrétariat. En outre, le Secrétariat comprend 4 places de stage (5 l'année précédente). Les quatre stagiaires travaillent à plein temps.

La statistique des activités de la COMCO et de son Secrétariat se présente comme suit pour 2020:

	2020	2019	2018
Enquêtes			
menées durant l'année	20	19	24
dont reprises de l'année précédente	13	16	18
dont ouvertes durant l'année	7	3	6
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	2	0
Décisions	6	11	4
dont accords amiables	4	9	2
dont décisions de l'autorité	1	2	2
dont sanctions selon l'art. 49a al. 1 LCart	4	10	4
dont décisions partielles	2	5	0
Décisions de procédure	2	2	0
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	1	6	2
Mesures provisionnelles	1	1	0

Procédures avec sanctions prononcées au sens des art. 50 ss LCart	1	0	0
Enquêtes préalables			
menées durant l'année	14	14	15
dont reprises de l'année précédente	13	8	10
dont ouvertes durant l'année	1	6	5
Clôtures	8	4	7
dont avec ouverture d'enquête	1	1	2
dont avec adaptation du comportement	4	3	3
dont sans suite	3	0	2
Autres activités			
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	1	2	2
Conseils	24	28	21
Observations de marché clôturées	80	63	72
Demandes LTrans	18	7	20
Autres demandes traitées	565	488	581
Concentrations			
Notifications	35	40	34
Pas d'intervention après examen préalable	34	37	27
Examens	1	3	3
Décisions de la COMCO après examen	1	2	3
Interdiction	0	0	0
Autorisation conditionnelle/soumise à des charges	0	0	0
Autorisation sans réserve	1	2	3
Exécution provisoire	0	0	0
Procédures de recours			
Total des recours auprès du TAF et du TF	42	46	37
Arrêts du TAF	9	4	7
dont succès des autorités de la concurrence	6	1	5
dont succès partiel	2	2	1
dont sans succès	1	1	1
Arrêts du TF	7	6	1
dont succès des autorités de la concurrence	6	5	0
dont succès partiel	1	0	1
dont sans succès	0	1	0
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	29	36	33
Avis, recommandations et prises de position, etc.			
Avis (art. 15 LCart)	0	0	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0	0
Avis et prises de position (art. 47 LCart, art. 5 al. 4 LSPR ou art. 11a LTC)	0	2	0
Suivi des affaires	0	1	0
Communications (art. 6 LCart)	0	1	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	327	120	152
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	12	17	8
Contrôles des aides	2	-	-
LMI			
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	0	3	0
Expertises (art. 10 LMI)	1	2	3
Conseils (Secrétariat)	63	93	94
Recours (art. 9 al. 2 ^{bis} LMI)	2	0	0

La statistique 2020 et la comparaison avec les chiffres de 2019 et de 2018 révèlent pour l'essentiel ce qui suit:

- Enquêtes: les autorités de la concurrence ont mené en 2020 à peu près autant d'enquêtes que les deux années précédentes. En 2020, la COMCO a clôturé un nombre de procédures légèrement inférieur à la moyenne (deux des six décisions sont des décisions partielles de la Chambre compétente), mais elle a ouvert plus de procédures qu'en moyenne grâce aux ressources ainsi libérées.
- Enquêtes préalables et observations de marché: en 2020, le Secrétariat a conduit à peu près autant d'enquêtes préalables que les années précédentes. Cela vaut également pour les clôtures. Il n'a toutefois ouvert cette année qu'une seule nouvelle enquête préalable. Le nombre d'observations de marché, généralement déclenchées par des dénonciations et des signalements, a été en 2020 plus élevé qu'en moyenne.
- Concentrations: le nombre de concentrations examinées se situe dans le cadre habituel.
- Procédures de recours: si le nombre de procédures pendantes devant le TAF et le TF reste relativement élevé, il a légèrement baissé. Du point de vue de la COMCO, il est réjouissant de constater qu'elle obtient gain de cause, totalement ou partiellement, dans la plupart des cas.
- Avis, expertises, recommandations et prises de position: hormis deux avis pour la Surveillance des prix en 2019, la COMCO n'a pas émis de recommandation ni établi d'expertise ces trois dernières années. Par contre, le Secrétariat a été nettement plus souvent invité à prendre position dans le cadre de procédures de consultation des offices. La cause de cette augmentation du nombre de procédures de consultation des offices réside principalement dans les nombreuses interventions et demandes politiques ainsi que dans les affaires liées à la COVID-19. Le nombre de prises de position de la COMCO dans le cadre de procédures de consultation est resté relativement constant.
- LMI: Le nombre de questions traitées en lien avec la loi fédérale sur le marché intérieur est du même ordre que les années précédentes. Seul le nombre de conseils est d'environ un tiers inférieur à celui de 2018 et de 2019.

5 Thème spécial: la loi sur les cartels a 25 ans

5.1 La modernisation du droit suisse des cartels

5.1.1 La Suisse cartellaire et les conséquences du non à l'EEE

Jusqu'à la fin des années 1980, la lutte contre les cartels et les autres restrictions à la concurrence avait peu d'importance en Suisse. Tout comme la loi sur les cartels de 1962, celle de 1985 visait prioritairement la protection de l'entreprise individuelle, qu'elle plaçait du moins au même niveau que la protection de la fonction, c'est-à-dire la protection de la concurrence efficace. Mais les instruments de la loi sur les cartels étaient la-

cunaires face aux cartels à combattre. La Commission des cartels devait, dans le cadre de la méthode du bilan, procéder à une pesée entre les intérêts de la protection de la concurrence et d'autres intérêts publics, des instructions comportementales claires à l'attention des entreprises faisaient défaut et la loi était seulement dirigée contre les cartels. Par ailleurs, l'application était insuffisante en raison de la sous-dotation du Secrétariat, la Commission ne pouvait émettre que des recommandations et non pas édicter des décisions, et la procédure était déficiente.

Il y avait à l'époque une récession, les taux d'inflation étaient élevés et une certaine léthargie économique se répandait. Les espoirs d'amélioration caressés par l'économie reposaient alors sur l'adhésion recherchée de la Suisse à l'Espace économique européen (EEE). Du point de vue du droit de la concurrence également, une telle adhésion aurait constitué un « dégageant » pour se libérer de la loi sur les cartels de 1985, qui était inappropriée. En adhérant à l'EEE, la Suisse aurait repris les règles de concurrence sévères alors en vigueur dans la Communauté économique européenne (CEE), l'actuelle Union européenne (UE), soit l'interdiction des cartels, l'interdiction d'abus pour les entreprises occupant une position dominante sur le marché, le contrôle des concentrations, et la jurisprudence y relative.

Cependant, le peuple suisse a rejeté de justesse son adhésion à l'EEE le 6 décembre 1992. Cet événement déterminant a engendré une politique de la concurrence inédite et moderne, basée sur les observations économiques. En effet, quelques jours seulement après la votation, le Conseil fédéral annonçait son programme de « revitalisation de son économie ». Ce programme devait compenser le manque d'impulsions en matière de politique de la concurrence que le Conseil fédéral associait à l'adhésion à l'EEE. Outre la révision de la loi sur les cartels, on élaborait la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC) et la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). De plus, la Suisse adhéra en 1994 à l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces mesures et ces instruments ont conduit à l'ouverture des marchés dans des domaines économiques jusque-là protégés et au respect obligatoire des principes de la concurrence.

5.1.2 Révision de 1995

Suite à l'annonce du Conseil fédéral, la révision de la loi sur les cartels a progressé rapidement. À peine trois ans plus tard, le Parlement acceptait la révision totale, qui revenait à un changement de paradigme. Il s'agissait d'une réforme du droit de la concurrence inspirée du modèle économiquement moderne et éprouvé de l'UE. Les dispositions matérielles visent les trois principales formes de restrictions à la concurrence (les accords, l'abus de position dominante sur le marché, les concentrations) et donnent aux entreprises des instructions comportementales claires. La protection de la fonction, c'est-à-dire la protection de la concurrence efficace est prioritaire. La nouvelle institution de la Commission de la concurrence est habilitée à prendre des décisions et elle

est assistée d'un Secrétariat dont l'effectif du personnel est fortement étoffé.

5.1.3 Peaufinage de la révision en 2003

Le cartel des vitamines, sanctionné de plusieurs amendes élevées sur la scène internationale, a révélé une lacune importante de la loi. En 1999, la COMCO pouvait seulement constater les accords illicites en matière de concurrence et imputer les frais de procédure. Il n'était pas possible, en Suisse, de sanctionner directement ni de puiser dans le bénéfice des cartels. Le président de la COMCO à l'époque l'a bien résumé: « Le premier meurtre est gratuit ».

Plusieurs interventions parlementaires, une conception claire du Conseil fédéral et un large consensus au Parlement ont conduit en juin 2003 à la première révision de la loi sur les cartels. Dès lors, la COMCO pouvait sanctionner directement les plus graves violations du droit des cartels, le programme de clémence (possibilité de s'autodénoncer et de demander le bonus) facilitait la détection des cartels et le Secrétariat était habilité à procéder à des perquisitions et à confisquer des moyens de preuve. Le nouvel art. 5 al. 4 sur les accords verticaux, que le Conseil fédéral n'avait pas prévu, est venu s'insérer dans la loi sur les cartels à la faveur de discussions menées dans la salle des pas perdus du Parlement.

Cette révision avait pour objectif, en affûtant les instruments de la COMCO, d'accroître leur effet dissuasif et la probabilité que les violations soient détectées. Il s'agissait donc de peaufiner l'approche adoptée à ce stade. Cette révision a ainsi permis d'élever définitivement le droit suisse des cartels au niveau du droit de la concurrence de l'UE.

5.2 Objectifs de la loi sur les cartels et de sa mise en œuvre

5.2.1 Objectifs de la loi sur les cartels et orientation de l'activité des autorités

L'objectif fondamental de la loi sur les cartels consiste dans la protection de la « libre »¹ concurrence contre les abus de position dominante sur le marché, le cloisonnement des marchés et la réglementation excessive. C'est pourquoi la loi contient des règles relatives aux trois principaux comportements qui restreignent la concurrence: l'interdiction d'accords qui, sans être justifiables, suppriment ou réduisent considérablement la concurrence; l'interdiction de l'abus de position dominante sur le marché; l'intervention lors de concentration entraînant une position dominante sur le marché et qui permettent de supprimer la concurrence. En outre, la loi permet aux autorités de la concurrence (la COMCO et son Secrétariat) de se prononcer contre les réglementations étatiques qui entravent la concurrence.

Rapidement, la COMCO a fait savoir qu'elle **procéderait surtout contre les formes les plus préjudiciables de restriction à la concurrence**, notamment en considération des ressources en personnel limitées de son Secrétariat. En conséquence, elle s'est concentrée sur la lutte contre les **trois formes d'accords horizontaux les plus dommageables en matière de concurrence** (accords sur les prix, les quantités et les territoires), contre

les **deux principales formes d'accords verticaux** (prix de vente imposés et protection territoriale absolue) et contre les **abus de position dominante sur le marché**. Des exemples des décisions rendues par la COMCO dans ces domaines sont cités ci-après (cf. points 5.2.2 à 5.2.4).

En outre, au cours des premières années qui ont suivi la révision de 1995, la COMCO s'est énergiquement occupée de la concentration des marchés découlant des **concentrations d'entreprises**. Elle s'est donnée pour but d'empêcher l'émergence de positions dominantes sur le marché en raison de concentrations (et non pas en raison de l'innovation ou du succès sur le marché) dans l'économie suisse qui est de petite taille et fortement concentrée. Les entreprises dominantes issues de concentrations affaiblissent ou éliminent la concurrence. Cependant, les autorités de la concurrence ont été freinées en 2007 par le TAF, lorsque celui-ci conclut, selon une interprétation littérale et strictement juridique de l'art. 10 al. 2 let. a LCart, que la COMCO ne devait pas seulement prouver la position dominante sur le marché mais aussi la possibilité inhérente à cette position de supprimer la concurrence. Le seuil d'intervention, qui était déjà élevé de toute façon, a ainsi été sensiblement rehaussé par rapport à la pratique antérieure de la COMCO, à un niveau nettement supérieur à ce qui prévaut dans les autres pays. Compte tenu de cette situation, la COMCO a limité son allocation de ressources dans ce domaine, tout en signalant régulièrement la différence par rapport au test de l'UE, plus restrictif et plus judicieux économiquement, ainsi que le besoin de réformer le contrôle des concentrations (cf. point 5.3.2).

Les autorités de la concurrence ont joué un rôle important en ce qui concerne les **réglementations étatiques**. L'expérience montre qu'il vaut la peine de mettre en évidence de façon précoce les éventuelles conséquences restrictives de certaines réglementations sur la concurrence. Il arrive parfois qu'il faille répéter avec insistance les mises en garde pour les choses évoluent dans le bon sens. Dans ce cadre, il est essentiel que les autorités de la concurrence n'apparaissent pas comme un indésirable trouble-fête mais qu'elles soient perçues comme un partenaire crédible, fiable et indépendant des intérêts en présence. La COMCO et son Secrétariat ont acquis cette position grâce à leur travail au fil des années. En outre, les autorités de la concurrence ont accompagné cette prise de conscience par des interventions dosées relevant du droit des cartels dans des domaines économiques qui ont été progressivement ouverts à la concurrence (p. ex. marchés d'infrastructures, agriculture) et elles se sont engagées pour le maintien et le développement de la concurrence dans ces domaines.

¹ Il n'existe pas de définition légale de la notion de concurrence, raison pour laquelle on la précise dans des expressions telles que « bon fonctionnement de la concurrence » ou « concurrence efficace ». Les avis concordent en ce qui concerne les effets que doit produire la concurrence, à savoir la mise à disposition de biens ou de services répondant aux besoins de la demande au meilleur rapport prix-qualité possible.

Les interventions d'une autorité de la concurrence sont parfois considérées comme de lourdes intrusions dans l'autonomie des entreprises. Il est donc essentiel qu'elles satisfassent aux **garanties fondamentales d'un État de droit**. Il est par conséquent nécessaire que ces interventions soient vérifiables par les tribunaux, ce que garantissent en Suisse les instances judiciaires que sont le Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral. Même s'il arrive dans certains cas que les tribunaux corrigent les décisions de la COMCO alors qu'elle a dû faire acte de pionnière durant les premières années de son existence, les tribunaux confirment depuis de nombreuses années que les autorités de la concurrence gèrent les procédures conformément aux principes de l'État de droit et que les droits des parties sont entièrement garantis.

La globalisation de l'économie a laissé des traces également dans la législation en matière de concurrence. Les restrictions à la concurrence ne s'arrêtent pas aux frontières nationales. Les entreprises s'entendent à l'échelle continentale, voire intercontinentale pour restreindre la concurrence. La réaction **internationale** des autorités de la concurrence a été la création de nouveaux organismes leurs permettant d'échanger leurs expériences et leurs procédures, quand bien même les autorités continuent à appliquer les dispositions de leur droit national respectif qui diffèrent à certains égards. C'est ainsi qu'a été créé, en 2002, le Réseau international de la concurrence (RIC), dont font aujourd'hui partie plus de 120 autorités de la concurrence. Le RIC et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sont devenus deux plateformes essentielles pour l'échange d'informations et d'expériences. Toutefois, au sein de ces organismes, les échanges demeurent informels. Par exemple, en raison des limitations imposées par le secret de fonction et les droits procéduraux des parties, l'échange d'éléments de preuve n'est pas possible. De tels échanges doivent se fonder sur des dispositions explicites d'une loi ou d'un traité. La Suisse et l'UE ont créé une telle base légale en signant en 2013 un accord de coopération. Cet accord permet aux autorités de la concurrence suisses et européennes d'échanger largement des informations, y compris la transmission mutuelle d'éléments de preuve dans le cadre de procédures parallèles.

Nous présentons ci-après quelques points forts tirés de la pratique qui montrent comment la COMCO a poursuivi les buts ancrés dans la loi sur les cartels et comment elle a mis en œuvre la volonté du législateur. Cette présentation ne prétend pas exposer la pratique de la COMCO au cours des 25 dernières années dans son intégralité. Il s'agit, en choisissant des décisions qui ont eu un fort retentissement, de mettre en lumière les priorités de l'activité des autorités de la concurrence (cf. points 5.2.2 à 5.2.5). Le droit procédural a également joué un rôle essentiel dans ce contexte (cf. point 5.2.6).

5.2.2 Importations parallèles: ouverture aux marchés étrangers

Un important objectif de la loi sur les cartels est de maintenir le marché suisse ouvert aux marchés étrangers environnants. La concurrence transfrontalière est une contribution importante au bon fonctionnement de la

concurrence sur le marché intérieur de la Suisse. Le marché intérieur suisse, qui est de taille relativement petite avec ses quelque 8,5 millions d'habitants, est fortement concentré sur certains domaines économiques et présente de faibles volumes de marché dans certains cas. De ce fait, divers marchés ne donnent pas lieu à une lutte entre plusieurs entreprises fortes et fructueuses. En outre, pour plusieurs raisons, notamment à cause de diverses barrières commerciales, les prix sont élevés en Suisse. Les interventions des autorités de la concurrence ne peuvent que partiellement traiter une telle situation. Pour la Suisse, l'ouverture des marchés (envers l'étranger et sur le territoire national) constitue la meilleure forme de concurrence. De plus, des frontières ouvertes et la libre circulation des marchandises et des services compensent l'absence partielle de pression concurrentielle à l'intérieur du pays.

De tout temps et dans les limites de ses possibilités, la COMCO s'est occupée des entraves aux importations directes et parallèles de manière à fournir sa contribution à l'ouverture des marchés. La trilogie des décisions concernant GABA, BMW et NIKON a joué un rôle essentiel à cet égard. Dans l'affaire GABA, il s'agissait d'entraves aux importations parallèles du dentifrice « Elmex ». Assez insignifiant du point de vue économique, ce cas a donné lieu à un arrêt de principe du TF. Ce dernier a non seulement confirmé les décisions de la COMCO et du TAF, mais il a également précisé que les entraves aux importations parallèles doivent être par principe qualifiées d'atteintes notables à la concurrence, sans qu'il ne soit nécessaire d'en prouver les effets (comme c'est le cas pour les autres états de fait visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart). Ces atteintes sont également présumées illicites sous réserve d'une justification par des motifs d'efficacité économique. Les cas BMW et NIKON concernaient notamment des « clauses EEE » qui, dans des contrats de distribution étrangers, interdisaient aux revendeurs de livrer les produits concernés à des acheteurs en Suisse ou hors de l'EEE. Dans ces cas également, il est apparu que la loi sur les cartels était applicable à des états de fait extraterritoriaux dès lors qu'une restriction causée à l'étranger se fait sentir en Suisse. Dans le cas de BMW, il s'agissait d'un marché économiquement important. L'intervention de la COMCO a stimulé les importations directes et parallèles d'automobiles, ce qui a accru la pression sur les prix des importateurs et des revendeurs établis en Suisse.

5.2.3 Ouverture des marchés publics et accords de soumission

Les accords horizontaux classiques « durs » en matière de concurrence sont clairement préjudiciables. Ils entraînent notamment des prix plus élevés, réduisent la qualité et freinent l'innovation. Depuis toujours, les accords sur les prix ont caractérisé la Suisse. La COMCO les a poursuivis de manière constante et en grand nombre, tant dans les domaines économiques majeurs (p. ex. accords entre des banques et dans les marchés publics) que dans des marchés mineurs (p. ex. accords entre des écoles de conduite automobile). Les accords passés dans le secteur de la construction illustrent justement de manière spectaculaire le caractère dommageable des accords.

En adhérant à l'OMC en 1994, la Suisse s'est engagée à attribuer ses marchés publics, à partir de seuils déterminés, selon une procédure transparente empreinte d'esprit concurrentiel. Le principe de concurrence a ainsi été transposé dans un domaine auparavant fortement marqué par les intérêts propres des collectivités publiques et des personnes impliquées. Les conditions étaient donc réunies, du côté des pouvoirs publics, pour adjuger les marchés publics selon des critères de concurrence, ce qui a positivement influencé la gestion des ressources publiques.

En raison de cette nouvelle donne, les entreprises ont elles aussi dû se montrer prêtes à se réorienter: il leur a dès lors fallu se porter candidates pour des mandats qu'elles recevaient auparavant sans grand effort dans le cadre d'adjudications protectionnistes. Les procédures d'adjudication publique ont pour caractéristique qu'une entreprise doit s'imposer anonymement au sein de la concurrence. Dans ce jeu à un coup, l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix l'emporte. Pour certaines entreprises, il était donc tentant de déjouer le but du droit des marchés publics et d'influencer les adjudications à leur guise, comme à l'époque où fleurissaient les cartels, en désignant le « gagnant » et les « perdants » par la fixation conjointe des prix soumis dans les offres. Depuis la révision de 1995, les autorités de la concurrence ont reçu de multiples indications visant de tels accords de soumission. Après avoir décelé en 2007 un vaste cartel d'entreprises de revêtement routier au Tessin, la COMCO a déclaré en 2008 que les accords de soumission constitueraient une des priorités de son action.

Au cours des années qui ont suivi, la COMCO a clôturé plusieurs enquêtes avec succès: installations électriques dans la région bernoise en 2009, construction de routes et génie civil dans le canton d'Argovie en 2011, construction de routes et génie civil dans le canton de Zurich en 2013, nettoyage de tunnels en 2015, construction de routes et génie civil dans le district de See-Gaster (SG) en 2016. En octobre 2012, la COMCO s'est attaquée à une série complexe d'accords de soumission dans le canton des Grisons: alors que l'enquête initiale se limitait à des indices d'accords de soumission en Basse-Engadine, elle fut étendue à l'ensemble du canton suite à plusieurs autodénonciations et à des perquisitions supplémentaires, pour être ensuite répartie en dix enquêtes distinctes. Dans les dix décisions qu'elle a prises (Engadin « I-VIII », « Münstertal » et « construction de routes aux Grisons »), la COMCO a constaté que plus de 1150 projets de construction et de génie civil du canton, de commune et de privés, représentant un volume total de plusieurs centaines de millions de francs, avaient été manipulés par des accords de soumission. Les décisions, très attentivement couvertes par les médias, ont montré à un large public que les accords horizontaux sur les prix sont préjudiciables parce qu'ils poussent les prix à la hausse et qu'ils sclérosent les structures. Face aux cas complexes, la COMCO n'hésite pas à s'investir et poursuit les accords de soumission avec constance.

Outre la poursuite des accords de soumission, les autorités de la concurrence se sont beaucoup investies dans la prévention et à la sensibilisation. C'est ainsi qu'à

maintes reprises, le Secrétariat a sensibilisé et informé les services d'achat des cantons et de la Confédération au thème des accords de soumission. Aujourd'hui, les services d'achat sont en mesure de découvrir eux-mêmes des indices et des éléments révélateurs. De plus, les autorités de la concurrence ont développé un instrument d'analyse statistique (« screening tool ») qui permet de déceler de tels accords. Cet instrument, qui a été bien accueilli dans des pays étrangers, est utilisé par certains cantons. Ces diverses activités préviennent et empêchent la formation de cartels de soumission.

5.2.4 Ouverture des marchés d'infrastructures accompagnée par les autorités de la concurrence

La Suisse a commencé à libéraliser ses marchés d'infrastructures en 1998. Les monopoles étatiques sont entrés en concurrence avec de nouvelles entreprises. Une première vague a concerné les marchés des télécommunications, de la poste et du transport ferroviaire des marchandises. Après l'ouverture du marché des télécommunications, par exemple, de nouveaux prestataires ont rivalisé avec l'ancien monopoliste Swisscom. Celui-ci jouissait d'un monopole ou d'une position dominante sur le marché. La tâche des autorités de la concurrence a consisté en particulier à empêcher d'éventuels abus envers les nouveaux arrivants sur le marché, de manière à donner une chance à la concurrence. Comme dans d'autres pays, il est arrivé que certains anciens monopolistes entrent en conflit avec le droit des cartels. S'agissant du marché des télécommunications, les nombreuses enquêtes et décisions de la COMCO (qui ne sont pas toutes entrées en force) en témoignent. La décision ADSL II a été cruciale: la COMCO y constatait un écart illicite entre les coûts et le prix (« effet de ciseau »), c'est-à-dire une entrave tarifaire des concurrents dans le domaine des offres à large bande. Le TF a confirmé la violation du droit des cartels en condamnant Swisscom à verser une amende de CHF 186 millions. C'est la sanction exécutoire la plus élevée jamais infligée par la COMCO à une entreprise jusqu'à présent.

Pour d'autres marchés d'infrastructures, l'ouverture s'est faite attendre; elle est intervenue grâce à la pression exercée par les décisions de la COMCO:

- Sur le marché de l'électricité, la COMCO a examiné le refus des Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) de mettre leur réseau à disposition pour conduire l'électricité provenant d'autres producteurs jusqu'au consommateur. En 2000, elle a qualifié ce refus d'abus de position dominante dans le domaine du réseau. Si le peuple a refusé en 2002 l'ouverture du marché au moyen d'une loi sur le marché de l'électricité (LME), la confirmation en juin 2003 par le TF de la décision rendue par la COMCO concernant les EEF correspondait en fait à une ouverture du marché de l'électricité à la concurrence. Au début de 2008, le législateur a substitué une ouverture régulée du marché (loi sur l'approvisionnement en électricité) à cette décision liée à un cas d'espèce.
- Après cette ouverture régulée du marché de l'électricité, le Conseil fédéral avait l'intention d'ouvrir également le marché du gaz. Mais les travaux relatifs

à la loi sur le marché du gaz ont été régulièrement retardés. Simultanément, les plaintes d'acheteurs de gaz désirant choisir librement leur fournisseur se multipliaient. En juin 2020, la COMCO a rendu une décision essentielle concernant le marché gazier de la Suisse centrale. Elle a sanctionné les gestionnaires de réseau de gaz ewl et EGZ parce qu'ils refusaient illicitement de faire transiter du gaz. Ces deux entreprises se sont déclarées prêtes à faire transiter à l'avenir le gaz de fournisseurs tiers et elles ont conclu à ce sujet un accord amiable avec les Autorités de la concurrence. Ainsi, à l'instar du marché de l'électricité en 2003, le marché du gaz a été ouvert grâce à l'application de la loi sur les cartels dans un cas d'espèce.

5.2.5 Maintenir l'ouverture des marchés numériques

Dans la mouvance de la « numérisation », la diffusion en Suisse d'Internet et des raccordements à large bande à partir du début du XXI^{ème} siècle, aujourd'hui presque complète sur l'ensemble du territoire, a permis l'émergence de nouveaux marchés et l'érosion ou la disparition de certains autres. Cette mutation de l'économie a constitué et constitue des opportunités et des menaces pour la concurrence et de nouveaux défis pour les autorités compétentes en la matière. Dans les marchés numérisés, les effets de réseau, les plateformes numérisées, la souveraineté des données et le comportement du côté de la demande entraînent souvent des positions de puissance sur le marché, dont l'évaluation est ambivalente au regard du droit de la concurrence. D'une part, sous l'angle économique, il peut arriver que ces positions de puissance représentent la solution la plus efficace, lorsque les marchés tendent vers des monopoles naturels et qu'il n'est pas possible autrement d'atteindre une haute qualité et des prix bas. D'autre part, les entreprises qui détiennent une puissance de marché dans les segments visés peuvent exploiter leur position au détriment des consommateurs et évincer la concurrence indésirable du marché, voire l'empêcher dès le départ, afin de protéger et de développer leur position.

Ces dernières années, les autorités de la concurrence se sont davantage occupées de tels marchés numériques ambivalents. Le Secrétariat a créé en 2014 un groupe de travail interne « Numérisation » dans le but de maintenir à jour les bases utiles à l'évaluation des marchés numériques. Ce groupe de travail soutient la COMCO dans sa prise de décision et suit l'évolution internationale et la jurisprudence dans ce domaine. En outre, en 2017, la COMCO a déclaré que la numérisation était pour elle un sujet prioritaire, signalant ainsi l'attention particulière qu'elle entend consacrer à ce domaine.

Outre cette réorientation organisationnelle et matérielle, les autorités de la concurrence ont mené une série de procédures dans lesquelles la numérisation jouait un rôle important. L'une des principales décisions concernait les plateformes de réservation en ligne de chambres d'hôtels, qui ont acquis une importance croissante sur le marché. Des plateformes comme Booking ont contraint les hôtels à des conditions restrictives. Dans sa décision de 2015, la COMCO a interdit aux plateformes de res-

treindre d'une façon générale leur politique d'offre des hôtels. Ces derniers doivent avoir la possibilité de proposer des prix plus bas ou un nombre de chambres supérieur en fonction des canaux de distribution. Une autre procédure a concerné Apple, qui ne permettait pas que ses iPhones puissent utiliser sans interférence l'utilisation de l'application TWINT comme solution de paiement numérique alternative à son application ApplePay. Il a fallu l'intervention du Secrétariat de la COMCO pour qu'Apple délivre le code nécessaire au bon fonctionnement de TWINT sur les iPhones. Une autre procédure concernant les solutions de paiement numériques est pendante. Elle touche au boycott des applications concurrentes de TWINT par plusieurs instituts financiers suisses. Les autorités suisses de la concurrence seront certainement encore appelées à se pencher sur de nouvelles questions liées à la numérisation.

5.2.6 Défis en matière de droit procédural

Le droit matériel ne déploie ses effets que s'il est correctement appliqué en termes de droit procédural. Tel était le défi des autorités de la concurrence en 1995 après l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels. Il a fallu commencer par élaborer les bases. Dans ce contexte, des erreurs sont survenues. En 1998, dans le cadre d'un jugement de principe en matière de droit procédural, la Commission de recours pour les questions de concurrence a formulé des instructions pour le déroulement correct d'une procédure conduite selon les principes de l'État de droit.

Sur cette base, le Secrétariat a introduit une gestion des processus qui uniformisait le déroulement des procédures au sein de l'Autorité, garantissait le respect des principes de l'État de droit et institutionnalisait un contrôle juridique et économique de la qualité. Une expertise externe demandée par le Département fédéral de l'économie de l'époque au sujet des procédures de la COMCO a confirmé en 2000 que des vices de procédure fondamentaux étaient apparus mais qu'ils avaient été éliminés depuis lors.

Suite à cette correction de la procédure, la discussion s'est concentrée sur les aspects matériels. Même si les parties font souvent valoir globalement une violation du droit d'être entendu, le TAF a régulièrement confirmé la conformité de la procédure menée par la COMCO et son Secrétariat.

Un nouveau front a été ouvert en lien avec les premières décisions de sanction. Dans le cas « Publigruppe », la décision de la COMCO a été attaquée au motif que la procédure violait la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et que la sanction prononcée devait donc être levée. Le TAF et le TF ont confirmé, dans des arrêts de principe, que les procédures de sanction menées par la COMCO sont de même nature que celles relevant du droit pénal et que les principes de la CEDH s'appliquent. En référence à des jugements rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), le TAF et le TF ont répétés que les exigences liées aux dispositions de la CEDH sont satisfaites dès lors que la voie de droit prévoit qu'un tribunal indépendant avec plein pouvoir de cognition peut vérifier les décisions de la COMCO (ce qui est le cas en Suisse avec le TAF). Il

est donc sans importance que la COMCO ne réponde pas, avec la présence en son sein de représentants de groupements d'intérêts, aux exigences d'un tribunal indépendant au sens de la CEDH.

Les perquisitions auxquelles le Secrétariat peut procéder depuis la révision de 2003 sont une histoire à succès. Elles permettent d'accéder à des moyens de preuve qui se trouvent dans les entreprises et auxquels on n'aurait pas accès avec les moyens d'investigation traditionnels tels que les questionnaires et les auditions. La première perquisition a eu lieu le 14 février 2006, après une formation soigneuse du personnel du Secrétariat. Au cours des années qui ont suivi, l'instrument a été amélioré, les collaborateurs ont continuellement gagné en expérience et de nouveaux instruments numériques ont été utilisés. Depuis lors, le Secrétariat a effectué plus de 40 perquisitions auprès de 150 entreprises. Les moyens de preuve confisqués ont généralement permis au Secrétariat d'assurer une bonne administration des preuves par rapport aux restrictions suspectées à la concurrence.

La Suisse a franchi une étape supplémentaire au niveau international lors de l'entrée en vigueur de l'accord de coopération avec l'UE, le 1^{er} décembre 2014. Il s'agit du premier accord au monde qui ne se limite pas à des échanges informels mais qui prévoit, dans certaines circonstances, un échange des moyens de preuve sans l'accord des entreprises concernées. L'accord permet aux autorités de la concurrence d'échanger leurs points de vue sur toutes les questions de droit de la concurrence, de coordonner leurs perquisitions en cas de procédures parallèles, de discuter entre elles des autodénonciations avec l'accord de l'entreprise concernée et de se transmettre mutuellement les moyens de preuve selon une procédure définie. Du point de vue de la Suisse en tout cas, la mise en œuvre de cet accord est très fructueuse, parce qu'elle génère de multiples contacts et échanges extrêmement utiles dans la lutte contre les cartels internationaux et qu'elle permet une coordination procédurale et matérielle.

5.3 Chantiers de la loi actuelle sur les cartels

5.3.1 Généralités

Lors de la révision de 2003, le législateur a ancré l'obligation d'évaluer les nouveaux instruments de la loi sur les cartels (sanctions directes, autodénonciations, programme de clémence, etc.). Le Conseil fédéral s'en est acquitté en faisant vérifier de manière complète l'application de la loi sur les cartels et en produisant un rapport détaillé en 2009. Dans ce rapport, il a esquissé les lacunes qui subsistent, par exemple l'optimisation de la configuration institutionnelle de la COMCO, l'absence d'interdiction des formes d'accord les plus nocifs, le test matériel lors du contrôle des concentrations, la mise en œuvre du volet civil du droit des cartels et certains aspects du droit procédural.

La révision de la loi sur les cartels engagée sur cette base échoua en 2014, après que le Conseil national eut décidé par deux fois de ne pas entrer en matière. Des intérêts fortement divergents au Parlement expliquent cette décision pour l'essentiel: des majorités auraient pu être trouvées pour certains points de la révision, mais non pas pour le paquet dans son ensemble.

Si l'interdiction des cartels durs est de fait en vigueur grâce à la jurisprudence du TF en l'affaire GABA, la réforme institutionnelle faisait débat. Il devrait être difficile à l'avenir également, malgré les critiques au niveau international, de former une majorité au Parlement pour professionnaliser et redimensionner la COMCO ou pour instituer une autorité de la concurrence du style de l'Office fédéral allemand des cartels (Bundeskartellamt, BKartA). Mais certains points faisaient largement l'unanimité et le besoin de révision demeure. Nous abordons brièvement ce point ci-après.

5.3.2 Contrôle des concentrations

Le contrôle des concentrations en Suisse et le seuil d'intervention élevé qui le caractérise (suppression de la concurrence) contraste avec le contrôle des concentrations sur la scène internationale, en particulier dans l'UE où il a été révisé en 2004 de sorte qu'une « diminution notable à la concurrence » suffit à justifier l'intervention de l'autorité de la concurrence. En contrepartie, le contrôle suisse des concentrations permet d'examiner les efficacités. Le droit suisse en matière de cartels se distingue en ce point sensiblement de celui de l'UE, alors qu'il le prend par ailleurs pour modèle dans presque tous les domaines et que ses dispositions se conforment à la jurisprudence européenne. Cette situation préjudicie l'évaluation uniforme des concentrations internationales. Pour les PME également, le test très permissif prévu par la loi suisse sur les cartels n'est guère favorable, puisqu'il permet aux grandes entreprises déjà puissantes sur le marché de poursuivre leurs opérations de concentration, ce qui entraîne des déséquilibres de pouvoir dans les domaines économiques concernés.

Depuis l'échec de la révision, le SECO a donné par deux fois le mandat d'étudier les différences entre les seuils d'intervention suisse et européen et d'examiner comment auraient été appliquées les dispositions européennes aux concentrations approuvées par la COMCO. La conclusion à tirer de ces études est claire: il faut reprendre le test européen car il permettrait mieux de remédier à la concentration croissante de l'économie suisse et prendrait compte de façon plus adéquate les considérations d'efficacité invoquées dans bien des opérations de concentration.

5.3.3 Volet civil du droit des cartels

Le travail de détection des accords de soumission est intensif (cf. point 5.2.3), si bien que la question se pose toujours plus de savoir comment les collectivités publiques et les privés lésés peuvent obtenir réparation de la part des entreprises impliquées dans des cartels pour la perte qu'ils ont subie en raison de prix trop élevés. Le droit des cartels actuel prévoit que les victimes de restrictions illicites à la concurrence peuvent revendiquer par la voie civile la réparation du dommage et du tort moral ainsi que la remise du gain réalisé indûment. Mais en fait, de telles actions ne sont guère engagées devant les tribunaux civils cantonaux, pour ne rien dire de leur taux de succès, car les obstacles sont excessivement élevés en Suisse pour faire valoir des revendications civiles en droit des cartels (cf. rapport annuel 2019 de la COMCO).

En raison de ces obstacles élevés, les actions privées (« private enforcement ») sont pratiquement inexistantes en Suisse, contrairement à ce que l'on observe dans l'UE où le cadre légal est sensiblement renforcé. On pourrait nettement accroître les incitations à engager des actions de droit civil en modifiant la loi sur les cartels conformément au système. Il convient de veiller aux risques, par exemple la menace qu'encourrait l'importante institution de l'autodénonciation (programme de clémence) en raison de l'accès facilité aux dossiers officiels. Il ne s'agit pas de renforcer le volet civil du droit des cartels au détriment de son volet administratif. Il s'agit plutôt d'assurer une meilleure application globale du droit des cartels. L'expérience acquise en Europe montre qu'il est possible d'augmenter l'attractivité de la voie de droit civil sans verser dans une culture excessive du procès. L'objectif devrait permettre aux personnes touchées par les restrictions à la concurrence de prendre elles-mêmes l'initiative d'un procès civil de manière à ce que l'intervention ne soit plus seulement laissée à la seule discrétion de l'autorité administrative de la concurrence.

5.3.4 Révision 2021

Aux yeux de la COMCO, il est adéquat de traiter les chantiers de l'actuelle loi sur les cartels et d'en combler les lacunes dans le cadre d'une nouvelle révision. Le Conseil fédéral y souscrit. Il a annoncé qu'il mettrait en consultation une proposition de révision dans le courant du premier semestre 2021 pour autant que la situation COVID n'entraîne pas de retard. La révision visée doit comprendre le contrôle des concentrations, le volet civil du droit des cartels et d'autres points actuels d'importance secondaire. L'expérience engrangée lors des précédentes révisions de la LCart a montré qu'une révision sobre et limitée, comme celle de 2003, a de meilleures chances de susciter l'adhésion d'une majorité parlementaire. Surcharger la barque, comme lors de la révision de 2012, risque à nouveau de la faire chavirer. D'un point de vue juridique et économique, et compte tenu du succès de la COMCO ces dernières années, il importe qu'aucun élément étranger au système ne vienne s'insérer dans la loi sur les cartels et qu'aucun pilier central de la loi ne soit affaibli.

5.4 Conclusion et perspectives

La loi sur les cartels, qui fête ses 25 ans, constitue un pilier important de la politique économique de la Suisse. Elle joue bien son rôle. La COMCO et son Secrétariat ont combattu les accords sur les prix et le cloisonnement des marchés. Ils ont ouvert des marchés et renforcé le marché intérieur. Ce faisant, les autorités de la concurrence se sont concentrées sur les formes d'accords horizontaux les plus dommageables en matière de concurrence (accords sur les prix, accords sur les quantités et accords de répartition territoriale), sur les principales formes d'accords verticaux (prix de vente imposés et protection territoriale absolue) et sur l'abus de position dominante. Les précieux instruments qui lui sont confiés, comme les sanctions, le programme de clémence (autodénonciations) et les perquisitions, ont fait leurs preuves. Nous pouvons donc, douze ans après, reprendre à juste titre le message central du rapport d'évaluation de 2009:

« Les études commandées sur l'analyse des effets [...] confirment qu'un droit des cartels moderne et une autorité en matière de concurrence dynamique et indépendante présentent de grandes vertus économiques pour la Suisse. Le législateur a donc opté pour la bonne voie. Le droit des cartels doit être incisif et l'autorité en matière de concurrence doit avoir les moyens de l'appliquer. »

« Dans l'ensemble, les nouveaux instruments mis en place par la révision de la loi sur les cartels (sanctions directes, régime de clémence, procédure d'opposition, perquisitions) se sont révélés utiles. Ils contribuent à prévenir ou à mettre au jour des entraves à la concurrence ainsi qu'à promouvoir la concurrence en améliorant l'effet préventif de la loi et la conformité des pratiques au droit des cartels. »

La politique suisse de la concurrence et sa mise en œuvre dans l'actuelle loi sur les cartels sont pertinentes et correspondent aux standards internationaux. Les chantiers encore à traiter sont identifiés et les mesures voulues sont engagées. En définitive, il incombe aux autorités de la concurrence de mettre en œuvre les dispositions de la LCart. La COMCO et son secrétariat peuvent, par leurs décisions, supprimer les violations du droit de la concurrence de manière à fournir une sécurité juridique et à générer un effet préventif suffisant. La COMCO est la garante d'une application moderne de la législation sur les cartels.

A 1.	3. Rapporto annuale 2020 della Commissione della concorrenza (COMCO)
-------------	---

Indice

1	Prefazione del presidente	46	5.1.1	La Svizzera cartellistica e le conseguenze del no allo SEE	59
2	Principali decisioni del 2020	47	5.1.2	Revisione del 1995	60
2.1	Decisioni della COMCO	47	5.1.3	Cura dei dettagli nella revisione del 2003	60
2.2	Decisioni dei tribunali	48	5.2	Obiettivi della legge sui cartelli e attuazione pratica	60
3	Attività nei vari ambiti economici	49	5.2.1	Obiettivi della legge sui cartelli e orientamento delle attività delle autorità	60
3.1	Costruzione	49	5.2.2	Importazioni parallele: apertura ai mercati esteri	61
3.1.1	Accordi di appalto	49	5.2.3	Apertura dei mercati degli appalti e accordi di appalto	61
3.1.2	Materiali edili e discariche	50	5.2.4	Apertura dei mercati delle infrastrutture sotto la supervisione delle autorità della concorrenza	62
3.1.3	Ambiente e smaltimento	50	5.2.5	Mantenere aperti i mercati digitalizzati	63
3.1.4	Sensibilizzazione sugli accordi di appalto	50	5.2.6	Sfide nell'ambito del diritto procedurale	63
3.2	Servizi	50	5.3	Aspetti migliorabili dell'attuale legge sui cartelli	64
3.2.1	Servizi finanziari	50	5.3.1	In generale	64
3.2.2	Sistema sanitario	51	5.3.2	Controllo delle concentrazioni	64
3.2.3	Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali	51	5.3.3	Diritto civile in materia di cartelli	64
3.3	Infrastruttura	52	5.3.4	Revisione 2021	65
3.3.1	Telecomunicazione	52	5.4	Conclusione e previsioni	65
3.3.2	Media	52			
3.3.3	Energia	52			
3.3.4	Trasporti	53			
3.3.5	Aiuti pubblici	53			
3.4	Mercati dei prodotti	53			
3.4.1	Accordi verticali	53			
3.4.2	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	53			
3.4.3	Industria orologiera	53			
3.4.4	Settore automobilistico	54			
3.4.5	Agricoltura	54			
3.5	Mercato interno	54			
3.6	Indagini	55			
3.7	Affari internazionali	56			
3.8	Legislazione	56			
4	Organizzazione e statistica	57			
4.1	COMCO, Segreteria e statistica	57			
4.2	Statistica	57			
5	Tema speciale: 25 anni LCart	59			
5.1	Modernizzazione del diritto svizzero sui cartelli	59			

1 Prefazione del presidente

I grandi protagonisti del 2020 sono stati senz'altro la diffusione del virus SARS-CoV-2 e le sue pesanti ripercussioni a livello sociale, politico ed economico. Nonostante le rapide contromisure e l'ottima adattabilità dimostrata dall'economia di mercato, nel primo semestre si è assistito a un crollo senza precedenti del prodotto interno lordo, con alcuni settori più colpiti di altri. Anche la concorrenza è stata messa a dura prova, ed è emerso il bisogno di una migliore collaborazione. La COMCO ha chiarito pubblicamente che la legge sui cartelli dev'essere rispettata anche in questo contesto caratterizzato dal coronavirus e ha espresso l'intenzione di collaborare all'impostazione delle contromisure per garantirne la conformità con le disposizioni in materia. Le imprese hanno ad esempio ottenuto un ampio margine di manovra che permette loro di collaborare allo sviluppo di terapie e vaccini e per scongiurare una carenza di beni essenziali.

Dopo che il 16 marzo scorso la situazione è stata dichiarata straordinaria, la COMCO, così come altri Uffici, imprese e organizzazioni, ha dovuto cambiare repentinamente il suo metodo di lavoro. Dal momento che le autorità avevano già digitalizzato gran parte dei loro processi, le difficoltà tecniche hanno potuto essere risolte in tempi brevi, e i collaboratori erano quindi in ogni momento raggiungibili per il mondo economico e l'amministrazione. La loro grande flessibilità ha permesso il rispetto delle scadenze senza bisogno di adeguamenti giuridici e senza ritardi: grazie agli straordinari, è infatti stato possibile dare delle risposte agli attori coinvolti senza lunghe attese, come è successo nel caso dell'esame degli aiuti pubblici per il settore dell'aviazione.

Malgrado queste difficoltà, la COMCO è riuscita a portare avanti tutte le sue procedure. Oltre agli esami degli aiuti pubblici sopracitati, la COMCO si è dedicata in particolare a due questioni: per quanto riguarda il settore dell'orologeria, dopo tanti anni ha deciso di revocare l'obbligo e la restrizione di fornitura imposti a Swatch, anche se la sua affiliata ETA continua a occupare una posizione dominante nel mercato dei movimenti meccanici. Nel mercato del gas naturale invece, ha preso l'importante decisione di obbligare i proprietari della rete di approvvigionamento della Svizzera centrale a permettere il transito di gas di terzi, lasciando quindi ai clienti la libera scelta del fornitore. Questa decisione è particolarmente significativa per tutto il Paese, e costituisce un grande passo in avanti verso la completa liberalizzazione del mercato del gas.

Anche se questo non è certo il momento più adatto per festeggiare, il 2021 resta comunque l'anno di un importante anniversario: come la legge sui cartelli e la legge federale sul mercato interno, anche la COMCO spegne la sua venticinquesima candelina. Nonostante il passare degli anni però, il suo mandato per la protezione della concorrenza non è mai cambiato. Il presente rapporto annuale propone una panoramica delle varie questioni di cui si è occupata.

Prof. Dott. Andreas Heinemann
Presidente della COMCO

2 Principali decisioni del 2020

2.1 Decisioni della COMCO

Il 14 dicembre 2020 la COMCO ha disposto misure cautelari con effetto immediato nei confronti di Swisscom, vietandole di potenziare la sua rete di fibra ottica in modo tale da impedire a imprese terze di avere accesso diretto all'infrastruttura (layer 1). Allo stesso tempo ha aperto un'inchiesta sulla **strategia di potenziamento della rete Swisscom**.

La COMCO, che si oppone con forza agli accordi nell'ambito degli appalti, nel 2020 ha svolto per la prima volta un'inchiesta su un accordo relativo agli appalti nel settore informatico. L'accordo riguardava anche la Banca nazionale svizzera (BNS): per la comunicazione dei dati la BNS ricorre in parte a una rete propria (**rete ottica**) e acquista componenti di rete presso imprese IT; nel quadro di una commessa pubblica, i fornitori e i produttori dei componenti si erano coordinati sui prezzi dell'offerta. Nel corso della procedura tutte le imprese hanno cooperato, rendendo così possibile la conclusione di una conciliazione, una procedura accorciata (10 mesi) e una notevole riduzione della sanzione, scesa a un totale di 55 000 franchi. La sentenza è passata in giudicato il 16 novembre 2020.

Per quanto riguarda l'ambito finanziario, a fine 2016 e a metà 2019 la COMCO aveva emanato una serie di decisioni parziali per le quali erano previste sanzioni e aveva approvato numerose conciliazioni. A ottobre del 2020 la Camera per le decisioni parziali della COMCO ha approvato ulteriori conciliazioni. Per esempio, ha approvato una conciliazione con Nex (in precedenza Brokerhaus ICAP plc) chiudendo l'inchiesta relativa ai **derivati di tassi d'interesse in Yen basati sullo Yen LIBOR**. Conformemente alla legge sui cartelli, le pratiche dell'azienda sono state valutate illecite, ma non sanzionabili. Inoltre, l'inchiesta contro Nex sui derivati di tassi d'interesse in Euroyen basati sull'Euroyen LIBOR è stata chiusa senza seguito. Inoltre, la Camera per le decisioni parziali ha approvato una conciliazione con Crédit Agricole e HSBC France nell'inchiesta sui **derivati di tassi d'interesse in euro basati sull'EURIBOR**, infliggendo loro multe pari a circa 4,5 milioni e quasi 2 milioni di franchi. La sentenza è passata in giudicato.

UPC aveva ottenuto i diritti esclusivi per la trasmissione delle partite del **campionato svizzero di hockey su ghiaccio** tra il 2017 e il 2022. Trasmettendo in diretta le partite di hockey tramite pay TV, UPC era riuscita a occupare una posizione dominante. La società aveva però abusato di tale posizione negando a Swisscom qualsiasi offerta per la diffusione in diretta delle partite di hockey fino all'estate del 2020, ostacolando in modo illecito la concorrenza. A causa di questa pratica, il 7 settembre 2020 la COMCO ha inflitto a UPC una multa di circa 30 milioni di franchi, decisione impugnata dall'impresa dinanzi al Tribunale amministrativo federale (TAF). A maggio 2016 la COMCO aveva sanzionato Swisscom per una pratica simile relativa alla trasmissione in diretta di eventi sportivi (calcio e hockey su ghiaccio).

A seguito della decisione della COMCO del 13 luglio 2020, alla società affiliata **ETA** (Swatch Group) non si applicherà un nuovo obbligo o una nuova restrizione

delle forniture di **movimenti meccanici Swiss made**. La decisione attuale si basa su decisioni precedenti. Nel 2013 era stata conclusa una conciliazione con Swatch Group secondo la quale ETA doveva fornire da quel momento e fino alla fine del 2019, determinati quantitativi di movimenti meccanici ai suoi clienti di allora. L'obiettivo era stimolare la concorrenza nel settore e permettere ai clienti di trovare nuovi fornitori entro la fine del 2019. Non si prevedevano ulteriori obblighi di fornitura oltre il termine di scadenza. Tuttavia, siccome il mercato dei movimenti meccanici Swiss made non sembrava evolversi come sperato, a novembre 2018 la COMCO aveva aperto una procedura di riesame. Gli ampi accertamenti della COMCO avevano poi mostrato che il mercato stava reagendo allo stimolo del 2013 e che la concorrenza stava aumentando come sperato (i clienti di ETA avevano ad esempio ampliato la rete di fornitori). Dopo un'approfondita analisi della situazione, la COMCO ha deciso che non è più necessario imporre nuovi obblighi. Ad ogni modo, visto che la società affiliata di Swatch Group continua a dominare il mercato dei movimenti meccanici Swiss made, il gigante orologio continua a essere tenuto sotto controllo per evitare il rischio di abusi. La decisione è passata in giudicato.

Con la decisione passata in giudicato del 25 maggio 2020, la COMCO ha aperto il **mercato del gas naturale** nella Svizzera centrale. L'inchiesta mirava a stabilire se *energie wasser luzern (ewl)* ed *Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ)* commettessero un atto illecito negando l'accesso alle loro reti ad aziende terze, che non potevano quindi servirsene per distribuire gas naturale ai propri clienti finali. La COMCO è giunta alla conclusione che le due imprese avevano abusato della loro posizione dominante in materia di trasporto e distribuzione di gas naturale: a domanda espressa, esse avevano negato l'accesso alle proprie reti a un fornitore terzo che voleva approvvigionare i propri clienti a Lucerna. In passato ewl e EGZ avevano gestito il cambio di fornitore solo per i grossi clienti allacciati alle loro reti che soddisfacevano i requisiti stabiliti dall'accordo di settore in materia. Questo rifiuto illecito di relazioni commerciali faceva sì che l'intero fatturato ricavato dalla vendita di gas naturale da parte delle due imprese fosse realizzato in assenza di pressione concorrenziale, dato che per i clienti finali era impossibile scegliere liberamente il proprio fornitore. Avendo eliminato la concorrenza, ewl e EGZ potevano cioè realizzare utili di monopolio. Le due imprese hanno collaborato con la COMCO e, per mezzo di una conciliazione, si sono impegnate a permettere a tutti i clienti finali allacciati alle loro reti di cambiare fornitore. Al momento di stabilire la multa, ridotta infine a circa 2,6 milioni di franchi, la Commissione ha anche tenuto conto del fatto che l'offerta di aprire le reti fosse scaturita direttamente dalle imprese sanzionate. Questa decisione costituisce un segnale paragonabile a quella presa nel 2001 nei confronti delle centrali elettriche friburghesi, la quale aveva aperto il mercato dell'elettricità dando seguito alla legge sui cartelli.

Dopo un'attenta analisi, il 23 marzo 2020 la COMCO ha approvato la partecipazione in **FFS Cargo** da parte di Pflanzler e di Camion-Transport. Le due imprese hanno quindi acquisito una partecipazione del 35 per cento in FFS Cargo per mezzo della loro affiliata comune Swiss

Combi, che a sua volta è detenuta da Galliker e Bertschi con una percentuale del 10 per cento ciascuno. Attraverso la concentrazione, Planzer e Camion-Transport hanno voluto apportare a FFS Cargo le loro conoscenze logistiche al fine di ottimizzare i prodotti esistenti e svilupparne di nuovi. Le FFS e le imprese di logistica intendevano invece migliorare la profittabilità e la competitività di FFS Cargo. Anche se la concentrazione prevista determina una posizione dominante nei servizi di trasbordo del trasporto combinato nella regione di Gossau/San Gallo, non permette alle imprese coinvolte di sopprimere la concorrenza efficace. Di conseguenza, la COMCO ha approvato la concentrazione.

2.2 Decisioni dei tribunali

A luglio 2019 la Camera per le decisioni parziali della COMCO aveva sanzionato otto società finanziarie attive nel **leasing per auto** con multe per un totale di 30 milioni di franchi. A seguito di questa decisione, FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat) aveva sia intentato un'azione, esigendo una riduzione della decisione parziale da 45 pagine a un massimo di 5, sia presentato ricorso dinanzi al TAF. Nel corso dell'esame preliminare sulla conciliazione, la Segreteria della COMCO (Segreteria) ha approvato la richiesta di una decisione più breve. Nella sua decisione del 13 ottobre 2020 il TAF non è intervenuto su quest'aspetto.

Tamedia aveva impugnato dinanzi al TAF l'assunzione delle spese pari a 5000 franchi per l'esame preliminare inerente alla **concentrazione Tamedia** (oggi TXGroup) / **Adextra** svolto dalla COMCO. L'azienda richiedeva di annullare le spese affermando che l'interpretazione della COMCO del concetto di «obbligo di annuncio» dell'articolo 9 capoverso 4 LCart sarebbe stata troppo estensiva e che la concentrazione non sottostà a tale obbligo. Il 6 ottobre 2020 il Tribunale ha respinto il ricorso confermando l'interpretazione della COMCO. Gli effetti reali tra i mercati in questione non devono essere chiariti nell'ambito dell'obbligo di annuncio di cui all'articolo 9 capoverso 4 LCart, ma sono piuttosto oggetto dalla procedura di esame di cui all'articolo 32 LCart. L'azienda ha nuovamente presentato ricorso al Tribunale federale (TF).

Con la decisione relativa alla **costruzione stradale e al genio civile nel Cantone di Argovia** del 16 dicembre 2011, la COMCO era intervenuta contro alcuni accordi di appalto multando per circa 4 milioni di franchi 14 imprese attive nelle costruzioni stradali che avevano concluso accordi di appalto illeciti in materia di prezzi e di ripartizione dei mercati tra il 2006 e il 2009. Gli accordi in questione interessavano circa 100 progetti di costruzione pubblici e privati. Quattro società avevano poi impugnato la decisione della COMCO. La procedura era rimasta pendente presso il TAF per circa sei anni e mezzo. Il 25 maggio 2018 il TAF aveva in buona parte confermato la decisione della COMCO chiarendo anche alcuni aspetti fondamentali, inerenti in particolare ai requisiti legali minimi in materia di assunzione e apprezzamento delle prove e al trattamento delle informazioni in materia di autodenuncia e punibilità degli accordi di cartello (anche se non remunerativi). Una delle imprese di costruzione aveva impugnato la sentenza del TAF dinanzi al TF.

Il 3 agosto 2020 il TF ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato e confermando la decisione del TAF.

Musik Hug aveva impugnato dinanzi al TAF la multa imposta dalla COMCO nella sua decisione del 14 dicembre 2015 sui **pianoforti**, ritenendola sproporzionata e non finanziariamente sostenibile anche dopo che questa era già stata ridotta da 1,3 milioni di franchi a 445 000 franchi in considerazione della situazione finanziaria dell'impresa. Il 2 aprile 2020 il TAF ha stabilito che la sanzione della COMCO era proporzionata e sostenibile finanziariamente, concludendo così che la riduzione del suo importo non fosse contestabile. Di conseguenza, il ricorso di Musik Hug è stato respinto.

Il 17 settembre 2018 la COMCO aveva permesso al Cantone dei Grigioni di consultare solo parzialmente gli atti della sua decisione del 10 luglio 2017 sugli accordi di appalto concernenti alcune imprese edili e di ingegneria civile della **Val Monastero** (GR), impedendo di accedere all'autodenuncia. Il 24 ottobre 2019 il TAF aveva respinto il ricorso del Cantone di Grigioni, che il 29 novembre 2019 aveva quindi avanzato ricorso al TF per poi ritirarlo il 20 marzo 2020. Il TF ha stralciato il ricorso.

Il 12 febbraio 2020 il TF ha stabilito che la **Aktiengesellschaft Hallenstadion** aveva violato la legge sui cartelli con una clausola di ticketing nei confronti di altri organizzatori di eventi, aggiungendo che con la sua clausola di cooperazione stipulata con **Ticketcorner AG** aveva concluso un accordo anticoncorrenziale. L'accordo firmato nel 2009 da Hallenstadion e da Ticketcorner permetteva a quest'ultimo di vendere almeno il 50 per cento di tutti i biglietti per gli eventi di Hallenstadion. Nel 2011 la COMCO aveva avviato un'inchiesta in materia e nel 2016 il TAF aveva accolto il ricorso presentato da Starticket AG e da ticketportal AG, concludendo che la clausola di cooperazione costituiva un accordo anticoncorrenziale e che facendone uso Hallenstadion aveva abusato della loro posizione dominante. A inizio 2020 il TF ha parzialmente accolto il ricorso presentato a sua volta da Hallenstadion e da Ticketcorner, confermando solo la valutazione del TAF concernente Hallenstadion. Secondo quanto stabilito, Hallenstadion deterrebbe effettivamente una posizione dominante, di cui avrebbe abusato applicando questa clausola di ticketing con gli organizzatori di eventi (negoziio abbinato). Di conseguenza, l'accordo con Ticketcorner avrebbe violato la legislazione sui cartelli sia nel mercato delle location per concerti rock e pop (grandi eventi) sia in quello del relativo ticketing. Al contrario, sulla base della fattispecie non è stato possibile stabilire se Ticketcorner detenga una posizione dominante né se sia stato commesso un abuso in tal senso. Il TF ha rinviato alla COMCO il compito di determinare le sanzioni e le misure amministrative del caso nonché di verificare ulteriormente i fatti. Alla COMCO competerà quindi ora il compito di sanzionare Hallenstadion per l'applicazione della clausola di ticketing e di chiarire la questione dell'abuso dell'eventuale posizione dominante di Ticketcorner.

Il 16 dicembre 2019 la COMCO aveva emesso misure cautelari nell'ambito della **procedura di riesame sulla sospensione delle forniture nel caso Swatch Group** (v. rapporto annuale 2019). Swatch Group aveva però presentato ricorso. A seguito della decisione incidentale

del 13 maggio 2020, nella quale il TAF valutava se annullare le misure cautelari della COMCO in base alle quali Swatch Group e la sua affiliata ETA dovevano provvisoriamente continuare a rispettare le restrizioni di fornitura a terzi, il ricorso è stato respinto e la decisione della COMCO confermata. Tra le motivazioni, per il TAF sussisteva un'urgenza temporale e materiale nonché un preponderante interesse pubblico ad attendere i risultati dell'inchiesta avviata a novembre 2018 prima di revocare gli obblighi e le restrizioni risultanti dalla conciliazione del 2013. Dopo la decisione della COMCO del 13 luglio 2020 di non imporre nuovi obblighi allo Swatch Group (v. 2.1), il gruppo ha ritirato il ricorso. Le misure cautelari del 16 dicembre 2019 sono quindi passate in giudicato.

I tribunali hanno pronunciato ulteriori sentenze sulle pubblicazioni delle decisioni della COMCO, confermando questa pratica:

- Il TAF ha trattato le decisioni della COMCO del 12 novembre 2018, nelle quali si approvava ancora una volta – dopo il rinvio da parte del TAF – la pubblicazione delle sanzioni del 2 dicembre 2013 relative al **trasporto aereo di merci**. Delle dieci parti che avevano richiesto una decisione di pubblicazione, otto avevano presentato ricorso. Nella sua sentenza del 1o settembre 2020 il TAF ha pienamente respinto tutti i ricorsi; quattro di queste decisioni sono allora state impugnate dinanzi al TF.
- Per quanto riguarda il ricorso di Goldbach Media (Switzerland) AG, il 21 settembre 2020 il TAF si è espresso circa la decisione della COMCO dell'8 aprile 2019 relativa alla pubblicazione del parere della Commissione sul progetto di concentrazione **Goldbach/Tamedia**, confermando quasi tutti gli argomenti della COMCO. Goldbach ha impugnato la decisione del TAF dinanzi al TF.
- Con la sentenza del 17 luglio 2020 il TF ha deciso di non entrare nel merito del ricorso dell'impresa sulla **pubblicazione del rapporto finale relativo a un'inchiesta preliminare**, dato che la decisione impugnata del TAF non è definitiva, bensì solo incidentale, e verrà rinviata. Le decisioni di rinvio possono essere impuginate solo in via eccezionale, e questo non sarebbe uno dei casi. Sulla base di questa sentenza del TF è stata nuovamente applicata la decisione di rinvio emessa dal TAF il 30 gennaio 2019, grazie alla quale la Segreteria ha potuto di nuovo disporre la pubblicazione del rapporto finale, nel frattempo passata in giudicato.
- Il 27 febbraio 2020 il TAF ha emesso una sentenza sulla pubblicazione della decisione incidentale della COMCO relativa alla partecipazione di Sunrise in qualità di terza parte all'inchiesta sulla **diffusione di hockey su ghiaccio tramite Pay-TV**. UPC aveva impugnato la decisione incidentale dinanzi al TAF, che aveva respinto completamente il ricorso presentato il 23 settembre 2019 confermando la giurisprudenza vigente. La sentenza è passata in giudicato.
- Con la sua sentenza dell'11 febbraio 2020 il TF ha specificato che se una società non è ancora esistente al momento della violazione della legge sui cartelli ma per motivi di continuità aziendale viene obbligata

a pagare una sanzione per un cartello preesistente, essa non può godere dell'anonimato, ragione per cui deve accettare che il suo nome venga menzionato nella versione pubblicata. In questo modo è stato possibile pubblicare la decisione della COMCO dell'8 luglio 2016 relativa alla sanzione di alcune **imprese attive nel settore della costruzione nel distretto di See-Gaster**.

3 Attività nei vari ambiti economici

3.1 Costruzione

3.1.1 Accordi di appalto

Alla luce degli indizi su accordi di appalto fra numerose imprese, il 14 gennaio 2020 la COMCO ha avviato una nuova inchiesta e ha svolto delle perquisizioni. Gli accordi riguardavano prodotti hardware e software nel settore delle **reti in fibra ottica** per la trasmissione di dati tramite fibra ottica da parte di grossi clienti. L'inchiesta si è conclusa il 16 novembre 2020 con una conciliazione e alcune sanzioni (v. 2.1).

Nell'estate del 2019 la COMCO ha concluso le ultime due delle dieci inchieste condotte nel **Cantone dei Grigioni**, «**Engadin II**» e «**Strassenbau**» (prestazioni di costruzione nei Grigioni). Sette delle dodici parti coinvolte hanno presentato ricorso al TAF. Fra questi, uno dei ricorsi riguardava «Engadin II», mentre gli altri si riferivano a Engadin I e a cinque decisioni minori. Gli scambi di scritti davanti al TAF sono conclusi e le prime sentenze sono previste per il 2021.

Nel mese di giugno 2020 la Segreteria ha avviato una nuova inchiesta nel Cantone dei Grigioni appoggiandosi su alcuni indizi di accordi di appalti fra diverse imprese emersi nella regione **Moesa**. La COMCO aveva ricevuto alcuni indizi dal Cantone dei Grigioni. I presunti accordi riguardavano alcuni appalti nel settore dell'edilizia e del genio civile da parte di committenti pubblici e privati. La procedura, avviata nei confronti delle tre principali imprese edili della zona, si trova in fase investigativa.

In relazione all'inchiesta «**Strassenbau**» è emerso il sospetto che le imprese di costruzione stradale collaborassero nel quadro di cosiddetti «**consorzi duraturi**» per ripartirsi a lungo termine progetti di costruzione stradale e stabilire l'importo delle offerte per le gare d'appalto. La COMCO, in passato, ha ripetutamente ribadito che dal punto di vista del diritto dei cartelli i consorzi favoriscono la concorrenza e sono pertanto leciti. Nell'inchiesta preliminare conclusa nel 2020 la Segreteria ha individuato due particolari tipi di consorzi duraturi, ossia consorzi da parte di imprese che presentano molto spesso offerte congiunte per progetti di acquisto. In linea di massima i consorzi duraturi non puntano a limitare la concorrenza, né causano tali limitazioni. Non rappresentano quindi un accordo ai sensi della legge sui cartelli fintanto che l'inoltro delle offerte viene deciso caso per caso. Alla base dei consorzi duraturi o per singoli progetti troviamo diversi motivi, per esempio: i partner del consorzio non possono, da soli, presentare domanda; esistono rischi o problemi legati alla capacità, motivi di natura economica o commerciale, oppure un'offerta tramite consorzio è chiaramente più vantaggiosa rispetto a singole offerte. I consorzi duraturi potrebbero diventare problematici se, nonostante le offerte comuni, un numero molto elevato

di progetti venisse svolto singolarmente oppure la decisione di presentare un'offerta comune non fosse presa di volta in volta bensì indipendentemente dal singolo progetto per determinate regioni o per certe tipologie di mandati.

I ricorsi contro la decisione della COMCO di luglio 2016, nella quale è stato stabilito che otto imprese di costruzione stradale e ingegneria civile dei distretti di **See-Gaster (SG) e March und Höfe (SZ)** tra il 2002 e il 2009 si sono accordate sui prezzi e l'aggiudicazione di diverse centinaia di gare d'appalto, sono ancora pendenti presso il TAF. Alcune imprese ritenevano inoltre che la decisione della COMCO non dovesse essere pubblicata. Il TF ha respinto questo ricorso (v. 2.2).

Con decisione del TF del 3 agosto 2020 è stato trattato l'ultimo ricorso contro la decisione della COMCO nella causa relativa alla **costruzione stradale e al genio civile nel Cantone di Argovia** del 16 dicembre 2011 (v. 2.2). Ancora pendente presso il TF è anche la questione riguardo all'accessibilità agli atti: in che misura i richiedenti possono consultare una sanzione integrale della COMCO e i relativi atti prima che la decisione passi in giudicato per far valere le pretese di risarcimento danni? Nell'attesa di questa decisione del TF, la COMCO ha sospeso numerose richieste di accesso agli atti.

3.1.2 Materiali edili e discariche

Il 25 gennaio 2015 la COMCO aveva aperto un'inchiesta nei confronti di diverse imprese attive nel settore dei materiali edili e delle discariche nella regione di Berna. Dopo che per ragioni di economia processuale è stata suddivisa in due parti – «**KTB-Werke**» (Impianti KTB) e «**KAGA**» –, l'inchiesta minore, «**KTB-Werke**», l'inchiesta si è conclusa il 10 dicembre 2018 con una sanzione decisa dalla COMCO. Questa decisione è pendente presso il TAF e lo scambio di scritti è in fase avanzata. «**KAGA**», la maggiore delle due inchieste, sta per essere conclusa. Le parti riceveranno nell'estate 2021 la proposta della Segreteria sulla quale dovranno esprimersi.

Il 5 marzo 2019 la COMCO ha aperto un'inchiesta contro due produttori di asfalto nel Cantone di Berna e gli azionisti di uno dei due. Vi erano elementi secondo i quali le due aziende avrebbero coordinato il loro comportamento sul mercato. L'inchiesta verte inoltre su un presunto accordo tra gli azionisti di una delle due aziende a non far concorrenza alla società gestita in comune. Inoltre, alcuni indizi portano a credere che uno di questi produttori abbia una posizione dominante sul mercato e che ne abbia abusato. Anche quest'inchiesta ha origine dall'inchiesta avviata nel 2015 (**KAGA**). Gli accertamenti si sono conclusi nel 2020. Le parti riceveranno la proposta della Segreteria alla COMCO presumibilmente entro l'estate 2021 per una presa di posizione. La decisione della COMCO è attesa nella seconda metà del 2021.

3.1.3 Ambiente e smaltimento

Le aziende svizzere di incenerimento dei rifiuti urbani intendono costruire e gestire congiuntamente un **impianto di lavorazione di fanghi di idrossidi**, un residuo ricco di metalli dell'incenerimento dei rifiuti. Per pianificare questo impianto – il cosiddetto impianto SwissZinc – è stata fondata l'omonima società, la SwissZinc AG, che

ha chiesto alla COMCO di valutare il progetto e ha presentato un annuncio per la procedura di opposizione. Il 29 ottobre 2019 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare, stando alla quale la SwissZinc AG, con il suo progetto, avrebbe una posizione dominante sul mercato con un conseguente potenziale rischio di abuso. Fra gli altri, i seguenti comportamenti sono potenzialmente vietati: fatturare importi diversi per prestazioni identiche; imporre alle aziende che partecipano a SwissZinc AG diritti esclusivi sulle consegne e un divieto di concorrenza per 15 anni; istituire una compensazione per i costi di trasporto per gli azionari e i donatori e stabilire i costi di trasporto; definire una gate fee (da parte del Consiglio di amministrazione). SwissZinc AG si è dichiarata disposta ad attuare i suggerimenti della Segreteria; in questo modo sono stati eliminati gli indizi di limitazioni illecite della concorrenza e la Segreteria ha sospeso l'inchiesta preliminare.

Per quanto riguarda il settore ambientale, il Servizio Costruzioni ha trattato circa 20 consultazioni degli uffici, che vertevano per la maggior parte sul raggiungimento degli obiettivi climatici.

3.1.4 Sensibilizzazione sugli accordi di appalto

Gli accordi di appalto possono essere individuati ed evitati: per questo, già da diversi anni, la Segreteria porta avanti un'opera di sensibilizzazione nei confronti dei servizi di aggiudicazione. Nel 2020 si sono tenute alcune presentazioni in occasione della formazione dell'Ufficio federale delle costruzioni e della logistica per gli acquirenti a nome della Confederazione, oltre ad un'opera di sensibilizzazione dei rappresentanti comunali della regione Moesa e a una presentazione nel quadro dei cicli di formazione CAS degli atenei di Berna e Friburgo.

3.2 Servizi

3.2.1 Servizi finanziari

Nell'anno in rassegna sono state emanate altre decisioni parziali nelle inchieste IBOR, nelle inchieste **EURIBOR** e **Yen LIBOR / Euroyen TIBOR** (v.2.1). Contro altre parti le inchieste Yen LIBOR / Euroyen TIBOR ed EURIBOR sono ancora in corso.

Nel suo rapporto annuale 2019 la COMCO ha reso noto di aver concluso due inchieste in relazione agli accordi sui **corsi di cambio** fra banche («Forex»). Si trattava delle inchieste sulle chat room «**Essex express**» e «**Three way banana split**», le cui protagoniste hanno firmato entrambe una conciliazione. Nello stesso contesto è stata portata avanti l'inchiesta contro Credit Suisse in procedura ordinaria, poi proseguita nel 2020.

Nell'inchiesta sui **leasing per auto** la FCA ha portato dinanzi al TAF la decisione della Camera per le decisioni parziali. La FCA ha fatto causa e presentato ricorso chiedendo la riduzione della decisione parziale. Il TAF non è entrato nel merito (v. 2.2). Con il ricorso pendente dinanzi al TAF, la FCA chiede l'annullamento totale della decisione o, in alternativa, la riduzione della pena pecuniaria. L'inchiesta nei confronti di Ford Credit Switzerland GmbH (Ford) continua in procedura ordinaria.

Nel 2020 è stata portata avanti l'inchiesta concernente il presunto **boicottaggio di Apple Pay**. In due sentenze dell'8 novembre 2019 il TAF ha confermato la sua prassi

secondo cui i collaboratori che avevano una funzione dirigenziale possono essere interrogati solo limitatamente in qualità di testimoni e, in virtù del diritto dell'impresa a non deporre contro se stessa (*nemo tenetur*), possono rifiutarsi di rispondere a domande che potrebbero ledere l'impresa stessa. In una sentenza del 13 marzo 2020 ha invece affermato che i collaboratori che attualmente non ricoprono una funzione dirigenziale non possono avvalersi del diritto di non deporre. Il TAF non è entrato nel merito del ricorso dell'impresa contro l'ultima sentenza citata. Sono invece pendenti due ricorsi contro le sentenze in cui il TAF ha stabilito il diritto di non deporre per gli ex collaboratori con funzione dirigenziale.

Una procedura di opposizione avviata nell'estate 2020 relativa a un prodotto per il pagamento virtuale di viaggi B2B basato su una soluzione *virtual user commercial account (VUCA)* ha portato, in novembre, all'apertura di un'inchiesta preliminare. Quest'ultima intende principalmente appurare se le *interchange fee* derivanti da un pagamento VUCA rientrano nel campo di applicazione della conciliazione conclusa dalla COMCO nel 2014 con diversi istituti di emissione delle carte di credito (*issuer*) e *acquirer* degli esercenti.

3.2.2 Sistema sanitario

L'inchiesta aperta nel mese di settembre 2019 contro varie imprese svizzere e internazionali che operano nell'ambito della produzione, della distribuzione e della vendita del principio attivo della **scopolamina butilbromuro** è ancora in corso. L'inchiesta intende verificare se esistono indizi di coordinazione dei prezzi di vendita e di ripartizione dei mercati a livello internazionale per questo principio attivo e, in caso affermativo, se è stata violata la legge sui cartelli.

A fine 2020 la Segreteria ha chiuso, senza seguito, l'inchiesta preliminare sui medicinali biologici (**Biologics**) dato che non disponeva, al momento, di indizi di violazione dell'articolo 7 LCart contro l'azienda accusata da un concorrente di abusare della sua posizione dominante ostacolando o addirittura impedendo a quest'ultimo l'ingresso sul mercato.

Nel 2020 è di nuovo tornato di attualità l'accordo settoriale **fra le casse malati** sul divieto della promozione telefonica e delle indennità per intermediari e broker nell'acquisizione di nuovi assicurati. Su richiesta del Parlamento, il Consiglio federale ha emanato un disegno di legge che dovrebbe, fra l'altro, consentire al Consiglio federale di trovare soluzioni settoriali di obbligatorietà generale nel disciplinamento delle provvigioni nel settore dell'assicurazione malattie, sia obbligatoria che complementare. Le autorità in materia di concorrenza hanno già comunicato a tutti gli attori (Parlamento, DFI/UFSP, *santésuisse* e *curafutura* nonché intermediari e broker), nelle rispettive prese di posizione, i loro timori sugli effetti dell'accordo settoriale e sulla regolamentazione passata e futura del settore. L'autorità in materia di concorrenza segue ora il processo legislativo.

Le oltre 150 **procedure di consultazione**, perlopiù relative a interventi parlamentari sulla pandemia da COVID nel sistema sanitario, e le numerosissime **domande dei cittadini** hanno comportato una grande mole di lavoro per il personale della Segreteria.

Nel settore sanitario la COMCO ha inoltre dovuto giudicare le seguenti **concentrazioni di imprese**: Medbase/HCH/SDH/Zahnarztzentrum, Medbase/Unilabs/Unilabs St. Gallen, Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer Midco UK 1 Limited. L'esame preliminare ha permesso alla COMCO di dare il via libera a tutte le concentrazioni sopracitate.

3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali

Il 12 febbraio 2020 il TF ha confermato che il contratto concluso nel 2009 fra **Hallenstadion** e **Ticketcorner** (in base al quale Ticketcorner aveva il diritto di distribuire almeno il 50 % di tutti i biglietti delle manifestazioni organizzate da Hallenstadion) rappresenta un accordo illecito in materia di concorrenza. Il TF ha rinviato l'affare alla COMCO (v. 2.2); è in corso un'indagine.

È stata portata avanti l'inchiesta avviata nel 2018 nei confronti di diverse **aziende elettriche a Ginevra**. Sono stati condotti dei negoziati in vista di una conciliazione ed è attesa una decisione nel corso del 2021. La decisione riguarderà soltanto le aziende che avranno deciso di firmare la conciliazione.

Infine, la Segreteria ha svolto diverse procedure in **ambito sportivo**. Per quanto riguarda il calcio, la Segreteria ha ricevuto una domanda di misure cautelari da parte di FC Sion contro la decisione presa dalla Swiss Football League (SFL) sulla ripresa del campionato di Super League dopo l'interruzione a causa della pandemia. La Segreteria è giunta alla conclusione che la decisione della SFL non è contraria alla LCart e non ha quindi dato seguito alla domanda di misure cautelari.

Il settore Servizi ha avuto a che fare con un possibile accordo sui prezzi anche in un altro caso, che è stato motivato con le contingenze della situazione COVID-19. Le autorità in materia di concorrenza hanno espresso chiaramente, nel mese di marzo, che non avrebbero tollerato casi di sfruttamento della situazione volti a imporre limitazioni della concorrenza. La situazione economica complessiva non va sfruttata per creare cartelli e accordarsi sui prezzi. Le norme del diritto in materia di cartelli creano però un margine di manovra per cooperazioni efficienti, sia in tempi normali che in tempi di crisi. L'elemento determinante è lo scopo per il quale due o più imprese si coordinano: per limitare la concorrenza o per operare con efficienza? Il coordinamento dei prezzi di determinate merci fra esercenti sarebbe inammissibile. Invece, lo scambio reciproco di informazioni fra gli esercenti sugli stock in magazzino in tempi di crisi potrebbe servire a prevenire lacune di approvvigionamento di beni importanti, per cui in questo caso sarebbe ammesso. Lo stesso vale per le cooperazioni di ricerca finalizzate allo sviluppo accelerato di un vaccino urgente. Poiché vi era molta incertezza su come strutturare una condotta legalmente conforme nella situazione COVID, la COMCO ha aiutato a rispondere alle domande e a sviluppare soluzioni, come in altri settori.

Sono state inoltre avviate procedure in diversi **com-prensori sciistici** in merito ad alcuni rapporti privilegiati fra impianti di risalita, scuole di sci e hotel. In uno dei casi una scuola di sci lamentava una disparità di trattamento da parte di un impianto di risalita, che avrebbe

pubblicizzato le attività di un'altra scuola e messo a disposizione alcuni locali della propria sede. In un altro caso un hotel deplorava il fatto che un'impresa di impianti di risalita favorisse delle strutture di accoglienza di sua proprietà permettendo a queste ultime di offrire sconti sui prezzi degli abbonamenti per gli impianti. Infine, una scuola di sci ha segnalato che l'ufficio del turismo favoriva la scuola di sci «tradizionale» del posto indirizzando esplicitamente i turisti verso quest'ultima. L'intervento della Segreteria in questi tre casi ha permesso di chiarire la situazione rendendo attente le varie imprese al loro obbligo di neutralità verso i concorrenti.

3.3 Infrastruttura

3.3.1 Telecomunicazione

Il 24 agosto 2020 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di Swisscom (Svizzera) AG per quanto riguarda **la connessione alla banda larga delle sedi aziendali (connessione WAN)**. Esistono indizi di un abuso di posizione dominante da parte di Swisscom. Per numerose gare d'appalto sul collegamento fra sedi aziendali, Swisscom ha presumibilmente richiesto prezzi troppo elevati ai concorrenti. Questi ultimi, ossia altre imprese di telecomunicazioni, devono appoggiarsi all'infrastruttura di rete di Swisscom e, in caso di prezzi troppo alti, non possono proporre offerte concorrenziali ai loro clienti. Nel 2015 la COMCO aveva sanzionato Swisscom per una fattispecie analoga nella gara d'appalto riguardante la connessione delle sedi della Posta. Quest'ultimo caso è pendente dinanzi al TAF.

Il 14 dicembre 2020 la COMCO ha avviato un'inchiesta sulla **strategia di potenziamento della rete Swisscom** (v. 2.1). Esistono indizi di comportamento illecito da parte di Swisscom che detiene una posizione dominante sul mercato, perché nelle aree in cui procede da sola a questo ampliamento Swisscom sviluppa ora la sua rete in fibra ottica in una nuova struttura ad albero (P2MP) e giustifica così il fatto di non offrire più a terzi l'accesso diretto a un'offerta layer 1 «ALO». I terzi devono optare per l'offerta layer 3 di Swisscom «BBCS». La COMCO ha inoltre adottato misure cautelari e ha vietato a Swisscom, con effetto immediato, di potenziare la sua rete in fibra ottica in una modalità che rende impossibile a terzi l'accesso al layer 1 dalle centrali di collegamento di Swisscom.

Nell'anno in rassegna è stata portata avanti l'inchiesta preliminare aperta nel dicembre 2019 su Swisscom Directories contro Swisscom e Swisscom Directories.

Sempre nell'anno in esame, la COMCO ha valutato due concentrazioni di imprese. Nel caso di **Liberty Global/Sunrise** la COMCO ha approvato l'acquisizione di Sunrise da parte di UPC (Liberty Global) senza imporre oneri né condizioni, dopo essere giunta alla conclusione che, presumibilmente, UPC / Sunrise e Swisscom non si coordineranno in futuro. A suo avviso non sussiste dunque il rischio di soppressione della concorrenza efficace. Le due società avevano già pianificato una fusione l'anno prima; in tal caso l'acquisizione sarebbe però partita da Sunrise. La COMCO aveva esaminato in modo approfondito e approvato l'acquisizione. Tuttavia, il progetto era fallito per la mancanza di consenso fra gli azionisti (maggioranza non raggiunta). Nell'attuale fusio-

ne la COMCO ha riesaminato le condizioni di mercato, che sono rimaste in gran parte invariate. Nel caso della concentrazione **Swisscom Directories / OLMERO**, Swisscom Directories intendeva rilevare la divisione Renovero (www.renovero.ch), una piattaforma per artigiani, di OLMERO AG. La COMCO ha dato la sua autorizzazione, anche in questo caso, al termine dell'esame preliminare.

3.3.2 Media

La COMCO ha imposto a **UPC** una multa di circa 30 milioni di franchi. La ditta di telefonia ha abusato della sua posizione dominante nella trasmissione in diretta di partite di hockey su ghiaccio in **pay-tv** negando a Swisscom qualsiasi offerta per trasmettere in diretta l'hockey su ghiaccio fino all'estate 2020. UPC ha impugnato dinanzi al TAF questa decisione (v. 2.1), così come la pubblicazione della decisione incidentale sulla partecipazione di Sunrise come terza parte. Con la sentenza del 27 novembre 2020 il TAF ha totalmente respinto il ricorso contro la decisione di pubblicazione della COMCO del 23 maggio 2019, confermando la giurisprudenza. La sentenza è passata in giudicato (v. 2.2).

Nel settore dei media la COMCO ha valutato la **concentrazione Admeira / Ringier**. Ringier AG intendeva infatti acquisire da Swisscom il pieno controllo di Admeira AG. Dopo un esame preliminare la concentrazione è stata approvata.

Nel caso della **fusione Tamedia** (ora TXGroup) / **Adextra**, il 6 ottobre il TAF ha respinto il ricorso del gruppo TX, confermando così l'interpretazione dell'articolo 9 capoverso 4 LCart da parte della COMCO. La sentenza è stata impugnata davanti al TF (v. 2.2).

3.3.3 Energia

Con la sua decisione del 25 maggio 2020, la COMCO ha chiuso l'inchiesta **sull'accesso alla rete nel settore del gas naturale** contro ewl ed EGZ. Queste ultime hanno collaborato con la COMCO e nel quadro di una conciliazione si sono impegnate a consentire in futuro a tutti i clienti finali collegati alle loro reti di cambiare fornitore. La COMCO ha inflitto una sanzione di circa 2,6 milioni di franchi (v. 2.1).

Nell'autunno del 2020 la Segreteria ha chiuso un'inchiesta preliminare che aveva aperto nel settembre 2019 contro un gestore di rete elettrica per il presunto **uso di dati derivati dal monopolio per attività in altri mercati**. Dall'inchiesta era emerso che l'uso di dati derivati dal monopolio può provocare in generale distorsioni della concorrenza. Ciò accade soprattutto se i dati quali le informazioni di contatto e i dati che forniscono informazioni sulle caratteristiche, il comportamento e gli interessi dei clienti sono disponibili solo per l'azienda in posizione dominante e possono essere utilizzati in modo mirato per controllare i clienti e influenzare il loro comportamento di acquisto. Nel caso specifico, tuttavia, non c'era motivo di ritenere che il comportamento del gestore della rete elettrica fosse tale da distorcere la concorrenza in modo contrario alla legge sui cartelli.

Nel settore dell'elettricità la Segreteria è stata interpellata più volte nell'ambito della consultazione degli uffici e la COMCO nel corso di procedure di consultazione. In

quest'ambito la COMCO si è impegnata in particolare a favore di un sistema orientato al mercato, neutrale dal punto di vista della concorrenza e della tecnologia, per garantire l'espansione delle energie rinnovabili e quindi contro l'attuale sistema di sovvenzionamento. La COMCO ha anche espresso il suo parere sulla nuova **legge sull'approvvigionamento di gas** e, in particolare, ha sostenuto la piena liberalizzazione del mercato.

3.3.4 Trasporti

Nel settore del trasporto di merci la COMCO ha sottoposto il progetto di concentrazione **FFS Cargo** ad una verifica approfondita e dato il via libera alla partecipazione di FFS Cargo da parte di FFS, Planzer e Camion-Transport (v. 2.1).

Presso il TAF rimane pendente la procedura di ricorso relativa al **trasporto aereo di merci**. Diverse parti hanno impugnato la decisione della COMCO del 2 dicembre 2013 che infliggeva a 11 compagnie aeree sanzioni complessive per circa 11 milioni di franchi per aver concluso accordi orizzontali sui prezzi. Nel giugno 2020 si è svolto a questo proposito un dibattito pubblico. In questo caso si tratta anche di stabilire se e in che misura pubblicare la decisione del 2 dicembre 2013 (v. 2.2).

3.3.5 Aiuti pubblici

Nell'anno in rassegna la COMCO ha dovuto esaminare due casi relativi a eventuali **aiuti pubblici conformemente all'accordo sul trasporto aereo** basandosi sulla legge federale sulla navigazione aerea. La COMCO ha verificato la compatibilità delle misure di sostegno previste con l'accordo in questione. Per stabilire se concedere o meno gli aiuti, le autorità preposte alla decisione devono tenere conto dei risultati dell'esame.

Nel primo caso la Confederazione intendeva sostenere l'aviazione svizzera, fortemente colpita dalla pandemia da coronavirus, garantendo i prestiti alle **compagnie aeree Swiss International Air Lines AG e Edelweiss Air**. Nella sua presa di posizione del 20 maggio 2020 la COMCO ha deciso che le misure di sostegno previste sono compatibili con l'accordo sul trasporto aereo.

Il secondo caso riguardava l'intenzione della Confederazione di sostenere anche le aziende legate al settore dell'aviazione. Concretamente, si trattava di aiutare **SR Technics Switzerland AG**, un'azienda che si dedica prevalentemente alla manutenzione, alla riparazione e alle revisioni di aerei commerciali nonché alla realizzazione di soluzioni per componenti e motori. Nella sua presa di posizione del 29 giugno 2020 la COMCO ha decretato che gli aiuti pubblici non sarebbero risultati compatibili con l'accordo sul trasporto aereo, in particolare perché l'azienda si trovava in difficoltà finanziarie già il 31 dicembre 2019.

Infine, in occasione di una **richiesta di consulenza**, la Segreteria ha valutato se anche le misure federali di sostegno previste a favore di **Skyguide AG** fossero soggette all'obbligo di notifica presso la COMCO. La Segreteria è giunta alla conclusione che se un ente, come ad esempio Skyguide, è attivo sia in ambito statale sia in ambito imprenditoriale, solo gli aiuti pubblici a favore delle attività imprenditoriali devono essere verificati dalla COMCO.

Nell'ambito della **procedura di consultazione relativa all'ordinanza COVID-19 sui casi di rigore** la COMCO ha stabilito che le misure di sostegno a favore delle **agenzie di viaggi** non rientrano nel campo di applicazione dell'accordo sul trasporto aereo e quindi non spetta alla COMCO verificarne la compatibilità.

3.4 Mercati dei prodotti

3.4.1 Accordi verticali

In relazione al tema **«Isola dei prezzi elevati»** la Segreteria ha svolto varie osservazioni di mercato per sospetti accordi sui prezzi, isolamento del mercato e impedimento del commercio online. In diversi casi i contratti sono stati adattati e sono state inviate circolari ai partner della distribuzione per fare chiarezza ed evitare malintesi.

Ad agosto 2020 la Commissione della concorrenza ha aperto un'inchiesta contro una produttrice di **prodotti del tabacco**. Vi sono elementi secondo i quali la produttrice tedesca avrebbe imposto divieti di esportazione ad alcuni distributori partner al di fuori della Svizzera. Tali divieti potrebbero aver ostacolato le importazioni parallele e dirette di prodotti del tabacco nel nostro Paese.

3.4.2 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Nel settore del commercio al dettaglio le autorità in materia di concorrenza si sono concentrate sui mercati degli acquisti. Il 1° settembre 2020 la COMCO ha aperto un'inchiesta su un possibile **cartello sul fronte dell'offerta da parte di imprese commerciali**. L'inchiesta è incentrata sul sospetto che grossisti e dettaglianti, insieme alla Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG, attiva nel traffico dei pagamenti, abbiano esercitato congiuntamente pressioni sui fornitori affinché questi ultimi affidassero a Markant la gestione degli incassi. Le presunte misure collettive si sarebbero spinte fino alla minaccia da parte di grossisti e dettaglianti di escludere i prodotti di uso quotidiano dal loro assortimento. Sembra che, negli ultimi anni, le condizioni che i fornitori pagano a Markant per l'incasso e altri servizi siano state aumentate e in parte ridestinate ai commercianti.

Nel corso dell'anno la Segreteria ha ricevuto numerose reclami da parte dei fornitori legati alla recente collaborazione tra Coop e Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG per quanto riguarda la **gestione del traffico dei pagamenti**. I fornitori si sono lamentati in particolare dell'entità delle condizioni relative all'incasso e ad altri servizi offerti da Markant. Le condizioni sono calcolate in base al volume di vendita; per molti dei fornitori Coop rappresenta uno dei canali di vendita maggiori e quindi più importanti in Svizzera in termini di volume e di fatturato. Nel quadro di un'osservazione del mercato, la Segreteria appurerà se ci sono indizi di violazione della legge sui cartelli.

3.4.3 Industria orologiera

Con la decisione del 13 luglio 2020 (v. 2.1), che annulla le **misure cautelari** emanate il 16 dicembre 2019 (v. 2.2), la COMCO ha concluso la procedura di riesame avviata a novembre 2018 sulla **sospensione delle forniture nel caso Swatch Group**.

Dal 2014 al 2019 compreso, una società di revisione e le autorità in materia di concorrenza hanno monitorato costantemente il **rispetto** della **conciliazione** firmata dalla società Swatch Group e dalla sua affiliata ETA e approvata dalla COMCO nel 2013. Dai controlli non sono emerse violazioni della conciliazione.

3.4.4 Settore automobilistico

Nel corso di varie osservazioni di mercato, la Segreteria ha verificato il rispetto delle **regole previste dalla Comunicazione autoveicoli (ComAuto)**. Laddove necessario le aziende hanno adattato il loro comportamento a queste regole. In ogni caso, l'intervento della Segreteria è servito a ricordare alle imprese i principi contenuti nella ComAuto. In diversi casi la Segreteria ha chiarito che limitare la possibilità dei membri di un sistema di distribuzione di ottenere, da parte di un fabbricante o un distributore, pezzi di ricambio o apparecchiature originali o pezzi di ricambio di qualità equivalente di loro scelta e di utilizzare tali pezzi per la riparazione o la manutenzione di autoveicoli va considerata un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza.

La Segreteria è stata informata, tra l'altro, che un **mediatore di automobili** tedesco aveva indicato a un cliente svizzero che i veicoli a motore di una certa marca dovevano essere registrati per almeno quattro mesi a un indirizzo tedesco, altrimenti non avrebbe potuto concedere uno sconto al cliente svizzero. In questo caso si tratterebbe di istruzioni del fabbricante. La Segreteria ha effettuato accertamenti nell'ambito di un'osservazione del mercato, ma non ha rilevato indizi di accordi illeciti sui prezzi né di protezione territoriale. Oltre alle osservazioni di mercato effettuate, la Segreteria ha risposto a circa 50 richieste di informazioni riguardanti la ComAuto.

La Segreteria ha ricevuto un reclamo da un'associazione secondo la quale gli importatori di automobili tenderebbero a riverberare le sanzioni per le **emissioni di CO₂** sui concessionari in una modalità probabilmente illecita in base alla legislazione sui cartelli. La Segreteria ha chiarito i fatti nell'ambito di un'osservazione del mercato ed è giunta alla conclusione che non ci sono indicazioni in tal senso, perché i concessionari possono trasferire i prezzi più alti ai clienti finali, il che è in linea con l'obiettivo delle sanzioni per il CO₂.

3.4.5 Agricoltura

Per quanto riguarda il settore agricolo, nel 2020 la COMCO ha partecipato a due procedure di consultazione. La Segreteria ha invece preso parte a circa 30 consultazioni degli uffici, molte delle quali riguardanti la **pandemia da coronavirus**. A livello nazionale la pandemia ha comportato un calo della domanda per determinati generi alimentari (per es. per i vini svizzeri DOC), ma un aumento per altri, con una conseguente richiesta di aumento temporaneo dei contingenti doganali parziali per burro e altre materie grasse derivanti dal latte, uova di consumo e patate da tavola. La Segreteria ha approvato la richiesta.

Nell'ambito di un'osservazione del mercato nel settore **dell'economia forestale e del legname** la Segreteria ha verificato il comportamento dei rappresentanti dei proprietari forestali e dell'industria del legno. Riunendosi a cadenza regolare, i rappresentanti hanno discusso i

prezzi dell'offerta e della domanda per il legname e le relative quantità. Al termine delle discussioni sono state pubblicate raccomandazioni di prezzo per l'offerta e la domanda di legname e per quanto riguarda l'opportunità di procedere al taglio del bosco. Per la Segreteria determinati comportamenti potrebbero essere problematici dal punto di vista del diritto dei cartelli e ha raccomandato ai rappresentanti dei proprietari forestali e dell'industria del legno – rimandando alla prassi delle autorità in materia di concorrenza per quanto riguarda la pubblicazione di onorari, tariffe e prezzi e delle relative raccomandazioni da parte delle associazioni economiche e delle organizzazioni di settore – di adeguare il proprio comportamento affinché sia conforme alla legge sui cartelli. Gli interpellati hanno messo fine al comportamento potenzialmente non conforme.

3.5 Mercato interno

La legge federale sul mercato interno (LMI) garantisce il **libero esercizio dell'attività lucrativa** in tutta la Svizzera. Questo principio è garantito dal diritto di accesso al mercato secondo le disposizioni del luogo di provenienza, dalla pubblicazione di concessioni e dalla preservazione di requisiti minimi legali negli appalti cantonali e comunali.

Il principio su cui si fonda il **libero accesso al mercato** della LMI è il diritto di offrire merci e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel **luogo d'origine**. In diversi Cantoni molte organizzazioni private che forniscono cure a domicilio (Spitex) hanno incontrato difficoltà a ottenere le licenze necessarie stabilite dalle disposizioni della LMI e hanno quindi faticato ad avere accesso al mercato. Alcuni Cantoni richiedono che i fornitori extracantonali presentino le stesse prove che normalmente sono necessarie solo per una prima autorizzazione ed esigono ad esempio che venga presentata una documentazione completa. A seguito di ripetuti interventi da parte della Segreteria nei confronti delle autorità sanitarie, gli uffici di sanità cantonali formulano di regola le proprie richieste conformemente ai requisiti del mercato interno. La COMCO ha presentato ricorso per un caso concernente un'ostetrica, alla quale il Cantone aveva richiesto l'invio dell'estratto del casellario giudiziale. Il ricorso è stato respinto a livello cantonale.

In caso di limitazioni di accesso al mercato la LMI prevede una procedura semplice, rapida e **gratuita**. La verifica dei diritti di accesso al mercato da parte delle autorità deve quindi avvenire senza imputazione dei costi. La maggior parte delle autorità si attiene al principio di gratuità. Nel caso concernente un'azienda della Svizzera occidentale che offre servizi di sicurezza però, gli organi di esecuzione cantonali avevano richiesto un emolumento per il prolungamento di un'autorizzazione anche quando le persone coinvolte potevano far valere autorizzazioni rilasciate da diversi Cantoni di provenienza e il principio di gratuità di cui alla LMI. Anche in questo caso la COMCO ha presentato ricorso contro un'imposizione di costi apparentemente contraria alle disposizioni in materia di mercato interno. Il ricorso è pendente dinanzi alle autorità cantonali.

Nel quadro di un'osservazione di mercato, la Segreteria ha analizzato dal punto di vista del mercato interno la

normativa relativa ai taxi nella Svizzera tedesca. A questo proposito 13 tra città e Cantoni hanno avviato delle indagini, dalle quali è risultato che il **settore taxi** è regolato da normative diverse che possono complicare l'erogazione del servizio a livello comunale o cantonale. Al centro dell'osservazione del mercato si trovavano da una parte la registrazione obbligatoria di corse e prenotazioni taxi tramite app, mentre dall'altra la necessità di dimostrare il rispetto dell'obbligo introdotto dalla giurisprudenza del TF del 1° settembre 2017 relativo al bisogno di prevedere una gara d'appalto trasparente e non discriminatoria per la concessione delle licenze per taxi. I primi risultati avevano dimostrato una generale tendenza al rispetto delle disposizioni del mercato interno. Inoltre, il settore taxi di alcune città della Svizzera romanda e del Ticino lavorava a contatto diretto con le autorità di polizia del commercio preposte al rilascio delle autorizzazioni per formulare la prassi delle autorizzazioni in conformità dei requisiti del mercato interno.

La LMI definisce anche **standard minimi** per gli **acquisti pubblici** a livello cantonale e comunale. Questi comprendono, tra l'altro, un divieto di discriminazione. Inoltre, l'articolo 2 capoverso 7 LMI, prevede che il trasferimento a privati di attività rientranti in **monopoli** cantonali o comunali si deve svolgere su concorso. Molti dei casi trattati nel 2020 presentavano riferimenti sia alla legislazione in materia di appalti pubblici, sia all'articolo 2 capoverso 7 LMI. Ciò si deve in parte alla giurisprudenza del Tribunale federale, che ha assoggettato al diritto in materia circostanze simili alle concessioni, come è successo per esempio nelle sentenze sul noleggio di biciclette pubbliche. In futuro le concessioni di pubblico interesse saranno invece soggette alle revisioni della giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Simili questioni di assoggettamento si presentano anche in materia di **servizi di soccorso**. Il 21 agosto 2020 il TF ha deciso che il Canton Vallese deve procedere all'attribuzione del servizio di salvataggio per elicottero tramite pubblico concorso. A suo tempo, su invito del TF la COMCO aveva inoltrato una presa di posizione, la quale era stata ripresa nella decisione del TF. Sempre in questo ambito, in seguito alla denuncia del gestore di un'officina, la Segreteria ha svolto osservazioni di mercato sul **soccorso stradale** in due Cantoni. Per l'assegnazione degli incarichi di soccorso, la polizia dei rispettivi Cantoni si affida a strutture associative che non garantiscono un accesso non discriminatorio al mercato. L'analisi giuridica della Segreteria ha concluso che non si tratta di una pratica conforme alla legislazione sul mercato interno. I due Cantoni in questione hanno quindi deciso che in futuro verrà indetto un concorso pubblico per i servizi di soccorso stradale.

In una procedura di ricorso davanti al TF, la COMCO ha presentato la sua posizione sulla questione dei requisiti legali per il trasferimento della gestione di una **rete di distribuzione dell'elettricità** (DPC 2020/2, pag. 861). Un simile trasferimento potrebbe essere soggetto alla legislazione in materia di appalti pubblici, rientrare nelle fattispecie di cui all'articolo 2 capoverso 7 LMI o essere disciplinato secondo le disposizioni relative all'approvvigionamento energetico. Visto l'esito della procedura, il TF non ha dovuto chiarire definitivamente

le questioni citate nella sua sentenza del 17 agosto 2020.

Inoltre la Segreteria è rappresentata anche in veste di osservatore presso la **Conferenza degli acquisti della Confederazione (CA)**. A livello di Amministrazione federale, la CA è l'organo strategico che si occupa dell'acquisto di beni e servizi. La CA accompagna e sostiene lo sviluppo del diritto degli appalti pubblici della Confederazione nonché l'armonizzazione dello stesso a livello nazionale. In vista dell'entrata in vigore del diritto degli appalti pubblici riveduto si è resa necessaria una modifica alla documentazione di base in materia di acquisti (linee guida, direttive, raccomandazioni). In questo contesto la Segreteria si è impegnata attivamente affinché tali documenti contenessero formulazioni conformi alla legislazione in vigore (LMI e LCart) nonché favorevoli alla concorrenza.

3.6 Indagini

Nel 2020 sono state effettuate tre perquisizioni. La prima si è verificata nel gennaio dell'anno in esame e ha riguardato un accordo nel settore IT (reti ottiche; v.3.1.1). La perquisizione in questione ha gettato le basi che hanno permesso la chiusura delle operazioni entro un anno. La seconda ha avuto luogo a giugno, dopo la prima ondata di coronavirus, nel quadro della verifica di eventuali accordi di appalto nel settore edilizio nella regione della Moesa (v. 3.1.1). Questa operazione si è quindi svolta in condizioni subottimali a causa della pandemia. Al fine di proteggere la salute delle persone coinvolte e dei collaboratori, la Segreteria ha elaborato un piano di protezione per lo svolgimento delle indagini che comprende, in particolare, l'uso di mascherine o di pannelli in plexiglas durante gli interrogatori. La legalità delle perquisizioni nella regione della Moesa è stata confermata dal Tribunale penale federale (TPF) in una procedura di dissigillamento. La terza azione di perquisizione è infine stata realizzata a settembre per un presunto cartello di imprese commerciali (v. 3.4.2), sempre nel rispetto delle misure di protezione COVID-19. Una delle imprese coinvolte ha fatto sigillare parte dei documenti sequestrati. A questo proposito, una procedura di dissigillamento è ancora pendente presso il TPF. Con riferimento ai documenti senza sigillo, l'impresa ha presentato ricorso al TAF contro la perquisizione.

Per quanto riguarda la questione in sospeso relativa a quali dipendenti e organi precedenti o attuali di un'impresa possano invocare il principio del *nemo tenetur*, in marzo il TAF ha chiarito la sua giurisprudenza stabilendo che gli attuali dipendenti possono essere interrogati in qualità di testimoni. La questione relativa al diritto di non deporre per gli organi non più attivi è pendente presso il TF (v. 3.2.1).

Infine verso la chiusura dell'anno in esame è stato implementato un nuovo software per l'esecuzione di preselezioni e analisi di dati da parte dell'ufficio forense della Segreteria (Nuix Investigate). Tutti i collaboratori della Segreteria sono stati informati virtualmente riguardo alla selezione dei dati e alle caratteristiche del nuovo software. Un gruppo ristretto di dieci collaboratori ha seguito un corso di formazione di un giorno ed è quindi in grado di impiegare il nuovo software.

3.7 Affari internazionali

UE: La Segreteria della COMCO ha intrattenuto scambi regolari con la Direzione generale (DG) della Concorrenza della Commissione europea. Nel caso delle concentrazioni notificate parallelamente in Svizzera e nell'UE, gli scambi tra le due autorità della concorrenza hanno avuto luogo segnatamente nel quadro dell'esame preliminare degli effetti propri del diritto in materia di concorrenza. Nelle procedure relative alle indagini sulle limitazioni della concorrenza e nell'ambito delle osservazioni di mercato, la Segreteria ha contattato la DG Concorrenza per discutere alcune questioni di diritto in materia di concorrenza a livello astratto, come previsto dall'articolo 7 capoverso 2 dell'accordo di cooperazione con l'UE in materia di concorrenza. La Segreteria ha per esempio chiesto alla DG Concorrenza un parere su determinate questioni legate alla vendita di autoveicoli e di generi alimentari. Si è inoltre informata presso la DG sullo stato dei suoi progetti di revisione relativi alla comunicazione sugli accordi verticali e sul commercio di autoveicoli, sottoposti a revisione. Da parte loro i colleghi della DG, nell'ambito della modifica alla comunicazione sulla delimitazione del mercato dell'UE, hanno rivolto alla Segreteria domande specifiche sulla prassi utilizzata dalla COMCO.

Germania: Durante l'anno in esame sono proseguite le discussioni per negoziare un accordo bilaterale con la Germania relativo alla cooperazione in materia di concorrenza.

OCSE: Quest'anno gli incontri dell'OCSE si sono tenuti online. Gli eventi virtuali hanno rappresentato un vantaggio per la Segreteria in quanto hanno permesso a diversi esperti di partecipare nonché di risparmiare tempo. In occasione degli eventi virtuali tenutisi a giugno e a dicembre 2020 sono stati discussi in particolare i seguenti temi: ruolo della politica di concorrenza nella promozione della ripresa economica, mercati pubblicitari digitali, sostenibilità e concorrenza, criminalizzazione di cartelli e accordi di appalto nonché concorrenza in materia di appalti pubblici. Per quanto riguarda l'ultimo tema, la Segreteria ha rilasciato un intervento online. Tra i temi discussi in relazione alle concentrazioni d'impresa rientrano: start-up, acquisizioni killer e valori soglia per il controllo delle concentrazioni nonché effetti conglomerati. Inoltre, l'OCSE ha organizzato diversi webinar e ha pubblicato una guida per coadiuvare le autorità della concorrenza in un periodo che risente degli effetti del coronavirus. Durante i webinar che hanno visto la partecipazione della Segreteria sono stati affrontati temi quali collaborazione legittima tra concorrenti, offerte concordate negli appalti pubblici e pratiche abusive in materia di prezzi.

ICN: Nel 2020 la Segreteria ha rielaborato forma e contenuto della collaborazione con gli advisor non governativi (NGA), rilette per tre anni. I cinque NGA eletti nel 2020 hanno alle spalle esperienza professionale nel campo dell'avvocatura e dell'insegnamento. In occasione di un incontro virtuale le autorità e gli NGA hanno discusso la loro prossima collaborazione e la strategia futura. Inoltre, il gruppo di lavoro interno responsabile dell'ICN ha rielaborato la sua organizzazione e i suoi obiettivi. Tra le altre attività, i membri di questo gruppo

trasmettono le informazioni dei webinar e degli opuscoli ICN a specifici gruppi d'interesse e si sono anche occupati di selezionare le offerte di training ICN on demand che in futuro potranno essere impiegate per la formazione di collaboratori interni. A causa della pandemia, la conferenza annuale ICN che si sarebbe dovuta tenere la primavera scorsa a Los Angeles è stata sostituita da una serie di conferenze organizzate su base giornaliera tra il 14 e il 17 settembre. A specifici blocchi di conferenze hanno partecipato sia i rappresentanti delle autorità che gli NGA svizzeri. I collaboratori della Segreteria dei gruppi ICN «Advocacy», «Cartel», «Merger» e «Unilateral Conduct» hanno poi preso parte a varie teleconferenze su temi che sono confluiti o che confluiranno in futuro in vari opuscoli dell'ICN. Nell'anno in esame la creazione e la pubblicazione di un rapporto dell'«Unilateral Conduct Working Group» sul tema «Dominance/Substantial Market Power In Digital Markets» hanno goduto di particolare attenzione. A tal fine il gruppo di lavoro ha interpellato le autorità della concorrenza e gli NGA.

UNCTAD: A ottobre 2020 l'ottava conferenza di revisione delle Nazioni Unite riguardante la concorrenza e la tutela dei consumatori si è svolta sia online che in presenza, a Ginevra. Nel quadro di questa conferenza di revisione organizzata a cadenza quinquennale sono state accolte le «Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition» alla cui elaborazione hanno collaborato le autorità della concorrenza e la Segreteria di Stato dell'economia (SECO). Si è inoltre deciso di impiegare un nuovo gruppo di lavoro per i cartelli transfrontalieri (Cross-Border Cartels). Questi sforzi dovranno servire ad approfondire ulteriormente la cooperazione internazionale in ambito di concorrenza e semplificare il coordinamento tra autorità della concorrenza, che in occasione degli eventi dell'UNCTAD si sono confrontate su temi di rilevanza attuale quali «Leaving No One Behind in the Post COVID-19 World», «Combating Cross-Border Cartels» e «Competitive Neutrality».

3.8 Legislazione

Dopo il fallimento della revisione della LCart, nel settembre del 2014, la situazione riguardante gli **interventi parlamentari** inerenti alla legge sui cartelli depositati e ancora pendenti è la seguente:

- la **mozione Bischof** «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione online a scapito degli albergatori» depositata il 30 settembre 2016 (16.3902) è stata accolta da entrambi i Consigli. La richiesta della mozione dovrà essere adempiuta mediante una modifica della legge federale contro la concorrenza sleale (LCSl). La relativa consultazione si è aperta a novembre 2020.
- la **mozione Fournier** «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza» depositata il 15 dicembre 2016 (16.4094) chiede che vengano stabiliti termini per i procedimenti amministrativi in materia di concorrenza, che si preveda un indennizzo delle parti anche in relazione a procedimenti amministrativi di prima istanza, che vengano alleggiate le sanzioni a carico delle PMI e che le decisioni vengano pubblicate soltanto dopo il loro pas-

saggio in giudicato. A seguito dell'adozione da parte del Consiglio degli Stati, il Consiglio nazionale ha accolto le prime due richieste e respinto le altre due. Il DEFR sta elaborando un progetto da porre in consultazione;

- la **mozione Pfister** «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli» depositata il 27 settembre 2018 (18.3898) chiede che il Consiglio federale elabori un'ordinanza per la tutela dei consumatori e delle PMI dalle pratiche distorsive della concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli. Dopo essere stata accolta dal Consiglio Nazionale a settembre 2020 la mozione è ora al vaglio del Consiglio degli Stati.
- la **mozione Nantermod** «Procedure efficaci ed eque nel diritto della concorrenza» depositata il 12 dicembre 2018 (18.4183), che chiede una modifica delle regole procedurali in materia di consultazione degli atti e di assoggettamento agli emolumenti durante l'inchiesta preliminare, non è ancora stata trattata dalle Camere;
- la **mozione Français** «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un accordo» depositata il 13 dicembre 2018 (18.4282), che richiede una modifica dell'articolo 5 LCart, è stata accolta a dicembre 2020 dal Consiglio degli Stati e si trova ora in Consiglio nazionale;
- la **mozione Bauer** «Inchieste della COMCO. La presunzione d'innocenza deve prevalere» depositata il 12 dicembre 2018 (18.4304) chiede la cancellazione dell'articolo 28 LCart, che prevede la pubblicazione dell'apertura delle indagini con indicazione dei nomi delle persone inquisite. La mozione non è ancora stata trattata dalle Camere.
- il **postulato Molina** «Rafforzamento del controllo delle fusioni sugli investimenti diretti esteri» depositato il 9 maggio 2019 (19.3491) non è ancora stato trattato.

Il 29 maggio 2019 il Consiglio federale ha adottato il messaggio concernente l'iniziativa popolare «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (Iniziativa per prezzi equi)» e il **controprogetto indiretto** (modifica della legge sui cartelli) (19.037; FF 2019 4059). Il Parlamento ha respinto l'iniziativa, ma ha accolto il contropro-

getto indiretto del Consiglio federale, il quale prevede l'introduzione espressa della nozione di posizione dominante relativa, e ha quindi ampiamente adottato le richieste dell'iniziativa. Nella votazione finale del 19 marzo 2021 il Consiglio degli Stati e il Consiglio nazionale hanno appianato le divergenze.

Il Consiglio federale pianifica infine una revisione parziale della legge sui cartelli che prevede in particolare: modernizzazione del controllo delle fusioni, rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli nonché miglioramento della procedura di opposizione. Inoltre i lavori di revisione si estendono a due richieste contenute nella già citata mozione Fournier, ovvero l'inserimento nella legislazione di termini per i procedimenti amministrativi e l'indennizzo delle parti per le procedure davanti alla COMCO.

All'interno dell'Amministrazione l'elaborazione e la gestione dei progetti di revisione spettano alla SECO. A queste attività partecipa anche la Segreteria.

4 Organizzazione e statistica

4.1 COMCO, Segreteria e statistica

Nel 2020 la **COMCO** ha svolto 13 riunioni plenarie di un giorno o di mezza giornata (cinque delle quali online). Le decisioni prese in occasione delle sedute di cui sopra, in armonia con la legge sui cartelli e la legge federale sul mercato interno, sono consultabili all'interno della statistica riportata di seguito (v. 4.2).

4.2 Statistica

A fine 2020 la **Segreteria** contava 75 collaboratori (anno precedente: 74), di cui il 45,3% donne (anno precedente: 41,9%). I 75 collaboratori lavorano a tempo pieno o parziale per un totale di 64,1 posti a tempo pieno (anno precedente: 64,2). Inclusa la direzione, i collaboratori che si dedicano all'attuazione della LCart e della LMI sono 56 (anno precedente: 57), cioè 49,8 posti a tempo pieno (anno precedente: 51,6). 19 collaboratori (2019: 17) sono impiegati nell'ambito delle Risorse e forniscono sostegno a tutti i lavori della sede per un totale di 14,3 posti a tempo pieno (anno precedente: 12,6). Inoltre la Segreteria offre 4 posti di stage (anno precedente: 5). I quattro stagisti lavorano a tempo pieno.

La tabella riassume i dati statistici relativi alle attività della COMCO e della sua Segreteria nel 2020:

	2020	2019	2018
Inchieste			
Eseguite nel corso dell'anno	20	19	24
di cui riprese dall'anno precedente	13	16	18
di cui avviate ex-novo	7	3	6
di cui nuove inchieste nate dalla suddivisione di inchieste precedenti	0	2	0
Decisioni finali	6	11	4
di cui conciliazioni	4	9	2
di cui ordini delle autorità	1	2	2
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	4	10	4
di cui decisioni parziali	2	5	0
Decisioni incidentali	2	2	0
Altre decisioni (pubblicazione, costi, visione degli atti, ecc.)	1	6	2
Misure cautelari	1	1	0
Procedure sanzionatorie secondo gli art. 50 e segg. LCart	1	0	0
Inchieste preliminari			
Eseguite nel corso dell'anno	14	14	15
di cui riprese dall'anno precedente	13	8	10
di cui avviate ex-novo	1	6	5
Concluse	8	4	7
di cui con apertura di un'inchiesta	1	1	2
di cui con adeguamento delle attività dell'impresa	4	3	3
di cui senza seguito	3	0	2
Altre attività			
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	1	2	2
Consulenze	24	28	21
Osservazioni del mercato concluse	80	63	72
Domande LTras	18	7	20
Altre richieste evase	565	488	581
Concentrazioni			
Annunci	35	40	34
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	34	37	27
Esami	1	3	3
Decisioni della COMCO dopo l'esame	1	2	3
Divieti	0	0	0
Ammissioni vincolate a condizioni/oneri	0	0	0
Ammissioni senza riserve	1	2	3
Esecuzioni anticipate	0	0	0
Procedure di ricorso			
Procedure di ricorso davanti a TAF e TF (totale)	42	46	37
Sentenze del TAF	9	4	7
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	6	1	5
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	2	2	1
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1	1	1
Sentenze del TF	7	6	1
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	6	5	0
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1	0	1
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	0	1	0
Pendenti a fine anno (presso TAF e TF)	29	36	33

Pareri, raccomandazioni, preavvisi ecc.			
Pareri (art. 15 LCart)	0	0	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0	0
Pareri (art. 47 LCart., art. 5 cpv. 4 LSPr oppure 11a LTC)	0	2	0
Controlli a posteriori	0	1	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	1	0
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	327	120	152
Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)	12	17	8
Valutazione degli aiuti	2	-	-
LMI			
Raccomandazioni/Indagini (art. 8 LMI)	0	3	0
Perizie (art. 10 LMI)	1	2	3
Consulenze (Segreteria)	63	93	94
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 ^{bis} LMI)	2	0	0

Dai dati statistici relativi al 2020 e dal loro confronto con quelli relativi al 2019-2018 emergono i seguenti punti essenziali:

- inchieste: nel 2020 le autorità della concorrenza hanno svolto più o meno lo stesso numero di inchieste rispetto a entrambi gli anni precedenti. Nel 2020 il numero di procedure portate a termine dalla COMCO è stato leggermente minore (in due casi su sei le decisioni prese dalla Camera competente sono decisioni parziali). Ciononostante, data la maggiore disponibilità di risorse, è riuscita ad aprirne più del normale;
- inchieste preliminari e osservazioni di mercato: nel 2020 la Segreteria ha svolto più o meno lo stesso numero di inchieste preliminari rispetto ai due anni precedenti. Ciò vale anche per il numero di conciliazioni. Tuttavia la Segreteria quest'anno ha avviato una sola inchiesta preliminare. Il numero di osservazioni di mercato avviate nel 2020 tramite annunci e notifiche è stato di gran lunga superiore alla media;
- concentrazioni: il numero di concentrazioni accertate è rimasto costante;
- procedure di ricorso: pur rimanendo relativamente elevato, il numero di procedure pendenti presso il TAF e il TF è comunque leggermente diminuito. La COMCO si considera soddisfatta di aver vinto almeno parzialmente la maggior parte delle cause;
- perizie, raccomandazioni e prese di posizione: a prescindere da due perizie per la Sorveglianza dei prezzi nel 2019, negli ultimi tre anni la COMCO non ha né rilasciato raccomandazioni, né redatto perizie. In compenso la Segreteria è stata invitata a una presa di posizione in un numero molto maggiore di consultazioni degli uffici. Questo aumento si deve soprattutto all'alto numero di interventi parlamentari e richieste da parte della politica nonché di dossier legati al coronavirus. Il numero di prese di posizione della COMCO all'interno di procedure di consultazione è rimasto piuttosto costante;
- LMI: le questioni affrontate nell'ambito della legge federale sul mercato interno riguardano più o meno gli stessi temi considerati negli anni precedenti. Solo

il numero di consulenze si attesta a un valore inferiore di circa un terzo rispetto al 2018 e al 2019.

5 Tema speciale: 25 anni LCart

5.1 Modernizzazione del diritto svizzero sui cartelli

5.1.1 La Svizzera cartellistica e le conseguenze del no allo SEE

Fino alla fine degli anni Ottanta la lotta contro i cartelli e le altre restrizioni della concorrenza aveva un basso profilo in Svizzera. Come quella del 1962, anche la legge sui cartelli del 1985 aveva un approccio basato principalmente sulla protezione della singola azienda, pur equiparando tale protezione alla protezione funzionale, cioè alla protezione della concorrenza efficace. Tuttavia, gli strumenti giuridici per la lotta ai cartelli erano insufficienti. Con il «metodo del saldo», la Commissione dei cartelli doveva trovare il giusto equilibrio fra gli interessi della protezione della concorrenza e altri interessi pubblici; non c'erano istruzioni chiare sul comportamento delle aziende e la legge era diretta solo contro i cartelli. Inoltre, l'attuazione non era soddisfacente a causa delle scarse risorse a disposizione della Segreteria, la Commissione non poteva emanare decisioni ma solo raccomandazioni e la procedura era lacunosa.

Quello era un periodo di recessione, i tassi d'inflazione erano alti e si stava instaurando una certa stasi economica. Le speranze di miglioramento dell'economia si basavano allora sull'eventuale adesione della Svizzera allo Spazio economico europeo (SEE). Anche dal punto di vista del diritto della concorrenza, l'adesione sarebbe stata particolarmente liberatoria considerate le lacune della LCart del 1985: avrebbe infatti comportato per la Svizzera l'adozione delle severe norme di concorrenza che vigevano all'epoca nella Comunità Economica Europea (CEE), ora Unione Europea (UE), cioè il divieto di cartelli, il divieto di abuso da parte di imprese dominanti e il controllo delle concentrazioni, nonché l'adozione della giurisprudenza in materia.

Come è noto, le cose andarono diversamente. Il 6 dicembre 1992 il Popolo svizzero rifiutò l'adesione allo SEE con una maggioranza risicata. Questo evento decisivo diede il via a una nuova politica della concorrenza, moderna e basata sulle conoscenze economiche. Pochi

giorni dopo, infatti, il Consiglio federale annunciò il suo programma di rinnovamento dell'economia di mercato. Quest'ultimo era destinato a compensare la mancanza di impulsi in termini di politica di concorrenza che il Consiglio federale aveva associato all'adesione allo SEE. Oltre alla revisione della legge sui cartelli, furono redatte la legge federale sul mercato interno (LMI), la legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio (LOTG) e la legge federale sugli appalti pubblici (LAPub). Inoltre, nel 1994 la Svizzera aderì all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Questi eventi e strumenti portarono ad aperture dei mercati in settori economici precedentemente protetti e al rispetto obbligatorio dei principi in materia di concorrenza.

5.1.2 Revisione del 1995

La revisione della legge sui cartelli, avviata dopo l'annuncio del Consiglio federale, procedette rapidamente. Dopo quasi tre anni, il Parlamento approvò la revisione totale e pertanto anche il cambio di paradigma. Ciò ridisegnò completamente il diritto della concorrenza secondo il modello economico dell'UE, moderno e collaudato. Le nuove disposizioni, tuttora applicabili, trattano le tre forme principali di limitazioni della concorrenza (accordi, abuso di posizione dominante, concentrazioni) e forniscono un chiaro orientamento alle imprese. L'attenzione si concentra sulla protezione funzionale, ossia sulla protezione della concorrenza efficace. La neo-costituita Commissione della concorrenza ha il potere di emanare sentenze ed è assistita da una Segreteria con una buona dotazione di personale.

5.1.3 Cura dei dettagli nella revisione del 2003

Il cartello delle vitamine, ripetutamente e altamente sanzionato a livello internazionale, mise in luce una grande carenza nella legge. Nel 1999 la COMCO poté solo constatare accordi illeciti in materia di concorrenza e imporre le spese procedurali. All'epoca, in Svizzera, non si potevano ancora emanare sanzioni dirette né prelevare una parte del guadagno ottenuto con le pratiche cartellistiche. L'allora presidente della COMCO trovò un'espressione molto calzante: «il primo omicidio è gratuito».

Diversi interventi parlamentari, un piano chiaro del Consiglio federale e un ampio consenso in Parlamento portarono, nel giugno del 2003, alla prima revisione della legge sui cartelli. Da quel momento in poi la COMCO venne autorizzata a sanzionare direttamente le violazioni più gravi della legge sui cartelli, fu introdotta la possibilità di autodenuncia (sistema del bonus, programma di clemenza) per facilitare l'individuazione dei cartelli e alla Segreteria fu data la facoltà di effettuare perquisizioni e sequestrare prove. Il Consiglio federale non aveva previsto il nuovo articolo 5 capoverso 4 sugli accordi verticali, ma attraverso la Sala dei passi perduti questa disposizione ha trovato la sua strada nella legge sui cartelli.

Questa revisione, che prevedeva un inasprimento degli strumenti a disposizione della COMCO, mirava ad aumentare l'effetto deterrente e la probabilità di individuazione delle infrazioni. Può quindi essere descritta come un perfezionamento dell'approccio seguito fino ad allora,

che ha innalzato il diritto svizzero in materia di cartelli al livello del diritto dell'UE sulla concorrenza.

5.2 Obiettivi della legge sui cartelli e attuazione pratica

5.2.1 Obiettivi della legge sui cartelli e orientamento delle attività delle autorità

L'obiettivo fondamentale della legge sui cartelli è quello di proteggere la «libera»¹ concorrenza contro l'abuso di posizioni dominanti, l'isolamento del mercato svizzero e l'eccessiva regolamentazione. La legge contiene quindi regole sui tre tipi principali di pratiche che limitano la concorrenza: il divieto di accordi ingiustificati che sopprimono o riducono notevolmente la concorrenza, il divieto di abuso di posizione dominante e l'intervento nelle concentrazioni che portano a una posizione dominante e alla soppressione della concorrenza. Inoltre, permette alle autorità in materia di concorrenza (la COMCO e la sua Segreteria) di prendere posizione contro le regolamentazioni statali che limitano la concorrenza.

La COMCO ha annunciato molto presto che avrebbe **agito principalmente contro le forme più dannose di restrizioni della concorrenza**, anche in considerazione delle limitate risorse di personale della sua Segreteria. Si è quindi concentrata sulla lotta contro i tre **accordi orizzontali** più dannosi (di prezzo, di quantità e territoriali), i due **accordi verticali** chiave (fissazione dei prezzi e protezione territoriale assoluta) e gli **abusi di posizione dominante**. Esempi delle decisioni e delle attività della COMCO in questi settori sono elencati di seguito (v. da 5.2.2 a 5.2.4).

Inoltre, nei primi anni dopo la revisione del 1995, la COMCO affrontò con molto slancio la concentrazione del mercato derivante dalle **fusioni**. Il suo scopo era quello di impedire l'emergere di posizioni dominanti a seguito di concentrazioni di imprese (cioè non come risultato di innovazioni o di successi commerciali) nell'economia svizzera, che è piccola e altamente concentrata. Le imprese dominanti create dalle fusioni indeboliscono o annullano la concorrenza. Nel 2007, tuttavia, il Tribunale federale frenò l'autorità della concorrenza: seguendo un'interpretazione strettamente giuridica e letterale dell'articolo 10 capoverso 2 lettera a LCart, concluse che la COMCO doveva provare non solo la posizione dominante sul mercato, ma anche il possibile annullamento della concorrenza in seguito alla concentrazione. La soglia per intervenire, già alta, fu così ulteriormente innalzata rispetto alla prassi della COMCO e resa significativamente più alta che in altri Paesi. In considerazione di questo cambiamento, la COMCO ha limitato l'impiego di risorse in questo settore e ha ripetutamente sottolineato la differenza rispetto al test più restrittivo ed economicamente più sensato previsto nell'UE, nonché la necessità di una riforma nel controllo delle concentrazioni (v. 5.3.2).

¹ Non esiste una definizione giuridica di concorrenza, per questo viene completata con aggettivi come «funzionante» o «efficace». Vi è unanimità su ciò che la concorrenza dovrebbe raggiungere, vale a dire la produzione di prodotti e la fornitura di servizi secondo le esigenze dei consumatori e al miglior rapporto prezzo-prestazione possibile.

Le autorità in materia di concorrenza hanno svolto un ruolo importante nel contesto delle **regolamentazioni statali**. L'esperienza ha mostrato che le regolamentazioni possono essere influenzate individuando precocemente le potenziali conseguenze a livello di limitazione della concorrenza. A volte è efficace anche ripetere con insistenza avvisi e riserve. L'essenziale è che l'autorità della concorrenza non sia percepita come una guastafeste indesiderata nel processo di regolamentazione, bensì come una partner credibile, affidabile e neutra. Questa è una posizione che la COMCO e la sua Segreteria hanno saputo costruire nel corso degli anni. Inoltre, nei settori economici che sono stati gradualmente aperti alla concorrenza (per es. i mercati delle infrastrutture e l'agricoltura), le autorità in questione hanno seguito il processo dosando gli interventi e impegnandosi per preservare e rafforzare la concorrenza.

Gli interventi di un'autorità della concorrenza sono a volte pesanti intromissioni nell'autonomia delle imprese ed è essenziale che rispettino le **garanzie fondamentali dello Stato di diritto**. Devono quindi essere anche verificabili dai tribunali, aspetto che in Svizzera è garantito con il Tribunale amministrativo federale e il Tribunale federale come autorità giudiziarie. Anche se a volte le decisioni della COMCO vengono corrette dai tribunali nell'applicazione materiale del diritto e la COMCO ha dovuto svolgere un ruolo pionieristico nei primi anni, i tribunali confermano da diverso tempo che le autorità in materia di concorrenza conducono le procedure in modo corretto secondo lo Stato di diritto e che i diritti delle parti sono pienamente garantiti.

La globalizzazione dell'economia ha lasciato il segno anche nel diritto della concorrenza. Le restrizioni della concorrenza non si fermano alle frontiere nazionali: le imprese si accordano a livello continentale o addirittura mondiale per limitare la concorrenza. La risposta **internazionale** delle autorità della concorrenza è stata la creazione di nuovi organismi per condividere esperienze e procedure, anche se le autorità continuano ad applicare le loro leggi nazionali. Nel 2002, per esempio, è stata fondata la Rete internazionale della concorrenza (*International Competition Network*, ICN), alla quale ora appartengono più di 120 autorità in materia. L'ICN e il Comitato per la concorrenza (*Competition Committee*) dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) sono diventati due piattaforme centrali per lo scambio di informazioni ed esperienze. Tuttavia, all'interno di questi organi gli scambi rimangono informali e a causa delle restrizioni imposte dal segreto d'ufficio e dai diritti procedurali delle parti non è possibile, per esempio, scambiare prove. A tal fine è necessaria un'esplicita base legale o una convenzione internazionale. La Svizzera ne ha creata una insieme all'UE nel 2013 concludendo un accordo di cooperazione. Quest'ultimo permette alle autorità svizzere ed europee in materia di concorrenza di scambiarsi una gran quantità di informazioni, tra cui le reciproche prove in procedure parallele.

Di seguito sono riportati alcuni punti salienti della prassi della COMCO, con cui l'autorità ha attuato gli obiettivi della legge sui cartelli e quindi la volontà del legislatore. L'analisi non mira a coprire l'intera prassi della COMCO degli ultimi 25 anni, ma evidenzia piuttosto i punti focali dell'attività delle autorità in questione sulla base delle

decisioni che hanno raggiunto un alto livello di notorietà pubblica (v. 5.2.2 – 5.2.5). Anche il diritto procedurale ha svolto un ruolo centrale (v. 5.2.6).

5.2.2 Importazioni parallele: apertura ai mercati esteri

Un obiettivo importante della legge sui cartelli è quello di mantenere il mercato svizzero aperto ai Paesi limitrofi. La concorrenza transfrontaliera fornisce un contributo importante al funzionamento della concorrenza interna. Essendo un mercato relativamente piccolo (con circa 8,5 milioni di abitanti), la Svizzera è molto concentrata in vari settori dell'economia e in alcuni casi presenta volumi di mercato ridotti. Questo significa che in diversi mercati manca lo scontro fra varie aziende forti e di successo. Inoltre, è un Paese dai prezzi elevati per diverse ragioni, tra cui diversi ostacoli commerciali. Gli interventi delle autorità in materia di concorrenza possono contrastare solo in misura limitata questa situazione. Per la Svizzera i mercati aperti – verso l'esterno e all'interno – sono la migliore forma di concorrenza. Le frontiere aperte e la libera circolazione di beni e servizi compensano inoltre la parziale mancanza di pressione competitiva sul territorio nazionale.

Nell'ambito delle sue possibilità la COMCO si è sempre occupata degli ostacoli alle importazioni dirette e parallele, dando così il suo contributo all'apertura dei mercati. La trilogia di decisioni GABA-BMW-NIKON ha avuto un ruolo centrale in questo senso. Nel caso di GABA si trattava degli ostacoli alle importazioni parallele del dentifricio «Elmex». Dal punto di vista economico il caso è piuttosto insignificante, ma il Tribunale federale gli ha dato lo status di sentenza-guida. Oltre a confermare la decisione della COMCO e del Tribunale amministrativo federale, la più alta corte svizzera ha anche affermato che ostacolare le importazioni parallele è significativo di principio, anche senza che gli effetti vengano dimostrati (come le altre fattispecie dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart), nonché inammissibile, salvo se giustificato da ragioni di efficienza economica. Nei casi BMW e NIKON una delle questioni riguardava le cosiddette «clausole SEE» negli accordi di distribuzione esteri, che vietavano ai concessionari di fornire i prodotti in questione ai clienti in Svizzera, cioè al di fuori dello SEE. Questi casi hanno anche dimostrato che la legge sui cartelli è applicabile a livello extraterritoriale se una restrizione causata all'estero produce un effetto in Svizzera. Nel caso della BMW si trattava di un mercato di importanza economica. L'intervento della COMCO ha favorito le importazioni dirette e parallele di automobili e quindi la pressione sui prezzi degli importatori e dei concessionari locali.

5.2.3 Apertura dei mercati degli appalti e accordi di appalto

I classici accordi hard-core orizzontali sono chiaramente dannosi. Tra le altre cose, portano a prezzi più alti, riducono la qualità e inibiscono l'innovazione. Gli accordi sui prezzi sono sempre stati una caratteristica della Svizzera. La COMCO li ha perseguiti con coerenza e in molte occasioni, sia nei settori economici più ampi (per esempio gli accordi tra alcune banche e nel settore degli appalti) sia nei mercati più piccoli (per esempio gli accordi tra scuole guida). La loro nocività è illustrata in modo

impressionante dagli accordi nel settore delle costruzioni.

Con l'adesione all'OMC nel 1994 la Svizzera ha assunto l'obbligo (a partire da determinate soglie) di aggiudicare gli appalti pubblici in una procedura trasparente e competitiva. Il principio della concorrenza è stato quindi applicato anche in un ambito che prima era fortemente caratterizzato dagli interessi personali delle comunità e delle persone coinvolte. Così, da parte del settore pubblico, c'erano le condizioni per poter assegnare gli appalti su base competitiva – con conseguenze positive per l'uso dei fondi pubblici.

A loro volta, anche le aziende hanno dovuto essere disposte a riorientarsi. Da quel momento hanno dovuto competere per i contratti che prima vincevano senza molto sforzo grazie ad aggiudicazioni protezionistiche. Le procedure di appalto pubblico sono caratterizzate dall'anonimato delle aziende in concorso e dunque, in questo gioco one-shot, vince l'offerta con il miglior rapporto qualità-prezzo. Era quindi ovvio che alcune aziende avrebbero aggirato lo scopo della legge sugli appalti e diretto le aggiudicazioni secondo la loro volontà, come ai tempi dei cartelli, determinando vincitori e vinti sulla base di una fissazione comune dei prezzi delle offerte. Dalla revisione del 1995 in poi le autorità della concorrenza hanno ricevuto diverse segnalazioni di tali accordi. Dopo aver scoperto un ampio cartello nel settore della pavimentazione stradale in Ticino nel 2007, la COMCO ha reso gli accordi di appalto un punto focale delle sue attività nel 2008.

Negli anni successivi la COMCO ha concluso con successo varie inchieste: installazioni elettriche a Berna nel 2009, costruzione stradale e genio civile nel Cantone di Argovia nel 2011 e nel Cantone di Zurigo nel 2013, pulizia delle gallerie nel 2015 e settore della costruzione strade e del genio civile nel distretto di See-Gaster nel 2016. La COMCO ha affrontato il più grande complesso di accordi di appalto nell'inchiesta aperta nell'ottobre 2012 nel Cantone dei Grigioni. Mentre l'inchiesta iniziale si limitava alle segnalazioni di accordi di appalto nella Bassa Engadina, dopo diverse autodenunce e ulteriori perquisizioni l'inchiesta si è estesa all'intero Cantone ed è stata poi suddivisa in dieci inchieste separate. Nelle sue dieci decisioni (Engadin «I-VIII», Münstertal e Strassenbau Grigioni), la COMCO ha constatato che più di 1150 progetti edili e di genio civile del Cantone, di alcuni Comuni e di privati, per un valore totale di diverse centinaia di milioni di franchi, erano stati manipolati mediante accordi di appalto. Le decisioni hanno attirato una grande attenzione mediatica, dimostrando così a un vasto pubblico che gli accordi orizzontali sui prezzi sono dannosi, fanno lievitare i prezzi e mantengono le vecchie strutture a scapito dei consumatori. La COMCO non si sottrae all'onere di lavoro dato dai casi complessi e persegue con coerenza gli accordi di appalto.

Oltre a perseguire gli accordi di appalto, le autorità in materia di concorrenza hanno investito molto nella prevenzione e nella sensibilizzazione. La Segreteria, per esempio, ha sensibilizzato e informato a più riprese i servizi cantonali e federali di aggiudicazione dedicando a questo tema eventi di mezza giornata o di una giornata intera. Oggi gli enti aggiudicatori sono in grado di rileva-

re da soli gli indizi di accordi illeciti. Inoltre, le autorità in materia di concorrenza hanno sviluppato uno strumento statistico («screening tool») per individuare i casi sospetti. Questo strumento, che ha avuto un buon riscontro all'estero, è utilizzato da alcuni Cantoni. Le varie attività aumentano l'effetto deterrente e prevengono gli accordi di appalto rendendo più difficile la loro realizzazione.

5.2.4 Apertura dei mercati delle infrastrutture sotto la supervisione delle autorità della concorrenza

La Svizzera ha iniziato nel 1998 ad ammettere la concorrenza nei suoi mercati delle infrastrutture. L'obiettivo era far sì che i monopoli statali affrontassero la concorrenza delle nuove aziende sul mercato. Una prima ondata di aperture ha interessato i mercati delle telecomunicazioni, delle poste e del trasporto ferroviario. Nel mercato delle telecomunicazioni, per esempio, dopo l'apertura sono emersi nuovi fornitori che hanno sfidato Swisscom, la quale aveva iniziato come società consolidata con una posizione dominante e di monopolio. Il compito delle autorità in materia di concorrenza, in particolare in questo mercato, era quindi prevenire eventuali abusi contro le nuove società in modo da dare una possibilità alla concorrenza. Come già accaduto in altri Paesi, gli ex monopolisti in alcuni casi sono entrati in conflitto con la legislazione sui cartelli. Nel mercato delle telecomunicazioni ciò è testimoniato da numerose inchieste e decisioni della COMCO (non tutte passate in giudicato). La decisione più significativa è stata ADSL II, in cui la COMCO ha constatato un'inammissibile compressione dei margini, cioè una discriminazione dei prezzi contro i concorrenti nelle offerte a banda larga. Il Tribunale federale ha confermato la violazione della legge sui cartelli e a Swisscom è stata inflitta una multa di 186 milioni di franchi per questa pratica – fra le sanzioni della COMCO passate in giudicato questa resta finora la più alta.

In altri mercati delle infrastrutture l'apertura del mercato è stata ritardata ed è avvenuta sotto la pressione delle decisioni della COMCO.

- Nel mercato dell'elettricità la COMCO ha condotto un'inchiesta sul rifiuto delle centrali elettriche friburghesi (*Freiburger Elektrizitätswerke*, FEW) di trasmettere ai consumatori finali elettricità di altri produttori attraverso le loro reti. Nel 2000 questo rifiuto è stato considerato un abuso di posizione dominante nel settore della rete. Anche se l'apertura del mercato per mezzo di una legge sul mercato dell'energia elettrica è stata respinta dal popolo nel 2002, la conferma della decisione FEW della COMCO da parte del Tribunale federale nel giugno del 2003 ha di fatto aperto il mercato alla concorrenza. All'inizio del 2008 il legislatore ha optato per un'apertura regolamentata del mercato (Legge sull'approvvigionamento elettrico).
- Dopo l'apertura regolamentata del mercato dell'elettricità, il Consiglio federale intendeva aprire anche il mercato del gas. Tuttavia, i lavori accumulavano sempre più ritardi. Allo stesso tempo si facevano più pressanti i reclami da parte dei clienti, che volevano essere liberi di scegliere il loro fornitore. Nel giugno 2020 la COMCO ha emanato una decisione fondamentale nel mercato del gas naturale della

Svizzera centrale, sanzionando gli operatori della rete del gas ewl ed EGZ per aver rifiutato illegalmente il passaggio del gas. Le due società si sono dichiarate disposte a trasportare in futuro il gas di altri fornitori e hanno concluso una conciliazione in tal senso con l'autorità della concorrenza. Di conseguenza, il mercato del gas – come quello dell'elettricità nel 2003 – è stato aperto sulla base della legge sui cartelli, applicabile caso per caso.

5.2.5 Mantenere aperti i mercati digitalizzati

La diffusione di Internet e delle connessioni a banda larga in Svizzera, iniziata all'inizio del secolo e ormai quasi completa e capillare, ha portato alla nascita di nuovi mercati e all'erosione o alla scomparsa di altri all'insegna del concetto di «digitalizzazione». Questa trasformazione dell'economia ha offerto e continua a offrire ottime opportunità, ma comporta anche rischi per la concorrenza e nuove sfide per le autorità in materia. Nei mercati digitalizzati, gli effetti di rete, le piattaforme digitali, la sovranità sui dati e la domanda danno spesso origine a posizioni dominanti sul mercato, che sono viste in modo ambivalente dal punto di vista del diritto della concorrenza. Da un lato possono essere la soluzione economicamente più efficiente quando i mercati tendono verso i monopoli naturali, dato che questo è l'unico modo per ottenere prezzi bassi e alta qualità. Dall'altro, le aziende dominanti in questi mercati possono sfruttare la loro posizione a scapito dei consumatori e spingere fuori dal mercato i concorrenti sgraditi o addirittura impedire loro di entrarci per preservare ed espandere il proprio potere.

Negli ultimi anni le autorità della concorrenza si sono occupate sempre più di queste ambivalenze dei mercati digitali. Al fine di mantenere aggiornata la base per la valutazione dei mercati digitali, nel 2014 la Segreteria ha creato un gruppo di lavoro interno denominato «Digitalizzazione». Oltre ad assistere l'autorità nelle varie questioni, il gruppo segue gli sviluppi internazionali e la giurisprudenza. Inoltre, la COMCO ha scelto la digitalizzazione come suo nuovo tema prioritario nel 2017, manifestando così la particolare attenzione che rivolge al settore.

Oltre a questo riorientamento a livello organizzativo e contenutistico, le autorità della concorrenza hanno condotto una serie di procedimenti in cui la digitalizzazione ha svolto un ruolo rilevante. Una delle decisioni più importanti è stata quella relativa alle piattaforme di prenotazione alberghiera, che hanno acquisito sempre maggior peso. Le piattaforme come Booking imponevano condizioni restrittive agli hotel e, nella sua decisione del 2015, la COMCO ha proibito loro di limitare in modo esteso la politica di offerta degli hotel. Concretamente, questi ultimi devono poter fissare prezzi più bassi o offrire un numero di camere superiore su altri canali di distribuzione. Un'altra procedura ha riguardato il comportamento di Apple, che non intendeva ammettere TWINT come soluzione alternativa di pagamento digitale a tutti gli effetti sugli iPhone. Solo dopo l'intervento della Segreteria, Apple ha fornito il codice necessario per il funzionamento di TWINT sugli iPhone senza restrizioni. Sempre in questo ambito è ancora in corso una procedura sulle soluzioni di pagamento digitale. In questo

caso si sospetta un boicottaggio da parte delle banche sostenitrici di TWINT, che non consentono l'utilizzo delle loro carte di credito in Apple Pay. Si può partire dal presupposto che le autorità della concorrenza continueranno a trattare nuove questioni relative alla digitalizzazione anche nel prossimo futuro.

5.2.6 Sfide nell'ambito del diritto procedurale

Il buon diritto materiale entra in considerazione solo se viene applicato correttamente dal punto di vista procedurale. Questa è stata una grande sfida per le autorità della concorrenza dopo l'entrata in vigore della legge sui cartelli del 1995. I collaboratori avevano poca esperienza con il diritto procedurale amministrativo (PA) e dovevano prima elaborarne i principi. Sono anche stati fatti degli errori lungo la strada. In una sentenza del 1998 basilare per il diritto procedurale, l'allora Commissione di ricorso in materia di concorrenza diede istruzioni sul corretto svolgimento delle procedure in conformità con lo Stato di diritto.

La Segreteria ha quindi introdotto un sistema di gestione dei processi che ha uniformato le procedure dell'autorità della concorrenza, ha garantito il rispetto dei principi dello Stato di diritto e ha istituzionalizzato il controllo della qualità dal punto di vista giuridico ed economico. Un rapporto esterno sulle procedure della COMCO commissionato dall'allora Dipartimento dell'economia ha confermato, nel 2000, che c'erano state carenze fondamentali a livello procedurale, ma che nel frattempo erano state eliminate.

Dopo questa importante correzione nella procedura, la discussione si è concentrata sulle questioni materiali. Anche se le parti cercano di far valere quasi sempre una generica «violazione del diritto di essere sentiti», il TAF ha regolarmente confermato la correttezza della procedura dinanzi alla COMCO.

Un nuovo fronte è stato aperto solo in relazione alle prime decisioni sulle sanzioni. Nel caso Publigroupe si è sostenuto che la procedura dinanzi alla COMCO abbia violato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e che la sanzione imposta dovesse quindi essere revocata. In sentenze esemplari il Tribunale amministrativo federale e il Tribunale federale hanno confermato che le procedure sanzionatorie della COMCO sono di natura simile al diritto penale e che i principi della CEDU sono applicabili ad esse. Seguendo le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, hanno stabilito che la CEDU è soddisfatta se durante la procedura un tribunale indipendente con piena giurisdizione può controllare le decisioni della COMCO, compito che in Svizzera viene svolto dal Tribunale amministrativo federale. A loro avviso, è quindi irrilevante se la COMCO e i suoi rappresentanti di interessi non soddisfano i requisiti di un tribunale indipendente ai sensi della CEDU.

Le perquisizioni, che la Segreteria può svolgere dalla revisione del 2003, si sono rivelate un vero successo: permettono infatti di accedere a prove detenute dalle aziende non ottenibili attraverso le misure investigative tradizionali, come questionari e audizioni. Dopo un'accurata formazione del personale, la prima perquisizione ha avuto luogo il 14 febbraio 2006. Negli anni successivi lo strumento è stato migliorato, l'esperienza del

personale è aumentata continuamente e si è fatto ricorso a nuovi strumenti digitali. Da allora la Segreteria ha condotto circa 40 perquisizioni in oltre 150 aziende. Le prove sequestrate le hanno generalmente permesso di dimostrare una limitazione illecita della concorrenza.

La Svizzera ha raggiunto una pietra miliare a livello internazionale il 1° dicembre 2014 con l'entrata in vigore dell'accordo di cooperazione con l'UE. È stato il primo accordo al mondo a permettere non solo uno scambio informale di prove, ma anche, in determinate circostanze, uno scambio di prove senza il consenso delle imprese coinvolte. L'accordo permette alle autorità della concorrenza di scambiarsi informazioni su qualsiasi questione e di coordinare le perquisizioni nelle procedure parallele, di esaminare le autodenuche con il consenso dell'impresa coinvolta e di scambiarsi le prove in una procedura prestabilita. L'attuazione dell'accordo si è rivelata molto positiva – almeno dal punto di vista della Svizzera – perché porta a una serie di contatti e scambi che sono estremamente utili nella lotta contro i cartelli attivi a livello internazionale e permette di coordinare le procedure.

5.3 Aspetti migliorabili dell'attuale legge sui cartelli

5.3.1 In generale

Nella revisione del 2003 il legislatore aveva sancito un obbligo di valutazione dei nuovi strumenti (sanzioni dirette, autodenucia, programma di clemenza, ecc.) nella legge sui cartelli. Il Consiglio federale vi ha dato seguito nel 2009 con una revisione completa dell'applicazione della legge sui cartelli e un rapporto dettagliato. Nel rapporto ha illustrato le carenze rimanenti, come l'assetto istituzionale dell'autorità della concorrenza, la mancanza di un divieto per le forme più dannose di accordi, il test materiale nel controllo delle concentrazioni, l'attuazione appena percettibile del diritto civile in materia di cartelli e alcuni aspetti procedurali.

La revisione della legge sui cartelli avviata su questa base è fallita nel 2014, dopo che il Consiglio nazionale ha deciso per due volte di non entrare in materia. La ragione va ricercata nella profonda divergenza degli interessi in Parlamento, a seguito della quale si potevano trovare maggioranze per singoli punti della revisione, ma non per l'intero pacchetto.

Mentre il divieto dei cartelli *hard-core* è stato *de facto* attuato con la giurisprudenza GABA del Tribunale federale, la riforma istituzionale è stata controversa. Nonostante le critiche internazionali, anche in futuro sarà probabilmente difficile trovare una maggioranza in Parlamento per una COMCO professionalizzata e ridimensionata o per un'autorità della concorrenza sullo stile del *Bundeskartellamt* tedesco. Alcuni punti sono rimasti tuttavia in gran parte indiscussi e la loro necessità di revisione permane. La questione viene brevemente presentata qui di seguito.

5.3.2 Controllo delle concentrazioni

Il controllo svizzero delle concentrazioni, con la sua alta soglia di intervento (soppressione della concorrenza), contrasta con il controllo internazionale delle fusioni, in

particolare con quello dell'UE. Quest'ultimo è stato rivisto nel 2004 e da allora è sufficiente un «ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva» per l'intervento dell'autorità in materia. In compenso, permette di esaminare le efficienze. In questo aspetto il diritto svizzero sui cartelli, che altrimenti è modellato su quello dell'UE in quasi tutti i settori e le cui disposizioni sono interpretate in conformità con la giurisprudenza europea, si discosta significativamente dall'UE. Ciò è controproducente per una valutazione uniforme delle fusioni internazionali. Anche il test molto permissivo della legge svizzera sui cartelli non è favorevole alle PMI, poiché permette alle grandi imprese già dominanti di concentrarsi ulteriormente, portando a squilibri di potere nei rispettivi settori economici.

Dopo il fallimento della revisione la SECO ha commissionato due studi per analizzare le differenze tra le soglie d'intervento in Svizzera e nell'UE ed esaminare come le disposizioni europee sarebbero state applicate alle concentrazioni autorizzate dalla COMCO. Per la COMCO la conclusione di questi studi è chiara: l'adozione del test materiale europeo permetterebbe di affrontare meglio la crescente concentrazione dell'economia svizzera e anche di tenere conto adeguatamente delle considerazioni sull'efficienza, che vengono spesso formulate nel caso delle concentrazioni.

5.3.3 Diritto civile in materia di cartelli

Con la scoperta dei numerosi accordi di appalto (v. 5.2.3), l'attenzione si è spostata sulle modalità con cui le collettività pubbliche e i privati potrebbero far valere nei confronti dei cartellisti la riparazione del danno subito per i prezzi eccessivamente elevati. L'attuale legge sui cartelli prevede che le vittime di limitazioni illecite della concorrenza possono ottenere il risarcimento del danno e la riparazione morale, così come la restituzione dell'utile illecito attraverso un procedimento civile. Di fatto però cause simili vengono presentate solo raramente davanti ai tribunali civili cantonali e la probabilità di successo è molto bassa. Ciò è dovuto al fatto che per far valere i diritti in materia di cartelli sul piano civile gli ostacoli sono eccessivamente alti in Svizzera (v. rapporto annuale COMCO del 2019).

A causa di questi ostacoli il *private enforcement* in Svizzera – in contrapposizione al quadro giuridico sostanzialmente rafforzato nell'UE – è di fatto inesistente. Gli incentivi ad avviare un'azione davanti a un tribunale civile potrebbero essere nettamente aumentati con modifiche della legge conformi al sistema. Bisogna prestare attenzione ai rischi, come la compromissione dell'importante autodenucia (programma di clemenza) a seguito dell'accesso facilitato ai documenti delle autorità. Non si tratta di rafforzare il diritto civile in materia di cartelli a scapito di quello amministrativo, ma piuttosto di migliorare l'applicazione del diritto in materia. Le esperienze fatte nei Paesi europei mostrano che è possibile rendere più attrattiva la procedura civile senza che si arrivi a una cultura eccessiva dell'azione legale. La riforma dovrebbe consentire a coloro che subiscono una limitazione della concorrenza di prendere autonomamente l'iniziativa, in modo che non dipendano dalla discrezione dell'autorità in materia di concorrenza.

5.3.4 Revisione 2021

Dal punto di vista della COMCO è opportuno lavorare sui punti deboli dell'attuale legge sui cartelli e colmare le lacune in una revisione. Anche il Consiglio federale si è dichiarato favorevole e ha annunciato che intende inviare in consultazione una proposta di revisione nella prima metà del 2021 – salvo ritardi legati alla situazione COVID. La revisione prevista affronterà il controllo delle concentrazioni e il diritto civile in materia di cartelli, così come altre questioni subordinate in sospenso. L'esperienza del passato mostra che una revisione limitata e snella ha maggiori possibilità di essere approvata, come avvenuto con quella del 2003. Un «carrello» sovraccarico rischia di rovesciarsi, come la revisione del 2012. Da un punto di vista economico e giuridico, è importante che nessun elemento estraneo al sistema sia introdotto nella legge sui cartelli e che nessun pilastro centrale della legge sia indebolito a seguito del successo della COMCO negli ultimi anni.

5.4 Conclusione e previsioni

La legge sui cartelli, che ha ormai 25 anni, è un pilastro solido e importante della politica economica svizzera. La COMCO e la sua Segreteria hanno combattuto contro gli accordi sui prezzi e le varie forme di isolamento del mercato, hanno aperto i mercati e rafforzato il mercato interno. Le autorità della concorrenza si sono concentrate sugli accordi orizzontali di concorrenza più dannosi (accordi di prezzo, di quantità e territoriali), sugli accordi verticali chiave (fissazione dei prezzi e protezione territoriale assoluta) e sugli abusi di posizione dominante. I preziosi strumenti che le sono stati affidati, come le san-

zioni, il programma di clemenza (autodenunce) e le perquisizioni, hanno dimostrato il loro valore. Così, le dichiarazioni centrali del rapporto di valutazione del 2009 possono essere ancora citate a buon titolo 12 anni dopo:

«Le analisi confermano che un diritto dei cartelli moderno e un'autorità della concorrenza dinamica e indipendente presentano grandi vantaggi economici per la Svizzera. Il legislatore ha dunque intrapreso la strada giusta. Il diritto dei cartelli deve essere incisivo e l'autorità della concorrenza deve disporre dei mezzi per applicarlo.»

«Nel complesso, i nuovi strumenti istituiti con la revisione della legge sui cartelli (sanzioni dirette, regime del bonus, procedura di opposizione, perquisizioni) si sono rivelati utili. Essi contribuiscono a impedire o a individuare gli ostacoli alla concorrenza nonché a promuovere la concorrenza migliorando l'effetto preventivo della legge e la conformità delle pratiche alla legislazione sui cartelli.»

La politica svizzera della concorrenza e la sua attuazione nell'attuale legge sui cartelli sono mirate e in linea con gli standard internazionali. I punti da migliorare sono già stati identificati e si sta lavorando all'eliminazione degli aspetti più problematici. In ultima analisi, però, è l'autorità della concorrenza che attua le disposizioni. Ha il potere di rimediare alle violazioni del diritto della concorrenza con le sue decisioni, creando così certezza del diritto e ottenendo un effetto preventivo sufficientemente elevato. La COMCO garantisce un'applicazione del diritto sui cartelli al passo con i tempi.

A 1.	4. Annual Report 2020 of the Competition Commission
------	--

Table of Contents

1	Foreword from the President	67	5.1.2	Revision of 1995	80
2	Most Important Decisions of 2020	68	5.1.3	Fine tuning in the revision 2003	80
2.1	Decisions by the Competition Commission	68	5.2	Goals of the Cartel Act and its practical implementation	81
2.2	Court judgments	69	5.2.1	Goals of the Cartel Act and the authority's objectives	81
3	Activities in Individual Sectors	70	5.2.2	Parallel imports: Opening up to foreign markets	82
3.1	Construction	70	5.2.3	Opening of procurement markets and bid rigging	82
3.1.1	Bid rigging	70	5.2.4	Support from the competition authorities for the liberalisation of infrastructure markets	83
3.1.2	Building materials and landfills	71	5.2.5	Keeping digitalised markets open	83
3.1.3	Environment and waste disposal	71	5.2.6	Procedural challenges	84
3.1.4	Raising awareness of bid rigging	71	5.3	Work in progress on the current Cartel Act	84
3.2	Services	71	5.3.1	General Remarks	84
3.2.1	Financial services	71	5.3.2	Merger control procedure	84
3.2.2	Health care	72	5.3.3	Civil actions against cartels	85
3.2.3	Liberal professions and other services	72	5.3.4	Revision 2021	85
3.3	Infrastructure	73	5.4	Conclusion and outlook	85
3.3.1	Telecommunications	73			
3.3.2	Media 13				
3.3.3	Energy	73			
3.3.4	Transport	74			
3.3.5	State aid	74			
3.4	Product markets	74			
3.4.1	Vertical agreements	74			
3.4.2	Consumer goods industry and retail trade	74			
3.4.3	Watch industry	74			
3.4.4	Automotive sector	75			
3.4.5	Agriculture	75			
3.5	Internal market	75			
3.6	Investigations	76			
3.7	International	76			
3.8	Legislation	77			
4	Organisation and Statistics	78			
4.1	ComCo, Secretariat and statistics	78			
4.2	Statistics	78			
5	Special Topic: 25 years of the Cartel Act	80			
5.1	The modernisation of Swiss competition law	80			
5.1.1	Switzerland as a land of cartels and the consequences of voting no to the European Economic Area	80			

1 Foreword from the President

The abiding memories of 2020 will be the spread of SARS-CoV-2 and the accompanying distortions in society, government and business. Even though countermeasures were taken swiftly, and the market economy proved its ability to adapt quickly, the first half of the year saw an unprecedented fall in the gross domestic product. Some sectors suffered from the crisis more than others. This also had consequences for competition. There were calls for more cooperation. ComCo made it clear to the public that the law on cartels must continue to apply even during the COVID-19 pandemic. At the same time ComCo signalled its readiness to support the formulation of measures to combat the COVID situation that comply with competition law. For example, there is plenty of scope for cooperation between companies in developing treatments and vaccines or in overcoming shortages in supply.

After the special situation was declared on 16 March, ComCo, just like other authorities, businesses and organisations, had to change its working methods from one day to the next. Any technical difficulties were quickly overcome, as the authority had already comprehensively digitalised its operations. This meant that businesses and other authorities could easily contact ComCo's staff at any time. When it came to meeting deadlines, there was plenty of flexibility, with the result that no changes to the law were required. Staff were prepared to go the extra mile, as the rapid examination of state aid for the aviation industry showed, so that all concerned obtained clarity quickly.

Regardless of these challenges, ComCo has continued to make progress with its cases. In addition to the state aid assessments just mentioned, two investigations in particular occupied ComCo: in the watch market, it decided that the supply obligations and restrictions that have applied to Swatch for years will now expire; however, the Swatch subsidiary ETA remains dominant in the market for mechanical watch movements. In the natural gas market, it took a decision of major importance: it ordered network proprietors in Central Switzerland to allow the transit of natural gas through their systems. The end customers are now free to choose their gas supplier. This decision is important for the entire country and will lead to the complete liberalisation of the gas market.

Now is certainly not the time to celebrate. Nevertheless, a special jubilee is imminent: in 2021 not only the Cartel Act and the Internal Market Act, but also ComCo itself will be 25 years old. Its mission to protect competition remains unchanged. This annual report will give you an impression of the broad spectrum of this task.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
President of the Competition Commission

2 Most Important Decisions of 2020

2.1 Decisions by the Competition Commission

On 14 December 2020, ComCo took interim measures against Swisscom and prohibited it with immediate effect from expanding its optical fibre network in a manner that makes it impossible for third parties to obtain Layer 1 access from Swisscom exchanges. At the same time, it opened an investigation into **Swisscom's network expansion strategy**.

ComCo is consistent in its efforts to combat agreements on procurement. In 2020 it investigated a bidding agreement in the IT sector for the first time, one that affected the Swiss National Bank (SNB). The SNB operates its own data network (**optical network**) that covers part of its data communication. To do this, the Bank purchases network components from IT companies. In one procurement project, the suppliers and manufacturers of these components colluded over the bids. However, all the companies cooperated in the investigation, which made it possible to reach an amicable solution, keep the proceedings to a brief ten months, and secure a significant reduction in the fine to a total of CHF 55,000. The decision of 16 November 2020 has taken full legal effect.

At the end of 2016 and in mid-2019 ComCo issued a series of partial decisions with sanctions in the financial sector and approved several amicable settlements. In October 2020 the ComCo Chamber for partial decisions approved additional amicable settlements. Firstly as part of the investigation into **Yen interest rate derivatives based on Yen LIBOR** with NEX (formerly the brokerage house ICAP plc): NEX's practices are unlawful under competition law, but cannot be penalised. In addition, the Chamber for partial decisions abandoned the investigation into NEX relating to Euroyen interest rate derivatives based on the Euroyen TIBOR. Secondly, in the investigation relating to **Euro interest rate derivatives based on EURIBOR**, the amicable settlement with Crédit Agricole and HSBC France was approved. The Chamber for partial decisions fined Crédit Agricole around CHF 4.5 million and HSBC France almost CHF 2 million. These decisions are now legally binding.

UPC holds exclusive rights to broadcast matches in the **Swiss ice hockey championship** for the period from 2017 to 2022. It thus has a dominant position for the live broadcasting of ice hockey matches on pay TV. UPC has abused its market position by refusing any Swisscom offers to transmit live ice hockey until summer 2020. Through this practice, UPC has unlawfully prevented Swisscom from competing. On 7 September 2020 ComCo fined UPC around CHF 30 million for its conduct. UPC contested the decision in the Federal Administrative Court (FAC). In May 2016 ComCo fined Swisscom for similar practices in relation to broadcasting live sport (football and ice hockey).

In a decision dated 13 July 2020, ComCo did not impose any new obligation to supply on the Swatch Group subsidiary **ETA** and did not place any further restrictions on the supply of **Swiss-made mechanical watch movements**. This latest decision is based on older decisions. At the end of 2013, ComCo approved an amicable settlement with the Swatch Group. This provided that its

subsidiary ETA would have to supply its customers at that time with specific quantities of mechanical watch movements until the end of 2019. The amicable settlement was intended to create incentives to generate adequate competition by the end of 2019 and allow customers to find alternative sources of supply. On the expiry of this period, there was to be no further obligation to supply. However, in November 2018 ComCo opened a re-assessment procedure as there were indications that the market for Swiss-made mechanical watch movements had not developed as expected. ComCo's complex investigations revealed that the market had reacted to the incentives put in place in 2013 and competitive relationships had largely established themselves as expected. For example, ETA's customers have expanded their number of suppliers. Based on a broad appraisal, ComCo concluded that no additional obligations should be imposed on ETA. The Swatch Group subsidiary retains a dominant position in the market for Swiss-made mechanical watch movements, however, and continues to be monitored for any abuses. The decision has taken full legal effect.

With its legally binding decision of 25 May 2020, ComCo opened up the **natural gas market** in Central Switzerland. Under investigation was the question of whether decisions by energie wasser luzern (ewl) and Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) not to allow third parties to supply end customers through their pipeline networks constituted an unlawful refusal to do business. ComCo concluded in its investigation that ewl and EGZ had abused their dominant position for the transport and distribution of natural gas through their pipeline networks: when asked, they refused to allow a third-party supplier transit access to supply gas heating customers in the city of Lucerne. In the past ewl and EGZ only allowed a change of supplier in the case of major process gas customers connected to their networks who fulfilled the requirements of the associations' agreement on network access. This unlawful refusal to do business meant that ewl and EGZ received all the revenues from the sale of natural gas to their de facto tied end customers without being subjected to any competitive pressure. As ewl and EGZ eliminated any competition for supplying the majority of end customers in its network territory, they were able to make monopoly profits. ewl and EGZ cooperated with ComCo. They undertook amicably to make it possible in future for any end customers connected to their networks to change their supplier. In deciding on the sanction, ComCo took account of the fact that ewl and EGZ had opened up their network territory on their own initiative. The reduced fine amounted to around CHF 2.6 million. This ComCo-decision has had a signalling effect comparable to the decision against the Fribourg Electricity Board in 2001, which saw the electricity market open up under the rules in the Cartel Act.

On 23 March 2020 ComCo approved the participation of Planzer and Camion-Transport in **SBB Cargo**, after evaluating this merger in detail. Planzer and Camion-Transport held a 35% stake in SBB Cargo through their joint subsidiary Swiss Combi. Galliker and Bertschi also each have a 10% stake in Swiss Combi. With the merger, Planzer and Camion-Transport plan to use their logistics expertise to optimise SBB Cargo's existing

products and develop new products. In this way, the SBB and the logistics companies intend to improve the profitability and competitiveness of SBB Cargo. Although the planned merger will lead to a dominant position for goods handling services in combined transport in the Gossau / St. Gallen area, it does not allow the participant companies to eliminate effective competition. As a consequence, ComCo approved the merger.

2.2 Court judgments

In July 2019, ComCo's Chamber for partial decisions imposed fines totalling CHF 30 million on eight finance companies that offer **vehicle leasing**. In response to this decision, FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat) filed both an action and an appeal in the Federal Administrative Court. In the action, it requested that the partial decision of around 45 pages be reduced to a maximum of five pages. It claimed that the ComCo Secretariat had in its preliminary remarks to the FAC promised to request a short ruling from ComCo. The FAC dismissed the action in a decision dated 13 October 2020.

Tamedia had appealed to the FAC against the order to pay costs of CHF 5,000 for the ComCo preliminary examination procedure into the **merger between Tamedia** (now the TXGroup) **and Adextra**. It demanded the order for the costs be quashed, arguing that ComCo had interpreted the obligation to notify under Article 9 paragraph 4 CartA too extensively, and that the merger did not have to be reported. The court rejected the appeal on 6 October 2020 and confirmed ComCo's interpretation. The actual effects on the markets in question did not have to be clarified as part of the notification procedure under Article 9 paragraph 4 CartA, but instead were the object of the substantive investigation proceedings under Article 32 f CartA. Tamedia has appealed the decision to the Federal Supreme Court (FSC).

With its decision on **road construction and civil engineering in the canton of Aargau** of 16 December 2011, ComCo took action against bid rigging. Fourteen construction companies operating in the canton of Aargau were fined around CHF 4 million in total for unlawful bid rigging relating to prices and dividing up markets between 2006 and 2009. Around 100 public and private construction projects were affected by the unlawful bids. Four companies contested the ComCo decision. The case was pending before the FAC for around six-and-a-half years. On 25 May 2018 the FAC upheld ComCo's decision against the Aargau construction companies on most points and clarified important fundamental issues, such as minimum legal requirements for the presentation and evaluation of evidence, dealing with information from voluntary admissions, and rules on imposing penalties for violations of the Cartel Act (in some cases not involving financial gain). One construction company appealed the judgment of the FAC to the FSC. The FSC rejected the appeal in a judgment dated 3 August 2020 as groundless and thus upheld the decision of the FAC.

Musik Hug filed an appeal with the FAC against the fine imposed in the ComCo decision on **pianos** of 14 December 2015 on the grounds that it was disproportionate and financially excessive. ComCo had already reduced the fine because of Musik Hug's financial situation from the original amount of around CHF 1.3 million to CHF

445,000. The FAC decided on 2 April 2020 that the fine that ComCo had imposed was reasonable, the assessment of the affordability of the fine was justified, and the reduction in the fine was not objectionable. Accordingly, the FAC rejected the appeal from Musik Hug.

On 17 September 2018, ComCo decided to permit the Canton of Graubünden to inspect only some of the files relating to its decision of 10 July 2017 on bid rigging by construction and civil engineering companies in the **Münstertal**. In particular, it did not allow inspection of the voluntary admission. On 24 October 2019 the FAC rejected the appeal by the Canton of Graubünden against the decision. On 29 November 2019, the Canton of Graubünden filed an appeal against this decision in the FSC, but withdrew this appeal on 20 March 2020. The FSC dismissed the proceedings accordingly.

The FSC decided on 12 February 2020 that **Aktiengesellschaft Hallenstadion** had infringed the Cartel Act in connection with the use of a ticketing clause in dealing with event organisers, and that Aktiengesellschaft Hallenstadion and **Ticketcorner AG** had entered into an anti-competitive agreement in the form of their ticketing cooperation clause. Hallenstadion and Ticketcorner had concluded a cooperation agreement in 2009 in which the Ticketcorner was granted the right to sell at least 50% of all tickets for events in the Hallenstadion. ComCo abandoned an investigation opened in this connection in 2011. In 2016, the FAC upheld an appeal against this decision raised by Starticket AG and ticketportal AG. It concluded that the ticketing cooperation clause was an anti-competitive agreement and that its use by Hallenstadion amounted to the abuse of a dominant position. However, the FSC partially upheld the appeals raised by Hallenstadion and Ticketcorner against this decision. In relation to Hallenstadion, the FSC confirmed the assessment of the FAC. It found that Hallenstadion held a dominant position that it had abused by using the ticketing clause in contracts with the event organisers (a tying transaction). The agreement between Hallenstadion and Ticketcorner constituted a breach of competition law both in the market for venues for rock and pop concerts (major events) and for the related ticketing market. However, the court took the view that it was not possible, based on the information available, to decide whether Ticketcorner held and had abused a dominant position. The FSC referred the case back to ComCo in order to decide on the required administrative sanctions or measures and for a further assessment of the facts. This means that ComCo is required to fine Hallenstadion for using the ticketing clause and clarify the question of whether Ticketcorner is also guilty of abusing a dominant position.

On 16 December 2019, ComCo issued interim orders in the **reassessment proceedings relating to the Swatch Group Supply Stop** (see 2019 Annual Report). The Swatch Group appealed against the decision. In an interim decision dated 13 May 2020, the FAC considered the question of whether to revoke ComCo's interim measures, according to which certain supply restrictions imposed on the Swatch Group and more particularly its subsidiary ETA in relation to third-party customers should continue to apply with immediate effect, but temporarily. The FAC answered this question in the nega-

tive, thus agreeing with the view taken by ComCo. It justified its decision *inter alia* on the grounds that there was time-related and material urgency and an overriding public interest in awaiting the results of the investigation begun in November 2018 before the obligations and restrictions agreed in the 2013 amicable settlement should be allowed to lapse. Following ComCo's decision on 13 July 2020 not to impose any further obligations on the Swatch Group (see Section 2.1), the Swatch Group withdrew its appeal against the interim measures. The interim orders of 16 December 2019 have thus become legally binding.

The courts issued further judgments on the publication of ComCo decisions, confirming the legal precedent:

- The FAC considered the ComCo rulings of 12 November 2018, in which it once again – after the matter had been referred back by the FAC – ordered the publication of the ruling on sanctions dated 2 December 2013 in the **air freight** case. Of the ten parties that had demanded a ruling on publication, eight filed appeals against the ruling on publication. The FAC rejected all eight appeals in their entirety in judgments dated 1 September 2020. The parties have filed appeals in the FSC against four of these decisions.
- On 21 September 2020 the FAC decided on the appeal by Goldbach Media (Switzerland) AG against the ComCo ruling of 8 April 2019 relating to the publication of the ComCo report on the planned **Goldbach/Tamedia** merger. The FAC confirmed ComCo's arguments almost in their entirety. Goldbach has appealed the decision of the FAC to the FSC.
- In a judgment dated 17 July 2020, the FSC dismissed the appeal by the company concerned in a case relating to the **publication of the final report of a preliminary investigation**. The court held that the contested judgment by the FAC was not a final decision, but only an interim decision, as it was a decision to refer the matter back to the lower court. Appeals may only be filed against decisions to refer matters back to a lower court by way of exception, and no exception could be made in the case in question. As a result of this judgment by the FSC, the FAC's decision of 30 January 2019 to refer the matter back to the lower court once again applied. Since then, the Secretariat has reached a further decision to publish the final report in response to the decision to refer the matter back to the lower court and the decision is now legally binding.
- The FAC issued a decision on publication on 27 February 2020 relating to the ComCo interim ruling on Sunrise's participation as a third party in the investigation into **ice hockey on pay TV**. UPC had challenged the publication of the interim ruling in the FAC. The FAC rejected UPC's appeal against the ruling on publication dated 23 September 2019 in its entirety, confirming the previous legal precedent. The judgment has taken full legal effect.
- In its judgment of 11 February 2020, the FSC clarified the legal precedent to the effect that a company that did not yet exist at the time of the violation of compe-

tion law but which as the successor business was required to pay the sanction imposed on a cartel member company did not have a right to anonymity and had to accept that it would be named in the published version. As a result, the ComCo ruling on sanctions of 8 July 2016 in **See-Gaster construction services** case could be published.

3 Activities in Individual Sectors

3.1 Construction

3.1.1 Bid rigging

In response to indications of bid rigging between several companies, on 14 January 2020 ComCo opened a new investigation and conducted searches of business premises. The agreements related to hardware and software products for **optical networks** used by major customers to transmit data by fibre optics. ComCo closed this investigation on 16 November 2020 with an amicable settlement and sanctions (see Section 2.1).

In the summer of 2019, ComCo concluded the final two of ten investigations in the **canton of Graubünden, Engadin II and Road Construction** (construction services in Graubünden). Seven of the twelve parties filed appeals in the FAC (one of which related to Engadin II). Of the remaining cases, Engadin I and five smaller decisions have been challenged in the FAC by certain of the parties. The exchange of written submissions with the FAC has basically been concluded. The FAC is expected to announce its first decisions in 2021.

In June 2020, the Secretariat opened a further investigation in the canton of Graubünden, as there are indications of bid rigging among several companies in the **Moesa** region. ComCo was acting on reports received from the cantonal authorities in Graubünden. The suspected agreements relate to bidding procedures in the building construction and civil engineering sector involving private and public owners. The case is in the investigation phase and has been opened against the three largest construction companies in the region.

In the Road Construction investigation, it was suspected that road construction companies had been colluding as part of "**permanent consortiums**" in order to share out road construction projects among themselves in the longer term and to jointly agree on the level of bids submitted. ComCo has stressed several times in the past that consortiums are normally unobjectionable under competition law and foster competition. In the preliminary investigation concluded in 2020, the Secretariat examined two more specific aspects of permanent consortiums, i.e. consortiums of companies that repeatedly submit joint bids for procurement projects on a large scale. In principle, it is also the case that permanent consortiums do not normally aim to restrain competition or cause such restraints and consequently they do not constitute agreements prohibited by the Cartel Act, provided they decide to submit bids on a case-by-case basis. There are a variety of reasons for forming consortiums for specific projects or for forming permanent consortiums, such as the consortium partners being unable to submit bids on their own, capacity or risk concerns, reasons of economic or commercial expediency, and the combined bid by the consortium partners being clearly

better in economic terms than the individual bids. Permanent consortiums can become problematic if, despite submitting joint offers, the individual partners carry out a disproportionate number of projects on their own, or if the decision to submit a joint bid is not made on a case-by-case basis, but for example for specific types of project or territories.

The appeals against the ComCo decision of July 2016 that in several hundred tendering procedures between 2002 and 2009, eight road construction and civil engineering companies in the districts of **See-Gaster (SG) and March and Höfe (SZ)** had unlawfully discussed bids and decided which company was to be awarded the contract remain pending before the FAC. Some companies also took the view that ComCo's decision should not be published. The FSC rejected the remaining appeal in this connection (see Section 2.2).

In a decision dated 3 August 2020, the FSC dealt with the last appeal against ComCo's decision in **Roads and Civil Engineering in the canton of Aargau** of 16 December 2011 (see Section 2.2). Still pending before the FSC is the question of the extent to which applicants who wish to pursue claims for damages can be allowed to inspect an unredacted ComCo ruling on sanctions and the related files before the ruling becomes legally enforceable. ComCo has postponed its decision on several further requests for access while it awaits the decision of the FSC.

3.1.2 Building materials and landfills

In January 2015, ComCo opened an investigation into several companies in the building materials and landfill industry in the Bern area. After the investigation was divided into two cases (KTB-Werke and KAGA) for reasons of procedural economy, the smaller **KTB-Werke case** was concluded on 10 December 2018 with a ruling on sanctions from ComCo. This decision has been appealed to the FAC and the exchange of written submissions has reached an advanced stage. The larger of the two investigations, **KAGA**, is in its final stages. The parties will receive the Secretariat's proposed decision in the summer of 2021 for their comments.

On 5 March 2019, ComCo opened an investigation into **two surfacing works** in the canton of Bern and against the shareholders one of the two surfacing works. There are indications that the two surfacing works coordinated their market behaviour. A suspected agreement among the shareholders of one of the surfacing works not to compete with the jointly run surfacing works is also the subject of the investigation. In addition, there are indications that one of the surfacing works holds a dominant position that it has abused. This investigation also has its origins in the **KAGA** investigation opened in 2015. The investigations were concluded in 2020. The Secretariat's proposed decision for ComCo will probably be sent to the parties for their comments by summer 2021. The ComCo decision is expected in the second half of 2021.

3.1.3 Environment and waste disposal

Swiss Waste Incineration Plants (*Schweizer Kehricht-verbrennungsanlagen KVA*) are planning to build and run a joint **processing plant for hydroxide sludge**, a metal-rich residue from waste incineration. SwissZinc

AG has been set up in order to plan this plant, which is to be known as the SwissZinc Plant. SwissZinc AG requested ComCo to assess its plans and has filed a report with ComCo under the objection procedure. The Secretariat opened a preliminary investigation on 29 October 2019, which has found that SwissZinc AG would secure a dominant position through the project, which the company could potentially abuse. The following practices, among others, could be unlawful: charging different prices for identical services; imposing exclusive supply obligations and non-competition obligations on the companies participating in SwissZinc AG for a duration of 15 years; setting up a transport cost compensation system for the participant shareholders and beneficiaries, and fixing the level of the transport costs; allowing the board to set the gate fee. SwissZinc AG agreed to put the Secretariat proposals into practice, which means there are no prospects of unlawful restraints of competition, and the Secretariat has terminated the preliminary investigation.

In the environment sector, the Construction Division dealt with around 20 office consultation procedures. The majority related to the pursuit of climate targets.

3.1.4 Raising awareness of bid rigging

Bid rigging can be prevented and exposed. For this reason, the Secretariat has for many years been raising the awareness of this problem among employees of procurement agencies. In 2020, it made presentations to federal buyers as part of the training programme offered by the Federal Office for Buildings and Logistics, raised awareness among communal representatives from the Moesa region, and also made presentations as part of the CAS courses at the universities of Bern and Fribourg.

3.2 Services

3.2.1 Financial services

In the report year further partial decisions were issued in the IBOR investigations, in the **EURIBOR** investigation and in the **Yen LIBOR /Euroyen TIBOR** investigation (see Section 2.1). Investigations are continuing against other parties in the Yen LIBOR / Euroyen TIBOR and EURIBOR cases.

In its 2019 annual report, ComCo announced that it had concluded two investigations into agreements affecting competition relating to **foreign exchange spot transactions** between banks (Forex). These involved the investigations relating firstly to the Essex Express chatroom and secondly to the "three-way banana split"; in both cases the parties concerned agreed to amicable settlements. The investigation against Credit Suisse in the same connection is continuing under the ordinary procedure. Progress was made with this investigation in 2020.

In the investigation into **automobile leasing**, FCA Capital Suisse took the decision of the Chamber for partial decisions to the FAC. FCA filed both an action and an appeal. In the action, FCA requested that the partial decision be shortened. The FAC dismissed the action (see Section 2.2). In the appeal pending before the FAC, FCA requested that that the ruling be quashed, or alternatively that the fine be reduced. The investigation into

Ford Credit Switzerland GmbH (Ford) is continuing under the ordinary procedure.

The investigation in the case of **Boycott Apple Pay** continued in 2020. The FAC confirmed its case law in two judgments dated 8 November 2019, according to which former company officers can only be questioned as witnesses on a limited range of matters and, based on the *nemo tenetur* principle, are not required to answer questions that could incriminate the company. In another judgment dated 13 March 2020, the court held that current employees that are not company officers do not have the same right to refuse to testify. The FSC refused to consider an appeal by the company against the latter judgment. However, two appeals are pending against the judgments in which the FAC ruled that former company officers had a right to refuse to testify.

An appeal procedure begun in summer 2020 in connection with a virtual B2B-travel payment product based on a virtual user commercial account solution (**VUCA** solution) led to a preliminary investigation being opened in November 2020. The subject of the preliminary investigation is primarily the question of whether interchange fees incurred by making payments via a VUCA solution are covered by the amicable settlement that ComCo agreed in 2014 with various credit card issuers and merchant acquirers.

3.2.2 Health care

The investigations opened in September 2019 against several companies (Swiss and foreign) involved in the production, distribution and sale of the active pharmaceutical ingredient **scopolaminbutylbromide** are still ongoing. The aim of the investigation is to ascertain whether the indications of the coordination of sale prices for this active ingredient at an international level and of the allocation of global markets can be substantiated and, if so, whether they violate the Cartel Act.

At the end of 2020, the Secretariat concluded the preliminary investigation into biological medicines (**Biologics**) without taking further action, because it did not at the time find any indication of a violation of Article 7 CartA by the pharmaceutical company which a rival had accused of abusing a possible dominant position by obstructing or even preventing it entry into the market.

At the end of 2020, the question of the **agreement between medical insurance companies** (industry agreement) that relates to a prohibition of telephone calls and remuneration for intermediaries and brokers for acquiring new policyholders became topical again. This was primarily because the Federal Council at parliament's request submitted draft legislation that aims inter alia to allow the Federal Council to declare the general applicability of sectoral solutions for regulating commission payments relating to compulsory health insurance and supplementary health insurance. The competition-related concerns of the competition authority in relation to the industry agreement and the current and planned regulation of this field have been made clear to all concerned (parliament, FDHA/FOPH, santésuisse and curafutura as well as intermediaries and brokers) in opinions. The competition authority is now monitoring the legislative process.

More than 150 **consultation procedures**, for the most part involving parliamentary proposals on health care related to the COVID pandemic, and numerous **enquiries from members of the public** have made heavy demands on the Secretariat's resources.

In addition, ComCo was called on to assess the following **company mergers** in the healthcare sector: Medbase/HCH/SDH/Zahnarztzentrum, Medbase/Unilabs/Unilabs St. Gallen, Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer Midco UK 1 Limited. ComCo approved all these mergers after a preliminary examination.

3.2.3 Liberal professions and other services

In a judgment dated 12 February 2020, the FSC confirmed that the contract concluded in 2009 between **Hallenstadion** and **Ticketcorner**, under which the latter was granted the right to sell 50 % of all tickets for events organised in the Hallenstadion, amounted to an unlawful agreement on competition. The FSC referred the matter back to ComCo (see Section 2.2). The investigation is still ongoing.

The investigation opened in 2018 into several **Geneva electricity companies** has continued. Negotiations on an amicable settlement were conducted in the course of the year and a decision is expected in this respect in 2021. This decision will only concern the companies which decide to sign an amicable settlement.

Finally, the Secretariat conducted several proceedings in the **field of sport**. In **football**, the Secretariat was requested by FC Sion to take interim measures against the decision of the Swiss Football League (SFL) to resume the Super League Championship after it had been halted because of the coronavirus pandemic. The Secretariat concluded that this decision by the SFL did not contravene the Cartel Act. As a result, it did not agree to the request for interim measures.

In another case, the Services Division was also confronted with a possible price-fixing agreement that was justified on the grounds of the COVID-19 situation. The competition authorities therefore made it clear in March that it would not tolerate anyone exploiting the pandemic in order to impose restraints on competition. The general economic situation must not be abused in order to form cartels or coordinate prices. The competition rules create scope for efficient cooperation, both in normal times and in times of crisis. What is crucial is the purpose of any coordination between companies. Does it serve to restrain competition or does it make business more efficient? If traders were to coordinate the prices of their goods, this would be unlawful. On the other hand, if the same traders exchange information about their stocks in times of crisis, this can help to prevent a shortage of critical goods, and so would be legal. The same applies to cooperation on research to speed up the development of an urgently needed vaccine. Where there has been a lack of clarity about how to comply with the law in practices aimed at combating the COVID situation, ComCo has helped to answer questions and devise solutions, as in other sectors.

In addition, proceedings have been conducted in relation to **skiing**. They called into question certain preferential relationships that exist between ski lift operators and ski

schools or hotels at various ski resorts. In one case, one ski school complained of differences in the treatment of ski schools by one ski lift company, relating in particular to advertising for their activities and providing rooms in the ski lift building. In another case, a hotel complained that a ski lift company was favouring the holiday accommodation that it owned by allowing the businesses concerned to make promotional offers on the price of lift passes. Finally, a ski school complained that the tourist office in its region favoured the “traditional” ski school in the resort by directing any requests for information from tourists to that school. The Secretariat intervened in all three cases to clarify the situation and make the various companies aware of their duty to maintain competitive neutrality.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Telecommunications

On 24 August 2020, ComCo opened an investigation into Swisscom (Switzerland) AG in the sector concerning **broadband access for business locations (WAN connection)**. There are indications that Swisscom has abused its market position. In various invitations to tender for business location networking projects, Swisscom allegedly charged competitors prices that were excessive. These Swisscom competitors, i.e. other telecommunications companies, rely on Swisscom’s network infrastructure for such projects and cannot make their customers a competitive offer if Swisscom’s prices are too high. ComCo fined Swisscom in 2015 for similar practices in relation to bids for networking the Swiss Post offices. That particular case is still pending before the FAC.

On 14 December 2020, ComCo opened an investigation into **Swisscom’s network expansion strategy** (see Section 2.1). There are indications that Swisscom’s conduct in relation to the expansion of the fibre optic network amounts to an unlawful practice by a dominant company, as Swisscom is now organising its optical fibre network in areas where it is the sole infrastructure provider in a tree structure (P2MP), and using this as justification for no longer allowing third parties any direct access to a Layer 1 “ALO” service. Instead, third parties must switch to Swisscom’s Layer 3 “BBCS” service. ComCo has also taken interim measures and prohibited Swisscom with immediate effect from expanding its optical fibre network in such a way that third parties can no longer have Layer 1 access from the Swisscom exchanges.

Further progress was made in the preliminary investigation opened in December 2019 in the case of **Swisscom Directories** against Swisscom and Swisscom Directories AG.

ComCo assessed two mergers in the telecommunications sector: in the case of **Liberty Global/Sunrise**, ComCo approved the purchase of Sunrise by UPC (Liberty Global) without imposing any requirements or conditions. ComCo concluded that there was no assumption that UPC/Sunrise and Swisscom would coordinate their operations in future. As a result, there was no threat of effective competition being eliminated. The two companies had planned to merge the previous year, with Sun-

rise intending to take over UPC. ComCo assessed that takeover in detail and approved it. The takeover, however, failed to gain the approval of a majority of shareholders. ComCo investigated the market conditions relevant to the current merger once again, and found they had largely remained unchanged. In the case of **Swisscom Directories / OLMeRO**, Swisscom Directories intended to take over the Renovero division (www.renovero.ch), a website for finding tradespeople, from OLMeRO AG. Here too ComCo approved the project after a preliminary examination.

3.3.2 Media

ComCo fined **UPC** around CHF 30 million for abusing its dominant position in the live broadcasting of **ice hockey matches on pay TV**, in that it had refused all offers from Swisscom for rights to transmit live-ice hockey until summer 2020. UPC contested the decision in the FAC (see Section 2.1). UPC also went to the FAC to challenge the publication of the interim ruling on the participation of Sunrise as a third party. In a judgment dated 27 February 2020, the FAC rejected the appeal against the ComCo ruling on publication of 23 September 2019 in its entirety and confirmed the current legal precedent. The judgment has taken full legal effect (see Section 2.2).

ComCo assessed the **merger of Admeira and Ringier** in the media sector. Here Ringier AG intended to take over complete control of Admeira AG from Swisscom. ComCo granted the project approval in the course of the provisional examination.

In the case of the **merger between Tamedia** (now the TXGroup) **and Adextra**, the FAC rejected the appeal by the TX Group on 6 October and thus confirmed ComCo’s interpretation of Article 9 paragraph 4 CartA. The judgment has been appealed to the FSC (see Section 2.2).

3.3.3 Energy

In a decision dated 25 May 2020, ComCo concluded the investigation against ewl and EGZ into **access to the natural gas network**. ewl and EGZ cooperated with ComCo and undertook amicably in future to allow any end customers connected to their networks to change supplier. The fine that ComCo imposed amounted to around CHF 2.6 million (see Section 2.1).

In autumn 2020, the Secretariat abandoned a preliminary investigation against an electricity grid operator that had been opened in September 2019 in relation to the possible **use of data from a monopoly sector for activities in other markets**. The investigations had revealed that the use of monopoly data could certainly lead to distortions of competition, in particular if data such as contact details and information on the characteristics, behaviour and the interests of customers is only accessible to the dominant company and can be used specifically to control customers and influence their purchasing behaviour. In this specific case, however, there was no indication that the conduct of the electricity grid operator was likely to distort competition unlawfully.

In the electricity sector, both the Secretariat and ComCo were requested on several occasions to provide opinions in office consultation procedures and in legislative con-

sultation proceedings respectively. ComCo advocated in particular a market-oriented, competition- and technology-neutral system to guarantee the expansion of renewable energy sources and was thus against the current system of subsidies. ComCo was also consulted on the new **Gas Supply Act** and argued strongly in favour of complete market liberalisation.

3.3.4 Transport

In the goods transport sector, ComCo subjected the planned **SBB Cargo** merger to a detailed examination, ultimately approving the plan, which means that the SBB, Planzer and Camion-Transport now jointly control SBB Cargo (see Section 2.1).

The FAC has still to issue a decision in the appeal proceedings in the case relating to **air freight**. Various parties have appealed to the FAC against the ruling of 2 December 2013, which led to sanctions totalling around CHF 11 million being imposed on 11 airlines for entering into horizontal price-fixing agreements. In June 2020 a public hearing of the parties was held in relation to the case. Also in dispute in this case is whether and to what extent the ruling of 2 December 2013 may be published (see Section 2.2).

3.3.5 State aid

In the report year, ComCo was called on to assess two cases relating to alleged **state aid under the Air Transport Agreement** based on the Aviation Act. In such cases, ComCo examines the planned support measures with regard to their compatibility with the Air Transport Agreement. The authorities responsible for the decision have to take account of this assessment in their decision on granting the aid.

In the first case, the federal government intended to support the Swiss aviation industry, which has been badly affected by the COVID pandemic, by providing federal guarantees for loans to **Swiss International Air Lines AG** and **Edelweiss Air**. In its opinion dated 20 May 2020, ComCo concluded that the support measures announced are compatible with the Air Transport Agreement.

In the second case, the federal government planned to support businesses associated with the airline industry. In specific terms, this involved **SR Technics Switzerland AG**, a company that operates predominantly in the fields of maintenance, repair and overhaul services for commercial aircraft, component solutions and technical engine solutions. In its opinion dated 29 June 2020, ComCo concluded that the aid could not be declared compatible with the Air Transport Agreement. This was essentially because the company was already in financial difficulties on 31 December 2019.

In a **request for advice**, the Secretariat lastly had to consider the question of whether the planned federal support measures for **Skyguide AG** also had to be reported to ComCo. The Secretariat concluded that if an entity, such as Skyguide in this case, operated both as a government body and commercial enterprise, ComCo was only required to assess the support measure that related to the commercial activity.

As part of the **consultations on the COVID-19 Hardship Assistance Ordinance**, ComCo made it clear that any support measures in favour of **travel agents** did not fall under the Air Transport Agreement and that ComCo is consequently not responsible for assessing the compatibility of these measures with the Air Transport Agreement.

3.4 Product markets

3.4.1 Vertical agreements

On the subject of "**Switzerland as an island of high prices**", the Secretariat conducted several market monitoring procedures in response to suspicions of price-fixing agreements, market foreclosures and the prevention of online trading. In several cases, contracts were revised and circulars sent to sales partners in order to achieve clarity and prevent misunderstandings.

In August 2020 ComCo opened an investigation into a manufacturer of **tobacco products**. There are indications that there have been contractual export bans between the German manufacturer and certain sales partners in various countries outside Switzerland. These bans may obstruct parallel and direct imports of tobacco products into Switzerland.

3.4.2 Consumer goods industry and retail trade

In the retail trade, the competition authorities prioritised purchasing markets. On 1 September 2020 ComCo opened an investigation against a possible **demand-side cartel of trading companies**. The investigation focuses on the suspicion that wholesalers and retailers together with Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG, which operates in the payment transactions sector, have exerted joint pressure on suppliers so that the suppliers use Markant for debt collection. These suspected collective measures of wholesalers and retailers go as far as threatening suppliers not to include their everyday products in the range offered by wholesalers and retailers. The amounts that suppliers pay Markant for debt collection and other services have apparently increased in recent years and a percentage of these revenues have been passed on to the traders.

In the course of the year, the Secretariat received numerous reports from suppliers complaining that the Coop would now be working with Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG for the **processing of the payment transactions**. The suppliers complained in particular about the charges for debt collection and other services from Markant. These charges are calculated on the basis of the sales volume, and for many of these suppliers the Coop is among the largest and therefore most important sales channels in Switzerland when it comes to volumes and sales. The Secretariat is examining as part of a market monitoring procedure whether there are any indications of violations of the Cartel Act in this connection.

3.4.3 Watch industry

ComCo concluded the reassessment procedure opened in November 2018 in the case of **Swatch Group Supply Stop** with a decision dated 13 July 2020 (see Section 2.1). As a result of this decision, the **interim measures**

issued by ComCo on 16 December 2019 no longer apply (see Section 2.2).

From 2014 up to and including 2019, an audit company and the competition authorities regularly checked on **compliance** by the Swatch Group and more particularly ETA with the **amicable settlement** approved by ComCo in 2013. The checks did not reveal any violations of the amicable settlement.

3.4.4 Automotive sector

As part of various market monitoring procedures, the Secretariat has been verifying compliance with the **rules of the MV Notice**. Where necessary, the companies have adapted their conduct to comply with these rules. The intervention by the Secretariat has certainly reminded the companies of the principles laid down in the MV Notice. The Secretariat has made it clear in various cases that restricting the ability of a member of a distribution system to purchase original spare parts and equipment or spare parts of equivalent quality from a manufacturer or a distributor of these products of its choice and to use these parts for the maintenance or repair of motor vehicles must be regarded qualitatively as a serious restraint of competition.

The Secretariat received reports that a German **motor vehicle agent** had alleged to a Swiss customer that motor vehicles from a specific manufacturer had to be registered for at least four months at a German address, otherwise it could not give the Swiss customer a discount. This was apparently a requirement imposed by the manufacturer. The Secretariat followed up this information as part of a market monitoring procedure and found no evidence of any unlawful price or territorial protection agreements. In addition to the market monitoring procedures carried out, the Secretariat answered around 50 enquiries from market participants that relate to the MV Notice.

The Secretariat received a report from an association according to which automobile importers were passing on **CO₂ sanctions** to dealers in a way that was possibly unlawful under competition law. The Secretariat clarified the factual circumstances as part of a market monitoring procedure and concluded that there was no evidence that CO₂ sanctions had been passed on to dealers in a way that was improper under competition law, because the dealers can in turn pass on the higher prices to their end customers, which is in line with the objective of the CO₂ sanctions.

3.4.5 Agriculture

In the agriculture sector in 2020, ComCo participated in two consultation procedures. The Secretariat took part in around 30 office consultation procedures that relate to agriculture. Several office consultation procedures were connected with the **COVID-19 pandemic**. In Switzerland the pandemic resulted in reduced demand for certain foodstuffs, such as Swiss AOC wines, but also in increased demand for certain other foodstuffs, and as a consequence to a request for a temporary increase in the partial tariff quotas for butter and other milk fats, for table eggs and for ware potatoes. The Secretariat responded positively to the request for a temporary increase in the partial tariff quotas mentioned.

As part of a market monitoring procedure in the **forestry and timber industry**, the Secretariat reviewed the practices of representatives of forest owners and the timber industry. Every few months, the representatives held meetings to discuss prices of timber suppliers and timber consumers as well as quantities of timber. Following each of these meetings, recommended prices for timber suppliers and consumers together with recommendations on whether timber should be harvested or not were published. The Secretariat categorised these practices as potentially problematic under competition law and recommended that the representatives of the forest owners and the timber industry should adapt their practices to bring them in line with the Cartel Act – referring to the case law of the competition authorities relating to the publication of fees, tariffs and prices and corresponding recommendations by trade associations and industry organisations. In response, the representatives have stopped the behaviour that may be problematic under competition law.

3.5 Internal market

The Federal Act on the Internal Market (IMA) guarantees the **free exercise of professional activities** throughout Switzerland. This is ensured by granting a right of access to the market under the provisions on place of origin, through public tendering for concessions, and by maintaining legal minimum requirements for cantonal and communal procurements.

Free access to the market under the Internal Market Act has as its basic principle the right to offer goods and services anywhere in Switzerland provided the person concerned is permitted to carry on the same professional activity at their **place of origin**. Several private organisations providing out-patient community nursing services (Spitex) have reported difficulties in various cantons in obtaining the required authorisations and thus access to the market based on the terms of the Internal Market Act. Some cantons require providers from other cantons to produce the same proof that they would need for initial authorisation, for example by demanding extensive documentation. After the Secretariat intervened to discuss the matter with the cantonal public health authorities, the public health offices in the cantons concerned have in most cases formulated their requirements so that they are in conformity with internal market law. In one case involving a midwife, ComCo filed an appeal against the cantonal requirement to provide an extract from the register of criminal records. The appeal was rejected at cantonal level.

The Internal Market Act provides a simple, rapid **free of charge procedure** in cases relating to restrictions on market access. An official review of market access rights must be carried out without costs being imposed. For the most part, the authorities comply with this requirement not to charge fees. In one case involving a security services company from Western Switzerland, however, the cantonal executive authority charged fees for extending an authorisation, although the company concerned drew attention to its existing authorisations in other cantons of origin and to the requirement not to charge fees under the IMA. ComCo filed an appeal in this case against an apparent charging of costs that was contrary to internal

market law. The appeal is pending before the cantonal courts.

As part of a market monitoring procedure, the Secretariat analysed the regulation of taxi services in German-speaking Switzerland from the standpoint of internal market law, by conducting a survey of 13 cities and cantons. The **taxi industry** is characterised by varying regulations, which make it difficult to provide services across communal or cantonal boundaries. The market monitoring focused on the one hand on the regulations covering app-based taxi orders and journeys. On the other, it examined whether the obligation based on decision made by the FSC on 1 September 2017 is being complied with: this requires a transparent and non-discriminatory tendering process for awarding taxi licences. Initial results indicate a tendency to comply closely with the internal market requirements. In certain towns and cities in French-speaking Switzerland and Ticino, the taxi industry is in contact with the licensing authorities in order to ensure that licensing practices conform with internal market law.

The Internal Market Act also lays down **minimum standards** for cantonal and communal **public procurements**. These minimum standards include a ban on discrimination. In addition, Article 2 paragraph 7 IMA concerning the transfer of use from cantonal and communal **monopolies** to private parties, provides that this must be done by a public tendering process. Many of the cases dealt with in 2020 concerned both the law on public procurement and Article 2 paragraph 7 IMA. This can be explained firstly by the FSC case law, such as its judgments on public bicycle rental, which makes licensing-type cases subject to the law on public procurement. Secondly, in future concessions that are granted for public services will be subject to the revised public law on public procurement. Questions relating to the applicable law also arise in relation to the **emergency services**. The FSC decided on 21 August 2020 that the award of the licence to provide helicopter rescue services in the canton of Valais must be based on a public tendering process. In this case ComCo had submitted an opinion at the invitation of the FSC, which the court then followed. In the same field, the Secretariat conducted market monitoring procedures on **road breakdown recovery services** in two cantons in response to a report by a garage business. The cantonal police forces concerned rely on industry association members when allocating breakdown recovery jobs, which does not guarantee non-discriminatory access to the market. The Secretariat's legal analysis concluded that this does not conform with internal market law. The two cantons concerned therefore decided to carry out a public tendering process for breakdown recovery services in future.

In an appeal before the FSC, ComCo submitted an opinion on the issue of the legal requirements that apply to the transfer of the right to operate an **electricity distribution network** (RPW 2020/2, p. 861). A transfer of this kind could be subject to the law on public procurement, could be covered by Article 2 paragraph 7 IMA, or could be regulated by law on electricity supplies. Because of the outcome of the proceedings, the FSC was not required to rule conclusively on these questions in its judgment of 17 August 2020.

The Secretariat also acted as an observer in the **Federal Procurement Conference (FPC)**. The FPC is the Federal Administration's strategy-defining body for the procurement of goods and services. The FPC monitors and supports the further development of the federal law on public procurement and the harmonisation of the law on public procurement at national level. Ahead of the revised law on public procurement coming into force, important key documents on procurement (guidelines, directives, recommendations) had to be revised. The Secretariat actively lobbied for these documents to be formulated in conformity with internal market and competition law in a competition-friendly manner.

3.6 Investigations

In 2020 three searches of business premises were carried out. The first took place in January of the reporting year and related to an agreement in the IT sector (optical networks; see Section 3.1.1). This search laid the foundations for the investigation to be concluded very rapidly, within a year. The second was carried out following the first COVID wave in June, as part of the investigation into alleged bid rigging in the construction industry in the Moesa region (see Section 3.1.1). As a consequence, this operation was carried out subject to complex COVID-19 requirements. In order to protect the health of the persons involved, including its own staff, the Secretariat drew up a safety plan for conducting its investigative measures, which provides for masks to be worn and plexiglass panelling to be used when conducting interviews. The Federal Criminal Court (FCC) confirmed the legality of the search in the Moesa region in a case relating to the removal of seals. The third search operation took place in September in a case involving a possible cartel of trading companies (see Section 3.4.2), and was also subject to compliance with COVID-19 safety measures. One of the companies concerned had some of the seized documents sealed. In relation to this, proceedings relating to removing the seals are pending before the Federal Criminal Court. The company appealed to the FAC against the search in connection with the unsealed documents.

On the unanswered question of which former and current company employees and executives can claim the right to remain silent when questioned (*nemo tenetur*), the FAC added further detail to its case law in March and noted that current employees can be questioned as witnesses. The question of the special rights to refuse to testify for former company officers is pending before the FSC (see Section 3.2.1).

Lastly, towards the end of the reporting year, new software came into use for conducting pre-triage procedures and data analyses in the Secretariat's forensic laboratory (Nuix Investigate). All the Secretariat's employees received online information on the data triages and the new software's features. A smaller group of ten employees was trained in using the new software in a one-day course.

3.7 International

EU: The ComCo Secretariat has regular exchanges with the Directorate General (DG) for Competition of the EU Commission. In the case of mergers reported in parallel

in Switzerland and the EU, exchanges between the two competition authorities took place primarily during the provisional examination of the effects under competition law. In investigations of restraints of competition and in market monitoring procedures, the Secretariat contacted the DG for Competition to discuss abstract competition law issues, as envisaged by Article 7 paragraph 2 of the Cooperation Agreement on Competition Law between Switzerland and the EU. The Secretariat asked the GD for Competition, for example, how it assessed specific questions relating to the motor vehicle and foodstuffs trades. In addition, with a view to a revision of the notices on vertical agreements and motor vehicles, the Secretariat discussed the situation with regard to the GD's own revision projects in these fields. For their part, colleagues from the GD approached the Secretariat with specific questions on ComCo's practices in connection with the revision of its Market Definition Notice.

Germany: In the report year, talks continued with the aim of negotiating a bilateral agreement with Germany on cooperation in the field of competition.

OECD: This year the OECD's meetings were held online. These virtual events proved advantageous to the Secretariat, because they made it possible for various specialists to take part and they saved time. At the virtual events in June and in December 2020, the following topics in particular were discussed: "The role of competition policy in promoting economic recovery", "Digital advertising markets", "Sustainability and competition", "Criminalisation of cartels and bid rigging" and "Competition in public procurement". The Secretariat presented a virtual contribution on the last topic. In relation to company mergers, "Start-ups, killer acquisitions and thresholds for merger control" as well as "conglomerate effects" were discussed. In addition, the OECD organised several webinars and issued a guide on support for competition authorities in coping with the COVID-19 pandemic. At the webinars that the Secretariat attended, "Legitimate cooperation between competitors", "Bid-rigging in public procurement" and "Improper practices – price abuse" were among the topics discussed.

ICN: In 2020, the Secretariat revised the form and content of its cooperation with the non-governmental advisors (NGAs), who are now appointed for three years. The five NGAs appointed in 2020 come from the legal profession and academia. At a virtual meeting, the authorities and the NGAs discussed their future cooperation and strategy. In addition, the official internal working group responsible for the ICN revised its organisational regulations and targets. The activities of the group members include passing on information from ICN webinars and information sheets to those with a particular interest. In addition, they chose the ICN training-on-demand offers that can be used for in-house staff training courses. As a result of the pandemic, instead of the ICN annual conference in Los Angeles that had been planned for spring, a daily virtual conference was held from 14 to 17 September. Representatives of the authorities and the Swiss NGAs took part in selected blocks of the event. The Secretariat staff in the ICN groups on advocacy, cartels, mergers and unilateral conduct also took part in various conference telephone calls on topics that have recently featured or will soon feature in ICN

information sheets. A priority in the report year was the preparation and publication of a report by the Unilateral Conduct Working Group on the subject of "Dominance/substantial market power in the digital market". In compiling the report, the working group questioned competition authorities and NGAs.

UNCTAD: In October 2020, the 8th United Nations Review Conference on Competition and Consumer Protection was held both virtually and in Geneva. At the Review Conference, which takes place every five years, the Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition were adopted, a document to which the competition authorities and the State Secretariat for Economic Affairs (SECO) contributed. In addition, it was decided to set up a new working group on cross-border cartels. These efforts should further consolidate international cooperation on competition matters and facilitate coordination between competition authorities. The competition authorities participated in the UNCTAD events on the current topics of "Leaving no one behind in the post-COVID-19 world", "Combating cross-border cartels" and "Competitive neutrality".

3.8 Legislation

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

- The **Bischof Motion** of 30 September 2016 "Ban adhesion contracts between online booking platforms and the hotel industry" (16.3902) was approved by both Councils. The concern raised in the Motion should be resolved by an amendment to the Federal Unfair Competition Act. The related consultations began in November 2020.
- The **Fournier Motion** of 15 December 2016 "Improve the position of SMEs in competition proceedings" (16.4094) demands deadlines for competition law administrative proceedings, party costs even in first instance administrative proceedings, more lenient sanctions for SMEs and the publication of decisions only after they have become legally enforceable. Following its approval by the Council of States, the National Council accepted the first two points and rejected the other two. The EAER is currently drafting a bill that will be submitted for consultation.
- The **Pfister Motion** of 27 September 2018 on the "Effective implementation of the Cartel Act in the motor vehicle sector" (18.3898) demands that the Federal Council enact an ordinance to protect consumers and SMEs from practices in the motor vehicle sector that distort competition. After its acceptance by the National Council in September 2020, the motion is now before the Council of States.
- The **Nantermod Motion** of 12 December 2018 on "Fair and effective procedures in competition law" (18.4183), which calls for changes to the procedural rules on inspecting files and compulsory fees in preliminary investigations, has not yet been considered in the Federal Assembly.

- The **Français Motion** of 13 December 2018 “The revision of the Cartel Act must take account of both qualitative and quantitative criteria in assessing the illegality of an agreement restricting competition” (18.4282), which calls for an amendment to Article 5 CartA, was approved by the Council of States in December 2020 and is now before the National Council.
- The **Bauer Motion** of 14 December 2018 on “ComCo investigations: the presumption of innocence must take precedence” (18.4304) demands the repeal of Article 28 CartA, which provides for the public announcement of the opening of an investigation, naming the parties. It has not yet been considered.
- The **Molina postulate** of 9 May 2019 “Strengthen merger controls in the case of direct foreign investments” (19.3491) has yet to be debated in Parliament.

On 29 May 2019, the Federal Council approved its dispatch on the popular initiative “Put an end to Switzerland as an island of high prices – for fair prices (**Fair Prices Initiative**)” and on the indirect counter-proposal (an amendment of the Cartel Act; 19.037; BBI 2019 4877). Although the parliament previously rejected the popular initiative, it approved the indirect counter-proposal made by the Federal Council, which expressly provides for the introduction of the concept of relative market power, and had furthermore to a large extent accepted the demands of the initiative. In the final vote on 19 March 2021, the Council of States and the National Council resolved all differences.

Lastly the Federal Council is planning a partial revision of the Cartel Act: the main points are the modernisation of merger control procedures, the consolidation of civil competition law and the improvement of the opposition

procedure. In addition, two proposals from the above-mentioned Fournier Motion are being included in the revision work: official processing times and the award of legal costs in proceedings before ComCo.

SECO has overall responsibility for drafting the revision bills for the Administration. The ComCo Secretariat plays a part in this work.

4 Organisation and Statistics

4.1 ComCo, Secretariat and statistics

In 2020 **ComCo** held 13 full or half-day plenary sessions (including five online). At these meetings it took decisions on matters related to the Cartel Act and the Internal Market Act. More details on these can be found in the statistics below (see Section 4.2).

4.2 Statistics

As of the end of 2020, the **Secretariat** employed 75 (previous year 74) staff members, 45.3 per cent of whom were women (previous year 41.9%). The 75 employees include both full-time and part-time staff representing a total of 64.1 (previous year 64.2) full-time positions. The number of employees involved in matters relating to the application of the Cartel and Internal Market Acts (including the executive board) is 56 (previous year 57), corresponding to 49.8 full-time positions (previous year 51.6). Nineteen employees (previous year 17) work in the Resources Division, providing support for all ComCo’s work; this corresponds to 14.3 (previous year 12.6) full-time positions. The Secretariat also offers four (previous year 5) internships. These four interns work full-time.

The statistics on the work carried out by ComCo and its Secretariat in 2020 are as follows:

	2020	2019	2018
Investigations			
Conducted during the year	20	19	24
Carried forward from previous year	13	16	18
Investigations opened	7	3	6
New investigations from divided investigation	0	2	0
Final decisions	6	11	4
Amicable settlements	4	9	2
Administrative rulings	1	2	2
Sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act	4	10	4
Partial decisions	2	5	0
Procedural rulings	2	2	0
Other rulings (publications, costs, searches, etc.)	1	6	2
Precautionary measures	1	1	0
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	1	0	0
Preliminary investigations			
Conducted during the year	14	14	15
Carried forward from previous year	13	8	10
Investigations opened	1	6	5
Concluded	8	4	7
Investigations opened	1	1	2

Modification of conduct	4	3	3
No consequences	3	0	2
Other activities			
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	1	2	2
Advice	24	28	21
Market monitoring	80	63	72
Freedom of information applications	18	7	20
Other enquiries	565	488	581
Mergers			
Notifications	35	40	34
No objection after preliminary examination	34	37	27
Investigations	1	3	3
ComCo decisions after investigation	1	2	3
Authorisation refused	0	0	0
Authorised with conditions/requirements	0	0	0
Authorised without reservations	1	2	3
Early implementation	0	0	0
Appeal proceedings			
Total number of appeals before the FAC and FSC	42	46	37
Judgments of the FAC	9	4	7
Success for the competition authority	6	1	5
Partial success	2	2	1
Unsuccessful	1	1	1
Judgments of the FSC	7	6	1
Success the competition authority	6	5	0
Partial success	1	0	1
Unsuccessful	0	1	0
Pending at the end of year (before FAC and FSC)	29	36	33
Expert reports, recommendations and opinions, etc.			
Expert report (Art. 15 Cartel Act)	0	0	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	0	2	0
Follow-up checks	0	1	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	0	1	0
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	327	120	152
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	12	17	8
state aid assessments	2	-	-
IMA			
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	0	3	0
Expert reports (Art. 10 IMA)	1	2	3
Provision of advice (Secretariat)	63	93	94
Appeals (Art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	2	0	0

The statistics for 2020 and a comparison with the figures from 2019 and 2018 reveal the following:

- Investigations: In 2020 the competition authorities conducted around the same number of investigations as in the two previous years. ComCo concluded a slightly below average number of cases in their entirety (two of the six decisions are partial decisions by the relevant chamber), but opened more than the average number of cases thanks to the resources freed up as a result.
- Preliminary investigations and market monitoring procedures: In 2020 the Secretariat conducted around the same number of preliminary investigations as in recent years. The foregoing also applies to number of cases concluded. However, this year the Secretariat opened only one new preliminary investigation. The number of market monitoring procedures,

which are normally instigated in response to complaints and reports, was higher than average in 2020.

- Mergers: The number of mergers that were assessed was within the usual range.
- Appeal proceedings: Although the number of appeals pending before the FAC and FSC remains relatively high, it has fallen slightly. What is positive in ComCo's view is that it is successful in most cases, either completely or at least in part.
- Expert reports, recommendations and opinions: ComCo prepared two expert reports for the Price Control Commission in 2019, but has not issued any recommendations or provided any expert opinions in the past three years. On the other hand, the Secretariat has been invited to give its opinion in a much larger number of office consultation procedures. This rise in the number of office consultation procedures is primarily due to the large number of political proposals and requests, together with matters related to COVID-19. The number of opinions that ComCo has provided in consultation procedure has remained fairly constant.
- IMA: The number of enquiries dealt with relating to the Internal Market Act fell within a similar range as in the past few years. The number of advisory procedures is around a third lower than in 2018 and 2019 however.

5 Special Topic: 25 years of the Cartel Act

5.1 The modernisation of Swiss competition law

5.1.1 Switzerland as a land of cartels and the consequences of voting no to the European Economic Area

Until the end of the 1980s, combating cartels and other restraints of competition in Switzerland was not given much priority. The Cartel Act of 1985, like the Cartel Act of 1962, took an approach that primarily aimed to protect individual companies, but nevertheless regarded functional protection, i.e. the protection of effective competition, as being of equal importance. The instruments that the Cartel Act provided for the fight against cartels were however inadequate. When using the balance method, the Cartels Commission had to weigh up interests in protecting competition against other public interests, there were no clear codes of behaviour for companies, and the law was only directed against cartels. Furthermore, the law was insufficiently enforced because the Secretariat was underfunded, the Commission could not issue rulings, but could only make recommendations, and procedures had shortcomings.

At the time, Switzerland was experiencing a recession, inflation rates were high, and a certain economic lethargy was widespread. Hopes of an economic upturn were pinned on Switzerland's efforts at the time to join the European Economic Area (EEA). From the standpoint of competition, this would also have meant breaking free from the inadequate Cartel Act of 1985. By joining the EEA, Switzerland would have adopted the strict rules on competition (ban on cartels, ban on abuse by dominant undertakings, merger control procedures) that applied at

the time in the European Economic Community (now the European Union), as well as the associated case law.

As we all know, this is not what happened. On 6 December 1992, Swiss voters rejected the proposal to join the EEA by a narrow majority. This decisive event triggered the move towards a new and modern competition policy, based on economic principles. For within just a few days, the Federal Council announced its programme of "free-market renewal". The Federal Council had expected that joining the EEA would bring impetus to its competition policy, and this renewal was intended to compensate for that loss. Alongside a revision of the Cartel Act, the Internal Market Act (IMA), the Federal Act on Technical Barriers to Trade and the Public Procurement Act (PPA) were drawn up. In 1994, Switzerland also joined the World Trade Organisation (WTO). These steps and instruments led to markets opening up in hitherto protected economic sectors and to respect for competitive principles becoming mandatory.

5.1.2 Revision of 1995

The revision of the Cartel Act launched after the Federal Council announcement proceeded rapidly. In little under three years, parliament had approved the complete revision and with it a paradigm change. It completely redefined competition law, following the proven modern economic model provided by EU law: the substantive provisions covered the three main forms of restraints of competition (anti-competitive agreements, abuse of market power, mergers) and gave companies clear codes of behaviour. The priority was functional protection, i.e. the protection of effective competition. The newly created Competition Commission could issue rulings and was provided with a Secretariat that was much-expanded in staffing terms.

5.1.3 Fine tuning in the revision 2003

The heavy fines imposed on a vitamin cartel in several different countries exposed a serious deficiency in the law. In 1999 ComCo could only declare agreements affecting competition to be unlawful and impose procedural fees. In Switzerland it was not possible to impose direct sanctions or order the forfeiture of the profits made by cartels. The ComCo president at the time summed it up by saying: "You get away with your first murder".

Several parliamentary proposals, a clear concept from the Federal Council, and broad consensus in parliament led in June 2003 to the first revision of the Cartel Act. ComCo was authorised to impose direct sanctions for the most serious violations of the Cartel Act, the possibility of a voluntary admission (report under the leniency system, rules on principal witnesses) was intended to make it easier to detect cartels, and the Secretariat was given the power to conduct searches of business premises and seize evidence. What was not part of the Federal Council plan was the new Article 5 paragraph 4 on vertical agreements, which found its way into the Cartel Act after discussions in the lobby of the Parliament Building.

By sharpening the instruments available to ComCo, this revision was intended to increase the law's deterrent effect and the probability of violations being detected. As such it can be seen as a fine tuning of the approach

taken up to that point. However, it had finally raised the Swiss law on cartels to place it on a par with EU competition law.

5.2 Goals of the Cartel Act and its practical implementation

5.2.1 Goals of the Cartel Act and the authority's objectives

The fundamental goal of the Cartel Act lies in protecting “free”¹ competition against abuse of market power, foreclosure and over-regulation. The Act consequently contains measures to deal with the three key practices that restrict competition: a ban on agreements that eliminate or seriously harm competition and which cannot be justified, a ban on the abuse of market dominance, and the power to stop mergers that lead to market dominance and may eliminate competition. In addition, it allows the competition authorities (ComCo and its Secretariat) to speak out against state regulations restricting competition.

ComCo made it known at a very early stage that it **primarily intended to take action against the most harmful restraints of competition**, not least because of the limited staff resources of its Secretariat. It therefore concentrated on combating the three most harmful forms of **horizontal agreements affecting competition** (price, quantity and territorial agreements), the **two key vertical agreements** (price fixing agreements and absolute territorial protection) and the **abuse of market dominance**. Examples from the fund of decisions taken and activities carried out by ComCo in these areas are provided below (see Sections 5.2.2 to 5.2.4).

In addition, in the initial years following the 1995 revision, ComCo tackled market concentrations that resulted from **mergers** with some vigour. It set itself the goal of stopping dominant positions from arising as a consequence of mergers (i.e. as opposed to those resulting from innovations or commercial success) in Switzerland's small, heavily specialised economy. Dominant companies formed by mergers weaken or eliminate competition. However, in 2007 the FSC put a brake on the competition authority, when the court concluded, based on a strict legal and literal interpretation of Article 10 paragraph 2 letter a CartA, that ComCo not only had to prove market dominance, but also that such dominance created the possibility that competition would be eliminated. The threshold for intervention, already rather high, was made considerably higher than for previous cases that ComCo had dealt with, and was clearly higher than in other countries. As a result, ComCo limited its use of resources in this field, making repeated references to the difference from the more restrictive, economically more sensible test applied in the EU, and calling for reform of the merger control procedure (see Section 5.3.2).

The competition authorities played an important role in connection with **state regulations**. Experience has shown that drawing attention to the possibility that competition may be restricted can have an influence on regulations. Sometimes the persistent highlighting of concerns and reservations can bring a result. What is crucial is that the competition authority is regarded in the regu-

latory process not as an unwanted spoilsport, but as a credible, reliable and impartial partner. ComCo and its Secretariat have worked over the years to secure this position. In addition, in economic sectors that have been gradually opened up to competition (such as infrastructure markets and agriculture), the competition authorities accompanied this process with measured interventions and have worked to maintain and expand competition.

Sometimes the action taken by a competition authority amounts to serious interference in the autonomy of companies and it is crucial that such action complies with the fundamental **constitutional guarantees**. It must therefore be subject to judicial scrutiny, which in Switzerland is a task for the FAC and the FSC. Even if the courts occasionally have to correct the substantive application of the law in ComCo's decisions, and ComCo had a great deal of groundwork to do in the early years, the courts' decisions have confirmed over the years that the competition authorities conduct their proceedings in accordance with the rule of law and that the rights of parties are fully guaranteed.

The globalisation of the economy has also left its mark on competition law. Restraints of competition do not stop at national borders and companies within and beyond a given continent collude with each other in order to restrict competition. The **international** reaction from competition authorities has been to create new bodies to discuss experiences, procedures and cases, even though authorities still apply rather different national laws in some cases. In 2002 the International Competition Network (ICN) was established, which now numbers over 120 competition authorities as members. The ICN and the Competition Committee of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) have become two key forums for exchanging information and experiences. Exchanges within these bodies, however, remain informal, and due to restrictions because of official secrecy and the procedural rights of parties, an exchange of evidence, for example, is not possible. An exchange of this type requires an express statutory or international treaty basis. Switzerland has achieved this with the EU, by concluding a cooperation agreement in 2013. This has allowed the competition authorities in Switzerland and the EU to enter into comprehensive exchanges, including the mutual transmission of evidence in parallel procedures.

In the following sections, some of the highlights from ComCo's case law are discussed, illustrating how it has pursued the goals of the Cartel Act and thus implemented the will of parliament. This analysis does not aim to cover ComCo's entire case history over the past 25 years, but rather to highlight the main areas of the competition authorities' activities on the basis of decisions that have received a high level of public attention (see Sections 5.2.2 to 5.2.5). The procedural law has also played a crucial role in this (see Section 5.2.6).

¹ There is no legal definition of competition, which is why adjectives such as “functioning” or “effective” are added to the term. There is agreement on what competition should achieve, namely the production of goods or the provision of services that meet consumers' needs and provide the best possible value for money.

5.2.2 Parallel imports: Opening up to foreign markets

An important goal of the Cartel Act is to keep the Swiss market open to its neighbouring countries. Cross-border competition makes an important contribution to ensuring that domestic competition in Switzerland functions properly. Switzerland, with around 8.5 million inhabitants, has a relatively small domestic internal market that is heavily concentrated in various economic sectors which in some cases have small market volumes. As a result, a small number of powerful and successful companies cross swords in different markets. In addition, Switzerland is for several reasons an “island of high prices”, in part due to various trade barriers. This situation can only be countered to a limited extent by interventions on the part of the competition authorities. For Switzerland, open markets – vis-à-vis other countries and within Switzerland – are the best form of competition. Open borders and the free movement of goods and services also compensate to some extent for the lack of competitive pressure in Switzerland.

ComCo has always tried, within the limits of the options that it has, to counter the prevention of parallel and direct imports and has thus made its contribution to keeping markets open. The trilogy of decisions, GABA-BMW-NIKON, played a crucial role in this. The GABA case concerned the prevention of parallel imports of the “Elmex” toothpaste. Although a rather insignificant case economically, it is the subject of a decision by the FSC which now has the status of a landmark judgment. The Federal Supreme Court not only confirmed the decision taken by ComCo and by the FAC. The highest Swiss court also held that any prevention of parallel imports can be presumed significant and unlawful, without any proof of its effects being required (as with other violations under Art. 5 para. 3 and 4 CartA), unless a justification of increased efficiency can be shown. The cases of BMW and NIKON involved “EEA clauses” in foreign distribution agreements, which prohibited dealers from supplying the products concerned to customers in Switzerland, or more precisely outside the EEA. These cases also demonstrated that the Cartel Act applies outside Switzerland, provided a restraint caused abroad has effects in Switzerland. The BMW case involved an economically significant market. ComCo’s intervention promoted the parallel and direct imports of cars and thus put pressure on the prices charged by Swiss importers and dealers.

5.2.3 Opening of procurement markets and bid rigging

Traditional “hard” horizontal agreements affecting competition are clearly harmful. They lead in many cases to higher prices, reduce quality and stifle innovation. Price-fixing agreements have always been a feature of the Swiss economy. ComCo takes action against these consistently and in numerous cases, both in larger economic sectors (e.g. agreements between banks and in public procurement), and in smaller markets (e.g. agreements between driving schools). The harm caused by agreements is impressively illustrated by the agreements in the construction sector in particular:

On joining the WTO in 1994, Switzerland accepted the requirement that public procurement contracts that exceeded certain thresholds had to be awarded in a transparent and competitive procedure. This meant that the principle of competition would be applied to a sector that had previously been very much characterised by the self-interests of the local communities and businesses involved. This meant that as far as the public sector was concerned, the conditions were in place to be able to award procurement contracts competitively - with positive consequences for the use of public funds.

This also meant that the businesses concerned had to be prepared to change their ways. From now on they had to compete for contracts that they had previously been awarded without much effort thanks to protectionist award procedures. The main feature of public tendering procedures is that companies have to try to assert themselves in an anonymous bidding competition. In this one-shot-game, the offer with the best cost-benefit ratio wins the day. It is therefore not hard to see why certain companies might try to circumvent the law on public procurement and control the bidding process for their own purposes, just as in the cartel era, deciding who is to be the “winner” and who will be the “losers” by colluding on what the bids will be. Since the 1995 revision, the competition authorities have received many reports of bid rigging. After uncovering a substantial road surfacing cartel in Ticino in 2007, ComCo announced that it would make bid rigging a major priority the following year.

In the following years, it conducted various successful investigations; electrical installations in Bern in 2009, roads and civil engineering in the canton of Aargau in 2011, roads and civil engineering in the canton of Zurich in 2013, tunnel cleaning in 2015, and roads and civil engineering in See-Gaster in 2016. It encountered the most widespread bid rigging case in the investigation opened in October 2012 relating to construction projects in the canton of Graubünden. Although the original investigation was limited to allegations of bid rigging in the Lower Engadin, following a series of voluntary admissions and further searches of business premises it was extended to cover the entire canton and ultimately divided into ten separate investigations. In its ten decisions (Engadin “I-VIII” together with the Münstertal and Graubünden road construction cases), ComCo concluded that in more than 1150 construction and civil engineering projects in the canton the award of contracts by communes and private individuals with a total value of several hundred million francs had been manipulated through bid rigging. The decisions generated a high level of media interest and drew public attention to the fact that horizontal price-fixing agreements are harmful, resulting in higher prices and unchanging structures, and are seriously detrimental to consumers. ComCo does not shy away from the effort required to deal with these complex cases and is consistent in pursuing bid rigging.

In addition to cracking down on bid rigging, the competition authorities have invested a great deal in prevention campaigns and raising awareness. In a series of campaigns, the Secretariat has provided federal and cantonal procurement agencies and other bodies with infor-

mation on the subject of bid rigging in half-day or all-day events. Procurement agencies are now able to identify the signs and indications themselves. In addition, the competition authorities have developed a statistical instrument (a “screening tool”) to help detect agreements. This instrument has attracted interest in other countries and is used by a number of cantons. These various activities increase the overall deterrent effect, making bid rigging more difficult or preventing it altogether.

5.2.4 Support from the competition authorities for the liberalisation of infrastructure markets

Switzerland began to allow competition in its infrastructure markets in 1998. State monopolies were going to face competition from companies entering the market for the first time. In a first wave, the markets for telecommunications, postal services and goods transport by rail were opened up. In the telecommunications market, for example, the opening brought in new providers to challenge Swisscom, which had previously been the sole provider. Swisscom however began as an established company with a monopoly, or at least a dominant position. The main task for the competition authorities in this market was to prevent possible abuses against companies newly entering the market, in order to give competition any chance at all. As in other countries, some former monopolists came into conflict with the law on cartels. In the telecommunications market, the numerous ComCo investigations and decisions (not all legally binding) bear witness to this. A key decision was ADSL II, in which ComCo held there had been an unlawful margin squeeze, in that rivals were effectively being prevented from setting competitive prices for broadband services. The FSC confirmed the breach of competition law, and Swisscom was fined CHF 186 million for its conduct – the highest legally-enforceable sanction that ComCo had ever imposed.

In other infrastructure markets, market liberalisation came slowly, pushed along by decisions taken by the Competition Commission:

- In the electricity market, ComCo investigated the refusal by the Fribourg Electricity Board (FEW) to transmit electricity from other producers through its networks to end consumers. It judged this refusal in 2000 to be the abuse of a dominant position in the network sector. A proposal for market liberalisation in terms of a new electricity market act was rejected by voters in 2002, but when the FSC upheld the ComCo decision in the FEW case in June 2003, this opened the electricity market up to competition in practice. Case-by-case liberalisation of this sector came to an end at the start of 2008, when parliament enacted the Electricity Supply Act, formally liberalising the electricity market.
- Following the regulated liberalisation of the electricity market, the Federal Council intended to open up the gas market as well. However, this project was repeatedly delayed. At the same time, the number of complaints from gas consumers who wanted the freedom to choose their supplier was steadily growing. In June 2020, ComCo issued a key decision relating to the natural gas market in Central Switzerland. It fined the gas network operators ewl and EGZ

for an unlawful refusal to transmit gas through their pipelines. The two companies agreed to allow gas from third-party suppliers to pass through their systems in future and concluded an amicable settlement with the competition authority to this effect. This meant that the gas market – like the electricity market in 2003 – had been opened up to competition by applying the Cartel Act case-by-case.

5.2.5 Keeping digitalised markets open

The spread of internet and broadband connections in Switzerland, which began at the start of the century and today covers almost the entire country, led to the creation of new markets under the buzzword “digitalisation”, and saw other markets being eroded or disappearing altogether. This transformation of the economy led and is still leading to opportunities for and risks to competition and to new challenges for the competition authorities. In the digitalised markets, network effects, digital platforms, data sovereignty and consumer behaviour commonly lead to dominant positions, which are assessed ambivalently from a competition standpoint. On the one hand they can be the most efficient solution in economic terms if the markets have a natural tendency towards monopolies, and this is the only way that low prices and high quality can be achieved. On the other, dominant companies can exploit their position in these markets to the detriment of consumers and either force undesirable competitors out of the market or not allow them access in the first place, in order to consolidate and expand their market power.

In recent years, the competition authorities have increasingly had to deal with these ambivalent aspects of digital markets. In order to keep its principles for assessing digital markets up to date, the Secretariat set up an internal working group on digitalisation in 2014. This supports the authority in dealing with the questions that arise and monitors international developments and case law. In addition, in 2017 ComCo declared digitalisation to be its new priority, announcing that it would be devoting special attention to this sector.

As well as reorientating in terms of its organisation and priorities, the competition authorities have also conducted a range of proceedings in which digitalisation has played an important role. One of its most important decisions relates to hotel booking sites. These have become increasingly important. Websites such as booking.com initially forced hotels to accept restrictive conditions. In its decision in 2015, ComCo banned the websites from placing comprehensive restrictions on the offers that hotels could make. Hotels should be able to offer lower prices or a larger number of rooms through other sales channels. Another case related to the decision by Apple not to allow TWINT as an alternative digital payment solution on iPhones without imposing restrictions. Only after the Secretariat had intervened did Apple disclose the code required to allow TWINT to function on iPhones without restriction. A further case on digital payment solutions is still pending. There is a suspicion that the banks behind TWINT are boycotting the use of their credit cards in Apple Pay. It is likely that the competition authorities will have to deal with further issues relating to digitalisation in the near future.

5.2.6 Procedural challenges

Good substantive law can only be effective if it is applied using the correct legal procedures. This posed a major challenge for the competition authorities after the Cartel Act came into force in 1995. Staff had limited experience of administrative procedure law (APA) and first had to work out the basic principles. This led to some errors. In a landmark procedural judgment in 1998 the then Competition Appeals Commission provided instructions on the constitutionally correct procedure.

In response, the Secretariat introduced a process management system that harmonised the procedures within the authority, ensured compliance with the constitutional principles and institutionalised legal and economic quality control procedures. An external report on ComCo's procedure commissioned by the then Department of Economic Affairs confirmed in 2000 that there had been fundamental defects in the procedure, but that these had been eliminated.

Following this substantial correction to the procedure, the discussion turned to substantive issues. Even though parties to proceedings complain almost as a matter of course of "breaches of the right to a fair hearing", the FAC has regularly confirmed that ComCo's procedures are in fact correct.

A new front opened when the first decisions on sanctions were taken. In the "Publigroupe" case, it was claimed that the ComCo procedure violated the European Convention on Human Rights (ECHR) and that the sanction imposed should therefore be quashed. In ground-breaking judgments, the FAC and the FSC confirmed that the ComCo sanctions procedure was similar to criminal proceedings in nature and that the principles of the ECHR were applicable. Following judgments of the European Court of Human Rights, the Swiss courts held that the requirements of the ECHR were satisfied if the appeal process involved an independent court that had full rights of review over the decisions of the Competition Commission; in Switzerland the FAC is able to do this. It is therefore irrelevant if the Competition Commission and its representatives do not meet the requirements for an independent court within the meaning of the ECHR.

The searches of premises that the Secretariat has had the power to carry out since the 2003 revision have been a success story. They allow the Secretariat to gain access to evidence that is held by companies and which cannot be accessed using conventional investigative measures such as questionnaires and interviews. After staff had undergone a diligent process of training, the first search was carried out on 14 February 2006. Over the subsequent years, the instrument was fine-tuned, staff experience of the procedure steadily increased, and new digital aids came into use. Since then, the Secretariat has conducted around 40 search operations at over 150 companies. The evidence secured has in most cases allowed the Secretariat to prove an unlawful restraint of competition.

Switzerland reached a milestone in international respects when its cooperation agreement with the EU came into force on 1 December 2014. It was the first

agreement anywhere in the world that not only enables an informal exchange of evidence, but also in specific circumstances an exchange without the consent of the company concerned. The agreement allows the competition authorities to discuss any issues and to coordinate searches in parallel proceedings, to discuss voluntary admissions with the consent of the companies concerned and to exchange evidence in a fixed procedure. The implementation of the agreement has proved – at least from a Swiss point of view – to be very successful, because it has led to a variety of contacts and exchanges that are extremely helpful in the fight against internationally active cartels, and it enables procedures to be harmonised.

5.3 Work in progress on the current Cartel Act

5.3.1 General Remarks

In the revision of 2003, Parliament introduced a duty to evaluate the new instruments (direct sanctions, voluntary admissions, leniency system, etc.) in the Cartel Act. The Federal Council fulfilled this duty by conducting a comprehensive review of the application of the Cartel Act and providing a detailed report in 2009. In the report, it outlined the remaining shortcomings, such as the competition authority's institutional set-up, the absence of the power to ban the most harmful forms of agreements, the substantive test in the merger control procedure, the barely noticeable enforcement of competition law through the civil courts, and certain procedural issues.

The revision of the Cartel Act initiated on the basis of the report was abandoned in 2014, after the National Council twice decided not to consider the substance of the proposals. This was essentially due to strongly diverging interests in Parliament, which meant that although there was majority support for individual points of the revision, there was no majority in favour of the overall package.

Although hard cartels are now prohibited in practice thanks to the FSC's decision in the GABA case, institutional reform has proved controversial. In future it may be difficult, despite international criticism, to find a majority in Parliament for a professionalised and slimmed-down ComCo or for a competition authority in the style of the German Federal Cartel Office. On the other hand, some issues were largely undisputed and there is still a need for their reform. These issues are discussed briefly below.

5.3.2 Merger control procedure

Swiss merger control procedures, with their high threshold for intervention (elimination of competition), contrasts with international merger control procedures, in particular that in the EU. EU procedures were revised in 2004 and since then a "significant reduction in competition" has been sufficient for the competition authority to intervene. In turn, it enables an assessment of efficiencies to be carried out. In this particular field, the Swiss law on cartels, which is otherwise modelled on the EU in other areas, with its provisions being interpreted in line with European case law, differs in essential respects from the EU law. This makes it difficult to achieve a uniform assessment of international mergers. The very permissive test under the Swiss Cartel Act is not especially beneficial for SMEs, as it allows large companies that already

have market power to form even larger concentrations, leading to power imbalances in the sectors concerned.

Since the revision of the law was abandoned, SECO has commissioned two studies to investigate the differences between the Swiss and the European thresholds for intervention and examine how the European provisions would have been applied to mergers approved by ComCo. For ComCo, the conclusions of these studies are clear. Adopting the European substantive tests would make it possible to better address the increasing concentration of the Swiss economy and also take suitable account of the efficiency considerations that are often raised in merger cases.

5.3.3 Civil actions against cartels

The regular detection of bid rigging (see Section 5.2.3) has turned the spotlight on the question of how public authorities and private individuals can take action against cartel members to recover the losses that they have sustained by having to pay excessive prices. The current Cartel Act provides that victims of unlawful restraints of competition are entitled to claim damages and satisfaction in civil proceedings and can force cartel members to surrender the profits that have been unlawfully made. In practice, however, such actions are rarely filed in the cantonal civil courts, let alone successfully pursued. This is because the hurdles that must be cleared in Switzerland in order to enforce civil claims related to cartels are excessively high (see ComCo annual report for 2019).

Because of these high hurdles, “private enforcement” in Switzerland – in contrast to the considerably more robust legal framework in the EU – is practically non-existent. The incentives to bring civil actions could be increased considerably by amending the Cartel Act while remaining within present system. Attention must be paid to the risks, such as the risk to the vital voluntary admission procedure (leniency system) as a result of simplified access to official documents. The aim is not to strengthen the civil law on cartels at the expense of the administrative law on cartels. Instead, the aim is to improve the enforcement of the law on cartels overall. Experiences in other European countries show that it is possible to improve the incentives for taking action in the civil courts without creating an excessive culture of litigation. The aim of any reform should be to ensure that those who have been affected by restraints of competition can take action on their own initiative and are thus no longer dependent on the competition authority’s discretion as to whether it pursues a case.

5.3.4 Revision 2021

In ComCo’s view it is reasonable to continue the work in progress on the current Cartel Act and to close the loopholes in a revision. The Federal Council has also com-

mitted itself to this and announced that in the first semester of 2021, unless there are delays because of the COVID situation, it will submit a revision proposal for consultation. The planned revision should address merger control procedures and civil actions against cartels along with other outstanding subordinate issues. The experience of past Cartel Act revisions has shown that a limited and slimmed down revision similar to that of 2003 is more likely to find favour. An “overloaded cart”, like the revision of 2012, is likely to tip over. From an economic and legal point of view, it is important that no extraneous elements find their way into the Cartel Act and that no key pillars of the law are weakened because of ComCo’s success in recent years.

5.4 Conclusion and outlook

The 25-year-old Cartel Act is a vital and solid cornerstone of Swiss economic policy. ComCo and its Secretariat have fought against price-fixing agreements and market foreclosures, opened markets and reinforced the internal market. The competition authorities have concentrated on the most harmful horizontal agreements affecting competition (price, quantity and territorial agreements), on the main vertical agreements (price fixing agreements and absolute territorial protection) and on abuses of market dominance. The valuable instruments that they have been entrusted with, such as sanctions, the leniency system (voluntary admissions) and powers of search have proved their value. This means that the key findings of the 2009 analysis report still hold true twelve years later:

“The impact analyses confirm [...] that a modern law on cartels and an active and independent competition authority bring Switzerland major economic benefits. Parliament has chosen the right path. The law on cartels must be effective and the competition authority must be properly equipped to do its job.”

“The new instruments in the revised Cartel Act (direct sanctions, leniency system, objection procedure, search powers) have generally proven to be useful. They help to prevent or uncover restraints of competition and to encourage competition, by increasing the preventive effect of the Cartel Act and compliance with competition law.”

Swiss competition policy and its implementation in the current Cartel Act are effective and comply with the international standards. The work that is still required has been identified and is underway. Ultimately, however, it is the competition authority that puts the provisions into practice. It has the power to remedy violations of competition law through its decisions, thereby creating legal certainty and achieving a sufficiently high preventive effect. The Competition Commission is the guarantor of the modern-day enforcement of cartel law.

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Biologics

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 20. Januar 2021 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Biologics wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt

1. Gegenstand vorliegender Vorabklärung war die Frage, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Unternehmen, das auf dem Markt für die Entwicklung und Produktion von Biologics (Biopharmazeutika) tätig ist, sich unzulässig im Sinne von Art. 7 KG¹ verhält.

2. Als Biologic wird im Pharmabereich ein Arzneistoff bezeichnet, das mit Mitteln der Biotechnologie und gentechnisch veränderten Organismen hergestellt wird.² Der Herstellungsprozess eines Biologics lässt sich grob in zwei Stadien gliedern: Die vorgelagerte Entwicklung (Development) und die nachgelagerte Produktion (*Manufacturing*).

3. Im Stadium der Entwicklung werden aus einer angelegten Zelllinie die für ein Biologics notwendigen Antikörper und Proteine extrahiert. Dies geschieht mit einem sog. Gen-Expressionssystem. Unternehmen, die Dienstleistungen auf dem Entwicklungsmarkt anbieten, werden als sog. Contract Development Organization (CDO) bezeichnet. Für den Entwicklungsmarkt wird im Nachfolgenden der Begriff «CDO-Markt» verwendet.

4. Im Stadium der Produktion wird auf der Grundlage der gewonnenen Antikörper und Proteine das betreffende Biologic produziert. Dies geschieht mittels Kultivierung der Antikörper und Proteine in einem flüssigen Medium in Bioreaktoren. Unternehmen, die Dienstleistungen auf dem Produktionsmarkt anbieten, werden als sog. Contract Manufacturing Organization (CMO) bezeichnet. Für den Produktionsmarkt wird im Nachfolgenden der Begriff «CMO-Markt» verwendet.

5. Im Herstellungsprozess eines Biologics führen Pharmaunternehmen (auch als *Innovators* bezeichnet) die Entwicklung und/oder Produktion selbst (*in-house*) durch oder fragen diese Dienstleistungen weltweit bei CDO

und CMO nach. Die Pharmaunternehmen setzen dabei im Entwicklungsstadium ihre eigenen Gen-Expressionssysteme ein oder lizenzieren Gen-Expressionssysteme von externen CDO/CMO oder von anderen Pharmaunternehmen.

6. Am Anfang des Jahres 2018 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige einer CMO mit Sitz im asiatischen Raum ein. Die Anzeige richtete sich gegen ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, das sowohl auf dem CDO- wie auch auf dem CMO-Markt tätig ist. Gemäss den Vorwürfen der Anzeigerin soll dieses Unternehmen über auf dem Markt führende Gen-Expressionssysteme verfügen. Zu den Gen-Expressionssystemen des angezeigten Unternehmens bestünden gemäss den Angaben der Anzeigerin keine gleichwertigen Alternativen, denn diese seien am schnellsten und besäßen die höchste Zulassungsquote bei der US Food and Drug Administration (*FDA*) und der European Medicines Agency (*EMA*).

7. Aufgrund der führenden Gen-Expressionssysteme verfüge das angezeigte Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung auf dem CDO-Markt. Diese Stellung werde von ihr missbraucht, um die Tätigkeit der Anzeigerin als CMO sowie einen allfälligen Markteintritt der Anzeigerin als CDO zu unterbinden. Namentlich verpflichte das angezeigte Unternehmen die Pharmaunternehmen vertraglich dazu, dass sie alternativen CMO eine Sublizenz am Expressionssystem des angezeigten Unternehmens einräumen müssen, wenn diese Biologics produzieren, die mit einem Gen-Expressionssystem des angezeigten Unternehmens entwickelt worden sind.

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

² Quelle: <<https://de.wikipedia.org/wiki/Biopharmazeutikum>> (8.12.2020).

8. Gemäss den Angaben der Anzeigerin sei die Einräumung einer Sublizenz indes nicht notwendig, da kein Einblick in das Know-How von Gen-Expressionssystemen notwendig sei, um CMO-Dienstleistungen wahrnehmen zu können. Insbesondere seien die Gen-Expressionssysteme nicht durch Patente oder wegen erheblichem Know-How geschützt. Die Pharmaunternehmen würden diesbezüglich durch das angezeigte Unternehmen getäuscht. Die Sublizenzierung gestalte sich zudem ohnehin als schwierig, da es vertraglich häufig vorgesehen sei, dass das angezeigte Unternehmen einer Sublizenzierung vorgängig zustimmen müsse. Der Erhalt dieser Zustimmung werde indes erschwert, indem vereinzelt vorgesehen sei, dass eine Zustimmung bei der Gefährdung von Immaterialgüterrechten (IP-Rechten) verweigert werden könne und dass gewisse CMO beigezogen werden dürften, andere aber nicht. Gemäss den Angaben der Anzeigerin werde eine Sublizenzierung auch durch die Ausgestaltung der Sublizenzierungsgebühren und aufgrund von Meistbegünstigungsklauseln erschwert.

9. Am 17. Mai 2018 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung. Am 6. November 2019 liess das Sekretariat einen Fragebogen an zehn Pharmaunternehmen mit Sitz bzw. Niederlassung in der Schweiz zukommen. Am 23. April 2020 wurde ein Fragebogen an sieben Pharmaunternehmen mit Sitz bzw. Niederlassung in der Schweiz versandt und Fragen an drei Pharmaunternehmen in den Vereinigten Staaten, ein kanadisches Pharmaunternehmen und ein südkoreanisches Pharmaunternehmen gestellt. Darunter befanden sich Pharmaunternehmen, die gemäss den Angaben der Anzeigerin über Informationen für den vorliegenden Fall verfügen könnten.

10. Im Laufe der Ermittlungen wurde ersichtlich, dass das angezeigte Unternehmen eine bekannte CMO ist und ihre Gen-Expressionssysteme auch eingesetzt werden. Substantiierte Hinweise auf mögliche unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 KG ergab die Marktbefragung nicht (vgl. hierzu nachfolgend Rz 15 ff.).

B Erwägungen

B.1 Unzulässige Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen

11. 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). 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. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.³

12. Eine sachlich nicht gerechtfertigte Nichtgewährung von (Sub-)Lizenzen an Immaterialgüterrechten kann eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstellen. Wird eine Lizenzgewährung an die Bedingung geknüpft, dass auch andere Dienstleistungen vom Lizenzgeber bezogen werden, kann dies unter Umständen eine unzulässige Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG darstellen.

13. Das Kartellgesetz findet auch Anwendung, wenn Immaterialgüterrechte zu berücksichtigen sind. Die immaterialgüterrechtlichen Sachverhaltsaspekte sind jedoch im Rahmen der materiellrechtlichen Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit zu würdigen.⁴ Liegt eine immaterialgüterrechtliche Rechtsposition vor, bedarf es beispielsweise erhöhter Anforderungen an die Tatbestandsvoraussetzungen der unzulässigen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) als bei Fehlen einer solchen Position, da ansonsten dem Inhaber des Immaterialgüterrechts die Substanz eines Schutzrechts entzogen würde.⁵

14. Ein Verstoss gegen Art. 7 KG setzt voraus, dass ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Zum Zwecke der vorliegenden Abklärung wurde daher in erster Linie die Markstellung des angezeigten Unternehmens unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Gen-Expressionssysteme ermittelt. Davon ausgehend wurde sodann die Bedeutung und Tragweite der Vertragsklauseln eruiert.

B.2 Ergebnisse der Ermittlungen

15. Die Ergebnisse der Ermittlungen des Sekretariats lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Relevante Märkte

16. Zum Zweck der vorliegenden Vorabklärung wurden der CDO- und der CMO-Markt als sachlich relevante Märkte bestimmt, wobei diese beiden Märkte als getrennte Märkte verstanden werden. Denn aus den Antworten der Pharmaunternehmen wurde ersichtlich, dass es nicht ungewöhnlich ist, dass ein Pharmaunternehmen für ein Biologics im Entwicklungsstadium eine CDO herbeizieht und für die nachgelagerte Produktion dann eine andere CMO einsetzt. Die befragten Pharmaunternehmen hatten zudem keine Einwände gegen die den Fragebogen zugrunde gelegte Trennung zwischen CDO- und CMO-Dienstleistungen. Ein Pharmaunternehmen bestätigte ausdrücklich, dass CDO- und CMO-Prozesse trennbar seien. CDO- und CMO-Dienstleistungen werden sodann weltweit angeboten und von Pharmaunternehmen weltweit nachgefragt, weshalb zum Zweck der vorliegenden Vorabklärung von weltweiten räumlich relevanten Märkten ausgegangen wird.

³ BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 86 ff., *Sanktionsverfügung – Zugang zu Dienstleistungen der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*; RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 2 N 21 ff.

⁵ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 935 f., *Sanktionsverfügung – Zugang zu Dienstleistungen der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 148.

Bedeutung der Gen-Expressionssysteme

17. Die Vertragsklauseln betreffen die (Sub-)Lizenzierung der Gen-Expressionssysteme des angezeigten Unternehmens. Für die Bestimmung der Bedeutung der Gen-Expressionssysteme analysierte das Sekretariat in einem ersten Schritt die in den eingereichten Herstellungsprogrammen eingesetzten Gen-Expressionssysteme. Die Analyse zeigte, dass die Pharmaunternehmen für die Entwicklung ihrer Biologics in einem bedeutenden Ausmass auch alternative Gen-Expressionssysteme und zudem auch eigene (*in-house*) Expressionssysteme einsetzen. Das Sekretariat forderte die Pharmaunternehmen des Weiteren auf, die wichtigsten Gen-Expressionssysteme zu bezeichnen. Die Pharmaunternehmen nannten nebst den Gen-Expressionssystemen des angezeigten Unternehmens zahlreiche Gen-Expressionssysteme von weiteren Anbietern für die Entwicklung von Biologics. Die Antworten zeigten, dass mehrere alternative Gen-Expressionssysteme existieren, die von den Pharmaunternehmen für die Entwicklung ihrer Biologics in Betracht gezogen werden.

18. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben insgesamt keine genügenden Anhaltspunkte, dass die Gen-Expressionssysteme des angezeigten Unternehmens im Vergleich zu alternativen Gen-Expressionssystemen eine führende Rolle einnehmen.

Marktstellung des angezeigten Unternehmens

19. Für die Beurteilung der Marktstellung des angezeigten Unternehmens analysierte das Sekretariat unter anderem, bei wie vielen Herstellungsprogrammen das angezeigte Unternehmen die CMO- und CDO-Dienstleistungen erbringt. Dabei konnten keine genügenden Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung des angezeigten Unternehmens auf dem CDO- bzw. CMO-Markt gefunden werden. Insbesondere werden die CDO-Dienstleistungen von den Pharmaunternehmen auch regelmässig selbst (*in-house*) mit dem Einsatz von eigenen Gen-Expressionssystemen (s. vorne Rz 17) durchgeführt. Werden CDO-Dienstleistungen durch die Pharmaunternehmen *in-house* mit dem Einsatz von eigenen Gen-Expressionssystemen durchgeführt, haben die Ermittlungen gezeigt, dass der Zugang zu den Herstellungsprogrammen der Pharmaunternehmen offen bleibt. Die Pharmaunternehmen wurden darüber hinaus befragt, welche CDO und CMO sie für die Entwicklung ihrer Biologics in Betracht ziehen. Die Antworten zeigten, dass für die Pharmaunternehmen nebst dem angezeigten Unternehmen weltweit auch mehrere alternative CDO und CMO für die Entwicklung und Produktion ihrer Biologics in Betracht kommen.

20. Für die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens ist auch die Marktgegenseite zu berücksichtigen. Die Marktbefragung zeigte diesbezüglich auf, dass eine starke Marktgegenseite besteht. Ein Pharmaunternehmen hielt gegenüber dem Sekretariat explizit fest, dass es keine vertraglichen Einschränkungen akzeptiere, welche es in der Auswahl einer CMO beschränke. Insbesondere haben die befragten Pharmaunternehmen die Möglichkeit, ihre Biologics *in-house* zu produzieren und dabei auch *in-house* Expressionssysteme (s. vorne Rz 17 f.) einzusetzen. Damit besteht für die Pharmaunternehmen eine Ausweichmöglichkeit, wenn sie mit den

Lizenzbedingungen für ein Gen-Expressionssystem oder mit den Konditionen einer CDO für die Erbringung von CDO-Dienstleistungen nicht einverstanden sind.

21. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben insgesamt keine genügenden Anhaltspunkte, dass das angezeigte Unternehmen über eine Stellung auf dem CDO- bzw. dem CMO-Markt verfügt, das es ihm erlauben würde, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Es besteht genügend aktueller Wettbewerb in Form von alternativen CDO und CMO und eine disziplinierende Marktgegenseite. Zudem ergaben die Ermittlungen auch Anhaltspunkte für potentiellen Wettbewerb: Die Pharmaunternehmen erbrachten vereinzelt gegenseitig CDO-Dienstleistungen, wenn sie diese nicht *in-house* durchführten oder von CDO bezogen.

Immaterialgüterrechte

22. Betreffend die Immaterialgüterrechte spricht der nachfolgende Umstand gegen die These, dass die Pharmaunternehmen über das Vorhandensein von Immaterialgüterrechten getäuscht werden können (s. vorne Rz 8): Die Pharmaunternehmen setzen regelmässig auch eigene Gen-Expressionssysteme ein und dürften entsprechend über die notwendige Erfahrung und das notwendige Wissen betreffend Immaterialgüterrechten bei Gen-Expressionssystemen verfügen. Die befragten Pharmaunternehmen äusserten denn auch keine konkreten Vorwürfe betreffend die Lizenzierungspraxis des angezeigten Unternehmens. Es erscheint daher möglich, dass die (Sub-)Lizenzierungsklauseln in den Verträgen zum Schutz von Immaterialgüterrechten notwendig sind. Auf abschliessende Ermittlungen betreffend die Immaterialgüterrechte wurde zum Zwecke der vorliegenden Vorabklärung verzichtet.

Vertragsklauseln

23. Für die Analyse der Bedeutung der von der Anzeigerin beschriebenen Vertragsklauseln fragte das Sekretariat die Pharmaunternehmen, ob sie sich durch Massnahmen rechtlicher oder tatsächlicher Natur in der freien Wahl einer CMO eingeschränkt sähen. Die überwiegende Mehrheit der Pharmaunternehmen verneinte dies. Auch wurden keine konkreten Vorwürfe betreffend die Lizenzierungspraxis des angezeigten Unternehmens geäussert.

24. Die von der Anzeigerin beschriebenen Vertragsklauseln können potenziell dann problematisch sein und einen Verstoss gegen Art. 7 KG darstellen, wenn genügend Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens bestehen (s. vorne Rz 14). Wie vorgängig ausgeführt worden ist, wurden im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung nicht genügend Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung des angezeigten Unternehmens gefunden (s. vorne Rz 19 ff.).

25. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben insgesamt, dass aufgrund der Marktstellung des angezeigten Unternehmens keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Vertragsklauseln unzulässig im Sinne von Art. 7 i.V.m. 4 Abs. 2 KG sind.

B.3 Fazit

26. Zusammengefasst ergab die Vorabklärung keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG. Namentlich konnten keine genügenden Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Position des angezeigten Unternehmens gefunden werden (Art. 4 Abs. 2 KG). Es bestehen mehrere alternative Gen-Expressionssysteme von externen Anbietern sowie alternative externe CDO, welche für die Entwicklung von Biologics herbeigezogen werden können. Darüber hinaus wird die Markstellung des angezeigten Unternehmens durch eine starke Marktgegenseite diszipliniert. Diese verfügt über die Möglichkeit auf *in-house* Expressionssysteme und *in-house* CDO-Dienstleistungen auszuweichen. Grundsätzlich sehen sich die befragten Pharmaunternehmen nicht

durch Vertragsklauseln in der freien Wahl einer CMO eingeschränkt.

C Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Beteiligten die folgenlose Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 6. Oktober 2020 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Dauer-ARGE Graubünden wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG

A Hintergrund der Vorabklärung und Verfahrensablauf

A.1 Hintergrund und Inhalt der Vorabklärung

1. Im Rahmen der Untersuchung «Bauleistungen Graubünden» (22-0457) stiessen die Wettbewerbsbehörden beiläufig auf Anhaltspunkte dafür, dass diverse Strassenbauunternehmen im Kanton Graubünden in auf Dauer angelegten Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiten, was kartellrechtswidrig sein könnte. In ihrer Sanktionsverfügung vom 19. August 2019 stellte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) klar, dass diese Thematik nicht Gegenstand der Untersuchung «Bauleistungen Graubünden» (22-0457) ist. Sie ging entsprechend auch nicht weiter darauf ein, sondern hielt fest, dass dies in einem separaten Verfahren abgeklärt werden müsse.¹

2. Vor diesem Hintergrund eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 11. März 2019 die vorliegende Vorabklärung «Dauer-ARGE Graubünden» (22-0499). Diese beschränkt sich auf zwei Fälle von Zusammenarbeiten, in denen jeweils dieselben zwei Strassenbauunternehmen wiederholt und vergleichsweise häufig als ARGE auftraten und das auch im Zeitpunkt der Eröffnung der Vorabklärung noch taten. Dies sind zum einen ARGE zwischen A AG (nachfolgend: A) und B AG (nachfolgend: B), die stets unter der Bezeichnung ARGE AB auftraten. Sie sind im Bezirk² 4 (Scul) des Kantons Graubünden aktiv. Zum anderen sind dies ARGE zwischen A und C AG (nachfolgend: C), die verschiedene Namen trugen³ (nachfolgend wird die Zusammenarbeit von A und C der Einfachheit halber zusammenfassend als ARGE AC bezeichnet⁴) und in den Bezirken 6 (Ilanz) und 7 (Thusis) des Kantons Graubünden aktiv sind.

3. Die zwei betrachteten Zusammenarbeiten sind unterschiedlich intensiv. Bei der einen, der ARGE AB, wurde der Tätigkeitsbereich, das heisst, die gemeinsam zu offerierenden Projekte, im Voraus festgelegt.⁵ Bei der anderen, der ARGE AC, wurden im Voraus verschiedene Konditionen festgelegt, die bei einer ARGE gelten sollen (z.B. Erfolgsbeteiligung, Zuschläge, Organisatorisches). Ob als ARGE eingegeben wird, wurde hingegen projektspezifisch, also im Einzelfall, entschieden.⁶ Um diese Zusammenarbeiten beurteilen zu können, wurden die jeweils bestehenden konkreten Rahmenbedingungen wie etwa geografische Gegebenheiten oder die Ausschreibungspraxis aufgearbeitet.

A.2 Verfahrensablauf

4. Das Sekretariat eröffnete am 11. März 2019 die Vorabklärung «Dauer-ARGE Graubünden» (22-0499) ge-

mäss Art. 26 KG⁷. Ein Teil der Akten, insbesondere Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden und graubündnerischer Gemeinden, wurden aus der Untersuchung «Bauleistungen Graubünden» (22-0457) in die vorliegende Vorabklärung übernommen.

5. Am 16. Mai 2019 stellte das Sekretariat ein Amtshilfegesuch an das Tiefbauamt des Kantons Graubünden,⁸ um die Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden im Bereich Strassenbau ab Mai 2017 zu erhalten. Der Kanton kam dieser Aufforderung nach und lieferte am 17. Juni 2019 die ersuchten Daten.⁹

6. Aufgrund der Auswertung der Offertöffnungsprotokolle sowie weiterer Akten aus der Untersuchung «Bauleistungen Graubünden» (22-0457) entschied das Sekretariat, die Vorabklärung auf die vergleichsweise deutlich aktivsten ARGE, nämlich die ARGE AC und ARGE AB, zu beschränken. Auf eine nähere Betrachtung von weniger häufig auftretenden ARGE verzichtete es. Mit Schreiben vom 5. August 2019 informierte es die betroffenen Unternehmen, namentlich A, C und B, über die Eröffnung der Vorabklärung.¹⁰

7. Zwischen dem 9. und dem 18. September¹¹ sowie am 10. Dezember 2019¹² führte das Sekretariat mit den drei involvierten Strassenbauunternehmen eine erste Serie von formellen Parteieinvernahmen gemäss Art. 42 Abs. 1 KG durch. Die Einvernahmen mit der A waren jeweils etwas umfangreicher, da sie sowohl an der ARGE AC als auch an der ARGE AB beteiligt ist. Folgende natürlichen Personen haben für die Unternehmen ausgesagt:

- A: [G], Mitglied des VR und der GL, und [H], Geschäftsleiter Region Graubünden, (jeweils einzeln);
- C: [I], Abteilungsleiter Strassenbau und Mitglied der GL;
- B: [J], Mitglied des VR, und [K], Leiter Tiefbau und Mitglied der GL, (gemeinsam).

¹ Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 358 und 426, publiziert im Internet unter <www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>, zuletzt abgerufen am 18. November 2020.

² Nähere Informationen zur Bezirkseinteilung vgl. Rz. 47.

³ Z.B. ARGE [...], ARGE [...] oder ARGE [...].

⁴ «ARGE AC» wird in diesem Schlussbericht als Oberbegriff für die gesamte, aus mehreren Aspekten bestehende Zusammenarbeit zwischen A und C und damit u.a. auch für alle ARGE zwischen ihnen verwendet.

⁵ Rz 53 ff.

⁶ Rz 94 ff.

⁷ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁸ Act. I.2.

⁹ Act. I.3 und I.4.

¹⁰ Act. I.6–8.

¹¹ Act. III.1–4.

¹² Act. III.5.

8. Nach Abschluss der Einvernahmeserie sowie erfolgter Geschäftsgeheimnisbereinigung brachte das Sekretariat die Protokollstellen zu ARGE der jeweils anderen an der betroffenen ARGE beteiligten Unternehmung zur Kenntnis.¹³ Ebenso ging es auch bezüglich der Protokolle der später durchgeführten Parteieinvernahmen vor.¹⁴

9. Das Sekretariat ersuchte mit Auskunftsbegehren vom 12. November 2019¹⁵ die betroffenen Unternehmen um zusätzliche Informationen und Unterlagen betreffend

- die betrauten Bauführer und Poliere bei offen ausgeschrieben Projekten des Kantons Graubünden in den Jahren 2016 bis 2019, für welche die ARGE den Zuschlag erhalten hat,
- Offerteingaben als ARGE bei Projekten in den Jahren 2016 bis 2019, welche nicht vom Kanton Graubünden offen ausgeschrieben worden sind,
- Kostenträgerrechnungen aller ausgeführten ARGE-Projekte zwischen 2016 und 2019,
- Verhältnis Umsatz und Erfolg in der ARGE und bei alleiniger Tätigkeit (lediglich ARGE AB) in den Jahren 2014 bis 2018, und
- konkrete Beispiele aus den Jahren 2016 bis 2019 für tiefere Preise bei einer Offerte als ARGE anstatt alleine (lediglich ARGE AB).

10. Nach jeweils einer bewilligten Fristerstreckung¹⁶ an A und B reichten bis Mitte Dezember 2019 alle drei Unternehmen die ersuchten Informationen ein,¹⁷ welche das Sekretariat anschliessend auswertete.

11. Betreffend ARGE AB fand am 21. Januar 2020 mit A respektive am 22. Januar 2020 mit B jeweils zunächst eine weitere formelle Parteieinvernahme¹⁸ und anschliessend ein Gespräch im Hinblick auf die mögliche Beseitigung resp. Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen durch die ARGE AB statt. Im Gespräch präsentierte das Sekretariat den bis dahin erhobenen Sachverhalt sowie seine wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Im Anschluss daran erhielten A und B die Gelegenheit, mögliche Vorschläge zur Beseitigung der kartellrechtlichen Bedenken auszuarbeiten und diese bis am 6. Februar 2020 dem Sekretariat schriftlich einzureichen. Beide Unternehmen nahmen diese Möglichkeit fristgerecht wahr,¹⁹ wobei sie umgehend auch die weiteren vom Sekretariat im Nachgang zu ihren Eingaben ersuchten²⁰ Unterlagen einreichten.²¹ Am 11. Februar 2020 fand sodann ein gemeinsames Gespräch zwischen A, B und dem Sekretariat statt. Seitens des Sekretariats wurden dabei unter Berücksichtigung der Eingaben der Unternehmen mögliche Massnahmen zur Beseitigung resp. Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen dargelegt, mit deren Umsetzung sich die beiden Unternehmen einverstanden erklärten. Da der Kanton Graubünden allerdings gerade zur selben Zeit seine bisherige Ausschreibungspraxis änderte, auf der die erwähnten Massnahmen fussten, wurde diesen die Grundlage entzogen und das Sekretariat musste sich mangels Erfahrungswerten bezüglich der neuen Ausschreibungspraxis vorerst mit Ratschlägen an die Unternehmen bezüglich ihres künftigen Verhaltens begnügen.²² Im Einverständnis mit den Unternehmen und mit Blick auf die laufenden Ausschreibungsverfahren teilte das Sekretariat diesen

vorläufigen Stand des Verfahrens auch dem Kanton Graubünden mit.²³

12. Betreffend ARGE AC ersuchte das Sekretariat C um weitere Unterlagen, namentlich die an der ersten Einvernahme erwähnten Antragsformulare zur Bildung von ARGE, welche am 16. Januar 2020 für das Jahr 2019 eingereicht wurden.²⁴ Weiter führte das Sekretariat am 30. Januar 2020 eine zweite Parteieinvernahme mit C durch,²⁵ um Unklarheiten und Ungereimtheiten zwischen Aussagen anlässlich der ersten Parteieinvernahme vom 16. September 2019²⁶ und den ausgewerteten Informationen und Unterlagen, die C gestützt auf das Auskunftsbegehren einreichte,²⁷ zu klären. Am 11. Februar 2020 stellte das Sekretariat sodann den an der ARGE AC beteiligten Unternehmen die bereinigten Protokolle der Parteieinvernahmen des jeweils anderen Unternehmens zu. Zugleich räumte es ausdrücklich die Möglichkeit zur Stellungnahme – insbesondere zu Aussagen, die von eigenen Aussagen abweichen oder diesen gar widersprechen – ein.²⁸ Die C nahm am 27. Februar 2020 Stellung und beantragte dabei auch, das Verfahren sei einzustellen.²⁹ Die A reichte am 28. Februar 2020 ebenfalls eine Stellungnahme ein.³⁰

B Sachverhalt

B.1 Die drei Unternehmen

13. Die Vorabklärung «Dauer-ARGE Graubünden» (22-0499) umfasst einerseits die ARGE AB zwischen A und B sowie andererseits die ARGE AC zwischen A und C. Die Vorabklärung betrifft somit zwei Zweier-ARGE, an denen insgesamt drei Unternehmen beteiligt sind.

B.1.1 A

14. Die A ist eine operativ tätige Tochtergesellschaft der A-Gruppe. Bei dieser handelt es sich gemäss Selbstbeschreibung um ein [...] Unternehmen, das im Jahr 2018 einen Umsatz von rund CHF [...] Mio. erwirtschaftete.³¹

15. Die A hat ihren Sitz in [...]. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die Ausführung von Bauarbeiten, insbesondere von Strassen- und Tiefbauarbeiten aller Art. Insgesamt verfügt sie über [...] Zweigniederlassungen, wovon [...] im Kanton Graubünden ([...]) liegen.³²

¹³ Act. I.40, I.41, I.59 und I.60.

¹⁴ Act. I.79 und I.80.

¹⁵ Act. I.17–19.

¹⁶ Act. I.26 und I.28.

¹⁷ Act. I.30, I.31 und I.33.

¹⁸ Act. III.6 und III.7.

¹⁹ Act. I.51 und I.52.

²⁰ Vgl. Act. I.53 und I.54.

²¹ Act. I.55–57.

²² Act. I.69 und I.70.

²³ Act. I.71.

²⁴ Act. I.34 und Act. I.45.

²⁵ Act. III.8.

²⁶ Act. III.3.

²⁷ Act. I.30.

²⁸ Act. I.59 und Act. I.60.

²⁹ Act. I.68.

³⁰ Act. I.72.

³¹ Vgl. zu diesem Absatz [...], zuletzt abgerufen am 18. November 2020.

³² Siehe Handelsregistereintrag zu A.

16. In der ARGE AB ist die Zweigniederlassung in [...] engagiert. Diese Zweigniederlassung beschäftigt [...] Bauführer [...], [...] Polier, [...] Vorarbeiter, [...] und je nach Saison zwischen [...] weitere Bauarbeiter.³³ Für den Einbau von Strassenbelag im Unterengadin steht [...] zur Verfügung.³⁴ Die Zweigniederlassung [...] erwirtschaftete im Jahr 2018 unter Ausklammerung des im Rahmen der ARGE AB erzielten Umsatzes und Erfolgs einen Umsatz von [...] und einen Gewinn von [...].³⁵

17. In der ARGE AC sind von Seiten der A – je nach Ausführungsort des Projekts – die Zweigniederlassungen in [...] involviert sowie diejenige in [...].³⁶ Im Gebiet Mittelbünden und Surselva, d.h. dort, wo die ARGE AC vorwiegend tätig ist, erwirtschaftete die A im Jahr 2018 unter Ausklammerung des im Rahmen der ARGE AC erzielten Umsatzes und Erfolgs einen Umsatz von ca. CHF [7–12] Mio.³⁷

B.1.2 B

18. Die B beschäftigt rund [...] Mitarbeiter. Sie ist im Hoch-, Tief- und Belagsbau im Kanton Graubünden tätig [...].³⁸ Neben dem Hauptsitz in [...] umfasst sie [...] Zweigniederlassungen im Kanton Graubünden, und zwar in [...].³⁹

19. In der ARGE AB [ist die Zweigniederlassung] in [...] engagiert, [...].⁴⁰ Die Zweigniederlassung [...] beschäftigt [...] Bauführer, [...] Poliere und etwa [10–20] weitere Bauarbeiter, wobei die letztgenannte Zahl während dem Jahr variiert.⁴² Für die Belagsarbeiten [verfügt die Zweigniederlassung] im Unterengadin [...].⁴³ Im Jahr 2018 [erwirtschaftete die Zweigniederlassung] unter Ausklammerung des im Rahmen der ARGE AB erzielten Umsatzes und Erfolgs einen Umsatz von [...] sowie einen Gewinn von [...].⁴⁴

B.1.3 C

20. Die C ist eine Tochtergesellschaft der D AG und gehört zur D-Gruppe. Diese umfasst mehrere Tochtergesellschaften und bietet diverse Bauleistungen an. Mit der D-Gruppe verbunden ist ferner die D Holding AG, eine [...] im Kanton Graubünden.⁴⁵

21. Die C ist im Bereich Hoch-, Tief- und Strassenbau tätig.⁴⁶ Neben dem Hauptsitz in [...] hat sie [...] Zweigniederlassungen im Kanton Graubünden ([...]) sowie seit Dezember 2017 eine weitere in [...].⁴⁷

22. In der ARGE AC sind von Seiten C – je nach Ausführungsort des Projekts – deren Zweigniederlassungen in [...] involviert.⁴⁸ Für die Belagsarbeiten steht C in diesem Gebiet [...] zur Verfügung.⁴⁹

B.2 Die zwei Dauer-ARGE

B.2.1 Begriffsdefinitionen

23. Der Oberbegriff Arbeitsgemeinschaft (ARGE) bezeichnet die Kooperation zwischen zwei oder mehr unabhängigen Unternehmen für die gemeinsame Ausführung eines (Bau)Projekts – vorliegend im Bereich Strassenbau. Wesensgemäss führen ARGE dazu, dass sich die ARGE-Partner beim entsprechenden Projekt respektive der entsprechenden Ausschreibung nicht konkurrieren, sondern kooperieren.

24. Unterschieden wird unter anderem zwischen offenen und stillen ARGE.⁵⁰ Bei offenen ARGE wird gegenüber dem (potentiellen) Vertragspartner offengelegt, dass mehrere unabhängige Unternehmen gemeinsam offerieren, einen allfälligen Vertrag gemeinsam abschliessen und entsprechend auch die Projektausführung gemeinsam verantworten würden. Bei stillen ARGE wird die Kooperation dem (potentiellen) Vertragspartner hingegen nicht offenbart; vielmehr tritt ein einzelnes Unternehmen als Offerent und gegebenenfalls Vertragspartner gegenüber dem Bauherrn auf.⁵¹ Auf stille ARGE, die wegen der durch die Nichtoffenlegung entstehenden Aussenwahrnehmung eigene wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen und denen ein diesbezügliches Missbrauchspotenzial innewohnt,⁵² wird nachfolgend nicht weiter eingegangen, da hier stets offene ARGE vorlagen.

25. In einer ARGE kooperieren zwei oder mehr unabhängige Unternehmen zusammen. Solche ARGE können abhängig von der Anzahl Partner als Zweier-ARGE, Dreier-ARGE etc. bezeichnet werden. Die Anzahl Partner ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung mit von Bedeutung, wobei letztlich das konkret betroffene Projekt und die entsprechenden Rahmenbedingungen (z.B. Konkurrenzsituation) entscheidend sind; eine maximale Anzahl an Partnern kann nicht abstrakt festgelegt werden.⁵³ ARGE mit mehr als zwei Partnern und damit ver-

³³ Act. III.6, Rz 34–42.

³⁴ Act. III.6, Rz 43–48.

³⁵ Act. I. 31, D., Anhang 3.

³⁶ Act. III.1, Rz 82–85; Act. III.2, Rz 406 f.

³⁷ Act. III.5, Rz 433–438.

³⁸ Vgl. zum Vorangehenden [...], zuletzt abgerufen am 18. November 2020.

³⁹ Handelsregistereintrag B.

⁴⁰ Act. III.4, Rz 105–107 und 115–119.

⁴¹ Act. III.4, Rz 103 f.

⁴² Act. III.7, Rz 30–38.

⁴³ Act. III.7, Rz 44 f.

⁴⁴ Act. I.33, Anhang D.

⁴⁵ Vgl. zu diesem Absatz [...], zuletzt abgerufen am 18. November 2020.

⁴⁶ [...], zuletzt abgerufen am 18. November 2020.

⁴⁷ Handelsregistereintrag C.

⁴⁸ Act. III.3, Rz 366–370.

⁴⁹ Act. III.3, Rz 371–375.

⁵⁰ RPW 2009/3, 199 Rz 12, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2013/4, 528 Rz 11, Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich.

⁵¹ Im Rahmen dieser Vorabklärung ebenfalls den stillen ARGE zugerechnet wird die besonders gelagerte Situation, in der ein Unternehmen einerseits alleine offeriert und auch alleine den allfälligen Vertrag abschliessen würde, es andererseits aber gleichzeitig die Vergabestelle darüber informiert, dass es im Innenverhältnis eine ARGE mit anderen Unternehmen eingegangen ist. Eine solche Situation lag hier nicht zur Beurteilung vor, weshalb darauf – wie auch auf damit verbundene vergaberechtliche Fragen – nicht weiter eingegangen wird.

⁵² Vgl. dazu RPW 2013/4, 640 Rz 1020, Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich.

⁵³ In Richtlinien ausländischer Behörden zu gemeinsamen Angeboten wird allerdings zu Recht betont, dass es kartellrechtlich ausgesprochen heikel ist, wenn sich mehr Unternehmen als erforderlich an einem gemeinsamen Angebot beteiligen (so etwa die irische Behörde Competition and Consumer Protection Commission, Consortium Bidding, How to comply with competition law when tendering as part of a consortium, Dezember 2014, Ziff. 2.8 S. 9, Ziff. 3.5 S. 14 und Ziff. 3.7 S. 15, oder die dänische Behörde Konkurrence- OG Forbrugerstyrelsen, Joint bidding under competition law, Guidelines, 2018, Ziff. 2.3 S. 22 f.). Die dänischen Richtlinien werden derzeit aktualisiert und überarbeitet (vgl. <www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/news/2020/20200507-public-hearing-on-guidelines-on-joint-bidding>, zuletzt abgerufen am 18. November 2020).

bundene Fragen werden nachfolgend nicht behandelt, da hier stets Zweier-ARGE vorlagen.

26. Weiter können die in einer ARGE kooperierenden Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig sein oder auf unterschiedlichen. Im ersten Fall handelt es sich um horizontale ARGE, im zweiten Fall je nach betroffenen Marktstufen um vertikale oder konglomerale ARGE. Möglich sind ferner ARGE, in denen gleichzeitig mehrere dieser Varianten vereint sind, welche als gemischte ARGE bezeichnet werden können. Je nach diesbezüglicher Konstellation können Kooperationen in Form einer ARGE unterschiedliche Folgen für den Wettbewerb zeitigen und damit andere wettbewerbsrechtliche Fragen aufwerfen. Da an den hier betrachteten Zweier-ARGE stets Unternehmen beteiligt waren, die auf derselben Marktstufe tätig sind, werden nachfolgend einzig horizontale ARGE betrachtet – die weiteren möglichen Konstellationen und damit verbundene Fragen sind nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

27. Die Kooperation in einer offenen ARGE kann in zeitlicher Dimension in zwei Kategorien eingeteilt werden:

- **Bietergemeinschaft (BIEGE):** Eine BIEGE liegt während der Offertphase vor, bis der Zuschlag erteilt resp. der Vertrag zur Realisierung des Projekts abgeschlossen wird. In dieser Phase bilden mehrere unabhängige Unternehmen, die ein gemeinsames Angebot für die Ausführung des Projekts unterbreiten, eine BIEGE.
- **ARGE im engeren Sinn (ARGE i.e.S.):** Eine ARGE i.e.S. liegt ab Zuschlagserteilung resp. Vertragsabschluss vor, wenn sich mehrere unabhängige Unternehmen gegenüber dem Vertragspartner gemeinsam zur Realisierung des Projekts verpflichten. Eine BIEGE wandelt sich somit ab Zuschlagserteilung resp. Vertragsabschluss in eine ARGE i.e.S. um. Für das Vorliegen einer ARGE i.e.S. spielt es dabei keine Rolle, wie die ARGE-Partner intern die Arbeitsausführung aufteilen. Denn selbst wenn bloss ein ARGE-Partner alleine die gesamten Arbeiten ausführen sollte, bleiben alle ARGE-Partner gemeinsam gegenüber dem Vertragspartner für die Projektausführung verantwortlich, liegt also eine ARGE i.e.S. vor. Was eine Zuweisung der gesamten Arbeitsausführung an einen ARGE-Partner allenfalls für die kartellrechtliche Würdigung heisst, ist eine andere Frage.

28. Im Regelfall werden ARGE ad hoc für Einzelprojekte gebildet. Nach Bekanntwerden resp. Ausschreibung eines Projekts entscheiden die unabhängigen Unternehmen in einem ersten Schritt intern jeweils für sich, ob sie das Projekt alleine, als ARGE oder allenfalls gar nicht offerieren wollen. Hat ein Unternehmen Interesse, das Projekt gemeinsam mit einem anderen Unternehmen als ARGE zu offerieren und auszuführen, so nimmt es in einem zweiten Schritt Kontakt mit dem potentiellen ARGE-Partner auf, um dies zu besprechen. Ist jener ebenfalls an einer ARGE interessiert, handeln die beiden Unternehmen die zwischen ihnen geltenden Konditionen wie etwa die Beteiligung, die anwendbaren Ansätze und die Mandate (z.B. kaufmännische oder technische Leitung) aus und vereinbaren diese hinsichtlich dem konkreten ARGE-Projekt. Sie arbeiten das gemeinsame Angebot aus und reichen dieses mit dem von ihnen zu-

sammen bestimmten Angebotspreis ein. Erhalten sie den Zuschlag, führen sie das Projekt schliesslich entsprechend der von ihnen intern festgelegten Arbeitsaufteilung aus. Die Vereinbarung zwischen den Unternehmen betrifft nur dieses eine konkrete Projekt und geht nicht darüber hinaus.

29. Möglich ist aber auch, dass sich zwei unabhängige Unternehmen darüber einig sind, wiederholt Projekte zusammen als ARGE offerieren und ausführen zu wollen. Eine solche über ein konkretes Projekt hinausgehende Einigung bezüglich ARGE-Kooperation kann vom Inhalt und von der Intensität her sehr unterschiedlich sein – ihr Gegenstand muss im jeweiligen Fall sachverhaltsmässig abgeklärt werden. Die Einigung kann beispielsweise von einer allgemeinen Festsetzung der bei ARGE-Offerten anwendbaren Konditionen und Ansätze, vergleichbar einer Rahmenvereinbarung, über die Einigkeit, bei Bildung einer BIEGE immer denselben Partner anzufragen, bis hin zu einer generell-abstrakten Bestimmung der als BIEGE zu offerierenden Projekte im Voraus und womöglich gar der Aufteilung der Arbeitsausführung im Voraus reichen. Sobald eine Einigung bezüglich wiederholter, über ein konkretes Projekt hinausgehender Kooperation als ARGE vorliegt, wird dies in der vorliegenden Vorabklärung als **Dauer-ARGE** bezeichnet – und zwar unabhängig vom weiteren Inhalt dieser Einigung sowie der Regelungsdichte und -intensität. Die Bezeichnung Dauer-ARGE ist somit kein Rechtsbegriff. Vielmehr soll damit bloss schlagwortartig zum Ausdruck gebracht werden, dass sachverhaltsmässig eine Einigung bezüglich wiederholter, über einen konkreten Einzelfall hinausgehender ARGE-Kooperation vorliegt. Unbedeutend ist hierbei, ob die Partner jeweils unter demselben oder unterschiedlichen ARGE-Namen auftreten; entscheidend ist nur, dass eine über ein Einzelprojekt hinausgehende Einigung besteht. Für die kartellrechtliche Beurteilung einer Dauer-ARGE ist alsdann entscheidend, worüber sich die Partner im konkreten Fall im Einzelnen geeinigt haben, also der Inhalt der konkret vorliegenden Dauer-ARGE und deren Wirkung.

B.2.2 ARGE zwischen A und B (ARGE AB)

30. Die ARGE AB, welche im Jahr 2007⁵⁴ gegründet wurde, ist eine Kooperation für Strassenbauprojekte im Bezirk 4 (Scuol), d.h. im Unterengadin, zwischen

- der Zweigniederlassung der A in [...] (Geschäftsleiter Graubünden [H] / Regionalleiter in [...] [L]) und
- [der Zweigniederlassung der B] in [...] (Leiter Tiefbau [K] / Regionalleiter in [...] [M]).

31. Spätestens ab 2016 waren sich A und B einig, alle offen ausgeschriebenen Projekte im Strassenbau im Unterengadin gemeinsam als ARGE AB einzugeben.⁵⁵ Im Jahr 2018 offerierte die ARGE AB denn auch für alle derartigen Projekte und zudem noch für einzelne Projekte von Gemeinden und als Subunternehmerin für andere Unternehmen. Dabei erwirtschaftete die ARGE AB einen Umsatz von [...] und einen Gewinn von [...].⁵⁶

⁵⁴ Act. III.1, Rz 119 f.

⁵⁵ Act. III.1, Rz 125 ff., 159 ff.; Act. III.4, Rz 140 ff.

⁵⁶ Act. I.33, Anhang D.

B.2.3 ARGE zwischen A und C (ARGE AC)

32. Unter der vereinfachenden Bezeichnung ARGE AC wird die Kooperation in Form von ARGE mit unterschiedlichen Namen erfasst, z.B. ARGE [...], ARGE [...] und ARGE [...], für Strassenbauarbeiten in den Bezirken 6 (Ilanz) und 7 (Thusis) zwischen

- den Zweigniederlassungen der A in [...] und
- [den Zweigniederlassungen] der C in [...].

33. Die Partner der ARGE AC haben nicht im Voraus abgemacht, bei was für Projekten sie als BIEGE eingegeben werden; vielmehr prüfen sie dies einzeln im konkreten Fall und geben bei Einigkeit als BIEGE ein.⁵⁷ Anwendung fanden dabei aber, zumindest bis Februar 2019, stets dieselben vertraglichen Konditionen, also ein inhaltsgleicher ARGE-Grundvertrag. Im Jahr 2018 erwirtschaftete die ARGE AC im Gebiet Mittelbünden und in der Surselva einen Umsatz von ca. [...].⁵⁸

B.3 Strassenbau

34. Die vorliegende Vorabklärung umfasst zwei Dauer-ARGE, welche ausschliesslich im Strassenbau tätig sind. «Strassenbauleistungen» werden z.T. auch als «Belagsarbeiten» bezeichnet. Gemäss Normpositionen-Katalog (NPK) der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung CRB umfasst der Strassenbau die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für den Fahrzeug- und Fussgängerverkehr. Dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Asphaltarbeiten, Pflästerungen, Abschlüsse beim Verkehrswegebau) sowie der Bau und Unterhalt der oberen Fundationsschicht.⁵⁹ Abzugrenzen ist der Strassenbau zum Tiefbau oder sonstigen Baumeisterarbeiten sowie zum Hochbau.⁶⁰

35. Bei der Realisation von Strassenbauprojekten fallen typischerweise neben den Materialkosten, welche rund 30 bis 50 % der gesamten Kosten ausmachen, weitere Kosten für Inventar/Maschinen (rund 20 %), Personal (rund 20 %) und zusätzliche Fremdleistungen (rund 10 %) an.⁶¹ Für den Einbau von Belag benötigen die Strassenbauunternehmen insbesondere einen kompletten Einbauszug bestehend aus einem Belagsfertiger und den entsprechenden Walzen, z.B. Vibrowalze, Pneuradwalze und Glattradwalze.⁶² [...] Genügend Personal, insbesondere im Kaderbereich (Bauführer/in und Polier/in), sowie genügend Kapazität an Maschinen ist entscheidend, damit die Strassenbauleistungen termingerecht fertiggestellt werden können.

36. Die zusätzlichen Fremdleistungen sind im Wesentlichen Transportleistungen. Die Erbringung von Strassenbauleistungen erfordert nämlich von Strassenbauunternehmen stets die Verschiebung von Material, Inventar/Maschinen und Personal von deren Standort (Materialstandort, Werkhof, Lagerplatz oder gegebenenfalls von einer anderen Baustelle) an den Ort, wo das konkrete Strassenbauprojekt realisiert werden soll. Die anfallenden Transportkosten hängen wesentlich von der Distanz (d.h. den Transportwegen etc.) und der Fahrzeit ab. Folglich haben die Strassenbauunternehmen in «ihrem» Gebiet einen Kostenvorteil gegenüber Konkurrenzunternehmen, welche erst Material, Inventar/Maschinen und Personal in dieses Gebiet verschieben müssen. Die Strassenbauunternehmen geniessen also einen nicht

unerheblichen Distanzschutz. Umgekehrt ist es für Strassenbauunternehmen schwierig, in entfernteren Gebieten zu konkurrenzfähigen Preisen anzubieten, da die Kostenvorteile in diesem Fall bei den dort ansässigen Unternehmen liegen.⁶³

B.4 Beschaffungsprozess im Strassenbau

37. Strassenbauleistungen werden im Kanton Graubünden mehrheitlich vom Kanton, teilweise von den Gemeinden und nur vereinzelt von Privaten nachgefragt. Kantone und Gemeinden unterstehen bei der Vergabe von Strassenbauprojekten dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

38. Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Graubünden sieht – abhängig von der Auftragsart und dem Auftragswert (dem sogenannten Schwellenwert) – folgende Vergabeverfahren vor:⁶⁴

- Freihändiges Verfahren: Die Beschaffungsstelle kann den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung an ein Unternehmen vergeben, wobei das Einholen von Konkurrenzofferten zulässig ist.
- Einladungsverfahren: Die Beschaffungsstelle bestimmt ohne Ausschreibung, welche Anbieter sie einlädt, eine Offerte einzureichen. Wenn möglich sollte sie dabei mindestens drei Angebote einholen.
- Offenes Verfahren: Die Beschaffungsstelle schreibt den Auftrag öffentlich aus und alle interessierten Unternehmen können eine Offerte einreichen.
- Selektives Verfahren: Dabei handelt es sich um eine Variation eines offenen Verfahrens. Die Beschaffungsstelle schreibt den Auftrag öffentlich aus und alle interessierten Unternehmen können ihre Teilnahme beantragen. Anhand der Eignungskriterien bestimmt die Beschaffungsstelle, welche Anbieter in einer zweiten Phase eine Offerte einreichen dürfen.

39. Je «höherrangig» ein Verfahren ist, desto strengeren Anforderungen muss es genügen. Folglich kann insbesondere die freihändige Vergabe, in einem gewissen Ausmass auch das Einladungsverfahren, mehr Flexibilität bei der Ausgestaltung des Auftrages und auch bei den Ausführungsterminen bieten als das offene Verfahren. Gleichzeitig sind «höherrangige» Verfahren grundsätzlich besser für den Wettbewerb, da das Teilnehmerfeld dort entweder gar nicht oder zumindest weniger

⁵⁷ Act. III.3, Rz 150 ff.; Act. III.5, Rz 105 ff.

⁵⁸ Act. III.5, Rz 433–438.

⁵⁹ Vgl. NPK 221 ff.

⁶⁰ Vgl. zum Ganzen auch Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 121 f. (Quellenangabe in Fn 1).

⁶¹ Act. III.1, Rz 232–235, Act. III.4, Rz 390–398.

⁶² Act. III.6, Rz 43–46, Act. III.7, Rz 39–43.

⁶³ Vgl. auch Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 125 m.w.H. in Fn 218 (Quellenangabe in Fn 1).

⁶⁴ Siehe etwa Art. 12 und Anhänge 1 und 2 der Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BR 803.510); Art. 13 f. Submissionsgesetz [des Kantons Graubünden] vom 10. Februar 2004 (SubG [GR]; BR 803.300).

eingeschränkt ist als bei «niederrangigeren» Verfahren. Den Beschaffungsstellen ist es daher unbenommen, freiwillig ein «höherrangiges» Verfahren durchzuführen, als es aufgrund des Auftragswerts erforderlich wäre. Umgekehrt können sie aber nicht freiwillig auf ein «niederrangigeres» Verfahren wechseln, wenn die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind resp. der entsprechende Schwellenwert überschritten ist.

40. In zeitlicher Hinsicht erfolgt zunächst – je nach Verfahren – die Ausschreibung resp. Einladung oder Offertanfrage seitens der Beschaffungsstelle. In den Ausschreibungsunterlagen werden die zu erbringenden Strassenbauleistungen inklusive dem Ausführungszeitraum definiert. Die Unternehmen haben alsdann bis zu einem bestimmten Tag Frist, ein Angebot auszuarbeiten und einzureichen.⁶⁵ Dieses Angebot können sie nach Fristablauf nicht mehr einseitig zurückziehen; vielmehr sind sie für die in den Ausschreibungsunterlagen angegebene Zeit (oder mangels einer solchen gemäss dem hier subsidiär anwendbarem graubündnerischen Recht während sechs Monaten ab Eingabefrist)⁶⁶ daran gebunden. Die Beschaffungsstelle öffnet nach Fristablauf alle eingegangenen Angebote gleichzeitig und erstellt ein Offertöffnungsprotokoll, in dem sie insbesondere die Anbieter und deren Angebotspreise festhält. Die Anbieter können Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll nehmen.⁶⁷ Im Anschluss an die Offertöffnung prüft und bereinigt die Beschaffungsstelle die Angebote und erteilt gestützt auf die Bewertung den Zuschlag, der die Grundlage für den entsprechenden Vertragsschluss bildet.⁶⁸

41. Die Unternehmen sind in der zeitlichen Abfolge also während einer gewissen Dauer an ihr Angebot gebunden, ohne zu wissen, ob sie bei diesem Projekt zum Zuge kommen werden oder nicht. Bei ihrer Planung müssen sie daher einerseits sicherstellen, dass sie im Falle der Zuschlagserteilung über die notwendigen Ressourcen im vorgesehenen Ausführungszeitraum verfügen. Andererseits werden sie versuchen zu vermeiden, dass sie unausgelastet sind, falls sie den Zuschlag nicht erhalten. Erst nach Zuschlagserteilung besteht für die Unternehmen Gewissheit darüber, ob sie bei einer bestimmten Beschaffung die Arbeiten ausführen werden oder nicht; mithin ob ihre Ressourcen entsprechend gebunden sind oder nicht. Je grösser allerdings die Bedeutung des Angebotspreises als Zuschlagskriterium bei einer Ausschreibung ist, desto besser dürften die Unternehmen bereits nach Kenntnisnahme des Offertöffnungsprotokolls das Bewertungsergebnis und damit auch ihre Zuschlagschancen abschätzen können, was sie bei ihrer weiteren Planung berücksichtigen können. Diese «Einschätzungsmöglichkeit» ab Kenntnis des Offertöffnungsprotokolls ist vorliegend relevant, weil bei Strassenbauprojekten regelmässig das Unternehmen mit dem preislich tiefsten Angebot auch den Zuschlag erhält.⁶⁹

B.5 Generelle Rahmenbedingungen im öffentlichen Beschaffungswesen im Kanton Graubünden

B.5.1 Beachtenswerte Rahmenbedingungen

42. Im Zusammenhang mit der Vorabklärung sind insbesondere folgende Rahmenbedingungen des graubündnerischen Submissionsrechts von speziellem Interesse:

43. Für Untervergaben gelten im Kanton Graubünden gemäss Art. 16 Abs. 1 SubG GR folgende Bedingungen: Erstens dürfen Untervergaben von Aufträgen in der Regel nur mit Zustimmung des Auftragsgebers und nur für untergeordnete (z.B. Fräsarbeiten⁷⁰) oder spezielle Leistungen (z.B. Spezialisierungen im Bereich von Pflästerungen⁷¹) erfolgen. Gemäss Angabe einer Partei dürfen aufgrund dieser Bestimmung maximal 50 % der Arbeiten von Subunternehmen ausgeführt werden.⁷² Zweitens muss die charakteristische Leistung grundsätzlich durch die Anbieterin selber erbracht werden. Im Strassenbau stellen regelmässig die Belagsarbeiten selbst die charakteristische Leistung dar.⁷³ Folglich ist es im Strassenbau grundsätzlich nicht möglich, Subunternehmen für Belagsarbeiten beizuziehen oder «zu viel» akquirierte Projekte an ein Subunternehmen weiterzugeben. Mit «zu viel» ist gemeint, dass eine Anbieterin mehr Projekte zu einem gewissen Zeitpunkt auszuführen hat, als sie mit den eigenen Ressourcen – insbesondere Personal und Maschinen – bewerkstelligen kann. Dass eine Auslagerung «zu viel» akquirierter Projekte grundsätzlich nicht möglich ist, müssen die Anbieterinnen bei ihrem Angebotsverhalten und ihren diesbezüglichen Überlegungen mitberücksichtigen.

44. Zudem verlangt der Kanton, dass bei kantonalen Projekten ein Bauführer vor Ort bei der Baustelle ist, während Belag eingebaut wird.⁷⁴ Damit hängt die Ausführbarkeit von Strassenbauprojekten von der Verfügbarkeit eines Bauführers ab. Diese Kaderstelle ist dementsprechend für die Anzahl parallel möglicher Projekte von zentraler Bedeutung und der Ausfall eines Bauführers hat weitreichende Konsequenzen.

45. Der Auftraggeber (z.B. der Kanton) kann gemäss Art. 22 Bst. j SubG GR Offerten von Anbieterinnen, welche in der Vergangenheit andere Projekte nicht fachgemäss oder fristgerecht ausgeführt haben bzw. weiterhin Anlass zu Beanstandungen geben, vom Wettbewerb ausschliessen. Eine solche Ausschlussmöglichkeit steigert aus Sicht der Unternehmen die Wichtigkeit, auch in Spitzenzeiten nicht über die eigenen Kapazitätsgrenzen an fachkundigem Personal und Maschinen ausgelastet zu sein. Denn bei «zu vielen» parallelen Projekten

⁶⁵ Vgl. Art. 14 ff. der Submissionsverordnung [des Kantons Graubünden] vom 25. Mai 2004 (SubV [GR]; BR 803.310).

⁶⁶ Art. 18 Abs. 2 SubG GR.

⁶⁷ Zur Offertöffnung siehe Art. 23 SubV GR.

⁶⁸ Die Beschaffungsstellen sind trotz Zuschlagserteilung nicht verpflichtet, das Projekt zu realisieren und entsprechend einen Vertrag abzuschliessen. Doch wenn sie dies tun, müssen sie es mit dem Zuschlagsempfänger machen. Da Beschaffungsstellen ihren Bedarf regelmässig im Voraus abklären und nicht unbedacht Beschaffungsverfahren durchführen, ohne das Projekt anschliessend auch realisieren zu wollen, ist dieser Vorbehalt allerdings von geringer praktischer Relevanz.

⁶⁹ Siehe zum Preis als wichtigstem Zuschlagskriterium bei Strassenbauprojekten nachfolgend Rz 50 und Act. I.33, Rz 44.

⁷⁰ Act. III.4, Rz 508–509.

⁷¹ Act. I.33, Rz 13.

⁷² Act. III.1, Rz 313 f.

⁷³ Vgl. auch Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements Graubünden, S. 68, Kapitel 8.4, Beispiel b, Stand 1. Januar 2014.

⁷⁴ Act. III.4, Rz 191–193 und Act. I.33, Rz 5, S. 3.

kommt es häufiger zu Verspätungen oder die Qualitätsanforderungen des Kantons werden aufgrund des Zeitdrucks nicht erreicht, zumal solche Projekte, wie ausgeführt, nicht an Subunternehmen ausgelagert werden können. Das Akquirieren von «zu vielen» Projekten resp. die damit verbundenen Schwierigkeiten bei der frist- und fachgerechten Arbeitsausführung können daher möglicherweise einen Ausschluss bei zukünftigen Ausschreibungen zur Folge haben.⁷⁵

B.5.2 Ausschreibungspraxis

46. In der Verfügung «Bauleistungen Graubünden» (22-0457) wurde bezüglich der Ausschreibungspraxis bei Strassenbauarbeiten im Kanton Graubünden u.a. Folgendes festgestellt: Der Kanton Graubünden und die graubündnerischen Gemeinden schreiben Strassenbauarbeiten häufig zu Beginn der jeweiligen Bausaison aus. Tabelle 1 in Rz 140 der genannten Verfügung zeigt, dass in den Jahren 2004 bis 2010 in der jeweils ersten Jahreshälfte sowohl anzahl- als und volumenmässig stets 80 % oder mehr der Strassenbauarbeiten vergeben wurden. In der Regel handelt es sich bei diesen Strassenbauarbeiten um «Jahresarbeiten». Mit andern Wor-

ten vergeben der Kanton respektive die Gemeinden die Aufträge primär anfangs Bausaison und diese werden meist innerhalb einer Bausaison abgeschlossen. Für die Strassenbauunternehmen hat dies zur Folge, dass sie die Auftragsbücher respektive freien Kapazitäten im Bereich Strassenbau vor allem zu Beginn eines jeden Jahres von Neuem füllen müssen. Weiter wird in der Verfügung festgehalten, dass der Kanton Graubünden im Bereich Strassen- und Tiefbau⁷⁶ der mit Abstand wichtigste Auftraggeber ist.⁷⁷

47. Das Tiefbauamt des Kantons Graubünden verfügt nebst der Zentralverwaltung über Standorte in sieben Bezirken des Kantons. Strassenbauprojekte werden jeweils entweder dem Bezirk, in dem sich das Projekt befindet, oder der «zentralen» Beschaffungsstelle (resp. der dort für diese Projektart zuständigen Unterabteilung) als zuständige Abteilung zugeteilt. Für die vorliegende Vorabklärung sind für die ARGE AB der Bezirk 4 (Scuol) und für die ARGE AC die Bezirke 6 (Ilanz) und 7 (Thüsis) von Interesse (unabhängig davon, ob der jeweilige Bezirk oder die Zentralverwaltung für die Beschaffung zuständig ist).

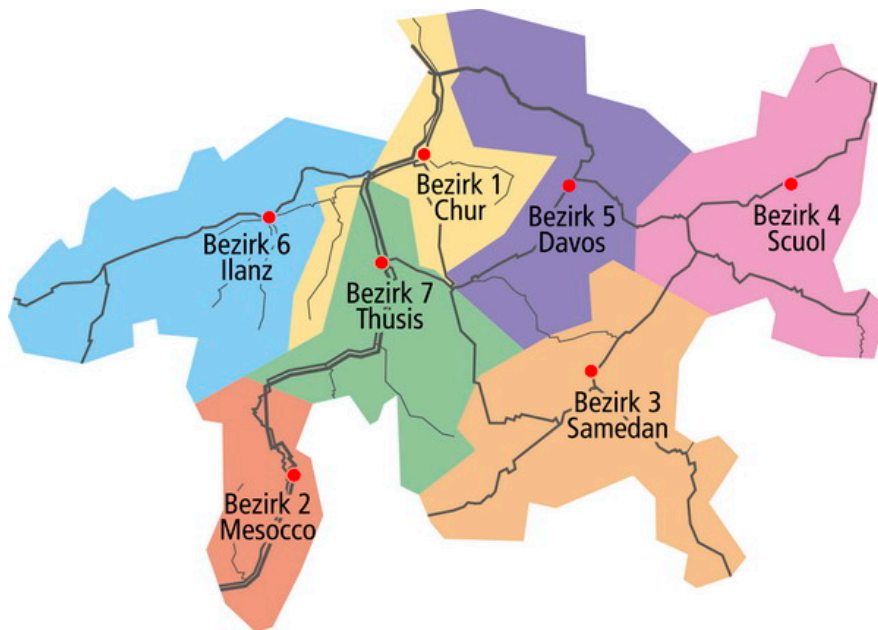


Abbildung 1: Bezirkseinteilung des Kantons Graubünden⁷⁸

48. Die kantonalen Ausschreibungen, die sich, wie ausgeführt,⁷⁹ vor allem auf die erste Jahreshälfte konzentrieren, erfolgen meist tranchenweise.⁸⁰ D.h., der Kanton resp. der zuständige Bezirk schreibt mehrere Projekte auf einmal mit demselben Eingabe- und Offertöffnungsdatum aus. Pro Jahr und Bezirk gibt es meist mehrere solcher Ausschreibungstranchen, wobei sich diese in zeitlicher Hinsicht eng folgen oder teilweise sogar überlappen können. Wer das preislich tiefste Angebot unterbreitet hat und deshalb voraussichtlich den Zuschlag erhalten wird, zeigt sich für alle Ausschreibungen einer Tranche auf einmal anlässlich der gleichentags erfolgenden Offertöffnungen.

⁷⁵ Act. III.4, Rz 171–177.

⁷⁶ Die vorliegende Vorabklärung umfasst nur den Strassenbau, jedoch wird in der Verfügung nicht zwischen Tief- und Strassenbau unterschieden.

⁷⁷ Vgl. Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 149 (Quellenangabe in Fn 1).

⁷⁸ Website des Kanton Graubünden unter: <www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/diem/tba/ueberuns/standort-adressen/Seiten/Bezirk-1-Chur.aspx>, zuletzt abgerufen am 18. November 2020.

⁷⁹ Rz 46 hiervor.

⁸⁰ So bereits die Feststellung in Rz 139 der Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 135 ff. (Quellenangabe in Fn 1). Die einvernommenen Parteien bestätigen diese Praxis, siehe Act. III.1, Rz 238; Act. III.3, Rz 227–230 und Act. III.4, Rz 186–188.

49. Gemäss einschlägigem Beschaffungsrecht sind im Bauhauptgewerbe freihändige Verfahren bis zu einem Schwellenwert von CHF 300'000.– zulässig, Einladungsverfahren bis zu einem solchen von CHF 500'000.–, während bei einem höheren Wert offene Verfahren durchzuführen sind.⁸¹ Die Auftragswerte von Strassenbauprojekten von graubündnerischen Gemeinden sind im Vergleich zu denjenigen kantonaler Projekte im Durchschnitt tiefer. Entsprechend oft erfolgen Ausschreibungen von Gemeinden in Einladungs- oder freihändigen Verfahren.⁸² Die Auftragswerte kantonaler Projekte sind, wie ausgeführt, durchschnittlich höher. Die Offertöffnungsprotokolle und die damit übereinstimmenden Aussagen anlässlich der Einvernahmen zeigen sodann, dass der Kanton resp. dessen Bezirke in den vergangenen Jahren Strassenbauprojekte ungeachtet des Auftragswerts jeweils in offenen Verfahren ausgeschrieben hat, also auch dann, wenn er vergaberechtlich nicht dazu verpflichtet gewesen wäre, und so das Feld potenzieller Anbieter möglichst weit öffnete.⁸³ Bei der Ausschreibungstranche vom 11. Februar 2020 im Bezirk 4 ist der Kanton allerdings von dieser bisherigen Praxis zumindest in diesem Bezirk abgewichen und er hat Strassenbauprojekte abhängig vom Schwellenwert auch in Einladungs- oder freihändigen Verfahren ausgeschrieben. Demgegenüber sind die Ausschreibungen der Tranche vom 9. April 2020 im Bezirk 4 sowie einzelner späterer Projekte in diesem Bezirk wiederum in offenen Verfahren durchgeführt worden, obwohl vergaberechtlich aufgrund der Schwellenwerte zumindest teilweise keine Pflicht dazu bestanden hat. Ob der Kanton damit wieder zu seiner früheren, langjährigen Praxis zurückgekehrt ist, werden die künftigen Ausschreibungen zeigen. Zu ergänzen bleibt an dieser Stelle, dass die Gemeinden und auch der Kanton gemäss Angaben der Unternehmen bisher in Einladungs- und in freihändigen Verfahren jeweils die einzelnen Unternehmen einluden, ein Angebot einzureichen; ihre Anfragen richteten sie nicht an ARGE.⁸⁴

50. Sowohl für den Kanton als auch für die Gemeinden ist der Preis für die Erbringung einer bestimmten Strassenbauleistung, die ja inhaltlich durch die Ausschreibung vorgegeben und standardisiert ist, das wichtigste Zuschlagskriterium.⁸⁵ Dies widerspiegelt sich auch in den Aussagen der Parteien.⁸⁶ Die Offertöffnungsprotokolle des Kantons zeigen denn auch, dass der Zuschlag in den allermeisten Fällen an das Unternehmen ging, welches die Offerte mit der niedrigsten Angebotssumme einreichte.

B.5.3 Konsequenzen für die Strassenbauunternehmen

51. Nach dem Gesagten ist für die anbietenden Strassenbauunternehmen die intensive Ausschreibungs- und Angebotsphase in der ersten Jahreshälfte entscheidend für ihre Auslastung während der Bausaison. Sie müssen in dieser Phase entscheiden, bei welchen Projekten sie zu welchem Preis offerieren wollen und ob sie die Offerte allenfalls zusammen mit einem anderen Unternehmen als BIEGE abgeben wollen. Bei diesen Entscheiden müssen sie zum einen berücksichtigen, dass ihnen im Falle eines Zuschlags die erforderlichen Ressourcen im Ausführungszeitraum zur Verfügung stehen, schliesslich sind Untervergaben im Strassenbau nicht möglich. Ak-

quirieren sie im Verhältnis zu ihren Ressourcen «zu viele» zur selben Zeit auszuführende Projekte, gefährdet oder verunmöglicht dies eine frist- und fachgerechte Ausführung, was unter anderem einen möglichen Ausschluss bei zukünftigen Ausschreibungen bedeuten kann. Zum anderen müssen die Strassenbauunternehmen dafür besorgt sein, ihre Ressourcen ausreichend auslasten zu können, um aus den akquirierten Projekten Einnahmen zu generieren und damit u.a. die Fixkosten der entsprechenden Ressourcen zu decken. Dies setzt voraus, dass die Unternehmen Zuschläge für ein gewisses Ausführungsvolumen erhalten. Bei ihrem Offertverhalten haben die Unternehmen somit auf der einen Seite das Risiko von «zu vielen» Zuschlägen und entsprechend zu wenig Ressourcen und auf der anderen Seite das Risiko von «zu wenig» Zuschlägen und entsprechend Kosten ohne Einnahmen zu berücksichtigen. Ihr Ziel ist es, eine optimale Auslastung zu erreichen.

52. Die Einschätzung in der Offertphase, wieviel freie Kapazitäten zu einem bestimmten Ausführungszeitpunkt verfügbar sein werden, wird durch zwei Aspekte erschwert: Erstens laufen im Zeitpunkt der Offertabgabe häufig noch andere Ausschreibungsverfahren, bei denen die Unternehmen Angebote eingereicht haben, aber noch nicht wissen, ob sie den Zuschlag erhalten werden oder nicht. Die entsprechenden Ressourcen sind somit potenziell beansprucht. Je mehr Ausschreibungsverfahren gleichzeitig offen sind, desto grösser ist der Umfang der potenziell beanspruchten Ressourcen. Werden mehrere Projekte gleichzeitig in einer Tranche ausgeschrieben, besteht diese Ungewissheit wechselseitig für die einzelnen Projekte dieser Tranche. Zweitens erscheint die Wahrscheinlichkeit im hier betrachteten Gebiet beachtenswert hoch,⁸⁷ dass sich der ursprünglich beabsichtigte Ausführungszeitraum später noch verschiebt; und zwar aus Gründen, die nicht in der Hand der Strassenbauunternehmen liegen (z.B. Verschiebungen durch den Bauherrn⁸⁸, wetterbedingte Verschiebungen⁸⁹ oder Verschiebungen aufgrund von verspäteten Vorarbeiten⁹⁰). Dies bedingt, dass die Unternehmen ihre Ressourcenplanung laufend den neuen Gegebenheiten anpassen, was erfordert, dass sie einen gewissen Spielraum haben, um reagieren zu können.

⁸¹ Art. 14 Abs. 1 SubG GR.

⁸² So bezüglich der Gemeinden im Bezirk 4 die Aussagen von B und A, vgl. Act. III.1, Rz 189 f. und Act. III.4, Rz 166, was von der Tendenz her verallgemeinerungsfähig sein dürfte.

⁸³ Act. III.1, Rz 184–187, Act. III.3, Rz 103–106 und Act. III.4, Rz 166.

⁸⁴ Act. III.6, Rz 113–116 und Act. III.7, Rz 169–171.

⁸⁵ Vgl. Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 135 ff. (Quellenangabe in Fn 1).

⁸⁶ Vgl. z.B. Act. III.1, Rz 171–176.

⁸⁷ Im Falle einer Untersuchung müsste dieser Punkt noch vertieft abgeklärt werden. Denn diese Einschätzung basiert nicht auf einer umfassenden Erhebung, sondern bloss auf einer geringen Anzahl Beobachtungen: A wurde unter anderem bezüglich 13 kantonaler Projekte befragt, bei welchen die ARGE AC in den Jahren 2016–2019 den Zuschlag erhalten hat. Bei sechs dieser Projekte, also *fast der Hälfte*, verschob sich der ursprünglich beabsichtigte Ausführungszeitpunkt aus Gründen, die nicht in der Hand der Strassenbauunternehmen lagen (Act. III.5, Rz 253–334).

⁸⁸ Act. III.5, Rz 281 f., Rz 333 f.

⁸⁹ Act. III.3, Rz 313–316.

⁹⁰ Act. III.5, Rz 317 f.

B.6 ARGE AB im Detail

53. Wie einleitend ausgeführt, betrifft diese Vorabklärung zwei unterschiedliche Zusammenarbeiten. In diesem Kapitel wird die als ARGE AB bezeichnete Zusammenarbeit behandelt, bei der die gemeinsam zu offerierenden Projekte im Voraus festgelegt sind. Es werden nachfolgend die Umstände dargestellt, die für die Beurteilung von Relevanz sind. Unter anderem werden die örtlichen Gegebenheiten im Bezirk 4, z.B. die geografische Lage und die Nachfrage- und Konkurrenzsituation, sowie der Werdegang der ARGE AB aufgezeigt. Damit verbunden werden auch die Gründe für die Bildung der ARGE AB wiedergegeben.

B.6.1 Besondere geografische Ausgangslage

54. Das Unterengadin ist ein von Gebirgen umgebenes Tal, das ausser vom Oberengadin und von der österreichischen Grenze in Martina her weitgehend nur über die Pässe (sofern befahrbar) und den Autoverlad Vereina zu erreichen ist. Die Transportwege, welche in dieser Branche eine wesentliche Kostenrolle spielen, sind weit und Transporte von ausserhalb des Engadins, z.B. von anderen, ausserhalb des Engadins gelegenen Zweigniederlassungen der Unternehmen, sind wirtschaftlich nicht sinnvoll. Müssen temporär Personal oder Inventar von ausserhalb des Engadins beigezogen werden, ist dies schwierig und rechnet sich nicht.⁹¹

55. Im Bezirk 4 ansässigen Strassenbauunternehmen ist es nur beschränkt möglich, ihre Leistungen erfolgreich ausserhalb des Bezirks 4 anzubieten; dies aufgrund der geografischen Situation und den mit weiteren Transportwegen verbundenen Kostennachteilen gegenüber den ausserhalb lokal ansässigen Unternehmen⁹². Mitentscheidend ist dabei auch, wo sich ihr Werkhof im Bezirk 4 genau befindet, beeinflusst dessen Entfernung zur Baustelle doch in wesentlichem Ausmass die Transportkosten. Dass im Bezirk 4 ansässige Strassenbauunternehmen vereinzelt auch Aufträge im Bezirk 3 erhalten, vor allem wenn die Baustellen in der Randregion zum Bezirk 4 liegen, erscheint daher ebenso möglich wie ein vereinzelter Auftragserhalt im Bezirk 5 beim Flüelapass (Grenzgebiet zwischen den Bezirken 4 und 5), während erfolgreiche Angebote an weiter entfernten Orten weitgehend unrealistisch sind.

56. Das Tal ist hoch gelegen, was sich auf die Temperaturen auswirkt.⁹³ Der Einbau von Strassenbelag, insbesondere Deckbelag, erfordert eine ausreichende Bodentemperatur sowie trockene Witterung.⁹⁴ Entsprechend ist die Strassenbauphase im Bezirk 4 im Vergleich zu anderen Regionen (z.B. Chur) eingeschränkt.⁹⁵ Für Deckbeläge verkürzt sich die Bausaison nochmals stark.⁹⁶ Dies führt dazu, dass sich die Ausführungszeiträume von Strassenbauprojekten meist überschneiden resp. gleichzeitig sind.⁹⁷

57. Der Bezirk 4 umfasst rund 9'200 Einwohner. Gut 2/3 der Bevölkerung ist erwerbstätig, davon im Jahr 2017 1'317 Personen im zweiten Wirtschaftssektor.⁹⁸ Das Angebot an geeigneten Mitarbeitenden und insbesondere von Kaderpersonal (Bauführer, Poliere) ist daher sehr beschränkt. Gleiches gilt für Temporärmitarbeitende.

B.6.2 Nachfragesituation

58. Das Gesamtvolumen des Marktes für Strassenbauarbeiten im Bezirk 4 ist jährlich schwankend und eher bescheiden. Das Sekretariat schätzt das Marktvolumen über die Zeit hinweg gesehen in etwa auf eine Grössenordnung zwischen CHF 8 und 10 Mio. pro Jahr. Diese Schätzung basiert auf den Offertöffnungsprotokollen des Kantons aus den vergangenen Jahren, den spontanen Schätzungen der befragten Personen zur Aufteilung des Auftragsvolumens zwischen Kanton und Gemeinden⁹⁹ sowie den dem Sekretariat teilweise bekannten Umsätzen.¹⁰⁰

59. Der grösste Auftraggeber für Strassenbauarbeiten ist der Kanton, der deutlich mehr als die Hälfte aller derartigen Leistungen im Bezirk 4 nachfragt.¹⁰¹ Die restliche Nachfrage verteilt sich auf die Gemeinden und Private. Der Bezirk 4 des kantonalen Tiefbauamtes schreibt zwischen zwei und drei Ausschreibungstranchen pro Jahr aus, wobei die Unternehmen nicht im Voraus wissen, ob es zwei oder drei sein werden. Diese Tranchen umfassen im Schnitt 3 bis 6 Strassenbauprojekte, die meist einen Umfang zwischen CHF 100'000.– und CHF 500'000.– haben. Zusätzlich schreibt die zentrale Beschaffungsstelle des Kantons Projekte aus, die im Bezirk 4 gelegen sind. Diese Projekte haben vergleichsweise eher ein etwas grösseres Volumen, jedoch sind es zahlenmässig deutlich weniger Projekte pro Jahr.

⁹¹ Act. III.1, Rz 345–348, und Act. III.4, Rz 305–315.

⁹² Hiervor Rz 36.

⁹³ Das Unterengadin erstreckt sich von Zernez (1457 M.ü.M.) bis Martina (1035 M.ü.M.). Die einzige Messstation von MeteoSchweiz im Unterengadin liegt in Scuol auf 1304 M.ü.M. Die jährliche Durchschnittstemperatur in Scuol (Normperiode 1981 bis 2010) liegt bei 5.5 Grad Celsius, wobei zwischen November bis März dieser Durchschnittswert im Mittel nicht erreicht wurde (vgl. Klimanormwerte Scuol – Normperiode 1981–2010, publiziert im Internet unter <https://www.meteoschweiz.admin.ch/product/output/climate-data/climate-diagrams-normal-values-station-processing/SCU/climsheet_SCU_np8110_d.pdf>, zuletzt abgerufen am 18. November 2020).

⁹⁴ Vgl. Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 138 (Quellenangabe in Fn 1).

⁹⁵ Act. III.1, Rz 342 f. («Mai bis Oktober»); Act. III.2, Rz 425 f. («5–6 Monate») und Act. III.4, Rz 188 («sehr kurz»); für Belags- und Tiefbauarbeiten vgl. auch Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 138 (Quellenangabe in Fn 1).

⁹⁶ Die Bausaison für Deckbelag wird von A auf 4 Monate geschätzt (Act. III.1, Rz 344) und von B auf 2–2.5 Monate (Act. III.4, Rz 189).

⁹⁷ Act. III.2, Rz 200 und 303, und Act. III.4, Rz 197 f.

⁹⁸ Eigene Berechnungen für den Bezirk 4 (Gemeinden: Samnaun, Scuol, Valsot, Val Müstair und Zernez) anhand des Regionalportrait 2020: Kennzahlen aller Gemeinden des BFS, publiziert im Internet unter: <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/regionalstatistik/regionale-portraits-kennzahlen/gemeinden/daten-erlaeuterungen.asset.detail.11587763.html>, zuletzt abgerufen am 18. November 2020.

⁹⁹ Act. III.7, Rz 28 f.; Act. III.6, Rz 24 f.

¹⁰⁰ Spontan und ohne dies vorgängig abzuklären, vermochten die befragten Personen an den Einvernahmen keine resp. keine zuverlässigeren Schätzungen abzugeben (vgl. Act. III.7, Rz 16–25 resp. Act. III.6, Rz 22–33). Die Schätzung von etwa CHF 5 Mio. pro Jahr könnte ohne Materialkosten gemeint sein, die ca. 30–50 % ausmachen (vgl. Rz 35), womit diese Schätzung in etwa mit der vorliegenden übereinstimmen würde. Andernfalls erscheint diese Schätzung in Anbetracht der aus den Offertöffnungsprotokollen des Kantons bekannten Summen zu tief.

¹⁰¹ Die Unternehmen schätzten den Anteil des Kanton Graubündens am Gesamtvolumen aller Strassenbauprojekte im Bezirk 4 bei den Einvernahmen auf etwa 3/5 (Act. III.6, Rz 24 f.) respektive ca. 2/3 (Act. III.7, Rz 28 f.).

60. Wie ausgeführt, können im Bezirk 4 ansässige Strassenbauunternehmen zur Leistungserbringung nur sehr beschränkt auf andere Gebiete ausweichen.¹⁰² Um ihre Ressourcen auszulasten, sind sie also primär auf Aufträge im Bezirk 4 angewiesen. In Anbetracht der dortigen Nachfragesituation ist dabei unumgänglich, Projekte des Kantons zu akquirieren. Das nebst dem Kanton verbleibende Marktvolumen ist schlicht zu gering, als dass Strassenbauunternehmen allein dadurch eine ausreichende Auslastung erzielen könnten.

B.6.3 Konkurrenzsituation

61. Das Marktvolumen im Strassenbau im Bezirk 4 ist relativ bescheiden.¹⁰³ Die Anzahl von Ausschreibungen, vor allem von solchen mit einem hohen Auftragswert,¹⁰⁴ ist entsprechend gering. Dies bedeutet auch, dass der Zuschlag oder Nichtzuschlag bei einem einzelnen grösseren Projekt die Marktverhältnisse in einem bestimmten Jahr wesentlich verändern kann.¹⁰⁵ Die Marktanteile der Strassenbauunternehmen sind daher nur bedingt aussagekräftig. Anhand der ausgewerteten Offertöffnungsprotokolle von 2013 bis Mai 2019 wird nachfolgend aufgezeigt, welche Unternehmen in dieser Zeitspanne für offen ausgeschriebene Strassenbauarbeiten in Bezirk 4 offeriert haben und welche Unternehmen dabei erfolgreich waren:¹⁰⁶

62. Die Z AG (nachfolgend Z), ein grosses, schweizweit tätiges Bauunternehmen, ist sowohl im Bezirk 3 als auch im Bezirk 4 im Strassenbau tätig. Personell verfügt die Zweigniederlassung der Z im Engadin über mindestens drei bis vier Bauführer und die entsprechenden Maschinen, womit sie genügend gross ist, um jede beliebige Arbeit in den Bezirken 3 und 4 selbstständig auszuführen.¹⁰⁷ So reichte die Z denn auch zwischen 2013 und Mai 2019 bei sämtlichen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten im Bezirk 4 Offerten ein.¹⁰⁸ Die Anzahl und das Volumen der von ihr im Bezirk 4 akquirierten Aufträge variierte von Jahr zu Jahr. Insgesamt erhielt Z nebst B und A respektive deren ARGE AB in bedeutendem Ausmass Zuschläge. Dies deckt sich auch mit der Aussage der B, wonach Z die grösste Konkurrentin für die ARGE AB im Strassenbau im Bezirk 4 darstelle.¹⁰⁹

63. Sodann reichten zwischen 2013 und Mai 2019 drei weitere Strassenbauunternehmen aus den angrenzenden Bezirken 3 und 5, namentlich Y, C und X, jeweils mehr als fünf Offerten für offen ausgeschriebene Strassenbauprojekte im Bezirk 4 ein. C, welche in Davos eine Zweigniederlassung hat,¹¹⁰ offerierte unter anderem bei sämtlichen Strassenbauarbeiten auf der H28b, der Flüelapassstrasse. Bei den beiden anderen Unternehmen konnte das Sekretariat kein klares Muster feststellen, bei welchen Ausschreibungen diese Unternehmen in der Vergangenheit offeriert haben und bei welchen nicht. Zudem haben noch weitere Strassenbauunternehmen aus den Bezirken 3 und 5 vereinzelt offeriert. Folglich müssen B, A und Z eigentlich bei allen Ausschreibungen mit Angeboten von Strassenbauunternehmen aus angrenzenden Gebieten rechnen.¹¹¹ Allerdings haben solche Bauunternehmen in den vergangenen Jahren nur ausgesprochen selten auch den Zuschlag erhalten; einzig die C und die X haben im untersuchten Zeitraum jeweils zweimal erfolgreich für offen

ausgeschriebene Strassenbauprojekte im Bezirk 4 offeriert.

64. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei Ausschreibungen im Bezirk 4 mit Z ein sehr starker Konkurrent vorhanden ist, der bei allen offen ausgeschriebenen Submissionen in den letzten Jahren mit kompetitiven Angeboten eingegeben hat. Von weiteren Straussenbauunternehmen ging in den letzten Jahren ein gewisser, allerdings nicht besonders starker Druck aus, indem diese zwar bei einigen Ausschreibungen im Bezirk 4 ebenfalls Angebote einreichten, damit jedoch höchst selten erfolgreich waren.

B.6.4 Werdegang und heutige Tätigkeit der ARGE AB

65. Gegründet wurde die ARGE AB im Jahr 2007¹¹², jedoch kam diese anfangs nur sehr selten zum Einsatz. Erst ab dem Jahr 2011 ist eine bemerkbare, aber nicht eklatante Zunahme der Zusammenarbeit im Rahmen der ARGE AB im Vergleich zu vorher zu beobachten.

66. Ab dem Jahr 2012 intensivierten die beiden Unternehmen die Zusammenarbeit im Rahmen der ARGE AB deutlich, [...].¹¹³ Dank der ARGE konnten die Arbeiten trotz dieser Ausfälle von Kaderpersonen ausgeführt werden. [...].¹¹⁴

67. Im Jahr 2013 zeigte Z die beiden Unternehmen beim Kanton an und warf ihnen vor, bei einem Projekt aus einer Ausschreibungstranche unnötigerweise eine ARGE gebildet zu haben und gleichzeitig auch die weiteren Projekte aus dieser Tranche unter sich aufgeteilt zu haben.¹¹⁵ Der Kanton verwarf die Anzeige nach einer Prüfung.¹¹⁶

68. In den Jahren 2014 und 2015 folgte ein markanter Einbruch der Zusammenarbeit als ARGE. Zumindes teilweise verantwortlich für diesen Rückgang ist eine in dieser Zeit vom Kanton Graubünden eingeführte Vorgabe, wonach bei Projekten mit einem Wert von weniger als CHF 500'000.– Angebote von ARGE nicht zugelassen sind.¹¹⁷ Bereits im Jahr 2016 hob der Kanton Graubünden diese Restriktion wieder auf.¹¹⁸

¹⁰² Rz 55.

¹⁰³ Vgl. Rz 58.

¹⁰⁴ B erachtet im Unterengadin eine Baustelle von CHF 100'000.– bereits als gross, während im Mittelland eine Baustelle erst im siebenstelligen Bereich gross sei (Act. III.4, Rz 154–158).

¹⁰⁵ Die ausgewerteten Daten von Ausschreibungen des kantonalen Tiefbauamts des Bezirks 4 zeigen etwa, dass im Jahr 2014 A 5 Zuschläge erhielt, was anzahlmässig 63 % der Ausschreibungen dieses Bezirks ausmachte, volumenmässig 38 %. B erhielt demgegenüber bloss einen Zuschlag dieses Bezirks, anzahlmässig ausmachend 13 %. Dieser eine Zuschlag machte volumenmässig jedoch 39 % aus.

¹⁰⁶ Act. I.5 sowie die im Rahmen der Untersuchung Bauleistungen Graubünden (22-0457) erhobenen Offertöffnungsprotokolle (vgl. die dortige Rz 142).

¹⁰⁷ Act. III.1, Rz 366 f. und Act. III.4, Rz 298–300.

¹⁰⁸ Vgl. auch Act. III.4, Rz 615.

¹⁰⁹ Act. III.4, Rz 615.

¹¹⁰ Handelsregistereintrag C.

¹¹¹ Act. III.1, Rz 419–421 und Act. III.4, Rz 615–619.

¹¹² Act. III.1, Rz 119 f.

¹¹³ Act. III.1, Rz 364–374; Act. III.4, Rz 472–476.

¹¹⁴ Act. III.4, Rz 316 ff.; Act. III.1, Rz 354–356; Act. III.2, Rz 172–176.

¹¹⁵ Act. III.1, Rz 127 f.; Act. III.2, Rz 115 f. und Act. III.4, Rz 148–150.

¹¹⁶ Act. III.1, Rz 128, Act. III.2, Rz 180 f. und Act. III.4, Rz 151.

¹¹⁷ Act. III.1, Rz 136–141.

¹¹⁸ Act. III.1, Rz 142–144.

69. A und B begegneten dem Vorwurf der Z des Informationsaustauschs (und der Submissionsabreden) bei der Besprechung zur Bildung einer BIEGE damit, dass sie beschlossen, den Tätigkeitsbereich der ARGE AB künftig auf alle offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekte im Bezirk 4 auszudehnen.¹¹⁹ Diesen gemeinsamen Entscheid setzten sie jedenfalls ab dem Jahr 2016 auch konsequent um und gaben bei allen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten im Bezirk 4 ein gemeinsames Angebot als ARGE AB ab.

70. Darüber hinaus haben die beiden Unternehmen in den letzten Jahren verschiedentlich auch bei Projekten von Gemeinden und als Subunternehmen für andere Unternehmen gemeinsam als ARGE AB offeriert. Die Anzahl solcher Offerten beläuft sich auf etwa [1-10] Stück pro Jahr in der Zeit von 2016–2018.¹²⁰ Der derzeit gelebte Tätigkeitsbereich geht somit über den ursprünglich abgemachten Tätigkeitsbereich, alle offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekte im Bezirk 4 als BIEGE einzugeben, hinaus.

71. Die ausgewerteten Umsatzzahlen der Zweigniederlassungen im Bezirk 4 von A und B für den Zeitraum von 2016 bis 2018¹²¹ zeigen, dass bei diesen [...] Zweigniederlassungen der je hälftige Anteil am ARGE-Umsatz jeweils [mehr als die Hälfte] des Gesamtumsatzes dieser Zweigniederlassungen ausmacht und [weniger als die Hälfte] des jeweiligen Gesamtumsatzes aus alleinigen Angeboten der entsprechenden [Zweigniederlassungen] stammt. Der ARGE-Anteil am gesamten Umsatz dieser Zweigniederlassungen schwankte je nach Jahr und Unternehmen zwischen [...] und [...].

B.6.5 Gründe, um als ARGE AB und nicht alleine zu offerieren

B.6.5.1 Projektspezifische Gründe

72. Gemäss Angaben der A und B lägen primär bei Strassenbauprojekten von Gemeinden und Privaten, welche hauptsächlich im freihändigen Verfahren oder im Einladungsverfahren vergeben werden, projektspezifische Gründe für die Bildung der BIEGE vor.¹²²

73. Als projektspezifische Gründe nennen A und B unter anderem Kapazitätsüberlegungen – ähnlich denjenigen bei projektübergreifenden Gründen¹²³. Aufgrund der Vielzahl kantonaler, kommunaler und privater Projekte und der kurzen Bauzeit zeichne sich teilweise bereits im Zeitpunkt der Offertstellung ein Kapazitätsengpass (Personal und/oder Maschinen) im Ausführungszeitpunkt ab.¹²⁴ Hinzu käme bei gewissen Projekten die Unsicherheiten über den genauen Ausführungszeitraum, beispielsweise weil dieser noch nicht feststeht oder weil es regelmässig zu Verspätungen (z.B. aufgrund von vorgängigen Baumeisterarbeiten) kommt.¹²⁵ Kapazitätsengpässe würden schliesslich auch die Gefahr der Nichterfüllung von Eignungskriterien, namentlich der Leistungsfähigkeit, und dem daraus folgenden Ausschluss von – insbesondere kantonalen – Vergabeverfahren bergen und könnten mit weiteren Folgekosten aufgrund nicht fristgerechter Ausführung verbunden sein.¹²⁶

74. Als weitere Gründe, aufgrund welcher eine alleinige Offerte nicht möglich oder nicht erstrebenswert sei, nennen die Unternehmen:

- **Spezialitäten:**¹²⁷ Die Zweigniederlassungen von A und B würden in den Bereichen Maschinen und Personal teilweise über unterschiedliche Spezialisierungen verfügen, die für die Ausführung von bestimmten Strassenbauprojekten notwendig seien. [...].
- **Referenzen:**¹²⁸ Fehlende Referenzen resp. eine ungenügende Anzahl davon könnten einen Grund für die Nichterfüllung von Eignungskriterien darstellen und einen entsprechenden Ausschluss eines Unternehmens aus dem Vergabeprozess zur Folge haben. Mit der Bildung einer BIEGE könnten die erforderlichen Referenzen erbracht und damit dieses Eignungskriterium erfüllt werden.
- **Anfrage an ARGE:**¹²⁹ Wenn ein Bauherr direkt die ARGE AB zur Offerteingabe auffordere, so wünsche dieser damit, eine Offerte der ARGE zu erhalten und nicht zwei einzelne Offerten von B und A. Die ARGE AB sei in der Vergangenheit teilweise von Bauunternehmen [...] als Subunternehmen für die Strassenbauarbeiten angefragt worden. Entsprechend habe auch die ARGE offeriert. Gemeinden würden demgegenüber die einzelnen Unternehmen zur Offertstellung einladen, nicht die ARGE.¹³⁰
- **Teilnahme am Vergabeprozess:**¹³¹ In gewissen Fällen sei im Rahmen von freihändigen Vergaben oder Einladungsverfahren nur entweder B oder A zur Offertstellung eingeladen worden. [...]. Erst die Bildung der BIEGE ermögliche dem nicht eingeladenen Unternehmen, sich doch an einer Offertstellung zu beteiligen. [...].

B.6.5.2 Projektübergreifende Gründe

75. Es sind hauptsächlich projektübergreifende Überlegungen, weshalb A und B entschieden haben, bei allen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten im Bezirk 4 gemeinsam als ARGE AB zu offerieren.¹³² Erst die Zusammenarbeit in der ARGE AB ermögliche A und B, das projektübergreifende Risiko der Akquisition von «zu viel»¹³³ resp. «zu wenig» Projekten im Bezirk 4 so zu optimieren, dass sie einen tieferen Preis offerieren könnten¹³⁴ und dadurch preislich konkurrenzfähig gegenüber den andern Strassenbauunternehmen¹³⁵ seien.¹³⁶

¹¹⁹ Act. III.1, Rz 125–130, III.2 102–105 und III.4 140–142.

¹²⁰ Act. I.31 Anhang A; Act. I.33 Anhang A.

¹²¹ Act. I.31 Anhang D; Act. I.33 Anhang D.

¹²² Act. I.33, Rz 4 und Act. I.31, S. 2–4.

¹²³ Siehe zu diesen Rz 75 ff.

¹²⁴ Act. I.51, S. 4 und Act. I.33, S. 3, Rz 5 f.

¹²⁵ Act. I.31, S. 3 und Act. 33., Rz 13.

¹²⁶ Act. I.33, Rz 6 und 12.

¹²⁷ Act. I.31, S. 3, zweites Lemma und Act. I.33, Rz 13.

¹²⁸ Act. I.51, S. 4 und Act. I.52, S. 1.

¹²⁹ Act. I.33, Rz 7 und Act. I.51, S.4 und Act. I.52, S. 1.

¹³⁰ Act. III.6, Rz 113–116, Act. III.7, 177–182.

¹³¹ Act. I.31, S. 3 f. und Act. I.33, Rz 13.

¹³² Zu diesem Beschluss vgl. Rz 69.

¹³³ Siehe Rz 43 dazu, was damit gemeint ist.

¹³⁴ Dazu Rz 85 ff.

¹³⁵ Siehe dazu auch Rz 90.

¹³⁶ Act. III.1, Rz 317 f., und Act. III.4, Rz 228, 287–389.

76. Im Grundsatz ist das projektübergreifende Risiko, «zu viel» resp. «zu wenig» Projekte zu akquirieren, geradezu typisch für die Beschaffungsmärkte im Strassenbau. Dem Risiko von «zu wenig» kann ein Unternehmen vor allem durch das Offerieren von tiefen Preisen – dem bei Strassenbauprojekten zentralen Zuschlagskriterium – begegnen; allenfalls auch durch qualitative Besserstellungen. Dadurch erhöhen sich seine Zuschlagschancen, jedoch erhöht sich gleichzeitig die Gefahr, letztlich «zu viele» Projekte zu akquirieren. Strassenbauunternehmen kommen somit nicht umhin, bei ihrem Offertverhalten dieses gegenläufige Risiko von «zu viel» und «zu wenig» abzuwägen und auszutarieren. Zu beobachten ist sodann, dass die Strassenbauunternehmen im Kanton Graubünden, namentlich auch B und A, bereit sind, dieses im Grundsatz branchenimmanente Risiko alleine resp. weitgehend alleine zu tragen. Gemäss Angaben von A und B soll dieses Risiko bzw. die nachteiligen Folgen bei dessen Eintritt im Bezirk 4 jedoch grösser sein als sonstwo, weshalb sie dort nicht bereit resp. in der Lage seien, dieses Risiko alleine zu tragen, anderswo aber schon.¹³⁷

77. Die generellen Rahmenbedingungen im öffentlichen Beschaffungswesen im Kanton Graubünden kommen selbstverständlich auch im Bezirk 4 zum Tragen:¹³⁸ So hat die tranchenweise Ausschreibung des Kantons Graubünden zur Folge, dass mehrere Projekte zeitgleich vergeben werden, wodurch die Ungewissheit über die Auftragslage nicht nach und nach aufgelöst wird, sondern für mehrere Projekte gleichzeitig.¹³⁹ Da anzahl- und volumenmässig der grösste Teil der Ausschreibungen in der ersten Jahreshälfte erfolgt, kann eine ungenügende Projektakquisition während dieser Zeit in der zweiten Jahreshälfte höchstens noch beschränkt aufgeholt werden. Wurden «zu viele» Projekte akquiriert, ist eine wesentliche Entlastung durch Subunternehmen bei Strassenbauprojekten nicht möglich, insbesondere können solche Projekte nicht auf Subunternehmen ausgelagert werden. «Zu viele» Projekte gefährden die frist- und sachgemässe Ausführung, was möglicherweise einen Ausschluss bei künftigen Vergaben nach sich ziehen kann. Diese Ausgangslage besteht allerdings im gesamten Kanton und ist nicht eine Besonderheit des Bezirks 4.

78. Besonders am Bezirk 4 sind mit Blick auf das Risiko von «zu viel» insbesondere der enge Ausführungszeitraum¹⁴⁰ und die abgeschottete Lage¹⁴¹ verbunden mit dem Volumen der dortigen Nachfrage:

- Aufgrund des engen Ausführungszeitraums konzentriert sich die Strassenbausaison auf wenige Monate, in denen im Wesentlichen der Umsatz für das gesamte Jahr erzielt werden muss. Etliche Strassenbauprojekte müssen zeitgleich ausgeführt werden, da insbesondere der Einbau von Deckbelag temperaturbedingt nur während einer kurzen Periode möglich ist. Kommt es bei einem Projekt zu zeitlichen Verschiebungen, ist der Ausweichzeitraum beschränkt, was zu zusätzlichen Überschneidungen führt und eine rollende Planung erfordert.¹⁴² Die Folgen von Verschiebungen sind hier also gravierender als anderswo. Während einer vergleichsweise kurzen Zeit ist daher der Bedarf an Personal, insbesondere Kader-

personal, sowie Maschinen hoch, in der übrigen Zeit jedoch gering.

- Die Zweigniederlassungen von B und A im Bezirk 4 verfügen über eine sehr schlanke Mindeststruktur [...].¹⁴³ Der Aufbau von zusätzlichen Kapazitäten ist, jedenfalls in bedeutendem Umfang, faktisch sehr schwierig,¹⁴⁴ da nicht genügend Fachkräfte vorhanden sind,¹⁴⁵ und wirtschaftlich kaum sinnvoll, da das Marktvolumen im Bezirk 4 dafür (zu) klein ist¹⁴⁶. Temporäre Mitarbeitende – erst recht solche mit ausreichenden Fähigkeiten im Umgang mit Strassenbaumaschinen – zu finden, um Spitzenauslastungen abzudecken, ist im Bezirk 4 sehr schwierig.¹⁴⁷ Ebenso wenig besteht aufgrund der langen Anfahrtswege – teils über Pässe – eine finanziell tragbare Möglichkeit, Mitarbeitende und Maschinen von anderen Werkhöfen beizuziehen.¹⁴⁸ Eine mehrfache Haltung des Inventars vor Ort wäre für ein Unternehmen in Anbetracht des Marktvolumens zu kostenintensiv.¹⁴⁹ Aufgrund der beschränkten Maschinen- und Personalressourcen vor Ort sowie mangels kurzfristiger Ausweichmöglichkeiten wiegt sodann der Ausfall einer Kaderperson oder einer Maschine umso schwerer und ist «klumpenartig»,¹⁵⁰ zumal beim Deckbelageinbau ein Bauführer vor Ort sein muss.

79. All diese Punkte spielen zusammen und führen in ihrer Gesamtheit dazu, dass das Risiko von «zu vielen» Projekten im Bezirk 4 bedeutend grösser und die nachteiligen Folgen bei dessen Eintritt deutlich schwerwiegender sind als sonstwo. Da dies strukturell bedingt ist, bleibt diese Situation in zeitlicher Hinsicht stabil.

80. Auch auf das Risiko von «zu wenig» Aufträgen wirken sich die Eigenheiten im Bezirk 4 aus. Der Kanton ist der mit Abstand grösste Bauherr,¹⁵¹ weshalb dortige Strassenbauunternehmen ihre Fixkosten selbst für eine Minimalstruktur ohne Erhalt von Projekten von ihm nicht decken können. In Anbetracht der beschränkten Anzahl kantonaler Ausschreibungen, erst recht solcher mit einem hohen Auftragswert, kann der Erhalt resp. Nichterhalt eines einzelnen grösseren Kantonsprojekts die Auftragslage eines Unternehmens massgeblich beeinflussen.¹⁵² Priorisiert ein Unternehmen bei seinen Offerten etwa ein grosses Projekt gegenüber mehreren kleinen, hat es das Problem einer zu geringen Auslastung, wenn es das grosse Projekt gleichwohl nicht erhält, sondern

¹³⁷ Act. III.2, Rz 167–171, und Act. III.4, Rz 302–315.

¹³⁸ Vgl. auch Kapitel B.5.

¹³⁹ Act. III.1, Rz 276–279.

¹⁴⁰ Vgl. Rz 56.

¹⁴¹ Vgl. Rz 54 f.

¹⁴² Act. III.1, Rz 243–245, 262 f.

¹⁴³ Siehe Rz 16 und 19.

¹⁴⁴ Act. III.1, Rz 345; Act. III.2, Rz 169 f., und Act. III.4, Rz 307 f.

¹⁴⁵ Act. III.1, Rz 228–230, und sinngemäss auch Act. III.4, Rz 516–518.

¹⁴⁶ Act. III.2, Rz 154, und Act. III.4, Rz 307 f.

¹⁴⁷ Act. III.4, Rz 512–518, ferner 519–525.

¹⁴⁸ Act. III.1, Rz 306–308, 345 f.; Act. III.2, Rz 229–231, und Act. III.4, Rz 310–314.

¹⁴⁹ Act. III.4, Rz 490–492.

¹⁵⁰ Act. III.1, Rz 368–374; Act. III.4, Rz 472–476.

¹⁵¹ Rz 59.

¹⁵² Siehe dazu Rz 61 und insbesondere das Beispiel aus dem Jahre 2014 in Fn 105.

höchstens ein, zwei kleinere. Umgekehrt übersteigen die akquirierten Projekte seine Kapazitäten, wenn es nebst dem grossen Projekt zusätzlich einige kleinere erhält. Durch die geringe Anzahl von kantonalen Projekten, insbesondere von Grösseren, und dem bedeutenden Anteil am gesamten Nachfragevolumen, den ein einzelnes Projekt haben kann, akzentuiert sich das Risiko von «zu wenig», aber auch von «zu viel». Das Nachfragevolumen anderer Bauherren in der Region ist nicht bedeutend genug, um damit eine ausreichende Auslastung zu erreichen.¹⁵³ Und aufgrund der abgeschotteten Lage erscheinen für im Bezirk 4 ansässige Unternehmen höchstens noch in den Randregionen der Bezirke 3 und 5 auszuführende Projekte wirtschaftlich sinnvoll; weiter entfernte Projekte in diesen Bezirken und erst recht solche in anderen Bezirken stellen wirtschaftlich keine echte Ausweichmöglichkeit dar.¹⁵⁴ Kurzum, um im Bezirk 4 bestehen zu können, ist ein Strassenbauunternehmen auf Projekte des Kantons angewiesen, wobei das Risiko von «zu wenig» solchen Aufträgen aufgrund der beschränkten Anzahl kantonalen Ausschreibungen, insbesondere von grösseren, konzentriert ist und nicht breit gestreut werden kann. Das Risiko von «zu wenig» akquirierten Projekten bleibt auch bei einer Zusammenarbeit in der ARGE AB im Grundsatz bestehen.¹⁵⁵ Reduzieren lässt es sich primär durch das Offerieren von tiefen Preisen, worauf an anderer Stelle näher einzugehen ist.¹⁵⁶ Abgesehen davon reduziert es sich für die einzelnen Unternehmen aufgrund der Zusammenarbeit in der ARGE in zweierlei Hinsicht: zum einen kann die Arbeitsausführung der gemeinsam akquirierten Projekte auf die ARGE-Partner aufgeteilt werden, wodurch eine «gleichmässigeren», planbareren Auslastung erreicht wird.¹⁵⁷ Zum anderen können so auch Arbeiten akquiriert werden, bei denen ein einzelnes Unternehmen von einer alleinigen Offerte aus Risikoüberlegungen abgesehen hätte,¹⁵⁸ etwa wenn es mehrere kleine Projekte gegenüber einem grossen priorisiert hätte.¹⁵⁹

81. Durch die Zusammenarbeit in der ARGE AB kann vor allem das Risiko von «zu viel» Projekten sowie den damit verbundenen negativen Folgen gesenkt werden. Es stehen mehr Personal, insbesondere Kaderpersonal, und Maschinen zur Verfügung. Fällt etwa eine essentielle Maschine oder ein Bauführer aus, führt dies nicht zwangsläufig zu einem vorübergehenden Stillstand der Arbeiten, sondern der Ausfall kann dank weiterer Maschinen resp. Kaderpersonal überbrückt und (Übergangs)Lösungen können gefunden werden. Weiter steht mehr Personal zur Verfügung, das zwischen Baustellen verschoben werden kann, um so Spitzenauslastungen abzudecken. Auf Verschiebungen von Projektausführungen kann flexibler reagiert werden, da dank der grösseren Kapazitäten mehr Baustellen parallel betrieben und Mehrfachbelastungen besser abgefedert und aufgeteilt werden können. Da die Gesamtkapazität grösser ist, wird diese auch bei Akquisition eines grossen Projekts und zusätzlich mehrerer kleinerer nicht überstiegen, wodurch sich eine Priorisierung im Ausschreibungszeitpunkt erübrigt. Besser sichergestellt ist schliesslich auch die frist- und sachgerechte Projektausführung. Die Reduktion des Risikos von «zu viel» hat einen wirtschaftlichen Wert.¹⁶⁰ Der Optimierungskonflikt zwischen «zu viel» und «zu wenig» ist aufgrund des geringeren Risikos von «zu viel» und der Reduktion von dessen nach-

teiligen Folgen deutlich entschärft resp. es verschiebt sich die Balance. Das Hauptaugenmerk gilt nunmehr der Reduktion des Risikos von «zu wenig» – und dieses Risiko kann, wie ausgeführt, vor allem durch das Offerieren von tieferen Preisen reduziert werden. Die Optimierung des – hier besonders ausgeprägten¹⁶¹ – Risikos von «zu viel» resp. «zu wenig» Projekten durch die Zusammenarbeit in der ARGE führt somit letztlich dazu, dass bei unveränderter Risikoneigung tiefere Preise offeriert werden können¹⁶² und die frist- und sachgerechte Ausführung gleichwohl besser sichergestellt ist – der tiefere Preis geht also nicht zu Lasten der Qualität der Arbeitsausführung.

B.6.6 Offerten der ARGE AB im Vergleich zu hypothetischen Einzelofferten von B und A

B.6.6.1 Hinsichtlich der Anzahl Offerten

82. Wenn A und B gemeinsam als ARGE AB offerieren, reichen sie bei der entsprechenden Ausschreibung zusammen eine Offerte ein. Ob beide, eines oder keines der Unternehmen bei dieser Ausschreibung eine Offerte eingereicht hätte/n, falls sie nicht gemeinsam als ARGE AB offeriert hätten, ist eine hypothetische Frage. Hypothetische Geschehensabläufe lassen sich aufgrund ihrer hypothetischen Natur nicht strikt beweisen. Gestützt auf Beweismittel bezüglich der konkreten Umstände, Erfahrungswerte aus vergleichbaren Situationen, Indizien sowie die allgemeine Lebenserfahrung erscheint es jedoch möglich, den Eintritt (oder das Ausbleiben) eines bestimmten hypothetischen Geschehensablaufs als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten.¹⁶³ Da es vor allem projektübergreifende Gründe sind, die für eine Offertstellung durch die ARGE AB anstatt durch die einzelnen Unternehmen sprechen, erübrigt sich, hinsichtlich spezifischer einzelner Ausschreibungen prüfen zu wollen, wie sich die Unternehmen genau bei dieser oder jener Ausschreibung verhalten hätten. Wesentlich ist, wie ihr Angebotsverhalten insgesamt wäre.

¹⁵³ Act. III.1, Rz 154–156, 186–188, 227–229; Act. III.2, Rz 416–418, im Ergebnis auch Act. III.4, Rz 166, 210–214, 485 f., 542.

¹⁵⁴ Vgl. Rz 36 und insbesondere 55.

¹⁵⁵ So auch Act. III.2, Rz 217 f.

¹⁵⁶ Vgl. Rz 85 ff.

¹⁵⁷ Dahingehend im Ergebnis Act. III.1, Rz 277–283 und 376; Act. III.4, Rz 383 f. und 542.

¹⁵⁸ Siehe dazu auch Rz 82 ff.

¹⁵⁹ Siehe dazu die in Rz 83 geschilderte Situation aus der Vergangenheit.

¹⁶⁰ Was bereits ein Blick auf die Versicherungsbranche belegt, in der für die Absicherung gegen den Eintritt diverser Risiken resp. die Folgen bei deren Eintreten Prämien bezahlt werden, welche durch Präventionsmassnahmen sinken.

¹⁶¹ Vgl. Rz 78 f.

¹⁶² Vgl. 85 ff.

¹⁶³ Für den Nachweis etwa der hypothetischen Kausalität ist denn auch anerkannt, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (so die Formulierung im Zivilrecht, BGE 124 III 155 E. 3d, und im öffentlichen Recht, Urteil des BGer 2C_834/2009 vom 19.10.2010 E. 2.3) resp. ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit (so die Formulierung im Kernstrafrecht, BGE 140 II 7 E. 3.4) ausreichend ist. Beruht die Schlussfolgerung bezüglich des hypothetischen Kausalverlaufs allerdings einzig auf der allgemeinen Lebenserfahrung und nicht auf Beweismitteln, wird dies als Rechtsfrage behandelt (vgl. etwa Urteil des BGer 6B_120/2019 vom 17.09.2019 E. 4.3; 2C_834/2009 vom 19.10.2010 E. 2.3; je m.w.H.) – diese Situation liegt hier aber nicht vor.

83. In den Jahren 2014 und 2015 haben B und A bloss vereinzelt in der ARGE AB zusammengearbeitet.¹⁶⁴ Die ausgewerteten Offertöffnungsprotokolle des Tiefbauamts Bezirk 4 zeigen, dass B und A in dieser Zeit nahezu bei allen Ausschreibungen jeweils alleine eine Offerte eingereicht haben.¹⁶⁵ Bloss in einem Fall hat ein Unternehmen keine Offerte eingereicht, wobei es sich um die Ausschreibung für ein grosses Projekt handelte. Dieses Verhalten in der Vergangenheit spricht grundsätzlich dafür, dass B und A bei den meisten Ausschreibungen je alleine eine Offerte einreichen würden, wenn sie nicht gemeinsam als BIEGE offerieren würden. Allerdings macht ein Unternehmen in einer Eingabe auf Beweismittel gestützte Ausführungen,¹⁶⁶ aus denen sich überzeugend schliessen lässt, dass es dieses «breite» Eingabeverhalten längerfristig nicht beibehalten, sondern reduziert hätte. Schliesslich gaben sowohl B als auch A anlässlich ihrer Einvernahmen auf diese hypothetische Frage an, dass sie alleine weniger Offerten einreichen würden als in der ARGE, d.h., dass sie diesfalls nicht mehr bei allen offen ausgeschriebenen Aufträgen Offerten einreichen würden, sondern nur noch bei ausgewählten.¹⁶⁷

84. Nach dem Gesagten erscheint es überwiegend wahrscheinlich, dass B und A alleine, d.h. ohne gemeinsame Offerten als BIEGE, nicht bei allen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten je eine Offerte einreichen würden. Gleichzeitig ist daraus, insbesondere aus dem Verhalten in der Vergangenheit, aber auch zu schliessen, dass sowohl B als auch A je bei weit mehr als der Hälfte der offenen Ausschreibungen ein alleiniges Angebot einreichen würden. Über das Gesamte betrachtet führt das gemeinsame Anbieten in der BIEGE daher zu einer Reduktion der Anzahl Offerten im Vergleich zur Situation, wenn B und A alleine anbieten würden. Dass es vereinzelt Ausschreibungen geben könnte, bei denen weder B noch A ein alleiniges Angebot einreichen würden und daher bei dieser einen spezifischen Ausschreibung die BIEGE zu einer Angebotszunahme führt, ändert nichts daran, dass in der Gesamtheit aufgrund der BIEGE anzahlmässig weniger Angebote eingereicht werden.

B.6.6.2 Hinsichtlich des Preises

85. Sowohl A als auch B bringen vor, dass der von der ARGE AB für die Ausführung eines Strassenbauprojekts offerierte Preis tiefer sei als derjenige, den sie bei einem alleinigen Angebot offeriert hätten.¹⁶⁸ Sie berufen sich dafür im Wesentlichen auf zwei Argumente.

86. Einerseits könne abhängig vom Ausführungsort des Projekts in der ARGE verglichen mit einem alleinigen Angebot ein tieferer Preis offeriert werden [...].¹⁶⁹ Die Distanz vom Werkhof zum Ausführungsort habe etwa Einfluss auf die Personalkosten (z.B. Kosten für Transport der Mitarbeitenden, zusätzliche Lohnkosten, Mittagsgzulagen) sowie die Kosten für den Transport (z.B. Kosten für Lieferwagen und Maschinentransporte).¹⁷⁰ Handle es sich beim eigenen Werkhof um den von der Baustelle weiter entfernt gelegenen, seien die entsprechenden Kosten in der ARGE geringer, weshalb diese einen tieferen Preis anbieten könne als es bei einem alleinigen Angebot der Fall wäre.

87. Diese Ausführungen sind an sich stimmig und einleuchtend. Sie treffen allerdings stets nur auf einen der beiden ARGE-Partner zu, nämlich denjenigen, der beim konkreten Projekt über den weiter entfernten Werkhof verfügt. Im Verhältnis zu ihm sind die Distanz- und fahrzeitabhängigen Kosten in der ARGE i.e.S. geringer. [...]. Es handelt sich dabei also nicht um Synergien, die aus der Zusammenarbeit resultieren und die genutzt werden, sondern um «einseitige» Kostenvorteile. Mit anderen Worten mag aus diesen Gründen zwar das alleinige Angebot des einen ARGE-Partners höher sein als dasjenige der ARGE, nicht aber das Angebot des anderen ARGE-Partners. Dasselbe gilt mutatis mutandis auch für andere Kostenvorteile, die ein ARGE-Partner gegenüber dem anderen hat, z.B. Vorzugskonditionen beim Materialbezug¹⁷¹. Ähnlich¹⁷² verhält es sich auch mit dem Kostenvorteil, der sich bei einzelnen Projekten daraus ergibt, dass sich in unmittelbarer Nähe zum ausgeschriebenen Projekt eine Baustelle befindet, für die ein Unternehmen bereits den Zuschlag erhalten hat und die kurz vor- oder nachher auszuführen ist, wodurch Verschickungskosten von Maschinen und Personal tiefer ausfallen.¹⁷³ Anders verhielte es sich nur, wenn bei einem konkreten Projekt jeder ARGE-Partner jeweils über «einseitige» Kostenvorteile verfügen würde und sich diese in der ARGE i.e.S. addieren liessen. In Anbetracht der Natur der geltend gemachten Kostenvorteile dürfte das allerdings höchstens ausnahmsweise der Fall sein; diese Kostenvorteile dürften vielmehr einseitig entweder nur beim einen oder nun beim anderen ARGE-Partner liegen. Dass der Angebotspreis der ARGE wegen solchen Kostenvorteilen regelmässig tiefer ist als derjenige *beider* alleinigen Angebote der ARGE-Partner (und nicht bloss eines ARGE-Partners), ist deshalb nicht der Fall.

88. Andererseits könne die ARGE AB tiefere Preise offerieren als es die ARGE-Partner bei alleinigen Offerten je tun könnten, da in der ARGE die Risiken optimiert würden.¹⁷⁴ Welche Preise B und A für eine bestimmte Ausschreibung je alleine angeboten hätten, ist wiederum eine hypothetische Frage.¹⁷⁵

¹⁶⁴ Siehe Rz 68.

¹⁶⁵ Vgl. Offertöffnungsprotokolle.

¹⁶⁶ Siehe Act. I.33 Rz 26.

¹⁶⁷ Act. III.1, Rz 392–397; Act. III.2, Rz 298–300; Act. III.4, Rz 484–486, 494–498 und 550–555.

¹⁶⁸ Act. III.1, Rz 215–218; Act. III.2, Rz 250–256 und Act. III.4, Rz 387–389.

¹⁶⁹ Act. I.31, S.7 ff., und Act. I.33, Rz 36.

¹⁷⁰ Act. I.31, S.7 ff., und Act. I.33, Rz 36 ff.

¹⁷¹ Vgl. Act. I.31, S. 7 ff. für ein Beispiel eines solchen Kostenvorteils.

¹⁷² Diesen Kostenvorteil hat dasjenige Unternehmen, das bereits den Zuschlag für das nahegelegene Projekt erhalten hat. Handelt es sich dabei um die ARGE, hat jene diesen Kostenvorteil. Es handelt sich dabei jedoch nicht um einen Kostenvorteil, der sich aus der Zusammenarbeit in der ARGE selbst ergibt.

¹⁷³ Zu diesem Argument in Bezug auf Baustellen der ARGE Act. I.51, S. 4, Act. I.52, S.1, und Act. I.33, Rz 10.

¹⁷⁴ Vgl. 75.

¹⁷⁵ Siehe dazu bereits Rz 82.

89. Um darzutun, worin, d.h. in welchen Positionen, sich der tiefere Preis in einem Angebot der ARGE AB rechnerisch manifestiert, haben A und B mehrere Vergleichsberechnungen angestellt, diesbezügliche Unterlagen eingereicht und diese erläutert.¹⁷⁶ Sie haben einerseits die von der ARGE AB offerierten Preise dargelegt, andererseits die Preise, die sich ergeben hätten, wenn sie bei diesen Ausschreibungen mit den Berechnungsansätzen und -methoden gerechnet hätten, die sie bei ihren alleinigen Eingaben üblicherweise anwenden. Das Sekretariat hat dies kritisch hinterfragt, detailliert überprüft und letztlich vorliegend für überzeugend befunden. Es zeigte sich, dass die alleinigen, hypothetischen Offerten der ARGE-Partner nicht aufgrund derselben Unterschiede von den ARGE-Offerten abweichen – die verschiedenen Berechnungsansätze und -methoden der beteiligten Unternehmen treten an unterschiedlichen Stellen zum Vorschein. Da es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Unternehmen handelt, wird hier auf deren Wiedergabe im Einzelnen verzichtet. Beiden Fällen ist jedoch gemein, dass die hypothetische alleinige Berechnung jeweils zu höheren Preisen geführt hätte als die von der ARGE AB tatsächlich offerierten. Dies steht im Einklang mit der Feststellung, dass dank der ARGE AB insbesondere das Risiko von «zu viel» verringert wird, was einen wirtschaftlichen Wert hat, wodurch es den Unternehmen möglich ist, sich auf eine Reduktion des Risikos von «zu wenig» zu konzentrieren, was primär durch das Offerieren von tieferen Preisen geschieht.¹⁷⁷ Diese tieferen Offertpreise in der ARGE AB im Vergleich zu den alleinigen Offerten können rechnerisch auf mehreren Wege erreicht werden, wobei beide von den Unternehmen dargelegten Vorgehensweisen dafür geeignet scheinen. In Anbetracht der Beweismittel und Indizien sowie der gemachten wirtschaftlichen Überlegungen ist vorliegend überwiegend wahrscheinlich,¹⁷⁸ dass die Zusammenarbeit grundsätzlich dazu führt, dass die ARGE AB tiefere Preise offerieren kann als es B und A jeweils in alleinigen Eingaben tun würden.

90. Ob die ARGE AB «bloss» tiefere Preise offerieren kann oder ob sie dies auch tut, hängt vor allem von der Wettbewerbssituation ab, dem entsprechenden Druck durch Konkurrenten. Bei Ausschreibungsverfahren weiss ein Bietender – vorbehaltlich einem diesbezüglichen, kartellrechtlich kritischen Austausch mit Konkurrenten – nicht im Voraus mit Sicherheit, wer nebst ihm noch ein Angebot einreichen wird. Zudem ist das Teilnehmerfeld bei offenen Ausschreibungsverfahren theoretisch unbeschränkt. Realistischerweise muss jedoch nicht mit Angeboten jedwelcher Strassenbauunternehmen bei einem spezifischen Strassenbauprojekt gerechnet werden, jedenfalls nicht mit kompetitiven¹⁷⁹. Ein Bietender wird die Konkurrenzsituation bei einem konkreten Projekt vielmehr gestützt auf seine Branchenkenntnis und früheren Erfahrungen einzuschätzen versuchen. Entscheidend ist somit die ex ante Erwartung bezüglich der Konkurrenzsituation bei einem bestimmten Projekt, die ein Branchenkenner hat. In der Vergangenheit hat nun ein sehr starker Konkurrent, Z, bei allen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten des Kantons im Bezirk 4 stets ebenfalls ein kompetitives Angebot eingereicht.¹⁸⁰ Bei dieser Ausgangslage muss ein Branchenkenner und damit ein Bietender ohne Weiteres bei jeder offenen Ausschreibung von Strassenbauprojekten im Bezirk 4

mit einem solchen Angebot rechnen. Die ARGE AB war deshalb gezwungen, die ihr möglichen tieferen Preise auch tatsächlich zu offerieren, um sich im Wettbewerb behaupten zu können. Wie es sich mit der (aus Sicht eines Bietenden zu erwartenden) Konkurrenzsituation bei anderen Verfahren, etwa Einladungsverfahren, verhält, bedürfte zusätzlicher Abklärungen und Auswertungen. In Anbetracht der angeregten Massnahmen erübrigen sich solche Ermittlungen aber.

91. Noch nicht restlos geklärt ist nach dem Gesagten sodann, in welchem Ausmass die Kooperation in der ARGE AB erforderlich ist, um das Risiko von «zu viel» zu optimieren und dadurch das Offerieren tieferer Preise zu ermöglichen. Ab einem gewissen Punkt geht die Kooperation bezüglich eines zusätzlichen Projekts nämlich nicht mehr mit einer im Verhältnis dazu stehenden Reduktion des Risikos von «zu viel» und folglich einem dadurch möglichen Spielraum für Preissenkungen einher. Dies im Detail abzuklären, bedürfte zusätzlicher Ermittlungen und einer verfeinerten Risikobewertung. In Anbetracht der angeregten Massnahmen erübrigen sich solche Abklärungen jedoch.

B.6.7 Aufteilung bei der Arbeitsausführung

92. Um festzustellen, wie die Ausführung bei den von der ARGE AB akquirierten Projekten bezüglich Personal und Maschinen zwischen den ARGE-Partnern jeweils aufgeteilt worden ist, hat das Sekretariat die entsprechenden Kostenträgerrechnungen für die Jahre 2016–2018 bei den Unternehmen eingefordert. Die Auswertung der aufforderungsgemäss eingereichten¹⁸¹ Kostenträgerrechnungen ergibt folgendes Bild: Geringfügig mehr als ein Drittel der betrachteten Projekte wurden bezüglich Personal und Maschinen mehr oder weniger «gemischt» ausgeführt, d.h. von beiden ARGE-Partnern gemeinsam. Bei knapp einem Drittel der Projekte war der Kostenanteil eines ARGE-Partners an den addierten Personal- und Maschinenkosten nur, aber immerhin, noch bescheiden, wobei der Anteil innerhalb einer Kategorie bedeutungsvoller sein konnte als in der anderen¹⁸². Ob die in bescheidenem Masse beigesteuerten Leistungen für die frist- und sachgemässe Projektausführung unabdingbar waren oder hierfür bloss hilfreich, bedürfte weiterer projektspezifischer Abklärungen, auf die in Anbetracht der angeregten Massnahmen aber verzichtet werden kann. Wiederum geringfügig mehr als ein Drittel der Projekte wurde von einem ARGE-Partner alleine ausgeführt.

¹⁷⁶ Act. I.31, S. 7 und 9; Act. I.33, Rz 31–35 und Anhang E.

¹⁷⁷ Hiervor Rz 81.

¹⁷⁸ In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, E. 10.4, hinzuweisen, wonach bezüglich Effizienzgründen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit Anwendung findet.

¹⁷⁹ Vgl. Rz 36 bezüglich der Transportkosten bei Strassenbauprojekten.

¹⁸⁰ Siehe Rz 62 ff.

¹⁸¹ Act. I.31, Anhang C.1; vgl. auch Act. I.33, Rz 20.

¹⁸² Bei einem Projekt machte beispielsweise der Anteil des einen ARGE-Partners an den gesamten Personal- und Maschinenkosten bloss 2 % aus. Bei den Maschinenkosten allein, also ohne Einbezug der Personalkosten, betrug sein Anteil aber immerhin 17 %.

93. Diese effektive Arbeitsaufteilung belegt, dass auch Projekte gemeinsam als ARGE akquiriert worden sind, die – für sich alleine betrachtet – von einem ARGE-Partner alleine ausgeführt werden konnten. Dies ist unbestritten.¹⁸³ Die Unternehmen machen im Einklang damit denn auch geltend, Grund für das Offerieren als BIEGE sei regelmässig, insbesondere bei den offenen Ausschreibungsverfahren, eben nicht die einzelne Ausschreibung, sondern deren Summe. Je nach Zuschlagserteilung würde sich bei alleiniger Offerteingabe das Risiko von «zu viel» verwirklichen, wodurch ein einzelnes Unternehmen für die akquirierten Projekte in ihrer Gesamtheit die personellen, logistischen und finanziellen Anforderungen nicht mehr erfüllen würde.¹⁸⁴ Ebenfalls im Einklang damit steht die Angabe der Unternehmen, dass es vermehrt zu alleinigen Ausführungen kommt, wenn die ARGE für eher wenig Projekte den Zuschlag erhalten hat, während bei einer Vielzahl von der ARGE akquirierten Projekten eine gemeinsame Ausführung häufiger ist.¹⁸⁵ Die Aufteilung bei der Arbeitsausführung wird laufend an die veränderten Verhältnisse angepasst, wobei unter anderem die Witterung und Projektverschiebungen zu berücksichtigen sind.¹⁸⁶ Letztlich hängt die konkrete Aufteilung bei der Arbeitsausführung insbesondere davon ab, wie sehr sich das Risiko von «zu viel» für die einzelnen Unternehmen – aus welchen Gründen auch immer, beispielsweise aufgrund der Anzahl akquirierter Projekte oder dem Ausfall einer Schlüsselperson – realisiert.¹⁸⁷

B.7 ARGE AC im Detail

94. Wie einleitend ausgeführt, betrifft diese Vorabklärung zwei unterschiedliche Zusammenarbeiten. In diesem Kapitel wird die hier als ARGE AC bezeichnete Zusammenarbeit, d.h. die Zusammenarbeit zwischen A und C, behandelt. Bei ihr wurden im Voraus verschiedene Konditionen festgelegt, die bei einer gemeinsamen Offerte als BIEGE gelten sollen. Ob als BIEGE eingegeben wird, wurde projektspezifisch entschieden. Dabei liegt das Augenmerk auf den für die Beurteilung dieser wiederholten Zusammenarbeit relevanten Punkten und Rahmenbedingungen.

B.7.1 Geografische Ausgangslage

95. Das Tätigkeitsgebiet der ARGE AC ist räumlich nicht klar eingegrenzt. Ebenso wenig haben es die Unternehmen unter sich näher definiert. Aufgrund des Distanzschutzes im Strassenbau¹⁸⁸ hängt das Tätigkeitsgebiet faktisch davon ab, welche Standorte der Unternehmen in der ARGE AC involviert sind – seitens A sind dies die Standorte in [...], seitens C diejenigen in [...].¹⁸⁹ In den letzten Jahren war die ARGE AC mehrheitlich in den Bezirken 6 (Ilanz) und 7 (Thusis) tätig.¹⁹⁰

96. Der Bezirk 6 umfasst die Region Surselva (exkl. Safiental) sowie die Gemeinden Flims, Trin und Tamins. Das Haupttal mit den Seitentälern Val Medel, Val Sumvitg, Val Lumnezia und das Valser Tal erstreckt sich vom Oberalppass im Westen bis nach Tamins im Osten. Vom Kanton Uri her ist der Bezirk 6 über den Oberalppass erreichbar; im Winter lediglich mit dem (Auto-)Zug. Über den Lukmanierpass (Verbindung zum Tessin) und von Tamins her ist der Bezirk 6 ganzjährig erreichbar.

97. Der Bezirk 7 umfasst die Region Viamala sowie die Gemeinden Bonaduz und Rhäzüns. Das Tal beginnt südlich von Tamins und folgt dem Hinterrhein in Richtung San Bernardino. Der Bezirk 7 ist aufgrund der Wintersperre des Splügenpasses nur vom südlichen Misox via San Bernardino Tunnel oder via Tamins ganzjährig erreichbar.

98. Im Vergleich zur Ausgangslage im Bezirk 4¹⁹¹ sind diese Haupttäler zu einem grossen Teil – insbesondere die Hauptstrasse ab Disentis bis Tamins (Bezirk 6) sowie ab Andeer bis Tamins (Bezirk 7) – tiefer gelegen, wodurch die Durchschnittstemperatur höher und damit auch die Strassenbauperiode wesentlich länger ist.¹⁹² Verkehrstechnisch sind die Bezirke 6 und 7 besser von «ausserhalb» erreichbar, insbesondere auch von der Hauptstadt Chur aus, die im Jahr 2018 35'897 Einwohner hatte.¹⁹³ Die Transportdistanzen und -zeiten sind entsprechend kürzer, und zwar insbesondere auch zwischen den einzelnen Zweigniederlassungen der Unternehmen. Zusätzliches Personal oder Inventar zur Überbrückung von vorübergehenden Kapazitätsengpässen kann hier wesentlich kostengünstiger zwischen den einzelnen Zweigniederlassungen verschoben werden. Weiter ist das Angebot an Fachpersonal für den Strassenbau hier, wiederum auch aufgrund der Nähe zur Hauptstadt Chur, grösser als im Bezirk 4.¹⁹⁴ Und auch der Beizug von Temporärmitarbeitenden ist, gerade in Anbetracht der Nähe zur Hauptstadt Chur und der dortigen Einwohnerzahl, weit eher möglich.

B.7.2 Nachfragesituation

99. Im Jahr 2018 schrieb allein das kantonale Tiefbauamt des Bezirks 6 Strassenbauarbeiten im Umfang von CHF 5'824'355.– in drei Tranchen à drei bis fünf Projekten sowie drei einzelne Projekte aus. Dasjenige des Bezirks 7 schrieb im Jahr 2018 Strassenbauarbeiten im Umfang von CHF 3'307'089.– in drei Tranchen à zwei bis drei Projekten sowie ein einzelnes Projekt aus.¹⁹⁵ Hinzu kommen jeweils noch die in diesen Bezirken auszuführenden Strassenbauarbeiten der zentralen Beschaffungsstelle des Kantons (deren einzelne Projekte durchschnittlich einen höheren Auftragswert haben als diejenigen der kantonalen Tiefbauämter der Bezirke) sowie die Ausschreibungen der Gemeinden in diesen Bezirken und die Projekte von Privaten.

¹⁸³ Act. III.1, Rz 270–273, und Act. III.4, Rz 438–444.

¹⁸⁴ Act. III.4, Rz 191–196.

¹⁸⁵ Act. III.1, Rz 276–279; sinngemäss ebenso Act. III.4, Rz 448–450.

¹⁸⁶ Act. III.1, Rz 262 f.; Act. III.4, Rz 430–437; Act. III.6, Rz 170–176.

¹⁸⁷ Act. III.7, Rz 140–144.

¹⁸⁸ Dazu Rz 36.

¹⁸⁹ Rz 17 resp. 22.

¹⁹⁰ Siehe Rz 47 für eine Karte zur Bezirkseinteilung.

¹⁹¹ Siehe dazu Rz 54 ff.

¹⁹² Act. III.2, Rz 425–430.

¹⁹³ BFS, Regionalportrait 2020: Kennzahlen aller Gemeinden (Fn 98).

¹⁹⁴ Act. III.2, Rz 436–439.

¹⁹⁵ Eigene Auswertungen, Daten: Act. I.4.

B.7.3 Konkurrenzsituation

100. Der Konkurrenzdruck im Strassenbau in den Bezirken 6 und 7 ist im Vergleich zum Bezirk 4 merklich grösser, wobei die Anzahl Konkurrenzofferten je nach Ausschreibung schwankt. Nachfolgend werden diejenigen Ausschreibungen näher betrachtet, bei welchen die ARGE AC in den vergangenen Jahren offeriert hat.

101. Die ARGE AC hat primär bei offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten des Kanton Graubünden offeriert. Vereinzelt hat sie auch offeriert bei Ausschreibungen anderer Bauherren, die ebenfalls dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen. Hierbei handelte es sich meist um offene Verfahren, isoliert auch um Einladungsverfahren.¹⁹⁶ Bloss ausnahmsweise offerierte die ARGE AC bei Projekten von privaten Bauherren, die dem öffentlichen Beschaffungsrecht nicht unterstehen.

102. Aus den ausgewerteten Offertöffnungsprotokolle von 2015 bis April 2019 ist ersichtlich, dass bei einer Offerte der ARGE AC bei kantonalen Strassenbauprojekten im Durchschnitt fünf bis sechs weitere Konkurrenzofferten eingingen. Die Spannweite an Offerten reichte von 4 bis 11 Offerten pro Projekt (die Offerte der ARGE AC mitenthalten). Z, W, X und Y haben bei mindestens 75 % aller Projekte offeriert, für welche die ARGE AC ein Angebot abgegeben hat. Weiter haben die V sowie die B bei rund 50 % dieser Projekte mitgeboten und die U, die T, die R und die S bei rund 25 %. Es ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass ein Branchenkenner bei Ausschreibungen der betrachteten Art ex ante mit mehreren Konkurrenzofferten rechnen musste. Insbesondere musste ein Branchenkenner bei solchen Projekten grundsätzlich damit rechnen, dass mehrere der vier erstgenannten Konkurrenten eine Offerte einreichen.

103. Die Erfolgsquote der ARGE AC belief sich auf gut einen Drittel.

B.7.4 Werdegang und heutige Tätigkeit der ARGE AC

104. Aus den ausgewerteten Offertöffnungsprotokollen ist ersichtlich, dass A und C erstmals im Jahre 2010¹⁹⁷ gemeinsam als Zweier-ARGE bei Ausschreibungen des kantonalen Tiefbauamts der Bezirke 6 und 7 auftraten, damals unter der Bezeichnung ARGE [...]. Gemäss Parteiangaben wurde die ARGE [...] für ein grosses Projekt auf der Oberalpstrasse zwischen Trun und Rabius geschaffen.¹⁹⁸ Es folgten weitere gemeinsame Offerten als ARGE [...], wobei der ARGE-Grundvertrag sowie die weiteren Rahmenkonditionen jeweils beibehalten wurden.¹⁹⁹ Im ARGE-Grundvertrag sind u.a. die Erfolgsbeteiligung, die Abrechnung (Zuschläge auf die Lohnabrechnung, Leistungen für Einkauf), Organisation, Geschäftsführung und Administration geregelt.²⁰⁰ Um den internen Überblick und die Kontrolle zu behalten, schufen A und C später zudem die ARGE [...], bei der ebenfalls der Inhalt des ARGE-Grundvertrag und die weiteren Rahmenkonditionen der ARGE [...] übernommen wurde.²⁰¹ C und A tragen übereinstimmend vor, die «Wiederverwendung» einer einmal geschaffenen ARGE und auch die Beibehaltung ihrer Bezeichnung für weitere Projekte habe grosse Vorteile. Denn so müssten sie nicht bei jedem gemeinsam als BIEGE zu offerierenden Projekt einen neuen Vorvertrag und ARGE-Vertrag ver-

handeln, eine neue Mehrwertsteuernummer besorgen, eine Haftpflichtversicherung abschliessen, ein Bankkonto inklusive Unterschriften eröffnen sowie interne Eröffnungen (z.B. Kostenstellen) vornehmen.²⁰² Der administrative, zeitliche und finanzielle Aufwand könne entsprechend tief gehalten werden.²⁰³ Diese erwähnten Vorteile liegen auf der Hand und sind einleuchtend. Sowohl C als auch A sprechen in diesem Zusammenhang von den einmal gebildeten ARGE als einem (wiederverwendbaren) «Gefäss».²⁰⁴ Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich A und C eine Exklusivität bei der Bildung von Zweier-ARGE oder eine Bevorzugung bei der Wahl als ARGE-Partner zugesichert hätten.

105. Als Reaktion auf den Antrag des Sekretariats vom Februar 2019 in der Untersuchung «Bauleistungen Graubünden» (22-0457) haben C und A diese Vorgehensweise aufgegeben und weitere ARGE geschaffen, z.B. die ARGE [...], die ARGE [...] und die ARGE [...].²⁰⁵ Ob bei diesen weiteren ARGE die gleichen Konditionen gelten wie bei den ARGE [...] / ARGE [...] oder ob diese jeweils neu verhandelt werden, ist unklar geblieben.²⁰⁶ Die beiden Beteiligten haben ihre Vorgehensweise geändert, weil nach ihrer Auffassung aus dem erwähnten Antrag ersichtlich sei, dass die Wettbewerbsbehörden «Dauer-ARGE» «nicht gerne sehen» würden. C und A seien jedoch keine «Dauer-ARGE», sondern würden projektspezifisch entscheiden, ob bei einem Objekt eine gemeinsame Offerte erfolgen soll. Es solle nicht der Anschein entstehen, dass sie dauerhaft zusammenarbeiten würden, das sei nicht der Fall.²⁰⁷

106. Inhaltlich anders als bei der ARGE AB ist der Tätigkeitsbereich der ARGE AC nicht im Voraus definiert.²⁰⁸ Beide Beteiligten tragen übereinstimmend vor, dass sie jeweils unabhängig voneinander und projektspezifisch entscheiden, ob sie alleine oder als BIEGE offerieren wollen.²⁰⁹ Gemäss Parteiangaben bestehen keinerlei Abmachungen dazu, welche Projekte gemeinsam als BIEGE offeriert werden, welche Projekte überhaupt für eine gemeinsame Offerte in Frage kommen oder bei welchen Projekten eine gemeinsame Offerte von vornherein ausgeschlossen wäre.²¹⁰ Entscheidend sei stets die einzelfallbezogene Prüfung eines konkreten Projekts,

¹⁹⁶ Act. I.30, Beilage A; Act. I.31, Anhang A.

¹⁹⁷ Gemäss Act. III.5, Rz 37, war der Ursprung im Jahr 2007. Dabei könnte es sich um ein Projekt der zentralen Beschaffungsstelle des Kantons gehandelt haben, das im Bezirk 6 oder 7 lag.

¹⁹⁸ Act. III.3, Rz 338–341.

¹⁹⁹ Act. III.1, Rz 69–81; III.2, Rz 352–384, insbesondere Rz 375–378; III.3, Rz 333–337, 342–355.

²⁰⁰ Act. III.3, Rz 343 f.

²⁰¹ Act. III.3, Rz 333–337; auch Act. III.2, Rz 375 f.

²⁰² Act. III.2, Rz 358–361; III.3, Rz 76–81.

²⁰³ Act. III.3, Rz 331 f.; Act. III.1, Rz 74 f.

²⁰⁴ Vgl. etwa Act. III.3, Rz 75; Act. III.3, Rz 77.

²⁰⁵ Act. III.1, Rz 86 ff.; Act. III.3, Rz 82–85, 356–360; Act. III.5, Rz 34–41.

²⁰⁶ Vgl. Act. III.3, Rz 345–347 einerseits, Act. III.5, Rz 27–29 andererseits und schliesslich auch Act. III.2, Rz 378 und 381–384.

²⁰⁷ Act. III.1, Rz 86–93; Act. III.2, Rz 354–365, 369–378; Act. III.3, Rz 356–360.

²⁰⁸ Deutlich etwa Act. III.1, Rz 440 f.; Act. III.2, Rz 382–384.

²⁰⁹ Act. III.3, Rz 150 ff.; Act. III.5, Rz 105 ff., auch Act. III.2, Rz 356–358, 364 f.

²¹⁰ Act. III.3, Rz 150–169; Act. III.5, Rz 105–113.

welche die Beteiligten unabhängig voneinander vornehmen würden.²¹¹ Anhaltspunkte dafür, dass diese Angaben nicht zutreffen würden, liegen nicht vor. Aus den ausgewerteten kantonalen Offertöffnungsprotokollen für in den Bezirken 6 und 7 zu realisierende Strassenbauprojekte zwischen 2017 und 2019 ist immerhin ersichtlich, dass gemeinsame Angebote eher bei grösseren Projekten erfolgten. Das durchschnittliche Offertvolumen von Offerten der ARGE AC liegt deutlich über demjenigen alleiniger Offerte von A respektive C.²¹²

107. Zum Ablauf bei der einzelprojektbezogenen Prüfung und Abmachung von gemeinsam als BIEGE zu offerierenden Projekten führten C und A Folgendes aus: Zuerst prüfe jeder für sich intern, ob er ein ausgeschriebenes Projekt alleine offeriere oder ob er (aus noch zu behandelnden Gründen)²¹³ gemeinsam als BIEGE eingeben möchte.²¹⁴ Erst nach dem internen Entscheid zur BIEGE-Bildung werde Kontakt zum (möglichen) ARGE-Partner aufgenommen.²¹⁵ Die Anfrage zur BIEGE-Bildung beziehe sich stets auf ein konkretes Projekt, wobei dies auch mehrere Projekte einer Ausschreibungstranche sein könnten.²¹⁶ Während C kategorisch ausschliesst, dass bei einer Tranche letztlich bei einem anderen Projekt eine BIEGE-Offerte erfolgte als C ursprünglich beabsichtigte, räumt A ein, dass dies auch schon vorgekommen ist.²¹⁷ Sowohl C als auch A schätzen, dass die Kontaktaufnahme dabei etwa hälftig von beiden Seiten erfolgt sei.²¹⁸ Auf beiden Seiten habe der jeweils Angefragte auch schon Absagen zur BIEGE-Bildung gegeben.²¹⁹ Beide Beteiligten geben an, die Grössenordnung des Verhältnisses zwischen Zu- und Absagen nicht einschätzen zu können. A präzisiert immerhin, sicher mehr Zu- als Absagen erhalten und gegeben zu haben.²²⁰ Da beide Beteiligten Absagen, die sie erhalten oder erteilt haben, intern nicht festhalten,²²¹ lässt sich diese Grössenordnung nicht mehr rekonstruieren.

108. Bei einer erhaltenen Absage gaben sowohl A als auch C an, anschliessend im Regelfall keine alleinige Offerte eingereicht zu haben.²²² A fügte diesbezüglich weiter an, dass eine alleinige Offerte meist keinen Sinn mache, weil das Risiko zu gross sei, das Projekt mangels Ressourcen nicht ausführen zu können.²²³ Manchmal riskierten A und C aber trotz erhaltener Absage zur BIEGE-Bildung eine alleinige Offerte.²²⁴ C präzisierte dazu, dass sie dies allenfalls mache, wenn es sich um ein interessantes Projekt handle. Im Gegenzug zu dieser alleinigen Offerte müsse sie dann aber bei anderen Projekten darauf verzichten, eine Offerte einzureichen, weil sie diese nicht mehr ausführen könnte.²²⁵

B.7.5 Gründe, um als ARGE AC und nicht alleine zu offerieren

B.7.5.1 Vorgetragene Gründe

109. A respektive C entscheiden jeweils unabhängig voneinander und projektspezifisch, ob sie alleine oder als BIEGE offerieren wollen.²²⁶

110. Allgemein hält A fest, sie prüfe die ausgeschriebenen Projekte danach, ob sie interessant seien und ob A alleine offerieren könne – müssten beispielsweise drei Projekte zum gleichen Zeitpunkt ausgeführt werden, merke sie etwa an, dass sie diese zwar gerne machen

möchte, aber vermutlich nicht alle alleine ausführen könnte.²²⁷ Als Kriterien, nach denen sie entscheidet, ob sie gemeinsam mit C offerieren möchte, nennt A den Ausführungstermin (ob sie das Projekt zu dieser Zeit alleine ausführen kann), die Risikoverteilung (ob sie einen allfälligen Verlust alleine tragen kann) und die Ressourcen (ob sie zum Ausführungszeitpunkt genügend Ressourcen hat).²²⁸ Spezifisch nach den Gründen für eine Offerte als BIEGE gefragt, zählt A fehlende Ressourcen, die Risikominimierung (Aufteilung des Risikos) und die bessere Planbarkeit auf.²²⁹ Neben dem finanziellen Risiko könne in der ARGE AC auch das Risiko von zu vielen Aufträgen und entsprechenden Problemen bei der Termineinhaltung entschärft werden. Zudem sei es wichtig, bei komplexen Sachen, die über mehrere Jahre oder Etappen in einem Jahr gingen, einen Partner an der Seite zu haben, da das Ganze nicht planbar sei.²³⁰

111. Gemäss Angaben der C ziehe sie eine gemeinsame Offerte in Erwägung, wenn sie in der internen Vorprüfung der Ausschreibungen bemerke, dass sie ein konkretes Projekt nicht alleine machen könne.²³¹ Das könne sein, weil Ressourcen (Inventar, Personal) fehlen würden, wegen den Ausführungszeiten, der Konzentration von Offerteingaben und der Abgabetermine.²³² C präzisierte dies weiter, in der Ausschreibungsphase (v.a. Februar bis April) sei es sehr konzentriert. Es gebe viele Ausschreibungen auf einmal. Sie müsse sich Überlegungen zu den Zeiträumen, Kapazitäten und dem Personal machen und entscheiden, ob sie alles alleine machen könnte oder nicht. Bei Offerten auf wenige Projekte riskiere sie, zu wenig Aufträge zu haben. Wenn sie aber alles gewinne, habe sie zu viel.²³³ Erhalte sie beispielsweise ein Projekt für den Juni, könne sie dies ausführen; erhalte sie aber fünf Projekte für den Juni, könne sie diese nicht alleine ausführen.²³⁴

²¹¹ Act. III.1, Rz 445 f.; Act. III.2, Rz 356–358; Act. III.3, Rz 164–169.

²¹² ARGE AC: CHF 425'907.–, A alleine: CHF 344'637.– und C alleine: CHF 307'818.–.

²¹³ Nachfolgend Rz 109 ff.

²¹⁴ Act. III.3, Rz 115–127; Act. III.5, Rz 53–63.

²¹⁵ Act. III.3, Rz 136–139; Act. III.5, Rz 61–63 und 75 f.

²¹⁶ Act. III.3, Rz 234–239, 242–245; Act. III.5, Rz 202–246.

²¹⁷ Act. III.3, Rz 246–260; Act. III.5, Rz 229–233.

²¹⁸ Act. III.3, Rz 224–226; Act. III.5, Rz 196–198.

²¹⁹ Act. III.3, Rz 143 f., 202–204, 206, 218–221; Act. III.5, Rz 163–165, 181–183.

²²⁰ Act. III.3, Rz 202–207, 218–221; III.5, Rz 184 f., 166–169.

²²¹ Act. III.3, Rz 263 f.; Act. III.5, Rz 178–180, 193–195.

²²² Act. III.3, Rz 215–217; Act. III.5, Rz 73–84.

²²³ Act. III.5, Rz 79–81.

²²⁴ Act. III.3, Rz 215–217; Act. III.5, Rz 76 f.; Act. III.8, Rz 106–115.

²²⁵ Act. III.8, Rz 213–216.

²²⁶ Hiervor Rz 106 f.

²²⁷ Act. III.5, Rz 53–58, auch Rz 61.

²²⁸ Act. III.5, Rz 155–160.

²²⁹ Act. III.5, Rz 145 f.

²³⁰ Act. III.5, Rz 402–408.

²³¹ Act. III.3, Rz 71–73, 121–124, 127, 193 f.

²³² Act. III.3, Rz 69–71, auch Rz 193 f.

²³³ Act. III.8, Rz 28–35. Zum Risiko bei einer Konzentration auf einzelne Ausschreibungen auch Act. III.8, Rz 47–49.

²³⁴ Act. III.8, Rz 38–41. Zum Risiko, mehrere Projekte im selben Ausführungszeitraum zu erhalten und diese aufgrund der Häufung nicht mehr ausführen zu können, vgl. auch Act. III.8, Rz 68–70.

112. C ergänzte, sie habe ein internes Antragsformular, in dem ausgefüllt werden müsse, warum C das Projekt nicht alleine machen könne und eine BIEGE bilden wolle. Dieses Formular werde von der zuständigen Person und vom Geschäftsführer visitiert und in den internen Unterlagen abgelegt.²³⁵ Die Formulare führen die wichtigsten Angaben zum Projekt auf, z.B. um welches Projekt es sich handelt, den Kalkulator und das Eingabedatum, sowie vier Kriterien – 1) [...], 2) [...], 3) [...] und 4) [...] –, die mit ja oder nein angekreuzt werden können. Raum für Bemerkungen oder nähere Ausführungen zu diesen Kriterien ist im Formular nicht vorgesehen. Weiter hält das Formular den Entscheid über die BIEGE-Bildung fest, indem ein Kreuzchen gesetzt wird, und wer als ARGE-Partner angefragt wird. Auf den drei eingereichten, ausgefüllten Antragsformularen sind jeweils sowohl die Kategorie [...] als auch die Kategorie [...] angekreuzt worden. Auf einem Formular ist zudem handschriftlich festgehalten worden, [...].²³⁶ Anlässlich der Einvernahme von C wurde die Person, die diese Formulare ausgefüllt hat, zu den angekreuzten Kriterien befragt, insbesondere wie sie diese verstehe und wie sich die beiden angekreuzten Kriterien unterscheiden würden.²³⁷

B.7.5.2 Einordnung der vorgetragenen Gründe

113. Mit Blick auf das einzelne Projekt und die Unternehmensgrösse dürfte es beiden ARGE-Partnern – objektiv gesehen – möglich gewesen sein, zumindest nahezu jedes Strassenbauprojekt, für das sie in den letzten Jahren gemeinsam als ARGE AC eine Offerte eingegeben haben,²³⁸ alleine auszuführen. Diese Einschätzung stimmt mit der Angabe von C und A überein, wonach sie zuweilen bei gewissen konkreten Projekt alleine offeriert haben, nachdem ihre Anfrage zur Bildung einer BIEGE abgelehnt wurde.²³⁹ Vor allem aber wird diese Einschätzung durch die tatsächlich erfolgte Arbeitsaufteilung bei den gemeinsam akquirierten Projekten bekräftigt.²⁴⁰

114. Insbesondere C, aber auch A tragen jedoch vor, sie würden BIEGE bilden, wenn sie ein Projekt nicht alleine machen könnten.²⁴¹ Damit können sie nach dem Vorangehenden nicht eine objektive Unmöglichkeit der alleinigen Ausführung eines konkreten Projekts meinen,²⁴² denn eine solche liegt (jedenfalls in den allermeisten Fällen) im Offertzeitpunkt gerade nicht vor. Eine objektive Unmöglichkeit ist in diesem Zeitpunkt höchstens potenziell vorhanden, abhängig von zahlreichen weiteren Umständen (wie etwa anderweitigen Zuschlägen oder künftigen Verschiebungen). In diesem Zusammenhang ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass der Vertreter von C an der Einvernahme bezüglich eines konkreten Projekts eine objektive Unmöglichkeit behauptete. Beim fraglichen Projekt sollen [...] notwendig gewesen sein, wobei C nur über [...] verfüge.²⁴³ Aus der Kostenträgerrechnung dieses Projekts wird jedoch ersichtlich, dass 100 % der Personal-, Inventar- und Transportkosten auf C entfielen, A also insbesondere kein Inventar zu diesem Projekt beisteuerte.²⁴⁴ Die Behauptung von C bezüglich dieses Projekts ist demnach schlicht unzutreffend – eine objektive Unmöglichkeit lag nicht vor.

115. Den übrigen Ausführungen der beiden Beteiligten kann aber der primäre Grund für gemeinsame Offerten entnommen werden. In der intensiven Ausschreibungs-

phase während wenigen Monaten laufen zahlreiche Ausschreibungen parallel.²⁴⁵ Im Zeitpunkt, in dem C und A für ein Projekt eine Offerte einreichen müssen, wissen sie bei etlichen weiteren Projekten nicht, ob sie den Zuschlag erhalten werden oder nicht. Erhalten sie für (zu) viele Projekte mit demselben Ausführungszeitraum den Zuschlag, können sie die Arbeiten nicht ausschreibungskonform und termingerecht ausführen. Dasselbe droht, wenn zwar die geplanten Ausführungszeiträume der erhaltenen Projekte zunächst miteinander aufgehen, es später aber von aussen zu Verschiebungen kommt.²⁴⁶ Diese Sorge um mögliche Kapazitätsengpässe halten sowohl A als auch C davon ab, alle «interessanten» Projekte alleine zu offerieren. Stattdessen offerieren sie einige, meist etwas grössere²⁴⁷ Projekte gemeinsam als ARGE AC. Diese Projekte dienen alsdann als «Puffer». Beide ARGE-Partner tragen für deren Ausführung die Verantwortung und diese Projekte erlauben ihnen, die im Ausführungszeitraum vorhandenen Ressourcen optimal einzusetzen bzw. mögliche Kapazitätsengpässe im Ausführungszeitraum über gemeinsame Kapazitäten zu stemmen. Zudem helfen die gemeinsamen Projekte A und C, auf Verschiebungen zu reagieren und andere Unvorhersehbarkeiten abzufedern. Vor diesem Hintergrund ist es denn auch nachvollziehbar, wenn von der ARGE AC akquirierte Projekte teilweise von einem ARGE-Partner alleine ausgeführt werden.²⁴⁸ Dies insbesondere dann, wenn im Ausführungszeitraum beim einen ARGE-Partner Kapazitätsengpässe bestehen, beim anderen jedoch nicht.

116. Stutzig macht allerdings das Ausmass der einseitigen Ausführung gemeinsam akquirierter Projekte.²⁴⁹ Gerade in Anbetracht der Anzahl erfolgter Verschiebungen des Ausführungszeitraums²⁵⁰ sowie der weiteren Umstände ergeben sich daraus vorliegend aber noch nicht hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass gemeinsame Offerten vor allem erfolgten, um den Wettbewerbsdruck zu beseitigen, der andernfalls vom ARGE-Partner ausgegangen wäre. Hiergegen spricht weiter, dass ein Branchenkenner bei den jeweiligen Ausschreibungen stets noch mit mehreren Konkurrenzofferten,

²³⁵ Act. III.3, Rz 122–124.

²³⁶ Vgl. Anhang zur Einvernahme Act. III.8.

²³⁷ Act. III.8, Rz 71–105.

²³⁸ Gemäss den ausgewerteten Offertöffnungsprotokollen des Kantons Graubünden hatten die Projekte, bei denen die ARGE AC zwischen 2015 und Mai 2019 eine Offerte einreicht hat, im Durchschnitt eine Grösse von rund CHF 625'000.– und bloss vier Projekte überstiegen die 1-Millionen-Grenze.

²³⁹ Hiervor Rz 108.

²⁴⁰ Hiernach Rz 134 ff.

²⁴¹ Rz 110 f.

²⁴² Siehe dazu, was hierunter zu verstehen ist, Rz 122.

²⁴³ Act. III.3, Rz 415–418.

²⁴⁴ Act. I.30, Beilage C.

²⁴⁵ Siehe auch Rz 46 ff.

²⁴⁶ Rz 52, insbesondere Fn 87, wonach es bei sechs der 13 näher betrachteten Projekten, für welche die ARGE AC den Zuschlag erhalten hat, zu solchen Verschiebungen kam.

²⁴⁷ Siehe Rz 106.

²⁴⁸ Dazu Rz 134 ff.

²⁴⁹ Rz 134 ff.

²⁵⁰ Rz 52, insbesondere Fn 87, wonach es bei sechs der 13 näher betrachteten Projekten, für welche die ARGE AC den Zuschlag erhalten hat, zu solchen Verschiebungen kam.

und zwar auch grösserer Bauunternehmen, rechnen musste.²⁵¹ Würden die Begleitumstände anders liegen, könnte diese Einschätzung beim festgestellten Ausmass an einseitigen Ausführungen in der ARGE i.e.S. aber ohne Weiteres anders ausfallen.

117. Ebenfalls hellhörig macht die Angabe der Beteiligten, ausnahmsweise trotz Ablehnung ihrer Anfrage zur gemeinsamen Offerte alleine eingegeben zu haben.²⁵² In Anbetracht der Umstände, insbesondere der Gründe für eine gemeinsame Offerte, sowie der Erläuterungen erscheint jedoch nachvollziehbar, dass in solchen Fällen das als ARGE-Projekt anvisierte Projekt priorisiert und dafür bei anderen Ausschreibungen auf ein alleiniges Angebot verzichtet wurde. Anhaltspunkte dafür, dass die Anfrage erfolgte, um insbesondere den Wettbewerbsdruck durch den anvisierten ARGE-Partner zu beseitigen, bestehen nicht. Hinzu kommt, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte dazu vorliegen, bei welchen Ausschreibungen diese Konstellation vorlag, so dass weitere Abklärungen dazu fruchtlos erscheinen.

118. Nicht weiter hilfreich waren in vorliegendem Zusammenhang übrigens die erwähnten Antragsformulare von C. Durch das blosses Ankreuzen vorgedruckter (zulässiger) Kriterien für eine BIEGE-Bildung wird nicht ansatzweise dargetan, wie die Umstände damals waren, weshalb dieses und nicht jenes Kriterium angekreuzt wurde und ob das angekreuzte Kriterium für den Wunsch zur BIEGE-Bildung effektiv ausschlaggebend war. Kommt hinzu, dass die Person, die diese Formulare ausfüllte, nicht nachvollziehbar erklären konnte, worin sich die zwei jeweils angekreuzten Kriterien unterscheiden.²⁵³ Das Sekretariat kann sich daher des Eindrucks nicht erwehren, dass die Formulare primär pro forma existieren. Sofern Unternehmen BIEGE-Bildungen für eine interne Konformitätsprüfung und eine allfällige spätere Rekonstruktion dokumentieren, erschiene es wenn schon hilfreicher, wenn die zuständige Person stichwortartig in eigenen Worten ihre Überlegungen festhalten würde, weshalb und aufgrund welcher Umstände sie bei einem konkreten Projekt gemeinsam und nicht alleine offerieren wollte.

B.7.6 Offerten der ARGE AC im Vergleich zu hypothetischen Einzellofferten von C und A

B.7.6.1 Hinsichtlich der Anzahl Offerten

119. Anders als bei der ARGE AB, die auf Dauer angelegt ist und eine unbestimmte Anzahl von Projekten betrifft,²⁵⁴ geht es bei der ARGE AC um eine einzelprojektbezogene Bildungen von BIEGE. Infolgedessen interessiert hier, ob A und C bezüglich dieser einzelnen Projekte ohne Bildung einer BIEGE alleine offeriert hätten oder nicht. Dies im Unterschied zur ARGE AB, bei der das jetzige Angebotsverhalten der Beteiligten insgesamt über alle Projekte hinweg mit ihrem früheren Verhalten verglichen werden konnte.²⁵⁵

120. Damit stellt sich die Frage, wie zu ermitteln ist, ob A und C bei den einzelnen damaligen Ausschreibungsverfahren alleine, also ohne Bildung einer BIEGE, offeriert hätten oder nicht. Nachfolgend wird zunächst das hierfür anwendbare Prüfschema dargelegt (Rz 121–128), bevor der Sachverhalt im konkreten Fall in Anwendung dieses Prüfschemas festgestellt wird (Rz 129–131).

121. Beim damaligen (fehlenden) Willen der BIEGE-Partner bezüglich einer alleinigen Offertstellung handelt es sich um eine innere Tatsache. Zudem betrifft dies eine hypothetische Situation, nämlich wie sich die BIEGE-Partner verhalten hätten, wenn sie – anders als es eben gerade der Fall war – die BIEGE nicht gebildet hätten. Bloss die heutige Beteuerung der BIEGE-Partner, sie hätten damals alleine, also ohne BIEGE, kein Angebot eingereicht, kann nicht ausschlaggebend sein. Da die BIEGE-Partner erwiesenermassen im Rahmen der BIEGE eine (wenn auch gemeinsame) Offerte für das fragliche Projekt eingereicht haben, ist es angebracht, ihnen grundsätzlich ein Interesse am Erhalt des Zuschlags und an der Ausführung dieses konkreten Projekts zu unterstellen. Es ist also von einem diesbezüglichen Wettbewerbswillen auszugehen. Deshalb muss anhand der damaligen Umstände verifiziert werden, ob es überzeugend ist, dass die Partner zwar bereit und in der Lage waren, im Rahmen einer BIEGE ein gemeinsames Angebot abzugeben, von alleinigen Angeboten aber abgesehen hätten.

122. Einerseits ist nachgewiesen, dass ein Unternehmen kein eigenständiges Angebot abgegeben hätte, wenn ihm dies resp. die anschliessende Ausführung des Projekts alleine objektiv unmöglich gewesen wäre.²⁵⁶ Diese objektive Unmöglichkeit kann auf unterschiedlichen Gründen beruhen, etwa weil das Unternehmen Eignungskriterien allein nicht erfüllt, weil es bei einem Einladungsverfahren nicht eingeladen ist oder weil ihm Spezialfähigkeiten (z.B. Know-How) in einem spezifischen Bereich fehlen.²⁵⁷ Eine objektive Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn ein Unternehmen objektiv betrachtet nicht über ausreichende Ressourcen verfügt, insbesondere über das erforderliche (Fach)Personal und/oder die erforderlichen Maschinen, die notwendig sind, um das Projekt ausschreibungskonform auszuführen.²⁵⁸ Bei der Feststellung der dem Unternehmen zur Verfügung stehenden Ressourcen sind auf der einen Seite diejenigen Ressourcen nicht einzubeziehen, die aufgrund im Offertzeitpunkt bereits geschlossener Verträge resp. erhaltener Zuschläge während dem Ausführungszeitraum schon gebunden waren.²⁵⁹ Auf der anderen Seite können aber auch Ressourcen einbezogen werden, die

²⁵¹ Siehe Rz 102.

²⁵² Rz 108.

²⁵³ Vgl. Act. III.8, Rz 71–105.

²⁵⁴ Rz 69 f.; ferner Rz 174.

²⁵⁵ Siehe Rz 82 ff., ferner Rz 174.

²⁵⁶ Im Ergebnis ebenso irische Richtlinien (Fn 53), 13 f. Rz 3.5; dänische Richtlinien (Fn 53), 9; Urteil des EFTA-Gerichts E-3/16 vom 22. Dezember 2016 *Ski Taxi et al./Norwegen*, Rz 97.

²⁵⁷ Diese und weitere Beispiele nennend SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: *Dike-Kommentar KG, Zäch et al. (Hrsg.)*, 2018, Art. 5 KG N 556. Das Beispiel der Nicht-Einladung bei Einladungsverfahren nennen auch die dänischen Richtlinien (Fn 53), 13.

²⁵⁸ Dänische Richtlinien (Fn 53), 9, in denen diese Thematik unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Konkurrenzverhältnisses behandelt wird.

²⁵⁹ Dänische Richtlinien (Fn 53), 17. Wohl ebenfalls in diesem Sinne zu verstehen Vergabekontrollsenat Wien, Bescheid VKS-4093/07 vom 18. Oktober 2007. Vgl. ferner die dänischen Richtlinien (Fn 53), 18, bezüglich Ressourcen für zu erwartende, sich wiederholende Aufgaben.

tatsächlich nicht vorhanden waren. Dies, sofern vom Unternehmen realistischerweise erwartet werden durfte, dass es sich diese bei Erhalt des Zuschlags bis zur Auftragsausführung beschafft hätte.²⁶⁰ Das setzt u.a. voraus, dass eine Beschaffung überhaupt rechtzeitig möglich gewesen wäre, dafür keine allzu hohen Hürden bestanden hätten und eine solche Beschaffung betriebswirtschaftlich sinnvoll gewesen wäre.

123. Andererseits ist als erwiesen anzusehen, dass ein Unternehmen ohne BIEGE alleine offeriert hätte, wenn es dazu sowie zur Ausführung des Projekts objektiv in der Lage gewesen wäre und es keine Gründe nennt, weshalb es gleichwohl eine BIEGE gebildet hat. Dasselbe gilt erst recht, wenn erwiesen ist, dass ein Unternehmen die BIEGE bildete, um so ein für den Auftraggeber wirtschaftlich schlechteres Angebot einreichen zu können. So beispielsweise, wenn erstellt ist, dass ein Unternehmen eine BIEGE bildete, um dadurch den andernfalls vom BIEGE-Partner ausgehenden Wettbewerbsdruck zu beseitigen resp. um dank der BIEGE das Preisniveau heben zu können.

124. Weniger offensichtlich ist, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn ein Unternehmen zwar objektiv in der Lage gewesen wäre, alleine zu offerieren und das Projekt auszuführen, es aber andere Gründe als den in der vorangehenden Rz Genannten vorträgt, weshalb es von einer alleinigen Offerte abgesehen hätte.²⁶¹ Wie etwa ist zu bewerten, wenn ein Unternehmen vorbringt, im Offertzeitpunkt seien bereits zahlreiche andere Ausschreibungsverfahren am Laufen gewesen, bei denen es schon offeriert habe. Ob und gegebenenfalls bei welchen dieser hängigen Verfahren es den Zuschlag erhalten würde, habe es im Offertzeitpunkt nicht gewusst. Zusätzlich auch noch bei der fraglichen Ausschreibung alleine zu offerieren, sei ihm aufgrund dieser Ungewissheit und in Anbetracht seiner Ressourcen zu riskant gewesen, da die Gefahr zu gross geworden wäre, mehr als die ihm mögliche Anzahl Projekte zum selben Zeitpunkt ausführen zu müssen. Bei einem gemeinsamen Angebot sei die Flexibilität dank des BIEGE-Partners grösser und beide würden zusammen die Verantwortung für die ausschreibungskonforme Ausführung des Projekts tragen²⁶² – nur, aber immerhin, dieses geringere Risiko sei es bereit gewesen, auf sich zu nehmen.²⁶³

125. Das in Deutschland diesbezüglich entwickelte Prüf-schema erweist sich auch im schweizerischen Rechtsraum als sachgerecht.²⁶⁴ Unternehmen ist zuzugestehen, dass sie bei ihrem Geschäftsgebaren wirtschaftlich zweckmässige und kaufmännisch vernünftige Entscheidung treffen.²⁶⁵ Auch wenn es einem Unternehmen objektiv möglich wäre, für ein Projekt alleine zu offerieren und dieses auch auszuführen, kann es für das Unternehmen – je nach den Umständen des konkreten Falls – dennoch wirtschaftlich zweckmässig und kaufmännisch vernünftig sein, von einem eigenständigen Angebot abzu-sehen und einzig zur Abgabe eines gemeinsamen Angebots bereit zu sein.²⁶⁶ Mit anderen Worten verfügen Unternehmen über einen Entscheidungsspielraum und die daraus resultierende unternehmerische Entscheidung ist nur begrenzt einer nachträglichen behördlichen Überprüfung zugänglich.²⁶⁷ Dass Unternehmen bei Geschäftsentscheiden ein nachträglich nur beschränkt gerichtlich überprüfbarer Beurteilungsspielraum zugestan-

den wird, ist dem schweizerischen Recht nicht etwa fremd, sondern vielmehr bereits in anderem Zusammenhang unter dem Schlagwort der Business Judgment Rule bekannt.²⁶⁸ Denn es gibt ex ante nicht nur den *ei-nen* richtigen Geschäftsentscheid, sondern eine Bandbreite möglicher, geschäftsmässig vernünftiger Ent-scheide. Es wäre unangebracht, wenn letztlich eine Behörde ihre eigene, erst noch ex post vorgenommene Ermessensausübung an Stelle derjenigen des Unter-nnehmens setzen würde, welches das mit dem (ex ante zu treffenden) Geschäftsentscheid verbundene Risiko trägt.²⁶⁹

²⁶⁰ Dänische Richtlinien (Fn 53), 11 f. und 16, in denen diese Thematik unter dem Gesichtspunkt des potenziellen Konkurrenten behandelt wird.

²⁶¹ Ohne dies zu vertiefen diesfalls implizit einen Verzicht auf ein alleiniges Angebot unterstellend FRANK STÜSSI/BENDICHT LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR/DC 2015, 205–207, 206; dahingehend auch RPW 2014/1, 6 Ziff. 3.1.3, Jahresbericht der WEKO 2013; ebenfalls ohne dies zu vertiefen diesfalls implizit ein alleiniges Angebot unterstellend BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 557.

²⁶² Dies wurde vom französischen Conseil de la concurrence in seinem Urteil 05-D-24 vom 31. Mai 2005, Rz 64 f., u.a. als wesentlicher Gesichtspunkt berücksichtigt.

²⁶³ Das Beispiel ist angelehnt an den Sachverhalt, den das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss VII-Verg 17/15 vom 1. Juli 2015 zu beurteilen hatte; siehe insbesondere die dortigen Rz 23–26.

²⁶⁴ Andeutungsweise dahingehend auch Urteil des BVGer, RPW 2020/1, 347 E. 9.3.4.3, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Erne)*, in dem das BVGer die in Deutschland verwendete Terminologie aufgreift (so auch Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.7.3.5.e). Eine Anlehnung an die deutsche Praxis befürwortend Mani Reinert, zusammengefasst wiedergegeben bei CYRILL SCHÄKE, Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts, Jusletter vom 22. September 2014, Rz 21; ohne Stellungnahme ANDREA GRABER CARDINAUX/ANDREAS MASCHERER, in: Dike-Kommentar KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 6 KG N 98.

²⁶⁵ Siehe dazu etwa ULRICH IMMENGA, Bietergemeinschaften im Kartellrecht – ein Problem potentiellen Wettbewerbs, Der Betrieb 1984, 385–394, 392, bezüglich Überlegungen in der Baubranche sowie die vorangehenden Seiten bezüglich der US-amerikanischen Praxis.

²⁶⁶ Grundlegend BGH, Urteil KRB 3/83 vom 13. Dezember 1983, *Bauvorhaben Schramberg*; bestätigt etwa in BGH, Urteil KZR 3/01 vom 5. Februar 2001, *Jugendnachtfahrten*. Weitere Nachweise bei GRABER CARDINAUX/MASCHERER (Fn 264), Art. 6 KG N 97, Fn 270; JÜRGEN BENINCA/NICOLE GEBAUER, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften, WuW 2018, 451–458, 453, Fn 30–32. Wohl anders nunmehr Bundeskartellamt, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, Juli 2017, Rz 557 ff., abrufbar unter <www.bundeskartellamt.de> Über uns > Wirtschaftsbereiche > Sektoruntersuchungen > Zement und Transportbeton (zuletzt besucht am 18. November 2020); kritisch dazu BENINCA/GEBAUER, 453 ff.

²⁶⁷ Deutlich etwa Urteil des OLG Düsseldorf, Beschluss VII-Verg 35/11 vom 9. November 2011, E. 2.c.aa m.w.H.

²⁶⁸ Gemäss dieser Business Judgment Rule auferlegen sich die Gerichte bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen Zurückhaltung bei der nachträglichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf angemessener Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustandekommen sind (statt anderer BGE 139 III 24 E. 3.2). Unter diesen Voraussetzungen prüfen sie nur, ob der Entscheid in inhaltlicher Hinsicht vertretbar erscheint (statt anderer Urteil des BGE 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1).

²⁶⁹ Im Ergebnis ähnlich der französische Conseil de la concurrence in seinem Urteil 05-D-24 vom 31. Mai 2005, Rz 67. Dort wurde sogar festgehalten, dass «même si la formation de groupements n'apparaît pas la solution la plus adaptée aux problèmes soulevés (...), les éléments du dossier ne permettent pas de démontrer que la constitution des vingt-trois groupements mis en cause a eu pour objet ou a pu avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence lors des appels d'offres examinés» (Hervorhebung hinzugefügt). Wie hier ferner etwa BENINCA/GEBAUER (Fn 266), 455.

126. Konkret bedeutet diese zurückhaltende Überprüfung des Geschäftsentscheid, dass in einem ersten Schritt das Vorliegen der objektiven Umstände im Offertzeitpunkt, die gemäss Angaben des Unternehmens für den von ihm getroffenen Geschäftsentscheid massgeblich gewesen sein sollen, zu verifizieren ist. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der vom Unternehmen getroffene Geschäftsentscheid, kein alleiniges Angebot zu unterbreiten, unter Zugrundelegung der festgestellten objektiven Umstände mit Blick auf die – objektiviert zu verstehende²⁷⁰ – wirtschaftliche Zweckmässigkeit und kaufmännische Vernunft als vertretbar erscheint. Beim zuvor geschilderten Beispiel²⁷¹ wäre also zunächst zu ermitteln, bei welchen anderen Ausschreibungsverfahren das Unternehmen im Offertzeitpunkt bereits Angebote eingereicht hat, was für Projekte dies sind (benötigte Ressourcen, Auftragsvolumen, etc.) und wann die Ausführungszeiträume dieser Projekte gemäss Ausschreibungsunterlagen im Falle eines Zuschlags wären. Feststellen lassen sich ferner etwa Eigenschaften des Unternehmens wie zum Beispiel dessen Ressourcen, weiter Erfahrungswerte aus der Vergangenheit zum Verhältnis von Zuschlägen und Absagen sowie zur Häufigkeit von Projektverschiebungen und sodann auch die Eigenheiten des gemeinsam offerierten Projekts (benötigte Ressourcen, vorgesehener Ausführungszeitraum, etc.). Unter Zugrundelegung der ermittelten objektiven Umstände wäre alsdann zu prüfen, ob der Entscheid gegen ein alleiniges Angebot aus Risiko- resp. Kapazitätsüberlegungen bei dieser Ausgangslage mit Blick auf die wirtschaftliche Zweckmässigkeit und die kaufmännische Vernunft vertretbar ist, sich also in der Bandbreite geschäftsmässig vernünftiger Entscheide bewegt. Ist dies der Fall, ist als erstellt zu erachten, dass das Unternehmen kein eigenständiges Angebot unterbreitet hätte; andernfalls ist als erwiesen zu erachten, dass das Unternehmen ohne BIEGE alleine ein Angebot abgegeben hätte.

127. Schliesslich sei ein weiterer Punkt hervorgehoben, der bei der diesbezüglichen Beweiswürdigung eine Rolle spielen kann. Es ist dies die Arbeitsaufteilung bei der Projektausführung des gemeinsam akquirierten Projekts im Falle des Zuschlags. Vor allem wenn ein ARGE-Partner das gemeinsam akquirierte Projekt alleine ausgeführt hat, kann dies Gründe, die für die BIEGE-Bildung angeführt werden, in Frage stellen bzw. gar widerlegen. Denn etliche Gründe, die für die Bildung von BIEGE in Frage kommen, sind mit einer alleinigen Projektausführung nicht zu vereinbaren. So ist beispielsweise die Behauptung widerlegt, einem Unternehmen sei es wegen ungenügender Ressourcen objektiv unmöglich gewesen, das Projekt alleine zu realisieren, wenn es dies letztlich getan hat.²⁷² Durch eine alleinige Ausführung widerlegt wäre auch etwa das Vorbringen, die BIEGE sei gebildet worden, um von unterschiedlichen Spezialfähigkeiten der beiden BIEGE-Partner zu profitieren. Andere Gründe, die für die Bildung einer BIEGE in Frage kommen, sind hingegen mit einer alleinigen Projektausführung durch einen ARGE-Partner zu vereinbaren. Dies ist etwa der Fall bei «Puffer»-Projekten, also bei Kapazitäts- und Risikoüberlegungen, die im Zusammenhang mit zahlreichen parallelen Ausschreibungsverfahren mit ungewissem Ausgang angestrengt werden.²⁷³

128. Abgesehen davon stimmt eine alleinige Ausführung, zumindest im Grundsatz, auch nicht mit dem typischen Kernanliegen von ARGE überein. Dieses besteht nicht in der blossen Unterbreitung eines gemeinsamen Angebots, sondern vielmehr primär in der anschliessenden gemeinsamen Projektausführung. Bei alleiniger Ausführung gemeinsam akquirierter Projekte, vor allem wenn dies wiederholt vorkommt, wird denn auch die Gefahr augenfällig, dass ARGE als Mittel zweckentfremdet werden könnten, um Projekte zwischen den BIEGE-Partnern aufzuteilen;²⁷⁴ dass also unter dem Deckmantel ARGE in Tat und Wahrheit Submissionsabreden getroffen werden. Als Grundsatz lässt sich daher festhalten, dass eine wiederholt alleinige Ausführung gemeinsam akquirierter Projekte Anlass geben kann, diese gemeinsamen Angebote genauer zu prüfen.

129. Dieses Prüfschema ist nun im konkreten Fall anzuwenden: Eine objektive Unmöglichkeit²⁷⁵ lag jedenfalls bezüglich der allermeisten als ARGE AC offerierten Projekte nicht vor.²⁷⁶ Ebenso wenig ist erwiesen, dass die gemeinsamen Offerten erfolgt sind, um dem Auftraggeber ein wirtschaftlich schlechteres Angebot unterbreiten zu können.²⁷⁷ Der Hauptgrund für A und C, um gemeinsam als ARGE AC zu offerieren und trotz objektiv gegebener alleiniger Ausführungsmöglichkeit bezüglich eines konkreten Projekts von einer alleinigen Offerte abzusehen,²⁷⁸ lag vielmehr in einer unternehmerischen Entscheidung.²⁷⁹ Mit dem Hauptgrund von A und C ist zu vereinbaren, dass gemeinsam akquirierte Projekte teilweise von einem ARGE-Partner alleine ausgeführt worden sind; der Grund wird dadurch nicht widerlegt.²⁸⁰ Wesentliche objektive Umstände, die diesen Geschäftsentscheidungen zu Grunde lagen, wie etwa die parallelen Ausschreibungen oder die häufigen Verschiebungen der Ausführungszeiträume, sind dargetan. Die Entscheide gegen ein alleiniges Angebot erscheinen in globo mit Blick auf die wirtschaftliche Zweckmässigkeit und die kaufmännische Vernunft gerade noch vertretbar. Allerdings dürften sie sich in Anbetracht des Verhältnisses zwischen alleinigen und gemeinsamen Offerten²⁸¹ sowie vor allem der Aufteilung der Arbeitsausführung bei den

²⁷⁰ Treffend etwa IMMENGA (Fn 265), 393.

²⁷¹ Rz 124.

²⁷² Freilich vorbehaltlich massgeblicher Veränderungen zwischen dem Offert- und dem Ausführungszeitpunkt.

²⁷³ Siehe dazu Rz 115.

²⁷⁴ So ging etwa der Højesteret (Oberstes Gericht von Dänemark) von einer «restriction by object» aus in einem Fall, in dem eine Zweier-ARGE ein gemeinsames Angebot für drei einzeln offerierbare, geografische Lose unterbreitete und dabei im Voraus die Arbeitsausführung in geografischer Hinsicht zwischen den ARGE-Partnern aufteilte, wobei in den einzelnen Gebieten keine eigentliche Bündelung der Ressourcen der ARGE-Partner vorgesehen war (vgl. zu diesem Urteil und den vorinstanzlichen Svein Terje Tveit, Joint bidding: a smelly looking fish or a rockpool goby? An update from the Nordics, E.C.L.R. 2020, 335–344, 338 f.).

²⁷⁵ Dazu Rz 122.

²⁷⁶ Hiervor Rz 114.

²⁷⁷ Dazu Rz 123 und Rz 114 f. e contrario.

²⁷⁸ Hiervor Rz 115.

²⁷⁹ Dazu Rz 124 f.

²⁸⁰ Hierzu Rz 127.

²⁸¹ Dazu Act. III.5, Rz 426–438; Act. III.8, Rz 260–263.

ARGE i.e.S.²⁸² an der oberen Grenze bewegen und diese selbst bei einer bloss noch geringfügigen weiteren Intensivierung der gemeinsamen Offertätigkeit überschreiten.

130. Bei den vorgenannten Projekten, bei denen der unternehmerische Entscheid für ein gemeinsames Angebot hinsichtlich der wirtschaftlichen Zweckmässigkeit und der kaufmännischen Vernunft vertretbar ist, ist in Anwendung des dargelegten Prüfschemas davon auszugehen, dass das anfragende Unternehmen im Alleingang nicht eingegeben hätte.²⁸³ Die gemeinsame Offerte der ARGE AC hat diesfalls die Anzahl Angebote nicht reduziert, da höchstens das angefragte Unternehmen alleine eine Offerte eingereicht hätte. Sofern auch dieses alleine nicht offeriert hätte (was zu prüfen wäre), hätte die gemeinsame Offerte der BIEGE die Anzahl Angebote sogar erhöht.

131. Schliesslich ist noch auf einen Sonderfall hinzuweisen: C und A gaben an, bei Projekten, bei welchen das andere Unternehmen ihre Anfrage zur Bildung einer BIEGE ablehnte, ausnahmsweise dennoch alleine offeriert zu haben.²⁸⁴ Denkbar ist nun, dass sie ausnahmsweise ebenso vorgegangen wären bei Projekten, bei denen ihre Anfrage zur BIEGE-Bildung angenommen wurde und daher ein gemeinsames Angebot erfolgte. Sie hätten diesfalls also ausnahmsweise auch ohne Bildung einer BIEGE ein Angebot eingereicht. Damit steht aber noch nicht fest, dass die gemeinsame Offerte als BIEGE die Anzahl Angebote reduzierte. Zu prüfen bliebe, ob auch das angefragte Unternehmen alleine eingegeben hätte, ansonsten die Anzahl Angebote mit oder ohne BIEGE gleichgeblieben ist. Hinzu kommt, dass das anfragende Unternehmen ohne Bildung der BIEGE dafür regelmässig bei anderen Ausschreibungen auf alleinige Offerten hätte verzichten müssen.²⁸⁵ Bei diesen anderen Ausschreibungen hätten also weniger Offerten vorgelegen, wenn die gemeinsame Offerte nicht erfolgt wäre. Die gemeinsame Offerte der BIEGE hat demnach bei diesen anderen Ausschreibungen die Anzahl Offerten erhöht, bei der von der gemeinsamen Offerte betroffenen Ausschreibung aber womöglich reduziert. Vertieft zu werden braucht dies letztlich nicht, da keine Indizien ersichtlich sind, aus denen abgeleitet werden könnte, ob und bei welchen gemeinsamen Angeboten dieser – jedenfalls nicht ohne Weiteres unproblematische – Sonderfall vorgelegen haben könnte.

B.7.6.2 Hinsichtlich des Preises

132. Weder C noch A führten als Grund, eine gemeinsame Offerte als ARGE AC einzureichen, an, dadurch ein für den Auftraggeber wirtschaftlich besseres Angebot als bei einem Angebot alleine unterbreiten zu können.²⁸⁶ C beantwortete die Frage, ob sie anders rechne, wenn sie eine Offerte alleine rechne als wenn sie eine Offerte für die ARGE rechne, mit Nein.²⁸⁷ A hielt bloss pauschal fest, dass sie in der ARGE sehr «scharf» unterwegs seien.²⁸⁸ Näher begründet hat A dies nicht und sie hat auch nicht dargelegt, weshalb und inwiefern dies der Fall sein soll.

133. In Anbetracht der Vorbringen von A und C bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass bei den gemeinsamen Angeboten Synergien entstehen, die genutzt werden könnten. Ebenso wenig bestehen tragfähige Indizien

dafür, dass der Preis der gemeinsamen Angebote aus anderen Gründen tiefer ausgefallen ist als es derjenige der beiden hypothetischen alleinigen Angebote von A und C gewesen wäre. Es ist daher davon auszugehen, dass der von der ARGE AC für die Ausführung eines Strassenbauprojekts offerierte Preis nicht tiefer war als diejenigen, die A respektive C bei ihren jeweiligen alleinigen Angeboten offeriert hätten.

B.7.7 Aufteilung bei der Arbeitsausführung

134. A beantwortete die Frage, ob gewisse Projekte der ARGE AC ausschliesslich oder zu mehr als 95 % von einem ARGE-Partner ausgeführt worden seien, mit «Ja, definitiv».²⁸⁹ Demgegenüber beantwortete C an ihrer ersten Einvernahme die Frage, ob gewisse Projekte der ARGE AC nur von einem ARGE-Partner alleine ausgeführt worden seien, mit das könne es «öpä Gä». So etwa, wenn durch drittverursachte Verschiebungen mehrere Projekte nunmehr parallel laufen würden und die ursprünglich eingepflanzten Ressourcen anderweitig zum Einsatz kämen. Beispiele konnte die aussagende Person keine nennen.²⁹⁰ Auf Nachfrage des Rechtsvertreters, wie häufig alleinige Ausführungen durch einen ARGE-Partner seien, hielt C fest, geplant sei es immer anders und dies sei «keine seltene Ausnahme».²⁹¹ Nachdem das Sekretariat Kostenträgerrechnungen von Projekten der ARGE AC eingefordert hatte,²⁹² kam C anlässlich der zweiten Parteieinvernahme auf ihre anfängliche Aussage zurück und relativierte diese. Sie habe sich anhand der Auswertungen eines Besseren belehren lassen müssen. Die damalige Aussage aus dem Bauch heraus stimme wohl nicht ganz und der Anteil sei wohl ein bisschen anders. Es sei aber nie der Wille, dass ein ARGE-Partner zu 100 % alleine ausführe.²⁹³

135. Auch die Antworten von A und C dazu, ob eine «durchmischte» Ausführung in der ARGE AC angestrebt werde, fielen sehr unterschiedlich aus. A hielt fest, Ziel sei, dass ein Bauführer mit seinem Polier und seinen Mitarbeitern zusammenarbeite. Auf Führungsebene würden sie keine Durchmischung wollen. Bei der weiteren Belegschaft könne eine Durchmischung stattfinden, je nach Bedarf.²⁹⁴ Sie hätten ja nicht eine ARGE, um zu vermischen und gemeinsam mit fünf Mann von A und fünf Mann von C auszuführen, sondern um Risiken abzudecken und bei Engpässen einzuspringen.²⁹⁵ Demgegenüber gab C an, Ziel sei immer, ein Projekt zusammen zu machen. Durch Verschiebungen sei es teilweise nicht mehr möglich, «gemischt» zu arbeiten. Dann könne es vorkommen, dass man nicht «gemischt» arbeiten

²⁸² Hiernach Rz 134 ff.

²⁸³ Siehe Rz 126.

²⁸⁴ Rz 108.

²⁸⁵ Siehe Rz 117.

²⁸⁶ Vgl. Rz 110 f.

²⁸⁷ Act. III.8, Rz 120–122.

²⁸⁸ Act. III.5, Rz 439 f.

²⁸⁹ Act. III.5, Rz 372–375.

²⁹⁰ Act. III.3, Rz 303–312.

²⁹¹ Act. III.3, Rz 44–451.

²⁹² Dazu Rz 136.

²⁹³ Act. III.8, Rz 180–184.

²⁹⁴ Act. III.5, Rz 347–353.

²⁹⁵ Act. III.5, Rz 399–401.

könne.²⁹⁶ Konfrontiert mit der Aussage von A hielt C fest, das Effizienteste sei, wenn eine Gruppe zusammenbleibe, das sei so. Aber sie hätten eine Beteiligung von 50:50 und die aussagende Person hielt ausdrücklich an ihren ursprünglichen Ausführungen fest. Sie möchte, dass beide Partner Leistungen erbringen würden.²⁹⁷ Nach Vorhalt der Auswertung der Kostenträgerrechnungen präzisierte sie dies dahingehend, dass wenn sie im «Konzern» seien, es keinen Sinn machen würde, die Gruppen zu durchmischen.²⁹⁸ In der ARGE i.e.S. hätten sie die Pflicht, das Kostengünstigste zu machen. Eine unsinnige Durchmischung der Gruppen würde bloss Kosten verursachen. Es sei aber nicht im Vorhinein beabsichtigt, dass ein ARGE-Partner alleine die Arbeiten ausführe. Wenn die Ausführungen nicht zum selben Zeitpunkt seien, wolle C auch daran beteiligt sein.²⁹⁹

136. Die Aufteilung der Arbeitsausführung zwischen A und C lässt sich anhand der eingereichten Kostenträgerrechnungen³⁰⁰ für die Jahre 2016–2018 für jedes einzelne Projekt auswerten. Die aggregierte Auswertung für diesen Zeitraum zeigt, dass knapp ein Sechstel der als ARGE AC akquirierten Projekte bezüglich der Positionen Personal und Inventar mehr oder weniger «gemischt» ausgeführt wurden. Bei gut einem Drittel der Projekte der ARGE AC machte der Kostenanteil bezüglich Personal und Inventar des einen ARGE-Partners nur, aber immerhin, noch ein bescheidenes Ausmass aus. Rund die Hälfte der gemeinsam akquirierten Projekte wurden von einem ARGE-Partner bezüglich der Positionen Personal und Inventar alleine ausgeführt.

137. Insgesamt erfolgte die Arbeitsausführung somit häufig – in etwa der Hälfte der betrachteten Fälle – nicht gemeinsam, sondern durch einen ARGE-Partner alleine. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Ausführungen von A als stimmig und überzeugend. Nicht überzeugend sind demgegenüber die Aussagen von C – von seltenen Ausnahmen kann nicht die Rede sein. Auch wenn diese Schätzung spontan und ohne Zuhilfenahme von Unterlagen erfolgte, ist nicht glaubwürdig, dass die zuständige Person die Zusammenarbeit der letzten Jahre derart falsch einschätzte – naheliegender ist, dass es sich dabei um eine (versuchte) Schutzbehauptung handelte. Die weiteren Aussagen bestätigen dieses Bild denn auch, versuchte die befragte Person doch weiterhin zu relativieren («[...] meine damalige Aussage aus dem Bauch heraus *wohl nicht ganz stimmt* und der Anteil *wohl ein bisschen anders* ist.»).³⁰¹

138. Die Aufteilung der Arbeitsausführung ist mit Blick auf die vorgebrachten Gründe für die gemeinsamen Offerten nachvollziehbar. Sowohl C als auch A halten – wohl zu Recht – fest, dass der Einsatz einer eingespielten Gruppe effizienter ist als wenn ohne Grund Gruppen durchmischt werden. Die konkrete Arbeitsaufteilung bei den jeweiligen ARGE i.e.S. dürfte letztlich davon abhängen, wie viel freie Kapazität (insbesondere Inventar und Personal) A und C im definitiven Ausführungszeitraum zur Verfügung haben – was wiederum abhängig davon ist, wie viele Zuschläge C und A bei parallellaufenden Ausschreibungen erhalten, ob und bei welchen Projekten es zu Verschiebungen kommt und welche weiteren Unvorhersehbarkeiten eintreten. Kurzum davon, welche im Offerteingabezeitpunkt bestehenden Ungewissheiten und Risiken, z.B. bezüglich Kapazitätsengpässen, sich

letztlich realisieren und welche nicht. Wenn möglich, dürften die ARGE-Partner alsdann aus Kosten- und Effizienzgründen eher bestrebt sein, nicht «unnötigerweise» Durchmischungen von eingespielten Gruppen vorzunehmen. Erfordern die Entwicklung (etwa Kapazitätsengpässe, weil sich die Ausführungszeiträume zu vieler Projekte aufgrund von Verschiebungen oder Zuschlägen überschneiden) oder Eigenheiten eines konkreten Projekts aber eine gemeinsame Ausführung in der ARGE i.e.S., erfolgt diese selbstverständlich. Die Angabe von C, Ziel der ARGE AC sei immer, ein Projekt gemeinsam auszuführen, vermag in Anbetracht dessen nicht zu überzeugen. Allerdings bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die ARGE-Partner umgekehrt von Anfang die alleinige Ausführung durch einen bestimmten ARGE-Partner fixiert haben, also bereits vorgängig eine eigentliche Projektzuteilung unter sich vorgenommen haben.

C Erwägungen

C.1 ARGE AB

C.1.1 Geltungsbereich

139. Das KG gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten dabei sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht somit von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus; bezüglich der Adressaten der materiell-kartellrechtlichen Normen erfolgt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Deshalb gilt bei Konzernen, d.h. bei einer Zusammenfassung mehrerer juristisch selbstständiger Gesellschaften zu einer wirtschaftlichen Einheit, der Konzern in seiner Gesamtheit als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und nicht die einzelnen Konzerngesellschaften. Noch nicht höchstgerichtlich geklärt ist diesbezüglich, ob für die Zwecke des KG von einem Konzern auszugehen ist, wenn die Konzernobergesellschaft tatsächlich die Kontrolle ausübt (Leitungsprinzip), oder ob es ausreicht, wenn sie über eine solche Kontrollmöglichkeit verfügt (Kontrollprinzip).³⁰² Wie es sich damit verhält, braucht hier nicht vertieft zu werden.

140. A und B treten als Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auf.³⁰³ A ist Teil eines Konzerns, während dies bei B soweit ersichtlich nicht der Fall ist.³⁰⁴ Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sind demnach die A-Gruppe (der Konzern) sowie B. Es sind somit zwei verschiedene Unternehmen vorhanden. Der persönliche Geltungsbereich des KG ist eröffnet.

²⁹⁶ Act. III.3, Rz 321–323.

²⁹⁷ Act. III.8, Rz 133–151.

²⁹⁸ Act. III.8, Rz 188.

²⁹⁹ Act. III.8, Rz 199–202.

³⁰⁰ Act. I.30, Beilage C und Act. I.31, Anhang C.2.

³⁰¹ Act. III.8, Rz 182 f., Hervorhebung hinzugefügt.

³⁰² Siehe zu diesem Thema Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, Rz 44 ff., DCC.

³⁰³ Rz 14 f. resp. 18.

³⁰⁴ Rz 14 resp. 18.

141. In sachlicher Hinsicht findet das KG auf getroffene Wettbewerbsabreden, ausgeübte Marktmacht sowie die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen Anwendung (Art. 2 Abs. 1 KG).

142. Hier geht es einzig um Wettbewerbsabreden. Ob solche vorliegen, wird nachstehend behandelt, worauf verwiesen sei.³⁰⁵

143. In räumlicher Hinsicht ist das KG auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, unabhängig davon, ob sie im In- oder im Ausland veranlasst worden sind (Art. 2 Abs. 2 KG; sog. Auswirkungsprinzip). Eine bestimmte Intensität, die im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG zu prüfen wäre, müssen diese Auswirkungen nicht erreichen.³⁰⁶

144. In zeitlicher Hinsicht ist das geltende KG seit 1. Juli 1996 in Kraft. Insbesondere die Sanktionsnorm von Art. 49a KG ist erst später, nämlich am 1. April 2004 in Kraft getreten, wobei die diesbezügliche Übergangsbestimmung am 1. April 2005 abgelaufen ist.

145. Der zu beurteilende Sachverhalt³⁰⁷ spielt im Kanton Graubünden, wo er sich auch auswirkt, und hat seinen Ursprung im Jahr 2007. Er fällt damit in räumlicher und zeitlicher Hinsicht unter das geltende KG.

C.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

147. Dass die Normen des öffentlichen Beschaffungsrechts Wettbewerb nicht etwa ausschliessen, sondern im Gegenteil unter anderem dessen Stärkung anstreben, wurde bereits mehrfach festgehalten.³⁰⁸ Insofern wird in beiden Regelungsbereichen dasselbe Ziel verfolgt. Die Anwendbarkeit der einen Vorschriften schliesst diejenige der anderen nicht aus, vielmehr sind sie gleichzeitig anwendbar und ergänzen sich. Besonders deutlich wird das Zusammenspiel von Kartellrecht und öffentlichem Beschaffungsrecht daran, dass gemäss den jüngst revidierten Beschaffungsrechtsnormen die Beschaffungsstelle eine Anbieterin vom Verfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen kann, wenn «hinreichende Anhaltspunkte» dafür vorliegen, dass die Anbieterin «unzulässige Wettbewerbsabreden³⁰⁹ getroffen» hat.³¹⁰ Wie ARGE kartellrechtlich zu beurteilen sind, kann dementsprechend direkte Rückwirkungen auch auf die vergaberechtlichen Verfahren haben. Je nachdem könnte sich sogar die Frage stellen, ob bereits ein Angebot als ARGE ein hinreichender Anhaltspunkt für eine unzulässige Wettbewerbsabrede sein könnte.

148. Auch anderweitige Bestimmungen, die Wettbewerb nicht zulassen würden, bestehen im zu beurteilenden Tätigkeitsbereich der Unternehmen nicht. Vorbehaltene

Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind somit keine vorhanden.

149. Um Immaterialgüterrechte und sich daraus ergebende Wettbewerbswirkungen geht es hier nicht – der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG ist vorliegend ohne Belang.

C.1.3 Überblick unzulässige Wettbewerbsabreden

150. Das KG enthält keine Regeln spezifisch für ARGE. Rechtsprechung dazu, wie ARGE kartellrechtlich einzuordnen sind, besteht bislang ebenfalls nicht. Dass die Wettbewerbsbehörden bisher keine ARGE-Fälle aufgegriffen haben, liegt vor allem daran, dass dafür kein Grund bestand, erachten sie ARGE doch als typischerweise kartellrechtlich zulässig. Das hat die WEKO in der Vergangenheit denn auch verschiedentlich betont.³¹¹

151. Bei horizontalen Zweier-ARGE kommen zwei Gesellschaften überein, hinsichtlich einer bestimmten Ausschreibung ein gemeinsames Angebot zu unterbreiten. Sie verpflichten sich insofern zu einem gemeinsamen Marktauftritt. Zugleich verpflichten sie sich, in der Regel implizit (was jedoch keinen Unterschied macht³¹²), bei dieser Ausschreibung keine eigenständigen Angebote einzureichen. Diese Einschränkung der Möglichkeit einer individuellen Marktpositionierung bei der fraglichen Ausschreibung könnte auf den ersten Blick bereits für sich als Beschränkung des Wettbewerbs angesehen werden. Mit einer derartigen Betrachtungsweise würde aber der Komplexität dieser Kooperationsform sowie der Vielzahl verschiedener Konstellationen, in denen ARGE gebildet werden, zu wenig Rechnung getragen. In allgemeiner Hinsicht lässt sich nämlich feststellen, dass offene horizontale Zweier-ARGE einerseits positiv und andererseits negativ für den Wettbewerb sein können. Positiv können solche ARGE etwa sein, indem sie überhaupt erst zu einem Angebot führen oder zu einem besseren Angebot als es die alleinigen Angebote gewesen wären. Negativ können solche ARGE etwa sein, wenn damit ein Konkurrenzangebot unterbunden werden soll oder wenn im Rahmen ihrer Bildung unnötigerweise strategisch wichtige, geheime Informationen (z.B. hinsichtlich dem Interesse oder Desinteresse bei anderen Ausschreibungen)

³⁰⁵ Rz 150 ff.

³⁰⁶ Zusammenfassend BGE 143 II 297 E. 3.7.

³⁰⁷ Siehe Rz 65 ff.

³⁰⁸ Statt anderer Urteil des BVGer, RPW 2020/1, 297 f. E. 4 m.w.H., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Erne)*.

³⁰⁹ Dass in den beschaffungsrechtlichen Erlassen mit «unzulässigen Wettbewerbsabreden» unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss KG gemeint sind, zeigt die Botschaft, in der in diesem Zusammenhang auf WEKO-Verfahren hingewiesen wird (Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 1851, 1963).

³¹⁰ Art. 44 Abs. 2 Bst. b des revidierten Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 641), das auf 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt wird. Gleichlautend Art. 44 Abs. 2 Bst. b der revidierten Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).

³¹¹ Siehe etwa WEKO, RPW 2014/1, 5, Ziff. 3.1.3.

³¹² So bereits 1984 IMMENGA (Fn 265), 386.

ausgetauscht werden. Aufgrund der Ambivalenz von ARGE³¹³ kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche Kooperation an sich generell den Wettbewerb beschränkt resp. hinreichend beeinträchtigt. Vielmehr besteht Einigkeit darüber, dass ARGE oftmals prokompetitiv und kartellrechtlich nicht zu beanstanden sind.³¹⁴

152. Vereinfachend lässt sich die allgemeingültige kartellrechtliche Regelung von Kooperationen zwischen Unternehmen und damit auch von (Dauer-)ARGE und deren (Un)Zulässigkeit wie folgt darstellen: Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was im KG unter einer Wettbewerbsabrede zu verstehen ist. Ist eine Kooperation zwischen Unternehmen nicht als Wettbewerbsabrede im Sinne des KG zu qualifizieren, hat es damit sein Bewenden. Liegt hingegen eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG vor, regelt Art. 5 KG, unter welchen Voraussetzungen diese unzulässig ist. Den Grundsatz hält Art. 5 Abs. 1 KG fest: Eine Wettbewerbsabrede ist zum einen unzulässig, wenn sie den wirksamen Wettbewerb beseitigt, wobei das Gesetz bei bestimmten Abredegegenständen eine solche Beseitigung vermutet (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG). Eine Wettbewerbsabrede ist zum anderen unzulässig, wenn sie den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Art. 5 Abs. 2 KG befasst sich näher mit diesen Effizienzgründen. Erachten die Wettbewerbsbehörden eine Wettbewerbsabrede als unzulässig, kann der Bundesrat sie auf Antrag der Beteiligten zulassen, sollte dies für die Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen ausnahmsweise erforderlich sein (Art. 8 KG).

C.1.4 ARGE AB als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

153. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG definiert sich daher durch drei Tatbestandsmerkmale: (1) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von (2) mindestens zwei Unternehmen, das (3) eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

C.1.4.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

154. Eine Variante des vom KG erfassten bewussten und gewollten Zusammenwirkens sind Vereinbarungen. Diese kommen durch Konsens zustande, also durch gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR³¹⁵). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich oder konkludent erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR), wobei unter gewissen Umständen sogar ein Stillschweigen als zustimmende Erklärung zu deuten ist (vgl. Art. 6 OR). Das Vorliegen eines natürlichen Konsenses (auch: tatsächlicher Konsens) ist eine Tatfrage.³¹⁶

155. Gemäss Sachverhaltsfeststellung einigten sich A und B darüber, bei allen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten im Bezirk 4 und zudem bei im Einzelfall zu bestimmenden Projekten von Gemeinden oder Anfragen Privater, insbesondere Subunternehmeranfragen

von anderen Unternehmen, gemeinsam als ARGE AB zu offerieren.³¹⁷ A und B haben damit bewusst und gewollt zusammengewirkt. Das erste Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist demnach erfüllt.

C.1.4.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

156. Bereits das bewusste und gewollte Zusammenwirken setzt begriffsnotwendigerweise voraus, dass eine Mehrzahl von (natürlichen oder juristischen) Personen beteiligt ist. Das Tatbestandsmerkmal der Mehrzahl von beteiligten Unternehmen ist trotzdem nicht obsolet. Seine Berechtigung findet es in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die im KG herrscht: Ein Konzern, der sich definitionsgemäss aus mehreren juristischen Personen zusammensetzt, ist in seiner Gesamtheit als ein einziges Unternehmen im Sinne des KG zu betrachten.³¹⁸ Entsprechend sind an ausschliesslich konzerninternen Vereinbarungen zwar mehrere Gesellschaften, also mehrere juristische Personen, beteiligt, jedoch nur ein einziges Unternehmen im Sinne des KG. Mangels einer Mehrzahl beteiligter Unternehmen handelt es sich bei ausschliesslich konzerninternen Vereinbarungen nicht um Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG.

157. Ob die beteiligten Unternehmen auf derselben oder unterschiedlichen Marktstufen tätig sind, ist bezüglich dieses Tatbestandsmerkmals einerlei. Gemäss ausdrücklichem Wortlaut des Gesetzes erfasst die Definition von Art. 4 Abs. 1 KG jedwelche Konstellationen.³¹⁹

³¹³ Von ambivalenten Auswirkungen sprechen etwa BENINCA/GEBAUER (Fn 266), 451.

³¹⁴ WEKO, RPW 2014/1, 5, Ziff. 3.1.3; «ARGE sind und bleiben grundsätzlich kartellrechtlich unproblematisch» und «Viele Gründe, weshalb ARGE gebildet werden, sind kartellrechtlich unbedenklich». BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 549 (Hervorhebung hinzugefügt): «Grundsätzlich besteht Einigkeit darüber, dass sowohl Arbeits- als auch Einkaufsgemeinschaften häufig prokompetitiv wirken (...)». MICHAEL TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht: wie die Dinge stehen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2019, 213–227, 224 (Hervorhebung hinzugefügt): «ARGE beleben *in der Regel* den Wettbewerb (...)». ANDREAS HEINEMANN/FRANK STÜSSI, Submissionskartelle, in: Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Boillet et al. (Hrsg.), 2020, 633–660, 645 (Hervorhebung hinzugefügt): «BIEGE und ARGE ermöglichen es Unternehmen *oftmals* erst, überhaupt für eine Beschaffung offerieren und ein Projekt ausführen zu können. Sie fördern damit regelmässig den Wettbewerb (...)». Vgl. ferner FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, Über-/Unterpreisofferten im Umfeld von Arbeitsgemeinschaften, Jusletter 11. November 2013, Rz 68. Auch etwa Konkurrenz- OG Forbrugerstyrelsen (Fn 53), 4 (Hervorhebung hinzugefügt): «Many consortia agreements will therefore be beneficial for competition». Weiter etwa, primär aus vergaberechtlicher Sicht, MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, Rz 1471 f.

³¹⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

³¹⁶ Statt anderer Urteil des BGER 4A_659/2017 vom 18. Mai 2018, E. 4.1 m.w.H. Beim Vorliegen eines normativen Konsenses handelt es sich demgegenüber um eine Rechtsfrage.

³¹⁷ Rz 69 f.

³¹⁸ Hiervor Rz 139.

³¹⁹ So auch Urteil des BVGer, RPW 2016/4, 1133 Rz 299.

158. Bei A (resp. der A-Gruppe, zu der A gehört) und B handelt es sich um zwei unterschiedliche Unternehmen.³²⁰ Am bewussten und gewollten Zusammenwirken ist damit eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt. Das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist ebenfalls erfüllt.

C.1.4.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

159. Als drittes Tatbestandsmerkmal muss das bewusste und gewollte Zusammenwirken mehrerer Unternehmen «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Es ist dasjenige Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG, das für ARGE die grösste Bedeutung hat. Die WEKO hat bereits festgehalten, dass ARGE typischerweise keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, dieses Tatbestandsmerkmal typischerweise also nicht erfüllen.³²¹ Dies ist nachfolgend etwas zu vertiefen.

160. In der Botschaft wird dieses Tatbestandsmerkmal nicht erörtert.³²² Eine dahingehende Voraussetzung ist aber auch dem Recht der Europäischen Union bekannt. In Art. 101 Abs. 1 AEUV³²³ ist von «Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs (...) bezwecken oder bewirken» die Rede. Diese Voraussetzung wird, trotz etwas anderem Wortlaut, als mit derjenigen im schweizerischen KG übereinstimmend betrachtet.³²⁴ In der Tat ist naheliegend, dass sich der schweizerische Gesetzgeber bei diesem Tatbestandsmerkmal eng am europäischen Recht orientiert hat. Einerseits hält er ausdrücklich fest, sich in gewissen Bereichen an die Vorgaben des europäischen Rechts angelehnt zu haben.³²⁵ Und andererseits wäre unverständlich, wie er der Auffassung sein konnte, in der Botschaft auf jegliche Erläuterung dieses Tatbestandsmerkmals verzichten zu können, wenn es nicht bereits aus dem europäischen Recht bekannt wäre. Es ist daher angebracht, die Interpretation, welche diese Voraussetzung bei Art. 101 Abs. 1 AEUV erfährt, bei der Auslegung des schweizerischen Pendanten zu berücksichtigen.³²⁶

C.1.4.3.1. Wettbewerbsbeschränkung

161. Leitbild des gesamten KG ist der wirksame Wettbewerb.³²⁷ Mit «Wettbewerbsbeschränkung» ist daher – leicht verkürzt – die Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs gemeint.³²⁸

162. Was unter einer Beschränkung zu verstehen ist, veranschaulicht die Aufzählung im europäischen Recht «Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung» – es ist dies eine negative, d.h. nachteilige Einwirkung.³²⁹ Vereinfacht ausgedrückt liegt eine Beschränkung vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt».³³⁰

163. Schwieriger positiv greifbar zu machen ist demgegenüber der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs», um dessen Beschränkung es geht. Ersatzweise werden daher negativ Situationen beschrieben, die mit wirksamem Wettbewerb grundsätzlich nicht zu vereinbaren sind. Das BGER umschreibt dies beispielsweise damit, dass «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt

wird».³³¹ Gemein ist derartigen negativen Umschreibungen, dass sie auf Einschränkungen der eigenständigen Marktpositionierung von Wettbewerbsteilnehmern – und zwar regelmässig der zusammenwirkenden Unternehmen selbst – fokussieren, die sich aus dem bewussten und gewollten Zusammenwirken ergeben. Diese «negative» Herangehensweise ist insofern zutreffend, als dass mit einer solchen Einschränkung der eigenständigen Marktpositionierung in der Regel auch eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einhergeht.³³²

164. Allerdings wäre es unzutreffend, daraus abzuleiten, die Einschränkung der Handlungsfreiheit bezüglich Wettbewerbsparametern stelle bereits für sich stets eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs dar.³³³ Mit einer solchen Gleichsetzung würde auch übergangen, dass es bei Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG nicht darum geht, die Abredeteilnehmer vor sich selbst zu schützen,³³⁴ namentlich vor einem von ihnen selbst gewählten Verzicht auf eigenständige Marktpositionierung. Vielmehr geht es darum, die übrigen Wettbewerbsteilnehmer von der damit in der Regel einhergehenden Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs zu bewahren. Die Prüfung, ob Wettbewerbsteilnehmer durch ein Zusammenwirken in ihrer eigenständigen Marktpositionierung eingeschränkt werden, ist also nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, um eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs ausmachen zu können. Wird durch ein Zusammenwirken zwar die Möglichkeit der eigenständigen Marktpositionierung der Abredeteilnehmer eingeschränkt, führt dies aber im konkreten Fall

³²⁰ Rz 140.

³²¹ WEKO, RPW 2014/1, 5, Ziff. 3.1.3, *Jahresbericht der WEKO 2013*.

³²² Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 468, 544 ff., Ziff. 224.1 e contrario.

³²³ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

³²⁴ BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 15; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N 7.

³²⁵ Botschaft KG (Fn 322), 471, Übersicht, und 531, Ziff. 17.

³²⁶ So bereits RPW 2019/3a, 954 Rz 2276, *Badezimmer*; RPW 2011/4, 583 f. Rz 388, *Ascopa*; beide bezüglich der Begriffe «bezwecken» und «bewirken».

³²⁷ Botschaft KG (Fn 322), 511, Ziff. 143.3. Ferner etwa BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 114 m.w.H.

³²⁸ In dem Sinne auch etwa THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 45.

³²⁹ «Nachteilige Einwirkung» wird auch vom BVGer zur Umschreibung verwendet, vgl. Urteil des BVGer, RPW 2016/4, 1134 Rz 301, *Hallenstadion*.

³³⁰ So die Formulierung von BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 119 und 130.

³³¹ BGE 129 II 18 E. 5.1. Vgl. auch etwa Urteil des BVGer, RPW 2016/4, 1134 Rz 301, *Hallenstadion*.

³³² Vgl. auch die Beratung des Sekretariats in RPW 2018/4, 722 Rz 31, *SBB, SOB und Thurbo*.

³³³ So aber OLIVIER SCHALLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, *Die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) im Schweizer Kartellrecht*, in: *Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel, Amstutz et al.* (Hrsg.), 2014, 175–200, 182–184; womöglich auch NYDEGGER/NADIG (Fn 328), Art. 4 Abs. 1 KG N 50. Zutreffend hingegen BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 124; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, Rz 351.

³³⁴ Anders etwa als z.B. bei Art. 21 OR oder Art. 27 ZGB.

nicht zugleich auch zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs, so liegt letztlich keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.³³⁵

165. Da mit Einschränkungen der Handlungsfreiheit bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter in der Regel eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einhergeht, ist aber nicht leichthin von einem Auseinanderfallen dieser beiden Punkte auszugehen. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist bei Art. 4 Abs. 1 KG deshalb nur, aber immerhin, dann zu verneinen, wenn ein solches Auseinanderfallen offenkundig ist, d.h., wenn der wirksame Wettbewerb trotz Einschränkung der Möglichkeit einer eigenständigen Marktpositionierung offensichtlich nicht beschränkt ist.³³⁶ Die Wettbewerbsbehörden gingen in ihrer bisherigen Praxis im Ergebnis ebenfalls bereits in diesem Sinne vor.³³⁷

C.1.4.3.2. Bezwecken oder Bewirken

166. Wie bereits der Gesetzestext mit dem Wort «oder» zum Ausdruck bringt, sind «bezwecken» resp. «bewirken» Alternativen.³³⁸ Sie stimmen wörtlich mit der Regelung im europäischen Recht überein. Es ist angebracht, das dortige Verständnis bei der Auslegung zu berücksichtigen, zumal eine reichhaltige Praxis dazu besteht und die Begriffe in Leitlinien³³⁹ näher erörtert werden.

167. Das «Bezwecken» ist objektiv zu verstehen, also nicht anhand der Ansichten oder Absichten der beteiligten Unternehmen.³⁴⁰ Ein Zusammenwirken «bezweckt» eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn es bereits von seiner Natur her als schädlich für den wirksamen Wettbewerb angesehen werden kann, ohne dass hierfür noch die tatsächlichen Auswirkungen in Betracht gezogen werden müssten.³⁴¹ Mit anderen Worten muss dem fraglichen Zusammenwirken ein ausreichend grosses Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb immanent sein.³⁴² Um dieses Potenzial zu beurteilen, sind eine Reihe von Faktoren relevant:³⁴³ Zuvorderst sind dies der Inhalt des Zusammenwirkens und die damit verfolgten Ziele. Des Weiteren sind die wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge von Relevanz, in dem das Ganze eingebettet ist.³⁴⁴ Sofern nachweisbar, stellt die subjektive Absicht der Abredeteilnehmer, mit ihrem Zusammenwirken den Wettbewerb beschränken zu wollen, ein gewichtiges Indiz für ein «Bezwecken» dar.³⁴⁵ Denn es kann davon ausgegangen werden, dass sie als Branchenkenner ein für die Verfolgung ihrer Absicht taugliches Mittel wählen. Weiter sind auch bisherige Erfahrungen bei dieser Beurteilung einzubeziehen. Nebst bereits beurteilten Fällen gehören dazu auch Kodifizierungen von Erfahrungen und Erkenntnissen in Normen.³⁴⁶ Deshalb ist beispielsweise bei einem unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Zusammenwirken in der Regel von einem «Bezwecken» auszugehen; das gilt jedenfalls für typische Kernbeschränkungen.³⁴⁷ Submissionsabreden etwa, d.h., wenn Abredeteilnehmer übereinkommen, wer von ihnen bei einer Ausschreibung den Zuschlag erhalten soll und sie hierfür ihr Angebotsverhalten und ihre Angebotspreise aufeinander abstimmen, sind typische Kernbeschränkungen und bezwecken dementsprechend eine Wettbewerbsbeschränkung.³⁴⁸

168. Das «Bewirken» einer Wettbewerbsbeschränkung ist anhand der tatsächlichen und erwarteten künftigen

Auswirkungen zu beurteilen, die das Zusammenwirken im konkreten Fall zeitigt.³⁴⁹ Zwischen dem Zusammenwirken und der Wettbewerbsbeschränkung muss dabei ein Kausalzusammenhang bestehen.³⁵⁰

C.1.4.3.3. Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung durch BIEGE primär anhand der Anzahl Angebote

169. Bei BIEGE verpflichten sich die Partner zu einem gemeinsamen Angebot. Damit verzichten sie (meist implizit) gleichzeitig darauf, eigenständige Angebote oder Angebote mit anderen Unternehmen abzugeben. Bezüglich der betroffenen Ausschreibung verzichten die BIEGE-Partner somit auf einen eigenständigen Marktauftritt. Allein aufgrund dessen steht bei BIEGE allerdings noch nicht fest, dass sie den wirksamen Wettbewerb beschränken und folglich eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.³⁵¹ Der wirksame Wettbewerb wird durch eine BIEGE nämlich trotz Einschränkung der eigenständigen Marktpositionierung offensichtlich nicht beschränkt, wenn zwischen der Wettbewerbssituation mit BIEGE und derjenigen ohne BIEGE kein «Minus»³⁵² besteht. Wie es sich damit

³³⁵ A.A. ZACH (Fn 333), Rz 350–354.

³³⁶ Im Ergebnis ebenso BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 130. Ferner auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 324), Art. 4 Abs. 1 KG N 72, wobei diese Autoren allenfalls eine noch weitergehende Berücksichtigung prokompetitiver Aspekte bei Art. 4 Abs. 1 KG befürworten.

³³⁷ Für eine Übersicht vgl. BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 129.

³³⁸ Statt aller RPW 2019/3a, 954 Rz 2276, *Badezimmer*.

³³⁹ V.a. in den Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08) [Allgemeine Leitlinien] und spezifisch bezogen auf bestimmte horizontale Kooperationen in den Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2011/C 11/01) [Horizontal-Leitlinien].

³⁴⁰ Statt anderer RPW 2019/3a, 954 Rz 2278 f. m.w.H., *Badezimmer*; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 138 m.w.H.

³⁴¹ Statt anderer etwa Urteil des EuGH C-228/18 vom 2. April 2020 *Gazdasági Versenyhivatal/ Budapest Bank Nyrt. et al.*, Rz 37 m.w.H.

³⁴² Allgemeine Leitlinien (Fn 339), Rz. 21.

³⁴³ Siehe dazu auch etwa Urteil des EFTA-Gerichts E-3/16 vom 22. Dezember 2016 *Ski Taxi et al./ Norwegen*, Rz 56–66.

³⁴⁴ Urteil des EuGH C-307/18 vom 30. Januar 2020 *Generics et al./Competition and Markets Authority*, Rz 67 m.w.H.; Allgemeine Leitlinien (Fn 339), Rz 22.

³⁴⁵ Urteil des EuGH C-228/18 vom 2. April 2020 *Gazdasági Versenyhivatal/ Budapest Bank Nyrt. et al.*, Rz 53 m.w.H.; Allgemeine Leitlinien (Fn 339), Rz 22 in fine.

³⁴⁶ Allgemeine Leitlinien (Fn 339), Rz 23.

³⁴⁷ Zu einschränkend AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 324), Art. 4 Abs. 1 KG N 80, die dies nur in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 KG festhalten (nicht auch bezüglich Art. 5 Abs. 4 KG), wenn zudem noch die Vermutung nicht widerlegt ist. Zu weitgehend NYDEGGER/NADIG (Fn 328), Art. 4 Abs. 1 KG N 72; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 139, die dies als Automatismus verstehen. Für typische Kernbeschränkungen mag ein solcher Rückschluss zwar zutreffend sein, nicht aber für sämtliche unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallende Kooperationen.

³⁴⁸ RPW 2019/2, 444 Rz 591 und 455 Rz 670, *Engadin I*.

³⁴⁹ RPW 2019/3a, 954 Rz 2277 m.w.H., *Badezimmer*; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 4 Abs. 1 KG N 142 f.; Allgemeine Leitlinien (Fn 339), Rz 24.

³⁵⁰ Statt anderer Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.10, *Baubeschläge Paul Koch AG*.

³⁵¹ RPW 2014/1, 5 Ziff. 3.1.3, *Jahresbericht der WEKO 2013*; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 556; STÜSSI/LÜTHI (Fn 261), 206 m.w.H. A.A. SCHALLER/KRAUSKOPF (Fn 333), 182 f.

³⁵² Vgl. zur Herkunft dieses Begriffs Rz 162.

verhält, lässt sich primär daran festmachen, wie die BIEGE die Anzahl Angebote bei der betroffenen Ausschreibung beeinflusst, wobei ergänzend auch die Qualität der Offerten zu berücksichtigen ist.³⁵³

170. Kein «Minus» im Vergleich zur Situation ohne BIEGE liegt insbesondere dann vor, wenn die BIEGE die Anzahl Angebote erhöht;³⁵⁴ diesfalls liegt sogar ein «Plus» vor. Bei den hier betrachteten horizontalen Zweier-ARGE bedeutet dies, dass der Wettbewerb offensichtlich nicht beschränkt wird, wenn dank der BIEGE ein Angebot unterbreitet wird, während ohne BIEGE keine Angebote der beiden beteiligten Unternehmen eingegangen wären. Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung von Art. 4 Abs. 1 KG ist diesfalls nicht erfüllt.

171. Mit Blick auf die Anzahl Angebote ebenfalls kein «Minus» im Vergleich zur Situation ohne BIEGE liegt vor, wenn die Bildung der BIEGE die Anzahl Angebote unverändert lässt. Bei den hier betrachteten horizontalen Zweier-ARGE ist dies der Fall, wenn ein BIEGE-Partner auch ohne BIEGE alleine ein Angebot eingereicht hätte, der andere BIEGE-Partner hingegen nicht. Bei gleichbleibender Anzahl Angebote verhält sich das Zusammenwirken mit Bezug auf den wirksamen Wettbewerb üblicherweise zumindest neutral. Bloss ausnahmsweise verhält es sich anders, nämlich vor allem dann, wenn die Offerte der BIEGE für den Auftraggeber wirtschaftlich schlechter ist als es die alleinige Offerte gewesen wäre.³⁵⁵ Bei unveränderter Anzahl Angebote liegt somit im Regelfall keine Wettbewerbsbeschränkung vor und das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist nicht erfüllt.³⁵⁶

172. Mit Blick auf die Anzahl Angebote liegt demgegenüber ein «Minus» im Vergleich zur Situation ohne BIEGE vor, wenn die Bildung der BIEGE die Anzahl Angebote reduziert. Bei den hier betrachteten horizontalen Zweier-ARGE ist dies der Fall, wenn beide BIEGE-Partner auch ohne BIEGE alleine je ein Angebot eingereicht hätten. In der Regel wird diesfalls der wirksame Wettbewerb beschränkt und das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt.

173. In der Lehre umstritten ist, ob trotz reduzierter Anzahl von Angeboten von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist, wenn das gemeinsame Angebot für den Auftraggeber wirtschaftlich besser ist als es die je alleinigen Angebote der BIEGE-Partner gewesen wären.³⁵⁷ Nominell – also hinsichtlich der Anzahl Angebote – wird der Wettbewerb diesfalls zwar beschränkt, materiell – also hinsichtlich der Qualität der Angebote – hingegen gestärkt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei öffentlichen Ausschreibungen jeweils das für den Auftraggeber wirtschaftlich beste («vorteilhafteste») Angebot den Zuschlag erhält und die übrigen Angebote Absagen erhalten. Anders gewendet ist der Wettbewerbsdruck grösser, der von einem einzigen, für den Auftraggeber wirtschaftlich sehr guten Angebot ausgeht, als derjenige von zehn mittelmässigen Angeboten. Im Einklang mit den vorangegangenen Ausführungen³⁵⁸ ist bei dieser Konstellation eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nur, aber immerhin dann zu verneinen, wenn das gemeinsame Angebot als BIEGE für den Auftraggeber offenkundig wirtschaftlich besser

(«vorteilhafter») ist als es die je alleinigen Angebote gewesen wären. Das kann etwa der Fall sein, wenn die lokalen Zweigniederlassungen zweier Unternehmen eine BIEGE bilden, um für ein arbeitsintensives Projekt zu bieten, dass sie je alleine nicht mit ihren vor Ort beschäftigten Mitarbeitenden realisieren könnten, wohl aber unter Beizug von zusätzlichen Mitarbeitenden von anderen, weit entfernten Zweigniederlassungen ihres Unternehmens. Durch die Zusammenlegung der vor Ort beschäftigten Mitarbeitenden beider Zweigniederlassungen im Rahmen des gemeinsamen Angebots lassen sich die Personalkosten, die bei diesem Projekt einen massgeblichen Kostenpunkt darstellen, im Vergleich zu den je alleinigen Angeboten offenkundig erheblich reduzieren.³⁵⁹ Schlägt sich diese Kostenreduktion im Offertpreis der BIEGE nieder, liegt dank der offenkundigen materiellen Stärkung des wirksamen Wettbewerbs trotz nomineller Reduktion der Anzahl Angebote keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Ist das Angebot der BIEGE jedoch nicht derart offenkundig wirtschaftlich besser für den Auftraggeber als es die je alleinigen Angebote wären, ist vom Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen und das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt. Die (nicht offenkundige) Verbesserung des Angebots ist allerdings anschliessend bei der Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu beachten.

174. Die ARGE AB ist auf Dauer angelegt und betrifft eine unbestimmte Anzahl von Projekten. Wie sie sich auf die Anzahl Angebote auswirkte, interessiert deshalb weniger bezüglich eines einzelnen Projekts, sondern vielmehr primär hinsichtlich der Gesamtheit der von ihr erfassten Projekte. Da im hier interessierenden Bezirk 4 des Kantons Graubünden während einer gewissen Zeit Angebote von BIEGE bei Projekten mit einem Beschaffungsvolumen von weniger als CHF 500'000.– nicht gestattet waren, kann das damalige alleinige Verhalten der Beteiligten festgestellt und Rückschlüsse daraus gezogen werden.³⁶⁰ Im Sachverhaltsteil wird insbesondere gestützt darauf festgehalten, dass die gemeinsame Offerttätigkeit im Rahmen der ARGE AB die Anzahl Angebote im Vergleich zur hypothetischen Situation ohne

³⁵³ Vgl. Rz 171 und 173.

³⁵⁴ RPW 2014/1, 5 Ziff. 3.1.3, *Jahresbericht der WEKO 2013*; RPW 2013/4, 528 Rz 12 Fn 15, *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich*.

³⁵⁵ Ebenso CHRISTIAN KOENIG/JÜRGEN KÜHLING/CHRISTOPH MÜLLER, *Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot*, WuW 2005, 126–136, 136, die als Beispiel Abschottungsprobleme gegenüber Dritten nennen. Eine solche Ausnahmesituation ist bei horizontalen Zweier-ARGE vor allem dann denkbar, wenn dasjenige Unternehmen zur Bildung der BIEGE anfragt, das auch ohne BIEGE offerieren würde, und es ihm nur darum geht, mit der BIEGE den von ihm wahrgenommenen Wettbewerbsdruck seitens des angefragten Unternehmens zu beseitigen.

³⁵⁶ In dem Sinne auch STÜSSI/LÜTHI (Fn 261), 206; KOENIG/KÜHLING/MÜLLER (Fn 355), 135; ohne Stellungnahme zu der Situation BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 553 ff. e contrario.

³⁵⁷ Diesfalls eine Wettbewerbsbeschränkung befürwortend BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 557; verneinend hingegen STÜSSI/LÜTHI (Fn 261), 206; MANI REINERT, *zusammengefasst wieder gegeben bei SCHÄKE* (Fn 264), Rz 20.

³⁵⁸ Rz 161 ff.

³⁵⁹ Das Beispiel ist angelehnt an den Sachverhalt, der dem BGH in seinem Urteil KRB 3/83 vom 13. Dezember 1983, *Bauvorhaben Schramberg*, zur Beurteilung vorlag.

³⁶⁰ Siehe insbesondere Rz 83.

ARGE reduziert.³⁶¹ In nomineller Hinsicht, d.h. bezüglich der Anzahl Offerten, hat die ARGE AB also den Wettbewerb verringert. Die ARGE-Partner haben demzufolge gemeinsam Projekte akquiriert, für die sie auch je alleine offeriert hätten, und bei Zuschlagserhalt haben sie die Ausführung dieser Projekte unter sich aufgeteilt. Dabei handelt es sich um eine Art von Marktaufteilung zwischen den ARGE-Partnern. Dass die Angebote der ARGE AB für den Auftraggeber wirtschaftlich besser («vorteilhafter») waren als es je alleinige Angebote der beteiligten Unternehmen gewesen wären, liegt nicht ohne Weiteres auf der Hand, sondern bedurfte vertiefter Abklärungen.³⁶² Dass die ARGE AB den Wettbewerb trotz nomineller Reduktion der Anzahl Angebote materiell gestärkt hat, ist somit nicht offenkundig. Die ARGE AB hat in Anbetracht dessen – objektiv betrachtet – eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist demnach bei der ARGE AB ebenfalls erfüllt.

C.1.4.4 Fazit

175. Die ARGE AB erfüllt nach dem Gesagten alle drei Tatbestandsmerkmale von Art. 4 Abs. 1 KG. Sie ist somit als Wettbewerbsabrede im Sinne des KG zu qualifizieren. Zu beurteilen bleibt, ob diese kartellrechtlich zulässig ist oder nicht.

C.1.5 Zulässigkeit resp. Unzulässigkeit der ARGE AB nach Art. 5 KG

C.1.5.1 Vorliegen eines Vermutungstatbestands (Art. 5 Abs. 3 KG)

176. Für drei Typen von horizontalen Wettbewerbsabreden vermutet Art. 5 Abs. 3 KG, dass durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Um horizontale Wettbewerbsabreden handelt es sich, wenn diese zwischen Unternehmen getroffen werden, die aktuell oder potenziell miteinander im Wettbewerb stehen, die also auf derselben Marktstufe (potenziell) aktiv sind. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG greift diese Vermutung für Wettbewerbsabreden «über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen». Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG greift sie ferner bei Wettbewerbsabreden «über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern».

177. Bei der ARGE AB handelt es sich um eine horizontale Vereinbarung, sind die beiden Beteiligten doch in derselben Region im selben Bereich tätig, namentlich im Strassenbau.³⁶³

178. Wie ausgeführt,³⁶⁴ war Gegenstand der ARGE AB, bei allen offen ausgeschriebenen Strassenbauprojekten im Bezirk 4 und zudem bei im Einzelfall festzulegenden Projekten von Gemeinden oder Anfragen Privater gemeinsam zu offerieren. Bei der ARGE AB werden also unter anderem gemeinsam einzugebende Projekte im Voraus festgelegt.³⁶⁵ Bei den gemeinsamen Angeboten von A und B als ARGE AB setzten diese zwei Unternehmen den zu offerierenden Preis zwangsläufig zusammen fest. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor.³⁶⁶ Zudem haben A und B die Ausführung der gemeinsam akquirierten Projekte unter sich aufgeteilt und dabei in nicht vernachlässigbarem Ausmass gemeinsam akquirierte Projekte alleine ausgeführt,³⁶⁷ weshalb auch die Voraussetzungen ge-

mäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllt sein dürften. Gemäss Gesetz ist deshalb zu vermuten, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird.

C.1.5.2 Widerlegung der Vermutung

179. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, wird vermutet, dass die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutungsfolge ist widerlegbar. Um zu beurteilen, wie es sich damit verhält, ist in einem ersten Schritt der relevante Markt abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Wettbewerbssituation zu bewerten, wie sie sich trotz der Wettbewerbsabrede auf dem relevanten Markt noch darstellt.

C.1.5.2.1 Marktabgrenzung

180. Der relevante Markt bestimmt sich in Analogie zu Art. 11 Abs. 3 VKU³⁶⁸ danach, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher und örtlicher Hinsicht austauschbar sind, wozu noch die zeitliche Dimension kommt.³⁶⁹ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.³⁷⁰

181. Gegenstand der ARGE AB sind Strassenbauarbeiten im Bezirk 4. Marktgegenseite sind der Kanton, Gemeinden und Private (insbesondere in Form von Subunternehmeranfragen von anderen Unternehmen). Der sachlich relevante Markt umfasst dementsprechend Strassenbauarbeiten, deren Ausführungsstandort im Bezirk 4 ist. Für den Bauherrn ist an sich irrelevant, woher ein Bauunternehmen anfährt, um das Bauprojekt auszuführen. Da im Bauwesen die Transportkosten eine nicht unbedeutende Rolle spielen, besteht aber insofern ein gewisser Distanzschutz. Näher gelegene Bauunternehmen haben einen Kostenvorteil gegenüber weiter entfernten und ab einer gewissen Entfernung ist aufgrund der zunehmenden Transportkosten ein kompetitives Angebot kaum mehr realistisch. Der räumlich relevante Markt besteht daher aus dem Gebiet, aus dem in Anbetracht der Distanz und der geografischen Situation die Marktgegenseite noch konkurrenzfähige Angebote erwarten kann. Je nach Grösse und Standort eines konkreten Projekts mag dieser Bereich etwas unterschiedlich ausfallen. Über die gesamten Strassenbauarbeiten im Bezirk 4 hinweg betrachtet erscheint aufgrund der geografischen Situation eine Abgrenzung des Engadins (Bezirke 3 und 4) als räumlich relevanten Markt als angebracht, wobei dies nicht als «harte» Grenze zu ver-

³⁶¹ Rz 84.

³⁶² Dazu Rz 85 ff., vgl. auch Rz 196 ff.

³⁶³ Rz 16 resp. 19.

³⁶⁴ Rz 69 f.

³⁶⁵ Vgl. dazu bereits Rz 29.

³⁶⁶ Ebenso bezüglich BIEGE BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 558; SCHALLER/KRAUSKOPF (Fn 333), 189; STÜSSI/LÜTHI (Fn 261), 206; TSCHUDIN (Fn 314), 224.

³⁶⁷ Rz 92 f.

³⁶⁸ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

³⁶⁹ BGE 139 I 72 E. 9.1; 129 II 18 E. 7. Vgl. ausführlicher zu diesem Thema etwa Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. Bauleistungen Graubünden (22-0457), Rz 439 ff. (Quellenangabe in Fn 1).

³⁷⁰ BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1.

stehen ist.³⁷¹ In zeitlicher Hinsicht sind bezüglich der einzelnen Projekte zwei Phasen zu unterscheiden, einerseits die Offertphase, andererseits die Ausführungsphase. Vor allem bei offenen Verfahren des öffentlichen Beschaffungsrechts ist der spätmöglichste Eingabetermin der Offerten im Voraus festgelegt. Nur während der Offertphase besteht Wettbewerb um den Zuschlag, danach nicht mehr. Da die ARGE AB auf Dauer angelegt ist und eine unbestimmte Anzahl von Projekten betrifft, ist die zeitliche Dimension vorliegend hinsichtlich der Marktabgrenzung nicht weiter von Belang.

C.1.5.2.2. Widerlegung der vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

182. Hinsichtlich der Wettbewerbssituation ist einerseits der Innenwettbewerb (d.h., der zwischen den Abrede-Teilnehmern verbliebene Wettbewerb, etwa bezüglich von der Wettbewerbsabrede nicht betroffener Wettbewerbsparameter), andererseits der Aussenwettbewerb (d.h., der Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) zu würdigen, der trotz der Wettbewerbsabrede weiterbesteht. Dies hat im Kontext des jeweiligen Marktes zu erfolgen, d.h., dessen Funktionsweise, die rechtlichen Rahmenbedingungen, etc. sind mit zu berücksichtigen.³⁷²

183. Der verbleibende Innen- und Aussenwettbewerb ist sodann dahingehend zu würdigen, ob er die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen vermag oder nicht. Nicht ausreichend für eine Vermutungswiderlegung ist, wenn bloss irgendein minimaler Restwettbewerb bestehen bleibt – vielmehr muss es sich bei diesem um grundsätzlich wirksamen (wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten) Wettbewerb handeln.³⁷³

184. Zunächst zum Innenwettbewerb: Die ARGE AB beschlägt pro beteiligte Zweigniederlassung (je hälftiger Anteil am ARGE Umsatz) [mehr als die Hälfte] des Gesamtumsatzes, den die ARGE-Partner im sachlich relevanten Markt erzielen.³⁷⁴ Bei ihren gemeinsamen Angeboten konkurrenzieren sich die ARGE-Partner nicht, weshalb in diesem Umfang zwischen ihnen kein Innenwettbewerb mehr besteht. Innenwettbewerb spielt zwischen den ARGE-Partnern nur, aber immerhin, noch bei den Projekten, die nicht von der ARGE AB erfasst werden, die sie also alleine anbieten. Allein dieser verbleibende Innenwettbewerb dürfte die Vermutungsfolge noch nicht zu widerlegen vermögen.³⁷⁵ Abschliessend braucht dies jedoch nicht beantwortet zu werden.

185. Sodann zum Aussenwettbewerb: Dieser besteht aus denjenigen Unternehmen, die nicht an der ARGE AB beteiligt sind und die ebenfalls ein Angebot einreichen (aktuelle Aussenwettbewerber) oder einreichen können (potenzielle Aussenwettbewerber). Hinsichtlich des Aussenwettbewerbs ist nun die Funktionsweise von Beschaffungsverfahren, die dem öffentlichen Vergaberecht unterstehen, von zentraler Bedeutung. Diese Verfahren beruhen u.a. auf dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs, dass also die Anbieter während der Offertphase die Angebote der übrigen Anbieter nicht kennen, ja, sogar grundsätzlich – insbesondere vorbehaltlich wettbewerbsrechtlich heiklem Informationsaustausch – im Ungewissen darüber sind, welche anderen Unternehmen offerieren werden.³⁷⁶ Der Wettbewerbsdruck,

der bei solchen Beschaffungsverfahren für ein Unternehmen bei der Offertstellung besteht, geht damit von allen Aussenwettbewerbern aus, die ein Angebot einreichen können, unabhängig davon, ob sie es letztlich tun oder nicht. Der Kreis der Anbieter, die überhaupt ein Angebot einreichen können, ist bei freihändigen Vergaben und Einladungsverfahren von vornherein zahlenmässig beschränkt, nämlich auf die eingeladenen Unternehmen, wobei die eingeladenen Unternehmen nicht wissen, welche anderen Unternehmen ebenfalls zur Offertstellung eingeladen wurden. Bei offenen Vergabeverfahren steht demgegenüber grundsätzlich allen Unternehmen eine Angebotseinreichung offen. Dennoch sind nicht einfach alle denkbaren Unternehmen als potenzielle Aussenwettbewerber zu betrachten, wie bereits die Ausführungen bezüglich Transportkosten im Zusammenhang mit dem räumlich relevanten Markt³⁷⁷ nahelegen. Es sind nur, aber immerhin, diejenigen Unternehmen als potenzielle Aussenwettbewerber zu betrachten, mit deren Teilnahme am konkreten Ausschreibungsverfahren ein Branchenkenner mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit rechnen musste. Wer letztlich tatsächlich offerierte und dadurch aktueller Aussenwettbewerber wurde, ist dem Offertöffnungsprotokoll zu entnehmen.

186. Bei den Vergabeverfahren, die von der ARGE AB betroffen sind, überwiegen die offenen Verfahren umsatzmässig sehr deutlich und machen auch anzahlmässig den grösseren Teil aus.³⁷⁸ Festgestellt wurde sodann, dass bei den offenen Verfahren in der Vergangenheit zumindest ein sehr starker Konkurrent, Z, jeweils ebenfalls ein kompetitives Angebot eingereicht hat. Andere Unternehmen haben bei offenen Ausschreibungen teilweise auch Angebote eingereicht, waren damit jedoch nur selten erfolgreich.³⁷⁹ Beim Aussenwettbewerb geht der Wettbewerbsdruck primär von den Anbietern aus, mit deren Teilnahme ein Branchenkenner mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit rechnen musste.³⁸⁰ Dass bei Vergabeverfahren der Zuschlag einem einzigen Angebot erteilt wird und alle weiteren Anbieter leer

³⁷¹ So hat sich beispielsweise gezeigt, dass – je nach Standort des Projekts im Bezirk 4 – auch Unternehmen aus dem Bezirk 5 mitgeboten haben, und zwar erfolgreich (vgl. Rz 63).

³⁷² BGE 129 II 18 E. 8.1.

³⁷³ Urteil des BVGer RPW 2010/2, 385 E. 9.2.2.3, *Strassenbau Tessin*. Das BVGer bestätigte, dass die Vermutung nicht widerlegt ist, obwohl die Vereinbarung nicht den gesamten relevanten Markt erfasste, sondern «nur» mindestens 62 % der vergebenen Aufträge.

³⁷⁴ Rz 71.

³⁷⁵ Siehe auch Fn 373. Allerdings betraf die Wettbewerbsabrede dort ca. 2/3 des gesamten sachlich relevanten Marktes, während sie hier [mehr als die Hälfte] des Umsatzes, den die ARGE-Partner auf diesem Markt erzielen, betrifft. Da neben den ARGE-Partnern auch noch andere Unternehmen Umsatz auf diesem Markt generieren, ist der vom sachlich relevanten Markt betroffene Anteil im vorliegenden Fall geringer als in dem vom BVGer beurteilten.

³⁷⁶ Vgl. etwa BEYELER (Fn 314), Rz 1525.

³⁷⁷ Rz 181.

³⁷⁸ Siehe Rz 59 zur Bedeutung des Kantons als Auftraggeber im sachlich relevanten Markt sowie Rz 49 dazu, dass dieser in den letzten Jahren – mit der Ausnahme einer Ausschreibungstranche – ungeachtet der Auftragssumme stets offene Verfahren durchführte.

³⁷⁹ Zusammenfassend Rz 64.

³⁸⁰ Vorangehende Rz.

ausgehen,³⁸¹ spielt diesbezüglich ebenfalls eine Rolle. Zu bedenken ist schliesslich auch, dass der wirksame Wettbewerb, nicht der vollkommene Wettbewerb, im Fokus steht³⁸² – eine möglichst grosse Anzahl von kompetitiven Offerten mag zwar wünschenswert sein, jedoch kann dieses Ideal nicht zu Grunde gelegt werden, wenn die Anzahl kompetitiver Offerten bei der konkreten Ausgangslage nur eine bescheidene sein kann. Bei offenen Verfahren war in der hier gegebenen Situation der Wettbewerbsdruck, der bestand, weil ein Branchenkenner zumindest mit einem kompetitiven Angebot (demjenigen von Z) rechnen musste, genügend gross, um zu verhindern, dass durch die Wettbewerbsabrede der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist daher aufgrund des verbleibenden Aussenwettbewerbs widerlegt.

C.1.5.3 Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG)

187. Wird die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen, ist zu beurteilen, ob die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt oder nicht. Gemäss Bundesgericht reicht bereits ein geringes Mass an Beeinträchtigung, um als erheblich qualifiziert zu werden – beim Kriterium der Erheblichkeit handelt es sich um eine Bagatellklausel.³⁸³ Die Erheblichkeit kann dabei anhand qualitativer und quantitativer Kriterien bestimmt werden. Diese verhalten sich wie zwei kommunizierende Röhren: je gewichtiger das eine Element ist, desto weniger kommt es auf das andere an.³⁸⁴ Qualitativen Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ergeben, ist dabei der Vorzug zu geben.³⁸⁵

188. Bei Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, sieht nun das Gesetz ein solch qualitatives Kriterium vor – eben den die Vermutungsbasis bildenden Inhalt der Wettbewerbsabrede. Diesem sei gemäss Bundesgericht eine besonders schädliche Qualität zu attestieren,³⁸⁶ weshalb solche Wettbewerbsabreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen würden.³⁸⁷ Mit anderen Worten seien diese Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erheblich, eines quantitativen Elements bedürfe es dafür regelmässig nicht.³⁸⁸ Wie das Bundesgericht mit den Worten «grundsätzlich» und «in der Regel» zum Ausdruck bringt, handelt es sich dabei aber nicht um einen Automatismus.³⁸⁹ HEINEMANN weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine als Grundsatz gegebene Erheblichkeit angemessen sei, wenn die Koordination in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs erkennen lasse, was bei typischen Kernbeschränkungen der Fall sei.³⁹⁰ Anders verhalte es sich beispielsweise bei Einkaufsgemeinschaften.³⁹¹ In Bezug auf eine Einkaufskooperation folgte das Sekretariat dieser Ansicht von HEINEMANN und stützte sich als Orientierungspunkt zudem auf die diesbezüglichen Leitlinien der EU-Kommission zur Frage, ob eine «restriction by object» vorliegt.³⁹²

189. Bezüglich ARGE besteht in der Schweiz Einigkeit, dass diese oftmals prokompetitiv sind.³⁹³ Dies deutet darauf hin, dass es sich bei ARGE nicht um eine Kooperationsform handelt, der typischerweise eine hinreichende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs immanent ist. Ob es deshalb angemessen ist, bei ARGE,

die als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen sind, trotz Erfüllung von Art. 5 Abs. 3 KG von der im Grundsatz gegebenen Erheblichkeit abzuweichen, oder ob ihrer oftmals prokompetitiven Natur bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG hinreichend Rechnung getragen werden kann, braucht hier nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn die ARGE AB betrifft nicht eine ARGE bei einem einzelnen Projekt. Sie ist vielmehr auf Dauer angelegt und betrifft eine unbestimmte Anzahl von Projekten. Die ARGE-Partner haben gemeinsam Projekte akquiriert, für die sie auch je alleine offeriert hätten. Bei Zuschlagserhalt haben sie die Ausführung dieser Projekte unter sich aufgeteilt. Geringfügig mehr als ein Drittel der gemeinsam akquirierten Projekte wurde von einem ARGE-Partner alleine ausgeführt. Bei knapp einem weiteren Drittel der Projekte hat sich ein ARGE-Partner nur, aber immerhin, noch in bescheidenem Umfang an der Ausführung beteiligt.³⁹⁴ Dabei handelt es sich letztlich um eine Art von Marktaufteilung zwischen den ARGE-Partnern. Bei einer derartigen Kooperation erscheint die im Grundsatz gegebene Erheblichkeit angemessen, lässt sie doch in sich eine hinreichende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs erkennen. Um einen Bagatellfall handelt es sich bei der ARGE AB in Anbetracht des Ausmasses der Zusammenarbeit ebenfalls nicht. Damit ist eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu bejahen.

C.1.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

190. Nach dem Gesagten ist die ARGE AB als Wettbewerbsabrede im Sinne des KG zu qualifizieren, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Zu prüfen bleibt, ob sie aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist.

191. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind (den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigende) Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie kumulativ I) notwendig sind, um II) die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG), und sie III) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG).³⁹⁵

³⁸¹ Rz 173.

³⁸² Rz 161.

³⁸³ Zusammenfassend BGE 143 II 297 E. 5.1.6, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1.

³⁸⁴ BGE 143 II 297 E. 5.2.2.

³⁸⁵ BGE 143 II 297 E. 5.2.1, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1.

³⁸⁶ BGE 143 II 297 E. 5.2.4, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1.

³⁸⁷ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1.

³⁸⁸ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1.

³⁸⁹ Ebenso ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I 103 ff., 111, insbesondere Fn 39.

³⁹⁰ HEINEMANN (Fn 389), 112.

³⁹¹ HEINEMANN (Fn 389), 112.

³⁹² Beratung des Sekretariats, RPW 2020/2, 413 Rz 62, *Einkaufskooperation*.

³⁹³ Nachweise in Fn 314.

³⁹⁴ Rz 92.

³⁹⁵ BGE 144 II 246 E. 13 m.w.H.

192. Die Notwendigkeit (I) lässt sich in drei Elemente aufschlüsseln, die kumulativ vorliegen müssen: eine Wettbewerbsabrede muss i.i) geeignet, i.ii) das mildeste geeignete Mittel und i.iii) verhältnismässig i.e.S. (d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) sein, um die Effizienzvorteile zu erreichen.³⁹⁶

193. Die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgeführten Effizienzgründe (II) sind alternativ zu verstehen.³⁹⁷ Gemäss Bundesgericht ist die Liste abschliessend.³⁹⁸ Aufgrund der breiten Formulierung und den unbestimmten Begriffen wirkt dies allerdings kaum einschränkend, zumal gestützt auf eine teleologische Auslegung ein sehr weites Verständnis befürwortet wird.³⁹⁹

194. Der Begriff der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (III) ist bereits aus den Vermutungstatbeständen und Art. 5 Abs. 1 KG bekannt und hier gleich zu verstehen wie dort. Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG setzt jedoch nicht voraus, dass eine Beseitigung vorliegt, vielmehr genügt es, wenn die Möglichkeit dazu eröffnet wird.⁴⁰⁰ Es reicht also aus, wenn die Wettbewerbsabrede den Abredepartnern die Möglichkeit verschafft, den wirksamen Wettbewerb in der Zukunft zu beseitigen. Ob diese Möglichkeit besteht, bestimmt sich aus objektiver Sicht⁴⁰¹ und hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falls ab.⁴⁰² Gemäss Wortlaut des Gesetzes muss es die Wettbewerbsabrede sein, die diese Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung verschafft.⁴⁰³ Schliesslich deutet der Wortlaut des Gesetzes darauf hin, dass bereits eine eher geringfügige Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung ausreicht, um eine Rechtfertigung auszuschliessen, soll doch die Beseitigungsmöglichkeit «in keinem Fall» eröffnet werden. Die Möglichkeit muss also nicht etwa naheliegend sein; zu verlangen ist jedoch, dass sie realistisch erscheint.⁴⁰⁴

195. Sodann ist auf den Zusammenhang hinzuweisen, der bei der Beurteilung von ARGE zwischen dem Verständnis des Begriffs der Wettbewerbsabrede im Sinne des KG und der Notwendigkeit einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen besteht. Je weniger eine Stärkung des wirksamen Wettbewerbs bereits auf Ebene des Begriffs der Wettbewerbsabrede im Sinne des KG berücksichtigt wird, desto häufiger unterliegen ARGE einer Prüfung nach Art. 5 KG und umso häufiger wird auch eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen – eben wegen dieser Stärkung des wirksamen Wettbewerbs – zu bejahen sein; und vice versa.⁴⁰⁵ Bei einer ARGE, welche die Anzahl Angebote reduziert, ist eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG gleichwohl zu verneinen, wenn das gemeinsame Angebot offensichtlich wirtschaftlich besser («vorteilhafter») ist als es die je alleinigen Angebote gewesen wären.⁴⁰⁶ Eine Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG hat daher insbesondere dann zu erfolgen, wenn – wie hier – das gemeinsame Angebot zwar wirtschaftlich besser sein soll, dies aber nicht geradezu offensichtlich ist und daher nicht bereits bei Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt werden konnte.

196. Gemäss Sachverhaltsfeststellung führt die ARGE AB vor allem zu Risikoreduktionen. Einerseits reduziert sie das Risiko von «zu wenig» Aufträgen, indem zum einen die Arbeitsausführung der gemeinsam akquirierten Projekte auf die ARGE-Partner aufgeteilt werden kann

und zum anderen können so teilweise auch Arbeiten akquiriert werden, bei denen ein einzelnes Unternehmen von einer alleinigen Offerte abgesehen hätte.⁴⁰⁷ Andererseits reduziert die ARGE AB das Risiko von «zu vielen» Aufträgen.⁴⁰⁸ Dies führt grundsätzlich dazu, dass die ARGE bei mindestens gleichguter Qualität tiefere Preise offerieren kann als es B und A jeweils in alleinigen Eingaben tun würden.⁴⁰⁹ Aufgrund des Aussenwettbewerbs kam die ARGE zudem nicht umhin, diesen tieferen Preis auch tatsächlich anzubieten.⁴¹⁰

197. Bei der besser planbaren, gleichmässigeren Auslastung und der dadurch ermöglichten Reduktion des Risikos von «zu wenig» Aufträgen, die dank der Dauer-ARGE erreicht werden kann, handelt es sich grundsätzlich nicht um einen Effizienzgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG. Denn dies ist geradezu ein typischer Vorteil, der mit einer Aufteilung von Kunden einhergeht. Für die einzelnen beteiligten Unternehmen mag dies zwar vorteilhaft sein, volkswirtschaftlich ist dieser Verzicht auf Wettbewerb allerdings in der Regel nicht effizienzsteigernd (ansonsten gäbe es Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG und die entsprechende Vermutung nicht).

198. Dass die Dauer-ARGE teilweise zu einem Angebot bei einem Projekt geführt haben mag, für das beide ARGE-Partner bei alleiniger Offertstellung jeweils kein Angebot eingereicht hätten, vermag nicht zu ändern, dass die Dauer-ARGE insgesamt, also bei Betrachtung aller betroffener Projekte, die Anzahl Angebote reduzierte.⁴¹¹

³⁹⁶ BGE 143 II 297 E. 7.1; zu i.i) auch BGE 129 II 18 E. 10.4.

³⁹⁷ BGE 144 II 246 E. 13.2; 143 II 297 E. 7.1. m.w.H.

³⁹⁸ BGE 129 II 18 E. 10.3.

³⁹⁹ Siehe BGE 144 II 246 E. 13.2. Aus der Literatur etwa BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 284 m.w.H.

⁴⁰⁰ Ebenso BGE 129 II 18 E. 10.4 in fine; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 328. Diese Differenz übergehend BGE 144 II 246 E. 13.1; AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 324), Art. 5 KG N 341, die eine Prüfung von Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG als überflüssig erachten, wenn – wie hier – die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bei den Vermutungstatbeständen widerlegt worden ist.

⁴⁰¹ G.I.A. AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 324), Art. 5 KG N 337. Anders wohl PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 360, gemäss welchen sich dies «aus Sicht der Abredeparteien» bestimmt.

⁴⁰² G.I.A. BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 328; a.A. KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 401), Art. 5 KG N 360, die objektive Kriterien unberücksichtigt lassen wollen.

⁴⁰³ «(...) wenn sie [Wettbewerbsabreden] (...) Möglichkeiten eröffnen». Noch deutlicher die französischsprachige Fassung «lorsque cet accord ne permettra (...)». Das dürfte insbesondere bei Wettbewerbsabreden der Fall sein, die eine (gemeinsame) Infrastruktur schaffen (exemplarisch Schlussbericht des Sekretariats in RPW 2012/2, 258 Rz 466, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*).

⁴⁰⁴ Ähnlich AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 324), Art. 5 KG N 337. Zu weitgehend Schlussbericht des Sekretariats in RPW 2012/2, 257 f. Rz 459, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*, wonach bereits eine «im entferntesten» bestehende Möglichkeit für den Abschluss einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen ausreichen soll (kritisch BANGERTER/ZIRLICK [Fn 257], Art. 5 KG N 328).

⁴⁰⁵ BANGERTER/ZIRLICK (Fn 257), Art. 5 KG N 557 und 559; STÜSSI/LÜTHI (Fn 261), 206.

⁴⁰⁶ Rz 173.

⁴⁰⁷ Rz 80.

⁴⁰⁸ Rz 81.

⁴⁰⁹ Rz 89.

⁴¹⁰ Rz 90.

⁴¹¹ Rz 84.

Die Dauer-ARGE hat also anzahlmässig in mehr Ausschreibungen zu einer Reduktion der Angebote geführt als zu einer Erhöhung. Weiter ist nicht ersichtlich, dass die Ausschreibungen, bei denen die Dauer-ARGE zu einem zusätzlichen Angebot führte, inhaltlich dergestalt wären, dass sie trotz geringerer Zahl diejenigen mit einer reduzierten Anzahl insbesondere in Bezug auf ihre Bedeutung aufzuwiegen vermöchten. Damit liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass insofern ein Effizienzgrund nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a. KG vorliegen könnte.

199. Anders verhält es sich bezüglich der Reduktion des Risikos von «zu viel», das hier bedeutend grösser und die nachteiligen Folgen bei dessen Eintritt deutlich schwerwiegender sind als sonstwo. Dank der Zusammenarbeit in der ARGE AB fällt der Risikozuschlag bei einer gemeinsamen Offerte geringer aus als es bei alleinigen Angeboten der ARGE-Partner jeweils der Fall wäre. Dadurch können sie günstiger offerieren⁴¹² und erhalten entsprechend mehr Zuschläge, wodurch die vorhandenen freien Kapazitäten besser ausgelastet sind. Kurzum: die Herstellungskosten werden gesenkt. Dies ist ein Effizienzgrund gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a. KG.⁴¹³ Ergänzend ist festzuhalten, dass noch kein solcher Effizienzgrund vorläge, wenn die Zusammenarbeit in der ARGE bloss im Vergleich zum einen ARGE-Partner reduzierte Kosten aufweisen würde, im Vergleich zum anderen aber nicht – die Zusammenarbeit muss insgesamt effizienter sein, also im Vergleich zu beiden ARGE-Partnern.⁴¹⁴

200. Die ARGE AB ist geeignet, um diesen Effizienzvorteil zu erzielen. Ob es sich dabei um das mildeste geeignete Mittel handelt und ob sie auch verhältnismässig i.e.S. ist, müsste hingegen noch vertieft abgeklärt werden. Dabei geht es primär um das Ausmass der Zusammenarbeit. Das Risiko von «zu viel» ist hier aufgrund zahlreicher Besonderheiten bedeutend grösser und die nachteiligen Folgen bei dessen Eintritt deutlich schwerwiegender als anderswo.⁴¹⁵ Sogar eine umfangreiche Zusammenarbeit der ARGE AB ist hier deshalb noch als erforderlich anzusehen, während dies anderswo nicht der Fall wäre. Aber auch vorliegend wird das Risiko mit der Aufnahme eines zusätzlichen Projekts in die Dauer-ARGE in zusehends geringerem Ausmass reduziert. Gleichzeitig aber steigt mit jedem zusätzlichen Projekt die Gefahr der Projektaufteilung. Diese Punkte müssten noch detaillierter abgeklärt und insbesondere quantifiziert werden. Mit Blick hierauf erschiene wünschenswert, wenn die Risiken jeder einzelnen Ausschreibung genau bewertet, in Relation zueinander gesetzt und austariert würden, um so das Ausmass der Zusammenarbeit fortlaufend zu optimieren. Vor jeder einzelnen Offerteingabe minutiös und zeitgerecht so vorzugehen, dürfte für die beteiligten Unternehmen in Anbetracht aller Umstände jedoch höchstens annäherungsweise möglich und mit einem sehr grossen Aufwand verbunden sein.

201. Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein solches Vorgehen einen stetig sich wiederholenden gegenseitigen Austausch über die als BIEGE einzugebenden resp. nicht einzugebenden Projekte bedingen würde. Die ausgetauschten Informationen würden sich kumulieren und könnten sich zu einem Gesamtbild hinsichtlich des generellen Offertverhaltens, der Interessenlage an Zuschlä-

gen bei einzelnen Ausschreibungsverfahren, der Kapazitätsauslastung sowie der Strategie des anderen Unternehmens verdichten. Diese Kenntnisse wiederum könnten zu einer Anpassung des eigenen Offertverhaltens führen, indem dieses darauf abgestimmt würde.⁴¹⁶ Mit Blick darauf erscheint eine generell-abstrakte Bestimmung der von der ARGE AB umfassten Projekte grundsätzlich erstrebenswert, um das Ausmass der notwendigerweise auszutauschenden Informationen deutlich zu reduzieren. Dies auch in Anbetracht der Geschehnisse in der Vergangenheit, als B und A einzelprojektbezogen die gemeinsam einzugebenden Projekte bestimmten; namentlich der vom Kanton Graubünden verworfenen Anzeige von Z, dass es an diesen Besprechungen zu einem unzulässigen Informationsaustausch (und Submissionsabreden) gekommen sei.⁴¹⁷

202. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner, dass die Wettbewerbsabrede nicht die Möglichkeit eröffnen darf, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Aktuell ist der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt.⁴¹⁸ Dies vor allem aufgrund der Wettbewerbssituation, wie sie sich bei offenen Verfahren präsentiert, die den Grossteil der Zusammenarbeit ausmachen. Wie der Wettbewerbsdruck bei freihändigen Vergaben, solchen in Einladungsverfahren und bei privaten Aufträgen ist, wäre im Einzelnen noch abzuklären. Anders als bei offenen Verfahren ist der Kreis der möglichen Offerenten bei freihändigen Vergaben und solchen in Einladungsverfahren beschränkt, der Wettbewerbsdruck daher grundsätzlich tendenziell geringer.⁴¹⁹ Mitentscheidend dürfte letztlich sein, mit der Einladung welcher weiteren Unternehmen ein Branchenkenner aufgrund der bisherigen Erfahrungen rechnen müsste. Gerade bezüglich des Kantons fehlen aber verlässliche Erfahrungswerte dazu, da er in den vergangenen Jahren unabhängig des Auftragswerts offene Verfahren durchführte und in letzter Zeit bloss in einer Tranche davon abgewichen ist.⁴²⁰ Nur wenn die Dauer-ARGE primär Projekte betrifft, bei denen ein Branchenkenner mit kompetitiven Angeboten anderer Unternehmen rechnen muss, eröffnet die Wettbewerbsabrede nicht die Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Denn es ist letztlich dieser Wettbewerbsdruck, der die ARGE-Partner dazu zwingt, die durch die Zusammenarbeit erlangten Effizienzvorteile in ihre gemeinsame Offerte einfließen zu lassen und gemeinsam ein für den Auftraggeber wirtschaftlich besseres («vorteilhafteres») Angebot einzureichen als es ihre alleinigen Angebote gewesen wären.⁴²¹ Bei offenen Verfahren des Kantons ist dies bislang der Fall gewesen. Wie es sich bei den übrigen Verfahren verhält, müsste

⁴¹² Rz 89 f.

⁴¹³ Rz 193.

⁴¹⁴ Die in Rz 86 f. geschilderten Vorteile vermögen deshalb die Zusammenarbeit noch nicht zu rechtfertigen.

⁴¹⁵ Rz 78 ff.

⁴¹⁶ Siehe ausführlicher dazu Rz 229 ff., insbesondere Rz 237.

⁴¹⁷ Siehe Rz 67 und 69.

⁴¹⁸ Rz 186.

⁴¹⁹ Rz 185.

⁴²⁰ Siehe Rz 49.

⁴²¹ Siehe Rz 90.

noch vertiefter abgeklärt werden, wobei sich gerade bezüglich des Kantons verlässliche Erfahrungswerte erst noch herausbilden müssten.

C.1.6 Anregung

203. In Anbetracht der teilweise widerstrebenden Gesichtspunkte⁴²² und unter Berücksichtigung der wertvollen Einbringen von B und A an den Gesprächen mit ihnen⁴²³ sowie ihrem Wunsch nach einer möglichst klaren, einfach handhabbaren Vorgabe regt das Sekretariat gemäss Art. 26 Abs. 2 KG die nachfolgenden Massnahmen an, bei deren Einhaltung es davon ausgeht, dass die Zusammenarbeit im Rahmen der ARGE AB und deren Ausmass notwendig sind, um die Effizienzvorteile zu erlangen. Wird die Anregung eingehalten, besteht aus Sicht des Sekretariats kein Anlass, eine Untersuchung gegenüber A und B zu eröffnen. Allerdings ist zu beachten, dass diese Anregung von den zahlreichen Besonderheiten des Sachverhalts getragen wird. Sollten sich wesentliche Punkte ändern, beispielsweise dass ein Branchenkenner bei offenen Verfahren nicht mehr mit einem kompetitiven Konkurrenzangebot rechnen müsste, kann dies auch Einfluss auf die Zulässigkeit der ARGE AB haben. A und B sind deshalb gehalten, regelmässig zu prüfen, ob wesentliche Veränderungen eingetreten sind und gegebenenfalls ob und inwiefern die ARGE AB an und für sich respektive das Ausmass der Zusammenarbeit zu überdenken ist.

204. Die Anregung lautet wie folgt: A und B können bei allen in offenen oder selektiven Verfahren ausgeschriebenen Projekten des Kantons im Unterengadin (Bezirk 4) gemeinsam als ARGE offerieren. Bei allen übrigen Projekten im Bezirk 4, insbesondere allen von Gemeinden und Privaten ausgeschriebenen, geben sie – unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausnahmen – nicht gemeinsam als ARGE ein. Gemeinsam als ARGE offerieren können sie bei Strassenbauprojekten von Gemeinden und Privaten, wenn 1) eines oder beide Unternehmen nicht alle Eignungskriterien erfüllen und ein aussenstehender Branchenkenner dies ohne Abklärungen (also insbesondere ohne bei den Unternehmen nachzufragen) weiss oder 2) einem oder beiden Unternehmen objektiv unmöglich ist, das Projekt alleine auszuführen, und ein aussenstehender Branchenkenner dies ohne Abklärungen (also insbesondere ohne bei den Unternehmen nachzufragen) weiss.

205. Diese Anregung beruht auf den Umständen, wie sie im Sachverhaltsteil festgehalten worden sind. Bezüglich der Ausschreibungspraxis des Kantons basiert sie auf dessen Vorgehen während der letzten Jahre, namentlich, dass sämtliche Strassenbauprojekte im Bezirk 4 unabhängig des Auftragswerts in offenen Verfahren ausgeschrieben werden. Dem Sekretariat ist nicht bekannt, wie die Ausschreibungspraxis des Kantons künftig sein wird. Insbesondere ist ihm nicht bekannt, ob die abweichende Handhabung einer Tranche im Jahr 2020 eine Ausnahme war oder nicht, zumal die nächste Tranche wieder entsprechend der bisherigen Praxis gehandhabt wurde.

206. Für den Fall, dass der Kanton seine bisherige Ausschreibungspraxis nicht fortführen und offene Verfahren für Strassenbauprojekte im Bezirk 4 nur noch manchmal, z.B. bei Überschreitung des einschlägigen Schwellen-

werts, durchführen würde, erweist sich die Anregung als zu restriktiv. Gleichzeitig fehlen derzeit zuverlässige Erfahrungswerte bezüglich des Wettbewerbsdrucks, der in freihändigen Vergaben oder Einladungsverfahren des Kantons bei Strassenbauprojekten im Bezirk 4 besteht. Entsprechend ist es zurzeit nicht möglich, auch für diesen Fall einen weitergehenden, generell-abstrakten Zusammenarbeitsbereich zu umschreiben, diesen etwa auf alle kantonalen Projekte ungeachtet der Verfahrensart auszudehnen. Für diesen Fall lautet die Anregung dahingehend, dass die Unternehmen bezüglich der einzelnen Ausschreibungen prüfen, ob eine gemeinsame Offerte als ARGE angezeigt ist oder nicht. Bei dieser Prüfung können sie nicht nur einzelfallspezifische Gründe für die ARGE-Bildung berücksichtigen, sondern vielmehr auch ihre projektübergreifenden Risikoüberlegungen einfließen lassen, die, wie ausgeführt, zu Effizienzvorteilen führen und eine relativ umfangreiche Zusammenarbeit rechtfertigen.⁴²⁴ Zu berücksichtigen sind von den Unternehmen aber auch die nach und nach gewonnenen Erkenntnisse bezüglich der Konkurrenzsituation bei den verschiedenen Vergabeverfahren. Dass der notwendige Informationsaustausch bei einer solch relativ umfangreichen Zusammenarbeit und gleichzeitig einer projektspezifischen Beurteilung zunimmt,⁴²⁵ lässt sich nicht vermeiden und ist als Folge der angeregten Massnahme von dieser abgedeckt.

C.2 ARGE AC

C.2.1 Geltungsbereich

207. Hinsichtlich des Geltungsbereichs des KG kann auf die diesbezüglichen Ausführungen bei der ARGE AB verwiesen werden,⁴²⁶ die mutatis mutandis auch bezüglich der ARGE AC zutreffen. Zu ergänzen bleiben zwei Punkte:

208. Hier sind es A und C, die als Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftreten.⁴²⁷ A und C sind jeweils Teil eines Konzerns.⁴²⁸ Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sind demnach die A-Gruppe (der Konzern) sowie die D-Gruppe (der Konzern). Es sind also auch bei der ARGE AC zwei verschiedene Unternehmen vorhanden.

209. Der zu beurteilende Sachverhalt⁴²⁹ spielt auch bei der ARGE AC im Kanton Graubünden, wo er sich auch auswirkt. Seinen Ursprung hat er hier im Jahr 2010.

210. Der zu beurteilende Sachverhalt liegt demnach auch bei der ARGE AC im Geltungsbereich des KG.

⁴²² Siehe Rz 200 f.

⁴²³ Siehe Rz 11.

⁴²⁴ Klarzustellen ist, dass es B und A trotz Anregung (Rz 204) freisteht, zu einer einzelprojektbezogenen Beurteilung zurückzukehren, auch wenn der Kanton seine bisherige Ausschreibungspraxis weiterführen sollte. Damit einhergehen dürfte für sie allerdings eine gewisse Unwägbarkeit bezüglich dem nicht zu beanstandenden Ausmass der Zusammenarbeit.

⁴²⁵ Ausführlicher zur Problematik des Informationsaustauschs Rz 232 ff., insbesondere Rz 237.

⁴²⁶ Rz 139 ff.

⁴²⁷ Rz 14 f. resp. 20 f.

⁴²⁸ Rz 14 resp. 20.

⁴²⁹ Siehe Rz 104 ff.

C.2.2 Vorbehaltene Vorschriften

211. Bezüglich vorbehaltender Vorschriften kann vollumfänglich auf die Ausführungen zur ARGE AB verweisen werden.⁴³⁰ Ebenso wenig wie dort bestehen hier solche Vorschriften.

C.2.3 ARGE AC als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

C.2.3.1 Vorbemerkungen

212. Die rechtlichen Ausführungen zu den drei Tatbestandsmerkmalen von Art. 4 Abs. 1 KG, die bezüglich der ARGE AB erfolgten, treffen auch bezüglich der ARGE AC zu. Diese werden nachfolgend nicht im Einzelnen wiederholt, stattdessen sei generell auf die diesbezüglichen Ausführungen bei der ARGE AB verwiesen.⁴³¹ Soweit für die Beurteilung der ARGE AC erforderlich, erfolgen hiernach nur, aber immerhin, noch Ergänzungen.

213. Die ARGE AC umfasst mehrere Aspekte, die unterschiedliche kartellrechtliche Fragen aufwerfen. Entsprechend erfolgt die Beurteilung nachfolgend in drei Schritten: In einem ersten Schritt wird der Aspekt der Dauer-ARGE beurteilt, also die über ein konkretes Projekt hinausgehende Einigung bezüglich ARGE. In einem zweiten Schritt folgt die kartellrechtliche Beurteilung der Projekte, bei denen A und C einzelfallbezogen gemeinsam als BIEGE offeriert haben. In einem dritten Schritt wird der mit dieser Zusammenarbeit einhergehende Informationsaustausch behandelt.

C.2.3.2 Dauer-ARGE von A und C

C.2.3.2.1. Kurzfassung des zu beurteilenden Sachverhalts

214. A und C waren sich darüber einig, stets denselben ARGE-Grundvertrag und die weiteren Rahmenkonditionen für ihre gemeinsamen Offerten zu verwenden. Ob diese Einigkeit nach dem Februar 2019 weiterhin besteht, ist unklar geblieben. Sie waren sich zudem darüber einig, für ihre gemeinsamen Offerten stets dieselben ARGE-«Gefässe» zu verwenden, um dadurch Errichtungskosten zu sparen. Dies haben sie nach dem Februar 2019 aufgegeben.⁴³²

215. Diese Einigung betrifft eine wiederholte, über ein konkretes Projekt hinausgehende Kooperation als ARGE, weshalb sie als Dauer-ARGE zu bezeichnen ist (dazu, wie dieser Begriff hier verwendet wird, vgl. Rz 29). Anhaltspunkte dafür, dass sich A und C noch bezüglich weiterer, über ein konkretes Projekt hinausgehender Punkte geeinigt hätten, etwa eine Exklusivität bei der Bildung von Zweier-ARGE oder eine Bevorzugung bei der Wahl als ARGE-Partner zugesichert hätten oder die gemeinsam zu offerierenden Projekte irgendwie – und sei es auch nur teilweise (z.B. durch eine angestrebte Anzahl, feste periodische Besprechungstermine, Kriterien für in Frage kommende oder gerade nicht in Frage kommende Projekte) – geregelt hätten, bestehen nicht.⁴³³

C.2.3.2.2. Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

216. Bei der vorgenannten Einigung handelt es sich um eine Art Rahmenvertrag. Dass A und C dadurch bewusst

und gewollt zusammengewirkt haben,⁴³⁴ bedarf keiner Weiterungen. Das erste Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist damit erfüllt.

217. Bei A (resp. der A-Gruppe, zu der A gehört) und C (resp. der D-Gruppe, zu der C gehört) handelt es sich um zwei unterschiedliche Unternehmen.⁴³⁵ Am bewussten und gewollten Zusammenwirken ist damit eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt.⁴³⁶ Das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist ebenfalls erfüllt. Zu ergänzen bleibt, dass beide Unternehmen in derselben Region im selben Bereich, namentlich im Strassenbau, tätig sind.⁴³⁷ Es handelt sich also um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen derselben Marktstufe.

218. Inhalt der Dauer-ARGE von A und C ist die allgemeine Festlegung einiger interner Konditionen und organisatorischer Belange, die im Falle einer gemeinsamen Offerte als BIEGE gelten sollen, sowie die «Wiederverwendung» der bereits geschaffenen ARGE-«Gefässe». Die Partner haben sich keine Exklusivität oder auch nur eine Bevorzugung bei der Bildung von BIEGE eingeräumt. Ferner enthält die Abmachung auch keine Vorgaben bezüglich der gemeinsam einzugebenden Projekte. Offenbleiben kann, ob diese Rahmenvereinbarung überhaupt als Einschränkung der Handlungsfreiheit von A und C bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter einzustufen ist.⁴³⁸ Denn aufgrund der damit verbundenen Vorteile⁴³⁹ ist offenkundig, dass sie den wirksamen Wettbewerb – trotz einer allfälligen (minimale) Einschränkung der Handlungsfreiheit – nicht beschränkt.⁴⁴⁰ Das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG, namentlich dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt sein muss, ist demnach bezüglich dieses Rahmenvertrags nicht erfüllt.

C.2.3.2.3. Fazit

219. Es bestehen bezüglich der konkreten Dauer-ARGE, bei der es sich um eine Art Rahmenvertrag handelt, keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

⁴³⁰ Rz 146 ff.

⁴³¹ Rz 150 ff.

⁴³² Rz 104 f.

⁴³³ Rz 104 ff.

⁴³⁴ Rz 154.

⁴³⁵ Rz 208.

⁴³⁶ Rz 156 f.

⁴³⁷ Rz 17 resp. 22.

⁴³⁸ Siehe dazu Rz 161 ff.

⁴³⁹ Siehe dazu Rz 104.

⁴⁴⁰ Hierzu 165.

C.2.3.3 Von C und A gemeinsam als BIEGE offerierte Projekte

C.2.3.3.1. Kurzfassung des zu beurteilenden Sachverhalts

220. A und C haben bei zahlreichen Projekten gemeinsam als BIEGE offeriert.⁴⁴¹ Die hiervor behandelte Dauer-ARGE von A und C regelt oder konkretisiert die gemeinsam als BIEGE einzugebenden Projekte nicht – sie befasst sich nicht mit diesem Thema.⁴⁴² Der Entscheid, welche konkreten Projekte gemeinsam offeriert werden, wird von A und C vielmehr projektspezifisch getroffen. Es sind daher die einzelnen Projekte zu betrachten, bei denen A und C gemeinsam als BIEGE offeriert haben.

C.2.3.3.2. Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

221. Reichen mehrere Unternehmen eine gemeinsame Offerte als BIEGE ein, setzt dies zwangsläufig eine vorgängige Koordination zwischen diesen Unternehmen voraus. Mit anderen Worten liegt einer BIEGE unweigerlich ein Konsens der beteiligten Unternehmen zu Grunde, zumindest gemeinsam zu offerieren. Damit liegt bei jeder einzelnen der gemeinsamen Offerten von A und C ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor. Das erste Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist demnach bei allen gemeinsamen Eingaben von A und C erfüllt.

222. Bezüglich des zweiten Tatbestandsmerkmals von Art. 4 Abs. 1 KG kann auf vorangehende Ausführungen verwiesen werden.⁴⁴³ Diese treffen hier ebenso zu, womit auch das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist.

223. Ob eine gemeinsame Offerte, also eine Eingabe als BIEGE, eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, zeigt sich – wie ausgeführt – primär anhand der Folgen, die sie auf die Anzahl Angebote hat.⁴⁴⁴ Anders als bei der ARGE AB, die auf Dauer angelegt ist und eine unbestimmte Anzahl von Projekten betrifft,⁴⁴⁵ geht es bei der ARGE AC um eine hohe Anzahl einzelprojektbezogener Bildungen von BIEGE. Infolgedessen interessiert hier, ob A und C bezüglich dieser einzelnen Projekte ohne Bildung einer BIEGE alleine offeriert hätten oder nicht. Dies im Unterschied zur ARGE AB, bei der das jetzige Angebotsverhalten der Beteiligten insgesamt über alle Projekte hinweg mit ihrem früheren Verhalten verglichen werden konnte.⁴⁴⁶

224. Das Sekretariat hat im Sachverhaltsteil anhand des anwendbaren Prüfschemas⁴⁴⁷ geprüft, wie die gemeinsamen Angebote von A und C die Anzahl Offerten bei den fraglichen Ausschreibungen beeinflussten. Dabei sind die Gründe entscheidend, weshalb sie BIEGE bildeten. Hier waren dies unternehmerische Überlegungen.⁴⁴⁸ Da es – insbesondere ex ante – regelmässig nicht nur *einen* richtigen Geschäftsentscheid gibt, sondern eine Bandbreite möglicher Entscheide, ist den Unternehmen diesbezüglich ein Entscheidungsspielraum zuzugestehen. Solange Geschäftsentscheide bezüglich Bildung von BIEGE aufgrund der konkreten Umstände mit Blick auf die wirtschaftliche Zweckmässigkeit und die kaufmännische Vernunft vertretbar sind, sind sie zu respektieren und ist davon auszugehen, dass auf ein alleiniges Angebot verzichtet worden wäre.⁴⁴⁹

225. Das Sekretariat kam gestützt darauf zum Schluss, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass resp. gegebenenfalls bei welchen konkreten Projekten die gemeinsame Offerte die Anzahl Angebote reduziert hätte.⁴⁵⁰ Nicht näher geprüft wurden die einzelnen Projekte dahingehend, ob die gemeinsame Offerte die Anzahl Angebote erhöhte oder sich insofern neutral verhielt. Denn es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass es bei den gemeinsamen Offerten darum ging, eine für den Auftraggeber wirtschaftlich schlechtere Offerte einreichen zu können. Selbst wenn die gemeinsamen Angebote von A und C die Anzahl Offerten bei Ausschreibungen nicht erhöht haben sollten, sondern sich insofern bloss neutral verhielten, liegen daher keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die gemeinsamen Offerten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten.⁴⁵¹ Das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist demnach nicht erfüllt.

C.2.3.3.3. Fazit

226. Es bestehen bezüglich der gemeinsamen Offerten von A und C als BIEGE bei etlichen Projekten keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

227. Allerdings ist auf die Ausführungen im Sachverhaltsteil hinzuweisen, wonach die gemeinsamen Offerten als BIEGE in Anbetracht ihrer Frequenz und der erfolgten Arbeitsaufteilung bei der Ausführung an der oberen Grenze des noch Vertretbaren liegen, wobei der Rahmen insbesondere auch wegen der hohen Anzahl von Verschiebungen der Ausführungszeiträume nicht gesprengt wurde. Selbst bei einer geringfügigen weiteren Intensivierung der gemeinsamen Offerttätigkeit dürfte die Grenze des Vertretbaren aber überschritten sein und die Wertung könnte entsprechend anders ausfallen,⁴⁵² zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die gemeinsamen Offerten als BIEGE zu für den Auftraggeber wirtschaftlich besseren Angeboten führten.⁴⁵³

C.2.3.4 Informationsaustausch zwischen A und C

C.2.3.4.1. Kurzfassung des zu beurteilenden Sachverhalts

228. A und C haben bei etlichen Projekten gemeinsam als BIEGE offeriert.⁴⁵⁴ Zudem haben sie bei weiteren Projekten das jeweils andere Bauunternehmen um die Bildung einer BIEGE angefragt, dieses hat jedoch abgelehnt. Wie häufig dies vorkam und wie das Verhältnis zwischen Zu- und Absagen ausfiel, konnte nicht festgestellt werden – ebenso wenig konnte festgestellt werden,

⁴⁴¹ Rz 101 f.

⁴⁴² Rz 214 f.

⁴⁴³ Rz 217.

⁴⁴⁴ Rz 169 ff.

⁴⁴⁵ Rz 174.

⁴⁴⁶ Siehe Rz 82 ff. und 174.

⁴⁴⁷ Rz 121 ff.

⁴⁴⁸ Rz 129.

⁴⁴⁹ Rz 125 f.

⁴⁵⁰ Rz 129 ff.

⁴⁵¹ Siehe Rz 170 bezüglich einer Erhöhung der Anzahl Angebote und Rz 171 bezüglich einer Neutralität hinsichtlich der Anzahl Angebote.

⁴⁵² Siehe Rz 129.

⁴⁵³ Rz 133.

⁴⁵⁴ Rz 101 f.

bei welchen Projekten es zu abgelehnten Anfragen kam.⁴⁵⁵ Es ist auch nicht ersichtlich, wie sich dies noch feststellen liesse. Sodann räumten C und A ein, dass sie ausnahmsweise ein alleiniges Angebot einreichten, obwohl sie zuvor das andere Unternehmen erfolglos um die Bildung einer BIEGE bei diesem Projekt angefragt haben. Anhaltspunkte dafür, bei welchen Projekten dies der Fall gewesen war, liegen aber nicht vor und es ist auch nicht ersichtlich, wie sich dies noch feststellen liesse.⁴⁵⁶ In all diesen Fällen ist es zu einem Austausch von Informationen zwischen C und A gekommen.

C.2.3.4.2. Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

229. Dass bei gemeinsamen Offerten, also der erfolgreichen Bildung einer BIEGE, ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt, wurde bereits ausgeführt.⁴⁵⁷ Zu betrachten bleibt, wie es sich mit dem bewussten und gewollten Zusammenwirken verhält, wenn sich Unternehmen über die Bildung einer BIEGE austauschten, letztlich jedoch keine BIEGE bildeten. Eine Vereinbarung über eine gemeinsame Offerte ist diesfalls gerade nicht zustande gekommen. Gleichwohl wird in der Regel auch in einem solchen Fall ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken gegeben sein, allerdings nur, aber immerhin, dahingehend, (vorvertragliche) Verhandlungen zu führen und insofern Informationen auszutauschen. Denn ein Unternehmen, welches ein anderes Unternehmen für eine BIEGE anfragt, gibt diesem zwangsläufig sein Interesse bekannt, bei der fraglichen Ausschreibung eine solche bilden zu wollen. Das angefragte Unternehmen wird regelmässig auf die Anfrage reagieren und bei seiner Antwort sein eigenes Interesse resp. Desinteresse an der BIEGE bekanntgeben. Schon dieser ganz am Anfang der Verhandlungen stehende Vorgang umfasst eine – meist implizite – Übereinkunft der Unternehmen, die entsprechenden Informationen auszutauschen.⁴⁵⁸ Das erste Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist demnach erfüllt.

230. Bezüglich des zweiten Tatbestandsmerkmals von Art. 4 Abs. 1 KG kann auf vorangehende Ausführungen verwiesen werden.⁴⁵⁹ Diese treffen hier ebenso zu, womit auch das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist.

231. Zu beurteilen bleibt das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG, namentlich ob dieser Austausch von Informationen im Rahmen der (erfolgreichen oder -losen) Verhandlungen über die Bildung einer BIEGE eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

232. Um BIEGE bilden zu können, müssen sich die (potenziellen) Partner notwendigerweise austauschen und Gespräche miteinander führen. Vorgängig der Einreichung eines gemeinsamen Angebots müssen sie sich zwangsläufig über diejenigen Informationen austauschen, die für die Ausarbeitung eines gemeinsamen Angebots erforderlich sind. Bei den diesbezüglichen Verhandlungen und Gesprächen müssen umso mehr und umso detailliertere Informationen ausgetauscht werden, je fortgeschrittener sie sind. Bei diesen Informationen, die notwendigerweise ausgetauscht werden müssen, kann es sich unter anderem auch um sensible Informationen und Geschäftsgeheimnisse handeln.

233. Soweit ausschliesslich Informationen ausgetauscht werden, deren Austausch in der jeweiligen Verhandlungsphase erforderlich ist, um überhaupt eine BIEGE bilden resp. bei Zuschlagserhalt das Projekt gemeinsam ausführen zu können, ist dies kartellrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden.⁴⁶⁰ Dies unabhängig davon, ob die BIEGE zustande kommt oder deren Bildung letztlich scheitert.⁴⁶¹ Eine Wettbewerbsbeschränkung wird durch den Austausch von Informationen, die für die (versuchte) Bildung der BIEGE in der jeweiligen Verhandlungsphase notwendig sind, grundsätzlich weder bezweckt noch bewirkt.

234. Anders verhält es sich jedoch, wenn bei den (erfolgreichen oder -losen) Verhandlungen über die Bildung einer BIEGE zudem Informationen ausgetauscht werden, die für die Bildung der BIEGE nicht erforderlich sind.⁴⁶² Der Austausch solch weitergehender Informationen ist nicht von der (versuchten) BIEGE-Bildung «gedeckt»; vielmehr ist er gesondert auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit hin zu prüfen. Offenbaren Unternehmen im Rahmen der Gespräche über die Bildung einer BIEGE etwa ihr Interesse oder Desinteresse am Zuschlagserhalt bei anderen Projekten, ihre anderweitigen Offertabsichten⁴⁶³ oder gar ihre Geschäftsstrategie, verringert dies die strategische Ungewissheit auf dem Markt. Der Austausch derartiger Informationen, der für die Bildung einer BIEGE nicht erforderlich ist, kann eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, dessen kartellrechtliche Zulässigkeit alsdann nach Art. 5 KG zu beurteilen ist.⁴⁶⁴

235. Es liegen nun keine Anhaltspunkte dafür vor, dass C und A bei ihren (erfolgreichen und -losen) Gesprächen über die Bildung von BIEGE Informationen austauschten, die in der jeweiligen Verhandlungsphase für die Bildung der BIEGE nicht erforderlich waren. Wie ausgeführt,⁴⁶⁵ bezweckt oder bewirkt der Austausch von für die BIEGE-Bildung erforderlichen Informationen grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung. Dementspre-

⁴⁵⁵ Rz 107.

⁴⁵⁶ Rz 108.

⁴⁵⁷ Rz 221.

⁴⁵⁸ Die Beteiligung an einem Informationsaustausch ebenfalls als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken qualifizierend etwa Urteil des BVGer, RPW 2020/1, 347 E. 9.3.4.3, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Erne)*; ferner RPW 2011/4, 583 Rz 385 m.w.H., *Ascopa*.

⁴⁵⁹ Rz 217.

⁴⁶⁰ BÖNI/WASSMER (Fn 314), Rz 14.

⁴⁶¹ Dahingehend auch Urteil des BVGer, RPW 2020/1, 347 E. 9.3.4.3, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Erne)*.

⁴⁶² Dieselbe Stossrichtung haben die dänischen und die irischen Richtlinien (Fn 53), in denen mehrfach betont wird, dass nur gerade die für die BIEGE-Bildung erforderlichen Informationen ausgetauscht werden dürfen (dänische Richtlinien, 7 und 37 ff.; irische Richtlinien, 18 ff.).

⁴⁶³ Im Kontext von öffentlichen Beschaffungsverfahren in der Baubranche gelten gemäss BVGer unter anderem generelle Offertabsichten oder das Interesse am Zuschlag bei einem bestimmten Projekt üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse; vgl. Urteil des BVGer, RPW 2020/1, 344 f. E. 8.7.9.1.e, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Erne)*.

⁴⁶⁴ In gleichem Sinne auch BÖNI/WASSMER (Fn 314), Rz 14, wenn sie festhalten, es bestünden dann «kartellrechtliche Bedenken».

⁴⁶⁵ Rz 233.

chend ist das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG auch diesbezüglich nicht erfüllt. In zweierlei Hinsicht ist dieser Befund allerdings zu präzisieren:

236. Erstens bezüglich derjenigen Fälle, in welchen das anfragende Unternehmen ausnahmsweise trotz abgelehnter Anfrage ein alleiniges Angebot einreichte.⁴⁶⁶ Diesbezüglich könnte sich die Frage stellen, ob die Anfrage zur Bildung der BIEGE in guten Treuen erfolgte oder ob sie vielmehr dazu diente, die Offertabsichten und das Zuschlagsinteresse des anderen Unternehmens «auszukundschaften» und das eigene Verhalten darauf abzustimmen. Anhaltspunkte für Zweites bestehen vorliegend jedoch nicht,⁴⁶⁷ entsprechend braucht diese Überlegung nicht weiter vertieft zu werden.

237. Zweitens bezüglich der Kumulation der ausgetauschten Informationen aufgrund der wiederholten einzelfallbezogenen BIEGE-Bildungen. Wie bereits ausgeführt,⁴⁶⁸ addieren sich die ausgetauschten Informationen durch einen sich wiederholenden gegenseitigen Austausch über die als BIEGE einzugebenden resp. nicht einzugebenden Projekte. Die ausgetauschten Informationen können sich zu einem Gesamtbild hinsichtlich des generellen Offertverhaltens, der Interessenlage an Zuschlägen bei einzelnen Ausschreibungsverfahren, der Kapazitätsauslastung sowie der Strategie des anderen Unternehmens verdichten. Diese Kenntnisse wiederum könnten zu einer Anpassung des eigenen Offertverhaltens führen, indem dieses darauf abgestimmt wird. Eine derartige Kumulation von ausgetauschten Informationen kann letztlich wettbewerbsbeschränkend wirken; und zwar selbst dann, wenn der Informationsaustausch isoliert bezüglich der einzelnen BIEGE-Bildungen betrachtet als kartellrechtlich nicht zu beanstanden einzustufen ist. Wie ausgeführt,⁴⁶⁹ liegen bei der ARGE AC die erfolgreichen BIEGE-Bildungen an der oberen Grenze des Vertretbaren. Hinzu kommen noch die Fälle, in denen eine BIEGE-Bildung letztlich scheiterte. Dazu, wie häufig dies vorkam, liegen jedoch keine Indizien vor, und es ist nicht ersichtlich, wie sich dies noch feststellen liesse. Infolgedessen erscheint das Gesamtbild, dass die Unternehmen durch den erfolgten Informationsaustausch bezüglich des anderen Unternehmens gewonnen haben, nicht eruierbar. Es bleibt diesbezüglich zwar eine gewisse Befürchtung im Raume hängen, dass das Ausmass des Informationsaustauschs dergestalt sein könnte, dass er letztlich wettbewerbsbeschränkend wirkt, doch fehlt es an konkreten, weiter verfolgbareren Anhaltspunkten, dass dem in der Tat so ist.

C.2.3.4.3. Fazit

238. Es bestehen bezüglich des Informationsaustauschs keine konkreten, weiter verfolgbareren Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

D Ergebnis

239. In ihrer bisherigen Praxis haben sich die Wettbewerbsbehörden noch nicht vertieft mit ARGE auseinandergesetzt. Da ARGE typischerweise kartellrechtlich unbedenklich sind, weil sie keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen, bestand dazu auch kein Anlass. Die Wettbewerbsbehörden haben in der Vergangenheit denn auch bereits mehrfach betont, dass ARGE typischerweise kartellrechtlich unbedenklich

sind. Hier lag jedoch nicht eine solch alltägliche Situation vor, sondern zwei besondere Konstellationen, weshalb – für einmal – eine genauere Betrachtung im Rahmen einer Vorabklärung angezeigt war.

240. In der vorliegenden Vorabklärung betrachtete das Sekretariat zwei unterschiedliche ARGE-Kooperationen im Kanton Graubünden genauer, bei denen jeweils dieselben zwei ARGE-Partner wiederholt gemeinsam offerierten, einige der gemeinsam akquirierten Projekte alsdann aber alleine ausführten. Eine alleinige Ausführung trotz gemeinsamer Offerte stimmt, zumindest im Grundsatz, nicht mit dem typischen Kernanliegen von ARGE überein. Vor allem wenn eine alleinige Ausführung gemeinsam akquirierter Projekte wiederholt vorkommt, besteht die Gefahr, dass ARGE als Deckmantel zweckentfremdet werden könnten, um Projekte zwischen den ARGE-Partnern aufzuteilen.

241. Das Sekretariat stellte fest, dass bei der im Bezirk 4 tätigen Kooperation, der ARGE AB, der Tätigkeitsbereich der ARGE, das heisst, die gemeinsam zu offerierenden Projekte, im Voraus festgelegt wurde. Bei der anderen, in den Bezirken 6 und 7 tätigen Kooperation, der ARGE AC, wurden im Voraus verschiedene Konditionen festgelegt, die bei einer ARGE gelten sollen (z.B. Erfolgsbeteiligung, Zuschläge, Organisatorisches). Ob als ARGE eingegeben wird, wurde hingegen projektspezifisch, also im Einzelfall, entschieden. Die beiden Kooperationen sind daher unterschiedlich intensiv.

242. Um die zwei Kooperationen beurteilen zu können, wurden die jeweils bestehenden konkreten Rahmenbedingungen wie etwa die geografischen Gegebenheiten oder die Ausschreibungspraxis aufgearbeitet. Betrachtet wurden zudem insbesondere die Konkurrenzsituation und die Beschaffungsvolumina in den betroffenen Gebieten sowie die Eigenheiten der involvierten Zweigniederlassungen. Ein besonderes Augenmerk lag sodann auf den Gründen, welche die ARGE-Partner für ihre gemeinsamen Angebote anführten.

243. Bezüglich der **ARGE AB** haben diese Abklärungen gezeigt, dass zahlreiche Besonderheiten in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass das Risiko von «zu vielen» Zuschlägen im Bezirk 4 für die ARGE-Partner bedeutend grösser und die nachteiligen Folgen von «zu vielen» gleichzeitigen Baustellen deutlich schwerwiegender sind als sonstwo. Über alle von der ARGE AB erfassten Projekte betrachtet, hätten die ARGE-Partner zwar zusammengerechnet mehr Angebote eingereicht, wenn sie jeweils alleine offeriert hätten anstatt gemeinsam als ARGE. Die ARGE AB führte somit zu einer Reduktion der Anzahl Angebote. Jedoch ermöglicht die ARGE AB den ARGE-Partnern, das genannte Risiko von «zu vielen» Projekten zu reduzieren und so bei einem gemeinsamen Angebot tiefere Preise zu offerieren, als sie dies bei je alleinigen Angeboten zu tun vermocht hätten. Jedenfalls bei offenen Vergabeverfahren ist die Wettbewerbssituation so, dass die ARGE-Partner diese tieferen Preise auch tatsächlich anbieten mussten resp. müssen.

⁴⁶⁶ Rz 108.

⁴⁶⁷ Rz 117.

⁴⁶⁸ Rz 201.

⁴⁶⁹ Rz 227.

244. Bezüglich der **ARGE AC** haben diese Abklärungen gezeigt, dass die Ausgangslage in den Bezirken 6 und 7 anders ist als im Tätigkeitsgebiet der ARGE AB. Grund für die einzelfallbezogenen ARGE-Bildungen sind primär Kapazitätsüberlegungen. Die ARGE-Projekte dienen als «Puffer» und erlauben den ARGE-Partnern, die im Ausführungszeitpunkt vorhandenen Ressourcen optimal einzusetzen bzw. mögliche Kapazitätsengpässe im Ausführungszeitpunkt über gemeinsame grössere Kapazitäten zu stemmen. Dies gerade auch in Anbetracht dessen, dass bei vielen der gemeinsam akquirierten Projekte die ursprünglich vom Bauherrn vorgesehenen Ausführungszeiträume verschoben wurden aus Gründen, die nicht bei den ARGE-Partnern liegen. Mit Blick auf die wirtschaftliche Zweckmässigkeit und die kaufmännische Vernunft erscheinen hier die Geschäftsentscheide für eine ARGE-Bildung in globo als gerade noch vertretbar, wenn auch an der oberen Grenze liegend. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die ARGE-Partner alleine keine Angebote eingereicht hätten, weshalb die ARGE-Bildungen die Anzahl Angebote nicht reduzierten.

245. Die wesentlichsten Erkenntnisse zur Beurteilung dieser beiden Kooperationen, bei denen es um offene horizontale Zweier-ARGE geht, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Typischerweise erfüllen ARGE bereits den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG nicht. Sie sind keine Wettbewerbsabreden im Sinne des KG, weshalb ihre Zulässigkeit nach Art. 5 KG gar nicht erst geprüft werden muss – sie sind ohne weitere Prüfung zulässig. Denn eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG setzt unter anderem voraus, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. ARGE tun dies typischerweise nicht. Das zeigt sich primär an der Anzahl Angebote, die bei der Situation mit ARGE im Vergleich zur Situation ohne ARGE vorliegt.
- Für die Wettbewerbsbehörden gilt es daher auf Ebene des Sachverhalts insbesondere herauszufinden, ob die ARGE-Partner alleine Angebote eingereicht hätten oder nicht, wenn sie keine ARGE gebildet hätten. Geklärt wird dies anhand der Gründe, weshalb sie eine ARGE bildeten: Bei einigen Gründen ist ohne Weiteres klar, dass ein ARGE-Partner alleine nicht angeboten hätte (z.B. wenn ihm die alleinige Projektausführung objektiv gar nicht erst möglich war) resp. dass er dies getan hätte (z.B. wenn es ihm nur darum geht, den ARGE-Partner einzubinden, um so ein Angebot von diesem zu verhindern und gemeinsam einen höheren Preis offerieren zu können). Andere Gründe (z.B. Kapazitäts- oder Risikoüberlegungen) lassen sich jedoch nicht derart einfach kategorisieren. Es handelt sich dabei um Geschäftsentscheide, die auf unternehmerischen Überlegungen fussen, wobei es nicht den *einen* richtigen Geschäftsentscheid gibt. Vielmehr sind solche Geschäftsentscheide solange nicht zu beanstanden, als dass sie aufgrund der konkreten Umstände mit Blick auf die wirtschaftliche Zweckmässigkeit und die kaufmännische Vernunft vertretbar sind. Es ist also legitim, eine ARGE aus wirtschaftlich zweckmässigen und kaufmännisch vernünftigen Überlegungen zu bilden. Ein solcher Geschäftsentscheid ist von den Wettbewerbsbehörden nicht im Detail zu hinterfragen, sondern einzig zurückhaltend daraufhin zu prüfen, ob er geradezu den Rahmen des Vertretbaren sprengt. Tut er dies nicht, ist zu unterstellen, dass dieses Unternehmen alleine kein Angebot eingereicht hätte.
- Gestützt darauf ist alsdann die Anzahl Angebote bei einer Situation mit ARGE mit derjenigen ohne ARGE zu vergleichen: Wenn beide ARGE-Partner alleine kein Angebot eingereicht hätten, erhöht die ARGE die Anzahl Angebote. Eine solche ARGE beschränkt den Wettbewerb nicht; im Gegenteil, sie stärkt ihn. Hätte ein ARGE-Partner alleine ein Angebot eingereicht, der andere aber nicht, verhält sich die ARGE bezüglich der Anzahl Angebote neutral, d.h., sie führt weder zu mehr noch zu weniger Angeboten. Eine solche ARGE beschränkt den Wettbewerb für gewöhnlich ebenfalls nicht. Nur ausnahmsweise ist dies anders, nämlich dann, wenn die ARGE bloss gebildet wird, um so ein für den Auftraggeber wirtschaftlich schlechteres Angebot einreichen zu können. Hätten aber beide ARGE-Partner je alleine Angebote eingereicht, reduziert die ARGE die Anzahl Angebote. Diesfalls liegt in der Regel auch eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vor, ausser das ARGE-Angebot ist offenkundig wirtschaftlich besser als es die je alleinigen Angebote der ARGE-Partner gewesen wären.
- Da ARGE die Anzahl Angebote typischerweise nicht reduzieren, bezwecken oder bewirken sie typischerweise auch keine Wettbewerbsbeschränkung; sie erfüllen diesfalls den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG nicht. Damit hat die kartellrechtliche Prüfung im Regelfall ihr Bewenden.
- Liegt jedoch ein atypischer Fall vor, d.h., wenn eine ARGE für einmal als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist, ist deren kartellrechtliche Zulässigkeit nach Art. 5 KG zu beurteilen: Eine solche ARGE erfüllt zumindest den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Es hängt alsdann vom Aussenwettbewerb ab, ob sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen lässt. Der Aussenwettbewerb besteht aus denjenigen Konkurrenten, mit deren Teilnahme am konkreten Ausschreibungsverfahren ein Branchenkenner mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit rechnen musste. Ist die Vermutung widerlegt, bleibt zu prüfen, ob eine solche ARGE den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und damit Art. 5 Abs. 1 KG erfüllt. Ist dies der Fall, kann diese ARGE aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sein. Vor allem wenn das ARGE-Angebot für den Auftraggeber wirtschaftlich besser ist als es beide je alleinigen Angebote der ARGE-Partner gewesen wären, liegt ein Effizienzgrund vor (sofern dies nicht bereits bei der Prüfung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt ist, berücksichtigt werden konnte).
- Um ARGE bilden zu können, sind die (potenziellen) ARGE-Partner darauf angewiesen, miteinander zu verhandeln und dabei auch Informationen auszutauschen, die teilweise sensibler Natur sind. Soweit der Austausch von Informationen für die Verhandlungen über die Bildung der ARGE erforderlich ist, wird damit grundsätzlich weder eine Wettbewerbsbeschränkung

bezweckt noch bewirkt. Tauschen sich die (potenziellen) ARGE-Partner jedoch auch über Informationen aus, die für die Verhandlungen über die Bildung der ARGE nicht erforderlich sind, ist die kartellrechtliche Zulässigkeit dieses Informationsaustauschs separat zu prüfen. Legen sie etwa ihre generellen Offertabsichten oder ihr Zuschlagsinteresse bei anderen Projekten offen, verringert dies die strategische Ungewissheit auf dem Markt und kann eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Ein Austausch von solch nicht erforderlichen Informationen kann kartellrechtlich unzulässig sein. Die (potenziellen) ARGE-Partner haben entsprechend darauf bedacht zu sein, im Rahmen der Verhandlungen nur gerade die für die ARGE-Bildung erforderlichen Informationen offenzulegen.

246. Die **ARGE AB** ist nach dem Gesagten als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, hat sie doch die Anzahl Angebote reduziert und ist nicht offenkundig, dass die gemeinsamen Angebote wirtschaftlich besser sind als es die je alleinigen Angebote beider ARGE-Partner wären. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist aufgrund des Aussenwettbewerbs widerlegt. In Anbetracht dessen, dass die ARGE AB eine unbestimmte Anzahl von Projekten betrifft und die ARGE-Partner zuweilen gemeinsam akquirierte Projekte auch alleine ausgeführt haben, beeinträchtigt sie den Wettbewerb nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich. Es liegt aber ein Effizienzgrund nach Art. 5 Abs. 2 KG vor, da die Kooperation ermöglicht, gemeinsam tiefere Preise zu offerieren als dies die ARGE-Partner je alleine tun könnten. In welchem Ausmass die Kooperation jedoch erforderlich ist, um diese Effizienzvorteile zu erreichen, wäre noch vertieft zu untersuchen. Da das Sekretariat Massnahmen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG anregt, bei deren Einhaltung es davon ausgeht, dass die Zusammenarbeit und deren Ausmass notwendig sind, um die Effizienzvorteile zu erlangen, kann dies aber offenbleiben. Diese Anregung wird von den zahlreichen Besonderheiten des Sachverhalts getragen. Die ARGE-Partner sind deshalb gehalten, regelmässig zu prüfen, ob wesentliche Veränderungen eingetreten sind und gegebenenfalls ob und inwiefern die ARGE AB an und für sich respektive das Ausmass der Kooperation zu überdenken ist. Werden die angeregten Massnahmen umgesetzt, besteht für das Sekretariat kein Grund, bei einem Mitglied des Präsidiums um das Einverständnis zur Eröffnung einer Untersuchung zu ersuchen; die Vorabklärung ist insofern einzustellen.

247. Die **ARGE AC** umfasst mehrere Aspekte, die unterschiedliche kartellrechtliche Fragen aufwerfen:

- Zunächst die Rahmenvereinbarung, wonach die ARGE-Partner für ihre gemeinsamen Offerten jeweils denselben ARGE-Grundvertrag und die weiteren Rahmenkonditionen (wieder)verwenden. Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die ARGE-Partner noch bezüglich weiterer, über ein konkretes Projekt hinausgehender Punkte geeinigt hätten (etwa eine Exklusivität oder Bevorzugung bei der ARGE-Bildung oder eine nähere Bestimmung bezüglich der gemeinsam zu offerierenden Projekte), handelt es

sich dabei nicht um eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG.

- Sodann die einzelnen Projekte, bei denen die ARGE-Partner einzelfallbezogen eine ARGE gebildet haben. Da die Geschäftsentscheide für die ARGE-Bildungen hier mit Blick auf die wirtschaftliche Zweckmässigkeit und die kaufmännische Vernunft in globo als gerade noch vertretbar erscheinen, ist davon auszugehen, dass die ARGE-Partner auf alleinige Angebote verzichtet hätten. Die ARGE-Bildungen reduzierten infolgedessen die Anzahl Angebote nicht. Es liegen daher auch diesbezüglich keine Wettbewerbsabreden im Sinne des KG vor.
- Schliesslich der Informationsaustausch, der aufgrund der wiederholten Verhandlungen zur Bildung von ARGE erfolgte. Diesbezüglich bleibt zwar eine gewisse Befürchtung im Raume hängen, dass das Ausmass des Informationsaustauschs letztlich wettbewerbsbeschränkend wirken könnte, doch fehlt es an konkreten, weiter verfolgbareren Anhaltspunkten dafür, dass dem in der Tat so ist.
- Mangels (hinreichender, weiter verfolgbarer) Anhaltspunkte dafür, dass die verschiedenen Aspekte der ARGE AC eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und damit eine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG vorliegt, ist die Vorabklärung bezüglich dieser Kooperation ohne Folgen einzustellen.

E Kosten

248. Vorabklärungen nach Art. 26 KG sind gebührenpflichtig (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG mit ausdrücklichem Verweis auf Art. 26 KG). Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴⁷⁰ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Dieses Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip ergänzt und durchbrochen. Das kommt in Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG zum Ausdruck. Nach dieser Bestimmung haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

249. Bezüglich der Zusammenarbeit zwischen A und B liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor. Das Sekretariat verzichtet trotz dieser Anhaltspunkte darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums um das Einverständnis zur Eröffnung einer Untersuchung zu ersuchen, was auf die angeregten Massnahmen und deren Umsetzung zurückzuführen ist. Dass die Vorabklärung eingestellt wird, ändert deshalb nichts daran, dass A und B gebührenpflichtig sind.

250. Bezüglich der Zusammenarbeit zwischen A und C liegen demgegenüber keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben sie daher keine Gebühren zu bezahlen. C sind daher keine Gebühren aufzuerlegen und A einzig die auf die Zusammenarbeit zwischen ihr und B entfallenden.

⁴⁷⁰ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

251. Die Höhe der Gebühr bemisst sich nach Zweitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis CHF 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).

252. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitenden ist ein Stundenansatz von CHF 200.– bzw. CHF 290.– angemessen. Die aufgewendete verrechenbare Zeit beträgt vorliegend insgesamt 747 Stunden à CHF 200.– und 33.3 Stunden à CHF 290.–, ausmachend (geringfügig abgerundet) CHF 159'000.–.

253. Die Verfahrenskosten von CHF 159'000.– sind nun auf die zwei beurteilten Zusammenarbeiten aufzuteilen. Die Behandlung der Zusammenarbeit zwischen A und B erforderte einen bedeutend grösseren Zeitaufwand als diejenige der Zusammenarbeit zwischen A und C, weshalb es angemessen ist, die Kosten im Verhältnis zwei zu eins aufzuteilen. Die auf die Zusammenarbeit zwischen A und C entfallenden Verfahrenskosten von einem Drittel, ausmachend CHF 53'000.–, sind vom Staat zu tragen. Bezüglich der Zusammenarbeit zwischen A und B ist zu berücksichtigen, dass sich die Zusammenarbeit im Grundsatz als kartellrechtlich zulässig erwiesen hat und die Anregung sich daher «bloss» auf deren Ausmass bezieht. Es ist daher angemessen, A und B als zur Hälfte unterliegend zu erachten. Die Hälfte der auf die Zusammenarbeit zwischen A und B entfallenden Verfahrenskosten von CHF 106'000.–, also CHF 53'000.–, sind deshalb vom Staat zu tragen. Die andere Hälfte dieser Verfahrenskosten, also ebenfalls CHF 53'000.–, ist den beiden Beteiligten A und B je zur Hälfte aufzuerlegen, ausmachend je CHF 26'500.–.

F Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. regt bezüglich der Zusammenarbeit zwischen A und B folgende Massnahmen an:

A und B können bei allen in offenen oder selektiven Verfahren ausgeschriebenen Strassenbauprojekten des Kantons Graubünden im Unterengadin (Bezirk 4) gemeinsam als ARGE offerieren. Bei allen übrigen Strassenbauprojekten im Bezirk 4, insbesondere allen von Gemeinden und Privaten ausgeschriebenen, offerieren sie – unter Vorbehalt der nachfolgenden, alternativen Ausnahmen – nicht gemeinsam als ARGE. Gemeinsam offerieren können sie bei Strassenbauprojekten von Gemeinden und Privaten im Bezirk 4, wenn

- 1) eines oder beide Unternehmen nicht alle Eignungskriterien erfüllen und ein aussenstehender Branchenkenner dies ohne Abklärungen (also insbesondere ohne bei den Unternehmen nachzufragen) weiss, oder
- 2) einem oder beiden Unternehmen objektiv unmöglich ist, das Projekt alleine auszuführen, und ein aussenstehender Branchenkenner dies ohne Abklärungen (also insbesondere ohne bei den Unternehmen nachzufragen) weiss.

Diese Anregung gilt unter der Voraussetzung, dass der Kanton Graubünden sämtliche Strassenbauprojekte im Bezirk 4 offen oder selektiv ausschreibt, unabhängig davon, ob der dafür einschlägige Schwellenwert überschritten wird oder nicht.

Schreibt der Kanton Graubünden nicht sämtliche Strassenbauprojekte im Bezirk 4 unabhängig der Überschreitung des dafür einschlägigen Schwellenwerts offen oder selektiv aus, lautet die Anregung angepasst wie folgt:

A und B können bei allen in offenen oder selektiven Verfahren ausgeschriebenen Strassenbauprojekten des Kantons Graubünden im Bezirk 4 gemeinsam als ARGE offerieren. Bei allen übrigen Strassenbauprojekten im Bezirk 4 prüfen sie bezüglich der einzelnen Ausschreibungen, ob eine gemeinsame Offerte als ARGE angezeigt ist oder nicht, wobei sie bei dieser Prüfung auch ihre projektübergreifenden Risikoüberlegungen einfließen lassen können, die eine relativ umfangreiche Zusammenarbeit rechtfertigen.

2. verzichtet vorläufig darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums um das Einverständnis zur Eröffnung einer Untersuchung gegen A und B zu ersuchen, sofern A und B die angeregten Massnahmen gemäss Ziffer 1 umsetzen.
3. stellt die Vorabklärung bezüglich der Zusammenarbeit zwischen A und B ein.
4. stellt die Vorabklärung bezüglich der Zusammenarbeit zwischen A und C ohne Folgen ein.
5. stellt fest, dass die Verfahrenskosten CHF 159'000.– betragen. Davon sind CHF 106'000.– zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft auszuscheiden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 53'000.– werden A und B je hälftig, ausmachend je CHF 26'500.–, auferlegt.
6. teilt diesen Schlussbericht nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse dem Kanton Graubünden mit.
7. publiziert diesen Schlussbericht nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse.
8. teilt diesen Schlussbericht A, B und C mit.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Neues Versicherungsmodell ALAG / VWFS

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

I. Sachverhalt

1. Die AMAG Leasing AG (nachfolgend: ALAG), die zur AMAG-Gruppe (nachfolgend: AMAG) gehört, betreibt derzeit eine Kooperation mit der Volkswagen Financial Services AG (nachfolgend: VWFS) sowie bestimmten Versicherern. Die Kooperation erfolgt im Bereich der Motorfahrzeugversicherungen, genauer gesagt in den Bereichen der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen, der Motorfahrzeug-Kaskoversicherungen und der Motorfahrzeug-Garantieversicherungen (nachfolgend zusammen *Kooperationsprodukte* genannt).

2. [...] Ziel dieses Versicherungsmodells ist es nach Angaben von ALAG, durch die Erzielung von Effizienzvorteilen kompetitivere Versicherungsprodukte anbieten zu können und so eine höhere Nachfrage nach den Kooperationsprodukten zu generieren.

3. Nachfolgend wird zunächst auf einige grundsätzliche Punkte des Versicherungsangebots im AMAG-Vertriebsnetz eingegangen. Sodann wird das bisherige Versicherungsmodell dargelegt und dann auf das geplante neue Versicherungsmodell eingegangen.

I.1 Grundsätzliches zum Versicherungsangebot der AMAG-Kunden

4. Kunden im AMAG-Vertriebsnetz werden anlässlich des Kaufs eines Motorfahrzeugs verschiedene Versicherungsprodukte angeboten. Diese Produkte werden in Kooperation mit mehreren Versicherungsunternehmen angeboten, wobei jeweils die Versicherungsunternehmen (und nicht AMAG, ALAG oder VWFS) als Versicherer der genannten Produkte agieren. Mit anderen Worten kommt der Vertragsschluss jeweils zwischen den folgenden Akteuren zustande:

- bei der Haftpflicht- und Kaskoversicherung: Zwischen Fahrzeughalter und Versicherungsunternehmen; und
- bei der Garantieversicherung: Zwischen Versicherungsunternehmen und zugelassenem Händler/Servicepartner, der die Garantie einem Fahrzeughalter anbietet.

5. AMAG ist somit nicht Vertragspartei der Versicherungsverträge und stellt lediglich ihr Vertriebsnetz zur Verfügung. Auch die von der AMAG zugelassenen Händler bzw. die Servicepartner sind bei der Haftpflicht- und Kaskoversicherung nicht in der Lage, die Versicherungsverträge abzuschliessen und die damit verbunde-

nen Vertragskonditionen festzulegen. Vielmehr leiten sie die Versicherungsanträge dem Versicherer weiter, agieren damit als Vermittler am sog. «Point of Sale» (nachfolgend: PoS) und werden für ihre Vermittlungsdienste mit einer Provision entschädigt. Der Versicherer entscheidet stets unabhängig über Abschluss und Vertragskonditionen der Versicherung.

I.2 Bisheriges Versicherungsmodell

6. AMAG und VWFS unterhalten bisher *je separate* Kooperationen mit Versicherern. Dies führt dazu, dass unter dem bisherigen Versicherungsmodell am PoS jeweils bis zu drei verschiedene Kooperationsprodukte angeboten werden.

7. Einerseits werden von den zugelassenen Händlern bzw. Servicepartnern am PoS zwei sog. AMAG-Versicherungen angeboten. Diese basieren auf der Kooperation zwischen AMAG und der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Allianz) sowie zwischen AMAG und der AXA Versicherungen AG (nachfolgend: AXA).¹

8. Andererseits kann von den zugelassenen Händlern bzw. Servicepartnern am PoS eine Versicherung angeboten werden, die auf einer Kooperation zwischen VWFS und der Zurich beruht. Dabei handelt es sich um sog. Volkswagen-Versicherungen, also Versicherungen unter den Marken des Volkswagen-Konzerns (Volkswagen, Audi, SEAT, Škoda; nachfolgend *Markenversicherungen* genannt).

9. Ebenfalls zu erwähnen ist, dass VWFS trotz der Kooperation ihre Markenversicherungen auch direkt – und damit nicht zwingend über den PoS – an die Kunden vertreiben darf. Allerdings hat diese Vertriebsart nach Angaben der Parteien keine bedeutenden Dimensionen erreicht.² Daneben ist es auch den Versicherern (Zurich, AXA, Allianz) erlaubt, neben den Kooperationen mit AMAG und VWFS weitere Motorfahrzeug-Versicherungsprodukte über andere Kanäle zu verkaufen. Die Kunden des AMAG-Vertriebsnetzes sind in der Wahl ihres Versicherungsprodukts denn auch frei.

¹ Daneben unterhält ALAG eine Kooperation mit der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Zurich) und AXA.

² Im Direktvertrieb werden von VWFS [...] rund [...] Versicherungen jährlich vertrieben.

I.3 Neues Versicherungsmodell von AMAG und VWFS

10. Das neue Versicherungsmodell sieht in zweierlei Hinsicht eine Vereinfachung vor. Anders als bisher ist einerseits vorgesehen, dass nur noch VWFS eine Kooperation mit den Versicherern eingeht (Beendigung der Kooperation mit AMAG). Andererseits wird auch auf Ebene des Angebots am PoS eine Vereinfachung vorgenommen, indem nur noch eine anstatt bis zu drei Versicherungen vermittelt werden (Reduktion des Versicherungsangebots) und diese Versicherung exklusiv von einem Versicherer angeboten wird.

I.3.1 Reduktion des Versicherungsangebots

11. Kunden des AMAG-Vertriebsnetzes soll neu nur noch *eine* Markenversicherung pro Fahrzeugmarke angeboten werden, bei der jeweils Allianz, AXA oder Zurich die Versicherungen exklusiv anbieten. AMAG-Versicherungen werden somit am PoS nicht mehr angeboten. Der Wegfall des Brandings «AMAG» bei den Versicherungsprodukten soll es für zugelassene Händler bzw. Servicepartner attraktiver machen, die Versicherungen anzubieten.

12. VWFS bleibt nach wie vor frei, *Kooperationsprodukte* online direkt anzubieten. Auch die zugelassenen Händler und Servicepartner dürfen weiterhin andere Versicherungsprodukte anbieten, [...]. Nicht zuletzt sind auch die Versicherer weiterhin frei, neben den Markenversicherungen konkurrierende Motorfahrzeugversicherungen³ anzubieten und über beliebige Kanäle (Agenturen, PoS) vermitteln zu lassen. Mit anderen Worten wird die Möglichkeit der Versicherer, Kunden des AMAG-Vertriebsnetzes andere Versicherungsprodukte als die Kooperationsprodukte anzubieten, durch das Versicherungsmodell nicht beschränkt. Die Zurich, AXA und Allianz werden demnach nicht darin beschränkt, Haltern von Fahrzeugen des Volkswagenkonzerns neben den Kooperationsprodukten bzw. Markenversicherungen andere Haftpflicht-, Kasko- und Garantiever Versicherungen anzubieten.

I.3.2 Beendigung der Kooperation zwischen AMAG und Versicherern

13. Die Versicherer werden unter dem neuen Modell nur noch mit VWFS kooperieren. Die Rolle von AMAG wird sich neu darauf beschränken, dass sie ihr Vertriebsnetz zur Verfügung stellt. Zudem wird innerhalb der AMAG neu die ALAG alleine die Zuständigkeit im Versicherungsbereich übernehmen und einen Kooperationsvertrag mit VWFS eingehen. Die Kooperation beschlägt lediglich das Innenverhältnis von ALAG und VWFS. In diesem Innenverhältnis erhält ALAG ein Mitentscheidungsrecht über die Versicherungsprodukte sowie eine Beteiligung an den Provisionen der Versicherer.

14. Gegenüber den Versicherern wird nur noch VWFS Vertragspartner sein und VWFS wird die Kooperationsverträge mit den Versicherern in eigenem Namen schliessen sowie die Versicherungen administrieren.

I.3.3 Versicherungsvertrieb durch zugelassene Händler/Servicepartner

15. Der Vertrieb der Versicherungen erfolgt weiterhin am PoS. Die zugelassenen Händler bzw. Servicepartner⁴ schliessen einen Vermittlervertrag mit den Versicherern und mit VWFS ab. Auch in dieser Hinsicht besteht zwischen zugelassenen Händlern bzw. Servicepartnern und ALAG kein Vertragsverhältnis, die Betreuung der Vermittler erfolgt ausschliesslich durch den Aussendienst der Versicherer und durch VWFS. Der Versicherungsvertragsschluss hinsichtlich der unterschiedlichen Motorfahrzeugversicherungen kommt weiterhin wie oben beschrieben zustande.⁵

I.3.4 [...]

16. [...].

17. [...].

II. Fragestellung

18. ALAG beantragt die Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit des neuen Versicherungsmodells und identifiziert dabei aus kartellrechtlicher Perspektive die folgenden Fragen:

1. Ist es kartellrechtlich zulässig, dass die AMAG und VWFS die bisher getrennt angebotenen Versicherungen unter einer Marke zusammenlegen und je Versicherung exklusiv mit einem Versicherer zusammenarbeiten?
2. Ist es kartellrechtlich zulässig, dass die AMAG ihre Kooperation mit Versicherern beendet und nur noch die VWFS eine solche Kooperation unterhält?
3. [...]

19. [...].

III. Beurteilung

20. Nachfolgend wird auf die kartellrechtliche Beurteilung des geplanten Versicherungsmodells eingegangen, wobei die in Rz 18 aufgelisteten Fragen beantwortet werden sollen. Aufgrund der von ALAG genannten, marginalen Marktanteile von [0–10] %⁶ fällt eine mögliche unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG⁷ ausser Betracht.⁸

³ So kann bspw. AXA ihre Motorfahrzeugversicherung «STRADA» weiterhin anbieten.

⁴ [...].

⁵ Vgl. Rz 4.

⁶ Im Bereich der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen erreichten AMAG und VWFS 2018 mit den Kooperationsprodukten einen gemeinsamen Marktanteil von [0–10] %, im Bereich der Motorfahrzeug-Kaskoversicherungen [0–10] % und im Bereich der Motorfahrzeug-Garantiever Versicherungen [0–10] %. [...]. Die entsprechenden Angaben werden bei einer Beratung durch die Wettbewerbsbehörden nicht überprüft.

⁷ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁸ [...].

III.1 Vorliegen von Wettbewerbsabreden

21. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

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

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

23. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. vertikale harte Kartelle).

24. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei harten Kartellen kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

25. Das vorgesehene Versicherungsmodell beinhaltet verschiedene Vorgänge, die auf Wettbewerbsabreden beruhen. Diese Abreden sind im Folgenden aus kartellrechtlicher Perspektive zu beurteilen.

III.1.1 Exklusivität pro Marke

26. Nach dem neuen Versicherungsmodell sollen pro Marke nicht mehr jeweils bis zu drei Produkte pro Versicherer angeboten werden können; vielmehr ist neu eine Exklusivität pro Marke vorgesehen. Mit anderen Worten wird für jede Marke das Versicherungsprodukt jeweils exklusiv bei AXA, Zurich oder Allianz nachgefragt. Die Vereinbarung über die Exklusivität pro Marke könnte daher eine unzulässige vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

27. Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen (d.h. Haupt- oder Nebenleistungen), zu denen die Unternehmen bestimmte

Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek⁹). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren, d.h. auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen tatsächlich auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind oder ob sie nur der Möglichkeit nach (potenziell) auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren können.

28. Damit das Vorliegen einer vertikalen Abrede bejaht werden kann, müssen AMAG bzw. VWFS und die Versicherer auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sein. Die Versicherer agieren vorliegend im Versicherungsgeschäft, genauer gesagt im sachlich relevanten Markt der Motorfahrzeugversicherungen.¹⁰ AMAG und VWFS sind nicht in diesem Markt tätig, vielmehr agieren sie im vorliegenden Versicherungsmodell als Kooperationspartner. Die vorliegende Vereinbarung stellt somit eine vertikale Wettbewerbsabrede über einen Exklusivbezug dar.

29. Bei der in Frage stehenden Abrede handelt es sich nicht um ein hartes vertikales Kartell im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG, da weder eine Abrede über Mindest- oder Festpreise noch über absoluten Gebietsschutz vorliegt. Es wäre also zu prüfen, ob die Abrede den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und damit unzulässig ist. Diesbezüglich bringt ALAG in der Beratungsanfrage vor, dass keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliege. Eine Erheblichkeit der Abrede wäre vorliegend gemäss Ziff. 13 (1) VertBek dann zu verneinen, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet. Dass dies in casu der Fall ist, scheint unwahrscheinlich, kann an dieser Stelle aber offenbleiben, zumal – wie zu sehen sein wird – die Exklusivitätsvereinbarung aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann.¹¹

III.1.2 Reduktion der Versicherungsprodukte

Vereinbarung zwischen AMAG und VWFS

30. Mit der vereinbarten Exklusivität gegenüber den Versicherern geht eine Reduktion des Versicherungsangebots gegenüber den Endkunden am PoS einher. Diese Vereinbarung könnte eine horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG darstellen.

31. Horizontale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken.¹² Auf derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen, wenn sie

⁹ Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek; BBI 2010 5078 ff.).

¹⁰ Vgl. für die Marktabgrenzung in diesem Bereich: RPW 2014/3, 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*; RPW 2006/3, 494 Rz 11, *Axa/Winterthur*. Entsprechend den versicherten Risiken könnte in Erwägung gezogen werden, diesen Markt in weitere Teilmärkte zu unterteilen. Diese Frage kann vorliegend aber offenbleiben.

¹¹ S. dazu unten III.2.

¹² Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 468, 545.

infolge der Austauschbarkeit ihrer Güter oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob die Unternehmen nur der Möglichkeit nach (potenziell) in Konkurrenz zueinander stehen.¹³

32. AMAG und VWFS sind beide keine Versicherer. Sie agieren im Bereich der Versicherungsvermittlung, indem sie direkt (VWFS) oder indirekt über die zugelassenen Händler und Servicepartner (VWFS und AMAG) Versicherungen vermitteln. Daher kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass AMAG und VWFS auf derselben Marktstufe tätig sind und vereinbaren, die Anzahl angebotener Versicherungsprodukte im Rahmen des neuen Versicherungsmodells zu reduzieren. Dies stellt eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG und damit ein hartes Kartell dar, was die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach sich zieht.

33. Zur Beurteilung ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann, muss zunächst der relevante Markt abgegrenzt werden. Die Vereinbarung betrifft vorliegend diejenigen Produkte, die auf dem Fahrzeugversicherungsmarkt angeboten werden; sie wirkt sich auf diesen Markt aus.¹⁴

34. Hinsichtlich der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch die vorliegende Abrede ist – mitunter aufgrund der von ALAG vorgebrachten marginalen Marktanteile¹⁵ – davon auszugehen, dass die Vermutung widerlegt werden kann. Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in solchen Fällen von einer grundsätzlichen Erheblichkeit der Vereinbarung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen.¹⁶

35. Ob vorliegend wie von ALAG vorgebracht ein Bagatellsachverhalt vorliegt,¹⁷ muss für die vorliegende Beratung nicht beantwortet werden, zumal die Vereinbarung aus anderen Gründen kartellrechtlich zulässig ist. Dennoch sei an dieser Stelle erwähnt, dass das Vorliegen eines Bagatellsachverhalts schon nur aufgrund der Grösse und Bedeutung des von der Abrede betroffenen AMAG-Vertriebsnetzes sehr unwahrscheinlich erscheint.

36. Die Vereinbarung über die Reduktion der Wettbewerbsprodukte zwischen AMAG und VWFS stellt eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG dar, die zwar keine Wettbewerbsbeseitigung zur Folge hat, aber erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist. Wie zu sehen sein wird, ist diese Abrede trotz des Gesagten kartellrechtlich zulässig.¹⁸

[...]

37. [...]

38. [...]

III.1.3 Ausscheiden von AMAG als Kooperationspartner

39. AMAG soll als Kooperationspartner gegenüber den Versicherern ausscheiden und nur noch VWFS soll mit den Versicherern kooperieren. Der Ausstieg von AMAG als Kooperationspartner des Versicherungsmodells könnte eine horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne

von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zum Zwecke der Reduktion der Anzahl der Wettbewerber und damit ein horizontales hartes Kartell darstellen, bei dem die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird.

40. Hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist nicht offensichtlich, wie der relevante Markt abzugrenzen wäre. Diesbezüglich nennt ALAG die Abgrenzung eines «Kooperationsmarktes» (Markt für Kooperationen über die Zurverfügungstellung von Markenversicherungen).¹⁹ Eine solche Markt-abgrenzung könnte in Betracht gezogen werden. Die Marktgegenseite auf einem solchen Markt wären wohl die Versicherer, die Vertriebsnetze nachfragen, über welche sie ihre Versicherungsprodukte an Endkunden verkaufen können. Auf einem solchen Markt dürfte das AMAG-Vertriebsnetz im Wettbewerb zu Vertriebsnetzen anderer Automarken stehen, weshalb – ohne eine abschliessende Markt-abgrenzung vorzunehmen – davon auszugehen ist, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann.

41. Bei einer Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung läge nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vor.²⁰ Offenbleiben kann, ob allenfalls – wie von ALAG vorgebracht, aber vorliegend nach Ansicht des Sekretariats aufgrund der Grösse und Bedeutung des von der Abrede betroffenen AMAG-Vertriebsnetzes sehr unwahrscheinlich erscheint – ein Bagatellsachverhalt vorliegen könnte.²¹ Für die Zwecke dieser Beratung ändert dies am Ergebnis nämlich nichts, da die Beendigung der Kooperation von AMAG mit den Versicherern aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann.²²

III.1.4 Zwischenfazit

42. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden:

- Die Exklusivitätsvereinbarung stellt eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, wobei vorliegend offenbleiben kann, ob diese den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt;

¹³ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.2.16, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.1.8, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.13, *SFS unimarket AG/WEKO*.

¹⁴ Dazu Rz 28 und Fn 10.

¹⁵ Vgl. Rz 20 und Fn 6.

¹⁶ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1 (= RPW 2017/2, 349 E. 5.1), *Gaba*; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, RPW 2017/4, 691 f. E. 4.3.1, *BMW*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (15.5.2020).

¹⁷ [...].

¹⁸ S. dazu unten III.2.

¹⁹ [...].

²⁰ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1 (= RPW 2017/2, 349 E. 5.1), *Gaba*; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, RPW 2017/4, 691 f. E. 4.3.1, *BMW*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (15.5.2020).

²¹ [...].

²² S. dazu sogleich III.2.

- Die Vereinbarung zwischen AMAG und VWFS über die Reduktion der Versicherungsprodukte stellt ein horizontales hartes Kartell im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG dar, wobei die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere aufgrund der marginalen Marktanteile von ALAG, widerlegt werden kann;
- [...];
- Die Vereinbarung über das Ausscheiden von AMAG als Kooperationspartner stellt ein horizontales hartes Kartell im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG dar, wobei die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann.

III.2 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

44. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.²³ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.²⁴ Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.²⁵

45. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.²⁶ Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

46. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.²⁷

47. Hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden ist auch Ziff. 16 VertBek zu beachten. Die Effizienzrechtfertigung ist auch bei horizontalen und vertikalen harten Kartellen, bei denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wurde, möglich.

III.2.1 Rechtfertigungsgründe

48. Gemäss ALAG besteht im Motorfahrzeugversicherungsbereich ein starker Wettbewerb sowie eine hohe Markttransparenz aufgrund von Prämienrechnern. Das neue Versicherungsmodell soll durch Erzielung von Effizienzvorteilen (bessere Preise/Ausbau von Leistungen) höhere Marktanteile erreichen als das alte Versicherungsmodell.

49. ALAG bringt in der Beratungsanfrage verschiedene Effizienzvorteile zur Rechtfertigung der verschiedenen Wettbewerbsabreden vor. Namentlich bringt ALAG vor, dass das neue Versicherungsmodell aus folgenden Gründen effizienter ist:²⁸

- Das Versicherungsmodell vereinfacht das Vermittlungsgeschäft am PoS, weil die Vermittler nur noch ein Produkt kennen müssen und nur auf diesem geschult werden müssen. Dies steigert die Kompetenz der PoS-Mitarbeiter hinsichtlich der angebotenen Produkte;
- Die Vertriebskosten für die Versicherer reduzieren sich (Ausbildung der PoS-Mitarbeiter, Vertrieb über PoS und nicht via Agenturen/Direktvertrieb);
- Die Fokussierung auf weniger Versicherungsprodukte erlaubt es, die Produkte besser auf die Endkunden zuzuschneiden;
- [...];
- [...];
- Der Aufwand für die Verhandlung und Finanzierung der Kooperationen reduziert sich, da nur noch VWFS als Kooperationspartner agiert. AMAG kann insbesondere auf den Aufwand in Bezug auf die Versicherungsverträge verzichten und dennoch weiterhin vom Know-how der VWFS profitieren;

50. Im Folgenden ist für jede Wettbewerbsabrede gesondert zu prüfen, ob eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen zu bejahen ist.

Exklusivität pro Marke

51. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist die Vereinbarung über den exklusiven Bezug von Versicherungsprodukten pro Marke *in casu* abgesehen von einer allfälligen Rechtfertigung aufgrund von Ziff. 16 (2) VertBek – die vorliegend nicht geprüft wird – im Einzelfall gerechtfertigt.

52. Hinsichtlich der Exklusivität pro Marke kommen *prima vista* insbesondere Qualitätsgründe zur Rechtfertigung der Abrede in Betracht. Auf Seiten der zugelassenen Händler und Servicepartner dürfte die Exklusivität pro Marke zu Qualitätsverbesserungen führen, da diese

²³ RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.w.H. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E. 10.3), *Buchpreisbindung*.

²⁴ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731 E. 10.3), *Buchpreisbindung*.

²⁵ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.

²⁶ Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., *FttH Freiburg*.

²⁷ RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²⁸ [...].

sich nur noch auf ein Produkt pro Marke und Versicherungsart konzentrieren können und ihre Kompetenz in dieser Hinsicht gegenüber dem alten Versicherungsmodell gesteigert werden dürfte.

53. Auf Seiten der Versicherer dürften ebenfalls Qualitätsgewinne resultieren, zumal diese nun weniger Versicherungsprodukte anbieten werden²⁹ und das Versicherungsprodukt bezüglich der entsprechenden Marke optimieren können. Allerdings sollte auch festgehalten werden, dass durch die Exklusivität pro Marke die jeweiligen Versicherer weniger Konkurrenz ausgesetzt sind. Diese Konkurrenzreduktion dürfte allerdings minim sein, zumal (1) die anderen Versicherer frei bleiben, ausserhalb des vorliegenden Versicherungsmodells die Kooperationsprodukte zu konkurrenzieren und (2) die Marktanteile der Kooperationsprodukte sehr gering sind, mit anderen Worten die Versicherer immer noch erheblicher Konkurrenz ausserhalb des Versicherungsmodells ausgesetzt sind.

54. Nach dem Gesagten kann die Abrede über die Exklusivität pro Marke aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden.

Reduktion der Versicherungsprodukte

55. Die Reduktion der Versicherungsprodukte dürfte insbesondere deshalb effizient sein, weil den Endkunden im Ergebnis eine bessere Dienstleistung angeboten werden kann. Durch die Reduktion wird das Angebot übersichtlicher und die Endkunden können von den zugelassenen Händlern eine qualitativ bessere Dienstleistung erwarten. [...].

56. Ebenfalls dürfte es für die Versicherer zu Reduktionen der Vertriebskosten kommen, da nur noch Vertriebskosten hinsichtlich einer Marke anfallen werden.³⁰

57. In Anlehnung an die in Rz 53 gemachten Ausführungen ist auch an dieser Stelle auf die Reduktion des Versicherungsangebots aufgrund der Abrede zwischen AMAG und VWFS hinzuweisen. Den Endkunden stehen am PoS also weniger Produkte zur Verfügung. Diesbezüglich kann allerdings davon ausgegangen werden, dass auf dem Markt eine Vielzahl von anderen Versicherungsprodukten verfügbar ist und daher vor allem für Endkunden die Reduktion der Versicherungsprodukte kaum spürbar sein wird bzw. die Vorteile qualitativ besserer Versicherungsprodukte am PoS überwiegen.

58. Nach dem Gesagten kann die Abrede über die Reduktion der Wettbewerbsprodukte aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden.

Ausscheiden von AMAG als Kooperationspartner

59. Schliesslich dürfte auch die Beendigung der Kooperation zwischen AMAG und den Versicherern effizient sein, weil nicht mehr zwei parallele Kooperationen unterhalten werden müssen. Diese parallelen Kooperationen haben bis anhin dazu geführt, dass den Endkunden bis zu drei verschiedene Produkte für dieselbe Versicherungsart angeboten werden konnten, was unübersichtlich für Kunden und zugelassene Händler bzw. Servicepartner war und zu erheblichen Doppelspurigkeiten auf Ebene von AMAG und VWFS geführt hat. Durch das neue Versicherungsmodell werden diese Ineffizienzen voraussichtlich zu einem grossen Teil behoben.

60. Auf Seiten von AMAG dürften sich die Vertriebskosten nun beträchtlich reduzieren, weil diese neu nicht mehr selber mit den Versicherern Kooperationen unterhalten muss sondern nur noch ALAG (im Innenverhältnis) mit VWFS kooperieren wird. Trotz ihres Ausscheidens als Kooperationspartner wird AMAG noch von der Kooperation von VWFS mit den Versicherern profitieren und diese auch mitbestimmen können. Zudem wird AMAG weiterhin vom Know-how von VWFS als weltweiter Unternehmensgruppe profitieren und dafür lediglich ihr Vertriebsnetz zur Verfügung stellen müssen.

61. Ob das Ausscheiden von AMAG als Kooperationspartner auch hinsichtlich der Konditionen für die Endkunden und Vermittler zu Verbesserungen führt,³¹ kann nicht abschliessend beurteilt werden, zumal VWFS schon heute die Kooperation im Bereich der Markenversicherungen unterhält und die Versicherer weiterhin entscheidenden Einfluss auf die definitiven Versicherungskonditionen haben werden.

62. Nach dem Gesagten kann die Abrede über das Ausscheiden von AMAG als Kooperationspartner aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden.

III.2.2 Notwendigkeit der Abrede und Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

63. Eine Abrede ist dann zur Erzielung der Effizienzen notwendig, wenn sie geeignet und erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen und eine Verhältnismässigkeit i.e.S. bejaht werden kann.³² Die drei vorliegend besprochenen Abreden können mit den verfügbaren Informationen als notwendig betrachtet werden. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Abreden die Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eröffnen würden.

IV. Fazit

64. Das neue Versicherungsmodell führt zu verschiedenen kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsabreden. Für die Zwecke der vorliegenden Beratung ist es nicht bezüglich aller Abreden nötig, abschliessend zu beurteilen, ob diese Abreden den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigen oder – was aufgrund der Grösse und Bedeutung des von den Abreden betroffenen AMAG-Vertriebsnetzes sehr unwahrscheinlich erscheint – ob sie gar Bagatellsachverhalte darstellen. Dies, weil die Abrede über die Exklusivität pro Marke, die Abrede über die Reduktion der Wettbewerbsprodukte und die Abrede über das Ausscheiden von AMAG als Kooperationspartner im Rahmen des geplanten Versicherungsmodells aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden können und daher kartellrechtlich zulässig sind.

65. [...].

²⁹ Dies aber vorbehältlich anderer Produkte, die ausserhalb der Kooperation angeboten werden.

³⁰ Ob diese Effizienzvorteile aber tatsächlich eintreffen, ist davon abhängig, wie viele Versicherungsprodukte von den jeweiligen Versicherungen unter dem aktuellen Versicherungsmodell tatsächlich angeboten wurden. Dies geht aus der Beratungsanfrage nicht hervor.

³¹ [...].

³² Vgl. etwa BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 KG N 319 ff.; für vertikale Abreden vgl. auch Ziff. 16 Abs. 4 VertBek.

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

I. Sachverhalt

I.1 Grundsätzliches

1. Der Schweizerische Versicherungsverband SVV (nachfolgend: SVV) ist der Verband der privaten Versicherungswirtschaft und vertritt als Dachorganisation die Interessen seiner Mitglieder auf nationaler und internationaler Ebene. Dem SVV sind ungefähr 80 Versicherungsunternehmen (nachfolgend: VU) angeschlossen, welche etwa 85 % der im Schweizer Markt erwirtschafteten Prämien aufeinander vereinen. Davon entfielen im Jahre 2018 CHF 29.8 Mrd. auf Prämien im Bereich «Leben» und CHF 28.2 Mrd. auf Prämien im Bereich «Nichtleben».

2. Der zuständige Ausschuss Nichtleben des SVV beabsichtigt den Aufbau eines Hinweis- und Informationssystems (HIS) im Bereich Nichtleben (Motorfahrzeugkasko und -haftpflichtversicherung; Privat- und Betriebshaftpflichtversicherung sowie Sachversicherung, d.h. Hausrat, Gebäude und Unternehmen). Das HIS soll der Aufdeckung und Prävention von Versicherungsmissbrauch dienen. Mit dem Betrieb und mit der Realisierung des HIS ist die SVV Solution AG (nachfolgend: SVVS), eine 100 % Tochtergesellschaft des SVV betraut.

3. Für die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Aspekte wurde das HIS im Juni 2020 dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) vorgestellt. Die nachfolgende Beurteilung des Sekretariats erfolgt nur aus kartellrechtlicher Sicht.

I.2 Funktionsweise HIS

4. Das HIS stellt eine Datenbank dar, dem verschiedene VU angeschlossen sind. Jedes angeschlossene VU meldet bestimmte Informationen in das HIS ein und kann Informationen im Schadenfall abrufen. Damit Informationen von den angeschlossenen VU in das HIS eingemeldet werden können, muss zwingend ein sogenannter «Einmeldegrund» vorliegen. Die Einmeldegründe werden nachfolgend im Einzelnen umschrieben.

I.2.1 Einmeldegründe im Einzelnen

5. Bei den Einmeldegründen handelt es sich um Schadenfälle, in denen die Leistungspflicht durch die Versicherungsgesellschaft aus qualifizierten Gründen abgelehnt wird. Einen besonderen Anwendungsfall bildet der Einmeldegrund der Kündigung im Schadenfall (siehe nachfolgend siebter Spiegelstrich). Die Einmeldegründe finden ihre Grundlage primär im Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag,¹ im Obligationenrecht² und im Zivilgesetzbuch³. Im Einzelnen handelt es sich um die nachfolgenden Einmeldegründe:

- *Anzeigepflichtverletzung* (Art. 6 Abs. 1 VVG): Eingemeldet werden natürliche Personen, welche ihre Anzeigepflicht gemäss Art. 6 Abs. 1 VVG verletzt haben oder von einer Anzeigepflichtverletzung profitieren.
- *Missbräuchliche Rückwärtsversicherung* (Art. 9 VVG): Eingemeldet werden natürliche Personen, welche eine missbräuchliche Rückwärtsversicherung im Sinne von Art. 9 VVG vornehmen oder davon profitieren. Bei einer missbräuchlichen Rückwärtsversicherung schliesst ein Versicherungsnehmer einen Versicherungsvertrag für einen vergangenen Zeitraum ab, in Kenntnis, dass der Eintritt des befürchteten Ereignisses bereits erfolgt ist.
- *Vorsätzliches Herbeiführen des versicherten Ereignisses* (Art. 14 Abs. 1 VVG): Eingemeldet werden natürliche Personen, welche im Sinne von Art. 14 Abs. 1 VVG das versicherte Ereignis vorsätzlich herbeigeführt haben oder davon profitieren.
- *Gefahrserhöhung mit Zutun des Versicherungsnehmers* (Art. 28 VVG): Eingemeldet werden natürliche Personen, welche im Verlauf eines Versicherungsverhältnisses eine wesentliche Gefahrserhöhung herbeigeführt haben ohne dies dem VU zu melden sowie Personen, welche von diesem Umstand profitieren.
- *Widersprüchlicher Sachverhalt* (Art. 39 VVG) bzw. kein Nachweis des versicherten Ereignisses im Versicherungsvertragsrecht (Art. 8 ZGB): Eingemeldet werden natürliche Personen, welche einen widersprüchlichen, unplausiblen oder unglaubwürdigen Sachverhalt zum Zwecke der Erlangung einer Versicherungsleistung geltend gemacht haben oder davon profitieren wollten, sofern als Folge keine Entschädigung entrichtet worden ist. Wenn das versicherte Ereignis nicht in Frage gestellt wird, sondern nur der Umfang der geltend gemachten Forderung (Teilablenkung), ist eine Einmeldung unzulässig.
- *Betrügerische Anspruchsbeurteilung* (Art. 40 VVG): Eingemeldet werden natürliche Personen, welche eine Täuschungshandlung zum Zwecke einer betrügerischen Begründung eines Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vorgenommen haben oder davon profitieren.
- *Vertragsauflösung durch die Versicherungsgesellschaft im Schadenfall* (Art. 42 VVG): Eingemeldet werden Versicherungsnehmer, wenn ein VU den Versicherungsvertrag im Schadenfall auflöst.

¹ Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

² Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Obligationenrecht (OR; SR 220).

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

- *Missbräuchliche Doppel- / Mehrfachversicherung* (Art. 53 Abs. 2 VVG): Eingemeldet werden Versicherungsnehmer, welche zum Zweck der Erlangung ungerechtfertigter, doppelter Entschädigungen zum selben Schadenereignis eine Doppel- oder Mehrfachversicherung bei unterschiedlichen VU abschliessen und die Entschädigungsleistung bei beiden VU einfordern.
- *Verändern des beschädigten Gegenstands in betrügerischer Absicht* (Art. 68 Abs. 2 VVG): Eingemeldet werden Versicherungsnehmer, welche einen beschädigten Gegenstand in betrügerischer Absicht verändern, um einen Versicherungsanspruch zu erlangen oder Personen, welche davon profitieren. Eine Teilablehnung aufgrund der Verletzung des Veränderungsgebots genügt.
- *Absichtliche Täuschung bei Vertragsschluss* (Art. 28 OR): Eingemeldet werden Personen, die den Abschluss eines Versicherungsvertrags durch absichtliche Täuschung herbeiführen.
- *Kein Nachweis des haftungsbegründenden Ereignisses im Haftpflichtrecht* (Art. 8 ZGB): Eingemeldet werden natürliche Personen, welche in missbräuchlicher Weise (bspw. durch provozierte oder abgesprochene Verkehrsunfälle) in einem Haftpflichtfall Leistungsansprüche stellen.

6. Liegt einer der vorangehend beschriebenen Einmeldegründe vor, meldet das VU die Informationen zum jeweiligen Fall im HIS ein. Die jeweils angeschlossenen VU sind vertraglich zur Einmeldung verpflichtet. Die Einmeldung erfolgt ausschliesslich über die interne Fachstelle zur Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs (BVM) des jeweiligen VU.

7. Die Einmeldegründe sind abschliessend. Eine Einmeldung aus anderen Gründen kann nicht erfolgen. Eine Erweiterung des Katalogs der Einmeldegründe ist gemäss den Zusicherungen der SVVS nicht vorgesehen.

I.2.2 Umfang der Einmeldung und Benachrichtigung der Betroffenen

8. Bei einer Einmeldung werden die folgenden Informationen in das HIS eingegeben:

- Angaben zur eingemeldeten Person: Vorname, aktueller und alter Name, aktuelle und alte Adresse/n, aktuelle und alte Telefonnummer/n, aktuelle und alte E-Mail-Adresse/n, Geburtsdatum;
- Einmeldegrund/Einmeldegründe;
- Rolle der eingemeldeten Person: Versicherungsnehmer/in, Geschädigte/r, Bevollmächtigte/r einer juristischen Person, versicherte Person, Leistungserbringer/in, übrige Personen;
- Schadennummer, Schadendatum, Schadenanlagendatum, Versicherungsbranche, Schadenart, Schadenort.

9. Zusätzliche Informationen werden nicht in das HIS eingemeldet und bei Anfragen durch ein VU auch nicht angezeigt.

10. Eingemeldete Personen werden vom jeweiligen VU schriftlich per Einschreiben über die Einmeldung infor-

miert. Ist die betroffene Person mit der Einmeldung nicht einverstanden, kann sie eine Berichtigung verlangen oder der Einmeldung widersprechen. Das Berichtigungs- bzw. Widerspruchsbegehren kann zunächst an das einmeldende VU gestellt werden. Wird keine Einigung erzielt, besteht gemäss den Angaben der SVVS für die betroffene Person die Möglichkeit, sich kostenlos an die Stiftung Ombudsmann der Privatversicherung und der SUVA zu wenden oder jederzeit ein zivilrechtliches Verfahren bei der zuständigen Behörde einzuleiten. Wird ein Berichtigungs- bzw. Widerspruchsbegehren eingereicht, ist die Einmeldung vorläufig «gesperrt», das heisst, dass keinem anderen VU die betreffende Einmeldung angezeigt wird.

I.2.3 Prozess bei einem Treffer im HIS

11. Sobald eine Abfrage im HIS einen Treffer anzeigt, ist dies für das abfragende VU ein Hinweis, den betreffenden Schaden genauer zu prüfen. Dies ist gemäss den Aussagen der SVVS die *einzig* Konsequenz eines Eintrags im HIS. Gemäss dem künftigen Betriebsreglement ist es unzulässig, aufgrund eines Treffers im HIS eine automatisierte, m.a.W. *per se* Ablehnung einer Versicherungsleistung vorzunehmen. Bei einem Verstoss gegen diese Pflicht durch ein VU ist gemäss dem zukünftigen Betriebsreglement eine Konventionalstrafe geschuldet. Diese beträgt – nach erstmalig ergangener Verwarnung – CHF 25'000. Bei systematischen Verstössen kann sich die Konventionalstrafe auf bis zu CHF 125'000 erhöhen. Bei wiederholten und schwerwiegenden Verstössen kann zusätzlich zur Konventionalstrafe ein Ausschluss vom HIS erfolgen.

12. Der Treffer im HIS zeigt dem abfragenden VU den Einmeldegrund an, welcher in einem früheren Schadenfall erfüllt war. Aufgrund dieses Hinweises kann das VU selbständig gezielt seine Leistungspflicht im konkreten Schadenfall prüfen. Diese vertieften Nachprüfungen im Falle eines Treffers erfolgen ausschliesslich durch einen Spezialisten der Fachstelle BVM.

13. Um über den Einmeldegrund hinausgehende Informationen zu erhalten, muss sich die Fachstelle BVM des VU an die eingemeldete Person wenden. Mit Zustimmung der eingemeldeten Person (Vollmacht) kann das VU beim Vorversicherer weitere Einkünfte zum früheren Schadenfall einholen. Dabei sieht das künftige Betriebsreglement vor, dass dieser bilaterale Austausch zwischen dem aktuellen Versicherer und dem Vorversicherer auf die Missbrauchsbekämpfung zu beschränken ist. Abfragen beim Vorversicherer würden gemäss den Aussagen der SVVS typischerweise die nachfolgenden Angaben umfassen: Allfällige Vorschäden und die Höhe der Auszahlung aufgrund des zurückliegenden Schadenfalls sowie die Frage nach einer Vertragsauflösung durch das VU aufgrund des Schadenfalls.

I.2.4 Zugriff auf das HIS und Abfragen im HIS

14. Die teilnehmenden VU verpflichten sich vertraglich dazu, Personenabfragen im HIS *nur zum Zwecke der Abwicklung eines konkreten Schadenfalls* durchzuführen. Missbräuchlich ist eine Abfrage zum Zwecke der Antragsbearbeitung (*Underwriting*), das heisst vor Abschluss eines Versicherungsvertrags. Um derartige missbräuchliche Abfragen zu verhindern, sind diverse

Kontrollmechanismen vorgesehen, die im nachfolgenden erläutert werden.

15. Als erster Kontrollmechanismus ist eine Zugriffsbeschränkung auf die Informationen des HIS vorgesehen. Es sollen nur drei Kategorien von Mitarbeitenden bei einem VU mit dem HIS arbeiten. (1) Mitarbeitende, die einen konkreten Schadenfall bearbeiten (Vornahme einer Suchabfrage im konkreten Schadenfall); (2) Mitarbeitende der Fachstelle BVM (Vornahme von Einmeldungen sowie vertiefte Nachprüfung, sofern ein Treffer erzielt worden ist, siehe hierzu vorne Rz 12) und (3) Mitarbeitende im Bereich «Compliance» (Prüfung der im HIS getätigten Abfragen, siehe hierzu nachfolgend Rz 18). Greifen Mitarbeitende, die mit der Antragsbearbeitung betraut sind zum Zwecke der Antragsbearbeitung auf Informationen im HIS zu, ist eine Konventionalstrafe fällig (s. hierzu nachfolgend Rz 19).

16. Als weiterer Kontrollmechanismus können Abfragen im HIS nur mit einer *gültigen* Schadenummer vorgenommen werden. Eine gültige Schadenummer liegt dann vor, wenn für die Schadenummer im Schadenssystem des abfragenden VU tatsächlich ein Schaden angelegt ist. Abfragen ohne eine gültige Schadenummer können nur ausnahmsweise und zwar von der SVVS und der Compliance eines jeweiligen VU vorgenommen werden und zwar nur bei Vorliegen von behördlichen Verfügungen (bspw. Editionsverfügungen) oder zum Zwecke der Durchführung von Sperrungen und Löschungen.

17. Sämtliche Abfragen, die im HIS getätigt werden, werden inklusive Schadenummer automatisch im HIS gespeichert. Gibt ein Nutzer innerhalb von sieben Kalendertagen mehr als zehn Abfragen zur selben Schadenummer, indes mit unterschiedlichen Kombinationen von Vor-/Nachnamen ein, erscheint ein Warntext, welcher darauf hinweist, dass Abfragen durch das System protokolliert und auf Missbrauch überprüft werden.

18. Zusätzlich erhält die Compliance jedes teilnehmenden VU quartalsweise eine mittels Zufallsgenerator erstellte Stichprobenliste aus allen über das HIS im Auswertungszeitraum durchgeführten Abfragen, welche durch die Compliance innerhalb von 12 Wochen zu prüfen ist. Die SVVS enthält monatlich eine Liste von denjenigen Abfragen im HIS bei denen zur selben Schadenummer mehr als zehn unterschiedliche Vor- und Nachnamenkombinationen abgefragt worden sind. Damit kann der Gefahr entgegengewirkt werden, dass ein Benutzer im Schadenssystem einen fiktiven Schaden mit einer fiktiven Schadenummer anlegt mit dem Zweck, Personenabfragen vorzunehmen, ohne dass ein konkret zu bearbeitender Schadenfall vorliegt.

19. Als weiterer Kontrollmechanismus ist eine Konventionalstrafe vorgesehen, wenn unzulässige Abfragen zwecks Antragsbearbeitung vorgenommen werden. Diese beträgt – nach erstmalig ergangener Verwarnung – CHF 25'000. Bei systematischen Verstössen kann sich die Konventionalstrafe auf bis zu CHF 125'000 erhöhen. Bei wiederholten und schwerwiegenden Verstössen kann zusätzlich zur Konventionalstrafe ein Ausschluss vom HIS erfolgen (s. dazu bereits vorne Rz 11).

20. Die beschriebenen Kontrollmechanismen stellen ex post Massnahmen dar. Das Sekretariat erwartet, dass diese implementiert und effektiv durchgesetzt werden. Stellt die SVVS fest, dass in grösserem Umfang systematische oder schwerwiegende Verstösse bei den Abfragen im HIS erfolgen, wird erwartet, dass weitere Massnahmen geprüft werden und unter Umständen auch *ex ante* Kontrollen erfolgen, die greifen bevor die Suchergebnisse im HIS angezeigt werden.

I.3 Teilnehmende VU

21. Das HIS befindet sich gegenwärtig in der Projektphase. Derzeit sind die nachfolgenden acht VU am Aufbau des HIS involviert: Allianz Suisse Versicherungsgesellschaft AG; AXA Versicherungen AG; Basler Versicherungen AG; Generali Assurances Générales SA; Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG; Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG; Vaudoise Générale, Compagnie d'Assurances SA und Zurich Versicherungs-Gesellschaft AG. Dabei handelt es sich um die acht grössten VU, welche in der Schweiz gemeinsam in den letzten Jahren über einen Marktanteil von rund 80–90 % verfügten (s. ausführlich nachfolgend Rz 52).

I.4 Kostentragung

22. Die Kostentragung für das HIS besteht aus zwei Komponenten: (I.4.1) eine periodische Gebühr und (I.4.2) eine einmalige Gebühr (Anschlussgebühr).

I.4.1 Periodische Gebühr (Nutzungsgebühr)

23. Die periodische Gebühr für die Nutzung von HIS ist einmal pro Jahr von sämtlichen teilnehmenden VU geschuldet. Für neu eintretende VU ist die periodische Gebühr im ersten Jahr der Teilnahme *pro rata* zu bezahlen.

24. Mit der periodischen Gebühr sollen die jährlichen Gesamtkosten des HIS in der Höhe von CHF 500'000 gedeckt werden. Diese CHF 500'000 jährliche Gesamtkosten setzen sich zusammen aus jährlichen Betriebskosten von rund CHF 300'000 und die jährliche Amortisation der Projektkosten in der Höhe von CHF 200'000 (Projektkosten in der Höhe von CHF 1 Mio. während fünf Jahren amortisiert).

25. Die jährlichen Gesamtkosten von CHF 500'000 werden wie folgt verteilt:

- 20 % der Gesamtkosten werden nach Köpfen auf die teilnehmenden VU verteilt.
- 80 % der Gesamtkosten werden nach Marktanteilen auf die teilnehmenden VU verteilt. Dabei beträgt die Minimalquote pro Teilnehmer 1 %, selbst wenn der effektive Marktanteil tiefer ist.

26. Die periodische Gebühr wird ab dem 1. Januar 2026 neu berechnet werden müssen, da dann der Amortisationsanteil nach Ablauf der ersten fünf Jahre wegfällt.

I.4.2 Einmalige Gebühr (Anschlussgebühr)

27. Die einmalige Gebühr (Anschlussgebühr) setzt sich aus (1) einer Entschädigung für das nicht getragene Projektabbruchrisiko und (2) einer Entschädigung für die per Teilnahmezeitpunkt vorhandenen Einmeldungen zusammen.

28. (1) Die Entschädigung für das nicht getragene Projektabbruchrisiko berechnet sich wie folgt: Marktanteil des beitretenden VU (wobei ein minimaler Marktanteil von 1 % angesetzt wird, selbst wenn der effektive Marktanteil tiefer ist) multipliziert mit den angefallenen Projektkosten in der Höhe von CHF 1 Mio. Von diesem Betrag sind 10 % als Zuschlag für das nicht getragene Projektabbruchrisiko geschuldet.

29. (2) Entschädigung für die per Teilnahmezeitpunkt vorhandenen Einmeldungen: Die später teilnehmenden VU müssen für bereits bestehende Einmeldungen einen Aufpreis bezahlen. Der ökonomische Wert einer solchen Einmeldung berechnet sich dabei wie folgt:

$$\begin{aligned} & \text{CHF } 8'300'000 \text{ (jährlicher Nutzen HIS)} \\ & + 63'700 \text{ (Anzahl Einmeldungen im 7. Betriebsjahr)} \\ & = \text{CHF } 130 \text{ (Nutzen pro Einmeldung)} \end{aligned}$$

30. Der Nutzen pro Einmeldung wird dabei auf CHF 100 abgerundet. Für den effektiven Aufpreis wird die Anzahl

der Einmeldungen der letzten 24 Betriebsmonate vor dem Beitrittszeitpunkt mit dem Marktanteil des beitretenden VU (Mindestmarktanteil von 1 %) und mit CHF 100 multipliziert.

31. Ein Berechnungsbeispiel für eine einmalige Gebühr für ein VU mit einem Marktanteil von 1 % (Variante 1) sowie ein VU mit einem Marktanteil von 10 % (Variante 2) findet sich in der nachfolgenden Tabelle. Das Berechnungsbeispiel zeigt dabei den Einstieg per teuerstmöglichem Zeitpunkt, das heisst im HIS liegen Einmeldungen über mindestens 2 volle Jahresproduktionen (18'200 Einmeldungen) vor.

- Projektkosten: CHF 1 Mio.
- Vergütungspflichtige Einmeldungen (max. 2 Jahre): 18'200 (9'100 Einmeldungen jährlich)
- Preis pro vergütungspflichtiger Einmeldung: CHF 100

	Variante 1: VU mit 1 % Marktanteil	Variante 2: VU mit 10 % Marktanteil
Entschädigung für Projektabbruchrisiko	CHF 1'000	CHF 10'000
Entschädigung für per Beitrittszeitpunkt vorhandene Einmeldungen	CHF 18'200	CHF 182'000
Einmalige Gebühr per Beitritt	CHF 19'200	CHF 192'000

Tabelle 1: Berechnungsbeispiel für eine einmalige Gebühr

32. Eine Entschädigung für die per Teilnahmezeitpunkt vorhandenen Einmeldungen ist nicht geschuldet, wenn der Eintritt vor dem 31. Oktober 2021 erfolgt. Sobald eine fertige und einsatzbereite Lösung des HIS vorliegt, wird den anderen VU nämlich die Möglichkeit eingeräumt werden, bis zum 31. Oktober 2021 ohne Entschädigungspflicht für die bereits vorhandenen Einmeldungen im Vergleich zu den von Beginn an teilnehmenden VU am HIS beitreten zu können. Die Entschädigung für das Projektabbruchrisiko ist indes noch geschuldet. Es erfolgt eine proaktive Information über diese Beitrittsmöglichkeit durch Kontaktaufnahme durch die SVVS mit allen VU, welche über eine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) zum Betrieb mindestens einer der im HIS vorhandenen Versicherungssparten verfügen.

II. Kartellrechtliche Beurteilung

33. Nachfolgend folgt die kartellrechtliche Beurteilung des geplanten HIS. Dabei sind die nachfolgenden Aspekte aus kartellrechtlicher Perspektive relevant:

- Die VU sind auf derselben Marktstufe tätig und teilen mittels HIS bestimmte Informationen miteinander. Es stellt sich die Frage, ob dieser Informationsaustausch als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könnte (s. nachfolgend Rz 34 ff.).

- Am HIS sind gegenwärtig die acht grössten VU beteiligt, welche in der Schweiz gemeinsam in den letzten Jahren über einen Marktanteil von 80–90 % verfügten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die unter Rz 22 ff. beschriebenen Kosten für den Zugang zum HIS einen Verstoss gegen Art. 7 KG darstellen könnte (s. nachfolgend Rz 49 ff.).

II.1 Informationsaustausch (Art. 5 i.V.m. 4 Abs. 1 KG)

34. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

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

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

36. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. vertikale harte Kartelle).

37. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei harten Kartellen kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

38. Das vorgesehene HIS führt zu einem Informationsaustausch (s. dazu ausführlich nachfolgend Rz 41 ff.). Wie sich aus dem Gesetzeswortlaut Art. 4 Abs. 1 KG ergibt, stellen Abreden nicht nur Vereinbarungen dar, sondern der Tatbestand einer Wettbewerbsabrede kann auch durch eine abgestimmte Verhaltensweise erfüllt werden. Der durch das HIS stattfindende Informationsaustausch stellt unter Umständen eine horizontale Abrede im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise dar. Damit eine abgestimmte Verhaltensweise als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist, müssen drei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: (1) Eine Abstimmung (ein Mindestmass an Koordination), (2) ein Marktverhalten und (3) ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten.⁴ Zusätzlich muss die abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁵

39. Gemäss der Praxis der WEKO und auch der EU-Kommission ist bei einem Informationsaustausch anhand der Charakteristika der Informationen (Inhalt, Aktualität, Frequenz, Aggregation der Informationen, Homogenität der Produkte etc.) und der Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes (Konzentration, Transparenz, Stabilität, Symmetrie, Komplexität) zu beurteilen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und ein Informationsaustausch damit eine abgestimmte Verhaltensweise, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, darstellt.⁶ Generell ist der Abredetatbestand im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, wenn die Qualität und die Quantität der ausgetauschten Informationen sowie die Marktstrukturen, den Unternehmen eine Koordination in dem Ausmass erlauben, dass bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt.⁷ Betreffend den Inhalt gilt der Austausch von ver-

traulichen Unternehmensinformationen, welche es namentlich erlauben, die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren als besonders schädlich.⁸ Dies gilt insbesondere für den Austausch von Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten.⁹

40. Als zentrale Wettbewerbsparameter kommen im Versicherungsbereich die Versicherungsprämien (Preis, zentrale Preisbestandteile wie u.a. auch Risikoprämien für gewisse Risiken und drgl.), das Leistungsangebot (Versicherung bestimmter Risiken und drgl.) und der Leistungsumfang (Deckungsumfang, Laufzeit, Selbstbehalt und drgl.) sowie der Kundendienst oder andere zentrale Zusatzdienstleistungen in Frage.

41. Der Informationsaustausch durch das HIS spielt sich auf zwei Ebenen ab. Einerseits legen sich die VU direkt im HIS gegenseitig Informationen offen, die für sämtliche am HIS partizipierenden VU einsehbar sind (zum Inhalt der Offenlegung s. vorne Rz 8). Zeigt das HIS einen Treffer an, findet zudem ein durch einen Treffer indizierter Informationsaustausch ausserhalb des HIS auf nachgelagerter Ebene statt. Namentlich kann das VU, welches einen Hinweis über das Vorliegen eines Einmeldgrundes erhält, mittels Vollmacht des Versicherungsnehmers direkt beim Vorversicherer weitere Einkünfte zum früheren Schadenfall einholen (bilateraler Austausch; zum typischen Inhalt dieses Austausches s. vorne Rz 13).

42. Aus kartellrechtlicher Sicht wäre es besonders schädlich, wenn die im HIS offengelegten Informationen sowie der bilaterale Austausch zwischen dem abfragenden VU und dem Vorversicherer im Falle eines Treffers, den VU erlauben würde, das zukünftige Preis- oder Mengenverhalten oder die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren (s. vorne Rz 39) oder die Informationen sich auf die Ausgestaltung von (zentralen) Versicherungskonditionen niederschlagen würden. Vor diesem Hintergrund sind hinsichtlich des Inhalts bzw.

⁴ RPW 2010/4, 737 Rz 177 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*, vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2016/2, 586 E.4.1, *Altimum*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), Art. 4 Abs. 1 KG N 53; Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-199/92 P *Hüls AG*, Slg. 1999 I – 4336 Rz 161.

⁵ Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; RPW 2020/1, 202, Rz 835, KTB-Werke; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

⁶ Vgl. RPW 2019/3b, 1018, Rz 21, *Edelmetalle* (Einstellungsverfügung); RPW 2011/4, 584, Rz 391, *ASCOPA*; RPW 2007/1, 143 f., Rz 34 ff., *Praxis im Versicherungsbereich*; RPW 2011/4, 518, *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11 vom 14.1.2011 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), 13, Rz 58 sowie Rz 55 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 5), Art. 4 Abs. 1 KG N 106.

⁷ Urteil des EuGH vom 29.2.2016 T-254-12, *Kühne und Nagel* Rz 141; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 1-04529 Rz 26; BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 (= RPW 2002/4, 737 f. E. 6.3), *Buchpreisbindung*.

⁸ Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-KG (Fn 4), Art. 4 Abs. 1 KG N 159.

⁹ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), 16, Rz 73 f.; Verfügung der Autorité Garante délia Concorrenza e del Mercato AGCM vom 20.12.2018, 77, Rz 315 ff., *Vendita auto tramite finanziamenti*; Urteil des EuGH vom 19.3.2015, Rs. C-286/13P *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rz 111 ff. insbesondere Rz 134; vgl. auch Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 1-04529 Rz 41.

Umfangs des Informationsaustausches der Einmeldegrund sowie der bilaterale Austausch betreffend die *Vertragsauflösung durch die Versicherungsgesellschaft im Schadenfall* (Art. 42 VVG) kartellrechtlich problematisch. Aus diesen Informationen könnte namentlich darauf geschlossen werden, welche Strategie die VU bei Kunden verfolgen, die zu hohe Schadenpositionen aufweisen. Denn eine Vertragsauflösung kann auch in Fällen erfolgen, in denen die Schadenssumme zu hoch ist, ohne dass es eines eigentlichen Betrugs oder Missbrauchs bedürfte, wodurch diesem Einmeldegrund auch ein Willkürcharakter immanent ist. Betreffend diese Information geht der Informationsaustausch inhaltlich zu weit und das Sekretariat erwartet daher, dass auf diesen Einmeldegrund verzichtet wird und im Betriebsreglement festgehalten wird, dass dieser Umstand nicht Teil des bilateralen Austausches darstellen darf.

43. Ansonsten ist es aufgrund des gemeldeten Sachverhalts nicht ersichtlich, dass die Informationen Rückschlüsse auf die Strategie der Konkurrenten zulassen oder sich auf Preis(-bestandteile) oder Mengen beziehen würden. Insbesondere umfassen die Informationen – soweit zum gegenwärtigen Zeitpunkt ersichtlich – nur Sachverhalte, welche in der Vergangenheit liegen und der Austausch soll nur im konkreten Schadenfall stattfinden. Denn wie bereits ausgeführt worden ist, ist das Abrufen von Informationen im HIS zum Zwecke der Antragsbearbeitung unzulässig. Dies soll durch eine Vielzahl von Kontrollmechanismen sichergestellt werden (s. vorne Rz 14 ff.). Es ist daher anzunehmen, dass sich die Abfragen im HIS nicht auf die individuelle Ausgestaltung von (zentralen) Versicherungskonditionen niederschlagen kann.

44. Hinsichtlich des bilateralen Austausches könnte aus kartellrechtlicher Sicht der Austausch über die Höhe der Auszahlung in einem zurückliegenden Schadenfall (s. vorne Rz 13) unter Umständen problematisch sein. Dieser Austausch darf nicht dazu führen, dass die Höhe des Schadenersatzes in aktuellen Fällen von *Vornherein* beschränkt würde.¹⁰ Um dem entgegenzuwirken sieht das künftige Betriebsreglement vor, dass jede Schadenforderung ungeachtet bereits vorhandener Einmeldungen (und der damit in Erfahrung gebrachten Informationen aufgrund des bilateralen Austausches) zu beurteilen ist.¹¹ Mit anderen Worten eine per se Ablehnung unzulässig ist (s. dazu bereits vorne Rz 11). Das Sekretariat erwartet, dass dieses Erfordernis einer Einzelfallprüfung auch in Bezug auf die Höhe des Schadenersatzes in den zu prüfenden Fällen gilt. Ansonsten sieht das künftige Betriebsreglement vor, dass der bilaterale Austausch auf die Missbrauchsbekämpfung zu beschränken ist (s. vorne Rz 13). Daher sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine weiteren kartellrechtlichen Bedenken ersichtlich.

45. Betreffend die Frequenz ist gemäss den Angaben der SVVS mit 1'750 Treffern im HIS auf 2.5 Mio. Schadenfälle pro Jahr zu rechnen. Aufgrund dieser tiefen Frequenz des Informationsaustausches und der Tatsache, dass sich diese Treffer auf verschiedene einmeldende VU, verschiedene abfragende VU und verschiedene Einmeldegründe beziehen, ist es nicht anzunehmen, dass die vorgängig genannten zentralen Wettbewerbsparameter (s. vorne Rz 40) ausgeschaltet oder beeinträchtigt werden könnten. Insbesondere sollte die

niedrige Frequenz keine flächendeckende Erstellung von Schadenstatistiken ermöglichen.

46. Wie bereits ausgeführt, ist bei einem Informationsaustausch nebst den Charakteristika der Informationen grundsätzlich auch die Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes zu berücksichtigen (s. vorne Rz 39). Für die Analyse der Struktur des Versicherungsmarktes kann unter anderem der von der FINMA jährlich publizierte Bericht über den Versicherungsmarkt herbeigezogen werden. Die Marktanteile im Nichtlebensversicherungs-Geschäft verteilen sich im Jahre 2019 auf 97 Schadensversicherer, wobei auf die acht grössten Schweizer Versicherer ein gemeinsamer Marktanteil von 83.3 % entfiel.¹² Die grosse Anzahl der auf dem schweizerischen Markt tätigen Versicherer im Nichtlebensversicherungs-Geschäft sprechen eher für einen tiefen Konzentrations- und Symmetriegrad auf dem Versicherungsmarkt. Dagegen unterstehen VU, welche in der Schweiz im Bereich «Nichtleben» tätig sind, denselben Regulierungen und sehen sich unter Umständen mit einer ähnlichen Palette von Risiken konfrontiert, die versichert werden können. Inwiefern dieser Umstand zu einer Vereinheitlichung der Vertragsbedingungen geführt hat bzw. führt, wurde nicht weiter ermittelt. Dies würde den Rahmen der vorliegenden Beratung sprengen und ist für das Ergebnis der vorliegenden Beurteilung auch nicht notwendig (s. nachfolgend Rz 48).

47. Es ist zu ergänzen, dass gemäss der Lehre und der Praxis der Austausch von geeigneten Informationen auf gewissen Märkten, wie bspw. im Banken- oder Versicherungssektor zur Aufhebung einer Informationsasymmetrie führen und damit zu Effizienzgewinnen bzw. zum besseren Funktionieren eines Marktes beitragen kann.¹³ Aufgrund der vorgelegten Sachlage, kann davon ausgegangen werden, dass die Informationen, welche im HIS offengelegt werden sowie der bilaterale Austausch zwischen dem abfragenden VU und dem Vorversicherer der *Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch* durch die Beseitigung einer Informationsasymmetrie zwischen dem Versicherungsnehmer und dem VU dienen.¹⁴ Der Austausch betrifft zudem, soweit ersichtlich, in erster Linie die Kostenfaktoren der Versicherer. Dies ist stets weniger heikel als wenn Informationen über Leistungen ausgetauscht würden. Ein Kostenbenchmarking kann dazu führen, dass die Versicherer effizienter arbeiten. Im vorliegenden Fall kommt – wie bereits erwähnt – hinzu, dass der Informationsaustausch der Verhinderung von Betrugsfällen dienen soll, welche alle Versicherten schädigen. Eine effiziente Betrugsbekämpfung dient allen, sowohl den VU wie auch sämtlichen Versicherten.

¹⁰ Vgl. RPW 2007/1, 142 Rz 31, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*.

¹¹ Vgl. [...].

¹² FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2019, 30.

¹³ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), 13 und 21, Rz 57 und 95 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 5), Art. 4 Abs. 1 KG N 105; RPW 2007/1, 143 f. Rz 34 f., *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*.

¹⁴ Vgl. RPW 2007/1, 143 f. Rz 35, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; RPW 2020/2, 426 Rz 19, *Credit Exchange AG: Betrieb einer Online-Plattform zur Vergabe und Abwicklung von Hypothekarkrediten für selbstbewohntes Wohneigentum*.

Gemäss den Schätzungen der SVVS betragen die Kosteneinsparungen durch eine Implementierung des HIS für die beteiligten VU insgesamt rund CHF 8.3 Mio.¹⁵ Der beschriebene Informationsaustausch kann zudem – sofern der Zugang sämtlichen Marktteilnehmern zu mit Art. 7 KG im Einklang stehenden Konditionen gewährt wird (s. nachfolgend Rz 49 ff). – geeignet sein, wettbewerbsfördernde Effekte zwischen den VU zu zeitigen. Denn insbesondere für neu eintretende VU und potentielle Wettbewerber können die Markteintrittsbarrieren durch das HIS gesenkt werden, indem die Unternehmen für die Betrugs- und Missbrauchsbekämpfung bereits auf einen vorhandenen Datenpool zurückgreifen können.¹⁶

48. Nach dem Gesagten kann folgendes Zwischenfazit festgehalten werden: Das Sekretariat erwartet, dass kein Austausch über die Vertragsauflösung im Schadenfall stattfindet (s. vorne Rz 42). Darüber hinaus wird erwartet, dass die Unzulässigkeit der *per se* Ablehnung dahingehend zu verstehen ist, dass auch keine systematische Beschränkung der Schadenhöhe im aktuellen Schadenfall erfolgt (s. vorne Rz 44). Ansonsten sind hinsichtlich des beschriebenen Informationsaustausches zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken ersichtlich. Aufgrund der Charakteristika der ausgetauschten Informationen und der antizipierten niedrigen Frequenz des Austausches kann angenommen werden, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt werden. Allfälligen kartellrechtliche Bedenken wird entgegengewirkt, indem die Benutzung der Daten zum Zwecke der Antragsbearbeitung vertraglich und durch de facto Kontrollmechanismen verhindert wird. Es sei noch zu erwähnen, dass der Austausch in der beschriebenen Form geeignet erscheint, Versicherungsmissbrauch zu bekämpfen sowie die Markteintrittsbarrieren zu reduzieren und damit den potentiellen Wettbewerbsdruck zu erhöhen.

II.2 Zugang zum HIS (Art. 7 i.V.m. 4 Abs. 2 KG)

49. 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). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹⁷ 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). Art. 5 und 7 KG können parallel auf denselben Sachverhalt angewendet werden, indes hat die Analyse separat zu erfolgen (s. nachfolgend Rz 50 ff.).¹⁸

50. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG setzt eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG voraus. Für die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ist in einem ersten Schritt der relevante Markt zu bestimmen. Zum Zwecke der vorliegenden Beratung kann der Markt im Sinne einer Ar-

beitshypothese wie folgt definiert werden: Markt für den Betrieb und die Bereitstellung von Plattformen mit Informationen betreffend die (Teil-)Ablehnung von Versicherungsleistungen aus qualifizierten Gründen.

51. Für die Beurteilung der Marktstellung auf dem definierten Markt sind die Marktanteile ein zentrales Kriterium, wobei auch die Marktanteilsentwicklung und die Marktanteilsverteilung zu berücksichtigen sind.¹⁹ Marktanteile ab 50 % begründen nach der Wettbewerbspraxis zumindest eine Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, die nur bei Vorliegen von entgegenstehenden Faktoren widerlegt wird. Bei Marktanteilen über 60 % oder 70 % sind die Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutung durch gegenläufige Faktoren konsequenterweise höher.²⁰

52. Das HIS wird als Datenbank von der SVVS betrieben. Die SVVS vereinigt in ihrer Datenbank HIS gegenwärtig die Daten der acht grössten VU der Schweiz, deren kumulierten Marktanteile sich während der letzten fünf Jahre konstant zwischen 80–90 % bewegen.²¹ Vor diesem Hintergrund dürfte ohne Weiteres von einer marktbeherrschenden Stellung der SVVS durch den Betrieb des HIS ausgegangen werden, zumal auf dem definierten Markt wohl keine alternativen Datenbanken vorhanden sein dürften.

53. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a, b und c kommen unter anderem als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre; Bst. a); die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Bst. b) und die Erzwingung unangemessener Preise oder unangemessener Geschäftsbedingungen (Bst. c) in Betracht. Die Informationen, welche in das HIS eingespeist werden stellen aus kartellrechtlicher Sicht einen Datenpool dar. Die Bedingungen für den Zugang zu und die Teilnahme am Datenpool darf keine Marktteilnehmer im Wettbewerb benachteiligen.²² Vor diesem Hintergrund ist der Zugang zu einem Datenpool zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen zu gewährleisten, ansonsten ein Verstoss gegen

¹⁵ [...].

¹⁶ Vgl. Urteil des EuGH vom 23.11.2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rz 56.

¹⁷ BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸ RPW 2016/1, 120, Rz 412, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

¹⁹ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-KG (Fn 4), Art. 4 Abs. 2 KG N 222.

²⁰ Urteil des BVGer vom 18.12.2018, *Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, Rz 442 m.w.H.

²¹ 83.3 % im Jahre 2019 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2019, 30); 84 % im Jahre 2018 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2018, 27); 83.3 % im Jahre 2017 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2017, 23); 83.6 % im Jahre 2016 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2016, 25); 83.7 % im Jahre 2015 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2015, 27). Die Berichte der FINMA über den Versicherungsmarkt sind abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finmapublikationen/berichte/versicherungsbericht/>, zuletzt abgerufen am 10.11.2020.

²² Vgl. die Ausführungen in RPW 2011/1, 5 hinsichtlich die Betreuung eines Immobiliendatenpools und Urteil des EuGH vom 23.11.2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rz 60.

Art. 7 KG – insbesondere gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a, b und c KG – vorliegen könnte.²³ Dies entspricht im Wesentlichen den sogenannten FRAND-Bedingungen (*fair, reasonable and non-discriminatory*), die für die kartellrechtliche Beurteilung von standardessentiellen (essential) Patenten bekannt sind.²⁴

54. Das HIS soll sämtlichen Marktteilnehmer zur Verfügung stehen, welche die in Rz 22 ff. beschriebene Nutzungs- und Anschlussgebühr leisten. Der Zugang zu einem Datenpool wird aus kartellrechtlicher Sicht idealerweise kostenfrei oder kostendeckend gewährt, indes ist dies nicht zwingende Voraussetzung um den Anforderungen des Kartellrechts gerecht zu werden. Eine Verstoss gegen Art. 7 KG kann indes vorliegen, wenn zu hohe Gebühren (Eintritts- und transaktionsabhängige Gebühren) erhoben werden. Im Nachfolgenden ist daher zu prüfen, ob die geplanten Gebühren im Einklang mit Art. 7 KG, das heisst fair, zumutbar und diskriminierungsfrei ausgestaltet sind.

II.2.1 Periodische Gebühr (Nutzungsgebühr)

55. Mit der periodischen Gebühr sollen die jährlichen Gesamtkosten des HIS in der Höhe von CHF 500'000 – zusammengesetzt aus den jährlichen Betriebskosten von rund CHF 300'000 und die jährliche Amortisation der Projektkosten in der Höhe von CHF 200'000 – gedeckt werden (s. dazu ausführlich vorne Rz 23 ff.). Die Auferlegung von Kosten für die Teilnahme an einem Projekt ist notwendige Voraussetzung, dass dieses auch implementiert und betrieben werden kann und ist daher aus kartellrechtlicher Sicht nicht per se zu beanstanden.

56. Aus kartellrechtlicher Sicht relevant dagegen ist, dass bei der Kostentragung die individuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in angemessener Weise berücksichtigt wird, ansonsten insbesondere kleinere Marktteilnehmer diskriminiert werden und damit ein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegen könnte. Es ist denkbar, dass der individuellen Leistungsfähigkeit durch die Berücksichtigung von Marktanteilen oder Umsätzen bei der Kostentragung Rechnung getragen wird. Unter Umständen kartellrechtlich problematisch kann eine reine Kostenauflegung *nach Köpfen* sein.

57. Beim HIS werden 20 % der jährlichen Gesamtkosten nach Köpfen auf die teilnehmenden VU verteilt. Der überwiegende Teil der Kosten (80 %) wird dagegen nach Marktanteilen auf die teilnehmenden VU verteilt, wodurch der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der teilnehmenden VU im überwiegenden Umfang Rechnung getragen wird. Dabei beträgt die Minimalquote pro Teilnehmer 1 %, selbst wenn der effektive Marktanteil tiefer ist. Es ist anzunehmen, dass die sehr tief angesetzte Minimalquote im Einklang mit Art. 7 KG steht und im Ergebnis auch nicht zu einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen führt und darin auch keine Erzwingung unangemessener Preise zu sehen ist.

58. Es ist davon auszugehen, dass in der Ausgestaltung der periodischen Gebühr aufgrund der Berücksichtigung der Marktanteile – selbst bei einer Minimalquote von 1 % – keine Diskriminierung von anderen Marktteilnehmer bzw. eine Erzwingung von unangemessenen Preisen zu sehen ist, die im Ergebnis zu einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen führen kann.

II.2.2 Einmalige Gebühr (Anschlussgebühr)

59. Die einmalige Gebühr besteht aus einer Entschädigung für das nicht getragene Projektabbruchrisiko und eine Entschädigung für die per Teilnahmezeitpunkt vorhandenen Einmeldungen (s. dazu ausführlich vorne Rz 27 ff.).

60. Hintergrund der Auferlegung einer Gebühr für das Projektabbruchrisiko ist, dass Softwareprojekte gemäss den Angaben der SVVS erfahrungsgemäss in 10–30 % der Fälle scheitern.²⁶ Wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Scheiterns von Softwareprojekten tatsächlich ist, wurde zum Zwecke der vorliegenden Beratung nicht weiter ermittelt. Es darf indes aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass derartigen Projekten eine Gefahr des Scheiterns immanent ist. Das Bedürfnis der Auferlegung von Kosten für das Projektabbruchrisiko auf VU, welche nicht zu Beginn am Projekt partizipiert haben und mithin kein Projektabbruchrisiko zu tragen hatten, kann vor diesem Hintergrund nachvollzogen werden. In diesem Zusammenhang kann berücksichtigt werden, dass das Kartellrecht der Entwicklung bzw. Implementierung neuer innovativer Produkte oder Projekte entgegensteht. Dies wird durch den in Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen akzentuiert.²⁷ Aus kartellrechtlicher Sicht ist daher unter anderem aus diesem Grund eine Auferlegung von Kosten für das Projektabbruchrisiko nicht per se unzulässig, da damit auch kostentechnische Anreize für Innovation gesetzt und dem sog. «*First-Mover-Disadvantage*» begegnet werden kann. Der *First-Mover-Disadvantage* bezeichnet den Umstand, dass Marktteilnehmer beim Einstieg eines Projekts zuwarten, bis das Projekt fertig und einsatzbereit ist, um die Risiken der Aufbauphase zu umgehen, was mithin denjenigen Marktteilnehmern zum Nachteil (*Disadvantage*) werden kann, die seit Beginn das entsprechende Abbruchrisiko getragen haben. Konsequenterweise steht der *First-Mover-Disadvantage* dem Anreiz für Innovation entgegen. Gegen die Erhebung einer Gebühr für das Projektabbruchrisiko ist somit per se nichts einzuwenden.

61. Aus kartellrechtlicher Sicht ist betreffend die Ausgestaltung der Kosten für das Projektabbruchrisiko indes erneut relevant, dass die individuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in genügendem Ausmass mitberücksichtigt wird (s. vorne Rz 56 ff.). Die Entschädigung für das nicht getragene Projektabbruchrisiko berechnet sich für das HIS wie folgt: Marktanteil des beitretenden VU (wobei ein minimaler Marktanteil von 1 % angesetzt wird, selbst wenn der effektive Marktanteil tiefer ist) multipliziert mit den angefallenen Projektkosten in der Höhe von

²³ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), Rz 283 ff.

²⁴ ANDREAS HEINEMANN, Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht: Divergenz oder Konvergenz?, in: Medien und Recht – International Edition 2014, 3/14, 1–10, 1; Vgl. Urteil des BGH vom 5.5.2020, KZR 36/17, *Haier/Sisvel*; EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), Rz 285.

²⁵ Vgl. RPW 2007/3, 369 Rz 37, *Konsumkredit*.

²⁶ [...].

²⁷ Ausführlich zu diesem Rechtfertigungsgrund: ZIRLICK/BANGERTER, in: DIKE-KG (Fn 4), Art. 5 N 301 ff.

CHF 1 Mio. Von diesem Betrag sind 10 % als Zuschlag für das nicht getragene Projektabbruchrisiko geschuldet. Durch die Berücksichtigung der Marktanteile wird der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung getragen. Darüber hinaus bewegt sich der Zuschlag von 10 % im tiefst möglichen zweistelligen Prozentualbereich und erscheint damit keinen Verstoss gegen Art. 7 KG darzustellen.

62. Am HIS partizipieren derzeit die acht grössten VU (s. vorne Rz 21). Den restlichen VU im Bereich «Nichtleben» wurde bis dato noch keine Möglichkeit eingeräumt, sich am Projekt zu beteiligen.²⁸ Für die Erhebung einer Gebühr für das Projektabbruchrisiko dürfte neben der Berücksichtigung der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch der Umstand relevant sein, ob sämtlichen Marktteilnehmer zu Beginn des Projekts die Möglichkeit eingeräumt worden ist, daran teilzunehmen oder ob diese in unverschuldeter Weise das Projektabbruchrisiko nicht getragen haben, wie dies vorliegend der Fall ist. Wird dies berücksichtigt, kann damit entgegengewirkt werden, dass ein Preis als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG qualifiziert wird. Es kann nachvollzogen werden, dass oftmals nicht sämtliche Marktteilnehmer zu Beginn an einem Projekt teilnehmen können, da der (administrative) Koordinierungsaufwand die Implementierung eines Projekts lahmlegen könnte. Nichtsdestotrotz darf sich eine unverschuldete Nichtteilnahme seit Beginn des Projekts nicht in einer horrenden bzw. unangemessenen Gebühr für neu eintretende Marktteilnehmer niederschlagen. Die vorliegende Gebühr für das Projektabbruchrisiko erscheint aufgrund des tiefen Prozentbereichs (10 %) und der Tatsache, dass der Berechnung die Marktanteile zugrunde liegen, angemessen und nichtdiskriminierend zu sein. Sofern möglich und finanziell tragbar, könnte die Gebührentragung optimaler ausgestaltet werden, indem denjenigen Marktteilnehmern, welche bis zum 31. Oktober 2021, das heisst bei der ersten gewährten Möglichkeit, dem HIS beitreten, die entsprechende Gebühr – gleich der Gebühr für bereits bestehende Einmeldungen (s. vorne Rz 32 und nachfolgend Rz 65) – erlassen oder reduziert wird.

63. Die Entschädigung für die bereits vorhandenen Einmeldungen wird anhand des geschätzten Nutzens einer Einmeldung (schätzungsweise CHF 100) berechnet. Konkret werden die Einmeldungen der letzten 24 Betriebsmonate vor dem Beitrittszeitpunkt mit dem Marktanteil des beitretenden VU (Mindestmarktanteil von 1 %) mit CHF 100 multipliziert (s. dazu ausführlich vorne Rz 29 f. sowie das Berechnungsbeispiel in Rz 31). Es ist nachvollziehbar, dass für diejenigen Einmeldungen, die bereits eingespeist worden sind, von den später eintretenden VU eine Entschädigung zu leisten ist, da diese letztendlich von den bereits bestehenden Einmeldungen profitieren. Mit dieser Gebühr wird auch der Problematik des «*First-Mover-Disadvantage*» begegnet, indem verhindert wird, dass die anderen VU mit dem Beitritt zum HIS zuwarten bis genügend Einmeldungen vorhanden sind (s. vorne Rz 60). Nachvollziehbar erscheint diese Gebührenerhebung insbesondere wenn berücksichtigt wird, dass gegenwärtig die acht grössten VU am HIS beteiligt sind und diese vermutlich einen grossen Anteil der Einmeldungen vornehmen werden. Aus die-

sen Gründen ist gegen die Erhebung einer Gebühr für die bereits bestehenden Einmeldungen aus kartellrechtlicher Sicht per se nichts einzuwenden.

64. Hingegen ist auch diese Gebühr derart auszugestalten, dass der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung getragen wird. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird auch bei dieser Gebühr durch den Umstand berücksichtigt, dass die Einmeldungen mit den Marktanteilen multipliziert werden. Darüber hinaus werden nur die Einmeldungen der letzten zwei Jahre für den Beitritt beim HIS berücksichtigt; dies führt zu einer Beschränkung der Gebühren. Es kann mithin davon ausgegangen werden, dass die Ausgestaltung der Gebühr für die bereits vorhandenen Einmeldungen keinen Verstoss gegen Art. 7 KG darstellt. Für die Angemessenheit der Gebühr im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG spricht unter anderem der Umstand, dass die Gebühr einmalig im Zeitpunkt des Beitritts erhoben wird. Die beschriebene Lösung erscheint aus kartellrechtlicher Perspektive angemessener, als wenn für jede Abfrage eine Pauschalgebühr erhoben und damit die Kostenauflegung für die Nutzung des HIS im Ergebnis kontinuierlich und unbesehen der Marktanteile erfolgen würde.

65. Dem Umstand, dass den restlichen VU im Bereich «Nichtleben» noch keine Möglichkeit eingeräumt worden ist, sich am Projekt zu beteiligen (s. vorne Rz 62) wird dadurch begegnet, dass keine Entschädigung für die per Teilnahmezeitpunkt vorhandenen Einmeldungen geschuldet ist, wenn der Eintritt vor dem 31. Oktober 2021 erfolgt (s. vorne Rz 32). Insbesondere aufgrund dieser Tatsache kann davon ausgegangen werden, dass die Ausgestaltung der Gebühr für bereits bestehende Einmeldungen den Anforderungen von Art. 7 KG gerecht werden.

66. Betreffend sämtlicher Gebühren, d.h. der Gebührenpolitik in ihrer Gesamtheit, kann an dieser Stelle noch festgehalten werden, dass gemäss der Aussage der SVVS der Fokus der Beitrittsgebühren auf einer sachgerechten Kostenverteilung und nicht auf der Erzielung einer Gewinnmarge der SVVS liegt. Da die Kosteneinschätzungen mit Unsicherheiten verbunden sind und die SVVS ungeplante Mehrkosten nicht beliebig vorfinanzieren kann, sollen mit den einmaligen Gebühren Rückstellungen gebildet werden. Diese Rückstellungen können für die Finanzierung von ungeplanten Betriebskosten, geplanter Systempflege/-weiterentwicklung oder zwecks Reduktion der Jahresgebühren für alle teilnehmenden VU verwendet werden.²⁹

67. Nach dem Gesagten kann folgendes Zwischenfazit festgehalten werden: Die Gebührenerhebung für das HIS könnte optimaler ausgestaltet werden, wenn denjenigen Marktteilnehmern, welche dem HIS bis zum 31. Oktober 2021 beitreten, die Gebühr für das Projektabbruchrisiko erlassen oder reduziert würde (s. vorne Rz 62). Ansonsten bestehen aufgrund der beschriebenen Ausgestaltung der Preispolitik keine Anhaltspunkte dafür, dass diese einen Verstoss gegen Art. 7 KG darstellen würden.

²⁸ [...].

²⁹ [...].

III. Fazit

68. Als Gesamtfazit kann hinsichtlich des Informationsaustausches und damit des Tatbestands der Abrede gemäss Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG folgendes festgehalten werden:

- Es wird erwartet, dass kein Austausch über die Vertragsauflösung im Schadenfall stattfindet (s. vorne Rz 42).
- Es wird erwartet, dass der Austausch nicht in einer systematischen Beschränkung der Schadenhöhe im aktuellen Schadenfall mündet (s. vorne Rz 44).

Ansonsten sind hinsichtlich des beschriebenen Informationsaustausches zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken ersichtlich. Aufgrund der Charakteristika der ausgetauschten Informationen und der antizipierten niedrigen Frequenz des Austausches kann angenommen werden, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt werden. Durch umfangreiche Kontrollmechanismen wird insbesondere verhindert, dass die Benutzung der Daten zum Zwecke der Antragsbearbeitung erfolgt und damit kartellrechtlichen Bedenken entgegengewirkt. Es sei noch zu erwähnen, dass der Austausch in der beschriebenen Form geeignet erscheint, Versicherungsmissbrauch zu bekämpfen sowie die Markteintrittsbarrieren zu reduzieren und damit den potentiellen Wettbewerbsdruck zu erhöhen.

69. Als Gesamtfazit kann hinsichtlich der Gebührenpolitik und damit des Tatbestands der missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG folgendes festgehalten werden:

- Es wird empfohlen die Gebühr für das Projektabbruchrisiko für diejenigen VU zu reduzieren oder erlassen, welche dem HIS bis zum 31. Oktober 2021 beitreten.

Ansonsten bestehen hinsichtlich der Ausgestaltung der Gebühren für den Zugang zum HIS zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken. Betreffend die einmalige Gebühr für die bereits vorhandenen Anmeldungen, welche einen grösseren Kostenanteil ausmachen (s. Berechnungsbeispiel in Rz 31), beruht diese Beurteilung insbesondere auf der Tatsache, dass diese Gebühr sämtlichen VU erlassen wird, welche dem HIS bis zum 31. Oktober 2021 beitreten.

Nachtrag: Nach Erhalt der vorliegenden Beratungsantwort, teilte die SVVS dem Sekretariat schriftlich mit, dass die Erwartungen und Empfehlungen des Sekretariats gemäss Rz 68 und Rz 69 bei der Implementierung des HIS umgesetzt worden sind. Namentlich findet kein Austausch über die Vertragsauflösung im Schadenfall statt. Die SVVS sicherte dem Sekretariat zudem zu, dass die Höhe des Schadenersatzes in der Praxis in jedem Fall einer Einzelfallprüfung unterliegt. Die Gebühr für das Projektabbruchrisiko wird zudem für diejenigen VU vollständig erlassen, welche dem HIS bis zum 31. Oktober 2021 beitreten.

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

I. Sachverhalt

I.1 Grundsätzliches

1. Der Schweizerische Versicherungsverband SVV (nachfolgend: SVV) ist der Verband der privaten Versicherungswirtschaft und vertritt als Dachorganisation die Interessen seiner Mitglieder auf nationaler und internationaler Ebene. Dem SVV sind ungefähr 80 Versicherungsunternehmen (nachfolgend: VU) angeschlossen, welche etwa 85 % der im Schweizer Markt erwirtschafteten Prämien aufeinander vereinen. Davon entfielen im Jahre 2018 CHF 29.8 Mrd. auf Prämien im Bereich «Leben» und CHF 28.2 Mrd. auf Prämien im Bereich «Nichtleben».

2. Der zuständige Ausschuss Nichtleben des SVV beabsichtigt den Aufbau einer Regressplattform (nachfolgend: RP) und eines Schiedswesens für gewisse strittige Regressforderungen. Die RP soll für die Abwicklung des Regresswesens in den Bereichen der Schadenforderung in der Schweiz genutzt werden. Das Schiedswesen soll für sogenannte Bagatellforderungen, das heisst Regressforderungen mit einem Forderungsbetrag von weniger als CHF 30'000 betrieben werden.

3. Im Bereich Nichtleben und spezifisch im Bereich des Regresswesens ist der SVV wie folgt organisiert: Der Ausschuss «Nichtleben» des SVV steht auf oberster Hierarchieebene, gefolgt von der Schadensleiterkommission des SVV (SLK) und der Arbeitsgruppe Regress des SVV (ArbGr). Im Rahmen der RP soll mit den sog. Vertretern des Schiedswesens in Zukunft eine weitere Hierarchieebene entstehen.

4. Die nachfolgende Beurteilung des Sekretariats erfolgt nur aus kartellrechtlicher Sicht. Die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Aspekte fällt in den Kompetenzbereich des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB).

I.2 Funktionsweise RP und Schiedswesen

5. Wenn mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen für denselben Schaden haften, haften diese gemäss Art. 51 i.V.m. Art. 50 OR¹ solidarisch. Der Geschädigte kann mithin im Aussenverhältnis wählen, welchen Ersatzpflichtigen er in Anspruch nehmen will (echte Solidarität). Das Innenverhältnis regelt sodann die Rangordnung zwischen den Ersatzpflichtigen, das heisst welcher Ersatzpflichtiger in welcher Reihenfolge für den Schaden einzustehen hat. Abhängig davon welcher Ersatzpflichtiger vom Geschädigten in Anspruch genommen wird, entstehen zwischen unterschiedlichen VU im Innenverhältnis regelmässige Regressansprüche.

6. Derzeit werden diese Regressansprüche unstrukturiert über E-Mails, Briefe und Telefonate abgewickelt.

Können sich die Streitparteien über eine Regressforderung nicht einigen, steht Ihnen heute der Weiterzug des Falles in die sogenannte Direktionsbesprechung offen. An der Direktionsbesprechung nehmen je ein Vertreter von zwei VU teil, um mehrere untereinander strittige Regressforderungen zu besprechen und eine Einigung zu finden. Diese Form der Regressabwicklung über die Direktionsbesprechung wird als sogenannter Sammelregress bezeichnet. Der Sammelregress soll zukünftig nur noch für Forderungen in der Höhe von CHF 30'000 und mehr Anwendung finden. Für strittige Forderungen unter CHF 30'000 ist im zukünftigen System ein Schiedsverfahren vorgesehen (s. nachfolgend Rz 17 ff.).

7. Für die Regressabwicklung wird zukünftig auf der RP eine Datenbasis angelegt. In dieser Datenbasis RP werden Informationen angelegt, welche für die Regressabwicklung erforderlich sind (s. nachfolgend Rz 8).

I.2.1 Umfang Datenbasis RP

8. In der Datenbasis RP werden Informationen angelegt, welche für die Abwicklung von Regressforderungen notwendig sind. Diese Informationen umfassen unter anderem:

- Angaben zum Versicherungsnehmer des Regressstellers (Vorname, Name / Firma, Policennummer, Branche);
- Angaben zur versicherten Person (Anrede, Vorname, Name, Geburtsdatum);
- Schadendatum, Schadenort, Schadenhergang, Anspruchs- und Haftungsgrundlage.

9. Eine detaillierte Auflistung der auf der RP angelegten Informationen findet sich im Anhang 1 zu dieser Beratung.

I.2.2 Regressabwicklung über RP

10. Die Abwicklung einer Regressforderung über die RP läuft wie folgt ab. Ein regressstellendes VU (nachfolgend: Regresssteller) erfasst seine Forderung in der RP und übermittelt diese an ein an der RP angeschlossenes VU, d.h. im Normalfall an einen Haftpflichtversicherer (nachfolgend: Regressgegner). Der Regresssteller erfasst zuhanden des Regressgegners folgende Informationen:

- Seinen zuständigen Fallführer²;
- Forderungsbetrag;

¹ Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

² Unter Fallführer versteht man einen Mitarbeiter des jeweiligen VU, für den ein Benutzerzugang zur RP mit E-Mail-Adresse und Telefonnummer angelegt ist, um Forderungsdossiers auf der RP einzusehen. Jede Streitpartei ist verpflichtet, jeder Regressforderung einen Fallführer zuzuweisen. Die RP zeigt die Identität eines dem Dossier zugeteilten Fallführers dem Fallführer der Gegenpartei und der Schiedsperson jederzeit an.

- Angaben zum Versicherungsnehmer des Regressstellers;
- Angaben zum Schaden und Schädiger (entspricht dem Versicherungsnehmer beim Regressgegner). Dies umfasst die Schaden-Nr. des Regressgegners (falls bekannt), die Policen-Nr. des Regressgegners (falls bekannt), Branche (Versicherungszweig) des Regressgegners; Kontrollschild des Schädigers (bei Motorfahrzeughaftpflicht); Personendaten des Schädigers (Vorname, Name, Geburtsdatum, Wohnort); Schadendatum und -ort, Branche des Regressgegners.

11. Nach Erhalt der Regressforderung hat der Regressgegner zunächst zu prüfen, ob er die Regressforderung einem bereits bestehenden Schadenfall oder Police zuordnen kann. Ist dies der Fall, hat er das Forderungsdossier einem seiner Fallführer zuzuordnen und eine Schadennummer zu erfassen. Der Regressgegner teilt dem Regresssteller sodann den bei ihm zuständigen Fallführer sowie seine Schadennummer mit. Der Fallführer des Regressstellers kann den zugewiesenen Fallführer des Regressgegners in der RP einsehen.

12. Der Regressgegner hat die nachfolgenden Möglichkeiten, um auf eine gestellte Regressforderung zu reagieren:

- Vollständige Zurückweisung der Forderung, sofern die Identifikation des Schädigers nicht erfolgreich war;
- grundsätzliche Anerkennung der Leistungspflicht und Übermittlung eines Angebotes, welches tiefer als die eingereichte Forderung ist;
- Anerkennung der Leistungspflicht und vollständige Begleichung der vom Regresssteller gestellten Forderung.

13. Der Regresssteller hat die nachfolgenden Möglichkeiten, sofern der Regressgegner die Leistungspflicht nicht anerkennt und die gestellte Forderung begleicht. Nach Erhalt einer Ablehnung des Regressgegners (allenfalls verbunden mit einem Angebot, das tiefer liegt als der geforderte Betrag) stehen dem Regresssteller die nachfolgenden Vorgehensweisen offen:

- Annahme des letzten Angebots bzw. der letzten Ablehnung des Regressstellers;
- Eskalation der Forderung in das Schiedsverfahren (sofern eine zweite Ablehnung des Regressgegners erfolgt ist und die Forderung unter CHF 30'000 beträgt; s. nachfolgend Rz 14);
- jederzeitiger Weiterzug in den Sammelregress (sofern die Forderung mehr als CHF 30'000 beträgt; s. nachfolgend Rz 15).

14. Die oben beschriebenen Verhandlungsmöglichkeiten zur Höhe von Forderungen unter CHF 30'000 sind auf einen zweimaligen Austausch beschränkt. Dem Regresssteller steht es offen, nach erfolgter zweimaliger Ablehnung des Regressgegners (allenfalls verbunden mit einer Forderung, die tiefer liegt als der geforderte Betrag) das Schiedsverfahren anzustossen. Dieselbe Möglichkeit steht dem Regresssteller offen, wenn vom Regressgegner während drei Monaten keine Reaktion

auf die gestellte Regressforderung folgt. In einem solchen Fall kann das Schiedsverfahren ohne Verhandlungen angestossen werden.

15. Bei Regressforderungen mit einem Forderungsbeitrag von CHF 30'000 oder mehr gilt die Beschränkung der Verhandlungen auf einen zweimaligen Austausch nicht. Als Eskalationsweg bleibt dem Regresssteller der jederzeitige Weiterzug in den Sammelregress (s. vorne Rz 6).

16. Jeder Eingang und jede Annahme von Angeboten wird auf der RP vollständig dokumentiert. Das heisst der Ablauf sowie das Ergebnis der Verhandlungen sind auf der RP jeweils erfasst.

1.2.3 Schiedsverfahren

17. Für Regressforderungen unter CHF 30'000 ist neu ein Schiedsverfahren vorgesehen. Jedes VU, welches an der RP in der Betriebsphase teilnehmen wird, wird aus dem eigenen Unternehmen einen Vertreter für das Schiedswesen bestimmen. Für jene VU, welche in der SLK vertreten sind (s. vorne Rz 3), werden die SLK-Vertreter die Rolle des Vertreters für das Schiedswesen wahrnehmen. Der Vorsitzende der SLK wird Vorsitzender des Schiedswesens sein, wird Sitzungen der Vertreter des Schiedswesens einberufen und wird diese leiten.

18. Die Vertreter des Schiedswesens werden künftig die Aufsicht über das Schiedswesen ausüben. Konkret werden sie gemeinsam die Gesamtzahl der Schiedspersonen festlegen und werden bestimmen, wie viele Schiedspersonen das jeweilige beteiligte VU für das Schiedswesen stellen muss (die Anzahl der Schiedspersonen pro VU bestimmt sich nach dem Verhältnis der festgelegten Gesamtzahl der Schiedspersonen zu den jeweiligen Marktanteilen der teilnehmenden VU).

19. Die Schiedspersonen werden von den VU normiert und von den Vertretern des Schiedswesens genehmigt. Die Vertreter des Schiedswesens dürfen im Rahmen der RP nicht selber die Rolle einer Schiedsperson wahrnehmen. Die von den VU gestellten und von den Vertretern des Schiedswesens genehmigten Schiedspersonen werden in ihrer Rolle als Schiedsperson auf der RP registriert. Es ist dabei gewährleistet, dass die VU nur Angestellte als Schiedspersonen normieren, die im Bereich Schadenabwicklung tätig sind. Personen, die im Bereich Antragsbearbeitung (*Underwriting*) und/oder Produktentwicklung tätig sind, können nicht als Schiedsperson amten.

20. Eskaliert ein Regresssteller seine Forderung im Schiedsverfahren, teilt die RP die Forderung automatisch per Zufallsgenerator an eine Schiedsperson zu, die nicht bei einer der direkt an der strittigen Forderung beteiligten VU angestellt ist. Mit Zuteilung der strittigen Forderung werden der Schiedsperson denn auch die erforderlichen Einsichtsrechte ins Forderungsdossier eingeräumt (s. nachfolgend Rz 25).

21. Die Schiedsperson beurteilt die ihr zugeteilten Forderungsdossiers ausschliesslich aufgrund der Informationen und Unterlagen, welche die Parteien über die RP ausgetauscht haben. Sie muss ihren Schiedsentscheid innerhalb von 90 Tagen nach Zuteilung des Forderungsdossiers in anonymer Form (ohne Angabe der eigenen

Personalien) und anonymisiert (ohne Angaben von Personendaten im Sachverhalt und der Begründung) auf der RP erfassen und aufschalten. Nach der Aufschaltung stehen die Schiedsentscheide den Schiedspersonen und allen operativen Nutzern der RP, d.h. allen Teamleitern, Leitern und Fallführern zur Einsicht zur Verfügung.

22. Zur Sicherstellung korrekter Entscheide und zur Förderung einer einheitlichen Spruchpraxis findet jährlich ein Austausch der Schiedspersonen statt. Die Organisation dieses Austausches sowie die Aufbereitung der zu diskutierenden Fragestellungen obliegt jedes Jahr einer anderen teilnehmenden VU. Die Fragestellungen werden traktandiert und der Austausch der Schiedspersonen, das heisst deren Diskussionen und Beschlüsse, protokolliert.

1.2.4 Sammelregress

23. Bei Regressforderungen von CHF 30'000 und mehr ist nach wie vor der Sammelregress vorgesehen. Die VU müssen sich mithin auf einen Termin für die Direktionsbesprechung verständigen.

24. Die Ergebnisse der Direktionsbesprechung (Einigung / keine Einigung) werden auf der RP erfasst. Kommt keine Einigung zustande sind die staatlichen Gerichte zuständig. Für strittige Forderungen von CHF 30'000 und mehr für welche im Rahmen des Sammelregresses keine Einigung erzielt wird, sieht die RP mithin keine weitergehende Regelung vor.

1.2.5 Zugriff auf die RP

25. Der Zugriff auf die Informationen der RP ist beschränkt. Die nachfolgenden Nutzer haben Zugriff auf Forderungsdossiers der RP:

- Einsicht in das jeweilige Forderungsdossier haben der Fallführer des Regressstellers und der Fallführer des Regressgegners, d.h. die beiden Fallführer, die direkt in die streitige Regressforderung involviert sind (Dossieransicht);
- Einsicht in «fremde» Forderungsdossiers haben alle Benutzer mit den operativen Rollen Fallführer, Teamleiter und Leiter, sofern sie einer der beiden direktbetroffenen Regressparteien angehören und Ihnen das jeweilige VU die entsprechenden Einsichtsrechte gewährt. Die Einsicht in Forderungsdossiers von nicht direktinvolvierten VU ist in jedem Fall ausgeschlossen.
- Einsicht in alle zu einer strittigen Forderung zwischen Regresssteller und Regressgegner ausgetauschten Daten hat bei Eskalation der Forderung ins Schiedsverfahren auch die dem Dossier zugeteilte Schiedsperson. Schiedspersonen unterstehen den Geheimhaltungspflichten gemäss Schiedsreglement. Eine Einsicht in andere als zugeteilte Forderungsdossiers ist für Schiedspersonen nicht möglich.
- Einsicht in die anonymisierten publizierten Schiedsentscheide haben Schiedspersonen und alle berechtigten Nutzer der RP, das heisst sämtliche Leiter, Teamleiter und Fallführer. Dadurch soll sich eine Spruchpraxis etablieren können.

- Dritte, d.h. Benutzer mit der Rolle VU-Administrator³ oder namentlich Mitarbeiter der SVVS, haben weder Einsicht in einzelne Forderungsdossiers noch in Schiedsentscheide.

1.3 Teilnehmende VU

26. Die RP befindet sich gegenwärtig in der Projektphase. Derzeit sind die nachfolgenden acht VU am Aufbau der RP involviert: Allianz Suisse Versicherungsgesellschaft AG; AXA Versicherungen AG; Basler Versicherungen AG; Generali Assurances Générales SA; Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG; Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG; Vaudoise Générale, Compagnie d'Assurances SA und Zurich Versicherungs-Gesellschaft AG. Dabei handelt es sich um die acht grössten VU, welche in der Schweiz gemeinsam in den letzten Jahren über einen Marktanteil von rund 80–90 % verfügen.

1.4 Kostentragung

1.4.1 Kosten für den Betrieb der RP

27. Die Gesamtkosten für den Betrieb der RP werden während der ersten sieben Betriebsjahre jährlich auf CHF 561'000 geschätzt. Diese Gesamtkosten setzen sich aus den nachfolgenden Kostenpositionen zusammen:

³ Beim VU-Administrator handelt es sich um diejenige Person bei den VU, welcher als Administrator Zugang zur RP hat und auf der RP für seine VU jeweils die berechtigten Nutzer registriert. Darüber hinaus hat der VU-Administrator weder Einsichtsrechte noch andere weitergehende Befugnisse auf der RP (s. Rz 25).

Kostenart	Betrag
Amortisation der Projektkosten	CHF 281'000
> Gesamtprojektkosten von CHF 1'965'000 amortisiert über 7 Jahre	
Kosten für Betrieb RP durch externen Provider und Aufwand der SVVS	CHF 220'000
Kosten für die Weiterentwicklung der RP	CHF 60'000
> fachliche und technische Updates, ansonsten werden zweckgebundene Rückstellungen in der Höhe gebildet	
Jährliche Gesamtkosten	CHF 561'000

Tabelle 1: Jährliche Gesamtkosten für den Betrieb der RP

28. Ab dem achten Betriebsjahr, das heisst nach vollständiger Amortisation der Projektkosten, ist mit jährlichen Betriebskosten von voraussichtlich CHF 280'000 zu rechnen. Zusätzlich könnten dazu erneute Amortisationen treten, zumal nach acht Betriebsjahren erfahrungsgemäss wieder eine grössere Investition für die Aktualisierung der verwendeten Komponenten notwendig sein dürfte.

I.4.2 Kostentragung

29. Die Kosten für den Betrieb der RP werden mittels zwei Gebühren getragen: (1) Einnahmen aus Schiedspauschalen (s. nachfolgend Rz 31 ff.) und (2) einer einmaligen Gebühr für die Nichttragung des Projektabbruchrisikos (s. nachfolgend Rz 35).

30. Die SVVS rechnet für das Rechnungsjahr 2021 im schlechtesten Fall mit 10 % der voraussichtlichen Jahreseinnahmen aus Schiedspauschalen, das heisst mit CHF 64'000. Um vor diesem Hintergrund eine Überschuldung der SVVS zu verhindern und somit das Projektabbruchrisiko zu reduzieren, gewähren die acht bereits in der Projektphase beteiligten VU der SVVS während der ersten sieben Betriebsjahre eine Betriebsdefizitgarantie. Für das Rechnungsjahr 2021 beträgt diese Defizitgarantie CHF 400'000 (hohe Eintrittswahrscheinlichkeit), für die sechs darauffolgenden Jahre beträgt die Defizitgarantie CHF 300'000 (tiefe Eintrittswahrscheinlichkeit).

I.4.3 Schiedspauschale

31. Während der ersten sieben Jahre soll die Schiedspauschale unabhängig vom Streitwert CHF 800 pro Schiedsfall betragen. Die Schiedspauschale wird jeweils nach Massgabe des Obsiegens/Unterliegens durch die direkt in den Fall involvierten Parteien getragen.

32. Gemäss den Schätzungen der SVVS, sollen rund 48'000 Regressforderungen anfallen, welche in rund 800

Fällen in ein Schiedsverfahren eskaliert werden. Damit ergeben sich Einnahmen in der Höhe von CHF 640'000 pro Jahr. Sollten sich die VU zu einem späteren Zeitpunkt auf eine höhere Bagatellgrenze als CHF 30'000 einigen, könnten die Schiedspauschalen etwas mehr als CHF 800 betragen, um die Finanzierung sicherzustellen.

33. Die Einnahmen aus der Schiedspauschale sollen während der ersten sieben Betriebsjahre die jährlichen Gesamtkosten der RP von CHF 561'000 decken (s. vorne Rz 27) und zudem einen Überschuss von CHF 79'000 abwerfen. Dieser Überschuss fliesst in die zweckgebundenen Reserven der SVVS und soll Nachbesserungskosten zur Behebung allfällig anfallender Mängel sowie schwankende Einnahmen aus Fallpauschalen ausgleichen. Mit dem Überschuss ist eine gewisse Reserve einkalkuliert, da sich die Häufigkeit einer Eskalation in das Schiedsverfahren und damit die effektive Höhe der künftigen Einkünfte nur schwer prognostizieren lässt.

34. Für die Zeit ab dem achten Betriebsjahre, das heisst nach vollständiger Amortisation der Projektkosten, wird rechtzeitig eine allfällige Reduktion der Schiedspauschale geprüft.

I.4.4 Zuschlag Projektabbruchrisiko

35. Diejenigen VU, welche der RP beitreten möchten, müssen beim Eintritt eine einmalige Gebühr für das nicht getragene Projektabbruchrisiko tragen. Diese entspricht dem Produkt ihres Marktanteils (Minimum 1 % ausgehend von einem Gesamtmarkt für Schadenversicherungen ohne Krankenversicherer) multipliziert mit den angefallenen Projektkosten in der Höhe von CHF 1'965'000, das erneut mit einem 10 % Risikozuschlag multipliziert wird. Nachfolgend finden sich zwei Berechnungsbeispiele für die Berechnung des Projektabbruchrisikos.

	Variante 1: VU mit 5 % Marktanteil	Variante 2: VU mit 1 % Marktanteil
Berechnung	5 % x CHF 1'965'000 x 10 %	1 % x CHF 1'965'000 x 10 %
Entschädigung für Projektabbruchrisiko	CHF 9'825	CHF 1'965
Einmalige Gebühr per Beitritt	CHF 9'825	CHF 1'965

Tabelle 2: Zuschlag für Projektabbruchrisiko

II. Kartellrechtliche Beurteilung

36. Nachfolgend folgt die kartellrechtliche Beurteilung der geplanten RP. Dabei sind die nachfolgenden Aspekte aus kartellrechtlicher Perspektive relevant:

- Die VU sind auf derselben Marktstufe tätig und teilen auf der RP und durch das Durchführen der Schiedsverfahren gewisse Informationen miteinander. Es stellt sich die Frage, ob dieser Informationsaustausch als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könnte (s. nachfolgend Rz 37 ff.).
- An der RP sind gegenwärtig die acht grössten VU beteiligt, welche in der Schweiz gemeinsam in den letzten Jahren über einen Marktanteil von 80–90 % verfügten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die unter Rz 27 ff. beschriebenen Kosten für den Zugang zur RP einen Verstoß gegen Art. 7 KG darstellen könnte (s. nachfolgend Rz 49 ff.).

II.1 Informationsaustausch (Art. 5 i.V.m. 4 Abs. 1 KG)

37. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

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

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

39. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Ver-

triebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. vertikale harte Kartelle).

40. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei harten Kartellen kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

41. Die vorgesehene RP führt zu einem Informationsaustausch (s. dazu ausführlich nachfolgend Rz 44). Wie sich aus dem Gesetzeswortlaut Art. 4 Abs. 1 KG ergibt, stellen Abreden nicht nur Vereinbarungen dar, sondern der Tatbestand einer Wettbewerbsabrede kann auch durch eine abgestimmte Verhaltensweise erfüllt werden. Der durch die RP und das Durchführen der Schiedsverfahren stattfindende Informationsaustausch stellt unter Umständen eine horizontale Abrede im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise dar. Damit eine abgestimmte Verhaltensweise als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist, müssen drei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: (1) Eine Abstimmung (ein Mindestmass an Koordination), (2) ein Marktverhalten und (3) ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten.⁴ Zusätzlich muss die abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁵

⁴ RPW 2010/4, 737 Rz 177 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*, vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2016/2, 586 E.4.1, *Altimum*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), Art. 4 Abs. 1 KG N 53; Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-199/92 P *Hüls AG*, Slg. 1999 I – 4336 Rz 161.

⁵ Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; RPW 2020/1, 202, Rz 835, *KTB-Werke*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

42. Gemäss der Praxis der WEKO und auch der EU-Kommission ist bei einem Informationsaustausch anhand der Charakteristika der Informationen (Inhalt, Aktualität, Frequenz, Aggregation der Informationen, Homogenität der Produkte etc.) und der Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes (Konzentration, Transparenz, Stabilität, Symmetrie, Komplexität) zu beurteilen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und ein Informationsaustausch damit eine abgestimmte Verhaltensweise, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, darstellt.⁶ Generell ist der Abredetatbestand im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, wenn die Qualität und die Quantität der ausgetauschten Informationen sowie die Marktstrukturen, den Unternehmen eine Koordination in dem Ausmass erlauben, dass bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt.⁷ Betreffend den Inhalt gilt der Austausch von vertraulichen Unternehmensinformationen, welche es namentlich erlauben, die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren als besonders schädlich.⁸ Dies gilt insbesondere für den Austausch von Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten.⁹

43. Als zentrale Wettbewerbsparameter kommen im Versicherungsbereich die Versicherungsprämien (Preis, zentrale Preisbestandteile wie u.a. auch Risikoprämien für gewisse Risiken und drgl.), das Leistungsangebot (Versicherung bestimmter Risiken und drgl.) und der Leistungsumfang (Deckungsumfang, Laufzeit, Selbstbehalt und drgl.) sowie der Kundendienst oder andere zentrale Zusatzdienstleistungen in Frage.

44. Der Informationsaustausch findet im vorliegenden Fall bei der Abwicklung der Regressfälle sowie der Durchführung der Schiedsverfahren statt. Eine detaillierte Auflistung der für die Abwicklung der Regressfälle auf der RP angelegten Informationen findet sich im Anhang 1 zu dieser Beratung. Zusätzlich wird auf der RP die Verhandlungsgeschichte betreffend eine Regressforderung gespeichert (s. vorne Rz 16 sowie Rz 24). Eskaliert eine Regressforderung in ein Schiedsverfahren, ist die Schiedsperson angehalten, das ihr zugeteilte Forderungsdossier ausschliesslich aufgrund der Informationen und Unterlagen zu beurteilen, welche die Parteien über die RP ausgetauscht haben. Ein darüberhinausgehender Austausch findet somit nicht statt. Bei Abschluss des Schiedsverfahrens wird der Schiedsentscheid in anonymer Form und anonymisierter Form auf der RP aufgeschaltet (s. vorne Rz 21). Zur Sicherstellung korrekter Entscheide und zur Förderung einer einheitlichen Spruchpraxis findet jährlich ein Austausch der Schiedspersonen statt (s. vorne Rz 22).

45. Aus kartellrechtlicher Sicht wäre es besonders schädlich, wenn der unter Rz 44 beschriebene Austausch den VU erlauben würde, das künftige Preis- oder Mengenverhalten oder die Strategie der Konkurrenten auf dem Markt zu antizipieren (s. vorne Rz 42) oder die Informationen sich auf die Ausgestaltung von (zentralen) Versicherungskonditionen niederschlagen würden. Aufgrund des gemeldeten Sachverhalts ist nicht ersichtlich, dass die Informationen Rückschlüsse auf die Strategie der Konkurrenten zulassen oder sich auf Preisbestandteile) oder Mengen beziehen würden. Das gegenseitige Stellen von Regressforderungen wird bereits

heutzutage notwendigerweise praktiziert. Die Tatsache, dass dieser bereits stattfindende Austausch nun digitalisiert und über eine zentrale Plattform abgewickelt werden soll, ruft zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken hervor. Es ist zudem gewährleistet, dass die VU nur Angestellte als Schiedspersonen nominieren, die im Bereich der Schadenabwicklung tätig sind. Personen, die im Bereich Antragsbearbeitung und/oder Produktentwicklung tätig sind, können nicht als Schiedspersonen amten. Dies wird durch die Vertreter des Schiedswesens sichergestellt. Dasselbe gilt für die Fallführer. Damit ist auch nicht anzunehmen, dass sich der Austausch auf der RP, das Durchführen der Schiedsverfahren sowie der jährliche Austausch zwischen den Schiedspersonen auf die individuelle Ausgestaltung von (zentralen) Versicherungskonditionen niederschlagen kann.

46. Der Umfang des Informationsaustausches wird zudem dadurch eingeschränkt, dass nur die berechtigten Personen der direktinvolvierten VU Einsicht in die jeweiligen Forderungsdossiers haben (s. vorne Rz 25). Eine Ausnahme bildet der jährliche Austausch zwischen den Schiedspersonen. Dieser ist aber gemäss den Angaben der SVVS auf aktuelle Fragestellungen im Schieds- und Regresswesen beschränkt. Zudem wird ein Protokoll geführt und die für den Austausch relevanten Fragestellungen werden traktandiert (s. vorne Rz 22).

47. Es ist zu ergänzen, dass gemäss der Lehre und der Praxis der Austausch von geeigneten Informationen auf gewissen Märkten, wie bspw. im Banken- oder Versicherungssektor zu Effizienzgewinnen bzw. zum besseren Funktionieren eines Marktes beitragen kann.¹⁰ Aufgrund der vorgelegten Sachlage, kann davon ausgegangen werden, dass die Informationen, welche auf der RP und im Rahmen der Schiedsverfahren offengelegt werden, der effizienten Abwicklung von Regressforderungen unter den VU dienen. Der Austausch betrifft, soweit ersichtlich, in erster Linie die Kostenfaktoren der Versicherer. Dies ist stets weniger heikel als wenn Informationen über Leistungen ausgetauscht würden. Ein Kostenbenchmarking kann dazu führen, dass die Versicherer effizienter arbeiten. Gemäss den Schätzungen der SVVS betragen die Kosteneinsparungen durch eine

⁶ Vgl. RPW 2019/3b, 1018, Rz 21, *Edelmetalle* (Einstellungsverfügung); RPW 2011/4, 584, Rz 391, *ASCOPA*; RPW 2007/1, 143 f., Rz 34 ff., *Praxis im Versicherungsbereich*; RPW 2011/4, 518, *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), 13, Rz 58 sowie Rz 55 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 5), Art. 4 Abs. 1 KG N 106.

⁷ Urteil des EuG vom 29.2.2016 T-254-12, *Kühne und Nagel* Rz 141; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 I-04529 Rz 26; BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 (= RPW 2002/4, 737 f. E. 6.3), *Buchpreisbindung*.

⁸ Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-KG (Fn 4), Art. 4 Abs. 1 KG N 159.

⁹ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), 16, Rz 73 f.; Verfügung der Autorité Garante della Concorrenza e del Mercato AGCM vom 20.12.2018, 77, Rz 315 ff., *Vendita auto tramite finanziamenti*; Urteil des EuGH vom 19.3.2015, Rs. C-286/13P *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rz 111 ff. insbesondere Rz 134; vgl. auch Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 I-04529 Rz 41.

¹⁰ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), 13 und 21, Rz 57 und 95 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 5), Art. 4 Abs. 1 KG N 105; RPW 2007/1, 143 f. Rz 34 f., *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*.

Implementierung der RP sowie des Schiedswesens rund CHF 3 Mio. pro Jahr.¹¹ Damit erscheint die RP sowie das Schiedswesen auch aufgrund von Effizienzgründen kartellrechtlich gerechtfertigt.

48. Nach dem Gesagten kann folgendes Zwischenfazit festgehalten werden: Hinsichtlich des beschriebenen Informationsaustausches sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken ersichtlich. Aufgrund der Charakteristika der ausgetauschten Informationen und der Beschränkung des Austausches auf direkt involvierte VU, kann angenommen werden, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt werden. Zudem wird sichergestellt, dass am Informationsaustausch keine Personen partizipieren, die mit der Antragsbearbeitung und/oder Produktentwicklung betraut sind. Das von der SVVS beschriebene Projekt stellt eine Zentralisierung und Digitalisierung eines bereits stattfindenden Informationsaustausches dar.

II.2 Zugang zur RP (Art. 7 i.V.m. 4 Abs. 2 KG)

49. 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). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹² 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). Art. 5 und 7 KG können parallel auf denselben Sachverhalt angewendet werden, indes hat die Analyse separat zu erfolgen.¹³

50. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG setzt eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG voraus. Für die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ist in einem ersten Schritt der relevante Markt zu bestimmen. Zum Zwecke der vorliegenden Beratung kann der Markt im Sinne einer Arbeitshypothese wie folgt definiert werden: Markt für den Betrieb und die Bereitstellung von Plattformen mit Informationen zum Zwecke der Abwicklung von Regressforderungen.

51. Für die Beurteilung der Marktstellung auf dem definierten Markt sind die Marktanteile ein zentrales Kriterium, wobei auch die Marktanteilsentwicklung und die Marktanteilsverteilung zu berücksichtigen sind.¹⁴ Marktanteile ab 50 % begründen nach der Wettbewerbspraxis zumindest eine Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, die nur bei Vorliegen von entgegenstehenden Faktoren widerlegt wird. Bei Marktanteilen über 60 % oder 70 % sind die Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutung durch gegenläufige Faktoren konsequenterweise höher.¹⁵

52. Die RP wird als Datenbank von der SVVS betrieben. An der RP sind gegenwärtig die acht grössten VU der

Schweiz beteiligt, deren kumulierten Marktanteile sich während der letzten fünf Jahre konstant zwischen 80–90 % bewegten.¹⁶ Vor diesem Hintergrund dürfte ohne Weiteres von einer marktbeherrschenden Stellung der SVVS durch den Betrieb der RP ausgegangen werden, zumal auf dem definierten Markt wohl keine alternativen Datenbanken vorhanden sein dürften.

53. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a, b und c KG kommen unter anderem als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre; Bst. a); die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Bst. b) und die Erzwingung unangemessener Preise oder unangemessener Geschäftsbedingungen (Bst. c) in Betracht. Die Informationen, welche in die RP eingespeist werden stellen aus kartellrechtlicher Sicht einen Datenpool dar. Die Bedingungen für den Zugang zu und die Teilnahme am Datenpool darf keine Marktteilnehmer im Wettbewerb benachteiligen.¹⁷ Vor diesem Hintergrund ist der Zugang zu einem Datenpool zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen zu gewährleisten, ansonsten ein Verstoss gegen Art. 7 KG – insbesondere gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a, b und c KG – vorliegen könnte.¹⁸ Dies entspricht im Wesentlichen den sogenannten FRAND-Bedingungen (*fair, reasonable and non-discriminatory*), die für die kartellrechtliche Beurteilung von standardessentiellen (*essential*) Patenten bekannt sind.¹⁹

54. Die RP sowie das Schiedswesen soll sämtlichen Marktteilnehmern zur Verfügung stehen, welche die unter Rz 27 ff. beschriebenen Gebühren (Schiedspauschale bei einem Schiedsverfahren sowie einmalige Gebühr für das nichtgetragene Projektabbruchrisiko). Der Zugang zu einem Datenpool wird aus kartellrechtlicher Sicht idealerweise kostenfrei oder kostendeckend gewährt, indes ist dies nicht zwingende Voraussetzung um den Anforderungen des Kartellrechts gerecht zu

¹¹ [...].

¹² BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

¹³ RPW 2016/1, 120, Rz 412, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

¹⁴ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-KG (Fn 4), Art. 4 Abs. 2 KG N 222.

¹⁵ Urteil des BVGer vom 18.12.2018, *Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, Rz 442 m.w.H.

¹⁶ 83.3 % im Jahre 2019 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2019, 30); 84 % im Jahre 2018 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2018, 27); 83.3 % im Jahre 2017 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2017, 23); 83.6 % im Jahre 2016 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2016, 25); 83.7 % im Jahre 2015 (FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2015, 27). Die Berichte der FINMA über den Versicherungsmarkt sind abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/berichte/versicherungsbericht/>, zuletzt abgerufen am 18.3.2021.

¹⁷ Vgl. die Ausführungen in RPW 2011/1, 5 hinsichtlich die Betreuung eines Immobiliendatenpools und Urteil des EuGH vom 23.11.2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rz 60.

¹⁸ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), Rz 283 ff.

¹⁹ ANDREAS HEINEMANN, *Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht: Divergenz oder Konvergenz?*, in: *Medien und Recht – International Edition* 2014, 3/14, 1–10, 1; Vgl. Urteil des BGH vom 5.5.2020, KZR 36/17, *HAIER/SISVEL*; EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), Rz 285.

werden. Eine Verstoss gegen Art. 7 KG kann indes vorliegen, wenn zu hohe Gebühren (Eintritts- und transaktionsabhängige Gebühren) erhoben werden.²⁰ Im Nachfolgenden ist daher zu prüfen, ob die geplanten Gebühren im Einklang mit Art. 7 KG, das heisst fair, zumutbar und diskriminierungsfrei ausgestaltet sind.

II.2.1 Schiedspauschale

55. Die Schiedspauschale (s. vorne Rz 31 ff.) beträgt unabhängig vom Streitwert CHF 800 pro Schiedsverfahren. Die Einnahmen aus der Schiedspauschale sollen während der ersten sieben Betriebsjahre die jährlichen Gesamtkosten der RP von CHF 561'000 decken und zudem einen Überschuss von CHF 79'000 abwerfen. Die Auferlegung von Kosten für die Teilnahme an einem Projekt ist notwendige Voraussetzung, dass dieses auch implementiert und betrieben werden kann und ist daher aus kartellrechtlicher Sicht nicht *per se* zu beanstanden.

56. Die Höhe der Schiedspauschale von CHF 800 erscheint dabei nachvollziehbar, zumal nach vollständiger Amortisation der Projektkosten, rechtzeitig eine allfällige Reduktion der Schiedspauschale geprüft werden soll (s. vorne Rz 34). Darüber hinaus soll der Überschuss nicht für die Erzielung einer Gewinnmarge der SVVS eingesetzt werden, sondern in zweckgebundene Reserven der SVVS fliesen, um Nachbesserungskosten zur Behebung allfällig anfallender Mängel sowie schwankende Einnahmen aus Fallpauschalen auszugleichen. Mit dem Überschuss ist eine gewisse Reserve einkalkuliert, da sich die Häufigkeit einer Eskalation in das Schiedsverfahren und damit die effektive Höhe der künftigen Einkünfte nur schwer prognostizieren lässt (s. vorne Rz 33).

57. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ergeben sich aus der Erhebung einer Schiedspauschale von CHF 800 keine kartellrechtlichen Bedenken. Da die Kosten zudem sämtlichen Marktteilnehmern auferlegt wird, ist darin wohl keine Diskriminierung von anderen Marktteilnehmern zu sehen.

II.2.2 Zuschlag Projektabbruchrisiko

58. Diejenigen VU, welche der RP beitreten möchten, müssen beim Eintritt eine einmalige Gebühr für das nicht getragene Projektabbruchrisiko tragen (s. für deren Berechnung vorne Rz 35).

59. Hintergrund der Auferlegung einer Gebühr für das Projektabbruchrisiko ist, dass Softwareprojekte gemäss den Angaben der SVVS erfahrungsgemäss in 10–30 % der Fälle scheitern.²¹ Wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Scheiterns von Softwareprojekten tatsächlich ist, wurde zum Zwecke der vorliegenden Beratung nicht weiter ermittelt. Es darf indes aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass derartigen Projekten eine Gefahr des Scheiterns immanent ist. Das Bedürfnis der Auferlegung von Kosten für das Projektabbruchrisiko auf VU, welche nicht zu Beginn am Projekt partizipiert haben und mithin kein Projektabbruchrisiko zu tragen hatten, kann vor diesem Hintergrund nachvollzogen werden. In diesem Zusammenhang kann berücksichtigt werden, dass das Kartellrecht der Entwicklung bzw. Implementierung neuer innovativer Produkte oder Projekte nicht entgegensteht. Dies wird durch den in Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung oder der

Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen akzentuiert.²² Aus kartellrechtlicher Sicht ist daher unter anderem aus diesem Grund eine Auferlegung von Kosten für das Projektabbruchrisiko nicht *per se* unzulässig, da damit auch kostentechnische Anreize für Innovation gesetzt und dem sog. «*First-Mover-Disadvantage*» begegnet werden kann. Der *First-Mover-Disadvantage* bezeichnet den Umstand, dass Marktteilnehmer beim Einstieg eines Projekts zuwarten, bis das Projekt fertig und einsatzbereit ist, um die Risiken der Aufbauphase zu umgehen, was mithin denjenigen Marktteilnehmern zum Nachteil (*Disadvantage*) werden kann, die seit Beginn das entsprechende Abbruchrisiko getragen haben. Konsequenterweise steht der *First-Mover-Disadvantage* dem Anreiz für Innovation entgegen. Gegen die Erhebung einer Gebühr für das Projektabbruchrisiko ist somit *per se* nichts einzuwenden.

60. Aus kartellrechtlicher Sicht relevant kann dagegen sein, dass bei der Kostentragung die individuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in angemessener Weise berücksichtigt wird, ansonsten insbesondere kleinere Marktteilnehmer diskriminiert werden und damit ein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegen könnte. Es ist denkbar, dass der individuellen Leistungsfähigkeit durch die Berücksichtigung von Marktanteilen oder Umsätzen bei der Kostentragung Rechnung getragen wird. Unter Umständen kartellrechtlich problematisch kann eine reine Kostenauflegung *nach Köpfen* sein. Durch die Berücksichtigung der Marktanteile bei der Berechnung der Gebühr für das Projektabbruchrisiko wird vorliegend der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung getragen.

61. Gegen die Erhebung einer Gebühr für das Projektabbruchrisiko kann der Umstand sprechen, dass den restlichen VU im Bereich «Nichtleben» bis dato noch keine Möglichkeit eingeräumt wurde, sich am Projekt zu beteiligen. Mit anderen Worten haben die anderen Marktteilnehmer das Projektabbruchrisiko in unverschuldeter Weise nicht getragen. Eine unverschuldete Nichtteilnahme seit Beginn des Projekts sollte sich nicht in einer horrenden bzw. unangemessenen Gebühr für neu eintretende Marktteilnehmer niederschlagen. Die vorliegende Gebühr für das Projektabbruchrisiko erscheint aber aufgrund des tiefen Prozentbereichs (10 %) und der Tatsache, dass der Berechnung die Marktanteile zugrunde liegen, angemessen zu sein. Diese Beurteilung beruht insbesondere auf der Tatsache, dass keine zusätzlichen einmaligen Eintrittsgebühren erhoben werden, und dass die acht bereits in der Projektphase beteiligten VU der SVVS während der ersten sieben Betriebsjahre eine Betriebsdefizitgarantie gewähren, um eine Überschuldung der SVVS zu verhindern und somit das Projektabbruchrisiko zu reduzieren (s. vorne Rz 30).

²⁰ Vgl. RPW 2007/3, 369 Rz 37, *Konsumkredit*.

²¹ [...].

²² Ausführlich zu diesem Rechtfertigungsgrund: ZIRLICK/BANGERTER, in: DIKE-KG (Fn 4), Art. 5 N 301 ff.

62. Nach dem Gesagten kann folgendes Zwischenfazit festgehalten werden: Es bestehen aufgrund der beschriebenen Ausgestaltung der Preispolitik keine Anhaltspunkte dafür, dass diese einen Verstoß gegen Art. 7 KG darstellt.

III. Fazit

63. Als Gesamtfazit kann hinsichtlich des Informationsaustausches und damit des Tatbestands der Abrede gemäss Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG festgehalten werden, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine kartellrechtlichen Bedenken ersichtlich sind. Aufgrund der Charakteristika der ausgetauschten Informationen und der Beschränkung des Austausches auf direktinvolvierte VU, kann angenommen werden, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise

im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt werden. Zudem wird sichergestellt, dass am Informationsaustausch keine Personen partizipieren, die mit der Antragsbearbeitung und/oder Produktentwicklung betraut sind. Das von der SVVS beschriebene Projekt stellt eine Zentralisierung und Digitalisierung eines bereits stattfindenden Informationsaustausches dar.

64. Als Gesamtfazit kann hinsichtlich der Gebührenpolitik und damit des Tatbestands der missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG folgendes festgehalten werden: Es bestehen aufgrund der beschriebenen Ausgestaltung der Preispolitik keine Anhaltspunkte dafür, dass diese einen Verstoß gegen Art. 7 KG darstellt.

Anhang 1: Umfang der Datenbasis RP

Datenfeld	Mögliche Werte	Erläuterung
Dossiertyp	Ankündigung, Forderung	
Schadennummer A	Freitext	Schadennummer Regresssteller
Gesellschaft A	Freitext	Name Regresssteller
Anrede VN_A	Frau, Herr, Firma	VN A = Versicherungsnehmer des Regressstellers
Vorname VN A	Freitext	VN A = Versicherungsnehmer des Regressstellers
Name / Firma VN A	Freitext	VN A = Versicherungsnehmer des Regressstellers
Policennummer VN A	Freitext	VN A = Versicherungsnehmer des Regressstellers
Branche VN A	Dropdown; Versicherungszweige gem. FINMA	VN A = Versicherungsnehmer des Regressstellers
VP A entspricht VN A	ja, nein	Versicherte Person (VP) kann von VN A abweichen.
Anrede VP	Frau, Herr, Firma	VP = Versicherte Person
Vorname VP	Freitext	VP = Versicherte Person
Name VP	Freitext	VP = Versicherte Person
Geburtsdatum VP	Datumsfeld	VP = Versicherte Person
Gesellschaft P	Freitext	Name des Haftpflichtversicherers
Anrede VN P	Frau, Herr, Firma	VN P = Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers
Vorname VN P	Freitext	VN P = Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers

Name / Firma VN P	Freitext	VN P = Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers
Branche VN P	Dropdown; Versicherungszweige gem. FINMA	VN P = Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers
Schadenummer VN P	Freitext	VN P = Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers
Policennummer VN P	Freitext	VN P = Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers
Autokennzeichen VN P	Freitext	VN P = Versicherungsnehmer des Haftpflichtversicherers
Schadendatum	Datumsfeld	
Strasse / Kreuzung Schadenort	Freitext	
Strassennummer Schadenort	Freitext	
PLZ Schadenort	Freitext	
Ort Schadenort	Freitext	
Land Schadenort	Dropdown	ISO-Liste
Schadenhergang A	Freitext	Sichtweise von A
Schadenhergang P	Freitext	Sichtweise von P
Anspruchs- und Haftungsgrundla- ge	Freitext	Begründung von A für Forderung
Akontoforderung n	Betragsfeld; CHF	1 Betragsfeld pro geforderte Akontozahlung
Akzeptierte Akontofoderung n	Betragsfeld; CHF	1 Betragsfeld pro akzeptierte Akontozah- lung
Initiale Forderung	Betragsfeld; CHF	für initiale Forderung von A
Forderung n	Betragsfeld; CHF	der initialen Forderung folgende Forderungen von A
Akzeptierte Forderung	Betragsfeld; CHF	Einigung auf diesen von A geforderten Betrag.
Angebot n	Betragsfeld; CHF	Eines pro in Verhandlung getätigtem Angebot des Haftpflichtversi- cherers
Akzeptiertes Angebot	Betragsfeld; CHF	Einigung auf diesen von P angebotenen Betrag.
Zahlungsverbindung_IBAN-Nr.	IBAN-Nr. einer Versiche- rungsgesellschaft oder der SVVS (Empfänger Schiedspauschalen)	plausibilisiert nach CH- Standard
Zahlungsverbindung_Geldinstitut	Freitext	
Zahlungsverbindung_Begünstigter	Freitext	z.B. X AG, Regionaldirekti- on Y
Zahlungsverbindung_Status	In Erstellung, Bestäti- gung pendent, bestätigt	Muss im 4-Augenprinzip bestätigt werden

Akontozahlung	ja, nein	gibt an, ob für die Forderung Akontozahlungen bestehen
Abkommensregress	Radio Button	gibt an, ob die Forderung auf einem Regressabkommen oder nach Rechtslage beurteilt wird.
Rechtslagenregress	Radio Button	true or false
Fall-Sprache	deutsch, französisch, italienisch	
Anzahl Dokumente	Anzahl aller zu einem Regressfall hochgeladenen Dokumente	über den ganzen Regressfall
Sachverhalt Schiedsurteil	Freitext	
Urteilsbegründung Schiedsurteil	Freitext	
Schiedsurteil	Betragsfeld; CHF	
Anteil Schiedspauschale A	Betragsfeld; CHF	
Anteil Schiedspauschale P	Betragsfeld; CHF	
Schiedsperson	Vorname, Name	
Gesellschaft Schiedsperson	Name einer teilnehmenden VU	
Datum / Zeit Schiedsergebnis	Timestamp	Veröffentlichungszeitpunkt
Ergebnis Sammelregress (SA)	Betrag	
Besprechungsdatum (SA)	Datumfeld	
Letzte Modifikation	Timestamp	Letzter Änderungszeitpunkt an einem Regressfall
Status des Regressdossiers	diverse	Status gemäss separatem Statusdiagramm
Benutzer_Anrede	Frau, Herr	
Benutzer_Vorname	Freitext	
Benutzer_Nachname	Freitext	
Benutzer_Telefonnummer	Freitext	
Benutzer_E-Mail	E-Mail Adresse	
Benutzer_Team	Freitext	Teambezeichnung bei VG
Benutzer_Arbeitsort	Freitext	
Benutzer_Erstellungsdatum	Timestamp	
Benutzer_Deaktivierungsdatum	Timestamp	
Benutzerrolle	SVV, VU-Leiter, VU-Teamleiter, VU-Fallführer, Schiedsperson, VU-Admin	SVV hat keine Einsicht in Information zu Regressfällen
Benutzer_Sprache	deutsch, französisch, italienisch	
Teilnehmer_FirmennameLang	Name einer VU gemäss Handelsregister	
Teilnehmer_FirmennameKurz	Kurzname einer VU	
Teilnehmer_Marktanteil	%-Zahl	Quelle: Versichererreport der FINMA, nicht aus RP
Teilnehmer_Adresszusatz	Freitext	
Teilnehmer_Postfach	Freitext	
Teilnehmer_Strasse	Freitext	

Teilnehmer_StrasseNr	Freitext	
Teilnehmer_PLZ	Freitext	
Teilnehmer_Ort	Freitext	
Teilnehmer_Mailadresse_Inbound	Mail-Adresse	Inbox für Benachrichtigungs-E-Mails betreffend neu erhaltener Forderung/Ankündigung zwecks Zuteilung an Fallführer für Weiterbearbeitung.
Teilnehmer_Mailadresse_Financen	Mail-Adresse	Inbox der VU für Benachrichtigungs-E-Mails, dass die monatliche Zahlungsliste bereitsteht.
Teilnehmer_Aktiv	ja, nein	aktiv an RP teilnehmend oder nicht
Teilnehmer_Kontaktperson1	Vorname, Name, Telefonnummer, E-Mail	
Teilnehmer_Kontaktperson2	Vorname, Name, Telefonnummer, E-Mail	
Teilnehmer_Administrator	Vorname, Name, Telefonnummer, E-Mail	
SVV_Schiedspauschale	Betragsfeld und Gültigkeitsdatum	SVVS kann Höhe der Schiedspauschale in der RP auf ein in der Zukunft liegendes Datum anpassen.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	4. Eishockey im Pay-TV

Hinweis:

Gegen diese Verfügung wurde beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht. Die Verfügung ist daher noch nicht rechtskräftig (Stand Februar 2021).

Verfügung vom 7. September 2020 in Sachen Untersuchung 32-0260 gemäss Art. 27 KG betreffend Eishockey im Pay-TV wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen UPC Schweiz GmbH, in Wallisellen vertreten durch [...]

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die CT Cinetrade AG (nachfolgend: Cinetrade), die Teleclub AG (nachfolgend: Teleclub) und die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) zeigen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die UPC Schweiz GmbH (nachfolgend: UPC) im Bereich der Übertragung von Eishockeyinhalten im Pay-TV an.

2. Gemäss Anzeige habe UPC im Sommer 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation (nachfolgend: SIHF) exklusive Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen erworben. UPC verwerte diese Übertragungsrechte im Rahmen ihres neuen «MySports»-Angebots. Die Verbreitung von «MySports» erfolge ausschliesslich durch UPC und durch ihre Distributionspartner im Branchenverband Suissedigital. Nicht auf dem Koaxialkabelnetz basierende Drittplattformen erhielten das «MySports»-Angebot nicht. Insbesondere beklagt die Swisscom-Gruppe (nachfolgend auch: Swisscom), dass sie von UPC keine Offerte für die Verbreitung von «MySports» erhalte und auch keine Sublicenzierung der Eishockeyrechte erhalte. Gegenstand der Untersuchung ist zunächst die Frage, ob UPC im Bereich der Übertragung von Schweizer Eishockeyinhalten im Pay-TV marktbeherrschend ist und ob sie diese gegenüber anderen TV-Plattformen missbraucht.

3. Die vorgeworfene Verhaltensweise betrifft den Bereich TV-Inhalte und TV-Plattformen. Im Rahmen der Untersuchung «Sport im Pay-TV»¹ hat sich die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eingehend mit der vorliegend relevanten Thematik der Verweigerung von TV-Inhalten gegenüber TV-Plattformen auseinandergesetzt. Die WEKO hat festgehalten, dass Sportüber-

tragungsrechte und insbesondere Rechte für Fussballübertragungen in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften den Status eines Premium Contents erhielten. Zudem würden Sportübertragungen auch kaum unter der Zunahme der Verbreitungswege und Konsummöglichkeiten von audiovisuellem Content leiden. Exklusive Sportinhalte erlauben es den TV-Anbietern, eine bestimmte Zuschauergruppe für einen bestimmten Zeitraum exklusiv zu binden.² Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Bereich der TV-Plattformen in die Thematik der sogenannten zwei- oder mehrseitigen Märkte (oder eben Plattformmärkte) einzuordnen ist. Somit weist der Bereich der TV-Plattformen die entsprechenden relevanten Eigenschaften auf, wie beispielsweise Netzwerkeffekte oder starke Anreize der Programmveranstalter zur Präsenz auf allen TV-Plattformen.³

A.2 Verfahrensgeschichte

4. Mit Schreiben vom 24. März 2017 erstattete die Swisscom-Gruppe Anzeige bei der WEKO, dass UPC im Bereich Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 7 KG⁴ missbraucht. Gleichzeitig mit dieser Anzeige stellte die Swisscom-Gruppe Rechtsbegehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. Die Swisscom-Gruppe beantragte, die angebehrten vorsorglichen Massnahmen sofort und ohne Anhörung von UPC superprovisorisch anzuordnen.⁵

5. Das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) teilte der Swisscom-Gruppe im Auftrag des Präsidenten der WEKO mit Schreiben vom 31. März 2017 mit, dass das Rechtsbegehren auf Erlass superprovisorischer Anordnung der vorsorglichen Massnahmen abzulehnen ist.⁶

¹ Vgl. RPW 2016/4, 920 ff., *Sport im Pay-TV*.

² Vgl. RPW 2016/4, 965 Rz 372, *Sport im Pay-TV*.

³ Vgl. RPW 2016/4, 967 f. Rz 384, *Sport im Pay-TV*.

⁴ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz KG; SR 251).

⁵ Vgl. act. 1.

⁶ Vgl. act. 3.

6. Mit Schreiben vom 13. April 2017 stellte UPC den Antrag, die Mitarbeiter des Sekretariats, die mit der Beratungsanfrage der Swisscom-Gruppe befasst gewesen seien, hätten in den Ausstand zu treten. Mit Schreiben vom 28. April 2017 zog UPC das Ausstandsgesuch zurück.⁷

7. Am 29. Mai 2017 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG gegen UPC. Zugleich erhielt UPC Gelegenheit zum Gesuch der Swisscom-Gruppe um Parteistellung in der Untersuchung Stellung zu nehmen.⁸

8. Mit Verfügung vom 26. Juni 2017 wies die WEKO das Gesuch der Swisscom-Gruppe um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab.⁹

9. Mit Schreiben vom 13. Juli 2017 meldete die Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) ihre Beteiligung an der Untersuchung im Sinne von Art. 43 KG an.¹⁰ Diese Anmeldung stellte das Sekretariat UPC mit Schreiben vom 14. Juli 2017 zur Stellungnahme zu.¹¹

10. Mit Schreiben vom 19. Juli 2017 verzichtete UPC auf eine Stellungnahme zur Parteistellung der Swisscom-Gruppe.¹² Das Sekretariat informierte UPC und die Swisscom-Gruppe je mit Schreiben vom 20. Juli 2017 über die Beteiligung von Cinetrade, Teleclub und Swisscom an der Untersuchung.¹³

11. Zur Beteiligung von Sunrise nahm UPC mit Schreiben vom 29. August 2017 Stellung.¹⁴

12. Das Sekretariat informierte Sunrise, die Swisscom-Gruppe und UPC je mit Schreiben vom 30. August 2017 darüber, dass beabsichtigt sei, die Frage der Beteiligung von Sunrise zu sistieren, und gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme.¹⁵

13. UPC teilte mit Schreiben vom 19. September 2017 ihr Einverständnis betreffend Sistierung der Frage der Beteiligung von Sunrise mit.¹⁶

14. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2017 teilte die Swisscom-Gruppe mit, dass keine Grundlage für eine Beteiligung von Sunrise als Dritte im Sinne von Art. 43 KG bestehe. Gleichwohl verzichtete die Swisscom-Gruppe auf den Erlass einer formellen Verfügung diesbezüglich.¹⁷

15. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 12. Oktober 2017 Auskunftsbegehren an UPC, Swisscom und Suissedigital.¹⁸ Auf diese Auskunftsbegehren antworteten die Befragten je mit Schreiben vom 10. November 2017.¹⁹

16. Mit Schreiben vom 14. Februar 2018 ersuchte das Sekretariat Sunrise über den Stand der Verhandlungen mit UPC zu informieren.²⁰ Auf dieses Ersuchen antwortete Sunrise mit Schreiben vom 15. März 2018.²¹

17. Mit Schreiben vom 19. Februar 2018 informierte UPC über Entwicklungen in Bezug auf Eishockeyübertragungen, insbesondere über OTT-Angebote.²²

18. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 28. Februar 2018 ein weiteres Ankunftsbegehren an UPC und Swisscom.²³ Auf dieses Auskunftsbegehren antworteten

UPC und Swisscom je mit Schreiben vom 13. April 2018.²⁴

19. Mit Schreiben vom 23. März 2018 machte Swisscom Ergänzungen zum Sachverhalt und stellte verschiedene Anträge (insb. Verfahrensausdehnung).²⁵ Zu diesen Anträgen nahm das Sekretariat Stellung mit Schreiben vom 28. März 2018.²⁶

20. Mit Schreiben vom 22. Mai 2018 stellte Swisscom den Antrag um Aufschub der Akteneinsicht bis mindestens am 8. Juni 2018.²⁷ Das Sekretariat bestätigte den Aufschub der Akteneinsicht bis am 8. Juni 2018.²⁸

21. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 9. Juli 2018 Auskunftsbegehren an die EWCom AG (nachfolgend: EWC) sowie an die mhs internet AG (nachfolgend: MHS) bezüglich Verbreitung von «MySports».²⁹ Die Antwort von MHS erfolgte mit Schreiben vom 30. August 2018.³⁰ Die Antwort von EWC erfolgte mit Schreiben vom 5. September 2018.³¹

22. Mit Schreiben vom 25. September 2018 informierte UPC das Sekretariat schriftlich über die Einführung eines schweizweiten OTT-Angebots von Sky Sport³² und UPC für das «MySports»-Programm im September 2018.³³

23. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2018 forderte das Sekretariat Sunrise zur Mitteilung über eine etwaige Beteiligung von Sunrise als Dritte gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG auf.³⁴ Sunrise bestätigte mit Schreiben vom 21. November 2018 ihre Anmeldung zur Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung gemäss Art. 43 KG.³⁵ In der Folge erhielten UPC und Swisscom mit Schreiben vom 27. November 2018 Gelegenheit zu dieser Beteiligung von Sunrise Stellung zu nehmen und gegebenenfalls den Erlass einer formellen Verfügung zu beantragen.³⁶ UPC und Swisscom nahmen mit Schreiben vom

⁷ Vgl. act. 8 bzw. 15 sowie 10-12.

⁸ Vgl. act. 21.

⁹ Vgl. act. 26.

¹⁰ Vgl. act. 34.

¹¹ Vgl. act. 35 und 36.

¹² Vgl. act. 37.

¹³ Vgl. act. 38 und 39.

¹⁴ Vgl. act. 44.

¹⁵ Vgl. act. 45-47.

¹⁶ Vgl. act. 53.

¹⁷ Vgl. act. 57.

¹⁸ Vgl. act. 61-63.

¹⁹ Vgl. act. 71-73.

²⁰ Vgl. act. 81.

²¹ Vgl. act. 91.

²² Vgl. act. 82.

²³ Vgl. act. 85 und 86.

²⁴ Vgl. act. 94 und 95.

²⁵ Vgl. act. 92.

²⁶ Vgl. act. 93.

²⁷ Vgl. act. 100.

²⁸ Vgl. act. 101.

²⁹ Vgl. act. 102 und 103.

³⁰ Vgl. act. 106.

³¹ Vgl. act. 107.

³² Hierbei handelt es sich um ein Angebot der Sky Switzerland SA (nachfolgend: Sky).

³³ Vgl. act. 108.

³⁴ Vgl. act. 109.

³⁵ Vgl. act. 112.

³⁶ Vgl. act. 113 und 114.

11. Januar 2019 Stellung.³⁷ Mit Schreiben vom 23. Januar 2019 forderte das Sekretariat UPC und Swisscom erneut zur Mitteilung auf, ob diese zur Frage der Beteiligung von Sunrise gemäss Art. 43 KG den Erlass einer formellen Verfügung beantragen.³⁸

24. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2018 stellte das Sekretariat an Sunrise ein Auskunftsbegehren.³⁹ Sunrise beantwortete dieses Auskunftsbegehren mit Schreiben vom 27. Februar 2019.⁴⁰

25. Swisscom beantragte mit Schreiben vom 14. Januar 2019 einen Aktenbeizug aus der Marktbeobachtung 21-0726: Boykottabrede Mysports.⁴¹ Der beantragte Aktenbeizug erfolgte am 22. Januar 2019.⁴²

26. Das Sekretariat forderte mit Schreiben vom 13. August 2019 bei UPC Angaben zu verschiedenen Umsätzen ein.⁴³

27. Swisscom reichte mit Schreiben vom 30. August 2019 eine Stellungnahme zu aktuellen Entwicklungen ein.⁴⁴

28. Mit Schreiben vom 12. September 2019 gab UPC die Konzernumsatzzahlen an, stellte sich bezüglich der übrigen, vom Sekretariat verlangten Umsatzzahlen jedoch auf den Standpunkt, dass kein Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand erkennbar sei.⁴⁵ Mit Schreiben vom 16. September 2019 legte das Sekretariat UPC den Zusammenhang dar und forderte diese erneut zur Angabe der relevanten Umsatzzahlen auf.⁴⁶ Daraufhin teilte UPC dem Sekretariat mit Schreiben vom 23. September 2019 mit, dass sie am Antrag auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung in Bezug auf die fraglichen Umsatzzahlen festhalte.⁴⁷

29. Mit Zwischenverfügung des Sekretariats zusammen mit dem Präsidenten der WEKO vom 14. Oktober 2019 wurde UPC verpflichtet, dem Sekretariat folgende Angaben zu machen:⁴⁸

- Der von UPC mit TV-Angeboten (ohne Bündelangebote) in der Schweiz erzielte Umsatz in den Geschäftsjahren 2016, 2017 und 2018.
- Der von UPC mit Bündelangeboten, welche TV-Angebote enthalten, in der Schweiz erzielte Umsatz in den Geschäftsjahren 2016, 2017 und 2018.
- Der von UPC mit MySports in der Schweiz auf «wholesale»-Ebene erzielte Umsatz in den Geschäftsjahren 2016, 2017 und 2018

30. Die dagegen erhobene Beschwerde schrieb das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) infolge Beschwerderückzugs mit Entscheid vom 21. November 2019 ab.⁴⁹

31. Mit Schreiben vom 14. November 2019 gab UPC die gemäss Auskunftsverfügung vom 14. Oktober 2019 verlangten Umsatzzahlen bekannt. UPC berief sich dabei allerdings darauf, dass diese Umsatzzahlen einem Beweisverwertungsverbot unterliegen würden.⁵⁰

32. Die Zusendung des Antrags des Sekretariats an die Parteien zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erfolgte je mit Schreiben vom 19. Dezember 2019.⁵¹ Darin wurde den Parteien auch Frist zum Stellen von

Beweisanträgen gesetzt. Zugleich wurde eine Anhörung vor der WEKO für März 2020 in Aussicht gestellt.

33. Je mit Schreiben vom 4. März 2020 nahmen die Parteien Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 19. Dezember 2019.⁵²

34. Das Sekretariat teilte den Parteien mit Schreiben vom 4. März 2020 die Verschiebung des Anhörungstermins auf Mai 2020 mit.⁵³

35. Nachdem UPC im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vorbrachte, es fänden Verhandlungen mit Swisscom statt und beantragte, das Verfahren sei deswegen zu sistieren, gab das Sekretariat Swisscom mit Schreiben vom 5. März 2020 Gelegenheit hierzu Stellung zu nehmen.⁵⁴ Die entsprechende Stellungnahme der Swisscom erfolgte mit Schreiben vom 20. April 2020.⁵⁵

36. Infolge Verbreitung des Coronavirus (COVID-19) und der damit zusammenhängenden Schutzmassnahmen sagte das Sekretariat den für Mai 2020 vorgesehenen Anhörungstermin ab.⁵⁶

37. Mit Schreiben vom 12. Mai 2020 ersuchte das Sekretariat unter Bezugnahme auf die Auskunftsverfügung vom 14. Oktober 2019 UPC um Bekanntgabe der Umsatzzahlen für das Geschäftsjahr 2019.⁵⁷ UPC teilte diese Umsatzzahlen mit Schreiben vom 12. Juni 2020 dem Sekretariat mit. UPC wies dabei erneut darauf hin, dass die Abfrage der in Dispositiv-Ziffer 1 der Auskunftsverfügung vom 14. Oktober 2019 näher umschriebenen Umsatzzahlen über den Untersuchungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens hinausgehe. Insofern hielt UPC daran fest, dass auch das Ersuchen betreffend die Umsatzzahlen für das Geschäftsjahr 2019 als unzulässige Beweisforschung zu qualifizieren sei.⁵⁸

38. Sunrise beantragte mit Schreiben vom 19. Juni 2020 den Erhalt des Antrags des Sekretariats und die Möglichkeit zur Stellungnahme dazu.⁵⁹ Mit Schreiben vom 6. Juli 2020 erhielt Sunrise einen Auszug des Antrags

³⁷ Vgl. act. 120 und 121.

³⁸ Vgl. act. 128 und 129.

³⁹ Vgl. act. 119.

⁴⁰ Vgl. act. 132.

⁴¹ Vgl. act. 122.

⁴² Vgl. act. 123-125.

⁴³ Vgl. act. 143.

⁴⁴ Vgl. act. 146.

⁴⁵ Vgl. act. 147.

⁴⁶ Vgl. act. 148.

⁴⁷ Vgl. act. 149.

⁴⁸ Vgl. act. 152.

⁴⁹ Vgl. act. 156.

⁵⁰ Vgl. act. 155.

⁵¹ Vgl. act. 157 und 158.

⁵² Vgl. act. 164 und 165.

⁵³ Vgl. act. 166 und 167.

⁵⁴ Vgl. act. 169.

⁵⁵ Vgl. act. 174.

⁵⁶ Vgl. act. 172 und 173.

⁵⁷ Vgl. act. 175.

⁵⁸ Vgl. act. 178.

⁵⁹ Vgl. act. 179.

zur Stellungnahme.⁶⁰ Sunrise reichte ihre Stellungnahme zum Auszug des Antrags des Sekretariats mit Schreiben vom 4. August 2020 ein.⁶¹

39. UPC, Swisscom und Sunrise erhielten mit Schreiben vom 14. Juli 2020 eine Einladung für die Anhörungen am 17. August 2020.⁶² Für eine etwaige Befragung von UPC wurden die Unternehmensvertreter von UPC mit Schreiben vom 11. August 2020 zur Anhörung formell vorgeladen.⁶³

40. Swisscom informierte das Sekretariat mit Schreiben vom 12. August 2020 über neueste Entwicklungen des relevanten Sachverhalts.⁶⁴

41. Am 17. August 2020 fanden die Anhörungen vor der WEKO statt.⁶⁵ Mit Schreiben vom 19. August 2020 reichte Sunrise ein Korrigendum der Daten betreffend Kundenzufriedenheit in der Anhörungs-Präsentation ein.⁶⁶ Die Protokolle der Anhörungen wurden den Parteien mit Schreiben vom 24. August 2020 zugestellt.⁶⁷

42. Mit Schreiben vom 24. August 2020 machte UPC ergänzende Angaben zur Verhandlungsgeschichte.⁶⁸ Das Sekretariat forderte UPC in der Folge mit Schreiben vom 25. August 2020 auf, weitere Unterlagen zur von UPC vorgebrachten Verhandlungsgeschichte einzureichen.⁶⁹ Diese reichte UPC mit Schreiben vom 31. August 2020 nach.⁷⁰

43. Mit Schreiben vom 1. September 2020 reichte Swisscom eine unaufgeforderte Stellungnahme zu den Anhörungen vom 17. August 2020 ein.⁷¹ Dazu reichte UPC mit Schreiben vom 4. September 2020 eine unaufgeforderte Vernehmlassung ein.⁷²

44. Akteneinsicht erfolgte mit Schreiben vom 14. Dezember 2017⁷³, 28. März 2019⁷⁴, 19. Dezember 2019⁷⁵, 5. März 2020⁷⁶, 14. Juli 2020⁷⁷, 5. August 2020⁷⁸ und 2. September 2020⁷⁹.

A.3 Anträge der Parteien

45. UPC stellt folgende Anträge:⁸⁰

- Das Untersuchungsverfahren sei gegenüber UPC vorbehaltlos und ohne Kostenfolgen einzustellen;
- eventualiter sei das Untersuchungsverfahren bis zum Abschluss der laufenden Verhandlungen zwischen UPC und der Swisscom-Gruppe über den gegenseitigen Zugang zum Pay-TV-Sportangebot bzw. bis zum Beginn der Fussball- und Eishockey-Saison 2020/21 zu sistieren;
- sub-eventualiter sei eine Untersuchung gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG zu eröffnen wegen Verstosses gegen Art. 7 KG.

46. Swisscom stellt folgende Anträge:⁸¹

- Der Antrag des Sekretariats vom 17. Dezember 2019 in der Untersuchung 32-0260 betreffend Eishockey im Pay-TV gegen die UPC Schweiz GmbH sei durch die Wettbewerbskommission zu bestätigen, sofern nachfolgend nicht anders beantragt.
- Ziffer 1 des Dispositivs sei dahingehend zu ergänzen, dass die UPC Schweiz GmbH in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG verpflichtet wird, allen TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal

der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots MySports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden und fairen Bedingungen innerhalb von 30 Tagen nach Erlass der Verfügung durch die Wettbewerbskommission anzubieten.

- Das Dispositiv sei um eine zusätzliche Ziffer zu ergänzen, wonach sich die Wettbewerbskommission vorbehält, die Einhaltung der Massnahme bzw. die unter Ziffer 1 des Dispositivs statuierte Anordnung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.
- Es sei einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
- Der Swisscom-Gruppe sei bei wesentlichen Änderungen am Verfügungsantrag Gelegenheit zur erneuten Stellungnahme zu gewähren.
- Alles unter Kostenfolgen zulasten der UPC Schweiz GmbH.

47. Mit Schreiben vom 20. April 2020 stellt Swisscom zudem folgende Anträge:⁸²

- Der von UPC Schweiz GmbH mit Stellungnahme vom 3. März 2020 eventualiter gestellte Sistierungsantrag in der Untersuchung 32-0260 betreffend Eishockey im Pay-TV sei abzuweisen.
- Unter Kostenfolgen zulasten der UPC Schweiz GmbH.

48. Da Sunrise im vorliegenden Verfahren keine Parteistellung zukommt, werden ihre im Rahmen ihrer Stellungnahme⁸³ gestellten Rechtsbegehren nicht formell als Anträge behandelt. Auf ihre Vorbringen wird jedoch im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung und der Erwägungen eingegangen.

⁶⁰ Vgl. act. 180.

⁶¹ Vgl. act. 190.

⁶² Vgl. act. 183-185.

⁶³ Vgl. act. 196.

⁶⁴ Vgl. act. 197.

⁶⁵ Vgl. act. 198.

⁶⁶ Vgl. act. 199.

⁶⁷ Vgl. act. 200 und 201.

⁶⁸ Vgl. act. 202.

⁶⁹ Vgl. act. 203.

⁷⁰ Vgl. act. 204.

⁷¹ Vgl. act. 205.

⁷² Vgl. act. 208.

⁷³ Vgl. act. 79 und 80.

⁷⁴ Vgl. act. 133 und 134.

⁷⁵ Vgl. act. 157 und 158.

⁷⁶ Vgl. act. 168 und 169.

⁷⁷ Vgl. act. 184 und 185.

⁷⁸ Vgl. act. 191 und 192.

⁷⁹ Vgl. act. 206 und 207.

⁸⁰ Vgl. act. 165.

⁸¹ Vgl. act. 164.

⁸² Vgl. act. 174.

⁸³ Vgl. act. 190.

A.4 Sachverhalt

A.4.1 Begriffsdefinitionen⁸⁴

49. **CATV:** «Community antenna television» (CATV) bezeichnet ein Koaxialkabelsystem zur Übertragung von Fernseh- und anderen Signalen. Die Struktur eines CATV-Netzes ist hierarchisch und setzt an einer Kopfstelle für eine Region an. CATV-Netze sind für die Übertragung von TV-Signalen in Frequenzbändern ausgerichtet, dank Rückkanaltechnologie können sie heute aber auch für die Datenübertragung eingesetzt werden. Über die aktuellste Version der Übertragungstechnologie, Full Duplex DOCSIS 3.1, lassen sich derzeit bis zu 10 Gbit/s durchleiten.⁸⁵ Historisch gab es in der Schweiz regional ein Kabelnetzunternehmen (nachfolgend: KNU), das als Gebietsmonopolist seine Einnahmen insbesondere durch die Kabelanschlussgebühren generierte.

50. **Free-TV:** Free-TV bezeichnet Fernsehprogramme, die von den Fernsehzuschauern (auch) unverschlüsselt und ohne Bezahlung an den Programmveranstalter (vgl. Rz 58) empfangen werden können. Die Finanzierung des Programmveranstalters erfolgt über Werbeeinnahmen und/oder über Empfangsgebühren. Nach der vorliegend verwendeten Definition von Free-TV spielt die (allenfalls mit Abonnementskosten verbundene) Empfangsinfrastruktur keine Rolle.⁸⁶

51. **HD-TV:** «High Definition Television» (HD-TV) ist der Sammelbegriff für hochauflösendes Fernsehen. HD-TV ist gegenüber SD-TV (vgl. Rz 59) abzugrenzen.

52. **IPTV:** «Internet Protocol Television» (IPTV) wird als Sammelbegriff für die Übertragung von Multimediadiensten über IP-basierende Netze verwendet. Im Fall von *offenem IPTV*, das häufig als «Internetfernsehen» bezeichnet wird, erfolgt die Übertragung des IPTV-Signals über das «World Wide Web», wobei für die Betrachtung ein Webbrowser (z. B. Firefox) verwendet werden muss. Bei *geschlossenem IPTV* wird eine direkte Verbindung vom Server des IPTV-Betreibers zur Endkundschaft aufgebaut, der das IPTV-Signal mit einer entsprechenden Hardware (z. B. einer Set-Top-Box) empfangen kann.

53. **Over the Top (OTT):** OTT bezeichnet als Überbegriff Internet-Dienstleistungen, die unabhängig vom Internet-Provider bezogen werden können. Charakteristisch für OTT TV ist, dass über das Internet auf TV-Inhalte zugegriffen werden kann, unabhängig von welchem Gerät aus der Internetzugang erfolgt. Beispiele hierfür sind Anbieter wie Netflix, Zattoo, HollyStar oder Lovefilm von Amazon.⁸⁷

54. **Pay-TV:** Der Begriff Pay-TV wird unterschiedlich definiert bzw. verwendet. Für die vorliegende Untersuchung bezeichnet Pay-TV Bezahlfernsehen, bei dem ein Vertrag für den kostenpflichtigen Bezug eines exklusiven Programminhalts (Premium Content) abgeschlossen wird.⁸⁸ Die Vertragsbeziehung für den Empfang des Programminhalts besteht entweder direkt zwischen dem Programmveranstalter und der Endkundschaft oder zwischen den TV-Plattformanbietern und der Endkundschaft. Entsprechend können die Plattformanbieter den exklusiven Programminhalt selbst als vertikal integrierte Programmveranstalter produzieren oder als Vorleistung einkaufen. Ein Pay-TV-Programmveranstalter finanziert

sich in erster Linie mit den Einnahmen aus Abonnenten, dem Einzelbezug von Sendungen oder dem Verkauf von Vorleistungen. Im Gegensatz dazu bezeichnet Free-TV ein über Werbeeinnahmen und/oder Empfangsgebühren finanziertes Fernsehprogramm. Pay-TV ist insbesondere auch von solchen kostenpflichtigen Angeboten abzugrenzen, für die Plattformanbieter grundsätzlich frei erhältliche TV-Programme zu einem kostenpflichtigen Programmpaket zusammenstellen.

55. **PPC:** Pay-per-Channel (PPC) bezeichnet ein Bezahlmodell für Pay-TV, bei dem die Endkundschaft ein Abonnement für den Bezug eines Pay-TV-Programmes oder eines Pay-TV-Programmpakets abschliesst.

56. **PPV:** Pay-per-View (PPV) bezeichnet ein Bezahlmodell für Pay-TV, bei dem für den Bezug jeder einzelnen Sendung bezahlt wird. Dabei findet die Übertragung im Rahmen einer bestehenden Programmstruktur statt, welche Beginn und Ende der Sendung vorgibt. Dies in Abgrenzung zu Video on Demand (vgl. Rz 62).

57. **Programm:** Ein Programm ist gemäss Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG; SR 784.40) eine Folge von Sendungen, die kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind.

58. **Programmveranstalter:** Ein Programmveranstalter ist gemäss Art. 2 Bst. d RTVG eine natürliche oder juristische Person, welche die Verantwortung für das Schaffen von Sendungen oder für deren Zusammenstellung zu einem Programm trägt.

59. **SD-TV:** «Standard Definition Television» (SD-TV) wird als Sammelbegriff für Fernsehen mit einer geringen Bildauflösung verwendet. Bis vor kurzem war SD die übliche Bildqualität. SD-TV ist gegenüber HD-TV (vgl. Rz 51) abzugrenzen.

60. **Set-Top-Box:** Eine Set-Top-Box (STB) bezeichnet ganz allgemein ein Beistellgerät, das verschiedene Zusatzfunktionen insbesondere für den Fernsehempfang ermöglicht. Typische Funktionen sind unter anderem das Abspielen von physischen Datenträgern (DVD, Blu-Ray Disc etc.), Aufnahmefunktionen, die Interaktion von Fernsehanbieter und Endkundschaft sowie die Entschlüsselung von TV-Signalen. Für den Empfang von Pay-TV-Programmen enthält eine STB einen Schacht für eine Smartcard, die den Empfang verschlüsselter Fernsehsignale erlaubt. Insbesondere neuere Fernsehgeräte haben einen integrierten Kartenschacht. In diesem Fall kann für den Empfang von Digital-TV auf eine separate STB verzichtet werden. Für das vorliegende Verfahren wird STB als Überbegriff für Entschlüsselungs-Hardware verwendet.

⁸⁴ Vgl. RPW 2016/4, 926 ff. Rz 53 ff., *Sport im Pay-TV*.

⁸⁵ Vgl. <<https://www.cablelabs.com/full-duplex-docsis/>> (17.9.2018).

⁸⁶ Vgl. zur Abgrenzung von Pay-TV nachfolgend Rz 53.

⁸⁷ Vgl. OECD Roundtable Competition Issues in Television and Broadcasting 2013, DAF/COMP/GF(2013)13, Background Note by the Secretary, 15.

⁸⁸ Vgl. EU-Kommission, COMP/C.2-38.287 vom 29.12.2003, *Tele-nor/Canal+/Canal Digital*, Rz 26.

61. **TV-Plattformanbieter:** Ein TV-Plattformanbieter verbreitet die Programme der Programmveranstalter über eine Netzwerkinfrastruktur. Darüber hinaus kann ein TV-Plattformanbieter die Programme und allenfalls einzelne Sendungen zusätzlich aufbereiten. Die Aufbereitung umfasst gemäss Art. 2 Bst. j RTVG das Betreiben von Diensten oder technischer Verfahren zur Übertragung, Bündelung, Verschlüsselung oder Vermarktung. Der Plattformbegriff erfasst daher sowohl die Verbreitung eines Programmes über eine Netzwerkinfrastruktur als auch eine zusätzliche Aufbereitung dieser Programme für die Verbreitung.

62. **VoD:** Video on Demand (VoD) ermöglicht den Bezug eines bestimmten Videoinhalts zu einem beliebigen Zeitpunkt. VoD unterscheidet sich von PPV dadurch, dass einzelne Sendungen unabhängig von einer Programmstruktur bezogen werden können. Demgegenüber handelt es sich bei linearem Fernsehen um eine Folge von Sendungen, die im Rahmen einer festen Programmstruktur angeboten werden und zeitlich angesetzt sind.

A.4.2 Vorbemerkungen zum Beweis im Allgemeinen

63. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes⁸⁹ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Art. 12 VwVG sieht vor, dass der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festgestellt wird und sich nötigenfalls folgender Beweismittel bedient: a. Urkunden; b. Auskünfte der Parteien; c. Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen; d. Augenschein; e. Gutachten von Sachverständigen. Die Wettbewerbsbehörden würdigen dabei die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP⁹⁰). Sie sind an keine Regeln über den Wert bestimmter Beweismittel gebunden und es gibt keine hierarchische Abstufung der zugelassenen Beweismittel nach ihrem Beweiswert.⁹¹

64. Nach der Praxis der WEKO und der Lehre ist auch die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien gegeben.⁹² Dabei kann auf die im Strafrecht entwickelte Rechtsprechung verwiesen werden, wonach auch indirekte, mittelbare Beweise, sogenannte Anzeichen oder Indizien, einen für die Beweisführung bedeutsamen Schluss erlauben. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig. Da ein Indiz jedoch immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Schluss auf eine andere Tatsache zulässt, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält daher auch den Zweifel. Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis zu schliessen.⁹³

65. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen Kartellverfahren erfüllt sein muss, gilt zusammenfassend Folgendes: Grundsätzlich ist in or-

dentlichen Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist, wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist.⁹⁴

66. Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, haben die Wettbewerbsbehörden aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK⁹⁵ sowie Art. 30 bzw. 32 BV⁹⁶ zu beachten.⁹⁷ Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten.⁹⁸ Die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz «in dubio pro reo» besagt, dass sich der Sachrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, dass sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, d. h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.⁹⁹ Die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz «in dubio pro reo» verlangt als Beweismass somit den Vollbeweis.

67. Hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass jedoch herabgesetzt und es muss nur, aber immerhin, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben sein: Das Bundesgericht führt in seinem Entscheid vom 29. Juni 2012¹⁰⁰ aus, es sei nicht zu übersehen, dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die

⁸⁹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁹⁰ Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4.12.1947 (BZP; SR 273).

⁹¹ Vgl. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008 (nachfolgend: VwVG-Kommentar), Art. 12 VwVG N 17; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, BSK KG, Art. 39 KG N 62.

⁹² Vgl. RPW 2012/2, 385 Rz 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

⁹³ Vgl. Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4.8.2009, E. 2.3.

⁹⁴ Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 92), 118 m. w. H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m. w. H.

⁹⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

⁹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁹⁷ BGE 139 I 72, E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁸ BGE 139 I 72, E. 8.3.1 (= RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁹ Vgl. bspw. BGE 124 IV 86, E. 2a.

¹⁰⁰ BGE 139 I 72, E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig sei. So sei etwa bei der Markt-abgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sei kaum je exakt möglich, sondern beruhe zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürften mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen. Der kartellrechtliche Sanktionstatbestand unterscheidet sich insoweit nicht von komplexen Wirtschaftsdelikten des ordentlichen Strafrechts.

68. Vom Beweismass zu unterscheiden ist die Frage der Beweislast sowie der Beweisführungslast (auch als objektive und subjektive Beweislast bezeichnet). Bei der Beweislast geht es darum, für welche Partei der Beweis zu führen ist bzw. wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Die Beweisführungslast trifft demgegenüber denjenigen, der den Beweis effektiv beizubringen hat. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren (Art. 12 VwVG) trägt im Kartellverfahren die Behörde die Beweisführungslast. Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht jedoch eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber.¹⁰¹ Aufgrund der bei Sanktionsverfahren geltenden Unschuldsvermutung wird die Mitwirkungspflicht der Parteien zwar relativiert, zumal nach dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Grundsatz «*nemo tenetur se ipsum accusare*» im Strafverfahren niemand gehalten ist, zu seiner Belastung beizutragen.¹⁰² Allerdings kann von den Parteien verlangt werden, dass sie beispielsweise Rechtfertigungsgründe geltend machen, ansonsten die Behörde unter Umständen von deren Nichtvorhandensein ausgehen kann.¹⁰³ So haben die Strafbehörden im ordentlichen Strafverfahren entlastende Umstände wie Rechtfertigungsgründe auch nur dann abzuklären, wenn sich dies aufgrund der konkreten Sachlage aufdrängt oder wenn die beschuldigte Person dies glaubhaft behauptet.¹⁰⁴

69. Soweit es um Sachverhalte im Sinne von Art. 7 KG geht, tragen die Wettbewerbsbehörden nebst der Beweisführungslast auch die Beweislast bezüglich aller Tatbestandselemente.

A.4.3 Untersuchung Sport im Pay-TV¹⁰⁵

70. Vorliegende Untersuchung weist einen engen Bezug zum Entscheid der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV auf. Auch wenn der Entscheid noch nicht rechtskräftig ist, orientiert sich die WEKO daran (solange die Rechtsmittelinstanzen den Entscheid nicht aufheben).

71. In der Untersuchung Sport im Pay-TV stellte die WEKO fest, dass die Swisscom-Gruppe bei der Live-Übertragung von Spielen der Schweizer Fussball- und Eishockeymeisterschaft sowie von gewissen ausländi-

schen Fussballmeisterschaften im Pay-TV marktbeherrschend war. Swisscom missbrauchte diese Marktbeherrschung, indem sie die fraglichen Übertragungen gegenüber anderen TV-Plattformbetreibern verweigerte. Zudem diskriminierte Swisscom andere TV-Plattformen, indem diesen im Gegensatz zu Swisscom TV nur der Zugang zu einem reduzierten Teleclub-Sportangebot gewährt wurde. Ebenfalls lag eine Diskriminierung vor, weil nur auf Swisscom TV Teleclub-Sportinhalte ohne Koppelung an ein Basispaket erhältlich waren.

72. Mit diesen Verhaltensweisen verschaffte sich Swisscom in unzulässiger Weise einen Vorteil im Wettbewerb unter den TV-Plattformen. Die Swisscom-Tochtergesellschaft Cinetrade hielt langfristige und umfassende Exklusivrechte für die Übertragung von Sportinhalten im Schweizer Pay-TV. Diese Exklusivrechte begründeten eine marktbeherrschende Stellung in den genannten Bereichen.

73. Aufgrund der Ermittlungsergebnisse gelangte die WEKO in Übereinstimmung mit der internationalen Praxis zum Schluss, dass die Übertragung von Sportereignissen für sich eigenständige Märkte bilden. Die WEKO stellte fest, dass im Allgemeinen andere Inhalte wie etwa Spielfilme nicht als Substitute für Sportübertragungen angesehen werden konnten. Jene Untersuchung fokussierte auf die Nachfrage der TV-Plattformen, die diese Inhalte ihrer Kundschaft bereitstellen wollen.

74. Somit ging es um das Verhältnis zwischen Teleclub als Programmveranstalter und den (konkurrierenden) TV-Plattformen. Da Letztere ihrer Kundschaft eine möglichst attraktive Plattform anbieten wollen, spielten auch die Präferenzen der Fernsehzuschauerinnen und Fernsehzuschauer eine Rolle. So fragten die TV-Plattformen beim Programmveranstalter Inhalte (Content) für ihre Kundschaft nach, während umgekehrt Programmveranstalter bei den Plattformen die Übertragung der Inhalte nachfragten.

75. Die Untersuchung ergab, dass Swisscom mit ihren Konzerngesellschaften auf folgenden Märkten gegenüber den nachfragenden TV-Plattformen marktbeherrschend war:

- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.

¹⁰¹ Vgl. BGE 129 II 18, 33 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 E. 10.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*.

¹⁰² Vgl. bspw. BGE 138 IV 47, E. 2.6.1.

¹⁰³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 663 Rz 570, *Sanktionsverföhung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. H.

¹⁰⁴ Vgl. ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2011, Art. 10 StPO N 21.

¹⁰⁵ RPW 2016/4, 920 ff., *Sport im Pay-TV*.

- Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV.

76. Die WEKO stellte in jenem Fall fest, dass Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung in den genannten Märkten missbrauchte:

- Die Swisscom-Gruppe bzw. deren Programmveranstalter Teleclub verweigerte die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern (insbesondere IPTV-Anbietern).
- Gewisse TV-Plattformanbieter erhielten im Vergleich zu Swisscom ein weniger umfangreiches Sportangebot zu einem insgesamt höheren Preis.
- Die konkurrierenden Plattformanbieter konnten ihrer Kundschaft das Teleclub-Sportpaket im Abonnement (sog. Pay-per-Channel) nur zusammen mit einem Teleclub-Basispaket (welches insbesondere Spielfilme umfasst) bereitstellen. Demgegenüber konnte Swisscom ihrer Kundschaft den Bezug der Sportinhalte auch im Rahmen von Einzelabrufen (sog. Pay-per-View) anbieten, ohne dass die Kundschaft ein Teleclub-Abonnement abschliessen musste.
- Swisscom erzwang zudem gegenüber zwei Konkurrentinnen unangemessene Geschäftsbedingungen.

A.4.3.1 Stellungnahme UPC

77. Gemäss UPC blende der Sekretariatsantrag aus, dass sich die Ausgangslage im vorliegenden Verfahren diametral von jener in der Untersuchung Sport im Pay-TV unterscheidet. Trotz ähnlichem Verfahrensgegenstand und teilweise identischen Akteuren bestünden folgende Unterschiede: Erstens sei vorliegend ein wesentlich kleineres Rechtspaket strittig; zweitens verfüge das nachfragende Unternehmen seinerseits über mehr als gleichwertige Rechte im Bereitstellungsmarkt; drittens handle es sich beim nachfragenden Unternehmen Swisscom um den mit Abstand stärksten Player sowohl im Bereitstellungs- als auch im Plattformmarkt. Deshalb vermöge Swisscom denn auch ohne die geforderten Eishockeyinhalte mit einem im Vergleich zu UPC mehr als ebenbürtigen Programmangebot erfolgreich um Endkunden zu konkurrieren, wie der [...] Verlust von Marktanteilen von UPC an Swisscom im gesamten Untersuchungszeitraum belegt.¹⁰⁶

78. Hierzu ist festzuhalten, dass im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die Erhebung des entscheiderelevanten Sachverhalts erfolgt. Dieser fallspezifische Sachverhalt bildet die Grundlage für die rechtliche Würdigung und den daraus ergehenden Entscheid. Weiter ist festzuhalten, dass die von UPC vorgebrachten Unterschiede Berücksichtigung in der Sanktionsbemessung finden (vgl. Rz 416). Und dann vermögen auch Unterschiede nicht die Gemeinsamkeiten, Überlappungen sowie Analogien zwischen dieser Untersuchung und der Untersuchung Sport im Pay-TV zu negieren. Die vorgeworfene Verhaltensweise betrifft den Bereich TV-Inhalte und TV-Plattformen: Mit dieser Thematik der Verweigerung von TV-Inhalten gegenüber TV-Plattformen hat sich die WEKO im Rahmen der Untersuchung Sport im Pay-TV eingehend auseinandergesetzt (vgl. Rz 3). Aufgrund des

Gleichbehandlungsgrundsatzes berücksichtigt die WEKO die Überlegungen, Feststellungen und Resultate der Untersuchung Sport im Pay-TV analog im Rahmen der vorliegenden Untersuchung und auf der Grundlage des fallspezifischen Sachverhalts. Eine grundlose Nichtberücksichtigung der Untersuchung Sport im Pay-TV wäre willkürlich.

A.4.3.2 Stellungnahme Swisscom

79. Swisscom beantragt, den Abschnitt A.4.3 Untersuchung Sport im Pay-TV vollumfänglich und ersatzlos zu streichen. Aufgrund der eingehenden Umschreibung der untersuchten Verhaltensweisen im Verfahren Sport im Pay-TV werde der falsche Anschein erweckt, dass die Verhaltensweise von Swisscom mit der vorliegend untersuchten Verhaltensweise von UPC vergleichbar wäre. Dies sei nicht einmal ansatzweise der Fall.

80. Nicht nur seien die Wettbewerbsverhältnisse und die technischen Umstände im Untersuchungszeitraum von Sport im Pay-TV nicht im Geringsten mit jenen in der vorliegenden Untersuchung vergleichbar gewesen, sondern Swisscom habe den KNU auch seit 2006 stets mindestens das Sportgrundangebot (Teleclub Sport 1-3) immer zur Verfügung gestellt. Schliesslich sei das Verhalten von Swisscom – anders als bei UPC – nie gezielt darauf ausgerichtet, die KNU im Wettbewerb zu behindern. Zudem sei der Hinweis, wonach die WEKO «in Übereinstimmung mit der internationalen Praxis zum Schluss kam, dass die Übertragung von Sportereignissen eigenständige Märkte bilden» verkürzt und irreführend. Eventualiter sei daher zumindest diese Aussage zu streichen.¹⁰⁷

81. Entgegen der Ansicht von Swisscom steht der vorliegende Fall sehr wohl in einem Zusammenhang mit dem Fall Sport im Pay-TV (vgl. Rz 78). Es geht bei diesem Abschnitt allerdings nur um eine zusammengefasste Wiedergabe des Entscheides. Nicht relevant ist vorliegend die Beurteilung des damaligen Verhaltens der Swisscom. UPC wird denn auch grundsätzlich nicht am Verhalten der Swisscom, sondern lediglich an den Vorgaben des Kartellgesetzes gemessen. Zudem hat die WEKO im Rahmen des Entscheids Sport im Pay-TV festgestellt, dass sich auch gemäss EU-Kommission die Märkte für Sportübertragungsrechte von anderen Content-Märkten deutlich unterscheiden würden.¹⁰⁸ Der Hinweis, wonach die WEKO «in Übereinstimmung mit der internationalen Praxis zum Schluss kam, dass die Übertragung von Sportereignissen eigenständige Märkte bilden» entspricht daher, wenn auch zusammengefasst, den Erwägungen im Fall Sport im Pay-TV.

A.4.4 Feststellung des relevanten Sachverhalts

82. Mit Schreiben vom 24. März 2017 macht die Swisscom-Gruppe bei den schweizerischen Wettbewerbsbehörden eine Eingabe, dass Anhaltspunkte bestünden, wonach UPC eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 7 KG durch UPC bei Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV missbrauche.¹⁰⁹ Gemäss

¹⁰⁶ Vgl. act. 165, Rz 1 ff.

¹⁰⁷ Vgl. act. 164, Rz 64 ff.

¹⁰⁸ Vgl. RPW 2016/4, 972 Rz 416, *Sport im Pay-TV*.

¹⁰⁹ Vgl. act. 1.

Swisscom-Gruppe habe UPC für fünf Jahre die Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen (NLA und NLB) ab der Saison 2017/18 erworben. Diese Schweizer Eishockeyübertragungsrechte (nachfolgend: Eishockeyrechte) seien exklusiv und beinhalteten Free-TV und Pay-TV-Rechte.¹¹⁰

83. Die Verwertung der Eishockeyrechte nähme UPC über ihr Mysports-Angebot vor.¹¹¹

84. Den «Sportsender MySports»¹¹² (nachfolgend: Mysports) führte UPC im September 2017 ein.¹¹³ Gemäss UPC kam es mit dem Aufbau des neuen Sportsenders Mysports zu einer fundamentalen Veränderung bei der Fernsehübertragung von Live-Sport in der Schweiz. Der Sender biete qualitativ hochwertige und innovative Live-Sport-Unterhaltung mit eigenen Redaktionen. Mittels eines kombinierten Basic- und Premium-Modells und Partnern für die schweizweite Verbreitung, wie Quickline, net+ oder der Stadt Lausanne mit Citycable und weiteren Kommunikationsnetzen, welche zusammen mit UPC Mitglied beim Branchenverband Suissedigital sind, erhielten damit mehr als 3 Millionen Kunden und Kundinnen Zugang zum Schweizer Eishockeysport. Neu sei, dass neben allen NLA-Spielen und wöchentlichen NLB-Spielen¹¹⁴ auch Spiele der Schweizer Herren- und Damen-A-Nationalmannschaft und der U-20 Nationalmannschaft live angeboten würden.¹¹⁵

85. Zudem zeige Mysports in der Schweiz im TV alle Sky-Übertragungen der Bundesliga (alle 306 Spiele der 2. Bundesliga und 266 Spiele der Bundesliga, inklusive Konferenzen, Vorberichten und Analysen). Zudem seien die Coop Beachtour, die Formula E, Handball, und Basketball sowie Inhalte aus der Red Bull-Welt verfügbar.¹¹⁶

86. Mysports ist auf drei verschiedene Arten verfügbar. Erste Möglichkeit ist der Basissender «MySports HD». Der Basissender ist im UPC-Grundangebot auf eigenem Programmplatz enthalten. Zum Basissender gehören folgende Inhalte: wöchentlich ein Spiel der Swiss League und der National League, einzelne Bundesliga-Spiele pro Saison, Formel E, Schweizer Handball, Beachvolleyball, Fussball und weitere Sportarten sowie exklusive Inhalte aus der Welt von Red Bull (Red Bull Bike, Red Bull Motor Sport, Red Bull Cliff Diving und weitere).¹¹⁷

87. Die zweite Möglichkeit ist das Premiumpaket «MySports Pro». Das Premiumpaket ist ein Pay-TV-Angebot, das 25 Franken pro Monat kostet. Dieses Pay-TV-Angebot umfasst verschiedene Inhalte aus den Bereichen Bundesliga auf Sky (z. B. alle Spiele der Bundesliga einzeln verfügbar), Fussball International (z. B. chinesische Super-Liga), Eishockey (z. B. National League) und Motorsport (z. B. Moto GP).¹¹⁸

88. Als dritte Möglichkeit bietet UPC «MySports Tagesticket» an.¹¹⁹ Bei dieser Möglichkeit handelt es sich um einen tageweisen Abruf ohne Abonnement und ohne monatliche Kosten. Abrufbar sind alle Inhalte des «MySports Pro»-Pakets. Das Tagesticket kostet neun Franken, ist jederzeit buchbar und sofort verfügbar.¹²⁰ Der Bezug des Tagestickets ist unter folgenden Voraussetzungen möglich: «Grundsätzlich steht das Mysports Tagesticket allen Kunden offen, welche nicht bereits «MySports Pro» abonniert haben und die ein kosten-

pflichtiges TV-Angebot von UPC mit monatlich wiederkehrender Zahlung nutzen.»¹²¹

89. Zum Mysports-Angebot bringt Swisscom vor, dass dessen Verbreitung exklusiv auf Kabelnetz-Plattformen erfolge. Mysports werde ausschliesslich durch UPC und durch ihre Distributionspartner im Branchenverband Suissedigital verbreitet. Der Umfang von Mysports werde auf den Netzen der Distributionspartner als «gemeinsames Projekt» im gleichen Umfang wie bei UPC verfügbar sein. Gemäss Swisscom-Gruppe sollen die Suissedigital-Partner zusammen auch einen entsprechenden Anteil der Kosten tragen und sich gegenüber den Kabelnetz-Distributionspartnern zur Produktion von Mysports verpflichtet haben. Darüber hinaus verfügten die Suissedigital-Partner gemäss eigenen Angaben über Mitspracherechte. Demgegenüber erhielten Drittplattformen das Mysports-Angebot nicht.¹²²

90. Die Verbreitung des Mysports-Angebots erfolge nur auf den TV-Plattformen von UPC und den Kabelnetz-Distributionspartnern. Damit könnten nur UPC und die Kabelnetz-Distributionspartner Mysports bzw. Schweizer Eishockeyübertragungen für ihre eigenen TV-Plattformen vermarkten.

91. An einer Verbreitung und Vermarktung des Mysports-Angebots bzw. von Schweizer Eishockeyübertragungen auf ihren eigenen TV-Plattformen sei die Swisscom-Gruppe von Anfang an [...] interessiert gewesen. Dies hätte die Swisscom-Gruppe auch stets öffentlich bekundet. [...] Schliesslich habe UPC mit Schreiben vom [...] erklärt, dass sie der Swisscom-Gruppe keine Offerte für die Verbreitung von Mysports unterbreiten und auch von einer Sublicenzierung der Eishockeyrechte absehen werde. UPC habe dabei von Anfang an geplant, gegenüber der Swisscom-Gruppe keine Offerte für die Verbreitung von Mysports zu machen.¹²⁴ Seit gesagt worden sei, dass keine Offerte gemacht würde, sei nicht

¹¹⁰ Vgl. act. 1, Rz 1 f.

¹¹¹ Vgl. act. 1, Rz 3 ff.

¹¹² Hierbei handelt es sich um ein Programm im Sinne von Art. 2 Bst. a RTVG. Um in der Terminologie der verschiedenen Eingaben, Medienmitteilungen, Internetseiten etc. zu bleiben wird nachfolgend gleichwohl auch der Begriff «Sender» verwendet.

¹¹³ Vgl. Über MySports <<https://mysports.ch/portal/de/routes/colo-phon/about>> (17.10.2017); Medienmitteilung UPC vom 7.9.2017, <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_12806_2t1mf0.html> (17.9.2018).

¹¹⁴ Für das Jahr 2017 erfolgte die Umbenennung der Nationalliga A in National League und der Nationalliga B in Swiss League.

¹¹⁵ Vgl. Über MySports <<https://mysports.ch/portal/de/routes/colophon/about>> (17.10.2017).

¹¹⁶ Vgl. Über MySports <<https://mysports.ch/portal/de/routes/colophon/about>> (17.10.2017).

¹¹⁷ Vgl. Sichere dir jetzt das volle Live-Sport-Angebot!, <<https://www.upc.ch/de/tv/sender/mysports/>> (17.10.2017).

¹¹⁸ Vgl. Sichere dir jetzt das volle Live-Sport-Angebot!, <<https://www.upc.ch/de/tv/sender/mysports/>> (17.10.2017).

¹¹⁹ Vgl. Sichere dir jetzt das volle Live-Sport-Angebot!, <<https://www.upc.ch/de/tv/sender/mysports/>> (17.10.2017).

¹²⁰ Vgl. Sichere dir jetzt das volle Live-Sport-Angebot!, <<https://www.upc.ch/de/tv/sender/mysports/>> (17.10.2017).

¹²¹ Vgl. Fragen zum MySports Tagesticket, <<https://www.upc.ch/de/tv/sender/mysports/#Tagesticket>> (17.10.2017).

¹²² Vgl. act. 1, Rz 7 ff.

¹²³ Vgl. act. 1, Beilage 21.

¹²⁴ Vgl. act. 1, Rz 21 ff.

mehr über Eishockey verhandelt worden. Die Mitteilung, dass es keine Offerte geben werde, sei im [...] erfolgt.¹²⁵

92. Weiter hätten UPC und ihre Kabelnetz-Distributionspartner äusserst aggressiv und medienwirksam mit der Vermarktung von Mysports begonnen. Dabei werbe UPC in der Öffentlichkeit aktiv mit der Angebotsverweigerung gegenüber der Swisscom-Gruppe. UPC kommuniziere gegenüber der Endkundschaft, dass künftig nur bei UPC sowohl Schweizer Eishockey- als auch Fussballübertragungen im Pay-TV empfangen werden könnten.¹²⁶

93. Zur Sachverhaltsdarstellung der Swisscom-Gruppe hält UPC in grundsätzlicher Form fest, dass diese substantielle Lücken und Unstimmigkeiten aufweise. Die Swisscom-Gruppe würde über weite Strecken ihres Gesuchs versuchen, den Sachverhalt so darzustellen, als hätte sie UPC um ein Angebot ersucht, UPC habe jedoch eine Hinhaltestrategie verfolgt.¹²⁷

94. Gemäss UPC sei es zutreffend, dass zwischen UPC und der Swisscom-Gruppe seit Sommer 2016 Gespräche [...] geführt worden seien. Die Swisscom-Gruppe hätte dabei den Standpunkt vertreten, dass die Einräumung von Sublizenzen an den jeweils exklusiv erworbenen Übertragungsrechten der Schweizer Fussball- und Eishockey-Meisterschaften jeweils als Gesamtpaket zu verhandeln sei. [...]¹²⁸

95. [...] Die Swisscom-Gruppe hätte sich im Verlauf der Verhandlungen nicht bereit gezeigt, von ihren diskriminierenden Vorgaben abzurücken. Die Swisscom-Gruppe würde nun mit ihrer Eingabe (bzw. einem Verfahren bzgl. Vorsorgliche Massnahmen) versuchen, ihre nicht haltbaren Forderungen auf dem Rechtsweg durchzusetzen, weil die von ihnen angestrebte Verknüpfung ihres überzogenen Angebots für den Teleclub-Vertrieb mit dem Erhalt von Sublizenzen an exklusiven Übertragungsrechten an den Spielen der Schweizer Eishockey-Meisterschaften nicht erfolgreich gewesen sei.¹²⁹

96. In Bezug auf eine Lösungsfindung bei der Verfügbarkeit von Fussballrechten (Swisscom-Gruppe) und Eishockeyrechten (UPC) sieht UPC keinen Widerspruch, wenn sie Fussball will, aber Eishockey nicht gibt. Man müsse die Situation im Lichte der Vergangenheit, der neuen Marktentwicklung, der gleichen Chancen bei der Ausschreibung und der Ausschreibungsdauer sehen. Für eine Vermarktung des Mysports-Angebots sei es noch zu früh, da noch zu wenig Content vorhanden sei.¹³⁰ Zugang zum Mysports-Angebot erhielten die bestehenden Distributionspartner. Dies seien die Kabelnetzbetreiber.¹³¹ UPC führt zudem aus, dass sie als «new entrant» Monopolstrukturen aufbrechen möchte. Eine unmittelbare Offerte würde dem entgegenstehen. Allenfalls könne die Diskussion in 3 Jahren (langfristig) geführt werden, aber nicht zum heutigen Zeitpunkt.¹³²

97. In Bezug auf die Möglichkeit für Nicht-Kabelkunden/Kundinnen, die Eishockeyübertragungen auf eine andere Art und Weise zu empfangen (bspw. OTT¹³³) führt UPC aus, dass sie ab September 2017 ein OTT-Angebot für Kabelnetzkunden/-kundinnen im Angebot haben werde.¹³⁴ [...] Bei einem OTT-Angebot müsse ein Swisscom-Kunde für den Zugang zu Mysports keinen Vertrag mit UPC abschliessen. Dies,

weil auch die Distributionspartner von UPC die Möglichkeit hätten, ein eigenes OTT anzubieten. Allerdings brauche die Swisscom-Kundschaft beim Zugang zu Mysports über einen Distributionspartner einen «Anschluss von UPC», um das OTT-Angebot zu erhalten. [...]

98. Gemäss Medienmitteilung bieten UPC und Sky ab dem 21. September 2018 auf der Sky Sport App mit «MySports Go» einen schweizweiten OTT-Zugang zu allen Sportarten an, die von Sky und Mysports übertragen werden. Das gesamte Mysports-Programm sei über dieses Angebot verfügbar.¹³⁵ Gemäss Internetseite von Sky Sport ist die Sky Sport App in den Boxen von Swisscom und Sunrise nicht erhältlich. Allerdings sei Schweizer Hockey weiterhin auf der Sky Sport-Webseite, den mobilen Sky-Sport-Apps, aber auch direkt auf dem Fernseher von einem Smart TV aus zugänglich (Samsung, LG, Sony, Philips, Panasonic) oder via Apple TV & Android TV.¹³⁶ Weiter gibt die Internetseite von Sky Sport an, dass von den Schweizer Eishockey Liga-Wettbewerben die National League und die Swiss League verfügbar sind.¹³⁷

99. In diesem Zusammenhang hat das Sekretariat bei Swisscom die Information eingeholt, ob Swisscom andere Mysports-Vertriebspartner als UPC für einen Bezug von Mysports bzw. der Übertragung der obersten Schweizer Eishockeyligen angefragt hat. Gemäss Swisscom haben sich weitere Anfragen im Verlauf der Diskussionen mit UPC von vornherein als aussichtslos herausgestellt. UPC habe öffentlich angekündigt, dass die Schweizer Eishockeyübertragungsrechte als «competitive tool against Swisscom» eingesetzt würden. In Übereinstimmung damit hätten auch die Mysports-Distributionspartner in einer Vielzahl von Medienmitteilungen ausdrücklich kommuniziert, dass das Mysports-Angebot zwingend den Anschluss an eine Kabelnetz-TV-Plattform voraussetze. Dies sei bis heute der Fall. So teilten die Mysports-Distributionspartner auf der Seite ihres Branchenverbandes Suissedigital weiterhin mit, dass Mysports «exklusiv auf den Kabelnetzen von Suissedigital empfangbar» sei. Die Aussagen von UPC und den Mysports-Distributionspartnern liessen sich nur

¹²⁵ Vgl. act. 24, S. 3.

¹²⁶ Vgl. act. 1, Rz 44 ff.

¹²⁷ Vgl. act. 16, Rz 6.

¹²⁸ Vgl. act. 16, Rz 7 ff.

¹²⁹ Vgl. act. 16, Rz 14 ff.; act. 165, Rz 6.

¹³⁰ Vgl. act. 25, S. 3.

¹³¹ Vgl. act. 25, S. 4.

¹³² Vgl. act. 25, S. 6.

¹³³ Over-the-Top-Angebote (OTT) bezeichnet als Überbegriff Internet-Dienstleistungen, die unabhängig vom Internet-Provider bezogen werden können. Charakteristisch für OTT TV ist, dass über das Internet auf TV-Inhalte zugegriffen werden kann, unabhängig von welchem Gerät aus der Internetzugang erfolgt. Beispiele hierfür sind Anbieter wie Netflix, Zattoo, HollyStar oder Lovefilm von Amazon (vgl. OECD Policy Roundtables – Competition Issues in Television and Broadcasting 2013, DAF/COMP/GF(2013)13, 15, <<http://www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf>> (18.10.2017)).

¹³⁴ Vgl. act. 25, S. 4.

¹³⁵ Vgl. act. 108 und Medienmitteilung UPC vom 20.9.2018 <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_14577_2wo1g0.html> (26.9.2018).

¹³⁶ Vgl. <<https://sport.sky.ch/de/subscription>> (26.9.2018).

¹³⁷ Vgl. <<https://sport.sky.ch/de/eishockey>> (26.9.2018).

so verstehen, dass auch eine Sublizenzierung über die Mysports-Distributionspartner kategorisch ausgeschlossen sei. Entsprechend sei von fruchtlosen weiteren Distributionsanfragen an UPC oder die Mysports-Distributionspartner abgesehen worden.¹³⁸

100. Gemäss Medienmitteilung hat UPC von der SIHF für fünf Jahre ab Saison 2017/18 die Rechte an den Übertragungen der National League A (oberste Liga) und B (zweite Liga) und der Swiss Regio League bzw. der MySports League (dritte Liga) erworben.¹³⁹ [...]

101. [...] Auf ihrer Internetseite gibt UPC an, dass es sich bei Mysports um den eigenen TV-Sender von UPC handelt.¹⁴⁰ In der Terminologie des RTVG ist «MySports Pro» als ein Paket von verschiedenen Programmen zu verstehen, wobei UPC somit als Programmveranstalter auftritt.

102. [...]

103. [...]

104. [...]

105. Zur Verfügbarkeit des Mysports-Angebots gibt das KNU MHS an, dass es im Zeitraum vom September 2017 bis Oktober 2017 das Mysports-Angebot (mit «MySports Pro») für einen Bezug über die Infrastruktur von Drittanbietern wie beispielsweise Swisscom zur Verfügung gestellt habe. Dieses Angebot sei in der ganzen Schweiz erhältlich gewesen. Das Angebot sei aus Marketingüberlegungen (Bedürfnisklärung) während eines beschränkten Zeitraums lanciert worden. Es sei offen, ob MHS ein erneutes Mysports-Angebot (mit «MySports Pro») unabhängig vom Internet-Anschluss zukünftig anbiete. [...]

106. Das KNU EWC biete sein TV-Angebot in der ganzen Schweiz über Internetanschlüsse von Drittanbietern an. Seit 1. Oktober 2018 sei bei EWC der Bezug von «MySports Pro» als Option des EWC-Grundangebots waly.tv über den Internet-Anschluss eines Drittanbieters möglich. [...]

107. Neben Swisscom macht auch Sunrise geltend, von UPC keinen Zugang zu den relevanten Eishockeyübertragungen zu erhalten. Sunrise habe sich über Monate hinweg darum bemüht, mit UPC auf dem Verhandlungsweg eine einvernehmliche Lösung bezüglich des Zugangs zu finden. UPC habe die Gewährung des Zugangs denn auch immer wieder in Aussicht gestellt, ohne allerdings ein konkretes und verbindliches Angebot folgen zu lassen. [...]

108. [...]

109. [...]

110. Im Rahmen der Ermittlungen hat das Sekretariat sodann die Entwicklungen der Kundenzahlen der untersuchungsrelevanten Unternehmen analysiert. Dazu ist anzumerken, dass gemäss inzwischen erfolgter jüngster Rechtsprechung des BVGer im Rahmen der Prüfung von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden müssen.¹⁴¹ Soweit, wie vorliegend, dennoch Analysen zu den tatsächlichen Auswirkungen der untersuchten Verhaltensweisen vorliegen, können diese im Rahmen der

Sanktionsbemessung berücksichtigt werden (vgl. Rz 415).

111. Gemäss Suissedigital war Höhepunkt des Jahres 2017 die Lancierung von Mysports. Dabei habe Mysports für sehr viel Aufmerksamkeit gesorgt. Der Rückgang im Fernsehen habe stark gebremst werden können, was auf den neuen Sender Mysports zurückzuführen sei und zu einem gesamthaften Wachstum bei den Abonnenten geführt habe.¹⁴²

112. Auch UPC führt aus, dass Mysports zum Wachstum bei Abonnenten und Umsatz beigetragen habe.¹⁴³ Im dritten Quartal 2017 habe UPC wieder Wachstum ausweisen können. Wichtige Treiber seien neben dem soliden Wachstum im Geschäftskundenbereich klar die erfolgreiche Lancierung des neuen Schweizer TV-Sportsenders Mysports und die Einführung der in der Schweiz einzigartig attraktiven Mobile-Europe-Tarife gewesen.¹⁴⁴ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass UPC spezifisch im Bereich TV im dritten Quartal 2017 insgesamt 10 000 Haushalte an Kunden verloren hat.¹⁴⁵

113. Zur Frage, ob der Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt beeinflusst wurde, können die Zahlen der TV-Abonnenten herangezogen werden.

a) TV-Abonnenten Swisscom

114. Dazu sind zunächst die Verbreitungsgebiete der KNU als einzige Anbieter von Mysports sowie von Swisscom darzustellen. Abbildung 1 illustriert die Verbreitung der KNU anhand der Postleitzahlgebiete. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Verbreitungsgebiete bis im September 2018 keine OTT-Angebote enthalten haben.

[...]

Abbildung 1: Verbreitungsgebiete der KNU, d. h. von UPC und allen anderen Suissedigital-Mitgliedern (orange: Suissedigital-Mitglieder und UPC, rot: nur UPC, türkis: Suissedigital-Mitglieder ohne UPC)

¹³⁸ Vgl. act. 95, S. 5.

¹³⁹ Vgl. Medienmitteilung SIHF vom 1.7.2016 <www.sihf.ch/de/media/news/#/article/2016-07-01/upc-ist-neue-tv-hauptpartnerin-von-swiss-ice-hockey> (18.05.2018); Medienmitteilung SIHF vom 3.4.2017 <www.sihf.ch/de/regio-league/news/#/article/2017-04-03/mysports-league-heisst-die-neue-hoechste-amateurliga-der-schweiz> (18.05.2018).

¹⁴⁰ Vgl. Unternehmensportrait UPC, <<https://www.upc.ch/de/ueber-uns/unternehmen/unternehmensprofil/>> (13.9.2018).

¹⁴¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1207, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴² Vgl. Medienmitteilung Suissedigital vom 7.2.2018, <<https://www.suissedigital.ch/suissedigital/medien/detail/suissedigital-kabelnetze-gewinnen-62000-abos/>> (28.02.2018); Medienmitteilung Suissedigital vom 2.11.2017, <<https://www.suissedigital.ch/suissedigital/medien/detail/kabelnetzbranche-waechst-mysports-kommt-an/>> (21.02.2018).

¹⁴³ Vgl. Medienmitteilung UPC vom 2.11.2017, <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_13131_cv2lx0.html/> (08.03.2018).

¹⁴⁴ Vgl. Medienmitteilung UPC vom 2.11.2017, Fact Sheet zum Quartalsbericht Q3/2017, <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_13131_cv2lx0.html/> (08.03.2018).

¹⁴⁵ Vgl. Cover Note zum Quartalsbericht Q3/2017 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_7161/Fact_Sheet_CH_Q3_2017_DE.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_Q3_2017_DE.pdf> (17.09.2018).

115. Das Verbreitungsgebiet von Swisscom umfasst wegen ihres Grundversorgungsauftrages die ganze Schweiz. Damit stellt die Gesamtheit der Verbreitungsgebiete der KNU diejenigen Gebiete dar, in denen die KNU und Swisscom im Wettbewerb miteinander stehen. Nachfolgend sind diese Gebiete als Wettbewerbsgebiete bezeichnet. Als Gegenstück dazu verfügt Swisscom in den Gebieten, in welchen die Suissedigital-Mitglieder nicht tätig sind, über eine Monopolstellung. Zumindest steht Swisscom in diesen Gebieten nicht einem KNU gegenüber, welches Mysports anbieten kann. Diese Gebiete ohne Tätigkeit eines KNU werden in Abbildung 2 veranschaulicht und nachfolgend als Monopolgebiete bezeichnet.

[...]

Abbildung 2: Monopolgebiete Swisscom

116. Sofern das Mysports-Angebot den Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt beeinflusst hat, wäre zu erwarten, dass sich die Kundenzahlen von Swisscom in den Wettbewerbsgebieten und den Monopolgebieten jeweils unterschiedlich entwickelt haben (nachfolgend: Arbeitshypothese). Eine unterschiedliche Entwicklung bedeutet dabei noch nicht, dass diese einzig oder überhaupt auf die Verweigerung des Mysports-Angebots zurückzuführen wäre. Zumindest wäre damit aber die Arbeitshypothese nicht widerlegt. Sind hingegen keine relevanten Unterschiede zwischen den Wettbewerbsgebieten und den Monopolgebieten hinsichtlich der Entwicklung der Kundenzahlen festzustellen, so spräche dies gegen die Arbeitshypothese. Es wäre diesfalls nicht davon auszugehen, dass die Verweigerung des Mysports-Angebots den Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt beeinflusst hat.

117. Zum Vergleich der Wettbewerbs- und Monopolgebiete zeigt Abbildung 3 die Entwicklung der Kundenzahlen von Swisscom TV insgesamt, in den Wettbewerbsgebieten sowie den Monopolgebieten im Zeitraum Januar 2014 bis Januar 2018.

[...]

Abbildung 3: Entwicklung Kundenzahlen Swisscom TV (2016/07: Ankündigung Rechteerwerb; 2017/09: Start Mysports)

118. Zur besseren Erkennbarkeit der Entwicklung in den Monopolgebieten zeigt Abbildung 4 die Kundenzahlen von Swisscom TV in diesen Gebieten mit einer anderen Achsenskalierung.

[...]

Abbildung 4: Entwicklung Kundenzahlen Swisscom TV in den Monopolgebieten (2016/07: Ankündigung Rechteerwerb; 2017/09: Start Mysports)

119. Ein Vergleich der Entwicklungen in den Wettbewerbs- und Monopolgebieten [...]

120. Zum weiteren Vergleich zeigt Abbildung 5 die Indizes für die Entwicklung der Abonentenzahlen insgesamt, in den Wettbewerbsgebieten sowie den Monopolgebieten im Zeitraum Januar 2014 bis Januar 2018.

[...]

121. Abbildung 5: Indizes Entwicklung Kundenzahlen Swisscom, Basismonat 2014/01 (2016/07: Ankündigung Rechteerwerb; 2017/09: Start Mysports)

122. Aus der Gegenüberstellung der Indizes für die Monopol- und Wettbewerbsgebiete in Abbildung 5 ist ersichtlich, [...]

123. [...] Es sind auch andere beeinflussende Faktoren möglich. [...] Beispielsweise führt Swisscom in ihrem Geschäftsbericht 2017 selber aus, dass die Märkte für Breitband und TV zunehmend gesättigt seien und sich das Kundenwachstum abgeschwächt habe.¹⁴⁶

b) TV-Abonnenten Sunrise

124. Eine Darstellung des Verbreitungsgebiets von Sunrise erübrigt sich. Sunrise operiert weitgehend über die Infrastruktur von Swisscom. Deshalb entspricht das Verbreitungsgebiet von Sunrise grundsätzlich den Swisscom-Gebieten.

125. Abbildung 6 zeigt die Entwicklung der Kundenzahlen von Sunrise insgesamt, in den Wettbewerbsgebieten sowie den Swisscom-Gebieten im Zeitraum Januar 2013 bis Januar 2019.

[...]

Abbildung 6: Entwicklung Kundenzahlen Sunrise (2016/07: Ankündigung Rechteerwerb; 2017/09: Start Mysports)

126. Zur besseren Erkennbarkeit der Entwicklung in den Swisscom-Gebieten zeigt Abbildung 4 die Kundenzahlen von Sunrise mit einer anderen Achsenskalierung.

[...]

Abbildung 7: Entwicklung Kundenzahlen Sunrise in den Swisscom-Gebieten (2016/07: Ankündigung Rechteerwerb; 2017/09: Start Mysports)

127. Ein Vergleich der Entwicklungen in den Wettbewerbs- und Swisscom-Gebieten [...]

128. Zum weiteren Vergleich zeigt Abbildung 8 die Indizes für die Entwicklung der Abonentenzahlen insgesamt, in den Wettbewerbsgebieten sowie den Swisscom-Gebieten im Zeitraum Januar 2013 bis Januar 2019.

[...]

129. Abbildung 8: Indizes Entwicklung Kundenzahlen Sunrise, Basismonat 2013/01 (2016/07: Ankündigung Rechteerwerb; 2017/09: Start Mysports)

130. [...]

131. [...]

¹⁴⁶ Vgl. Swisscom Geschäftsbericht 2017, S. 41, <http://reports.swisscom.ch/download/2017/de/swisscom_geschaeftsbericht_gesamt_2017_de.pdf> (17.09.2018).

c) TV-Abonnenten UPC

132. Somit ist fraglich, ob die Entwicklung des Kundenzuwachstums bei Swisscom und Sunrise (auch) auf die Verweigerung des Zugangs zu den Eishockeyübertragungen zurückzuführen ist. Ein mögliches Indiz hierfür wäre, wenn sich entsprechende Effekte auch bei UPC zeigen würden. Folglich sind auch die Kundenzahlen von UPC heranzuziehen.

133. Abbildung 9 zeigt die Entwicklung der Kundenzahlen von UPC im Zeitraum Januar 2015 bis Februar 2018. Es ist ersichtlich, dass die Kundenzahlen [...]. Im vierten Quartal 2016 stieg die Anzahl TV-Abonnemente zwar um 7000 Haushalte.¹⁴⁷ In den nachfolgenden Quartalen sank die Anzahl TV-Abonnemente allerdings wieder stärker als die Zunahme im vierten Quartal 2016. Im ersten Quartal 2017 gingen die TV-Abonnemente um 11 000 Haushalte¹⁴⁸ zurück, im zweiten Quartal 2017 um 8000 Haushalte¹⁴⁹, im dritten Quartal 2017 um 10 000 Haushalte¹⁵⁰ und im vierten Quartal 2017 um 22 000 Haushalte¹⁵¹. Dieser Trend verstärkte sich im ersten Quartal 2018 mit einer Abnahme um 30 000 Haushalte¹⁵² und im zweiten Quartal 2018 mit einer Abnahme um 36 000 Haushalte¹⁵³.

[...]

Abbildung 9: Entwicklung Kundenzahlen UPC (2016/07: Ankündigung Rechteerwerb; 2017/09: Start Mysports)

134. Gemäss Arbeitshypothese sollte die Verweigerung des Zugangs zu den Eishockey-Übertragungen einen positiven Effekt auf UPC haben. [...] Dabei fällt die operative Tätigkeit von Mysports vollständig in diesen Zeitraum.

135. Damit kann ein Effekt der untersuchten Verhaltensweise auf die Entwicklung der Kundenzahlen von UPC nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Allerdings kann ein eigentliches Kippen zugunsten von UPC und eine Festigung ihrer Stellung nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden.

A.4.4.1 Stellungnahme UPC

136. Gemäss UPC sei eine Geschäftsverweigerung seitens UPC nicht erfolgt. Vielmehr hätten beide Seiten die Gespräche im Hinblick auf eine Gesamtlösung nach dem vom Sekretariat zu Unrecht als Verweigerungshandlung qualifizierten [...] gar intensiviert und stünden nun vor einer sich abzeichnenden Lösung ab kommenden Fussball- und Eishockeysaison 2020/21. [...]

137. [...] habe sich UPC unmissverständlich weiterhin zu einer Verhandlungslösung bekannt. UPC habe ihr Interesse an gegenseitigem Programmzugang auf Basis einer einvernehmlichen Lösung wiederholt erneuert. [...] Diese Verhandlungen seien angesichts der komplexen Ausgangslage und der involvierten Interessen anspruchsvoll.¹⁵⁴

138. Bei diesen Verhandlungen sei es dann [...] zu einer erneuten Verzögerung gekommen. [...] Die in der Folge ergangenen Ausführungen von Swisscom, dass UPC die Mysports-Inhalte nicht zur Verfügung stellen werde, seien gemäss UPC geradezu irreführend. [...] Zudem sei UPC auch noch gar nie eingehend zum Sachverhalt befragt worden.¹⁵⁵

139. Aus diesen Gründen erscheine es als abwegig, dass UPC den Nachweis eines konkreten Angebots für den geforderten Zugang zum «MySports»-Angebot nicht erbracht habe.¹⁵⁶

A.4.4.2 Stellungnahme Swisscom

140. Swisscom macht geltend, dass im Sommer 2016 zwar tatsächlich Gespräche mit UPC [...] geführt worden seien. UPC behaupte jedoch zu Unrecht, Swisscom hätte den Standpunkt vertreten, [...]

141. Swisscom bringt weiter vor, dass MySports Go für die Swisscom und Sunrise TV-Boxen unterdrückt werde, sei der Ausdruck von UPC's «Null-Politik». Diese «Null-Politik» manifestiere sich auch darin, dass Swisscom selbst der Free-TV «MySports Basic» Kanal nicht angeboten werde.¹⁵⁷

142. Und Swisscom macht geltend, es treffe nicht zu, dass ab September 2018 über die Sky Sport App ein schweizweites OTT-Angebot für die Übertragung der Spiele der Schweizer Eishockeyligen National League und Swiss League bestanden habe. Selbst für den Fall, dass die Mysports-Inhalte innerhalb der Sky Sport App auf der Swisscom TV-Box nicht unterdrückt würden, müsste ein Kunde von Swisscom TV neben den MySports Inhalten auch diejenigen der Sky Sport App abonnieren. Ein Kunde von UPC müsse aber kein solches Bündelangebot von Sky Sport App und Mysports abonnieren, um in den Genuss der Schweizer Eishockeyübertragungen zu gelangen. Auch aus der Sicht von Swisscom TV setze die vorliegend von UPC vorgebrachte OTT-Lösung voraus, dass Swisscom eine Vereinbarung mit Sky über die Sky Sport Inhalte habe, damit Swisscom TV Kunden via Sky Sport App Schweizer Eishockeyübertragungen verfolgen könnten. Dies sei

¹⁴⁷ Vgl. Cover Note zum Quartalsbericht Q4/2016 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_5510/Fact_Sheet_CH_Q4_2016_DE.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_Q4_2016_DE.pdf> (17.09.2018).

¹⁴⁸ Vgl. Cover Note zum Quartalsbericht Q1/2017 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_6197/Fact_Sheet_CH_Q1_2017_DE.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_Q1_2017_DE.pdf> (17.09.2018).

¹⁴⁹ Vgl. Cover Note zum Quartalsbericht Q2/2017 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_6812/Fact_Sheet_CH_Q2_2017_DE.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_Q2_2017_DE.pdf> (17.09.2018).

¹⁵⁰ Vgl. Cover Note zum Quartalsbericht Q3/2017 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_7161/Fact_Sheet_CH_Q3_2017_DE.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_Q3_2017_DE.pdf> (17.09.2018).

¹⁵¹ Vgl. Cover Note zum Jahresbericht 2017 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_7584/Fact_Sheet_CH_FY_2017_DE.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_FY_2017_DE.pdf> (17.09.2018).

¹⁵² Vgl. Cover Note zum Quartalsbericht Q1/2018 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_7759/Fact_Sheet_CH_Q1_2018_DE_final.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_Q1_2018_DE_final.pdf> (17.09.2018).

¹⁵³ Vgl. Cover Note zum Quartalsbericht Q2/2018 von Liberty Global, <http://e2.marco.ch/publish/cablecom/351_8013/Fact_Sheet_CH_Q2_2018_DE.pdf?TensidTrafficShaper=1&f=Fact_Sheet_CH_Q2_2018_DE.pdf> (17.09.2018).

¹⁵⁴ Vgl. act. 165, Rz 55 ff.

¹⁵⁵ Vgl. act. 165, Rz 61 f.

¹⁵⁶ Vgl. act. 165, Rz 60.

¹⁵⁷ Vgl. act. 164, Rz 71.

aber nicht der Fall. Die vorliegende Lösung via Sky Sport App stelle daher in keiner Weise ein Substitut für die zur Verfügung Stellung der Schweizer Eishockeyübertragungen von UPC an Swisscom dar.¹⁵⁸

143. In der Stellungnahme zur Sistierung des Verfahrens macht Swisscom geltend, UPC würde die Gespräche zwischen UPC und Swisscom über den Zugang zum Pay-TV Sportangebot nicht korrekt darstellen.¹⁵⁹ [...]

144. Weiter bringt Swisscom vor, es hätten zwischen UPC und Swisscom im Zeitraum [...] keine Gespräche betreffend Zugang zu den Eishockeyinhalten stattgefunden. Die Stellungnahme könne auch keinerlei Belege für derartige Gespräche in diesem Zeitraum beibringen.¹⁶⁰

145. Sodann macht Swisscom geltend, [...]

146. Schliesslich bringt Swisscom vor, UPC habe [...] abgebrochen bzw. abbrechen müssen.¹⁶¹

A.4.4.3 Stellungnahme Sunrise

147. Sunrise erachte es als nachweislich unzutreffend, dass UPC gegenüber Sunrise ein Angebot betreffend Zugang zu den relevanten Eishockeyübertragungen unterbreitet [habe], wenn dieses auch von Sunrise als gänzlich unakzeptabel erachtet worden [sei]. Weder habe Sunrise je ein Angebot von UPC erhalten noch sei diese unzutreffende Behauptung unbestritten. Entgegen dem Auszug des Verfügungsantrags habe Sunrise von UPC bis dato trotz ihrer entsprechenden Bemühungen nie ein Angebot für den Zugang zu den verfahrensrelevanten Übertragungsrechten erhalten. Den Äusserungen von UPC während den Verhandlungen habe es jeweils sowohl an Verbindlichkeit bzw. am erforderlichen Bindungswillen wie auch inhaltlich an der genügenden Bestimmtheit gefehlt, um als Angebot gelten zu können. Sunrise habe nie ein Angebot erhalten und bestreite unverändert, von UPC je ein Angebot erhalten zu haben. Sunrise habe den Erhalt eines Angebots auch nie anerkannt, auch nicht implizit.¹⁶²

148. Entgegen dem Auszug des Antrags des Sekretariats könne aus der Textstelle [...]

149. Das Zitat aus besagter E-Mail sei zudem gemäss Sunrise aus dem Kontext gerissen. Alleine aus der gesamten E-Mail sei klar, dass [...] Selbst wenn man dies in Abrede stellen sollte, was UPC offenbar tue, stehe zumindest fest, dass die unzutreffende Tatsache des Erhalts eines Angebots seitens Sunrise immer bestritten worden sei und weiterhin bestritten werde. [...]

150. Im Ergebnis werde aus diesen Ausführungen deutlich, dass UPC Sunrise nie ein Angebot unterbreitet habe und Sunrise den Erhalt eines Angebots auch nie anerkannt habe. Demnach könne keine Rede davon sein, dass der Erhalt eines Angebots unbestritten sei, auch nicht implizit.¹⁶³ Sunrise sei von UPC offensichtlich diskriminiert worden, zumindest in zeitlicher Hinsicht und zwar für eine massgebliche Dauer mindestens ebenso wie Swisscom.¹⁶⁴

A.4.4.4 Weitere Sachverhaltsangaben nach Abschluss der Ermittlungen des Sekretariats

151. Nach Abschluss der Ermittlungen und Überweisung an die WEKO kommunizieren Swisscom und UPC öffentlich den Abschluss einer Vereinbarung über die Dis-

tribution von Mysports bzw. Teleclub auf den Plattformen des jeweils anderen Partners. UPC und Swisscom ermöglichten ihren Kunden in der Schweiz gleichberechtigten und vollständigen Zugang zu den Live-Sportinhalten: «Von der Vereinbarung profitieren 1,8 Millionen Kunden von UPC und den MySports-Verbreitungspartnern von Suissedigital sowie 1,55 Millionen Swisscom TV-Kunden.» Diese Kunden hätten künftig die Möglichkeit, alle Spiele der höchsten Schweizer Fussball- und Eishockeyligen sowie die Partien der UEFA Champions League, der UEFA Europa League, der Bundesliga, vieler weiterer europäischer Fussballligen oder der europäischen und nordamerikanischen Hockeyligen uneingeschränkt zu verfolgen.¹⁶⁵

152. [...]

A.4.4.5 Sachverhaltsangaben im Rahmen der Anhörungen

A.4.4.5.1 Anhörung UPC

153. Im Rahmen der Anhörung bekräftigt UPC ihre Ausführungen in der Stellungnahme vom 3. März 2020.¹⁶⁶ Bei korrekter Marktabgrenzung und realitätsbezogener Analyse der Marktverhältnisse liege keine marktbeherrschende Stellung vor. Selbst wenn eine solche Stellung vorliegen sollte, habe UPC mit den betroffenen und interessierten Marktteilnehmern Zugangslösungen verhandelt und sei diesbezüglich insbesondere mit den Anzeigerinnen auch zu einem Abschluss gekommen.¹⁶⁷ [...] In sachverhaltmässiger Hinsicht führt UPC zudem aus, [...]

154. Mit Sunrise habe UPC ebenfalls Verhandlungen über den Zugang zu Mysports geführt, diesen Zugang jedoch nie verweigert. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Angebotsgestaltung substanziell erschwert werde, wenn der Verhandlungspartner bereits zu Beginn der Verhandlungen klarstelle, [...]

155. Im Rahmen der Einvernahme gibt UPC zu Protokoll, die Distributionsvereinbarung mit Swisscom sehe vor, dass es ab Herbst möglich sein werde, auf der UPC Plattform die Gesamtheit der Teleclub Inhalte anzuschauen. Und umgekehrt werde UPC Mysports auf der Swisscom Plattform zur Verfügung stellen und dort werde es Swisscom-Kunden möglich sein, die gesamten Inhalte des Mysports-Pakets anzuschauen.¹⁶⁸ [...]

156. [...]

157. [...]

158. [...]

¹⁵⁸ Vgl. act. 164, Rz 73 ff.

¹⁵⁹ Vgl. act. 174, Rz 4.

¹⁶⁰ Vgl. act. 174, Rz 12.

¹⁶¹ Vgl. act. 174, Rz 17 f.

¹⁶² Vgl. act. 190, Rz 8 ff.

¹⁶³ Vgl. act. 190, Rz 15.

¹⁶⁴ Vgl. act. 190, Rz 31.

¹⁶⁵ Vgl. Medienmitteilung Swisscom TV vom 23. Juli 2020, Kompletter Live-Sport von MySports und Teleclub künftig bei Swisscom und im Kabelnetz, <<https://www.swisscom.ch/de/about/news/2020/07/23-live-sport.html>> (1.9.2020).

¹⁶⁶ Vgl. act. 198, Beilage 2.

¹⁶⁷ Vgl. act. 198, Beilage 2, S. 1.

¹⁶⁸ Vgl. act. 198, Beilage 3, Rz 40 ff.

159. Hinsichtlich der Verhandlungen mit Sunrise sagt UPC aus, [...]

160. UPC gibt weiter zu Protokoll, es gebe regelmässig Interessenten für Mysports und auch Gespräche. Es gebe auch neue Distributionspartner, die nach dem Start von Mysports in die Verbreitung aufgenommen worden seien. [...]

A.4.4.5.2 Anhörung Sunrise

161. Sunrise führt anlässlich der Anhörung aus, sie habe von UPC nie ein konkretes und verbindliches Angebot für den Zugang zu den relevanten Eishockeyübertragungsrechten erhalten. [...] Das Verhalten von UPC habe direkten Einfluss auf den Geschäftserfolg von Sunrise und schädige Sunrise im Wettbewerb stark.¹⁶⁹ Diskriminierungsfreier Zugang zu Premium Content werde für Sunrise auch in Zukunft entscheidend sein. Besondere Bedeutung habe für Sunrise die zeitliche Dimension: Das Angebot müsse technisch vorbereitet und vermarktet werden können. Verzögerungen schaden dem Wettbewerb irreversibel, da der jeweilige Premium Content erst dann vermarktet werden könne, wenn sich die Konsumenten bereits entschieden hätten.¹⁷⁰

A.4.4.6 Stellungnahme UPC zu Anhörungen

162. Im Nachgang zu den Anhörungen bekräftigt UPC ihre Darstellung der Verhandlungsgeschichte gemäss Stellungnahme vom 4. März 2020.¹⁷¹ [...]

163. Hinsichtlich Sunrise weist UPC deren Darstellung der Verhandlungsgeschichte zurück. UPC bekräftigt, [...]

A.4.4.7 Stellungnahme Swisscom zu Anhörungen

164. [...]

165. [...]

166. Hierzu hält UPC an ihrer eigenen Darstellung fest. Im Übrigen sei erneut darauf hinzuweisen, dass UPC entgegen dem durch Swisscom im jüngsten Schreiben suggerierten Eindruck keineswegs Zugang zum gesamten Eishockey- und Fussballangebot von Swisscom gehabt habe.¹⁷²

A.4.4.8 Würdigung Sachverhalt

167. Zuallererst ist auf das Vorbringen von UPC der fehlenden eingehenden Befragung zum Sachverhalt einzugehen. Hierzu belegen die Akten, dass UPC mehrfach befragt wurde.¹⁷³ UPC hatte auch Gelegenheit, sich zum Sachverhalt zu äussern. UPC wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, es stehe ihr frei, weitere Bemerkungen oder Informationen anzufügen, die im Zusammenhang mit vorliegendem Verfahren von Bedeutung sein könnten.¹⁷⁴ Diese Möglichkeit hat UPC auch wahrgenommen.¹⁷⁵ Während des Verfahrens stand es UPC immer frei, Beweismittel und Sachverhaltselemente beizubringen. Auch dies hat UPC gemacht.¹⁷⁶ Es kann keine Rede von einer fehlenden eingehenden Sachverhaltsbefragung sein. Zwar ist der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festzustellen und die Behörde trägt auch die Beweisführungslast (vgl. Rz 68). Allerdings trifft UPC auch eine Mitwirkungspflicht. Es kann daher erwartet werden, dass UPC im Rahmen der Sachverhaltsermittlung entsprechende Angaben macht, auch wenn die Behörde nicht explizit danach fragt.

168. [...] Auch kann als erstellt angesehen werden, dass ab September 2018 über die Sky Sport App ein schweizweites OTT-Angebot für die Übertragung der Spiele der Schweizer Eishockeyligen National League und Swiss League besteht.

169. Vor der Zustellung des Antrags an UPC zur Stellungnahme ist aus den Ausführungen von UPC nicht hervorgegangen, dass sie entgegen den Behauptungen von Swisscom [...]

170. Aus den von UPC eingereichten E-Mails lässt sich zwar entnehmen, dass zwischen UPC und Swisscom tatsächlich Verhandlungen erfolgt sind. Dabei ist anzunehmen, dass es nicht nur um «Vergangenheitsbewältigung» und Fortsetzung vorbestehender Vertragsverhältnisse [...] ging, sondern auch um die vorliegend relevanten Eishockeyübertragungen. Zumindest lassen Formulierungen wie [...] in diesen Dokumenten in diesem Zusammenhang nirgends erscheint. Allerdings geht aus den fraglichen Beweismitteln nicht hervor, dass UPC Swisscom tatsächlich ein konkretes Angebot für die verfahrensgegenständlichen Eishockeyübertragungen gemacht hätte.

171. [...]

172. In sachverhaltsmässiger Hinsicht ist damit zunächst unbestritten, dass Verhandlungen zwischen UPC und Swisscom stattgefunden haben. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch durch eine indirekte Geschäftsverweigerung, beispielsweise durch Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder die Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen («Constructive Refusal to Deal») ein tatbestandsmässiges Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegen kann (vgl. nachfolgend Rz 276). Unabhängig davon, ob eine direkte Geschäftsverweigerung vorliegt, ist auch zu prüfen, ob UPC gegenüber Swisscom eine Verzögerungsstrategie verfolgt hat.

173. Nun lässt sich eine solche Strategie und damit quasi der Wille eines Unternehmens häufig nicht direkt beweisen. Es bestehen damit gewisse Parallelen zu den sogenannten inneren Tatsachen (Wissen und Wollen) bei natürlichen Personen.¹⁷⁷ Es ist aber ohne weiteres zulässig, mit Hilfe von Indizien auf den «Willen» des Unternehmens zu schliessen (vgl. Rz 64). Hierbei ist zunächst das Schreiben vom [...] ¹⁷⁸ zu würdigen. Dieses ist eindeutig: «Hiermit möchte ich Dir der guten Ordnung halber mitteilen, dass wir Euch keine Offerte für die Verbreitung von MySports auf den Swisscom Plattformen unterbreiten werden. Auch von einer Sublizensierung der Eishockeyrechte an die Cinetrade AG oder an die Teleclub AG werden wir absehen.» Es wird damit klar

¹⁶⁹ Vgl. act. 198, Beilage 1, S. 4.

¹⁷⁰ Vgl. act. 198, Beilage 1, S. 5.

¹⁷¹ Vgl. act. 202, S. 1 f. bzw. act. 204, Beilage 4, S. 1 f.

¹⁷² Vgl. act. 208.

¹⁷³ Vgl. act. 63, 85 und 143.

¹⁷⁴ Vgl. act. 63, S. 2.

¹⁷⁵ Vgl. act. 72, Ziff. 8.

¹⁷⁶ Vgl. act. 82 und 108.

¹⁷⁷ Vgl. dazu bspw. BGE 144 IV 345, E. 2.2.3.4.

¹⁷⁸ Vgl. act. 1, Beilage 21.

zum Ausdruck gebracht, dass UPC nicht gewillt war, Swisscom die fraglichen Eishockeyübertragungen anzubieten. Somit spielt es keine Rolle, dass nach der direkten Geschäftsverweigerung durch das Schreiben vom [...] UPC und Swisscom erneut Verhandlungen aufgenommen haben. Wie sich zeigt, waren diese Verhandlungen nicht von einem Abschlusswillen seitens UPC vor Sommer 2020 geprägt.

174. Dies belegen, als weiteres Indiz, die öffentlichen Aussagen des ehemaligen CEO von UPC: «[...] UPC will not sub-license the hockey rights, but will use them as a competitive tool against Swisscom.»¹⁷⁹ Auch sind die von UPC im Rahmen der Anhörungen zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen gemachten Aussagen zu berücksichtigen. Auf die Frage des Präsidenten der WEKO, weshalb Swisscom und UPC keine Lösung finden würden, antwortete der Vertreter von UPC: «Differenzierung im Wettbewerb ist wichtig, zumal man evtl. auch nicht ausschliessen kann, dass man keine Rechte für Fussball erhalten wird. Umso wichtiger ist es, dass die Eishockeyrechte für das Kabelnetz exklusiv zu haben sind.»¹⁸⁰ Und auf die Frage des Präsidenten der WEKO nach einem Vergleich: «Auch als new-entrants möchten wir Monopolstrukturen aufbrechen. Eine unmittelbare Offerte würde dem entgegenstehen - deshalb sicherlich nicht zum heutigen Zeitpunkt. Allenfalls kann die Diskussion in 3 Jahren (langfristig) geführt werden, aber nicht zum heutigen Zeitpunkt.»¹⁸¹ Diese Frist von drei Jahren, geäussert am 12. Juni 2017, deckt sich mit dem Abschluss der Vereinbarung mit Swisscom vom [...].

175. Alle vorangehend genannten Indizien ergeben zusammen ein konsistentes Gesamtbild, wonach UPC auch nach der direkten Verweigerung vom [...] zumindest für die ersten drei Saisons Swisscom die fraglichen Eishockeyinhalte vorenthalten wollte. Daran bestehen keine erheblichen und nicht zu unterdrückenden Zweifel. Es erscheint daher in Würdigung aller Umstände als zweifelsfrei nachgewiesen, dass UPC trotz Verhandlungen nicht gewillt war, die fraglichen Eishockeyinhalte Swisscom vor der Saison 2020/21 zu überlassen.

176. Zum Ablauf der Verhandlungen zwischen UPC und Sunrise ist festzustellen, dass diese im Grundsatz unbestritten sind. Strittig ist allerdings auch hier, ob UPC zu einer Überlassung der fraglichen Eishockeyinhalte an Sunrise gewillt war oder ob UPC auch gegenüber Sunrise eine Verzögerungsstrategie verfolgt hat.

177. Im Vergleich zur Situation zwischen UPC und Swisscom hat UPC gegenüber Sunrise keine explizite Ablehnung kommuniziert. Auch die öffentlich geäusserte ablehnende Haltung von UPC hat sich in erster Linie gegen Swisscom gerichtet (vgl. Rz 174). Weiter ist festzustellen, dass Sunrise von UPC zumindest [...] Es ist dabei darauf hinzuweisen, dass Sunrise in der [...] Insofern ist unbestritten, dass UPC gegenüber Sunrise Angaben betreffend Zugang zu den relevanten Eishockeyübertragungen unterbreitet hat, [...] In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass Sunrise nie vorgebracht hat, ihrerseits UPC ein mögliches Gegenangebot unterbreitet zu haben.

178. Dem steht die allgemeine Aussage von UPC anlässlich der Anhörungen zu den vorsorglichen Mass-

nahmen gegenüber, wonach die Eishockeyrechte für das Kabelnetz exklusiv sein sollen (vgl. Rz 174). Hierzu ist allerdings zu bemerken, dass im Zeitpunkt der Anhörungen zu den vorsorglichen Massnahmen eine Verweigerung gegenüber Sunrise noch nicht explizit Thema war.

179. Unbestritten ist, dass Sunrise bis heute keinen Zugang zu den Eishockeyübertragungen erhalten hat.

180. Die vorangehend aufgeführten Indizien ergeben kein eindeutiges Gesamtbild. Insgesamt bestehen zwar gewisse Indizien, wonach UPC auch gegenüber Sunrise zumindest zu Beginn nicht gewillt war, die fraglichen Eishockeyinhalte zu überlassen. Allerdings können die von UPC an Sunrise kommunizierten Eckpunkte nicht als offensichtlich abwegig im Sinne eines Scheinangebots qualifiziert werden. Insgesamt kann nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob UPC zur Belieferung von Sunrise mit den fraglichen Eishockeyinhalten gewillt war. Im Zweifel ist zugunsten von UPC nicht davon auszugehen, dass UPC nicht gewillt war, die fraglichen Eishockeyinhalte Sunrise zu überlassen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

181. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.¹⁸²

182. Ungeachtet einer grundsätzlichen inhaltlichen Ausrichtung auf das EU-Wettbewerbsrecht unterscheidet sich das schweizerische Kartellgesetz aufgrund der Statuierung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und der damit verbundenen ausdrücklichen inhaltlichen Spezifizierung eines eigenständigen Kartellrechtssubjekts durch den Gesetzgeber in diesem Punkt vom EU-Wettbewerbsrecht, das keine entsprechende Statuierung durch Vorschrift oder Rechtsgrundsatz vorsieht.¹⁸³

¹⁷⁹ Vgl. act. 1 Beilage 4, S. 3.

¹⁸⁰ Vgl. act. 25, S. 3.

¹⁸¹ Vgl. act. 25, S. 6.

¹⁸² BSK KG-LEHNE (Fn 91), 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*.

¹⁸³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 38, *Sanktionsverfügung – DCC*.

183. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.¹⁸⁴

184. In der Rechtsprechung des 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, jedenfalls für eine kartellrechtliche Beurteilung, keine notwendige Voraussetzung darstellt. Vielmehr ist entsprechend dem Kontrollprinzip die blosser Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.¹⁸⁵ Dabei ist anzumerken, dass für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung nicht die Rechtsprechung, sondern die Änderung durch den Gesetzgeber ursächlich war. So wurde Art. 663e Abs. 1 OR¹⁸⁶ per 1. Januar 2013 durch die Rechnungslegungsvorschriften von Art. 963 Abs. 1 OR ersetzt. Dabei ging der Gesetzgeber vom Leitungsprinzip zum Kontrollprinzip über.

185. Die Untersuchung richtet sich gegen UPC. Gemäss eigenen Angaben ist UPC eine Anbieterin von Fernsehen, Internet, Telefonie und Mobilfunk. In diesen Bereichen versorge das Unternehmen über 2 Millionen Haushalte über ein leistungsstarkes Glasfasernetz. Unter der Firma Cablecom ging die Gesellschaft im Jahr 2005 an die britische Liberty Global-Gruppe. Im Jahr 2016 erfolgte eine Umfirmierung von upc Cablecom zu UPC.¹⁸⁷

186. Bei der Konzernobergesellschaft der Liberty Global-Gruppe handelt es sich um Liberty Global plc mit Sitz in Grossbritannien. UPC ist unbestrittenermassen eine kontrollierte Konzerngesellschaft der Liberty Global-Gruppe.¹⁸⁸

187. Damit ist erstellt, dass bei der Liberty Global-Gruppe ein Konzern vorliegt, welcher als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend B.3).¹⁸⁹ Der besseren Verständlichkeit halber wird das Unternehmen Liberty Global-Gruppe nachfolgend auch als UPC bezeichnet.

188. Mysports ist nicht als unabhängiges Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Vielmehr ist Mysports Teil des Unternehmens UPC (vgl. Rz 101).

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

189. 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).

190. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar¹⁹⁰. Ob es sich bei UPC um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der 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. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

191. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden.

B.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

192. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO¹⁹¹. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

193. Vorliegend soll die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber entscheiden, ob gegen UPC wegen eines Verstosses gegen das KG Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Hierfür ist grundsätzlich die Gesamtkommission der WEKO zuständig (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO). Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO) gegeben ist, ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

B.3 Verfügungsadressatinnen

B.3.1 Allgemeines

194. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine Vorschrift vor, an wen eine kartellrechtliche Verfügung als Adressatin zu richten ist.¹⁹² Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen

¹⁸⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 40 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁸⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 44, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁸⁶ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹⁸⁷ Vgl. <<https://www.upc.ch/de/ueber-uns/unternehmen/unternehmenprofil/>>, <<https://www.upc.ch/de/ueber-uns/unternehmen/unser-netz/>> und <<https://www.upc.ch/de/ueber-uns/unternehmen/geschichte/>> (12.09.2019).

¹⁸⁸ Vgl. Geschäftsbericht 2016 Liberty Global-Gruppe <<http://www.libertyglobal.com/pdf/AR/2016-Liberty-Global-Annual-Report.pdf>> (12.09.2019).

¹⁸⁹ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

¹⁹⁰ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 14; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 4 Abs. 2 N 158.

¹⁹¹ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

¹⁹² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 119, *Sanktionsverfügung – DCC*.

im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist (vgl. Rz 181 ff.), stellt sich die Frage, welche Gesellschaft resp. Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist resp. 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 Partei eines Kartellverfahrens zwangsläufig auseinander.¹⁹³

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

196. Als Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.¹⁹⁴ Als Verfügungsadressatinnen gelten zudem diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.¹⁹⁵

B.3.2 Parteistellung

197. Verfügungsadressatinnen haben ohne Weiteres Parteistellung in einem Verfahren.¹⁹⁶ Auch Dritten, die durch die Verfügung unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind, kann, obwohl die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zukommen.¹⁹⁷

B.3.3 Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen

198. 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.

199. 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.¹⁹⁸

200. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.¹⁹⁹ Gemäss BVGer kann es im Einzelfall aus Gründen der Prozessökonomie ausreichend sein, dass die Wettbewerbsbehörde das Verfahren nur gegen eine Konzerngesellschaft führt und diese durch die Verfügung in Anspruch nimmt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die handelnde Konzernge-

sellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen.²⁰⁰

201. Weil im vorliegenden Fall die Obergesellschaft (Liberty Global plc; vgl. Rz 186) ihren Sitz im Ausland aufweist, ist es sachgerecht, die konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft UPC Schweiz GmbH als Verfügungsadressatin zu erfassen.

B.4 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

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

203. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Insbesondere steht das Urheberrecht in Analogie zum Entscheid

¹⁹³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 121, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁹⁴ RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁹⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigruppe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁹⁶ Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5.

¹⁹⁷ Dazu etwa HÄNER (Fn 196), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m. w. H.; vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen JOST (Fn 182), Rz 598 ff.

¹⁹⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 122, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁹⁹ 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. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge Tessin*: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenia (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als Verfügungsadressatin erachtet.

²⁰⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 122, *Sanktionsverfügung – DCC*; Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 865 E. 8.2.6; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 587 Rz 74, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV der Anwendung des Kartellgesetzes vorliegend nicht entgegen.²⁰¹ Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.5 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

204. 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).

205. 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).

206. Bevor sich die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU²⁰² nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension.²⁰³

B.5.1 Der relevante Markt

B.5.1.1 Vorbemerkungen zu Fernsehmärkten²⁰⁴

207. Der Endkundschaft stehen in erster Linie zwei unterschiedliche Technologien für den Empfang von digitalem Fernsehen zur Verfügung: die IPTV-Technologie und die digitale Signaleinspeisung in die CATV-Netze der KNU. Alternativ können TV-Programme auch über eine Satellitenplattform empfangen werden.

208. Aufgrund der Digitalisierung im Rahmen des technologischen Wandels im Fernsbereich hat sich das Problem von Frequenzknappheit stark entschärft. Zudem bestehen heute wie erwähnt verschiedene Möglichkeiten zum Empfang von Fernsehprogrammen (vgl. Rz 207). In der Folge ist es für die TV-Plattformanbieter im Wettbewerb zunehmend wichtig, attraktive Inhalte bereitzustellen und diese der Endkundschaft mit einer Vielzahl von Zusatzfunktionen anbieten zu können.

209. Vor dem Hintergrund dieser technologischen Entwicklung verschob sich der Fokus des Wettbewerbs im Bereich Fernsehen von knappen Distributionskanälen zu exklusiven (und somit ebenfalls knappen) Programminhalten, dem sogenannten Premium Content. Insbesondere Sportübertragungsrechte erhielten in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften den Status eines Premium Contents. Exklusive Sportinhalte erlauben es den TV-Plattformanbietern eine bestimmte Zuschauergruppe für einen bestimmten Zeitraum exklusiv zu binden.

210. Weiter beschreibt die ökonomische Literatur TV-Plattformen als zweiseitige Märkte. TV-Plattformen vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. VoD-Anbietern (nachfolgend auch: Content Anbieter) und Fernsehzuschauern. Es bestehen indirekte Netzwerkeffekte, da eine TV-Plattform aus Sicht der Programmveranstalter umso attraktiver ist, je mehr Fernsehzuschauer sie aufweist; gleichermassen ist eine TV-Plattform aus der Sicht der Fernsehzuschauer

umso attraktiver, je mehr Programme sie überträgt. Somit müssen die TV-Plattformanbieter bei ihrer Gewinoptimierung Angebot und Nachfrage der beiden Kundengruppen berücksichtigen.

211. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Programmveranstalter starke Anreize haben, auf allen TV-Plattformen präsent zu sein (multi-homing), da sie auf diese Weise die Anzahl der Fernsehzuschauer maximieren können. Die Fernsehzuschauer beziehen dagegen üblicherweise nur eine TV-Plattform (single-homing), da die zusätzlichen Kosten für den Bezug einer zweiten Plattform (die meist auch mit dem Bezug einer zweiten Infrastruktur einhergeht) in den meisten Fällen den zusätzlichen Nutzen übertreffen.

B.5.1.2 Sachlich relevante Märkte

212. 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). Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite, d. h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob die Waren oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist letztlich, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. 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. Die Abgrenzung des sachlich

²⁰¹ Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 81 ff., *Sanktionsverfügung - DCC*; RPW 2016/4, 958 ff. Rz 325 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁰² Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

²⁰³ 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*.

²⁰⁴ Vgl. dazu ausführlich RPW 2016/4, 963 ff. Rz 359 ff., *Sport im Pay-TV*.

relevanten Markts wird auch durch die Art und den Inhalt des jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mitbestimmt. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.²⁰⁵

213. Analog zum Entscheid der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV steht im Zentrum der vorliegenden Markt- abgrenzung die Frage, welche Substitute aus Sicht der Marktgegenseite für die von UPC angebotene Übertragung der Schweizer Eishockeyligen bestehen (Nachfrage-

gesubstituierbarkeit). Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand bilden die TV-Plattformen die relevante Marktgegenseite gegenüber den Content Anbietern (vgl. Abbildung 10). Wie Abbildung 10 zeigt, ist UPC als vertikal integriertes Unternehmen sowohl als Content Anbieter (bzw. Programmveranstalter) als auch als TV-Plattform tätig. Daher tritt UPC auch auf der Stufe der relevanten Marktgegenseite als Konkurrenz zu den anderen TV-Plattformen auf.

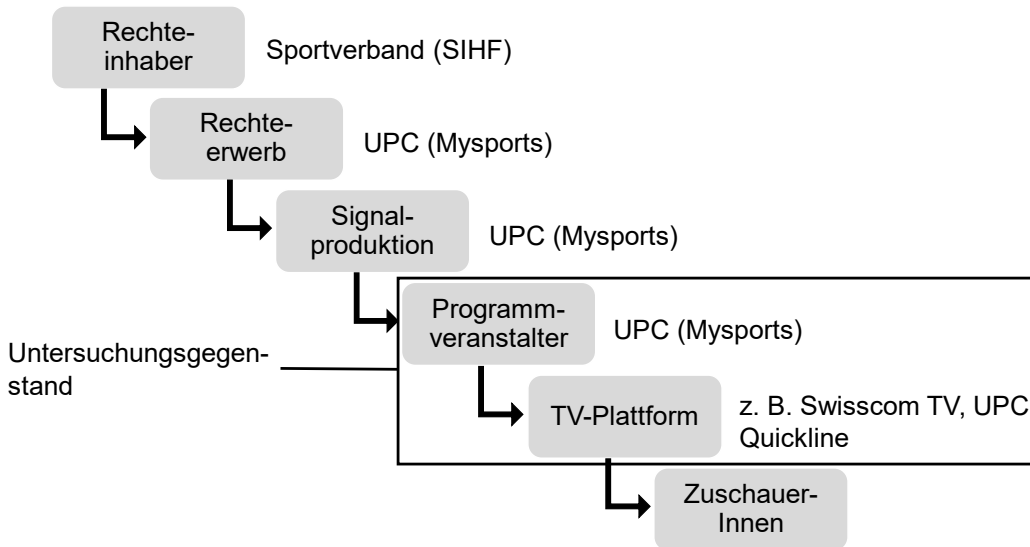


Abbildung 10: Marktstufen Übertragung der Schweizer Eishockeyligen

214. In der Untersuchung Sport im Pay-TV kam die WEKO nach eingehender Analyse zum Schluss, dass aus Sicht der TV-Plattformanbieter unter anderen ein Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV abzugrenzen ist.²⁰⁶

215. Diese Markt- abgrenzung kann für vorliegende Untersuchung übernommen werden. Es bestehen keine Hinweise, dass sich die der zugrundeliegenden Verhältnisse wesentlich geändert haben. Diesbezüglich hat das Sekretariat auch UPC²⁰⁷ und Swisscom²⁰⁸ befragt. Zu dieser Frage gab UPC an, dass eine Stellungnahme zu den vom Sekretariat aus dem Zusammenhang gerissenen Vorbringen zur Markt- abgrenzung bezüglich Sport im Pay-TV ohne umfassende Klärung der Sachverhaltsverhältnisse nicht möglich sei.²⁰⁹ Aus Sicht von Swisscom habe sich die Substituierbarkeit zwischen sportspezifischen Inhalten, unter der Prämisse der Markt- abgrenzung der WEKO im Entscheid in Sachen Sport im Pay-TV, nicht geändert.²¹⁰

216. Somit ist auch im vorliegenden Verfahren von einem sachlich relevanten Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV auszugehen.

B.5.1.3 Räumlich relevanter Markt

217. 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).

218. In räumlicher Hinsicht ist die WEKO in der Untersuchung Sport im Pay-TV für den sachlich relevanten Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV von einer nationalen Abgrenzung ausgegangen.²¹¹

219. Auch in Bezug auf die räumliche Markt- abgrenzung sind keine Hinweise ersichtlich, welche zu einem abweichenden Ergebnis führen (vgl. Rz 215).

²⁰⁵ Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 229 f. und 252 ff., *Sanktionsverfügung - DCC*; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 617 ff. Rz 256 ff., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. H.

²⁰⁶ RPW 2016/4, 980 Rz 474, *Sport im Pay-TV*.

²⁰⁷ Vgl. act. 63, Frage 7.

²⁰⁸ Vgl. act. 62, Frage 7.

²⁰⁹ Vgl. act. 72, Antwort Frage 7.

²¹⁰ Vgl. act. 71, Antwort Frage 7.

²¹¹ RPW 2016/4, 982 Rz 491, *Sport im Pay-TV*.

B.5.1.4 Stellungnahme UPC

220. UPC bringt vor, dass die Übertragung von Eishockeyspielen ebenfalls über OTT-Angebote (insb. Quickline) und im Free-TV (TV 24) stattfindet. Damit stünden die Eishockeyübertragungen der Kundschaft von Swisscom zur Verfügung.²¹²

221. Aus Sicht der Fernsehzuschauer ist nicht entscheidend, ob sie ein einzelnes Spiel anschauen können, sondern ob sie alle oder zumindest einen grossen Teil der Spiele einer Liga anschauen können. Der sachlich relevante Markt umfasst daher ebenfalls in erster Linie ein Ligaprodukt.²¹³ Dazu ist festzustellen, dass TV 24 bis zum Start der Playoffs am 10. März 2018 ein Spiel pro Woche übertragen wird.²¹⁴ Analog zum Entscheid der WEKO in Sachen Sport im Pay-TV kann deshalb die Übertragung eines Spiels pro Woche nicht als hinreichendes Substitut für eine Ligaberichterstattung angesehen werden.²¹⁵

222. Gleichermassen steht auch beim Angebot «Quickline TV Air Free» von Quickline nicht das vollständige «MySports Pro»-Angebot zur Verfügung.²¹⁶ Quickline überträgt im Rahmen von «Quickline TV Air Free» das Programm «MySports HD». «MySports HD» zeigt wöchentlich ein Spiel der Swiss League und der National League.²¹⁷ Somit stellt auch das von UPC vorgebrachte OTT-Angebot von Quickline kein hinreichendes Substitut für eine Ligaberichterstattung dar.

223. Zwar sind seit September 2018 mit der Sky Sport App über ein OTT-Angebot alle Spiele der Schweizer Eishockeyligen National League und Swiss League zugänglich (vgl. Rz 98). Dieser Zugang besteht schweizweit und über einen beliebigen Internetprovider. Allerdings kommt ein solches OTT-Angebot aus Sicht der hier relevanten Marktgegenseite, der TV-Plattformanbieter, überhaupt nur dann als Substitut in Frage, wenn dieses nicht nur für die Endkundschaft, sondern auch für alle TV-Plattformen, insbesondere Swisscom, erhältlich und in ihrem Angebot implementierbar ist. Dies ist entsprechend dem festgestellten Sachverhalt nicht der Fall (vgl. Rz 98). [...]

224. Gemäss UPC beruhe die angebliche Marktbeherrschung auf einer falschen Marktabgrenzung aus Sicht der Endkunden statt aus Sicht der TV-Plattformen als relevante Marktgegenseite (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU i. V. m. Art. 4 Abs. 2 KG). In der Folge werde zu Unrecht von einem separaten Markt für die strittigen Eishockeyübertragungsrechte ausgegangen, obschon Fussballübertragungen wie auch andere ebenso populäre und regelmässig ausgetragene Wettkampfveranstaltungen für die Betreiber von TV-Plattformen ein Substitut für Eishockeyübertragungen darstellten. Für die Marktabgrenzung sei nicht auf die Endkunden abzustellen, weil diese nicht die Marktgegenseite darstellten. Vielmehr stellten die TV-Plattformen die Marktgegenseite dar. TV-Plattformen gehe es darum, ihr Programmangebot mit beliebigem, d. h. aus ihrer Sicht grundsätzlich substituierbarem Premium Content im Sportbereich aufzuwerten und zu vermarkten. Es komme nicht auf die einzelne Sportart, sondern auf das Gesamtpaket an. Die TV-Plattformen konkurrierten mit ihrem jeweiligen Gesamtprogramm, das unterschiedliche Schwerpunkte bestehend aus Premium Content der Bereiche Sport, Spiel-

film, TV-Shows, Musik, Nachrichten etc. umfasse, um die Endkundschaft. Die von Plattform-Anbietern mit Blick auf die nachgelagerte Marktstufe naturgemäss angestrebte Programmbreite sei dabei im Einzelfall in Relation zu setzen zu den ausserordentlich hohen Bereitstellungskosten von Sportübertragungsrechten sowie zu dem mit der Programmbreite abnehmenden Grenznutzen zusätzlicher Inhalte.²¹⁸

225. Hierzu ist in Erinnerung zu rufen, dass die WEKO für die Marktabgrenzung wie von UPC gefordert von den TV-Plattformen als Marktgegenseite der Content-Anbieter ausgeht (vgl. Rz 213). Und es ist auch in Erinnerung zu rufen, dass sich die TV-Plattformanbieter bei ihrer Nachfrage nach Content nach den Präferenzen der Fernsehzuschauer richten. TV-Plattformanbieter wollen eine für die Fernsehzuschauer möglichst attraktive Plattform bereitstellen. Deshalb haben sie starke Anreize, das über ihre Plattform angebotene TV-Angebot der Endkundennachfrage anzugleichen. Folglich kann in inhaltlicher Hinsicht die Nachfrage der TV-Plattformanbieter weitgehend aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer abgeleitet werden. Somit bestimmt sich die Substituierbarkeit mittelbar auch aus der Sicht der Fernsehzuschauer.²¹⁹ Dies deckt sich im Übrigen auch mit den unlängst ergangenen Erwägungen des Bundesgerichts im Fall *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*. Das Bundesgericht hielt dabei fest, dass in gewissen Fällen das Abstellen auf die Sicht der direkten Nachfrager sachfremd ist, weshalb – nach der abgeleiteten Nachfragemethode – der sachlich relevante Markt nach Massgabe der Präferenzen der Endverbraucher abgegrenzt werden muss. Typisches Beispiel ist der Händler, der die von ihm gekauften Waren nicht selbst verbraucht, sondern diese kauft, um sie anschliessend an seine Abnehmer weiter zu veräussern.²²⁰ Aus diesen Gründen können die TV-Plattformen gerade nicht wie von UPC vorgebracht, ihr Programmangebot mit beliebigem, grundsätzlich substituierbarem Premium Content im Sportbereich aufwerten und vermarkten. Zudem hat die Untersuchung Sport im Pay-TV gezeigt, dass Live-Sport-TV-Inhalte aus Sicht der Zuschauer – und damit auch aus Sicht der TV-Plattformanbieter – nicht durch andere TV-Inhalte wie Spielfilme oder Serien substituierbar sind.²²¹ Überdies nimmt Fussball in der Schweiz bezüglich Zuschauerinteresse, Medienberichterstattung und bezüglich der generierten Umsätze eine herausragende Stellung ein. Eishockey kommt bezüglich dieser Kriterien eine ähnlich gewichtige Stellung zu (vgl. Rz 293 ff.). Deshalb stellen für die TV-Plattformanbieter die NLA

²¹² Vgl. act. 81.

²¹³ RPW 2016/4, 973 Rz 419, *Sport im Pay-TV*.

²¹⁴ Vgl. <<http://www.tv24.ch/sendung/eishockey-national-league-live-gen%C3%A8ve-servette-hc-hc-davos>> (20.2.2018).

²¹⁵ RPW 2016/4, 975 f. Rz 439 ff., *Sport im Pay-TV*.

²¹⁶ Vgl. <<https://www.quickline.ch/fernsehen/quickline-tv-air-free/>> (20.2.2018).

²¹⁷ Vgl. <<https://www.quickline.ch/mysports/>> (20.2.2018).

²¹⁸ Vgl. act. 165, Rz 10 und 13 ff.

²¹⁹ RPW 2016/4, 970 Rz 397 und 971 Rz 408, *Sport im Pay-TV*.

²²⁰ Vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.2.2020, E. 5.2.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²²¹ RPW 2016/4, 972 Rz 415, *Sport im Pay-TV*.

und die Super League jeweils keine Substitute dar.²²² Es kommt somit bei Fussball und Eishockey anders als von UPC behauptet auf diese beiden Sportarten an.

226. Zu den Eishockeyübertragungen bringt UPC auch vor, dass für die meisten im Pay-TV ausgestrahlten Sportarten ein gemeinsames, vorwiegend männliches und eher junges Zielpublikum bestehe. Das Zuschauerinteresse an Eishockeyspielen werde dabei in der Schweiz von der enormen Popularität von Fussballspielen, aber auch von der deutlich höheren Beliebtheit alpiner Skirennen sowie von Tennis übertriffen. So hätten gemäss einer Studie aus dem Jahr 2014 insgesamt 45.7 % der Schweizer Bevölkerung angegeben, sich für Fussball zu interessieren, gegenüber 34.1 % der Befragten, welche sich für alpinen Skisport interessierten, 28.2 % für Tennis und vergleichsweise bescheidenen 20.2 % für Eishockey.²²³

227. Hierzu ist zuerst festzuhalten, dass diese Befunde keinen Widerspruch zur Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für Eishockeyübertragungen darstellen. Vielmehr legen diese den Schluss nahe, auch für alpinen Skisport und Tennis eigenständige Übertragungsmärkte abzugrenzen. Und 20 % Eishockeyinteresse im Vergleich zu ungefähr 46 % Fussballinteresse oder zu ungefähr 34 % Alpinskiportinteresse muss entgegen der Ansicht von UPC als bedeutsam qualifiziert werden. In Bezug auf die Sportart Tennis hat sich die WEKO bereits in der Untersuchung Sport im Pay-TV geäussert. So kann die «ATP World Tour» im Tennis gemäss WEKO ein weiteres Sportereignis sein, das bei der Marktabgrenzung eine Rolle spielen könnte. Dieses Sportereignis unterscheidet sich allerdings von den nationalen Eishockey- und Fussballligen durch die weitgehend internationale Ausrichtung. Weil das Interesse bei Tennis insbesondere auch von der Teilnahme einzelner Schweizer Athletinnen und Athleten herrührt, ist die Pay-TV-Übertragung wohl nicht dem gleichen Markt zuzuordnen wie die nationale Eishockeyübertragung. Zudem werden beim Tennis die meisten Spiele mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen.²²⁴ Die hauptsächlich Übertragung über Free-TV gilt auch für den alpinen Skisport. Folglich bestätigen die vorgebrachten Befunde vielmehr die Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.

228. Weiter bringt UPC vor, dass angesichts des gemeinsamen Zielpublikums sowie der hohen Reichweite von Fussball Live-Übertragungen von Fussballspielen aus Sicht der Plattformbetreiber ohne Weiteres ein Substitut für Eishockey-Übertragungen darstellen würden. Es sei daher vorliegend auf dem Bereitstellungsmarkt davon auszugehen, dass Live-Übertragungen von Fussballspielen eine Alternative zu Live-Übertragungen von Eishockeyspielen darstellen würden. Dasselbe gelte für weitere im Pay-TV ausgestrahlte Sportarten mit vergleichbarer Reichweite und ähnlichem Zielpublikum (u. a. Tennis ATP 1000 und ATP 500). Auch hinsichtlich der für die Zuschauerbindung bedeutsamen Regelmässigkeit der Wettkampfveranstaltungen unterscheideten sich die genannten Sportarten nicht; dies gelte für Liga- und Verbandswettbewerbe im Fussball und Eishockey, aber auch für weitere im Pay-TV ausgestrahlte Sportarten (z. B. ATP-Series im Tennis).²²⁵ Auch aus der unterschiedli-

chen saisonalen Dauer verschiedener Sportwettbewerbe lasse sich nicht etwa auf fehlende Substituierbarkeit aus Sicht der TV-Plattformen schliessen.²²⁶ Die verschiedenen Sportereignisse stellten aus Sicht der Plattformbetreiber Substitute zur in Frage stehenden Übertragung von Eishockey-Ligaspielen dar, da sie vergleichbar populär seien, sich an dasselbe Zielpublikum richten und aufgrund regelmässiger Ausstrahlung eine vergleichbare Zuschauerbindung bewirken würden. Bereits mit einigen wenigen Sportarten lasse sich dabei aus Sicht der Plattformanbieter eine relativ breite Zuschauerbindung unter sportinteressierten Pay-TV-Kunden erreichen, wobei das Sportangebot nur eines von verschiedenen Kriterien für die Wahl eines Pay-TV-Anbieters darstelle. Mindestens ebenso wichtig seien Preis, Dienstleistungsqualität, die Möglichkeit zur Kombination mit anderen Telekommunikationsdienstleistungen sowie das übrige Content-Angebot, insbesondere im Bereich Spielfilm.²²⁷

229. Wie bereits erwähnt, hat die WEKO die Frage der Substituierbarkeit zwischen Fussball und Eishockeyübertragungen analysiert (vgl. Rz 225). Auch wie bereits erwähnt, hat die WEKO in der Untersuchung Sport im Pay-TV die Frage der Substituierbarkeit von Eishockeyübertragungen durch Tennis und anderen Sportarten thematisiert (vgl. Rz 227). In der Schlussfolgerung sind Eishockeyübertragungen für die TV-Plattformen durch Übertragungen anderer Sportarten nicht genügend substituierbar, um zum gleichen Markt gezählt zu werden.²²⁸ Dies gilt wie ausgeführt insbesondere für Fussball und Eishockey. So hat denn auch UPC im Verfahren Sport im Pay-TV geltend gemacht, dass im Pay-TV-Bereich eine Marktabgrenzung für einen Markt für Sportübertragungen zu weit sei. Vielmehr müsse der Markt weiter für einzelne Sportereignisse unterteilt werden. UPC ging sogar noch weiter und beantragte eine noch engere Abgrenzung mit unterschiedlichen Märkte für PPV- und PPC-Angeboten.²²⁹

230. UPC führt weiter aus, gemäss einer repräsentativen Marktstudie des LINK Instituts aus dem Jahr 2016 hätten nur gerade [...] der Befragten einen Anbieterwechsel im Hinblick auf ein als ideal empfundenen Sportangebot als «sehr wahrscheinlich» bezeichnet. Auch im Falle eines exklusiven Sportangebots hätte sich dieser Wert nur geringfügig auf [...] erhöht. Der Anteil der TV-Abonnenten, welche sich regelmässig Eishockeysendungen anschauen, liege zudem gemäss derselben Studie bei lediglich [...] der Befragten. Dies bedeute, dass die von den strittigen Inhalten betroffenen wechselwilligen Sportinteressenten gerade einmal rund [...] des gesamten Zuschauermarkts ausmachen dürften. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Wechselwilligkeit bei regelmässigen Konsumenten von Eishockeyübertragungen mit [...] bzw. [...] über dem

²²² RPW 2016/4, 973 Rz 424 ff., *Sport im Pay-TV*.

²²³ Vgl. act. 165, Rz 16.

²²⁴ RPW 2016/4, 976 Rz 450 f., *Sport im Pay-TV*.

²²⁵ Vgl. act. 165, Rz 17.

²²⁶ Vgl. act. 165, Rz 18.

²²⁷ Vgl. act. 165, Rz 19.

²²⁸ RPW 2016/4, 973 f. Rz 424 ff., 976 f. Rz 450 f. und 984 Rz 505, *Sport im Pay-TV*.

²²⁹ Vgl. RPW 2016/4, 971 Rz 405, *Sport im Pay-TV*.

Durchschnitt liege, wären letztlich nur rund [...] der Endkunden betroffen. Die begrenzte Bedeutung von Eishockey für das Pay-TV-Geschäft werde schon am Umstand deutlich, dass gemäss einer Statistik von 2019, beruhend auf Erhebungen von Mediapulse sowie internen Daten von UPC, der Marktanteil des Free-TV-Kanals an Live-Übertragungen von Eishockeyspielen über die ganze Saison bei [...] liege, während die Reichweite des Pay-TV-Kanals lediglich [...] betrage.²³⁰

231. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die Frage der «Beliebtheit» eines Gutes für die Marktabgrenzung nicht relevant ist. Relevant für die Marktabgrenzung sind die TV-Zuschauerinnen und –Zuschauer, welche tatsächlich Eishockeyübertragungen nachfragen. Aus deren Sicht ist zu beurteilen, ob andere Contents ihre Nachfrage in substituierbarer Weise befriedigen können. Die Vorbringen von UPC betreffen vielmehr die Frage der Notwendigkeit des Inputs bzw. der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung (vgl. dazu Abschnitt B.5.3.1.3). Es kann entsprechend auf die nachfolgenden Ausführungen (insb. Rz 309 ff.) verwiesen werden.

232. UPC macht sodann geltend, es erscheine umso abwegiger, wenn das Sekretariat im vorliegenden Verfahren nicht nur einen separaten Markt für Eishockeyinhalte abgrenze, sondern diesen gar noch weiter segmentiere nach einzelnen Eishockey-Wettbewerben. Nach dieser Logik ergäbe sich alleine für Eishockey eine ganze Reihe verschiedener relevanter Märkte (Schweizer Meisterschaft, Schweizer Cup, ausländische Wettbewerbe, Länderspiele, Verbandswettbewerbe), wobei auch für alle anderen Sportarten eine vergleichbare Marktsegmentierung vorzunehmen wäre, womit alleine für den Sportbereich eine wohl zweistellige Zahl unterschiedlicher relevanter Bereitstellungsmärkte resultierte; hinzu kämen analog nach verschiedenen Produktkategorien zu segmentierende Bereitstellungsmärkte in den übrigen Content-Bereichen (z.B. Blockbuster, Arthouse-Filme, Serien, TV-Krimis, Dokumentationen, Tiersendungen, Themenmagazine, Politsendungen, Nachrichten, Talkshows, Gewinnspiele, Unterhaltungsformate, Live-Konzerte, Kindersendungen etc.). Dass eine solche Zerstückelung des Beschaffungsmarkts nichts mit der Realität der Plattformbetreiber zu tun habe, sei offensichtlich.²³¹

233. Dazu ist anzumerken, dass entsprechend den Ergebnissen im Verfahren Sport im Pay-TV jedenfalls für die Schweizer Meisterschaft von einem eigenen Markt auszugehen ist.²³² Inwiefern die übrigen Formate abzugrenzen sind, braucht an dieser Stelle nicht erörtert zu werden. Immerhin ist anzumerken, dass gerade sogenannte Blockbuster eine eigenständige Bedeutung haben.²³³

234. UPC führt weiter an, dass Eishockeyübertragungen nach den Feststellungen des Sekretariats auf dem Bereitstellungsmarkt nicht alleine, sondern nur zusammen mit anderen Sportinhalten auf Wholesale-Basis nachgefragt würden. Auch das Massnahmenbegehren der Anzeigerstatterinnen im vorliegenden Verfahren beziehe sich auf das gesamte Mysports-Programm, das nebst den strittigen Übertragungen der schweizerischen Eishockeyligen auch Handball, Basketball, Beachvolleyball, Formula E etc. umfasse. Bereits dieser Umstand laufe

der Annahme eines eigenständigen Markts für Eishockeyübertragungen zuwider.²³⁴

235. Entgegen den Ausführungen von UPC hat das Sekretariat keineswegs festgestellt, dass Eishockeyinhalte auf Wholesale-Ebene nur mit anderen Sportinhalten nachgefragt würden. In der fraglichen Randziffer 262 des Antrags hält das Sekretariat lediglich fest, dass UPC die relevanten Schweizer Eishockeyübertragungen Dritten nicht isoliert anbiete, sondern zusammen mit anderen Sportinhalten auf Mysports. Auch aus dem Massnahmenbegehren von Swisscom lässt sich nichts anderes ableiten. Die Nachfrage von Swisscom richtet sich offensichtlich einzig auf die fraglichen Eishockeyübertragungen. So beantragte Swisscom in der fraglichen Antragsziffer 3 «Zugang zum „MySports“-Angebot (Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs der Spielzeiten 2017/18 bis einschliesslich 2021/22 im Pay-TV)».²³⁵ Im Übrigen könnte aus einer gemeinsamen Nachfrage für den Zusammenhang zwischen Gütern nichts abgeleitet werden. Eine gemeinsame Nachfrage könnte ebenso, wenn nicht sogar eher, für komplementäre Güter oder allenfalls für unabhängige Güter sprechen.

236. UPC macht schliesslich geltend, angesichts der extrem engen, sachlich unbegründeten und aus Sicht der falschen Marktgegenseite vorgenommenen Markt-abgrenzung des Sekretariats bestünden erhebliche Zweifel an der Unabhängigkeit der Behörde.²³⁶

237. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass UPC, wie sie selbst einräumt, das entsprechende Ausstandsbegehren zurückgezogen hat. Dass das Sekretariat zunächst von der von der WEKO im Fall Sport im Pay-TV vorgenommenen – und im damaligen Verfahren auch von UPC beantragten (vgl. Rz 229) – Marktabgrenzung ausgegangen ist und hernach bloss untersucht hat, ob sich Gründe für eine Abweichung ergeben, ist weder überraschend noch zeugt dies von Voreingenommenheit.

B.5.1.5 Stellungnahme Swisscom

238. Swisscom führt aus, dass sie die Verfügung der WEKO vom 9. Mai 2016 in der Untersuchung betreffend Sport im Pay-TV beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und deren vollumfängliche Aufhebung beantragt habe. Swisscom bestreite die darin aufgestellten wettbewerbsrechtlichen Grundsätze der WEKO. Sollen jedoch gleich lange Spiesse für alle Marktteilnehmer gelten, so sei die bisherige Praxis der WEKO auf die vorliegende Untersuchung anzuwenden und der Verfügungsantrag folglich zu bestätigen.²³⁷

²³⁰ Vgl. act. 165, Rz 20 ff.

²³¹ Vgl. act. 165, Rz 28.

²³² Vgl. RPW 2016/4, 976 f. Rz 449 ff., *Sport im Pay-TV*.

²³³ Vgl. RPW 2016/4, 964 Rz 369, *Sport im Pay-TV*; vgl. dazu auch die sog. «block booking» Fälle, bspw. U.S. Supreme Court, 334 U.S. 131 (1948), *United States v. Paramount Pictures, Inc.*

²³⁴ Vgl. act. 165, Rz 32.

²³⁵ Vgl. act. 1, S. 2.

²³⁶ Vgl. act. 165, Rz 34.

²³⁷ Vgl. act. 164, Rz 3.

239. Swisscom bringt weiter vor, dass sich die technischen Gegebenheiten in der Untersuchung Sport im Pay-TV grundlegend von den technischen Gegebenheiten des vorliegenden Untersuchungszeitraums unterscheiden würden. Diese Differenzierung sei notwendig, um die Schwere des Verhaltens von UPC erst richtig einordnen zu können. Die im Antrag des Sekretariats vorgebrachten Erläuterungen zu den Fernsehmärkten würden deshalb zu kurz greifen. Die technischen Gegebenheiten, die im Verfahren Sport im Pay-TV berechnete Rechtfertigungsgründe dargestellt hätten, beständen im vorliegenden Verfahren nicht. Wie das Sekretariat richtig festhalte, sei die Geschäftsverweigerung von UPC deshalb auch eine reine Retorsionsmassnahme gegenüber Swisscom.²³⁸

B.5.1.6 Ergebnis relevanter Markt

240. Als relevanter Markt ist der Nationale Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV abzugrenzen.

B.5.2 Beurteilung der Marktstellung

241. 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. Kundschaft 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.²³⁹

242. Für die Beurteilung der Marktstellung von UPC auf dem relevanten Markt ist ohne Bedeutung, wie UPC zu dieser Marktstellung gelangt ist. D. h., die kartellrechtliche Beurteilung der vorgelagerten Zentralvermarktung der Schweizer Eishockeyübertragungsrechte durch den Sportverband SIHF (vgl. Abbildung 10) ist nicht entscheidend. Für dieses Verfahren ist von Bedeutung, dass Inhaber exklusiver Übertragungsrechte aufgrund von Exklusivität immer eine gewisse Marktmacht erhalten. Insbesondere wenn die Rechte als Gesamtpaket über mehrere Jahre exklusiv vergeben werden und folglich ein Markteintritt schwierig ist, ist eine marktbeherrschende Stellung des Rechteinhabers wahrscheinlich. Grundsätzlich gilt dabei, dass dem Inhaber dieser Rechte umso mehr Marktmacht verliehen wird, je umfassender, exklusiver und langfristiger die Übertragungsrechte ausgestaltet sind.²⁴⁰

243. Das Sportangebot von Mysports umfasst die exklusive Übertragung der Schweizer Eishockeyligen National League, Swiss League, Regio League (vgl. Rz 100). Diese können von keinem anderen Pay-TV-Anbieter in der Schweiz angeboten werden.

B.5.2.1 Zeitliche Dimension

244. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich die Verhältnisse in der massgeblichen Zeitperiode seit Erwerb der exklusiven Übertragungsrechte für die Schweizer Eishockeyligen durch UPC bis heute zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung nachträglicher Entwicklungen ist nur bedingt möglich, nämlich dann, wenn diese zwingende Schlüsse auf die frühere Situation zulassen. Im Übrigen ist entscheidend, dass es um die kartellrechtliche Sanktionierung eines in der Vergangenheit liegenden Marktverhaltens geht. Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden.²⁴¹ Zu berücksichtigen gilt es insbesondere, dass die Marktstellung – wie sich nachfolgend zeigt – stark von den Exklusivrechten abhängt. Die entsprechende Beurteilung gilt daher nur für den Zeitraum, in welchem UPC die fraglichen Exklusivrechte tatsächlich innehat.

B.5.2.2 Aktueller Wettbewerb

245. UPC bzw. Mysports ist der einzige Anbieter im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. Der Marktanteil von UPC beträgt damit 100 %.

246. Damit besteht kein aktueller Wettbewerb im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV.

B.5.2.3 Potenzieller Wettbewerb

247. In Ausschreibungsmärkten kann ein Markteintritt nur über den Zuschlag bei der nächsten Vergabe erreicht werden. Grundsätzlich sollte daher die Ausgangslage bei jeder Ausschreibung wieder offen sein, wodurch in solchen Ausschreibungsmärkten die Grundlage für mögliche Markteintritte geschaffen werden kann. Für die Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt bedeutet dies, dass die Exklusivität des Premium Content dem Rechteinhaber bzw. dem Rechteevertwerter eine gewisse Marktmacht auf dem relevanten Markt verleiht, welche aber unter Umständen durch regelmässigen Wettbewerb um den Markt gebrochen werden kann. Dazu ist allerdings anzumerken, dass allein die Tatsache, dass ein exklusives Übertragungsrecht in einem ordentlichen Vergabeverfahren

²³⁸ Vgl. act. 164, Rz 78 f.

²³⁹ 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.

²⁴⁰ RPW 2016/4, 990 Rz 553, *Sport im Pay-TV*.

²⁴¹ Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.2 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

erworben wurde, nicht verhindern kann, dass dem Rechteinhaber ex post unter Umständen eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Nur im Falle von faktisch tiefen Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken kann der potenzielle Wettbewerb einen disziplinierenden Einfluss haben.²⁴²

248. Mit Swisscom als vorherige Rechteinhaberin sowie Sunrise bestehen zwei finanzstarke Telekomunternehmen, welche eine zukünftige Ausschreibung der Eishockeyrechte gewinnen können. Diese können damit grundsätzlich als potenzielle Konkurrenten betrachtet werden. Daneben bestehen hingegen keine Hinweise darauf, welche den Markteintritt eines Sportrechtevermarkters wie etwa Infront/Ringier oder ausländischer Pay-TV-Anbieter, wie Canal+ und Sky Deutschland, als wahrscheinlich erscheinen lassen würden.²⁴³

249. Hinsichtlich der strukturellen Markteintrittsschranken ist festzustellen, dass sich diese für die aktuelle Ausschreibungsperiode im Vergleich zu den früheren, in der Untersuchung Sport im Pay-TV analysierten Ausschreibungsperioden, nicht wesentlich verändert haben. Die Dauer der Exklusivität bis zur nächsten Vergabe ist mit fünf Jahren im europäischen Vergleich nach wie vor eher lang; zudem sind die vergebenen Rechtspakete sehr umfangreich.²⁴⁴

250. Grundsätzlich verhindert eine kurze Exklusivität, dass der Rechteinhaber seine Marktstellung so ausbauen kann, dass er bei der nächsten Vergabe einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil erhält. Eine lange Exklusivität ermöglicht dem Rechteinhaber unter Umständen, seine Marktstellung zu konsolidieren und potenzielle Konkurrenten durch eine Übertragung der Marktstellung auf andere Märkte zu verdrängen. Zudem können Endkunden und Endkundinnen gewonnen und durch den Verkauf weiterer Produkte des Unternehmens langfristig gebunden werden. Die daraus resultierenden Wechselkosten der Endkundschaft muss ein potenzieller Wettbewerber in seine Kalkulationen einbeziehen. Daher kann nur eine disziplinierende Wirkung erreicht werden, sofern die Übertragungsrechte regelmässig und in relativ kurzen Zeitabständen vergeben werden.²⁴⁵ Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Es ist deshalb schon nur aufgrund der Dauer der Vertragsperiode nicht damit zu rechnen, dass der potenzielle Wettbewerb UPC zu disziplinieren vermag.

251. Die Grösse der Rechtspakete vermag insofern den potenziellen Wettbewerb einzuschränken, als aufgrund des zu erwartenden Preises nur sehr wenige finanzkräftige Unternehmen als potenzielle Wettbewerber in Frage kommen. Gleichzeitig hindert ein umfassendes Rechtspaket unter Umständen kleinere innovative Anbieter daran, sich Rechte für eine geteilte Verwertung zu sichern. Bei der aktuellen Vergabe der Übertragungsrechte der SIHF im Jahr 2016 erfolgte keine Aufteilung der Rechte (vgl. Rz 100). Das Rechtspaket der SIHF hatte einen Umfang, der den potenziellen Wettbewerb stark einzuschränken vermag.²⁴⁶

252. Ein weiterer Grund dafür, dass im vorliegenden Fall der potenzielle Wettbewerb wahrscheinlich sehr gering ist, sind die vergleichsweise hohen Marktaustrittsschranken. Die Untersuchung Sport im Pay-TV hat gezeigt, dass ein Aufbau von eigener Übertragungsinfrastruktur

grosse Investitionen bedingt. Diese Investitionen werden im Falle eines Verlusts der Übertragungsrechte im Rahmen der nächsten Vergabe von einem Tag auf den anderen wertlos. Solche «sunk costs» (Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen) sind geeignet, den potenziellen Wettbewerb abzuschwächen, da diese Kosten bei einem Markteintritt von den potenziellen Wettbewerbern antizipiert werden. Mithin kann daher eine Marktaustrittsschranke als Markteintrittsschranke wirken.²⁴⁷ Für Swisscom als ehemalige Rechteinhaberin und aktuelle Inhaberin anderer Übertragungsrechte (insb. Schweizer Fussball) relativieren sich diese Marktaustrittsschranken allerdings.

253. Selbst wenn mit Swisscom damit grundsätzlich als potenzielle Konkurrenz um die künftige Rechtevergabe zu rechnen ist, ist fraglich, ob diese potenzielle Konkurrenz UPC im vorliegend relevanten Marktverhalten diszipliniert. So ist Gegenstand der Untersuchung das Marktverhalten von UPC gegenüber Swisscom: UPC verweigert gegenüber Swisscom die Übertragung von Schweizer Eishockeyinhalten im Pay-TV. Damit kann Swisscom in Bezug auf diese Verweigerung nicht als disziplinierende potenzielle Konkurrenz angesehen werden.

254. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass kein genügender potenzieller Wettbewerb besteht, um UPC in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren.

B.5.2.4 Stellung der Marktgegenseite

255. Die Marktgegenseite von UPC auf dem Bereitstellungsmarkt umfasst sämtliche TV-Plattformanbieter, die technisch grundsätzlich in der Lage wären, Schweizer Eishockeyinhalte via Pay-TV über ein leitungsgebundenes Netzwerk den Fernsehzuschauern anzubieten.

256. Analog zu den Erwägungen über die potenzielle Konkurrenz, kann für die Frage der Stellung der Marktgegenseite (insb. von Swisscom) auf das tatsächliche Verhalten von UPC verwiesen werden. UPC ist in der Lage, gegenüber Swisscom als Marktgegenseite die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu verweigern. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass UPC von der Marktgegenseite (insb. Swisscom) hinreichend diszipliniert werden kann.

²⁴² RPW 2016/4, 993 Rz 571, *Sport im Pay-TV*.

²⁴³ Vgl. RPW 2016/4, 993 Rz 572 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁴⁴ Vgl. bspw. EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League* (Ausschreibungsperiode 3 Jahre); Bundeskartellamt, 6. Beschlussabteilung, Beschluss vom 11.4.2016, B6-32/15, *Vermarktung der medialen Verwertungsrechte an Fußballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga ab der Saison 2017/2018* (Ausschreibungsperiode 4 Jahre).

²⁴⁵ RPW 2016/4, 993 Rz 577, *Sport im Pay-TV*.

²⁴⁶ RPW 2016/4, 994 Rz 578, *Sport im Pay-TV*.

²⁴⁷ RPW 2016/4, 994 Rz 579, *Sport im Pay-TV*.

B.5.2.5 Stellungnahme UPC

257. UPC macht geltend, dass, selbst wenn entgegen ihrer Ansicht von einem separaten Markt für Eishockeyübertragungen im Rahmen nationaler Ligawettbewerbe ausgegangen würde, im Hinblick auf das vorliegend zu beurteilende Verhalten die erforderliche Marktmacht zu verneinen sei. Die WEKO habe in der Massnahmenverfügung vom 26. Juni 2017 darauf hingewiesen, dass sich UPC mit Blick auf die von Swisscom erworbenen Fussballübertragungsrechte im Bereitstellungsmarkt nicht ohne Weiteres unabhängig verhalten könne. Zwar werde die Bedeutung der Marktstellung von Swisscom als exklusive Inhaberin der Fussballübertragungsrechte in der Massnahmenverfügung mit der Begründung relativiert, dass das Fussballangebot von Swisscom letztlich auch UPC zur Verfügung stehe. Der Einwand erweise sich jedoch als nicht stichhaltig. Erstens stehe UPC nur ein Teil des Fussballangebots von Swisscom zur Verfügung. Zweitens lasse die Einschätzung, wonach die Fussballübertragungsrechte von Swisscom kein mit den Eishockeyübertragungsrechten vergleichbares Verhandlungspfand darstelle, da UPC zumindest teilweise über einen Zugang zu den Fussballübertragungen der Gegenseite verfüge, ausser Acht, dass der Zugang in zeitlicher Hinsicht befristet sei. [...] Drittens genüge der zeitlich und inhaltlich limitierte Zugang zu Fussballübertragungen auch hinsichtlich der damit verbundenen Konditionen in keiner Weise den Bedürfnissen von UPC. Viertens seien es gerade diese Konditionen, bezüglich welcher Swisscom [...] Die beantragte Intervention hätte letztlich zur Folge, dass die Machtverhältnisse unter behördlicher Mitwirkung einseitig zugunsten von Swisscom verschoben würden, welche sich insgesamt ohnehin schon in der vorteilhafteren Verhandlungsposition befinde.²⁴⁸

258. Entgegen der Ansicht von UPC hat die WEKO im Rahmen ihrer Verfügung vom 26. Juni 2017 betreffend vorsorgliche Massnahmen keineswegs festgestellt, dass sich UPC im Bereitstellungsmarkt nicht ohne Weiteres unabhängig verhalten könne. Die WEKO hat vielmehr ausgeführt: «Grundsätzlich wäre es denkbar, dass [UPC] durch ihr gleichzeitiges Interesse an den von [Swisscom] angebotenen Fussballübertragungen sich im Bereitstellungsmarkt für Eishockeyübertragungen nicht mehr unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. Möglicherweise könnte [Swisscom] [UPC] etwa mit der Verweigerung eines Angebots betreffend die Fussballübertragungen [...] drohen, um [UPC] dazu zu bringen, ihrerseits ein Angebot betreffend die Eishockeyübertragungen zu machen.» Tatsächlich hat Swisscom UPC offensichtlich bis heute nicht dazu bringen können, ihr Zugang zu den fraglichen Eishockeyübertragungen zu gewähren. Davon, dass Swisscom als Marktgegenseite auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV UPC trotz deren 100 % Marktanteil disziplinieren könnte, kann damit offensichtlich keine Rede sein.

259. UPC führt weiter aus, gegen eine Marktbeherrschung spreche auch der Vergleich der Marktanteile. Die entsprechenden Marktdaten lägen dem WEKO-Sekretariat vor, würden im Verfügungsantrag aber nicht

in einer die Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten wahren Weise zueinander in Relation gesetzt. Nebst einer starken Stellung im Bereitstellungsmarkt verfüge Swisscom auch auf dem Plattformmarkt über mehr Marktanteile als UPC. Swisscom preise sich denn auch als grössten Anbieter von Live-Sportübertragungen und Branchenführer im Bezahlfernsehen mit mehr als 1.5 Mio. TV-Anschlüssen an, [...] Wie UPC vor diesem Hintergrund als marktmächtig gegenüber Swisscom beurteilt werden solle, sei nicht nachvollziehbar.²⁴⁹

260. Selbst wenn Swisscom heute rund 50 % mehr TV-Abonnenten als UPC haben sollte (die konkreten Kundenzahlen sind Geschäftsgeheimnisse der Parteien, sodass eine entsprechende Aussage seitens der WEKO nicht zulässig ist), wäre Swisscom damit auf dem TV-Plattformmarkt nicht als marktbeherrschend zu bezeichnen. Und selbst bei der Annahme einer Marktbeherrschung seitens Swisscom auf dem dem Bereitstellungsmarkt von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV nachgelagerten TV-Plattformmarkt, würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass Swisscom damit offensichtlich bis Sommer 2020 UPC nicht dazu hat bewegen können, ihr Zugang zu den fraglichen Eishockeyübertragungen zu gewähren.

261. Gemäss UPC spreche sodann die zeitlich limitierte Vergabe der Übertragungsrechte gegen eine Qualifizierung von UPC als marktbeherrschendes Unternehmen. Mit Swisscom und Sunrise würden zwei finanzstarke Telekommunikationsunternehmen mit UPC im Rahmen eines Bieterwettbewerbs um den Zuschlag konkurrieren. Es sei daher von einem «Wettbewerb um den Markt» und einem entsprechend hohen potenziellen Wettbewerb auf dem Bereitstellungsmarkt auszugehen, da die Erwerber exklusiver Lizenzen ein Interesse daran hätten, einerseits ihre aufgrund der Versteigerung hohen Investitionskosten zu amortisieren, und andererseits bei einer Neuvergabe der Rechte nicht von einem künftigen Erwerber vom Zugang ausgeschlossen zu werden.²⁵⁰

262. Auch hier sprechen die tatsächlichen Verhältnisse gegen die Argumentation von UPC. Andernfalls müsste UPC gerade Swisscom und Sunrise Zugang zu den fraglichen Eishockeyübertragungen gewähren, wenn UPC befürchten würde, bei einer künftigen Vergabe den Zuschlag an eines der beiden Unternehmen zu verlieren und fortan auf deren Goodwill angewiesen zu sein. Es ist nicht ersichtlich, dass ein allfälliger «Wettbewerb um den Markt» UPC in ihrem heutigen Verhalten tatsächlich disziplinieren würde.

263. Schliesslich bringt UPC vor, dass die exklusive Vermarktung einzelner Programminhalte üblich sei (z. B. Netflix, Free-TV) und nach den Feststellungen des Sekretariats gar als eigentliches Pay-TV-Prinzip gelten könne. Auch Swisscom werbe auf ihrer Webseite mit der

²⁴⁸ Vgl. act. 165, Rz 38 ff.

²⁴⁹ Vgl. act. 165, Rz 44.

²⁵⁰ Vgl. act. 165, Rz 45 ff.

exklusiven Live-Übertragung von über 5000 Sportveranstaltungen. Im Ergebnis beruhe der Antrag des Sekretariats, von der unzutreffenden Marktabgrenzung und der Nichtberücksichtigung der starken Marktstellung von Swisscom abgesehen, auch auf einer kompletten Ausblendung der entscheidenden Marktkräfte: des «Wettbewerbs um den Markt» auf Stufe Bereitstellungsmarkt (limitierte Dauer der Exklusivität) sowie des «Wettbewerbs der Inhalte» auf Stufe TV-Plattformen (Gesamtpakete mit unterschiedlichen Schwerpunkten im Premium-Bereich). Eine marktbeherrschende Stellung sei selbst auf Basis der zu engen Marktabgrenzung nicht erkennbar.²⁵¹

264. Die Argumentation von UPC geht an der Sache vorbei. Die exklusive Vermarktung auf Ebene des Programmveranstalters ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es geht nicht darum, die von UPC produzierten Sendungen einem anderen Programmveranstalter zu überlassen. Es geht darum, dass das Programm des Programmveranstalters Mysports bzw. UPC auch auf anderen TV-Plattformen erhältlich ist. Im Ergebnis hätte so UPC gar eine breitere Kundenbasis für die Amortisation ihres Programms. Untersuchungsgegenstand bildet vielmehr die Plattform-exklusive Vermarktung. Das Programm bleibt auch auf einer fremden TV-Plattform ein UPC-Programm.

B.5.2.6 Stellungnahme Swisscom

265. Die WEKO vertrete die Auffassung, dass ein nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV bestehe. UPC habe die Schweizer Eishockeyübertragungsrechte in wettbewerbswidriger Weise für fünf Jahre ab der Saison 2017/2018 exklusiv erworben. Entsprechend den von den Wettbewerbsbehörden aufgestellten Grundsätzen sei UPC der einzige Anbieter auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV und habe demgemäss einen Marktanteil von 100 %. Ein alternatives Angebot, das heisst die Bereitstellung eines vergleichbar attraktiven, demselben Markt zuzuordnenden Ligaprodukts, sei gemäss den Wettbewerbsbehörden nicht möglich, [...] Somit bestehe auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV weder aktuelle noch potenzielle Konkurrenz. UPC sei auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV marktbeherrschend.²⁵²

B.5.2.7 Zwischenergebnis

266. Es ist somit festzustellen, dass UPC auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

B.5.3 Unzulässige Verhaltensweisen

267. 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. Behinderungsmisbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.²⁵³

268. 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).²⁵⁴

269. 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.²⁵⁵ 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.²⁵⁶

270. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe»²⁵⁷ 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

²⁵¹ Vgl. act. 165, Rz 49.

²⁵² Vgl. act. 164, Rz 5 ff.

²⁵³ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁵⁴ 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*.

²⁵⁵ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 570.

²⁵⁶ Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktbündel «Talk & Surf»*.

²⁵⁷ BGE 139 I 72 (= RPW 2013/1, 114 ff.), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

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, technische Gründe.²⁵⁸

271. 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 potenzielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken.²⁵⁹

272. 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 (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird. Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen. Dies ist sowohl der Fall, wenn eine Verhaltensweise zugleich mehrere Tatbestandsvarianten erfüllt, als auch, wenn verschiedene Verhaltensweisen je verschiedene Tatbestandsvarianten erfüllen.²⁶⁰

B.5.3.1 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

273. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.²⁶¹ Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb erschwert oder behindert wird. 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.²⁶² Allerdings ist gemäss jüngster Rechtsprechung des BVGer die Aufstellung eines abschliessenden Kanons an Prüfungspunkten für die Gesamtheit der Sachverhaltskonstellationen einer Geschäftsverweigerung auszuschliessen.²⁶³

274. Um die vorliegend angezeigte Verhaltensweise von UPC auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des BVGer.²⁶⁴ Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen. Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.²⁶⁵
- Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.²⁶⁶

²⁵⁸ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, *Sport im Pay-TV*.

²⁵⁹ 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*.

²⁶⁰ 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*.

²⁶¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 776 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 792, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 797, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁴ 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 91), Art. 7 KG N 121 ff.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁶⁵ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*; dieser Voraussetzung können die vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterien «potenzielle 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*).

²⁶⁶ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*; zu dieser Voraussetzung kann vorliegend etwa das vom BVGer genannte Kriterium «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» gezählt werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800 f., *Sanktionsverfügung – DCC*).

- Die Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.²⁶⁷
- Die Verweigerung lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.²⁶⁸

275. Die weiteren vom BVGer genannten möglichen Kriterien «immaterialgüterrechtliche Rechtsposition», «Unerlässlichkeit des Einsatzguts», «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.²⁶⁹ Im vorliegenden Fall sind diese Kriterien nicht entscheiderelevant.

B.5.3.1.1 Geschäftsverweigerung

276. Zunächst ist erforderlich, dass ein Geschäftspartner/eine Geschäftspartnerin versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung kann dann direkt (wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine solche explizit ablehnt) oder indirekt (beispielsweise durch Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder die Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen; «Constructive Refusal to Deal») erfolgen.²⁷⁰ Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.²⁷¹

277. Aufgrund des festgestellten rechtserheblichen Sachverhalts (vgl. Abschnitt A.3, insb. Rz 82 ff.) kommt vorliegend die Missbrauchsvariante der Lieferverweigerung in Betracht. Bei einer Lieferverweigerung bilden regelmässig Verbrauchs-, Verarbeitungs- oder Absatzgüter, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen hergestellt und/oder vertrieben werden und die vom nachfragenden Unternehmen erworben werden sollen, den Gegenstand der angestrebten Geschäftsbeziehung.²⁷²

278. Es handelt sich vorliegend beim Primärprodukt, welches den nachfragenden Unternehmen verweigert wird, um Übertragungen von Schweizer Eishockey im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV (vgl. Rz 288). Die nachfragenden Unternehmen fragen dabei nicht die Möglichkeit nach, ein eigenes Signal der relevanten Eishockeyübertragungen produzieren zu können. D. h., sie fragen nicht den Zugang zu den Stadien nach, um das Sportereignis selber wahrnehmbar zu machen. Sie fragen vielmehr das produzierte (Roh-)Signal bzw. das Programm Mysports (welches die fraglichen Eishockeyübertragungen beinhaltet) nach (vgl. Rz 91 und 107 ff.).

279. An diese Nachfrage nach den Eishockeyinhalten bzw. an das Eingehungsverlangen sind keine besonderen formellen oder inhaltlichen Anforderungen zu stellen.²⁷³

280. Gemäss relevantem Sachverhalt hat Swisscom seit Juni 2016 ihr Interesse an einer Verbreitung und Vermarktung des Mysports-Angebots bzw. von Schweizer Eishockeyübertragungen auf ihren eigenen TV-Plattformen öffentlich bekundet. [...] So stellt Swisscom

in diesem Verfahren auch den Antrag, UPC zu verpflichten, allen TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots MySports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden und fairen Bedingungen anzubieten. Die Belieferung mit dem Rohsignal würde die Übergabe des Signals mit den fraglichen Eishockeyinhalten an einen Programmveranstalter bedeuten (vgl. Abbildung 10). Die Durchleitung wäre dann auf der nächsten Marktstufe, indem der Programmveranstalter die in Frage stehenden Eishockeyinhalte im Rahmen eines Programms (veredeltes Rohsignal) an eine TV-Plattform liefern würde.

281. Es ist nicht davon auszugehen, dass Sunrise ihr Interesse vor Juni 2016 bekundet hat (vgl. Rz 107 ff.). Ab wann genau ein Eingehungsverlangen seitens Sunrise vorlag, ist jedoch unerheblich, da ein solches jedenfalls seitens Swisscom ab Juni 2016 gegeben ist.

282. Die Ablehnungshandlung muss die Verweigerungshaltung des marktbeherrschenden Unternehmens in ausreichender Weise zum Ausdruck bringen. Hierfür ist allein massgebend, ob aus objektiver Sicht davon auszugehen ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen der Aufforderung zur Eingehung von Geschäftsbeziehungen keine Folge leisten wird. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Ablehnungshandlung ist deren Grund unerheblich.²⁷⁴

283. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt steht fest, dass UPC nicht gewillt war, die fraglichen Eishockeyinhalte Swisscom vor der Saison 2020/21 zu überlassen (vgl. Rz 175). Spätestens mit dem Schreiben von UPC vom [...] (vgl. Rz 91) hat sich die Ablehnungshandlung von UPC manifestiert.

284. In Bezug auf Sunrise ist es umstritten, ob UPC gegenüber Sunrise ein Angebot betreffend Zugang zu den relevanten Eishockeyübertragungen unterbreitet hat (vgl. Rz 169). Allerdings kann UPC im Verhältnis zu Sunrise eine Hinhaltetaktik nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 180). Zwar können die lange Verhandlungsdauer zwischen Sunrise und UPC und der Umstand, dass Sunrise bis heute das Primärgut nicht

²⁶⁷ 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*).

²⁶⁸ 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*).

²⁶⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 801, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁰ 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.Hinw.; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 190), Art. 7 N 204 ff.

²⁷¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 845, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 849, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 875, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 902 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

erhält, grundsätzlich Ergebnis einer Hinhaltenaktik seitens UPC sein. [...] Jedoch lässt sich auch nicht mit Bestimmtheit sagen, dass die Bedingungen von UPC für den Abschluss einer Geschäftsbeziehung objektiv unangemessen gewesen sind, es sich mithin nur um ein Scheinangebot gehandelt hat. Die Frage kann allerdings letztlich offenbleiben, da zumindest gegenüber Swisscom eine Ablehnungshandlung vorliegt. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, so lange kein akzeptfähiges Angebot im Sinne des Obligationenrechts vorliege, müsse von einer Hinhaltenaktik ausgegangen werden.

285. Eine Besonderheit dürfte vorliegend die Konstellation mit der vorangehenden Untersuchung Sport im Pay-TV darstellen (vgl. Abschnitt A.4.3). Dass UPC, wie von dieser vorgebracht, Opfer der in jenem Verfahren festgestellten Verhaltensweisen von Swisscom gewesen sei,²⁷⁵ ist jedoch unter dem Aspekt der «Legitimate Business Reasons» (vgl. Rz 328) zu prüfen. Eine «Besonderheit des Einzelfalles», welche nicht im Rahmen der anderen relevanten Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen ist, ist nicht ersichtlich.

B.5.3.1.2 Von der Verweigerung betroffener bzw. objektiv notwendiger Input

286. Bei dem von der Verweigerung betroffenen Input und den dadurch involvierten Märkten kann es sich um den «Primärmarkt», d. h. den relevanten Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung besteht, um «Sekundärmärkte», d. h. solche Märkte, die dem Primärmarkt vor- oder nachgelagert sind, sowie um «Tertiärmärkte», d. h. sonstige wie insbesondere benachbarte Märkte handeln. Die auf diesen Märkten gehandelten Produkte sind dementsprechend als «Primärprodukte», «Sekundärprodukte» oder «Tertiärprodukte» zu bezeichnen.²⁷⁶

287. Soweit das jeweilige wirtschaftliche Verhalten auf dem Primärmarkt vorgenommen wird und es sich auch auf diesem auswirkt, ist die Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs ohne Weiteres gegeben. Soweit das jeweilige wirtschaftliche Verhalten zwar auf dem Primärmarkt vorgenommen wird, es sich aber auf einem anderen Markt auswirkt, bedarf es für die Feststellung der Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs eines hinreichenden Zusammenhangs zwischen dem beherrschten und dem weiteren Markt. An das Bestehen eines hinreichenden Zusammenhangs sind dabei jedoch keine besonderen Anforderungen zu stellen.²⁷⁷ Zudem bedarf der andere Markt, auf dem sich die Auswirkungen zeigen, für die Feststellung einer nachteiligen Einwirkung keiner genauen Abgrenzung.²⁷⁸ Schliesslich ist nach der Rechtsprechung des BVGer auch kein Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktstellung und missbräuchlichem Verhalten erforderlich.²⁷⁹

288. Als Primärmarkt ist vorliegend der nationale Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu identifizieren (vgl. Rz 240), wobei das Primärgut «Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV» darstellen. Dieses Primärgut stellt als TV-Content für die nachfragenden TV-Plattformen offenkundig einen Input für ihr Sekundärgut «TV-Plattform» auf dem nicht genauer abzugrenzenden Sekundärmarkt «Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV»²⁸⁰ dar. Als Tertiär-

märkte gemäss Definition des BVGer sind sodann die benachbarten Fernmeldemärkte zu qualifizieren. Der erforderliche hinreichende Zusammenhang besteht dabei darin, dass die TV-Abonnemente häufig im Rahmen eines Bündelangebots zusammen mit einem Internetanschluss und Festnetztelefonie (sog. Triple-Play-Angebot) bzw. zusätzlich mit einem Mobilfunkabonnement (sog. Quadruple-Play-Angebot) angeboten und nachgefragt werden.²⁸¹ Entsprechend hat die WEKO in der Untersuchung Sport im Pay-TV festgestellt, dass exklusiver Pay-TV-Content dazu geeignet ist, den Wettbewerb auf den Fernseh- und Telekommärkten zu behindern.²⁸²

289. In der ökonomischen Literatur ist anerkannt, dass eine Marktverschliessung durch eine Geschäftsverweigerung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten im nachgelagerten Markt führen muss. PATRICK REY und JEAN TIROLE führen in ihrem Handbuchbeitrag zur Marktverschliessung («foreclosure») aus, dass eine solche meist nur unvollständig erfolge und oft auch dazu eingesetzt würde, eine erodierende Marktstellung zu schützen oder eine frühere marktmächtige Position wiederherzustellen.²⁸³ Folglich genügt es, wenn eine Marktverschliessung einen aktuellen oder potenziellen Konkurrenten im Wettbewerb behindert. Zudem sind in der Realität die wenigsten Inputfaktoren bzw. Vorleistungen tatsächlich absolut notwendig, in dem Sinne, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit ohne sie vollkommen unmöglich wäre: Meistens gibt es minderwertige Produkte, die eine Marktpräsenz, aber keinen wirksamen Wettbewerb erlauben.²⁸⁴ Vollständige Marktverschliessung erfolgt in der ökonomischen Literatur meist aufgrund von stark vereinfachenden Modellannahmen.²⁸⁵

290. 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 Substitut gibt, das die Wettbewerber verwen-

²⁷⁵ Vgl. act. 9, Rz 19 ff. und 71.

²⁷⁶ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 814, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 818 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 820, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁷⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 824, *Sanktionsverfügung – DCC*.

²⁸⁰ Vgl. RPW 2016/4, 980 ff. Rz 475 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁸¹ Vgl. RPW 2016/4, 1005 f. Rz 675 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁸² Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 677, *Sport im Pay-TV*.

²⁸³ PATRICK REY/JEAN TIROLE, A primer on foreclosure, in: Handbook of Industrial Organization III, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), Chapter 33, 2007, 2148 und 2163.

²⁸⁴ Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE (Fn 283), 2156.

²⁸⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1002 f. Rz 654, *Sport im Pay-TV*.

den könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).²⁸⁶

291. In der Europäischen Union haben die EU-Kommission und nationale Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden schon länger ihr Augenmerk auf die Möglichkeit der Marktabschottung durch die Nichtgewährung des Zugangs zu Premium Sport-Content gerichtet.²⁸⁷ Die EU-Kommission legte das Gewicht auf die Entstehung des Premium Sport-Contents, namentlich die Zentralvermarktung. In diesem Zusammenhang hat die EU-Kommission festgehalten, dass exklusiv erworbene Rechte der UEFA Champions League den Wettbewerb auf den nachgelagerten Fernsehmärkten erheblich beschränken können, sofern nicht verschiedene Bedingungen u. a. bezüglich des Umfangs der Rechtepakete, des Ausschreibungszeitraums und der Verwendung ungenutzter Rechte erfüllt werden.²⁸⁸ Dies impliziert, dass ein umfassendes Rechtepakete zur exklusiven Vermarktung dem Rechteinhaber einen Wettbewerbsvorteil verschafft, der den Konkurrenten auf den Fernsehmärkten eine wirtschaftliche Tätigkeit praktisch unermöglicht. Der Zugang zu Premium Sport-Content wurde deshalb auch von verschiedenen ausländischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, insbesondere in Grossbritannien und den USA, untersucht sowie im Rahmen von Fusionen mit Auflagen versehen.²⁸⁹

292. Spezifisch in Bezug auf Eishockey ist es für UPC wichtig, damit Werbung zu machen, um Kunden zu gewinnen und im Plattformwettbewerb zu bestehen.²⁹⁰

293. Die Bedeutung von Eishockeyinhalten als Input zeigt sich auch anhand der Zahlungsbereitschaft von UPC für die Eishockeyrechte. So bezahlt UPC alleine für die Eishockeyrechte [...] dazu kommen die Kosten für die Produktion. Mit rund 50 000 Abonnenten²⁹² von «MySports Pro» erzielt Mysports bei einem Preis von 25 Franken pro Monatsabonnement²⁹³ Einnahmen in Höhe von 15 Millionen Franken pro Jahr. Zwar wären zu diesen Einnahmen noch Einnahmen aus dem Verkauf von «MySports Tagesticket» sowie aus der Sublizenzierung an Dritte hinzuzurechnen. [...] Deshalb muss mit der Lizenzierung der Eishockeyrechte ein weiterer Wert verbunden sein.

294. Gemäss Suissedigital kann festgestellt werden, dass es für die Kundengewinnung und die Kundenbindung ein Bouquet von Kriterien gibt, die gleich oder höher zu gewichten sind, als Live-Eishockey- und Live-Fussballspiele. Weiter habe Suissedigital im Beobachtungszeitraum 2010 bis 2013 anhand der Marktforschung festgestellt, dass die alleinige Verfügbarkeit aller Live-Fussballspiele (national und international) und aller Live-Eishockeyspiele im Swisscom TV-Angebot in diesem Beobachtungszeitraum ein Grund für die Abwanderung von Anschlusskundschaft ihrer Mitglieder hin zur Swisscom gewesen sei. Weil Live-Fussballspiele generell höher gewichtet seien als Live-Eishockeyspiele, reiche für eine Rückgewinnung dieser Anschlusskundschaft ein Programm hauptsächlich bestehend aus exklusiv verfügbaren Live-Eishockey-Meisterschaftsspielen nicht aus.²⁹⁴ Demgegenüber führt Suissedigital in einer Medienmitteilung aus, dass der Rückgang im Fernsehen im dritten Quartal 2017 stark habe gebremst werden

können, was auf den neuen Sender «MySports» zurückzuführen sei. Dieser habe zu einem gesamthaften Wachstum von 22 700 Abonnements geführt.²⁹⁵ Dazu ist hervorzuheben, dass der Sender Mysports aufgrund des Zuschlags der medialen Verwertungsrechte durch die SIHF an UPC ab der Saison 2017/2018 lanciert worden ist.²⁹⁶ Die Vermarktung von Mysports stellt hauptsächlich die Übertragung von Eishockeyinhalten in den Vordergrund. Entsprechend kann der Erfolg von Mysports und ein damit allenfalls einhergehender Wettbewerbseffekt im Wesentlichen auf die Eishockeyinhalte zurückgeführt werden.

295. Weil in der Untersuchung Sport im Pay-TV eine Situation vorlag, in der ein und dasselbe Unternehmen sowohl über Eishockey- als auch über Fussballrechte verfügte, wurde keine Aussage darüber getroffen, ob die Vorenthaltung eines dieser Inputs durch die Verfügbarkeit eines anderen dieser Inputs in einer Situation ausgeglichen werden kann, in der kein Unternehmen über beide Inputs verfügt. Es wäre denkbar, dass in einer solchen Situation, in der keines der Unternehmen über beide Inputs verfügt, es für das Bestehen im Wettbewerb ausreichend ist, nur über einen der beiden Inputs zu verfügen. Aus Sicht von TV-Plattformen könnte eine gewisse Austauschbarkeit zwischen beiden Inputs bestehen, so dass ein Input für sich genommen nicht mehr objektiv notwendig sein könnte. In Bezug auf die Endkunden bringt die Exklusivität einen gewissen Verlust an Allokationseffizienz mit sich, weil sie zwei Plattformen und Infrastrukturen beziehen müssten. Gleichzeitig könnten die Verbraucher insgesamt aufgrund intensiver Preiswettbewerbs profitieren. Deshalb können die

²⁸⁶ Vgl. RPW 2016/4, 999 Rz 627, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 149 Rz 332, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m. Hinw. auf Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), S. 19 Rz 83. Vgl. auch KOMM, COMP/C-3/37.792, vom 24.3.2004, Rz 630 ff. und 666 ff., Microsoft, m. w. H. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), 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.

²⁸⁷ MARIO MONTI, *Competition and Sport the Rules of the game*, Speech addressed at the conference on «Governance in Sport», 26 February 2001.

²⁸⁸ EU-Kommission, COMP/C.2-37.398 vom 23.7.2003, *UEFA Champions League*, Rz 132.

²⁸⁹ Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 650, *Sport im Pay-TV*; Für einen Überblick vgl. HELEN WEEDS, *TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay-TV*, *The Economic Journal* 126 (594), 2016, 1600 ff.

²⁹⁰ Vgl. act. 25, S. 4.

²⁹¹ Vgl. act. 8, Beilage 6.

²⁹² Vgl. Medienmitteilung UPC vom 8.3.2018, <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_13866_gdmwk0.html/> (13.9.2018).

²⁹³ Vgl. <<https://mysports.ch/portal/de/routes/offer/>> (13.3.2018).

²⁹⁴ Vgl. act. 74, S. 2.

²⁹⁵ Vgl. Medienmitteilung SuisseDigital vom 2.11.2017, <<https://www.suissedigital.ch/suissedigital/medien/detail/kabelnetzbranche-waechst-mysports-kommt-an/>> (21.2.2018).

²⁹⁶ Vgl. Medienmitteilung UPC vom 6.7.2016, <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_9752_daucf0.html/> (21.2.2018).

Effekte auf die Wohlfahrt gemischt ausfallen und sich bei den verschiedenen Kundengruppen unterscheiden.²⁹⁷

296. Vorliegend ist allerdings zu berücksichtigen, dass UPC nicht nur über den Input Eishockey verfügt, sondern auch über einen Teil des anderen Inputs Fussball. Es ist daher der Wettbewerbsvorteil, den Swisscom gegenüber UPC maximal erlangen kann, nämlich die Verfügbarkeit des vollständigen Fussballpakets bei Swisscom im Vergleich zum eingeschränkten Fussballpaket bei UPC, dem Wettbewerbsnachteil aus dem vollständigen Fehlen von Eishockey gegenüberzustellen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass gemäss den Ergebnissen der Untersuchung Sport im Pay-TV in der Schweiz Fussball und Eishockey bezüglich Zuschauer- und Medieninteresse sowie wirtschaftlicher Bedeutung vergleichbar sind.²⁹⁸ Vor diesem Hintergrund kann Swisscom mit dem Vorteil aus der Verfügbarkeit des vollständigen Fussballpakets im Vergleich zu dem bloss teilweisen Fussballpaket den Nachteil aus dem vollkommenen Fehlen von Eishockey nicht ausgleichen. Damit ist in der vorliegenden Situation aus Sicht der mit UPC konkurrierenden Swisscom keine Alternative zur Verfügbarkeit von Eishockey vorhanden. Somit bestehen weiterhin gewichtige Indizien dafür, dass Eishockey als Input eine objektive Notwendigkeit darstellt.

297. Zur Bedeutung von Eishockey kann weiter auf das Interesse am Sportgeschehen in der Schweiz hingewiesen werden. In der Schweiz verfolgen gemäss einer Studie des Bundesamtes für Sport BASPO rund vier Fünftel der Bevölkerung das Sportgeschehen in den Medien. Die wichtigsten Informationskanäle bleiben Fernsehen und Zeitungen, wenngleich das Internet in den letzten Jahren klar an Bedeutung gewonnen hat.²⁹⁹ Das höchste Interesse weist danach Fussball auf, für den sich ungefähr 46 % der Bevölkerung interessieren. Darauf folgen Ski Alpin mit ungefähr 34 %, Tennis mit ungefähr 28 % und Eishockey mit ungefähr 20 %. Für alle anderen Sportarten wie beispielsweise Leichtathletik, Ski Nordisch oder Radsport interessieren sich jeweils weniger als 10 % der Bevölkerung.³⁰⁰ Ein Eishockeyinteresse von 20 % muss als bedeutsam qualifiziert werden (vgl. Rz 227).

298. Für die Einschätzung kann weiter auf die Bedeutung von Eishockey bei SRF Schweizer Radio und Fernsehen (nachfolgend: SRF) hingewiesen werden.³⁰¹ SRF habe im Jahr 2019 in rund 1400 TV-Stunden Livesport «neben Fussball, Eishockey, Tennis, Radsport, Leichtathletik, Schwingen oder Ski alpin auch über Sportarten» berichtet, die weniger im medialen Fokus stünden. Somit steht nach Einschätzung von SRF Eishockey mehr im medialen Fokus als andere Sportarten.³⁰² Dies zeigt sich auch daran, dass SRF 2 in der Saison 2019/2020 von Montag bis Freitag (22:20 Uhr) über Eishockey in einer eigenen Sportsendung «eishockeyaktuell» berichtet hat.³⁰³ Diese Sportsendung «eishockeyaktuell» dauerte 49 Minuten. Weitere Sendegefässe für Sportberichterstattung sind «sportflash» (Mo-Sa 3 Minuten), «sportaktuell» (Mo-Fr 16 Minuten, Sa 34 Minuten), «Super League – Gool» (So 22 Minuten), «Sportpanorama Plus» (So 24 Minuten), «Schweizer Cup – Gool» (So 25 Minuten) und «sportpanorama» (So 55 Minuten).

299. Zu diesen Sportsendungen ist anzumerken, dass deren Anzahl unterschiedlich ist. Zum Beispiel beträgt die Anzahl Sendungen im Jahr 2019 von «eishockeyaktuell» 31, diejenige von «sportpanorama» 36, von «Schweizer Cup – Gool» 2 oder von «sportflash» 221. Diese unterschiedliche Anzahl ist bei den sportspezifischen Sendungen durch die Spielsaisons oder durch den Zeitpunkt des Cupspiels bedingt. Bei den Sammelgefässen richtet sich die Anzahl Sendungen nach der Frequenz während der Woche, zum Beispiel jeden Arbeitstag oder jeden Samstag.

300. Unabhängig von der Anzahl Sendungen zeigt die Sendungsliste von SRF, dass nur die zwei Sportarten Fussball und Eishockey eigene Sendegefässe erhalten. Dies zeigt, dass SRF für Eishockey von einem hohen Interesse bei der Zuschauerschaft ausgeht und Eishockey eine hohe Bedeutung beimisst.

301. Zur Frage der Bedeutung von Eishockey kann zudem darauf hingewiesen werden, dass das Bundesamt für Kommunikation unter anderen die Sportart Eishockey für die Schweiz als Hauptsportart bezeichnet.³⁰⁴

302. Die hohe Bedeutung von Eishockey zeigt sich auch daran, dass von Sport-Toto-Gesellschaft die beiden Sportarten Fussball und Eishockey als einzige je direkt Fördergelder erhalten. Für Fussball sind es 14 % der Lotteriegelder und für Eishockey 7 % der Lotteriegelder.³⁰⁵

²⁹⁷ Vgl. HELEN WEEDS, TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay-TV, *The Economic Journal* 126 (594), 2016, 1602.

²⁹⁸ Vgl. RPW 2016/4, 973 Rz 424, *Sport im Pay-TV*.

²⁹⁹ Vgl. Sport Schweiz 2014 – Sportaktivität und Sportinteresse der Schweizer Bevölkerung, 2014, 5 und 46, <<https://www.baspo.admin.ch/de/dokumentation/publikationen/sport-schweiz-2014.html>>

(13.5.2020). Es handelt sich hierbei um die jüngste Untersuchung zur Sportaktivität und zum Sportinteresse des BASPO.

³⁰⁰ Vgl. Sport Schweiz 2014 – Sportaktivität und Sportinteresse der Schweizer Bevölkerung, 2014, 47, <<https://www.baspo.admin.ch/de/dokumentation/publikationen/sport-schweiz-2014.html>> (13.5.2020). Es handelt sich hierbei um die jüngste Untersuchung zur Sportaktivität und zum Sportinteresse des Bundesamtes für Sport BASPO.

³⁰¹ SRF geht davon aus, eine führende publizistische Stellung im Bereich Sport zu haben. Das Sportprogramm sei umfassend und auf die schweizerischen Bedürfnisse zugeschnitten (<<https://www.srf.ch/unternehmen/unternehmen/sendungskosten/ueber-rund-100-disziplinen-sportsendungen>>, 13.5.2020).

³⁰² SRF geht davon aus, eine führende publizistische Stellung im Bereich Sport zu haben. Das Sportprogramm sei umfassend und auf die schweizerischen Bedürfnisse zugeschnitten (<<https://www.srf.ch/unternehmen/unternehmen/sendungskosten/ueber-rund-100-disziplinen-sportsendungen>>, 13.5.2020).

³⁰³ Vgl. <https://medien.srf.ch/documents/20142/3708308/Sendungsliste_SRFzwei_2019+%281%29.pdf/9ba98912-cfea-0d4d-3575-03a2eb67bd02> (13.5.2020).

³⁰⁴ Vgl. Bundesamt für Kommunikation, Service public im Medienbereich: Zusatzabklärungen der Verwaltung, Bericht des BAKOM auf Auftrag der KVF-N, 2017 28 und 30, <<https://www.parlament.ch/cen/ters/documents/de/mm-kvf-n-2017-02-14-bericht-service-public-n-d.pdf>> (13.5.2020).

³⁰⁵ Vgl. <<https://www.sport-toto.ch/11-0-Benefiziere.html>> (13.5.2020).

303. Zu prüfen ist weiter, ob eine Alternative zur Sublizenzierung der Eishockeyübertragungen besteht. UPC bringt vor, dass Swisscom-Kunden über Quickline auf das Angebot von Mysports per OTT zugreifen könnten.³⁰⁶ Allerdings ist vorliegend nicht entscheidend, ob für die Kunden von Swisscom eine Alternative besteht, sondern ob für Swisscom als Wettbewerber zu UPC eine Alternative möglich ist. Da dieses OTT-Angebot für Swisscom nicht verfügbar ist, d. h., Swisscom dieses Angebot nicht auf ihrer TV-Plattform implementieren kann, besteht für Swisscom als Wettbewerber kein Substitut, um negative Folgen einer Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen. Gleiches gilt auch für die anderen zurzeit bekannten OTT-Angebote für die Eishockeyübertragungen.

304. Aufgrund vorangehender Ausführungen stellt Eishockey einen objektiv notwendigen Input dar, um auf dem TV-Plattformmarkt wirksam konkurrieren zu können.³⁰⁷

B.5.3.1.3 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

305. 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 des wirksamen Wettbewerbs vorliegt.³⁰⁸

306. Die Feststellung einer Lieferverweigerung setzt dabei keine vollständige Aufhebung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt voraus. Vielmehr ist es für das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung bereits ausreichend, dass sich gewisse nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ergeben können. Demzufolge genügt für diese Missbrauchsvariante einer Geschäftsverweigerung eine blosser Wettbewerbsbeeinträchtigung.³⁰⁹

307. 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.³¹⁰

308. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden.³¹¹ Die Verhaltensweise braucht auch nicht monokausal für die Wettbewerbsverfälschung zu sein.³¹² Entsprechend ist nachfolgend die Eignung zu prüfen.

309. Aufgrund der Feststellungen der WEKO in der Untersuchung Sport im Pay-TV kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Vorenthaltung des Primärguts Eishockeyübertragungen geeignet ist, die Wettbewerbsfreiheit der nachfragenden TV-Plattformanbieter zu beschränken. Dies wird durch die Bedeutung bestärkt, welche UPC selber den Eishockeyübertragungen beimisst (vgl. Rz 292 f.).

310. Mit der Lieferverweigerung verzichtet UPC auf zusätzliche Einnahmen durch eine grössere (potenzielle) Kundenzahl von Swisscom-Abonnenten und -Abonnentinnen. Eine solche Marktverschliessung kann für ein

vertikal integriertes Unternehmen die lohnende Strategie sein.³¹³

311. Es ist davon auszugehen, dass ein nicht vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter die grösstmögliche Verbreitung für das Programm wählen würde. Damit kann der Pay-TV-Anbieter möglichst viele Fernsehzuschauer und Fernsehzuschauerinnen als Kundschaft erreichen. Aber auch für einen vertikal integrierten Pay-TV-Anbieter wie UPC könnte sich theoretisch aufgrund der (je nach Vertriebsart) höheren Vorleistungs- bzw. Abonnenteneinnahmen sowie allfälliger Werbeeinnahmen eine «Ubiquität» oder «Nicht-Exklusivität» lohnen.³¹⁴ Trotzdem ist in der Pay-TV-Branche der exklusive Vertrieb von Premium Content die Regel. Eine mögliche Erklärung dafür ist gemäss HELEN WEEDS das Vorliegen hoher Wechselkosten im TV-Plattformmarkt. Wechselkosten entstehen beispielsweise, wenn alte Verträge innerhalb gewisser Fristen gekündigt werden müssen, wenn ein Anbieterwechsel neue Hardware erfordert oder wenn sich die Endkundschaft an ein neues Produkt gewöhnen muss. In Gegenwart solcher Wechselkosten lohnt sich der exklusive Vertrieb von Premium Content, sofern der zukünftige Profit von Marktanteilen in der vorangegangenen Periode abhängt und Skalenerträge vorliegen (die Einnahmen steigen bei wachsendem Marktanteil überproportional³¹⁵). Exklusivität lohnt sich in diesem Analyserahmen insbesondere für den besonders wertvollen Premium Content und gegenüber Konkurrenten, die sich bezüglich ihrer Plattform und deren technischen Möglichkeiten kaum unterscheiden. In diesem Fall kann der Gewinn von Marktanteilen die Opportunitätskosten für den Verzicht auf Grosshandelserlöse durch grösstmögliche Verbreitung überwiegen.³¹⁶

312. Die Analyse von HELEN WEEDS ermöglicht wichtige Einsichten für den hier relevanten Sachverhalt. Im TV-Plattformmarkt und in den benachbarten Fernmelde-märkten bestehen aufgrund von langen Kündigungsfristen, Bündelprodukten, einmaligen Set-Up-Kosten sowie Hardware- und Softwareunterschieden in der Schweiz

³⁰⁶ Vgl. act. 94, Antwort auf Frage 5.

³⁰⁷ Dabei ist anzumerken, dass nach der jüngsten Rechtsprechung des BVGer das Merkmal der Unerlässlichkeit des Inputs nicht allgemein mit der Geschäftsverweigerung in Beziehung gesetzt wird, sondern nur mit der Missbrauchsvariante der Zugangsverweigerung (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 976, *Sanktionsverfügung – DCC*). Bei der Lieferverweigerung bildet das Kriterium der Unerlässlichkeit demgegenüber keine zwingende Voraussetzung (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 983 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*).

³⁰⁸ Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, *Sport im Pay-TV*.

³⁰⁹ Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, *Sport im Pay-TV*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1156, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³¹⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1180, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³¹¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1207, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³¹² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1211, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³¹³ Vgl. RPW 2016/4, 1003 Rz 655, *Sport im Pay-TV*.

³¹⁴ Vgl. HELEN WEEDS (Fn 297), 1608 ff.

³¹⁵ Aufgrund hoher fixer bzw. irreversibler Kosten ist diese Annahme im TV-Plattformmarkt meistens erfüllt.

³¹⁶ Vgl. RPW 2016/4, 1003 Rz 658, *Sport im Pay-TV*; HELEN WEEDS (Fn 297), 1602 und 1612 ff.

hohe Wechselkosten.³¹⁷ Für den US-Fernsehmarkt hat eine Untersuchung ergeben, dass die Wechselkosten zwischen unterschiedlichen TV-Plattformen bis zu 50 % der jährlichen Abonnementskosten ausmachen können.³¹⁸ Für die Schweiz existieren noch keine quantitativen Untersuchungen der Wechselkosten, doch ist nicht davon auszugehen, dass die Wechselkosten substantiell geringer sind. Ein exklusiver Vertrieb von Premium Content erscheint vor diesem Hintergrund auch in der Schweiz als lohnende Strategie.³¹⁹ Die Strategie ist gemäss HELEN WEEDS insbesondere auch dann lohnend, wenn die TV-Plattformen anderweitig sehr ähnlich sind.³²⁰

313. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass sich die vorliegende Geschäftsverweigerung in erster Linie gegen Swisscom richtet. Aus Sicht von UPC sei es wichtig, dass die Eishockeyrechte für das Kabelnetz exklusiv seien.³²¹ Als Content Anbieter sei UPC ein Newcomer, dem das Recht zugestanden werden sollte, während drei Jahren die Rechte exklusiv zu nutzen, um ein attraktives Angebot machen zu können.³²²

314. Demgegenüber ist für das Verhältnis zwischen UPC und den anderen KNU festzustellen, dass die Verbreitung von Mysports mit anderen Suissedigital-Mitgliedern als Verbreitungspartner von Beginn an geplant war. Der Aufbau des Senders Mysports erfolgte gemeinsam von UPC und den Verbreitungspartnern.³²³ Zudem stehen UPC und die ehemaligen Gebietsmonopole der KNU (alle Mitglieder von Suissedigital) aufgrund der historisch verankerten Struktur der Kabelnetze in erster Linie in Konkurrenz zu Swisscom.³²⁴ Deshalb sind vorangehende Überlegungen zur Exklusivität trotz Verbreitung von Mysports über andere KNU (Nicht-Exklusivität) auch auf die vorliegende Situation anwendbar. In anderen Worten hat UPC als vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter einen Anreiz, Swisscom den Zugang zu den Eishockeyübertragungen im Sinne der Exklusivität zu verweigern.

315. Es ist zu erwarten, dass die vorliegende Geschäftsverweigerung bzw. der exklusive Vertrieb von Premium Sport-Content in erster Linie im TV-Plattformmarkt eine Wettbewerbswirkung zeigt. Die Geschäftsverweigerung soll es ermöglichen, Marktmacht aus den Bereitstellungsmärkten in den TV-Plattformmarkt und die benachbarten Fernmeldemärkte zu übertragen. Daher ist zu berücksichtigen, dass es sich beim betroffenen TV-Plattformmarkt um einen zweiseitigen Markt handelt.³²⁵ Typischerweise weisen grosse zweiseitige Plattformen erhebliche Skaleneffekte auf, die sich aus den hohen Fixkosten bei der Entwicklung und Wartung einer Plattform ergeben, sowie relativ hohe Kosten für den Betrieb der Plattform und verhältnismässig niedrigen Grenzkosten bei der Bedienung beider Plattformseiten. Bei erheblichen Skaleneffekten ist für die typische Marktstruktur von einigen wenigen grossen Unternehmen mit jeweils beträchtlicher Marktmacht auszugehen. Starke Netzwerkeffekte intensivieren den Trend zu einer konzentrierten Marktstruktur. Plattformen mit mehr Kundschaft auf der einen Seite sind für die Kundschaft auf der anderen Seite wertvoller. Zudem werden die Plattformen wertvoller, wenn die Nachfrage beider Seiten wächst. Auf einer Plattform mit grossen Skaleneffekten sinken die Stückkosten bei steigender Nachfrage und die Gewinnmargen

steigen. Unter diesen Marktbedingungen haben Unternehmen, die als First-Mover auftreten, einen natürlichen Vorteil. Dies bedeutet in Verbindung mit Skaleneffekten, dass der Wettbewerb auf einigen zweiseitigen Plattformen ein Wettlauf um den Markt sein kann. Ausserdem ist zu beachten, dass zweiseitige Plattformen leicht kippen können. Käufer tendieren dazu, die Plattform zu bevorzugen (unter sonst gleichen Bedingungen), die den Zugang zu den meisten Verkäufern bietet, und Verkäufer tendieren dazu, die Plattform zu bevorzugen, die den Zugang zu den meisten Käufern bietet. Solche Netzwerkeffekte können dazu führen, dass der Markt nur von einer oder zwei Plattformen bedient wird.³²⁶

316. In diesem Zusammenhang kann eine erfolgreiche Marktverschliessung, die sich aus dem Verhalten einer marktbeherrschenden Plattform ergibt, schwerwiegende wettbewerbswidrige Auswirkungen haben, ohne Aussicht darauf, dass sich der Markt innerhalb einer angemessenen Frist selbst korrigiert. Verschiedene Faktoren erscheinen für die Beurteilung des Wettbewerbs auf zweiseitigen Plattformen als kritisch. Besonders hervorzuheben sind die Bedingungen für den Eintritt und die Expansion wie z. B. das Vorhandensein von Grössenvorteilen, Verbundvorteilen oder Netzwerkeffekten. Grössenvorteile bedeuten, dass Wettbewerber weniger wahrscheinlich in den Markt eintreten oder dort bleiben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen einen wesentlichen Teil des relevanten Marktes abschottet. Ebenso kann das Verhalten es dem marktbeherrschenden Unternehmen gestatten, einen Markt, der durch Netzwerkeffekte gekennzeichnet ist, zu seinen Gunsten zu «kippen» oder seine Stellung auf einem solchen Markt weiter zu festigen.³²⁷

317. Obschon Skaleneffekte für vielfältige Leistungen bestehen, können diese allenfalls ausgeschöpft sein und es können negative Skaleneffekte in Form steigender Durchschnittskosten auf einer oder beiden Seiten des Marktes auftreten. Dies begrenzt die Grösse einzelner Plattformen. Weiter können mit steigender Anzahl Plattformteilnehmer sog. «Staukosten» entstehen, was die Attraktivität einer Plattform mit zunehmender Grösse und

³¹⁷ Vgl. auch RPW 2012/2, 244 Rz 375, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³¹⁸ Vgl. OLEKSANDR SHCHERBAKOV, *Measuring consumer switching costs in the television industry*, mimeo 2009, 42.

³¹⁹ Eine weitere Erklärung für den exklusiven Vertrieb von Pay-TV-Content ergibt sich aus der Zweiseitigkeit des TV-Plattformmarkts (vgl. Rz 210 f).

³²⁰ Vgl. RPW 2016/4, 1003 Rz 658, *Sport im Pay-TV*; HELEN WEEDS (Fn 297), 1602.

³²¹ Vgl. act. 25, S. 3.

³²² Vgl. act. 25, S. 7.

³²³ Vgl. Medienmitteilung UPC vom 6.7.2016, <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/mediencenter/medienmitteilungen/details.351_9752_dau_cf0.html/> (21.2.2018).

³²⁴ Vgl. RPW 2016/4, 963 Rz 362, *Sport im Pay-TV*.

³²⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1003 f. Rz 660, *Sport im Pay-TV*.

³²⁶ Vgl. DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 59.

³²⁷ Vgl. DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 60.

Komplexität verringert. Eine andere mögliche Einschränkung sind die vertikale und horizontale Produktdifferenzierung. Ebenfalls können (negative) Externalitäten innerhalb der Gruppen die Grösse eines Netzwerks einschränken. Je mehr Verbraucher auf der gleichen Seite sind, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit einer Übereinstimmung mit einem Verbraucher auf der anderen Seite. Deshalb könnte ein Verbraucher eine weniger überfüllte Plattform bevorzugen.³²⁸

318. Die Zweiseitigkeit des Markts führt zudem dazu, dass exklusive Verträge einen zusätzlichen Wettbewerbseffekt haben können. Die Ökonomen MARK ARMSTRONG und JULIAN WRIGHT haben den Wettbewerbseffekt von exklusiven Verträgen im Plattformwettbewerb in einem ökonomischen Modell analysiert.³²⁹ Ausgangspunkt für die Überlegungen ist die Existenz von Plattformwettbewerb, wie er auch in der Schweiz vorliegt. Der Markteintritt von Swisscom TV im November 2006 hat die Marktsituation im Plattformmarkt nachhaltig verändert. Heute kann Fernsehen über die CATV-Netze der KNU, über das VDSL-Netz von Swisscom sowie über die regionalen Glasfasernetze verbreitet werden. Dadurch stehen den meisten Endkunden und Endkundinnen mehrere Empfangsinfrastrukturen und mehrere TV-Plattformen zur Verfügung. In einer solchen Situation unterscheiden sich die beiden Seiten des Plattformmarkts in der Hinsicht, dass die Fernsehzuschauer grundsätzlich nur eine Plattform wählen (single-homing) während die Programmveranstalter meist auf mehreren Plattformen präsent sind (multi-homing) (vgl. Rz 211).³³⁰

319. In einer solchen Marktkonstellation kann es für einen TV-Plattformanbieter profitabel sein, einem Programmveranstalter, dessen Angebot durch kein anderes Programm substituierbar ist bzw. einen Premium Content darstellt, einen exklusiven Vertrag anzubieten, um ihn vom Zugang zu anderen Plattformen abzuhalten (single-homing). Allfällige Kompensationszahlungen für die Exklusivität rechnen sich für ein Unternehmen, sofern es mit Hilfe der Exklusivität eine grosse Anzahl Endkunden und Endkundinnen für die eigene Plattform gewinnen und allenfalls einen höheren Preis verlangen kann.³³¹ In diesem Fall gewinnt der Premium Content eine grosse Bedeutung, indem dessen Exklusivität auf die Plattform übertragen werden kann. Die positiven Netzwerkeffekte dieser Strategie kann der Plattformanbieter anschliessend gegenüber den Fernsehzuschauerinnen und -zuschauern (also auf der anderen Marktseite) ausnutzen. Sofern sich die TV-Plattformen anderweitig nur unwesentlich voneinander unterscheiden, ist aufgrund der exklusiven Verträge theoretisch eine Marktentwicklung möglich, bei dem nur ein Plattformanbieter den ganzen Markt bedient.³³²

320. Die Wettbewerbswirkung solcher exklusiver Verträge bzw. der vorliegenden Geschäftsverweigerung ist daher eine zweifache: Zum einen ermöglicht der exklusive Content dem Plattformanbieter den Plattformmarkt zu seinen Gunsten zu kippen oder seine Stellung zu festigen und damit langfristig eine Preiserhöhung gegenüber der Endkundschaft; zum anderen ist eine Verschliessung des Plattformmarktes oder zumindest eine Erschwerung von Eintritten und Expansion kleiner Plattformanbieter möglich, was mögliche Innovationsdynamiken im Plattformmarkt stark behindert. Im Übrigen haben

gemäss MARK ARMSTRONG und JULIAN WRIGHT exklusive Verträge im Plattformwettbewerb einen starken Einfluss auf die Wohlfahrtsverteilung: Die Wohlfahrt der Fernsehzuschauer und -zuschauerinnen wird verringert auf Kosten der Gewinne der Programmveranstalter.³³³

321. Aus diesen Gründen bestehen durch die Ablehnungshandlung von UPC bei den fraglichen Eishockeyinhalten zumindest potenzielle nachteilige Einwirkungen auf den bestehenden Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt und den damit verbundenen Fernmelde-märkten (vgl. Rz 288). Das Tatbestandselement der Wettbewerbsverfälschung bzw. der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung ist damit gegeben. Weitere konkrete Effekte sind nicht nachzuweisen.

B.5.3.1.4 Keine Begründung durch «Legitimate Business Reasons»

322. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sog. «Legitimate Business Reasons» begründen lässt, d. h. keine sachlichen Gründe vorliegen.³³⁴ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.³³⁵ 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 Ausnahmeverbehalt zu berücksichtigen.³³⁶

323. 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.³³⁷ Art. 7 KG bezeichnet keine bestimmten Rechtfertigungsgründe; vielmehr handelt es

³²⁸ Vgl. DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 61.

³²⁹ Vgl. ARMSTRONG MARK / WRIGHT JULIAN, Two-sided platforms, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, *Economic Theory* 32 (2), 2007, 353.

³³⁰ Vgl. RPW 2016/4, 1004 Rz 661, *Sport im Pay-TV*.

³³¹ Vgl. ARMSTRONG MARK / WRIGHT JULIAN, Two-sided platforms, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, *Economic Theory* 32 (2), 2007, 376 ff.

³³² Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 331), 377 f.; DAF/COMP/WF (2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 67 ff.

³³³ Vgl. RPW 2016/4, 1004 Rz 663, *Sport im Pay-TV*; ARMSTRONG/WRIGHT (Fn 331), 379.

³³⁴ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*; RPW 2010/1, 167 Rz 325, *Swisscom ADSL*.

³³⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*; RPW 2011/1, 165 Rz 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

³³⁶ Vgl. Urteil des BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 512, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³³⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (nachfolgend: *Mitteilung* zu Art. 82 EGV), Rz 28.

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.³³⁸

324. Als legitime Gründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»³³⁹) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig und verhältnismässig ist.³⁴⁰ Ob ein Verhalten objektiv notwendig und verhältnismässig ist, muss anhand von Faktoren geprüft werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen unabhängig sind.³⁴¹ 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»³⁴²).

325. Weiter kommen wie erwähnt auch Effizienzgründe in Frage.³⁴³

326. Zudem ist bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.³⁴⁴

327. Bezüglich Rechtfertigung ist nicht entscheidend, ob Swisscom gegenüber UPC allenfalls ein Angebot für die Fussballübertragungen verweigert hat (vgl. Rz 94 f.). Selbst wenn diesbezüglich eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise von Swisscom im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV vorliegt, wäre damit keine tatbestandsmässige Verhaltensweise von UPC rechtfertigbar. Zwar hat das Bundesgericht ausgeführt, es sei nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und wirksamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen.³⁴⁵ Hier liegt indes keine vergleichbare Situation vor. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verhaltensweise von UPC gegenüber Swisscom ihrerseits eine unzulässige Verhaltensweise verunmöglichen können sollte. Das Vorgehen von UPC macht vielmehr den Anschein einer eigentlichen Retorsion, d. h. einer blossen Vergeltung unzulässigen Verhaltens mit unzulässigem Verhalten, welche vom Kartellgesetz nicht vorgesehen ist.

328. Keine Rechtfertigung ist auch darin zu sehen, dass UPC jahrelang Opfer der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen von Swisscom gewesen sei.³⁴⁶ Für die Wiedergutmachung erlittenen Unrechts steht UPC das zivilrechtliche Verfahren offen.

329. Weiter bringt UPC vor, dass sie von einem kartellrechtlichen zulässigen Verhalten habe ausgehen können, wenn die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren für nicht länger als drei Jahre vergeben würden. Zudem habe das Sekretariat beim Ausschreibungsverfahren nicht interveniert.³⁴⁷ Abgesehen davon, dass, entgegen der Ansicht von UPC, keine

Frist von mindestens drei Jahren für die Zulässigkeit exklusiver Sportrechte bei öffentlichen Ausschreibungen besteht, wird vorliegend die Exklusivität auf Ebene des Programmveranstalters überhaupt nicht in Frage gestellt. Aus einer allfälligen Zulässigkeit der Exklusivität auf Ebene der Programmveranstalter lässt sich keineswegs die Zulässigkeit einer Verweigerung auf einer nachgelagerten Ebene ableiten.

330. Zudem stellt sich die Frage nach einem fairen Ausschreibungsverfahren, wie von UPC vorgebracht,³⁴⁸ nur bei einem erneuten Erwerb der Rechte. Nur in diesem Falle wäre zu prüfen, ob sich die Erwerberin erneut auf Investitionsschutz berufen kann. Dafür wiederum wäre ein faires Ausschreibungsverfahren (bzw. ein fairer und regelmässiger Ausschreibungswettbewerb) Voraussetzung.

331. Diese Frage stellt sich vorliegend allerdings nicht. UPC ist als erstmalige Erwerberin anzusehen, weshalb die Prüfung der Voraussetzungen für das Vorliegen von Effizienzgründen bei der Berufung auf Investitionsschutz unabhängig vom Vorliegen eines fairen Ausschreibungsverfahrens vorzunehmen ist. Dies bedeutet, dass bei einer erstmaligen Erwerberin das Vorliegen eines fairen Ausschreibungsverfahrens weder notwendig noch hinreichend für das Vorliegen von Effizienzgründen ist.

332. In der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats bringt UPC weiter vor, die Unzulässigkeit eines Verhaltens im Sinne von Art. 7 KG setze gemäss Lehre und Rechtsprechung das Fehlen sachlicher Gründe («legitimate business reasons») voraus. Dabei handle es sich entgegen der Darstellung des Sekretariats nicht um Rechtfertigungsgründe für ein tatbestandsmässiges Verhalten; vielmehr entfalle beim Vorliegen von «legitimate business reasons» die Missbräuchlichkeit des Verhaltens im Sinne von Art. 7 KG und damit die Tatbestandsmässigkeit selbst.³⁴⁹

³³⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1242, Sanktionsverfügung – DCC.

³³⁹ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 680, *Sport im Pay-TV*; BOTSCHAFT 95 (Fn 190), 569.

³⁴⁰ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 680, *Sport im Pay-TV*; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 29 ff.

³⁴¹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 29.

³⁴² Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), 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 337), Rz 29 ff.

³⁴³ 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 337), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich: DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 190), Art. 7 N 109 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 63 ff.

³⁴⁴ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 91), Art. 7 KG N 132 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 337), Rz 89 f.; EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.3.2004, *Microsoft*, Rz 709 ff.

³⁴⁵ Vgl. Urteil des BGER 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 923 E. 5.2.2, *Cablecom GmbH/Teleclub AG, WEKO, REKOWEF*.

³⁴⁶ Vgl. act. 9, Rz 19 ff. und 71.

³⁴⁷ Vgl. act. 9, Rz 41 und 81.

³⁴⁸ Vgl. act. 9, Rz 41 und 58 ff.

³⁴⁹ Vgl. act. 165, Rz 76.

333. Hierzu kann festgehalten werden, dass der Antrag des Sekretariats den Begriff der «Legitimate Business Reasons» für die Effizienzfrage verwendet, d. h. die fragliche Verhaltensweise von UPC unter dem Aspekt des fehlenden Vorliegens sachlicher Gründe analysiert. Zudem hat die von UPC vorgebrachte sprachliche Unterscheidung inhaltlich keine Änderung zur Folge.

334. Zur Frage der sachlichen Gründe für die Verweigerung gibt UPC an, sich im vorliegenden Fall gegen eine Exklusivvermarktung entschieden und sämtlichen übrigen Marktteilnehmern den Zugang zu den strittigen Inhalten längst eingeräumt oder angeboten zu haben. Unabhängig davon liessen sich für eine Exklusivstrategie sachliche Gründe anführen. Insbesondere hätten die Behörden keine Intervention gegen die exklusive Veräusserung der strittigen Rechte vorgenommen. Dies habe eine markante Verteuerung der erworbenen Rechte zur Folge. Entsprechend sei UPC auch die Wahl zuzugestehen, auf welche Weise sie die dem Rechteveräusserer behördlich ermöglichte Exklusivitätsmarge amortisieren wolle. Das Gegenteil würde mit dem Vertrauensschutz nicht vereinbar sein (Art. 9 BV). UPC könne nicht zu einem Verkauf unter Wert an ein staatlich kontrolliertes Unternehmen gezwungen werden, was ihr aber aufgrund der Verknüpfung der Gegenseite mit einem inakzeptablen Angebot für den Zugang zu den Fussballinhalten faktisch drohe. Wegen der von Swisscom geforderten gegenseitigen Gewährung des Zugangs zu den fraglichen Sportinhalten sei von einem Konsens bezüglich eines gegenseitigen «Quid pro quo» auszugehen. Damit erweise sich die geforderte Zugangsgewährung für die Verfügungsadressatin aber als unzumutbar, solange die Gegenseite ihrerseits den Zugang der Verfügungsadressatin zu den eigenen Programminhalten an inakzeptable Bedingungen knüpfe. So liege entgegen der haltlosen Unterstellung durch das Sekretariat auch nicht eine «Retorsion» vor, sondern ein legitimes Beharren auf einer fairen Verhandlungslösung anstelle einer einseitigen Schaffung von Fakten unter behördlicher Mitwirkung.³⁵⁰

335. Zuerst ist zum Vorbringen der Gewährung oder des Angebots des Zugangs zu den Eishockeyinhalten darauf hinzuweisen, dass zumindest in Bezug auf Swisscom eine Ablehnungshandlung vorliegt (Rz 276 ff.).

336. Weiter kann zum Vorbringen der exklusiven Vergabe der Rechte auf Randziffer 329 verwiesen werden. Und zum Vorbringen der gegenseitigen Gewährung des Zugangs zu den fraglichen Sportinhalten kann auf die Randziffern 327 f. verwiesen werden.

337. Als nächstes ist auf die Verfügung der WEKO vom 26. Juni 2017 zu vorsorglichen Massnahmen hinzuweisen (vgl. Rz 8). In dieser Verfügung hat sich die WEKO eingehend mit der Frage etwaiger legitimer Gründe für die fragliche Verweigerung auseinandergesetzt.³⁵² UPC hat diese Verfügung mit Schreiben vom 11. Juli 2017 erhalten. Somit sind UPC seit mehr als drei Jahren die Umstände für die Beurteilung der legitimen Gründe der Verweigerung im vorliegenden Fall bekannt. UPC hatte mehr als drei Jahre Zeit, etwaige Ergänzungen zu dieser Beurteilung vorzunehmen. Insbesondere enthält die Stellungnahme von UPC zum Antrag des Sekretariats keine Ergänzungen zur Beurteilung der WEKO in der

Verfügung über vorsorgliche Massnahmen. Im Rahmen der Mitwirkungspflicht ist von UPC zu erwarten, dass sie zusätzliche Angaben macht, wenn sie mit der behördlich vorgenommenen Beurteilung nicht einverstanden ist.

338. Dem Vorbringen von UPC der sachlichen Begründung einer reinen Exklusivvermarktung mit Blick auf den Wettbewerb der Inhalte³⁵³ sind die Voraussetzungen für eine legitime Begründung der Verweigerung entgegenzuhalten. Es handelt sich hierbei um objektive Rechtfertigungsgründe (v. a. technische Faktoren) und Effizienzgründe.³⁵⁴ Bei dem geltend gemachten Wettbewerb um Inhalte handelt es sich weder um technische Faktoren noch um Effizienzgründe. Zudem wäre bei Berücksichtigung des Vorbringens beispielsweise bei einer Koppelung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen die Koppelung eines Marktbeherrschungsguts mit einem Wettbewerbsgut wegen dem Wettbewerbsgrund von vornherein legitimiert. Dies liefere klar der als problematisch geltenden Koppelungen durch marktbeherrschende Unternehmen entgegen.

339. Letztlich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass UPC im Verfahren Sport im Pay-TV der Ansicht war, es sei nicht ersichtlich, weshalb eine Investition im Rahmen eines fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerbs um Sportübertragungsrechte eine Geschäftsverweigerung bezüglich der Bereitstellung von Sportübertragungen zu Ungunsten von Konkurrenten im TV-Plattformmarkt zu rechtfertigen vermöge.³⁵⁵ Somit schliesst UPC selber entgegen der von ihr hier vertretenen Ansicht die Möglichkeit eines Investitionsschutzes bzw. die Möglichkeit einer Legitimierung durch Wettbewerb der Inhalte von vornherein aus.

340. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorbringen von UPC die in Frage stehende Verweigerung nicht sachlich zu begründen vermögen. Zudem sind zurzeit auch keine anderen legitimen Gründe (objektive Begründung oder Effizienzgründe) für die Verweigerung der Geschäftsbeziehungen ersichtlich.

B.5.3.2 Stellungnahme UPC

341. Im Ergebnis geschehe nichts anderes, als dass UPC für eine angebliche Nichtüberlassung von Eishockeyübertragungen an Swisscom gebüsst werden solle, obschon diese ihrerseits den marktgerechten und diskriminierungsfreien Zugang zu Fussball- und weiteren Programminhalten gegenüber UPC vom Zugang zu Eishockeyübertragungen abhängig gemacht und dabei gleichzeitig den Zugang zu ihren eigenen Programminhalten an für die Verfügungsadressatin inakzeptable Bedingungen geknüpft habe. Auch im Zivilrecht gelte der Grundsatz, dass eine Leistung nur erbracht werden müsse, wenn die Gegenseite ihrerseits die Erfüllung anbiete (Art. 82 OR). Eine Sanktionierung sei nicht nur insofern widersprüchlich, sondern blende auch aus, dass

³⁵⁰ Vgl. act. 165, Rz 78 f.

³⁵¹ Vgl. act. 26.

³⁵² Vgl. act. 26, Rz 67 ff. und act. 30.

³⁵³ Vgl. act. 165, Rz 81.

³⁵⁴ Vgl. RPW 2016/4, 1007 f. Rz 685 und 694 f., *Sport im Pay-TV*.

³⁵⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1008 Rz 702, *Sport im Pay-TV*.

es nicht UPC, sondern Swisscom gewesen sei, welche die Verhandlungen vorübergehend abgebrochen habe. Eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen seitens UPC im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG sei vorliegend nicht gegeben.³⁵⁶

342. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass es vorliegend in einem ersten Schritt um ein Angebot von UPC an Swisscom geht. Es geht nicht um die gegenseitige Erfüllung eines Vertrages. Zudem muss als Gegenleistung für den Zugang zu den Eishockeyinhalten nicht zwangsläufig der vollständige Zugang zu den von UPC geforderten Fussballübertragungen erfolgen. [...] In Bezug auf die Frage eines etwaigen Verhandlungsabbruchs kann auf die Randziffern 169 ff. verwiesen werden.

343. Weiter bringt UPC vor, eine Sanktion erscheine umso stossender, als die WEKO gegen die zentrale und exklusive Vermarktung der Übertragungsrechte durch den Eishockeyverband im Rahmen des behördlich begleiteten Vergabeprozesses nicht interveniert habe, nachdem im Vorfeld der Rechtevergaben am 16. März 2016 ein runder Tisch zum Vergabeprozess mit der damaligen Bundesrätin Doris Leuthard unter Einbezug von Rechteinhabern, Rechtevermittlern und Rechtenutzern stattgefunden habe und die Sportverbände in Bezug auf die Prozeduren der Rechtevergabe beim Sekretariat schriftlich vorstellig geworden seien. Dadurch hätten die Behörden dem Eishockeyverband die Realisierung eines äusserst hohen Versteigerungserlöses zulasten UPC, die im Zeitpunkt des Bieterwettbewerbs vom marktgerechten Zugang zu den wichtigsten Sportübertragungsrechten durch das Verhalten von Swisscom abgeschnitten gewesen sei (und dies auch heute noch weitgehend sei), überhaupt erst ermöglicht. Unbesehen dessen, dass UPC sich letztlich gegen eine Exklusivstrategie entschieden habe, würde es nicht nur widersprüchlich sein, eine exklusive Veräusserung auf vorgelagerter Marktstufe behördlich zuzulassen und gleichzeitig eine exklusive Verwertung auf nachgelagerter Stufe zu verbieten, es würde auch hinsichtlich der wirtschaftlichen Amortisation einer solch bedeutenden Investition mit dem Vertrauensschutz nicht vereinbar sein, einem Unternehmen das legitime Interesse an einer gewinnorientierten Verwertung zugunsten eines staatlich kontrollierten Konkurrenten rundum abzusprechen (Art. 9 BV).³⁵⁷

344. Hierzu ist festzuhalten, dass die Frage der Zulässigkeit der Zentralvermarktung der Schweizer Eishockeyübertragungsrechte nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Für das vorliegende Verfahren ist von Bedeutung, dass Inhaber exklusiver Übertragungsrechte aufgrund von Exklusivität immer eine gewisse Marktmacht erhalten. Insbesondere wenn die Rechte als Gesamtpaket über mehrere Jahre exklusiv vergeben werden und folglich ein Markteintritt schwierig ist, ist eine marktbeherrschende Stellung des Rechteinhabers wahrscheinlich. Grundsätzlich gilt dabei, dass dem Inhaber dieser Rechte umso mehr Marktmacht verliehen wird, je umfassender, exklusiver und langfristiger die Übertragungsrechte ausgestaltet sind.³⁵⁸ Zudem vertritt die WEKO die Ansicht, dass allein die Tatsache des Erwerbs eines exklusiven Übertragungsrechts in einem ordentlichen Vergabeverfahren nicht verhindern kann, dass dem Rechteinhaber ex post unter Umständen eine

marktbeherrschende Stellung zukommt.³⁵⁹ Und auch bei einer Intervention bleibt die exklusive Nutzung auf Stufe des Programmveranstalters unangetastet. Unter diesen Umständen hat UPC nach wie vor die Möglichkeit zu nicht-diskriminierenden Bedingungen Zugang zu den Eishockeyinhalten zu gewähren; mithin angemessen für den Zugang zu den Eishockeyinhalten entschädigt zu werden. Und selbst wenn, ist darauf hinzuweisen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt, weshalb dem marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Verhaltensweisen untersagt sind (vgl. Rz 268).

345. UPC macht geltend, die objektive Notwendigkeit des strittigen Guts ergebe sich entgegen dem Verfügungsantrag nicht schon aus dem blossen Behinderungspotenzial einer angeblichen Verweigerung. Vielmehr folge umgekehrt aus der Annahme, dass die von der Geschäftsverweigerung betroffenen Produkte oder Dienstleistungen für die wirtschaftliche Tätigkeit des um Geschäftsbeziehungen bemühten Unternehmens unerlässlich bzw. objektiv notwendig sein müssten, zwangsläufig, dass im Falle einer Verweigerung eine eigentliche Marktverschliessung drohe. Davon gehe auch die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden aus. Eine solche Marktverschliessung drohe in casu offensichtlich nicht. Vielmehr lieferten sich mehrere grosse Anbieter von TV-Plattformen einen intensiven Wettbewerb mit unterschiedlichen Programminhalten um Endkunden, wobei Swisscom selbstbewusst mit ihrer Marktführerschaft werbe. Das Sekretariat gelange denn auch unter Verweis auf die ökonomische Literatur zum Schluss, der exklusive Vertrieb von Premium Content stelle in der Pay-TV-Branche geradezu die Regel dar. Weshalb aber etwa die exklusive Vermarktung einer Fernsehserie im Free-TV oder die von Teleclub ohne behördliche Beanstandung jahrelang praktizierte Exklusivvermarktung von Premium-Spielfilmen im Pay-TV zulässig sein sollten, ein exklusiver Vertrieb von Eishockeyspielen bei vergleichbarer Reichweite hingegen nicht, lasse die Behörde unbeantwortet.³⁶⁰ Der Ausbau der Marktstellung von Swisscom, die über das mit Abstand grösste Angebot an Sportübertragungen verfüge, belege sowohl die fehlende Unerlässlichkeit von Eishockey-Übertragungen für wirksamen Wettbewerb im betroffenen Markt, sondern auch das Fehlen eines drohenden Marktausschlusses oder auch nur spürbarer Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufgrund des strittigen Verhaltens. Wenn schon, wäre eher von einem positiven Effekt auf den Wettbewerb auszugehen, indem UPC derzeit mit den Marktführern in einem Wettbewerb der Inhalte um Endkunden konkurriere, [...].

³⁵⁶ Vgl. act. 165, Rz 8.

³⁵⁷ Vgl. act. 165, Rz 9.

³⁵⁸ Vgl. RPW 2016/4, 990 Rz 553, *Sport im Pay-TV*.

³⁵⁹ Vgl. RPW 2016/4, 993 Rz 571, *Sport im Pay-TV*.

³⁶⁰ Vgl. act. 165, Rz 65 ff.

346. Entgegen der Ansicht von UPC ist ein Verhalten nicht erst dann tatbestandsmässig, wenn eine eigentliche Marktverschliessung droht. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass missbräuchliches Verhalten keine bestimmten Erheblichkeitsschwellen voraussetzt (vgl. Rz 307). Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen sodann keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden (vgl. Rz 308). Wie bereits erwähnt, geht es vorliegend auch – und damals auf Anzeige von UPC in umgekehrter Konstellation – nicht um die «Programmveranstalter-Exklusivität» sondern die Plattform-Exklusivität (vgl. Rz 264). Ausserhalb von Sportübertragungen, etwa bei fiktionalem Content, bestehen derzeit auch keine Anhaltspunkte für eine Marktbeherrschung. Im Übrigen ist die WEKO im Verfahren Sport im Pay-TV auch gegen die (teilweise) plattform-exklusive Vermarktung von Fussballübertragungen vorgegangen.

B.5.3.3 Stellungnahme Swisscom

347. Swisscom führt aus, UPC habe ihr bis [...] keine Offerte für Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV bzw. das MySports-Angebot unterbreitet. Spätestens mit der ausdrücklichen Angebotsverweigerung von UPC mit Schreiben vom [...] sei das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsverweigerung erfüllt.³⁶¹

348. Die WEKO sei in der Verfügung Sport im Pay-TV zum Ergebnis gelangt, dass für TV-Plattformanbieter, die Angebote auf der Basis der IPTV-Technologie unterbreiten wollen, Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV einen objektiv notwendigen Input darstellten. UPC habe Swisscom insbesondere auch keine Offerte für ein mit Teleclub Sport 1 bis 3 vergleichbares Grundangebot unterbreitet. Es stehe kein im Sinne der WEKO-Praxis für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit unerlässliches Alternativangebot zur Verfügung.³⁶²

349. Unter Zugrundelegung der in der Verfügung Sport im Pay-TV angenommenen Wettbewerbswirkungen sei davon auszugehen, dass die Geschäftsverweigerung von UPC eine Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt sowie den verbundenen Fernmeldemärkten zur Folge habe. Zwar teile Swisscom die Auffassung des Sekretariats nicht, wonach gestützt auf die jüngste Rechtsprechung des BVGer für den Tatbestand der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung keine wettbewerbsbehindernden Effekte nachgewiesen werden müssten. Vorliegend sei die Geschäftsverweigerung von UPC jedoch ohne weiteres geeignet, den Wettbewerb zu behindern, weil UPC Swisscom durch ihr Verhalten bewusst im Wettbewerb habe behindern wollen bzw. dies gar das Hauptziel der Exklusivität [...] gewesen sei. Die europäische Rechtsprechung halte ausdrücklich fest, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine Behinderungsstrategie oder -absicht voraussetzt; Für die Prüfung der Frage, ob sich ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich verhalten hat, müsse zwangsläufig die Geschäftsstrategie des Unternehmens beurteilt werden. UPC wollte und wolle sich mit der Verweigerung der Schweizer Eishockeyübertragungen bewusst einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Somit sei vorliegend klarerweise auch die Behinderungsstrategie von UPC gegeben.³⁶³

350. Sachliche Gründe für die Geschäftsverweigerung lägen keine vor. Es bestünden insbesondere keine technischen Rechtfertigungsgründe, weshalb die Schweizer Eishockeyübertragungen nicht auf der Swisscom TV Plattform ausgestrahlt werden könnten.³⁶⁴

351. Weiter macht Swisscom geltend, die Berücksichtigung von Investitionskosten könne gemäss Bundesgericht einen Rechtfertigungsgrund für ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen. Laut Bundesgericht sei das zweckmässige Vorgehen beim Umgang mit Investitionen jedoch nicht abstrakt, sondern einzelfallweise zu betrachten. Es komme somit auf die konkreten Umstände des Verhaltens von UPC an. Das Verhalten von UPC lasse vorliegend auf keinerlei Effizienzvorteile schliessen und sei ausschliesslich darauf ausgerichtet, Swisscom im Wettbewerb zu behindern. Wie das Sekretariat richtig festhalte sei diese Behinderung durch UPC explizit beabsichtigt. UPC könne sich deshalb auch nicht auf den Investitionsschutz berufen.³⁶⁵

B.5.3.4 Stellungnahme Sunrise

352. Sunrise führt aus, dass gemäss Bundesverwaltungsgericht eine für den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG notwendige Ablehnungshandlung insbesondere auch dann vorliege, wenn sich die Ablehnung nicht aus einer entsprechend abweisenden Erklärung, sondern faktisch als Ergebnis einer Hinhaltenaktik oder einer Abschreckungsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens einstelle. Eine Hinhaltenaktik bestehe demnach darin, dass der konkrete Abschluss der Geschäftsbeziehung oder die Erlangung des jeweils nachgefragten Einsatzguts durch die (weitere) Angabe von Gründen, die unzutreffend oder sachlich nicht angemessen sind, aufgeschoben oder gänzlich verhindert werde.³⁶⁶

353. Dies sei nach Ansicht von Sunrise vorliegend der Fall, indem UPC die Verhandlungen und auch dieses Verfahren verzögere. Es drohe die Gefahr, dass Sunrise bis zum Ablauf der Saison 2022 keine entsprechenden Eishockeyspiele werde übertragen können. UPC habe «bis dato» nie vorgehabt, Sunrise oder anderen interessierten TV-Plattformen ausserhalb des Kabelnetzes Zugang zu den relevanten Eishockey-Übertragungsrechten zu verschaffen. Von Anfang an sei UPC darauf aus gewesen, Sunrise den Zugang bis zum Ablauf der letzten zugeteilten Spielsaison zu verweigern. Die Verhandlungsgespräche von UPC mit Sunrise hätten einzig und allein dem systematischen Hinhalten von Sunrise gedient. Für UPC wäre es mit dem entsprechenden Willen ein Leichtes gewesen, [...]³⁶⁷

³⁶¹ Vgl. act. 164, Rz 10 f.

³⁶² Vgl. act. 164, Rz 12 f.

³⁶³ Vgl. act. 164, Rz 14 ff.

³⁶⁴ Vgl. act. 164, Rz 18 ff.

³⁶⁵ Vgl. act. 164, Rz 84 ff.

³⁶⁶ Vgl. act. 190, Rz 17 (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 905, *Sanktionsverfügung – DCC*).

³⁶⁷ Vgl. act. 190, Rz 18 ff.

354. [...]

355. Zu den Vorbringen von Sunrise betreffend Hinhalte-taktik ist auf die Würdigung des relevanten Sachverhalts hinzuweisen. Danach kann eine Hinhalte-taktik seitens UPC nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 180).

356. Weiter sei Sunrise gleichermassen von der Geschäftsverweigerung von UPC betroffen wie Swisscom. [...]

357. Im Ergebnis erfülle UPC mit ihrem Verhalten auch gegenüber Sunrise den Tatbestand der Geschäftsverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG.

358. Zudem seien gemäss Sunrise die mögliche Erfüllung der Tatbestände der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu untersuchen. Zum Tatbestand der Diskriminierung sei insbesondere hervorzuheben, dass auch schon alleine eine Diskriminierung in zeitlicher Hinsicht genügen könne, um den Tatbestand zu erfüllen.³⁶⁸ Das WEKO-Sekretariat habe dies im Rahmen einer Beratung im vorliegenden Kontext denn auch bereits ausdrücklich bestätigt.³⁶⁹ Sofern die WEKO in Bezug auf Sunrise nicht von einer Geschäftsverweigerung ausgehen sollte, wäre der Tatbestand der Diskriminierung einschlägig und entsprechend den bereits gegebenen Sachverhaltselementen unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen und/oder weiter zu untersuchen.³⁷⁰

359. Somit sieht zusammengefasst Sunrise eine Diskriminierung im Vergleich zu Swisscom, indem UPC Sunrise die Belieferung mit den fraglichen Eishockeyinhalten verweigere und Swisscom nicht. Allerdings kann UPC in Bezug auf Sunrise eine Hinhalte-taktik nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 180). Weil damit eine Verweigerung nicht zweifelsfrei nachweisbar ist, kann vorliegend auch von vornherein keine Diskriminierung durch Verweigerung nachgewiesen werden.

B.5.4 Ergebnis

360. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass UPC die Geschäftsbeziehung gegenüber zumindest Swisscom im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG in ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Die Verweigerung erfolgte mindestens im Zeitraum vom [...] (vgl. Rz 280) bis zum Abschluss der Distributionsvereinbarung zwischen UPC und Swisscom am [...] (vgl. Rz 152).

C Massnahmen

361. 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 362 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 384 ff.).

C.1 Anordnung von Massnahmen

362. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.³⁷¹

363. Im vorliegenden Fall verweigert UPC gegenüber Swisscom ungerechtfertigterweise die Belieferung mit den Eishockeyübertragungen der National League und der Swiss League (vgl. Rz 84 und 360). Mit dieser Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG sind zumindest potenzielle nachteilige Einwirkungen auf den bestehenden Wettbewerb auf dem TV-Plattformmarkt und den damit verbundenen Fernmeldemärkten und somit eine Wettbewerbsverfälschung verbunden (vgl. Rz 321).

364. Aus diesen Gründen kommt nur ein Verbot der Verhaltensweise in Frage, d. h. eine Beendigung der Verweigerung in Bezug auf das Rohsignal der Eishockeyübertragungen oder der Durchleitung des Senders Mysports. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche die festgestellte Wettbewerbsverfälschung beseitigen könnte. Ein Verbot der Verweigerung erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen.

365. Entsprechend der vorliegenden Feststellung erfolgt die tatbestandsmässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV. Die durch die Verweigerung erfolgte Wettbewerbsverfälschung lässt sich ohne Weiteres durch Beendigung der Verweigerung beseitigen. Anders ausgedrückt, wenn UPC das verweigerter Gut – Schweizer Eishockeyübertragungen im Pay-TV – keinem TV-Plattformanbieter mehr vorenthält, entfällt die Wettbewerbsverfälschung hinsichtlich Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG. Dabei genügt es, dass den TV-Plattformanbietern entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) angeboten wird. Nicht erforderlich ist hingegen das Angebot beider Varianten. Dabei genügt die Implementation einer dieser beiden Varianten im Rahmen eines OTT-Angebots auf der TV-Plattform des nachfragenden Unternehmens.

³⁶⁸ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 190), Art. 7 N 303.

³⁶⁹ Vgl. RPW 2017/2, 276 Rz 16, *Beratung Eishockey im Pay-TV*.

³⁷⁰ Vgl. act. 190, Rz 25.

³⁷¹ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 182), Art. 30 KG N 58 f.

C.1.1 Stellungnahme Swisscom

366. Die vom Sekretariat vorgesehenen Massnahmen gehen gemäss Swisscom in die richtige Richtung, seien von der WEKO jedoch in zweierlei Hinsicht zu ergänzen. Erstens genüge die im Antrag vorgesehene Auflage den kartellrechtlichen Grundsätzen nicht. UPC könnte nämlich unter dem Vorwand, dass CATV-Plattformen und IPTV-Plattformen ungleiche Vertragspartner darstellen, immer noch gänzlich unterschiedliche Konditionen von CATV-Plattformen einerseits und IPTV-Plattformen andererseits verlangen. In diesem Fall läge zwar vordergründig keine Diskriminierung vor. Für UPC bestünde aber weiterhin die Möglichkeit, unfaire Geschäftsbedingungen von den IPTV-Plattformen zu verlangen (bspw. hinsichtlich Dauer, anfälliger Einschränkungen, Preis und sonstiger Konditionen, etc.). Solche Scheinangebote wären ein «konstruktiver refusal to supply». Um zu verhindern, dass UPC deshalb mit fadenscheinigen Begründungen den IPTV-Plattformen unfaire Angebote unterbreite und dadurch die Schweizer Eishockeyübertragungen für die Vermarktung der CATV-Plattformen weiterhin monopolisiere, sei Ziffer 1 des Dispositivs dahingehend zu ergänzen, dass UPC verpflichtet werde, allen TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden und fairen Bedingungen anzubieten.³⁷²

367. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass es einem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt ist, ohne triftigen Grund ungleiches Verhalten auf gleichartige Situationen anzuwenden.³⁷³ Die Gleichartigkeit der Situation kann sich dabei nach der Praxis der WEKO bereits daraus ergeben, dass die in Frage stehenden Unternehmen auf demselben Markt miteinander im Wettbewerb stehen und äquivalente Produkte anbieten.³⁷⁴ Wenn also UPC die im Wettbewerb um TV-Kunden stehenden CATV-Plattformen und IPTV-Plattformen unterschiedlich behandeln würde, müssten dafür sachliche Gründe bestehen, andernfalls UPC gegen Art. 7 KG verstossen würde. Demgegenüber ist der von Swisscom beantragte Begriff «fair» nicht zwingend vollständig durch Art. 7 KG abgedeckt. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann nach Massgabe des Kartellgesetzes nur soweit zu «fairem» Verhalten angehalten werden, als dies Art. 7 KG vorgibt. Dies erfolgt bereits mit der Formulierung «zu nicht-diskriminierenden Bedingungen».

368. Swisscom macht zudem geltend, die Implementierung einer der beiden Varianten der Massnahme (das Angebot des Rohsignals der Schweizer Eishockeyübertragungen oder der Durchleitung des Programmangebots Mysports) im Rahmen eines OTT-Angebots auf der TV-Plattform des nachfragenden Unternehmens genüge nur, sofern dem TV-Plattformanbieter das OTT-Angebot direkt ohne Bündel oder Vertragsbeziehungen zu Dritten zur Verfügung gestellt werde.³⁷⁵

369. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass mit der Formulierung «zu nicht-diskriminierenden Bedingungen» sichergestellt ist, dass UPC Swisscom oder andere TV-Plattformanbieter in vergleichbaren Situationen nicht unterschiedlich behandeln darf.

370. Swisscom bringt weiter vor, dass UPC ohne zeitliche Verzögerungen in der Lage sei, Swisscom eine Angebotsofferte für die Schweizer Eishockeyübertragungen zu unterbreiten und die Massnahme umzusetzen. UPC sei deshalb zweitens für die Umsetzung der Massnahme eine Frist von 30 Tagen zu setzen. Nur so könne verhindert werden, dass UPC, wie bereits im Sommer 2016, eine Hinhaltenaktik verfolge und lediglich den Anschein einer Kooperationsbereitschaft wahre.

371. Entgegen der Ansicht von Swisscom bedarf es keiner Ansetzung einer Frist von 30 Tagen. Denn sollte UPC eine Verzögerungs-/Hinhaltenaktik verfolgen, wäre diese ein Verstoss gegen die Massnahme. Eine überlange Verhandlungsdauer könnte sodann kaum als nicht-diskriminierend bezeichnet werden.

372. Swisscom führt sodann aus, dass die Beziehung zwischen UPC und Swisscom aus früheren und dem vorliegenden kartellrechtlichen Verfahren vor der WEKO strapaziert sei. Vertragsverhandlungen seien mit erheblichen Hindernissen seitens UPC verbunden. Es sei deshalb sicherzustellen, dass UPC die Umsetzung der Massnahme auch vornehmen und insbesondere kooperative Vertragsverhandlungen unterhalten werde. Aus diesem Grund sei das Dispositiv des Verfügungsantrags um eine zusätzliche Ziffer zu ergänzen, wonach sich die WEKO das Recht vorbehalte, die Einhaltung der Massnahme bzw. die unter Ziffer 1 des Dispositivs statuierte Anordnung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.³⁷⁶

373. Hierzu ist festzuhalten, dass die WEKO Verstösse gegen Massnahmen sanktionieren kann (vgl. Art. 10 KG). Dazu bedarf es keiner Anordnung im Dispositiv.

C.1.2 Stellungnahme Sunrise

374. Gemäss Sunrise sei die Verpflichtung von UPC, allen TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen der National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten, mit einer Umsetzungsfrist zu verbinden. So sei UPC zu verpflichten, innerhalb einer Umsetzungsfrist von fünf Arbeitstagen ab dem Eingang eines entsprechenden Zugangsbegehrens einer TV-Plattform, ein konkretes und verbindliches Angebot zu unterbreiten. Zudem sollte die Anordnung der Zugangsverpflichtung von UPC in geeigneter Weise publiziert werden, damit allfällig interessierte TV-Plattformen sich bei UPC melden könnten.³⁷⁷

375. Zur von Sunrise vorgebrachten vorzuziehenden Umsetzungsfrist kann auf Randziffer 371 verwiesen werden. Hinsichtlich Publikation ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Verfügung gemäss Art. 35 Abs. 1 GR-WEKO ohnehin zu publizieren ist.

³⁷² Vgl. act. 164, Rz 24 ff.

³⁷³ Vgl. RPW 2016/4, 1011 Rz 723, *Sport im Pay-TV*.

³⁷⁴ Vgl. RPW 2011/1, 179 Rz 489, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

³⁷⁵ Vgl. act. 164, Rz 91.

³⁷⁶ Vgl. act. 164, Rz 29 ff.

³⁷⁷ Vgl. act. 190, Rz 32 ff.

C.1.3 Ergebnis

376. UPC ist zu verpflichten, allen ersuchenden TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden Bedingungen anzubieten.

377. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnenden Massnahmen 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.³⁷⁸

C.1.4 Entzug der aufschiebenden Wirkung

378. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde gegen vorliegende Verfügung aufschiebende Wirkung zu. 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.³⁷⁹

C.1.4.1 Stellungnahme Swisscom

379. Swisscom macht geltend, die Behörde sei zum Entzug der aufschiebenden Wirkung verpflichtet, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen dies so gebieten würden.³⁸⁰

380. Hierzu ist festzustellen, dass zum jetzigen Zeitpunkt keine überwiegenden Interessen für einen Entzug der aufschiebenden Wirkung bestehen. Dies insbesondere, nachdem sich UPC und Swisscom bei der Belieferung der vorliegend relevanten Eishockeyinhalten geeinigt haben.

C.1.4.2 Stellungnahme Sunrise

381. Gemäss Sunrise rechtfertigt es sich vorliegend sowohl aus öffentlichen wie auch privaten Interessen, der Beschwerde in Bezug auf die Zugangsverpflichtung (Dispositivziffer 1 des Auszugs des Verfügungsantrags) die aufschiebende Wirkung nach Art. 55 Abs. 2 VwVG zu entziehen. Andernfalls werde die Verfügung in Bezug auf die Zugangsverpflichtung wegen dem Verzögerungsverhalten von UPC keinen Effekt mehr haben und UPC das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz solange hinauszögern, bis auch die letzte verfahrensrelevante Saison beendet worden sei.³⁸¹

382. Das Öffnen des Wettbewerbs mittels Zugangsverpflichtung betreffe ein Kernanliegen des Kartellgesetzes und liege damit offensichtlich im öffentlichen Interesse. Nebst Swisscom hätten auch Sunrise und viele weitere Unternehmen ein starkes privates Interesse daran, möglichst rasch tatsächlich Zugang zu den Eishockeyübertragungen zu erhalten. Nur mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung bestehe zumindest noch eine gewisse Chance, dass UPC noch vor Ablauf der letzten zugeteilten Saison interessierten TV-Plattformen diskriminierungsfreien Zugang zu den verfahrensrelevanten

Eishockeyübertragungen gewähre. Demgegenüber erziele UPC mit der Umsetzung der Zugangsverpflichtung Umsatz. Ihr entstünde demnach hierdurch kein oder zumindest kaum ein Nachteil. Damit wiege das private Interesse von UPC an der Unversehrtheit ihrer Privatautonomie im Vergleich zu den im Raum stehenden öffentlichen Interessen und privaten Interessen an einer schnellen Umsetzung der Zugangsverpflichtung und der damit einhergehenden Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs bedeutend weniger schwer.³⁸²

383. Zu diesem Vorbringen ist auf das mögliche Zusammenschlussvorhaben zwischen Liberty Global und Sunrise hinzuweisen.³⁸³ Sollte das Zusammenschlussvorhaben zustande kommen, ist Sunrise ohnehin Teil des Konzerns Liberty Global bzw. UPC (vgl. Rz 187). Wenn das Zusammenschlussvorhaben nicht zustande kommt, ist, sofern vorliegende Verfügung bis dann noch nicht rechtskräftig ist, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens möglich. So oder anders liegt zurzeit keine besondere Dringlichkeit bzw. ein überwiegendes Interesse am Entzug der aufschiebenden Wirkung vor.

C.2 Sanktionierung

C.2.1 Allgemeines

384. 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.³⁸⁴ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.³⁸⁵

C.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

C.2.2.1 Unternehmen

386. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den

³⁷⁸ 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*.

³⁷⁹ Vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 55 VwVG N 90 ff., und REGINA KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 14, je m.Nw.

³⁸⁰ Vgl. act. 164, Rz 32 ff.

³⁸¹ Vgl. act. 190, Rz 38 f.

³⁸² Vgl. act. 190, Rz 40 f.

³⁸³ Vgl. Medienmitteilung Liberty Global vom 12. August 2020, <<https://www.libertyglobal.com/liberty-global-to-acquire-100-of-sunrise-communications-group-by-tender-offer/>> (23.9.2020).

³⁸⁴ Botschaft vom 7. November 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.

³⁸⁵ BBl 2002 2022, 2034.

Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.³⁸⁶ Zur Qualifizierung von UPC als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 181 ff. verwiesen.

C.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

387. 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.

388. Zur Vermeidung von Redundanzen kann hier auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden, insb. auch das Fazit in Rz 360. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

C.2.3 Vorwerfbarkeit

389. Das Schuldprinzip besagt, dass in Strafverfahren ein Beschuldigter nur dann verurteilt werden darf, wenn ein Verschulden und damit eine persönliche Verantwortlichkeit für die Tat gegeben sind (*nulla poena sine culpa*). Es wird nach überwiegender Auffassung aus der Unschuldsumutung in Art. 31 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitet.³⁸⁷ Dabei gilt es nach der Rechtsprechung von BGer und BVGer zu berücksichtigen, dass ein Verfahren über ein wettbewerbswidriges Verhalten einerseits ein Verwaltungsverfahren und kein Strafverfahren darstellt und demzufolge bei Kartellsanktionen strafrechtliche und strafprozessuale Vorschriften grundsätzlich keine Anwendung finden, sondern strafrechtliche Grundsätze nur insoweit zu berücksichtigen sind, als dies aufgrund höherrangigen Rechts im Rahmen einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung zwingend geboten ist. Zugleich kommt einer Sanktion gemäss Art. 49a KG ein strafrechtsähnlicher Charakter zu, weil sie die für strafrechtliche (Anklage-)Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK vorausgesetzten Kriterien erfüllt. Dies hat eine analoge Anwendung von strafrechtlichen Grundsätzen mit verfassungs- und konventionsrechtlichen Bezügen zur Folge.³⁸⁸

390. Nach der Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein «fahrlässiges» Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.³⁸⁹ Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.³⁹⁰

391. Die vorliegend zur Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 7 KG führenden Sachverhaltselemente waren UPC bekannt. Dies insbesondere, nachdem UPC Partei im Verfahren Sport im Pay-TV war (vgl. Rz 70 ff.). Es war UPC daher bewusst, dass UPC im Bereich der Eishockeyübertragungen im Pay-TV über eine marktbeherr-

schende Stellung verfügen dürfte. Aufgrund des Entscheides in Sachen Sport im Pay-TV konnte UPC keinesfalls darauf vertrauen, nicht marktbeherrschend zu sein.

392. Dass UPC Swisscom hinsichtlich der fraglichen Eishockeyübertragungen anders behandelt als die KNU, war und ist UPC offenkundig nicht nur bekannt sondern explizit beabsichtigt (vgl. Rz 91 und 167). Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist im vorliegenden Fall somit in jedem Fall gegeben. Dies umso mehr, als dass UPC ihrerseits das vergleichbare Verhalten von Swisscom im Verfahren Sport im Pay-TV als unzulässig bezeichnet und entsprechende Anträge gestellt hat.³⁹¹

C.2.4 Bemessung

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

394. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit³⁹² und der Gleichbehandlung begrenzt wird.³⁹³ 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.³⁹⁴

395. Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Maximalumsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind. Bei Konzernsachverhalten ergibt sich der massgebliche Maximalumsatz grundsätzlich aus der Konzernrechnung. Dies gilt auch für die Feststellung des Basisumsatzes,

³⁸⁶ Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

³⁸⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1477, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³⁸⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1479, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³⁸⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; RPW 2016/4, 1023 Rz 847, *Sport im Pay-TV*.

³⁹⁰ Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1488 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

³⁹¹ Vgl. RPW 2016/4, 925 Rz 51, *Sport im Pay-TV*.

³⁹² Art. 2 Abs. 2 SVKG.

³⁹³ 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*.

³⁹⁴ 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*.

soweit entsprechende Positionen in der Jahres- bzw. Konzernrechnung vorhanden sind. Ansonsten ist auf entsprechende Positionen in der Buchhaltung sowie auf besondere Abrechnungen abzustellen.³⁹⁵

C.2.4.1.1 Maximalsanktion

396. 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,³⁹⁶ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.³⁹⁷ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich

2017	2018	2019	Total
1348,7	1296,1	1220,9	3865,7

Tabelle 1: Konzernumsätze UPC in der Schweiz in Millionen Franken³⁹⁹

398. Daraus ergibt sich eine Maximalsanktion von 386 570 000 Franken.

C.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

399. 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.⁴⁰⁰

C.2.4.2.1 Basisbetrag

400. 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 (Teritär-)Märkte (vgl. dazu Rz 288) 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.⁴⁰¹ Aufgrund des Gleichbehand-

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.³⁹⁸

397. Im vorliegenden Fall sind die Geschäftsjahre 2016, 2017 und 2018 relevant. UPC erzielte in diesen Jahren folgende Umsätze in der Schweiz:

lungsgrundsatzes wird jedoch vorliegend in Analogie zum Fall «Sport im Pay-TV»⁴⁰² darauf verzichtet, den Umsatz auf den benachbarten, durch Bündelung verbundenen Fernmeldemärkten für die Sanktionsberechnung heranzuziehen.

401. Weiter statuiert Art. 3 SVKG als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den gesamten Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht nur den Umsatz, der ausschliesslich mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten auf den jeweils relevanten Märkten erzielt wurde.⁴⁰³

402. Zudem ist dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen. Es ist nicht auf den Zeitpunkt der Einleitung oder den Abschluss eines Kartellverwaltungsverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden abzustellen, soweit die wettbewerbswidrige Verhaltensweise noch vor oder während der Durchführung

³⁹⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1561, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³⁹⁶ Vgl. BBl 2002 2022, 2037.

³⁹⁷ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i. S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (30.1.2014).

³⁹⁸ Vgl. RPW 2016/4, 1025 Rz 860, *Sport im Pay-TV*.

³⁹⁹ Vgl. act. 147; <www.libertyglobal.com/wp-content/uploads/2020/04/UPC-Q4-2019-Report.pdf> (15.06.2020), Umrechnungskurs EUR/CHF 1:1,0858, gemäss Kursliste Schweiz. Nationalbank, <https://www.snb.ch/de/i/about/stat/statrep/id/current_interest_exchange_rates#t3> (15.06.2020).

⁴⁰⁰ Vgl. RPW 2016/4, 1026 Rz 863, *Sport im Pay-TV*.

⁴⁰¹ 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*.

⁴⁰² Vgl. RPW 2016/4, 1026 ff. Rz 864 ff., *Sport im Pay-TV*.

⁴⁰³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1576, *Sanktionsverfügung – DCC*.

eines Kartellverwaltungsverfahrens durch ein Unternehmen vollständig beendet wurde.⁴⁰⁴ Auf andere Zeiträume ist dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. Zeiträume nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens wären etwa dann zu berücksichtigen, soweit einem Unternehmen in den Folgejahren durch das frühere wettbewerbswidrige Verhalten auch weiterhin dokumentierte umsatzrelevante Vorteile in gesteigertem Ausmass zukommen.⁴⁰⁵

403. Da die Beendigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht zwangsläufig mit dem Ende eines kalendarischen oder statutarischen Geschäftsjahres zusammenfällt, ist zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes entweder der Jahresabschluss, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten beendet wurde, oder der Jahresabschluss des vorhergehenden Jahres heranzuziehen, je nachdem, welcher Abschluss einen engeren Zusammenhang zwischen wettbewerbswidrigem Verhalten und dem im Abschluss ausgewiesenen Umsatz aufweist. Soweit der Umsatz im Beendigungsjahr heranzuziehen ist, kann bei Abschluss des Kartellverfahrens vor Jahresende entsprechend Art. 4 Abs. 2 VKU auch eine Hochrechnung auf Durchschnittswerten für das ganze Jahr vorgenommen werden.⁴⁰⁶

a) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf den relevanten Märkten)

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

405. Zu den von UPC mit Schreiben vom 14. November 2019 genannten Umsatzzahlen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diesbezüglich entgegen der Ansicht von UPC kein Verwertungsverbot besteht (vgl. Rz 31). Dies nachdem das BVGer die gegen die entsprechende Auskunftsverfügung erhobene Beschwerde infolge Be-

schwerderückzugs mit Entscheid vom 21. November 2019 abgeschrieben hat (vgl. Rz 29). Entsprechend ist die Auskunftsverfügung vom 14. Oktober 2019 rechtskräftig.

406. Als Primärmarkt ist vorliegend der Nationale Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu bezeichnen. Als Sekundärmarkt der «Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV» und als Tertiärmarkt die durch Bündelung benachbarter Fernmeldemärkte (vgl. Rz 288).

407. Hinsichtlich des Primärmarktes gilt es zu berücksichtigen, dass UPC aufgrund der Verweigerung gerade keinen Umsatz mit Swisscom und Sunrise macht. Weiter bietet UPC die relevanten Schweizer Eishockeyübertragungen Dritten nicht isoliert an, sondern zusammen mit anderen Sportinhalten auf Mysports. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, für den Primärmarkt der von UPC mit MySports in der Schweiz auf «wholesale»-Ebene erzielte Umsatz heranzuziehen.

408. Für den Sekundärmarkt ist der von UPC mit TV-Angeboten erzielte Umsatz relevant. Den mit TV-Angeboten im Rahmen von Bündelangeboten erzielten Umsatz konnte UPC nicht isolieren. Dieser ist daher zu schätzen.

409. Für die Schätzung des auf TV-Abonnemente im Rahmen von Bündelangeboten fallenden Umsatzes scheint es als opportun, die von UPC auf ihrer Internetseite angegebenen Preise heranzuziehen. Für das «mittlere» Kombipaket, bestehend aus Internet (300 Mbit/s), Fernsehen (UPC TV Box ohne Zusatzoptionen) und Festnetztelefonie («Phone»), weist UPC einen regulären Preis von 69 Franken für Internet, 30 Franken für Fernsehen und 0 Franken für Festnetztelefonie aus.⁴⁰⁷ Entsprechend rechtfertigt es sich, von dem von UPC angegebenen Umsatz für Bündelangebote, welche TV enthalten, 30 % als auf TV fallend anzusehen.

Markt	2017	2018	2019	Total
Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV (Primärmarkt)	[...]	[...]	[...]	[...]
Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV (Einzelabo; Sekundärmarkt)	[...]	[...]	[...]	[...]
Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV (TV-Anteil Bündelabo; Sekundärmarkt)	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 2: Konzernumsätze UPC für die relevanten Märkte in Millionen Franken⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1584, *Sanktionsverfügung – DCC*. In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabrede im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁴⁰⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1585, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁴⁰⁶ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1586, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁴⁰⁷ Vgl. <<https://www.upc.ch/de/kombi-angebote/tv-internet-kaufen/>> (11.12.2019).

⁴⁰⁸ Vgl. act. 155.

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

b) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

411. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG⁴⁰⁹, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive⁴¹⁰ Faktoren im Vordergrund.⁴¹¹

412. 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.⁴¹²

413. Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Gewichtung der verschiedenen Kriterien zur Festlegung des Basisbetrags ein erheblicher Ermessensspielraum zu.⁴¹³

414. Als erschwerender Faktor gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass die hier relevanten Eishockeyübertragungen einen wichtigen Faktor im Plattformwettbewerb darstellen (vgl. Rz 291 ff.). Ohne die relevanten Eishockeyübertragungen ist ein TV-Plattformanbieter im Wettbewerb zumindest potenziell benachteiligt.

415. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts (vgl. Rz 110 ff.) kann ein über die blossе Eignung zur Wettbewerbsbehinderung (Rz 305 ff.) hinausgehender tatsächlicher Effekt der Verhaltensweise von UPC nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden. Zwar ist eine unterschiedliche Entwicklung der Indizes für die Monopol- und Wettbewerbsgebiete zu beobachten (vgl. Rz 123 und 131). Dabei sind jedoch auch andere beeinflussende Faktoren als die hier untersuchte Verhaltensweise möglich. Auch auf Seiten von UPC ist kein eindeutiger Effekt nachweisbar. Zwar ist es auch denkbar, dass der Rückgang der Kundenzahlen bei UPC ohne die Verweigerung noch grösser ausgefallen wäre. Ein eigentliches Kippen zugunsten von UPC und eine Festigung ihrer Stellung kann jedoch nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden (vgl. Rz 135). Entsprechend liegt keine besondere Schwere infolge tatsächlicher Wettbewerbsbehinderung vor.

416. Als die Art und Schwere vermindender Faktor ist zu berücksichtigen, dass es sich im Gegensatz zum Fall Sport im Pay-TV nicht um einen umfassenden Sport-Content bestehend aus mehreren Ligen und Sportarten (insb. Fussball) handelt. Auch betrifft die Geschäftsverweigerung mit Swisscom ein im Vergleich zu UPC in Marktstärke gemessen ebenbürtiges oder sogar stärkeres Unternehmen; eine Verdrängung von Swisscom durch die Geschäftsverweigerung war daher zu keinem Zeitpunkt zu erwarten. Schliesslich gilt es auch zu berücksichtigen, dass UPC seit dem 21. September 2018 zusammen mit Sky auf der Sky Sport App mit «MySports Go» einen schweizweiten OTT-Zugang zu allen Sportarten anbietet (vgl. Rz 98). Damit stehen die untersu-

chungsrelevanten Eishockeyübertragungen zwar nach wie vor nicht auf der Swisscom-TV-Plattform zur Verfügung; jedoch haben zumindest Swisscom-Kunden und Kundinnen, welche im Besitze eines kompatiblen Smart TV, Apple TV oder Android TV sind, die Möglichkeit, Eishockeyübertragungen zu beziehen; dies ohne Swisscom als Anbieter zu wechseln.

417. Insgesamt liegt ein leichter bis mittelschwerer Verstoss vor. Unter Berücksichtigung aller relevanter Sanktionsbemessungsfaktoren erscheint es daher als angemessen, den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] anzusetzen.

C.2.4.2.2 Dauer des Verstosses

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

419. Bezüglich der Höhe des Dauerzuschlags für die ersten fünf Jahre bestehen in der Rechtsprechung unterschiedliche Ansichten. Das BVGer hat in einem jüngeren Urteil unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darauf abgestellt, dass bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter, dem beim Fehlen von besonderen Umständen von Anfang an im Wesentlichen die gleichen Wirkungen über die jeweilige Zeitdauer zuzusprechen sind, während der ersten fünf Jahre grundsätzlich eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, vorzunehmen sei. Soweit die nachteiligen Einwirkungen im Einzelfall nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung allerdings nicht gleichmässig über die gesamte Zeitdauer, sondern verstärkt während bestimmter Phasen auftreten würden, bestünde auch die Möglichkeit zu einer variablen Ansetzung der Erhöhung. Demgegenüber wurde von Seiten des Bundesgerichts unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus die stufenweise Erhöhung um 10 % pro Jahr bereits in den ersten fünf Jahren nicht für bundesrechtswidrig qualifiziert.⁴¹⁴

420. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt und den rechtlichen Erwägungen liegt ein Wettbewerbsverstoss in der Zeit von [...] bis Sommer 2020 bzw. [...] (vgl. Rz 360) vor. Die Dauer des Verstosses beträgt

⁴⁰⁹ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen (30.1.2014).

⁴¹⁰ 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.Hinw., *Baubeschläge für Fenster und Türen*; siehe auch CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 230.

⁴¹¹ Vgl. RPW 2016/4, 1028 Rz 877, *Sport im Pay-TV*.

⁴¹² 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*.

⁴¹³ 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*.

⁴¹⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1600, *Sanktionsverfügung – DCC*; RPW 2016/4, 1028 Rz 882, *Sport im Pay-TV*.

damit 3 Jahre und 4 Monate bzw. 40 Monate. Daraus ergibt sich eine vorzunehmende Erhöhung des Basisbetrags um 33 %.

C.2.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

421. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.⁴¹⁵

422. Ein durch das Verhalten erzielter «Normalgewinn» ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4).

423. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

424. Schliesslich sind die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

425. Insgesamt liegen keine besonderen erschwerenden oder mildernden Umstände vor. Weder ist ein besonders hoher Gewinn ersichtlich noch hat UPC in der Untersuchung überdurchschnittlich kooperiert oder das Verhalten eingestellt.

C.2.4.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

426. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.⁴¹⁶

427. Vorliegend sind die festgesetzten Sanktionsbeträge ohne Weiteres als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen.

C.2.5 Stellungnahme UPC

428. UPC bringt vor, da die Behörde nicht gegen die Exklusivvergabe der Rechte interveniert habe, was für UPC eine markante Verteuerung der Rechte zur Folge gehabt habe, könne ihr auch nicht [...] Exklusivvermarktung zum Vorwurf gemacht werden. Dies gelte umso mehr, als im Vorfeld der Rechtevergabe unter der Leitung des UVEK ein runder Tisch zum Vergabeprozess unter Beteiligung der wichtigsten Akteure durchgeführt worden sei, in dessen Rahmen auf die Bedeutung von Exklusivrechten hingewiesen worden sei. Im Versteigerungszeitpunkt habe die nachmalige Erwerberin daher darauf vertrauen können, dass die exklusiv erworbenen Rechte grundsätzlich auch exklusiv vermarktet werden könnten. Eine gegenteilige behördliche Anordnung verstiesse gegen den Vertrauensschutz (Art. 9 BV), eine Sanktionierung mithin gegen das Schuldprinzip (Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV).⁴¹⁷

429. Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass es vorliegend nur um die Plattform-Exklusivität geht. UPC bleibt es im Rahmen des vorliegenden Verfahrens unbenommen, die

fraglichen Eishockeyübertragungen exklusiv über ihren Programmveranstalter Mysports zu vermarkten. So war bereits im Verfahren Sport im Pay-TV nie die Exklusivität auf Ebene Programmveranstalter, sondern vielmehr die Plattformexklusivität ein Thema. Nachdem UPC im Verfahren Sport im Pay-TV als Partei beteiligt war, war ihr auch bewusst, dass die Plattform-exklusive Verwertung aus Sicht der Wettbewerbsbehörden kartellrechtlich problematisch ist. Daran ändert auch ein «runder Tisch» unter Leitung des UVEK nichts, zumal es sich bei der WEKO um eine verwaltungsunabhängige Behörde handelt, die zudem am fraglichen Treffen nicht beteiligt war. Das UVEK wäre auch nicht für den Vollzug bzw. die Durchsetzung des Kartellgesetzes zuständig. UPC kann sich daher in diesem Zusammenhang mitnichten auf den Vertrauensschutz berufen.

430. Weiter führt UPC aus, abgesehen davon, dass es vorliegend an den Voraussetzungen einer Sanktionierung fehle, sei auch die Sanktionsbemessung unzutreffend. Nach Art. 49a Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 3 SVKG bildeten bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt habe, den Basisbetrag der Sanktion. Den relevanten Markt habe das Sekretariat im vorliegenden Verfahren als nationalen Markt für die Bereitstellung von Eishockey-Übertragungen im Pay-TV definiert. Auf die Umsätze in diesem Markt sei gemäss Verordnungswortlaut bei der Umsatzberechnung abzustellen. Dennoch unterstelle der Verfügungsantrag, massgebend für die Umsatzberechnung seien nebst dem relevanten «Primärmarkt» auch alle vor- und nachgelagerten «Sekundärmärkte» sowie sämtliche anderweitig betroffenen «Tertiärmärkte»; zur Begründung werde auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 in Sachen Dynamische Währungsumrechnung (DCC) verwiesen. Dieses Urteil sei allerdings noch nicht rechtskräftig. In der Folge beziehe das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Verfügungsantrag fälschlicherweise nebst den Umsätzen auf den Bereitstellungsmärkten («Primärmärkte») auch die Umsätze auf den nachgelagerten Plattformmärkten («Sekundärmärkte») in die Umsatzberechnung ein.⁴¹⁸

431. Dazu ist festzuhalten, dass, abgesehen davon, dass es sich beim von UPC erwähnten Urteil um einen Entscheid einer der WEKO übergeordneten Rechtsmittelinstanz handelt, sich die Vorgehensweise des Sekretariats nicht nur darauf abstützt. Das Abstellen auch auf den Umsatz auf dem Markt, auf welchem sich das Verhalten auswirkt, entspricht ebenso dem Vorgehen der WEKO im Verfahren Sport im Pay-TV⁴¹⁹, wie auch der (rechtskräftigen) Rechtsprechung von Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht in Sachen Preispolitik Swisscom ADSL.⁴²⁰

⁴¹⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1028 f. Rz 884 ff., *Sport im Pay-TV*.

⁴¹⁶ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴¹⁷ Vgl. act. 165, Rz 84, act. 198, Beilage 2, S. 4 f.

⁴¹⁸ Vgl. act. 165, Rz 87 ff.

⁴¹⁹ Vgl. RPW 2016/4, 1026 Rz 864, *Sport im Pay-TV*.

⁴²⁰ Vgl. Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 9.2.1, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*; Urteil des BVer, RPW 2015/3, 685 ff. Rz 722 ff., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

432. UPC macht weiter geltend, selbst die vom Sekretariat auf den Bereitstellungsmärkten herangezogenen Umsätze seien zu hoch, da diese auf dem gesamten Mysports-Angebot beruhten. Dabei gehe es nicht an, dass die Behörde ein als zu tief empfundenes Ergebnis der vom Ordnungsgeber vorgesehenen Umsatzermittlung unter Umgehung des Legalitätsprinzips in ihrem Sinne korrigiere. Auch das Argument, UPC biete Eishockeyübertragungen nur zusammen mit anderen Sportinhalten an, verfange nicht; massgebend sei der relevante Markt, zu welchem die Behörde weitere Sportinhalte gerade nicht zählen würde. Die Problematik verdeutliche aber, dass die Marktabgrenzung im Verfügungsantrag offensichtlich zu eng sei.⁴²¹

433. UPC ist darin zuzustimmen, dass auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV grundsätzlich nur der mit der Bereitstellung von Eishockey generierte Umsatz relevant ist. Tatsache ist aber, dass sich dieser Umsatz nicht isolieren lässt, da UPC kein isoliertes Eishockeyangebot bereitstellt. Entgegen der Ansicht von UPC ist es sodann sehr wohl relevant, dass bei einer Geschäftsverweigerung gegenüber dem verweigerten Unternehmen gerade kein Umsatz generiert wird. Um dem zugleich kartellabschöpfenden wie auch pönalen Charakter der Sanktion gerecht zu werden, müsste hier entsprechend ein hypothetischer Umsatz ohne Verweigerung berücksichtigt werden. Angesichts des ebenfalls zu berücksichtigenden Umsatzes auf dem TV-Plattformmarkt (vgl. Rz 431) erscheint eine solche Umsatzkorrektur aber als vernachlässigbar. Überdies kann der mit den anderen Sportarten generierte Umsatz von Mysports auch unter dem Titel «benachbarte Märkte» berücksichtigt werden (vgl. Rz 430 f.).

434. UPC wendet sich sodann gegen die Berechnung der Dauer des Verstosses. Selbst wenn [...] als Verhandlungsabbruch durch UPC auszulegen wäre, was nicht der Fall sei, entfielen spätestens mit der nachweislichen Fortsetzung der Verhandlungen [...] der angebliche Kartellrechtsverstoss. Der Basisbetrag wäre demnach gestützt auf Art. 4 SVKG um höchstens 12 % zu erhöhen.⁴²²

435. Dazu kann auf Randziffer 360 verwiesen werden. Dass sich UPC und Swisscom im Sommer 2020 über die gegenseitige Distribution von Sportinhalten (inkl. den fraglichen Eishockeyinhalten) geeinigt haben, ändert nichts daran, dass bis zu diesem Zeitpunkt eine Verweigerung vorlag.

436. Schliesslich bringt UPC vor, die Berücksichtigung der nach Auffassung des Sekretariats grossen wirtschaftlichen Bedeutung der Eishockeyrechte als erschwerender Faktor bei der Festlegung der Basisquote im Rahmen der Sanktionsbemessung verstosse gegen das strafrechtliche Doppelverwertungsverbot, da die wirtschaftliche Bedeutung der Rechte bereits tatbestandsmässig im Rahmen der objektiven Notwendigkeit vorausgesetzt wird. Auszugehen wäre daher, wenn schon, von einem leichten Verstoss gegen das Kartellgesetz und mithin von einer Basisquote im untersten Sanktionsbereich von maximal 1 - 2 %.⁴²³

437. Entgegen der Ansicht von UPC liegt keine unzulässige Doppelverwertung vor. Zunächst ist zu wiederholen,

dass bei Kartellsanktionen strafrechtliche und strafprozessuale Vorschriften grundsätzlich keine Anwendung finden, sondern strafrechtliche Grundsätze nur insoweit zu berücksichtigen sind, als dies aufgrund höherrangigen Rechts im Rahmen einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung zwingend geboten ist (vgl. Rz 389). Im Rahmen der Tatbestandsmässigkeit wird die Eignung zur Wettbewerbsbehinderung geprüft (vgl. Rz 305 ff.). Massgebend für die Sanktionierung ist das abstrakte Gefährdungspotential, sowie der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten.⁴²⁴ Das heisst, bei der Tatbestandsmässigkeit ist zu prüfen, ob überhaupt eine Eignung zur Gefährdung des Wettbewerbs vorliegt, bei der Sanktionierung, wie gross die Gefährdung ausfiel.

C.2.6 Stellungnahme Swisscom

438. Das Sekretariat gehe vorliegend von einem leichten bis mittelschweren Verstoss aus und setze den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] an. Dies erstaune vor dem Hintergrund, dass die WEKO das Verhalten von Swisscom im Verfahren Sport im Pay-TV als mittelschweren Verstoss qualifiziert und den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] angesetzt habe. Swisscom bestreite weiterhin vollumfänglich die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens im Verfahren Sport im Pay-TV. Wenn aber im Sinne der Rechtsgleichheit behördliches Handeln Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln soll, müsse eine Differenzierung zwischen dem vorliegenden Verhalten von UPC und dem Verhalten von Swisscom im Verfahren Sport im Pay-TV vorgenommen werden. Dies müsse im Ergebnis zu einem höheren Prozentsatz für den Basisbetrag im vorliegenden Verfahren führen. Swisscom habe UPC und den anderen KNU während des gesamten Untersuchungszeitraums von Sport im Pay-TV im Rahmen des Teleclub Sportgrundangebots (Teleclub Sport 1 bis 3) den weit überwiegenden Teil der Übertragungen des Schweizer Fussballs und Eishockeys stets zur Verfügung gestellt. UPC habe dagegen eine «Null-Politik» verfolgt, indem sie Swisscom nicht bloss keinerlei Eishockeyinhalte zur Verfügung gestellt, sondern auch [...] Auch durch weitere Vorgehensweisen, wie die Unterdrückung von MySports Go auf den Swisscom- und Sunrise-TV-Boxen oder der äusserst aggressiven und medienwirksamen Vermarktung der Tatsache, dass Mysports nur bei KNU erhältlich sein werde, habe UPC aktiv das Ziel verfolgt, zumindest Swisscom bzw. Swisscom-TV-Kunden die Eishockeyinhalte vorzuenthalten. UPC habe Swisscom vorsätzlich im Wettbewerb behindern wollen.⁴²⁵

⁴²¹ Vgl. act. 165, Rz 95.

⁴²² Vgl. act. 165, Rz 97.

⁴²³ Vgl. act. 165, Rz 98.

⁴²⁴ Vgl. Urteil der BGer 2C_985/2015 vom 9.12.2019, E. 9.2.3.2, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴²⁵ Vgl. act. 164, Rz 93 ff.

439. Überdies sei für Swisscom im Gegensatz zu UPC die Marktabgrenzung der WEKO in Bezug auf Bereitstellungsmärkte im Fernsbereich in keiner Weise erkennbar gewesen. Mit der Verfügung Sport im Pay-TV sei aber auch UPC über die vorliegend relevante Marktabgrenzung und die Bedeutung der Sportinhalte für den TV-Plattformmarkt in Kenntnis gesetzt worden. Als Partei im Verfahren Sport im Pay-TV habe UPC - wie im Verfügungsantrag richtigerweise festgehalten werde - auch genaue Kenntnis darüber gehabt, welche Verhaltensweisen auf dem TV-Plattformmarkt durch die WEKO als missbräuchlich qualifiziert würden. UPC habe sich über diese Praxis jedoch bewusst und gewollt hinweggesetzt, um sich einen Vorteil im Wettbewerb zu ergat-

tern. Die Anwendung eines tieferen Basisbetrages oder Prozentsatzes im Vergleich zu dem gegenüber Swisscom zur Anwendung gebrachten, lasse sich vor diesem Hintergrund nicht rechtfertigen.⁴²⁶

440. Dazu ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach unter Schwere im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG die objektive, d. h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen ist. Massgebend ist danach das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen ist zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten.⁴²⁷ Subjektive Elemente wie Vorsatz und (Behinderungs-) Absicht spielen daher hierbei keine Rolle.

C.2.7 Ergebnis

Basisbetrag (Faktor [...])	Dauerzuschlag	Zwischenergebnis	Erschwerende / mildernde Umstände	Sanktion
22 553 368	+ 33 %	29 995 979	-	29 995 979

Tabelle 3: Übersicht Sanktionsbemessung in Franken

441. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erweist sich eine Verwaltungssanktion in Höhe von 29 995 979 Franken als dem Verstoss von UPC gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

D Kosten

442. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴²⁸ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

443. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.⁴²⁹

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

445. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 200 und 290 Franken. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 1136,5 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 1038,7 Stunden zu 200 Franken, ergebend 207 740 Franken

- 97,8 Stunden zu 290 Franken, ergebend 28 362 Franken

446. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 236 102 Franken. Diese Gebühr ist entsprechend dem Ausgang des Verfahrens UPC aufzuerlegen.

E Ergebnis

447. Als Ergebnis ist festzustellen, dass UPC im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt (Abschnitt B.5.2).

448. Die Analyse hat ergeben, dass UPC die Geschäftsbeziehung gegenüber Swisscom im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV in ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Die Verweigerung erfolgte im Zeitraum vom [...] bis zum Abschluss der Distributionsvereinbarung zwischen UPC und Swisscom am [...] (Abschnitt B.5.3).

449. UPC ist zu verpflichten, allen ersuchenden TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden Bedingungen anzubieten (Abschnitt C.1).

⁴²⁶ Vgl. act. 164, Rz 98 f.

⁴²⁷ Vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4 (= RPW 2017/4, 294 E. 6.4), *Bayerische Motoren Werke AG/WEKO*.

⁴²⁸ Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25.2.1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴²⁹ BGE 128 II 247, 257 f. E 6.1 (= RPW 2002/3, S 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

450. UPC ist zudem mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von 29 995 979 Franken zu belasten und hat die Kosten des Verfahrens zu tragen (Abschnitte C.2 und D).

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die UPC Schweiz GmbH wird in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG verpflichtet, allen ersuchenden TV-Plattformen in der Schweiz entweder das Rohsignal der Eishockeyübertragungen National League und der Swiss League oder die Durchleitung des Programmangebots Mysports (enthaltend die relevanten Eishockeyinhalte) zu nicht-diskriminierenden Bedingungen anzubieten.
2. Die UPC Schweiz GmbH wird in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a

KG mit einer Sanktion von 29 995 979 Franken belastet.

3. Die UPC Schweiz GmbH hat die Verfahrenskosten von insgesamt 236 102 Franken zu tragen.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- **UPC Schweiz GmbH**, in Wallisellen, vertreten durch [...]
- **CT Cinetrade AG**, in Zürich, Teleclub AG, in Zürich und **Swisscom (Schweiz) AG**, in Bern, alle vertreten durch [...].

Die Verfügung geht nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse durch die Parteien in Kopie an:

- **Sunrise Communications AG**, in Zürich, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2

2. Optische Netzwerke

Verfügung vom 16.11.2020 in Sachen Untersuchung 22-0503 gemäss Art. 27 KG betreffend Optische Netzwerke wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG gegen

1. **Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich**, in Zürich, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vertreten durch [...]
2. **Dacoso GmbH**, in Dietikon, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vertreten durch [...]
3. **Infoguard AG**, in Baar, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vertreten durch [...]
4. **IT District GmbH**, in Cham, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vertreten durch [...]

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob die Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, die Dacoso GmbH, die Infoguard AG und die IT District GmbH ihre Offerten im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens der Schweizerischen Nationalbank zum Ausbau ihrer IT Netzwerkinfrastruktur zwischen Mai und Juni 2019 koordiniert und damit gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ und Art. 5 Abs. 4 KG verstossen haben.

A.2 Untersuchungsadressatinnen

A.2.1 Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich

2. Die Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich (nachfolgend: Adva) ist Teil der deutschen Muttergesellschaft Adva Optical Networking SE mit Sitz in Martinsried (Deutschland). Die Muttergesellschaft ist weltweit tätig und betreibt Standorte in mehr als 20 Ländern. Die Adva ist in der Entwicklung, Produktion, Vermarktung und im Vertrieb von optischen und elektronischen Hardware- und Softwarekomponenten tätig und erbringt Dienstleistungen in diesem Zusammenhang.

A.2.2 Dacoso GmbH

3. Die Dacoso GmbH (nachfolgend: Dacoso) mit Sitz in Dietikon (ZH) ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Muttergesellschaft Dacoso data communications solutions GmbH mit Sitz in Langen (Deutschland). Die Dacoso ist vor allem in Deutschland tätig, wo das Unternehmen an 8 Standorten vertreten ist. Ausserdem ist die Dacoso an einem Standort in Österreich vertreten. Die Dacoso ist im An- und Verkauf sowie Erbringen von Beratungs- und Dienstleistungen im Bereich von elektronischen Datenverarbeitungssystemen tätig. Unter an-

derem verkauft die Dacoso auch Adva-Netzwerkkomponenten und kümmert sich um deren Wartung bei ihren Kundinnen und Kunden.

A.2.3 Infoguard AG

4. Die Infoguard AG (nachfolgend: Infoguard) mit Sitz in Baar und zweitem Standort in Bern ist in der Entwicklung, Herstellung, Vermarktung und Vertrieb von Produkten aktiv und erbringt Beratungs- und andere Dienstleistungen im Bereich der Daten- und Informationssicherheit. Die Infoguard vertreibt unter anderem auch Adva-Netzwerkkomponenten und kümmert sich um deren Wartung bei ihren Kundinnen und Kunden.

A.2.4 IT District GmbH

5. Die IT District GmbH (nachfolgend: IT District) mit Sitz in Cham ist im Verkauf, in der Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Hard- sowie Softwareprodukten tätig und erbringt Beratungs- und andere Dienstleistungen im Bereich der Daten- und Informationssicherheit. Die IT District verkauft bislang keine Adva-Netzwerkkomponenten und wartet diese auch nicht.

A.3 Verfahrensgeschichte

6. Nachdem das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Oktober 2019 Kenntnisse über mögliche unzulässige Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit einer Ausschreibung der Schweizerischen Nationalbank (nachfolgend: SNB) erhielt, reichte die IT District am 8. November 2019 einen Marker für eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG² ein, welchen sie am 22. November 2019 ergänzte.³ Gestützt auf die erhaltenen Informationen und weitere Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 14. Januar 2020 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 22-0503: Optische Netzwerke nach Art. 27 ff. KG⁴ und führte gleichentags Hausdurchsuchungen bei Dacoso und Infoguard durch. Ferner befragte sie je einen Mitarbeiter der Infoguard⁵ und der Adva⁶ und führte ein protokolliertes Telefongespräch mit der SNB.⁷

7. Die Infoguard machte am 15. Januar 2020 eine Eingabe zum Sachverhalt, welche sie am 7. Februar 2020 ergänzte.⁸ Die Dacoso setzte am 15. Januar 2020 einen Marker für eine Selbstanzeige und reichte ihre Eingabe am 31. Januar 2020 nach.⁹

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

² Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

³ Act. IX.A.1, IX.A.7.

⁴ Vgl. SHAB vom 28.1.2020, Nr. 44 (Act. I.40) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 13.1.2020 (Act. I.1-I.4).

⁵ Act. IX.B.3.

⁶ Act. III.1.

⁷ Act. IV.1.

⁸ Act. IX.B.4, IX.B.8.

⁹ Act. IX.C.1, IX.C.5.

8. Die Adva erhielt am 18. März 2020 Einsicht in einen Teil der elektronischen Verfahrensakten unter Ausschluss der Selbstanzeigeakten.¹⁰ Sämtliche Parteien erhielten am 2. Juni 2020 die elektronischen Verfahrensakten mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten zur Einsicht.¹¹ Am 1. Juli 2020 versandte das Sekretariat im Einverständnis mit den betroffenen Parteien fünf geschwärzte Aktenstücke aus den Selbstanzeigeakten allen Verfahrensparteien zur Einsicht.¹²

9. Zwischen dem 12. und dem 19. Juni 2020 fanden Gespräche über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR) mit allen Verfahrensparteien statt.¹³ Am 9. Juli 2020 stellte das Sekretariat allen Parteien die endgültigen Versionen der EVR und des Rechtsmittelverzichtes zu.¹⁴ Diese wurden von allen Parteien unterzeichnet retourniert.¹⁵ Am 22. September 2020 versandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG.

10. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) genehmigte am 16. November 2020 die EVR und entschied unter angemessener Berücksichtigung der Parteistellungnahmen in der Sache.

B Sachverhalt

B.1 Vorbemerkung zum Beweis

11. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)¹⁶ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP¹⁷). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.¹⁸ Es bestehen aus Behördensicht keine erheblichen Zweifel, dass sich

der Sachverhalt in der beschriebenen Art ereignet hat. Darüber hinaus haben sämtliche Verfahrensparteien eine EVR zur Beilegung des Verfahrens mit dem Sekretariat abgeschlossen und auf allfällige Rechtsmittel verzichtet, sofern die EVR von der WEKO genehmigt werden würde. Aus diesen Gründen wird der Sachverhalt ohne Beweisführung dargestellt.

B.2 Markt der optischen Netzwerke

12. Optische Netzwerke sind auf Glasfaser basierende Telekommunikationsnetze, die eine Datenkommunikation zwischen zwei oder mehreren Standorten erlauben (vgl. Abb. 1). Die Datenkommunikation zwischen den Standorten der SNB basiert unter anderem auf der sogenannten «Dense Wavelength Division Multiplexing» (DWDM) Technologie.¹⁹ Diese Technologie erlaubt es, am Sender-Standort verschiedene Signale, welche durch verschiedene Applikationen (z. B. Telefonie, Internet, Datenkommunikation etc.) entstanden sind, zu bündeln (Multiplexing) und das gebündelte Paket dann über eine einzige Glasfaser an den Empfänger-Standort zu schicken. Dort werden die Signale wieder entbündelt (De-multiplexing). Ein Unternehmen, das sich dieser Technologie bedient, muss die Glasfaser als unbeleuchtete (sogenannte dark fiber) bei einem Telekomanbieter zur exklusiven Nutzung mieten und die Glasfaser selbst «durchleuchten». Diese Technologie erlaubt es dem betreffenden Unternehmen mithilfe einer einzigen Glasfaser eine Kommunikation von einer enormen Menge gesicherter Daten aus unterschiedlichen Applikationen zwischen zwei Standorten herzustellen. Die DWDM-Technologie wird durch spezifische Netzwerkkomponenten ermöglicht, welche am Sender- und Empfänger-Standort installiert sind. Die Adva bietet solche DWDM-Netzwerkkomponenten als skalierbare und modulare Systeme an, die sich auf die spezifischen Kundenbedürfnisse massschneidern lassen.

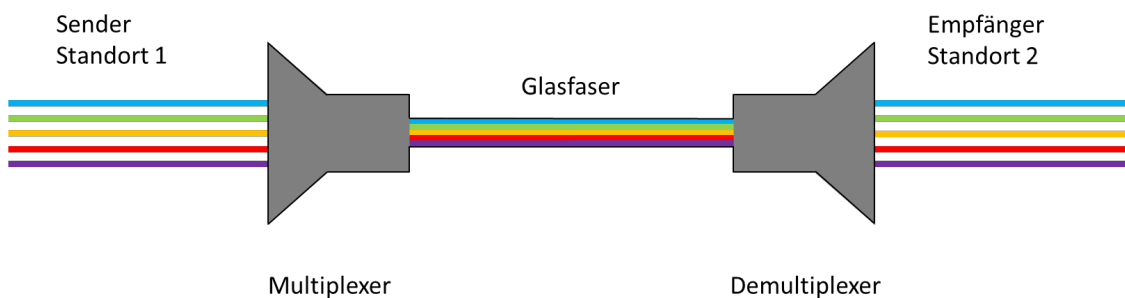


Abbildung 1: Funktionsweise der DWDM optischen Netzwerke Technologie

¹⁰ Act. I.49-I.51.

¹¹ Act. I.80-I.84.

¹² Act. I.101-I.104.

¹³ Act. I.88, I.89, I.93, I.94.

¹⁴ Act. I.105-I.108.

¹⁵ Act. I.109-I.113.

¹⁶ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁷ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹⁸ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Beton-sanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹⁹ Vgl. z. B. <<https://www.adva.com/en/products/technology/dwdm>> (6.2.2020).

13. Die Adva ist seit mehr als 20 Jahren weltweite Herstellerin von Hard- und Software-Lösungen für solche Netzwerke. Hauptsächlich Grosskundinnen und Grosskunden wie Banken oder Versicherungsunternehmen beziehen die Produkte der Adva. Die Adva vertreibt ihre Produkte in der Schweiz grösstenteils durch sogenannte Partnerunternehmen.²⁰ Sowohl die Dacoso als auch die Infoguard sind Elite-Partnerinnen²¹ und profitieren somit vom höchstmöglichen Partnerstatus. Elite-Partnerinnen können die Wartung der Adva-Produkte als zertifizierte Dienstleistung anbieten, profitieren von verbesserten Einkaufskonditionen und haben Zugang zu weiteren Vorteilen wie z. B. Weiterbildung und Teilnahme an Kongressen.²² Die IT District ist kein Partnerunternehmen der Adva und hat bislang keine Adva-Produkte verkauft. Zudem ist die IT District vor allem in Software-Lösungen für IT Sicherheit spezialisiert und verkauft grundsätzlich keine Hardwareprodukte.²³

14. Partnerunternehmen kaufen die Produkte bei der Herstellerin Adva zum sogenannten Einkaufspreis ein. [...] Dieser individuelle Rabatt ist grundsätzlich nur der Adva und dem jeweiligen Partnerunternehmen bekannt.²⁴ [...] ²⁵

15. Die Partner verkaufen dann die Produkte weiter an die Endkundinnen und Endkunden. Der Preis an die Endkundinnen und Endkunden setzt sich aus dem Adva-Listenpreis abzüglich eines vom Partner gewährten Endkundenrabatts zusammen (vgl. Abb. 2). Der Adva-Listenpreis ist nicht öffentlich und die Kundin und der Kunde kennt den ihm gewährten Endkundenrabatt nicht zwingend.²⁶ Die Differenz zwischen dem Einkaufspreis und dem Endkundenpreis stellt die Marge für den Partner dar.²⁷

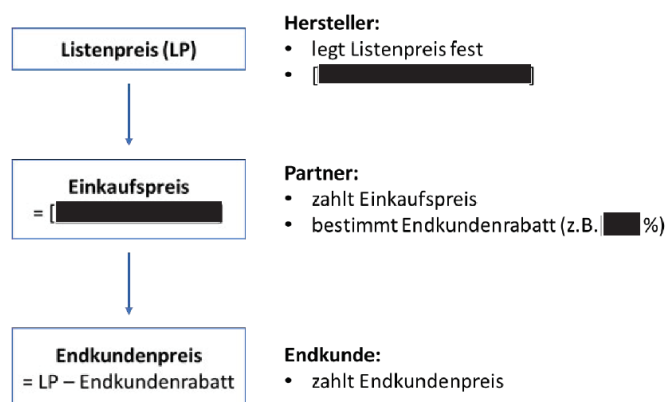


Abbildung 2: Preisgestaltung

16. Grundsätzlich könnte die Adva ihre Produkte auch selbst vertreiben. [...] ²⁸ Anstelle dessen betreibt die Adva grösstenteils ein Netz mit Partnerunternehmen, welche ihre Produkte vertreiben.

17. Zusätzlich zu den Produkten der Herstellerin verkaufen die Partnerunternehmen die Dienstleistung der Installation und Wartung vor Ort. Es steht der Kundin und dem Kunden jedoch im Prinzip offen, die Komponenten und die Wartung bei zwei separaten Vertreibern zu beziehen.

18. Grundsätzlich kann jedes Unternehmen Adva-Produkte vertreiben, ohne zwingend Adva-Partner zu sein. Einem Unternehmen, das Adva-Produkte vertreiben möchte, stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Eine Möglichkeit besteht darin, das Produkt direkt von der Adva zu beziehen.²⁹ Eine zweite Möglichkeit ist es, ein Adva-Produkt von einem Partnerunternehmen zu kaufen.³⁰ Letztere Möglichkeit stünde im vorliegenden Fall z. B. der IT District offen, da diese keine offizielle Adva-Partnerin ist. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Installation und Wartung vor Ort nur von einem ausgebildeten und erfahrenen Unternehmen getätigt werden kann. Die IT District verfügt zurzeit über keine entsprechende Erfahrung oder Ausbildung.

²⁰ Vgl. z. B. Act. III.1, Zeilen 124 ff. oder Act. IX.C.5, Rz 22.

²¹ Act. IX.C.5, Rz 23; <<https://www.infoguard.ch/de-ch/partner/adva-optical-networking-dwdm-cwdm-connectivity>> (6.2.2020).

²² <<https://www.adva.com/en/about-us/partners/value-added-resellers>> und <<https://www.adva.com/en/resources/downloads/pdf/partner-eco-sphere-brochure>> (6.2.2020).

²³ Act. IX.A.7, Rz 19.

²⁴ Act. IX.B.3, Zeilen 96 ff.

²⁵ Act. III.1, Zeilen 95 ff.

²⁶ Act. III.1, Zeilen 106 ff.

²⁷ Vgl. z. B. Act. IX.C.5, Beilage 25.

²⁸ Act. III.1, Zeilen 124 ff.

²⁹ Act. III.1, Zeilen 238 ff.

³⁰ Act. III.1, Zeile 237; Act. IX.C.5, Rz 22.

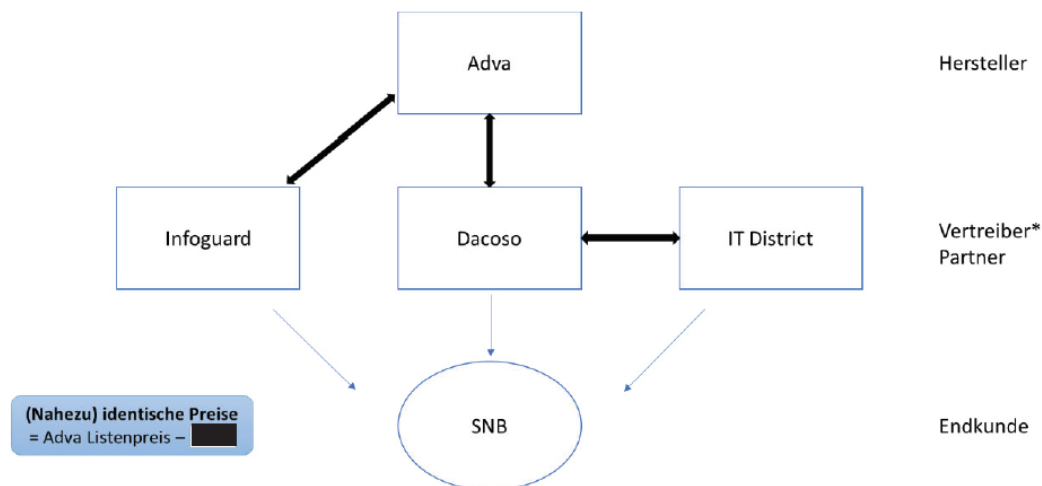
B.3 Wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweise: Koordination der Offerten für die Ausschreibung der SNB vom Mai bis Juni 2019

19. Im Mai 2019 fragte die SNB per E-Mail eine Offerte für den Ausbau ihrer Adva-Infrastruktur beim bestehenden Partnerunternehmen Dacoso an.³¹ Der Anfrage lag eine Stückliste mit den gewünschten Adva-Produkten bei. Die Dacoso reichte ihre Offerte am 3. Juni 2019 per E-Mail ein. Die Offerte enthielt zwei Angebote mit jeweils unterschiedlichen Hardwarekomponenten.³² Daraufhin kontaktierte die SNB die Herstellerin Adva und fragte für zwei weitere möglichen Offerten nach zwei weiteren Vertreibernamen nach.³³ Die Adva nannte der SNB die Infoguard und die IT District, welche die SNB um ein Angebot anfragte.³⁴ Es gab keine öffentliche Ausschreibung.³⁵ Dieser Ablauf ist nicht untypisch, da bei einer Einladung zu einer Offerte der Wettbewerb nicht abgeschlossen ist. Die Vergabestelle kann weitere Anbieter einladen und weitere Verhandlungen oder Abgebotsrunden durchführen.

20. Die Adva und die Dacoso kamen überein, dass die Adva eine «Schutzofferte» (auch «Stützofferte» genannt) bei der Infoguard und die Dacoso eine «Schutzofferte» bei der IT District erwirken sollten, damit die Dacoso den Zuschlag erhalten würde.³⁶ Sowohl die Adva als auch die Dacoso hielten sich an die Übereinkunft.³⁷ Zur Umsetzung der Übereinkunft stellte die Dacoso der Adva ihre Offerte an die SNB zu, so dass die Adva den Endkundenpreis und den angewandten Endkundenra-

batt der Dacoso kannte.³⁸ Die Dacoso und die Adva kamen ferner überein, dass die Adva den Endkundenrabatt von [...] % an die Infoguard kommunizieren sollte und die Dacoso die zu offerierenden Preise an die IT District weiterleiten sollte.³⁹ Auf diese Weise wollten die Dacoso und die Adva sicherstellen, dass die Infoguard und die IT District nicht tiefer als die Dacoso anboten und somit kein konkurrenzfähiges Angebot bei der SNB einreichten.⁴⁰

21. Die Adva überzeugte in der Folge die Infoguard, bei der SNB ein Angebot abzugeben⁴¹, und übermittelte ihr auf Wunsch eine vorbereitete Stückliste mit den Listenpreisen, welche die Infoguard direkt in ihr Angebot übernehmen konnte.⁴² Diese Stückliste wurde ursprünglich von der Dacoso erstellt.⁴³ Gleichzeitig kamen die Adva und die Infoguard über die Höhe des Endkundenrabatts der Infoguard-Offerte überein, so dass die Infoguard ihre Offerte mit dem gleichen Endkundenrabatt wie die Dacoso ausarbeitete.⁴⁴ Gemäss ihrer Übereinkunft mit der Adva kümmerte sich die Dacoso darum, dass die IT District ebenfalls eine Offerte bei der SNB einreichte und die Offerte ebenfalls den Endkundenrabatt von [...] % enthielt.⁴⁵ Zu diesem Zweck bereitete die Dacoso sogar die IT District-Offerte vor, mit genauen Angaben, wie diese Offerte von der IT District zu bearbeiten sei.⁴⁶ Sowohl die Infoguard als auch die IT District waren sich darüber im Klaren, dass sie mit ihren Offerten keine Chancen hatten, den Zuschlag bei der SNB zu gewinnen.⁴⁷



* IT District ist keine offizielle Vertreiberin/Partnerin von Adva-Produkten

Abbildung 3: Informationsfluss zwischen den Parteien

³¹ Act. IX.C.5, Beilage 10.

³² Act. IX.C.5, Beilagen 12-16.

³³ Act. III.1, Zeilen 214 ff.; Act. II.1, 7, Zeilen 218 ff.

³⁴ Act. IX.B.8, Rz 6; Act. IX.A.7, Beilage 4; Die SNB konnte möglicherweise herleiten, dass die Dacoso als bereits bestehende Lieferantin von Adva-Komponenten bei der SNB mit Bezug auf Adva-Produkte von besseren Einkaufskonditionen bei der Herstellerin profitieren konnte.

³⁵ Vgl. Act. IX.B.4, 1.

³⁶ Act. IX.C.5, Rz 63, 67 und 95, Beilage 25.

³⁷ Act. IX.C.5, Rz, 54 ff., Rz 63, 67 und 95, Beilage 25; Act. IX.B.4, 2 und 20 f.

³⁸ Act. IX.C.5, Rz 51, Beilagen 15 und 21.

³⁹ Act. IX.C.5, Rz 63, 71 ff. und 82 f.

⁴⁰ Act. IX.A.7, Rz 27; Act. IX.C.5, Rz 63 und 95.

⁴¹ Act. III.1, Zeilen 220 ff.; Act. IX.B.3, Zeilen 134 ff.

⁴² Act. IX.B.3, Zeilen 134 ff.; Act. IX.B.4, 21; Act. III.1, Beilage 5.

⁴³ Act. III.1, Zeilen 283 ff.

⁴⁴ Act. IX.B.4, 2 und 20 f.

⁴⁵ Act. IX.A.7, Beilagen 2 und 6.

⁴⁶ Act. IX.C.5, Beilage 23.

⁴⁷ Act. IX.B.4, 64; Act. IX.C.5, Beilage 23.

22. Die Dacoso, die Infoguard und die IT District hielten sich an die Abmachung und unterbreiteten der SNB eine Offerte mit dem verabredeten Endkundenrabatt von [...] % auf den Listenpreis der Adva.⁴⁸ Die Offerten der IT District und der Infoguard waren Schutzofferten und sollten dafür sorgen, dass die Dacoso den Zuschlag erhielt. Die Schutzgeberinnen waren sich bewusst, dass es sich bei ihren Offerten um Schutzofferten handelte.⁴⁹ Der Infoguard war zudem bewusst, dass die Preise identisch mit denjenigen der Dacoso-Offerte waren.⁵⁰ Die Infoguard und die IT District haben sich nach Eingabe der Offerte nicht mehr bei der SNB über den Stand des Projektes erkundigt.⁵¹

23. Die Preise für die Hard- und Softwarekomponenten waren in allen drei Offerten quasi identisch. Alle drei Unternehmen wandten in ihrer Offerte einen Endkundenrabatt von [...] % auf den Listenpreis der Adva an.⁵²

24. Die drei bei der SNB eingereichten Offerten bildeten die Basis für den Entscheid der SNB, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte.⁵³ Der Umstand, dass die Offertanfragen der SNB in einer – gemäss Parteiaussagen in der Branche eher unüblichen – informellen Form per E-Mail verschickt wurden, ändert daran nichts.⁵⁴ Grund für die Form der Anfrage (insb. per E-Mail) sei, gemäss Aussagen der SNB, im vorliegenden Fall das eher kleine Beschaffungsvolumen gewesen.⁵⁵ Bei der Wahl des Unternehmens, welches den Zuschlag erhalten sollte, sei insbesondere das Preisniveau der Offerten ausschlaggebend gewesen.⁵⁶ Bei drei quasi identischen Offerten hätte sich die SNB für ihre bestehende Partnerin Dacoso entschieden. Denn es bestand bereits ein vertragliches Verhältnis zwischen der SNB und der Dacoso bezüglich der Adva-Infrastruktur. Mit einem Wechsel des Partnerunternehmens wären daher Umstellungskosten verbunden gewesen. Gemäss Aussagen der SNB hätte sie daher einen Wechsel zu einer neuen Partnerin nur in Betracht gezogen, wenn diese mindestens ca. [...] % billiger als die Dacoso angeboten hätte.⁵⁷

25. Die Offertkoordination im Rahmen der SNB Ausschreibung zwischen der Dacoso, der IT District, der Infoguard und der Adva spielte sich zwischen Mai und Juni 2019 ab.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

26. Das Kartellgesetz (KG)⁵⁸ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

27. Die vorliegende Verfügung ist an folgende Unternehmen zu richten⁵⁹:

- Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, Zürich;
- Dacoso GmbH, Dietikon;

- Infoguard AG, Baar und
- IT District GmbH, Cham.

28. 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). Vorliegend steht der Abschluss von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Frage. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung im Einzelnen geprüft (vgl. dazu Rz 41 ff.).

29. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

30. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG)⁶⁰. Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

C.3 Parteienträge

31. Die Adva beantragt erstens, die Untersuchung gegen sie sei ohne Sanktion und Kostenfolgen einzustellen. Falls der erste Antrag abgewiesen werden sollte, beantragt sie zweitens eventualiter, die vereinbarte EVR sei zu genehmigen und die Adva sei maximal mit der im Antrag vorgesehenen Sanktion zu belasten.⁶¹

32. Die WEKO tritt auf den ersten Antrag nicht ein und heisst den zweiten Antrag gut. Der Nichteintretensentscheid begründet sich wie folgt:

⁴⁸ Act. IX.C.5, Beilagen 12-16, Act. IX.A.7, Beilage 10, Act. IX.B.4, 10 ff.

⁴⁹ Act. IX.B.4, 19 f.; Act. IX.C.5, Beilage 23; Act. IX.A.7, 9, Rz 27; Act. IX.A.7, 30, Beilage 8.

⁵⁰ Act. IX.B.4, 19 f.

⁵¹ Act. IX.B.4, 4, Act. IX.B.3, Zeilen 262 f. und Act. IX.A.7, Rz 24.

⁵² Act. IX.C.5, Beilagen 12-16; Act. IX.A.7, Beilage 10; Act. IX.B.4, 10 ff.

⁵³ Act. IV.1, Zeilen 51 ff.

⁵⁴ Act. IX.B.8, Rz 10 ff.

⁵⁵ Act. IV.1, Zeilen 63 ff.

⁵⁶ Act. IV.1, Zeilen 49 f.

⁵⁷ Act. IV.1, Zeilen 37 ff.

⁵⁸ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵⁹ Vgl. Urteil des BVer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

⁶⁰ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BVer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, passim (= RPW 2015/1, 131 ff. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁶¹ Act. VI.20, Anträge.

- Wie die Adva ausdrücklich festhält, tritt sie nicht von der EVR zurück, die sie mit dem Sekretariat abgeschlossen hat. Im Gegenteil stellt sie die EVR nicht in Frage.⁶² Die Einstellung des Verfahrens ist nicht Gegenstand der EVR, welche die Adva mit dem Sekretariat abgeschlossen hat. Der Antrag auf Einstellung fällt somit ausserhalb der zur Genehmigung beantragten EVR. Auf den Einstellungsantrag ist daher nicht einzutreten.
- Während des Verfahrens und mit der Unterzeichnung der EVR zeigte die Adva, dass sie das Verfahren auf die vereinbarte Weise abschliessen wollte. An der EVR hält die Adva entsprechend auch fest und beantragt deren Genehmigung. Dennoch beantragt sie gleichzeitig die Einstellung des Verfahrens. Diese Vorgehensweise ist widersprüchlich. Damit verstösst die Adva gegen den verfassungsmässig geschützten Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV⁶³), an den die Adva während des Verfahrens genauso gebunden ist wie die Behörden.⁶⁴ In sinngemässer Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung tritt die WEKO auch aufgrund dieses treuwidrigen Verhaltens nicht auf den Antrag ein.⁶⁵

33. Die Dacoso beantragt eine Kürzung des 27 Seiten umfassenden Antrags. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass der Begründungsumfang über die materielle Begründungspflicht gemäss Art. 35 VwVG hinausgehe⁶⁶ und von den Zusicherungen der Behörden abweiche.⁶⁷ Gemäss Rechtsprechung könne sich die Wettbewerbsbehörde auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Das Verfahren der EVR sei nicht darauf angelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei.⁶⁸ Prozessual enthalte die vereinbarte EVR die ausdrückliche Zusicherung, dass die rechtliche Würdigung soweit als möglich reduziert werde. Die Begründungsdichte einer Verfügung der WEKO, die auf einer EVR basiere, könne im Vergleich zu einer Verfügung ohne EVR reduziert werden. Der Begründungsumfang sei länger als jüngere Verfügungen, die auf EVR basierten. Als Beispiel weist die Dacoso auf die Fälle Stöckli und AdBlue hin. Schliesslich bringt die Dacoso sinngemäss vor, dass ihre Einwilligung zu einem Rechtsmittelverzicht sie zu einer zusätzlichen Kürzung des Verfügungsumfangs berechtige.⁶⁹ Sie konkretisiert ihre Kürzungsvorschläge anhand einer tabellarischen Darstellung. Die Kürzungsanträge beziehen sich alleine auf die rechtlichen Erwägungen des Antrags.⁷⁰ Die WEKO verzichtet auf deren Wiedergabe und weist den Antrag auf Kürzung aus den nachfolgenden faktischen und rechtlichen Gründen ab.

34. Die Dacoso stützt ihren Antrag auf nichtzutreffende Tatsachenbehauptungen, die es zu berichtigen und klarzustellen gilt:

- Das Sekretariat hatte der Dacoso keine bestimmte Anzahl von Seiten zugesichert. Falls die Dacoso dies mit ihrer Aussage, der Begründungsumfang weiche von den Zusicherungen des Sekretariats ab, ausdrücken möchte, entspricht dies nicht den Tatsachen.
- Das Sekretariat hat die angeblich kürzeren Anträge der Fälle Stöckli und AdBlue im identischen Format mit dem vorliegenden Antrag verglichen. Der Antrag im Fall AdBlue umfasste 29 Seiten und ist damit zwei

Seiten länger als der Antrag im vorliegenden Verfahren. Der Antrag im Stöckli-Fall umfasste 25 Seiten. Der vorliegende Antrag ist somit im Vergleich um zwei Seiten länger. Die zwei zusätzlichen Seiten lassen sich u. a. damit erklären, dass das Verfahren im Stöckli-Fall gegen ein einzelnes Unternehmen und nicht wie im vorliegenden Fall gegen vier Unternehmen gerichtet war. Die unterschiedliche Anzahl Verfahrensparteien wirkte sich nämlich auf die Länge des wiedergegebenen Dispositivs und die Länge der wiedergegebenen EVR aus. Im vorliegenden Antrag war die Darstellung von Dispositiv und EVR um rund zwei Seiten länger. Beachtet man also die Anzahl Parteien in den beiden Verfahren, sind die Länge der Antragsdokumente im Fall Stöckli und im vorliegenden Fall praktisch identisch. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall sowohl horizontale als auch vertikale Abreden behandelt werden. In den Stöckli- und AdBlue-Fällen handelte es sich jeweils um exklusiv vertikale respektive horizontale Abreden. Damit ist die Tatsachenbehauptung von der Dacoso, der vorliegende Antrag sei länger als die Anträge in vergleichbaren jüngeren Verfahren, widerlegt.

- Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass, selbst wenn die WEKO sämtliche Kürzungsanträge der Gesuchstellerin unverändert gutheissen würde, der Antrag 24 anstatt 27 Seiten umfassen würde. Die Gegenüberstellung dieser Seitenanzahlen zeigt erstens, dass die Gesuchstellerin selbst nicht in der Lage ist, Kürzungen in relevantem Umfang am Antrag vorzunehmen, und zweitens die Diskussion über die Länge des Antrags im vorliegenden Fall keine praktische Bedeutung hat. Dementsprechend braucht die Aussage, der Rechtsmittelverzicht berechtige die Dacoso zu einer verkürzten Verfügung, vorliegend mangels Relevanz nicht abstrakt beurteilt zu werden.

35. In rechtlicher Hinsicht bezieht sich die Dacoso auf einen Entscheid des Bundesgerichts, in dem das Bundesgericht festhält, das Verfahren der EVR sei nicht darauf angelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei. Daraus leitet die Dacoso sinngemäss ab, eine ausführliche Begründung sei unzulässig.⁷¹ Die Dacoso beantragt zudem einzig die Kürzung des rechtlichen Teils des Antrags. Mit Bezug auf Letzteres sei auf die untenstehenden Ausführungen verwiesen (dazu Rz 39).

⁶² Act. VI.20, Rz 3.

⁶³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁶⁴ BGE 137 V 394, 403 E. 7.1; Urteil des BVer C-2358/2006 vom 4.5.2007, E. 4.2.

⁶⁵ Vgl. dazu Urteil des BVer vom 5.4.2019 E. 4; BGE 142 I 155, 157 E. 4.4.4.

⁶⁶ Act. VI.27, Rz 4.

⁶⁷ Act. VI.27, Rz 6.

⁶⁸ Act. VI.27, Rz 5.

⁶⁹ Act. VI.27, Rz 6.

⁷⁰ Act. VI.27, Rz 7.

⁷¹ Act. VI.27, Rz 5; vgl. zudem Urteil des BVer 2C_524/2018 vom 8.5.2019, E. 2.5.2.

36. Vorab sei klargestellt, dass das vorliegende Dokument keine ausführliche Begründung enthält. Es ist gar nicht streitig, ob ein Antrag bzw. eine Verfügung in einem Verfahren auf Abschluss einer EVR kürzer ausfallen darf als in einem streitigen Verfahren. Wie bewiesen, ist der hier in Frage stehende Antrag auch nicht länger als die Anträge in den Fällen Stöckli und AdBlue, welche die Dacoso anscheinend als genügend kurz betrachtet. Dadurch erübrigt es sich genau genommen, auf die Vorbringen der Dacoso zur Bundesrechtsprechung noch einzugehen. Zur Klarstellung nimmt die WEKO dennoch kurz dazu Stellung.

37. Das Bundesgericht stellt im zitierten Urteil fest, dass eine EVR voraussetze, dass das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachte. Dies setze eine materielle Beurteilung durch das Sekretariat voraus. Allerdings verzichte ein Unternehmen, das einer EVR zustimme, faktisch darauf, den Vorwurf des unzulässigen Verhaltens gerichtlich überprüfen zu lassen. In diesem Kontext hält das Bundesgericht fest, dass die EVR nicht auf eine gerichtliche Beurteilung angelegt sei.⁷² Mit anderen Worten besagt das Bundesgericht, dass das Verfahren der EVR darauf ausgelegt ist, vor der ersten Instanz, d. h. vor der WEKO, abgeschlossen zu werden, und nicht vor einem Gericht. Die Begründungslänge einer Verfügung oder eines Antrags der Vorinstanz bzw. ihres Sekretariats war nicht Gegenstand der Beurteilung des Bundesgerichts. Die Vorbringen der Dacoso zur besagten Rechtsprechung gehen somit an der Sache vorbei.

38. Mit Bezug auf das Vorbringen der Dacoso zu Art. 35 VwVG trifft es zwar zu, dass die verfügende Behörde gemäss Art. 35 Abs. 3 VwVG auf eine Begründung verzichten kann, wenn sie den Begehren der Parteien voll entspricht und keine Partei eine Begründung verlangt. Dabei handelt es sich aber erstens um eine «Kann-Vorschrift», womit der Gesetzgeber den Entscheid über die Begründung und deren Dichte in das Ermessen der Behörde stellt. Zweitens beantragte etwa die Adva die Einstellung des Verfahrens, wodurch die Vorinstanz, die den Antrag der Adva nicht nur ablehnt, sondern nicht einmal darauf eintritt, zur Begründung der Verfügung gezwungen ist. Ferner haben die Behörden die Ablehnung des Antrags der Dacoso auf Kürzung zusätzlich zu begründen, wodurch die Verfügung zusätzlich länger wird.

39. Was die Formulierungs- und Ergänzungsvorschläge sämtlicher Verfahrensparteien betrifft, hat die WEKO diesen angemessenen Rechnung getragen. Es sei in diesem Zusammenhang einzig klargestellt, dass die Behörden sich nicht mit jedem Parteivorbringen einzeln auseinandersetzen und jedes Vorbringen ausdrücklich widerlegen müssen.⁷³ Es besteht zudem kein Rechtsanspruch auf bestimmte Formulierungen und Begründungen. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass die Vorinstanz die impliziten Hauptbegehren der Dacoso, der IT District und der Infoguard gutheisst und ihr ein entsprechend grosses Ermessen bei der Begründung zukommt (Art. 35 Abs. 3 VwVG). Andererseits erstreckt sich der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen. Die Parteien sind nur ausnahmsweise auch zur rechtlichen Würdigung anzuhören, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Er-

messensspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten.⁷⁴ Vorliegend ist keine dieser Ausnahmesituationen gegeben. Die WEKO ist daher frei, die rechtlichen Vorbringen der Parteien nach freiem Ermessen zu berücksichtigen.

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

40. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 41 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und 4 KG unzulässig ist (vgl. Rz 56 ff.).

C.4.1 Wettbewerbsabrede

41. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig.⁷⁵

42. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.⁷⁶ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

43. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen, wie soeben erwähnt, Vereinbarungen. Eine Vereinbarung liegt vor, wenn ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit vorliegt. Bei Verträgen im Sinne des Obligationenrechts kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR⁷⁷), wobei

⁷² Urteil des BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019, E. 2.5.2.

⁷³ BGE 136 I 229, 236 E. 5. BGE 136 I 229, 236 E. 5.2; BGE 134 I 83, 88, E. 4.1.

⁷⁴ Vgl. bereits Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. 6.2003, RPW 2003/3, 699 f., E. 3.2.3, *Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse* u.a.; Urteil des BVer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 3.1.6, *Paul Koch AG/WEKO*, wo das Bundesverwaltungsgericht festhielt, dass die abweichende rechtliche Würdigung einer Tatsache nicht die Frage des rechtlichen Gehörs beschlage, sondern eine materiellrechtliche Frage sei; vgl. auch Urteil des BVer B 8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.1., *SFS/Unimarket AG/WEKO*.

⁷⁵ Vgl. etwa BGE 144 II 246, 252, E. 6.4.1.; RPW 2019/3b, 348 Rz 2252, *Badezimmer* (2. Teil); RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷⁶ BGE 144 II 246, 252, E. 6.4.

⁷⁷ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

die Willenserklärungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder stillschweigend durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR) können.⁷⁸ Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.⁷⁹

44. Folgende ausdrücklichen tatsächlichen übereinstimmenden Willenserklärungen, die Offerten betreffend die SNB Ausschreibung von Mai bis Juni 2019 zu koordinieren (natürlicher Konsens), sind bewiesen:

- zwischen der Dacoso und der Herstellerin Adva;
- zwischen der Infoguard und der Herstellerin Adva und
- zwischen der Dacoso und der IT District.

45. Im Gegensatz zu diesen ausdrücklichen tatsächlichen übereinstimmenden Willenserklärungen äusserten die Dacoso und die Infoguard ihre Willensübereinstimmung stillschweigend. Der stillschweigende Konsens äussert sich durch das konkludente Verhalten der Infoguard, die bewusst eine Schutzofferte zugunsten der Dacoso einreichte, damit diese den Zuschlag erhielt. Unterschiedlos, ob der Konsens zwischen den genannten Parteien ausdrücklich oder stillschweigend zustande kam, beinhaltet er, dass die Dacoso den Zuschlag erhalten sollte (vgl. Rz 20 f.).

46. Um dem getroffenen Konsens gerecht zu werden, reichten die Infoguard und die IT District je eine Schutzofferte ein (vgl. Rz 19 f.). Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall nicht von der Koordinierung im Bereich der Bausubmissionen.⁸⁰

47. Besonders im vorliegenden Fall ist einzig, dass die Dacoso sich nicht direkt mit anderen potentiellen Offerten koordinierte, sondern die Koordination vorab mit der Herstellerin Adva beschloss. Erst danach erfolgte je eine ausdrücklich übereinstimmende Willensäusserung zwischen der Dacoso und der IT District über die zu offerierenden Preise einerseits, sowie zwischen der Adva und der Infoguard über den zu offerierenden Endkundenrabatt andererseits.

48. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt zwischen

- der Dacoso und der Herstellerin Adva;
- der Infoguard und der Herstellerin Adva;
- der Dacoso und der Infoguard und
- der Dacoso und der IT District.

C.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

49. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.⁸¹ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingun-

gen) beziehen.⁸² Wie aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG folgt, müssen die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen.⁸³

50. Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.⁸⁴ Wirken die Abredeteiligen jedoch wissentlich und willentlich darauf hin, den Wettbewerb zu beschränken, steht es den Wettbewerbsbehörden frei, dies zu berücksichtigen.⁸⁵ Ist die Absicht der Beteiligten zur Wettbewerbsbeschränkung erwiesen, wird das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens nämlich in der Regel erfüllt sein.

51. Vorliegend ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien wissentlich und willentlich das Ziel verfolgten, dass die Dacoso den Zuschlag der SNB erhalten würde (Rz 20). Aufgrund ihrer subjektiven Absicht zur Wettbewerbsbeschränkung ist das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens erfüllt. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine so geartete Abrede gemäss konstanter Praxis in objektiver Hinsicht geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.⁸⁶

52. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.4.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

53. Horizontale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken.⁸⁷ Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob die Unternehmen nur der Möglichkeit nach (potenziell) in Konkurrenz zueinander stehen.⁸⁸

⁷⁸ BGE 144 II 246, 252 E. 6.4.1.

⁷⁹ Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

⁸⁰ Vgl. RPW 2017/3, 439 Rz 139, 453 Rz 255, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁸¹ RPW 2017/3, 446 Rz 200, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

⁸² Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

⁸³ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

⁸⁴ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

⁸⁵ EuGH, Rs C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, *Gazdasági Versenyhivatal*, Rz 53.

⁸⁶ RPW 2017/3, 446 Rz 200 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, RPW 2013/4, 560 Rz 177 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁸⁷ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 545.

⁸⁸ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.2.16, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.1.8, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.13, *SFS unimarket AG/WEKO*.

Die Dacoso, die Infoguard und die IT District sind auf derselben Marktstufe tätig. Die Dacoso und die Infoguard stehen als Partnerunternehmen der Adva in aktuellem Wettbewerb zueinander, während die IT District normalerweise nicht im relevanten Markt tätig ist. Die IT District besitzt jedoch die Möglichkeit, innert kurzer Frist (maximal zwei bis drei Jahre)⁸⁹ (vgl. Rz 18), in den Markt einzutreten. Zudem hat sie tatsächlich eine Offerte bei der SNB eingereicht. Sie ist daher eine potenzielle Konkurrentin der Dacoso und der Infoguard. Die ausdrückliche Vereinbarung zwischen der Dacoso und der IT District sowie die stillschweigende Vereinbarung zwischen der Dacoso und der Infoguard ist somit horizontaler Natur. In beiden Fällen liegt eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen vor.

54. Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen, zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek⁹⁰). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren, d. h., auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Sowohl die Dacoso als auch die Infoguard stehen als Elite-Partnerinnen und somit offizielle Vertreiberinnen von Adva-Produkten in einem vertikalen Verhältnis zu der Herstellerin Adva (vgl. Rz 13). Ihre jeweiligen Vereinbarungen mit der Adva stellen Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen dar.

C.4.1.4 Zwischenergebnis

55. Zusammenfassend steht fest, dass die Dacoso und die IT District sowie die Infoguard und die Dacoso in Bezug auf das SNB-Projekt von Mai bis Juni 2019 durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Ferner steht fest, dass die Adva und die Infoguard einerseits sowie die Dacoso und die Adva andererseits in Bezug auf das SNB-Projekt von Mai bis Juni 2019 durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Die verschiedenen Abreden können nicht getrennt betrachtet werden, sondern stellen ein einziges System von Abreden dar. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabreden unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und 4 KG sind.

C.4.2 Anwendung der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

57. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ebenfalls vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

C.4.2.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

58. Gegenstand der vorliegenden horizontalen Wettbewerbsabreden zwischen der Dacoso und der IT District einerseits sowie der Dacoso und der Infoguard andererseits bildete die Preisfestsetzung der Offerten und damit zugleich die Steuerung der Zuschlagserteilung. Die Preisfestsetzung und die Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden gingen mit anderen Worten Hand in Hand. Dabei handelt es sich um Submissionsabreden, die gemäss Praxis, Lehre und Rechtsprechung sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren sind.⁹¹ Dementsprechend greift die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem Markt für Netzwerkkomponenten. Nachfolgend (C.4.2.4, Rz 62 ff.) ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

C.4.2.2 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

59. Gegenstand der vertikalen Abrede zwischen der Adva und der Infoguard waren die Höhe der Kundenrabatte und damit der Offertpreise, welche die Infoguard offerieren sollte. Die Adva gab als Herstellerin dadurch ihrer Abnehmerin Infoguard vor, zu welchen Festpreisen Infoguard anbieten sollte. Infoguard akzeptierte diese Vorgabe freiwillig (vgl. Rz 21). Somit erfüllt die Abrede zwischen der Infoguard und der Adva den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zur Anwendung gelangt.

60. Die Abrede zwischen der Dacoso und der Adva hatte den Zuschlag mit einem Endkundenrabatt von [...] % und damit den Offertpreis der Dacoso zum Gegenstand. Die Abrede über den Offertpreis zwischen der Dacoso und der Adva ist eine Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Dacoso davor bereits eine Offerte bei der SNB eingegeben hatte. Als die SNB die Dacoso zur Einreichung einer Offerte einlud, war der Wettbewerb nicht abgeschlossen, sondern es stand bereits damals fest, dass die SNB weitere Anbieter einladen (was sie

⁸⁹ Vgl. dazu Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.1.5, 6.2.16, *Paul Koch AG/WEKO*; vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Basel 2013.

⁹⁰ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Stand am 22.5.2017; Vertikalbekanntmachung, VertBek), BBl 2017 4543.

⁹¹ RPW 2017/3, 447 Rz 208 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m. w. H.; RPW 2015/2, 225 Rz 192, *Tunnelreinigung*.

danach auch tat) und Verhandlungen und Abgebotsrunden durchführen konnte (vgl. Rz 19). Für die Tatbestandsmässigkeit dieser Preisfestsetzung ist es auch nicht von Belang, welches der beiden Unternehmen als Erstes die [...] % Rabatt vorschlug, oder ob die Unternehmen gleichzeitig diesen Betrag vorbrachten. Für die Tatbestandsmässigkeit einer Abrede über Preise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG reicht es, dass eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen Mindest- oder Festpreise zum Gegenstand hat.⁹² Auch mit Bezug auf diese Abrede besteht folglich die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.

C.4.2.3 Fazit

61. Die vorliegenden Abreden sind somit unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG und Art. 5 Abs. 4 KG zu subsumieren. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs greift mit Bezug auf sämtliche dieser Abreden. Im Folgenden (C.4.2.4, Rz 62 ff.) ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

C.4.2.4 Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

62. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) auf dem relevanten Markt bestand. Da die Beurteilung von Restwettbewerb das Vorhandensein eines relevanten Marktes voraussetzt, auf welchem sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt, sei dieser relevante Markt vorab abgegrenzt.

C.4.2.4.1 Relevanter Markt

63. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁹³ Die Marktgegenseite ist die Ausschreiberin oder der Ausschreiber eines Projektes. Anders als eine Konsumentin bewegt sich eine Ausschreiberin oder ein Ausschreiber nicht auf einem bereits existierenden Markt, sondern definiert anhand der in der Ausschreibung nachgefragten Produkte die Produkte, die für ihn als substituierbar gelten.⁹⁴ Gemäss der Praxis der WEKO stellen Einzelsubmissionsabreden denn auch einen eigenen sachlich relevanten Markt dar.⁹⁵

64. Vorliegend fragte die SNB als nachfragende Marktgegenseite den Ausbau der bestehenden Adva-Infrastruktur nach. Der sachlich relevante Markt umfasst die Adva-Netzwerkkomponenten, welche für den Ausbau der SNB-Infrastruktur notwendig waren. Von den Netzwerkkomponenten ist deren Wartung und Installation zu unterscheiden. Es gibt vorliegend keine Hinweise auf Preisabreden für die Wartung und Installation der Netzwerkkomponenten. Diese Dienstleistungen sind folglich vom sachlich relevanten Markt auszuschliessen.

65. In räumlicher Hinsicht gilt Folgendes: Zwar erkundigte sich die SNB in der ursprünglichen Anfrage bei der Adva nach in der Schweiz und Deutschland stationierten

Partner-Firmen. Allerdings steht fest, dass die SNB auf eine etablierte Supportorganisation in der Schweiz zurückgreifen wollte.⁹⁶ Der räumlich relevante Markt umfasst daher den Schweizer Markt.

66. Der zeitlich relevante Markt bei Einzelsubmissionsabreden wird in der Regel durch den Zeitraum zwischen der Ausschreibung und dem Vertragsschluss definiert.⁹⁷ Im vorliegenden Fall hatte die SNB zu Beginn der Untersuchung den Zuschlag noch nicht erteilt, führte aber de facto einzig mit der Dacoso Folgeverhandlungen.⁹⁸ Der zeitliche relevante Markt umfasst daher die Periode zwischen Mai und Juni 2019.

C.4.2.4.2 Aussenwettbewerb

67. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerbsdruck von nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen diszipliniert wurden. Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligten, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt soweit zu beeinflussen vermögen, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist.⁹⁹

68. Vorliegend gab die SNB den Ausbau der Netzwerkinfrastruktur in Auftrag. Nach einer ersten Anfrage bei der bestehenden Partnerin Dacoso erkundigte sich die SNB nach zwei zusätzlichen Partnerunternehmen. Nach Absprache mit der Dacoso und der Herstellerin Adva reichten schliesslich die Abredepartnerinnen Infoguard und IT District eine Offerte ein. Die SNB zog keine weiteren allfälligen Wettbewerber in Betracht, die nicht an der Abrede beteiligt gewesen wären. Es gab keine öffentliche Ausschreibung (dazu Rz 19). Folglich konnte im vorliegenden Fall gar kein aktueller und potentieller Aussenwettbewerb entstehen. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann daher zumindest nicht aufgrund des Aussenwettbewerbs widerlegt werden.¹⁰⁰

⁹² BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 5; dieses Urteil des BVGer wurde in diesem Punkt nicht durch Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 aufgehoben. Das BGer hält einzig im Gegensatz zum BVGer fest, dass die in Frage stehende vertikale Abrede erheblich gewesen sei, vgl. z.B. Ziff. 2 des Dispositivs; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Zäch et al. (Hrsg.), KG Kommentar, 2018, Art. 5 N 478.

⁹³ Vgl. Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4); BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁴ RPW 2013/4, 592, Rz 827, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁵ RPW 2013/4, 593, Rz 831, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2012/2, 392 Rz 986, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2009/3, 206 Rz 69, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2009/4, 342 Rz 24, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Anders gelagert, namentlich eine umfassende Abrede betreffend, der Sachverhalt, welcher dem Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Implemia (Ticino) SA/ WEKO*, zu Grunde liegt.

⁹⁶ Act. IV.1, 2, Zeilen 46 f., Act. II.1, 5, Zeilen 139 ff.

⁹⁷ Vgl. z. B. RPW 2013/4, 595 Rz 841 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁸ Act. IX.C.5, Rz 69, Act. IX.B.3, Zeilen 262 f. und Act. IX.A.7, Rz 24.

⁹⁹ Verfügung vom 19.8.2019, *Bauleistungen Graubünden*, Rz 458; abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>.

¹⁰⁰ Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

C.4.2.4.3 Innenwettbewerb

69. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder, weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb), oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter¹⁰¹ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

70. Alle drei Partnerunternehmen hielten sich an die Abrede, indem sie beinahe identische Offerten bei der SNB einreichten (vgl. Rz 23). Die Dacoso, die IT District und die Infoguard haben in ihren Offerten wie vereinbart [...] % Endkundenrabatt auf den Adva-Listenpreis angewandt. Somit war jeglicher Innenwettbewerb ausgeschlossen, der die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermöchte.

71. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die SNB zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung das Projekt noch nicht vergeben hatte (vgl. Rz 66). Somit hätten die Parteien bis zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung die Möglichkeit gehabt, eine neue Offerte bei der SNB einzureichen. Keine der Parteien machte von dieser Möglichkeit Gebrauch. Im Gegenteil: die Infoguard verzichtete ausdrücklich darauf, sich über den Stand des Projekts bei der SNB zu erkundigen (siehe dazu Rz 22). Die Parteien ergriffen somit auch nach der ursprünglichen Abrede die Gelegenheit nicht, erneut miteinander in Wettbewerb zu treten.

C.4.2.4.4 Intra- und Interbrandwettbewerb

72. Mit Bezug auf Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ist für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.¹⁰²

73. Vorliegend waren nebst der Herstellerin Adva selbst sämtliche in der Schweiz agierenden Partnerunternehmen an den vertikalen Wettbewerbsabreden beteiligt, so dass kein Intra- oder Interbrand-Wettbewerb bestand. Da die SNB von vornherein Adva-Produkte nachfragte, konnte sich kein Interbrand-Wettbewerb entfalten.

C.4.2.4.5 Fazit: Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung

74. Zusammenfassend steht fest, dass auf dem relevanten Markt kein hinreichender tatsächlicher oder potenzieller Aussenwettbewerb vorlag, der die Abredeteilnehmerinnen in ihrem Verhalten im Wettbewerb hätte disziplinieren können (dazu Rz 67 ff.). Ebenso wenig spielte ein Innenwettbewerb zwischen den Abredeteilnehmerinnen, der auf einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb schliessen lassen würde (dazu Rz 69 ff.). Der Inter- und Intra- und Interbrandwettbewerb spielte nicht (Rz 72 f.).

75. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann nicht widerlegt werden, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Daher erübrigt sich zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die vorliegende Abrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

C.4.3 Schlussfazit zum Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede

76. Zusammenfassend ist mit Bezug auf die Ausschreibung der SNB von Mai bis Juni 2019 Folgendes festzuhalten:

- i. Die Adva und die Dacoso vereinbarten, dass die Dacoso den Zuschlag für das SNB-Projekt mit einem Endkundenrabatt von [...] % erhalten sollte. Sie vereinbarten, dass die Adva die entsprechenden Preisvorgaben an die Infoguard und die Dacoso die entsprechenden Preisvorgaben an die IT District machen sollte. Die Infoguard und die IT District hielten sich an die Preisvorgaben. Die Vereinbarung zwischen der Adva und der Dacoso ist eine vertikale Abrede über Festpreise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG.
- ii. Die Adva vereinbarte mit der Infoguard, dass letztere der SNB eine Offerte mit einem Endkundenrabatt von [...] % unterbreiten sollte. Die Infoguard hielt sich an die Vereinbarung. Die Vereinbarung zwischen der Adva und der Infoguard ist eine vertikale Abrede über Festpreise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG.
- iii. Die Dacoso und die IT District vereinbarten, dass die IT District eine Schutzofferte einreichte, damit die Dacoso den Zuschlag der SNB erhielt. Die IT District hielt sich an die Vereinbarung. Es handelt sich hierbei um eine Preisabrede und eine Abrede über Geschäftspartner im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG zwischen der Dacoso und der IT District.
- iv. Indem die Infoguard entsprechend ihrer vertikalen Abrede mit der Adva eine Schutzofferte zugunsten der Dacoso abgab, stimmte sie sich wissentlich und willentlich mit der Dacoso ab. Es handelt sich hierbei um eine Preisabrede und eine Abrede über Geschäftspartner im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG zwischen der Dacoso und der Infoguard.

Die Abreden i.-iv. können nicht getrennt voneinander betrachtet werden, sondern stellen ein einziges System von Abreden dar.

¹⁰¹ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

¹⁰² Vertikalbekanntmachung (Fn 90), Ziffer 11.

77. Die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c sowie Art. 5 Abs. 4 KG, wonach der wirksame Wettbewerb bei Preis-, Geschäftspartner- und Festpreisabreden beseitigt ist, kann vorliegend nicht widerlegt werden. Wird der wirksame Wettbewerb durch Wettbewerbsabreden beseitigt, können sie gemäss Art. 5 Abs. 1 KG nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Die vorliegenden Abreden sind daher unzulässig und in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar.

C.5 Massnahmen

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

C.5.1 Einvernehmliche Regelung und Rechtsmittelverzicht

79. Das Sekretariat hat am 9. Juli 2020 mit allen vier Verfahrensparteien eine EVR abgeschlossen (vgl. Rz 9). Deren Inhalt lautet wie folgt:

Einvernehmliche Regelung mit der Dacoso und der Infoguard

1. Dacoso/Infoguard verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.
2. Dacoso/Infoguard verpflichtet sich, sich im Zusammenhang mit Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke mit Zulieferern vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht über Endkundenpreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG sowie Informationen, die zu einer Koordinierung der Offerteingaben im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG mit Wettbewerbern führen, auszutauschen.
3. Von den Verpflichtungen in 1. und 2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.

Einvernehmliche Regelung mit der IT District

1. IT District verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.
2. Von der Verpflichtung ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.

Einvernehmliche Regelung mit der Adva

1. Adva verpflichtet sich, keine Massnahmen zu ergreifen, die dazu führen, dass die Abnehmer im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke ihre Offerteingaben unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG koordinieren.
2. Adva verpflichtet sich, im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke mit ihren Abnehmern keine im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG unzulässigen Abreden über Endkundenpreise (inkl. Rabatte) einzugehen.
3. Von der Verpflichtung in 2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.

80. Die genannten EVR verpflichten die Parteien zu künftig kartellrechtskonformem Verhalten. Sie sind hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird dadurch beseitigt.

81. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die EVR 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 – Sanktionsandrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹⁰³

82. Sämtliche Verfahrensparteien haben zusätzlich zu der EVR einen Rechtsmittelverzicht unterzeichnet (dazu Rz 9).

C.5.2 Sanktionierung

C.5.2.1 Rechtsgrundlage und Voraussetzungen

83. 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. Sämtliche Verfahrensparteien sind Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 26 ff.) und haben sich vorsätzlich an mindestens einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG oder Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt. Die Voraussetzungen für eine Sanktionierung der Verfahrensparteien sind somit gegeben. In der Folge ist die Sanktionsbemessung individuell für jede Verfahrenspartei vorzunehmen.

¹⁰³ 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*.

C.5.2.2 Bemessung

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

85. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵

C.5.2.2.1 Konkrete Sanktionsberechnung

86. 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.

(i) Basisbetrag

87. Der Basisbetrag beträgt gemäss Art. 3 SVKG bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Obergrenze). Zur genauen Festsetzung des Basisbetrags ist die Schwere und Art des Verstosses zu beachten (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

1. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

88. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Bei Submissionsabreden zieht die WEKO praxisgemäss als Basisumsatz die Summe der Offerte des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten sollte, bei.¹⁰⁶ Im vorliegenden Fall beträgt der Basisumsatz für die Dacoso, die Infoguard und die IT District EUR [652 174–913 043] bzw. CHF [750 000–1 050 000] (Umrechnungskurs von 1.15 CHF/EUR zum Zeitpunkt der Absprache).¹⁰⁷ Für die Adva muss der Basisbetrag an den hypothetischen Herstellerumsatz angepasst werden.¹⁰⁸ Dieser beträgt EUR [326 087–456 522] bzw. CHF [375 000–525 000].¹⁰⁹

2. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

89. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5

Abs. 3 Bst. a und c KG sowie im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Bei der nachfolgenden Prüfung der Schwere dieser Verstösse gegen das Kartellgesetz stehen objektive und nicht verschuldensabhängige Faktoren im Vordergrund.¹¹⁰ Bei Verstössen gegen Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, handelt es sich um besonders schädliche Abredetypen.¹¹¹ Sie stellen in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar.

90. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass die Abredeteilnehmer mit der Abrede keinen Umsatz erzielten. Die SNB erteilte den Zuschlag aufgrund von der Abrede unabhängiger Umstände nicht. Praxisgemäss sind in einem solchen Fall Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 4 KG zwar als schwerwiegend zu betrachten, aber nicht so schwerwiegend, als wäre es zu einem Zuschlag und somit zu der Realisierung eines kartellbedingten Umsatzes gekommen. Ferner unterscheidet die Praxis bei Submissionsabsprachen zwischen Schutzgeberinnen – welche dem Unternehmen, welches den Zuschlag erhalten soll, mittels Scheinofferten Schutz bieten – und Schutznehmerinnen – welche mithilfe der Schutzofferten der Schutzgeberinnen den Zuschlag erhalten (sollten). Die Höhe des Basiskoeffizienten nach Art. 3 SVKG beträgt gemäss der soeben genannten Praxis 2,5 % für Schutzgeberinnen und 5 % für Schutznehmerinnen.¹¹² Vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, werden in der Praxis ebenfalls als schwerwiegend betrachtet, wobei das Ausbleiben eines Zuschlags und somit eines Umsatzes berücksichtigt werden.¹¹³ Es sind keine Gründe ersichtlich, welche ein Abweichen von dieser Praxis rechtfertigen würden.

91. Die Dacoso, welche vom Zuschlag der SNB und somit vom Kartellumsatz profitiert hätte, ist vorliegend die Schutznehmerin. Schutzgeberinnen sind die Infoguard und die IT District. Sie haben eine Schutzofferte eingereicht, um sicherzustellen, dass die Dacoso den Auftrag erhält. Die Adva nahm nicht an der horizontalen Abrede teil und ist daher weder Schutzgeberin noch Schutznehmerin, hingegen trug sie mit ihren vertikalen Abreden zum Gelingen der horizontalen Abrede bei. Zudem hätte sie gleich wie eine Schutznehmerin vom Kartell profitiert. Sie ist aus diesem Grund gleich wie die Schutznehmerin zu behandeln.

¹⁰⁴ 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*.

¹⁰⁵ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁶ RPW 2017/3, 456 Rz 277, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2013/4, 610 Rz 934, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁰⁷ Act. IX.C.5, Beilage 14.

¹⁰⁸ RPW 2017/1, 103 Rz 68, *Eflare*.

¹⁰⁹ Act. III.1, 8, Zeilen 265 f.

¹¹⁰ BGE 144 II 194, 204 E. 6.4.

¹¹¹ BGE 143 II 297, 317 E. 5.2.4.

¹¹² RPW 2018/4, 769 ff. Rz 141 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; WEKO, Entscheid vom 27. Mai 2019, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*, Rz 264 ff.

¹¹³ RPW 2017/1, 103 Rz 73 ff., *Eflare*.

92. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände und unter pflichtgemässer Beachtung der Praxis der WEKO erscheint für die Dacoso als Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 5 % der relevanten Offertsumme, d. h. CHF [37 500–52 500] und für die Adva ein Basisbetrag von 5 % der relevanten Offertsumme, d. h. CHF [18 750–26 250], als angemessen. Entsprechend erscheint für die Infoguard und die IT District als Schutzgeberinnen der Submissionsabrede jeweils ein Basisbetrag von 2,5 % der relevanten Offertsumme als angemessen, d. h. CHF [18 750–26 250].

(ii) Dauer des Verstosses

93. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). Der vorliegende Sachverhalt spielte sich zwischen Mai und Juni 2019 ab, Art. 4 SVKG gelangt daher nicht zur Anwendung.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

94. In einem letzten Schritt sind die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Da keine erschwerenden Umstände vorliegen, sind einzig die nachfolgenden mildernden Umstände zu beachten.

95. 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. Schliessen die Parteien wie im vorliegenden Fall eine EVR während der Sachverhaltsermittlung ab, kann die Sanktion gemäss Behördenpraxis um maximal 20 % reduziert werden.¹¹⁴ Aufgrund des frühen Abschlusses der EVR während der Untersuchung rechtfertigt sich für alle Parteien die maximale Reduktion von 20 %.

96. Auch kooperatives Verhalten beachten die Wettbewerbsbehörden als mildernden Umstand im Sinn von Art. 6 SVKG. Die Infoguard hat freiwillig Beweismittel und Eingaben zum Sachverhalt eingereicht und zudem den Sachverhalt anerkannt.¹¹⁵ Dieses Verhalten rechtfertigt eine zusätzliche Sanktionsreduktion von 15 %.

(iv) Maximalsanktion

97. 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). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

C.5.2.2.2 Selbstanzeigen

98. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 SVKG und 12 SVKG.

99. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und den Wettbewerbsbehörden Informationen und Beweise liefert, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen entweder eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) oder einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG).

100. Die IT District reichte am 22. November 2019 als erstes Unternehmen noch vor der Eröffnung der Untersuchung eine Selbstanzeige ein (vgl. Rz 6). Obwohl das Sekretariat zu diesem Zeitpunkt bereits Kenntnis möglicher unzulässiger Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit der Ausschreibung der SNB hatte, ermöglichte die Selbstanzeige der IT District die Eröffnung des Verfahrens, weshalb ihr der vollständige Sanktionserlass zu gewähren ist.

101. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG beträgt die Höhe der Reduktion bis zu 50 % des nach den Artikeln 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags.

102. Die Dacoso reichte, nachdem sie am Folgetag der Untersuchungseröffnung einen Marker gesetzt hatte, am 31. Januar 2020 eine Selbstanzeige ein (vgl. Rz 7). Die gelieferten Informationen ermöglichten es den Wettbewerbsbehörden, den Wettbewerbsverstoss zusammen mit den bestehenden Beweismitteln festzustellen. Aufgrund dessen ist eine Sanktionsreduktion von 50 % für die Dacoso angemessen.

103. Die Infoguard gab am 14. Januar 2020 Angaben als Selbstanzeige zu Protokoll, welche sie am 15. Januar 2020 und auf Aufforderung am 7. Februar 2020 ergänzte (vgl. Rz 6 f.). Da die Eingaben die Beteiligung der Infoguard an einem Wettbewerbsverstoss nicht anzeigten, kommt den Eingaben keine Selbstanzeigequalität im Sinne von Art. 8 Abs. 1 SVKG bzw. Art. 12 Abs. 1 SVKG zu. Wie bereits aufgeführt (dazu Rz 96), sind die Eingaben jedoch gemäss Art. 6 SVKG sanktionsmindernd zu berücksichtigen.

¹¹⁴ Vgl. Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28.2.2018, Rz 11; abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html>> (17.1.2019).

¹¹⁵ Act. I.110.

C.5.2.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

104. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.¹¹⁶ Vorliegend sind die festgesetzten Sanktionsbeträge ohne Weiteres tragbar bzw. zumutbar. Es bestehen keine Anzeichen für eine Bedrohung der Wett-

-	Dacoso:	CHF [15 000–21 000]
-	Adva:	CHF [15 000–21 000]
-	Infoguard:	CHF [15 000–21 000]
-	IT District:	CHF 0

D Kosten

106. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹¹⁷ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Die Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen ist daher zu bejahen.

107. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Praxisgemäss

-	78.08	Stunden zu CHF 130.–, ergebend	CHF 10 150.40
-	372.02	Stunden zu CHF 200.–, ergebend	CHF 74 404.00
-	372.02	Stunden zu CHF 200.–, ergebend	CHF 74 404.00

110. Demnach belaufen sich die Gebühren auf insgesamt CHF 101 852.90. Die der Adva, der Dacoso, der Infoguard und der IT District zu gleichen Teilen auferlegten Gebühren betragen entsprechend je Unternehmen CHF 25 463.23.

E Ergebnis

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

112. Die zwischen der Dacoso und der Adva abgeschlossene Vereinbarung, der Dacoso den Zuschlag mit einem Endkundenrabatt von [...] % zuzuschancen, stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG über Festpreise dar (vgl. Rz 59 f.). Die zwischen der Adva und der Infoguard abgeschlossene Vereinbarung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG über Festpreise dar (vgl. Rz 59 f.). Die zwischen der Dacoso und der IT District abgeschlossene Vereinbarung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar (vgl. Rz 58 f.). Die zwischen der Dacoso und der Infoguard abgeschlossene Vereinbarung stellt

bewerbs- oder Existenzfähigkeit der Parteien durch die Sanktion.

C.5.2.3 Ergebnis

105. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO die folgenden Sanktionen als angemessen:

werden die Gebühren den Parteien vorliegend zu gleichen Teilen auferlegt.

108. 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). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–.

109. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 509.75 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar (vgl. Rz 58). Die verschiedenen Abreden können nicht getrennt betrachtet werden, sondern stellen ein einziges System von Abreden dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann nicht widerlegt werden. Die genannten Wettbewerbsabreden sind nicht rechtfertigbar durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG (vgl. Rz 77). Die Abreden führten somit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Adva-Netzwerkkomponenten und sind unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 76).

113. Die WEKO folgt dem Antrag des Sekretariats auf Genehmigung (vgl. Art. 29 Abs. 2 KG) der von der Dacoso, der Adva, der Infoguard und der IT District mit dem Sekretariat vereinbarten einvernehmlichen Regelungen vom 9. Juli 2020 (vgl. Rz 79 ff.).

¹¹⁶ BGE 143 II 297, 346 f. E. 9.7.2.

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

114. Die Dacoso, die Adva, die Infoguard und die IT District waren an den beschriebenen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 83). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 84 ff.): Dacoso CHF [15 000–21 000], Adva CHF [15 000–21 000], Infoguard CHF [15 000–21 000] und IT District CHF 0. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Dacoso, die Adva, die Infoguard und die IT District die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 106 ff.).

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgenden von der Dacoso GmbH und der Infoguard AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarten einvernehmlichen Regelungen:
 - 1.1. Dacoso/Infoguard verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.
 - 1.2. Dacoso/Infoguard verpflichtet sich, sich im Zusammenhang mit Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke mit Zulieferern vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht über Endkundenpreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG sowie Informationen, die zu einer Koordinierung der Offerteingaben im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG mit Wettbewerbern führen, auszutauschen.
 - 1.3. Von den Verpflichtungen in [1.]1. und [1.]2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.
 2. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende von der IT District GmbH mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung:
 - 2.1. IT District verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.
 - 2.2. Von der Verpflichtung ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von
 - Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.
 3. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende von der Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung:
 - 3.1. Adva verpflichtet sich, keine Massnahmen zu ergreifen, die dazu führen, dass die Abnehmer im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke ihre Offerteingaben unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG koordinieren.
 - 3.2. Adva verpflichtet sich, im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke mit ihren Abnehmern keine im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG unzulässigen Abreden über Endkundenpreise (inkl. Rabatte) einzugehen.
 - 3.3. Von der Verpflichtung in [3.]2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.
 4. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit folgendem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet wird:

- IT District GmbH	CHF 0
--------------------	-------
 5. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:

- Dacoso GmbH	CHF [15 000–21 000]
- Adva Optical Networking SE Meiningen,	CHF [15 000–21 000]
Zweigniederlassung Zürich	
- Infoguard AG	CHF [15 000–21 000]
 6. Die Verfahrenskosten von CHF 101 852.90 werden der Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, der Dacoso GmbH, der Infoguard AG und der IT District GmbH zu gleichen Teilen, d. h. je CHF 25 463.23, auferlegt.
 7. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die sichergestellten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.
- Die Verfügung ist zu eröffnen:
- Adva Optical Networking SE, Meiningen, in Zürich, vertreten durch [...]
 - Dacoso GmbH, in Dietikon, vertreten durch [...]

-
- Infoguard AG, in Baar,
vertreten durch [...]
 - IT District GmbH, in Cham,
vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	3. Netzbaustrategie Swisscom
-------	-------------------------------------

Verfügung vom 14. Dezember 2020 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Netzbaustrategie Swisscom; Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen **Swisscom (Schweiz) AG**, in Bern, vertreten durch [...]

Verwendete technische Abkürzungen und Begriffe

Abkürzung	Bedeutung
ALO	Access Line Optical. Glasfaser Layer 1-Angebot von Swisscom
AON	Active Optical Network. Glasfasernetzwerk, welches in Sternstruktur aufgebaut ist
BBCS	Broadband Connectivity Service. Als BBCS bezeichnet Swisscom ihre Layer 3 Vorleistungsdienstleistung zur Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zum Endkunden
BEP	Building Entry Point. Gebäudeeinführungspunkt
BNG	Broadband Network Gateway. Übergabepunkt zwischen dem Datenverkehr zum Endkunden und dem Backbone-Netzwerk des Internet Service Provider
DOCSIS	Data Over Cable Service Interface Specification. Datenübertragungsstandard für Kabelnetze
Drop	Die Kabelleitung vom Strassenschacht zum Gebäudeeingang
EVU	Elektrizitätsversorgungsunternehmen
EVz	Endverzweiger. Ort an welchem die Kabel innerhalb eines Gebäudes auf die einzelnen Nutzungseinheiten verzweigt werden, um sie über die Steigzone (Inhouse) zu den einzelnen Steckdosen zu führen
FDA	Fernmeldedienstanbieterin
Feeder	Kabelleitung von der Anschlusszentrale bis zum Strassenschacht. In diesem Bereich werden die Kabel zusammen durch Kabelkanalisationen geführt, bevor sie auf die einzelnen Drop-Leitungen verzweigt werden
FLL	Fibre Local Loop. Glasfaser Layer 1-Angebot der EVU
FTTB	Fibre to the Basement. Bezeichnung für eine von der Anschlusszentrale bis zum Gebäudeeingangspunkt durchgehende Glasfaserleitung
FTTH	Fibre to the Home. Bezeichnung für eine von der Anschlusszentrale bis in den Haushalt durchgehende Glasfaserleitung
FTTS	Fibre to the Street. Bezeichnung für eine von der Anschlusszentrale bis zum Strassenschacht durchgehende Glasfaserleitung
FTTx	Bezeichnung für die verschiedenen Ausbaustufen (FTTS, FTTB, FTTH) beim Netzausbau durch Glasfaserkabel
FVz	Faserverzweiger mit Splitter. Ort an welchem die Glasfasern für die einzelnen Gebäude verzweigt werden, um sie über den Drop bis zum Gebäudeeingang zu führen
G.FAST	Digital subscriber line (DSL) protocol standard. Ein Datenübertragungsstandard der auf dem Kupferkabel eine sehr hohe Datenrate ermöglicht
G-PON	Gigabit Passive Optical Network. Standard für PON-Netzwerke mit einer symmetrischen Datenübertragung von 1 Gbit/s
HFC-Netzwerk- infrastruktur	Hybrid Fibre Coaxial-Netzwerkinfrastruktur. Koaxialkabelnetzwerkinfrastruktur, bei welchem ein Teil der Datenübertragung über Glasfaser stattfindet, um höhere Bandbreiten zu ermöglichen
HVt	In einem Gebäude untergebrachter Verteiler
ISP	Internet Service Provider
KVz	Kabelverzweiger. Ort an welchem die Kabel für die einzelnen Gebäude verzweigt werden, um sie über den Drop bis zum Gebäudeeingang zu führen

Abkürzung	Bedeutung
Layer 1	Physical Layer. Physikalische Schicht, Übertragung von Bitfolgen in Form elektromagnetischer Signale über Kupferkabel, Koaxialkabel, optische Lichtwellenleiter (Glasfaser), Funk, etc.
Layer 1-Zugang	Zugang zur Leitungsinfrastruktur. Unbeleuchtete Glasfaser oder Kupferkabel
Layer 2	Data Link Layer. Netzzugangsschicht, Transport und Zugang zwischen direkt verbundenen Geräten (Modem-Modem, Router-Router, Computer zum Netz, etc.)
Layer 3	Network Layer. Internetschicht, Vermittlung und Leitweglenkung (Routing) von Datenpaketen im gesamten Netzwerk zwischen Endgeräten (Internetprotokoll; IP)
NG-PON2	Next Generation Passive Optical Network 2 (auch bekannt als TWDM-PON). Ein Datenübertragungsstandard, zur Nutzung einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur
ODF	Optical Distribution Frame. Optischer Verteiler. Verteilerstation, mittels welcher Datensignale auf verschiedene Fasern aufgespalten werden kann
OLT	Optical Line Termination. Gerät, welches die Datensignale in die vorgesehenen Lichtwellen umwandelt, um diese dann über Glasfaserleitungen zu übertragen
ONU	Optical Network Unit. Empfangsmodem für Endkunden, welche von der Glasfaser kommende Lichtsignale in elektrische Signale umwandelt, so dass sie von Endgeräten genutzt werden kann
OTO	Optical Termination Outlet. Hausanschluss, Glasfasersteckdose beim Endkunden
P2MP	Punkt-zu-Multipunkt Topologie. Baumstruktur
P2P	Punkt-zu-Punkt Topologie. Sternstruktur
PoC-Ansatz	Proof of Concept. Projekt, welches durchgeführt wird, um die prinzipielle Durchführbarkeit eines Vorhabens zu prüfen
PON	Passive Optical Network. Glasfasernetzwerk, welches in Baumstruktur aufgebaut ist und dessen Bauelemente (Splitter) ohne aktive Stromversorgung auskommen
Splitter	Optischer Splitter (optisches Prisma), der durch das Glasfasernetz übermittelte Lichtsignale in mehrere identische Lichtsignale aufteilt. Auf diese Weise kann eine einzelne Faser mit einer grösseren Anzahl von Fasern verbunden werden, um so die aus der einen Faser ankommenden Lichtsignale an mehrere Fasern gleichzeitig weiterzuleiten
Switch	Gerät, das Datenpakete zwischen Netzwerksegmenten (meist Anschlussnetz und Backbone-Netz) filtert und weiterleitet
TAE	Teilnehmeranschlusseinheit
TAL	Vollständig entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschluss Leitung. Der vollständig entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist in Art. 3 Bst. d ^{bis} FMG definiert und umfasst die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung
T-TAL	Teilabschnitt-Teilnehmeranschlussleitung. Der Teilabschnitt der TAL, der sich zwischen dem Strassenschacht und dem Endkundenanschluss befindet
TWDM	Time and Wavelength Division Multiplex. Zeit- und Wellenlängen-Multiplex
VDSL2	Very-high-bit-rate Digital Subscriber Line 2. Datenübertragungsstandard für die Nutzung der Doppelader Metalleitung
WDM	Wavelength Division Multiplex. Wellenlängen-Multiplex
XGS-PON	X (10) Gigabit Symmetrical Passive Optical Network. Datenübertragungsstandard über Glasfasernetze mit einer symmetrischen Datenübertragung von 10 Gbit/s

A Sachverhalt

A.1 Ausgangslage

1. Die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) hat am 6. Februar 2020 im Rahmen der Bilanzmedienkonferenz die neue Netzbaustrategie von Swisscom bis Ende 2025 vorgestellt. Demnach solle bis Ende 2025 die Glasfaserabdeckung in Haushalten und Geschäften (Fibre to the Home, FTTH) gegenüber 2019 verdoppelt werden (FTTH-Ausbau gemäss Swisscom 2019: 1.5 Millionen Wohnungen und Geschäfte). 50 – 60 % aller

Wohnungen und Geschäfte könnten bis dann eine Bandbreite von bis zu 10 Gbit/s nutzen.¹

2. Im Unterschied zum bisherigen Ausbau des Glasfasernetzwerkes in der Schweiz (typischerweise als Kooperation zwischen Swisscom und regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen; nachfolgend EVU) nach

¹ Vgl. Swisscom, Medienmitteilung vom 6. Februar 2020, <www.swisscom.ch/de/about/news/2020/02/06-netzausbaustrategie-von-swisscom.html>, <www.swisscom.ch/de/about/news/2020/02/06-results-2019.html> (29.10.2020).

dem Vierfasermodell mit offenem Netzzugang möchte Swisscom dabei künftig die XGS-PON Technologie einsetzen und auf eine Punkt-zu-Multipunkt Topologie (nachfolgend: P2MP) setzen, also künftig eine so genannte Baumstruktur bei der Netzwerkkonstruktion verwenden. Dies insbesondere in Regionen, in denen Swisscom selbstständig baut.

3. Beim Vierfasermodell (auch Mehrfasermodell² genannt) mit offenem Netzzugang wurde bisher eine Punkt-zu-Punkt Topologie (nachfolgend: P2P) eingesetzt und für jeden angeschlossenen Haushalt eine dedizierte Glasfaserleitung ab der Anschlusszentrale in vierfacher Ausführung zur Verfügung gestellt. Bei der P2MP Topologie wird die Kapazität der Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zu einem Knotenpunkt von mehreren Teilnehmern gemeinsam genutzt (häufig im Feederbereich) und die Datenverkehre werden dann mithilfe von sogenannten Splittern den jeweiligen Haushalten übermittelt. Optische Splitter im Schacht bzw. im Gebäudeeinführungspunkt (BEP) erlauben dabei die Aufteilung des gemeinsamen Signals von einer Glasfaser (z.B. Anschlusszentrale) auf mehrere Glasfasern (z.B. Haushalte). Abbildung 1 zeigt schematisch die Erschliessung von Haushalten ab der Anschlusszentrale mit einer P2P Topologie und einer P2MP Topologie. Swisscom möchte

künftig beim Ausbau des FTTH-Netzes die P2MP Topologie verwenden bzw. das FTTH-Netz in einer Baumstruktur ausbauen.

4. Swisscom verwendet seit November 2019 die XGS-PON Technologie, die Bandbreiten von bis zu 10 Gbit/s ermöglicht.³ Unter PON (Passive Optical Network) versteht man ein optisches Zugangsnetz zwischen der Anschlusszentrale und dem Hausanschluss (OTO), das ohne aktive Stromversorgung auskommt. Der XGS-PON Standard ermöglicht eine symmetrische Datenübertragung von 10 Gbit/s im Upstream und im Downstream.⁴ Abbildung 2 zeigt die verschiedenen PON-Technologien (G-PON, XGS-PON und NG-PON2) und das jeweilige Farbspektrum des Laserlichts. G-PON ist der Standard für PON-Netze mit einer symmetrischen Datenübertragung von 1 Gbit/s und NG-PON2 (auch TWDM-PON⁵ genannt) ist eine Weiterentwicklung des Standards, der eine symmetrische Datenübertragung von 40 Gbit/s sowie die Farbentbündelung ermöglicht (vgl. Rz 8). Aufgrund der unterschiedlichen Wellenlängen ist eine parallele Nutzung der drei PON-Technologien möglich. Es ist darauf hinzuweisen, dass die XGS-PON Technologie mit einer Datenübertragung von 10 Gbit/s auch auf den bestehenden Glasfasernetzen mit P2P-Topologie eingesetzt werden kann.

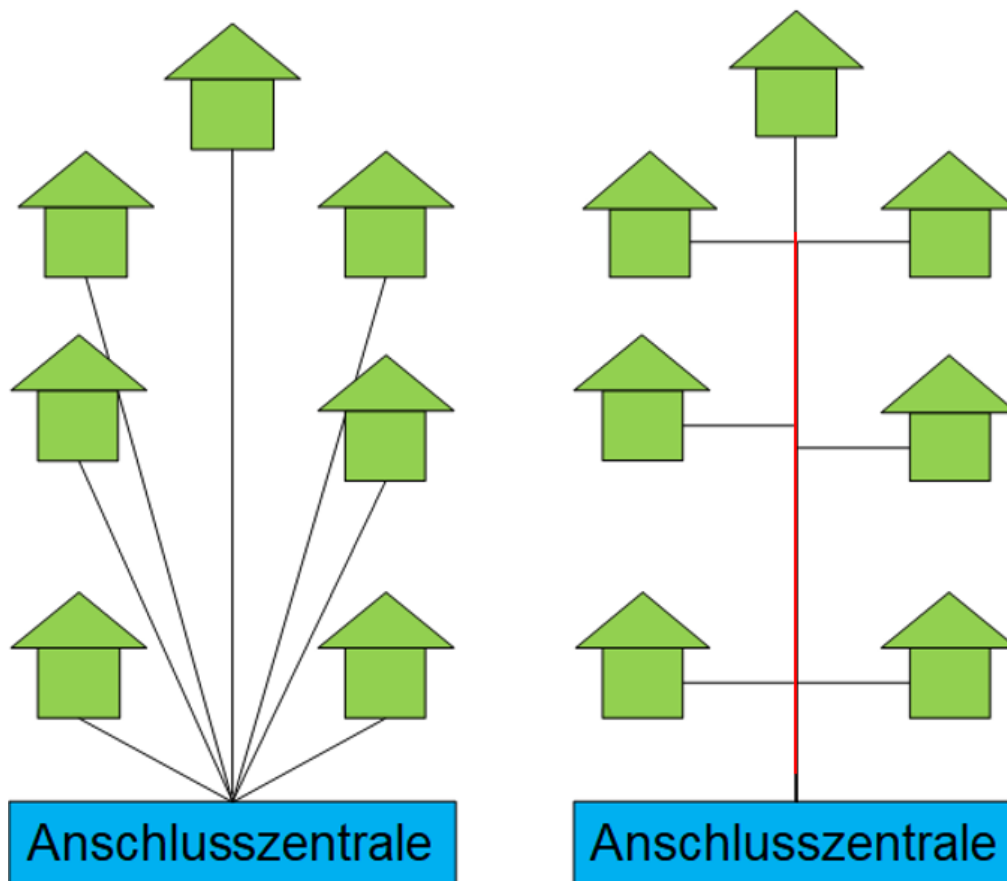


Abbildung 1: Gegenüberstellung P2P Architektur (links) und P2MP Architektur (rechts).

² Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-29395.html> (24.11.2020).

³ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/ueberwholesale/aktuelles/xgspn.html> (29.10.2020).

⁴ Vgl. <www.itu.int/rec/T-REC-G.9807.1-201606-I/en> (29.10.2020).

⁵ Zeit- und Wellenlängen-Multiplex. Time and Wavelength Division Multiplex (TWDM).

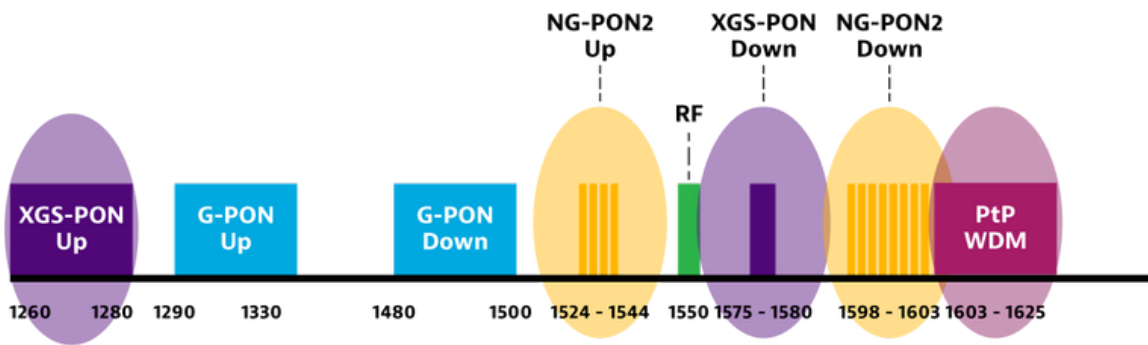


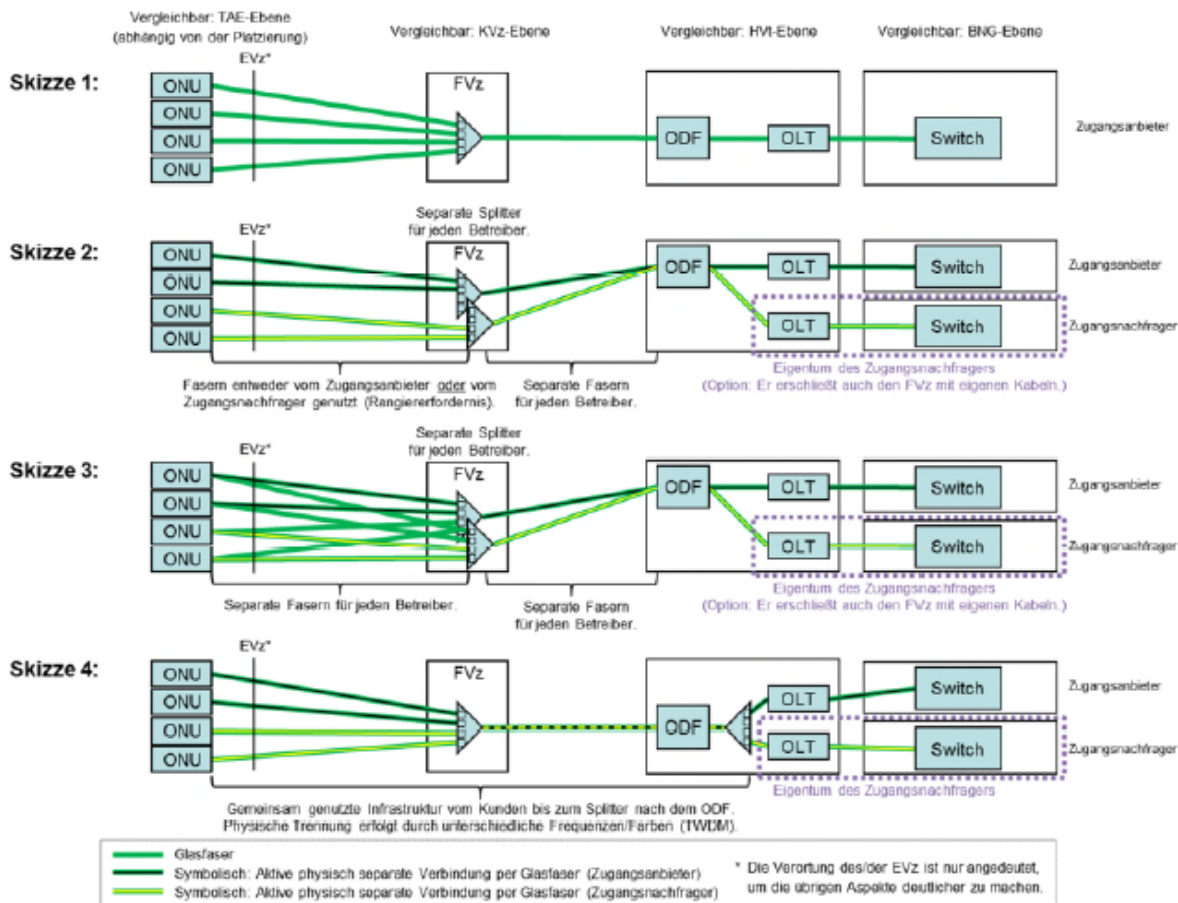
Abbildung 2: PON-Technologien: G-PON, XGS-PON und NG-PON2⁶

5. In den Gebieten, in welchen das FTTH-Netz mittels einer Baumstruktur ausgebaut wird, bietet Swisscom Dritten keinen Zugang mehr zum Layer 1 Angebot ALO (Access Line Optical) auf der unbeleuchteten Faser. Dritten stehen in diesen Regionen nur noch Layer 2 und 3 Angebote wie BBCS (Broadband Connectivity Service) der Swisscom zur Verfügung. Damit verunmöglicht Swisscom anderen Fernmeldediensteanbieterinnen (nachfolgend: FDA) den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur (Layer 1) in den Gebieten, in welchen Swisscom das FTTH-Netz mit einer Baumstruktur (P2MP und XGS-PON) alleine ausbaut. Dies gilt auch, wenn eine parallele Koaxialkabelnetzwerkinfrastruktur besteht, da die Kabelnetzbetreiber Dritten keinen Layer 1-Zugang gewähren (vgl. nachfolgend Rz 127).

6. Dies im Unterschied zu Gebieten, welche Swisscom in Kooperation mit den EVU nach dem Vierfasermodell ausgebaut hat bzw. noch ausbauen wird, wo der physische Zugang über Layer 1 Angebote für FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur auch in Zukunft möglich ist.

7. Bei der P2P-Architektur ist der entbündelte Zugang auf Ebene Anschlusszentrale (Layer 1-Zugang) möglich und wird, wie das Vierfasermodell zeigt, auch von dritten FDA genutzt. Auch bei einer P2MP-Architektur bestehen verschiedene Entbündelungsvarianten, die auf Ebene Anschlusszentrale in Frage kommen. Abbildung 3 zeigt schematisch auf, dass entweder separate Glasfasern für Dritte von der Anschlusszentrale bis zum Splitter im Schacht bzw. BEP verlegt werden können (Skizze 2 und 3) oder die Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zum Splitter im Schacht bzw. BEP gemeinsam genutzt wird und die physische Trennung mithilfe von unterschiedlichen Frequenzen (Farben) bzw. mittels Farbentbündelung erfolgt (Skizze 4).

⁶ Quelle: <www.isatel.ch/de/loesungen/passive-optische-netze> (29.10.2020).

Abbildung 3: Entbündelungsvarianten bei einer P2MP-Architektur⁷

8. Der TWDM-PON Standard wurde im Jahr 2015 von der ITU standardisiert und ermöglicht die gleichzeitige Verwaltung von bis zu vier Layer 1-Angeboten durch Farbentbündelung bzw. die Zuweisung von separaten Farben bei der Nutzung einer Glasfaser.⁸ Die Farbentbündelung erfolgt dabei mithilfe des Wellenlängen-Multiplexverfahrens (Wavelength Division Multiplex, WDM)⁹, welches die Datenströme in Abhängigkeit der Wellenlänge (Farbe) des Laserlichts aufteilt. Somit ist es, wie in Skizze 4 beschrieben, möglich, auch auf einem Glasfasernetzwerk mit P2MP-Architektur ein Layer 1-Angebot auch ohne aktive Fasern im Feederbereich aufzubauen und anzubieten. Solche Lösungen werden gemäss Studie für den Rollout von den Unternehmen Altice und Verizon angeboten.

A.2 Verfahrensverlauf

9. Im Anschluss an die Ankündigung der neuen Netzbastrategie von Swisscom bis Ende 2025 (Ausbau FTTH) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Marktbeobachtung. Anlass für die Eröffnung der Marktbeobachtung waren Diskussionen innerhalb der Branche, dass Swisscom anscheinend dazu übergegangen sei, den Glasfaserausbau nicht mehr in Form einer P2P-Anbindung zwischen Anschlusszentrale und Haushalt, sondern in Form einer P2MP-Anbindung zu realisieren. Mit Schreiben vom 26. Februar 2020 forderte das Sekretariat Swisscom auf, Auskünfte im Zusammenhang mit der Netzbastrategie von Swisscom zu erteilen und infor-

mierte über die Eröffnung einer Marktbeobachtung zur Netzbastrategie von Swisscom bis 2025.¹⁰

10. Mit Schreiben vom 19. März 2020 nahm Swisscom innert Frist Stellung zu den Fragen des Sekretariats.¹¹

11. Mit Schreiben vom 5. Mai 2020 forderte das Sekretariat Swisscom auf weitere Fragen zu beantworten und Präzisierungen bei den eingereichten Antworten vorzunehmen.¹² Mit Schreiben vom 29. Mai 2020 nahm Swisscom innert Frist Stellung.¹³

⁷ Quelle: Bundesnetzagentur (BNetzA), Konsultationsentwurf BK1-19-001, S. 112, <www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/EIS/1_NatKon/NatKon_node.html> (3.11.2020). Verwendete Abkürzungen der BNetzA: ONU = Optical Network Unit, EVz = Endverzweiger, FVz = Faserverzweiger mit Splitter, ODF = Optical Distribution Frame (optischer Verteiler), OLT = Optical Line Termination.

⁸ Studie von Analysys Mason, Full-fibre access as strategic infrastructure: strengthening public policy for Europe, Juni 2020, S. 25 ff., <huawei.eu/file-download/download/public/3160> (11.11.2020); BE-REC Report, Next Generation Access – Implementation Issues and Wholesale Products, März 2010, S. 32 ff., <bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/bereg/reports/169-next-generation-access-implementation-issues-and-wholesale-products> (11.11.2020).

⁹ Vgl. <en.wikipedia.org/wiki/Wavelength-division_multiplexing> (11.11.2020).

¹⁰ Vgl. act. 1.

¹¹ Vgl. act. 2.

¹² Vgl. act. 3.

¹³ Vgl. act. 4.

12. Mit Schreiben vom 2. Juli 2020 forderte das Sekretariat die DANET Datennetzgesellschaft Oberwallis AG (nachfolgend: Danet) auf Fragen zur Kooperation mit Swisscom bzw. zum Pilotprojekt für ein NG.PON zu beantworten.¹⁴ Das Auskunftsbegehren des Sekretariats beantwortete Danet mit Schreiben vom 11. August 2020 innerhalb erstreckter Frist.¹⁵ Mit Schreiben vom 19. November 2020 forderte das Sekretariat Danet auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Mit E-Mail vom 25. November 2020 reichte Danet innerhalb der Frist dem Sekretariat eine bereinigte Version ein.¹⁶

13. Am 11. September 2020 reichte Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7) beim Sekretariat eine Anzeige gegen Swisscom betreffend Roll-out XGS-PON und Änderung Netztopologie ein (vgl. Abschnitt A.3). In der Anzeige wurden folgende Rechtsbegehren verbunden mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gestellt:¹⁷

«Materielle Anträge:

1. *Es sei festzustellen, dass die Angezeigte eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Layer-1-Zugang zur letzten Meile der Glasfaser-Telekommunikationsinfrastruktur innehat.*
2. *Es sei festzustellen, dass die vorliegend monierte Verweigerung des Netzzugangs auf Layer 1 bzw. als ALO eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG darstelle.*
3. *Die Angezeigte sei zu verpflichten, den Netzzugang zu ihren FTTH-Netzen den Wholesale-Kunden weiterhin überall auf Layer 1 bzw. als ALO anzubieten. Ortszentralen müssen dabei ein Versorgungsgebiet von mindestens 3000 Anschlüssen erfassen.*
4. *Die Angezeigte sei zu verpflichten, die eigene Einführung und Vermarktung von auf XGS-PON (NG.PON) basierenden Diensten und Produkten im Endkundenmarkt (Retail) derart zu gestalten, dass die Wholesale-Kunden nicht unverschuldet benachteiligt werden. Dabei hat sie namentlich sicherzustellen, dass ihre Retail-Vermarktung erst dann erfolgt, wenn die Verpflichtung gemäss Rechtsbegehren 3 erfüllt ist.*

Verfahrensanträge:

5. *Es seien eine Vorabklärung durchzuführen und in der Folge eine Untersuchung zu eröffnen.*
6. *Rechtsbegehren 3 und 4 seien als vorsorgliche Massnahmen zu verfügen.*
7. *Einer allfälligen Beschwerde der Angezeigten gegen die anzuordnenden Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Angezeigten».

14. Mit Schreiben vom 22. September 2020 liess das Sekretariat die Anzeige Swisscom zukommen, mit der Einräumung der Gelegenheit zur Stellungnahme bis am 16. Oktober 2020 zur Anzeige und insbesondere den darin beantragten vorsorglichen Massnahmen.¹⁸

15. Am 1. Oktober 2020 fand ein Treffen zwischen Init7 und dem Sekretariat statt, in welchem Init7 ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken vortrug.¹⁹

16. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2020 nahm Swisscom innert Frist Stellung. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:²⁰

«In der Sache (vorsorgliche Massnahmen)

1. *Das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Init7 gemäss Anzeige vom 9. September 2020 (Gesuchsanträge 6 und 7) sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.*

Verfahrensanträge

2. *Es sei weder eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG durchzuführen noch eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen, der Anzeige von Init7 sei keine weitere Folge zu geben und das Dossier 31-0598 Netzbaustrategie Swisscom sei vollumfänglich und ohne Folgen einzustellen.*

unter Kostenfolge zu Lasten von Init7»

17. Mit Schreiben vom 26. November 2020 liess das Sekretariat Swisscom zur Wahrung des rechtlichen Gehörs die Stellungnahme von Danet zukommen und gab Swisscom Gelegenheit zur Stellungnahme bis am 4. Dezember 2020 im Zusammenhang mit den beantragten vorsorglichen Massnahmen.²¹ Mit Schreiben vom 27. November 2020 reichte Swisscom ein Gesuch um Fristerstreckung bis zum 18. Dezember 2020 verbunden mit der Bitte um Zustellung eines vollständigen Aktenverzeichnisses der Marktbeobachtung bzw. der (Vor-) Abklärungen i.S. «31-0598 Netzbaustrategie Swisscom».²²

18. Mit Schreiben vom 30. November 2020 erstreckte das Sekretariat die Frist teilweise bis zum 10. Dezember 2020 und gewährte Swisscom vollständige Akteneinsicht.²³ Mit Schreiben vom 10. Dezember 2020 nahmen der CEO von Swisscom und Swisscom innert teilweise erstreckter Frist Stellung.²⁴

A.3 Anzeige von Init7 vom 9. September 2020

19. Init7 ist eine Anbieterin von Fernmeldediensten mit Sitz in Winterthur. Sie beziehe seit 2014 von Swisscom insbesondere das Layer 1 Angebot ALO. Sie erziele ca. 80 % des Umsatzes mit Privatkunden (Breitbandprodukte: Fiber7, Hybrid7, Crossover7, Cooper7), ca. 10 % mit Geschäftskunden und ca. 10 % mit Wholesale-Kunden (andere Internetprovider, meistens IP Transit Services).²⁵

¹⁴ Vgl. act. 5.

¹⁵ Vgl. act. 6, 7 und 8.

¹⁶ Vgl. act. 17.

¹⁷ Vgl. act. 9.

¹⁸ Vgl. act. 10, 11, 12 und 13.

¹⁹ Vgl. act. 14.

²⁰ Vgl. act. 15.

²¹ Vgl. act. 18.

²² Vgl. act. 19.

²³ Vgl. act. 21.

²⁴ Vgl. act. 22 und 23.

²⁵ Vgl. act. 9, Rz 3 und act. 14.

20. Durch die Änderung der Netztopologie werde gemäss Init7 das Geschäft der auf Layer 1 setzenden FDA durch Swisscom gezielt in Frage gestellt. Die FDA würden durch einen technischen Winkelzug von Swisscom gezwungen, auf das teurere, weniger flexible Layer-2-Angebot zu wechseln. Die Nutzung von Layer 1 werde für die Zukunft verunmöglicht. Dies aus den folgenden Gründen: im Unterschied zur herkömmlichen Glasfasernetz-Topologie, wo jeder Kunde über eine eigene, dedizierte Glasfaser angeschlossen werde (sogenanntes P2P), erlaube XGS-PON auch eine sogenannte P2MP Topologie. Es werde also nicht mehr eine durchgängige Glasfaser von der OTO bis zur Anschlusszentrale geben und stattdessen das Feeder-Kabel optisch auf mehrere Kunden aufgeteilt.

21. Swisscom hätte ungefähr Anfang 2020 angefangen, neue Glasfaseranschlüsse nach dieser Methode zu bauen. Über das Ausmass des Rollouts der FTTH-Anschlüsse sei Init7 im Dunkeln gelassen worden. Sie habe erst im Lauf der Zeit von dieser Änderung erfahren, als sie versucht habe, Kunden an entsprechend erschlossenen Standorten anzuschliessen und von der Angezeigten informiert worden sei, dass dies nicht möglich sei und nur BBCS bzw. Layer 2 als XGS-PON zur Verfügung stehe. Init7 sei bis heute nicht bekannt, wie viele Anschlüsse ausschliesslich als XGS-PON gebaut worden seien respektive sich im Bau befänden. Marketing-Anstrengungen von Init7 seien demzufolge teilweise wertlos, weil je nach Standort gar kein Service lieferbar sei.

22. Die Motivation von Swisscom für die Anpassung ihrer Netztopologie und die in den Schächten verbauten optischen Splitter müsse anderswo liegen als in den gezeigten mageren Kostenersparnissen, die noch durch weitere Nachteile, insbesondere geringere Flexibilität, aufgewogen würden. Die Motivation bleibe aber dennoch offensichtlich: Es gehe Swisscom gar nicht direkt um Kosteneinsparungen. Es gehe Swisscom vielmehr um eine gezielte, dauerhafte Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen ihrer Konkurrentinnen, also von FDA wie Init7.

23. Das Problem der FDA bestehe nämlich darin, dass die neue Netzwerktopologie mit den vorgelagerten Splitttern den Netzzugang von FDA auf Layer 1 technisch verunmögliche, weil die durchgängige Glasfaser zwischen Anschlusszentrale und der OTO des Endkunden nicht vorhanden sei: Eine durchgängige dedizierte Glasfaser zwischen Anschlusszentrale und OTO sei Voraussetzung für eine freie Wahl der eingesetzten Technologie, sei dies XGS-PON oder Ethernet (Gigabit, 10 Gigabit, 100 Gigabit), oder auch eine zukünftige Technologie, die erst in 10, 20 Jahren verfügbar werde. Die FDA müsse bei einer durchgehenden Faser nicht Rücksicht nehmen auf die P2MP Topologie-Einschränkung, die der durch Swisscom im Drop verbaute Splitter verursache. Im Fall von P2P könne die FDA die Technologie frei wählen und sei insbesondere auch flexibel, selber zu entscheiden, wann sie auf neuere Standards setzen wolle.

24. Bringe Swisscom den Splitter jedoch – wie sie dies seit kurzem tue – näher beim Endkunden an, also im zu erschliessenden Haus selber oder in einem vorgelager-

ten Strassenschacht, bestehe keine durchgehende, dedizierte Leitung mehr zwischen der Telefonzentrale und der einzelnen Glasfasersteckdose OTO des Kunden. Es gebe demnach auch keine Möglichkeit mehr, dass interessierte FDA eine solche Glasfaser in unbeleuchteter Form, also ALO auf Layer 1, von der Angezeigten mieten.

25. Die Angezeigte beabsichtige offenbar, künftig mit der Begründung der neuen Netztopologie die von den FDA nachgefragte Leistung ALO zu verweigern und die FDA auf das Layer 3 Produkt (BBCS) zu verweisen.

26. Die beschriebene Umstellung der Netztopologie (Verlagerung des Splitters in Richtung Endkunde) habe damit gerade für die FDA und die Endkunden erhebliche Nachteile. Für die Angezeigte bringe sie zwar gewisse Kostenvorteile mit sich (gemäss der von Init7 genannten Studie wenige Prozent der Gesamtkosten), aber auch die Angezeigte erleide Einbussen an Flexibilität, die durch die Kostenvorteile kaum zu rechtfertigen seien.

27. Bezüglich dem (Teil-)Zugang ab Splitter im Schacht bzw. BEP äussert sich Init7 folgendermassen: Swisscom stelle zwar theoretisch die P2MP-Topologie auf Layer 1 auch Init7 zur Verfügung. Indessen sei dies für Init7 offensichtlich mangels Bündelungsvorteilen, von denen nur die Angezeigte selber profitieren könne, unrentabel. Dies, weil die für die Nutzung von P2MP nötige Verteilung von zusätzlicher Netzwerkinfrastruktur draussen bei den Splitttern im Quartier (d.h. beim Drop) erst ab einem Marktanteil von 40 oder 50 Prozent rentabel werde. Bisher verfüge Init7 jedoch in keinem Markt über mehr als drei Prozent Marktanteil, und auch alle anderen Konkurrentinnen kämen höchstens auf einen tiefen zweistelligen Marktanteil. Die Vorgehensweise von Swisscom, ihre POPs immer kleiner zu machen, wirke sich im Ergebnis also aus wie ein kartellrechtlich verbotener Mengenrabatt (ähnlich wie im Fall des Verfahrens Swisscom ADSL; RPW 2007/3, 410 ff.).

28. Aus Sicht von Init7 sei klar, dass die Motivation von Swisscom zum Rollout von XGS-PON nicht auf legitimen wirtschaftlichen Gründen basieren könne, sondern hauptsächlich zum Ziel habe, die vertikale Integration von Swisscom im Glasfaserbereich weiter voranzutreiben, indem der Layer 1 der Glasfaser neu durch die beschriebenen technischen Massnahmen monopolisiert werde. Die abhängigen FDA würden so auf Layer 2 verdrängt, damit der eigenen Wertschöpfung und getätigten Investitionen beraubt, wodurch ihre Wettbewerbsfähigkeit durch die höheren Kosten und die verminderte Flexibilität langfristig und nachhaltig vermindert werden solle.

29. Swisscom schaffe durch ihre Vorgehensweise zudem Fakten, die auch der Gesetzgeber nicht mehr werde ändern können, sollte er sich doch noch für eine Regulierung des Glasfaserzugangs entschliessen: Bei der vergangenen FMG-Revision habe das Parlament ja bekanntlich auf eine technologieneutrale Zugangsregulierung verzichtet (entgegen dem Entwurf des Bundesrates), die insbesondere auch die Glasfaser erfasst hätte. Der Gesetzgeber werde Swisscom nach der vorliegend monierten Anpassung der Netztopologie jedoch kaum mehr dazu zwingen können, diese Netztopologie wieder abzuändern (normative Kraft des Faktischen).

30. Eine Glasfaserinfrastruktur werde bekanntlich für Generationen gebaut, und die unflexible P2MP Topologie sei womöglich bereits in wenigen Jahren nicht mehr zeitgemäss. Die Wahl der P2MP Topologie sei daher auch volkswirtschaftlich betrachtet widersinnig. Swisscom verletze durch dieses Verhalten Art. 7 KG und missbrauche ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Layer 1-Zugang zur letzten Meile des Glasfaser-Telekommunikationsnetzes.

31. Indem Swisscom ihre Netztopologie ohne legitime Rechtfertigung in einer Weise anpasse, die auf Layer 1 basierende Vorleistungen an FDA technisch für die Zukunft ausschliesse, verweigere Swisscom FDA, die wie bisher auf Layer 1 basierende Leistungen beziehen wollen, die entsprechenden Geschäftsbeziehungen und verletze damit Art. 7 Abs. 2 Bst. a und/oder b sowie c KG. Damit behindere Swisscom Init7 in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs und benachteilige Init7 im Sinn von Art. 7 Abs. 1 KG.

32. Zum Sinn und Zweck der konkreten Anträge (vgl. Rz 13, Rechtsbegehren 3 und 4) bringt Init7 Folgendes vor:

33. Rechtsbegehren 3 ziele darauf ab, die Belieferung von Init7 und anderen FDA mit Vorleistungen der Stufe Layer 1 langfristig sicherzustellen. Nachdem die geschilderte Anpassung der Netztopologie im Wesentlichen darauf ausgerichtet sei, auf Layer 1 basierende Vorprodukte zu verunmöglichen, sei möglicherweise auch die Anpassung der Netztopologie als solche zu verbieten.

34. Als «Ortszentrale» solle dabei aus Sicht von Init7 ein Aggregations-Punkt gelten, der mindestens 3'000 FTTH-Nutzungseinheiten (Haushalte, Gewerbe) zusammenfasse und wo notwendige Hilfs-Dienstleistungen, namentlich KOL FMG (Kollokation), KK FMG und Fläche & Gebäudeinfrastruktur in genügender Menge verfügbar seien.

35. So betreibe Init7 beispielsweise im Glattpark Opfikon nicht weniger als sechs «Mini-POPs» für insgesamt rund 1'770 Anschlüsse, mit der Folge, dass erneut nur die Angezeigte selber von ausreichenden Bündelungsvorteilen profitiere, um Kunden rentabel anzuschliessen. Die 1.7 Prozent Marktanteil von Init7 in jenem Gebiet würden dieser eine rentable Erschliessung erlauben, wenn alle Anschlüsse in einem POP gebündelt wären, dies sei jedoch ausgeschlossen, weil Swisscom die Anschlüsse auf sechs kleine POPs verteile. Dies gelte in ähnlicher Weise für grössere Konkurrentinnen von Swisscom, die ebenfalls auf Vorleistungen der Angezeigten abstellten. Weiter nennt Init7 das Beispiel der Ortszentrale Schliern (Köniz) mit ungefähr 2'500 Anschlüssen, bei welcher die notwendigen Hilfsdienstleistungen (KOL FMG etc.) mangels Platz nicht verfügbar seien. Entsprechend müsse Swisscom verpflichtet werden, die Anschlüsse ausreichend zu bündeln, was mit dem zweiten Satz des Rechtsbegehrens 3 bezweckt werden solle. Es brauche also mindestens 3'000 FTTH-Nutzungseinheiten. Jede dieser FTTH-Nutzungseinheiten müsse sodann mit mindestens einer ALO-Faser erschlossen bzw. innert nützlicher Frist nacherschlossen werden.

36. Rechtsbegehren 4 ziele gemäss Init7 darauf ab, eine Diskriminierung der FDA während der Umsetzung des Rechtsbegehrens 3 zu verhindern.

Init7 zu positive Hauptsachenprognose²⁶

37. Init7 ist der Auffassung, dass Swisscom auf dem Markt für Layer-1-Zugang zur letzten Meile des Glasfaser-Telekommunikationsnetzes marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist, und dass Swisscom durch die geschilderten Verhaltensweisen ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbraucht.

Init7 zu nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil²⁷

38. Init7 bringt vor, dass die von Swisscom geplanten Anpassungen der Netzwerktopologie gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes zum Ziel habe. Das Produkt ALO (Layer 1) von Swisscom könne aus technischen Gründen nicht mehr angeboten werden.

39. Die von Swisscom abhängigen FDA würden gezwungen, auf BBCS (Layer [3]) zu wechseln, unter Inkaufnahme gleichzeitig höherer Kosten und verminderter Flexibilität. Beides würde die Wettbewerbsfähigkeit der von Swisscom abhängigen FDA auf lange Hinsicht erheblich schwächen.

40. Ein Rückbau einer einmal landesweit ausgerollten Netzinfrastruktur wäre zudem aufgrund hoher versunkener Kosten kaum umsetzbar.

Init7 zu Dringlichkeit²⁸

41. Init7 bringt vor, dass Swisscom bereits mit dem Rollout der neuen Netzwerktopologie begonnen habe. Swisscom werde die Dauer des mit dieser Anzeige angestossenen Verfahrens nutzen, um vollendete Tatsachen zu schaffen. Dies müsse verhindert werden.

Init7 zu Verhältnismässigkeit²⁹

42. Gemäss Init7 seien die beantragten Massnahmen geeignet, um den relevanten Markt weiterhin offen zu halten und damit die Wettbewerbsintensität zu bewahren. Andere Möglichkeiten seien nicht ersichtlich; insbesondere wäre ein Layer-2-Zugang nicht als Substitut zu Layer 1 geeignet.

43. Nachdem sich die Kosteneinsparungen von Swisscom nur in minimalem Rahmen bewegen würden, sei Swisscom ein Festhalten an einer P2P Netzwerktopologie auch zumutbar.

²⁶ Vgl. act 9, Rz 104.

²⁷ Vgl. act 9, Rz 105 ff.

²⁸ Vgl. act 9, Rz 108.

²⁹ Vgl. act 9, Rz 109 ff.

A.4 Stellungnahmen von Swisscom

A.4.1 Stellungnahme vom 16. Oktober 2020

44. In ihrer Stellungnahme stellt Swisscom den Antrag, dass das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Init7 (Gesuchsanträge 6 und 7) vollumfänglich abzuweisen sei, soweit darauf überhaupt einzutreten sei. Zudem stellt Swisscom die Verfahrensanträge, dass weder eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG durchzuführen noch eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen sei. Der Anzeige von Init7 sei keine weitere Folge zu geben und das Dossier «31-0598 Netzbaustrategie Swisscom» sei vollumfänglich und ohne Folgen einzustellen.

45. Swisscom bringt im Wesentlichen vor, (1) die von Init7 geforderten vorsorglichen Massnahmen hätten gravierende negative Auswirkungen auf die Netzausbaustrategie von Swisscom, (2) Swisscom sei weder einzeln noch kollektiv marktbeherrschend und verhalte sich auch nicht missbräuchlich. Zudem führt Swisscom (3) wirtschaftliche und technische Gründe für den Einsatz von P2MP/XGS-PON aus, erläutert (4) die Betroffenheit von Init7 vom P2MP/XGS-PON Ausbau und (5) die Auswirkungen des verlangten Ausbaustopps auf den Glasfaserausbau und für andere Wettbewerber. Auf die Begründungen und die nachfolgenden Vorbringen bezüglich formeller Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird – soweit geboten³⁰ – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

Swisscom zu den Auswirkungen der von Init7 verlangten vorsorglichen Massnahmen

46. Swisscom macht geltend, dass Init7 primär in den sog. Kooperationsgebieten präsent sei und selbst von den Alleinbaugebieten von Swisscom von der P2MP Technologie kaum betroffen sei.³¹ [...] ³²

47. Swisscom macht geltend, dass mit den von Init7 verlangten vorsorglichen Massnahmen XGS-PON auf unabsehbare Zeit nicht mehr eingesetzt werden könne.³³ Dies hätte gravierende negative Auswirkungen auf die Netzausbaustrategie von Swisscom und damit auch auf den volkswirtschaftlich sowie gesellschaftlich erwünschten raschen, effizienten und nachhaltigen Breitbandausbau in der Schweiz. Erhebliche Mehrkosten und grosse Verzögerungen beim Glasfaserausbau wären die unabweichliche und fatale Folge.

Swisscom zu Wettbewerbsverhältnissen beim Netzausbau

48. Swisscom macht geltend, dass Init7 verkennen würde, dass ein Internet Service Provider (nachfolgend: ISP) nur so attraktive Angebote machen könne, wie es die nachgefragte, darunterliegende fremde (Netz-) Infrastruktur ermögliche.³⁴ Daher dürfe der Netzausbau aus Sicht von Swisscom bei einer Wettbewerbsbetrachtung nicht ausser Acht gelassen werden.

49. Swisscom macht ausserdem geltend, dass die Ausführungen von Init7 zur Marktabgrenzung, zur Marktherrschaft und zum angeblichen Missbrauch seitens Swisscom unzutreffend seien.³⁵ Vielmehr sei Swisscom weder einzeln noch kollektiv marktbeherrschend und sie verhalte sich auch nicht missbräuchlich. Weiter führt

Swisscom aus, dass das Kartellgesetz keine Handhabe biete, einen Netzausbau nach den Wünschen von am Netzausbau nicht beteiligten Unternehmen zu erzwingen.

50. Zudem macht Swisscom darauf aufmerksam, dass sie und andere Netzbetreiber bedeutende Investitionen in den Netzausbau tätigen würden und damit in der Schweiz ein hoher Infrastrukturwettbewerb bestehe.³⁶ In diesem Zusammenhang erwähnt Swisscom auch das geplante Joint Venture beim Glasfaserausbau zwischen Sunrise und Salt, welches in den nächsten Jahren rund 3 Milliarden Franken in den Glasfaserausbau investiert hätte. Hierzu ist anzumerken, dass das Joint Venture aufgrund des Kaufs von Sunrise durch UPC (Liberty Global) zurzeit on hold ist.

Swisscom zum Einsatz von P2MP/XGS-PON bzw. zur Technologiewahl von Swisscom

51. Swisscom betont, dass ein effizienter (kosten- und betriebseffizienter) Netzausbau unerlässlich sei und es dieser Effizienzdruck verunmögliche jedes erdenkliche wünschbare Feature im Netz zu implementieren.³⁷

52. Swisscom macht geltend, dass sie aktuell ihren Netzausbauplan 2021/22 umsetze, damit im Wettbewerb mit den leistungsfähigeren Kabelnetzbetreibern möglichst rasch viel Bandbreite in der Fläche ausgebaut werden könne.³⁸ Der Ausbau setze auf die FTTS-Technologie, bei der die Glasfasern zunächst in die Nähe der Wohn- und Geschäftseinheiten verlegt und die Signale auf den letzten Metern auf den bestehenden Kupferleitungen übertragen würden, wodurch der Ausbau [...] als ein Glasfaserausbau bis in die Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten (FTTH) realisiert werden könnte. Die bisherige Netzbauweise zur flächendeckenden Erschliessung der grösseren Schweizer Städte mit Glasfasern, in aller Regel in Kooperation mit den ansässigen EVU, habe sich nicht etablieren können, weil viele Telekom-Netzbetreiber aus technischen, aber vor allem auch aus Kostengründen auf die P2MP-Architektur setzen würden.³⁹ Daher habe Swisscom ab 2012 nicht mehr einen Vollausbau mit Glasfasererschliessung bis zu den einzelnen Wohn- und Geschäftseinheiten (FTTH) verfolgt.⁴⁰

³⁰ Vgl. dazu etwa BGE 132 II 485 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); Urteil des BGer 4A_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m. w. H.; Urteil des BVer B-8404/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 592 f. E. 3.1, SFS unimarket AG/WEKO; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 30 N 19; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler, 2008, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, 187 (zit. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren), N 530.

³¹ Vgl. act. 15, Rz 10.

³² Vgl. act. 15, Rz 9.

³³ Vgl. act. 15, Rz 12.

³⁴ Vgl. act. 15, Rz 13.

³⁵ Vgl. act. 15, Rz 14.

³⁶ Vgl. act. 15, Rz 15.

³⁷ Vgl. act. 15, Rz 16.

³⁸ Vgl. act. 15, Rz 17.

³⁹ Vgl. act. 15, Rz 18.

⁴⁰ Vgl. act. 15, Rz 19.

53. Swisscom habe insbesondere wegen des wachsenden Bandbreitenbedarfs im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung in Wirtschaft und Gesellschaft und des flächendeckenden Bandbreitenwettbewerbs mit den sehr leistungsfähigen Kabelnetzen möglichst rasch und kostengünstig ihr Netz in der ganzen Schweiz modernisieren sowie aufrüsten müssen.⁴¹ Andernfalls hätte Swisscom riskiert, gegenüber der Kabelkonkurrenz, die mit DOCSIS 3.0 / 3.1 ohne Weiteres flächendeckend Bandbreiten von 1 Gbit/s und mehr anbieten könne, erhebliche Wettbewerbsnachteile zu erleiden. Um dies zu erreichen, habe Swisscom neu (auch) FTTS und P2MP eingesetzt. Mit XGS-PON resp. P2MP würden sich entgegen den unzutreffenden Behauptungen in der Anzeige erwiesenermassen erhebliche Kosteneinsparungen und grosse Zeitgewinne beim Glasfaserausbau realisieren lassen. Die Einsparungen würden dabei keineswegs wie von Init7 behauptet nur im kleinen einstelligen Prozentbereich liegen.⁴²

54. Swisscom macht geltend, dass vor allem durch den Einsatz von Splitttern erheblich weniger Glasfaserleitungen und Spleissungen sowie Platz in Zentralen, Schächten und Rohranlagen benötigt werde.⁴³ Pro ausgebaute Nutzungseinheit (NE) liessen sich dadurch Kosteneinsparungen von deutlich [...] erzielen (wobei mögliche weitere Einsparungen bei der Zentralenausrüstung darin noch nicht enthalten seien). Allein die Feederkosten liessen sich durch den Einsatz von P2MP/XGS-PON mehr als halbieren. Weitere substanzielle Kosten- und Effizienzgewinne würden dadurch möglich, dass sich mit XGS-PON Anschlüsse mit einer Länge von bis zu 20 Kilometern bauen liessen, wohingegen P2P nur eine Reichweite von maximal 10 Kilometern aufweise.⁴⁴ Hätte Swisscom bereits im Zuge des FTTS-Ausbaus Reservefasern für einen zukünftigen vollständigen FTTH/P2P-Ausbau eingezogen, hätte dies den FTTS-Ausbau entsprechend massiv verteuert.⁴⁵ Der grosse Vorteil der FTTS-Architektur bestehe aber nicht nur darin, dass sich damit kurzfristig massive Kosteneinsparungen erzielen lassen, sondern gerade auch darin, dass sich die für FTTS gebauten Feeder längerfristig für einen späteren

FTTH-Glasfaservollausbau mittels P2MP-Architektur nutzen lassen. Die Glasfaser müsse dafür nur noch vom Schacht aus zu den Gebäuden weitergezogen werden, wobei der mCAN durch den Splitter ersetzt werde. XGS-PON bzw. P2MP/GPON sei europaweit üblich und habe sich als internationaler Standard etabliert.⁴⁶ Damit sei die Weiterentwicklung dieses Standards sichergestellt und die Folge seien tendenziell sinkende Preise und grosse Verfügbarkeit der Technologie. Ein Festhalten an bzw. eine behördliche Verpflichtung zu einem flächendeckenden, schweizweiten P2P-Ausbau würde erhebliche Mehrkosten und Ausbaurverzögerungen mit sich bringen, welche sich weder betriebs- noch volkswirtschaftlich rechtfertigen liessen.

Swisscom zu Betroffenheit von Init7 von P2MP/XGS-PON

55. Swisscom macht in der Stellungnahme geltend, dass Init7 frühzeitig darüber informiert wurde, dass Swisscom künftig die Netzinfrastruktur mit einer P2MP Topologie basierend auf XGS-PON ausbauen möchte und hierüber BBCCS-Angebote als Vorleistungsprodukte anbieten würde.⁴⁷ Zudem könne Init7 auf dem bereits ausgebauten Glasfasernetz von Swisscom und in Gebieten, in denen Swisscom das Glasfasernetz mit Kooperationspartnern ausgebaut habe bzw. noch ausbaue, die verfügbaren ALO oder äquivalenten Layer 1-Leistungen in mindestens demselben Umfang weiterhin nutzen.⁴⁸ Weiter werde durch die P2MP-Topologie auch nicht das Vierfasermodell in Frage gestellt.⁴⁹ Durch Anwendung des Vierfasermodells könnten auch zukünftig bis zu vier physisch getrennte Glasfaserinfrastrukturen für bis zu vier unabhängige Netzbetreiber ermöglicht werden. Abgesehen von wenigen Ausnahmen (z.B. wenn der Splitter im Gebäude stehe [FTTB]) solle das Vierfasermodell nach heutigem Stand der Planung wie im P2P Ausbau in den Bereichen Drop und Inhouse zur Anwendung kommen. Im Feederbereich würden hingegen die Splitter mit je zwei Fasern erschlossen werden. Vergleiche hierzu die schematische Darstellung aus der Stellungnahme von Swisscom (Abbildung 4), bei der ein Zugang für weitere Netzbetreiber beim Splitter eingetragen ist:

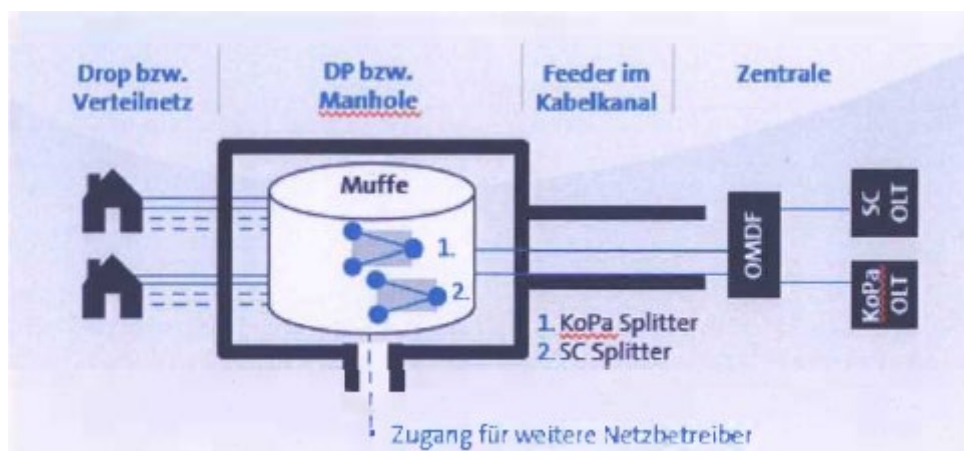


Abbildung 4: Schematische Darstellung der Erschliessung mit P2MP Topologie⁵⁰

⁴¹ Vgl. act. 15, Rz 20.

⁴² Vgl. act. 15, Beilage 6.

⁴³ Vgl. act. 15, Rz 21.

⁴⁴ Vgl. act. 15, Rz 22.

⁴⁵ Vgl. act. 15, Rz 23.

⁴⁶ Vgl. act. 15, Rz 24.

⁴⁷ Vgl. act. 15, Rz 25 f. sowie Beilage 4 und 5.

⁴⁸ Vgl. act. 15, Rz 27.

⁴⁹ Vgl. act. 15, Rz 29.

⁵⁰ Quelle: act. 15, Rz 29.

56. Im Zusammenhang mit dem physischen Zugang ab Splitter im Schacht bzw. BEP ist auf die Ähnlichkeiten mit der Teilabschnitt-Teilnehmeranschlussleitung (T-TAL) hinzuweisen. Damit kann das von Swisscom angebotene Vierfasermodell ab Splitter in etwa als Glasfaser-äquivalent zum regulierten Produkt T-TAL angesehen werden.⁵¹

57. Swisscom räumt ein, dass sie mit P2MP Topologie in den FTTH-Gebieten nur noch BBCS anbieten bzw. anbieten könne.⁵² Dies würde die Geschäftstätigkeit von Init7 aber nicht einschränken, da BBCS eine valable Alternative zum ALO-Produkt sei. BBCS sei ein attraktives und stark nachgefragtes Produkt [...]. Zudem sei Init7 selbst in den sogenannten Alleinbaugebieten von Swisscom kaum betroffen.⁵³ In diesem Zusammenhang verweist Swisscom auf das bereits bestehende FTTH-Glasfasernetz in Swisscom Alleinbaugebieten, welches von Init7 weiterhin auf der Basis von P2P bzw. mit ALO genutzt werden könne. [...].

58. Zusätzlich bringt Swisscom vor, dass Init7 mit BBCS als Produkt bestens vertraut sei.⁵⁴ Die XGS-PON Technologie würde auf Seiten der ISP einzig neue Modems/Router bedingen; eine Folge, die bei solchen Technologieschüben nicht unüblich sei und die zum Beispiel auch beim Wechsel von ADSL zu VDSL zu beobachten gewesen sei. Auch wenn zurzeit die Auswahl an benötigtem Equipment zugegebenermassen noch etwas eingeschränkt sei und die Preise dafür noch etwas höher sein mögen, werde sich das sehr rasch ändern. Auch stimme es nicht, dass Init7 vor dem 15. Juli 2020 «gesperrt» war.⁵⁵ Es sei richtig, dass vor dem 15. Juli 2020 nur ISP freigeschaltet wurden, die XGS-PON auch effektiv einsetzen wollten, wozu aber Init7 bekanntlich nicht gehöre. Als Gründe dafür führt Swisscom an, dass sie die interessierten ISP erst über die Neuerungen und Besonderheiten bei der Bestellung von XGS-PON informieren wollte. Seit dem 2. November 2020 würden alle ISP automatisch freigeschaltet werden.

Swisscom zu geltend gemachten Auswirkungen des verlangten Ausbaustopps

59. Swisscom macht geltend, dass der von Init7 verlangte Ausbaustopp fatale Auswirkungen auf den Glasfaserausbau und für andere Wettbewerber haben würde.⁵⁶ Da aktuell bereits [...] der geplanten Feeder für FTTS resp. für P2MP/XGS-PON ausgebaut seien (und sich rund weitere [...] im Bau befänden), hätte ein erzwungener und verfügbarer Technologie-Stopp ganz erhebliche und unmittelbare negative Auswirkungen auf den Glasfaserausbau von Swisscom. Müsste Swisscom in allen Ausbaugebieten, die mit P2MP/XGS-PON erschlossen werden sollten, zusätzlich und in vollem Umfang auch noch P2P- bzw. ALO-Anschlüsse bereithalten, hätte dies im Umkehrschluss geschätzte Mehrkosten von über 1 Milliarde Franken zur Folge (auf Basis der per Ende 2022 geplanten 2.3 Millionen Nutzungseinheiten), da bedeutend mehr Feeder und Kabel eingesetzt und auf das grosse Kosteneinsparungspotential in Zentralen und Schächten verzichtet werden müsste. Zudem würde sich der bis 2025 anvisierte Ausbau, der das ambitionierte Ziel beinhaltet, die heutige Glasfaserabdeckung quasi zu verdoppeln, um drei bis fünf Jahre verzögern. Mit ande-

ren Worten: Bei gleichbleibendem Investitionsvolumen könnten im Vergleich zum geplanten P2MP/XGS-PON-Glasfaserausbau nur eine um ca. [...] geringere Abdeckung mit voll ausgebauten Glasfaseranschlüssen realisiert werden.

60. Gemäss Swisscom wären von einem erzwungenen und verfügbaren P2MP/XGS-PON-Stopp aber auch andere Wettbewerber unmittelbar und negativ betroffen.⁵⁷ Als Beispiel werden die FDA [...] mit 10 Gbit/s-Angeboten basierend auf Swisscoms Layer 3 Angebot BBCS sowie Swisscom selbst genannt.

A.4.2 Stellungnahmen Swisscom vom 10. Dezember 2020

61. Der CEO von Swisscom strich in seinem Schreiben an die WEKO die grosse Bedeutung der Versorgung von Wirtschaft und Bevölkerung mit breitbandigen Internetdiensten sowie die Investitionen von Swisscom hervor.⁵⁸ Gleichzeitig verweist der CEO von Swisscom auf die Eingabe von Swisscom vom 16. Oktober 2020 (vgl. Rz 44 ff.) und macht auf möglicherweise weitreichende Auswirkungen von allfälligen vorsorglichen Massnahmen aufmerksam.⁵⁹ Er hebt hervor, dass der strategische Entscheid eine Punkt-zu-Multipunkt-Verbindung aufzubauen, nicht getroffen wurde, um Wettbewerber zu behindern, sondern einzig und alleine mit dem Ziel, die Netze rasch und mit möglichst geringen Investitionskosten auszubauen. Ein Eingriff aufgrund der nach Meinung des CEO subjektiv gefärbten Partikularinteressen von Init7 würde zu massiv höheren Kosten führen und eine substantielle zeitliche Verzögerung des Ausbaus zur Folge haben. Ausserdem würden Init7 wie auch die anderen Wettbewerber vom Ausbau des Swisscom Netzes profitieren. Da die Materie komplex sei, fordert der CEO einen mündlichen Austausch mit der WEKO. Zudem sei keine Dringlichkeit gegeben, da Init7 bereits im November 2018 und August 2019 über die Aktivitäten von Swisscom informiert worden sei.

62. Swisscom stellt in ihrer Eingabe vom 10. Dezember 2020 die folgenden beiden Verfahrensanhörungen⁶⁰

1. *Vor Erlass allfälliger vorsorglicher Massnahmen seien Swisscom die weiteren Akten (Protokoll, Gesprächsnotizen etc.) im Zusammenhang mit der Anhörung von Init7 vom 1. Oktober 2020 offenzulegen und Swisscom die Gelegenheit einzuräumen, dazu Stellung zu nehmen.*
2. *Vor dem Erlass allfälliger vorsorglicher Massnahmen sei auch Swisscom anzuhören und ihr im Rahmen eines gleichzeitig offerierten Augenscheins ebenfalls die Möglichkeit zur mündlichen Erörterung ihrer Standpunkte einzuräumen.*

⁵¹ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/angebot/anschlussse/teilabschnitt-teilnehmeranschlussleitung.html> (11.11.2020).

⁵² Vgl. act. 15, Rz 30.

⁵³ Vgl. act. 15, Rz 34 f.

⁵⁴ Vgl. act. 15, Rz 32.

⁵⁵ Vgl. act. 15, Rz 33.

⁵⁶ Vgl. act. 15, Rz 36.

⁵⁷ Vgl. act. 15, Rz 37.

⁵⁸ Vgl. act. 22.

⁵⁹ Vgl. act. 22, act. 23, Rz 31 ff.

⁶⁰ Vgl. act. 23.

63. Zum Verfahrensantrag 1 äussert Swisscom die Meinung, dass eine Aktenführungs- und Protokollierungspflicht bestehen würde und verlangt entsprechend Einsicht in die Akten.⁶¹

64. Zum Verfahrensantrag 2 bringt Swisscom vor, dass die der Netzbaustrategie zugrundeliegenden Überlegungen und die damit verbundenen technischen Aspekte der Ausgestaltung der Netzarchitektur vielschichtig und im Rahmen von schriftlichen Ausführungen schwierig zu vermitteln seien.⁶² Ein solches Vorgehen (gemäss Verfahrensantrag 2) würde sich insbesondere deshalb aufdrängen, da vorsorgliche Massnahmen einschneidend seien. Zudem seien gewisse Aussagen und sachverhaltliche Darstellungen von Init7 falsch oder zumindest sehr verzerrt und unvollständig vorgetragen.

65. Hinsichtlich der Anordnung vorsorglicher Massnahmen⁶³ wiederholt Swisscom im Wesentlichen ihre Vorbringen vom 16. Oktober 2020, weshalb hierfür auf Rz 44 ff. verwiesen wird. Die Vorbringen von Swisscom zu den Antworten von Danet finden sich in Rz 74 ff.

A.5 Sachverhaltsabklärungen im Rahmen der Marktbeobachtung

66. Im Rahmen der Marktbeobachtung «31-0598: Netzbaustrategie Swisscom» hat das Sekretariat Swisscom und Danet zu ihrer Kooperation beim Ausbau einer P2MP-Glasfasernetzwerkarchitektur befragt und die Marktverhältnisse analysiert.

A.5.1 Befragung von Danet

67. Im Rahmen der Marktbeobachtung gab Swisscom an, dass Swisscom zusammen mit Danet im Rahmen eines Pilotprojektes ein Gebiet mit der P2MP-Architektur erschlossen habe. Daraufhin befragte das Sekretariat Danet betreffend das Pilotprojekt und die angefallenen Kosten.⁶⁴

68. Gemäss Danet habe sie mit Swisscom eine Glasfaserkooperation FTTH gemäss BAKOM-Modell vereinbart, wobei zwei Ausbaustufen bereits abgeschlossen seien.⁶⁵ Bereits während der Realisierung der zweiten Ausbauphase habe Swisscom in vielen Oberwalliser Gemeinden, [...], einen eigenen FTTC- oder FTTS-Ausbau mit reduzierter Glasfaserkapazität auf der Zubringerstrecke zu Quartier- und/oder Strassenverteilern lanciert. Da die von Swisscom für ihr FTTS/B-Netz installierten Glasfaserkabel auf der Strecke Brig-Blatten zwar nicht für eine P2P- aber für eine P2MP-Architektur ausreichen, [...]. Das Pilotprojekt wurde vor Beginn der dritten Ausbaustufe durchgeführt.⁶⁶

69. Das Pilotprojekt wurde von Danet als unverbindliche Testmöglichkeit für eine einzelne Gemeinde angesehen, um eine alternative Erschliessungsart zur P2P-Netzarchitektur zu analysieren. Auf Basis der gewonnenen Erkenntnisse sollte geprüft werden, ob eine solche Architektur aus Sicht der Projektpartner die Basis für zukünftige Vereinbarungen über Ausbauphasen im Rahmen der Glasfaserkooperation FTTH sein könnte.⁶⁷

70. [...].⁶⁸ [...].⁶⁹

71. Danet beurteilt eine NG.PON-Architektur im Betrieb und Unterhalt als deutlich teurere Ausbautechnologie.⁷⁰ Auch mache es für Danet keinen Sinn, in zahlreichen

bereits für eine „Punkt-zu-Punkt“-Technologie ausgebauten Zentralen zusätzlich eine NG.PON-Infrastruktur zu installieren und zu betreiben. Das Verhältnis der Mehrkosten in der Zentralenausrüstung und im Betrieb hätten sich gegenüber den im Bereich der Zubringerstrecken (zwischen Zentrale und Quartier-/Strassenverteiler) in Aussicht gestellten Minderkosten nicht, oder nur kurzfristig gerechtfertigt. [...].⁷¹

72. [...] (entspricht Entbündelungsvariante 3 von Abbildung 3).[...].⁷²

73. In der Folge hat Danet gegenüber Swisscom kommuniziert, dass sie künftig auf einen «Punkt-zu-Punkt»-Ausbau setzen würde und damit den PoC-Ansatz nicht weiterführen wolle.⁷³ Swisscom und Danet vereinbarten in der Folge, für die 3. Ausbauphase eine P2P-Architektur zu realisieren.

74. Zu den Antworten von Danet führt Swisscom in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2020 aus, dass die Verhältnisse im Einzugsgebiet von Danet nicht vergleichbar seien, da es sich eher um kleinräumige und ländliche Strukturen handeln würde.⁷⁴ Weiter würde Danet als reiner Layer 1-Anbieter keine Endkunden direkt bedienen. Zudem hätte Danet keinerlei [...].

75. Bei Swisscom würde sich die Situation völlig anders präsentieren.⁷⁵ Swisscom habe den reinen FTTH Ausbau zu Gunsten eines FTTS/FTTB Ausbaus abgelöst, weshalb Swisscom bereits über eine FTTS/FTTB Feeder-Infrastruktur verfüge, welche sie weiterverwenden wolle. Daher würden für Swisscom substanzielle Kosten- und Effizienzgewinne resultieren.⁷⁶ In diesem Zusammenhang weist Swisscom zur [...] (vgl. Rz 70) darauf hin, dass keine Zwangsausübung von Swisscom vorliege. Vielmehr müssten bei Vereinbarungen zur weiteren FTTH-Kooperation vorhandene Infrastrukturen aus Gründen der Kosten- und Ressourceneffizienz berücksichtigt werden. Sei aus diesen Gründen kein durchgängiger Punkt-zu-Punkt-Ausbau mehr möglich, könne Swisscom auch keine Zwangsausübung vorgeworfen werden.⁷⁷ Auch sei Swisscom ein vertikal integriertes Unternehmen mit vielen Wholesale- (bzw. ISP) wie auch Endkunden und würde sich nicht nur auf den Wiederverkauf von Layer 1-Diensten beschränken.⁷⁸ Im Gegensatz zu Danet bezeichnet Swisscom die reinen Betriebs- und

⁶¹ Vgl. act. 23, Rz 1 ff.

⁶² Vgl. act. 23, Rz 5 ff.

⁶³ Vgl. act. 23, Rz 21 ff.

⁶⁴ Vgl. act. 5 und 8.

⁶⁵ Vgl. act. 8, S. 1.

⁶⁶ Vgl. act. 8, Antwort auf Frage 1.

⁶⁷ Vgl. act. 8, S. 1 f.

⁶⁸ Vgl. act. 8, S. 2.

⁶⁹ Vgl. act. 8, Antwort auf Frage 2.

⁷⁰ Vgl. act. 8, S. 2.

⁷¹ Vgl. act. 8, Antwort auf Frage 3.

⁷² Vgl. act. 8, Antwort auf Frage 5, 6 und 7.

⁷³ Vgl. act. 8, S. 4.

⁷⁴ Vgl. act. 23, Rz. 8.

⁷⁵ Vgl. act. 23, Rz 9.

⁷⁶ Vgl. act. 23, Rz 13.

⁷⁷ Vgl. act. 23, Rz 19.

⁷⁸ Vgl. act. 23, Rz 11.

Unterhaltskosten für P2P und P2MP als in etwa vergleichbar, wobei Swisscom im Gegensatz zu Danet zum Schluss kommt, dass die Kosten tendenziell tiefer liegen würden.⁷⁹ Zudem würden Danet Möglichkeiten eröffnet, neue Dienste auf der Layer 2- und Layer 3-Ebene anzubieten.

76. Swisscom schliesst aus den Antworten von Danet, dass hieraus nicht der Schluss gezogen werden könne, dass P2P in jedem Fall kostengünstiger, effizienter oder einfacher – und mithin «besser» – wäre als eine Netzbaustrategie auf der Basis von P2MP.⁸⁰

A.5.2 Befragung von Swisscom

77. Im Rahmen der Befragungsantworten vom 19. März 2020 und vom 29. Mai 2020 gab Swisscom an, dass hinsichtlich des FTTH-Ausbaus in der Schweiz noch keine landesweite Planung bestehen würde, obwohl das Sekretariat nach den regionalen Planungen gefragt hatte.⁸¹ Swisscom gab zudem an, dass sie in der Vergangenheit teilweise FTTH-Netze im Alleinbau realisiert habe und sich die erschlossenen Wohnungen/Geschäfts zur grossen Mehrheit in Gebieten befinden würden, welche in Kooperation mit Drittunternehmen erschlossen worden seien, dass aber eine konkrete landesweite Planung noch nicht bestehe.⁸² Zudem gab Swisscom an, dass der künftige FTTH-Ausbau grundsätzlich nicht mehr mit einer P2P-Architektur erfolgen solle, wobei in Kooperation auch das herkömmliche P2P-Modell zum Einsatz kommen könne.⁸³

78. Swisscom macht geltend, dass sich die Investitions- und Betriebskosten durch eine P2MP-Netztopologie im Vergleich zu einem P2P-Ausbau deutlich reduzieren liessen und erst durch diese Optimierung des Netzes die erwähnten (Abdeckungs-)Ziele der Netzbaustrategie erreicht werden könnten.⁸⁴ Swisscom führte zudem aus, dass die Investitionen in den Bereichen der Gebäudeanschlüsse «Drop» sowie im Haus («Inhouse», «Steigzone») erhebliche Investitionen und (zeit-)aufwändige Arbeiten erfordern würden und dass diese Investitionen in der P2P- bzw. P2MP-Architektur grundsätzlich gleich seien.⁸⁵

B Erwägungen

B.1 Formelle Voraussetzungen

B.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

79. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im Kartellgesetz noch im Verwaltungsverfahrensgesetz explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und Rechtsprechung – in analoger Anwendung von Art. 23 KG i.V.m. Art. 56 VwVG – zulässig. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.⁸⁶

80. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.⁸⁷ Die vorherigen Ausführungen bezüglich des Aufbaus eines FTTH-Netzes der Swisscom, welches keinen Layer 1-Zugang für Dritte erlaubt, weisen auf eine mögliche unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden

Unternehmens zumindest im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und e KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG hin. Deshalb hat im vorliegenden Fall die WEKO parallel ein Untersuchungsverfahren im Sinne von Art. 27 KG eröffnet, womit diese formelle Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist.

B.1.2 Zuständigkeit

81. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die WEKO.⁸⁸ Im Kartellrecht ist zu berücksichtigen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sowohl auf dem zivilrechtlichen Weg (Art. 12 ff. KG) als auch auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) verfolgt werden können. Aus diesem Nebeneinander von zwei Verfahrenswegen, die beide die gleichen materiellrechtlichen Ansprüche durchsetzen, folgt, dass der öffentlich-rechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist. Damit sind im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 261 ff. ZPO⁸⁹ ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind.⁹⁰

82. Swisscom macht vorliegend ein fehlendes öffentliches Interesse an der Anordnung vorsorglicher Massnahmen geltend. So seien die von Init7 beantragten Massnahmen nicht im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs, sondern bezweckten die Durchsetzung von Partikularinteressen und würden zudem den laufenden Glasfaser- bzw. Breitbandausbauplänen von Swisscom einen schweren Rückschlag versetzen. Dass im vorliegenden Kontext von einem «Zweiparteienstreit» auszugehen sei, belege sodann auch der Umstand, dass zwischen den Verfahrensbeteiligten vertragliche Beziehungen bestehen würden. Konsequenterweise dürfe sich die WEKO nicht für die privaten Interessen der Gesuchstellerin instrumentalisieren lassen und habe sich für die beantragten vorsorglichen Massnahmen als unzuständig zu erklären. Auf die entsprechenden Anträge sei aus diesem Grund deshalb gar nicht einzutreten.⁹¹

⁷⁹ Vgl. act. 23, Rz 14.

⁸⁰ Vgl. act. 23, Rz 20.

⁸¹ Vgl. act. 2, S. 2.

⁸² Vgl. act. 2, S. 2.

⁸³ Vgl. act. 2, S. 3.

⁸⁴ Vgl. act. 2, S. 3.

⁸⁵ Vgl. act. 2, S. 4.

⁸⁶ Vgl. zum Ganzen BGE 130 II 149, 154 f. E. 2.1 (= RPW 2004/2, 644 f. E. 2.1), *Sellita/ETA*, m. w. H.; Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2017/3, 412 Rz 21, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 387 f. Rz 7 m. w. H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

⁸⁷ RPW 2017/3, 412 Rz 22 *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 388 Rz 8, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m. w. H.

⁸⁸ RPW 1997/4, 621 f., E. 2.b, *Entscheidung des BGer in Sachen künstliche Besamung (vorsorgliche Massnahmen)*.

⁸⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

⁹⁰ Vgl. RPW 2017/3, 412 Rz 23, *Eishockey im Pay-TV* sowie RPW 2014/2, 388 Rz 9, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m. w. H.

⁹¹ Vgl. act. 15, Rz 43 ff., act. 23, Rz 23 f.

83. Die beantragten Massnahmen der Anzeigerin zielen darauf ab, dass Swisscom Wholesale-Kunden bzw. Dritten weiterhin Layer 1-Zugang (ALO) zu ihren FTTH-Netzen gewähren muss. Ortszentralen müssten dabei ein Versorgungsgebiet von mindestens 3000 Anschlüssen erfassen (vgl. Rz 13; Rechtsbegehren 3). Weiter soll es bei der Einführung und Vermarktung von XGS-PON basierenden Diensten und Produkten im Endkundenmarkt nicht zu einer Benachteiligung von Wholesale-Kunden kommen. [...] (vgl. Rz 13; Rechtsbegehren 4).

84. Diese Massnahmen kämen also nicht nur Init7, sondern auch weiteren FDA ohne eigene Glasfasernetzwerkinfrastruktur zugute. Selbst wenn Init7 mit der Anzeige auch Partikularinteressen verfolgt, hat zumindest die Verpflichtung von Swisscom, beim FTTH-Netzausbau im Alleinausbau weiterhin den Layer 1-Zugang zu gewährleisten, eine allgemeine Drittwirkung, welche im öffentlichen Interesse des wirksamen Wettbewerbs ist.

85. Fraglich ist hingegen, ob die von Init7 beantragten Massnahmen vollumfänglich im öffentlichen Interesse sind und daher von der WEKO nicht in vollem Umfang, sondern nur teilweise gutzuheissen sind. Da für die WEKO die *Offizialmaxime* gilt, ist sie grundsätzlich nicht an die Anträge von Init7 gebunden. Vorliegend geht die WEKO, wie nachfolgend dargestellt, mit ihren vorsorglichen Massnahmen bedeutend weniger weit, als von Init7 beantragt.

86. Dennoch dienen die von Init7 vorgebrachten Anträge in dem durch die WEKO reduzierten Umfang (vgl. Dispositiv) dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs. Irrelevant für diese Schlussfolgerung ist daher, aus welcher Motivation heraus Init7 ihre Anträge gestellt hat.⁹²

87. Die WEKO ist aus diesen Gründen für die Beurteilung der beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

89. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von Swisscom im vorliegenden Verfahren auch nicht geltend gemacht.

B.3 Anträge der Verfahrensparteien

B.3.1 Anträge von Init7

90. Init7 stellt in ihrer Anzeige im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen die materiellen Anträge, dass Swisscom zu verpflichten sei, den Netzzugang zu ihren FTTH-Netzen den Wholesale-Kunden weiterhin

überall auf Layer 1 bzw. als ALO anzubieten und Ortszentralen ein Versorgungsgebiet von mindestens 3'000 Anschlüssen erfassen müssten (vgl. Rz 13). Weiter sei Swisscom dazu zu verpflichten, dass die eigene Einführung und Vermarktung von auf XGS-PON (NG.PON) basierenden Diensten und Produkten im Endkundenmarkt (Retail) derart zu gestalten sei, dass die Wholesale-Kunden nicht unverschuldet benachteiligt würden. Dabei habe Swisscom namentlich sicherzustellen, dass ihre Retail-Vermarktung erst dann erfolgt, wenn die Verpflichtung gemäss Rechtsbegehren 3 erfüllt ist.

B.3.2 Anträge von Swisscom

91. Swisscom stellt in ihrer Stellungnahme im Zusammenhang mit den vorsorglichen Massnahmen den materiellen Antrag, dass das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Init7 (Gesuchsanträge 6 und 7) vollumfänglich abzuweisen sei, soweit darauf überhaupt einzutreten sei. Zudem sei auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu verzichten, dem Dossier 31-0598 keine weitere Folge zu geben und dieses sei vollumfänglich und definitiv einzustellen.⁹³

92. Zudem stellt Swisscom die beiden in Rz 62 aufgeführten Verfahrensanhträge.

B.4 Zu den Verfahrensanhträgen von Swisscom vom 10. Dezember 2020

93. Zum ersten Verfahrensanhtrag von Swisscom ist festzuhalten, dass der Gesprächsinhalt der Sitzung mit Init7 vom 1. Oktober 2020 in rechtserheblich ausreichendem Masse durch die von Init7 bereitgestellte Präsentation dokumentiert ist. Seitens des Sekretariats wurden keine Aufzeichnungen oder Notizen von der Sitzung erstellt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Swisscom vollständige Akteneinsicht gewährt wurde und sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör in ausreichendem Masse wahren konnte. Daher erweist sich der erste Verfahrensanhtrag von Swisscom als unbegründet und ist deshalb abzuweisen.

94. Zum zweiten Verfahrensanhtrag ist festzuhalten, dass Swisscom vor Erlass der vorsorglichen Massnahmen zweimal Gelegenheit dazu hatte, sich zum Sachverhalt zu äussern. Dies konnte Swisscom in Kenntnis sämtlicher Verfahrensakten tun. Damit hat die WEKO Swisscom vor Erlass von vorsorglichen Massnahmen bereits mehr Gelegenheiten gegeben ihren Standpunkt darzustellen, als dies rechtlich notwendig wäre. Von einem Augenschein und einer mündlichen Anhörung von Swisscom wären zudem kaum neue Vorbringen bzw. Erkenntnisse zu erwarten. Dies zeigt sich alleine schon darin, dass die zweite Eingabe von Swisscom in weiten Teilen lediglich eine Wiederholung der ersten Eingabe darstellt. Vielmehr hätten eine mündliche Anhörung sowie ein Augenschein eine Verzögerung des Entscheids der WEKO bewirkt, was mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen und dem Beschleunigungsgebot nicht zu vereinbaren gewesen wäre. Der zweite von Swisscom vorgebrachte Verfahrensanhtrag erweist sich daher ebenfalls als unbegründet und ist abzuweisen.

⁹² Vgl. RPW 2017/3, 412 Rz 24 *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 388 Rz 10 f., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

⁹³ Vgl. act. 23, Rz 46.

B.5 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen

95. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG sowie sinngemäss Art. 40 BZP⁹⁴). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.⁹⁵ Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.⁹⁶ Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein⁹⁷, wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung „minderen Grades“ ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinobjekten oder Urkunden üblicherweise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen, da erstere eher gegen „Verfälschungen“ (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher als verlässlicher resp. beständiger einzustufen sind;⁹⁸ der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen⁹⁹.

96. Wenn – wie im vorliegenden Fall – Parteiaussagen zu würdigen sind, ist nach Massgabe die Glaubwürdigkeit der jeweiligen Aussageperson sowie die Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussage von Bedeutung.

97. Vergleicht man die Aussagen von Swisscom in ihrer öffentlichen Kommunikation aus dem Jahr 2008 (vgl. Rz 118 ff.) zur vergleichbaren Situation mit denjenigen von Swisscom gemachten Aussagen im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag auf vorsorgliche Massnahmen von Init7¹⁰⁰, so widersprechen sich diese Aussagen. Während Swisscom in ihrer öffentlichen Kommunikation aus dem Jahre 2008 die Zusatzkosten für den Aufbau eines Vierfasersmodells im Vergleich zu einem Einfasermodell noch als marginal bezeichnet und vorbringt, dass ein Layer 1-Zugang die Basis für Wettbewerb darstellt und daher nicht durch Layer 2- und 3-Produkte substituiert werden kann, vertritt sie in Ihrer Stellungnahme heute genau die entgegengesetzte Position. Dies zeigt auf, dass die vorliegende Stellungnahme von Swisscom zum Antrag von Init7 als interessenbezogene Parteiaussage zu qualifizieren ist.

98. Für den Erlass von provisorischen Massnahmen genügt das Beweismass der Glaubhaftmachung. So ist nach allgemeiner Rechtsprechung vom Antragsteller glaubhaft zu machen, dass der Adressat der vorsorglichen Massnahmen eine gegen das Gesetz verstossende Handlung begangen hat oder vorzunehmen beabsichtigt.¹⁰¹ Es braucht nicht der volle Beweis hierfür erbracht zu werden, es genügt, wenn für die Richtigkeit der gegen das Gesetz verstossenden Handlungen eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht. Die bloss unbe-

stimmte oder entfernte Möglichkeit rechtswidrigen Handelns genügt aber nicht, um eine künftige Kartellrechtsverletzung glaubhaft zu machen. Der vorsorgliche Rechtsschutz soll denn auch nicht durch zu strenge Anforderungen an die Ernsthaftigkeit der Bedrohung übermässig erschwert werden. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass strukturelle Schäden am wirksamen Wettbewerb im Nachhinein nur schwer oder gar nicht korrigiert werden können, so dass Massnahmen, die nach einer erfolgreich durchgeführten kartellrechtlichen Untersuchung oft nicht mehr die gewünschte Wirkung erzielen können. Dies ist, wie nachstehend erläutert wird, auch vorliegend der Fall, weshalb sich vorsorgliche Massnahmen rechtfertigen.

B.6 Materielle Voraussetzungen

99. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten oder zu sichern.¹⁰²

100. Die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ (1) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (2) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Anordnung.¹⁰³

⁹⁴ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁹⁵ So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, E. 2.1.

⁹⁶ Statt anderer BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 3), Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 3), Art. 39 KG N 62.

⁹⁷ Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

⁹⁸ So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1062–1068, 1064 m. w. H.; Matthias Jahn, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456, abrufbar unter <www.str1.jura.uni-erlangen.de/forschung/jahn/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf> (24.11.2020), S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch Angela Weirich, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046–1052, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei «(...) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (...)».

⁹⁹ Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351, 352 ff. E. 3.b).

¹⁰⁰ Vgl. act. 15.

¹⁰¹ Vgl. BGE 99 II 334, E. 2b.

¹⁰² RPW 2017/3, 412 Rz 28, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 388 Rz 14, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

¹⁰³ RPW 2017/3, 412 Rz 29, *Eishockey im Pay-TV*; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*, m. w. H.

101. Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen.¹⁰⁴ Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidungsprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen. Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme.¹⁰⁵

B.6.1 Entscheidungsprognose

B.6.1.1 Vorbringen von Swisscom

102. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme zur Anzeige von Init7 zusammenfassend vor, dass ein missbräuchliches Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 7 KG zu verneinen sei.¹⁰⁶ Selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom vorliegen sollte (was nach Meinung von Swisscom nicht der Fall sei), entspräche ihr Verhalten sachlichen, ökonomisch rationalen Überlegungen.¹⁰⁷ Die Netzausbaustrategie von Swisscom und der Einsatz von P2MP/XGS-PON seien das Ergebnis einer effizienten, objektiv und sachlich legitimen Geschäftsführung und seien aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

103. Swisscom würde seit jeher laufend in ihre Infrastruktur investieren und dies auch in Zukunft tun, wobei dies nicht bedeute, dass Swisscom rechtlich verpflichtet wäre, die eigene Infrastruktur auf eine bestimmte Art und Weise oder überhaupt aufzubauen.¹⁰⁸

104. Heute würde im Markt ein intensiver Plattformwettbewerb herrschen, der Swisscom dazu zwingen würde, ihre Infrastrukturen möglichst rasch, flächendeckend und kostengünstig auszubauen, was auch aus der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung ableitbar sei.¹⁰⁹

105. Die Einsparungen eines P2MP-Netzes im Vergleich zu einem P2P-Netz bezeichnet Swisscom als beträchtlich und beziffert diese [...].¹¹⁰ Dies insbesondere auch aus dem Grund, da Swisscom bei einer P2MP-Architektur die in den vergangenen Jahren getätigten Investitionen in FTTS für den Ausbau des P2MP-Netzes nutzen könnte. Auch sei nicht ersichtlich, dass sich Init7 versunkene Kosten aufgebürdet habe und bringt vor, Init7 können bereits bestehende Investitionen in die P2P-Technologie weiterhin nutzen.¹¹¹

106. Auch lasse sich aus einem früheren Ausbauentcheid in einer P2P-Architektur keine Rückschlüsse auf die zukünftige Netzbaustrategie ableiten.¹¹² Heute sei eine P2MP-Architektur grundsätzlich vorzuziehen und würde auch den internationalen Entwicklungen und Standards entsprechen.¹¹³ P2MP-Architekturen seien nicht nur kostengünstiger, sondern könnten auch schneller umgesetzt werden, was der Gesamtbevölkerung zugutekomme.

107. Swisscom bringt zudem vor, dass mit ihrem Verhalten keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), kein Diskriminierungsstatbestand (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und keine Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) vorliege.¹¹⁴ Auch in einer P2MP-Architektur würden Init7 keine Leistungen zu unangemessenen Bedingungen aufgezwungen. Vielmehr würden Init7 die BBCS-Angebote zur Verfügung stehen, von denen sie schon in der Vergangenheit in vielen Fällen Gebrauch gemacht habe.

108. Gemäss Swisscom sei nicht Sinn und Zweck der Wettbewerbspolitik, den Einsatz von Marktmacht zu verbieten: Im System der Marktwirtschaft müsse es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen gestattet sein, seine Eigeninteressen zu verfolgen und unter Anwendung sachlicher, kaufmännischer Grundsätze seine Stellung zu behaupten und angemessen auf das dynamische Marktumfeld zu reagieren.¹¹⁵

109. Da im Ergebnis eine missbräuchliche Verhaltensweise von Swisscom im Lichte der vorliegenden Ausführungen zu verneinen sei, sei nach Meinung von Swisscom von keiner günstigen Hauptsachenprognose bzw. einer schlechten Erfolgsprognose auszugehen, weshalb die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen bereits aus diesem Grunde nicht erfüllt seien.¹¹⁶ Dabei sei insbesondere auch zu berücksichtigen, dass das Kartellgesetz keine Handhabe biete, einen Netzausbau nach den Wünschen und Partikularinteressen eines am Netzausbau nicht beteiligten Unternehmens zu erzwingen. Entsprechend der schlechten Erfolgsprognose bzw. dem zumindest äusserst zweifelhaften Verfahrensausgang seien jedenfalls hohe Anforderungen an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen.

¹⁰⁴ RPW 2017/3, 413 Rz 30, *Eishockey im Pay-TV*; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2., *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

¹⁰⁵ RPW 2017/3, 413 Rz 30, *Eishockey im Pay-TV*, Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*, m. w. H.

¹⁰⁶ Eingabe Swisscom Kapitel 2.4.

¹⁰⁷ Vgl. act. 15, Rz 73, act. 23, Rz 26 ff.

¹⁰⁸ Vgl. act. 15, Rz 64.

¹⁰⁹ Vgl. act. 15, Rz 67.

¹¹⁰ Vgl. act. 15, Rz 68.

¹¹¹ Vgl. act. 15, Rz 69.

¹¹² Vgl. act. 15, Rz 70.

¹¹³ Vgl. act. 15, Rz 71, act. 23, Rz 31.

¹¹⁴ Vgl. act. 15, Rz 72, act. 23, Rz 27 f.

¹¹⁵ Vgl. act. 15, Rz 74, act. 23, Rz 35 f.

¹¹⁶ Vgl. act. 15, Rz 75.

B.6.1.2 Einschätzung der WEKO

110. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung von Einvernehmlichen Regelungen. Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der WEKO vor, führt die Untersuchungen und erlässt mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Hingegen fällt der Erlass von vorsorglichen Massnahmen in den Kompetenzbereich der WEKO.¹¹⁷

111. Bilden, wie vorliegend, wettbewerbliche Fragen Gegenstand möglicher verfahrensleitender Verfügungen, so ist die Analyse der Marktstellung der beteiligten Unternehmen eine Voraussetzung für die Beurteilung eines möglicherweise unzulässigen Verhaltens.

Sachverhaltswürdigung

112. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Swisscom derzeit beim FTTH-Ausbau sowohl auf eine P2P-Architektur als auch auf eine P2MP-Architektur setzt (vgl. Rz 78 und 73). Zudem sind die Kosteneinsparungen einer P2MP-Architektur vorwiegend im Feederbereich angesiedelt, während in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» keine nennenswerten Unterschiede vorliegen, bis auf die Tatsache, dass im Vergleich zu einer P2P-Architektur bei einer P2MP-Architektur zusätzlich Splitter im Übergang von «Feeder» zu «Drop» eingebaut werden müssen.

113. Aus der Vorabklärung FTTH ist bekannt, dass die Kosten für den Bereich Feeder selbst beim Aufbau eines Vierfasersmodells weniger als [10-20] % der Gesamtaufbaukosten (Summe aus «Inhouse», «Drop» und «Feeder») ausmachen.¹¹⁸ Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass Swisscom mit dem Aufbau von FTTS-Infrastrukturen bereits eine Feeder-Architektur aufgebaut haben dürfte und für Swisscom ein Umbau entsprechend kostenintensiv wäre (vgl. Rz 59). Dennoch scheinen diese Kosten keinen Hinderungsgrund darzustellen, da Swisscom, wie das Beispiel von Danet zeigt, auch bei einer bereits bestehenden Feeder-Infrastruktur in Kooperation nach wie vor ein Vierfasersmodell aufbaut (vgl. Rz 73). Das Beispiel von Danet zeigt aber auch, dass Swisscom zumindest auf dem Gebiet des Pilotprojekts beim FTTS/B Ausbau Reserven im Feederbereich eingebaut hat, die ausreichend sind, um [...] Fasern vom Schacht bzw. BEP bis zur Anschlusszentrale von Swisscom zu verlegen.¹¹⁹ Abhängig von den von Swisscom bereits verbauten Reserven im Feederbereich beim FTTS/B-Ausbau können demnach die Kosten für einen Umbau auf P2MP-FTTH mit Zugang für Dritte ab Anschlusszentrale auch bedeutend geringer sein.

114. Auch von Swisscom unbestritten ist der Aufbau des Vierfasersmodells in den Bereich «Drop» und «Feeder» (vgl. Rz 78). Damit ist festzuhalten, dass ein durchgängiger Aufbau einer Vierfasernetzwerkinfrastruktur, wie dies von Init7 gefordert wird, damit zu erwarteten Mehrkosten in der Grössenordnung von [...] (vgl. Rz 113) führen wird, was bei Milliardeninvestitionen keine vernachlässigbaren Investitionssummen sind. Die von Swisscom behaupteten und nicht weiter belegten Einsparungen in Höhe von CHF [...] Franken pro Anschluss

im Feederbereich (vgl. Rz 54) erscheinen aufgrund der Kenntnisse aus den Glasfaseruntersuchungen als bedeutend zu hoch angesetzt und nicht glaubwürdig, auch wenn in Einzelfällen nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei der einen oder anderen Feeder-Infrastruktur höhere Einsparungen realisieren lassen. Solche durchschnittlichen Einsparungen sind auch aus dem Grund unglaubwürdig, weil Swisscom nach wie vor in Kooperationsgebieten am Vierfasersmodell festhält und Danet bestätigt hat, dass allfällige Kosteneinsparungen in einer P2MP-Architektur die hieraus entstehenden Nachteile nicht rechtfertigen. Die von Swisscom vorgebrachten, offensichtlich zu hohen und nicht weiter belegten Kosten sind daher als Schutzbehauptung zu qualifizieren.

Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

115. 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). Vorliegend ist insbesondere die Marktstellung von Swisscom auf den für konkurrierende FDA wichtigen Vorleistungsmärkten relevant. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO die Märkte für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur sowie die Vorleistungsmärkte für Breitbandinternet und Breitbandanbindungen abgegrenzt. Grundlage, um auf diesen Märkten auf der Anbieterseite tätig zu werden, ist eine physische Netzwerkinfrastruktur.

116. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur (Layer 1) mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten treffen anbieterseitig ein Betreiber einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur und nachfragerseitig Nachfrager nach einem Zugang zu einer solchen Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufeinander. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist der Zugang zur physischen Glasfasernetzwerkinfrastruktur ab einer Anschlusszentrale. In der Schweiz verfügen Swisscom und ihre Kooperationspartner über eine solche Netzwerkinfrastruktur. Hierbei bestehen allerdings regionale Unterschiede. Es existieren ebenfalls Gebiete, in denen Swisscom alleine baut.

117. Die Marktabgrenzung erfolgt aus Sicht der Marktgegenseite. Da das Verhalten von Swisscom zu untersuchen ist, stellen die Nachfrager nach einem Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur die Marktgegenseite dar. Typische Nachfrager sind FDA wie Salt, Init7 oder die Internet Group. Aus ihrer Sicht beurteilt sich, ob angemessene Substitute bestehen, die auf eine Erweiterung des Marktes schliessen lassen.

¹¹⁷ RPW 1997/4, 621 f., E. 2.b, *Entscheid des BGer in Sachen künstliche Besamung (vorsorgliche Massnahmen)*.

¹¹⁸ RPW 2012/2 224 Tabelle 7, *Glasfaser, St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Bern*.

¹¹⁹ Vgl. act. 8, Antwort auf Frage 1.

118. Die WEKO hat in der Vergangenheit die Marktverhältnisse untersucht und regelmässig festgestellt, dass der Zugang zur Infrastruktur auf Layer 1 und damit die Verfügungsmöglichkeiten über die Ausgestaltung der über die Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu erbringenden Dienstleistungen in ihren Freiheitsgraden nicht mit Layer 2 oder Layer 3 Angeboten vergleichbar sind.¹²⁰ Dass dies nach wie vor der Fall ist, zeigen bereits die weiterhin beträchtlichen Unterschiede bei den Preisen für höhere Bandbreiten zwischen dem ALO Angebot (Layer 1) und dem BBCS Angebot (Layer 3) von Swisscom. Kostet das ALO Angebot monatlich 25 Franken, so sind für das BBCS Angebot mit symmetrischen Bandbreiten von 1 Gbit/s bereits 35 Franken und mit Bandbreiten von 10 Gbit/s 46 Franken zu bezahlen.¹²¹ Hinsichtlich des Zugangs zur Infrastruktur betont Swisscom in ihrer Medienmitteilung, dass Netzbetreiber bei einer eigenen Infrastruktur verschiedene Technologien einsetzen und darauf ihre Dienste aufbauen und anbieten. Welche Services und welche Netzqualität später angeboten werden könnten, hänge stark von der Wahl der eingesetzten Technologien ab. Nur wenn die Betreiber das gesamte Netzwerk von den Zentralen bis zum Endkundengerät überwachen und steuern, könnten sie sich auf dem Markt bei Service, Qualität und technologischer Innovation differenzieren.¹²²

119. Wie Swisscom in ihrer Medienmitteilung richtigerweise feststellt, erlaubt einzig der Zugang zur unbeleuchteten Glasfaser, dass FDA eigene Technologien implementieren können indem sie die aktiven Komponenten wie Router, Switches, Transponder etc. selbst wählen. Damit kann der Wettbewerb zwischen den Nachfragern nach einem Zugang zur physischen Glasfasernetzwerkinfrastruktur auch auf der Technologieebene spielen und gegebenenfalls zu einer schnelleren Implementation von neuen Technologien führen. So war es denn auch Salt – eine FDA ohne eigenes FTTH-Netz –, welche im Jahr 2018 als erste FDA auf die XGS-PON Technologie setzte und ein Glasfaserangebot mit Datenraten von 10 Gbit/s einführte.¹²³ Bei Layer 2 und Layer 3 Angeboten werden die Technologie und die aktiven Komponenten vom Betreiber der Glasfasernetzwerkinfrastruktur vorgegeben.

120. Vorliegend ist von einem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten auszugehen.

121. Das kommerzielle Analogprodukt zur TAL auf der Glasfasernetzinfrastruktur wird von Swisscom und den EVU als die Überlassung einer unbeleuchteten Glasfaserleitung im Markt unter dem Namen «Access Line Optical» (nachfolgend: ALO) bzw. bei den EVU als «Fibre Local Loop» (FLL) angeboten.¹²⁴ Die ALO ermöglicht in einer Anschlusszentrale von Swisscom oder derjenigen eines EVU einen solchen Glasfaseranschluss nachzufragen.

122. Als Alternative zur ALO hat die Swisscom neben dem BBCS Angebot auch die Möglichkeit des physischen Zugangs für Dritte ab Splitter im Schacht bzw. BEP vorgebracht (vgl. Rz 55 f.). Init7 macht hierzu geltend, dass eine rentable Erschliessung eines Standorts erst ab einer gewissen Anzahl Endkunden möglich sei (vgl. Rz 35). Bei der Frage, ob diese Zugangsmöglich-

keit als angemessenes Substitut zur ALO angesehen werden kann, ist auf das analoge Produkt beim Kupferkabel, dem T-TAL, hinzuweisen. Währendem die Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse TAL zunächst zu einer Belebung des Wettbewerbs geführt hatte (Höchstwert von 316'551 Einheiten bzw. 8.5 % im Juni 2012 und noch 62'588 Einheiten im Juni 2020), bestand eine vernachlässigbare Nachfrage nach dem T-TAL.¹²⁵ Es zeigte sich, dass es sich für die FDA generell nicht lohnte eine eigene Feederinfrastruktur bis zu den Quartierverteilräumen/-kästen der Swisscom aufzubauen. Auch Sunrise als grösste Nachfragerin mit einem Marktanteil von über 10 % im Endkundenbereich hat dies nicht in Erwägung gezogen. Deshalb ist vorliegend der physische Zugang ab Splitter im Schacht bzw. BEP nicht als angemessenes Substitut zum physischen Zugang ab der Anschlusszentrale von Swisscom bzw. dem ALO Angebot anzusehen.

123. 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). Im konkreten Fall wird für die räumliche Abgrenzung die Glasfasernetzwerkinfrastruktur von Swisscom und den EVU zugrunde gelegt. Für den Zweck des vorliegenden Verfahrens sind alternativ auch die künftige Glasfasernetzwerkinfrastruktur von Swisscom und insbesondere die Alleinbaugebiete von Swisscom relevant. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob bei den Alleinbaugebieten von Swisscom von einem separaten räumlichen Markt auszugehen ist.

124. Gemäss Angaben von Swisscom wird sich in Gebieten, welche Swisscom mit Kooperationspartnern erschlossen hat bzw. noch erschliessen wird, nichts an der Netzwerkarchitektur ändern und der physische Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur bzw. dem ALO Produkt wird weiterhin möglich sein. Gleiches gelte für Gebiete, welche Swisscom in Form einer P2P Topologie ausgebaut habe. In diesen Gebieten bestehen aufgrund des Vierfasermodells Alternativen zum ALO Angebot von Swisscom, so dass unter diesen Marktverhältnissen der physische Zugang ab einer Anschlusszentrale z. B. von Swisscom oder einem EVU, gewährleistet werden

¹²⁰ Vgl. etwa RPW 2016/1, 173 Rz 299 ff. und Rz 305, *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2020/2, 775 Rz 153 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

¹²¹ Vgl. act. 15, Beilage 5; <www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/de/ws/documents/D_ALO-Dokumente/d_alo_handbuch-preisev2-4--gueltig-ab-01-10-2020-.pdf>.dl.res/d_alo_handbuch-preisev2-4--gueltig-ab-01-10-2020-.pdf> (13.11.2020).

¹²² Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 9. Dezember 2008, <www.swisscom.ch/de/about/news/2008/12/20081209_01_Mit_fibre_suisse_in_die_Glasfaserzukunft.html> (23.11.2020).

¹²³ Vgl. Medienmitteilungen vom 20. März 2018 von Salt, <www.salt.ch/de/press/>; <fiber.salt.ch/en/home/equipment/fiber-box> (10.11.2020).

¹²⁴ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/angebot/anschluesse/access-line-optical.html> (13.11.2020).

¹²⁵ Vgl. BAKOM: Zugang zu Festnetzeinrichtungen und –diensten, Tabellenblatt: «Tab_ARS1A», Z. 8, <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/festnetz/zugang-zu-festnetzeinrichtungen-und-diensten-verkauf-von-fda.html>; <www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/dokumentation/zahlen-und-fakten/breitbandmarkt/entwicklung-der-entbuendelung.html>; <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/angebot/anschluesse.html> (25.11.2020).

kann. In Alleinbaugebieten, in denen Swisscom bei der Netzwerkkonstruktion auf die P2MP Topologie setzt, ist kein alternativer Anbieter eines Layer 1-Angebots vorhanden. Weiter gewährt Swisscom in den Alleinbaugebieten mit P2MP Topologie keinem anderen Unternehmen physischen Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur und bietet Dritten nur BACS als Layer 3 Vorleistungsprodukt an. Die Auswahlmöglichkeiten und Substitutionsmöglichkeiten der Nachfrager sind daher in diesen Gebieten eingeschränkt.

125. Damit ist in denjenigen Gebieten, in denen Swisscom alleine eine P2MP-Architektur aufbaut, von vollkommen anderen Wettbewerbsbedingungen auszugehen, was eine separate räumliche Marktabgrenzung für die Alleinbaugebiete von Swisscom rechtfertigt.

Voraussichtliche Marktstellung von Swisscom

126. In Gebieten, in denen Swisscom die Glasfasernetzwerkinfrastruktur in Kooperation mit den regionalen EVU ausgebaut hat, haben Nachfrager von Layer 1-Angeboten die Möglichkeit, diese entweder über ALO bei Swisscom zu beziehen oder alternativ das analoge FLL Angebot des jeweiligen EVU nachzufragen. Das bis anhin verwendete Vierfasernmodell beim Bau der gemeinsamen FTTH-Netze erlaubt grundsätzlich einen diskriminierungsfreien Zugang für Dritte durch die Nutzung einer dedizierten Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zum Haushalt im Sinne eines «Open Access» Netzes. Damit ist in diesen Gebieten ein alternativer Zugang gewährleistet.

127. In Alleinbaugebieten von Swisscom bestehen für Dritte ohne eigene Netzinfrastruktur beim Bezug von Layer 1-Angeboten keine Alternativen zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur von Swisscom. Bei künftig steigender Nachfrage der Endkunden nach höheren Bandbreiten (1 Gbit/s und höher) kommt weder die bestehende Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur noch die mobile Netzwerkinfrastruktur als Alternative in Frage. Swisscom weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie in den Alleinbaugebieten im Wettbewerb mit den sehr leistungsfähigen Kabelnetzbetreibern stehe. Hierzu ist nochmals darauf hinzuweisen, dass vorliegend der Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten relevant ist und Kabelnetzbetreiber Dritten seit jeher keinen Layer 1-Zugang gewähren (können). In diesem Zusammenhang ist zudem zu beachten, dass die HFC-Netzwerkinfrastruktur ein Shared Medium ist und es hinsichtlich der Kapazitätsauslastung der HFC-Netzwerkinfrastruktur trotz nominal sehr hohen angebotenen Bandbreiten durchaus zu Engpässen kommen kann.¹²⁶ Es ist zudem fraglich ob und wenn ja, in welchem Ausmass, ein Layer 1-Zugang aus technischer Sicht realisiert werden kann. Zudem ist fraglich, ob Kabelnetzbetreibern wie UPC aufgrund ihrer geringen Marktanteile im Endkundenbereich, die obendrein in den vergangenen Jahren stetig zurückgegangen sind, überhaupt eine marktbeherrschende Stellung zukommt, welche zu einer Verpflichtung zum Angebot eines Vorleistungsprodukts Veranlassung bieten könnte. Daher ist für die vorliegende Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom seitens der Kabelnetzbetreiber lediglich relevant, dass diese in dem für die Beurteilung

massgeblichen Zeitraum der Vergangenheit keine Vorleistungsprodukte angeboten haben und es nicht wahrscheinlich ist, dass sie als potenzielle Vorleistungsanbieter in naher Zukunft in den Markt eintreten werden.

128. Neben der möglichen aktuellen Konkurrenz ist auch zu prüfen, ob Swisscom sich in den Alleinbaugebieten möglicher potentieller Konkurrenz gegenüberstellt. Dabei gilt es zu unterscheiden zwischen Gebieten, in denen Swisscom bereits ein FTTH-Netz ausgebaut hat – hier müsste eine potentielle Konkurrentin das bestehende Netz duplizieren – und Gebieten, in denen Swisscom ihre bestehende Netzwerkinfrastruktur erst im Laufe der nächsten Jahre auf FTTH auszubauen plant.

129. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einem Glasfasernetzwerk um eine typische Netzwerkindustrie handelt, die sich im Allgemeinen durch hohe Investitionskosten beim Bau und steigende Skalenerträge charakterisiert. Die Investitionen werden wesentlich von der Anschlussdichte bestimmt, welche in ländlichen Regionen geringer ist, weshalb die Kosten pro Anschluss in diesen Regionen generell höher sind als in den Städten.¹²⁷ Diese Kosten müssen über die Lebensdauer des Glasfasernetzes amortisiert werden können. Hierbei spielt neben dem Preis auch die künftige Netzauslastung eine wichtige Rolle. Dies führt dazu, dass eine solche Infrastruktur nicht einfach dupliziert werden kann und Charakteristiken eines natürlichen Monopols aufweist. Kann beim Bau des Glasfasernetzes auf eine bestehende Netzwerkinfrastruktur wie beispielsweise FTTS/FTTB zurückgegriffen werden, sinkt der Investitionsbedarf entsprechend.

130. Hierzu hat Swisscom geltend gemacht, dass auch andere Netzbetreiber bedeutende Investitionen in den Netzausbau tätigen würden und dabei das mittlerweile in der Schwebe stehende geplante Joint Venture beim Glasfaserausbau zwischen Sunrise und Salt aufgeführt (vgl. Rz 50). Die Behauptung von Swisscom, dass in der Schweiz ein hoher Infrastrukturwettbewerb bestehe, erweist sich als wenig substantiiert und trifft mangels Alternativen auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in den Alleinbaugebieten von Swisscom nicht zu. Das vorgebrachte Beispiel von Swiss Open Fiber hat zwar gezeigt, dass unter gewissen Umständen Markteintritte zumindest denkbar sind. So hätte bei Swiss Open Fiber, neben anderen relevanten Faktoren, sichergestellt werden können, dass aufgrund der gemeinsamen Marktstellung von Sunrise und Salt auf den Endkundenmärkten für Breitbandinternet eine grosse Anzahl Nutzer die entsprechende Glasfasernetzwerkinfrastruktur künftig hätten nutzen können und damit eine hohe Netzauslastung hätte erreicht werden können. Für kleinere Marktakteure ohne eine solche garantierte Nachfrage ist das Investitionsrisiko bedeutend höher.

¹²⁶ Vgl. RPW 2020/2, 827 Rz 467, *Sunrise/Liberty Global*.

¹²⁷ Vgl. WIK-Bericht, Modellierung der Kosten eines flächendeckenden Hochbreitbandnetzes in der Schweiz, 2017, S. 47.

131. Bei Swisscom, das als vertikal integriertes Unternehmen auf eine breite bestehende Kundenbasis auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zurückgreifen kann, ist das Investitionsrisiko entsprechend geringer. So liegt etwa der Marktanteil von Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden über 50 % und hat sich aufgrund der geringen Wechselbereitschaft der Kunden in den letzten Jahren kaum geändert.¹²⁸ In diesem Zusammenhang ist auch die hohe Anzahl an Kunden von Swisscom zu erwähnen, welche aktuell noch eine geringere Bandbreite nachfragen. Nach der Übernahme von Sunrise durch UPC (Liberty Global) und dem damit wohl verbundenen Scheitern des Joint Ventures Swiss Open Fiber ist zumindest kurz- bis mittelfristig kein anderer potenzieller Wettbewerber ersichtlich, der die Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Alleinbaugebiet von Swisscom künftig duplizieren könnte.¹²⁹

132. Im Zusammenhang mit dem von Swisscom erwähnten Joint Venture ist weiter darauf hinzuweisen, dass, im Unterschied zu den Plänen von Swisscom, mit der Gründung von Swiss Open Fiber eine neue schweizweite Open Access FTTH Infrastrukturplattform mit dem Fokus auf bisher grösstenteils unerschlossenen Regionen vorgesehen war. Diese Glasfasernetzwerkinfrastruktur wäre sämtlichen Marktteilnehmern zugänglich gewesen. Da eine Duplizierung einer Netzwerkinfrastruktur ökonomisch wenig Sinn ergibt und die vorhandenen Disziplinierungsmassnahmen in Form von Preissenkungen durch Swisscom als marktbeherrschende Infrastrukturbetreiberin entsprechende Investitionen sehr riskant machen, werden mit dem fortschreitenden Ausbau von FTTH inklusive den Vorstufen FTTS/B durch Swisscom demnach auch alternative FTTH-Ausbaupläne, welche auf einem Open-Access-Modell basieren, verhindert. Zudem verfügt derzeit kaum ein Marktteilnehmer ohne eigenes Netz über die notwendigen Marktanteile, um entsprechende Investitionen zu tätigen. An dieser Stelle ist zu betonen, dass es sich bei FTTH-Netzen um langfristige Infrastrukturen handelt mit einer erwarteten Nutzungsdauer der Glasfaserleitungen von mehreren Jahrzehnten, diejenige der Kabelanlagen ist noch länger.

133. Swisscom hat demnach auch nicht zu befürchten, dass künftig in mit FTTH erschlossenen Regionen noch ein weiterer Wettbewerber mit einer eigenen FTTH-Infrastruktur eintreten wird. Deshalb ist es sehr wahrscheinlich, dass Swisscom in Gebieten, welche sie alleine ausbaut, bei den Vorleistungsangeboten marktbeherrschend sein wird. Gleichzeitig werden damit auch alternative FTTH-Ausbaupläne mit Layer 1-Zugang verhindert. Damit ist glaubwürdig dargelegt, dass Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten im FTTH Alleinbaugebiet marktbeherrschend ist.

Zwischenfazit

134. In Alleinbaugebieten von Swisscom bestehen für Dritte ohne eigene Netzwerkinfrastruktur beim Bezug von Layer 1-Angeboten keine Alternativen zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur von Swisscom. Bei künftig steigender Nachfrage der Endkunden nach höheren Band-

breiten (1 Gbit/s und höher) kommen weder das bestehende veraltete Kupfernetz, die HFC-Netzwerkinfrastrukturen der Kabelnetzbetreiber (Layer 1-Zugang wird nicht angeboten und ist technisch fraglich) noch die mobile Netzwerkinfrastruktur als Alternative in Frage.

135. Aufgrund der hohen Investitionskosten für den Bau und den Eigenschaften von Netzwerkinfrastrukturen erscheint es zudem unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen ein bereits bestehendes Glasfasernetz duplizieren wird. Dies gilt umso mehr für weniger dicht besiedelte Regionen, welche bisher noch nicht ausgebaut wurden. Zudem ist nach der Übernahme von Sunrise durch UPC (Liberty Global) und dem damit verbundenen Scheitern des Joint Ventures «Swiss Open Fiber» zwischen Sunrise und Salt kein weiterer Wettbewerber ersichtlich, der in einer künftig von Swisscom alleine ausgebauten Region ein bestehendes FTTH-Netz duplizieren würde. Swisscom hat demnach auch nicht zu befürchten, dass in künftig mit FTTH erschlossenen Regionen noch ein weiterer Wettbewerber mit einer eigenen FTTH-Netzwerkinfrastruktur eintreten wird. Deshalb ist es sehr wahrscheinlich, dass Swisscom in Gebieten, welche sie alleine ausbaut, bei den Vorleistungsangeboten marktbeherrschend sein wird. Gleichzeitig werden mit dem fortschreitenden Bau des FTTH-Netzes durch Swisscom auch alternative FTTH-Ausbaupläne, welche auf einem Open-Access-Modell basieren, verhindert.¹³⁰

136. Durch den Aufbau einer Netzwerkinfrastruktur, welche keinen Layer 1-Zugang erlaubt, verschliesst Swisscom den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten für alle anderen Fernmeldediensteanbieter. Es ist zudem wenig realistisch, dass sich der Aufbau einer alternativen Glasfasernetzwerkinfrastruktur für FDA ohne eigenes Netzwerk lohnt. Damit ist eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom zumindest im Markt für den Zugang zur physischen Infrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten offensichtlich glaubwürdig.

Unzulässige Verhaltensweise

137. 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.¹³¹

¹²⁸ Vgl. RPW 2020/2, 812 Rz 369, *Sunrise/Liberty Global*.

¹²⁹ Mit der Übernahme durch UPC erhält Sunrise Zugang zur HFC-Netzwerkinfrastruktur des Kabelnetzbetreibers. Gemäss Angaben des CEO von Sunrise, habe sich die Ausgangslage nach dem Deal (Übernahme) fundamental geändert. Das Projekt liege auf Eis. <www.handelszeitung.ch/unternehmen/streit-mit-sunrise-salt-erleidet-niederlage-vor-gericht> (23.11.2020).

¹³⁰ Vgl. beispielsweise Rz 131 bezüglich dem vormals geplanten Joint Venture zwischen Sunrise und Salt Swiss Open Fiber.

¹³¹ Vgl. RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

138. 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).¹³²

139. 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.¹³³ 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.¹³⁴

140. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe»¹³⁵ 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.¹³⁶

141. 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 Unter-

nehmens) 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.¹³⁷

142. 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.¹³⁸

143. Wie bereits in den summarischen Sachverhaltsfeststellungen dargelegt, ist bereits in mehreren Verfahren festgestellt worden, dass Swisscom im Alleinbaugebiet als einzige Anbieterin auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten marktbeherrschend ist (vgl. Rz 133). Für die Beurteilung der Prognose in der Hauptsache ist daher zu prüfen, ob das Verhalten von Swisscom, ihr Netz in Form einer P2MP-Architektur in einer Weise auszubauen, so dass keine Layer 1-Angebote (also Angebote im Markt für den Zugang zur

¹³² 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 BVer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹³³ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 570.

¹³⁴ Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktbündel «Talk & Surf»*.

¹³⁵ Vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹³⁶ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 607, *Sport im Pay-TV*.

¹³⁷ 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 BVer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹³⁸ 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 BVer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten) ab Anschlusszentrale mehr möglich sind bzw. mehr angeboten werden, voraussichtlich gegen das Kartellgesetz verstösst.

144. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass die heutige Marktstruktur auf dem Markt für den physischen Zugang zur Infrastruktur von Swisscom mit dem Produkt des vollständigen Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) ab der Anschlusszentrale von Swisscom für Dritte die Erbringung von Fernmeldedienstleistungen über die jeweils gemietete nackte Faser ermöglicht.¹³⁹ Dieselbe Möglichkeit eröffnet das analoge Produkt «ALO» auf der von Swisscom in Kooperation mit Partnern gebauten P2P-Glasfasernetzwerkinfrastruktur (vgl. Rz 121 ff.).

145. Swisscom wird beim Aufbau einer P2MP-Glasfasernetzwerkinfrastruktur nach eigenen Aussagen keine Layer 1-Produkte ab Anschlusszentrale mehr über ihre Glasfasernetzwerkinfrastruktur anbieten. Damit würden von Swisscom auf dem entsprechenden Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nach dem geplanten Aus- bzw. Umbau des Netzes keine Angebote mehr existieren. Dieses Resultat ist nach Aussagen von Swisscom die logische Folge des von Swisscom an den Tag gelegten Verhaltens beim Netzausbau. Damit entscheidet sich Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen bewusst für den Verzicht auf ein Angebot eines Layer 1-Produktes.

146. Es könnte somit insofern ein Behinderungsmissbrauch im Sinne einer Geschäftsverweigerung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG vorliegen, als dass FDA in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet behindert werden, indem ihnen Layer 1-Produkte auf der Vorleistungsebene verweigert werden. Zudem könnte ein potentieller Behinderungsmissbrauch in der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vorliegen, da durch die Verweigerung eines Layer 1-Produkts ab der Anschlusszentrale FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur in ihrer Preis- und Produktgestaltung eingeschränkt sind und lediglich die von Swisscom vorkonfigurierten Layer 2 oder Layer 3-Angebote zu den von Swisscom vorgegebenen Preisen verwenden können. Die von Swisscom an den Tag gelegte Verhaltensweise könnte auch eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG oder eine Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen.

147. Die nachfolgende summarische Prüfung ergibt, dass zumindest ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG wahrscheinlich ist.

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

148. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.¹⁴⁰ 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 gewährleisten, die für ein Unternehmen zur Herstellung bestimmter Produkte oder zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen unerlässlich ist.¹⁴¹

149. 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.¹⁴² Allerdings ist gemäss jüngster Rechtsprechung des BVGer die Aufstellung eines abschliessenden Kanons an Prüfungspunkten für die Gesamtheit der Sachverhaltskonstellationen einer Geschäftsverweigerung auszuschliessen.¹⁴³

150. 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.¹⁴⁴ Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen.¹⁴⁵ Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen.

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.¹⁴⁶
- Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.¹⁴⁷

¹³⁹ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/angebot/anschlussse/teilnehmeranschlussleitung.html> (13.11.2020).

¹⁴⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 776 f., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴¹ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 72 und 121 ff.; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG), Art. 7 N 229 ff.

¹⁴² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 792, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 797, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴⁴ 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 141), Art. 7 KG N 121 ff.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 800, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁴⁵ 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*.

¹⁴⁶ 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*.

¹⁴⁷ 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*.

- Die Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.¹⁴⁸
- Die Verweigerung lässt sich nicht durch «Legitimate Business Reasons» begründen.¹⁴⁹

151. Die weiteren vom BVGer genannten möglichen Kriterien «immateriälgüterrechtliche 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.¹⁵⁰ Im vorliegenden Fall sind diese Kriterien nicht entscheidungsrelevant.

152. Zunächst ist erforderlich, dass eine Geschäftspartnerin oder ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat.¹⁵¹ Der Begriff «Geschäftsbeziehung» umfasst dabei jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.¹⁵²

153. Sowohl Init7 als auch andere Fernmeldediensteanbieter (z.B. Salt) fragen bei Swisscom Layer 1-Angebote nach, die durch Swisscom in den Alleinbaugebieten (Ausbau des FTTH-Netzes mittels einer Baumstruktur) offensichtlich verweigert werden (vgl. Rz 21). Swisscom bringt selbst vor, dass sie auf der Glasfasernetzwerkinfrastruktur, welche sie in einer P2MP-Architektur ausbaut, nur noch BBCS-Angebote bereitstellt. BBCS-Angebote stellen kein Layer 1-Angebot dar. Wie bereits zur Marktabgrenzung ausgeführt, stellt BBCS kein Substitut zu einem Layer 1-Zugang dar und ist auch nicht demselben Markt zuzuordnen. Damit verweigert Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen die Aufnahme einer potenziellen Geschäftsbeziehung und begründet dies mit dem Aufbau der Netzwerkinfrastruktur und den damit verbundenen Kosten. Damit ist glaubhaft, dass das erste Tatbestandselement, der Nichtaufnahme einer potenziellen Geschäftsbeziehung erfüllt ist.

154. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potentiell Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z. B. durch Duplizierung des Inputs).¹⁵³

155. 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.¹⁵⁴

156. 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.¹⁵⁵

157. 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.»¹⁵⁶ 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.¹⁵⁷

158. Verfügen FDA nicht über einen Layer 1-Zugang (vgl. Rz 119) sind sie aufgrund der von Swisscom im Vorleistungsbereich angebotenen Einheitstechnologie (Layer 2- und Layer 3-Angebote) in ihrer Produktwahl eingeschränkt. Zudem haben sie keine Möglichkeiten technologische Innovationen einzuführen. Die Würdigung des Sachverhalts hat gezeigt, dass die Glasfaser-

¹⁴⁸ 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*.

¹⁴⁹ 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*.

¹⁵⁰ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 801, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 845, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁵³ 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 141), Art. 7 N 239. Zu streng daher BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 141), 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.

¹⁵⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 977, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁵⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 974, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁵⁶ Vgl. Botschaft zum KG, BBl 1995, 571.

¹⁵⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 993, *Sanktionsverfügung – DCC*, m. w. H.

netzwerkinfrastruktur von Swisscom in den Alleinbaugebieten aus Sicht der FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur als Essential Facility anzusehen ist. Der Layer 1-Zugang stellt damit einen essenziellen Input für die Realisierung von Wertschöpfung durch die FDA dar. Neben Swisscom besteht im Markt kein weiterer Anbieter eines Zugangs zur Netzwerkinfrastruktur. Zwar bietet Swisscom gegenüber Nachfragern nach Zugangsprodukten Layer 2- und Layer 3-Produkte an. Dennoch sind, wie dies aber bereits in der Marktabgrenzung aufgezeigt wurde, Layer 2- und Layer 3-Produkte nicht als Substitut zu einem Layer 1-Produkt anzusehen. Dies insbesondere, weil Layer 2- und Layer 3-Produkte im Endkundenmarkt lediglich von Swisscom vorkonfigurierte Produkte angeboten werden können, die es nachfragenden FDA verunmöglichen wirksamen Wettbewerbsdruck aufzubauen und entsprechend im Markt wettbewerbsfähig zu werden. Damit sind Layer 2- und Layer 3-Produkte auch nicht geeignet, um die negativen Folgen der Verweigerung von Swisscom, die insbesondere in der eingeschränkten Preisgestaltung und den fehlenden Innovationsmöglichkeiten zu verorten sind, langfristig ausgleichen zu können (vgl. Rz 154).

159. Auch Swisscom geht davon aus, dass die Technik beim Glasfasernetz die Basis für Wettbewerb ist. So würden Netzbetreiber bei einer eigenen Infrastruktur verschiedene Technologien einsetzen und darauf ihre Dienste aufbauen und anbieten können. Hierbei hängen die angebotenen Services und die Netzqualität stark von der Wahl der eingesetzten Technologie ab. Selbst nach Meinung von Swisscom können die alternativen Netzbetreiber nur dann auf dem Markt bei Service, Qualität und technologischer Innovation differenzieren, wenn sie das gesamte Netzwerk von den Zentralen bis zum Endkundengerät überwachen und steuern.¹⁵⁸ So bringt Swisscom zudem vor, dass ein Einfasermmodell, wie dies Swisscom aufzubauen gedenkt, auf der Technologieebene zum Monopol führen wird.¹⁵⁹

160. Zwar bestehen die in Rz 158 beschriebenen Einschränkungen beim physischen Teilzugang ab Splitter im Schacht bzw. BEP (vgl. Rz 121 ff.) nicht und eine FDA, welche einen Zugang ab diesem Zugangspunkt nachfragen würde, könnte über die vollen Möglichkeiten eines Layer 1-Zugangs verfügen. Dennoch stellt auch ein Layer 1-Zugang im Schacht kein Substitut zu einem Layer 1-Zugang in der Anschlusszentrale dar, da die zu erbringenden baulichen Massnahmen, um einen solchen Anschluss zu realisieren, für die im Schweizer Markt tätigen FDA ohne eigenes Netz aufgrund ihrer Marktanteile schlicht nicht tragbar sind.

161. Es bestehen daher für Nachfrager nach solchen Layer 1-Produkten keine Ausweichmöglichkeiten. Damit ist glaubhaft, dass auch die Anforderungen an die Unerlässlichkeit eines objektiv notwendigen Einsatzgutes für die wirtschaftliche Tätigkeit, erfüllt sind.

162. 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.¹⁶⁰

163. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung müssen keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden.¹⁶¹ Entsprechend ist nachfolgend die Eignung zu prüfen.

164. Die Feststellung einer Zugangsverweigerung setzt dabei keine vollständige Aufhebung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt voraus,¹⁶² 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.¹⁶³

165. Vorliegend werden diejenigen FDA, welchen Layer 1-Angebote verweigert werden, sowohl zu weiten Teilen die Preissetzungshoheit, die Möglichkeiten der einzusetzenden Übertragungstechnologien (G-PON, NG-PON, XGS-PON etc.) und damit auch die Wahl der anzubietenden Breitbandprofile genommen. Hierzu kann auf die von Swisscom vorgebrachten Argumente gegen ein Einfasermmodell zurückgegriffen werden.¹⁶⁴ So sieht Swisscom beim Kundennutzen eine eingeschränkte Produktwahl aufgrund einer Einheitstechnologie. Zudem steht für alternative Anbieter keine Netzwahl zur Verfügung. Dies kann nach Meinung von Swisscom zu höheren Preisen führen, da ein geringerer Kostendruck auf einen einzigen Anbieter besteht. Zudem würde durch ein Einfasermmodell die technologische Innovation gefährdet, da das Modell keinen parallelen Betrieb zulassen würde. Swisscom kommt zusammenfassend zum Schluss, dass beim Aufbau eines Einfasermodells ein regulatorischer Eingriff notwendig sei. Damit zeigt Swisscom auf, dass alternativen FDA bei einem Einfasermmodell, wie dies Swisscom aufbauen möchte bzw. derzeit aufbaut, mit BBCS keine adäquaten Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Damit haben die nachfragenden FDA – wie dies Swisscom selbst ausführt – nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, die Wettbewerbsparameter Preis, Qualität und Dienstleistung zu beeinflussen, weshalb sie in der Aufnahme und Ausübung von Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet behindert werden. Das Tatbestandselement der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung ist damit erfüllt.

¹⁵⁸ Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 9. Dezember 2008 (Fn 122).

¹⁵⁹ Vgl. Präsentation Swisscom zur Medienmitteilung vom 9. Dezember 2008 (Fn 122), S. 10.

¹⁶⁰ Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, *Sport im Pay-TV*.

¹⁶¹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1207, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁶² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1157, *Sanktionsverfügung – DCC*, m. w. H.

¹⁶³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1159, *Sanktionsverfügung – DCC*, m. w. H.

¹⁶⁴ Präsentation Swisscom zur Medienmitteilung vom 9. Dezember 2008 (Fn 122), S. 11.

166. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe («Legitimate Business Reasons») rechtfertigen lässt.¹⁶⁵ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷

167. 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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹

168. Als legitime Gründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»¹⁷⁰) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.¹⁷¹ 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).¹⁷² 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»¹⁷³).

169. Weiter kommen wie erwähnt auch Effizienzgründe in Frage.¹⁷⁴

170. 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 vorliegen¹⁷⁵ 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».¹⁷⁶ Überdies kann eine Zugangsverweigerung, die nachweislich zu besserer Qualität bzw. besseren Preisen für die Konsumenten führt, einen potentiellen Kartellrechtsverstoss sachlich rechtfertigen.¹⁷⁷ Sodann ist im Zusammenhang mit einer Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewähr-

leistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

171. Swisscom rechtfertigt die Verweigerung der Geschäftsbeziehung mit dem Aufbau des Glasfasernetzwerks in Form einer P2MP-Architektur und gibt an, dass dies der einzige effiziente Weg sei, eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur alleine aufzubauen (vgl. Rz 102 ff.). Hierbei sei Swisscom auch in einer anderen Ausgangslage als Danet, da Swisscom bereits weitreichende Investitionen in den Feederbereich getätigt habe (vgl. Rz 73 f.). Dies würde dazu führen, dass ab Anschlusszentrale keine Layer 1-Angebote mehr angeboten werden könnten. In den Bereichen Drop und Inhouse würden hingegen weiterhin vier Fasern gemäss dem BAKOM-Modell zur Verfügung stehen, so dass die Installation von optischen Splittern im Übergang von Feeder zu Drop und der Betrieb einer eigenen Feeder-Infrastruktur für alternative Betreiber möglich sei.¹⁸⁰

¹⁶⁵ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*, m. w. H.

¹⁶⁶ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*, m. w. H.

¹⁶⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 512, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁶⁸ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 153), Rz 28.

¹⁶⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1242, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁷⁰ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468, 569.

¹⁷¹ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 153), Rz 28 ff.

¹⁷² Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 153), Rz 29.

¹⁷³ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 141), 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 153), Rz 29 ff.

¹⁷⁴ 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 153), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich: DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7 N 109 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 141), Art. 7 KG N 63 ff.

¹⁷⁵ 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*; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3. Auflage, Zürich, 2011, Art. 7 N 14.

¹⁷⁶ 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*.

¹⁷⁷ 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*.

¹⁷⁸ 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 141), Art. 7 KG N 132 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 153), Rz 89 f.; Case C-3/37.792 vom 24.3.2004, *Microsoft*, Rz 709 ff.

¹⁷⁹ Vgl. RPW 2014/1, 125 Rz 111, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m. w. H.

¹⁸⁰ Vgl. act. 2, S. 4.

172. Hierzu ist einzuwenden, dass diese von Swisscom gewählte Ausbauform inkonsistent erscheint. Beim Aufbau einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur fallen nach Kenntnis der WEKO ca. 80 % der Kosten in den Bereichen Drop und Inhouse an. Gerade in diesen Bereichen baut Swisscom jedoch ein Vierfasermodell auf und installiert im Übergang vom Feeder zum Drop Splitter, was deutlich höhere Kosten verursacht als der Aufbau eines Einfasermodells. Im Feeder Bereich baut Swisscom nur ein Einfasermodell auf und rechtfertigt dies mit Effizienzgründen, obwohl der Feederbereich lediglich [10-20] % (Swisscom geht sogar selbst nur von 15 % aus¹⁸¹) der Gesamtaufbaukosten ausmacht. Wenn Swisscom also ausführt, dass es aufgrund von Effizienzgründen notwendig sei, im Feederbereich eine P2MP-Architektur aufzubauen, sie aber im Bereich Drop und Feeder ab dem Splitter ein Vierfaser-P2P-Netzwerk aufbaut, erscheint dieses Argument als wenig glaubhaft, auch wenn sich Swisscom in einer anderen Situation als Danet befinden sollte (vgl. Rz 73 f.). Zudem muss ebenfalls berücksichtigt werden, dass Swisscom in den Gebieten, in denen sie die Glasfasernetzwerkinfrastruktur in Kooperation aufbaut, sie in vielen Fällen weiterhin auf ein Vierfaser-P2P-Netzwerk setzt.

173. Zudem deutet die von Init7 zitierte Studie darauf hin, dass die Kostenvorteile einer P2MP Topologie weit weniger gross sind als von Swisscom geltend gemacht wird. Swisscom selbst spricht hinsichtlich der Investitionskosten für die Verlegung mehrerer Glasfasern pro Wohnung lediglich von marginal steigenden Investitionskosten. Dafür werde auf der Technologie- und Service-Ebene Wettbewerb gewährleistet. Swisscom kam daher zum Schluss, dass es nicht sinnvoll wäre, sich auf eine einzige Glasfaser pro Wohnung zu beschränken, da dieses die Marktdynamik und die technologische Innovation in der Telekommunikationsindustrie für die nächsten 30 bis 50 Jahre gefährden würde.¹⁸²

174. Weiter hängen die möglichen Kosteneinsparungen auch von der Anzahl der im Zuge des FTTS/B-Ausbaus bereits im Feederbereich verlegten Reservefasern ab. Die Antworten von Danet lassen die von Swisscom geltend gemachten Kostenvorteile zumindest als zweifelhaft erscheinen. In den FTTH-Untersuchungen wurden für die Gesamtbaukosten des Feederbereichs zudem deutlich tiefere Kosten [...] veranschlagt, als Swisscom vorliegend an Kosteneinsparungen geltend macht.¹⁸³ Die Kosteneinsparungen von Swisscom zu den Kosteneinsparungen (vgl. Rz 114) sind damit nicht glaubhaft. Zudem hat Swisscom ein Interesse daran, diese Kosten möglichst übertrieben darzustellen, um somit eine vermeintliche Rechtfertigung für die Verweigerung der Geschäftsbeziehung zu begründen. Swisscom hat denn auch im Gegensatz zu Init7 keinerlei Versuch unternommen, ihre Behauptungen in irgendeiner Form zu belegen.

175. Grundsätzlich nachvollziehbar ist hingegen, dass Swisscom die von ihr im Rahmen des von ihr vorangetriebenen VDSL2 und G.FAST-Ausbaus bereits weite Teile der Feeder-Infrastruktur in einer Weise aufgebaut hat, dass der Feeder für eine P2MP-Architektur weiterverwendet werden kann. Hierbei ist auf eine weitere Inkonsistenz in der Argumentationslogik von Swisscom hinzuweisen. Wie bereits ausgeführt machen Tiefbauar-

beiten ca. 60 % der Kosten für die Erschliessung mit Glasfasern aus. Swisscom führt zudem an, dass der Ausbau eines Vierfasermodells im Feederbereich zu teuer wäre. Dennoch baut Swisscom im Drop und Inhouse ein vollständiges Vierfasermodell auf. Damit spielen die Mehrkosten gemäss Aussagen von Swisscom in den Bereichen Drop und Inhouse, die namentlich ca. [80-90] % der Gesamtaufbaukosten ausmachen, anscheinend keine Rolle, während sie im Feederbereich matchentscheidend sein sollen. Es wird daher im Rahmen der Untersuchung zu prüfen sein, wie Swisscom die bisherige Feeder-Infrastruktur ausgebaut hat.

176. Selbst wenn dies als Rechtfertigungsgrund angesehen werden könnte, rechtfertigt dies noch nicht, dass Swisscom ab Anschlusszentrale keine Layer 1-Angebote anbietet, da durch Farbentbündelung (Zuweisung von Frequenzspektren auf einer Glasfaser) ein Layer 1-Zugang über Glasfaser auch auf einer P2MP-Architektur angeboten werden kann.¹⁸⁴

177. Insgesamt ist daher glaubhaft, dass die Verweigerung von Swisscom ein Layer 1-Angebot über die von ihr errichtete Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Vergleich zu den hieraus resultierenden Schäden für einen wirksamen Wettbewerb (vgl. Rz 165 und 173) nicht sachlich gerechtfertigt werden kann. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass Swisscom mit der Verweigerung der Geschäftsbeziehung mit Nachfragern nach Layer 1-Produkten gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG verstösst.

178. Deshalb sieht die WEKO eine Entscheidprognose zum jetzigen Zeitpunkt als sehr positiv an, da ein Aufbau einer Netzwerkinfrastruktur, die keinen Layer 1-Zugang ab Anschlusszentrale, eine künstlich herbeigeführte Marktverschliessung bewirken würde und dies nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden kann. Auf die von Swisscom vorgebrachten Aspekte betreffend die Marktstellung von Swisscom in den vorliegend relevanten Märkten einzugehen, erübrigt sich zum jetzigen Zeitpunkt. Dies wird im Rahmen des Hauptsachenentscheids der WEKO und der damit verbundenen Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen.

¹⁸¹ Vgl. Präsentation Swisscom zur Medienmitteilung vom 9. Dezember 2008 (Fn 122), S. 21.

¹⁸² Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 9. Dezember 2008 (Fn 122), S. 3.

¹⁸³ RPW 2012/2 224 Tabelle 7, *Glasfaser, St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Bern*.

¹⁸⁴ Studie von Analysys Mason, Full-fibre access as strategic infrastructure: strengthening public policy for Europe, Juni 2020, S. 25 ff., <huawei.eu/file-download/download/public/3160> (11.11.2020).

Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder technischen Entwicklung

179. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fällt ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 KG insbesondere in Betracht, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen in missbräuchlicher Weise seine marktbeherrschende Stellung einsetzt, um eine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zu erreichen. Gemäss Literatur und Praxis der WEKO ist von einer missbräuchlichen Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung auszugehen, wenn folgenden Voraussetzungen vorliegen¹⁸⁵:

- Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt.
- Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.
- Die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt bzw. es liegen keine legitime business reasons vor.

180. Die Einschränkung der Erzeugung führt zu einer künstlichen Beschränkung der Produktionskapazitäten und damit i.d.R. auch zu einer Einschränkung des Angebot.¹⁸⁶ Wenn nun ein marktbeherrschendes Unternehmen die eigene Produktion trotz bestehender Nachfrage einschränkt, um eine Angebotsverknappung und damit einen Preisanstieg der entsprechenden Produkte zu bewirken, kann diese Verhaltensweise grundsätzlich als Missbräuchlich beurteilt werden.

181. Unter Einschränkung des Absatzes fallen gemäss Praxis der WEKO insbesondere Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken oder zu erschweren, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre.¹⁸⁷ Der Begriff der Einschränkung umfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen.¹⁸⁸

182. Die Einschränkung der technischen Entwicklung betrifft grundsätzlich sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappen oder aufheben.¹⁸⁹ In der Regel schränkt das marktbeherrschende Unternehmen die technische Entwicklung von Drittunternehmen ein.

183. Wie bereits oben ausgeführt, verfügt in denjenigen Gebieten, in denen Swisscom die Netzwerkinfrastruktur alleine baut, Swisscom über den alleinigen Zugang zu ihrem Netzwerk. Ebenfalls erscheint es unwahrscheinlich, dass andere FDA eine parallele Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufbauen und entsprechend in den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten eintreten (vgl. Rz 131 ff.). Somit stehen erst einmal nur Swisscom die Möglichkeiten zur Nutzung des vollen

technologischen und kommerziellen Potenzials der Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung.

184. Vorliegend baut Swisscom ihr Glasfasernetz in einer Art und Weise aus, die es nach Angaben von Swisscom Dritten verunmöglichen soll, bei Swisscom ein Layer 1-Angebot nachzufragen. Ein Layer 1-Angebot ermöglicht FDA das komplette ihnen zur Verfügung stehende Frequenzspektrum zur Erbringung von Datenübertragungsdienstleistungen zu nutzen. Auf diese Weise haben sie beispielsweise die Möglichkeit verschiedene Datenübertragungsstandards (wie z.B. G-PON, NG-PON, XGS-PON) zu implementieren und auf diese Weise Innovationen in den Markt zu bringen. Stehen ihnen jedoch nur Layer 2- und Layer 3-Produkte zur Verfügung, so verfügen sie nicht über die jeweiligen Innovationsmöglichkeiten (vgl. Rz 158 mit Verweisen). Somit sind diese FDA in ihrer technischen Entwicklung, insbesondere in der Erarbeitung von Dienstleistungsinnovationen durch Nutzung neuer Übertragungsstandards eingeschränkt.

185. Swisscom macht auch geltend, dass die Missbrauchskontrolle denn nicht dazu verwendet werden solle, den marktbeherrschenden Unternehmen die technische Entwicklung vorzuschreiben.¹⁹⁰ Hierzu ist einzuwenden, dass die Verlegung der Kabelinfrastruktur als bauliche Voraussetzung (Layer 1) eine Basistechnologie darstellt und für Innovationen unerheblich ist. Dies entspricht auch der Meinung von Swisscom.¹⁹¹ Indem Swisscom anderen FDA zusätzlich einen Layer 1-Zugang gewährt, ist Swisscom in keiner Weise in ihrer Nutzung ihres eigenen Layer 1-Zugangs eingeschränkt und kann das volle Innovationspotenzial eines Layer 1-Zugangs ausnutzen. Sie ist daher durch die Massnahme weder in ihrer technischen Entwicklung eingeschränkt noch wird ihr eine bestimmte technische Entwicklung vorgeschrieben.

186. Gleichzeitig sind nachfragende Fernmeldedienstleister, was die zur Auswahl stehenden Layer 2- und Layer 3-Produkte anbelangt, auf die von Swisscom angebotenen Konfigurationen angewiesen, während sie mit einem Layer 1-Angebot die Konfigurationen selbst bestimmen können. Somit sind sie in der Gestaltung der von ihnen im Markt angebotenen Produkte zudem eingeschränkt, wenn sie keinen Layer 1-Zugang erhalten. Dies hat aber nicht nur Auswirkungen auf die Gestaltung, sondern auch auf den Absatz der Produkte. Alternative Fernmeldedienstleister können auf diese Weise lediglich die von Swisscom über BBCS vorgegebenen

¹⁸⁵ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 461; RPW 2014/4, 687 f. Rz. 129 f., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁸⁶ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 462.

¹⁸⁷ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 464; RPW 2016/1, 121, Rz 455, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

¹⁸⁸ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 466.

¹⁸⁹ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 470.

¹⁹⁰ Vgl. act. 15, Rz 65.

¹⁹¹ Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 9. Dezember 2008 (Fn 122), S. 7.

Produkte auf dem Endkundenmarkt anbieten, womit ihnen jegliche Differenzierungsmöglichkeiten sowohl in der Produktgestaltung als auch in der Preisgestaltung genommen wird. Hierdurch können sie gegenüber dem Endkunden ihre Produkte nicht attraktiv gestalten, was zu geringeren Absatzmöglichkeiten führt. Im Zusammenhang mit dem Pilotprojekt mit Danet erachtet es Swisscom denn auch als grossen Vorteil, dass die (End-)Kunden die Wahl zwischen Swisscom und einem weiteren ISP mit Layer 1-Zugang hatten.¹⁹² Durch das Nichtanbieten eines Layer 1-Zugangs schränkt Swisscom damit auch die Erzeugung und den Absatz von verschiedenen Breitbandinternetprodukten ein.

187. Neben der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung setzt der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung voraus.¹⁹³ Durch die Verhaltensweise müssen andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder die Marktgegenseite muss benachteiligt werden.

188. Hierzu kann im Wesentlichen auf die Ausführungen in den Rz 163-165 verwiesen werden. Durch das Verhalten von Swisscom werden nachfragende Fernmeldediensteanbieter in der Gestaltung der von ihnen angebotenen Produkte sowohl bezüglich der technischen Ausgestaltung als auch bezüglich der Preissetzung eingeschränkt, wohingegen Swisscom aufgrund ihres Zugangs zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur weiterhin die vollen Gestaltungsmöglichkeiten hat. Damit sind Fernmeldediensteanbieter in ihren Angebotsmöglichkeiten gegenüber dem Endkunden gegenüber Swisscom benachteiligt. Zudem haben sie keine Möglichkeiten zur Produktinnovation, weshalb sie auch im Wettbewerb mit Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet behindert werden. Damit sinkt auch der wettbewerbliche Druck auf Swisscom selbst Produktinnovationen einzuführen und neue Technologien zu adaptieren. Somit ist auch das Tatbestandselement der Eignung zur Wettbewerbsbehinderung erfüllt.

189. Eine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung fällt ausser Betracht, wenn die Ungleichbehandlung durch das marktbeherrschende Unternehmen aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.¹⁹⁴ Mit anderen Worten liegt eine unzulässige Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung nur dann vor, wenn keine legitime business reasons bestehen. Als Rechtfertigungsgründe können Sicherheits- oder Umweltschutzgründe, Kapazitätsengpässe, eine Reaktion auf eine Nachfrageänderung, Rationalisierungsprozesse oder die Tatsache, dass die Entstehungskosten eines Produkte nicht durch den zu erzielenden Gewinn gedeckt werden können und die Einschränkung somit auf Kosteneinsparungen beruht, gelten.¹⁹⁵

190. Wie bereits oben ausgeführt (vgl. Rz 171) führt Swisscom als Rechtfertigung für das Nichtanbieten eines Layer 1-Angebots an, dass der Ausbau einer P2MP-Architektur kostengünstiger sei. Hierzu ist auf die Ausführungen in Rz 172 ff. zu verweisen, die vorliegend ebenfalls zur Anwendung kommen. Es sind in der summarischen Prüfung keine Rechtfertigungsgründe ersicht-

lich, mit welcher das Verweigern eines Layer 1-Angebots und die damit verbundenen Einschränkungen bei der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung gerechtfertigt werden könnten.

191. Zusammenfassend ist daher glaubhaft dargelegt, dass die von Swisscom an den Tag gelegte Verhaltensweise gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG verstösst.

Diskriminierung von Handelspartnern

192. Gemäss Art 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 KG insbesondere in Betracht, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen in missbräuchlicher Weise seine marktbeherrschende Stellung einsetzt, um Handelspartner bei Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen zu diskriminieren.

193. Als unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht. Der kartellrechtlich unzulässige Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen¹⁹⁶:

- Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Ungleichbehandlung führt;
- diese Ungleichbehandlung betrifft Handelspartner;
- durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitime business reasons).

194. Die Literatur und Praxis unterscheidet zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet,¹⁹⁷ und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden¹⁹⁸. Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung

¹⁹² Vgl. act. 23, Rz 15.

¹⁹³ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 473; RPW 2014/4, 688 Rz. 134, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁹⁴ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 475.

¹⁹⁵ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 141), Art. 7, N 476.

¹⁹⁶ Vgl. RPW 2020/2, 572 Rz 842 f., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2014/4, 688 f. Rz 138, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 73, *Erdgas Zentralschweiz AG (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG)*; RPW 2011/1, 178 Rz 485, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁹⁷ vgl. RPW 2020/2, 572 Rz 844, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

¹⁹⁸ vgl. RPW 2020/2, 572 Rz 844, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2008/4, 544 Rz 244, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.¹⁹⁹ Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.²⁰⁰

195. Swisscom bringt vor, dass in ihrer Verhaltensweise keine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegt, da die Gesuchstellerin alle anderen FDA gleichbehandle. Hierzu kann angemerkt werden, dass Swisscom bei der Produktgestaltung und der Auswahl der Übertragungsstandards sowie Übertragungstechnologien den vollständigen Zugriff auf ihre Glasfasernetzwerkinfrastruktur nutzen kann. Durch die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs für andere Fernmeldediensteanbieter, werden ihnen diese Möglichkeiten verweigert (vgl. Rz 188). Sie sind daher im Vergleich zum internen Nachfrager von Swisscom ungleich behandelt.

196. Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Diskriminierung betroffen sein.²⁰¹ Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Diskriminierung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.²⁰²

197. Bei den Nachfragen nach Layer 1-Produkten von Swisscom handelt es sich zweifelsohne um Handelspartner von Swisscom. Ob der interne Nachfrager von Swisscom ebenfalls als Nachfrager zu behandeln ist, bleibt unklar. Die WEKO hat in der Vergangenheit den internen Nachfrager als vom Begriff des Handelspartners umfasst angesehen, weshalb auch eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu internen Nachfragern als Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG qualifiziert wurde.²⁰³

198. Zumindest von einem Teil der Literatur wird zudem gefordert, dass sich eine Diskriminierung im Markt auswirkt und zu einem Wettbewerbsnachteil bei den betroffenen Handelspartnern führt.²⁰⁴ Die Notwendigkeit eines solchen Nachteils kann aus Art. 7 Abs. 1 KG abgeleitet werden, wonach gefordert wird, dass durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Diese Haltung entspricht auch der bisherigen Praxis der WEKO und der REKO/WEF.²⁰⁵ Mit Blick auf die wettbewerbsbehindernden Aspekte des Tatbestands der Diskriminierung von Handelspartnern führt das Bundesgericht im Fall «Publigroupe» aus, dass Diskriminierung zunächst eine sachwidrige Benachteiligung der Handelspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens darstelle, ohne dass diesen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit werde deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gesehen werde. Allerdings dürfe

nicht vergessen werden, dass diskriminierende Bedingungen neben der Benachteiligung der einen stets auch eine Begünstigung der anderen Gruppe von Handelspartnern bewirken. Damit liesse sich deren Interesse für Angebote von (aktuellen und potenziellen) Wettbewerbern gezielt ausschalten, was zusätzlich eine Behinderung des Wettbewerbs auf der Wirtschaftsstufe des marktbeherrschenden Unternehmens darstelle. Insofern sei nicht unbedingt eine Beeinträchtigung der «second level competition» – d. h. des Wettbewerbs auf vor- oder nachgelagerten Märkten – erforderlich, um diskriminierende Preise und Geschäftsbedingungen als missbräuchlich erscheinen zu lassen.²⁰⁶

199. Wie bereits in Rz 163-165 ausgeführt, werden vorliegend FDA, welchen kein Layer 1-Zugang zur Verfügung steht, in der Produktgestaltung und Preisgestaltung ihrer Angebote auf den Endkundenmärkten für Breitbandinternet eingeschränkt. Sie können daher nicht mit Swisscom in wirksamen Wettbewerb treten. Damit ist auch das Tatbestandsmerkmal der Behinderung der betroffenen Handelspartner im Wettbewerb glaubhaft dargelegt.

200. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons) gerechtfertigt sein. Dabei kann zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen und Effizienzgründen unterschieden werden.²⁰⁷ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.²⁰⁸

¹⁹⁹ RPW 2020/2, 572 Rz 844, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 141), Art. 7 KG N 206.

²⁰⁰ RPW 2020/2, 572 Rz 844, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2014/4, 689 Rz 139, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 74, *Erdgas Zentralschweiz AG (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG)*.

²⁰¹ RPW 2020/2, 573 Rz 845, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 141), Art. 7 KG N 215.

²⁰² BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 689 Rz 141, *Preispolitik SDA*; RPW 2020/2, 573 Rz 845, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

²⁰³ RPW 2010/1, 166, Rz 321, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁰⁴ RPW 2020/2, 573 Rz 846, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 141), Art. 7 KG N 216.

²⁰⁵ RPW 2020/2, 573 Rz 846, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; Vgl. RPW 2005/3, 505 E. 5.4.1, *Swisscom AG Swisscom Fixnet AG/WEKO*; RPW 2008/3, 385 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2009/3, 166 f. Rz 322 ff., *Preispolitik ADSL*.

²⁰⁶ RPW 2020/2, 573 Rz 846, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; BGE 139 I 72, 105 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2) m. w. H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁰⁷ RPW 2020/2, 573 Rz 847, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 141), Art. 7 KG N 65 ff.

²⁰⁸ Vgl. RPW 2020/2, 573 Rz 847, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2011/1, 165 Rz 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

201. Als objektive Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»²⁰⁹) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.²¹⁰ Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde.²¹¹ Daher wird im Rahmen der Untersuchung zu analysieren sein, ob der betroffene Handelspartner im Wettbewerb mit Dritten, wie sich aufgrund der summarischen Prüfung andeutet, in unbilliger, das heisst in sachlich nicht gerechtfertigter Weise, benachteiligt wird.²¹² Für die Zwecke der anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen kann diese Frage jedoch offengelassen werden.

202. Hinsichtlich die sachlichen Rechtfertigungsgründe kann auf die Ausführungen in Rz 190, 171 sowie 172 verwiesen werden. Vorliegend sind keine sachlichen Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

Zusammenfassung

203. Da das Verhalten von Swisscom bereits nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG und nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG mutmasslich gegen das Kartellrecht verstösst, kann vorliegend für die Zwecke der anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen offengelassen werden, ob auch ein mutmasslicher Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und gegebenenfalls gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorliegt. Dies wird in der Untersuchung näher zu klären sein.

Fazit zur Prognose in der Hauptsache

204. Die detaillierte Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in den vorliegend relevanten Märkten ist noch ausstehend und wird im Rahmen der Untersuchung vorgenommen. Dennoch deutet die vorliegend vorgenommene Entscheidungsprognose auf ein kartellrechtswidriges Verhalten von Swisscom hin. Die im Rahmen der summarischen Prüfung des Sachverhalts aufgetretenen Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss konnten durch Swisscom mit ihren Stellungnahmen im Rahmen der laufenden Marktbeobachtung zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausgeräumt werden. Das Resultat des vorliegenden Verfahrens ist dementsprechend offen.

B.6.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

205. Swisscom weist in ihrer Stellungnahme unter Verweis auf die bundesrechtliche Rechtsprechung darauf hin, dass in einem Massnahmengesuch die Voraussetzungen dafür – darunter auch der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil – ausreichend substantiiert werden müssten.²¹³ Es sei damit in Anwendung von Art. 13 VwVG in erster Linie an der Gesuchstellerin, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil ausreichend zu substantiieren. Angesichts der von der Rechtsprechung gebotenen Zurückhaltung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei dabei ein hoher Beweisgrad zu fordern, wenngleich aufgrund des summarischen Charakters kein Vollbeweis verlangt werden könne. Jedenfalls trage ungeachtet der Frage, welches Beweismass im Rahmen der summarischen Prüfung anzuwenden sei, die Gesuchstellerin das Risiko der Beweislosigkeit, m.a.W. die Beweislast.

206. Gemäss Swisscom liege vorliegend kein Nachteil für den Wettbewerb und schon gar kein in irgendeiner Weise nachgewiesener akuter und existenzbedrohender Nachteil für Init7 vor.²¹⁴ Entgegen den Behauptungen von Init7 könne auch keine Rede von strukturellen Marktschäden in Form der von Init7 unterstellten langfristigen Schädigung der Wettbewerbsfähigkeit der angeblich von Swisscom abhängigen Diensteanbieterinnen sein. Mit dem Verweis auf solche angeblichen Marktschäden und nicht belegten "versunkenen" Kosten versuche die Init7 zu kaschieren, dass sie mit dem vorliegenden Gesuch ihre rein privaten Geschäftsinteressen verfolge.

207. Entscheidend hinsichtlich der Nachteilsprognose im Rahmen der vorliegend zur Diskussion stehenden Anordnung von vorsorglichen Massnahmen sei aber wie erwähnt nicht, ob für Init7, sondern ob für den funktionierenden Wettbewerb ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe.²¹⁵ Init7 gelinge es jedoch nicht einmal ansatzweise in rechtsgenügender Weise einen Nachteil zu substantiieren und aufzuzeigen, der ohne die beantragten Massnahmen nicht leicht wieder gut zu machen sei. Bezeichnenderweise begründe Init7 nach Einschätzung von Swisscom ihr Massnahmenbegehren auch nur sehr rudimentär und oberflächlich, was selbst für eine summarische Prüfung unzureichend sei.

208. Dagegen ist einzuwenden, dass die Ausführungen von Init7 auch den Nachteil für den Wettbewerb thematisieren und summarisch ausführen. Wie in den Rz 20 bis 30 aufgeführt, begründet Init7 sehr wohl weshalb ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil für den Wettbewerb droht. Diese Ausführungen sind nicht nur für Init7, sondern auch für alle anderen im Markt tätigen FDA, die ein Layer 1-Angebot nachfragen, gültig.

209. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die WEKO glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen.²¹⁶ Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines «nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils». Gemäss der Lehre

²⁰⁹ Vgl. BOTSCHAFT 95, BBl 1995 I 468, 569.

²¹⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Abl. C 45 vom 24.2.2009 S. 7 ff., Rz 28 ff., nachfolgend «Prioritäten-Mitteilung».

²¹¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG*; vgl. auch RPW 2008/4, 579 Rz 174 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

²¹² BBl 1995 468, 572.

²¹³ Vgl. act 15, Rz 78, act. 23, Rz 37 f.

²¹⁴ Vgl. act. 15, Rz 79.

²¹⁵ Vgl. act. 15, Rz 80, act. 23, Rz 38.

²¹⁶ Vgl. BGE 130 II 149, 155 ff. E. 2.4 und 3.4.1 (RPW 2004/2, 646 E. 2.4 und 648 3.4.1), RPW, 2017/3, 419 Rz 87, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 389 Rz 18 m. w. H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

genügt es, wenn ein «schwerer Nachteil» für die vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgüter droht, d.h. im kartellrechtlichen Zusammenhang, wenn ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb droht.²¹⁷ Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.²¹⁸

210. Der Aufbau einer Netzwerkinfrastruktur beeinflusst die Wettbewerbsbedingungen auf den Telekommunikationsmärkten über Jahre hinweg. Eine einmal aufgebaute Infrastruktur wird in der Regel über ihre Lebensdauer genutzt und wird in ihrer Struktur in der Regel nur noch dann abgeändert, wenn sie den Anforderungen nicht mehr entspricht, da dies meist mit erheblichem Zusatzaufwand verbunden ist.

211. Bei der Regulierung des Zugangs zum vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung (Art. 3 Bst. d^{bis} FMG) hat der Gesetzgeber die Wichtigkeit des Infrastrukturwettbewerbs betont und mit Verweis auf die kartellgesetzlichen Instrumente auf eine Regulierung verzichtet.²¹⁹ Durch die Gewährung des Zugangs zum vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss sowohl auf Glasfaser (ALO) als auch auf der Doppelader-Metalleitung (TAL) haben sich Marktstrukturen etabliert, in welchen verschiedene Fernmeldedienstleister Layer 1-Angebote nachgefragt haben und auch heute noch nachfragen. Insbesondere die FDA Sunrise und über die Glasfaserinfrastruktur auch Salt sind derzeit im Schweizer Telekommunikationsmarkt wichtige Treiber im Wettbewerb. Diese Fernmeldedienstleister sind auf einen Layer 1-Zugang im Markt angewiesen, um durch Innovation und Wettbewerb Marktanteile zu gewinnen. Die Vergangenheit hat insbesondere am Beispiel von Sunrise im Vergleich zu anderen Fernmeldedienstleistern gezeigt, dass effektives Marktwachstum und Wettbewerbsdruck nur über den Zugang zu einem Layer 1-Angebot möglich ist. Eine ähnliche Tendenz zeigt sich auch in denjenigen Gebieten, in denen der Zugang zu Glasfaser auf Layer 1 möglich ist.

212. Durch den Aufbau einer Netzwerkinfrastruktur, die keine Layer 1-Angebote wie bisher ab Anschlusszentrale zulässt, wird mit grosser Wahrscheinlichkeit der Infrastrukturwettbewerb beseitigt oder zumindest stark eingeschränkt.

213. Diese Meinung vertritt auch Swisscom in ihrer Medienmitteilung aus dem Jahre 2008, indem sie vorbringt:

«Mit der Verlegung mehrerer Glasfasern pro Wohnung steigen die Investitionen marginal, dafür wird auf der Technologie- und Service-Ebene Wettbewerb gewährleistet. Es wäre nicht sinnvoll, sich heute auf eine einzige Glasfaser pro Wohnung zu beschränken, da dieses die Marktdynamik und die technologische Innovation in der Telekommunikationsindustrie für die nächsten 30 bis 50 Jahre gefährden würde.»²²⁰

214. Dies hat zur Folge, dass durch die Verweigerung eines Layer 1-Angebots und des dadurch wegfallenden Infrastrukturwettbewerbs in diesem Markt tätige FDA durch mögliche, sich bietende Innovationen keine Marktanteile hinzugewinnen können. Ihnen stehen lediglich diejenigen Layer 2- und Layer 3-Produkte zur Verfüg-

ung, die Swisscom im Markt anbieten wird. Dies führt, dazu, dass Swisscom als einzige Marktteilnehmerin das vollständige Innovationspotenzial über das Glasfasernetz ausnutzen werden kann und somit die alleinige Möglichkeit hat, das Wachstum ihrer Wettbewerber und somit den Wettbewerb einzuschränken. Daher wird mit der Verweigerung von Layer 1-Angeboten der Wettbewerb in der gesamten Branche geschwächt.

215. Da die Wechselbereitschaft in der Schweiz sehr gering ist, haben Marktanteilsverschiebungen, welche durch Wettbewerbsbehinderungen entstehen, jahrelange, wenn nicht jahrzehntelange Auswirkungen. Solche Nachteile können auch nachträglich nicht mehr rückgängig gemacht werden, da auf der einen Seite Kunden nachträglich nicht per Entscheid einem anderen FDA zugewiesen werden können und aufgrund der Rigidität des Endkundenmarktes für Breitbandinternet einmal verlorene oder aufgrund einer Wettbewerbsbehinderung nicht realisierte Marktanteile nachträglich nur sehr schwer oder gar nicht wieder aufgeholt werden können. So kann auf die Marktentwicklung von Sunrise im Bereich Breitbandinternet abgestellt werden. Sunrise konnte in den vergangenen Jahren jeweils nur einen geringfügigen Marktanteilszuwachs von ca. 1 % pro Jahr verzeichnen.²²¹

216. Die von Swisscom an den Tag gelegte Verweigerung eines Layer 1-Angebots ab Anschlusszentrale ist geeignet den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeit strukturell zu verschliessen. Dies kann auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet dazu führen, dass FDA, die keinen direkten Zugang zu einer eigenen (Glasfaser-)Netzwerkinfrastruktur haben, in ihrer technischen Entwicklung sowie in ihrem Innovationspotenzial und damit auch in ihrem Wachstum beschränkt werden und daher dem wirksamen Wettbewerb auf verschiedenen Marktstufen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

217. Schlimmstenfalls könnte der in den vergangenen Jahren aufgrund des Markteintritts der EVU sowie aufgrund der Regulierung zur Entbündelung auf dem Kupfernetz entstandene Wettbewerb gebremst oder sogar wieder rückgängig gemacht werden. Dies insbesondere auch, weil die Anforderungen an die Bandbreite stetig wachsen und somit immer mehr Haushalte in der Zukunft nur noch oder vorwiegend mit Glasfaser bedient werden.

²¹⁷ Vgl. RPW, 2017/3, 419 Rz 87, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2, 389 Rz 18 m. w. H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

²¹⁸ RPW, 2017/3, 419 Rz 87, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2014/2 389 Rz 18, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

²¹⁹ BBI 2017 S. 6577 ff. sowie BBI 2017 S. 6614 f.

²²⁰ Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 9. Dezember 2008 (Fn 122).

²²¹ Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/internet-service-provi-der.html> (14.12.2020); Tab_SF8PM.

218. Angesichts der marktverschiessenden Wirkung, welche das unmittelbare Resultat der Netzbaustrategie von Swisscom ist sowie den damit verbundenen zu erwartenden Marktanteilsverschiebungen, die im Nachhinein kaum noch korrigiert werden können, droht durch den Entscheid von Swisscom, keine Layer 1-Angebote mehr anzubieten und dies durch bauliche Massnahmen zu verhindern, ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den Wettbewerb auf dem Markt für den Zugang zur physischen Infrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und folglich auch auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet (vgl. Rz 163-165).

B.6.3 Dringlichkeit

219. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheidendes eintreten wird und aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht bis zum Hauptentscheid zugewartet werden kann.²²²

220. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme diesbezüglich vor, dass Init7 eine entsprechende Dringlichkeit bzw. die Notwendigkeit eines unverzüglichen Handlungsbedarfs nicht glaubhaft dargelegt habe (vgl. auch Rz 61).²²³ Im vorliegenden Kontext sei nach Meinung von Swisscom eine entsprechende Dringlichkeit denn auch klar zu verneinen. Vielmehr versuche Init7 über eine konstruierte und faktisch nicht vorliegende Dringlichkeit über vorsorgliche Massnahmen massgeblichen Einfluss auf die Geschäftsentwicklung und das Angebotsverhalten von Swisscom zu nehmen. Zudem sei Init7 bereits im November 2018 darüber informiert worden, dass die Netzinfrastruktur von Swisscom zukünftig mit P2MP/XGS-PON Technologien ausgebaut werden solle (vgl. auch Rz 61).²²⁴ Mit der vorliegenden Anzeige und dem Massnahmengesuch habe Init7 nach Meinung von Swisscom lange bzw. zu lange zugewartet, als noch von zeitlicher Dringlichkeit gesprochen werden könnte. Entsprechende Anträge um einstweiligen Rechtsschutz seien bereits früher möglich und ohne Weiteres auch zumutbar gewesen. Auch unter diesem Aspekt gelinge es Init7 nicht, plausibel und glaubhaft darzulegen, wieso nun gerade in der aktuellen Situation umgehender Handlungsbedarf bestehe.

221. Einleitend ist bezüglich der von Swisscom angeführten Information der Wholesalekunden mittels Produktinfo 02/2018 klarzustellen, dass zwar über die Einführung von XGS-PON als weitere Anschlusstechnologie bei BBCS informiert wurde. Die Produktinfo 02/2018 lässt den Leser jedoch im Unklaren darüber, ob beim Ausbau in Regionen mit FTTS oder FTTB auf eine P2P Topologie (wie bisher) oder auf eine P2MP Topologie gesetzt wird bzw. neu eine Baumstruktur bei der Netzwerkarchitektur verwendet wird. Auch die [...] zwischen Danet und Swisscom weist eher darauf hin, dass Swisscom ihre Netzbaustrategie vor ihrer öffentlichen Ankündigung nicht offen kommuniziert hat.²²⁵ Somit bleibt zumindest fraglich, ab welchem Zeitpunkt für Init7 und für andere FDA, welche sich nicht für eine Teilnahme am Pilotprojekt gemeldet hatten, Klarheit darüber bestand, dass Swisscom die Netzwerkinfrastruktur künftig mit einer P2MP Topologie ausbauen möchte.²²⁶ Des-

halb kann auch nicht der Argumentation von Swisscom gefolgt werden, dass Init7 mit der Anzeige und dem Massnahmengesuch zu lange zugewartet habe.

222. Ebenfalls wichtig für die Beurteilung der Dringlichkeit ist, dass Swisscom aktuell ihr bestehendes FTTS-Netz modernisiert und alle neuen und bestehenden FTTB-Anschlüsse sowie Neubauten im FTTS-Gebiet mit FTTH ausbaut (vgl. Rz 52). So werde Swisscom das Festnetz in allen Gemeinden der Schweiz bis Ende 2021 fit für die Zukunft machen und dabei insbesondere auf die Technologien FTTS setzen. Mit dem forcierten Ausbau von FTTS und FTTB erbringe Swisscom somit wichtige Vorleistungen für den anschliessenden Ausbau auf FTTH.²²⁷ Eine nachträgliche bauliche Anpassung des Feederbereichs wie etwa der Einzug zusätzlicher Glasfaserleitungen oder eine nachträgliche Umrüstung des in der Zwischenzeit verbauten aktiven Equipments in den Anschlusszentralen wäre wiederum mit grossen Kosten verbunden. Würde deshalb bis zum Endentscheid abgewartet, wären die Anpassungskosten für Swisscom bedeutend höher als zum jetzigen Zeitpunkt. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass mit jedem aufgerüsteten Feeder von Swisscom Fakten geschaffen werden, die – wie dies Swisscom selbst ausführt (vgl. Rz 54) – nur noch mit erheblichen Aufwand rückgängig gemacht werden können (vgl. auch Ausführungen von Init7, Rz 25). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der grösste Kostenblock für den Ausbau einer Netzwerkinfrastruktur in den Tiefbauarbeiten liegt, die etwa 60 % der Gesamtkosten ausmachen und diese dann für die Zukunft versunkene Kosten darstellen.²²⁸ Damit schafft Swisscom mit jedem Ausbau ihrer Infrastruktur täglich Fakten, so dass diese Gebiete – wie dies Swisscom selbst ausführt – später nicht mehr mit einer P2P-Netzwerkarchitektur erschlossen werden können bzw. dass eine nachträgliche Erschliessung P2P-Netzwerkarchitektur im Feederbereich mit unverhältnismässigen Kosten verbunden wäre.

223. Dies bedeutet, dass mit jedem neu an das zukünftige FTTH-Netz mit P2MP-Architektur (ohne Layer 1-Zugang) angeschlossenen Haushalt ein weiterer Haushalt dem Infrastrukturwettbewerb entzogen wird. Da Swisscom derzeit «forciert» entsprechende Infrastrukturen aufbaut, werden mit jedem weiteren Tag verschiedene Haushalte in einer Weise erschlossen, die diese dem Layer 1-Wettbewerb entziehen. Somit besteht die Gefahr der Schaffung eines «Fait accompli». Zudem

²²² RPW 2004/1, 123 Rz 70, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 601 Rz 28, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

²²³ Vgl. act. 15, Rz 82, act. 23, Rz 39.

²²⁴ Vgl. act. 15, Rz 83, act. 23, Rz 39 sowie act. 22, S. 3.

²²⁵ Vgl. act. 8, Beilage Proof of Concept für NG.PON vom 1.6.2018, Abschnitt 9 betreffend [...] [...] Als nicht vertraulich gilt die Tatsache, dass die Parteien über eine Kooperation im Bereich nG PON verhandeln. Jeder Partei ist es erlaubt, diese Tatsache - mit Ausnahme der kommerziellen Rahmenbedingungen - in geeigneter Weise zu kommunizieren.»

²²⁶ Vgl. act. 15, Beilage 4 bzw. 5.

²²⁷ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/ueberwholesale/ak-tuelles/niartikel2.html> (16.11.2020).

²²⁸ Planungsleitfaden Breitband, März 2018, S. 26, <www.bmlrt.gv.at/dam/jcr:ce32ab1b-e1db-4e9f-bafd-94acd7fb39b4/planungsleitfad-en_outdoor_ua.pdf> (16.11.2020).

werden mit dem fortschreitenden Ausbau von Swisscom Alternativpläne für ein offenes FTTH-Netz mit Layer 1-Zugang immer unwahrscheinlicher. Wie bereits in Rz 163-165 ausgeführt, stellen Layer 2 und Layer 3-Angebote keine adäquaten Substitute für einen Layer 1-Zugang dar. Deshalb kann vorliegend nicht abgewartet werden bis zur Schlussverfügung im Rahmen des Hauptverfahrens. Die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen ist somit gegeben.

B.6.4 Verhältnismässigkeit

B.6.4.1 Vorbringen von Swisscom

224. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden bzw. eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.²²⁹

225. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme bezüglich der von Init7 geforderten vorsorglichen Massnahmen vor, dass die Verhältnismässigkeit der Massnahmen fehle.²³⁰ So hätten die sehr weit gehenden Massnahmenbegehren infolge des verlangten unverzüglichen Ausbau- und Angebotsstopp von P2MP/XGS-PON einen substanziellen Eingriff in die Geschäftstätigkeit sowie die auch Swisscom zuzuerkennende, verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit zur Folge. Auch eine übergeordnete gesamtheitliche Interessenabwägung führe gemäss Swisscom somit zum Schluss, dass die von Init7 beantragten Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes allesamt (auch) zufolge fehlender Verhältnismässigkeit der entsprechenden Anordnungen abzuweisen seien.

B.6.4.2 Vorsorgliche Massnahmen

226. Um das Eintreten des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils abzuwenden wie auch eine Vorwegnahme des Hauptsachenentscheids zu verhindern, sind für die Dauer des vorliegenden Verfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, mit denen eine Verschliessung des Marktes für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten im Alleinbaugebiet des FTTH-Netzes von Swisscom verhindert werden kann und mit denen gleichzeitig der bestehende Zustand gesichert wird.

227. Die WEKO kommt zum Schluss, dass die Vorgaben an Swisscom durch die von Init7 beantragten vorsorglichen Massnahmen sehr weit gehen würden. Diese weitreichenden Massnahmen scheinen nicht vollumfänglich vom öffentlichen Interesse gedeckt zu sein, weshalb vorliegend weniger weitgehende vorsorgliche Massnahmen zu treffen sind.

228. Damit Infrastrukturwettbewerb erhalten werden kann, ist für FDA ein Layer 1-Zugang notwendig. Diese Notwendigkeit stellt den Ausgangspunkt für die vorsorglichen Massnahmen dar. Gleichzeitig darf Swisscom in ihrer Wirtschaftsfreiheit nur insoweit eingeschränkt werden, wie dies für die Zweckerreichung zwingend notwendig ist. Die vorsorglichen Massnahmen der WEKO lauten:

Swisscom wird mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz in ein Glasfasernetz FTTH in

einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer 1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten.

229. Damit wird klargestellt, dass Swisscom ab Entscheiddatum den Ausbau ihrer Netzwerkinfrastruktur in einer Weise vornehmen muss, dass ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen möglich ist, sobald eine durchgehende Glasfaser bis zur Nutzungseinheit besteht. Die vorsorglichen Massnahmen haben damit keine Rückwirkung auf die bereits von Swisscom errichtete Infrastruktur. Die vorsorglichen Massnahmen schreiben denn auch Swisscom in keiner Weise vor, welchen Ausbaustandard und welche Netzwerktopologie sie zu wählen hat. Denkbar sind nach derzeitigem Kenntnisstand der WEKO der Ausbau eines Vierfasermodells in einer P2P-Architektur ab Anschlusszentrale, der Ausbau eines Einfasermodells in einer P2P-Architektur ab Anschlusszentrale, in dessen Rahmen analog zur TAL einzelne Glasfasern als unbeleuchtete Fasern zur Verfügung gestellt werden können, oder der Ausbau einer P2MP-Architektur, solange beispielsweise durch Farbentbündelung oder eine andere Entbündelungsvariante ein Layer 1-Zugang ab den Swisscom Anschlusszentralen gewährleistet wird (vgl. Rz 7 f. und Abbildung 3). Es sind grundsätzlich aber auch andere Ausbaumöglichkeiten denkbar. Es wird Sache von Swisscom sein, für den weiteren Auf- bzw. Ausbau ihrer Netzwerkinfrastruktur den für sie geeigneten Netzausbaustandard zu wählen.

230. Deshalb weist die WEKO Swisscom einzig an, den Ausbau in einer Weise vorzunehmen, der einen möglichen Layer 1-Zugang durch alternative FDA ab den Swisscom Anschlusszentralen ermöglicht, so dass es für alternative FDA wirtschaftlich möglich ist, ein Layer 1-Angebot nachzufragen, ohne eine entsprechende Feeder-Infrastruktur aufzubauen. Damit sollen FDA die Möglichkeit erhalten, ab den Swisscom Anschlusszentralen einen Zugang zu Layer 1-Angeboten zu erhalten, welche ihnen auf dem Endkundenmarkt eine Preis- und Produktgestaltung ermöglicht, so dass diese auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im wirksamen Wettbewerb nicht eingeschränkt werden. Damit sollen die bisherigen Marktverhältnisse gesichert werden, wonach Layer 1-Angebote in den Anschlusszentralen angeboten werden und aufgrund der Anzahl der an einer Anschlusszentrale angeschlossenen Kunden die Investitionen in die Entbündelung der jeweiligen Anschlusszentrale wirtschaftlich tragbar sind und auch zukünftige Investitionen tragbar bleiben.

²²⁹ RPW 2004/1, 124 Rz 73, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 601 Rz 29, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

²³⁰ Vgl. act. 15, Rz 84 ff., act. 23, Rz 41 ff.

231. Anzufügen bleibt, dass der von Swisscom vorgebrachte physische Zugang für weitere Netzbetreiber ab Splitter im Schacht bzw. BEP (also erst am Übergang von Feeder zu Drop bzw. im BEP) mit dem regulierten Vorleistungsprodukt T-TAL vergleichbar ist, welches von Fernmeldediensteanbietern aufgrund der nicht bestehenden Wirtschaftlichkeit nicht nachgefragt wurde. Dementsprechend ist eine «Entbündelungslösung» beim Übergang zwischen Feeder und Drop nicht als Substitut zu einem Layer 1-Angebot ab der Anschlusszentrale geeignet (vgl. Marktabgrenzung Rz 158 mit Verweisen).

B.6.4.3 Geeignetheit

232. Die von der WEKO beschlossenen vorsorglichen Massnahmen sind geeignet, um die Marktstruktur, welche für FDA den Zugang zur leitungsgebundenen Netzwerkinfrastruktur auf Layer 1 vorsieht, zu erhalten. Indem Swisscom ihren Netzausbau nur noch in einer Art und Weise vornehmen darf, der das Angebot von Layer 1-Zugängen ab der Anschlusszentrale vorsieht, kann die bestehende Marktstruktur erhalten werden. Weiter ist zu betonen, dass mit den von der WEKO beschlossenen vorsorglichen Massnahmen im Hinblick auf eine geringstmögliche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit von Swisscom auch keine Vorgaben an den FTTS/B Ausbau geknüpft sind, solange beim anschliessenden Ausbau auf FTTH der Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom gewährleistet ist.

233. Mit den genannten vorsorglichen Massnahmen wird der vorstehend dargelegte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil, der in der Marktstrukturveränderung zu verorten ist, verhindert. Dies ermöglicht die drohenden Wettbewerbsbehinderungen, die ohne den Erlass von vorsorglichen Massnahmen unmittelbar drohen, zu verhindern.

234. Hält man sich den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, der in der geplanten Veränderung des Ausbaus der Glasfasernetzwerkinfrastruktur von Swisscom besteht, vor Augen, so ist der wesentlichen Punkt darin zu sehen, dass Swisscom mit ihrer Netzbaustrategie sämtliche anderen FDA vor vollendete Tatsachen stellt, indem diesen nur noch ein Layer 2- oder Layer 3-Angebot zur Verfügung steht. In einer durch den Technologiewandel bedingten Wachstumsphase können sie so keine Innovationen voranbringen und laufen somit Gefahr, dass sie in dieser Phase leer ausgehen, weil sie durch die Art des Netzausbaus von Swisscom in mutmasslich kartellrechtswidriger Weise behindert werden.

235. Die vorsorglichen Massnahmen sind damit geeignet, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil abzuwenden.

B.6.4.4 Erforderlichkeit

236. Erforderlich sind Massnahmen, wenn keine milderen Mittel zur Verfügung stehen, um den von den Massnahmen angestrebten Zweck zu erreichen. Vorliegend wird so wenig wie möglich in die wirtschaftliche Freiheit von Swisscom eingegriffen, um die Marktstrukturen und damit den Layer 1-Zugang für alternative Fernmeldediensteanbieter ab einer Swisscom Anschlusszentrale zu sichern.

237. Hierbei ist festzuhalten, dass derzeit im Markt in den Gebieten, in denen Swisscom in Kooperation mit den FDA eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufbaut, Layer 1-Angebote offeriert werden. Zudem besteht aufgrund der Regulierung des FMG die Möglichkeit mit der TAL einen Layer 1-Zugang bei Swisscom nachzufragen. Aufgrund der gestiegenen Breitbandanforderungen werden allerdings die TAL immer weniger nachgefragt.

238. Mit den vorsorglichen Massnahmen wird die den alternativen Fernmeldediensteanbietern bisher offenstehenden Wahlmöglichkeiten zwischen Layer 1, Layer 2 und Layer 3 offen gehalten. Wie bereits oben ausgeführt, ist ein Layer 1-Zugang hinsichtlich der möglichen Innovationen und des hieraus entstehenden Innovationswettbewerbs ein wichtiger Teil der derzeit bestehenden Marktstruktur und damit erforderlich.

239. Swisscom kann somit in grösstmöglichem Umfang von ihrer vollen Wirtschaftsfreiheit Gebrauch machen, wenn es um den Netzausbau geht. So kann Swisscom aufgrund der angestrebten Massnahmen ihr Netz sowohl in einer P2P-Architektur als auch in einer P2MP-Architektur ausbauen, solange sie einen Layer 1-Zugang gewährt. Wie der BEREK Report von 2010 und die Studie von ANALYSYS MANSON aus dem Jahr 2020 zeigen, besteht durch optische Farbentbündelung die Möglichkeit, auch bei einer P2MP-Architektur Layer 1-Angebote anzubieten (vgl. Rz 8).

240. Eine noch weniger weit gehende Massnahme, welche keine Pflicht zum Anbieten eines Layer 1-Angebots beinhaltet, würde zu einer Marktstrukturänderung führen, womit der Zweck der vorsorglichen Massnahmen nicht erreicht werden könnte.

241. Die vorsorglichen Massnahmen sind damit auch erforderlich, den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil abzuwenden.

B.6.4.5 Überwiegende öffentliche Interessen und Zweck-Mittel-Relation

242. Wie vorstehend aufgezeigt wurde, sind die vorsorglichen Massnahmen sowohl geeignet als auch erforderlich, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für den Wettbewerb abzuwenden (vgl. Rz 232 ff. sowie Rz 236 ff.). Diesem öffentlichen Interesse stehen die Interessen von Swisscom entgegen, den Netzausbau in der von ihr gewünschten Art und Weise vorzunehmen.

243. Der durch die vorsorglichen Massnahmen bewirkte Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit von Swisscom kann als moderat qualifiziert werden. Auf der einen Seite hat Swisscom die Möglichkeit ihr Glasfasernetz in einer P2MP-Architektur auszubauen, soweit sie die zusätzlichen Investitionen für zumindest eine Farbentbündelung oder eine andere Entbündelungsvariante in ihrer Anschlusszentrale tätigt. Damit kann Swisscom die von ihr geltend gemachten Effizienzvorteile einer P2MP-Architektur realisieren. Sollte Swisscom hingegen zum Schluss kommen, dass es für sie dennoch günstiger ist eine P2P-Architektur aufzubauen, wie sie dies in der weiteren Kooperation mit Danet vereinbart hat (vgl. Rz 73 ff.), so stehen ihr auch diese Möglichkeiten offen.

244. Würde Swisscom ihre Glasfasernetzwerkinfrastruktur in Wettbewerb zu weiteren Glasfasernetzwerkinfrastrukturanbietern aufbauen, so wäre Swisscom daran interessiert, möglichst viele Nutzer zu erhalten, da es sich bei Datenübertragungsinfrastrukturen um Netzwerke mit Skalenerträgen handelt. Daher wäre es auch unter Wettbewerbsbedingungen aus ökonomischer Sicht für einen Netzbetreiber prima vista rational Layer 1-Produkte anzubieten, so dass weitere FDA sein Netz nutzen und somit zu einer höheren Netzauslastung und damit zu einem höheren Deckungsbeitrag beitragen. Dies insbesondere, weil Swisscom als Netzbetreiberin so von dem vollen Innovationspotenzial und den entsprechenden Produkt- und Preisstrategien der FDA, welche ihr Netz nutzen, und ihrem damit verbundenen Kundenwachstum profitieren würde. Durch die Einschränkung auf Layer 2- und Layer 3-Angebote werden alternative FDA jedoch in ihrem Preissetzungsspielraum und ihrem Innovationspotenzial eingeschränkt, so dass sie nur geringe Möglichkeiten haben, gegenüber Swisscom als vertikal integrierten Unternehmen Marktanteile hinzuzugewinnen.

245. Damit ist glaubhaft dargelegt, dass die Pflicht zu einem Layer 1-Zugang ab Anschlusszentrale nicht dazu führt, dass Swisscom aus wirtschaftlichen Überlegungen auf den Glasfasernetzwerkausbau verzichten muss, und dass die Verweigerung von Layer 1-Angeboten auf einer möglicherweise mit einer P2MP-Topologie aufgebauten Netzwerkinfrastruktur lediglich aus der Optik eines marktbeherrschenden und vertikal integrierten Unternehmens als ökonomisch rational angesehen werden kann, um den Wettbewerbsdruck durch alternative Anbieter insbesondere auf dem Endkundenmarkt zu reduzieren.

246. Demgegenüber steht das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und damit letztendlich zu Gunsten der Endkunden, mittels welchem über Jahre, wenn nicht Jahrzehnte hinweg, Wettbewerb und Innovationen durch die Nutzung einer Layer 1-Infrastruktur gewährleistet werden kann.

247. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig zu betrachten sind. Das öffentliche Interesse – die Abwendung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils – überwiegt die individuellen Interessen von Swisscom.

B.6.5 Ergebnis

248. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Voraussetzungen für die vorsorglichen Massnahmen gegeben sind. Die heute bestehende Marktstruktur sieht vor, dass FDA durch den regulierten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung einen Layer 1-Zugang zur Kupferkabelnetzinfrastruktur haben. Zudem erhalten nachfragende FDA auf dem in Kooperation aufgebauten Glasfasernetz basierend auf dem Vierfasermodell einen Layer 1-Zugang. Durch den von Swisscom geplanten und bereits begonnenen Netzbau basierend auf einer P2MP-Architektur soll nach dem Dafürhalten von Swisscom neu kein Layer 1-Zugang mehr möglich sein. Damit zielt Swisscom über den gewählten Ausbaustandard darauf ab, die Marktstruktur in den Alleinbaugebie-

ten dahingehend zu ändern, dass kein Layer 1-Zugang mehr angeboten wird.

249. Die vorsorglichen Massnahmen der WEKO zielen darauf ab, dass Swisscom dazu verpflichtet wird, in Zukunft auch in den Alleinbaugebieten nachfragenden FDA weiterhin ein Layer 1-Angebot zur Verfügung zu stellen (vgl. B.6.4.2). Damit handelt es sich um sichernde Massnahmen. Ohne die vorsorglichen Massnahmen droht dem Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und es besteht auch die erforderliche Dringlichkeit. Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig einzustufen.

250. Die von Init7 beantragten vorsorglichen Massnahmen gehen über die von der WEKO beschlossenen vorsorglichen Massnahmen hinaus und sind mitunter nicht vom Verhältnismässigkeitsgebot gedeckt. Daher sind die von Init7 beantragten vorsorglichen Massnahmen im Lichte eines wirksamen Wettbewerbs als überschießend zu betrachten, soweit sie über die von der WEKO angeordneten Massnahmen hinausgehen.

251. Die vorsorglichen Massnahmen stellen nur eine Übergangslösung dar, welche den Hauptsachenentscheid nicht präjudizieren. Sie sind für die Dauer des vorliegenden Verfahrens vorgesehen.

252. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen 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.²³¹

B.6.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung

253. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.²³²

²³¹ 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*.

²³² Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; REKO/WEF, RPW 2004/1, 200, *Flughafen Zürich AG/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission – Valet Parking*; RPW 2004/1, 125 f. Rz 80, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2002/4, 602 f. Rz 30 ff, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

254. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. Rz 99 ff.).²³³

255. Wie oben im Abschnitt B.6.2 zusammenfassend festgehalten, sind im vorliegenden Fall alle diese Erfordernisse gegeben. In Abschnitt B.6.3 wurde insbesondere dargelegt, dass im vorliegenden Fall glaubhaft ist, dass Gründe dafür bestehen, die vorsorglichen Massnahmen mit Dringlichkeit anzuordnen. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

C Kosten

256. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache der WEKO entschieden.

Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission den Erlass folgender Massnahmen:

- 1. Die Verfahrensanträge von Swisscom werden abgewiesen.*
- 2. Swisscom wird mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer 1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten.*
- 3. Die weitergehenden Anträge von Init7 werden abgewiesen, soweit sie nicht in Dispositiv-Ziffer 2 enthalten sind.*
- 4. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung entzogen.*
- 5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.*

Die Verfügung ist zu eröffnen an: *Swisscom (Schweiz) AG*, in Bern, vertreten durch [...].

Die Verfügung ist zu eröffnen an: *Init7 (Schweiz) AG*, in Winterthur, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

²³³ RPW 2004/1, 126 Rz 82, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2002/4, 602 Rz 31, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Volvo/Daimler/JV

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Dezember 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU² vom 15. Dezember 2020

1. Am 27. November 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU oder Gemeinschaftsunternehmen) durch die Daimler AG (nachfolgend: Daimler) einerseits und die Aktiebolaget Volvo (nachfolgend: Volvo) andererseits.

2. Daimler ist eine in Deutschland ansässige, börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Stuttgart und entwickelt, produziert und vertreibt weltweit Automobilprodukte, darunter hauptsächlich Personenwagen, Lastwagen, Transporter und Busse. Zudem ist sie im Bereich der Finanz- und Mobilitätsdienstleistungen tätig.

3. Volvo ist eine börsennotierte Gesellschaft mit Hauptsitz in Göteborg (Schweden) und weltweit im Bereich der Herstellung und des Verkaufs von Lastwagen, Bussen, Baumaschinen sowie Schiffs-, Strassen- und Industriemotoren tätig. Zudem vertreibt sie Dieselgeneratoren für stationäre Anwendungen und bietet in der Schweiz auch Finanzierungsdienstleistungen für ihre Produkte an.

4. Das Gemeinschaftsunternehmen soll in den Bereichen Entwicklung, Herstellung, Verkauf und Nachverkaufsdienstleistungen von Brennstoffzellenantrieben³ tätig werden. Das Hauptziel des GU sei in einer ersten Phase die Entwicklung von Brennstoffzellenantriebe für schwere Nutzfahrzeuge. Zudem werde es Brennstoffzellenantriebe für stationäre Anwendungen entwickeln und vertreiben. In einer zweiten Phase soll das GU Brennstoffzellenantriebe auch für andere Anwendungsfälle entwickeln und vertreiben, dies z.B. auch für Busse.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken Volvo und Daimler (nachfolgend gemeinsam: die Parteien), über das GU die Investitionsrisiken zu senken, die notwendigen Grösseneffekte zu erzielen, die Entwicklung und Markteinführung zu beschleunigen und das Vertrauen in die neue Technologie zu fördern.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird demnächst auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.⁴

7. Die Parteien beabsichtigen, dass sie jeweils eine Beteiligung von 50 % am GU halten werden und über gleiche Stimmrechte verfügen. Daimler wird seine bestehenden Aktivitäten im Bereich Brennstoffzellen für Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge sowie bestehende Rechte an der entsprechenden Brennstoffzellentechnologie in das GU einbringen. Beide Parteien werden berechtigt sein, die gleiche Anzahl von Mitgliedern der Geschäftsführung und im Verwaltungsrat zu stellen. Zudem sind alle Ernennungen gemeinsam zu vereinbaren. Volvo und Daimler werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es wird als unabhängiger Anbieter auf dem Markt auftreten. Es wird seine Produkte nicht nur an die Parteien, sondern auch an Dritte verkaufen und tritt als selbständige (autonome) wirtschaftliche Einheit auf. Das GU wird über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichend Ressourcen verfügen. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁵

9. 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 einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

10. Daimler und Volvo erzielten im Geschäftsjahr 2019 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. 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.

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

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³ Vgl. RPW 2019/4, 1207 Rz 7 und Fn 2, *Michelin/Faurecia/Symbio*, zu den Ausführungen der verwendeten Begriffsdefinitionen.

⁴ Case COMP M.9857 – *Volvo/Daimler/JV*.

⁵ 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*.

11. Die Parteien sind bereits unabhängig voneinander in Bereichen tätig, welche den künftigen Aktivitäten des GU nachgelagert sind (vgl. Rz 2 f.). Konkret handelt es sich um den Bereich der Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen, zu welchen insbesondere die (Teil-)Bereiche von schweren Nutzfahrzeugen (>16 Tonnen) sowie Busse (City-Busse, Inter-City-Busse und Reisebusse) gehören. In diesen Bereichen kommt es aufgrund von Marktanteilen der Parteien zu betroffenen Märkten mit und ohne Marktanteilsadditionen. Die Parteien geben an, dass sich die (geplante) Zusammenarbeit im GU einzig auf die Brennstoffzelle als solches beziehe (vgl. Rz 4 f.). Die Nutzung der Brennstoffzellenantriebe erfolge in ihren jeweiligen Fahrzeugen voneinander unabhängig. Zudem würden diese Fahrzeuge weiterhin getrennt voneinander entwickelt, produziert und vermarktet werden. Auch die Antriebssysteme als solche würden weiterhin sehr unterschiedlich sein, da die Parteien hier individuelle Ansätze verfolgen würden. Das Zusammenschlussvorhaben werde daher keinen spürbaren Einfluss auf die oben bezeichneten Bereiche haben. Zudem sind in diesen Bereichen weitere etablierte Wettbewerber (wie MAN/Scania, DAF, Iveco, Solaris und VDL) mit entsprechender Marktpräsenz und Markenbekanntheit tätig.

12. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das GU künftige Aktivitäten plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte. Konkret handelt es sich um die Bereiche Brennstoffzellenantriebe für die Automobilbranche und Brennstoffzellen für stationäre Anwendungen.

13. Gemäss Angaben der Parteien würden Brennstoffzellenantriebe heute erst am Anfang ihrer Vermarktung stehen. Eine künftige Entwicklung lasse sich daher kaum vorhersagen. Nach Auffassung der Parteien lasse sich jedoch voraussagen, dass sich Brennstoffzellenantriebe in Fahrzeugen und Brennstoffzellenantriebe für stationäre Anwendungen künftig kaum wesentlich unterscheiden würden, dies allerdings mit der Notwendigkeit für gewisse Anpassungen am Brennstoffzellenantrieb in Abhängigkeit vom jeweiligen Anwendungsbereich. Die Parteien führen weiter aus, dass es etwas grössere Unterschiede hinsichtlich des Wasserstoffspeichersystems (dem «Tank») im Wasserstoff-Brennstoffzellensystem geben könne, da sich hier Sicherheitsanforderungen in verschiedenen Anwendungsbereichen (z.B. stationär oder nicht-stationär) unterscheiden könnten. Letztlich sind die Parteien der Auffassung, dass sich eine Unterscheidung der Brennstoffzellenantriebe in weitere Märkte, konkret in Teilmärkte für stationäre Anwendungen und für die Automobilindustrie, nicht rechtfertige.

14. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis, insbesondere aufgrund von spezifischen Anforderungen der Nachfrager (Fahrzeughersteller) an die Produkteigenschaften und die Anforderungen an Wasserstoff Brennstoffzellensysteme und antriebe im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche ausgegangen, lies aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen.⁶

15. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Liefe-

rung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche ausgegangen. Zudem wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe für stationäre Notstromaggregate ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung für beide Märkte kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Gemäss Angaben der Parteien bestehen aus Nachfrager- und Anbietersicht keine räumlichen Einschränkungen bei der Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme, da die Transportkosten gering seien. Deshalb sei von einem weltweiten Markt auszugehen. Betreffend Brennstoffzellenantriebe für stationäre Notstromaggregate sei der räumliche Markt zumindest EWR-weit. Auch die WEKO ist im Zusammenschlussentscheid im Fall Michelin/Faurecia/Symbio (RPW 2019/4, 1208 Rz 17) insbesondere aufgrund vernachlässigbarer Transportkosten und der aktuellen Nachfrage der Fahrzeughersteller von (mindestens) europaweiten Märkten (EWR+CH-weit) für Brennstoffzellenantriebe ausgegangen.

17. In räumlicher Hinsicht ist entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO für den Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche und entsprechend auch für den Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe für stationäre Notstromaggregate von (mindestens) europaweiten Märkten (EWR+CH-weit) auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. Die Marktanteile für das GU auf einem europaweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe zur Integration in Wasserstoff-Brennstoffzellensysteme für die Automobilbranche und einem europaweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Brennstoffzellenantriebe für stationäre Notstromaggregate geben die Parteien jeweils mit [0-10] % an.

19. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten im Tätigkeitsbereich des GU. In den Bereichen, die dem Tätigkeitsbereich des GU nachgelagert sind, kommt es durch die (bisherigen) Tätigkeiten der Parteien zu betroffenen Märkten. Allerdings ändern sich die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten nicht, da diese Tätigkeiten der Parteien in diesen nachgelagerten Bereichen auch zukünftig unabhängig voneinander fortgeführt werden sollen, dies umfasst sowohl die Nutzung der Brennstoffzellenantriebe in den jeweiligen Fahrzeugen und Antriebssystemen, als auch die unabhängige Entwicklung, Produktion und Vermarktung der Fahrzeuge (vgl. Rz 11), daher führt das Zusammenschlussvorhaben im Ergebnis zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

⁶ RPW 2019/4, 1208 Rz 13 ff., *Michelin/Faurecia/Symbio*.

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

B 2.3

2. Tilney Group Limited/Williamson Holdings Limited/Permira Holdings Limited/Warburg Pincus LLC

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Juli 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 15. Juli 2020

A Sachverhalt

1. Am 25. Juni 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft, mittels einer Reihe miteinander verbundener Zwischenschritte, den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über die Tilney Group Limited (nachfolgend: Tilney) und Smith & Williamson Holdings Limited (nachfolgend: Smith & Williamson) durch Rechtseinheiten, welche letztlich indirekt von Permira Holdings Limited (nachfolgend: Permira) und Warburg Pincus LLC (nachfolgend: Warburg Pincus) kontrolliert werden.

2. Permira ist ein Private-Equity-Unternehmen, das für eine Reihe von Investmentfonds Dienstleistungen im Bereich der Investitionsverwaltung erbringt. Permira kontrolliert die Private-Equity-Fonds [...] zu denen Portfoliounternehmen gehören, die in den Sektoren Verbraucher, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Industrie und Technologie tätig sind. Sie kontrolliert auch die Fonds [...].

3. Warburg Pincus ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäss New Yorker Recht (LLC) und Verwalter der «Private Equity Fonds» von Warburg Pincus. Es handelt sich um eine weltweit tätige «Private Equity» Firma mit Sitz in New York, die derzeit ein Vermögen von über USD 54 Milliarden verwaltet. Die Portfoliounternehmen von Warburg Pincus sind in einer Vielzahl von Sektoren tätig, darunter Energie, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Industrie- und Unternehmensdienstleistungen, Technologie, Medien und Telekommunikation.

4. Tilney ist ein Vermögensverwaltungsunternehmen mit Hauptsitz in London und Niederlassungen in ganz Grossbritannien. Es ist hauptsächlich in den Bereichen Finanzplanung, Anlageverwaltung und Beratung für Privatkunden tätig. Tilney bietet auch Vermögensverwaltungsexpertise für Finanzberater von Dritten an und betreibt eine Anlageplattform namens «Bestinvest» für selbst verwaltete Vermögen. Der Wert der von Tilney verwalteten Vermögenswerte «Assets under Management» (nachfolgend: AuM) beläuft sich auf rund GBP [...] (CHF [...])¹. Tilney wird derzeit von Permira kontrolliert, die sich mit der Bereitstellung von Investitionsma-

nagement und Beratungsdiensten befasst. Permira erwarb Tilney indirekt im Jahr 2014, und heute halten Permira-Fonds indirekt ca. [...] % der Stammaktien («ordinary shares») von Tilney, [...].

5. Smith & Williamson ist ein unabhängiges britisches Finanz- und Berufsdienstleistungsunternehmen mit Hauptsitz in London und Büros in ganz Grossbritannien und Irland. Smith & Williamson bietet Privatpersonen und Unternehmen Finanz- und Anlageverwaltungsdienste an. Smith & Williamson verwaltet AuM in Höhe von etwa GBP [...] (ca. CHF [...])². Die Mehrheit der Aktien von Smith & Williamson wird durch gegenwärtige und ehemalige Partner und Mitarbeiter gehalten. Ungefähr [...] % der Aktien von Smith & Williamson befinden sich im Besitz der kanadischen Investmentfirma AGF Management Limited, die damit derzeit ihr grösster Aktionär ist. AGF verfügt über bestimmte Vetorechte gegenüber Smith & Williamson (z.B. in Bezug auf den Verkauf des Unternehmens), aber sie hat nicht die Möglichkeit, ein Veto gegen die Ernennung des CEO, den Geschäftsplan oder das Budget einzulegen.

6. Das Zusammenschlussvorhaben musste auch in der EU angemeldet werden. Die Sache wurde von der EU noch nicht entschieden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

¹ Jahresdurchschnitt der Wechselkurse 2019 gemäss dem Datenportal der SNB: GBP 1 = CHF 1.2683.

² Jahresdurchschnitt der Wechselkurse 2019 gemäss dem Datenportal der SNB: GBP 1 = CHF 1.2683.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Die geplante Transaktion bezweckt, durch eine Reihe miteinander verbundener Schritte, einerseits den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch von Warburg Pincus verwaltete Fonds über Tilney (welche derzeit unter der alleinigen Kontrolle von Permira steht). Andererseits werden gewisse Fonds, welche von Warburg Pincus verwaltet und letztlich von Permira kontrolliert werden, gemeinsame indirekte Kontrolle über Tilney und Smith & Williamson erlangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbe-

halt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

11. Permira und Warburg Pincus haben [...].

12. Smith & Williamson hat keine Tochtergesellschaften in der Schweiz, aber AuM und daher der Schweiz zurechenbaren Umsatz.

13. Tilney hat [...].

14. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss, wie in folgender Tabelle ersichtlich ist:

Umsatz	Welweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
2019	(in Million CHF) ³	(in Million CHF)
Permira	[...]	[...] ⁴
Warburg Pincus	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Abbildung 1: Umsätze der Parteien.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

15. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

16. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

17. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

18. Tilney und Smith & Williamson sind in der Schweiz lediglich im Bereich des Asset Management tätig, weshalb für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nur diese Geschäftsbereiche zu analysieren sind.

19. Gemäss Praxis der WEKO stellt das Asset Management einen separaten sachlichen Markt dar, wobei Asset Management primär die Verwaltung von konkreten Vermögensteilen und damit verbundene Beratungsdienstleistungen bezeichnet, welche an Privatkunden und Firmenkunden gerichtet sein können.⁵ Die Parteien

machen geltend, dass die von Tilney und Smith & Williamson angebotenen Vermögensverwaltungs- und Fondsverwaltungsdienste Teil des Asset Management Marktes sind. Angesichts des extrem geringen Engagements in der Schweiz kann vorliegend die genaue Marktdefinition offengelassen werden, da bei keiner denkbaren Produktmarktdefinition Wettbewerbsbedenken bestehen.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

20. 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).

21. In früheren Entscheiden hat die WEKO den Markt für Asset Management international abgegrenzt, mit Ausnahme des Asset Management für Schweizer Pensionskassen. Für das Subsegment Fonds und fondsähnliche Produkte wurde bis anhin mindestens ein nationaler Markt abgegrenzt, jedoch in Erwägung gezogen, dass es sich allenfalls auch um einen europaweiten oder internationalen Markt handeln kann.⁶ Im vorliegenden Fall sind die meldenden Parteien der Meinung, dass der

³ Jahresdurchschnitt der Wechselkurse 2019 gemäss dem Datenportal der SNB: EUR 1 = CHF 1.1549.

⁴ Jahresdurchschnitt der Wechselkurse 2019 gemäss dem Datenportal der SNB: EUR 1 = CHF 1.1125 | USD 1 = CHF 0.9937.

⁵ RPW 2008/1, 127 Rz 35, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*; RPW 2019/4, 1180 Rz 16, *Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group*.

⁶ RPW 2008/1, 127 Rz 39, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*; RPW 1997/4, 527 Rz 17, *Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen*.

geographische Markt zumindest national oder regional abzugrenzen ist. Vorliegend kann die räumliche Markt- abgrenzung offengelassen werden, da das Zusammen- schlussvorhaben unter jeder denkbaren Markt- abgrenzung als unbedenklich zu betrachten ist.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

22. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammen- schlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

23. Für die Schweiz haben die Parteien zur Berechnung der Marktanteile die öffentlich zugänglichen Daten der Studie «IFZ/AMP Asset Management Study 2019 - An Overview of Swiss Asset Management»⁷ von «Institute of Financial Services Zug und Asset Management Plat- form Switzerland (IFZ/AMP)» verwendet. Basierend auf dieser Studie betrug das AuM-Volumen im Asset Ma- nagement für den Schweizer Markt für das Jahr 2018 CHF 2'161 Milliarden.

24. Keine der bereits vor diesem Zusammenschlussvor- haben von den meldenden Parteien in der Schweiz täti- gen kontrollierten Portfoliogesellschaften sind in der Vermögensverwaltung in der Schweiz tätig. Daher be- trifft das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nur Tilney und Smith & Williamson, die in der Vermögens- verwaltung tätig sind und deren Tätigkeiten sich in die- sem Bereich überlappen.

25. Die Parteien geben folgende Marktanteile für die Schweiz an:

	AuM (CHF Mio.)	Marktanteil (%)
Tilney	[...]	[0-10] %
Smith & Williamson	[...]	[0-10] %
Total	[...]	[0-10] %

Abbildung 2: Geschätzte Asset Management Marktanteile in der Schweiz 2019 (Quelle: Angaben der Parteien).

Der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unterneh- men in der Vermögensverwaltung in der Schweiz liegt somit schätzungsweise bei ungefähr [0-10] %.⁸ Smith & Williamson hat in der Schweiz zwar keine eigene Nieder- lassung noch (direkte) Aktivitäten, verwaltet aber einen Irischen Fonds, deren Anteile unter anderem auch an Schweizer Anleger vertrieben wird, und zwar über eine Drittpartei. Wenn der Umsatz auf Kundenstandortbasis zugerechnet wird, hat Smith & Williamson aufgrund der AuM von rund CHF [...] mit mindestens [...] Schweizer Anlegern einen der Schweiz zurechenbaren Umsatz. Bei derart geringen Marktanteile liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben vor.⁹

B.4.3 Ergebnis

26. Die vorläufige Prüfung ergibt aufgrund der äusserst schwachen Marktstellung der am Zusammenschlussvor- haben beteiligten Parteien von [0.10] % für das Asset Management in der Schweiz, dass der Zusammen- schluss weder eine marktbeherrschende Stellung be- gründen noch verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁷ Vgl. < https://sfama-cms.cdn.prismic.io/sfama-cms%2F0ff76f12-ba8e-41a9-acc5-e5c6ca15b0c1_ifz+amp+studie+2019_final.pdf > (8.7.2020).

⁸ Diese Schätzung beruht auf dem AuM-Volumen im Asset Management für den Schweizer Markt für das Jahr 2018 CHF 2'161 Milliarden.

⁹ Gemäss der Studie «IFZ/AMP Asset Management Study 2019 - An Overview of Swiss Asset Management» (s. Rz 23) betrug das AuM bei der UBS Ende 2018 CHF 255 Milliarden. UBS verfügt somit über einen Marktanteil von 11.80% und ist mithin das Unternehmen mit dem grössten Marktanteil in der Schweiz.

B 2.3

3. ELAG/OZAG/AVITRANS

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 14. Dezember 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 15. Dezember 2020

1. Am 17. November 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle der ELAG Holding AG (nachfolgend: ELAG) über die Unternehmen Osterwalder Zürich AG (nachfolgend: OZAG) und AVITRANS AG (nachfolgend: AVITRANS) von der Arnold Osterwalder Holding AG (nachfolgend: AOHAG).

2. Die ELAG mit Sitz in Kreuzlingen ist eine Holding-Gesellschaft und hält verschiedene Beteiligungen, zu welchen insbesondere die Lang Energie AG (nachfolgend: Lang Energie) und [...] gehören. [...] Die Lang Energie ist im Handel mit flüssigen Brenn-, Treib- und Schmierstoffen und anderen Mineralölprodukten tätig. An Endkunden vertreibt sie unter der Marke AVIA¹ Heizöl und Treibstoffe. Letztere werden über ein Netz mit 33 Tankstellen in der Ostschweiz verkauft, [...]. Zudem liefert die Lang Energie auf Grosshandelsstufe auch Treibstoffe an Tankstellen von Dritten und Grosskunden sowie Schmiermittel an Reparaturwerkstätten und Tankstellenshop-Betreiber.

3. Die AOHAG mit Sitz in Zürich ist eine Holding-Gesellschaft und hält verschiedene Beteiligungen, zu welchen die zu veräussernden Gesellschaften OZAG mit Sitz in Zürich und AVITRANS mit Sitz in Hergiswil (nachfolgend zusammen: Zielunternehmen) gehören. Die OZAG ist im Handel mit flüssigen Brenn-, Treib- und Schmierstoffen sowie anderen Mineralölprodukten tätig. An Endkunden vertreibt sie unter der Marke AVIA Heizöl und Treibstoffe. Letztere werden primär im Kanton Zürich über ein Netz mit 83 Tankstellen verkauft, wovon neun über einen Tankstellenshop verfügen. [...] Auf Grosshandelsstufe verkauft die OZAG auch Treibstoffe an Tankstellen von Dritten und Grosskunden und liefert Schmiermittel an Tankstellen, Tankstellenshop-Betreiber und Reparaturwerkstätten sowie Brennstoffe an Brennstoffhändler. Die AVITRANS erbringt primär konzerninterne Dienstleistungen für die OZAG.

4. Die AOHAG bezweckt mit dem Verkauf der OZAG und der AVITRANS, aus dem Geschäft mit Treib- und Brennstoffen auszusteigen. Die ELAG ist durch den Kauf daran interessiert, ihre Geschäftstätigkeiten in diesem Bereich geografisch zu erweitern, wobei sie derzeit hauptsächlich in der Ostschweiz und am Bodensee unter der Marke AVIA tätig ist. Hingegen ist die OZAG un-

ter der gleichen Marke im Kanton Zürich und in den angrenzenden Gebieten vertreten. Daher würden sich aus Sicht der ELAG die Geschäftstätigkeiten sehr gut ergänzen. Gemäss Angaben der Parteien erhofft sich die ELAG, von Skaleneffekten zu profitieren und namentlich Vertriebskosten einsparen zu können.

5. Mit Aktienkaufvertrag [...] wurde zwischen der AOHAG und der ELAG der Verkauf von jeweils 100 % der Aktien der Zielunternehmen, d.h. der OZAG und der AVITRANS, an die ELAG vereinbart.

6. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

7. Die ELAG und die Zielunternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2019 insgesamt einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von über CHF 500 Mio. und auch jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio. schweizweit, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf betroffene Märkte in den Bereichen, in welchem die Zielunternehmen tätig sind und sich die Wettbewerbssituation daher ändern könnten. Konkret handelt es sich um den Bereich des Handels mit flüssigen Treibstoffen an Tankstellen. Es wird darauf verzichtet, die Märkte zu betrachten, auf welchen ausschliesslich ELAG tätig ist.²

9. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ausgegangen, liess eine genaue sachliche Abgrenzung aber letztlich offen.³ Nachfolgend wird von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ausgegangen. Die genaue diesbezügliche, sachliche Marktabgrenzung soll aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt. In räumlicher Hinsicht ist entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO für den Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen von lokalen Märkten um einzelne Tankstellen, die mittels 10-km-Radien gebildet und an die lokalen Gegebenheiten und Charakteristiken des Marktes angepasst werden können, auszugehen.⁴ Vorliegend wird auch die

¹ Für AVIA treten zehn Mitgliederfirmen unter einem gemeinsamen Markensignet auf und betreiben in der Schweiz rund 600 Tankstellen mit über 100 Shops. Neben dem Tankstellengeschäft sind die AVIA-Partnerfirmen auch Heizöllieferanten und vertreiben ein Schmierstoffprogramm. Vgl. Homepage von AVIA: <www.avia.ch/ueber-avia/allgemein/> (zuletzt besucht am 3.12.2020).

² Die ELAG hat für die Märkte ohne Marktanteilsaddition eine Bestätigung abgegeben, dass sie auf diesen nicht über einen Marktanteil von 30 % oder mehr verfügen würde.

³ RPW 2017/3, 496 Rz 9 m.w.H., *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG* und RPW 2019/2, 526 Rz 17, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*.

⁴ RPW 2019/2, 527 Rz 23, *Volare Group AG/Advitec Holding AG*.

nationale Ebene betrachtet. Eine genaue räumliche Abgrenzung bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen kann vorliegend offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

10. Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf dem schweizweiten und den betroffenen lokalen Märkten für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen für das Jahr 2019 zu entnehmen.

Tabelle 1: Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen im Jahr 2019 – Marktanteile auf nationaler Ebene und in betroffenen lokalen Märkten mit 10-km-Radien

Räumliche Marktabgrenzung	Marktanteil. mengenbasiert [%]		
	ELAG	OZAG	kumuliert
Schweizweit	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Lokale Marktabgrenzung bei Anwendung von 10-km-Radien			
Hüttwilen (TG)	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Steckborn (TG)	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Stein am Rhein (SH)	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Uesslingen (TG)	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Unterstammheim (ZH)	[20–30]	[0–10]	[20–30]

Quelle: Schätzungen der Parteien auf Grundlage eigener Daten und Daten von Avenergy Suisse.

11. Gemäss Angaben der Parteien kommt es auf Basis von 10-km-Radien um die Tankstellen der Parteien in 15 lokalen Märkten zu Marktanteilsadditionen (d.h. ELAG und OZAG betreiben in einem Abstand von maximal 10 km mindestens eine Tankstelle). In den fünf lokalen Märkten Hüttwilen (TG), Steckborn (TG), Stein am Rhein (SH), Uesslingen (TG) und Unterstammheim (ZH) haben die Parteien gemeinsame Marktanteile von [20–40] % (vgl. Tabelle 1). Diese fünf lokalen Märkte überschreiten die Schwelle eines gemeinsamen Marktanteils von 20 % und sind dementsprechend vom Zusammenschluss betroffene Märkte (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Auf

allen diesen lokalen Märkten sind weitere Wettbewerber (z.B. Agrola, Migrol, SOCAR, Shell, BP, ENI und Coop) tätig. Betrachtet man zusätzlich die nationale Ebene, so haben die Parteien einen kumulierten Marktanteil von [0–10] % (vgl. Tabelle 1).

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

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Juli 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 15. Juli 2020

A Sachverhalt

1. Am 12. Oktober 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft die Gründung eines gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmens durch die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft (nachfolgend: Raiffeisen respektive Raiffeisen Gruppe) und die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG (nachfolgend: Mobiliar), das eine Wohneigentümerplattform entwickeln und betreiben soll. Das Gemeinschaftsunternehmen soll über eine Wohneigentümerplattform (nachfolgend: Plattform) die Nachfrage von Wohneigentümern nach Dienstleistungen im Zusammenhang mit ihrem Wohneigentum umfassend abdecken. Die Plattform soll zum einen digitale Prozessunterstützung im Zusammenhang mit der Modernisierung, dem Unterhalt, dem Verkauf und der Übertragung von Immobilien anbieten. Zum anderen soll die Plattform Produkte und Dienstleistungen der Aktionäre und von Drittunternehmen rund ums Eigenheim an Wohneigentümer vermitteln.

2. Die Raiffeisen Gruppe ist die drittgrösste Bankengruppe der Schweiz und führend im Retail - Geschäft. Aktuell sind rund 230 genossenschaftlich organisierte Raiffeisenbanken in der Raiffeisen Gruppe zusammengeschlossen. Die Raiffeisen Gruppe ist in der Schweiz an 861 Standorten vertreten.

3. Die Mobiliar ist ein genossenschaftlich verankerter Versicherungskonzern, der hauptsächlich in den Bereichen Sach-, Risiko-, Lebens-, Rechtsschutz-, Kautions- und Rückversicherung aktiv ist. Weitere Tätigkeitsbereiche umfassen das «Asset und Risk Management» sowie administrative und IT -Dienstleistungen.

4. Das Gemeinschaftsunternehmen soll insbesondere in den folgenden drei Bereichen aktiv sein:

- «Kaufen» (Unterstützung von künftigen Grundeigentümern beim Erwerb von Grundstücken): Auf der Plattform sollen Interessenten auf Immobilienanzeigen, die von Drittunternehmen geschaltet werden, zugreifen können. Die Plattform soll ausserdem während und nach dem Erwerbsprozess Produkte der Aktionäre (z.B. Hypotheken oder Spar- und Vorsorgeprodukte, sowie Versicherungsprodukte) an die Plattformnutzer vermitteln.

- «Modernisieren und Unterhalt» (Unterstützung der privaten Wohneigentümer in den Bereichen Unterhalt, Modernisierung und Sanierung): Mittels eines digitalen Sanierungsplaners sollen direkt auf der Plattform Arbeiten geplant und offeriert werden können. Weiter vermittelt die Plattform für Umbauleistungen und Unterhaltsarbeiten Architekten, Handwerker und weitere Spezialisten.

- «Verkauf und Übertragung» (Unterstützung der privaten Wohneigentümer in den Bereichen Verkauf und Übertragung des Eigenheims) [...].

5. Das Zusammenschlussvorhaben ist nur in der Schweiz meldepflichtig.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Das Zusammenschlussvorhaben stellt damit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU dar. Die Raiffeisen und die Mobiliar planen die Gründung eines gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmens in der Form einer Aktiengesellschaft, das je zu 50 % durch die Raiffeisen und die Mobiliar gehalten wird. Die Parteien möchten einen Aktionärsbindungsvertrag («ABV») abschliessen. [...] ¹ [...] ²

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

¹ Vgl. [...] des Aktionärsbindungsvertrags.

² Vgl. [...] des Aktionärsbindungsvertrags.

B.3 Meldepflicht

10. Im Geschäftsjahr 2019 erzielten die beteiligten Unternehmen folgende konsolidierten, weltweiten Bruttoerträge bzw. Bruttoprämieinnahmen:

Unternehmen	Weltweite Bruttoerträge / Bruttoprämieinnahmen
2019	(in Millionen CHF)
Raiffeisen	3'051.6
Mobililar	3'951.4
Total	7'003.0

Tabelle 1: Weltweite Bruttoerträge / Bruttoprämieinnahmen der Parteien

11. Im Geschäftsjahr 2019 erzielten die beteiligten Unternehmen folgende konsolidierten Bruttoerträge bzw. Bruttoprämieinnahmen in der Schweiz:

Unternehmen	Schweizer Bruttoerträge / Bruttoprämieinnahmen
2019	(in Millionen CHF)
Raiffeisen	[...]
Mobililar	[...]
Total	[...]

Tabelle 2: Schweizer Bruttoerträge / Bruttoprämieinnahmen der Parteien

12. Somit sind die Schwellenwerte sowohl gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG, als auch gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erreicht. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

13. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

14. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

15. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungs-

zwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

16. Das Gemeinschaftsunternehmen soll mit der Wohneigentümerplattform die Bedürfnisse von Wohneigentümern in den Bereichen «Kaufen» (Unterstützung von künftigen Grundeigentümern beim Erwerb vom Grundstück), «Modernisieren und Unterhalt» (Unterstützung der privaten Wohneigentümer in den Bereichen Unterhalt, Modernisierung und Sanierung) und «Verkauf und Übertragung» (Unterstützung der privaten Wohneigentümer in den Bereichen Verkauf und Übertragung des Eigenheims) umfassend abdecken. Auf der digitalen Plattform soll das Gemeinschaftsunternehmen vorwiegend digitale Prozessunterstützung (z.B. bei der Offerierung von Handwerkerleistungen an Wohneigentümer) anbieten. Weiter soll das Gemeinschaftsunternehmen auf der Plattform Dienstleistungen an aktuelle und potenzielle Wohneigentümer vermitteln.

17. Die Parteien möchten mit der vom Gemeinschaftsunternehmen angebotenen Plattform in neue Märkte vordringen, in denen sie heute noch nicht tätig sind. Weder die Raiffeisen noch die Mobililar bieten heute digitale Prozessunterstützung in den Bereichen an, in denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig sein soll. Nur in einzelnen Bereichen (z.B. Vermittlung von Versicherungsprodukten, Vermittlung von Handwerkern, Immobilien-

vermittlung) sind die Parteien, respektive einzelne Tochtergesellschaften der Parteien, bereits tätig. Das Gemeinschaftsunternehmen wird daher weitestgehend bei Null starten und muss einen Kundenstamm und Marktanteile im Wettbewerb aufbauen.

18. Gestützt auf die bisherige Praxis der WEKO werden nachfolgend Märkte für die *Vermittlung von Versicherungsprodukten*³, für die *Vermittlung von Hypothekarkrediten*⁴, für die *Vermittlung von Sparprodukten*⁵, für *Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen*⁶ sowie für *Online-Immobilieninserate*⁷ betrachtet.

19. Darüber hinaus wird nachfolgend ein möglicher Markt für die Vermittlung von Handwerkern und Architekten betrachtet.

20. Das Gemeinschaftsunternehmen wird gegebenenfalls auch Aktivitäten im Bereich der Immobilienvermittlung anbieten, weshalb nachfolgend auch ein möglicher Markt Vermittlung von Immobilien betrachtet wird: Die Dienstleistung der Vermittlung von Immobilien besteht gemäss WEKO-Praxis im Wesentlichen aus den folgenden Tätigkeiten: (i) Objektaufnahme: Besichtigung, Prüfung der Verkäuflichkeit, Sammeln der Verkaufsunterlagen; (ii) Erstellen von Verkaufsunterlagen; (iii) Führen von Verkaufsverhandlungen und deren Abschluss; (iv) Organisation der Beurkundung und Übergabe des Objekts an einen neuen Eigentümer. [...].

21. Zudem wird nachfolgend auch ein möglicher Markt für die Vermittlung von Maklern betrachtet [...].

22. Während nachfolgend die zuvor genannten Märkte nachfolgend analysiert werden, ist darauf hinzuweisen, dass auch andere Marktabgrenzungen in Betracht gezogen werden könnten: So hat die WEKO in der Vergangenheit im vorliegenden Bereich beispielsweise Werbe- respektive Nutzermärkte für Immobilien-Rubrikanzeigen betrachtet.⁸

23. Da unabhängig von der konkreten sachlichen Markt- abgrenzung die gemeinsamen Marktanteile deutlich unter 20 % liegen, und somit auf jeden Fall keine betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen, kann die sachliche Markt- abgrenzung letztlich generell offengelassen werden.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

24. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassen- den Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.4.1.2.1. Markt für Vermittlung von Versicherungen

25. Bezüglich Versicherungsleistungen geht die WEKO in der bisherigen Praxis im Bereich der Erstversicherung von nationalen Märkten aus.⁹ Hinsichtlich des vorliegend betrachteten Marktes für die Vermittlung von Versicherungen wird nachfolgend ebenfalls von einem nationalen Markt ausgegangen. Zudem festgehalten werden, dass bei einer Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremd- vertrieb, die schweizweite, teilweise internationale Präsenz der im Eigenvertrieb tätigen grossen Versicherungs- gesellschaften gemäss der bisherigen Praxis der

WEKO ebenfalls für eine nationale, wenn nicht sogar internationale, räumlichen Markt- abgrenzung spricht.¹⁰

26. Die definitive räumliche Markt- abgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da das Zusammen- schlussvorhaben auch bei einer engst möglichen räumlichen Markt- abgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

B.4.1.2.2. Markt für Vermittlung von Hypotheken

27. Für den Fremdvertrieb von Hypotheken wird nach- folgend ebenfalls von einem nationalen Markt ausge- gangen. Die definitive räumliche Markt- abgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da das Zusammen- schlussvorhaben auch bei einer engst möglichen räumlichen Markt- abgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

B.4.1.2.3. Markt für Vermittlung von Sparprodukten

28. Für den Fremdvertrieb von Sparprodukten ist nach- folgend ebenfalls von einem nationalen Markt ausge- gangen. Die definitive räumliche Markt- abgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da das Zusammen- schlussvorhaben auch bei einer engst möglichen räumlichen Markt- abgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

³ Vgl. RPW 2008/2, 262 Rz 25, *Swiss Life/AWD*. Hierzu ist anzumerken, dass das Gemeinschaftsunternehmen selbst keine Versicherungsprodukte anbietet. Da weder Raiffeisen noch das Gemein- schaftsunternehmen eigene Versicherungen anbieten und sowohl das Gemeinschaftsunternehmen als auch Raiffeisen lediglich Versicherungs- produkte der Mobilier Gruppe vertreiben werden, kann vorliegend auf eine gesonderte Betrachtung von Märkten in den Bereichen Le- bensversicherungen respektive Nichtlebensversicherungen verzichtet werden.

⁴ Vgl. RPW 1994/4, 526 Rz 13, *Credit Suisse Group/Winterthur Ver- sicherungen*; RPW 2000/4, 644, *Bâloise Holding AG/Solothurner Bank SoBa AG*; RPW 2003/2, 378 Rz 11, *Crédit Agricole/Crédit Lyonnais*; RPW 2002/4, 609 Rz 17, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG*; RPW 2003/3, 551 Rz 12, *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG*; RPW 2001/3, 528 Rz 13, *Allianz AG und Dresdner Bank AG*; RPW 2008/1, 118 Rz 13, *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*. Hierzu ist anzumerken, dass das Gemein- schaftsunternehmen selbst keine Hypothekarkredite anbietet. Der Markt für Hypothekarkredite ist damit nicht von Zusammenschluss betroffen. Raiffeisen und Mobilier werden ihre Hypotheken weiterhin unabhängig voneinander am Markt anbieten. Deshalb wird vorliegend auf eine gesonderte Betrachtung des Bereichs Hypothekarkredite verzichtet.

⁵ Vgl. RPW 2010/1, 183 Rz 7, *Bank Julius Bär & Co. AG/ING Bank (Schweiz) AG*.

⁶ Vgl. RPW 2017/4, 584 Rz 56 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*.

⁷ Vgl. RPW 2005/2, 316 Rz 41, *Tamedia AG/Edipresse SA/Homagate AG*; RPW 2007/2, 206 Rz 112, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁸ Vgl. RPW 2012/3, 673 Rz 42-46, *Tamedia/Gérard Paratte/Immo Street*.

⁹ Vgl. beispielsweise RPW 2018/3, 597 Rz 9, *AXA SA/XL Group Ltd*.

¹⁰ Vgl. RPW 2008/2, 263 Rz 38, *Swiss Life/AWD*.

B.4.1.2.4. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen

29. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurde bisher national oder sprachregional abgegrenzt.¹¹ Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engst möglichen räumlichen Marktabgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

B.4.1.2.5. Markt für Online-Immobilieninserate

30. Der Markt für Online-Immobilienanzeigen wurde bisher regional abgegrenzt, wobei insbesondere der Grossraum Zürich (Kantone Zürich, Aargau, Glarus, Schaffhausen, Thurgau und Zug), sowie der Grossraum Genf/Waadt, je als eigene regionale Märkte betrachtet wurden.¹²

31. Da das Gemeinschaftsunternehmen Immobilieninse- rate aus der gesamten Schweiz anzeigen wird und auch die Interessenten von der gesamten Schweiz auf die Immobilieninse- rate zugreifen können, wäre aus Sicht der Parteien eine nationale Marktabgrenzung sachgerecht. Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann vorlie- gend jedoch offengelassen werden, da das Zusammen- schlussvorhaben auch bei einer engst möglichen räumli- chen Marktabgrenzung wettbewerbsrechtlich unproble- matisch ist.

B.4.1.2.6. Markt für Vermittlung von Handwerkern und Architekten

32. Für den Markt für die Vermittlung von Handwerkern und Architekten erscheint, analog zum nachfolgend be- trachteten Markt für Immobilien-Vermittlung, grundsätz- lich eine Betrachtung von regionalen Märkten ange- bracht zu sein. Hingegen gehen die Parteien, da es sich bei der Plattform um eine digitale Plattform handelt, ist der Zugriff aus der gesamten Schweiz möglich von ei- nem räumlich relevanten Markt aus, der zumindest das Gebiet der Schweiz umfassen müsste. Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann jedoch vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorha- ben auch bei einer engst möglichen räumlichen Markt- abgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

B.4.1.2.7. Markt für Immobilien-Vermittlung

33. Der Markt für die Vermittlung von Immobilien wurde bisher regional abgegrenzt, was auch vorliegend ange- bracht zu sein erscheint.¹³ Aus Sicht der Parteien würde sich hingegen eher eine nationale Marktabgrenzung aufdrängen. Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann jedoch vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engst mögli- chen räumlichen Marktabgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

34. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in wel- chen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von

einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammen- schlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.2.1 Märkte für Vermittlung von Hypotheken respektive von Sparprodukten

35. Raiffeisen ist in den Märkten für Vermittlung von Hypotheken (nur Fremdvertrieb) und für Vermittlung von Sparprodukten (nur Fremdvertrieb) nicht tätig, da Raiffeisen keine solche Produkte von anderen Anbietern ver- treibt. Die Raiffeisen bietet ihren Kunden nur die eigenen Hypothekar- und Sparprodukte an. Raiffeisen hat ein Hypothekarvolumen von rund CHF 185 Mrd. und damit einen Marktanteil im Jahr 2019 von [10-20] % bei Hypo- thekarkrediten.¹⁴

36. Die Mobiliar ist im Markt für Vermittlung von Spar- produkten ebenfalls nicht tätig, verfügt jedoch über ge- wisse Aktivitäten im Markt für Vermittlung von Hypothe- ken: Aufgrund der fragmentierten Datenspeicherung (durch jede einzelne Generalagentur) wäre gemäss den Parteien eine Auswertung der Daten mit unverhältnis- mässig hohem Aufwand verbunden. Interne Spezialisten der Parteien schätzen den Marktanteil der Mobiliar im Jahr 2019 jedoch auf unter [0-10] % und stützen sich dabei auf den Vergleich mit Moneypark.¹⁵ Die Parteien können keine Angaben zu den Provisionseinnahmen machen. Selbst wenn von einem relevanten Markt für den Betrieb von Online-Plattformen zur Vermittlung von Hypotheken ausgegangen würde, wäre der Marktanteil von Mobiliar im Jahr 2019 marginal.

37. Zusammenfassend liegen weder im Markt für Ver- mittlung von Hypotheken noch im Markt für die Vermitt- lung von Sparprodukten betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.2 Markt für Vermittlung von Versicherungen

38. Raiffeisen generiert derzeit aus der Vermittlung von Helvetia-Versicherungsprodukten jährliche Provisionen von ca. CHF [...] Mio. für Lebens- und Nichtlebensversi- cherungen. Die von Raiffeisen vermittelten Prämienvo- lumen im Jahr 2019 von insgesamt CHF [...] Mio. (CHF [...] Mio. für Nichtlebensversicherungen und von CHF [...] Mio. für Lebensversicherungen)¹⁶ sind im Vergleich

¹¹ Vgl. RPW 2017/4, 584 Rz 62, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 271 Rz 112, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

¹² Vgl. RPW 2005/2, 318 Rz 56, *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*.

¹³ Vgl. RPW 1998/2, 193 Rz 32 ff., *SVIT-Honorarrichtlinien*.

¹⁴ Vgl. <<https://moneypark.ch/news-wissen/hypotheken-und-zinsen/hypothekarmarkt-schweiz-stetiges-wachstum-um-drei-prozent/>> (04.11.2020). Selbst wenn nur das Marktvolumen gemäss SNB-Statistik betrachtet wird, beträgt der Marktanteil 2019 der Raiffeisen-Gruppe nicht mehr als [10-20] %. Diese Zahl im Geschäftsbericht 2019 basiert jedoch auf der SNB-Statistik und berücksichtigt keine Hypothe- ken von Versicherungen und Pensionskassen.

¹⁵ Vgl. <<https://moneypark.ch/news-wissen/hypotheken-und-zinsen/hypothekarmarkt-schweiz-stetigeswachstum-um-drei-prozent/>> (04.11.2020).

¹⁶ Vertrauliche Zahlen von Raiffeisen (nicht im Geschäftsbericht veröf- fentlicht).

zum jährlichen Marktvolumen von CHF 34.9 Mrd. (CHF 12.3 Mrd. Nichtlebensversicherungen und CHF 22.6 Mrd. Lebensversicherungen) marginal.¹⁷ Der Marktanteil von Raiffeisen im Markt für Vermittlung von Versicherungen (nur Fremdvertrieb) im Jahr 2019 liegt bei ca. [0-10] %. Im Segment für die Vermittlung von Nichtlebensversicherungen (nur Fremdvertrieb) liegt der Anteil bei ca. [0-10] %. Im Segment für die Vermittlung von Lebensversicherungen (nur Fremdvertrieb) liegt der Anteil von Raiffeisen bei ca. [0-10] %.

39. Die Mobiliar ist unwesentlich in der Vermittlung von Nichtlebensversicherungen dritter Anbieter tätig. Aus den Vermittlungen an die Krankenversicherungen Sanitas und Concordia ergibt sich ein geschätztes Prämienvolumen von CHF [...] Mio. pro Jahr (Stand 2019). Dies entspricht einem Marktanteil von deutlich unter [0-10] %. Die Provisionseinnahmen der Mobiliar aus diesem Geschäft betragen weniger als CHF [...] Mio. Dar-

über hinaus ist die Mobiliar ebenso unwesentlich in der Vermittlung von Lebensversicherungen dritter Anbieter tätig. Aus den Vermittlungen an SwissLife ergeben sich ein Prämienvolumen von CHF [...] Mio. (Stand 2018 Marktanteil).

40. liegt bezüglich des Marktes für Vermittlung von Versicherungen kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.3 Weitere Märkte

41. Die Parteien gehen von nachfolgenden geschätzten Gesamtmarktvolumen und Marktanteilen im Jahr 2019 in der Schweiz als Gesamtes aus. Es ist jedoch festzuhalten, dass auch eine Betrachtung regionaler respektive sprachregionaler Märkte wohl keine wesentlichen Auswirkungen auf die nachfolgend dargestellten Marktverhältnisse haben würde:

Geschätzte Marktvolumen und Marktanteile in der Schweiz 2019 (in %)

Relevante Produktmärkte	Marktvolumen	Raiffeisen	Mobiliar	Gemeinschaftsunternehmen
Markt für Vermittlung von Versicherungen (nur Fremdvertrieb)	CHF 34.9 Mrd.	[0-10] %	<[0-10] %	<[0-10] %
a/ Segment für Vermittlung von Nichtlebensversicherungen (nur Fremdvertrieb)	CHF 12.3 Mrd.	[0-10] %	<[0-10] %	<[0-10] %
b/ Segment für Vermittlung von Lebensversicherungen (nur Fremdvertrieb)	CHF 22.9 Mrd.	[0-10] %	<[0-10] %	<[0-10] %
Markt für Vermittlung von Sparprodukten (nur Fremdvertrieb)	< CHF 100 Mio.	[0-10] %	[0-10] %	<[0-10] %
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen	CHF 518 Mio.	[0-10] %	[0-10] %	<[0-10] %
Markt für Online-Immobilieninserate	CHF 100 Mio.	[0-10] %	[0-10] %	<[0-10] %
Möglicher Markt für Vermittlung von Handwerkern und Architekten	CHF 13.5 Mio.	[0-10] %	<[0-10] %	<[0-10] %
Markt für Immobilien-Vermittlung	Rund 25'000-30'000 Verkaufsmandate pro Jahr durch Immobilienmakler	[0-10] %	[0-10] %	<[0-10] %
Möglicher Markt für die Vermittlung von Maklern	CHF 75 Mio.	[0-10] %	[0-10] %	<[0-10] %

Tabelle 3: Geschätzte Marktvolumen und Marktanteile weitere Märkte

42. Da die gemeinsamen Marktanteile in sämtlichen relevanten Märkten deutlich weniger als 20 % betragen, liegen jedenfalls keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

¹⁷ Gesamtmartzzahlen gemäss Schätzung der Parteien.

B.4.3 Ergebnis

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

B 2.3

5. The Carlyle Group/Acrotec Holding S.à r.l.

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

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

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

Prise de position de la Commission de la concurrence du 18 janvier 2021

Communication selon l'art. 16 OCCE du 19 janvier 2021

1. Le 23 décembre 2020, la Commission de la concurrence a reçu une notification complète annonçant une opération de concentration. Celle-ci consiste en la prise de contrôle exclusif par The Carlyle Group Inc. (ci-après: Carlyle) au travers de CEP V Investment 11 S.à r.l. (ci-après: CEP V) de Acrotec Holding S.à r.l. (ci-après: Acrotec Holding).

2. **Carlyle** est une société de capitaux cotée en bourse ayant son siège à Washington aux Etats-Unis. Elle gère des fonds qui investissent dans le monde entier dans différents segments d'activité¹. En particulier, le fonds Carlyle Europe Partners V contrôle le véhicule d'investissement CEP V ayant son siège au Luxembourg.

3. **Acrotec Holding**, dont le siège se trouve au Luxembourg, est la société mère du groupe Acrotec (formé par Acrotec Holding et ses filiales, ci-après: Groupe Acrotec), un groupe d'entreprises spécialisées dans la production de composants de précision et la fourniture de services y relatifs. Les sociétés du Groupe Acrotec sont actives dans les domaines de l'horlogerie-joaillerie², des technologies médicales³ ainsi que dans la fourniture de composants de haute précision pour différentes industries (électronique, aéronautique et automobile).

4. L'opération de concentration a pour but de conférer à Carlyle le contrôle exclusif d'Acrotec Holding. Carlyle estime qu'Acrotec Holding présente des opportunités de croissance prometteuses, notamment dans les marchés liés aux technologies médicales.

5. Carlyle entend acquérir au travers de CEP V la majorité des actions d'Acrotec Holding et ainsi le contrôle exclusif du Groupe Acrotec grâce au contrat d'achat d'actions (Share Purchase Agreement) qu'elle a conclu avec Tourbillon Holding S.A., Acrotec Hard Equity SLP ainsi que des cadres dirigeants du groupe Acrotec. Il s'agit d'une concentration au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart et de l'art. 1 OCCE. Les seuils de notification de l'art. 9 al. 1 LCart sont atteints et la présente concentration est ainsi soumise à l'obligation de notification. L'opération est également notifiée aux autorités de la concurrence allemande et autrichienne.

6. Tel que détaillé au ch. 3 ci-dessus, les entreprises du Groupe Acrotec sont actives dans la production de composants de précision et la fourniture de services y rela-

tifs. Selon la notification, aucune des sociétés contrôlées par des fonds eux-mêmes contrôlés par des entités affiliées à Carlyle ne produit des composants de précision similaires ou du même type que ceux du Groupe Acrotec, ni ne fournit des services y relatifs comparables. L'opération de concentration ne mène donc, indépendamment de la définition concrète des marchés pertinents, à aucune addition des parts de marché et ne provoque ainsi pas de diminution de la concurrence actuelle.

7. Enfin, les parties à la concentration confirment, s'agissant des éventuels marchés affectés par la concentration sans additions de parts de marché au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, que les critères énoncés au par. IV de la Communication de la COMCO sur l'annonce et l'appréciation des concentrations⁴ ne sont pas remplis. Ainsi, l'on peut partir du principe que, indépendamment de la définition concrète des marchés pertinents, la présente opération ne provoque pas de diminution de la concurrence potentielle et qu'elle ne soulève pas de problème dans les relations de concurrence verticales. Par conséquent, les marchés sur lesquels Carlyle ou Acrotec Holding pourraient avoir une part de marché supérieure à 30 % n'ont pas fait l'objet d'une analyse détaillée.

8. Pour les raisons indiquées ci-dessus, l'examen préliminaire ne révèle aucun élément indiquant que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Les conditions pour un examen de la concentration en vertu de l'art. 10 LCart ne sont donc pas remplies.

¹ DPC 2014/1, 305, *Carlyle Group/Vitol Group/varo Energy Holding*; DPC 2014/2, 438, *Carlyle/PAI/CST*; DPC 2019/4, 1175, *Carlyle Group/Mubadala Investment Company PJSC/CEPSA*.

² Le Groupe Acrotec produit notamment – au travers Sigatec SA – des assortiments et – au travers de Mimotec SA – d'autres composants de mouvements mécaniques pour l'industrie horlogère.

³ Le Groupe Acrotec fabrique en particulier des implants et instruments destinés au secteur de la traumatologie.

⁴ Communication du Secrétariat de la Commission de la concurrence du 23 mars 2009 sur la pratique concernant l'annonce et l'appréciation des concentrations d'entreprises, version 4 du 1.10.2019 (Communication de la COMCO sur l'annonce et l'appréciation des concentrations).

B 2.3

6. HEBA Food Holding AG/Saviva AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 1. Februar 2021

1. Am 4. Januar 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle der HEBA Food Holding AG (nachfolgend: HEBA) über das Zielunternehmen Saviva AG (nachfolgend: Saviva) vom Migros-Genossenschaftsbund (nachfolgend: MGB).

2. Die HEBA mit Sitz in Lenzburg ist eine Holding-Gesellschaft und hält verschiedene Beteiligungen, zu welchen insbesondere die Traitafina AG, die Delicarna AG, die O. Braunwalder AG und die Metzgerei Keller AG gehören. Über ihre Beteiligungen ist die HEBA vorwiegend in der Herstellung und dem Grosshandel von Lebensmitteln in den Bereichen Fleisch/Geflügel/Fisch, Traiteur und Convenience tätig.

3. Die Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich ist hauptsächlich im Detailhandel (Food-, Non-Food- und Near-Food) tätig und verfügt zudem über eigene Produktionsbetriebe. Dem MGB mit Sitz in Zürich kommt innerhalb der Migros-Gruppe die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften, darunter auch die Saviva, zu halten.

4. Die Saviva mit Sitz in Regensdorf ist im Grosshandel mit Nahrungs- und Genussmitteln sowie Non-Food-Artikeln aller Art für die Gastronomie und Hotellerie, die Gesundheitsbranche und den Handel tätig. Die Saviva ist auch in den Bereichen der professionellen Ausser-Haus-Verpflegung, Logistikdienstleistungen sowie der Optimierung von Beschaffungsprozessen für medizinisches Verbrauchsmaterial aktiv. Zudem hält Saviva eine Beteiligung an der Grossopanel AG, welche sich auf die Analyse von Warenströmen im Gastronomie- und Grossverbrauchermarkt spezialisiert hat.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckt die HEBA, ihren Kunden das ganze Spektrum an Produkten aus dem Food-, Non-Food- und Near-Food-Bereich («alles aus einer Hand») anbieten zu können. HEBA sei bereits stark im Fleischhandel sowie im Handel von Convenience-Produkten. Der Zukauf von Saviva erweitere die Kompetenzen insbesondere um Produkte im Near-Food und Non-Food-Bereich, wodurch weitere Offerten an Kunden erst ermöglicht würden. Im Ergebnis könne der Wettbewerb dadurch gefördert werden.

6. Zwischen HEBA und dem MGB wurde vereinbart, dass HEBA 100 % der Aktien und damit die alleinige Kontrolle über das Unternehmen Saviva erwirbt. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

7. Die HEBA und das Zielunternehmen Saviva erzielten im Geschäftsjahr 2019/2020 insgesamt einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von über CHF 500 Mio. und auch jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio. schweizweit, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in den Bereichen, in welchem das Zielunternehmen Saviva tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch eine Marktanteilsaddition ändern könnte.¹ Konkret handelt es sich um den Bereich der Grossverbrauchermärkte.

9. Der Grossverbrauchermarkt versorgt die klassische Gastronomie (Restaurants, Hotels), die Betriebs- und Gemeinschaftsgastronomie (industrielle Betriebe wie Spitäler, Kantinen, Heime), die Zusatzgastronomie sowie unabhängige (Klein-)Detailisten mit Gütern des täglichen Bedarfs. Zum Grossverbrauchermarkt gehören sowohl Anbieter, welche die Grossverbraucher mit Produkten beliefern, als auch solche, bei denen die Grossverbraucher die Waren abholen. In mehreren Entscheidungen zählte die WEKO Abhol- und Zustellgrosshändler zum selben sachlich relevanten Markt. Auch Direktlieferungen (durch Hersteller/Verarbeiter, spezialisierte Lieferanten, Fachhändler etc.) wurden zum Grossverbrauchermarkt gezählt.²

10. Die WEKO ist in der bisherigen Praxis von einem einheitlichen absatzseitigen Grossverbrauchermarkt ausgegangen. Sie liess eine abschliessende Marktabgrenzung offen; darunter insbesondere die Frage, ob der Grossverbrauchermarkt weiter nach Produktgruppen³ zu segmentieren ist.⁴ Im Entscheid *Migros/Angehrn* (CCA) hat die WEKO es zudem nicht ausgeschlossen, dass eine engere Marktabgrenzung in Abhol- und Belieferungsgrosshandelsmärkte vorgenommen werden könnte.⁵ Die Parteien sind der Auffassung, dass sich eine absatzseitige Unterscheidung zwischen Abhol- und Belieferungsgrosshandelsmarkt nicht rechtfertige, da die

¹ Die HEBA hat für die Märkte ohne Marktanteilsaddition eine Bestätigung abgegeben, dass sie auf diesen nicht über einen Marktanteil von 30 % oder mehr verfügen würde.

² Vgl. u.a. RPW 2016/2, 555 Rz 7 f., *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

³ Vgl. u.a. RPW 2008/4, 603 Tabelle 3 für Produktgruppen, *Coop/Carrefour*.

⁴ Vgl. u.a. RPW 2016/2, 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2019/3b, 1022, Rz 13ff., *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*.

⁵ RPW 2012/4 887 Rz 26 und Rz 32, *Migros/Angehrn* (CCA).

Lieferung aus Sicht der Kunden lediglich eine Nebenleistung darstellen würde. Nachfolgend wird absatzseitig von einem sachlich relevanten Grossverbrauchermarkt ausgegangen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

11. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten von Food-, Non-Food- und Near-Food-Produkten des Grossverbrauchermarkts die Marktgegenseite. Diesen Lieferanten stehen nebst der Belieferung von Grossverbrauchermärkten weitere Absatzkanäle offen wie der Detailhandel und die Direktbelieferung von grossen (End-)Abnehmern. Auf eine präzise Marktabgrenzung der Beschaffungsmärkte des Grossverbrauchermarkts, sei es bezüglich allfällig verschiedener Absatzkanäle oder bezüglich einer allfälligen Abgrenzung nach Produktgruppen entsprechend der Unterscheidung im Lebensmittel-detailhandel, wird vorliegend verzichtet, da das Ergebnis des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.⁶

12. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den absatzseitigen sachlichen Grossverbrauchermarkt in räumlicher Hinsicht von nationalen Märkten auszugehen. Die Frage, ob bei einem allfälligen Abholgrosshandelsmarkt ein engerer als nationaler Markt vorliegen würde, kann offen gelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.⁷

13. Hinsichtlich einer räumlichen Abgrenzung für beschaffungsseitige Grossverbrauchermärkte ist die WEKO bisher von nationalen Märkten ausgegangen, sie liess eine genaue (insbesondere weitere) räumliche Abgrenzung aber letztlich offen.⁸ Vorliegend ist für beschaffungsseitige Grossverbrauchermärkte in räumlicher Hinsicht von nationalen Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

14. Auf dem absatzseitigen Grossverbrauchermarkt schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil von HEBA und Saviva im Geschäftsjahr 2019/2020 auf [0–10] %. Würde man diesen Markt in Teilmärkte für Abholgrosshandel und Belieferungsgrosshandel unterteilen, so wären die entsprechenden gemeinsamen Marktanteile [0–10] % bzw. [0–10] %. Für die Produktgruppe «Fleisch/Geflügel/Fisch» schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Abholgrosshandel auf [0–10] % und im Belieferungsgrosshandel auf [10–20] %.

15. Auf einem einheitlichen beschaffungsseitigen Grossverbrauchermarkt schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil von HEBA und Saviva im Geschäftsjahr 2019/2020 auf [0–10] %. Für die Produktgruppe «Fleisch/Geflügel/Fisch» schätzen die Parteien den Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf [0–10] %.

16. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und 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.

⁶ Vgl. u.a. RPW 2016/2 556 Rz 13 und Fn 17, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

⁷ RPW 2012/4 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2016/2 556 Rz 14, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

⁸ Vgl. u.a. RPW 2008/4, 607 117 f., *Coop/Carrefour*; RPW 2016/2 557 Rz 15, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

B 2.3

7. VKR/Arbonia Fenster

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 3. März 2020

A Zusammenschlussvorhaben**A.1 Einleitung**

1. Am 28. Januar 2021 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die VKR Holding A/S mit Sitz in Hørsholm (Dänemark) (nachfolgend: VKR) indirekt über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft DOVISTA A/S (nachfolgend: DOVISTA), die alleinige Kontrolle über Gesellschaften zu erwerben, welche durch die Arbonia AG mit Sitz in Arbon kontrolliert werden.

2. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde den Behörden in der Schweiz, Deutschland, Österreich, Polen und der Slowakischen Republik gemeldet.

3. Die nachfolgende Beurteilung stützt sich weitgehend auf den in der Meldung beschriebenen Sachverhalt.

A.2 Beteiligte Unternehmen**A.2.1 Übernehmendes Unternehmen**

4. VKR ist ein Beteiligungs- und Investmentunternehmen. Sie hält Beteiligungen an diversen Tochtergesellschaften, die in den zwei Geschäftsbereichen Dachfenster und Oberlichter sowie Fassadenfenster tätig sind. In der Schweiz ist VKR nur im Geschäftsbereich der Dachfenster und Oberlichter aktiv. Namentlich sind die zu VKR gehörenden Unternehmen der VELUX-Gruppe sowie die JET Tageslichttechnik AG in der Schweiz tätig.

5. Der Kontrollerwerb erfolgt über die VKR-Tochtergesellschaft DOVISTA, welche in Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern und Aussentüren tätig ist. In der Schweiz ist DOVISTA nicht aktiv. Ihre Geschäftstätigkeit erstreckt sich hauptsächlich auf Skandinavien und Grossbritannien.

A.2.2 Zu übernehmende Unternehmen

6. Es ist vorgesehen, dass DOVISTA die folgenden fünf durch die Arbonia AG kontrollierten Gesellschaften übernimmt: Die Arbonia Windows AG mit Sitz in Diepoldsau, die EgoKiefer AG mit Sitz in Altstätten, die Wertbau GmbH mit Sitz in Langenwetzendorf (Deutschland), die Slovaktual s.r.o mit Sitz in Pravenec (Slowakische Republik), die Dobroplast Fabryka Okien Sp. z o.o. mit Sitz in Zambrów (Polen) sowie die web.com Management Holding GmbH mit Sitz in Bad Liebenstein (Deutschland). Das Dachfenstergeschäft der Dobroplast Fabryka Okien Sp. z o.o. soll vor Durchführung der entsprechenden Transaktion ausgegliedert werden.

7. Die zu übernehmenden Unternehmen sind in Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern und Aussentüren tätig. Ihre Produkte werden schwergewichtig in der Schweiz, Deutschland, der Slowakischen Republik und Polen vertrieben. Die Produktion von Fassadenfenstern für den schweizerischen Markt erfolgt hauptsächlich in Deutschland und der Slowakischen Republik. Die web.com Management Holding GmbH ist im Online-Handel im Wesentlichen in Deutschland tätig.

A.3 Verfolgte Ziele

8. DOVISTA beabsichtigt, ihre Tätigkeit in Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern über den aktuellen Schwerpunkt in Skandinavien und Grossbritannien auf weitere europäische Länder auszudehnen. Dadurch erhofft sich DOVISTA, von Skalenerträgen profitieren zu können.

A.4 Meldepflicht

9. Der vorliegende Zusammenschluss ist meldepflichtig, da die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht werden.

B Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung**B.1 Einleitung**

10. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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.

B.2 Relevante Märkte**B.2.1 Sachlich relevante Märkte**

12. Zunächst wird untersucht, ob Herstellung und Vertrieb von Dachfenstern und Oberlichtern einen eigenen von Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern abzugrenzenden sachlichen Markt bilden. Die dazu relevanten Zusammenhänge sind insbesondere auch deshalb relevant, weil anschliessend beurteilt werden muss, ob eine allenfalls bereits bestehende marktbeherrschende Stellung im Markt für Herstellung und Vertrieb von Dachfenstern und Oberlichtern durch den Zusammenschluss verstärkt werden könnte.

13. Aus Sicht der Endverbraucher können Dachfenster oder Oberlichter nicht durch Fassadenfenster ersetzt werden. Sie dienen einem anderen Zweck und weisen

andere Eigenschaften auf. Es handelt sich weder um Substitute noch um Komplemente.

14. Eine Umstellung der Produktion von Dachfenstern oder Oberlichtern auf Fassadenfenster oder umgekehrt ist nicht ohne weiteres möglich, insbesondere weil Fassadenfenster in der Regel deutlich grösser und schwerer sind. Das ist ein Grund dafür, dass in der Regel unterschiedliche Produktionsanlagen verwendet werden.

15. Dachfenster und Oberlichter werden im Wesentlichen in Standardgrössen vorgefertigt und ab Lager verkauft. In Einzelfällen werden Spezialanfertigungen nach Vorgabe der Kunden erstellt. Der Vertrieb erfolgt zum überwiegenden Teil über Grosshändler. Diese verkaufen die Dachfenster oder Oberlichter an Dachdecker oder Zimmermänner, welche Beratung und Montage übernehmen.

16. Im Gegensatz dazu werden Fassadenfenster zu einem grossen Teil individuell nach den Vorgaben des Kunden angefertigt. Der Hersteller übernimmt bei grösseren Objekten in der Regel die Beratung einschliesslich Ausmessung sowie Transport und Montage. Dafür ist spezifisches Know-How erforderlich. Bei kleineren Objekten übernehmen oft Schreiner Beratung und Montage, deren Kapazitäten nicht für die Abwicklung grösserer Aufträge ausreicht.

17. Obwohl VKR sowohl Dach- als auch Fassadenfenster produziert, sind diese Aktivitäten auf zwei unterschiedliche Bereiche des Konzerns aufgeteilt (VELUX und DOVISTA). Die entsprechenden Produkte werden unter unterschiedlichen Marken vertrieben.

18. Da Dachfenster und Oberlichter aus Sicht der Endkunden nicht mit Fassadenfenstern austauschbar sind, da der Umstellung der Produktion Hürden entgegenstehen und da der Vertrieb über unterschiedliche Kanäle erfolgt, ist ein separater Markt für Herstellung und Vertrieb von Dachfenstern und Oberlichtern vom Markt für Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern abzugrenzen.¹ Ob eine zusätzliche Abgrenzung innerhalb dieser Geschäftsbereiche erforderlich ist, kann offen gelassen werden.

19. Zusätzlich zu den Märkten für Herstellung und Vertrieb von Dachfenstern und Oberlichtern und Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern sind die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Markt für Herstellung und Vertrieb von Aussentürelementen sowie im Online-Handel tätig. Die genaue Abgrenzung dieser sachlichen Märkte kann offen gelassen werden.

B.2.2 Räumlich relevante Märkte

20. Der räumlich relevante Markt ist in Bezug auf alle sachlich relevanten Märkte mindestens schweizweit abzugrenzen. Insbesondere in Bezug auf die Produktion von Fenstern ist eine europaweite räumliche Abgrenzung in Betracht zu ziehen, diese Frage kann aber vorliegend offen gelassen werden.

B.3 Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

21. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt bei einer europaweiten² Abgrenzung im Markt für Her-

stellung und Vertrieb von Fassadenfenstern zu Marktanteilsadditionen: VKR verfügt über einen Marktanteil von rund [<10] % während die zu übernehmenden Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von rund [<10] % erreichen. Wird der Markt schweizweit abgegrenzt, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen, da nur die zu übernehmenden Unternehmen in der Schweiz tätig sind. Deren Marktanteil liegt bei rund [<30] %. Deshalb liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern begründet oder verstärkt wird.

22. Im Markt für Herstellung und Vertrieb von Aussentürelementen sind bei einer schweizweiten Abgrenzung nur die zu übernehmenden Unternehmen tätig. Sie erreichen einen Marktanteil von rund [<30] %. Deshalb liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Herstellung und Vertrieb von Aussentürelementen begründet oder verstärkt wird.

23. VKR verfügt im Markt für Herstellung und Vertrieb von Dachfenstern und Oberlichtern mutmasslich über eine starke Stellung – sowohl in der Schweiz als auch europaweit. Diese Stellung wird aus den folgenden Gründen durch den Erwerb der in der Schweiz in Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern tätigen Unternehmen nicht verstärkt:

- Es gibt keine wesentlichen Synergien in der Produktion, da unterschiedliche Anlagen erforderlich sind (vgl. Rz 14 vorne).
- Es gibt keine wesentlichen Synergien im Vertrieb, da dieser über unterschiedliche Kanäle erfolgt und es sich um unterschiedliche Abnehmer handelt (vgl. Rz 15 f. vorne).
- Es findet keine wesentliche Veränderung in Bezug auf die potentielle Konkurrenz statt. Die Hersteller von Fassadenfenstern können ihre Produktion nicht ohne weiteres auf Dachfenster oder Oberlichter umstellen. Zudem gibt es ausser den zu übernehmenden Unternehmen zahlreiche weitere Hersteller von Fassadenfenstern. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Markt für Herstellung und Vertrieb von Fassadenfenstern um ein Vielfaches grösser ist als der Markt für Herstellung und Vertrieb von Dachfenstern und Oberlichter.

24. Aus diesen Gründen liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Herstellung und Vertrieb von Dachfenstern und Oberlichtern begründet oder verstärkt wird.

¹ Vgl. SVEND ALBAEK/ADINA CLAICI, The Velux case – an in-depth look at rebates and more, Competition Policy Newsletter 2009-2 der Europäischen Kommission, S. 44, verfügbar online unter <https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/> (27. Januar 2021).

² EU und EFTA.

C Ergebnis

25. 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

8. MHP Management- und IT-Beratung GmbH/TransnetBW GmbH

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 14. Februar 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 15. Februar 2021

1. Am 19. Januar 2021 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die MHP Management- und IT-Beratung GmbH und die TransnetBW GmbH die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens.

2. Die **MHP Management- und IT-Beratung GmbH** (nachfolgend «**MHP**») ist ein Management- und IT-Beratungsunternehmen, das, vorwiegend in der Automobilindustrie, in den Bereichen Managementberatung, Systemintegration, Anwendungsmanagement und digitale Dienstleistungen tätig ist. MHP ist eine Tochtergesellschaft der **Dr. Ing. h.c. F. Porsche Aktiengesellschaft** (nachfolgend «**Porsche**»).

3. Die Aktien von Porsche werden zu 100 % von der Porsche Holding Stuttgart GmbH (Sitz in Stuttgart, Deutschland) gehalten, die ihrerseits eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Volkswagen Aktiengesellschaft («**VWAG**») ist. Die VWAG ist die Muttergesellschaft der Volkswagen-Gruppe («**VW-Gruppe**»).

4. Porsche ist eine nach deutschem Recht gegründete Aktiengesellschaft. Sie ist eine deutsche Automobilherstellerin, die sich auf das Design, die Herstellung und den Vertrieb von Hochleistungssportwagen, SUVs und Limousinen spezialisiert hat. Der Hauptsitz von Porsche befindet sich in Stuttgart, Deutschland.

5. Porsche ist eine 100%-ige, indirekt kontrollierte Tochtergesellschaft der **VWAG**. Die VWAG ist eine börsennotierte Gesellschaft mit Hauptsitz in Wolfsburg (Deutschland) und die Muttergesellschaft der VW-Gruppe. Die VW-Gruppe ist weltweit tätig in der Entwicklung, Herstellung, Vermarktung und dem Verkauf von Personenkraftwagen, leichten Nutzfahrzeugen, Lastkraftwagen, Bussen, Reisebussen, Fahrgestellen für Busse und Dieselmotoren, Motorrädern, jeweils einschliesslich Ersatzteilen und Zubehör. Die VW-Gruppe ist auch im Fahrzeugvertrieb tätig.

6. Zur VW-Gruppe gehören die Fahrzeugmarken Volkswagen Pkw, Volkswagen Nutzfahrzeuge, Porsche, Audi, ŠKODA, Bentley, Bugatti, Lamborghini, SEAT, MAN, Scania und Ducati. Vor kurzem hat die VW-Gruppe auch die Tochtermarke MOIA gegründet, die sich mit der Entwicklung und Vermarktung von Mobilitätsservice-Lösungen wie Ride Hailing und Carsharing beschäftigt.

7. Darüber hinaus bietet die VW-Gruppe Finanz- und Versicherungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb und der Finanzierung ihrer Personenkraftwagen und Nutzfahrzeuge an. Diese Tätigkeit wird hauptsächlich über die **Volkswagen Financial Services AG** (nachfolgend «**FSAG**») und ihre Tochtergesellschaften ausgeübt. Die FSAG bietet individuelle Mobilitätsdienstleistungen wie Finanzierung, Leasing, Versicherungen und Versicherungsbeschaffung im Zusammenhang mit Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen an. Schliesslich erbringt die VW-Gruppe Direktbankdienstleistungen über die Volkswagen Bank GmbH, eine Tochtergesellschaft der FSAG.

8. Die **TransnetBW GmbH** (nachfolgend zusammen mit allen verbunden Unternehmen «**TNBW**») ist eine von vier deutschen Stromübertragungsnetzbetreibern mit Hauptsitz in Stuttgart, Deutschland. Die TNBW betreibt einen grossen Teil des Stromübertragungsnetzes in Baden-Württemberg. Zu den Kunden der TNBW gehören Stromhändler sowie Kraftwerks- und Verteilnetzbetreiber in Deutschland und dem Ausland.

9. Die TNBW ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der **Energie Baden-Württemberg AG** (nachfolgend «**EnBW**»).

10. Die EnBW, mit Sitz in Karlsruhe, Deutschland, ist in der Energie- und Wasserversorgung sowie in der Entsorgung und allen damit jeweils zusammenhängenden Aufgabenbereichen tätig und erbringt Dienstleistungen in diesen Geschäftsfeldern. Die EnBW ist auch in verwandten Wirtschaftszweigen tätig und kann Beteiligungen erwerben und verwalten, insbesondere in den Bereichen Informationsverarbeitung, Kommunikationstechnik, Verkehr und Immobilienwirtschaft. Die Anteile der EnBW sind an den Börsen in Frankfurt und Stuttgart kotiert.

11. Das **Gemeinschaftsunternehmen**, mit Sitz in Stuttgart, Deutschland, soll IT-Consulting, Managementberatung und ergänzende Dienstleistungen im Zusammenhang mit intelligenten Systemen¹, insbesondere intelligenten Energiesystemen (IE2S), [...], erbringen. [...]. Der Firmenname des Gemeinschaftsunternehmens steht noch nicht fest.

12. Nach der Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens werden die MHP und die TNBW [...] % am Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sein, einer neu gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht.

¹ Intelligente Systeme sind gemäss Meldung Systeme, die in der Lage sind, Prozesse und Situationen laufend zu analysieren und anhand der so erhaltenen Daten selbständig Prognosen zu erstellen und Entscheidungen zu treffen und dementsprechend auf veränderte Situationen zu reagieren. Intelligente Systeme kommen bereits heute in verschiedenen Branchen (Automobil, Energie, Gesundheitswesen usw.) zum Einsatz und stellen gewissermassen den Oberbegriff zu Smart Mobilities, Smart Grids etc. dar.

13. Der Fokus im Bereich Energie werde auf der strategischen und prozessualen Umsetzung von Energieprojekten liegen. Themen könnten z.B. der Ladeinfrastrukturausbau und die sog. Vehicle-to-Grid-Beratung (gemeint sind Konzepte, Elektroautos als Stromspeicher zu nutzen) sein. Insbesondere wird die Beratungstätigkeit aber auf regulatorische, technische und ökologische Fragen rund um das Thema «Smart Grids»² konzentriert sein.

14. Im Mobilitäts-Segment würden sich die IT-Beratungsleistungen vor allem auf regulatorische, technische und ökologische Fragen zu «Smart Mobilities»³ («intelligente Mobilitätslösungen») konzentrieren.

15. [...]. Konkrete Pläne hierfür gäbe es aktuell nicht.

16. Zielkunden des Gemeinschaftsunternehmens seien Unternehmen, deren Geschäftsmodelle vom Wandel der Energie- und Mobilitätsmärkte betroffen sind, d.h. im Bereich «Energie» insbesondere Verteilungs- und Transportnetzbetreiber, Stadtwerke, Energieversorger sowie u.a. Automobilhersteller und Automobilzulieferer, Hardwarehersteller, Handels- und Ladenbetreiber.

17. Gemäss Meldung bestünde der gemeinsame Zweck des Zusammenschlussvorhabens für die Parteien darin, ihre Tätigkeiten im Bereich der intelligenten Energiesystemdienstleistungen auszuweiten. Sie erwarten durch die Zusammenlegung ihrer Expertise erhebliche Synergien, insbesondere im Energiesektor.

18. Der Zusammenschluss wurde sowohl der Europäischen Kommission, als auch den Wettbewerbsbehörden in Albanien, Marokko, Mazedonien, Montenegro, Serbien, Türkei und der Ukraine gemeldet. Die Europäische Kommission hat den Zusammenschluss am 21. Dezember 2020 im vereinfachten Verfahren genehmigt.⁴

19. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁵ dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen von den Gründerunternehmen kontrolliert wird, das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen ist und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden (Art. 2 Abs. 2 VKU⁶).

20. Die genannten Voraussetzungen sind gemäss Angaben in der Meldung in casu erfüllt (vgl. Rz 39 ff. der Meldung), weshalb es sich beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 VKU handelt.

21. 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.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2019

Beteiligtes Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF
VW-Gruppe	[...]	[...]
EnBw	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

² Der Begriff «Smart Grids» («intelligente Energienetze») beschreibt gemäss Angaben der Parteien die kommunikative Anbindung der Akteure des Energiesystems von der Erzeugung über den Transport, die Speicherung und die Verteilung bis hin zum Verbrauch an das Energieversorgungsnetz. Durch die Erhebung, Bündelung und Verarbeitung von Informationen in solchen integrierten Daten- und Energienetzen ist es möglich, Stromerzeugung und Stromverbrauch besser bzw. einfacher im Gleichgewicht zu halten und damit nicht nur die Zuverlässigkeit des Systembetriebs zu erhöhen, sondern die Netze optimal auszulasten und die Energieeffizienz zu erhöhen. Wesentlicher Bestandteil der Smart Grids sind die sog. «Smart Meter» («intelligente Messsysteme»). Diese stellen eine kommunikative Verbindung zwischen dem einzelnen Verbraucher oder einer einzelnen Erzeugungsanlage und dem Stromnetz her. Auf diese Weise registrieren sie u.a. den Stromverbrauch bzw. die Stromerzeugung und übertragen bspw. die verschlüsselten Verbrauchsdaten an den Lieferanten. Gleichzeitig

erhält der Kunde ein genaues Bild über seinen Verbrauch und der Netzbetreiber erlangt Informationen zu den Gegebenheiten vor Ort und kann so das Netz besser steuern. Zusammengefasst handelt es sich bei Smart Grids also um Stromnetze, die in der Lage sind, Stromerzeugung, -verbrauch und -speicherung durch einen Informationsaustausch innerhalb der Netze dynamisch zu steuern.

³ Unter Smart Mobilities versteht man gemäss Meldung Konzepte, die darauf angelegt sind, Mobilität energieeffizient, emissionsarm, sicher, komfortabel und kostengünstig zu gestalten, um so gesellschaftliche Ziele wie Lebensqualität, Teilhabe, Verkehrssicherheit und Klimaschutz zu fördern.

⁴ Vgl. KOMM, COMP/M10058 – Porsche/Transnet/JV.

⁵ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

22. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem das Gemeinschaftsunternehmen [...] tätig sein wird (vgl. Rz 15) und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Konkret geht es somit um den Bereich IT-Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit intelligenten Energiesystemen. Das Gemeinschaftsunternehmen wird seine Dienstleistungen in allen Branchen anbieten, wegen der besonderen Fachkenntnisse der Parteien wird der Schwerpunkt jedoch im Energie- und Mobilitätssektor liegen.

23. Gemäss Ansicht der Parteien ist beim sachlich relevanten Markt von IT-Beratungsdienstleistungen nach Branchen, in casu z.B. IT-Beratungsdienstleistungen für die Energie- und/oder Automobilindustrie auszugehen. Als Alternative schlagen die Parteien IT-Beratungsdienstleistungen für intelligente Energiesysteme vor. Nachfolgend wird auf diese möglichen Märkte eingegangen.

Märkte für IT-Beratungsdienstleistungen für den Energiesektor und IT-Beratungsdienstleistungen für die Automobilindustrie

24. In ihrer bisherigen Praxis erwoh die WEKO in Übereinstimmung mit der EU-Praxis den IT-Sektor in Teilmärkte nach der Funktionalität der IT-Dienstleistungen sowie der Branche der Kunden zu unterteilen. Von einer definitiven Marktangrenzungen wurde jedoch abgesehen.⁷

25. Betreffend die Unterteilung von IT-Dienstleistungen nach der Funktionalität hat die WEKO in Übereinstimmung mit der EU-Kommission folgende Segmente identifiziert: (i) Beratung; (ii) Umsetzung inkl. Softwareentwicklung; (iii) IT-Outsourcing; (iv) Business-Process-Outsourcing; (v) Software-Support; (vi) Hardware-Support und (vii) Ausbildung und Schulung.⁸

26. Betreffend die Segmentierung von IT-Dienstleistungen nach Branchen unterteilte die WEKO folgende Branchen: (i) Bankwesen und Wertpapiere; (ii) Kommunikation; (iii) Medien und Dienstleistungen; (iv) Ausbildung; (v) Behörden; (vi) Gesundheitsdienstleister; (vii) Versicherung; (viii) Herstellung und Bodenschätze; (ix) Einzelhandel; (x) Transport; (xi) Energie und (xii) Grosshandel. Letztlich hat die WEKO die sachliche Marktangrenzungen offen gelassen.⁹

27. In räumlicher Hinsicht ging die WEKO in früheren Entscheiden von nationalen Märkten im Bereich IT-Dienstleistungen aus.¹⁰ In späteren Entscheiden hielt sie fest, dass der *räumlich relevante Markt* im Bereich IT-Dienstleistungen aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens unter Umständen räumlich auch weiter abgegrenzt werden könnte. Allerdings grenzte die WEKO den räumlichen Markt in jenen Entscheiden jeweils nicht definitiv ab.¹¹

Markt für IT-Beratungsdienstleistungen für intelligente Energiesysteme

28. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben sich bisher mit einem möglichen Markt für IT-Beratungsdienstleistungen für intelligenten Energiesystemen befasst.

29. Da wie nachfolgend aufgezeigt, der Zusammenschluss aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Beden-

ken aufwirft, wird im Sinne einer Arbeitshypothese vom engst möglichen Markt ausgegangen. Dies ist vorliegend der Markt für *IT-Beratungsdienstleistungen für intelligente Energiesysteme in der Schweiz*.

Beurteilung in casu

30. Das Gemeinschaftsunternehmen ist noch nicht gegründet worden und hat folglich noch keinen Marktanteil erzielt. Somit liegt kein betroffener Markt vor. [...] (vgl. Rz 15).

31. EnBW ist derzeit nicht im Bereich IT-Beratungsdienstleistungen für intelligente Energiesysteme tätig. [...] Folglich kommt es auch nicht zu Marktanteilsadditionen.

32. Die Parteien haben für den hier relevanten Markt IT-Beratungsdienstleistungen für intelligente Energiesysteme das Marktvolumen in der Schweiz im Jahr 2020 auf ca. CHF 400.5 Mio. geschätzt. Die Schätzungen der Meldung zu zukünftigen Umsätzen des Gemeinschaftsunternehmens beziehen sich hingegen ausschliesslich auf die weiteren Bereiche von IT-Beratungsdienstleistungen für den Energiesektor und IT-Beratungsdienstleistungen für den Automobilsektor im EWR plus Schweiz. Die Parteien schätzen, dass das Gemeinschaftsunternehmen in den ersten drei Jahren in diesen Bereichen einen Umsatz von insgesamt ca. CHF [...] Mio. erzielen wird. Damit würde das Gemeinschaftsunternehmen durchschnittlich ca. CHF [...] Mio. pro Jahr in den Bereichen IT-Beratungsdienstleistungen für die Automobilbranche und IT-Beratungsdienstleistungen für die Energiebranche im EWR plus Schweiz gemeinsam umsetzen.

33. Die Parteien gehen davon aus, dass das Gemeinschaftsunternehmen allenfalls [...] dieses Umsatzes in der Schweiz in dem hier relevanten Markt *IT-Beratungsdienstleistungen für intelligente Energiesysteme* erzielen wird, [...] (vgl. Rz 15 und Rz 30). Bei einem geschätzten Gesamtmarkt in der Schweiz von CHF 400.5 Mio. würden damit weniger als ca. [0-10] % auf das Gemeinschaftsunternehmen entfallen.

34. Überdies gibt es genügend Konkurrenz, die sich disziplinierend auf das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen auswirken wird. Gemäss Meldung sind dies z.B. BCG, McKinsey, Mobility House, Jedlix, Bridging IT, Umlaut Energy, d-fine, Fichtner, Siemens, ecoLibro, PTV, PGN, Pöyry, Bouygues, Ferchau.

⁷ RPW 2018/3, 685, Rz 10 und Rz 13, *Partners Group AG/Canada Pension Plan Investment Board/GlobalLogic Holdings Limited*; RPW 2017/1, 121, Rz 31 ff., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 15 *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*.

⁸ Siehe RPW 2020/2, 641, Fn 18, *Apollo/Tech Data*; RPW 2018/3, 685, Rz 10, *Partners Group/Canada Pension Plan Investment Board/GlobalLogic Holdings Limited*; KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 16 *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*.

⁹ RPW 2020/2, 642, Fn 19, *Apollo/Tech Data*; RPW 2017/1, 121, Rz 33, *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

¹⁰ RPW 2002/4, 633 Rz 22, *IBM Deutschland GmbH, Berlin, et PwC Consulting AG, Zürich*; RPW 2001/4, 757 Rz 25, *Swisscom AG und AGI IT Services AG*.

¹¹ Siehe RPW 2020/2, 642, Rz 13, *Apollo/Tech Data*; RPW 2017/1, 122, Rz 39 und Rz 40, *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

35. 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

9. Arcadia Verlag AG/Post CH AG/cinfony AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. November 2020

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 1. Dezember 2020

1. Am 3. November 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Arcadia Verlag AG und die Post CH AG das Gemeinschaftsunternehmen **cinfony AG** (nachfolgend Cinfony) zu gründen. Die Arcadia Verlag AG und die Post CH AG beabsichtigen sich zu je [...] % an Cinfony zu beteiligen.

2. Die **Arcadia Verlag AG** (nachfolgend Arcadia) ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Cham, Kanton Zug, Schweiz, und (indirekt über die weiteren Tochtergesellschaften Reinhard Mohn GmbH in Deutschland und die Bertelsmann Luxembourg S.à.r.l. in Luxembourg) eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Bertelsmann SE & Co. KGaA.

3. Arcadia bezweckt hauptsächlich die Betätigung auf dem Gebiet des Verlagswesens im In- und Ausland. Daneben kann sich Arcadia insbesondere an anderen Unternehmungen beteiligen.

4. Die **Bertelsmann SE & Co. KGaA** (nachfolgend Bertelsmann) mit Sitz in Gütersloh, Deutschland, ist eine kapitalmarktorientierte, nicht börsennotierte Kommanditgesellschaft auf Aktien nach deutschem Recht und die Konzernholding der Bertelsmann-Gruppe. Bertelsmann, die Muttergesellschaft von Arcadia, ist ein internationales Medien-, Dienstleistungs- und Bildungsunternehmen, das über acht Geschäftsbereiche verteilt in rund 50 Ländern der Welt aktiv ist. Zum Konzernverbund gehören die Fernsehgruppe RTL Group, die Buchverlagsgruppe Penguin Random House, der Zeitschriftenverlag Gruner + Jahr, das Musikunternehmen BMG, der Dienstleister Arvato, die Bertelsmann Printing Group, die Bertelsmann Education Group sowie das internationale Fondsnetzwerk Bertelsmann Investments.

5. Der Geschäftsbereich **Arvato**, dem Arcadia angehört und dem damit die Beteiligung an Cinfony zuzuordnen sein wird, ist ein international agierendes Dienstleistungsunternehmen, das für Geschäftskunden unter anderem Supply-Chain-Management-Lösungen, Logistikdienstleistungen, Finanzdienstleistungen (Credit Risk Management), Lösungen zur Betrugsprävention (ID & Fraud Management), Forderungsmanagement, Lösungen für Zahlungsmethoden (Payment & Financing Services) sowie IT-Services und IT-Lösungen für digitale Geschäftsmodelle (namentlich in der Cloud) entwickelt und realisiert. Dabei werden diese laufend mit den Inno-

vationsschwerpunkten Automatisierung und Daten/Analytics weiterentwickelt. Die dem Geschäftsbereich Arvato zugeordneten Rechtseinheiten gehören zu 100 % zu Bertelsmann.

6. Die **Post CH AG** (nachfolgend Post CH) ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Bern, Schweiz, und eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Die Schweizerische Post AG (nachfolgend Schweizerische Post), eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Postorganisationsgesetz¹.

7. Die Post CH bezweckt hauptsächlich die ordnungsgemässe Erfüllung der ihr von der Schweizerischen Post übertragenen Verpflichtungen zur Grundversorgung der Schweiz mit Postdiensten gemäss der anwendbaren Schweizer Postgesetzgebung sowie die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen im In- und Ausland und die Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen.

8. Die Schweizerische Post ist die historisch öffentliche Postbetreiberin in der Schweiz und hat nebst der Post CH zwei weitere strategische Tochtergesellschaften: die PostFinance AG und die PostAuto AG. Die Post CH, die PostFinance AG und die PostAuto AG halten wiederum selbst weitere Tochtergesellschaften.

9. Die Schweizerische Post hat den Auftrag, eine Grundversorgung mit Postdiensten und Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs in der Schweiz sicherzustellen. Sie erbringt Dienstleistungen im Bereich der adressierten und unadressierten Brief-, Paket- und Expresssendungen, nationale und internationale Vertriebs-, Logistik- und Zahlungsdienstleistungen, Dienstleistungen im regionalen Personenverkehr und Dienstleistungen im Bereich der Auslagerung von Geschäftsprozessen sowie des Dokumentenmanagements.

Ausgangslage

10. Zur Bekämpfung von Geldwäscherei, Wirtschaftskriminalität und Terrorismusfinanzierung sind Banken sowie andere Finanzdienstleistungsunternehmen (nachfolgend FDU) weltweit aufsichtsrechtlich dazu verpflichtet, ihre Kunden sowie deren wirtschaftlichen Berechtigten im Rahmen des sog. Onboardings zu identifizieren und verifizieren sowie deren dahinterliegenden Geschäftsmodelle zu verstehen und fortlaufend sicherzustellen, dass die Aktivitäten ihrer Kunden im Einklang mit den anwendbaren aufsichtsrechtlichen Vorgaben stehen. Hierfür müssen die FDU kontinuierlich eine Vielzahl von Informationen betreffend ihre (potentiellen) Kunden erfassen und prüfen. Dies ist mit einem hohen Aufwand verbunden.

¹ Bundesgesetz vom 17.12.2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1).

11. Bislang wird dieser Onboarding-Prozess grösstenteils von den jeweiligen FDU unabhängig allfällig bereits stattgefundener Onboarding-Prozesse bei anderen FDU durchgeführt. Die FDU müssen die hierfür erforderlichen Informationen und Dokumente von verschiedensten Quellen beziehen und in gewissen Abständen aktualisieren. Die Daten (potentieller) Kunden müssen dabei immer wieder aufs Neue von den einzelnen FDU geprüft und erfasst bzw. überarbeitet werden, auch wenn diese bereits durch andere FDU geprüft und erfasst wurden. Aufgrund unterschiedlicher Anforderungen der nationalen Aufsichtsrechte sowie der bislang fehlenden Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Austausches einmal erfasster Informationen müssen diese teilweise sogar innerhalb derselben FDU-Gruppe mehrmals erfasst werden. Dies schafft sowohl für die betroffenen FDU als auch für deren Kunden und die Aufsichtsbehörden unnötige Redundanzen und damit vermeidbare Compliance- und Transaktionskosten sowie aufsichtsrechtliche Risiken.

Cinfony Lösungsansatz für die Erfassung und Wiederverwendung von Compliance-Stammdaten

12. Gemäss Meldung beabsichtigen die Parteien mit dem Digitalisierungs- und Entwicklungsprojekt der Cinfony den Rahmen und das Regelwerk für einen grenzüberschreitenden Austausch und die Wiederverwendung von Know-Your-Customer (KYC)-, Anti-Money-Laundering (AML)- sowie weiterer regulatorischer Stammdaten (wie beispielsweise MiFID II und FATCA; Compliance-Stammdaten) und Dokumente [...], zu entwickeln und anzubieten.

13. Als Kunden von Cinfony kommen vier Kundengruppen in Frage: [...]², FDU, Firmenkunden und Datenlieferanten. [...].

14. Die Parteien hätten sich unter anderem für diese Kooperation entschieden, weil sie über jeweils unterschiedliche Kernkompetenzen verfügen würden, die im Rahmen von Cinfony zu einem neuen Angebot zusammengeführt werden könnten. Bertelsmann habe [...] bereits erste Erfahrungen und entsprechendes Know-how im Bereich des rechtskonformen Austausches von Compliance-Stammdaten im nationalen Verhältnis sammeln können. Eine der Kernkompetenzen der Post CH ist die zuverlässige und vertrauliche Zustellung von Informationen und Dokumenten, zunehmend auch über rein digitale Wege.

15. Der Zusammenschluss wurde auch der Europäischen Kommission gemeldet. Diese hat den Zusammenschluss am 11. November 2020 genehmigt.

16. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend GU) stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG³ dar, wenn das GU von den Gründerunternehmen kontrolliert wird, das GU ein Vollfunktionsunternehmen ist und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das GU eingebracht werden (Art. 2 Abs. 2 VKU⁴).

17. Die in Rz 16 genannten Voraussetzungen sind gemäss Angaben der Parteien in der Meldung *in casu* erfüllt (vgl. die Rz 26- 44 der Meldung), weshalb es sich beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m Art. 2 VKU handelt.

18. 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.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2019

Beteiligtes Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF
Bertelsmann	[...]	[...]
Die Schweizerische Post	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

19. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem Cinfony in der Schweiz tätig sein wird und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Konkret geht es um einen softwarebasierten Rahmen für den Austausch und die Wiederverwertbarkeit von KYC-, AML- sowie weiteren Compliance-Stammdaten [...] (vgl. Rz 12).

² [...]

³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁴ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

20. Gemäss Ansicht der Parteien bezieht sich der Zusammenschluss grundsätzlich auf den Bereich Finanzdaten (Financial Information), namentlich insbesondere die Entwicklung und Bereitstellung einer Software und des damit zusammenhängenden Regelwerks für die Erfassung und das Erstellen von Compliance-Stammdaten wie bspw. KYC- und AML-Daten, die aus finanzmarktregulatorischer Sicht beim Onboarding von (potentiellen) Kunden durch FDU Sicht zu erfassen und auch im weiteren Verlauf der Kundenbeziehung fortlaufend zu aktualisieren und zu prüfen sind.

21. [...].

22. Die WEKO, wie auch die Europäische Kommission, haben sich bisher noch nicht mit einer möglichen Markt- abgrenzung einer derartigen spezialisierten Dienstleistung im Zusammenhang mit Compliance-Stammdaten auseinandergesetzt. Es wäre jedoch grundsätzlich denkbar, derartige Dienstleistungen als (Teil-) Bereiche von Märkten für Finanzinformationen, Märkten für Software respektive Märkten für IT-Outsourcing-Dienstleistungen zu betrachten. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend die bisherige Praxis in diesen Bereichen überblicksartig eingegangen:

Märkte für Finanzinformationen

23. Im Zusammenschlussverfahren *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG* grenzte die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) einen sachlich relevanten Markt für die Lieferung von Börsenrohdaten⁵ ab, während sie die sachliche Markt- abgrenzung bezüglich Finanzrohdaten offenliess.⁶ Des Weiteren wies sie auf das Segment des Vertriebs von Finanzdaten⁷ hin.⁸

24. Gemäss der Europäischen Kommission können Finanzdaten in «real-time»-Marktdaten (Echtzeitdaten) wie aktuelle Handelspreise und «non-real-time»-Marktdaten (Nicht-Echtzeitdaten) unterschieden werden. Im Weiteren weist sie darauf hin, dass es im Finanzdatenbusiness verschiedene Methoden für die Bereitstellung von Finanzdatenprodukten für Kunden gibt: als Rohdaten durch eine Programmierschnittstelle («Application Programming Interface», API) oder in Form von Desktop-Lösungen^{9,10}. In ihrem Entscheid zum Zusammenschlussvorhaben *Thomson Corporation/Reuters Group*, in welchem es um den Finanzinformationssektor ging, kam die Europäische Kommission zum Schluss, dass die Grenzen der Produktmärkte entlang den Trennlinien zwischen mehreren Produktgruppen gezogen werden sollten, da die verschiedenen eigenständigen Gruppen von Inhalten, die Desktop-Produkte und die verschiedenen Infrastruktur und/oder softwarebezogenen Dienstleistungen, die auf dem Markt angeboten würden, nicht als austauschbar betrachtet werden könnten und jeweils unterschiedlichen und klar abgegrenzten Bedürfnissen und Einsatzgebieten entsprächen.¹¹ So wies sie 14 Bereiche aus, darunter Desktop-Produkte/Workstations verkaufte Echtzeit-Marktdaten, Echtzeit-Dateneinspeisungen und Informationen zu Eigentumsverhältnissen. Eine endgültige sachliche Markt- abgrenzung nahm sie aber nicht vor.

25. Betreffend die Abgrenzung von sachlich relevanten Märkten im Bereich der Bereitstellung von Finanzdaten

unterschied die Europäische Kommission im Entscheid *Thomson Corporation/Reuters Group* zwischen verschiedenen Inhaltsgruppen («discrete content sets»), liess aber im Entscheid *Blackstone/Thomson Reuters F&R Business* die genaue sachliche Markt- abgrenzung offen, da unter sämtlichen plausiblen Markt- definitionen (Inhaltsgruppen oder Paketlösungen) keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestanden.¹²

Märkte für Software

26. Im Entscheid *Denali Holding Inc./EMC Corporation* grenzte die WEKO relevante Märkte im Bereich Backup-Software, Identitäts- und Zugriffsmanagement-Software sowie Virtualisierungssoftware ab.¹³

27. In Ihrem Entscheid *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa* wies die Europäische Kommission darauf hin, dass sie in früheren Entscheiden erwog, Softwaremärkte anhand (i) der unterschiedlichen Funktionalitäten der Software und des betreffenden Industriesektors und (ii) der Endanwendungen («end uses»), die von der jeweiligen Software angeboten werden, zu segmentieren.¹⁴ In ihrem Entscheid *Micro Focus/HPE Software Business* zeigte die Europäische Kommission auf, dass sie Software-Produkte in der Vergangenheit auf Basis der Funktionalität, des Endnutzers (Business-Software und Consumer-Software) und des spezifischen Sektors, in welchem die Software genutzt wird, klassifiziert hatte.¹⁵

⁵ Als Börsen- und Finanzrohdaten gelten alle Daten bzw. Datenfelder, welche zur eindeutigen Identifikation eines Finanzinstrumentes, dessen Segmentzugehörigkeit sowie zur Anzeige des Auftragsbuchstatus (Stammdaten) notwendig sind. Zusätzlich fallen unter den Begriff der Rohdaten die zur Schaffung der geforderten Handelstransparenz erforderlichen Preisinformationen (Quotes und Trades) und dazugehörigen Volumina (Stammdaten, Informationen über Auftragsbuchstatus, Preisfelder, Volumenfelder) (RPW 2007/4, 579, Rz 159, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*).

⁶ RPW 2007/4, 580 Rz 165 f., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

⁷ Das Segment des Vertriebs von Finanzdaten umfasst Dienstleistungen im Bereich der Beschaffung, Veredelung und Verbreitung internationaler Finanzinformationen. Finanzinformationsanbieter beziehen als sog. «Vendor» oder «Concentrator» Rohdaten verschiedenster Herkunft und verteilen diese aggregierten Datenströme an weitere Subvendoren oder an die Endkunden von Finanzinformationen (RPW 2007/4, 580, Rz 173, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*).

⁸ RPW 2007/4, 580, Rz 171 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*).

⁹ Die Europäische Kommission spricht von Desktop-Lösungen, wenn einschlägige Inhalte/Informationen in Einzelhandelsprodukte integriert werden, «die ein «Front-End-Fenster» beinhalten, das dem Nutzer die Möglichkeit gibt, auf dem Bildschirm auf den Inhalt und die Funktionen des Produkts zuzugreifen» (KOMM, COMP/M.4726 vom 19.2.2008, Rz 27, *Thomson Corporation / Reuters Group*).

¹⁰ KOMM, COMP/M.8837 – *Blackstone / Thomson Reuters F&R Business*, Rz 11 f..

¹¹ KOMM, COMP/M.4726 vom 19.2.2008, Rz 109, *Thomson Corporation / Reuters Group*.

¹² KOMM, COMP/M.4726 – *Thomson Corporation / Reuters Group*, Rz 61 ff.; M.8837 – *Blackstone / Thomson Reuters F&R Business*, Rz 14.

¹³ RPW 2016/3, 763 ff., Rz 16 ff., *Denali Holding Inc. / EMC Corporation*.

¹⁴ KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 35, *IBM / INF Business of Deutsche Lufthansa*; mit Verweis auf KOMM, COMP/M.6237 vom 20.6.2011, *Computer Sciences Corporation / iSOFT Group*.

¹⁵ KOMM, COMP/M.8223 vom 8.3.2004, Rz 17, *Micro Focus / HPE Software Business*; mit Verweis auf KOMM, COMP/M.6237 vom 20.6.2011, Rz 22–25, *Computer Sciences Corporation / iSOFT Group*.

28. Was die Funktionalität der Software anbelangt, unterschied die Europäische Kommission in ihrer neueren Praxis zwischen (i) Infrastruktur-Software (z.B. Server und Datenbanken), (ii) Middleware-Software (d.h. Integrations-Plattformen), (iii) Anwendungs- und Büro-Software sowie (iv) Betriebs- und Browser-Software.¹⁶ Middleware-Software bezeichnet gemäss der Europäischen Kommission dabei eine breite Kategorie von Software-Produkten, welche (i) die Infrastruktur für Anwendungen liefert, damit diese auf einem Server laufen können, (ii) auf die über ein Netzwerk eine Vielzahl an Nutzern zugreifen kann und (iii) die eine Vielzahl an Informationsquellen miteinander verbinden können.¹⁷ Teilweise werden zur Middleware-Software auch gewisse Datenbankmanagementsysteme gezählt,¹⁸ teilweise wird für Datenbank-Software ein separater sachlich relevanter Markt abgegrenzt.¹⁹

29. Die Europäische Kommission unterteilte Software-Anwendungen hinsichtlich ihrer Komplexität teilweise weiter in High-End und Low-End-Endanwendungen resp. in High-End-, Mid-Range- und Low-End-Endanwendungen.²⁰

Märkte für IT-Outsourcing-Dienstleistungen

30. Schliesslich unterteilte sowohl die WEKO als auch die Europäische Kommission in einigen Fällen (teils zusätzlich zum Software-Markt) einen separaten Markt für IT-(Outsourcing)-Dienstleistungen ab,²¹ wobei teilweise auch eine Unterteilung in spezialisierte Teilbereiche in Betracht gezogen wurde.²² Die Europäische Kommission diskutierte weitere Segmentierungen dieses Marktes anhand der Kriterien der Funktionalität der Dienstleistungen und der betroffenen Industriesektoren, liess die sachliche Marktabgrenzung aber letztlich offen.²³

Räumlich relevante Märkte

31. Bezüglich der räumlichen Abgrenzung diskutierte die WEKO in ihrer Praxis betreffend Software-Märkte sowohl eine weltweite als auch eine nationale Marktabgrenzung, liess die räumliche Marktabgrenzung aber infolge Unbedenklichkeit bei allen räumlichen Abgrenzungen letztlich offen.²⁴

32. Sowohl die Märkte für Finanzinformationen²⁵ als auch die Märkte für Software²⁶ sind gemäss Praxis der Europäischen Kommission in räumlicher Hinsicht in der Regel weltweit oder zumindest EWR-weit abzugrenzen.

33. Im Markt für IT-Outsourcing-Dienstleistungen, in dem Unterteilungen in spezialisierte Teilbereiche in Betracht gezogen wurden, zog die WEKO in räumlicher Hinsicht nationale Märkte in Betracht, liess die räumliche Marktabgrenzung letztlich aber offen.²⁷

34. Die Europäische Kommission erwog in früheren Entscheidungen, dass IT-Dienstleistungen national angeboten werden, wies jedoch auch darauf hin, dass sowohl grosse Anbieter von IT-Dienstleistungen und als auch Kunden weltweite oder zumindest EWR-weite Märkte diskutierten, liess die räumliche Marktabgrenzung letztlich offen.²⁸

Beurteilung in casu

35. Die zukünftige Dienstleistung von Cinfoni im Zusammenhang mit Compliance-Stammdaten hat Anknüpfungspunkte zu den zuvor vorgestellten Märkten für Finanzinformationen, Software respektive IT-Outsourcing-Dienstleistungen. Somit wäre es denkbar, für die Analyse des Zusammenschlussvorhabens spezialisierte Teilmärkte innerhalb der genannten Bereiche zu betrachten. Da das Zusammenschlussvorhaben, wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung keine Bedenken aufwirft, kann sowohl die sachliche als auch räumliche Marktabgrenzung aber letztlich offengelassen werden:

36. So wurde das Gemeinschaftsunternehmen Cinfoni noch nicht gegründet und hat dementsprechend noch keine Geschäftstätigkeit aufgenommen. Folglich kann Cinfoni auch noch keinen Marktanteil aufweisen. [...]. Demzufolge liegen weder betroffene Märkte vor noch führt der Zusammenschluss zu Marktanteilsadditionen.

37. [...].

¹⁶ KOMM, COMP/M.8223 vom 8.3.2017, Rz 18, *Micro Focus / HPE Software Business*, mit weiteren Verweisen.

¹⁷ KOMM, COMP/M.8223 vom 8.3.2017, Rz 16, *Micro Focus / HPE Software Business*, mit Verweis auf KOMM, COMP/M.5080 vom 29.4.2008, *Oracle / Bea*.

¹⁸ Vgl. z.B. KOMM, COMP/M.9205 vom 15.12.2014, Rz 14 und 97 ff., *IBM / Red Hat*.

¹⁹ Vgl. z.B. KOMM, COMP/M.5904 vom 20.7.2010, Rz 9 ff., *SAP / Sybase*.

²⁰ KOMM COMP/M.5763 vom 29.3.2010, Rz 17 ff., *Dassault Systèmes / IBM DS PLM software business*, und KOMM, COMP/M.5904 20.7.2010, Rz 27 ff., *SAP / Sybase*. Dabei liess die Europäische Kommission die diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung in diesen beiden Fällen jeweils offen.

²¹ RPW 2018/3, 685, Rz 10., *Partners Group/Canada Pension Plan Investment Board*; KOMM COMP/M.9205 vom 27.6.2019, Rz 216 ff., *IBM / Red Hat*, mit weiteren Verweisen.

²² Vgl. RPW 2019/2, 534 Rz 11 f., *Romande Energie Commerce SA/Elektrizitätswerke des Kantons Zürich/EBM Energie AG / Joint Venture*, mit weiteren Verweisen.

²³ KOMM, COMP/M.9205 vom 27.6.2019, Rz 217 und 221, *IBM / Red Hat*; KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 15, *IBM / INF Business of Deutsche Lufthansa*; KOMM COMP/M.6237 vom 20.6.2011, Rz 9, *Computer Sciences Corporation / iSOFT Group*.

²⁴ RPW 2016/3, 763 ff., Rz 42 f. – *Denali Holding Inc./EMC Corporation*; RPW 2017/1, 122, Rz 41 f. – *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

²⁵ KOMM, COMP/M.4726 vom 19.2.2008, Rz 111, *Thomson Corporation / Reuters Group*; KOMM, COMP/M.8837 – *Blackstone / Thomson Reuters F&R Business* bestätigte dies im Grundsatz, liess die räumliche Marktabgrenzung aber letztlich offen (Rz 21 und 22).

²⁶ KOMM, COMP/M.8223 vom 8.3.2004, *Micro Focus / HPE Software Business*, Rz 36; KOMM, COMP/M.5317 – *IBM / ILOG*, Rz 23; KOMM, COMP/M.5080 – *ORACLE / BEA*, Rz 15. Im Entscheid KOMM, COMP/M.6237 vom 20.6.2011, *Computer Sciences Corporation / iSOFT Group* diskutierte die Europäische Kommission für Software im Gesundheitswesen auch die Möglichkeit einer nationalen Abgrenzung, liess die räumliche Marktabgrenzung aber letztlich offen (vgl. Rz 33-36).

²⁷ RPW 2019/2, 534, Rz 11 f., *Romande Energie Commerce SA/Elektrizitätswerke des Kantons Zürich/EBM Energie AG/Joint Venture*.

²⁸ KOMM, COMP/M.9205 vom 27.6.2019, Rz 218 und 221, *IBM / Red Hat*; KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 31 und Rz 33, *IBM / INF Business of Deutsche Lufthansa*; KOMM COMP/M.6237 vom 20.6.2011, Rz 16 ff., *Computer Sciences Corporation / iSOFT Group*.

38. Überdies führt die PostFinance AG für die PostFinance AG und in geringerem Ausmass auch für weitere Banken in der Schweiz das Onboarding von Retail-Kunden inklusive Erfassen und Prüfen der entsprechenden Compliance-Stammdaten dieser Retail-Kunden durch. [...].²⁹

39. [...]. Gemäss Meldung gibt es ausserdem eine Reihe von Anbietern, die vergleichbare Projekte wie dasjenige von Cinfoni entwickeln respektive ein solches bereits auf dem Markt gebracht haben. [...^{30, 31, 32}].

40. 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.

²⁹ Vgl. hierzu Rz 12.

³⁰ [...].

³¹ [...].

³² [...].

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Verfügung vom 20. November 2020 betreffend Publikation des Entscheids des WBF in Sachen Aufsichtsbeschwerde gegen die WEKO

Verfügung vom 20. November 2020 gemäss Art. 48 Abs. 1 KG und Art. 49 Abs. 1 KG in Sachen Antwort des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF vom 23. Juni 2020 auf die Aufsichtsbeschwerde von Swissterminal gegen die WEKO in Zusammenhang mit dem Zusammenschlussverfahren SBB/Hupac/Rethmann/GBN

A. Verfahren und Sachverhalt

1. Am 27. Mai 2019 entschied die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 33 KG¹ das Zusammenschlussvorhaben *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen. Das Zusammenschlussvorhaben bzw. das Projekt Gateway Basel Nord (nachfolgend: GBN) beinhaltet den Bau und Betrieb eines Grossterminals für den Güterumschlag im Raum Basel Nord.²

2. Am 16. August 2019 haben die Swissterminal Holding AG, die Swissterminal Basel AG und die Swissterminal AG (zusammen nachfolgend: Swissterminal) eine Aufsichtsbeschwerde an den Bundesrat in Zusammenhang mit der Prüfung des erwähnten Zusammenschlussvorhabens eingereicht. Swissterminal betreibt mehrere Umschlagsanlagen und ist gemäss eigenen Angaben die Schweizer Marktführerin beim Umschlag von Containern im internationalen Güterverkehr mit der Schweiz.³

3. Auf Ersuchen des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (nachfolgend: WBF) nahm die WEKO am 3. Oktober 2019 zur Aufsichtsbeschwerde Stellung.

4. Swissterminal beantragte mit Schreiben vom 4. November 2019, 6. Januar 2020 und 13. März 2020 jeweils die Sistierung des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens, bis die WEKO die von ihr angeforderten Dokumente zu den Effizienzvorteilen des Zusammenschlussvorhabens *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* vollständig herausgegeben habe bzw. bis zum Abschluss des hängigen BGÖ⁴-Zugangsverfahrens. Die wiederholt eingereichten Sistierungsanträge von Swissterminal wurden vom WBF mit Schreiben vom 19. Dezember 2019, 15. Januar 2020 und 26. März 2020 jeweils abgelehnt. Dies mit der Begründung, dass aus der Einsichtnahme in die Akten des Zusammenschlussverfahrens keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien, die für den Ausgang des vorliegenden Aufsichtsverfahrens wesentlich seien.

5. Mit Schreiben vom 23. Juni 2020 hat das WBF die Aufsichtsbeschwerde der Swissterminal beantwortet. Das WBF hat entschieden, der Aufsichtsbeschwerde

aus offensichtlichen Gründen keine Folge zu geben (nachfolgend: Entscheid WBF).

6. Mit Schreiben vom 13. Juni 2020 hat das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) die Beschwerdeführerin darüber informiert, dass der Entscheid WBF in dessen Einvernehmen in der Reihe «Recht und Politik des Wettbewerbs» (RPW) sowie auf der Homepage der WEKO veröffentlicht werde. Swissterminal wurde eine Publikationsversion des Entscheids WBF zugestellt und Gelegenheit eingeräumt, sich bis zum 27. Juli 2020 zur geplanten Publikation zu äussern.

7. Innert einmal erstreckter Frist beantragte Swissterminal mit Schreiben vom 6. August 2020 die Publikation sei aufzuschieben und für den Fall einer Publikation seien die Namen ihrer Unternehmen zu schwärzen. Auf die Begründung der Anträge wird in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen (vgl. Rz 39 und 47 nachfolgend).

8. Am 27. August 2020 teilte das Sekretariat Swissterminal mit, dass ihren Anträgen auf Aufschub der Publikation und auf Anonymisierung der Namen von Swissterminal nicht stattgegeben werde. Gleichzeitig wurde Swissterminal gebeten, dem Sekretariat bis am 7. September 2020 mitzuteilen, ob sie an ihren Einwänden bzw. Anträgen festhalten wolle.

9. Mit Schreiben vom 3. September 2020 hielt Swissterminal an ihren Anträgen fest und bat um die Ausstellung einer anfechtbaren Verfügung, falls diesen nicht stattgegeben werde.

B. Erwägungen

B.1 Formelles

B.1.1 Gegenstand der Verfügung

10. Die Publikation eines Entscheides der Wettbewerbsbehörden zählt zum tatsächlichen Verwaltungshandeln und ist nicht als solche anfechtbar (sog. Realakt). Eine anfechtbare Verfügung aber hat zu ergehen, wenn – wie im vorliegenden Fall – sich die Behörde und die betroffene Person, die davon in ihrem schutzwürdigen

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

² Vgl. <www.weko.admin.ch > Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2019 Medienmitteilung vom 13.06.2019 (4.11.2020); RPW 2020/2, 658, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

³ Vgl. <www.swissterminal.com> (4.11.2020); vgl. auch RPW 2020/2, 658, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

⁴ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsgesetz der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

Interesse berührt ist, über die Form oder Art der Publikation nicht einigen können.⁵ Streitigkeiten über die Art und Umfang der Veröffentlichung müssen mithin – sofern die Voraussetzungen zutreffen – verfügungsweise entschieden werden (Art. 25 und 25a VwVG⁶; Art. 25 DSG⁷).⁸

11. Swissterminal beantragt, die Publikation des Entscheids WBF aufzuschieben und für den Fall einer Publikation die Namen ihrer Unternehmen zu anonymisieren (vgl. Rz 7 vorstehend). Diesen Anträgen hat das Sekretariat nicht stattgegeben (vgl. Rz 8 vorstehend). Swissterminal hat in der Folge eine anfechtbare Verfügung verlangt (vgl. Rz 9 vorstehend). Mit der vorliegenden Verfügung wird deshalb bestimmt, in welchem Umfang der Entscheid WBF veröffentlicht wird.

B.1.2 Zuständigkeit

12. Vorliegend geht es um die Publikation des Entscheids WBF betreffend die Aufsichtsbeschwerde von Swissterminal gegen die WEKO in Zusammenhang mit dem Zusammenschlussverfahren *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Zudem orientieren das Sekretariat und die WEKO die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit (Art. 49 Abs. 1 KG). Die WEKO hat vor diesem Hintergrund im Einvernehmen mit dem WBF entschieden, den Entscheid WBF in der RPW sowie auf der Homepage der WEKO zu publizieren. Es wird auf die Ausführungen in Rz 19 ff. nachfolgend verwiesen.

13. Mittels vorliegender Verfügung wird über die Veröffentlichung des Entscheids WBF entschieden. Mit Eintritt der Rechtskraft einer Publikationsverfügung wird das Verfahren betreffend die strittige Veröffentlichung abgeschlossen. Daher ist eine Publikationsverfügung keine verfahrensleitende, sondern eine das Verfahren abschliessende Verfügung.

14. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind.

15. Für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist demnach die WEKO zuständig.

B.1.3 Voraussetzungen für den Erlass der vorliegenden Verfügung

16. Voraussetzung für den Erlass einer Verfügung gemäss Art. 25a VwVG bzw. Art. 25 DSG ist ein schutzwürdiges Interesse der von der Publikation betroffenen Person. Ein solches liegt vor, wenn die betroffene Person ein aktuelles rechtliches oder tatsächliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat und dieses ihm einen unmittelbaren praktischen Nutzen bringen kann.⁹

17. Da der zu publizierende Entscheid WBF mit Nennung der Namen der Beschwerdeführerinnen Personendaten derselben im Sinne von Art. 3 Bst. a DSG enthalten wird (vgl. Rz 32 nachfolgend), würde eine unzulässige Publikation ihre Rechtsansprüche nach Art. 13 BV¹⁰ und DSG verletzen (vgl. Rz 31 nachfolgend). Swissterminal hat damit ein schutzwürdiges Interesse am Erlass der vorliegenden Verfügung. Die Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung gemäss Art. 25a VwVG bzw. Art. 25 DSG sind somit erfüllt.

B.2 Materielles

18. Nachfolgend werden zuerst die rechtlichen Grundlagen der Publikation des Entscheids WBF erörtert (vgl. B.2.1). Danach wird geprüft, ob allfällige Geschäftsgeheimnisse von Swissterminal zu berücksichtigen sind (nachfolgend unter B.2.2) und ob die Bestimmungen des DSG bzw. die Persönlichkeitsrechte von Swissterminal gewahrt werden (nachfolgend unter B.2.3). Schliesslich wird auf den Zeitpunkt der Publikation eingegangen (nachfolgend unter B.2.4).

B.2.1 Rechtliche Grundlagen der Publikation

19. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Neben Endverfügungen und Ergebnissen aus Zusammenschlusskontrollverfahren werden weitere Entscheide und Stellungnahmen, namentlich aus Vorabklärungen und Beratungen publiziert, sofern sie für die Praxis der Wettbewerbsbehörden von Bedeutung sind (Art. 35 Geschäftsreglement WEKO (Art. 35 GR-WEKO¹¹)). Das Sekretariat und die Wettbewerbskommission orientieren zudem die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit (Art. 49 Abs. 1 KG).

20. Unter dem Begriff der «Wettbewerbsbehörden» im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG werden nicht nur die WEKO und ihr Sekretariat verstanden.¹² Zu den Wettbewerbsbehörden im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG sind alle Behörden zu zählen, die das KG anwenden.¹³ Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist zudem auch der Entscheidungsbegriff weit auszulegen.¹⁴ Art. 48 Abs. 1 KG ermöglicht in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 KG eine umfassende Publikation der Behördentätigkeit.¹⁵

⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 1.1., *Nikon AG/WEKO*.

⁶ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁷ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.01.2019, E. 1.1.

⁹ Vgl. JAN BANGERT, in: Basler Kommentar, Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetz, Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), 3. Aufl. 2014, Art. 25/25^{bis} DSG N 29 ff.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

¹¹ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

¹² Vgl. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 48 KG N 6; BGE 142 II 268 E. 4.2.2.

¹³ Vgl. Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 5.7.2; PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, Art. 48 KG N 10 ff.; BGE 142 II 268 E. 4.2.2.; Gemäss ODERMATT/HOLZMÜLLER können zu den Wettbewerbsbehörden neben der WEKO gezählt werden: das Sekretariat (z. B. Art. 26 KG), der Bundesrat (z. B. Art. 8 KG), die Zivilgerichte (Art. 12 ff. KG), die Verwaltungsgerichte (das KG kann vorfrageweise geprüft werden) und die Rechtsmittelinstanzen (SIMON ODERMATT/FRANCA HOLZMÜLLER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/ (Hrsg.), 2018, Art. 48 KG N 5).

¹⁴ Vgl. ODERMATT/HOLZMÜLLER (Fn 13), Art. 48 KG N 6 ff.; TERCIER/MARTENET (Fn 13), Art. 48 KG N 10; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 5.

¹⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 5.5.5; ODERMATT/HOLZMÜLLER (Fn 13), Art. 48 KG N 6.

21. In seiner Funktion als Aufsichtsorgan über die WEKO agiert der Bundesrat bzw. das WBF als Wettbewerbsbehörde im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG und kann damit seine Aufsichtsentscheide gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG veröffentlichen. Der Entscheid WBF befasst sich u.a. mit der Unabhängigkeit bzw. Aufsicht über die WEKO (Art. 19 Abs. 1 KG), der Entscheidkompetenz der WEKO (Art. 23 Abs. 1 KG) sowie auch den Parteirechten im Verfahren von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 43 Abs. 4 KG). Die Ausführungen des WBF sind von Relevanz für die Praxis, zumal auch noch nie eine Aufsichtsbeschwerde gegen die WEKO erhoben und behandelt wurde, und es besteht ein öffentliches Interesse an dessen Veröffentlichung (vgl. Rz 37 f. nachfolgend).

22. Gleichzeitig betrifft die Aufsichtsbeschwerde die Prüfungstätigkeit der WEKO betreffend das Zusammenschlussvorhaben *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* und damit die materielle Tätigkeit der WEKO gemäss Art. 49 Abs. 1 KG. Da ein öffentliches Interesse am Ausgang des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens besteht (vgl. Rz 37 f. nachfolgend), kann die WEKO die Öffentlichkeit hierüber auch gestützt auf Art. 49 Abs. 1 KG informieren.

23. Publikationsorgan der Wettbewerbsbehörden ist die Schriftenreihe «Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)». Für die Redaktion der RPW ist das Sekretariat verantwortlich.¹⁶ Die WEKO hat beschlossen, die Verfügungen und Entscheide aller Wettbewerbsbehörden möglichst umfassend in der RPW zu publizieren.¹⁷ So werden beispielsweise auch die Entscheide des Bundesrates gemäss Art. 8 KG i.d.R. in der RPW publiziert, d.h. der Bundesrat publiziert diese Entscheide nicht selbst.¹⁸ Zu erwähnen ist schliesslich auch, dass die Publikation der «Verwaltungspraxis der Bundesbehörden» (VPB) per Anfang 2018 eingestellt wurde.¹⁹

24. Vor diesem Hintergrund hat die WEKO im Einvernehmen mit dem WBF entschieden, den Entscheid WBF in der RPW sowie auf der Homepage der WEKO zu publizieren.

B.2.2 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen

25. Gemäss Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben.

26. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung 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.²⁰

27. Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses müssen geschäftlich relevante Informationen betreffen; entscheiden ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können oder ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. 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.²¹

28. Der zu publizierende Entscheid WBF enthält mit Bezug auf Swissterminal nur die Tatsache, dass Swissterminal eine Aufsichtsbeschwerde eingereicht hat, und deren wesentlichen Inhalt (vgl. «Rubrum» sowie Ziff. 1). Der Entscheid des WBF hat jedoch nicht die Geschäftstätigkeit bzw. eine Verhaltensweise von Swissterminal, sondern die Prüfungstätigkeit der WEKO betreffend das Zusammenschlussvorhaben *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* (vgl. Rz 1 vorstehend und Entscheid WBF, N 5 und 6) zum Gegenstand. Es werden mithin keine geschäftlich relevanten Informationen von Swissterminal preisgegeben, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen könnten. Zudem ist die Tatsache, dass Swissterminal eine Aufsichtsbeschwerde gegen die WEKO in Zusammenhang mit der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* eingereicht hat, der Öffentlichkeit bekannt (vgl. Rz 44 nachfolgend), womit es schon an der ersten Voraussetzung für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses (relative Unbekanntheit, vgl. Rz 26 vorstehend) fehlen würde.

29. Es ist somit nicht ersichtlich und wird von Swissterminal auch nicht geltend gemacht (vgl. Rz 7 vorstehend), dass der Entscheid WBF Geschäftsgeheimnisse von Swissterminal enthält, die bei der Publikation gewahrt werden müssen. Auch die Identität von Swissterminal als Beschwerdeführerin stellt kein Geschäftsgeheimnis dar.²²

30. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Publikation des Entscheids WBF bzw. die Offenlegung der Identität von Swissterminal als Beschwerdeführerin die Bestimmungen des DSG bzw. deren Persönlichkeitsrechte verletzt.

B.2.3 Wahrung von Persönlichkeitsrechten

31. 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. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar – natürliche oder juristische – Person beziehen (vgl. Art. 3 Bst. a i.V.m. Bst. b DSG). Der Begriff «Personendaten» ist weit und umfasst jede

¹⁶ NYDEGGER/NADIG (Fn 12), 48 KG N 5 und 6.

¹⁷ Vgl. ODERMATT/HOLZMÜLLER (Fn 13), Art. 48 KG N 12 mit Verweis auf RPW 1997/4, 411 Ziff. 1.1, Jahresbericht 1997.

¹⁸ Vgl. z. B. RPW 2007/2, 341 ff., *Ausnahmegesuch gemäss Art. 8 KG – Sammelrevers*.

¹⁹ Vgl. <www.admin.ch> > Bundesrecht > Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (4.11.2020).

²⁰ BGE 142 II 268, E. 5.2.1 m.w.H.

²¹ Urteil des BVer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 7.1.2 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

²² Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 142 II 268 E.5.1, 6.4.3; Urteil des BVer 2C1065/2014, E. 8.4.1 [in BGE 142 II 268 nicht publiziert], wonach es sich auch bei der Identität von Untersuchungs- und Verfügungsadressaten bei der Publikation einer Sanktionsverfügung der WEKO nicht um ein Geschäftsgeheimnis handelt.

Information, die einen auf eine Person (oder mehrere Personen) bezogenen oder beziehbaren Informationsgehalt besitzt.²³ Anzumerken ist indes, dass de lege ferenda juristische Personen nicht mehr in den Anwendungsbereich des DSG fallen sollen.²⁴

32. Der Entscheid WBF enthält mit der Nennung von Swissterminal als Beschwerdeführerin Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a DSG. Es handelt sich indes – im Gegensatz zum Inhalt einer Sanktionsverfügung der WEKO – nicht um besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG, d.h. Daten über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen.²⁵

33. Die Publikation des Entscheids WBF bzw. die damit verbundene Offenlegung der Identität von Swissterminal als Beschwerdeführerin ist als ein Bekanntgeben von Personendaten im Sinne von Art. 19 DSG zu qualifizieren. Für die Veröffentlichung muss somit eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 DSG vorliegen oder eine der Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 DSG erfüllt sein. Vorliegend stellen Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG die gesetzliche Grundlage für die Publikation dar (vgl. Rz 19 ff. vorstehend).

34. Für Personendaten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat das Kartellgesetz selbst in Art. 25 Abs. 4 KG die Sonderregel aufgestellt, dass diese generell, d. h. ohne Vornahme einer Interessenabwägung, nicht publiziert werden dürfen. Dabei erfolgt gemäss dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 4 KG keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse nach einer Publikation des zugrundeliegenden Entscheids der Wettbewerbsbehörde und dem Geschäftsgeheimnis.²⁶

35. Demgegenüber untersteht die Publikation von Personendaten ausserhalb des Begriffs Geschäftsgeheimnisses der Abwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG. Sofern personenbezogene Daten keine Geschäftsgeheimnisse betreffen, ist demzufolge noch zu prüfen, ob die in Art. 19 Abs. 4 DSG genannten Interessen gegen eine Veröffentlichung sprechen. Hier ist die Bekanntgabe (also Veröffentlichung) abzulehnen, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen. Es bedarf somit einer Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und dem privaten Geheimhaltungsinteresse.²⁷

Öffentliches Interesse an der Publikation

36. Die Veröffentlichung von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden verfolgt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Wesentlichen drei Zwecke: Sie dient *erstens* der Prävention und Rechtssicherheit. *Zweitens* dient sie auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtssicherheit und Rechtsfortentwicklung. *Drittens* sollen mit der Veröffentlichung die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen Behörden sowie Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden.²⁸

37. Im vorliegenden Fall steht das öffentliche Interesse an der Transparenz der Verwaltungstätigkeit im Vordergrund. Gemäss Bundesverwaltungsgericht dient die

Publikation u. a. der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung; insofern trägt das KG – zusammen mit dem Öffentlichkeitsgesetz 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.²⁹ Mit der Veröffentlichung von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden soll mithin Transparenz für den Bürger und die Öffentlichkeit insgesamt geschaffen werden. Durch die Veröffentlichung der Entscheide der Wettbewerbsbehörden soll transparent gemacht werden, wie diese arbeiten und wie sie das KG anwenden. Der Zweck der Transparenz spricht für eine möglichst umfassende Publikation der Entscheide der Wettbewerbsbehörden. Unter dem Aspekt der Transparenz weist das Bundesgericht betreffend die Publikation einer Sanktionsverfügung darauf hin, dass sie der Öffentlichkeit erlauben soll, den mit der Publikation gemäss Art. 28 KG unterbreiteten Vorwurf bei der Untersuchungseröffnung mit dem Resultat der Untersuchung abzugleichen und so die Stichhaltigkeit der Untersuchungseröffnung überprüfen zu können.³⁰

38. Wie bereits erwähnt, ist der Entscheid WBF von Relevanz für die Praxis. Dies auch vor dem Hintergrund, dass noch nie eine Aufsichtsbeschwerde gegen die WEKO eingereicht und behandelt wurde (vgl. Rz 20 vorstehend). Das öffentliche Interesse besteht zudem darin, die Öffentlichkeit über den Ausgang der von Swissterminal erhobenen und aufgrund der aktiven Medienkommunikation seitens Swissterminal der Öffentlichkeit bekannten Vorwürfe gegenüber der WEKO (vgl. Rz 43 nachfolgend) zu informieren und die Gründe, weshalb der Aufsichtsbeschwerde keine Folge geleistet wurde, transparent zu machen. Dies erlaubt es der Öffentlichkeit auch, die Stichhaltigkeit der Aufsichtsbeschwerde überprüfen zu können und stärkt das Vertrauen der Bevölkerung in das Verwaltungshandeln.

Abwägung gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG

39. Swissterminal beantragt, dass für den Fall einer Publikation des Entscheids WBF die Namen ihrer Unternehmen anonymisiert werden. Zur Begründung führt sie aus, die Offenlegung der Identität von Swissterminal als Beschwerdeführerin würde nichts zur Sache beitragen.

²³ Vgl. Urteil des BVGer B-2548/2019 vom 21.9.2020, E. 10.1; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 8.1.

²⁴ Vgl. Referendumsvorlage zum revidierten Datenschutzgesetz vom 25.9.2020, Art. 1 und 2, BBl 2020 7639.

²⁵ Vgl. BGE 142 II 268 E. 6.1 e contrario.

²⁶ Vgl. Urteil des BVGer B-2548/2019 vom 21.9.2020, E. 10.5; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 8.5.

²⁷ Vgl. BGE 142 II 268 E.6.4.3; Urteil des BVGer B-2548/2019 vom 21.9.2020, E. 10.5; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30.1.2019, E. 8.5.

²⁸ Vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.1 ff.; des BVGer B-2548/2019 vom 21.9.2020, E. 7.7.1; Urteil des BVGer B-2548/2019 vom 21.9.2020, E. 5.7.3.

²⁹ Urteil des BVGer B-2548/2019 vom 21.9.2020, E. 7.7.1.

³⁰ ODERMATT/HOLZMÜLLER (Fn 13), Art. 48 KG N 12 mit Verweis auf BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2 in fine.

Selbst wenn ein öffentliches Interesse daran bestehe zu wissen, wie die Aufsichtsbeschwerde ausgegangen sei, so könne dieses Interesse auch befriedigt werden, ohne dass das Unternehmen Swissterminal dabei genannt werde.

40. Zweck der Anonymisierung ist es, die Persönlichkeitsrechte der am Verfahren beteiligten Personen zu schützen oder öffentliche Interessen zu wahren. Dies, indem der Personenbezug zwischen den betroffenen Personen und den zu bearbeitenden Daten unterbrochen wird, so dass sich die Daten nicht mehr gemäss Art. 3 Bst. a DSG auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Eine Anonymisierung ist grundsätzlich dann nicht mehr möglich, wenn der Bezug zwischen den zu bearbeitenden Daten und der hierdurch bestimmten oder bestimmbaren Person nicht mehr unterbrochen werden kann. Dies kann der Fall sein, wenn seitens der Behörde eine Publikationspflicht besteht (vgl. Art. 28 KG, Art. 18 VKU³¹ und Art. 23 VKU) oder wenn die betroffene Person selbst ihre Beteiligung an einem Verfahren öffentlich bekannt gemacht hat und die Behörde das Ergebnis ihres Verwaltungshandelns publiziert.

41. Die Anonymisierung stellt eine Massnahme zum Schutz von Persönlichkeitsrechten oder von öffentlichen Interessen dar. So müssen beispielsweise auch gemäss dem Informationsreglement für des Bundesverwaltungsgericht Entscheide nicht anonymisiert werden, wenn eine Anonymisierung zum Schutz der Persönlichkeit oder anderer privater oder öffentlicher Interessen nicht geboten ist respektive wenn die Namen der Parteien bereits bekannt sind, offensichtlich keine schutzwürdigen Interessen berührt werden oder die Parteien mit der Bekanntgabe einverstanden sind.³² Bei Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden kann eine Anonymisierung etwa aufgrund des privaten Interesses am guten Ruf der am Verfahren beteiligten Personen oder beispielsweise aufgrund des öffentlichen Interesses am Schutz des Instituts der Selbstanzeige geboten sein.³³

42. In Zusammenhang mit der Publikation einer Sanktionsverfügung der WEKO hat das Bundesverwaltungsgericht jüngst in Erinnerung gerufen, dass die Namen der Parteien bereits mit der Publikation der Verfahrenseröffnung von Gesetzes wegen bekannt zu machen seien (Art. 28 Abs. 2 KG), weshalb die unterbliebene Anonymisierung an sich keine Rufschädigung zu bewirken vermöge. Bundesverwaltungs- und Bundesgericht würden in konstanter Praxis eine nicht anonymisierte Version als mit der Verhältnismässigkeit vereinbar betrachten; insbesondere ordne das Bundesgericht eine nicht anonymisierte Version dem Zweck der Transparenz zu, indem dem Publikum die Kontrolle über die Stichhaltigkeit der faktisch mit der Publikation gemäss Art. 28 KG erfolgten Vorwürfe möglich sein soll respektive es soll der Öffentlichkeit ein Abgleich zwischen dem ihr unterbreiteten Vorwurf und dem begründeten Resultat der Untersuchung ermöglicht werden.³⁴

43. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich und wird von Swissterminal auch nicht dargetan, inwiefern eine Anonymisierung aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes oder aus öffentlichem Interesse geboten ist. Der Entscheid WBF befasst sich mit der von Swissterminal gegen die WEKO in Zusammenhang mit deren Prüfungsstä-

tigkeit betreffend das Zusammenschlussvorhaben *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* erhobenen Vorwürfen und nicht mit einem Verhalten von Swissterminal. Die Ausführungen enthalten entsprechend auch keine aus Sicht von Swissterminal möglicherweise unvorteilhaften Äusserungen betreffend deren Geschäftstätigkeit oder andere Verhaltenweisen. Es ist demnach nicht erkennbar, inwiefern die nicht anonymisierte Publikation des Entscheids WBF geeignet sein könnte, die wirtschaftliche Integrität bzw. den guten Ruf von Swissterminal zu schädigen, zumal Swissterminal auch selbst öffentlich bekannt gegeben hat, dass sie eine Aufsichtsbeschwerde gegen die WEKO angestrengt hat.

44. Seit Jahren ist der Kampf von Swissterminal gegen das Projekt Gateway Basel Nord immer wieder Thema in den Medien. Aus der Medienberichterstattung geht auch hervor, dass Swissterminal diesbezüglich eine sehr aktive Kommunikationsstrategie gegenüber den Medien verfolgt.³⁵ Es ist notorisch, dass Swissterminal an allen Fronten gegen das Projekt Gateway Basel Nord kämpft. Medienberichten war denn auch zu entnehmen, dass Swissterminal eine Aufsichtsbeschwerde gegen die

³¹ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³² Vgl. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 8 Abs. 2 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.320.4); vgl. auch Urteil des BVGer B-108/2019 vom 1.9.2020, E. 4.3.3.1. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 3 Abs. 3 des Informationsreglements für das Bundespatentgericht (IR-PatGer; SR 173.413.4), wonach Entscheide des Bundespatentgerichts gemäss dessen Informationsreglements in nicht anonymisierter Form veröffentlicht werden, es sei denn, der Schutz privater oder öffentlicher Interessen erfordert eine Anonymisierung.

³³ Vgl. Urteil des BVGer B-108/2019 vom 1.9.2020, E. 4.3.2, 4.3.3.1 und 4.3.3.2.

³⁴ Urteil des BVGer B-108/2019 vom 1.9.2020, E. 4.3., mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 142 II 268, E. 5.1 und 6.4.3)

³⁵ Vgl. beispielsweise BZ-online, 15.10.2017, Kritischer Brief ans Bundesamt für Verkehr: Swissterminal bekämpft Basel Nord weiterhin, <www.bzbasel.ch/basel/kritischer-brief-ans-bundesamt-fuer-verkehr-swissterminal-bekaempft-basel-nord-weiterhin-131809806> (5.11.2020); BZ-online, 5.8.2018, Gateway Basel Nord: Wie ein Familien-Unternehmen gegen SBB und Hafen kämpft, <www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/gateway-basel-nord-wie-ein-familien-unternehmen-gegen-sbb-und-hafen-kaempft-132878557> (5.11.2020); BZ-online, 24.9.2018, Gateway Basel Nord weiter unter Beschuss: Swissterminal reicht Beschwerde ein, <www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/gateway-basel-nord-weiter-unter-beschuss-swissterminal-reicht-beschwerde-ein-133474977> (5.11.2020); BZ-online, 17.10.2019, Herber Rückschlag: Bundesverwaltungsgericht legt Millionenbeitrag für Gateway Basel Nord auf Eis, <www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/herber-rueckschlag-bundesverwaltungsgericht-legt-millionenbeitrag-fuer-gateway-basel-nord-auf-eis-135819421> (5.11.2020); Telebasel, 18.10.2019, Etappensieg von Baselbieter Firma verzögert Mammut-Hafenprojekt, abrufbar unter: www.telebasel.ch (5.11.2020); BaZ-online, 3.2.2020, Bundesgericht pfeift Schweizer Rheinhäfen zurück, <www.bazonline.ch/basel/stadt/bundesgericht-pfeift-schweizer-rheinhaefen-zurueck/story/12111499> (5.11.2020).

WEKO betreffend die Zulassung des Zusammenschlussvorhabens *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* eingereicht hat.³⁶ Damit ist die Auseinandersetzung zwischen Swissterminal und dem Projekt Gateway Basel Nord, welche auch die vorliegend zu publizierende Aufsichtsbeschwerde umfasst, zum Teil des öffentlichen Lebens geworden. Es ist somit der Öffentlichkeit hinlänglich bekannt, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um Swissterminal handelt.³⁷ Hätte Swissterminal ein schutzwürdiges Interesse an der Wahrung ihrer Anonymität (wie dies beispielsweise bei einem Informanten bzw. «Whistleblower» oder einem Anzeiger eines möglichen Kartellrechtsverstosses aufgrund der Gefahr von wirtschaftlichen Repressalien oder Anfeindungen der Fall sein kann³⁸), hätte sie die entsprechenden Informationen kaum proaktiv den Medien kommuniziert. Allein die Tatsache, dass Swissterminal mit dem Ausgang des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens bzw. mit dem zu publizierenden Entscheid WBF nicht einverstanden sein mag, vermag kein schützenswertes Interesse von Swissterminal an der Anonymisierung zu begründen. Dies insbesondere deshalb, da aufgrund der weitreichenden medialen Berichterstattung die Auseinandersetzung zwischen Swissterminal und dem Projekt Gateway Basel Nord zum Teil des öffentlichen Lebens geworden ist und somit ein grosses öffentliches Interesse am Fortgang der Auseinandersetzung besteht.

45. Vor diesem Hintergrund ist das öffentliche Interesse an der vollständigen bzw. nicht anonymisierten Publikation des Entscheids WBF höher zu gewichten als das private Interesse von Swissterminal, nicht namentlich als Beschwerdeführerin genannt zu werden. Hierzu ist auch anzumerken, dass sich die Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit und nicht mehr in der Privatsphäre abspielt. Ebenfalls zu beachten ist, dass de lege ferenda juristische Personen ohnehin nicht mehr in den Anwendungsbereich des DSG fallen sollen (vgl. Rz 31 vorstehend), was ein Indiz dafür ist, dass die Schutzbedürftigkeit von juristischen Personen als weniger hoch eingeschätzt wird als bei natürlichen Personen. Die Offenlegung der Identität von Swissterminal als Beschwerdeführerin ist für den vorliegenden Entscheid verhältnismässig.

46. Angemerkt sei an dieser Stelle schliesslich auch, dass das Urteil A-5315/2018 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Oktober 2019, mit welchem die Beschwerde von Swissterminal gegen die vom Bundesamt für Verkehr (BAV) verfügten Investitionsbeiträge für den Bau von Gateway Basel Nord gutgeheissen wurde, ebenfalls in nicht anonymisierter Form veröffentlicht wurde. Die Identität von Swissterminal als Beschwerdeführerin ist im publizierten Urteil ebenfalls offengelegt.³⁹

B.2.4 Zeitpunkt der Publikation

47. Swissterminal beantragt zudem mit Verweis auf das hängige BGÖ-Zugangsverfahren, dass die Publikation des Entscheids WBF aufzuschieben sei. Zur Begründung führt Swissterminal im Wesentlichen aus, die WEKO habe den Zusammenschluss aufgrund von Effizienzkriterien genehmigt, ohne hierzu Abklärungen getätigt zu haben. Das WBF habe die Aufsichtsbeschwerde beantwortet, ohne die Abklärungen über den relevanten Sachverhalt abzuwarten. Swissterminal würde sich des-

halb erlauben, ihre Aufsichtsbeschwerde zu erneuern bzw. zu vervollständigen, nachdem Ihnen die Gerichte Zugang zu den relevanten Informationen verschafft hätten. Mit der Publikation sei deshalb zuzuwarten, bis das Gericht einen Entscheid zum Informationszugang gefällt habe, ihr alle Informationen vorlägen und dies aufsichtsrechtlich beurteilt worden sei.

48. Dem ist Folgendes entgegen zu halten: Aus dem Entscheid WBF geht hervor, dass die Aufsichtsbeschwerde vollständig abgeklärt und beurteilt wurde. Das WBF hat die wiederholt eingereichten Sistierungsanträge betreffend das mittlerweile vor Bundesverwaltungsgericht hängige BGÖ-Zugangsverfahren abgelehnt, da aus den Akten des Zusammenschlussverfahrens *SBB/Hupac/Rethmann/GBN* keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien, die für den Ausgang des Verfahrens wesentlich seien (vgl. Rz 4 vorstehend und Entscheid WBF, Rz 8). Es ist somit auch nicht ersichtlich, inwiefern – wie von Swissterminal behauptet – die Publikation des Entscheids WBF die Leserinnen und Leser in die Irre führen sollte. Mit der Publikation wird Swissterminal zudem nicht verwehrt, je nach Ausgang des erwähnten BGÖ-Zugangsverfahrens nochmals eine Aufsichtsbeschwerde einzureichen. Das Verfahren der Bereinigung von allfälligen schutzwürdigen Interessen einer betroffenen Person ist nicht dazu da, die Veröffentlichung eines Entscheids hinauszuzögern, mit dessen Inhalt man nicht einverstanden sein mag.

49. Vor dem Hintergrund, dass Untersagungen von Unternehmenszusammenschlüssen oder auch Sanktionsverfügungen der WEKO vor deren Rechtskraft veröffentlicht werden dürfen⁴⁰, spricht erst recht nichts für den Aufschub der vorliegend interessierenden Publikation des Entscheids WBF.

B.2.5 Ergebnis

50. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Anträge auf Anonymisierung des Entscheids WBF und auf Aufschub der Publikation unbegründet sind und abgewiesen werden.

³⁶ Vgl. beispielsweise BZ-online, 20.8.2020, Swissterminal reicht Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein, <www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/swissterminal-reicht-beschwerde-beim-bundesverwaltungsgericht-ein-138822030> (5.11.2020); BaZ-online, 29.8.2019, Swissterminal reicht Beschwerde wegen Gateway Basel Nord ein, <www.bazonline.ch/basel/region/swissterminal-reicht-beschwerde-wegen-gateway-basel-nord-ein/story/15549540> (5.11.2020); NZZ vom 29.8.2019, Wettbewerbshüter hebeln Wettbewerb aus, 15; TA-online, 17.10.2019, Grosser Schock für Basler Rheinhäfen, <www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardgroscher-schock-fuer-basler-rheinhaefen/story/24686150> (5.11.2020).

³⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Urteil BGer 2C_690/2019 vom 11.2.2020, E. 6.2, das betreffend die Frage der Anonymisierung einer Adressatin einer Sanktionsverfügung der WEKO festhält, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der medialen Bekanntheit ihrer Identität aus dem Schutz von Personendaten gemäss Art. 19 Abs. 1 DSG nichts zu ihren Gunsten ableiten könne.

³⁸ Vgl. SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 KG N 67.

³⁹ Vgl. Urteil BVGer A-5315/2018 vom 8.10.2019.

⁴⁰ Vgl. z. B. RPW 2018/3, 616, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*; RPW 2018/3, 687, Urteil vom 3. Mai 2018 in Sachen *Ticketcorner Holding AG gegen Wettbewerbskommission – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket*; Urteil des BGer 2C_690/2019 vom 11.2.2020, E. 4.2.

C. Kosten

51. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁴¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Swissterminal hat vorliegende Verfahren verursacht und eine anfechtbare Verfügung verlangt. Die Anträge von Swissterminal auf Aufschiebung der Publikation und auf Anonymisierung erweisen sich als unbegründet, weshalb Swissterminal die hieraus entstehenden Kosten gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG aufzuerlegen sind.

52. 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).

53. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung belief sich auf insgesamt 14,75 Stunden. Dieser Zeitaufwand wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter zu folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 12 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 2'400.–,
- 2,75 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 797.50.

54. Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 3'197.50.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Der Antrag auf Anonymisierung des Entscheids WBF wird abgewiesen.
2. Der Antrag auf Aufschiebung der Publikation des Entscheids WBF wird abgewiesen.
3. Der Entscheid WBF wird in der Version veröffentlicht, die sich im Anhang zu vorliegender Verfügung befindet.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 3'197.50 werden Swissterminal auferlegt.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Swissterminal Holding AG, [Adresse]
 - Swissterminal Basel AG, [Adresse]beide vertreten durch [...]
- Swissterminal AG, [Adresse]

[Rechtsmittelbelehrung]

⁴¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 5

Bundesrat
Conseil fédéral
Consiglio federale

B 5

1. Aufsichtsbeschwerde von Swissterminal gegen WEKO betreffend Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN

Antwort des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF vom 23. Juni 2020 in Sachen Aufsichtsbeschwerde von Swissterminal gegen Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN

Die Aufsichtsbeschwerde der Swissterminal Holding AG, der Swissterminal Basel AG und der Swissterminal AG (zusammen nachfolgend: Swissterminal) vom 16. August 2019 an den Bundesrat beantworten wir wie folgt:

1.

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, mit der Zulassung des Zusammenschlusses von SBB und Hupac mit der deutschen Rethmann zur Gateway Basel Nord AG (nachfolgend: GBN) habe die WEKO – vermutlich ohne eigene Sachverhaltsabklärungen getroffen zu haben und entgegen der Beurteilung ihres Sekretariats – erstmals in ihrer Praxis eine Monopolbildung zugelassen, die den Wettbewerb beseitige. Der Entscheid werde mit dem (vermeintlichen) Effizienzgrund begründet, wonach im neuen Gateway internationale Güterzüge bis zu 750 Metern Länge umgeschlagen werden könnten und diese Züge bei sechs Gleisen nicht getrennt werden müssten. Die WEKO gehe zu Unrecht davon aus, dass sich dadurch der Rangieraufwand deutlich reduziere und die Züge schneller abgefertigt werden könnten. Der Entscheid der WEKO sei willkürlich, da sie ihr Plazet zum Zusammenschluss allein auf das «750-Meter-Argument» abstütze, richtigerweise aber den Zusammenschluss infolge Beseitigung des Wettbewerbs hätte untersagen müssen. Die WEKO habe es überdies in pflichtwidriger Weise unterlassen, anstelle eines Verbots zumindest geeignete Auflagen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und der übrigen Marktteilnehmer zu prüfen. Die Anzeigerin sei als Terminalbetreiberin und direkte Nachbarin des neuen Gateways durch die vorliegende Wettbewerbsbeseitigung direkt betroffen und in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet.

Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die WEKO entscheide zwar gestützt auf ihr Geschäftsreglement selbständig, doch habe dieser Entscheid basierend auf den erarbeiteten Grundlagen des Sekretariats zu ergehen. Wolle die WEKO von einem Antrag des Sekretariats abweichen, so hätten die betreffenden Mitglieder einen substantiiert begründeten Gegenantrag zu formulieren. Wie bereits dargelegt, sei davon auszugehen, dass das Sekretariat keine rechtsgenügenden Sachverhaltsabklärungen im Hinblick auf die behauptete Effizienz der 750-Meter-Züge vorgenommen habe. Dass ein Mitglied der WEKO selber solche Abklärungen durchgeführt habe, sei nicht zu erwarten.

In prozessualer Hinsicht beantragt die Anzeigerin die Edition der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen aus dem Prüfverfahren der WEKO, des Schlussantrags des Sekretariats und der Sitzungsunterlagen der WEKO einschliesslich Protokoll. Mit weiteren Eingaben vom 4. November 2019, 6. Januar 2020 und 13. März 2020 beantragt die Beschwerdeführerin jeweils die Sistierung des vorliegenden Aufsichtsverfahrens, bis die WEKO die angeforderten Dokumente zu den angeblichen Effizienzvorteilen vollständig herausgegeben habe respektive bis zum Abschluss des entsprechenden, noch hängigen BGÖ-Zugangsverfahrens.

2.

Nach Art. 71 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) kann jedermann jederzeit der Aufsichtsbehörde Tatsachen anzeigen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern. Die Aufsichtsbeschwerde kann sich grundsätzlich gegen alle Verwaltungshandlungen richten, sowohl gegen Verfügungen und Entscheide als auch gegen nicht förmliches Verwaltungshandeln, beispielsweise gegen (unterlassene) Rechtsgeschäfte oder organisatorische Massnahmen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 772; BGE 128 1167; VPB 60.20). Nach konstanter Praxis behandeln die Bundesbehörden eine Aufsichtsbeschwerde nur dann, wenn eine wiederholte oder wiederholbare Verletzung von klarem materiellem Recht oder von Verfahrensrecht behauptet wird, die mit keinem ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel gerügt werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1210; Oliver Zibung, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 71 N 11; VPB 68.101, 60.20, 59.59, 59.22, 56.37).

3.

Die WEKO ist eine ausserparlamentarische Kommission, die als solche der dezentralen Bundesverwaltung angehört (vgl. Art. 2 Abs. 3 Bundesgesetz über die Regierungs- und Verwaltungsorganisation, RVOG, SR 172.010 i.V.m. Art. 7a Abs. 1 Bst. a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung, RVOV, SR 172.010.1). Die WEKO ist in der Erfüllung ihrer Aufgaben weisungsungebunden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 7a Abs. 2 RVOV). Die Aufsicht über die dezentralisierten Verwaltungseinheiten wird vom Bundesrat wahrgenommen (Art. 8 Abs. 4 RVOG). Die Aufsicht wird durch die Spezialgesetzgebung gere-

gelt und richtet sich nach dem jeweiligen Grad der Autonomie (Art. 24 Abs. 3 RVOV).

Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) statuiert die Unabhängigkeit der WEKO von den übrigen Verwaltungsbehörden. Diese Unabhängigkeit ist umfassend zu verstehen: Die WEKO hat bei der Erfüllung ihrer Aufgaben keine Weisungen entgegenzunehmen, weder von der zentralen Bundesverwaltung noch vom Bundesrat. Die administrative Zuordnung der WEKO zum Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) in Art. 19 Abs. 2 KG hat keine Auswirkung auf die Entscheidungs- und Weisungsunabhängigkeit der WEKO. Die WEKO genießt m.a.W. einen hohen Grad an Autonomie und untersteht in der Ausübung ihrer Befugnisse und Aufgaben keiner direkten fachlichen oder inhaltlichen Aufsicht (MEIER SILVAN/BRUCH DAVID, in: Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schranner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), KG Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 19 N 6).

Die Weisungsungebundenheit der Wettbewerbsbehörden bedeutet nicht, dass diese der Dienstaufsicht durch den Bundesrat entzogen wären. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 KG setzt der Aufsicht indessen enge Grenzen. Denn je autonomer eine dezentrale Verwaltungseinheit agiert, desto mehr Zurückhaltung ist bei der Aufsicht geboten. Die Wettbewerbsbehörden geniessen unbestrittenermassen eine weitgehende Autonomie, womit eine inhaltliche Überprüfung ihrer Tätigkeiten ausgeschlossen ist. Hingegen unterliegt der ordnungsgemässe Geschäftsgang der Aufsicht (MEIER SILVAN/BRUCH DAVID, a.a.O., Art. 19 N 13; Thomas Sägesser, Stämpflis Handkommentar zum RVOG, Bern 2007, Art. 8 N 48). Dementsprechend legt die WEKO gegenüber dem Bundesrat und der Öffentlichkeit Rechenschaft über den ordentlichen Geschäftsgang insbesondere mit dem jährlichen Tätigkeitsbericht ab (vgl. Art. 49 Abs. 2 KG). Auch über die Bewilligung der finanziellen Mittel sowie die Wahl der Mitglieder der WEKO kann der Bundesrat einen gewissen (politischen) Einfluss ausüben, dies aber losgelöst von einem konkret zu beurteilenden Fall.

4.

Nach Art. 10 Abs. 1 KG unterliegen meldepflichtige Unternehmenszusammenschlüsse der Prüfung durch die WEKO, sofern sich – wie im vorliegenden Fall – in einer vorläufigen Prüfung (vgl. Art. 32 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Lassen sich im Rahmen einer vertieften Prüfung im Sinne von Art. 33 KG die Anhaltspunkte auf Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht erhärten bzw. lässt sich die mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht nachweisen (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG), erweist sich das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich. Gleiches gilt für den Fall, wenn – trotz möglicher Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt wird, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Der Zusammenschluss gilt gestützt auf Art. 34 KG

als zugelassen und kann vollzogen werden, wenn die WEKO innerhalb der viermonatigen Prüfungsfrist (vgl. Art. 33 Abs. 3 KG) keine Entscheidung trifft. Im Fall der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses erfolgt die Zulassung von Gesetzes wegen durch Fristablauf, ohne dass es einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG bedarf.

5.

Die vertiefte Prüfung der WEKO hat zwar bestätigt, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben effektiv eine marktbeherrschende Stellung der GBN im Bereich Umschlagsleistungen begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht. Allerdings führt das Zusammenschlussvorhaben nach Ansicht der WEKO zu Effizienzvorteilen bzw. zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Bereichen des kombinierten Verkehrs, namentlich im Güterverkehr auf der Schiene und bei den Operateurleistungen auf der Schiene. Diese Verbesserung überwiegt gemäss WEKO die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung der GBN im Bereich der Umschlagsleistungen, weshalb die WEKO den Zusammenschluss gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG als zulässig beurteilte. Aus der Sicht der Anzeigerin sind indessen die von der WEKO angenommenen Effizienzgewinne in fachlicher Hinsicht nicht hinreichend ausgewiesen, was sie in ihrer Aufsichtsbeschwerde ausführlich begründet.

Mit ihrer Rüge, die WEKO sei zu Unrecht von Effizienzvorteilen des Unternehmenszusammenschlusses und damit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten ausgegangen, zielt die Anzeigerin auf eine inhaltliche Überprüfung des Entscheids der WEKO ab. Eine fachliche Kontrolle der Aufgabenerfüllung einer unabhängigen und damit weisungsungebundenen Behördenkommission fällt indessen – wie in Ziffer 3 dargelegt – im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens nicht in Betracht.

Die WEKO weist in diesem Kontext ergänzend darauf hin, dass nach Art. 43 Abs. 4 KG im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nur die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Parteistellung und damit auch Parteirechte haben. Dritte können sich im Fall einer Prüfung nur zum Zusammenschlussvorhaben äussern (vgl. Art. 33 Abs. 1 KG). Die Beschränkung der Parteieigenschaft auf die beteiligten Unternehmen hat der Gesetzgeber im Interesse der Verfahrensbeschleunigung vorgesehen (Botschaft KG, BBl 1995 I 468, 616). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Dritte (wie z.B. Konkurrenten der beteiligten Unternehmen) nicht beschwerdeberechtigt, selbst wenn sie durch die Zulassung eines Unternehmenszusammenschlusses betroffen sind (BGE 131 II 497, E.5.5 S. 513).

Die von der WEKO angeführten spezialgesetzlichen und höchstrichterlichen Vorgaben würden in der Tat ausgehebelt, wenn ein entsprechender Entscheid im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde inhaltlich überprüft werden könnte. Es kann daher offengelassen werden, ob die fachlichen Einwände der Beschwerdeführerin am Entscheid der WEKO berechtigt sind.

6.

Im Weiteren wirft die Beschwerdeführerin der WEKO vor, sie habe trotz festgestellter Wettbewerbsbeseitigung im Bereich der Umschlagsleistungen keinerlei Auflagen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und der übrigen Marktteilnehmer verfügt und solche nicht einmal vertieft geprüft. Die WEKO hält dem in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2019 entgegen, die Parteien seien praxismässig aufgefordert worden, Vorschläge für Auflagen oder Bedingungen einzureichen. Dieser Aufforderung seien die Parteien mit Schreiben vom 6. Mai 2019 nachgekommen. Am 8. Mai 2019 habe das Sekretariat hierzu weitere Angaben verlangt, welche von den Parteien am 10. Mai 2019 geliefert worden seien. Anlässlich der Anhörung vor der WEKO vom 13. Mai 2019 seien den Parteien sowie den Vertretern des Bundesamts für Verkehr (BAV) auch Fragen zu allfälligen Auflagen gestellt worden. Dass die Beschwerdeführerin davon keine Kenntnis habe, liege im Umstand begründet, dass sie mangels Parteistellung keinen Einblick in die gesamte Prüfungstätigkeit der WEKO gehabt habe.

Die allfällige Anordnung von Bedingungen oder Auflagen lag im Ermessen der WEKO anlässlich der vertieften Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens. Dass die WEKO Auflagen effektiv erwogen hat, resultiert aus ihrer Stellungnahme vom 27. Mai 2019 zum Zusammenschlussvorhaben. Ob es in fachlicher Hinsicht angebracht war, dass die WEKO keine Auflagen verfügte, kann aus den in Ziffer 3 genannten Gründen dahingestellt bleiben.

7.

Die Anzeigerin wirft der WEKO ferner vor, sie habe keine ausreichenden Sachverhaltsabklärungen getroffen oder sei in ihrer Entscheidung – vermutlich ohne substantiierte Begründung und ohne entsprechende Zusatzabklärungen durch einzelne Mitglieder – vom abgeklärten Sachverhalt und Antrag des Sekretariats abgewichen, womit das Geschäftsreglement verletzt worden sei. Die WEKO entgegnet hierzu in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2019, ihrem Entscheid, das Zusammenschlussvorhaben zuzulassen, seien umfangreiche Sachverhaltsabklärungen vorausgegangen. Das Sekretariat habe eine grosse Marktbefragung durchgeführt und Fragebögen an insgesamt 62 Unternehmen der Transport- und Logistikbranche (darunter auch Wettbewerber von Swissterminal im Bereich Umschlagsleistungen), an vier Verbände der Transport- und Logistikbranche sowie ans BAV versandt. Auch die Schweizerischen Rheinhäfen seien um Auskunft ersucht worden. Darüber hinaus seien die Ergebnisse mehrerer unabhängiger Studien in die Beurteilung eingeflossen.

Nach Art. 18 Abs. 3 KG trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der WEKO vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der Wettbewerbskommission Antrag und vollzieht ihre Entscheide (Art. 23 Abs. 1 KG).

Die Angaben der WEKO zum Ausmass der Sachverhaltsabklärungen des Sekretariats werden in der Stellungnahme vom 27. Mai 2019 zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bestätigt. Die Beantwortung der Frage, ob in casu ausführlichere Sachverhaltsabklärungen angezeigt gewesen wären, läuft wiederum auf eine inhaltliche Überprüfung des Entscheids der WEKO hinaus, die im vorliegenden Aufsichtsverfahren ausgeschlossen ist (vgl. Ziffer 3). Die WEKO ist zudem – wie sie in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2019 zu Recht geltend macht – an die in den Anträgen des Sekretariats geäusserte Würdigung von Tat- und Rechtsfragen nicht gebunden und entscheidet autonom (vgl. MEIER SILVAN/BRUCH DAVID, a.a.O., Art. 23 N 55). Die Mitglieder der WEKO haben insbesondere auch keinen substantiiert begründeten Gegenantrag zu formulieren, wenn die WEKO vom Antrag des Sekretariats abweichen will.

Selbst wenn die von der Anzeigerin vermutete Konstellation (Abweichung der WEKO vom Antrag des Sekretariats) zutreffen sollte, würde dies keiner Missachtung der im Kartellgesetz und dem Geschäftsreglement der WEKO (SR 251.1) vorgesehenen organisatorischen Regelungen entsprechen. Ob und gegebenenfalls unter welchen Modalitäten die WEKO vom Antrag des Sekretariats abgewichen ist, ist aufsichtsrechtlich nicht relevant und kann daher offengelassen werden.

8.

Nach Art. 71 Abs. 2 VwVG hat die Anzeigerin nicht die Rechte einer Partei. Sie hat demnach grundsätzlich weder einen Anspruch auf rechtliches Gehör noch auf Akteneinsicht. Aus Gründen der Transparenz wurden jedoch der Beschwerdeführerin die Stellungnahmen der WEKO vom 3. Oktober 2019 und 5. Dezember 2019 zur Kenntnis gebracht. Soweit ihre in Ziffer 1 aufgeführten formellen Rechtsbegehren darüber hinausgehen, wird diesen nicht stattgegeben. Die wiederholt eingereichten Sistierungsanträge der Anzeigerin wurden am 19. Dezember 2019, 15. Januar 2020 und 26. März 2020 jeweils abgelehnt, da aus der Einsichtnahme in die Akten des Zusammenschlussverfahrens keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, die für den Ausgang des vorliegenden Aufsichtsverfahrens wesentlich sind.

9.

Für die Behandlung der vorliegenden Aufsichtsbeschwerden werden keine Kosten erhoben.

10.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der vorliegenden Aufsichtsbeschwerden aus offensichtlichen Gründen keine Folge zu geben ist. Bei dieser Ausgangslage erfolgt die Beantwortung der Anzeige durch das zuständige Fachdepartement, d.h. das WBF, dem die WEKO administrativ zugeordnet ist (vgl. Art. 19 Abs. 2 KG).

10.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der vorliegenden Aufsichtsbeschwerden aus offensichtlichen Gründen keine Folge zu geben ist. Bei dieser Ausgangslage erfolgt die Beantwortung der Anzeige durch das zuständige Fachdepartement, d.h. das WBF, dem die WEKO administrativ zugeordnet ist (vgl. Art. 19 Abs. 2 KG).

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations		GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
Indice delle abbreviazioni		GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
A		GU	Gemeinschaftsunternehmen
AF	Arrêté fédéral	H	
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	HGer	Handelsgericht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	HMG	Heilmittelgesetz
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	I	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
B		J	
BA	Bundesamt	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BB	Bundesbeschluss		
BBI	Bundesblatt	JdT	Journal des Tribunaux
BG	Bundesgesetz	K	
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	KG	Kartellgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BGer	Bundesgericht	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	L	
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BR	Bundesrat	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
BV	Bundesverfassung	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
C		LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CC	Code civil	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CE	Communauté Européenne	LF	Loi fédérale / Legge federale
CE	Conseil des Etats	LL	Legge federale sul lavoro
CF	Conseil fédéral	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CO	Code des obligations	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
Cost.	Costituzione federale	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
CPS	Code pénal suisse	LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
cst.	Constitution fédérale	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
D		M	
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	N	
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	O	
DG	Direction Générale (UE)	O	Ordonnance
E		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
EU	Europäische Union	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
F			
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 - abgestimmte Verhaltensweise 115, 134, 141 f., 152 f. 216
 - Abrede 1, 3 ff., 12 f., 16 ff., 90, 100, 110 f., 114 ff., 119 ff., 125 ff., 134 ff., 141 f., 147, 152 f., 156, 162, 165, 173, 176, 202, 204, 210, 214 ff., 266, 271
 - Acquiring 72
 - Anhörung 9, 160, 162 f., 173 ff., 237, 240, 301
 - Apotheker/innen -
 - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 7, 18, 20, 143 f., 153 f., 212, 271, 287, 291
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste -
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 104, 113, 115, 121 f., 129, 134 ff., 154, 195 f., 251 f., 255
 - Effizienzprüfung 122
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung 3, 7, 10, 14, 19, 221, 223, 225
 - Erheblichkeit 121, 134 f., 192, 198
 - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte 5, 212, 269
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis 165
 - Interchange Fee 7, 51, 72
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 119, 178, 219, 263, 284, 288, 296
 - Koppelungsgeschäft 4
 - Kostenraster -
 - Krankenversicherer 7, 151
 - Kreditkarten 7, 20
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 186, 188 f., 194 ff., 247, 249, 251, 253 ff.
- M**
- Marktaufteilung 119, 121
 - marktbeherrschende Stellung 3 ff., 86 ff., 144, 154, 160, 166 f., 173, 176, 183 f., 186 f., 189, 197, 202 f., 208, 232, 234, 242, 245 ff., 253 f., 265, 267 f., 270, 272, 276, 279 ff., 286, 291, 300
 - Marktgegenseite 87 ff., 119, 135 f., 144, 154, 166, 178 ff., 182, 184 ff., 219, 243 f., 246 f., 253 ff., 267, 272 f., 279
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 142, 153, 178, 183, 193, 248, 257, 260 f.
 - Marktzutrittsschranken 195
 - Meldepflicht 4, 10, 263, 267, 269, 271 f., 278, 280, 284, 288, 300
 - Missbrauch 3 ff., 13, 16 f., 19, 21, 86 f., 92, 138 ff., 143 f., 147, 154, 160, 166 f., 178, 186 ff., 192, 194, 198, 203, 234 f., 246 ff., 253, 255 f.
- N**
- Netzwerk 3, 5, 8, 12, 19, 160, 165, 178, 184, 193 f., 210 ff., 218 f., 221, 224 f., 227 ff., 238, 240, 243 ff., 287, 290
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 - potenzieller Wettbewerb 183 f., 246
 - Preisabrede 8 ff., 18 f., 21, 219 ff., 225
 - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung
- R**
- Rabatte 218, 221, 225, 294
 - Reduktion der Sanktion 4, 223
- S**

Sanktionen 3, 5, 10 ff., 20 f., 176, 199, 201 f., 205, 207, 210
221, 224, 295

Senkung Herstellkosten -

Submission 1, 3 ff., 12 f., 18 f., 21, 70 f., 94 f., 99 f., 111,
115, 117, 123, 165, 211, 217 ff., 222 f.

Submissionskartell 115

T

Tarife 11, 170

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 2 ff., 18 f., 97, 99, 106, 110, 119, 124, 130 f.,
160 ff., 170, 176, 179 ff., 186, 189 ff., 201, 205 ff., 210 f.,
214, 219 f., 223 ff., 227, 232, 235, 239, 241 ff., 252, 256,
294 ff., 301

unzulässige Wettbewerbsabrede 16, 114, 141, 152, 210,
216

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 158, 293 ff., 303

Verschulden 202, 205, 208, 222

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 114, 125, 214, 240, 267, 271

vorgezogene Recyclinggebühren-

W

Wettbewerb um den Markt 183, 185

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte 178