



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

2021/3

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: 727.000.21/3)

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

2021/3

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

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

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

Oktober/octobre/ottobre 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.

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. COVID-19 Schnelltests	600
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Einführung Financial Fairplay in der National League	603
	2. Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch	614
	3. Währungsumrechnung des Umsatzes für die Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 KG	617
	4. Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA	619
	5. Lizenzen elektronische Lehrmittel	623
	6. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.	625
	7. Co-Badging der PostFinance Card mit Debit Mastercard	627
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Installation et services électriques dans la région genevoise	632
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. ENGIE/FCA/JV	647
	2. CSS/Visana/Zur Rose/medi24/WELL	649
	3. TX Group/Acheter-Louer.ch	656
	4. Swisshgenetics/New Generation Genetics	679
	5. DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics	685
4.	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG Sanctions selon l'article 50 ss LCart Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart	
	1. A SA / B SA	688
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG)	694
	2. Vernehmlassungsverfahren zur Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)	717
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 24. Juni 2021 – Sanktionsverfügung – Swisscom WAN-Anbindung	718
	2. Urteil vom 13. Oktober 2020 – Untersuchung betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG; Verfügung vom 26. Juni 2019	765
	3. Urteil vom 9. August 2021 in Sachen C Bauunternehmung Centorame AG gegen WEKO - Untersuchung betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019)	770
	4. Urteil vom 9. August 2021 in Sachen Schlub AG, Schlub AG Nordbünden, Schlub AG Südbünden gegen WEKO - Untersuchung betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019)	776
	5. Urteil vom 9. August 2021 in Sachen Implenia Schweiz AG gegen WEKO - Untersuchung betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019)	789

B 5	Bundesrat	
	Conseil fédéral	
	Consiglio federale	
	1. Verfügung des WBF betreffend Bewilligung nach Art. 271 Ziffer 1 StGB bezüglich eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens	801
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	803
	Index (deutsch, français e italiano)	805

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. COVID-19 Schnelltests

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 1. Juli 2021 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend COVID-19 Schnelltests wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

1. Am 19. März 2021 gelangte das Unternehmen A mit einer Anzeige an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat). Gegenstand der Anzeige waren potenziell unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG in Bezug auf COVID-19 Schnelltests. Gemäss dem Unternehmen A haben mehrere Unternehmen ihre Angebotspreise für COVID-19 Schnelltests abgesprochen.

2. Das Unternehmen A legte dem Sekretariat Beweismittel in Form von E-Mails vor. In einer E-Mail vom 9. März 2021 forderte das Unternehmen B das Unternehmen A auf, seine Angebotspreise für Schnelltests denjenigen von zwei anderen Anbieterinnen von COVID-19 Schnelltests (Unternehmen C und D) anzupassen, mithin die Preise zu erhöhen. Das Unternehmen B verwies für diese Aufforderung auf die Internetseiten der Unternehmen C und D und schrieb darüber hinaus dem Unternehmen A «*So hast Du bessere Margen und wir halten den Markt unter Kontrolle*». ¹ Das Unternehmen A teilte dem Unternehmen B mit E-Mail vom 18. März 2021, das dem Sekretariat ebenfalls vorliegt, mit, dass es sich weigere, die Preise anzupassen. Gemäss den Angaben von Unternehmen A habe das Unternehmen B das Unternehmen A daraufhin verschiedentlich unter Druck zu setzen versucht.

3. Am 31. März 2021 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen die Unternehmen B, C und D. Ziel einer Vorabklärung ist es, abzuklären, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen und damit eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG² zu eröffnen ist. Eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung findet in diesem Verfahrensstadium indes nicht statt. Dies ist der Untersuchung vorbehalten.

4. Am 8. April 2021 vernahm das Sekretariat die Unternehmen B, C und D schriftlich zum oben geschilderten Sachverhalt. Die Befragungen zielten in erster Linie darauf ab, Informationen über die Preise von COVID-19 Schnelltests der befragten Unternehmen, ihre Stellung auf dem Markt (Herstellerin³, Lieferantin⁴ bzw. Händlerin⁵) sowie über die gegenseitigen Beziehungen der befragten Unternehmen zueinander zu erlangen. Die Ermittlungen des Sekretariats sollten insbesondere zu Tage fördern, ob die Unternehmen C und D von der Nachricht des Unternehmens T an das Unternehmen A (s. vorne Rz 2) Kenntnis hatten bzw. in die entsprechende Verhaltensweise involviert waren (s. dazu ausführlich nachfolgend Rz 16 ff.).

5. Aus den Befragungen des Sekretariats ergab sich, dass die Unternehmen B, C und D Lieferantinnen sowie Händlerinnen von COVID-19 Schnelltests sind, welche sie nicht selber herstellen. Zusammen mit dem Unternehmen A verkaufen die befragten Unternehmen unter anderem die Schnelltests Abbott, Hotgen, JoinStar und Lysun. Zu Beginn der Eröffnung der Vorabklärung war ungeklärt, ob die untersuchten Verhaltensweisen auch COVID-19 Selbsttests⁶ betreffen. Die Ergebnisse der

¹ Zitat aus der E-Mail vom Unternehmen B an das Unternehmen A vom 9. März 2021, Hervorhebungen durch das Sekretariat.

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

³ Unter Herstellerin wird vorliegend ein Unternehmen verstanden, welches ihr angebotenes Produkt selber produziert.

⁴ Unter Lieferantin wird vorliegend ein Unternehmen verstanden, welches ihr angebotenes Produkt an Unternehmen für den Weiterverkauf (B2B) anbietet, mithin nicht direkt an Endkunden verkauft.

⁵ Als Händlerin wird vorliegend ein Unternehmen verstanden, welches ihr angebotenes Produkt an Endkunden verkauft.

⁶ *Schnelltests* werden ausschliesslich durch ausgebildetes medizinisches Personal durchgeführt (vgl. Art. 24 der Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19), Covid-19-Verordnung 3; SR 818.101.24). Dagegen sind *Selbsttests* auch für die Anwendung durch Laien gedacht. Seit dem 7.4.2021 können in der Schweiz in Apotheken Selbsttests bezogen werden. Bisher sind in der Schweiz die Selbsttests von Roche und der Firma SD Biosensor zugelassen.

Befragungen ergaben keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die untersuchten Verhaltensweisen auch COVID-19 Selbsttests zum Gegenstand haben. Der vorliegende Schlussbericht beschränkt sich daher auf eine Auseinandersetzung mit den COVID-19 Schnelltests unter Ausschluss von COVID-19 Selbsttests.

6. Das Unternehmen A verkauft die COVID-19 Schnelltests Joinstar und Lysun. Gemäss den dem Sekretariat vorliegenden Informationen bezieht bzw. bezog es die COVID-19 Schnelltests [...] und [...] vom Unternehmen [...].

7. Gemäss den vom Sekretariat eingeholten Informationen liefert das Unternehmen B die COVID-19 Schnelltests Hotgen, Joinstar und Lysun an Unternehmen für den Weiterverkauf und an [...], [...] und [...]. Es verkauft zudem Schnelltests an [...] und vereinzelt auch an [...]. Das Unternehmen B ist somit Lieferantin und Händlerin, die gemäss den dem Sekretariat vorliegenden Informationen die Schnelltests Joinstar und Lysun an das Unternehmen [...] und die Schnelltests Hotgen, Joinstar und Lysun an das Unternehmen [...] liefert.

8. Gemäss den vom Sekretariat eingeholten Informationen ist das Unternehmen C Lieferantin sowie Händlerin von COVID-19 Schnelltests. Es verkauft die COVID-19 Schnelltests Abbott, Hotgen, Joinstar und Lysun. Die Schnelltests Hotgen, Joinstar und Lysun bezieht es vom Unternehmen [...]. Den Schnelltest Abbott bezieht das Unternehmen C vom Unternehmen [...]. Mit Ausnahme vom Schnelltest Abbott verkauft das Unternehmen C die restlichen von ihr angebotenen COVID-19 Schnelltests auch an Unternehmen zum Zwecke des Weiterverkaufs. Gemäss den dem Sekretariat eingereichten Abnehmerlisten verkauft das Unternehmen C die von ihm angebotenen Schnelltests zudem an [...], [...], [...] und [...].

9. Das Unternehmen D ist Lieferantin und Händlerin von COVID-19 Schnelltests. Es verkauft gemäss den dem Sekretariat vorliegenden Informationen die Schnelltests Abbott und Hotgen. Den Schnelltest Hotgen bezieht es von den Unternehmen [...] und [...], den Schnelltest Abbott bezieht es von [...] und liefert ihn an das Unternehmen [...]. Die COVID-19 Schnelltests verkauft das Unternehmen D zudem an [...].

B Erwägungen

B.1 Gesetzliche Grundlagen

10. 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).

11. Gemäss der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG sind Abreden sowohl Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Beiden Erscheinungsformen ist gemeinsam, dass ihnen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteilig-

ten Unternehmen zugrunde liegt.⁷ Abreden in Form von Vereinbarungen setzen eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR⁸ zwischen mindestens zwei Parteien voraus.⁹ Die abgestimmte Verhaltensweise stellt eine zweite eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise dar,¹⁰ deren Vorliegen die Erfüllung von drei Tatbestandsvoraussetzungen bedingt. Namentlich bedarf es einer Abstimmung in Form einer minimalen Kommunikation, einen Abstimmungserfolg in Form eines mehr oder weniger sichtbaren tatsächlichen Marktverhaltens sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten.¹¹

12. 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):

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

13. 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).

B.2 Keine Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabrede

14. Gemäss den Ausführungen unter Rz 5 ff. vorne ergibt der aktuelle Kenntnisstand, dass die genannten Unternehmen in Bezug auf einzelne COVID-19 Schnelltests untereinander in einem vertikalen Abnehmerin-Lieferantin-Verhältnis stehen (s. nachfolgend Rz 18 ff.). In Bezug auf andere Schnelltests liegt aber ein rein horizontales Wettbewerbsverhältnis vor. Damit erübrigt sich eine Prüfung des dualen Vertriebs (Ziff. 8 VertBek¹²). Abnehmerinnen beim Vertrieb der COVID-19 Schnelltests sind in erster Linie Ärztinnen, Apotheken bzw. Drogerien, Alters- bzw. Pflegeheime sowie Unternehmen, die ihre Mitarbeiterinnen testen lassen.

⁷ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.2, Pfizer AG/WEKO; BGE 144 II 246, 252 E. 6.4.1, *Altimum SA*; BGE 129 II 18, 26 E. 6.3, *Sammelrevers*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 79.

⁸ Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

⁹ BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.3, *Pfizer AG/WEKO*; BGE 144 II 246, 252 E. 6.4.1, *Altimum SA*.

¹⁰ BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.4.1, *Pfizer AG/WEKO*.

¹¹ BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.4.2 in fine, *Pfizer AG/WEKO*.

¹² Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek).

15. Ausgehend davon, könnte die E-Mail vom 9. März 2021 mit der Aufforderung vom Unternehmen B an das Unternehmen A, die Preise für COVID-19 Schnelltests denjenigen der Unternehmen C und D anzupassen (s. vorne Rz 2), derart gedeutet werden, dass sich die Unternehmen B, C und D als horizontale Wettbewerber über Preise abgesprochen hatten und das Unternehmen A in eine bereits vorbestehende Absprache einbeziehen wollen. Die Formulierung «*wir halten den Markt unter Kontrolle*»¹³ (s. vorne Rz 2) liesse einen solchen Rückschluss potenziell zu. Im Nachfolgenden wird daher das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine horizontale Preisabsprache zwischen den T, C und D und damit ein Verstoss gegen Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (s. vorne Rz 10, Rz 11 und Rz 12) geprüft. Ein solcher Verstoss setzt das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG voraus. Die Abrede kann in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise getroffen werden (s. vorne Rz 10 f.).

16. Das Sekretariat befragte die beteiligten Unternehmen zu diesem Zwecke. Diese Befragungen förderten keine Anhaltspunkte zu Tage, die auf eine horizontale Abrede zwischen T, C und/oder D schliessen liessen. Hinsichtlich der Unternehmen C und D konnten keine Anhaltspunkte dafür gefunden werden, dass diese Kenntnis vom E-Mail vom 9. März 2021 des Unternehmens B an das Unternehmen A hatten oder generell in die Verhaltensweise des Unternehmens T involviert waren. Das Sekretariat analysierte diesbezüglich im Weiteren die angewandten Verkaufspreise der angebotenen COVID-19 Schnelltests seit Beginn des Vertriebs durch die beteiligten Unternehmen. Die Analyse der Preise hat keine Anhaltspunkte für das Bestehen einer horizontalen Preisabrede zwischen den Unternehmen B, C und / oder D ergeben.

17. Nach dem Gesagten haben die Ermittlungen keine Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabsprache im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zwischen den Unternehmen B, C und/oder D ergeben. Damit verbleibt noch die Prüfung der vertikalen Lieferantin-Abnehmerin-Beziehung, auf die im nachfolgenden unter Rz 18 ff. eingegangen wird.

B.3 Keine Anhaltspunkte für eine vertikale Preisabrede

18. Gemäss den dem Sekretariat vorgelegten Informationen bezieht das Unternehmen A vom Unternehmen B die COVID-19 Schnelltests [...] und [...] (s. vorne Rz 7). Damit stehen die Unternehmen A und T in Bezug auf die Schnelltests [...] und [...] in einem vertikalen Lieferantin-Abnehmerin-Verhältnis. Es ist daher im nachfolgend zu prüfen, ob die E-Mail vom 9. März 2021 als vertikale Preisbindung zweiter Hand einen Verstoss gegen Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG (s. vorne Rz 10 f. und Rz 13) darstellen könnte.

19. Dies setzt das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG voraus. Diese kann in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise getroffen werden (s. vorne Rz 10 f.). Für eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung reicht eine Offerte für den Abschluss einer Wettbewerbsabrede, wie sie das Unter-

nehmen B vorliegend an das Unternehmen A zugestellt hat, grundsätzlich nicht aus. Es fehlt an einem Akzept durch das Unternehmen A,¹⁴ das mit E-Mail vom 18. März 2021 ausdrücklich mitteilte, dass es die Preise nicht anpasse und sich unverzüglich, einen Tag nach Erhalt der E-Mail, an die Wettbewerbsbehörden wandte. Während den Ermittlungen ergaben sich überdies auch keine sonstigen Hinweise, dass das Unternehmen A der Aufforderung des Unternehmens T, unbesehen der schriftlichen Weigerung bzw. der Anzeige bei den Wettbewerbsbehörden, nachgekommen ist. Nach dem Gesagten sind für den vorliegenden Fall auch die Anforderungen an eine Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise nicht erfüllt.¹⁵

20. Demnach bestehen keine genügenden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vertikalen Preisbindung zweiter Hand. Das Sekretariat wertet die Verhaltensweise des Unternehmens T als erfolglos (mangels Akzept des Unternehmens A) Versuch des Abschlusses einer vertikalen Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG.

B.4 Ergebnis

21. Zusammengefasst lassen eine Befragung der beteiligten Unternehmen sowie eine Analyse der Angebotspreise der COVID-19 Schnelltests gegenwärtig keine Anhaltspunkte für eine unzulässige horizontale Preisabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu (s. vorne Rz 14 ff.). Es bestehen aktuell auch keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisbindung zweiter Hand gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG, da die vom Unternehmen B versandte Offerte vom Unternehmen A nicht akzeptiert worden ist und der Versuch mithin als erfolglos zu werten ist (s. vorne Rz 18 ff.).

C Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine 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.

¹³ Zitat aus der E-Mail vom Unternehmen B an das Unternehmen A vom 9. März 2021, Hervorhebungen durch das Sekretariat.

¹⁴ Vgl. Verfügung der WEKO vom 22.4.2013, Rz 1024 erstes Lemma, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁵ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2016:42, Rz 46, *Eturas*.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Einführung Financial Fairplay in der National League

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 Grobe Verortung der Ligastruktur

1. Die National League AG ist eine eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen BE. Im Zuge einiger Umstrukturierungen des Schweizer Eishockeysports im Juni 2020 gegründet, bezweckt die National League AG die Förderung und Entwicklung des auf höchster Ebene professionell ausgeübten Eishockeysports in der Schweiz, insbesondere durch Organisation, Gestaltung und Durchführung des Spielbetriebs und dies nach Massgabe der internationalen und nationalen Reglemente. Sie betreibt die National League.

2. Die National League AG ist Mitglied des Verbands Swiss Ice Hockey Federation (SIHF), welche als Dachorganisation des Schweizer Eishockeys den Zweck aufweist, «zusammen mit seinen Mitgliedern den Eishockeysport in der Schweiz (...) zu fördern».¹ Die SIHF vereint den Leistungssport mit den Bereichen «National Teams» und «National League / Swiss League» sowie den Nachwuchs- und Amateursport mit den Abteilungen «Youth Sports & Development» und «Regio League» und ist ihrerseits Mitglied der International Ice Hockey Federation (IIHF) und der Swiss Olympic Association.²

3. Bei der National League handelt es sich um die oberste Spielklasse im professionellen Schweizer Eishockeysport. Nach der organisatorischen Loslösung von der SIHF sollen die National League AG, resp. die derzeit zwölf Clubs als ihre Aktionäre ab der Saison 2022/2023 autonom über Regeln und Modus bestimmen und ebenfalls die Vermarktung des Wettbewerbs selbstständig wahrnehmen. Die Zuständigkeitsregelung und die Zusammenarbeit mit der SIHF, deren Mitglied die National League weiterhin bleibt, wird mittels eines Kooperationsvertrages geregelt. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich bei der National League innerhalb der Eishockeylandschaft in der Schweiz um den *Key-Player*, welche die höchste Attraktivität sämtlicher Ligen aufweist und bislang mit ca. ¾ des Gesamtsatzes den mit Abstand höchsten Umsatzanteil innerhalb der SIHF erzielt, wovon Teile an den Verband fliessen.

I.2 Einführung eines Financial Fairplay-Konzepts

4. Im Zuge der Reorganisation im Schweizer Eishockey soll ein umfassendes Reformpaket verabschiedet werden, welches u. a. die Einführung eines Financial Fairplay-Konzepts in der National League vorsieht. Mit der

Einführung dieses Konzepts sollen gemäss Grundsatz und Zielsetzung des «Reglements Financial Fair-Play» zwei Ziele verfolgt werden:

- Einerseits soll die wirtschaftliche Stabilität der Clubs gesteigert und als Folge die Glaubwürdigkeit und Transparenz des Eishockeysports in der Schweiz gestärkt werden. Über die letzten 25 Jahre betrachtet, mussten zehn der zwölf Liga-Clubs mindestens einmal saniert werden.³ Obwohl die Spiele in der obersten Spielklasse hohe Besucherzahlen verzeichnen, vermögen die generierten Einnahmen die Kosten kaum zu decken. Den Hauptkostenblock stellen dabei die seit Jahren steigenden Spielersaläre dar, welche gemäss der Beratungsanfrage nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einnahmen der Clubs stehen sollen. Gemäss den Ausführungen in der Anfrage bzw. dem vorerwähnten Zeitungsartikel betragen die durchschnittlichen Lohnkosten pro Spieler der zwölf Liga-Clubs rund CHF 200'000–300'000 und die Gesamtlohnkosten im Durchschnitt ca. [...] % der Gesamtkosten eines Clubs. Die Covid-19-Pandemie und die damit verbundenen Auswirkungen auf den Sport haben diese prekären wirtschaftlichen Verhältnisse noch offener zutage treten lassen. So hat ein Grossteil der Clubs im vergangenen Jahr Darlehen beim Bund beantragt.⁴ In diesem Zusammenhang hat auch der Bundesrat die Problematik der überdurchschnittlich hohen Löhne im Sportbereich adressiert. So ist namentlich die Unterstützung durch den Bund mit *À-fonds-perdu*-Beiträgen für Clubs des professionellen und semiprofessionellen Mannschaftssports u. a. an eine durchschnittliche Lohnsenkung gebunden.⁵

¹ Art. 2 Ziff. 1 Swiss Ice Hockey Statuten 2020, <www.sihf_statuten_07092020.pdf> (4.3.2021).

² Art. 3 Ziff. 1 Statuten (Fn 1).

³ NZZ-Artikel vom 7.1.2021 «Im Schweizer Eishockey ist es Zeit, mit einem Tabu zu brechen», <www.nzz.ch/meinung/kommentar-im-schweizer-eishockey-ist-es-zeit-fuer-reformen-id.1595044?reduced=true> (9.3.2021).

⁴ Vgl. NZZ-Artikel vom 7.1.2021 (Fn 3); in der Beratungsanfrage zitiert.

⁵ Vgl. Art. 12b Abs. 6 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102).

- Andererseits soll damit ein Beitrag zur sportlichen Ausgeglichenheit der Liga geleistet werden. Laut Beratungsanfrage besteht innerhalb des Ligawettbewerbs ein Problem darin, dass die finanziellen Verhältnisse der Clubs sehr unterschiedlich sind. Während es einzelne Clubs mit beinahe unlimitierten Budgets gebe, die von Mäzenen unterstützt würden, kämen andere seit Jahren nur knapp über die Runden. Diese unterschiedliche finanzielle Situation der Clubs schlage sich sodann im sportlichen Erfolg nieder, wie die Meisterliste der National League beispielhaft zeige. Das Financial Fairplay könne dazu beitragen, die Chancengleichheit zwischen den Clubs zu verbessern, indem eine Konzentrierung der besten Spieler bei den wirtschaftlich stärksten Clubs verhindert werde. Eine dadurch geförderte sportliche Ungewissheit des Ausgangs des Liga-Wettbewerbs erhöhe im Interesse der Fans den Unterhaltungswert des Wettkampfs.

5. Das Financial Fairplay-Konzept soll über [...] eingeführt werden; [...]. Das Financial Fairplay bildet gemäss Reglement einen integrierenden Bestandteil des Reportingpackages für die Erlangung der Spielberechtigung in der National League.

1.3 Ausgestaltung Financial Fairplay-Konzept der National League

6. Die Ausgestaltung des Financial Fairplay wird umfassend im Reglement Financial Fair-Play geregelt, welches neben Grundsatz und Zielsetzung u. a. Richtlinien für die Datenermittlung, Prozessvorgaben und Verantwortlichkeiten, die anwendbaren Grenzwerte und die Sanktionen bei Nichterfüllen dieser Fairplay-Grenzwerte oder der Prozessvorgaben statuiert.

7. Nach dem Grundkonzept des Financial Fairplay-Systems definieren die an der Meisterschaft teilnehmenden Clubs eine sog. Fairplay-Schwelle für die Brutto-Gesamtlohnkosten⁶ einer Saison. Indes sieht das ange-dachte Financial Fairplay-System *keine* Vorgaben für die maximalen Lohnkosten eines einzelnen Spielers vor. Einem Club steht es zudem grundsätzlich frei, von der definierten Fairplay-Schwelle abzuweichen, wobei das Unter- resp. Überschreiten der Grenzwerte jeweils mit einer Sanktion bedroht ist.⁷ Bei der Überschreitung erhält ein Club eine reduzierte Entschädigung für die Überlassung der Marketing- und Medienrechte. Hinter diesem Mechanismus steht laut Beratungsanfrage der Solidaritätsgedanke: Ein Club, der über genügend Ressourcen verfüge, um die Fairplay-Schwelle nicht einzuhalten, sei weniger auf die Erlöse aus den Marketing- und Medienrechten angewiesen. Ab Saison 2025/2026 beträgt der Fairplay-Ausgleichsbetrag 50 % der allfälligen Überschreitung des Fairplay-Maximums,⁸ und der zur Auszahlung an die übrigen Clubs verbleibende Erlös aus den Marketing und Medienrechten fällt entsprechend um diesen überschreitenden Betrag höher aus.

8. Im Ergebnis dürfte es sich beim angedachten Financial Fairplay-Konzept der National League um eine Art *Salary Cap* handeln, mithin um eine Begrenzung, welche in direkter Weise Bezug auf die Gehälter (hier: Brutto-Gesamtlohnkosten des Kaders) nimmt. Solche Salary Caps existieren bereits seit langer Zeit in diversen internationalen Sportligen, wobei insbesondere die grossen

amerikanischen Profisportligen aufgrund ihres Bekanntheitsgrades als Beispiele und gelegentlich auch als Vorbild dienen. Allerdings gilt es zu beachten, dass sich sowohl die Strukturen der verschiedenen Sportligen – als Paradebeispiel sind wiederum die als Franchising aufgebauten *Major Leagues* in den USA, verglichen mit der Sportorganisation in Europa, wo die Sportligen regelmässig vertikal in Verbandsstrukturen integriert sind, zu nennen –⁹ wie auch die diversen Ausgestaltungen von Salary Caps und die Art und die Mittel der Implementierung derselben stark voneinander unterscheiden, was eine tatsächliche und (kartell-) rechtliche Beurteilung erschwert und eine Differenzierung im Einzelfall notwendig macht.

9. Üblicherweise weisen die verschiedenen Ausgestaltungen der Gehaltsobergrenzen eine Teambezogenheit auf, was bedeutet, dass die Obergrenze jeweils für den gesamten Kader eines Teams und nicht für einzelne Spielerverträge festgesetzt wird. Schematisch lassen sich u. a. folgende verschiedene Ausgestaltungen unterscheiden, wobei diese wiederum miteinander kombiniert oder mit verschiedenen Ausnahmen versehen werden können:

- *Absolute und relative Salary Caps*: Bei einem absoluten Salary Cap gilt die die Begrenzung der kumulierten Gehälter eines Kaders für alle Teilnehmenden am Wettbewerb gleichermassen, während – im Gegensatz dazu – relative Salary Caps individuelle Summen, welche sich beispielsweise an den Jahresumsätzen der jeweiligen Vereine orientieren, vorsehen, die ein Ligamitglied für seine Spielergehälter aufwenden darf.¹⁰
- *Hard und Soft Salary Caps*: Während bei einem Hard Cap die vorgegebenen Begrenzungen ausnahmslos nicht überschritten werden dürfen, lässt ein als Soft Cap konstituiertes System gewisse Ausnahmen, sei dies beispielsweise in Bezug auf einzelne Spieler oder gewisse Lohnbestandteile, und somit eine Überschreitung des Caps zu.¹¹

10. Die verschiedenen Formen und Ausgestaltungen eines Salary Caps unterscheiden sich naturgemäss dann auch in ihrer Wirksamkeit und Eingriffsintensivität, was sich auch in den mit einer Gehaltsbegrenzung verfolgten Zielen niederschlägt. Sehr häufig werden mit der

⁶ Diese bestehen aus einer Basis-Fairplay-Schwelle und einer Schwelle für allfällige Bonuszahlungen, bspw. für den Eintritt in die Playoffs und das Erreichen von weiteren Stufen in den Playoffs.

⁷ Vgl. Ziff. 5.1. und 5.2. Reglement Financial Fair-Play.

⁸ Ziff. 5.2. Reglement Financial Fair-Play.

⁹ Statt vieler ausführlich PETER W. HEERMANN, Fussball-Bundesliga und U.S.-amerikanische Major Leagues – Ein Vergleich aus kartellrechtlicher Perspektive, *Causa Sport* 2017, 191–207, passim.

¹⁰ Gutachten des Deutschen Bundestags, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Vereinbarkeit der Einführung von Gehaltsobergrenzen im europäischen Profifussball mit dem Unionsrecht vom 24.7.2020, 5 Ziff. 3.1 m. w. H., <www.bundestag.de/resource/blob/707916/df542d2244ccca08269bea3775ac79e1/PE-6-060-20-pdf-data.pdf> (3.3.2021).

¹¹ Vgl. z. B. die sog. *Designated Player Rule* der Major Soccer League, welche es Clubs erlaubt, bis zu drei Spieler zu erwerben, deren Gesamtvergütung das maximal zur Verfügung stehende Budget übersteigt, womit u. a. die Verpflichtung altgedienter Stars von hoher Strahlkraft ermöglicht wurde.

Einführung eines Salary Caps – wie im Übrigen auch im vorliegenden Fall – die Ziele verfolgt, einerseits für stabile finanzielle Verhältnisse zu sorgen und andererseits eine *competitive balance*, also eine wirtschaftliche und damit verbunden auch eine sportliche Ausgeglichenheit zwischen den Ligamitgliedern zu erreichen.¹² Dabei erscheint es naheliegend, dass eine Gehaltsbegrenzung, die sich an den finanziellen Möglichkeiten eines einzelnen Teams orientiert (= relativer Cap), zwar das erste Ziel gleichermassen wie ein absoluter Salary Cap zu erreichen vermag, nicht aber die sportliche Ausgeglichenheit einer Liga. Dies führt zum Ergebnis, dass ein absoluter Salary Cap, welcher zweifellos die stärkere Einschränkung darstellt, eher im Lichte der Zielsetzung einer sportlichen Ausgeglichenheit begründet werden kann. Bei relativen Salary Caps, oder Gehaltsbegrenzungen, die viele Ausnahmen vorsehen, ist bereits *prima facie* fraglich, ob eine anvisierte Ausgeglichenheit überhaupt erreicht werden kann (vgl. Rz 56).

11. Im Sinne der obigen Ausführungen handelt es sich beim vorliegend angedachten Financial Fairplay-Konzept weitgehend um eine Ausgestaltung als absoluter Salary Cap. Das jeweils saisonweise festgelegte Fairplay-Maximum gilt grundsätzlich für sämtliche Ligamitglieder gleichermassen, wobei das Reglement vier unterschiedliche Maximalbeträge im Verhältnis zur erreichten Qualifikationsstufe vorsieht.¹³ Die festgelegten Obergrenzen sollen sodann nicht absolut gelten; m. a. W. steht es jedem Club frei, die definierte Fairplay-Schwelle zu überschreiten, wobei ab diesem Moment ein Art System der begrenzten Umverteilung zum Tragen kommt (s. Rz 6). Damit ähnelt das angedachte Konzept einem sog. *Luxury Tax-System*, welches zumindest vorderhand ähnlich wie eine absolute Gehaltsobergrenze funktioniert.¹⁴

1.4 Rechtsauffassung des anfragenden Unternehmens

12. Die National League prüft das angedachte Konzept sowohl unter Art. 5 und Art. 7 KG und kommt zum Schluss, dass – sofern das Kartellgesetz überhaupt anwendbar sei – offengelassen werden könne, ob die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien, da das Financial Fairplay in seiner Ausgestaltung mit Blick auf die verfolgten Ziele ohnehin gerechtfertigt werden könne. Dabei stützt sich ihre Begründung u. a. auf die im Sportbereich speziell zu beachtenden Prinzipien, die bei anderen kommerziellen Märkten nicht gelten würden und (neben klassischen Effizienzgründen) auf sog. sportnotwendige Gründe.¹⁵

II. Kartellrechtliche Beurteilung

13. Nachfolgend folgt die kartellrechtliche Beurteilung des geplanten Financial Fairplay-Konzepts. Dabei sind die nachfolgenden Aspekte aus kartellrechtlicher Perspektive relevant:

- Die *Clubs* der National League sind auf derselben Marktstufe tätig und beabsichtigen, das Financial Fairplay-Reglement [...] zu verabschieden. Es stellt sich folglich die Frage, ob die dargestellte Gehaltsbegrenzung als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden könnte.

- Zudem handelt es sich bei der National League wie eingangs dargestellt um die (einzige) oberste nationale *Spielklasse* im professionellen Eishockeysport, der u. a. die Organisation der Meisterschaft obliegt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Einführung des Financial Fairplay-Konzepts ein Verstoß gegen Art. 7 KG darstellen könnte.

14. Vorweg ist anzumerken, dass sich bei dieser Thematik einige grundsätzliche Fragen stellen, mit denen sich die Schweizer Wettbewerbsbehörden bislang kaum oder nur am Rande befasst haben. Überhaupt hat es in der Schweiz gemessen an der wirtschaftlichen Bedeutung des professionellen Sportbetriebs – anders als in der Europäischen Union¹⁶ – relativ selten Beschwerden und Verfahren bei der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat gegeben.

15. Während sich Salary Caps in den amerikanischen Sportligen in vielen Jahren etabliert haben (s. Rz 8 und 33), haben die Diskurse in Europa zumeist auf akademischer – die Meinungen sind freilich umstritten – oder aber medialer Ebene stattgefunden. Der Ruf nach Gehaltsobergrenzen ist angesichts der hohen Spielerlöhne insbesondere im hochklassigen Profifussball immer lauter geworden. Im letzten Jahr wurde schliesslich erstmals in der dritten und vierten englischen Fussballliga eine Gehaltsobergrenze eingeführt.¹⁷ Wettbewerbsbehörden in Europa haben sich soweit ersichtlich nicht oder nicht offiziell zu Gehaltsobergrenzen im Sport geäußert. Die wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags haben diese Thematik in einem Gutachten aufgegriffen und Salary Caps als grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar beurteilt, wobei es für die Beurteilung freilich auf den Einzelfall ankomme.¹⁸

16. Nach der Auffassung des Sekretariats steht aufgrund der vorliegenden Konstellation, eine mögliche horizontale Wettbewerbsabrede im Vordergrund.

II.1 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG?

17. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, wobei sich eine solche daher durch folgende Tatbestandselemente definiert: a) ein

¹² HEERMANN (Fn 9), 198.

¹³ Ziff. 4.2. Reglement Financial Fair-Play.

¹⁴ Vgl. JOHAN LINDHOLM, The Problem with Salary Caps Under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play, Texas Review of Entertainment and Sports Law, Vol. 12.2, 189–213, 210. Ein solches (reines) Luxury Tax-System wird beispielsweise in der Major League Baseball angewandt und explizit als *Competitive Balance Tax* bezeichnet.

¹⁵ Beratungsanfrage vom 17.2.2021, Rz 16 f.

¹⁶ Vor dem EuG/EuGH etwa die Entscheide i. S. Bosman, Piau, Meca-Medina, Motoe oder zuletzt ISU.

¹⁷ Deutschlandrundfunk vom 7.8.2020, «Englische Vereine stimmen für Gehaltsobergrenze», <www.deutschlandfunk.de/salary-cap-in-dritter-und-vierter-liga-englische-vereine.890.de.html?dram:article_id=481978> (9.3.2021).

¹⁸ Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 26 Ziff. 4; in der Beratungsanfrage erwähnt.

bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung¹⁹ und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

18. Vorliegend ist die Festlegung von Gehaltsobergrenzen, bei deren Überschreitung eine Art Luxussteuer fällig wird, durch die einzelnen Clubs als Aktionäre der National League, die sowohl sportlich innerhalb der Liga wie auch wirtschaftlich miteinander – nicht zuletzt auch nachfrageseitig mit Blick auf das geeignete «Spielermaterial» – im Wettbewerb stehen und darüber hinaus autonom die Organisation der Liga wahrnehmen (s. Rz 3), gewünscht und gewollt. [...]. Ohne an dieser Stelle näher auf die genaue Einarbeitung des Financial Fairplay-Reglements einzugehen, ist davon auszugehen, dass eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

19. Es stellt sich somit die Frage, ob die Implementierung des angedachten Fairplay-Konzepts (s. Rz 7) zur Einschränkung resp. Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter führen kann und damit eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen könnte.²⁰

20. Die Einführung von Gehaltsobergrenzen stellen grundsätzlich einen Eingriff in den freien Wettbewerb zwischen den einzelnen Clubs dar.²¹ Festgelegte Gehaltsobergrenzen können u. a. dazu führen, dass die einzelnen Clubs nur innerhalb eines bestimmten Grenzwerts frei in ihrer Kaderplanung sind, was mit einer gewissen Einschränkung der finanziellen Selbstbestimmung einhergeht. So könnten beispielsweise Clubs, welche die zulässige Ausgabenlimite bereits ausgeschöpft haben – je nach Ausgestaltung der jeweiligen Financial Fairplay oder Salary Cap-Regelung – einen Spieler nicht unter Vertrag nehmen, obwohl sie dies gerne würden. Umgekehrt ermöglichen Gehaltsobergrenzen kollusives Verhalten: Sie erlauben den beteiligten Clubs, ihre Einnahmen zu maximieren und die Spielergehälter (zum Nachteil der Spieler) zu kontrollieren. Es ist davon auszugehen, dass die Spieler infolgedessen nicht mehr dieselben Verdienstmöglichkeiten erreichen können, wie sie ohne bestehende Gehaltsobergrenzen möglich wären und es somit zu einer Art künstlichen Preissenkung kommen kann.²²

21. Wie eingangs dargestellt, sieht das Financial Fairplay-Reglement der National League keine Vorgaben für maximale Lohnkosten eines einzelnen Spielers und ebenfalls keine absolute Begrenzung der Brutto-Gesamtlohnkosten vor. Überschreitet ein Club die festgelegte Gehaltsobergrenze, hat er nur (aber immerhin) eine Art Luxussteuer, die auf dem Gedanken der Solidarität fusst (s. Rz 7), zu entrichten, indem er einen reduzierten Anteil der ihm zustehenden Erträge erhält. Nach der vorläufigen Einschätzung des Sekretariats ist das Financial Fairplay-Konzept der National League aufgrund ähnlich zugrundeliegender Mechanismen geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der obigen Ausführungen zumindest zu bezwecken, weshalb vorliegend von einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen ist.

II.2 Vermutungsbasis: Harte Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG?

22. 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).

23. 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):

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

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. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die angedachte kumulierte Gehaltsobergrenze, die zwischen den Mitgliedern der National League einseitig vereinbart werden soll, auf Arbeitgeberseite eine Preisabrede und somit eine harte Abrede im Sinne des Gesetzes darstellt. Dabei wird der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nach h. L. und Rechtsprechung weit ausgelegt und «umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder –komponenten».²³ Grundsätzlich wird unter einer Preisabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eine Abrede verstanden, die direkt oder indirekt die Preisgestaltung beeinflusst.²⁴ Unter einem Preis versteht man die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung monetärer Art.²⁵ Damit eine Abrede als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gilt, kann sie beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis.²⁶

¹⁹ So etwa auch Urteil des BVGer, B-8430/2010 vom 23.9.2014 E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

²⁰ Vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 142.

²¹ So etwa auch Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 21 Ziff. 3.2.3.1.4.

²² Vgl. etwa auch LINDHOLM (Fn 14), 200 m. w. H.

²³ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 20), Art. 5 N 380 m. w. H.

²⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4; JUHANI KOSTKA, *Harte Kartelle*, 2010, 441 Rz 1287.

²⁵ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 375.

²⁶ RPW 2019/3b, 957 Rz 2295 m. w. H., *Badezimmer (2. Teil)*, vgl. auch RPW 2008/4, 554 f. Rz 73 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. Luzern*.

26. Das angedachte Financial Fairplay-Konzept verfolgt erklärermassen u. a. das Ziel, die ausufernden Gehälter, welche die Clubs ihren Spielern bezahlen, auf ein sinnvolles und finanziell tragbares Mass zu reduzieren. Einigen sich Unternehmen über Gehaltsobergrenzen für ihr Personal, liegt eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern (bei der Nachfrage nach Arbeit) vor, wobei es im Konkreten um «Preise beim Einkauf» von Arbeit, m. a. W. um die Preise für einen Produktionsfaktor, geht,²⁷ welche namentlich im Sportbereich besonders zentral sind.

27. Bei dieser Ausgangslage ist es denkbar, Gehaltsobergrenzen wie Salary Caps usw. – wiederum je nach Ausgestaltung – als Festlegung von Maximal- oder Höchstpreisen resp. von Preisrahmen, da beispielsweise Salary Cap-Modelle häufig mit der Festlegung eines sog. *Salary Floor* einhergehen, zu betrachten.

28. Vorliegend wird eine Gehaltsuntergrenze (Fairplay-Minimum) definiert, welche die Clubs nicht unterschreiten dürfen, da ansonsten Sanktionen bis hin zum Ligaabschluss drohen. Die stufenweise festgelegten Gehaltsobergrenzen lassen demgegenüber Abweichungen zu, was allerdings bedingt, dass der Club, welcher dies beabsichtigt, bereit ist, den festgelegten Ausgleichsmechanismus und eine finanzielle Einbusse in der Höhe von 50 % der allfälligen Überschreitung des Fairplay-Maximums auf sich zu nehmen (s. Rz 7). Zudem sind die Clubs frei in der Festlegung der Höhe des Gehalts eines einzelnen Spielers.

29. Nach der vorläufigen Ansicht des Sekretariats erscheint es als wahrscheinlich, dass auch teambezogene Gehaltsobergrenzen einen wesentlichen Einfluss auf den Faktor Preis zeitigen und entsprechend unter dem Aspekt der Preisabrede zu würdigen sind. Allerdings kann an dieser Stelle nicht abschliessend geklärt werden und es kann auch offenbleiben, ob sich dies vorliegend bestätigt, oder ob das Modell der National League, welches Abweichungen grundsätzlich zulässt, für die individuelle Preisfestsetzung letztlich vernachlässigbar ist.

30. In der Beratungsanfrage wird zudem die Meinung vertreten, bei den Löhnen handle es sich nicht um Preise und der Arbeitsmarkt sei dem Kartellgesetz nur eingeschränkt unterstellt. So würden Gesamtarbeitsverträge, welche Mindestlöhne vorsehen und den Lohnwettbewerb beschränken, nicht dem Kartellgesetz unterstehen.²⁸ Während für die Frage, ob Löhne Preise darstellen, auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden kann, ist festzuhalten, dass es sich vorliegend gerade nicht um einen gemeinsam, d. h. zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, ausgehandelten Tarifvertrag handelt.

31. Die Clubs als Aktionäre der National League legen das Financial Fairplay und damit verbunden die definierte Gehaltsobergrenze einseitig und – soweit ersichtlich – ohne Beziehen der Arbeitnehmerseite fest, anders als dies beispielsweise in den amerikanischen Sportligen üblich ist. Die zitierten Aussagen und die zugrundeliegende Textstelle in der Botschaft betreffen indes primär die Frage der Unterstellung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerorganisationen unter den Unternehmensbegriff und infolgedessen die (Nicht-)Anwendbarkeit des Kartellgesetzes.²⁹ Tatsächlich ist sodann unbestritten,

dass aus kartellrechtlicher Sicht wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die sich ausschliesslich auf das Arbeitsverhältnis beziehen und insbesondere Gesamtarbeitsverträge, in denen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände etwa Mindestlöhne vereinbaren und damit den Lohnwettbewerb beschränken, nicht dem Kartellgesetz unterstehen, was materiell u. a. mit dem strukturellen Ungleichgewicht im Arbeitsmarkt und den Arbeitnehmern als schwächere Vertragspartei begründet wird.³⁰

32. Allerdings geht es vorliegend um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, also der Clubs, die ohne Einbezug der Arbeitnehmerseite getroffen wird. Die Arbeitnehmerseite ist lediglich insofern betroffen, als dass sie die möglichen Auswirkungen der Gehaltsobergrenze, namentlich eine etwaige künstliche Lohnsenkung, treffen. Folglich erscheint das Kartellgesetz auf die vorliegende Abrede ohne Weiteres anwendbar.

33. Demgegenüber erscheint nach Einschätzung des Sekretariats aus wettbewerbsrechtlicher Sicht die Einführung des Financial Fairplay-Konzepts unter Einbezug der Arbeitnehmerseite im Sinne einer tarifvertraglichen Regelung auch in der Schweiz eine valable Alternative: Solche Kollektivverträge resp. *Collective Bargaining Agreements* werden in den USA regelmässig zwischen den Major Leagues und den entsprechenden Spielergewerkschaften ausgehandelt. Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt u. a. darin, dass aufgrund der Tarifautonomie der Vertragsparteien für verschiedene Vereinbarungen, die den jeweiligen Arbeitsmarkt der Sportler innerhalb der Liga betreffen und eigentlich wettbewerbsbeschränkenden Charakter aufweisen oder zumindest aufweisen könnten, eine weitgehende Ausnahme von der Anwendbarkeit des Kartellrechts ermöglicht wird, womit beispielsweise eine durch Salary Caps möglicherweise bewirkte Preisfestsetzung der kartellrechtlichen Prüfung entzogen wird.³¹ Abschliessend ist lediglich vollständigkeithalber darauf hinzuweisen, dass auch bei dieser Vorgehensweise Grenzen existieren und selbstredend nicht jede beliebige Abrede unter dem Deckmantel eines Gesamtarbeitsvertrages legitimiert werden kann.

²⁷ ANDREAS HEINEMANN, Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW, Wirtschaft und Wettbewerb 2020, Nr. 07-08, 371–382, 375.

²⁸ Beratungsanfrage vom 17.2.2021, Rz 27.

²⁹ Vgl. RPW 2004/2, 346 Rz 5 f., *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*.

³⁰ DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 20), Art. 2 N 41 f. m. w. H.

³¹ HEERMANN (Fn 9), 203 m. w. H.

34. Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass die Qualifikation als mögliche Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG beim angedachten Financial Fairplay-Konzept nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.³² Im Folgenden wird dargestellt, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, wofür zuerst die vorliegend relevanten Märkte abzugrenzen sind.

II.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

II.3.1 Relevanter Markt

35. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU³³ umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

36. Das Sekretariat zog in der Stellungnahme Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20 im Rahmen einer Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG in Anlehnung an einen Entscheid der Europäischen Kommission einen Markt für die Organisation und Vermarktung der nationalen Sportliga in Betracht, wobei es die endgültige Abgrenzung letztlich offenliess.³⁴ Mit Blick auf die Literatur ist eine grobe Unterteilung der für den professionellen Sportbereich relevanten Märkte in drei Kategorien denkbar³⁵:

- **Verwertungsmärkte:** Sportvereine und/oder Verbände agieren als Unternehmen und verwerten die Sekundärgüter ihrer Leistungen, wie z. B. Übertragungsrechte für Spiele, Merchandising-Vereinbarungen oder exklusive Vertriebssysteme für den Kartenverkauf.
- **Märkte für Sportveranstaltungen:** Auf diesen Märkten produzieren die verschiedenen Mannschaften u. a. das eigentliche Produkt, nämlich den sportlichen Wettbewerb, indem sie gegeneinander spielen. Eine wichtige Eigenschaft dieses Marktes ist, dass er bis zu einem Punkt auf der Ungewissheit der Ergebnisse sowie der jeweiligen Qualität der Mannschaften beruht, was auf das Erfordernis einer gewissen Competitive Balance hinweisen kann. Die Sportmärkte leben u. a. vom kompetitiven Element und dementsprechend besitzen die einzelnen Teilnehmer ein Interesse daran, sich mit ähnlich leistungsfähigen Konkurrenten zu messen, da sich so eine attraktive Meisterschaft durchführen lässt.³⁶
- **Beschaffungsmärkte:** Hier kaufen und verkaufen die Sportvereine das Rohmaterial, das für das Produkt des sportlichen Wettbewerbs notwendig ist. Hierzu gehören beispielsweise der Markt für Spielervermittlung und insbesondere die Spielermärkte selbst.

37. Das Financial Fairplay-Konzept der National League reguliert die Möglichkeiten, Spieler zu akquirieren. Im Falle von Gehaltsobergrenzen ist aus den oben aufgelisteten Kategorien primär der Spielermarkt anzusehen, auf dem die verschiedenen Clubs (in der Regel) um die talentiertesten Spieler werben und andererseits die Spieler nach einem geeigneten Verein suchen. Wie auch der Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages an-

hand einer Gehaltsobergrenze im Profifussball ausführt, ist dabei in der Regel von der konkreten Sportart auszugehen.³⁷ Aus Sicht der nachfragenden Vereine sind die Eishockeyspieler nicht durch andere Sportler ersetzbar, aus Sicht der Spieler ebenso wenig ein Eishockeyverein durch einen anderen Sportverein, wobei auch die Qualität eine Rolle spielen dürfte.

38. Die Abrede wird vorliegend durch die Clubs der Liga getroffen und betrifft eine Art Gehaltsobergrenze für Eishockeyspieler, die in der National League spielen. Folglich bilden die Eishockeyspieler, die aktuell oder potenziell in der obersten Spielklasse der Schweiz Eishockey spielen, die Marktgegenseite, aus deren Sicht der Markt abzugrenzen ist. Aus ihrer Sicht bilden die angebotenen, offenen Stellen für Profieishockeyspieler den sachlich relevanten Markt oder – kurz gesagt – handelt es sich um den Arbeitsmarkt für Profieishockeyspieler.

39. Der räumlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt bestimmenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

40. Während der eigentliche Ligawettbewerb der National League aufgrund der Organisation als Schweizer Eishockeyliga mit Schweizer Clubs national abzugrenzen sein dürfte, umfasst der räumlich relevante Markt bei der Akquise von Spielern ein breiteres Feld: Die Schweizer Clubs sind bei der Rekrutierung ihrer Spieler grundsätzlich nicht auf den Schweizer Markt beschränkt, sondern können auch ausländische Spieler verpflichten, während umgekehrt auch Schweizer Spieler von ausländischen Clubs verpflichtet werden können, weshalb der Markt im Grundsatz international abgegrenzt werden kann. Allerdings gilt es hierbei zu beachten, dass die geltenden Ausländerbestimmungen, welche nur den Einsatz einer begrenzten Anzahl an Ausländern je Club pro Match zulassen, diesen internationalen Charakter des Arbeitsmarkts von Profieishockeyspielern aus Sicht der Clubs zu einem gewissen Grad relativieren können.

³² Wird indes nicht von einer Preisabrede ausgegangen, stellt sich die Frage nach der Erheblichkeit der Abrede im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG, welche im Sinne der Gaba-Rechtsprechung eine Bagatellklausel darstellt. Nach der vorläufigen Einschätzung des Sekretariats dürfte im Falle der Verneinung eines Vermutungstatbestands die potenzielle Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung mit Blick auf das Financial Fairplay-Reglement und die vorherigen resp. nachfolgenden Überlegungen zu bejahen sein. Die Einführung einer Gehaltsobergrenze stellt grundsätzlich einen Eingriff in den freien Wettbewerb zwischen den Clubs dar (vgl. Rz 20 f.), wobei sich in diesem Falle sämtliche Clubs der National League dieser Regelung unterwerfen, da sie zum integralen Bestandteil des Ligabetriebs erhoben werden soll. Mit Blick auf die bestehende Ausländerklausel ist davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung – trotz tendenziell weit abzugrenzender Spielermärkte – erheblich auf den Schweizer Markt im Besonderen auswirkt.

³³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

³⁴ RPW 2020/4a, 1649 f. Rz 170 ff., *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

³⁵ RICHARD PARRISH, *Sports law and policy in the European Union*, 2003, 119; dazu näher DANIEL GRÄTZ, *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände*, 2009, 174 ff.

³⁶ Vgl. RPW 2020/4a, 1654 Rz 210, *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

³⁷ Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 20 f. Ziff. 3.2.3.1.3.

41. Hierbei gilt es anzumerken, dass nicht nur die bestehenden Ausländerbestimmungen der National League das Tätigkeitsfeld für ausländische Spieler in der Schweiz beschränken, sondern umgekehrt auch möglicherweise bestehende Ausländerbestimmungen in ausländischen Ligen die Beschäftigungsmöglichkeiten von Schweizer Spielern. Daneben könnten nicht zuletzt auch teilweise gravierende Unterschiede *in puncto* Qualität und Attraktivität der verschiedenen Ligen eine Rolle spielen. Die Möglichkeit eines Spielers, sich bei Clubs einer ausländischen Liga beschäftigen zu lassen, hängen wiederum u. U. einerseits von seiner Nationalität und andererseits stark von seiner individuellen Klasse ab und es erscheint *prima facie* ungewiss, welche professionellen Eishockeyligen resp. die in den Ligen jeweils offenstehenden Beschäftigungsmöglichkeiten bei den Clubs tatsächlich Substitute für Eishockeyprofis in der National League darstellen.

42. Wie sich diese Besonderheiten in Bezug auf die Marktabgrenzung verhalten, kann letztlich offenbleiben und es wird im Rahmen dieser Beratung vom Grundsatz eines internationalen Arbeitsmarkts für Profieishockeyspieler ausgegangen.

II.3.2 Widerlegung der Vermutung

43. Vorliegend ist weder aus Spielersicht noch aus Sicht der Clubs von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen, wobei sich Gründe hierfür weitgehend ergänzen:

44. Es verbleibt weiterhin Innenwettbewerb, da es Clubs – unter Erdulden der festgelegten Sanktionierung finanzieller Natur – weiterhin möglich ist, die Gehaltsobergrenze zu überschreiten. Zudem werden durch das Financial Fairplay-Konzept für die einzelnen Spieler keine Vorgaben getroffen. Das führt dazu, dass die Clubs zumindest innerhalb des festgelegten Gehaltrahmens, u. a. ihre Kaderplanung uneingeschränkt vornehmen können und auch weiterhin durch das Unterbreiten unterschiedlich hoher Angebote bei der Rekrutierung von Spielern mit anderen Clubs konkurrieren können. Umgekehrt besteht für die Spieler auch weiterhin die Möglichkeit, für sich ein möglichst gutes Angebot auszuhandeln und dafür auch mit mehreren Clubs zu verhandeln. Die Freiheit, sich für einen Club als Arbeitgeber zu entscheiden, wird wiederum zumindest dann grundsätzlich nicht eingeschränkt, sofern der entsprechende Club noch Kapazitäten innerhalb des Gehaltsrahmens aufweist. Bei internationaler Abgrenzung der Spielermärkte besitzt der Spieler zudem die Möglichkeit, sich bei Clubs zu bewerben und anstellen zu lassen, deren Liga keine Gehaltsobergrenze aufweisen. Mithin besteht auch Aussenwettbewerb.

45. Zudem dürften im Sportbereich gerade aus Sicht der Spieler noch andere Faktoren bei der Wahl des Clubs, wie beispielsweise das Renommee, die Aussicht auf sportlichen Erfolg oder die emotionale Verbundenheit und Identifizierung mit einem Club, eine gewisse Rolle spielen, die den Wettbewerb zwischen den Clubs um die Spieler beeinflussen.

46. Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass die Festlegung der Gehaltsspannen im Sinne

des angedachten Financial Fairplay-Konzepts nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt.

47. Im *Gaba*-Urteil hat das Bundesgericht festgehalten, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen,³⁸ dies ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.³⁹ Entsprechend ist nachfolgend direkt zu überprüfen, ob die Abrede im Falle der Bejahung einer harten horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte.

II.4 Wettbewerbsabrede: Rechtfertigungsgründe?

48. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie a) notwendig sind, um 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.

49. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.⁴⁰ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.⁴¹ 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).

50. Damit die betroffene Abrede – unabhängig vom Typ des Rechtfertigungsgrundes – notwendig ist, muss die Abrede kumulativ drei Bedingungen erfüllen:

- 1) Sie muss geeignet sein, das Effizienzziel herbeizuführen (Eignung);
- 2) Es darf kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, welches zur Zielerreichung geeignet ist, den Wettbewerb aber weniger intensiv beeinträchtigen würde (Erforderlichkeit);
- 3) Der Wettbewerb darf durch die Abrede im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht übermässig beeinträchtigt sein (Verhältnismässigkeit i. e. S.).⁴²

³⁸ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1, *Gaba*; bestätigt in Urteil des BGer, 2C_63/2016 vom 24.10.2014 E. 4.3.1, *BMW*.

³⁹ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5, *Gaba*.

⁴⁰ RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m. w. H. auf BGE 129 II 18, E. 10.3, *Buchpreisbindung*.

⁴¹ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Buchpreisbindung*.

⁴² Vgl. BGE 129 II 18, 47 E 10.4, *Buchpreisbindung*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 20), Art. 5 N 319 m. w. H.

51. Die National League nennt in der Beratungsanfrage klassische Effizienzgründe wie auch sportnotwendige Rechtfertigungsgründe, und beruft sich dabei u. a. einerseits auf die Stellungnahme des Sekretariats i. S. Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20⁴³ und auf einen Entscheid der Europäischen Kommission, welcher sich im Grundsatz positiv hinsichtlich eines Prinzips der finanziellen Solidarität und eines gewissen Gleichgewichts zwischen den Vereinen innerhalb eines Ligawettbewerbs äussert.⁴⁴

52. Das Sekretariat hat sich in vorgenannter Stellungnahme bei der Prüfung allfälliger *legitimate business reasons* am Rande mit den Besonderheiten im Sportsektor auseinandergesetzt, und festgehalten, es sei fraglich, ob rein betriebswirtschaftliche Gründe den Besonderheiten des Sports genügend Rechnung tragen, da beim Marktverhalten der Sportverbände regelmässig auch der sportliche Wettbewerb zu berücksichtigen sei, da der sportliche Erfolg den wirtschaftlichen Erfolg massgeblich beeinflusse. Eine weitere Besonderheit liege darin, dass die Teilnehmer im Rahmen des sportlichen Wettbewerbs seltener ein Interesse daran haben dürften, die übrigen Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, resp. zu ihren Lasten einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Die Sportmärkte würden vom kompetitiven Element leben und dementsprechend würden die einzelnen Teilnehmer ein Interesse daran besitzen, sich mit ähnlich leistungsfähigen Konkurrenten zu messen, da sich nur in diesem Fall eine attraktive Meisterschaft durchführen lässt.⁴⁵

53. In der Konsequenz wurde das Vorhandensein sportnotwendiger Gründe neben klassischen *legitimate business reasons* für diesen spezifischen Fall bejaht, wobei nicht weiter ausgeführt wurde, was generell unter sportnotwendigen Gründen zu erfassen ist.⁴⁶ Darunter sind gemäss Literatur namentlich die Chancengleichheit und Sicherheit im Wettbewerb, das Ansehen des Verbandes und der Sportart oder das Neutralitätsgebot des Verbandes denkbar.⁴⁷

54. Im Folgenden wird auf die vorgebrachten Effizienzgründe eingegangen, wobei die erwähnten sportlichen Besonderheiten mitberücksichtigt werden, soweit anhand der vorliegenden Informationen diesbezüglich überhaupt ökonomische Aussagen möglich sind. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass – während die Einschränkungen primär den Spielermarkt betreffen – die vorgebrachten Effizienzgründe zumindest mehrheitlich den sportlichen Wettbewerb an sich resp. die Attraktivität auf den Zuschauermärkten betreffen, wobei sich auch diesbezüglich im Rahmen dieser Beratung kaum repräsentative Aussagen treffen lassen.

55. Die National League bringt folgende Gründe vor, die im Rahmen der Effizienzrechtfertigung zu berücksichtigen sind:

- Verbesserung der Chancengleichheit zwischen den Clubs und damit eine Verbesserung des Produkts «National League»; sowie
- Gewährleistung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Clubs. Hierunter lassen sich auch die geltend gemachten Gründe «Nachwuchsförderung» und «Sicherung der regionalen Diversität» einordnen. Denn die finanzielle Stabilität ermögliche

– so die Beratungsanfrage – die Förderung resp. Aufrechterhaltung dieser Interessen.

II.4.1 Verbesserung der Chancengleichheit zwischen den Clubs

56. Das Reglement Financial Fair-Play benennt u. a. die sportliche Ausgeglichenheit der Liga und damit die Attraktivität der National League als Grundprinzipien der Liga.⁴⁸ Die Verbesserung der Chancengleichheit würde – so die Beratungsanfrage – aufgrund einer stärkeren Ungewissheit des Ergebnisses zu attraktiveren Spielen führen, womit aus Sicht der Eishockeyfans der Unterhaltungswert erhöht und somit eine Produktverbesserung erzielt werde.

57. Das Bedürfnis nach einem Eingriff vor dem Hintergrund einer Competitive Balance erscheint relativ breit anerkannt, sofern denn das entsprechende Ligagebilde diesen Zweck *in ihrer Gesamtheit* auch tatsächlich anvisiert.⁴⁹ Nach vorläufiger Beurteilung des Sekretariats erscheint die Berücksichtigung eines solchen Grundes grundsätzlich denkbar, da zumindest *prima facie* der Schluss naheliegend ist, dass durch eine mit der Ausgeglichenheit der Liga angestrebte Unsicherheit über das sportliche Ergebnis (sog. *Unsicherheitshypothese*) letztlich auch das Produkt für den nachfragenden Zuschauer positiv beeinflusst wird. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es gerade in diesem Bereich eine Vielzahl offener Fragen gibt und abschliessende Ausführungen von Eingriffen in den sportlichen Wettbewerb unter ökonomischen Effizienzgesichtspunkten derzeit kaum möglich erscheinen.⁵⁰

⁴³ RPW 2020/4a, 1628 ff., *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

⁴⁴ EU-KOMM, ABI. 2003 L 291/25, Rz 165, *Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League, so lautend: «Die Kommission hat Verständnis für das Bedürfnis, ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Vereinen eines Ligawettbewerbs zu wahren, da das zu besseren und spannenderen Spielen führt, die wiederum den Wert der Medienrechte erhöhen können. Das Gleiche gilt für die Ausbildung und Einstellung neuer Spieler, da der gesamte Wettbewerb ohne die Spieler nicht existenzfähig wäre. Die Kommission erkennt an, dass eine Umverteilung von Geldern von den reicheren zu den ärmeren Vereinen dazu beitragen könnte. Die Kommission beurteilt das Prinzip der finanziellen Solidarität, das beispielsweise in der Erklärung des Europäischen Rates zum Sport in Nizza im Dezember 2000 unterstützt wurde, positiv».*

⁴⁵ RPW 2020/4a, 1654 Rz 210, *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*; so auch Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 22, Ziff. 3.2.3.1.5.

⁴⁶ RPW 2020/4a, 1654 Rz 211, *Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20*.

⁴⁷ DANIEL THALER, *Athletenvereinbarungen und Athletenerklärungen*, in: Sport und Recht, 4. Tagungsband, Arter/Baddeley (Hrsg.), 2007, 19–77, 53 m. w. H.

⁴⁸ Grundsatz und Zielsetzung Reglement Financial Fair-Play.

⁴⁹ Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:1995:463, Rz 106, *Bosman*, wobei sich die Prüfung konkret auf die mögliche Einschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer bezog.

⁵⁰ Dazu näher Monopolkommission, Hauptgutachten XXI Wettbewerb 2016 vom 20.9.2016, Kapitel 1, Zentralvermarktung in der Fussball-Bundesliga, Rz 404 ff., <www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Kap1_Zentralvermarktung.pdf> (15.3.2021); HEERMANN (Fn 9), 197 f.

58. Ohne an dieser Stelle allerdings noch vertiefter darauf einzugehen, hat das Sekretariat Bedenken bezüglich der Eignung und Notwendigkeit des angedachten Financial Fairplay-Konzepts mit Blick auf eine verfolgte Ausgeglichenheit in der Liga:

59. Während harte Gehaltsobergrenzen, die gleichermaßen für alle Ligateilnehmer absolut gelten, potenziell das Wettbewerbsgleichgewicht in einer Liga verbessern können, erscheint dies aus Sicht des Sekretariats im Falle von relativen Gehaltsobergrenzen oder solchen, die – wie das angedachte Konzept der National League – eine Überschreitung zulassen, fraglich.

60. Die Überschreitung des Fairplay-Maximums ist prohibitiv mit einer Sanktion bedroht, namentlich verlieren die Clubs, welche sich nicht an die Gehaltsobergrenze halten, einen grundsätzlich ihnen zustehenden Anteil der Erträge aus Vermarktung der zentralen Marketing- und Medienrechte (s. Rz 7). Dieser Anteil wird linear auf die Clubs verteilt, die sich an die Vorgaben halten. Es bestehen Zweifel, dass sich die Clubs, welche beispielsweise aufgrund eines zahlungskräftigen Mäzenen, weniger auf diese Einnahmen angewiesen sind, tatsächlich an die Vorgaben halten werden oder für eine Verstärkung ihrer Mannschaft und im Bestreben, das beste Team der Liga aufzustellen, nicht trotzdem diese Art Luxussteuer in Kauf nehmen. Ob dadurch also eine Konzentrierung der besten Spieler bei den wirtschaftlich stärksten Clubs verhindert werden kann, ist fraglich. Hinzu kommt, dass dieser Ausgleichsmechanismus nach dem Verständnis des Sekretariats beschränkt ist: Überschreitet ein Club potenziell die Gehaltsobergrenze in einem Umfang, der seinen Anteil an Erträgen – nach «Strafzahlung» – übersteigt, droht der Effekt zu verpuffen. Ob dieses Szenario aktuell oder in naher Zukunft denkbar ist, kann mangels näherer Kenntnisse über die Gehaltsstrukturen der einzelnen Clubs nicht gesagt werden. Gleichermassen kann aus diesen Gründen auch nicht abgeschätzt werden, inwiefern die festgelegte Maximallohnsumme von rund CHF [...] Millionen tatsächlich einen wesentlichen Beitrag zu einem Gleichgewicht im Wettbewerb zu leisten vermag.

61. Es erscheint sogar denkbar, dass die Kluft zwischen den eher vermögenden, aber finanzsensitiven Clubs und den sog. «Superreichen» dadurch sogar noch verstärkt werden könnte, während die Clubs mit den kleinsten Mitteln nur insofern betroffen sind, als sie in einem begrenzten Umfang von den solidarischen Ausgleichszahlungen profitieren, wobei nicht klar ist, in welchem Umfang dadurch eine Steigerung der Chancengleichheit bewirkt würde.

62. Weiter stellt sich die Frage, ob eine Verteilung der Fairplay-Ausgleichsbeträge zu gleichen Teilen an diejenigen Clubs, welche in der massgebenden Saison u. a. die Fairplay-Regeln einhalten, in Bezug auf die finanzschwächsten Clubs tatsächlich zu einer Verbesserung der Chancengleichheit führt oder ob dafür nicht zumindest ein Verteilungsschlüssel zu Gunsten dieser Clubs installiert werden müsste. Da schliesslich die Chancengleichheit und Attraktivität der gesamten Liga gesteigert werden soll, erscheint es jedenfalls *prima facie* naheliegend, dass eher auf diese Weise die bestehende Kluft innerhalb der Liga vermindert würde.

63. Ob das Financial Fairplay-Konzept also in dieser Ausgestaltung – auch angesichts der unterschiedlichen finanziellen Voraussetzungen der Clubs – einen wesentlichen Beitrag zu leisten vermag, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Kommt man zum Schluss, die Eignung zu bejahen, stellt sich sogleich die Frage, ob nicht andere, weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung stehen und ob angesichts der bestehenden Zweifel, ob die Chancengleichheit tatsächlich in einem nennenswerten Umfang gesteigert wird, eine Gehaltsobergrenze als verhältnismässig im engeren Sinn erkannt werden kann. Als alternative Möglichkeiten kommen nach Ansicht des Sekretariats auf den ersten Blick beispielsweise eine – zumindest teilweise bereits angedachte – Lockerung der Ausländerbestimmungen oder ein anderer Verteilungsschlüssel für die in Frage stehenden Erträge in Betracht. Ob diese allerdings tatsächlich vorzuziehen wären, müsste in einem Verfahren beurteilt werden.

II.4.2 Gewährleistung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

64. Das Financial Fairplay-System soll sicherstellen, dass die Clubs ihren Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern, Sozialversicherungen usw. nachkommen können. Unter diesem Aspekt lassen sich auch die in der Beratungsanfrage vorgebrachten Interessen der Nachwuchsförderung und Sicherung der regionalen Diversität der Clubs einordnen, da die Verfolgung dieser Interessen voraussetzt, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit der Clubs dafür gegeben ist. Diese Aspekte bedingen eine Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Sportmärkte, da grundsätzlich rein individuelle, subjektive Zugewinne an Leistungsfähigkeit der Abredeteilnehmer nicht hinreichend sind,⁵¹ und auch jedes Unternehmen selber dafür verantwortlich ist, seriös zu wirtschaften, um die eigene Existenz nachhaltig zu sichern.

65. Mit Blick auf die Besonderheiten im Sportbereich ist zu beachten, dass die unternehmerische Ausrichtung der Clubs primär auf Generierung von sportlichen Erfolg ausgerichtet ist; nicht zuletzt bringt ein höherer sportlicher Erfolg zumeist u. a. auch das wesentlich höhere Preisgeld mit sich. Sportlicher Erfolg beruht auf guter sportlicher Leistung, welche wiederum stark von der vorhandenen Spielerqualität abhängt. Um diesen Erfolg immer wieder zu erreichen, werden die verfügbaren und mit Erfolg generierten Mittel laufend in Spielerqualität investiert, was zu einem permanenten Konkurrenzkampf zwischen den Clubs führt, der schliesslich in Überschuldung enden kann.⁵² Darunter kann das ganze Sportprodukt der Liga leiden.

⁵¹ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 20), Art. 5 N 256 m. w. H.

⁵² Vgl. HENNING VÖPEL, Is Financial Fair Play Really Justified?, HWWI Policy Paper Nr. 79, 2013, 15, <www.hwwi.org/uploads/tx_wilpubdb/HWWI_Policy_Paper_79.pdf> (15.3.2021).

66. Eine Mindestvoraussetzung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sind nicht zuletzt häufig bereits in den Lizenzbestimmungen der jeweiligen Liga angelegt. Die Europäische Kommission hat das Financial Fairplay-Konzept der UEFA, welches u. a. ebenfalls die Verbesserung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Clubs verbessern soll, in einem Statement als mit dem Unionsrecht vereinbar erklärt.⁵³

67. Es erscheint nach vorläufiger Beurteilung denkbar, diesen Aspekt im Rahmen der Effizienzrechtfertigung einfließen zu lassen. Indes stellt sich auch hier wiederum die Frage der Verhältnismässigkeit: Geht man aufgrund der fraglichen Prognose davon aus, dass mit dem angedachten Fairplay-Konzept der National League keine hinreichende sportliche Ausgeglichenheit erreicht werden kann, wäre eine relative Gehaltsobergrenze, die nach einem bestimmten Muster individuell für die Vereine festgelegt wird, im Sinne dieser Zielsetzung eine weniger einschneidende Massnahme. Auch eine Limitierung der zulässigen Menge an aufgenommenem Fremdkapital sowie eine Umverteilung der gebündelten Einnahmen der Liga auf die finanzschwächeren Clubs erscheinen denkbare Alternativen, um die finanzielle Stabilität sicherzustellen und Überschuldung vorzubeugen. In Bezug auf die Wichtigkeit der Nachwuchsförderung erscheint sodann auch denkbar, beispielsweise den Einsatz von eigenen Jugendspielern bei den einzelnen Clubs im Rahmen der Verteilung der Erträge aus Vermarktung der zentralen Marketing- und Medienrechte positiv zu berücksichtigen.

68. Auch erscheint in Bezug auf die Nachwuchsförderung und die Sicherung der regionalen Diversität nicht gänzlich klar, inwiefern die finanzschwächeren Clubs besonders stark vom Financial Fairplay profitieren: Geht man angesichts des Arguments der Verbesserung der Chancengleichheit davon aus, dass die Gehaltsobergrenze so angesetzt ist, dass sie vor allem die finanzstarken Clubs trifft, so ist – selbst im Falle einer begrenzten Umverteilung wegen Überschreitung des Caps durch andere Clubs und dem Vorhandensein zusätzlicher Mittel – nicht gewiss, dass diese tatsächlich für diese Zwecke aufgewendet werden und nicht für die Akquisition weiterer und besserer Spieler unterhalb der Gehaltsobergrenze. Wird die Gehaltsobergrenze demgegenüber nicht überschritten, stehen zumindest für die finanzschwächeren Clubs auch gar keine zusätzlichen Mittel zur Verfügung. Es handelt sich somit aus Sicht des Sekretariats *prima facie* eher um eine Frage der Prioritätensetzung jedes einzelnen Clubs.

69. Nach dem Gesagten erscheint es zumindest denkbar, auch alternative, weniger einschneidende Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, die nicht einseitig – und ohne Einbezug der Spieler – in erster Linie potenziell zu deren Lasten gehen.

II.4.3 Drei-Stufen-Test i. S. von Meca Medina

70. Die National League AG bezieht sich in der Beratungsanfrage im Rahmen ihrer rechtlichen Vorbringen zudem auf die Rechtsprechung des EuGH, welche die Prüfung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen von Sportregeln betrifft.⁵⁴

71. Während der EuGH in früheren Entscheiden im Sportbereich noch mit dem Begriff der Regelungen rein sportlichen Charakters/von rein sportlichem Interesse operierte, welche nicht in den Geltungsbereich des EU-Rechts und somit ebenfalls des Kartellrechts fallen, hat er sich in der Rechtssache *Meca-Medina und Majcen/Kommission* von diesem Ansatz gelöst.⁵⁵ Das Gericht hielt fest, dass sofern die fragliche sportliche Betätigung in den Geltungsbereich des EG-Vertrags falle, die Bedingungen ihrer Ausübung sämtlichen sich aus den einzelnen Vorschriften des EG-Vertrags ergebenden Verpflichtungen unterliegen würden,⁵⁶ womit grundsätzlich auch Regelungen sportlicher Natur nicht der kartellrechtlichen Prüfung entzogen sind. Zur weiteren Überprüfung der fraglichen Sportregel auf ihre Rechtmässigkeit hat der EuGH in der Folge ein dreistufiges Prüfmuster angewendet, der die sportlichen Besonderheiten bei der Auslegung und Anwendung der kartellrechtlichen Tatbestände berücksichtigt.⁵⁷ Demnach gilt in einem *ersten Prüfschritt* der Gesamtzusammenhang im jeweiligen Einzelfall, in dem die Vereinbarung oder der Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkung entfaltet hat, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen. Anschliessend ist als *zweiter Prüfschritt* zu untersuchen, ob die mit dem Beschluss zusammenhängenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit diesen Zielen zusammenhängen. Zuletzt ist als *dritter Prüfschritt* festzustellen, ob die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen im Hinblick auf diese Ziele verhältnismässig sind.⁵⁸ Bezüglich Gesamtzusammenhang wird in der konkreten Sachlage festgehalten, dass mit der Dopingbekämpfung u. a. die Chancengleichheit der Sportler, die Objektivität des Wettkampfs sowie die ethischen Werte des Sports gewährleistet werden sollen.⁵⁹

72. Ein solches Vorgehen existiert in der Schweizer Kartellrechtspraxis (zumindest bislang) nicht und erscheint *prima facie* ungewiss, inwiefern sich ein solches Prüfmuster rein dogmatisch ins Schweizer Kartellrecht einordnen lässt. Auch im Europäischen Raum erscheint die Rechtsprechung diesbezüglich und die genaue Implementierung nicht restlos geklärt.

⁵³ Joint statement by vice-president Joaquin Almunia and president Michel Platini vom 21.3.2012, <www.ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint_statement_en.pdf> (15.3.2021).

⁵⁴ Beratungsanfrage vom 17.2.2021, Rz 21 ff.

⁵⁵ Statt vieler PETER W. HEERMANN, Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports, WuW Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 394–407, 399; Gutachten des Deutschen Bundestags (Fn 10), 26 Ziff. 3.2.3.

⁵⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2006:492, Rz 27, *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

⁵⁷ Vgl. HEERMANN (Fn 55), 399.

⁵⁸ MARTIN STOPPER, Der Kartellrechtliche Prüfungsmaassstab im Sport, SpuRt 5/2020, 216–220, 220; EuGH, ECLI:EU:C:2006:492, Rz 42, *Meca-Medina und Majcen/Kommission* mit Verweis auf die Rechtsache Wouters u. a.

⁵⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2006:492, Rz 43, *Meca-Medina und Majcen/Kommission*.

73. Doch selbst bei einer analogen Prüfung anhand des gezeichneten Drei-Stufen-Tests stellen sich dem Sekretariat ungefähr die gleichen Fragen wie zuvor bei der Beurteilung der Effizienzgründe in Berücksichtigung sportlicher Eigenheiten insbesondere was die Notwendigkeit und die Verhältnismässigkeit des Eingriffs betreffen.

II.4.4 Missbräuchliche Verhaltensweise i. S. von Art. 7 KG

74. Aufgrund der bestehenden Zweifel im Rahmen der Prüfung nach Art. 5 KG kann eine weitere Prüfung grundsätzlich unterbleiben, zumal für das Sekretariat angesichts der vorliegenden Konstellation eine mögliche Wettbewerbsabrede im Zentrum steht. Es sind die Clubs, die das Aktionariat der Liga bilden und das Financial Fairplay [...] einführen wollen, wobei sie abgesehen davon miteinander im Wettbewerb stehen. Damit unterscheidet sich die Situation seit der Loslösung vom Verband zumindest teilweise von den typischen Verbandsstrukturen, bei denen die Beschlüsse grundsätzlich über die einzelnen Verbandseinheiten erfolgen. Allerdings ändert sich dadurch nichts an der Tatsache, dass die National League AG die einzige oberste Spielklasse im Schweizer Eishockey betreibt und infolgedessen eine marktbeherrschende Stellung wahrscheinlich

ist, jedenfalls was die Organisation (und Vermarktung) der Liga betrifft. Sollte sodann eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegen, würde es bei der Prüfung der legitime business reasons wiederum auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung hinauslaufen, mit denselben Bedenken, die sich bereits im Rahmen von Art. 5 KG gestellt haben.

III. Fazit

75. Als Gesamtfazit kann festgehalten werden, dass das angedachte Financial Fairplay-Konzept der National League nach der Einschätzung des Sekretariats nicht von vornherein als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft werden kann. Es stellen sich einige Fragen rechtlicher und tatsächlicher Natur und es erscheint fraglich, ob mit diesem Konstrukt die Voraussetzung der Notwendigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG erfüllt ist und ob tatsächlich eine sportliche Ausgeglichenheit in der Liga in einem einigermaßen wesentlichen Umfang erreicht werden kann, resp. diese wesentlich gefördert werden kann. Aus Sicht des Sekretariats erscheinen sodann einige Alternativen prüfenswert, die *prima facie* ein milderer Mittel darstellen, um die vorgebrachten Ziele zu erreichen, den Wettbewerb aber weniger intensiv beeinträchtigen.

B 1.4

2. Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch**I. Sachverhalt**

1. Der Schweizer Tierschutz STS unterscheidet zwischen drei verschiedenen Produktionsarten für Fleisch: Konventionell, Label und Bio. Die Produktion von Bio- und Label-Fleisch ist teurer, weil strengere Vorgaben eingehalten werden müssen. Ausserdem sind die Margen des Detailhandels bei Bio- und Label-Fleisch höher als bei konventionellem Fleisch. Deshalb sind die Verkaufspreise für Bio- und Label-Fleisch im Vergleich zu konventionell produziertem Fleisch deutlich höher.

2. Die Nachfrage nach Bio- und Label-Fleisch reagiert relativ stark auf Preisanpassungen (relativ hohe Eigenpreiselastizität). Ausserdem hat der Preis für konventionelles Fleisch einen Einfluss auf die Nachfrage nach Bio- und Label-Fleisch: Je tiefer die Verkaufspreise für konventionelles Fleisch ausfallen, desto geringer die Nachfrage nach Bio- und Label-Fleisch.

3. Der Schweizer Tierschutz STS möchte möglichst viele schweizerische Detailhändler dazu bewegen, unter sich eine Vereinbarung abzuschliessen. Ziel dieser Vereinbarung ist die schweizweite Förderung des Absatzes von Bio- und Label-Fleisch, da dieses tierfreundlicher hergestellt wird als konventionelles Fleisch.

4. Dieses Ziel soll durch die Anpassung des relativen Verkaufspreises von Bio- und Label-Fleisch im Vergleich zu konventionellem Fleisch erreicht werden: Bio- und Label-Fleisch soll im Vergleich zu konventionellem Fleisch günstiger werden.

5. Konkret ist vorgesehen, dass sich die Detailhändler dazu verpflichten sollen, die Marge auf den Produzentenpreis bei Bio- und Label Fleisch nicht höher als bei konventionell produziertem Fleisch anzusetzen. Dieses Konzept einer «maximalen Produzenten-/Konsumentenpreisrelation» wird nachfolgend am Beispiel von Hinterschinken illustriert.

Tabelle 1: Beispiel Hinterschinken.

Produktionsart	Produzentenpreis		Aktueller Verkaufspreis		Maximaler Verkaufspreis (Fr./kg)
	Fr./kg	%	Fr./kg	%	
Konventionell	4.65	100 %	19.60	100 %	
Label	5.15	111 %	39.10	199 %	21.71
Bio	6.50	140 %	53.50	273 %	27.40

Quelle: Schweizer Tierschutz STS, E-Mail vom 7. Dezember 2020.

6. Die Produzentenpreise für konventionelles und Bio-Fleisch werden regelmässig vom Bundesamt für Landwirtschaft erhoben. Für Label-Fleisch gibt es Erhebungen der einzelnen Label. Die Detailhändler können diese Produzentenpreise im Wesentlichen nur in eine Richtung beeinflussen: Sie können den Produzenten mehr als den marktüblichen Preis bezahlen, haben aber nicht die Möglichkeit, die entsprechenden Produkte zu tieferen Preisen zu beziehen.

7. Aus Tabelle 1 ist ersichtlich, dass der Produzentenpreis für Bio-Hinterschinken im Vergleich zu konventionellem Hinterschinken rund 40 % höher ausfällt, während der entsprechende Zuschlag für Label-Hinterschinken rund 11 % beträgt.

8. Gemäss der vorgesehenen Vereinbarung dürfen deshalb die beteiligten Detailhändler Label-Hinterschinken höchstens zu einem um 11 % höheren Preis als konventionellen Hinterschinken verkaufen. Bei Bio-Hinterschinken darf der entsprechende Preisunterschied höchstens 40 % ausmachen. Wenn ein Detailhändler den konventionellen Hinterschinken zu einem Preis von Fr. 19.60 verkauft, darf er aus diesem Grund Label-Hinterschinken höchstens zu einem Preis von Fr. 21.71

und Bio-Hinterschinken höchstens zu einem Preis von Fr. 27.40 verkaufen.

9. Wenn die Margen auf den Produzentenpreis bei Label- und Bio-Fleisch wie im in Tabelle 1 dargestellten Beispiel höher ausfallen als bei konventionellem Fleisch, müssten die Detailhändler bei unveränderten Produzentenpreisen den Verkaufspreis für konventionelles Fleisch anheben bzw. die Preise für Label- und Bio-Fleisch senken.

10. Es ist vorgesehen, dass neben den Detailhändlern auch Produzentenorganisationen und Labelorganisationen einbezogen werden sollen. In welcher Form diese Organisationen eingebunden werden sollen, ist im Moment noch unklar. Da ausserdem die vorgesehene maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelation nur die Detailhändler in die Pflicht nimmt, beschränkt sich die vorliegende Beratung auf die vorgesehene Vereinbarung zwischen den Detailhändlern.

11. Im Moment ist ausserdem noch unklar, ob Aktionen ebenfalls von der vorgesehenen Regelung erfasst wären und wie die Einhaltung der Vereinbarung sichergestellt werden soll.

II. Kartellrechtliche Beurteilung

Wettbewerbsabrede

12. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der vorgesehenen Vereinbarung um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handeln könnte. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

13. Im vorliegenden Fall ist vorgesehen, dass die an der Vereinbarung beteiligten Detailhändler sich gegenseitig verpflichten, gewisse Vorgaben in Bezug auf die relativen Verkaufspreise von Bio-, Label- und konventionellem Fleisch einzuhalten. Dabei handelt es sich um eine Koordination des Verhaltens von Unternehmen der gleichen Marktstufe.

14. Die Koordination betrifft den relativen Preis von Substituten (vgl. Rz 2 vorne). Dabei handelt es sich um einen Wettbewerbsparameter. Indem sich die an der Vereinbarung beteiligten Detailhändler verpflichten, bestimmte Vorgaben in Bezug auf relative Preise einzuhalten, schränken sie ihre Handlungsfreiheit im Wettbewerb ein. Eine solche Einschränkung kann zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen.

15. Aus diesen Gründen handelt es sich bei der vorgesehenen Vereinbarung voraussichtlich um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Unzulässige Wettbewerbsabrede

16. Als nächstes ist zu prüfen, ob die vorliegende Wettbewerbsabrede unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist. Das ist der Fall, falls der Wettbewerb durch die Abrede beseitigt wird oder falls die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

Beseitigung des Wettbewerbs

17. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung des Wettbewerbs u.a. vermutet, falls es sich (i) um eine Abrede zwischen tatsächlich im Wettbewerb stehende Unternehmen handelt und (ii) die Abrede die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen betrifft. Deshalb wird zunächst geprüft, ob es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Vereinbarung um eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handeln könnte.

18. Da die an der geplanten Vereinbarung beteiligten Detailhändler tatsächlich im Wettbewerb stehen, handelt es sich um eine horizontale Wettbewerbsabrede. Damit ist Voraussetzung (i) erfüllt.

19. Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden Vereinbarung ist der relative Preis von Substituten. Durch die Vereinbarung wird der Spielraum der Detailhändler in Bezug auf die Preissetzung eingeschränkt. Deshalb handelt es sich voraussichtlich um eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.¹

20. Allerdings werden durch die vorliegend zu beurteilende Vereinbarung keine absoluten Preise und auch nicht die absolute Höhe von Preisbestandteilen festge-

legt. In Bezug auf die relativen Preise schränken sich die an der vorgesehenen Vereinbarung beteiligten Detailhändler jedoch ein, allerdings verbleibt ihnen diesbezüglich voraussichtlich ein gewisser Spielraum. Ausserdem ist jedenfalls nicht offensichtlich, dass die Vereinbarung darauf abzielt, den Preiswettbewerb zwischen den daran beteiligten Detailhändlern zu beeinträchtigen oder sogar auszuschalten.

21. Aus diesen Gründen und da die Wettbewerbsbehörde die Vereinbarung relativer Preise bisher noch nie abschliessend beurteilt, wird offengelassen, ob es sich bei der vorliegenden Vereinbarung um eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handelt. Zudem dürfte es sich bei der vorliegenden Vereinbarung selbst dann um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handeln, wenn sie nicht als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a qualifiziert wird (vgl. Rz 23 ff. unten). Ob die vorliegende Vereinbarung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a subsumiert werden kann, hat deshalb nur einen Einfluss darauf, ob sie gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionsbedroht ist (vgl. Rz 33 f. unten), nicht aber auf die Beurteilung der Zulässigkeit.

22. Ob die vorliegende Vereinbarung zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen könnte, hängt insbesondere von der Marktstellung der daran beteiligten Detailhändler ab: Je schwächer diese Stellung ausfällt, desto unwahrscheinlicher ist es, dass der Wettbewerb beseitigt werden könnte. Da im Moment noch nicht feststeht, welche Detailhändler an der zu beurteilenden Abrede beteiligt wären, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden, ob die geplante Vereinbarung den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte. Diese Frage kann auch deshalb offen gelassen werden, weil es sich selbst dann um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handeln dürfte, wenn sie nicht zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen würde (vgl. Rz 23 ff. unten).

Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

23. Auch wenn die vorliegende Abrede den Wettbewerb nicht beseitigt, handelt es sich gemäss Art. 5 Abs. 1 KG um eine unzulässige Wettbewerbsabrede, falls sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Deshalb wird als nächstes geprüft, ob die Vereinbarung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

24. Dabei ist zu beachten, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in der Regel die Erheblichkeitsschwelle bereits aufgrund der Art der Abrede erreichen.² Im vorliegenden Fall wurde nicht abschliessend geklärt, ob es sich bei der geplanten Vereinbarung um eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handelt. Jedenfalls handelt es sich nicht um eine herkömmliche Preisabrede, bei welcher die absolute Höhe von Preiselementen vereinbart wird. Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob die Vereinbarung den Wettbewerb voraussichtlich erheblich beeinträchtigt.

¹ Zum Begriff der Preisabrede vgl. z.B. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 378 ff.

² BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, *Gaba*.

25. Gemäss der geplanten Vereinbarung sollen die relativen Preise für konventionelles, Label- und Bio-Fleisch nicht wie bisher individuell durch die im Wettbewerb stehenden Detailhändler festgelegt werden. Stattdessen soll vereinbart werden, dass sich die Detailhändler in der Preissetzung einschränken. Die Vereinbarung ist geeignet, eine Verschiebung der Nachfrage von konventionellem zu Label- und Bio-Fleisch herbeizuführen. Genau darin besteht auch ihr Zweck.

26. Im Wettbewerb ergeben sich die relativen Preise aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Eine zentrale Funktion des Wettbewerbs besteht darin, über relative Preise die relative Knappheit verschiedener Güter zu signalisieren, was unter bestimmten Voraussetzungen zu einer effizienten Allokation der verfügbaren Ressourcen führt. Die vorliegende Abrede greift in diese zentrale Funktion ein. Deshalb liegt voraussichtlich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vor.³ Das trifft jedenfalls dann zu, wenn es sich bei den an der Abrede beteiligten Detailhändlern um relevante Marktakteure handelt.

Rechtfertigungsgründe

27. Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zulässig, wenn sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.⁴ In Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG sind die möglichen Rechtfertigungsgründe abschliessend aufgezählt.⁵ Mögliche Rechtfertigungsgründe sind demnach (i) die Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, (ii) die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, (iii) die Förderung der Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen, sowie (iv) die rationellere Nutzung von Ressourcen. Es genügt, wenn einer dieser Gründe gegeben ist.⁶

28. Der Schweizer Tierschutz STS bringt vor, die vorliegende Vereinbarung bezwecke die Förderung des Tierwohls (vgl. Rz 3 vorne). Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob die Vereinbarung durch diesen Grund gerechtfertigt werden kann.

29. Die Förderung des Tierwohls kann nicht unter die Rechtfertigungsgründe (i), (ii) oder (iii) subsummiert werden. Zu prüfen ist deshalb lediglich eine allfällige Subsumption unter den Rechtfertigungsgrund (iv) der rationelleren Nutzung von Ressourcen.

30. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Begriff der «Ressource» weit auszulegen: Auch öffentliche Güter und natürliche Ressourcen gehören dazu.⁷ Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob die Förderung des Tierwohls grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG dienen kann. Selbst wenn das der Fall wäre, ist jedenfalls ein genügend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt erforderlich.⁸ Im vorliegenden Fall ist dieser Bezug nicht ausreichend eng: Die Förderung des Tierwohls ist ein allgemeines Anliegen, welches bereits in einem Bundesgesetz geregelt ist.⁹ Dadurch wird ein allfälliges Marktversagen bereits korrigiert. Ausserdem ist der Bezug zwischen der Vereinbarung und der Förderung des Tierwohls indirekt, da nicht die Produkte oder Produktionsprozesse der

Detailhändler, sondern diejenigen der vorgelagerten Fleischproduzenten beeinflusst werden sollen.

31. Ausserdem müsste die Abrede notwendig sein, damit sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte.¹⁰ Im vorliegenden Fall ist insbesondere unklar, weshalb die einzelnen Detailhändler ihre Margen für Label- und Biofleisch nicht unabhängig voneinander anpassen könnten. Deshalb ist die vorliegende Vereinbarung voraussichtlich nicht notwendig.

32. Insbesondere weil kein ausreichend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt vorliegt und weil die Abrede nicht notwendig ist, kann diese voraussichtlich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG gerechtfertigt werden.

Fazit und Rechtsfolge

33. Bei der vorgesehenen Vereinbarung handelt es sich mutmasslich um eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Selbst wenn dadurch der Wettbewerb nicht beseitigt werden sollte, ist die Vereinbarung voraussichtlich unzulässig, da sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Wird die Vereinbarung als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eingeordnet, könnten die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens im Sinne von Art. 27 KG gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für den entsprechenden Verstoss gegen das Kartellgesetz direkt sanktioniert werden.

34. Selbst wenn es sich bei der vorgesehenen Vereinbarung nicht um eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handeln sollte, wäre die Vereinbarung voraussichtlich unzulässig. In diesem Fall könnte die Wettbewerbsbehörde die Vereinbarung untersagen, könnte aber keine direkte Sanktion aussprechen. Die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen könnten erst bei einem Verstoss gegen die entsprechende Verfügung der Wettbewerbsbehörde gemäss Art. 50 KG mit einer Sanktion belastet werden.

³ Vgl. BGE 129 II 28, 24 f. E. 5.2.1, *Sammelrevers*.

⁴ Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b KG können Abreden, welche den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

⁵ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Sammelrevers*.

⁶ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Sammelrevers*.

⁷ BGE 129 II 28, 46 f. E. 10.3.3, *Sammelrevers*.

⁸ Vgl. RPW 2005/2, 266 Rz 92, *Swico/Sens*; RPW 2005/1, 242 Rz 31, *Klimarappen*. Vgl. in diesem Zusammenhang auch RPW 2004/4, 1075 ff. Rz 122 ff., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

⁹ Tierschutzgesetz, SR 455. Ausserdem ist am 15. Oktober 2019 die unter anderem vom Schweizer Tierschutz unterstützte Volksinitiative «Keine Massentierhaltung in der Schweiz (Massentierhaltungsinitiative)» zustande gekommen. Im Rahmen der entsprechenden Volksabstimmung hat die Bevölkerung erneut die Gelegenheit, sich für oder gegen eine Verschärfung der Vorschriften betreffend den Tierschutz auszusprechen.

¹⁰ Zum Erfordernis der Notwendigkeit vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 2), Art. 5 N 319 ff.

B 1.4	3. Währungsumrechnung des Umsatzes für die Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 KG
-------	--

Fragestellung

Welcher Umrechnungskurs ist zu verwenden, wenn der Umsatz eines beteiligten Unternehmens, das seine Umsätze in ausländischer Währung ausweist, in Schweizer Franken umzurechnen ist, wenn das Geschäftsjahr dieses Unternehmens vom 1. April bis zum 31. März dauert?

Beurteilung

Vorliegend geht es um die Umrechnung in Schweizer Franken des Umsatzes eines beteiligten Unternehmens gemäss Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 VKU, das seinen Geschäftsjahresabschluss in einer Fremdwährung erstellt. Das einzelne Geschäftsjahr kann dabei mit dem Kalenderjahr zusammenfallen oder aber von diesem abweichen.

Art. 4 Abs. 2 Satz 2 VKU bestimmt, dass «Umsätze in ausländischen Währungen nach den in der Schweiz geltenden Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung in Schweizer Franken umzurechnen [sind].» Die Rechnungslegung in Schweizer Franken wird im Obligationenrecht¹ unter dessen 32. Titel «Kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung» legiferiert (Art. 957 ff. OR).

Gemäss Art. 958d Abs. 3 Satz 2 u. 3 OR müssen, sofern für die Jahresrechnung nicht die Landeswährung verwendet wird, deren Werte zusätzlich in Schweizer Franken angegeben werden und die dafür verwendeten Umrechnungskurse sind im Anhang offenzulegen und gegebenenfalls zu erläutern. Weitere Erläuterungen, wie diese zusätzlich anzugebenden Schweizer Franken-Werte konkret umzurechnen sind, enthalten weder das Gesetz noch die Botschaft.² Vielmehr hält die Botschaft selbst fest, der Entwurf zur grossen Aktienrechtsrevision 2007 lasse eine Mehrzahl von Umrechnungskursen zu und eröffne damit die Verwendung unterschiedlicher Umrechnungsmethoden, beispielsweise Stichtagskurs für Positionen der Bilanz und Durchschnittskurs für Positionen der Erfolgsrechnung.³

Die Jahresrechnung besteht aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang (vgl. Art. 958 Abs. 2 OR). Die gemäss Art. 4 Abs. 1 VKU für die Umsatzberechnung relevanten Erlöse erscheinen in der Erfolgsrechnung⁴, die eine Gegenüberstellung von Aufwänden und Erträgen innerhalb einer bestimmten Rechnungsperiode ist. Die Erträge werden durch das Verkaufen von Waren oder Dienstleistungen generiert.

Gemäss der Schweizer Rechnungslegungspraxis sind Positionen der Erfolgsrechnung in Fremdwährung grundsätzlich zum Wechselkurs am Tag des Geschäftsvorfalles umzurechnen. Dieser Wechselkurs darf jedoch – soweit keine wesentlichen Kursschwankungen stattgefunden haben – mit einem Periodendurchschnittskurs approximiert werden.⁵ In der Praxis werden Positionen der Erfolgsrechnung daher regelmässig zum Jahres-

durchschnittskurs in Schweizer Franken umgerechnet. Dementsprechend ist gemäss dem Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission zur Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21. Oktober 2014 (Stand: 5. Februar 2021), Teil II: Formular, Ziff. 3⁶ die Umrechnung von Umsätzen in ausländischen Währungen gestützt auf den jährlichen durchschnittlichen Wechselkurs gemäss Veröffentlichungen der Schweizerischen Nationalbank («SNB») durchzuführen. Die dafür notwendigen Angaben finden sich auf der Website der SNB.⁷ Konkret führt die SNB auf ihrem Datenportal «data.snb.ch» für die wichtigsten Fremdwährung sowohl den Jahresmittelkurs wie auch die einzelnen Monatsmittelkurse in Schweizer Franken auf.

Gemäss Art. 958 Abs. 1 OR ist Zweck der Rechnungslegung, dass sie «die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darstellt, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können.» Dieses zuverlässige Urteil über eine Erfolgsrechnung in Fremdwährung können sich Dritte in Schweizer Franken nur dann bilden, wenn der für die Umrechnung in Schweizer Franken verwendete Jahresdurchschnittskurs dem tatsächlichen Jahresdurchschnittskurs der für die Erfolgsrechnung relevanten Rechnungslegungsperiode entspricht. Es ist mit anderen Worten folglich zum tatsächlichen Jahresdurchschnittskurs des konkret in Frage stehenden Geschäftsjahres mit seinen zwölf Monaten umzurechnen.

Wie zu Beginn erwähnt, kann das Geschäftsjahr, das für die Berechnung des Umsatzes für die Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 KG heranzuziehen ist, mit dem letzten Kalenderjahr zusammenfallen oder nicht. Aufgrund der vorstehenden Erkenntnis, dass die Umrechnung des Fremdwährungsumsatzes in Schweizer Franken auf

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, OR); SR 220.

² Vgl. Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», 2014 (zit. HWP Buchführung und Rechnungslegung), 46.

³ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1703.

⁴ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 N 104.

⁵ HWP Buchführung und Rechnungslegung, 47; STEPHAN GLANZ/DIETER PFAFF, in: Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Pfaff/Glanz/Stenz/Zihler (Hrsg.), 2014, Art. 958d N 37.

⁶ <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (02.08.2020).

⁷ <www.snb.ch> > Publikationen > data.snb.ch > Tabellenangebot > Zinssätze, Renditen und Devisenmarkt > Devisenmarkt.

Basis des tatsächlichen Jahresdurchschnittskurses des konkret relevanten Geschäftsjahres zu erfolgen hat, ergeben sich im Einzelfall folglich zwei Grundszenarien der Währungsumrechnung. Für beide Grundszenarien stellt die SNB den nötigen Umrechnungs-Mittelkurs zur Verfügung:

- Fallen das Geschäftsjahr und das Kalenderjahr zusammen, ergibt sich der für die Umrechnung des Fremdwährungsumsatzes in Schweizer Franken relevante Wechselkurs direkt aus dem *Jahresmittelkurs* der SNB für das Kalenderjahr, dem das Geschäftsjahr entspricht. An einem Beispiel erklärt: Das für das Zusammenschlussvorhaben relevante Geschäftsjahr dauerte vom 1. Januar 2020 bis zum 31. Dezember 2020. Der Geschäftsabschluss eines beteiligten Unternehmens wurde in Euro erstellt und sein Umsatz für dieses Geschäftsjahr beträgt 100 Millionen Euro. Für das Kalenderjahr 2020 lag der Jahresmittelkurs des Schweizer Frankens für EUR 1.– gemäss SNB bei 1.0705. 100 Millionen Euro betragen somit 107'050'000 Schweizer Franken.
- Fällt das Geschäftsjahr, wie in der Fragestellung, hingegen nicht mit dem Kalenderjahr zusammen, ist der für die Währungsumrechnung heranzuziehende jährliche durchschnittliche Wechselkurs auf Basis der

12 Monatsmittelkurse der SNB zu ermitteln, die zusammen das relevante Geschäftsjahr abbilden. An einem Beispiel erklärt, das an die Fragestellung angelehnt ist: Das Geschäftsjahr eines beteiligten Unternehmens dauerte vom 1. April 2020 bis zum 31. März 2021. Sein Geschäftsabschluss in Euro liegt bereits vor und gemäss diesem beträgt sein Umsatz für dieses Geschäftsjahr 100 Millionen Euro. Auf dem Datenportal der SNB kann in einem ersten Schritt eine Übersicht zu den einzelnen *12 Monatsmittelkursen* für die Periode vom 1. April 2020 bis zum 31. März 2021 abgefragt werden. In einem zweiten Rechnungsschritt ergibt die Summe der 12 Monatsmittelkurse geteilt durch 12 den tatsächlichen Jahresmittelkurs für das konkret in Frage stehende Geschäftsjahr. Mithin ergibt sich vorliegend für die Periode vom 1. April 2020 bis zum 31. März 2021 ein Jahresmittelkurs des Schweizer Frankens für EUR 1.– von 1.0761025. 100 Millionen Euro betragen somit 107'610'250 Schweizer Franken. Die tabellarische Übersicht der SNB zu den einzelnen 12 Monatsmittelkursen kann als Excel-Sheet heruntergeladen werden und der tatsächliche Jahresmittelkurs für das kartellrechtlich relevante Geschäftsjahr alsdann über die einschlägigen Excel-Funktionen einfach und schnell berechnet werden.

B 1.4	4. Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA
-------	--

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 und Fragestellung

1. Das Bundesamt für Strassen (nachfolgend: ASTRA) schilderte in seiner Beratungsanfrage in sachverhaltsmässiger Hinsicht Folgendes und warf die folgenden Fragen auf:

2. Das ASTRA führe das Informationssystem Verkehrszulassung IVZ mit dem Subsystem IVZ-Fahrzeuge. Die in diesem Register gesammelten Daten könnten und würden teilweise Dritten zugänglich gemacht werden.¹

3. Unter anderem liefere das ASTRA der [X AG] gestützt auf einen seit vielen Jahren bestehenden Vertrag wöchentlich Daten hinsichtlich der von ihr in die Schweiz importierten Kraftfahrzeuge (KFZ). Die Daten würden die Postleitzahl (PLZ) des KFZ-Halters sowie die Stamm- und Fahrgestellnummer des KFZ enthalten. Mittels der gelieferten Daten könne die [X AG] insbesondere die Gebietseinflüsse ihrer Vertriebspartner erkennen, d.h. analysieren, welcher Vertriebspartner wohin liefert, sowie allfällige Lücken in ihrem eigenen Vertriebsnetz entdecken und das Vertriebsnetz optimieren. Diese Daten über die von der [X AG] importierten KFZ würden ausschliesslich der [X AG] [...] zur Verfügung gestellt werden. Aktuell bestünde nur noch ein weiterer solcher Vertrag mit dem Anbieter von Nutzfahrzeugen der [...].

4. Auf Nachfrage des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) teilte das ASTRA ferner mit, dass das ASTRA der [X AG] anstelle des bisherigen Datensatzes auch einen anderen geographischen Datensatz liefern könnte. Diese würde nicht die Stamm- und Fahrgestellnummer des KFZ enthalten, sondern nur die Typengenehmigungsnummer. Mit einem solchen Datensatz könne die [X AG] zwar auch allfällige Lücken im eigenen Vertriebsnetz ausfindig machen, es wäre ihr damit aber nicht möglich, zu erkennen, von welchem Vertriebspartner ein bestimmtes KFZ in ein bestimmtes Gebiet verkauft worden sei.

5. [Früher habe das ASTRA solche Daten restriktiv bekannt gegeben]. Mittlerweile wolle das ASTRA die Daten einem grösseren Adressatenkreis zugänglich machen (open data) und nur noch eine Aufwandsentschädigung erheben. Die Daten seien für das Gewerbe sehr wichtig.

6. Das ASTRA möchte wissen, ob die bisherige, vertraglich vereinbarte Datenlieferung an die [X AG] mit den Bestimmungen des Kartellgesetzes vereinbar sei, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der [...] gleichzeitig als Importeur und als Händler und damit als Konkurrent der Vertriebspartner der [X AG] in der Schweiz auftrete. Weiter bittet das ASTRA um eine Einschätzung, ob es besser sei, die bislang gelieferten Daten künftig auch anderen KFZ-Importeuren hinsichtlich der von

ihnen importierten KFZ gegen eine Aufwandsentschädigung zur Verfügung zu stellen, oder ob es vorzuziehen wäre, diese Daten Dritten künftig gar nicht mehr zugänglich zu machen.

II. Beurteilung

1. Allgemeines

7. Die Wettbewerbsbehörden wenden das Kartellgesetz an. Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

8. Die Wettbewerbsbehörden können insbesondere dann tätig werden, wenn konkrete Hinweise auf einen Verstoss gegen das Kartellgesetz vorliegen, wonach zwei oder mehrere Unternehmen unzulässige Wettbewerbsabreden treffen könnten, beispielsweise über die Festsetzung von Preisen oder die Aufteilung von Gebieten (Art. 5 KG), oder aber ein marktbeherrschendes Unternehmen sich missbräuchlich verhalten könnte (Art. 7 KG). Darüber hinaus beobachten die Wettbewerbsbehörden laufend die Wettbewerbsverhältnisse (Art. 45 Abs. 1 KG) und sie setzen sich auch gegenüber Behörden und dem Gesetzgeber für die Belange des wirksamen Wettbewerbs ein (vgl. Art. 45 Abs. 2, Art. 46 und 47 KG).

9. In Bezug auf die von Ihnen gestellten Fragen ist damit erstens darauf einzugehen, ob das aktuelle oder geplante Verhalten des ASTRA betreffend die Lieferung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen einen Kartellrechtsverstoss darstellen könnte (vgl. dazu unten Rz 10 ff.). Zweitens ist zu erläutern, ob es allgemein mit Blick auf die Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs empfehlenswert sein könnte, das aktuelle Verhalten des ASTRA anzupassen (vgl. dazu unten Rz 22 ff.). Zur Klarstellung ist zu betonen, dass das Sekretariat die Anfrage des ASTRA einzig unter dem Blickwinkel des Kartellrechts beurteilt. Insbesondere erfolgt keine Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht.

2. Allfälliger Verstoss gegen das Kartellgesetz

2.1 Zum persönlichen Anwendungsbereich

10. Das Kartellgesetz ist nur auf «Unternehmen» anwendbar (Art. 2 Abs. 1 KG). Die vorliegende Lieferung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ vom ASTRA an die [X AG] könnte damit überhaupt nur dann als Gesetzesverstoss gemäss Art. 5 oder Art. 7 KG qualifiziert werden, wenn das ASTRA als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu betrachten wäre.

¹ Vgl. <<https://www.astra.admin.ch/astra/de/home/dokumentation/daten-informationsprodukte/fahrzeugdaten.html>> (1.6.2021).

11. 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 Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen – und nicht formellen – Unternehmensbegriff aus,² weshalb insbesondere auch der Staat bzw. eine Amtsstelle als Unternehmen qualifiziert werden kann, soweit er bzw. sie Güter oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess anbietet oder nachfragt.³ Nicht erforderlich ist für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs, dass der Anbieter oder Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen mit Gewinnerzielungsabsicht handelt⁴ oder dass seine Tätigkeit auf Dauer oder Wiederholung angelegt ist.⁵

12. Vorliegend ist fraglich, ob das ASTRA in Bezug auf die Lieferung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts zu qualifizieren ist. Für die Unternehmenseigenschaft des ASTRA spricht in casu, dass es sich bei den vom ASTRA angebotenen Datensätzen über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ um beschränkt bzw. gar nicht anderweitig verfügbare Informationsgüter handelt. Diese Daten sind für die Nachfrager (z. B. die [X AG]) für deren kommerzielle Tätigkeit von Nutzen, weshalb eine Nachfrage im Wirtschaftsprozess danach besteht und Nachfrager bereit sind, ein Entgelt für das vom ASTRA angebotene Gut zu bezahlen. Indes ist eine endgültige Beurteilung der Unternehmenseigenschaft des ASTRA mangels genauer Sachverhaltskenntnis nicht möglich und wegen fehlender Relevanz für das Endergebnis (vgl. dazu unten 3.) auch nicht erforderlich. Ob das ASTRA in Bezug auf die Lieferung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts zu qualifizieren ist, wird daher für die weitere Beurteilung offengelassen.

2.2 Zu vorbehaltenen Vorschriften

13. 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)⁶. Solche Vorschriften sind vorliegend nicht ersichtlich. Insbesondere stellen die Vorschriften der Verordnung über das Informationssystem Verkehrszulassung (IVZV)⁷ keine vorbehaltenen Vorschriften dar, da diese Regelungen weder die Datenbekanntgabe an Private zwingend vorschreiben noch die Art bzw. den Inhalt der bekanntgegebenen Daten festlegen (vgl. Art. 18 Abs. 2 IVZV).

2.3 Zum allfälligen Kartellrechtsverstoss

14. Wäre das ASTRA als Unternehmen zu qualifizieren, so wäre es hinsichtlich seiner unternehmerischen Tätigkeit unmittelbar an das Kartellrecht gebunden. Es dürfte dann keine unzulässigen Wettbewerbsabreden gem. Art. 5 KG treffen und eine allfällige marktbeherrschende Stellung nicht im Sinne von Art. 7 KG missbrauchen. In

casu wäre beim Vorliegen einer Unternehmenseigenschaft zum einen zu prüfen, ob die Bekanntgabe der Daten an die [X AG] einen unzulässigen Informationsaustausch im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen könnte (siehe dazu Rz 15 ff.). Zum anderen würde sich die Frage stellen, ob das ASTRA mit Blick auf die Einzigartigkeit der von ihm angebotenen Datensätze über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, aus welcher gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a, b und e KG die Pflicht zur diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung der Daten über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ folgen könnte (siehe dazu Rz 19 ff.).

2.3.1 Ggf. unzulässiger Informationsaustausch gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

15. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kann ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen unzulässig sein.⁸ Ob dies der Fall ist, erfordert umfangreiche Sachverhaltsmittlungen hinsichtlich der Marktstellung eines Unternehmens und der Wirkungen der abzuklärenden Verhaltensweisen. Die endgültige Beurteilung eines konkreten Informationsaustausches kann daher in der Regel nicht im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG erfolgen. Das Sekretariat beschränkt sich deshalb nachfolgend auf die folgenden Ausführungen.

16. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd sein.⁹ Problematisch ist der Informationsaustausch insbesondere dann, wenn die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen.¹⁰ Aber auch dann, wenn die Informationen nicht als geheim, aber doch als üblicherweise vertraulich einzustufen sind, ist von einem heiklen Austausch sensibler Informationen auszugehen.¹¹ Der Austausch von Informationen zu wichtigen Wettbewerbsparametern wie Preisen, Mengen oder Umsätzen ist problematischer als der Austausch von weniger sensiblen Informationen wie Marktanteile, Lagerbestände oder Kapazitätsauslastungen.¹² Die Beurteilung eines Informationsaustausches macht stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. Der Austausch ist umso problematischer, je mehr er die Unternehmen in die Lage versetzt, das Verhalten der Konkurrenten zu antizipieren.¹³

² Siehe dazu zuletzt Urteil des BVerG B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 f., *ADSL II*.

³ Das Sekretariat der Wettbewerbskommission qualifizierte z. B. die Konzessionierung von Nutzungsrechten am öffentlichen Grunde als unternehmerische Tätigkeit der Stadt Luzern; RPW 2003/1, 77 f. Rz 15 ff., *Plakatierung der Stadt Luzern*.

⁴ RPW 1998/2, 201 Rz 12, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*.

⁵ Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 2 Rz 16 m.w.N.

⁶ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, passim (= RPW 2015/1, 131 ff. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁷ Verordnung vom 30.11.2018 über das Informationssystem Verkehrszulassung (IVZV); SR 741.58.

⁸ Vgl. dazu etwa RPW 2011/4, 583 ff. Rz 381 ff., *Ascopa*.

⁹ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Rz 150.

¹⁰ RPW 2011/4, 584 Rz 391, *Ascopa*.

¹¹ RPW 2011/4, 517 ff., *Benchmarking Hypothekarzinsenmargen*; RPW 2007/1, 144 Rz 37, 167, *Praxis im Versicherungsbereich*.

¹² Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-KG (Fn 9), Art. 4 Rz 159 m.w.N.

¹³ Vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-KG (Fn 9), Art. 4 Rz 152 m.w.N.

17. Mit Blick auf die vorangehenden Ausführungen erscheint es daher kartellrechtlich problematisch, wenn das ASTRA mit der [X AG] solche Informationen austauscht, welche den Konkurrenten der [X AG] bzw. der [...]Gruppe nicht zur Verfügung stehen und welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern. Daher ist für die künftige Datenbekanntgabe insbesondere sicherzustellen, dass durch die Zurverfügungstellung der Daten weder direkt noch indirekt Geschäftsgeheimnisse bzw. sensible Daten bekannt gegeben werden bzw. nicht aus den bekanntgegebenen Daten ableitbar sind. Würde das ASTRA etwa Informationen bekannt geben, aus denen sich für die Unternehmen zumindest indirekt Verkaufsmengen, Umsätze und Absatzgebiete von Konkurrenten ergeben (vgl. auch Rz 16), so bestünde die Gefahr der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-Brandwettbewerbs und von Gebietsaufteilungen.¹⁴

18. Vor diesem Hintergrund erachtet es das Sekretariat insbesondere als problematisch, dass die [X AG] aus den bisher gelieferten Daten die Gebietseinflüsse ihrer Vertriebspartner ableiten kann und zu analysieren vermag, welcher Vertriebspartner welches KFZ wohin liefert (vgl. Rz 3). Zudem könnte die Bekanntgabe dieser Daten die Identifizierung der Vertriebspartner, die Parallelimporte tätigen, erleichtern. Solche Informationen über das Tätigkeits- bzw. Absatzgebiet von Vertriebspartnern stellen typischerweise Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen dar¹⁵ und sollten der [X AG] nicht bekannt gegeben werden. Es ist daher zu empfehlen, wenn das ASTRA der [X AG] künftig nicht mehr die Stamm- und Fahrgestellnummer bekannt gibt und sicherstellt, dass die [X AG] aus den gelieferten Daten nicht mehr ableiten kann, welcher Vertriebspartner welches von der [X AG] eingeführte KFZ wohin verkauft hat (vgl. auch Rz 4), zumal dies für allfällig effizienzsteigernde Optimierungen nicht notwendig ist.

2.3.2 Allfälliger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG

19. Auch die Frage, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist – generell und auch im vorliegenden Fall – eine hochkomplexe Frage, welche umfangreiche Sachverhaltsermittlungen hinsichtlich der Marktstellung eines Unternehmens und der Wirkungen der abzuklärenden Verhaltensweisen erfordert. Auch diese Frage kann dementsprechend in der Regel nicht im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG letztgültig beantwortet werden. Das Sekretariat beschränkt sich daher nachfolgend auf die folgenden Ausführungen.

20. Als marktbeherrschendes Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfordert die Abgrenzung des relevanten Markts sowie die Beurteilung der konkreten Marktstellung des mutmasslichen Marktbeherrschers in diesem Markt (insbesondere Prüfung aktueller und potentieller Wettbewerb). Wie erläutert, kann eine solche Beurteilung im Rahmen einer Beratung nicht durchgeführt werden. Allerdings spricht der Umstand, dass die vom

ASTRA angebotenen Daten über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ nach unserem Verständnis nicht anderweitig beschafft werden können, für das Vorliegen von Monopoldaten und damit das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich Lieferung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen.

21. Besteht eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, so darf der Marktbeherrscher diese Stellung nicht gemäss Art. 7 Abs. 2 KG missbrauchen. Er darf beispielsweise nicht Geschäftsbeziehungen verweigern (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), Nachfrager diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) oder den Absatz beschränken (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG). Für die vorliegende Konstellation bedeutet dies insbesondere, dass für das ASTRA auch aus Art. 7 KG folgen könnte, dass es sämtliche Nachfrager nach Daten über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ gleich behandeln muss bzw. es die [X AG] bei der Datenlieferung nicht privilegiert behandeln darf. Soweit also andere Unternehmen als die [X AG] das ASTRA um die Lieferung von Daten bzw. Datensätzen ersuchen, ist es mit Blick auf Art. 7 KG zu empfehlen, diese Nachfrager diskriminierungsfrei und gegen Bezahlung einer angemessenen Gebühr mit den angefragten Daten bzw. Datensätzen zu bedienen. Der Vollständigkeit halber möchte das Sekretariat betonen, dass das Gebot zur Diskriminierungsfreiheit auch gilt, soweit das ASTRA der [X AG] künftig andere Datensätze oder gar keine Datensätze mehr zur Verfügung stellen möchte. Sofern das ASTRA Unternehmen diskriminierungsfrei Daten bekannt gibt, sollte es sicherstellen, dass es nur solche Daten liefert, aus deren Bekanntgabe keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen resultieren können (vgl. Rz 17 f., 24).

3. Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs

22. Wie bereits erläutert, setzen sich die Wettbewerbsbehörden gegenüber Behörden und dem Gesetzgeber für die Belange des wirksamen Wettbewerbs ein (vgl. Art. 45 Abs. 2, Art. 46 und 47 KG). Aus Sicht des Sekretariats wäre es daher – auch im Falle, dass das ASTRA in Bezug auf die Datenbekanntgabe nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist – zu begrüssen, wenn das ASTRA bei der Datenbekanntgabe die Belange des wirksamen Wettbewerbs berücksichtigt, sofern es die für das ASTRA geltenden Vorschriften zulassen.

23. Unabhängig von der Unternehmenseigenschaft des ASTRA regt das Sekretariat daher vorliegend entweder eine diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung der Daten und Datensätze des ASTRA an interessierte Unternehmen oder aber die vollständige Einstellung von Datenlieferungen an Unternehmen an. Beides würde verhindern, dass einzelne Unternehmen von staatlicher Seite im Wettbewerb bevorteilt werden, und «gleich lange Spiesse» für alle Konkurrenten im Markt gewährleisten.

¹⁴ Vgl. dazu etwa RPW 2019/2, 283 VI., *AMAG Vertriebsnetz*, EU-Komm. IV/31.370, IV/31.446 vom 17.2.1992.

¹⁵ Vgl. etwa BGer 2C_1065/2014 vom 26.5.2016, E.5.2.3 m.w.N., *Nikon*.

24. Wie bereits erläutert, ist bei der diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung der Daten des ASTRA insbesondere keine prohibitive Gebühr zu verlangen und zudem sicherzustellen, dass durch die Zurverfügungstellung der Daten weder direkt noch indirekt Geschäftsgeheimnisse bzw. sensible Daten bekannt gegeben werden (vgl. auch oben Rz 16 ff.). Das ASTRA sollte deshalb keine Informationen bekannt geben, aus denen sich für die Unternehmen zumindest indirekt Verkaufsmengen, Umsätze und Absatzgebiete von Konkurrenten ergeben. Andernfalls bestünde die Gefahr, der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-brandwettbewerbs und von Gebietsaufteilungen (vgl. Rz 17 f.).¹⁶ Soweit vorliegend die gelieferten Daten ermöglichen, die Gebietseinflüsse von Vertriebspartnern zu erkennen und zu analysieren, welcher Vertriebspartner wohin liefert (vgl. Rz 3 f.), ist dies aus wettbewerblicher Sicht problematisch. Es ist daher zu empfehlen, wenn das ASTRA der [X AG] künftig nicht mehr die Stamm- und Fahrgestellnummer bekannt gibt und sicherstellt, dass [X AG] aus den gelieferten Daten nicht mehr ableiten kann, welcher Vertriebspartner welches von der [X AG] eingeführte KFZ wohin verkauft hat.

III. Fazit

25. Im Ergebnis kann das Sekretariat die Anfrage des ASTRA wie folgt beantworten:

- Zur Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs und um einen allfälligen Kartellrechtsverstoss zu verhindern, empfiehlt das Sekretariat dem ASTRA, dass das ASTRA die ihm vorliegenden Daten sowie die von ihm erstellen Datensätze Dritten entweder nicht bekannt gibt oder aber sämtlichen Nachfragern diskriminierungsfrei zur Verfügung stellt.
- Soweit das ASTRA Unternehmen Daten über die Neuzulassung und die Standorte von KFZ diskriminierungsfrei zur Verfügung stellt bzw. stellen möchte, sollte das ASTRA keine prohibitive Gebühr verlangen und sicherstellen, dass weder direkt noch indirekt Geschäftsgeheimnisse bzw. sonstige sensible Informationen bekannt gegeben werden. Das ASTRA sollte insbesondere keine Informationen bekannt geben, aus denen sich für die Unternehmen zumindest indirekt Verkaufsmengen, Umsätze und Absatzgebiete von Konkurrenten ergeben.
- Soweit vorliegend die gelieferten Daten ermöglichen, die Gebietseinflüsse von Vertriebspartnern zu erkennen und zu analysieren, welcher Vertriebspartner wohin liefert (vgl. Rz 3 f.), ist dies kartellrechtlich problematisch. Es ist daher zu empfehlen, wenn das ASTRA der [X AG] künftig nicht mehr die Stamm- und Fahrgestellnummer bekannt gibt und sicherstellt, dass die [X AG] aus den gelieferten Daten nicht mehr ableiten kann, welcher Vertriebspartner welches von der [X AG] eingeführte KFZ wohin verkauft hat.

IV. Vorbehalte und Kosten

26. Die vorliegende kartellrechtliche Beurteilung beruht einzig auf den vom ASTRA gemachten Angaben; zusätzliche oder abweichende tatsächliche Gegebenheiten können zu einer anderen Beurteilung führen. Dies gilt insbesondere für die künftige, allenfalls angepasste Informationsbekanntgabepaxis des ASTRA. Das Sekreta-

riat weist zudem daraufhin, dass das vorliegende Schreiben die Einschätzung des Sekretariats wiedergibt und die Wettbewerbskommission dadurch nicht gebunden wird.

27. Beratungsdienstleistungen des Sekretariats sind für Behörden des Bundes wie das ASTRA kostenfrei, sofern die betreffende Bundesbehörde Gegenrecht gewährt (vgl. Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. d, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GebV-KG¹⁷).

¹⁶ Vgl. Nachweis in Fn 14.

¹⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG; SR 251.2).

B 1.4	5. Lizenzen elektronische Lehrmittel
-------	---

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. Gemäss Beratungsanfrage seien in der «Hochschulwelt» im Bibliotheksumfeld Konsortien zum Erwerb von wissenschaftlichen Medien weit verbreitet. Da die Verlage oder Datenbankanbieter in der Regel einzigartige Produkte anbieten würden, hätten diese eine Art Monopolstellung. Die Aushandlung von gleichen Konditionen für alle Konsortialpartner vermöge den Wettbewerb daher nicht wirklich zu beeinflussen. Zudem habe der Verlag dadurch den Vorteil, dass er nicht mit verschiedenen Vertragspartnern Verhandlungen führen müsse. Kein Verlag könne gezwungen werden, mit einem Konsortium zu verhandeln. Der Verlag könne auch darauf bestehen Einzelverhandlungen zu führen. Ebenso sei es jedem Konsortialpartner freigestellt, ob er einen Einzelvertrag mit dem Verlag abschliessen oder die ausgehandelte Offerte nutzen wolle.

II. Fragestellung

2. Mit der Beratungsanfrage wird die Frage unterbreitet, ob sich die Sachlage hinsichtlich Kartellgesetz verändere, wenn es um die Aushandlung von Verträgen über Lizenzen für elektronische Lehrmittel mit Lehrmittelverlage gehe.

3. Nach in der Beratungsanfrage vertretenen Ansicht sei dies nicht der Fall, da die Bibliotheken (der Pädagogischen Hochschulen) für die Verlage ein vernachlässigbarer Markt seien. Auch sei kein Verlag verpflichtet, mit dem Konsortium in Verhandlungen zu treten, sondern könne auf Einzelverträgen bestehen. Ebenso seien die Konsortialpartner nicht verpflichtet, jede über das Konsortium mit dem Verlag ausgehandelte Offerte anzunehmen. Schliesslich könne man auch bei den Lehrmitteln von einem Quasi-Monopol sprechen – mindestens aus Sicht der Bibliotheken bestehe hier keine Wahl, ob sie die Medien führen oder nicht.

III. Beurteilung

4. Die vorliegende Beratungsanfrage beschlägt die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Einkaufskooperationen im Bereich von Lizenzen für elektronische Lehrmittel. Gemäss unterbreitetem Sachverhalt stehen sich dabei anbieterseitig Lehrmittelverlage und nachfrageseitig (Hochschul-) Bibliotheken gegenüber. Geprüft werden soll dabei das Verhalten auf der Nachfrageseite, sprich die Kooperation unter den Bibliotheken.

5. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). 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).

6. Entscheidend ist die wirtschaftliche und nicht die rechtliche Selbständigkeit eines Unternehmens.¹ Hingegen kommt es für die Vorliegen des Geltungsbereichs nicht darauf an, ob das Handeln eines Unternehmens privat- oder öffentlich-rechtlichen Charakter hat.² Insofern ist das Kartellgesetz auch auf unselbstständige öffentlich-rechtliche Verwaltungseinheiten anwendbar, sofern diese unternehmerisch und nicht hoheitlich tätig sind. Mit anderen Worten erfasst das Kartellgesetz auch staatliches Handeln, sofern es sich dabei um «unternehmerische Tätigkeiten» handelt.³

7. Dem unterbreiteten Sachverhalt sind keine Informationen zu entnehmen, welche eine Beurteilung der Frage zulassen würden, ob es sich bei den nachfragenden Hochschulbibliotheken um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG handelt oder nicht. Für die Zwecke der vorliegenden Beratung wird davon ausgegangen, dass die fraglichen (meist wohl öffentlich-rechtlichen) Bibliotheken als solche Unternehmen zu qualifizieren sind.

8. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

9. Eine Vereinbarung verlangt einen gemeinsamen Willen. Sie setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung zwischen mindestens zwei Parteien voraus; die Willensäusserung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff der Vereinbarung erfasst sind. Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden.⁴

10. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise besteht aus zwei getrennt zu erörternden Elementen: Die Abstimmung einerseits und das darauf gestützte Verhalten andererseits. Hinsichtlich Letzterem

¹ Vgl. PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2013, 53.

² Vgl. MARKUS SCHOTT, *Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, 2010, 51.

³ Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 2 N 28.

⁴ Vgl. BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.3, *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen)*.

ist der Abstimmungserfolg Voraussetzung für das Vorliegen des Tatbestandes. Dieser Erfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen.⁵

11. Als Einkaufsgemeinschaften oder Einkaufskooperationen gelten alle Arten von Vereinbarungen zwischen selbständigen Unternehmen derselben Marktstufe über die Beschaffung von Gütern oder Dienstleistungen. Einkaufsgemeinschaften können sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbsbehindernde Wirkungen entfalten. Letzteres kann etwa der Fall sein, wenn die Kooperation eine erhebliche Nachfragemacht auf dem Beschaffungsmarkt begründet oder die Kooperation zu einer Angleichung der Wiederverkaufspreise führt, da die Unternehmen dieselben Beschaffungskosten haben.⁶

12. Keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn die kooperierenden Unternehmen zwingend gemeinsam beschaffen müssen, etwa weil der Anbieter eine bestimmte Mindestbezugsmenge voraussetzt, welche den Bedarf der einzelnen Kooperationspartner übersteigt.⁷ Dies dürfte vorliegend jedoch nicht der Fall sein.

13. Nach Angaben in der Beratungsanfrage steht es den kooperierenden Bibliotheken frei, ob sie die von der Einkaufsgemeinschaft mit dem jeweiligen Verlag ausgehandelte Offerte annehmen oder nicht. Aufgrund der vorliegenden Informationen lässt sich indes nicht beurteilen, ob damit das Element der Vereinbarung oder angestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist oder nicht. Insbesondere ist nicht bekannt, in wie vielen Fällen es zu einem Vertragsabschluss zu den von der Einkaufsgemeinschaft verhandelten Konditionen kommt und in wie vielen Fällen die kooperierenden Bibliotheken individuelle Verträge aushandeln. Im Folgenden wird von der Prämisse ausgegangen, dass eine Vereinbarung oder angestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

14. Nach den Horizontalleitlinien der Europäischen Union⁸ (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien) kann sich eine Einkaufsgemeinschaft als problematisch erweisen, wenn Wettbewerber einen erheblichen Teil ihrer Produkte zusammen einkaufen, wodurch sich für sie der Anreiz für einen Preiswettbewerb auf den Verkaufsmärkten erheblich verringern kann. Falls die Parteien dort über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügen, ist es wahrscheinlich, dass die mit der gemeinsamen Einkaufsregelung erzielten niedrigeren Einkaufspreise nicht an die nächste Marktstufe weitergegeben werden.⁹

15. Verfügen die Parteien über einen erheblichen Grad an Marktmacht auf dem Einkaufsmarkt (Nachfragemacht), so besteht die Gefahr, dass sie Anbieter zwingen, die Palette oder die Qualität der angebotenen Produkte zu verringern, was wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könnte, zum Beispiel Qualitätsrückgang, Nachlassen von Innovationsanstrengungen oder letzten Endes ein suboptimales Angebot. Die Nachfragemacht der Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung könnte genutzt werden, um den Markt für konkurrierende Einkäufer zu verschliessen, indem ihr Zugang zu effizienten Anbietern beschränkt wird. Dies ist am wahrscheinlichsten, wenn die Zahl der Anbieter begrenzt ist und auf der Angebotsseite des vorgelagerten Marktes Zutrittsschranken bestehen.¹⁰

16. Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist es im Allgemeinen weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Parteien auf den Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.¹¹

17. Gestützt auf den in der Beratungsanfrage dargestellten Sachverhalt stellen die nachfragenden Bibliotheken für die anbietenden Verlage einen «vernachlässigbare[n] Markt» dar. Mit anderen Worten ist gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage nicht davon auszugehen, dass die Einkaufsgemeinschaft der Hochschulbibliotheken zu deren Nachfragemacht führt. Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass eine entsprechende Vereinbarung oder angestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

18. Selbst wenn eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bzw. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen würde, ist darauf hinzuweisen, dass diese nur dann unzulässig ist, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt.

19. Gemäss Literatur führen Einkaufsgemeinschaften regelmässig zu einer Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, indem die Einkaufspreise gesenkt werden können, einerseits durch Grössenvorteile beim Einkauf, andererseits durch die Senkung von Transaktions-, Transport- oder Lagerkosten.¹²

20. Sofern den anbietenden Lehrmittelverlagen tatsächlich, wie in der Beratungsanfrage ausgeführt, eine Monopol- bzw. marktbeherrschende Stellung zukommt, kann die Einkaufsgemeinschaft der Bibliotheken dazu dienen, eine Gegenmacht (sog. countervailing power) zu jener marktbeherrschenden Stellung aufzubauen. Auch diesfalls könnte ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen.¹³

IV. Fazit

21. Aufgrund der Angaben in der Beratungsanfrage ist nicht davon auszugehen, dass die Bildung eines Konsortiums zwischen verschiedenen Hochschulbibliotheken zur Aushandlung von Verträgen über Lizenzen für elektronische Lehrmittel mit Lehrmittelverlagen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Die fragliche Einkaufskooperation dürfte sich daher als kartellrechtlich unproblematisch erweisen.

⁵ Vgl. BGER, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.4, *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen)*.

⁶ Vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, DIKE-Kommentar (Fn 3), Art. 5 N 560 f.; vgl. zum Ganzen RPW 2020/2, 407 ff. Rz 20 ff., *Einkaufskooperation*.

⁷ Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-Kommentar (Fn 5), Art. 5 N 564.

⁸ 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.

⁹ Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 201; RPW 2015/2, 158 Ziff. 2.4.2, *Einkaufsgemeinschaften zur Beschaffung von ATM-Geräten*.

¹⁰ Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 202 f.

¹¹ Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 204; vgl. auch DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-Kommentar (Fn 5), Art. 5 N 569.

¹² Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-Kommentar (Fn 5), Art. 5 N 573 m.w.Hinw.

¹³ Vgl. RPW 2008/, 564 ff. Rz 121 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-Kommentar (Fn 5), Art. 5 N 574.

B 1.4

6. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.

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 und Fragestellung

1. Die Enel X S.r.l. (nachfolgend: Enel X) und die Volkswagen Finance Luxembourg S.A. (nachfolgend: VWFL) hätten eine unverbindliche Absichtserklärung betreffend die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über ein zu gründendes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) getroffen. Geplant sei, dass Enel X und VWFL künftig jeweils 50 % der Anteile des GU halten würden.

2. Enel X sei eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Enel S.p.A. (nachfolgend: Enel), der Muttergesellschaft der Enel-Gruppe. Die Aktivitäten der Enel-Gruppe würden sich auf den Elektrizitäts- und Erdgassektor konzentrieren. VWFL sei eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Volkswagen AG (nachfolgend: VW), der Muttergesellschaft der VW-Gruppe. Hinsichtlich der Tätigkeit der VW-Gruppe verweist die Beratungsanfrage auf andere Meldungen von Unternehmenszusammenschlüssen bei den Wettbewerbsbehörden.¹

3. Das GU solle als Ladepunktbetreiber im Bereich der Errichtung, des Betriebs und des Unterhalts von öffentlich zugänglichen Hochleistungs-Ladeinfrastrukturen (High-Power Charging Infrastructure; nachfolgend HPCI) für batterieelektrische Fahrzeuge (battery electric vehicles; nachfolgend: BEV) tätig sein, jedoch nur in Italien und nicht in der Schweiz. So solle es 3000 Ladepunkte verteilt auf 800 HPCI-Ladestationen ausschliesslich in Italien errichten, betreiben und unterhalten. [...]. Der Tätigkeitsschwerpunkt solle aber insbesondere auf dicht besiedelten Gebieten (städtischen und stadtnahen Gebieten) sowie auf Standorten entlang von Fernstrassen, einschliesslich Autobahnen, liegen.

4. Die Kunden des GU seien [einerseits] Anbieter von Elektromobilitätsdienstleistungen (E-Mobility Service Provider; nachfolgend: EMSP), welche Abonnemente anbieten, die es dem Endkunden ermöglichen, Ladestationen verschiedener Betreiber zu nutzen und für die Leistung zu bezahlen (z.B. App-basiert). [...]. [Andererseits] könne der Kundenkreis des GU auch Endkundinnen und Endkunden umfassen, die ihre Elektrofahrzeuge ad hoc aufladen wollten. Solche Endkunden könnten unter Umständen auch aus der Schweiz kommen.

5. An der Transaktion sei kein Unternehmen beteiligt, für welches rechtskräftig festgestellt worden sei, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG habe.

6. In der Beratungsanfrage wird in rechtlicher Hinsicht ausgeführt, dass es sich bei dem vorgenannten Vorha-

ben um ein Zusammenschlussvorhaben im Sinne des Kartellgesetzes handele, bei welchem die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG erfüllt seien. Gleichwohl bestehe mit Blick auf Rz 4 der Mitteilung des Sekretariats über die Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen² (nachfolgend: Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen) keine Meldepflicht, weil durch das Vorhaben keine Auswirkungen auf die Schweiz zu erwarten seien. Denn das GU weise weder Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auf [...]. Die Anfragenden möchten wissen, ob das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) diese Ansicht teile.

II. Beurteilung

7. Das vorgenannte Vorhaben über die Gründung des GU zur Errichtung, zum Betrieb und zum Unterhalt einer HPCI in Italien (nachfolgend: Zusammenschlussvorhaben) ist gemäss den Ausführungen in der Beratungsanfrage als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 VKU zu qualifizieren, bei welchem die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind. Die Meldepflicht ist damit im Grundsatz zu bejahen.

8. Trotz Überschreiten der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG besteht bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Ausland gemäss Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen ausnahmsweise dann keine Meldepflicht, wenn das Gemeinschaftsunternehmen einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweist (d.h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen in der Schweiz im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG hat.

9. Als Ausnahmenvorschrift ist Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen eng auszulegen. Denn gemäss der vom Gesetzgeber festgelegten Konzeption sollen Zusammenschlüsse von den Wettbewerbsbehörden für die Zusammenschlusskontrolle aufgegriffen werden, wenn die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht bzw. überschritten werden.³ Der Gesetzgeber ging davon aus,

¹ Vgl. RPW 2020/3a, 1226 ff., *Porsche/Munich RE/JV*; RPW 2020/4b, 1912 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*.

² Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission über die Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (Stand 1.10.2019); abrufbar unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html> (9.7.2021).

³ FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 9 Rz 38 m.w.N.

dass in einem solchen Fall Auswirkungen auf den hiesigen Wettbewerb bestehen könnten, weshalb solche Zusammenschlüsse zu überprüfen sind.⁴

10. Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen kann damit überhaupt nur dann ein Aufgreifen verhindern, wenn die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens offensichtlich keinerlei Bezug zum hiesigen Wettbewerb hat.⁵ Um zu verhindern, dass Zusammenschlussvorhaben, welche Auswirkungen auf die Schweiz haben könnten, gar nicht erst materiell auf ihre Vereinbarkeit mit den hiesigen Bestimmungen geprüft werden, verbietet sich eine schematische Anwendung von Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen. Massgebend sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls, wobei im Zweifel von einer Meldepflicht auszugehen ist.

11. Im vorliegenden Fall sei geplant, dass das GU in Italien öffentlich zugängliche HPCI für elektronische Fahrzeuge errichtet, betreibt und unterhält; die HPCI-Stationen sollen schwerpunktmässig auf dicht besiedelten Gebieten (städtischen und stadtnahen Gebieten) sowie auf Standorten entlang von Fernstrassen, einschliesslich Autobahnen, liegen (siehe oben Rz 3). Das GU solle diese immobile Ladeinfrastruktur in Italien insbesondere EMSP anbieten, [...] (vgl. Rz 4).

12. Aufgrund der geplanten Abdeckung und Ausgestaltung der HPCI des GU in Italien ist davon auszugehen, dass die HPCI des GU sowohl für private (insbesondere touristische) als auch gewerbliche (Langstrecken-)Fahrten mit BEV genutzt werden kann. Es ist damit naheliegend, dass auch Endkundinnen und Endkunden sowie EMSP aus der an Italien angrenzenden Schweiz ein Interesse an der Nutzung bzw. Nutzbarkeit der HPCI des GU in Italien haben.⁶ Andernfalls erschiene die Brauchbarkeit von in der eher kleinräumigen Schweiz zugelassenen BEV verringert. Damit ist es aus Sicht des Sekretariats vorliegend zweifelhaft, dass das GU keinerlei Aktivitäten mit Schweizer Kundinnen und Kunden entwickeln werde. Dies gilt umso mehr als nach Auffassung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) für die Betreiber von HPCI kein Anreiz besteht, ihre Ladeinfrastruktur in irgendeiner Weise gegenüber bestimmten EMSP abzuschotten,⁷ und die WEKO für den Tätigkeitsbereich von EMSP das Vorliegen eines den EWR-Raum und die Schweiz umfassenden Markts nicht ausgeschlossen hat.⁸

13. Damit ist vorliegend ein Bezug des vorgenannten Zusammenschlussvorhabens zum Wettbewerb in der Schweiz nicht offensichtlich ausgeschlossen. Aus Sicht des Sekretariats vermag daher Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen die Meldepflicht des Vorhabens gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht auszuschliessen.

III. Fazit

14. Bei dem vorgenannten Zusammenschlussvorhaben über die Gründung des GU zur Errichtung, zum Betrieb und zum Unterhalt einer HPCI in Italien handelt es sich aus Sicht des Sekretariats um einen gemäss Kartellrecht meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

⁴ Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 2 Rz 76 m.w.N.

⁵ Vgl. auch RPW 2010, 562 Rz 6 f., *Ringier AG/Axel Springer AG (GU osteuropäische Aktivitäten)*.

⁶ Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 33, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

⁷ Vgl. insbesondere RPW 2017/3, 467 Rz 68 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

⁸ Vgl. RPW 2020/4b, 1914 Rz 20, 22, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*; RPW 2017/3, 464 Rz 37, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

B 1.4

7. Co-Badging der PostFinance Card mit Debit Mastercard

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. Hintergrund und Fragestellungen

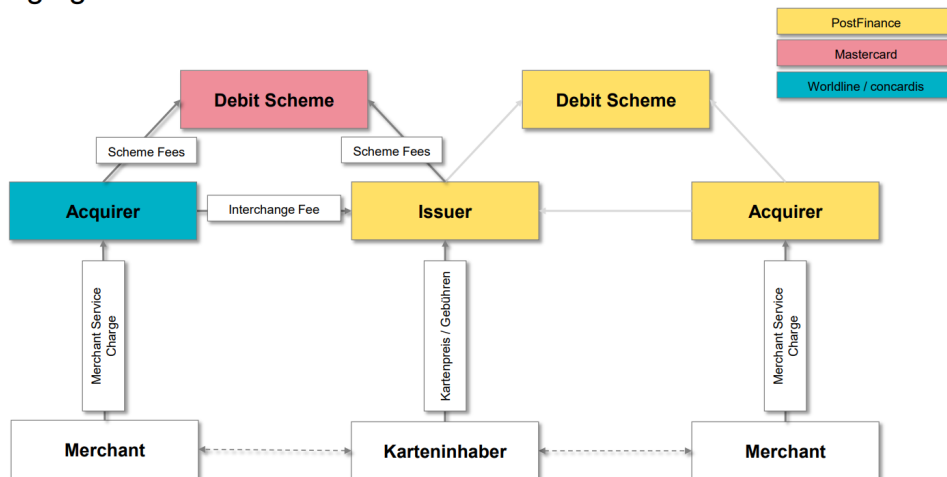
I.1 Sachverhalt

1. Im Zuge eines auf den Acquiringmärkten für Kredit- und Debitkarten sich kontinuierlich verschärfenden Wettbewerbs sieht sich die PostFinance AG (nachfolgend: PostFinance) gemäss der Beratungsanfrage zunehmend mit der Situation konfrontiert, dass es sowohl im Distanz- wie auch im Präsenzgeschäft zunehmend Händler gibt, welche ihren Kunden keine Bezahlung mit der PostFinance Card (nachfolgend: PFC) anbieten. Dabei sei es für die PostFinance zentral, dass ihre Zahlungsmittel grossflächig akzeptiert werden, um für ihre Kunden attraktiv zu bleiben. Aus diesem Grund beabsichtigt die PostFinance, bei der PFC ein Co-Badging mit dem internationalen Debitkartenschema Debit Mastercard (nachfolgend: DMC) einzuführen. Inhaber der PFC können damit neu auch bei Händlern bezahlen, welche über keinen Akzeptanzvertrag mit der PostFinance verfügen. Bei solchen Verkaufspunkten soll der Bezahlvorgang künftig über das DMC-Schema abgewi-

ckelt werden. Neben diesem Anwendungsbereich am Point Of Sale (POS) soll die DMC-Funktion der PFC auch im Distanzgeschäft eingesetzt werden können: Inhaber der neuen Co-Badging-Karte sollen wahlweise über das PFC-Schema oder über das auch E-Commerce-fähige DMC-Schema bezahlen können.

2. Beim Co-Badging handelt es sich gemäss der Verordnung über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge um «das Aufnehmen von zwei oder mehr Zahlungsmarken oder Zahlungsanwendungen auf dasselbe kartengebundene Zahlungsinstrument».¹ Neben dem PFC-Schema wird auf neu herausgegebenen PFC-Karten das DMC-Schema aktiv sein, womit Zahlungsvorgänge – bei Nutzung der PFC – auch darüber abgewickelt werden können. Dabei werde PostFinance auch nach Einführung des Co-Badging das Debit Scheme der PFC betreiben und als Issuerin und Acquirerin der PFC agieren (als sog. Dreiparteisystem²), während das DMC-Schema von Mastercard betrieben werde. Das Acquiring für DMC laufe über die auf dem Schweizer Markt agierenden Acquirer, wie bspw. Worldline oder Concardis. PostFinance werde allerdings im Rahmen der Herausgabe der neuen PFC als Issuerin der DMC agieren, woraus sich im Ergebnis nachfolgend abgebildete Verflechtung ergibt:

Co-Badging PostFinance Card mit Debit Mastercard



Quelle: Beratungsanfrage PostFinance vom 30. März 2021

3. Verfügt ein Händler bereits über einen Acquiring-Vertrag für DMC, benötigt er für die Akzeptanz von Zahlungen mittels des auf der PFC enthaltenen DMC-Schemes gemäss der Beratungsanfrage über keinen weiteren Vertrag. Die Akzeptanz der DMC laufe in dem Fall sowohl vertraglich wie auch technisch über die bestehende Mastercard-Akzeptanz.

¹ Art. 2 Ziff. 31 der Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, ABl. L 123 vom 19.5.2015, S. 1 ff.

² Vgl. dazu näher und zur Abgrenzung zu den Vierparteisystemen etwa Schlussbericht zur Vorabklärung i. S. Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card vom 19.3.2019, Rz 32 m. w. H. (noch nicht publiziert).

4. Das Co-Badging solle für eine flächendeckende Akzeptanz an den Verkaufspunkten und behebe Nachteile, mit denen Inhaber der PFC aktuell konfrontiert seien. Aktuell könne mit der PFC im Ausland nicht bezahlt werden. Diese Lücke bestehe sowohl im Präsenz- wie auch im Distanzgeschäft und ebenfalls im Inland könne bei einer zunehmenden Händleranzahl ohne PFC-Akzeptanzvertrag im Präsenzgeschäft nicht oder nicht mehr bezahlt werden. Mit dem beabsichtigten Co-Badging könnten solche Zahlungen zukünftig über das auf der PFC enthaltene DMC-Schema abgewickelt werden, womit der Käufer am Verkaufspunkt jeweils direkt mit der PFC selbst über eine entsprechende Debitkartenalternative verfüge.

5. PostFinance werde aktiv einen schnellen Umtausch der Karten fördern. [...].

6. Diese Anpassungen wirkten sich laut PostFinance auf den relevanten Markt und die Marktstellung der PostFinance auf demselben aus: Das Sekretariat habe in früheren Stellungnahmen angedeutet, dass PostFinance im Präsenzgeschäft über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Acquiringmarkt verfügen könnte, weil die Händler darauf angewiesen seien, Kartentransaktionen von PFC-Inhabern durchführen zu können. Andernfalls riskierten sie, dass diese Personen keine Einkäufe im entsprechenden Laden tätigen würden. Mit Einführung des Co-Badging falle genau diese Grundprämisse der kartellrechtlichen Beurteilung weg, weil mit PFC-Karteninhabern künftig auch Transaktionen über das DMC-Schema prozessiert werden können. Mit anderen Worten genüge es, dass die Händler über einen Mastercard-Akzeptanzvertrag verfügen. Diese seien somit für die Abwicklung von Transaktionen mit PFC-Karteninhabern nicht mehr auf einen Akzeptanzvertrag mit der PostFinance angewiesen.

7. Die PostFinance meint, dass im *Präsenzgeschäft* spätestens ab dem Zeitpunkt, in welchem 50 % der sich in Umlauf befindenden PFC-Karten durch die neuen Co-badged-Karten ersetzt worden seien, [...], eine marktbeherrschende Stellung der PostFinance auf dem Acquiringmarkt ausgeschlossen werden könne. Somit könne die PostFinance ab diesem Zeitpunkt in Vertragsverhandlungen flexibler reagieren und beispielsweise Händlern individuelle Konditionen gewähren, ohne gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu verstossen. Im *Distanzgeschäft* sei ab diesem Zeitpunkt unabhängig von der Grösse des Onlinehändlers – und vorbehaltlos – nicht mehr von einer marktbeherrschenden Stellung der PostFinance auszugehen.

8. Die nachfolgende kartellrechtliche Beurteilung betrifft die Frage, inwiefern das beabsichtigte Co-Badging der PFC mit DMC die Marktstellung der PostFinance auf dem Acquiringmarkt verändert. Dafür wird nachfolgend zuerst auf die Frage eingegangen, welchen Einfluss das Co-Badging auf den relevanten Markt zeitigt, bevor anschliessend die Marktstellung von PostFinance im Präsenz- wie auch im Distanzgeschäft beurteilt wird, soweit dies anhand der vorhandenen Informationen abstrakt und zukunftsgerichtet möglich ist.

II. Marktstellung von PostFinance auf den Acquiringmärkten

9. Ob sich ein Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann und somit über eine marktbeherrschende Position verfügt, muss im Einzelfall beurteilt werden. Es kann sich etwa dann nicht unabhängig verhalten, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht, die einen disziplinierenden Einfluss auf zentrale Wettbewerbsparameter ausübt.

II.1 Marktabgrenzung: Präsenzgeschäft

10. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU³, der hier analog anzuwenden ist), wobei vorliegend die Sicht der Händler, die einen Akzeptanzvertrag nachfragen, massgeblich ist. Es entspricht der Praxis der Wettbewerbsbehörden, sowohl für das Issuing wie das Acquiring separate Märkte für Kreditkarten und Debitkarten abzugrenzen. So hat die WEKO in mehreren Entscheiden⁴ ausgeführt, dass für den Händler Kredit- und Debitkarten keine Substitute, sondern Komplemente darstellen, da sie durch die Kunden unterschiedlich eingesetzt werden und der Händler dem Kunden die Zahlung mit dessen bevorzugtem Zahlungsmittel ermöglichen will. Bietet der Händler nicht eine breite Palette von Zahlungsmitteln an, so riskiert er deswegen Geschäftsabschlüsse an seine Konkurrenten zu verlieren. An dieser Praxis wurde zuletzt im Rahmen der Vorabklärung i. S. *Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card* festgehalten, indem angeführt wurde, dass es für Händler nach wie vor nicht möglich ist, auf etablierte Debitkartenprodukte zu verzichten, da bis dato nicht davon ausgegangen werden kann, dass der durchschnittliche Konsument im Inland am Verkaufspunkt auf mehrere Debitkartenalternativen zurückgreifen kann.⁵ Für die PFC wurde dabei explizit festgehalten, dass die Händler in der Schweiz aufgrund deren bedeutenden Verbreitung und Nutzung nicht auf die Akzeptanz am Verkaufspunkt verzichten können, sodass im Ergebnis von einem separaten Markt für den Zugang der Händler zum Acquiring der PFC ausgegangen wurde.⁶

³ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁴ Vgl. die Zusammenfassung der Praxis in RPW 2017/4, 548 f. Rz 55 f., *Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

⁵ Schlussbericht zur Vorabklärung i. S. Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card vom 19.3.2019, Rz 47 (noch nicht publiziert).

⁶ Schlussbericht zur Vorabklärung i. S. Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card vom 19.3.2019, Rz 48 f. (noch nicht publiziert).

11. Im Rahmen dieser Beratung besteht kein Anlass, vom Grundsatz dieser Praxis abzuweichen, obwohl die PostFinance ausführt, dass die bisherige Annahme des Sekretariats, die stationären Händler seien darauf angewiesen, am Verkaufspunkt die PFC als Zahlungsmittel zu akzeptieren, bereits zum heutigen Zeitpunkt unzutreffend sei, was u. a. durch den Erfolg von Anbietern wie SumUp oder MyPOS belegt werde, bei deren Terminals eine Bezahlung mit der PFC aus technischen Gründen nicht möglich sei.

12. Das Co-Badging der PFC mit DMC führt mit Blick auf den sachlich relevanten Markt indes zu einer Veränderung der Substitutionsmöglichkeiten für Händler: Sobald auf einer Bezahlkarte der PostFinance die beiden Schemes, nämlich das PFC- sowie das DMC-Scheme vorhanden sind, muss ein Händler nicht mehr zwingend einen Akzeptanzvertrag mit der PostFinance abschliessen, um Bezahlungen eines PFC-Karteninhabers anzunehmen. Es genügt bereits, dass der Händler entweder einen Akzeptanzvertrag für das PFC-Scheme *oder* für das DMC-Scheme geschlossen hat, da dem Karteninhaber einer Co-badged-Karte beide Debitkartenalternativen gleichermaßen zur Verfügung stehen. Für eine mit DMC co-badged PFC lässt sich aus Händlersicht der PFC-Akzeptanzvertrag im Ergebnis durch einen DMC-Akzeptanzvertrag mit einem Mastercard-Acquirer wie bspw. Worldline substituieren. Unter der Prämisse, dass sich die DMC als Zahlungsmittel etabliert, wäre es somit nicht mehr angezeigt, einen separaten sachlich relevanten Markt für die PFC abzugrenzen, die neu DMC co-badged ist. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass damit lediglich erst eine *einseitige* Substitutionsmöglichkeit entsteht, da ein PFC-Akzeptanzvertrag den Händlern die Akzeptanz von DMC nicht ermöglicht; möglich wäre dies nur, sofern die DMC-Karten ihrerseits mit PFC co-badged würden. Folglich steht die vorliegende Entwicklung auf Seiten PFC und PostFinance einer Abgrenzung eines separaten sachlich relevanten Marktes für die Akzeptanz von DMC nicht entgegen. Als Folge der zunehmenden Ablösung der «regulären PFC» durch die PFC mit einem Co-Badging mit DMC würde somit für die reguläre PFC mit der Zeit eine Situation entstehen, welche vergleichbar mit derjenigen auf den Kreditkartenmärkten wäre, wo die 3-Parteien-Systeme von American Express, Diners Club und JCB als Nischenprodukte qualifiziert werden, welche keine Substitute zu den 4-Parteien-Systemen Visa und Mastercard darstellen.⁷

13. Ob in diesem Zusammenhang – wie von PostFinance vorgebracht – andere Debitkarten wie Maestro, Visa Debit oder V-Pay aus Sicht der Händler substituierbar sind, da Kunden ohnehin häufig über mehr als eine Debitkarte verfügten, kann hier offenbleiben. Es ist ohnehin davon auszugehen, dass sich die *Debitkartenlandschaft* im Zuge der zumindest teilweise bereits begonnenen Ablösung der alten Debitkartengeneration (V-Pay und Maestro) durch Karten der neueren Generation (Visa Debit und DMC) nicht unwesentlich verändern wird.

14. In räumlicher Hinsicht kann praxisgemäss von nationalen Märkten für das Debitkarten-Acquiring ausgegangen werden.⁸

II.2 Marktabgrenzung: Distanzgeschäft

15. Gestützt auf die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission insbesondere hinsichtlich Zahlungsmittel im Onlinehandel wurde in der Beratung Konditionen im *E-Payment PostFinance*⁹ aus Sicht von Onlinehändlern als Marktgegenseite von einem Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Onlinehandel ausgegangen, wobei einschränkend festgehalten wurde, dass, falls sich zukünftig Debitkarten als wichtige Zahlungsmittel im Onlinehandel etablieren sollten, durchaus auch eine weitere Unterteilung in einzelne Märkte für verschiedene Debitkartenanbieter denkbar wäre.¹⁰ Diesbezüglich wurde auf die vergleichsweise geringe Bedeutung hingewiesen, welche die Akzeptanz von Debitkarten im Onlinehandel aufweist; nur rund 2 % der Zahlungen wurden im Jahr 2018 mit Debitkarten getätigt. Diese vergleichsweise geringe Bedeutung wirke sich auf die Wettbewerbsdynamik im Allgemeinen sowie ebenfalls auf die Stellung der Marktgegenseite aus.¹¹ Gemäss der Beratungsanfrage ist davon auszugehen, dass derzeit rund 11 % der Anzahl Transaktionen über die PFC abgewickelt werden, während ca. 80 % auf die Kreditkarten entfallen. Dazu kommt, dass noch immer ein Grossteil aller Online-Einkäufe in der Schweiz per Rechnung beglichen werden und ebenfalls neuartige Bezahlmethoden zunehmend von Relevanz sind, namentlich insbesondere auch TWINT.¹² Somit besteht mit Blick auf die nach wie vor vergleichsweise geringe Bedeutung der Debitkarten im Distanzgeschäft vorliegend kein Anlass, von den damaligen Ausführungen abzuweichen, wobei die Marktabgrenzung auch hier letztlich offengelassen werden kann.

16. Da bereits im Rahmen der letzten vorläufigen Beurteilung von einem Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Onlinehandel ausgegangen wurde, führt das Co-Badging folglich zu keiner Änderung bei der vorgenommenen Marktabgrenzung.

17. In räumlicher Hinsicht kann wiederum von nationalen Märkten ausgegangen werden.¹³

⁷ Vgl. RPW 2006/1, 102 f. Rz. 302 ff, *Kreditkarten - Interchange Fee*.

⁸ Bestätigt mit Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 315–337, *Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)* unter Bezugnahme auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden.

⁹ RPW 2020/2, 429 ff., *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

¹⁰ RPW 2020/2, 431, *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

¹¹ RPW 2020/2, 431, *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

¹² Vgl. diesbezüglich etwa auch Swiss Payment Monitor 2020, 35, <www.zhaw.ch/storage/hochschule/medien/news/2020/200813-SPM20_Booklet_de.pdf> (16.6.2021).

¹³ RPW 2020/2, 431, *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

II.3 Wirkung des Co-Badging auf die Marktstellung der PostFinance

Präsenzgeschäft:

18. Bei der bisherigen Annahme eines separaten Marktes für den Zugang der Händler zum Acquiring der PFC, so wie es sich bis zum umgesetzten Co-Badging mit DMC weiterhin verhält, hat die PostFinance in der Schweiz einen Marktanteil von 100 % im Debitkarten-Acquiring für die PFC.¹⁴ Im Rahmen der bereits angeführten Vorabklärung ergab die Analyse der Marktverhältnisse (aktuelle und potentielle Konkurrenz sowie Marktgegenseite), dass starke Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der PostFinance im Markt für das Acquiring der PFC gegeben sind.¹⁵

19. Mit der zunehmenden Verbreitung von PFC mit einem Co-Badging mit DMC wird der Anteil der (bisher) regulären PFC, für deren Akzeptanz notwendigerweise ein Acquiring-Vertrag mit PostFinance vorausgesetzt wird, entsprechend sinken. Zudem ist anzunehmen, dass viele Händler aufgrund des Co-Badging mit DMC auf einen Akzeptanzvertrag mit der PostFinance verzichten werden. Dies gilt zumindest und vor allem dann, sobald die überwiegende Mehrheit der Händler ohnehin Bezahungen via DMC akzeptieren, wie dies heute mit Maestro der Fall ist. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass sofern der Händler Bezahlung mit DMC akzeptiert, er auf einen separaten Akzeptanzvertrag für die PFC verzichten kann, ohne dass er deswegen fürchten müsste, Geschäftsabschlüsse mit Inhabern einer PFC an Konkurrenten zu verlieren, vorausgesetzt die Karteninhaber verfügen bereits über eine Co-badged-Card. Diese Überlegungen gelten unter der Voraussetzung, dass keine wesentlichen Kostenunterschiede zwischen der Akzeptanz von PFC und DMC bestehen.

20. Vor diesem Hintergrund stellt sich nun die Frage, ab welchem Zeitpunkt respektive ab welchem Prozentsatz an ausgetauschtem Kartenbestand von vormals regulären zu einer mit DMC co-badged PFC nicht mehr von einer marktbeherrschenden Stellung auf Seiten der PostFinance auf dem Markt für das Acquiring für reguläre PFC auszugehen ist. Für die alten Karten ohne Co-Badging besteht keine Substituierbarkeit, womit für diesen Kartenbestand konsequenterweise weiterhin ein eigener Markt abzugrenzen ist, welcher der Situation vor Einführung des Co-Badging der PFC mit DMC entspricht. Im Rahmen dieser Beratung genügt es indes – ohne auf diese beiden Märkte differenziert einzugehen – anzugeben, ab wann Händler das Bezahlen mit der PFC vernünftigerweise nicht mehr anbieten müssen, respektive ab wann es genügt, dass ein Händler nur noch die DMC-Bezahlungsmöglichkeit anbietet. Analog zur Herangehensweise in den Kreditkartenmärkten hinsichtlich der 3-Parteien-Systeme von American Express, Diners Club und JCB geht es vorliegend letztlich um die Frage, ab welcher Schwelle reguläre PFC – weil fortlaufend durch mit DMC co-badged PFC ersetzt, aber weiterhin gültig einsetzbar – nur mehr als ein eigentliches Nischenprodukt betrachtet werden können.¹⁶

21. Aufgrund der Ausführungen in der Beratungsanfrage erscheinen die seitens PostFinance vorgebrachten 50 % an ausgetauschtem Kartenbestand als denkbare Referenzgrösse angemessen.¹⁷ Es ist jedoch darauf hinzu-

weisen, dass eine im Voraus bestimmte Prozentzahl die tatsächlichen Marktverhältnisse unter Umständen und gerade auch mit Blick auf die dynamische Entwicklung in diesen Märkten nur unzureichend wiedergeben kann.

22. Das Wegfallen einer Abgrenzung eines separaten sachlich relevanten Marktes für reguläre PFC bedingt zudem, dass DMC genügend im Markt etabliert ist, dass Händler mit anderen Worten auch tatsächlich Zahlungen mit DMC akzeptieren. Davon kann aufgrund der bereits teilweise geschehenen und bevorstehenden Lancierung der neuen Kartenprodukte grundsätzlich ausgegangen werden.¹⁸ Als Orientierungshilfe, um die Etablierung von DMC zu überprüfen, lässt sich hierbei der definierte Schwellenwert von 15 % herbeiziehen, welcher gemäss der Praxis der Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich einen erfolgreichen Markteintritt signalisiert.¹⁹

23. Folglich erscheint es wahrscheinlich, dass, sobald eine substantielle Menge an PFC-Karten co-badged mit DMC ist (mind. 50 % an ausgetauschtem Kartenbestand) und sich die DMC zudem im Markt etabliert hat (über 15 % Marktanteil), sodass die Händler nicht mehr auf die Akzeptanz von DMC verzichten können, eine Abgrenzung eines separaten sachlich relevanten Marktes für reguläre PFC nicht mehr angezeigt ist und folglich die mit dieser Marktsegmentierung verbundene «automatische» marktbeherrschende Stellung (Marktanteil von 100 %) ab dann für die reguläre PFC entfallen würde, ohne dass eine neue «automatische» marktbeherrschende Stellung für die PFC co-badged mit DMC im Gegenzug entstünde.

Distanzgeschäft:

24. Zuletzt wurde diesbezüglich festgehalten, dass die PostFinance die mit Abstand grösste (und praktisch einzige) Anbieterin im Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Onlinehandel sei, wobei diese an sich starke Stellung durch die geringe Marktgrösse sowie den äusserst geringen Anteil von Zahlungen über Debitkarten im Onlinehandel stark relativiert werde.²⁰ Auch wurde bereits damals auf die in den nächsten Jahren zu erwartende dynamische Entwicklung der Wettbewerbssituation in diesem noch vergleichsweise kleinen Markt hingewiesen, u. a. was einen möglichen Markteintritt von Mastercard und Visa betrifft.²¹ Zum damaligen Zeitpunkt

¹⁴ Schlussbericht zur Vorabklärung i. S. Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card vom 19.3.2019, Rz 55 (noch nicht publiziert), bezüglich der Analyse der Marktverhältnisse kann auf die damaligen Ausführungen unter Rz 55 ff. verwiesen werden.

¹⁵ Schlussbericht zur Vorabklärung i. S. Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card vom 19.3.2019, Rz 63 ff. (noch nicht publiziert).

¹⁶ Vgl. Rz 12.

¹⁷ Vgl. Rz 7.

¹⁸ Vgl. entsprechende Ausführungen in Rz 25.

¹⁹ Vgl. RPW 2017/4, 561 Rz 19, *Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.

²⁰ RPW 2020/2, 431 f., *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

²¹ Vgl. dazu näher RPW 2020/2, 431 f., *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

erschien es nach dem Gesagten sodann glaubhaft, dass die Schwelle, wonach Händler ab einer gewissen Verbreitung eines bestimmten Zahlungsmittels nicht vernünftigerweise auf dieses verzichten können (noch) nicht erreicht war.²²

25. Die Beratungsanfrage verweist in diesem Zusammenhang erneut auf die mittlerweile lancierten Debitkarten DMC und Visa Debit, die u. a. – wie auch das Sekretariat festgehalten habe – gerade auf den Gebrauch im Onlinehandel ausgerichtet seien.²³ Tatsächlich ist aufgrund den Ausführungen in der Beratungsanfrage und in zahlreichen Presseberichten zunächst davon auszugehen, dass eine Marktveränderung namentlich dadurch im Gange ist, da die Banken daran sind, die bisherigen Debitkartenprodukte Maestro und/oder V Pay durch DMC und/oder Visa Debit zu ersetzen,²⁴ und weiter, dass die Verbreitung und Nutzung dieser neuen Kartengeneration durch die Banken derart gefördert wird, dass sich diese Karten auch im Distanzgeschäft rasch durchsetzen, was im Gegenzug zu einer Schwächung der Position der PostFinance im Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Onlinehandel führen dürfte, weil diese gewichtigen Anbieter hinzukommen. Infolgedessen liegt zudem nahe, dass die Bedeutung der Bezahlung mit Debitkarten im Onlinehandel insgesamt zunimmt, da Händler diese Möglichkeiten vermehrt anbieten könnten.

26. Gesamthaft ist davon auszugehen, dass das beabsichtigte Co-Badging der PFC mit DMC auch im vorliegenden betrachteten Markt zu einer Schwächung der Marktstellung von PostFinance führt. Dies zum einen wegen des Markteintritts von Mastercard und Visa und zum anderen wegen der Möglichkeit für die PFC-Karteninhaber, auch im Onlinebereich – gemäss Beratungsanfrage wahlweise – über das DMC-Scheme zu bezahlen.²⁵ Entsprechend sind auch die Onlinehändler, sofern sie bereits DMC akzeptieren, nicht mehr darauf angewiesen, einen Acquiring-Vertrag mit der PostFinance abzuschliessen, um Zahlungen mit der PFC zu akzeptieren.

27. Bereits in der letzten Beratung wurde im Ergebnis eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG seitens PostFinance im Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Onlinehandel aufgrund der geringen Bedeutung von Debitkartenzahlungen im Onlinebereich, der Marktdynamik und der gemäss Darstellung der Beratungsanfrage starken Verhandlungsposition von Grosskunden als unwahrscheinlich angesehen.²⁶ Nach dem Gesagten kann an dieser Einschätzung festgehalten werden, wobei auch gegenüber kleinen Händlern eine marktbeherrschende Stellung von PostFinance bei genügender Verbreitung der Co-badged-Karten und der Etablierung des DMC-Schemes unwahrscheinlich ist.²⁷

III. Fazit

28. Als Gesamtfazit kann festgehalten werden, dass das angedachte Co-Badging der PFC mit DMC im Präsenzgeschäft nach der Einschätzung des Sekretariats zu einer Ausweitung des sachlich relevanten Markts führt, da Händlern damit neu ein Substitut zu einem Acquiring-Vertrag der PostFinance offensteht. Sobald eine genügende Menge an PFC mit Co-Badging in Umlauf gebracht worden sind (mind. 50 % an ausgetauschtem Kartenbestand) und sich zudem die Akzeptanz von DMC

im Markt etabliert hat (über 15 % Marktanteil), ist davon auszugehen, dass keine marktbeherrschende Stellung der PostFinance im betrachteten Markt für den Zugang zum Acquiring mehr gegeben ist. Für das Distanzgeschäft ist an den Ausführungen in der Beratung *Konditionen im E-Payment PostFinance* festzuhalten, wobei – wie dargelegt – eine marktbeherrschende Stellung bei genügender Verbreitung auch gegenüber kleinen Händlern unwahrscheinlich erscheint.

²² RPW 2020/2, 431 f., *Konditionen im E-Payment PostFinance*. Dies entspricht dem Argument bezüglich «*must take cards*». Vgl. ROCHET/TIROLE, *Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs*, in: *Journal of the European Economic Association*, 9(3), 462–495, 2011.

²³ Vgl. RPW 2017/4, 542 Rz 1, *Vorabklärung betreffend MasterCard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*; RPW 2017/4, 562 Rz 30–35, *Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.

²⁴ Vgl. beispielsweise Tagesanzeiger vom 28.1.2020, «Der beliebten Maestro-Karte droht das aus», <www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/der-beliebten-maestrokarte-droht-das-aus/story/13844950> (16.6.2021); Luzerner Zeitung vom 28.8.2020, «Banken ersetzen die Maestro-Karte mit einer neuen Art von Debitkarte: Das kann sie», <www.luzernerzeitung.ch/wirtschaft/banken-ersetzen-die-maestro-karte-mit-einer-neuen-art-von-debitkarte-das-kann-sie-ld.1250943> (16.6.2021); zudem gab die Einführung dieser neuen Karten bereits Anlass für weitere Meldungen an die Wettbewerbsbehörden und die Preisüberwachung, vgl. statt vieler <www.blick.ch/wirtschaft/neue-debitkarten-sorgen-bei-kmu-fuer-rote-koepfe-gebuehren-vervielfachen-sich-ueber-nacht-wir-alle-werden-die-preise-erhoehen-muessen-id16537380.html> (16.6.2021).

²⁵ Vgl. Rz 1.

²⁶ RPW 2020/2, 432, *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

²⁷ Vgl. Rz 21 f.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Installation et services électriques dans la région genevoise

Décision du 10 mai 2021 en l'affaire Enquête selon l'article 27 LCart concernant Installation et services électriques dans la région genevoise relatif à des accords illicites selon l'art. 5 al. 3 LCart contre

Amaudruz SA, succursale de Vernier, à Aïre; représentée par [...].

Egg-Telsa SA, à Genève;

electric & IT SA, à Les Acacias, représentée par [...];

EI TOP SA, à Les Acacias, représentée par [...];

Félix Badel et Cie SA, à Genève, représentée par [...];

LAYDEVANT SA, à Carouge;

LUMITEL SA, à Onex, représentée par [...];

SAVOY SA, à Carouge, représentée par [...];

SAVOY ENGINEERING SA, à Carouge, représentée par [...];

SPIE MTS SA (ex-FANAC & ROBAS SA), à Genève, représentée par [...].

A Procédure

A.1 Objet de l'enquête

1. La présente enquête a pour objet le marché de l'installation et des services électriques dans la région genevoise. Elle sert à déterminer si les entreprises visées par la présente enquête ont conclu des accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c de la Loi sur les cartels (LCart¹) lors d'appels d'offres lancés sur ce marché entre janvier 2013 et janvier 2018.

A.2 Entreprises visées par l'enquête

2. **Amaudruz SA, succursale de Vernier** (ci-après: « Amaudruz ») est une succursale de l'entreprise Amaudruz SA, sise à Lausanne et fondée en 1934. Cette société de près de 120 collaborateurs est active notamment dans le domaine des installations électriques intérieures des bâtiments, les télécommunications, la domotique, les installations à courant fort et faible et la pose d'alarmes. Amaudruz dispose d'un bureau d'étude en électricité en son sein, chargé du suivi des projets, de leur conception à leur réalisation.

3. **Egg-Telsa SA** (ci-après: « Egg-Telsa »), fondée en 1948 et sise à Genève, est une société de près de 300 collaborateurs active dans le domaine de l'installation et des services électriques. Elle est une des plus importantes entreprises générales d'électricité à Genève et en Suisse romande. Egg-Telsa dispose également d'une succursale dans le canton de Vaud à Saint-Sulpice.

4. **electric & IT SA** (ci-après: « electric & IT »), fondée en 2013 et sise à Genève, est une société de près de 25 collaborateurs active dans le domaine des installations électriques à courant fort et faible ainsi que des installations de télécommunications, fibre optique et domotique.

5. **EL TOP SA** (ci-après: « El Top »), fondée en 2007 et sise à Genève, est une société générale d'électricité de près de 100 collaborateurs proposant ses services dans l'étude de projets électriques, les installations à courant fort et faible, le dépannage, la maintenance et l'entretien de systèmes électriques pour des entreprises et des particuliers.

6. **FANAC & ROBAS SA**, sise à Genève, était active dans le domaine des installations électriques à courant fort et faible et dans les télécommunications. La société a été radiée du registre du commerce par suite de fusion en juin 2018. Ses actifs et passifs ont été repris par l'entreprise SPIE MTS SA, sise à Lonay dans le canton de Vaud. SPIE MTS SA fait partie du groupe français du même nom, présent dans plus de 38 pays et comptant près de 50'000 collaborateurs dans le monde. Même si cette dernière société est finalement partie à la procédure, le terme « Fanac & Robas / SPIE » sera utilisé dans la présente décision à des fins de compréhension.

7. **Félix Badel et Cie SA** (ci-après: « Badel »), fondée en 1903 et sise à Genève, est une société générale d'installations électriques intervenant dans tous les secteurs économiques tant pour des particuliers ou des entreprises: l'étude de projets électriques, les installations à courant fort et faible, le dépannage, la télématique, les tableaux électriques, la maintenance et

¹ Loi fédérale du 6.10.1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

l'entretien de systèmes électriques. Cette entreprise est un des principaux acteurs sur la place genevoise et compte plus de 150 collaborateurs.

8. **LAYDEVANT SA** (ci-après: « Laydevant »), fondée en 1972 et sise à Carouge, est une société d'installation générale d'électricité et de télécommunications d'environ 80 collaborateurs. Elle est également active dans la fabrication, l'installation et l'automatisation de portes et portails. L'entreprise comprend également un bureau d'étude technique.

9. **LUMITEL SA** (ci-après: « Lumitel »), fondée en 2007 et sise à Genève, est une société d'une douzaine de collaborateurs active dans le domaine de l'installation électrique, de la télécommunication, du multimédia, des réseaux d'entreprises, du dépannage et de la maintenance électrique.

10. **SAVOY SA** (ci-après: « Savoy »), fondée en 1969 et sise à Genève, est une société générale d'électricité de près de 60 employés, active dans les domaines de l'étude de projets électriques, les installations à courant fort et faible, l'audiovisuel, la sécurité, le dépannage, la maintenance et l'entretien des installations électriques.

11. **SAVOY ENGINEERING SA** (ci-après: « Savoy Engineering ») est le bureau d'étude de l'entreprise Savoy avec laquelle elle partage ses bureaux. Cette entreprise n'est pas active dans le domaine des installations électriques à proprement parler. Si Savoy Engineering réalise une étude, alors la charte de l'entreprise interdit à Savoy de soumissionner pour le projet en question.² Savoy Engineering ne réalise aucun chiffre d'affaires dans le domaine des installations électriques.

A.3 Procédure

12. En octobre 2017, le Secrétariat a reçu une dénonciation³ faisant état de possibles accords sur les prix entre différentes entreprises actives dans le domaine de l'installation et des services électriques dans la région genevoise.⁴

13. Le 30 janvier 2018, les autorités de la concurrence ont ouvert une enquête contre les entreprises mentionnées sous A.2 en procédant, en fonction des ressources disponibles, à des perquisitions auprès de Badel, El Top, Savoy, Savoy Engineering et Egg Telsa. La publication officielle selon l'art. 28 LCart s'est faite le 13 février 2018 dans la Feuille fédérale et le 14 février 2018 dans la Feuille officielle suisse du commerce.⁵

14. Entre le 30 janvier et le 3 mars 2018, le Secrétariat a procédé à onze auditions de parties et cinq auditions de témoins.⁶ Les 30 septembre, 1^{er} et 2 octobre 2019, le Secrétariat a procédé à trois auditions complémentaires.⁷

15. Plusieurs autodénonciations ont été déposées: le 30 janvier 2018 par El Top et par Badel, le 31 janvier 2018 par Egg-Telsa, le 1^{er} février 2018 par Lumitel, le 2 février 2018 par electric & IT, le 9 mars 2018 par Fanac & Robas / SPIE et le 6 août 2020 par Savoy.⁸

16. Le 4 mars 2020, le Secrétariat a rencontré toutes les parties afin de leur expliquer les fondamentaux de la loi sur les cartels et les options possibles pour la suite de la procédure, en particulier le processus d'accord amiable

au sens de l'art. 29 al. 2 LCart. Suite à cette rencontre, le Secrétariat a informé Amaudruz qu'il envisageait de clore sans suite la procédure à son encontre pour manque de preuve, raison pour laquelle cette entreprise est restée en dehors du processus d'accord amiable. Toutes les autres parties ont participé au processus d'accord amiable en suivant les étapes décrites dans la note du Secrétariat relative aux accords amiables.⁹ Le Secrétariat a ainsi présenté individuellement à chaque partie ayant participé au processus les moyens de preuve qui l'amenaient à tenir compte des chantiers retenus dans les tableaux annexés ainsi que des détails du calcul de la sanction.

17. Le 22 décembre 2020, le Secrétariat a signé des accords amiables avec Badel, El Top, Egg-Telsa, Lumitel, electric & IT, Fanac et Robas / SPIE, Savoy et Laydevant.¹⁰

18. Le 4 février 2021, le Secrétariat a fait parvenir sa proposition de décision du 26 janvier 2021 à toutes les parties, lesquelles ont toutes pris position.¹¹

19. Le 26 avril 2021, la COMCO a auditionné [...] dans le cadre de la demande de réduction de la sanction pour incapacité de paiement formulée par cette entreprise.¹² L'entreprise [...], après en avoir fait la demande, a finalement renoncé à une telle audition.¹³

20. Toutes les entreprises visées par la présente procédure ont renoncé à accéder aux pièces du dossier.¹⁴

B Etat de fait

B.1 Remarques préliminaires sur les moyens de preuve

21. Les dispositions de la Loi sur la procédure administrative (PA)¹⁵ sont applicables à la procédure d'enquête dans la mesure où la loi sur les cartels n'y déroge pas (art. 39 LCart). Le principe de la libre appréciation des preuves s'applique aux procédures administratives cartellaires (art. 39 LCart en lien avec l'art. 19 PA et l'art. 40 PCF¹⁶). La preuve d'un fait est en général réputée fournie lorsque les autorités de la concurrence sont convaincues de sa réalisation d'un point de vue objectif. Il n'est

² Acte II.17.

³ Acte I.1.

⁴ Actes I.1 à I.10.

⁵ Communication de la Commission de la concurrence du 13.2.2018, FF 2018 784 et FOSC no 31 du 14.2.2019.

⁶ Actes II.1 à II.16.

⁷ Actes II.17 à II.19.

⁸ Actes IX.1, X.1, XVI.1, XI.1, XII.1, XIV.1 et IV.41.

⁹ Note explicative du Secrétariat de la COMCO du 28.2.2018: Accords amiables, www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Communication / Notes > Note: Accords amiables, ci-après Note: Accords amiables.

¹⁰ Actes IV.107 à IV.114, actes IV.115 à IV.122.

¹¹ Actes I. 244 à I. 253, actes I.254 à I.277, actes I.288 à I.297.

¹² Acte II.20, acte I.300, actes I.302 à I.316.

¹³ Acte I.294.

¹⁴ Acte IV.38, actes IV.92 à IV.98, acte IV.106.

¹⁵ Loi fédérale du 20.12.1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

¹⁶ Loi fédérale du 4.12.1947 de procédure civile fédérale (PCF; RS 273).

pas nécessaire que la réalisation du fait soit établie avec certitude (c'est-à-dire sans doute); il suffit que les doutes apparaissent comme étant insignifiants.¹⁷

22. Selon la note sur les accords amiables¹⁸, la conclusion d'accords amiables mène à des procédures plus courtes et à des décisions plus concises car les moyens de preuve ne doivent pas être collectés de manière exhaustive, les faits ne doivent pas être déterminés dans leur intégralité et la motivation de la violation de la LCart peut être réduite dans la décision. De plus, les entreprises peuvent convenir de renoncer à la consultation du dossier.

23. Dans le cadre de l'administration des preuves, outre les parties à la procédure, d'autres entreprises actives dans le domaine de l'installation et des services électriques sont apparues comme potentiellement impliquées dans des échanges en relation avec certains projets. Toutefois, la qualité des moyens de preuve les concernant ne permet pas d'atteindre, en l'état, un degré de soupçon suffisant. La procédure n'a, dès lors, pas été étendue à ces autres entreprises.

24. Par conséquent et compte tenu des accords amiables, l'état de fait de la présente procédure peut se résumer à une présentation du marché de l'installation et des services électriques dans la région genevoise (B.2) et à une présentation exemplative des comportements incriminés (B.3) choisis parmi les 111 chantiers retenus dans les tableaux annexés.

B.2 Marché de l'installation et des services électriques dans la région genevoise

25. Dans la région genevoise, plus de 200 entreprises sont actives sur le marché de l'installation et des services électriques, à savoir la mise en place, la maintenance et la réparation d'installations électriques à courant fort et faible ainsi que d'installations de télécommunications, de fibre optique et de domotique.

26. Ces entreprises offrent généralement leurs services suite à des appels d'offres, qu'ils soient publics ou privés. En principe, le fonctionnement d'un appel d'offres privé¹⁹ d'une certaine importance se déroule, dans la région genevoise, selon les quatre étapes suivantes:

1. À la demande du maître d'ouvrage, un planificateur (architecte ou bureau d'ingénieur - qui fait parfois partie d'une entreprise d'installation électrique) établit l'étude de base qui servira à l'appel d'offres. Il prépare les documents nécessaires et effectue une estimation préliminaire des coûts. Même si les frais de cette étude s'élèvent, en règle générale, entre 5 et 8 % du prix final, il semble usuel que ces frais soient « offerts » au maître d'ouvrage si le marché est finalement attribué à l'entreprise dans laquelle le planificateur qui a effectué l'étude de base travaille. Par conséquent, les autres entreprises qui participent à l'appel d'offres doivent, en règle générale, offrir un rabais de 5 à 8 % sur leur prix si elles entendent établir une offre concurrentielle et avoir une chance de remporter le marché.
2. Le planificateur contacte des entreprises et leur demande de participer à l'appel d'offres. Il leur

transmet alors le plus souvent un fichier texte contenant les informations sur l'appel d'offres (fichier conforme au standard *sia*). Ce fichier ne comprend que la structure des coûts (nombre de prises, mètres de câble, etc.) établie dans le cadre de l'étude. C'est sur cette base que les entreprises soumettent leur offre. La grande majorité des entreprises d'installation et de services électriques dans la région genevoise utilisent le logiciel « WinProgitel » pour créer leur offre. Ce logiciel permet de créer différents types de documents tels que devis, soumissions, demandes d'acomptes, factures, etc. Il génère le plus souvent un fichier au format *.usi* contenant les paramètres de coûts propres à chaque entreprise.

3. Le planificateur et le maître d'ouvrage comparent les offres soumises, organisent une séance de pré-adjudication et, à cette occasion, renégocient les prix des offres soumises.
4. Le marché est attribué à l'entreprise choisie.

B.3 Comportements incriminés

27. Pour établir l'état de fait, l'autorité a procédé à l'administration des preuves suivantes: informations ressortant des autodénonciations et documents requis auprès des parties, documents papiers saisis et données électroniques sécurisées au cours des perquisitions, ainsi que toutes les informations ressortant des interrogatoires de témoins et auditions de parties. Sur cette base, et en laissant de côté les chantiers pour lesquels les preuves étaient insuffisantes ou manquaient de clarté, elle est arrivée à des conclusions différenciées. Aucune restriction illicite à la concurrence n'a pu être reprochée à Amaudruz et Savoy Engineering. En revanche, 111 appels d'offres manipulés par les autres parties ont pu être découverts dans le domaine de l'installation et des services électriques lors de projets de différentes tailles (villas, petits immeubles, hôtels, centres commerciaux et grands projets immobiliers) réalisés dans la région genevoise entre 2013 et 2018.

28. En l'espèce, les comportements incriminés consistaient en des demandes d'offres de soutien qui visaient à convaincre certaines entreprises de soumettre des offres arrangées pour aider artificiellement l'entreprise ayant requis le soutien à remporter le marché. Ces arrangements étaient souvent le fruit de facteurs ponctuels précis, comme la réalisation de l'étude préalable et/ou les relations particulières et privilégiées qu'entretenaient certaines entreprises, parfois de longue date, avec le maître d'ouvrage ou son représentant.²⁰

¹⁷ TAF, B-8430/2010 du 23.9.2014 consid. 5.3.2 s., *Paul Koch AG*; TAF, B-8399/2010 du 23.9.2014 consid. 4.3.2 s., *Siegenia-Aubi AG*; voir aussi TF, 2A.500/2002 du 24.03.2003 consid. 3.5, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹⁸ Note: Accords amiables (n.9).

¹⁹ Pour les appels d'offres publics, cf. la législation sur les marchés publics.

²⁰ Acte II.17, lignes 74 ss; acte II.11, lignes 128 ss et lignes 238 ss.

- Réalisation de l'étude préalable: lorsqu'une entreprise d'installation électrique réalisait l'étude préliminaire, elle bénéficiait d'un avantage stratégique car elle connaissait déjà bien le projet. Si elle était alors intéressée à obtenir les travaux, elle était prête à « faire cadeau » des frais de l'étude si elle était finalement choisie pour la réalisation du projet.²¹ Dans pareil cas, pour favoriser ses chances, elle demandait à des entreprises concurrentes, impliquées dans l'appel d'offres, de fournir une offre de couverture.
- Relations privilégiées: lorsque le maître d'ouvrage ou son représentant en charge du projet connaissait certaines entreprises et appréciait de travailler avec elles, il leur faisait part, d'une manière ou d'une autre, de son souhait de leur accorder le mandat, en procédant tout de même à un appel d'offres.²² Les entreprises concernées demandaient alors à certaines concurrentes de transmettre des offres de soutien en précisant qu'elles étaient des fournisseurs traditionnels de ce maître d'ouvrage et désiraient, de ce fait, obtenir les travaux qui faisaient l'objet de l'appel d'offres en question. Cette façon de faire avait déjà été mise en évidence en 2009 dans l'enquête contre les entreprises électriques du canton de Berne, où on parlait alors de « Stammkunde ».²³

29. Concrètement, lorsqu'une entreprise acceptait d'aider un concurrent, les demandes de soutien se déroulaient de deux manières:

- 1) L'entreprise requérant le soutien transmettait, le plus souvent par téléphone, le montant de l'offre de soutien à atteindre à l'entreprise qui avait accepté d'en faire une. Cette dernière remplissait alors le fichier qui contenait les données permettant d'approcher la valeur cible, puis renvoyait son offre au maître d'ouvrage.²⁴
- 2) L'entreprise requérant le soutien remplissait elle-même l'offre de soutien en se servant du logiciel commun à la branche (Winprogitel). Elle transmettait ensuite à l'entreprise qui avait accepté de la soutenir un CD-ROM²⁵ contenant l'appel d'offres prérempli au format informatique *.usi*, ou des fichiers au standard *sia* décrivant uniquement la structure des coûts établie dans le cadre de l'étude (p.ex. nombre de prises, mètres de câble). Dans le premier cas, il suffisait alors à l'entreprise apportant son soutien d'apposer son propre entête à l'offre et de la transmettre au maître d'ouvrage ou à l'architecte en charge du projet. Dans le second cas, l'entreprise avait à disposition la structure de coûts et connaissait une valeur cible à atteindre pour son prix et pouvait manipuler certains paramètres afin d'atteindre ladite valeur. Ces façons de faire facilitaient et optimisaient la soumission d'offres de soutien, permettant aux entreprises concernées de rendre des offres sans y consacrer trop de temps.

30. En l'occurrence, les 111 chantiers considérés comme problématiques ont été classés dans l'une des 6 catégories suivantes:²⁶

- A. Une entreprise demande et reçoit le soutien d'une ou de plusieurs entreprises concurrentes, puis

remporte l'appel d'offres sans que d'autres offres externes au cartel n'aient été déposées;

- B. Une entreprise demande et reçoit le soutien d'une ou de plusieurs entreprises concurrentes, puis remporte l'appel d'offres malgré la présence d'autres offres externes au cartel;
- C. Une entreprise demande et reçoit le soutien d'une ou de plusieurs entreprises concurrentes mais ne remporte pas l'appel d'offres;
- D. Une entreprise soutient un concurrent qui remporte l'appel d'offres, sans que d'autres offres externes au cartel n'aient été déposées;
- E. Une entreprise soutient un concurrent qui remporte l'appel d'offres malgré la présence d'offres externes au cartel;
- F. Une entreprise soutient un concurrent qui ne remporte pas l'appel d'offres.

31. Ces types de comportements se retrouvent dans les quatre exemples suivants – tirés des tableaux annexés – qui mettent en cause, à des titres divers, les parties à la procédure, signataires de l'accord amiable:

- [...]: un appel d'offres privé visant les installations électriques [...] à Genève a été lancé en 2012, puis adjudiqué en 2013. Il ressort des moyens de preuve analysés au cours de la procédure que [...] a soutenu [...] avec une offre à CHF [...] (hors taxes) alors que celle [...], qui a remporté le marché, se montait à CHF [...] (hors taxes). [...] a réalisé l'étude pour ce projet et a préparé plusieurs fichiers *.usi* précalculés avec des prix différents pour plusieurs entreprises, dont [...]. Ces fichiers contenaient tous des prix différents situés au-dessus du montant soumissionné par [...].²⁷
- [...]: un appel d'offres privé lancé en 2015 visait à adjudiquer un marché comprenant l'ensemble des installations électriques [...]. Disposant d'une relation privilégiée avec le maître d'ouvrage, [...] a pu obtenir la liste des autres soumissionnaires invités. Comme cette entreprise ne disposait pas de l'infrastructure nécessaire pour réaliser seule ce projet, elle a formé un consortium avec [...], laquelle s'est chargée de requérir des offres de soutien auprès de [...], [...] et [...]. Plusieurs entreprises (non parties à la procédure) ont quant à

²¹ Acte II.17, lignes 21 ss et lignes 362 ss.

²² Acte II.18, lignes 109 ss.

²³ DPC 2009/3, 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁴ Acte II.1, ligne 116; acte II.2, lignes 99 ss et 130 ss; acte II.5, lignes 85 ss; acte II.8, lignes 118 ss.

²⁵ Il ressort des auditions menées que dans la plupart des cas, les données étaient transmises de main à main par CD-ROM puis systématiquement détruites.

²⁶ Ces catégories sont reportées dans les 8 tableaux annexés.

²⁷ Acte IV.48 (annexe 7), acte X.9.

elles soumis des offres calculées de manière indépendante et sans concertation avec le consortium [...]. Le consortium a remporté l'appel d'offres avec une offre à [...] CHF (hors taxes).²⁸ La mention « *on couvre [...]* » figure en annotation au projet en cause dans le tableau Excel découvert auprès de l'entreprise [...].

- [...]: un appel d'offres privé lancé en 2016 visait à adjudiquer un marché comprenant diverses installations électriques dans [...] à Genève. Il ressort de l'analyse des moyens de preuve que [...] a requis auprès de deux entreprises concurrentes la soumission d'offres de soutien en vue de remporter l'appel d'offres. À cette fin, [...] a préparé plusieurs offres de soutien au moyen du logiciel WinProgitel et a transmis à ses concurrentes des fichiers au format *.usi*. Sur la base de ces fichiers, ces dernières ont, respectivement, soumis des offres très proches ou identiques aux montants calculés par [...] à hauteur de CHF [...] pour [...] et de CHF [...] pour [...] (prix hors taxes). [...] a remporté le marché avec une offre se montant à CHF [...] (hors taxe).²⁹ La mention « *on couvre [...]* » figure en annotation au projet en cause dans un tableau Excel découvert auprès de l'entreprise [...].³⁰
- [...]: un appel d'offres privé lancé en 2017 visait à adjudiquer un marché comprenant des installations électriques d'une partie de [...]. Il ressort des moyens de preuve analysés au cours de la procédure que des collaborateurs des entreprises [...] et [...] ont échangé par courrier des informations relatives au prix, visant à coordonner leurs offres. Ces dernières se montaient respectivement à CHF [...] (hors taxes) pour [...] et [...] (hors taxes) pour [...]. Malgré la présentation d'une offre de soutien [...] en faveur de [...], une entreprise externe à l'accord a remporté le marché.³¹

32. Les tableaux annexés présentent l'ensemble des projets ayant fait l'objet d'offres de soutien qui ont été retenus dans le cadre de la présente procédure conclue par des accords amiables.

C Considérants

C.1 Champ d'application de la LCart

33. Le champ d'application personnel de la LCart s'étend aux entreprises engagées dans le processus économique, qui offrent ou acquièrent des biens ou des services, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique, de droit privé ou de droit public, et qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1 en relation avec art. 2 al. 1^{bis} LCart).

34. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. Les parties à la présente enquête sont des entreprises au sens de la LCart.

35. La question de l'existence d'accords en matière de concurrence sera examinée dans le cadre de l'analyse matérielle de l'art. 4 al. 1 LCart.

C.2 Compétence de la Commission de la concurrence

36. La compétence des autorités de la concurrence ressort de l'art. 18 al. 3, 1ère phrase LCart et de l'art. 10 al. 1 du RI-COMCO³² qui prévoient que « la Commission prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à un autre organe ou au Secrétariat ».

37. En l'espèce, la Commission doit décider de façon définitive s'il convient de prononcer des mesures (obligation de faire, de s'abstenir, prononcé de sanctions) à l'encontre de dix entreprises en raison d'une violation des dispositions de la loi sur les cartels.

C.3 Prescriptions réservées

38. Selon l'art. 3 al. 1 LCart, sont réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

39. En l'espèce, aucune prescription réservée ne permet d'exclure le marché en question de l'application de la LCart.

C.4 Accords illicites en matière de concurrence

C.4.1 Accords en matière de concurrence

40. « Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence » (art. 4 al. 1 LCart).

41. Pour qu'il y ait accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut a) une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées sous la forme d'une convention ou d'une pratique concertée b) qui vise ou entraîne une restriction à la concurrence c) entre entreprises actives sur les mêmes ou différents échelons du marché.³³

C.4.1.1 Action collective consciente et voulue

42. Un accord en matière de concurrence existe lorsqu'il y a un consensus entre les entreprises concernées sur la nature et la forme de la coopération anticoncurrentielle. La notion d'accord en matière de concurrence est cependant plus large que celle du contrat au sens de l'art. 1 CO.³⁴

²⁸ Acte II.8 lignes 111 ss, acte II.11 lignes 138 ss, acte IV.34 p. 3 et annexe, acte IV.62 p.3, acte IX.8 p. 4 et annexe, acte IX.11 p. 2 et annexes, acte X.9, acte XI.2, acte XI.7, acte XVII.1.

²⁹ Acte I.241 p. 6, acte II.16 (cf. tableaux des affaires annexés), acte X.1, acte X.12 (dossier chemin des Fins), acte IV. 14 (cf. tableaux des affaires annexés) acte IV.41 (annexe chantier 3), acte XVII.1.

³⁰ Ce tableau consiste en un récapitulatif des soumissions effectuées par cette entreprise.

³¹ Acte XII.6 p. 2 et annexes, IV.65 p. 3 et annexes.

³² Règlement interne du 15.6.2015 de la Commission de la concurrence (Règlement interne COMCO, RI-COMCO; RS 251.1).

³³ ATF 144 II 246, 252, consid. 6.4, *Altimum SA*.

³⁴ Loi fédérale du 30.3.1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO; RS 220); VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, collection « *Quid iuris* », 2^{ème} éd., 2021, 77.

43. En l'espèce, les entreprises signataires de l'accord amiable ont échangé des informations sur les projets figurant aux tableaux annexés³⁵ relativement aux éléments de calcul et, en particulier, aux prix des offres de soutien à présenter dans le cadre d'appels d'offres. Ces comportements avaient pour but d'influencer le résultat des appels d'offres en faveur de l'une d'entre elles. En effet, lorsqu'une des entreprises désirait se voir adjudiquer un projet, elle s'accordait avec les autres entreprises invitées à déposer une offre. Ce faisant, les entreprises savaient et voulaient que ces communications se traduisent par une coordination des prix de leurs offres, respectivement par une renonciation à présenter des offres concurrentielles.

44. Le comportement des parties démontre ainsi une coopération consciente et voulue sous la forme d'une convention pour chacun des cas figurant dans les tableaux annexés.

C.4.1.2 Restriction à la concurrence visée ou entraînée

45. Pour être qualifié d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, la convention doit viser ou entraîner une restriction à la concurrence.

46. Il y a restriction à la concurrence si une entreprise renonce à sa liberté d'action commerciale et restreint ainsi le libre jeu de l'offre et de la demande, par exemple en ne fixant pas librement le prix de ses services.³⁶

47. Le terme « viser » signifie que le comportement incriminé doit être objectivement susceptible d'entraîner une restriction à la concurrence, peu importe l'intention subjective des entreprises concernées.³⁷ Si l'intention des parties à l'accord de restreindre la concurrence est prouvée, il est généralement considéré que cet accord vise une restriction à la concurrence. Le terme « entraîner » signifie que l'accord a une influence sur le marché pertinent. Il n'est pas nécessaire que l'effet se soit déjà produit. Il suffit que cela puisse se produire avec une probabilité suffisante dans un avenir proche.³⁸ Selon le Tribunal fédéral, « [I] est admis qu'un accord qui limite la libre formation du prix est propre à entraîner une restriction à la concurrence [...] ».³⁹

48. Dans un appel d'offres, le prix est généralement un critère décisif, même si d'autres paramètres de concurrence jouent aussi un rôle dans la décision d'adjudication. Le fait que le calcul des prix soit standardisé par l'utilisation d'un même logiciel dans toute la branche – en l'occurrence *WinProgitel* – et que le planificateur de l'appel d'offres connaisse en général les prix usuels en vigueur dans la branche, ne changent pas l'importance que l'adjudicateur accorde au critère du prix.⁴⁰

49. En l'espèce, Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy ont coordonné leurs offres pour les chantiers qui les concernent selon les tableaux annexés afin de se voir adjudiquer un marché ou de le faire octroyer à une entreprise précise. Non seulement chacune de ces coordinations visait à influencer les appels d'offres en faveur d'une entreprise, mais elle a aussi eu pour effet de fausser les prix des travaux à adjudiquer. Le fait que certaines entreprises aient parfois soumis des offres de soutien sans

être elles-mêmes intéressées par le projet en question n'y change rien.⁴¹ Une offre de soutien, même si elle est fictive, donne l'impression d'une offre sérieuse et influence la décision du maître d'ouvrage qui doit pouvoir partir du principe que les mécanismes du marché fonctionnent correctement.⁴²

50. Par conséquent, les accords concernant les appels d'offres figurant aux tableaux annexés non seulement visaient mais aussi entraînaient une restriction de la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, peu importe que certaines des entreprises impliquées considéraient que leur offre correspondait à un prix approprié.

C.4.1.3 Accord entre entreprises d'un même échelon de marché

51. Les accords horizontaux se caractérisent par le fait que deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes et actives sur un même échelon du marché restreignent la concurrence par un comportement coordonné. Il importe peu que les entreprises impliquées dans l'accord soient réellement en concurrence les unes avec les autres (concurrence réelle) ou qu'elles ne le soient que potentiellement (concurrence potentielle).⁴³

52. En l'espèce, les entreprises Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy sont toutes actives sur un même échelon du marché et sont en concurrence pour les appels d'offres dans le domaine de l'installation et des services électriques dans la région genevoise. Par conséquent, les accords conclus entre les parties sont de nature horizontale.

53. En résumé, les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al.1 LCart sont remplis pour chacun des projets incriminés auxquels ont participé Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy, conformément aux tableaux présentant les appels d'offres. Ces entreprises sont intervenues soit en qualité d'entreprise requérant un soutien, soit en qualité d'entreprise offrant un soutien.

C.4.2 Suppression de la concurrence efficace

54. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

³⁵ Annexes 1 à 8.

³⁶ DPC 2017/3, 446 N 200, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

³⁷ DPC 2010/1, 71 N 87, *Gaba*.

³⁸ DPC 2010/1, 71 N 87, *Gaba*.

³⁹ ATF 144 II 246 s. consid. 6.4.2, *Altimum SA*.

⁴⁰ DPC 2009/3, 207 N 74, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴¹ BENEDICT F. CHRIST, *Die Submissionsabsprache – Rechtslage und Wirklichkeit*, 1999, 20 N 65 s.

⁴² DPC 2009/3, 196 N 56, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴³ TAF, B-8430/2010 du 23.9.2014 consid. 6.2.16, *Paul Koch AG*; TAF, B-8399/2010 du 23.9.2014 consid. 5.2.1.8, *Siegenia-Aubi AG*; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.2.13, *SFS unimarket AG*.

55. Selon art. 5 al. 3 LCart, sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords qui:

- a) fixent directement ou indirectement les prix;
- b) restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c) opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

C.4.2.1 Accords illicites sur les prix et sur la répartition de la clientèle

56. Comme exposé ci-dessus, Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy ont, de manière répétée, coordonné leurs offres, en s'entendant a) sur les prix de leurs soumissions (fixation directe des prix) ou sur des éléments de calcul des prix (fixation indirecte des prix) ainsi que b) sur la répartition de la clientèle pour les appels d'offres figurant aux tableaux annexés. Ce faisant, ces entreprises ont constitué des cartels de soumission qui tombent sous le coup de l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart.⁴⁴

57. La présomption de suppression de la concurrence efficace figurant à l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart s'applique donc aux accords en cause. Cela étant, il convient d'examiner si cette présomption peut être renversée. À cet effet, il faut tout d'abord délimiter le marché pertinent, puis examiner s'il existe malgré tout une concurrence externe (concurrence d'entreprises non parties à l'accord) ou interne (concurrence entre les entreprises parties à l'accord) sur ce marché de référence, qui soit suffisante pour renverser cette présomption.

C.4.2.2 Marché pertinent

58. Le marché pertinent est composé du marché de produits et du marché géographique. Étant donné l'abondante jurisprudence de la COMCO dans le domaine des cartels de soumission, il est possible de s'y référer sans en rappeler tous les détails.

59. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. a OCCE⁴⁵).

60. En matière de cartels de soumission, les partenaires potentiels de l'échange des entreprises participant aux différents accords sont les maîtres d'ouvrage, respectivement leurs représentants, qui mettent au concours des services d'installations électriques particuliers⁴⁶, tels que formulés dans chacun des appels d'offres figurant aux tableaux annexés.

61. En l'absence d'un accord global sur les prix, la jurisprudence bien établie de la COMCO décrit chaque appel d'offres comme formant le marché de produits en raison des particularités liées à chaque projet et du nombre restreint d'entreprises aptes à les réaliser.⁴⁷ En l'occurrence, le marché de produits peut être défini comme chacun des appels d'offres dans le domaine de l'installation et des services électriques figurant dans les

tableaux annexés, peu importe qu'il s'agisse d'un appel d'offres public ou privé.

62. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. b OCCE). En l'espèce, l'espace géographique pertinent est lié à chaque projet de chantier visé par les accords individuels.⁴⁸ De plus, l'analyse des moyens de preuve a révélé le caractère local, voire régional des entreprises participant aux appels d'offres lancés dans le canton de Genève et le district de Nyon pour les installations et les services électriques. Cela peut se comprendre dans la mesure où la connaissance du tissu économique de la région genevoise est importante dans le domaine de la construction.

63. Par conséquent, le marché pertinent comprend chacun des appels d'offres (publics et privés) dans le domaine de l'installation et des services électriques, lancés dans la région genevoise (canton de Genève et district de Nyon), figurant aux tableaux annexés.

C.4.2.3 Suppression de la concurrence efficace

64. Il s'agit dès lors de déterminer dans quelle mesure les entreprises ayant pris part aux accords en matière de concurrence figurant aux tableaux annexés ont été disciplinées par une concurrence interne ou externe, permettant de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace prévue à l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart:

- concurrence interne: dans le cas d'espèce, aucune concurrence interne dans les chantiers retenus ne permet de renverser la présomption, même si l'offre de soutien ne correspondait pas, dans certains cas, exactement à celle qui avait été demandée.
- concurrence externe: dans le cas d'espèce, 25 chantiers ont fait l'objet d'offres déposées aussi par des entreprises externes au cartel. Il ressort des analyses faites dans le cadre de l'accord amiable que ces dernières ont remporté l'appel d'offres dans 18 cas. La présomption de suppression peut donc être renversée pour ces cas. Il en va de même pour les 7 chantiers restant – remportés par l'une des parties – qui ont fait l'objet d'au moins 2 offres externes confirmées.

⁴⁴ DPC 2017/3, 447 N 208 ss, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2013/4, 592 ss N 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; DPC 2015/2, 225 N 192, *Tunnelreinigung*.

⁴⁵ Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

⁴⁶ DPC 2009/3, 206 N 66 s., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; DPC 2013/4, 592 N 827 s., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁴⁷ DPC 2021/1, 219 N 63, *Optische Netzwerke*; DPC 2019/2, 456 ss, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2013/4, 593 N 831, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; DPC 2012/2, 392 N 986, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁴⁸ Entre autres DPC 2013/4, 594 s. N 834 ss, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; DPC 2018/4, 746 N 111 ss, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U*.

65. En résumé, la concurrence efficace est supprimée dans 86 des 111 cas figurant aux tableaux annexés des accords retenus (catégories A et D, cf. N 30). Pour les 25 autres accords dont la présomption de suppression de la concurrence est renversée (catégories B, C, E et F, cf. N 30) se pose la question de savoir s'ils affectent notablement la concurrence efficace sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart.⁴⁹

C.4.2.4 Affectation notable de la concurrence

66. Les accords pour lesquels la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart est renversée sont tout de même illicites s'ils affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 LCart).

67. Dans son arrêt GABA, le Tribunal fédéral a estimé que le critère de l'affectation notable est une clause bagatelle et que les accords particulièrement préjudiciables au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart remplissent en principe le critère de l'affectation notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.⁵⁰ En d'autres termes, ces types d'accords en matière de concurrence affectent en principe la concurrence de manière notable de par leur objet. Il n'est pas nécessaire que les accords en question aient effectivement eu un effet négatif sur la concurrence; il suffit qu'ils puissent potentiellement l'affecter.⁵¹

68. En l'espèce, les 25 accords en cause comportent, à tout le moins, un potentiel de préjudice inhérent et non négligeable à la concurrence. En effet, les cartels de soumission faussent fondamentalement les appels d'offres. Indépendamment du nombre d'entreprises impliquées, les cartels de soumission réduisent le choix du maître d'ouvrage en l'empêchant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.⁵² En tant qu'accords horizontaux sur les prix et sur la répartition de la clientèle, les 25 cartels de soumission en question⁵³ ont influencé des paramètres de concurrence essentiels en matière d'appels d'offres. Ils affectent donc de manière notable la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Il convient maintenant d'établir si ces accords peuvent être justifiés d'un point de vue économique (art. 5 al. 2 LCart).

C.4.2.5 Absence de justification pour des motifs d'efficacité économique

69. Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart):

- a) lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources; et
- b) lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

70. En l'espèce, l'analyse des moyens de preuve et des informations fournies par les parties permet de conclure à l'absence de motifs d'efficacité économique.

C.4.2.6 Résultat intermédiaire

71. En résumé, sur la base de l'appréciation des moyens de preuve en sa possession, la COMCO arrive au résultat intermédiaire suivant:

- Les éléments constitutifs d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al.1 LCart sont réunis pour chacun des 111 projets figurant aux tableaux annexés des appels d'offres incriminés⁵⁴ auxquels ont participé Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy, soit en qualité d'entreprise requérant un soutien, soit en qualité d'entreprise offrant un soutien.
- Ces 111 accords en matière de concurrence peuvent être qualifiés d'accords sur les prix et sur la répartition de la clientèle au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Partant, la présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 LCart trouve application.
- Pour 86 de ces 111 accords,⁵⁵ la concurrence externe est insuffisante pour renverser la présomption de suppression de concurrence efficace. Partant, ils constituent des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart et peuvent faire l'objet d'une sanction individualisée selon l'art. 49a al. 1 LCart.
- Pour les 25 autres accords,⁵⁶ la présomption de suppression de la concurrence peut être renversée. Toutefois, comme il ne s'agit pas de cas bagatelle, les accords en question doivent être considérés comme des accords affectant de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Partant, ces 25 accords constituent également des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart et peuvent faire l'objet d'une sanction individualisée selon l'art. 49a al. 1 LCart.
- Aucun moyen de preuve ne permet de mettre en cause les entreprises Amaidruz et Savoy Engineering.

C.5 Mesures

72. Selon l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO prend une décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation d'un accord amiable. En ce sens, les mesures consistent tant en des ordres visant à supprimer des restrictions illicites à la concurrence qu'en des sanctions financières.

⁴⁹ Annexes 1 à 8.

⁵⁰ ATF 143 II 297, 313 ss consid. 5.1 s., *GABA International AG*.

⁵¹ ATF 143 II 297, 323 s. consid. 5.4, *GABA International AG*.

⁵² TAF, B-771/2012 du 25.6.2018 consid. 8.3.3, *Cellere AG Aarau*.

⁵³ Annexes 1 à 8.

⁵⁴ Annexes 1 à 8.

⁵⁵ Annexes 1 à 8.

⁵⁶ Annexes 1 à 8.

C.5.1 Accords amiables

73. Le Secrétariat a conclu des accords amiables avec Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy. Le contenu des accords amiables est identique pour tous les signataires, à l'exception de la fourchette de sanction mentionnée à la lettre d du préambule. Il est le suivant (les différences mentionnées ci-dessus figurent entre crochets):

Remarques préalables

- a) *Le présent accord amiable au sens de l'art. 29 LCart est conclu dans l'intérêt convergeant des parties de faciliter la procédure 22-0487, de la raccourcir et – sous réserve de l'approbation par la Commission de la concurrence (COMCO) – de la clôturer formellement.*
- b) *Pour atteindre l'objectif énoncé au point a), l'établissement des faits ainsi que l'appréciation juridique sont réduits autant que possible. Par conséquent, l'étendue de la motivation de la décision de la COMCO peut être en partie réduite par rapport à une décision sans accord amiable. Comme preuve de la restriction à la concurrence, le Secrétariat se limite à l'analyse des faits qui se sont déroulés durant la période allant de janvier 2013 à janvier 2018.*
- c) *Par la signature du présent accord amiable (et sous réserve de l'approbation par la COMCO), les mesures visant à éliminer toutes les restrictions à la concurrence faisant l'objet de l'enquête 22-0487 sont réglées d'un commun accord et définitivement à l'égard [de la signataire de l'accord amiable].*
- d) *La volonté et la disposition [de la signataire de l'accord amiable] de conclure l'accord amiable qui va suivre est considéré par le Secrétariat comme démontrant un comportement coopératif, et il en est tenu compte dans la proposition comme circonstance atténuante de la sanction. Sur la base de la situation actuelle, le Secrétariat envisage de proposer à la COMCO une sanction de l'ordre de CHF « montant bas de la fourchette » à CHF « montant haut de la fourchette ». La détermination finale de la hauteur de la sanction est toutefois laissée à la libre appréciation de la COMCO, et sera intégrée dans la décision qui met fin à la procédure.*

[pour les signataires de l'accord amiable, les montants suivants:

Badel: CHF 135'066 à 165'255.

Egg Telsa: CHF 307'011 à 377'190.

electric & IT: CHF 5'145 à 5'717.

El Top: CHF 0.

Fanac & Robas / SPIE: CHF 58'846 à 74'721.

Laydevant: CHF 98'977 à 119'634.

Lumitel: CHF 16'609 à 21'355.

Savoy: CHF 496'916 à 590'012.]

- e) *Si la COMCO n'approuve pas cet accord amiable, l'enquête sera menée à terme selon la procédure ordinaire.*

f) *Même si du côté [de la signataire de l'accord amiable], la conclusion du présent accord amiable ne constitue une reconnaissance ni de l'état de fait ni de l'appréciation juridique par les autorités de la concurrence, [la signataire de l'accord amiable prend] note qu'en cas d'approbation de cet accord amiable par la COMCO et si le cadre de la sanction requise n'est pas dépassé selon la let. d), ainsi que dans le respect de la let. c) au sens de la let. a), le recours à une voie de droit est inutile.*

- g) *Avec cette issue de la procédure, les frais de procédure sont supportés par les parties signataires de l'accord amiable.*

Accords

1.1 *Dans le cadre du marché de l'installation et services électriques dans la région genevoise, [la signataire de l'accord amiable] s'engage à ne pas solliciter de ses concurrentes des offres de soutien ou des renoncements à effectuer une offre et à ne pas elle-même procéder à de telles actions.*

1.2 *Dans le cadre du marché de l'installation et services électriques dans la région genevoise, [la signataire de l'accord amiable] s'engage à ne pas échanger avec des entreprises concurrentes des informations sur les prix des offres, sur des éléments de prix, ainsi que sur la répartition de clientèle ou de marchés, ceci avant l'attribution du contrat. De cet engagement est exclu l'échange inévitable d'informations dans le cadre de:*

- la création et la conduite d'une relation de consortium; de même que*
- la participation à l'exécution du contrat en tant que sous-traitant.*

74. Par la signature de ces accords amiables, les parties concernées s'engagent à l'avenir à adopter des comportements conformes au droit des cartels. Ils sont suffisamment spécifiques, complets et clairs et permettent d'éliminer la restriction illicite de la concurrence existant antérieurement à leur conclusion.

75. Toute infraction ou violation des accords amiables peut entraîner des sanctions administratives et/ou pénales conformément aux art. 50 et 54 LCart. La possibilité de sanction ressort de la loi, c'est pourquoi il est possible de renoncer à une menace de sanction (simplement déclaratoire et non constitutive) dans le dispositif.⁵⁷

C.5.2 Sanctions

C.5.2.1 Base légale et imputabilité

76. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, « une entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart [...] est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. »

⁵⁷ REKO/WEF, 9.6.2005, DPC 2005/3, 530 consid. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; TAF, B-2157/2006 du 3.10.2007 consid. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG (Unique)*.

77. Selon la pratique de la COMCO et des tribunaux, il doit au moins pouvoir être imputé à l'entreprise concernée – en plus de la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction et de l'illicéité du comportement – d'avoir agi par négligence, et donc d'avoir violé objectivement un devoir de diligence au sens des faits reprochés pour pouvoir la sanctionner. Un manque objectif de diligence est en particulier donné si une entreprise déploie un certain comportement tout en ayant conscience que celui-ci pourrait potentiellement être contraire au droit de la concurrence.⁵⁸ Un manque objectif de diligence au sens d'une faute au niveau de l'organisation est déterminant.⁵⁹

78. En l'espèce, Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy sont des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart qui ont volontairement participé à au moins un accord illicite en vertu de l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Les conditions pour sanctionner ces entreprises sont ainsi réunies. En conséquence, le calcul du montant de la sanction doit être opéré de manière individuelle pour chacune de ces entreprises.⁶⁰

C.5.2.2 Calcul

79. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, la sanction peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Ce montant représente la sanction maximale possible. La sanction spécifique est calculée en fonction de la gravité et du type des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

80. Les critères spécifiques d'évaluation et les particularités du calcul du montant de la sanction sont précisés dans l'Ordonnance sur les sanctions LCart (art. 1 let. a OS LCart)⁶¹. La fixation du montant de la sanction est en principe laissée au pouvoir discrétionnaire de la COMCO, qui est toutefois limitée par les principes de la proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart) et de l'égalité de traitement.⁶² La COMCO détermine le montant effectif de la sanction en fonction des circonstances particulières de chaque cas, l'amende devant être déterminée individuellement pour chaque entreprise impliquée dans une violation de la LCart dans les limites prévues par cette loi.⁶³

C.5.2.2.1 Calcul concret des sanctions

81. Pour le calcul concret du montant des sanctions, l'OS LCart se base d'abord sur un montant de base qui est ensuite adapté à la durée de la restriction à la concurrence, avant de prendre en compte finalement d'éventuelles circonstances aggravantes et atténuantes.

(i) Montant de base

82. Selon l'art. 3 OS LCart, le montant de base correspond, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires que l'entreprise en question a réalisé sur les marchés de référence en Suisse au cours des trois derniers exercices.

83. Dans les cas de cartels de soumission, une sanction doit également être imposée à l'encontre des entreprises qui n'ont pas réalisé de chiffre d'affaires sur le marché de référence mais qui ont participé à un accord illicite en

déposant une offre de soutien. En effet, l'art. 49a al. 1 LCart prévoit de sanctionner la participation à tout accord illicite. Une remise de sanction n'est prévue que pour les cas exhaustivement énumérés à l'art. 49a al. 3 LCart. Un calcul du montant de la sanction fondé uniquement sur la base du chiffre d'affaires réalisé conduirait à une non-sanction des parties ayant déposé une « offre de soutien » dans la mesure où ces parties n'ont pas réalisé de chiffre d'affaires. Un tel résultat ne refléterait ni le sens et le but de l'art. 3 OS LCart, ni la volonté du législateur.⁶⁴

84. Par conséquent, le montant de base doit être déterminé, pour chaque cas figurant dans les tableaux annexés, en tenant compte d'une part du montant du chiffre d'affaires concerné par un accord illicite et, d'autre part, de la gravité et du type de l'infraction.⁶⁵

1. Plafond du montant de base

85. Conformément à l'art. 3 OS LCart, la limite supérieure du montant de base correspond à 10 % du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices précédant la fin de la restriction illicite à la concurrence. Pour les cartels de soumission, la pratique de la COMCO prévoit, comme chiffre d'affaires de base, la somme de chacune des offres faites par l'entreprise à laquelle le marché est censé être adjudiqué. En l'espèce, étant donné que le marché pertinent correspond à chaque fois à l'appel d'offres concerné, le plafond du montant de base n'a aucune portée.⁶⁶

2. Prise en compte du type et de la gravité des infractions

86. Les entreprises signataires des accords amiables ont violé l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart. Dans l'examen de la gravité de ces restrictions à la concurrence, l'accent est mis sur les facteurs objectifs et indépendants de la question de la faute.⁶⁷ Les violations de l'art. 5 al. 3 LCart sont considérées comme des types d'accords particulièrement nuisibles.⁶⁸ Elles constituent, en règle générale, des violations graves du droit de la concurrence.

⁵⁸ TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010, consid. 8.2.2.1, *Publigroupe*; DPC 2016/4, 1023 N 847, *Sport im Pay-TV*.

⁵⁹ Cf. ATF 139 I 72, consid. 12.2.2 non publié (= DPC 2013/1, 135 consid. 12.2.2) et les références citées, *Publigroupe*; TAF, B-831/2011 du 18.12.2018, 1488 s., *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁶⁰ DPC 2019/2, 465 s. N 733 s., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

⁶¹ Ordonnance du 12.3.2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions; OS LCart; RS 251.5).

⁶² PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (éd.), 2001, art. 49a N 14; DPC 2006/4, 661 N 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶³ DPC 2009/3, 212 s. N 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁴ DPC 2019/2, 481 N 854, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

⁶⁵ DPC 2019/2, 481 N 855, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

⁶⁶ DPC 2013/4, 612 N 942, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁶⁷ ATF 144 II 194, 204 consid. 6.4, *Bayerische Motoren Werke AG*.

⁶⁸ ATF 143 II 297, 317 consid. 5.2.4, *GABA International AG*.

87. En l'espèce, certains des accords ont supprimé la concurrence efficace alors que d'autres l'ont notablement affectée. Conformément à la pratique de la COMCO en matière d'accords de soumission, les accords qui suppriment la concurrence sont, en raison de leur risque nocif pour la concurrence, classés dans le haut de la sanction possible, c'est-à-dire vers 10 %. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sont quant à eux traités différemment selon que l'accord a fonctionné (une des parties à l'accord s'est vue adjudiqué le marché) ou non (une entreprise externe a remporté le marché).⁶⁹ Le montant de base appliqué est alors de 8 % dans le premier cas et de 5 % dans le deuxième.

88. Conformément à la pratique de la COMCO en matière de cartels de soumission, le montant de base est divisé par deux pour les entreprises ayant participé à l'appel d'offres sans réaliser de chiffre d'affaires, c'est-à-dire en soumettant une offre de soutien au profit d'une autre entreprise partie à l'accord.⁷⁰ Dans ces cas de figure, les montants de base s'élèvent alors respectivement à 5 %, 4 % ou 2,5 %.

89. En résumé, les pourcentages sont:

- pour les accords supprimant la concurrence (catégories A et D, cf. N 30):
 - o 10 % à l'encontre de l'entreprise ayant remporté l'appel d'offres.
 - o 5 % à l'encontre des entreprises ayant soumis une offre de soutien.
- pour les accords affectant de manière notable la concurrence et qui ont fonctionné (catégories B et E, cf. N 30):
 - o 8 % à l'encontre de l'entreprise ayant remporté l'appel d'offres.
 - o 4 % à l'encontre des entreprises ayant soumis une offre de soutien.
- pour les accords affectant de manière notable la concurrence et qui n'ont pas fonctionné (catégories C et F, cf. N 30):
 - o 5 % à l'encontre de l'entreprise au bénéfice des offres de soutien.
 - o 2,5 % à l'encontre des entreprises ayant soumis une offre de soutien.

(ii) Durée

90. Étant donné que les marchés pertinents sont constitués de chaque appel d'offres individuel figurant aux tableaux annexés, il n'est pas tenu compte de la durée selon l'art. 4 OS LCart dans le calcul des sanctions. En revanche, le nombre répété d'accords illicites figure au titre de la récidive dans les circonstances aggravantes.

(iii) Circonstances aggravantes et atténuantes

91. Dans le calcul des sanctions, la COMCO prend en considération les circonstances aggravantes et atténuantes - non exhaustives⁷¹ - des art. 5 et 6 OS LCart.

92. Au titre de circonstance aggravante (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), la COMCO peut majorer le montant de

l'amende lorsque les entreprises ont contrevenu de manière répétée à la LCart. En l'occurrence, toutes les parties signataires de l'accord amiable, à l'exception de Lumitel, ont récidivé à maintes reprises, raison pour laquelle la COMCO décide d'augmenter leur sanction en fonction du nombre de cas auxquels elles ont participé, à savoir: de 10 % pour Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant et Savoy et de 20 % pour Badel.

93. Au titre de circonstance atténuante (art. 6 al. 1 OS LCart), la COMCO peut considérer une coopération particulièrement bonne d'une entreprise en dehors du programme de clémence.⁷² En l'espèce, l'entreprise [...] a volontairement présenté des moyens de preuves et des observations sur l'état de fait.⁷³ De plus, elle a coopéré de manière exemplaire tout au long de la procédure, au-delà de ce qui est attendu des entreprises en dehors du programme de clémence. Dès lors, la COMCO décide d'octroyer à [...] une réduction de sanction de 20 %. Elle n'accorde en revanche pas de réduction de sanction basée sur sa demande de bonus, laquelle est jugée trop tardive (cf. ch. C.5.2.2.2.).

94. Conformément à la note du Secrétariat sur les accords amiables, une réduction de sanction maximale de 20 % peut être accordée, au titre de circonstance atténuante, lorsque les parties concluent un tel accord.⁷⁴ En l'espèce, la COMCO estime qu'une réduction de 15 % est justifiée pour toutes les parties signataires de l'accord amiable, étant donné qu'il a pu être conclu au stade intermédiaire de l'enquête.

(iv) Sanction maximale

95. La sanction maximale ne peut en aucun cas dépasser le 10 % du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse durant les trois dernières années. Les montants des sanctions ne dépassent clairement pas la limite légale déterminée (art. 49a al. 1 LCart en relation avec art. 7 OS LCart). Partant, il n'est pas nécessaire d'adapter les montants des sanctions.

C.5.2.2.2 Autodénonciations

96. Si une entreprise coopère à la mise au jour et à la suppression d'une restriction à la concurrence, il est possible de renoncer, en tout ou en partie, à une sanction (art. 49a al. 2 LCart). Les conditions d'exemption et de réduction de sanction se basent sur les art. 8 et 12 OS LCart.

⁶⁹ DPC 2020/4a, 1704 N 266, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*.

⁷⁰ DPC 2019/2, 483 N 880, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

⁷¹ Notes explicatives du Secrétariat du 26.02.2016 relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart) <www.comco.admin.ch> >Législation et documentation > Communications / Notes explicatives > Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), ci-après Notes: OS LCart.

⁷² Notes: OS LCart (ch. 71).

⁷³ Acte IV.41 p. 3 s.

⁷⁴ Note: Accords amiables (ch. 9), N 12.

97. Selon l'art. 8 al. 1 OS LCart, la COMCO renonce entièrement à sanctionner une entreprise si celle-ci lui notifie sa participation à une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et qu'elle est la première à fournir des informations et des preuves permettant aux autorités de la concurrence soit d'ouvrir une procédure (art. 8 al. 2 let. a OS LCart), soit de constater une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (art. 8 al. 1 let. b OS LCart).

98. La présente enquête concerne le cas de figure prévu à l'art. 8 al. 1 let. b OS LCart dans la mesure où le Secrétariat a ouvert son enquête sur la base d'informations fournies par un tiers non partie à la procédure. En l'occurrence, l'exemption de sanction peut être accordée à chaque entreprise qui est la première à fournir des moyens de preuve permettant de constater une nouvelle restriction illicite à la concurrence, à savoir un nouveau cartel de soumission.⁷⁵ C'est pourquoi, plusieurs parties peuvent bénéficier, en l'espèce, d'une exemption complète de sanction pour des accords spécifiques.

99. Pour les projets où toutes les conditions pour une exemption complète de sanction ne sont pas remplies, une réduction partielle de sanction jusqu'à 50% demeure possible pour les entreprises qui ont déposé une demande de bonus, en fonction du rôle joué par l'entreprise concernée dans la réussite de la procédure (art. 12 al. 2 OS LCart). La réduction peut même aller jusqu'à 80 % lorsque les parties fournissent des informations ou produisent des preuves sur d'autres infractions de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart qui se seraient déroulées sur un autre marché que celui pour lequel la présente enquête a été ouverte (cf. N 1).

100. Pour les cartels de soumission sans accord global, les réductions de sanction liées au programme de clémence sont généralement analysées sous l'angle qualitatif pour chaque projet. Dans le cas d'espèce, la qualité des bonus, examinés individuellement pour chaque entreprise demandant la clémence, ne change pas par rapport aux cartels dénoncés. C'est pourquoi il est possible d'octroyer une diminution de sanction à chaque entreprise concernée d'une façon générale et pour l'ensemble des cas qu'elle a annoncés, sans qu'il soit nécessaire de distinguer ni de détailler le pourcentage de réduction liée au bonus pour chaque accord de soumission. Partant, les dispositions relatives à l'octroi d'exemption (art. 8 ss OS LCart), respectivement de réduction de la sanction (art. 12 ss OS LCart) s'appliquent de la manière suivante:

101. El Top est la première entreprise à avoir déposé un marker le 30 janvier 2018. Comme prévu par l'art. 9 al. 3 OS LCart, elle a reçu la confirmation de renonciation à toute sanction (sous réserve de confirmation ultérieure) par le Président de la COMCO le 30 novembre 2018. Cette entreprise a complété son autodénonciation à plusieurs reprises avec des informations utiles à la procédure, lesquelles ont permis de constater des infractions au droit des cartels. Cette entreprise a parfaitement collaboré tout au long de la procédure. Dans la mesure où elle a été la première à fournir des informations pour les appels d'offres dans lesquels elle était impliquée, cette entreprise peut bénéficier d'une immunité de sanction pour ces accords-là.⁷⁶

102. [...] a déposé son marker le 30 janvier 2018, quelques heures seulement après El Top. Son autodénonciation a été complétée à plusieurs reprises avec des informations utiles à la procédure ayant permis de constater des infractions au droit des cartels. Cette entreprise a très bien collaboré tout au long de la procédure. Pour ces raisons, une réduction de sanction de 100 % est justifiée pour les 74 cas où [...] a été la première à fournir des moyens de preuve et dans lesquels elle était impliquée, lorsque les informations fournies ont permis de constater une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Dans les autres cas la concernant, la réduction est de 50 %.⁷⁷

103. [...] a déposé son marker le 2 février 2018. Son autodénonciation a été complétée à plusieurs reprises avec des informations utiles à la procédure, lesquelles ont permis de constater des infractions au droit des cartels. Cette entreprise a très bien collaboré tout au long de la procédure. Pour ces raisons, une réduction de sanction de 100 % est justifiée pour les 14 cas où [...] a été la première à fournir des moyens de preuve et dans lesquels elle était impliquée, lorsque cela a permis de constater une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Dans les autres cas la concernant, la réduction est de 50 %.⁷⁸

104. [...] a déposé son marker le 9 mars 2018. Son autodénonciation a été complétée à plusieurs reprises avec des informations utiles à la procédure, lesquelles ont permis de constater des infractions au droit des cartels. Cette entreprise a très bien collaboré tout au long de la procédure. Une réduction de sanction de 100 % est également justifiée pour les deux cas où [...] a été la première à fournir des moyens de preuve et dans lesquels elle était impliquée, lorsque cela a permis de constater une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Pour chacun des autres cas impliquant cette entreprise, une réduction de sanction de 40 % est justifiée dans la mesure où son autodénonciation a été déposée plus d'un mois après l'ouverture de l'enquête, alors que les premières auditions avaient déjà été menées.⁷⁹

105. [...] a déposé son marker le 1^{er} février 2018. Son autodénonciation a été complétée à plusieurs reprises avec des informations utiles à la procédure, lesquelles ont permis de constater une infraction au droit des cartels. Cette entreprise a très bien collaboré tout au long de la procédure. Pour ces raisons, une réduction de sanction de 50 % est justifiée sur le seul projet où cette entreprise a participé à une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 LCart.⁸⁰

⁷⁵ DPC 2019/2, 498 s. N 1045 s., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

⁷⁶ Actes IX.1 à IX.19, acte IV.69, acte IV.47, acte IV.70.

⁷⁷ Actes X.1 à X.12, acte IV.65.

⁷⁸ Actes XII.1 à XII.6.

⁷⁹ Actes XIV.1 à XIV.6, acte IV.62, acte IV.40.

⁸⁰ Actes XI.1 à XI.8.

106. [...] a déposé son marker le 31 janvier 2018. Son autodénonciation a été jugée insuffisante dans la mesure où, malgré plusieurs relances du Secrétariat, la qualité et la plus-value des informations livrées ne sont pas suffisantes, en comparaison des autres autodénonciations, pour bénéficier d'une réduction de sanction dans le cadre du programme de clémence (art. 13 OS LCart).⁸¹

107. [...] a fait part de sa volonté de déposer un marker le 6 août 2020. Cette demande de participation au programme de clémence a été jugée trop tardive et n'a pas joué de rôle dans la réussite de la procédure dans la mesure où les informations livrées n'ont pas permis de constater de nouvelles infractions au droit des cartels, qui auraient été inconnues jusqu'alors du Secrétariat.⁸²

C.5.2.2.3 Contrôle de proportionnalité

108. En vertu du principe de la proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart), la sanction imposée ne doit pas mettre en péril la viabilité économique d'une entreprise économiquement saine.⁸³ En effet, la loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Cette loi ne vise pas à éliminer du marché une entreprise qui aurait violé la LCart en lui imposant des sanctions tellement élevées qu'elle serait obligée de se déclarer en faillite, alors qu'elle ne rencontrait pas de difficultés financières importantes jusqu'alors.⁸⁴

109. Si une sanction cartellaire risque de mettre financièrement en péril une entreprise saine, la COMCO doit adapter le montant de l'amende pour respecter le principe de proportionnalité.⁸⁵ Pour ce faire, l'entreprise concernée doit fournir toutes les informations nécessaires permettant à la COMCO de procéder à une analyse minutieuse des comptes de résultat et du bilan de l'entreprise concernée durant les dernières années. Au cours de la présente procédure, les parties ont été informées sur les éléments qu'elles devaient fournir en cas d'incapacité de paiement afin que la COMCO puisse les examiner. Il a été précisé que si une entreprise souhaitait invoquer les difficultés économiques subies en raison de la crise liée au coronavirus dans le canton de Genève durant les mois de mars et avril 2020 pour demander à la COMCO d'en tenir compte dans le calcul final de sa sanction, elle devrait, au moment de la prise de position sur le projet de décision, chiffrer le montant des mesures de soutien arrêtées par les autorités cantonales et fédérale qu'elle aurait reçues (possibilité de se voir accorder divers prêts et assouplissement des conditions pour les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail). À défaut, elle devrait indiquer les raisons pour lesquelles elle ne les aurait pas obtenues ou pas demandées.

110. Les entreprises [...] et [...] ont présenté tous les documents et les informations nécessaires à une analyse « Inability to Pay », à savoir les bilans, comptes de pertes et profits, documents établissant la planification financière et ceux propres à permettre une analyse de la structure de la dette. Sur la base de l'étude approfondie de ces documents et de la situation financière des deux

entreprises, ainsi que pour ce qui la concerne, de l'audition de l'entreprise [...] du 26 avril 2021, il ressort que⁸⁶:

- La sanction calculée (cf. C.5.2.3) pour l'entreprise [...] est supportable pour cette entreprise; elle respecte donc le principe de proportionnalité et ne sera en conséquence pas réduite.
- Comme déjà mentionné, il découle de l'art. 1 LCart qu'une sanction ne doit pas entraîner la sortie d'un concurrent actif sur le marché. C'est pourquoi, une sanction peut être réduite ou totalement supprimée si la sanction envisagée entraîne la disparition de cette entreprise. Pour ce qui concerne l'entreprise [...], la survie sur le marché de cette dernière n'est pas dépendante du montant de la sanction. C'est pourquoi, il n'existe pas de lien de causalité entre le montant calculé de la sanction et la possible sortie du marché de l'entreprise [...]. La sanction calculée (cf. C.5.2.3) respecte donc le principe de proportionnalité et ne sera en conséquence pas réduite.

C.5.2.3 Résultat

111. À la lumière des considérations ci-dessus et compte tenu de toutes les circonstances connues, la COMCO prononce les sanctions suivantes: Badel: CHF [...]; Egg Telsa: CHF [...]; electric & IT: CHF [...]; El Top: CHF [0]; Fanac & Robas / SPIE: CHF [...]; Laydevant: CHF [...]; Lumitel: CHF [...]; Savoy SA: CHF [...].

C.5.3 Restitution des documents séquestrés et données électroniques copiées

112. Lors des perquisitions menées auprès de certaines parties à l'enquête, des documents papier ont été séquestrés et des données électroniques copiées. Des copies des documents papier pertinents pour l'enquête et des données électroniques ont été versées aux actes fédéraux. Avec l'entrée en vigueur de la présente décision pour toutes les parties, il peut être exclu qu'il soit encore nécessaire de recourir aux documents originaux sur papier ou aux données électroniques copiées. En conséquence, une fois que la décision sera entrée en force à l'encontre de toutes les parties, les documents papier originaux seront retournés à leur ayant droit et les données électroniques seront supprimées.

D Frais

113. Selon l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart,⁸⁷ celui qui occasionne une procédure administrative est tenu de s'acquitter d'un émolument.

⁸¹ Actes XVI.1 à XVI.19, acte IV.48, acte IV.74.

⁸² Acte IV.41, acte IV.66, acte IV.70.

⁸³ ATF143 II 297, 346 s. consid. 9.7.2, *GABA International AG*.

⁸⁴ DPC 2020/4a, 1717 N 400, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*.

⁸⁵ DPC 2020/4a, 1717 N 401, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*.

⁸⁶ Acte I.274, acte I.288, actes I.290 à I.291, actes I.298 à I.299, actes I.305 à I.306.

⁸⁷ Ordonnance du 25.2.1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart; OEmol-LCart; RS 251.2).

114. Dans le cadre de procédures d'enquêtes au sens des art. 27 ss LCart, les parties sont tenues de verser des émoluments lorsqu'elles ont participé à un accord illicite.⁸⁸ Dans le cas présent, Badel, Egg-Telsa, electric & IT, El Top, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy sont par conséquent tenues de verser des émoluments. Etant donné que la COMCO clôt sans suite l'enquête à l'égard d'Amaudruz et de Savoy Engineering, la part de leurs frais est supportée par la Confédération.

115. Selon l'art.4 al. 2 OEmol-LCart, un tarif horaire de CHF 100.- à 400.- s'applique. Ce tarif dépend de l'urgence de l'affaire et de l'échelon de fonction du personnel effectuant le travail. Les frais de port, de téléphone et de photocopie ainsi que les débours relatifs à l'administration des preuves et mesures particulières liées à l'enquête (p.ex. perquisitions) sont ajoutés aux émoluments (art. 4 al. 4 et art. 5 OEmol-LCart).

116. Les émoluments de la procédure se montent à :

- 491.15 heures à CHF 130, pour une somme de CHF 63'849.50
- 3'320.16 heures à CHF 200, pour une somme de CHF 664'032.-
- 125.25 heures à CHF 290, pour une somme de CHF 36'322.50

117. Le montant des émoluments (CHF 764'204.-) et des débours (CHF 19'523.20) s'élève à CHF 783'727.20. Les frais de CHF 10'018 liés à l'analyse ITP, engendrés par les entreprises [...] et [...], sont répartis à parts égales sur ces deux entreprises.

118. Lorsque la procédure porte sur la détection et la clarification de nombreux cartels de soumission, toutes les entreprises impliquées doivent supporter les frais de la procédure conjointement et dans une même mesure, à moins que des circonstances particulières ne fassent apparaître que le résultat de la répartition des frais serait insoutenable. Dans ce contexte, ce sont en particulier les considérations relatives à l'égalité de traitement mais aussi à la praticabilité qui sont prises en compte.⁸⁹

119. Dans le cas d'espèce, une répartition proportionnée au nombre de cas n'apparaît ni adéquate, ni nécessaire. En effet, l'essentiel des frais générés dans le cadre de la procédure peuvent être considérés comme communs à toutes les entreprises car occasionnés dans le cadre d'un travail de base nécessaire à la compréhension générale du cas ainsi qu'à l'analyse nécessaire permettant d'examiner le fonctionnement des accords entre les entreprises participantes. Ces frais doivent dès lors être répartis à parts égales entre les entreprises amendées. Une exception peut être faite pour l'entreprise [...], laquelle n'a commis qu'une seule infraction à la LCart, dans la mesure où cette entreprise a engendré moins de travail, notamment dans la phase finale de l'accord amiable.

120. Par conséquent, les frais de la procédure sont répartis de la façon suivante: [...], les parts des frais de la procédure d'Amaudruz et de Savoy Engineering étant supportées par la Confédération.

E Résultat

121. Sur la base de l'état de fait et des considérants, l'enquête:

- a établi que Badel, Egg-Telsa, El Top, electric & IT, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy ont participé entre janvier 2013 et janvier 2018 à des accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 en relation avec l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart, en demandant et/ou en accordant des offres de soutien, lors d'appels d'offres pour l'installation et les services électriques dans la région genevoise. Parmi les 111 projets manipulés qui figurent aux tableaux annexés, 86 ont supprimé la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 LCart et 25 l'ont affectée notablement sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart (cf. C.4.2.6);
- n'a pas permis de mettre en lumière des comportements contraires à la LCart de la part des entreprises Amaudruz SA et Savoy Engineering SA (cf. B.3).

122. Dès lors, la COMCO décide:

- d'approuver, au sens de l'art. 29 al. 2 LCart, les accords amiables conclus le 22 décembre 2020 par le Secrétariat avec Badel, Egg-Telsa, El Top, electric & IT, Fanac & Robas / SPIE, Laydevant, Lumitel et Savoy (cf. C.5.1);
- d'imposer aux entreprises signataires de l'accord amiable les sanctions basées sur l'art. 49a al. 1 LCart et calculées selon les règles de l'OS LCart, pour leur participation à des accords illicites décrits ci-dessus et figurant aux tableaux annexés (cf. ch. C.5.2), à savoir Badel: CHF [...]; Egg Telsa: CHF [...]; electric & IT: CHF [...]; El Top: CHF 0.-; Fanac & Robas / SPIE: CHF [...]; Laydevant: CHF [...]; Lumitel: CHF [...]; Savoy: CHF [...];
- de clore sans suite l'enquête à l'égard d'Amaudruz SA, succursale de Vernier et Savoy Engineering SA (cf. N 27);
- de faire supporter les frais de la procédure à [...] à raison de CHF 83'971 chacune, respectivement [...] à raison de CHF 88'980 chacune et [...] à raison de CHF 39'186 (cf. N 120).

⁸⁸ ATF 128 II 247, 257 s. consid. 6.1, *BKW FMB Energie AG*; art. 3 al. 2 let. b et c OEmol-LCart a contrario.

⁸⁹ DPC 2020/4a, 1718 N 421, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*; DPC 2020/2, 638 N 113, *AdBlue*; DPC 2019/2, 507 N 1108, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2009/3, 221 N 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

F Dispositif

La COMCO, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent, décide le dispositif suivant:

1. La COMCO approuve les accords amiables du 22 décembre 2020 dans leur teneur suivante:

« 1.1 Dans le cadre du marché de l'installation et services électriques dans la région genevoise, Egg-Telsa SA, electric & IT SA, El Top SA, SPIE MTS SA, Félix Badel et Cie SA, LAYDEVANT SA, LUMITEL SA, SAVOY SA s'engagent à ne pas solliciter de leurs concurrentes des offres de soutien ou des renoncements à effectuer une offre et à ne pas elle-même procéder à de telles actions.

1.2 Dans le cadre du marché de l'installation et services électriques dans la région genevoise, Egg Telsa SA, electric & IT SA, El Top SA, SPIE MTS SA, Félix Badel et Cie SA, Laydevant SA, Lumitel SA, Savoy SA s'engagent à ne pas échanger avec des entreprises concurrentes des informations sur les prix des offres, sur des éléments de prix, ainsi que sur la répartition de clientèle ou de marchés, ceci avant l'attribution du contrat. De cet engagement est exclu l'échange inévitable d'informations dans le cadre de:

- a. la création et la conduite d'une relation de consortium; de même que
- b. la participation à l'exécution du contrat en tant que sous-traitant. »

2. La COMCO condamne les entreprises suivantes pour leur participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart figurant dans les tableaux annexés au paiement des sanctions suivantes selon l'art. 49a al. 1 LCart:

- Egg-Telsa SA:	CHF 354'004.-
- electric & IT SA:	CHF 5'717.-
- EL TOP SA:	CHF 0.-
- Félix Badel et Cie SA:	CHF 153'619.-
- LAYDEVANT SA:	CHF 111'975.-
- LUMITEL SA:	CHF 18'982.-
- SAVOY SA	CHF 560'718.-
- SPIE MTS SA:	CHF 67'854.-

3. La COMCO clôt la procédure sans suite à l'encontre d'Amaudruz SA, succursale de Vernier et de SAVOY ENGINEERING SA.

4. La COMCO condamne les entreprises suivantes au paiement des frais de procédure suivants:

- [...]:	CHF 83'971.-
- [...]:	CHF 83'971.-
- [...]:	CHF 83'971.-

- [...]:	CHF 88'980.-
- [...]:	CHF 83'971.-
- [...]:	CHF 39'186.-
- [...]:	CHF 88'980.-
- [...]:	CHF 83'971.-

5. Pour le surplus, la COMCO clôt l'enquête sans suite.

6. Suite à l'entrée en force de la présente décision à l'encontre de toutes les parties, les documents papiers originaux saisis seront restitués à qui de droit et les copies électroniques en mains du Secrétariat seront détruites.

La décision est notifiée à:

- Amaudruz SA, succursale de Vernier, à Aire, représentée par [...],
- Egg-Telsa SA, à Genève,
- electric & IT SA, à Les Acacias, représentée par [...]
- El TOP SA, à Les Acacias, représentée par [...]
- Félix Badel et Cie SA, à Genève, représentée par [...]
- LAYDEVANT SA, à Carouge
- LUMITEL SA, à Onex, représentée par [...]
- SAVOY SA, à Carouge, représentée par [...]
- SAVOY ENGINEERING SA, à Carouge, représentée par [...]
- SPIE MTS SA, à Genève, représentée par [...];

[Voie de droit]

Annexe 1: Tableau projets Egg-Telsa SA (caviardé)

Annexe 2: Tableau projets electric & IT SA (caviardé)

Annexe 3: Tableau projets EL TOP SA (caviardé)

Annexe 4: Tableau projets Félix Badel et Cie SA (caviardé)

Annexe 4: suite (caviardé)

Annexe 5: Tableau projets LAYDEVANT SA (caviardé)

Annexe 6: Tableau projet LUMITEL SA (caviardé)

Annexe 7: Tableau projets SAVOY SA (caviardé)

Annexe 8: Tableau projets FANAC & ROBAS SA (caviardé)

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. ENGIE/FCA/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 27. März 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 30. März 2021

1. Am 4. März 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU) durch die FCA Italy S.p.A. (nachfolgend: FCA) einerseits und die ENGIE EPS Italia S.r.l (nachfolgend: ENGIE) andererseits.

2. FCA (als Tochtergesellschaft der Fiat Chrysler Automobiles N.V. Group) mit Sitz in Turin ist ein weltweit tätiger Automobilkonzern, welcher in der Entwicklung, Konstruktion, Herstellung, dem Vertrieb und Verkauf von Fahrzeugen, Komponenten und Produktionssystemen tätig ist. Zum Portfolio gehören die Marken Abarth, Alfa Romeo, Chrysler, Dodge, Fiat, Fiat Professional, Jeep, Lancia, Ram sowie Maserati und aufgrund des Zusammenschlusses mit Peugeot S.A. zusätzlich den Marken Peugeot, Citroën, Opel, Vauxhall und DS.³ Zukünftig wird FCA die fortbestehende Gesellschaft sein und mit Sitz in den Niederlanden unter Stellantis N.V. firmieren.

3. ENGIE mit Sitz in Mailand ist eine italienische Tochterunternehmung der ENGIE Konzerngruppe mit Sitz in Frankreich, welche im Bereich Erdgas, Elektrizität und Energiedienstleistungen tätig ist.⁴

4. Das Gemeinschaftsunternehmen soll neue Arten von Ladestationen für Elektrofahrzeuge (nachfolgend: BEV) entwickeln, welche an verschiedene Gruppen von Abnehmern (Behörden, private Eigentümer, Inhabern von Konzessionen wie Parkplätzen und Strassenabschnitten usw.) verkauft werden sollen. Derzeit sei das GU hinsichtlich Ladestationen für BEV nur im Bereich des Normalladens (von bis zu 43 kW Leistung) tätig.⁵ Das (geplante) neue Kerngeschäft werden noch zu entwickelnde E-Mobilitäts-Dienstleistungen sein, durch welche im Rahmen eines Abonnements für BEV sowohl Ladestationen zu Hause (und/oder den Zugang zu Ladestationen ausserhalb des Hauses) als auch der benötigte Strom (zu Hause und/oder ausserhalb des Hauses) bereitgestellt werde. Zudem beabsichtigen die Parteien weitere

E-Mobilitäts-Dienstleistungen auf Grundlage von bidirektionalen Ladegeräten, welche durch ihre (neue) Funktion eines Ladens und Entladens eine effizientere Verwendung von Batterien in BEV ermöglichen, anzubieten.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken FCA und ENGIE (nachfolgend gemeinsam: die Parteien) den Umfang ihrer bestehenden Zusammenarbeit im Bereich der Elektromobilität zu erweitern und innovative Produkte und Dienstleistungen zu entwickeln, um auf einem Markt besser konkurrieren zu können, der hinsichtlich des zukünftigen Wachstums sehr interessante Perspektiven bietet.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 18. Februar 2021 auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet.⁶

7. Aktuell verfügt ENGIE über 100 % der Anteile am (zukünftigen) GU, auf welches ENGIE vorangehend bereits ihr bestehendes e-Mobilitätsgeschäft übertragen hat. Die Parteien haben vereinbart, dass FCA einen Anteil von 50.1 % von ENGIE am GU erwerben werde. Die Parteien werden über [...] Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmen. [...] Für Entscheide des Verwaltungsrates [...]. ENGIE und FCA 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 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.⁷

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 2020/4b, 1906 ff. Rz 2ff., *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*

⁴ Vgl. RPW 2020/1, 238 ff. Rz 3, *Groupe E/ENGIE/Swiss H2 Generation*.

⁵ Vgl. RPW 2020/4b, 1913 Rz 16, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*.

⁶ Case COMP M.10148 – *FCA / EEPS / JV*.

⁷ 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*.

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. ENGIE und FCA 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.

11. 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 Erbringung von E-Mobility Services und Installation, Verkauf und Wartung von Ladestationen für BEV (vgl. Rz 4). Einleitend ist weiter festzuhalten, dass das GU bisher nicht in der Schweiz tätig ist. Zudem geben die Parteien an, dass sie keine Aktivitäten hätten, welche mit denen des GU in horizontaler Beziehung stehen würden und vertikale Verbindungen, die sich aus der Transaktion ergeben würden, seien (falls überhaupt vorhanden) unwesentlich.

12. In Bezug auf den Bereich für Installation, Verkauf und Wartung von Ladestationen für BEV hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis einen sachlichen Markt für Elektromobilität vorgeschlagen, welcher die Installation, den Verkauf sowie die Wartung von Ladestationen von BEV umfasst.⁸ In zwei jüngeren Zusammenschlussverfahren ist die WEKO im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI⁹ mit DC-Ladepunkten für BEV ausgegangen, liess aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen.¹⁰

13. Die EU-Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis in Bezug auf den Bereich Installation, Verkauf und Wartung von Ladestationen für BEV (abseits von Autobahnen) zunächst festgestellt, dass sich dieser aktuell in einem sehr frühen Entwicklungsstadium («Kinderschuh») befinde, und zwischen einem Markt für den Grosshandel von Ladestationen für BEV und einem Markt für den Retailvertrieb von Ladestationen für BEV unterschieden, sie liess aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen. In räumlicher Hinsicht hat die EU-Kommission für beide Märkte eine nationale Marktabgrenzung erwogen, allerdings für den sachlichen Markt für den Grosshandel von Ladestationen für BEV auch eine EWR-weite Marktabgrenzung in Betracht gezogen, liess aber letztlich eine genaue räumliche Abgrenzung offen.¹¹

14. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Installation, den Verkauf und die Wartung von Ladestationen für BEV (zum Normalladen) ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter in Grosshandel und Retailhandel zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

sen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

15. Im Bereich für die Erbringung von E-Mobility Services geht die WEKO entsprechend ihrer bisherigen Praxis und im Sinne einer Arbeitshypothese weiterhin von einem sachlichen relevanten Markt für die Erbringung von E-Mobility Services aus.¹²

16. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für die Erbringung von E-Mobility Services¹³ und den sachlichen Markt für die Installation, den Verkauf und die Wartung von Ladestationen für BEV (zum Normalladen) in räumlicher Hinsicht von schweizweiten Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung, insbesondere ob es sich um europaweite Märkte (EWR+CH-weit) handeln könnte, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

17. Die Marktanteile für das GU auf einem schweizweiten Markt für die Installation, den Verkauf und die Wartung von Ladestationen für BEV (zum Normalladen) und einem schweizweiten Markt für die Erbringung von E-Mobility Services geben die Parteien jeweils mit [0–10] % an. Würde man die Märkte räumlich weiter abgrenzen, so geben die Parteien die entsprechenden europaweiten Marktanteile für das GU im Markt für die Installation, den Verkauf und die Wartung von Ladestationen für BEV (zum Normalladen) mit [0–10] % und mit [0–10] % im Markt für die Erbringung von E-Mobility Services an.

18. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

19. 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.

⁸ Vgl. RPW 2016/3, 775 Rz 53, *BKW/AEK*.

⁹ Hochleistungs-ladeinfrastruktur (HPCI) umfasst Ladestationen mit einer Leistung von 43 kW bis zu 350 kW unter Verwendung von Gleichstrom (DC).

¹⁰ Vgl. RPW 2020/4b, 1913 Rz 17, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY* und RPW 2017/3, 463 Rz 25, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

¹¹ Vgl. Case COMP M.8870, Rz 203 ff., *E.ON/Innogy*.

¹² Vgl. für detaillierte Ausführungen RPW 2017/3, 463 Rz 26 ff., *BMW/Daimler/Ford/Porsche* und RPW 2020/4b, 1913 Rz 18, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*.

¹³ Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 37, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

B 2.3

2. CSS/Visana/Zur Rose/medi24/WELL

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 19. April 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 23. April 2021

A Sachverhalt

1. Am 22. März 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die nachstehend beschriebenen Unternehmen, die gemeinsame Kontrolle über die im Hinblick auf den Zusammenschluss gegründete Joint Venture-Gesellschaft WELL Gesundheit AG (nachfolgend: **WELL**) zu erwerben.

2. CSS Holding AG (nachfolgend: **CSS**) ist die Holdinggesellschaft der CSS Gruppe. Die CSS Gruppe bietet in der Schweiz Krankenpflegeversicherungen, Unfallversicherungen für Nichterwerbstätige sowie Zusatz- und Sachversicherungen an. Für weitere Informationen zur CSS wird auf deren Website <www.css.ch> verwiesen. Alleinaktionärin der CSS ist der CSS Verein.¹

3. Visana Beteiligungen AG (nachfolgend: **Visana**) ist Teil der Visana-Gruppe. Die Visana-Gruppe bietet die obligatorische Krankenpflegeversicherung, Zusatz- und Sachversicherungen und Unfallversicherungen an. Für weitere Informationen zur Visana wird auf deren Website <www.visana.ch> verwiesen. Alleinaktionärin der Visana ist die Stiftung Visana Plus.²

4. Zur Rose ist in der Schweiz und in weiteren europäischen Ländern tätig. Das schweizerische Geschäft der Zur Rose wird unter anderem von der Zur Rose Suisse AG betrieben und umfasst im Wesentlichen folgende Aktivitäten:

- Pharmagrosshandel (insb. für selbstdispensierende Ärztinnen und Ärzte);
- Versandapotheke für Arzneimittel mit Rezept;
- Webshop für apothekennahe, frei verkäufliche Produkte (insb. in den Bereichen Patientenpflege, Körperpflege und besondere Ernährung), aktuell betrieben als Händler auf eigene Rechnung auf dem Marktplatz der ZRMB Marketplace AG und
- Betrieb einer stationären Apotheke (Steckborn) als Halterin der Betriebs- und Versandhandelsbewilligung.

5. Zur Rose ist daneben in der Schweiz an verschiedenen Joint Ventures beteiligt³ und hat 2020 die in der Meldung genannten Akquisitionen vollzogen. Auf die

jeweiligen Informationen wird im Antrag wo nötig eingegangen.⁴ Für weitere Informationen zu Zur Rose wird auf den Geschäftsbericht 2019 sowie auf deren Website <www.zurrosegroup.com> verwiesen.

6. medi24 AG (nachfolgend: **medi24**) ist ein telemedizinisches Kompetenzzentrum mit Status einer Schweizer Arztpraxis. Ein interdisziplinäres Team aus über 150 Fachpersonen, darunter Ärztinnen und Ärzte sowie Pflegefachpersonen, bietet rund um die Uhr telefonische Hilfe bei medizinischen Fragen in allen Lebenssituationen. medi24 ist Teil der Allianz Care, die internationale Gesundheitsmarke von Allianz Partners, einer weltweit führenden B2B2C Versicherung, welche globale Lösungen rund um Gesundheits- und Lebensversicherungen, Reiseversicherungen sowie Automobilversicherungen anbietet. Allianz Partners ist wiederum Teil der Allianz Gruppe. Die Allianz Gruppe ist ein globales Finanzdienstleistungsunternehmen mit Sitz der Muttergesellschaft in Deutschland, das überwiegend im Bereich der Lebens- und Nichtlebensversicherung sowie der Vermögensverwaltung tätig ist.⁵

7. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft die Joint Venture-Gesellschaft (nachfolgend: **JV**) WELL, welche mit dem Zweck der Entwicklung, des Aufbaus und des eigenständigen Betriebs einer digitalen Gesundheits-Plattform («WELL-Plattform») gegründet wurde. Die WELL-Plattform soll als offene und neutrale Plattform allen Marktteilnehmern zur Verfügung stehen. Das Unternehmen soll die Basis für eine schweizweite, digital unterstützte und integrierte Versorgung schaffen. Die WELL-Plattform werde eine Reihe von Dienstleistungen anbieten und vermitteln (vgl. ausführlich Rz 16), nach der Lancierung aber für alle Angebote der Gesundheitsversorgung offenstehen. Den Nutzern biete sie einen interaktiven und unkomplizierten Zugang zum Gesundheitswesen. Ziel sei eine verbesserte Qualität der medizinischen Behandlung und effizientere Prozesse zur Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen. Die Gründungsparteien wollen eine aktive Rolle in der Gestaltung des digitalen Gesundheitsmarktes spielen. Ihr Nutzen liege unter anderem darin, dass sich die Gründungspartner direkt mit den Endkunden (Versicherten) verknüpfen und interagieren können, was zu einer Optimierung der administrativen Prozesse führen werde.⁶

¹ Meldung, Rz 9 ff.

² Meldung, Rz 12 ff.

³ Vgl. dazu auch RPW 2020/1, 251 ff., *Medbase/Zur Rose*. Für eine Auflistung der Tochtergesellschaften der Zur Rose vgl. Geschäftsbericht 2019, 64.

⁴ Meldung Rz 15 ff.

⁵ Für weitere Informationen siehe <www.allianz.com/de.html> sowie frühere Fusionskontrollverfahren (RPW 2014/4, 751 Rz 3, *KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*; RPW 2007/3, 449 ff., *Allianz Capital Partners/Selecta*; RPW 2001/3, 526 ff., *Allianz AG und Dresdner Bank AG*).

⁶ Vgl. ausführlich Meldung, Rz 48-52.

B Erwägungen

B.1 Meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben

8. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁷ i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU⁸ dar, wenn (a) das Gemeinschaftsunternehmen von den Gründerunternehmen kontrolliert wird, (b) das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen ist und (c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen. Gemäss der Praxis der WEKO ist das Tatbestandsmerkmal der Einbringung von Geschäftstätigkeiten weit auszulegen.⁹

9. Die Gründungspartner CSS, Visana, Zur Rose und medi24 sind alle am Aktienkapital von WELL beteiligt und werden gemeinsam den Verwaltungsrat besetzen.¹⁰ Sie planen, das JV gemeinsam zu kontrollieren und sind daran, diese Zusammenarbeit in einem Kooperations- und Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: **ABV**) zu regeln¹¹. Gemäss dem ABV werden die Gründungspartner bezüglich einer Reihe massgeblicher geschäftspolitischer Behandlungsgegenstände im Verwaltungsrat ein Vetorecht erhalten¹² und somit in der Lage sein, strategische Entscheidungen von WELL zu blockieren. Sieht auch die finale Version des ABV die in der Meldung genannten Vetorechte der Gründungspartner im Verwaltungsrat vor, kann von einer gemeinsamen Kontrolle über WELL ausgegangen werden.

10. WELL, aktuell eine Aktiengesellschaft ohne Marktaktivitäten, wird als rechtlich unabhängiges Unternehmen mit einer eigenständigen Marke mit einem Fokus auf akutmedizinischen und chronischen Gesundheitsthemen im Markt auftreten.¹³ Es wird über ausreichende Ressourcen und ein eigenständiges Management verfügen. Darüber hinaus ist WELL auf Dauer ausgerichtet und soll nach einer Anlaufphase von höchstens drei Jahren ab Markteintritt [...] mehr als 20 % des Umsatzes mit Dritten erzielen.¹⁴ Die Geschäfte zwischen WELL und den Gründungspartnern sollen zudem zu marktüblichen Bedingungen erfolgen.¹⁵ Gestützt auf die entsprechenden Ausführungen in der Meldung ist folglich davon auszugehen, dass WELL über eine autonome Marktpräsenz verfügen wird.

11. Schliesslich werden Geschäftstätigkeiten der Gründungspartner in das JV einfließen. Die CSS Krankenversicherung AG (nachfolgend: **CSS KV**) wird das [...]. Zudem wird Zur Rose [...].¹⁶

12. WELL wird damit alle Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU erfüllen. Damit handelt es sich beim gemeldeten Zusammenschlussvorhaben um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

13. Gemäss den Angaben in der Meldung werden mit den erzielten kumulierten Umsätzen der beteiligten Unternehmen vorliegend die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG erreicht.¹⁷ Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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.2.1 Relevante Märkte

15. In Zusammenhang mit der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte ist folglich vom **geplanten Vorhaben** und den **verschiedenen vorgesehenen Nachfragegruppen** auszugehen. WELL wird eine «digitale Gesundheitsplattform» betreiben, über welche den Endkunden (den individuellen Versicherten) verschiedene gesundheitliche Dienstleistungen direkt angeboten oder vermittelt werden können. WELL unterstützt die Versicherten bei der Organisation ihrer persönlichen Gesundheitsversorgung und bei sämtlichen Etappen einer Behandlung. Der Versicherte wird dazu über mehrere Stufen durch die Plattform begleitet.¹⁸ Er muss sich die Dienstleistungen nicht mehr einzeln organisieren, sondern kann verschiedenste, bislang vornehmlich separat angebotene Dienstleistungen über ein und dieselbe Plattform in Anspruch nehmen. So können die Endkunden über eine Smartphone-App beispielsweise schnell und bequem allgemeine Gesundheitsfragen klären, im Krankheitsfall einen digitalen Symptom-Checker für eine erste Diagnose nutzen, medizinische Unterstützung in Anspruch nehmen, Arzttermine vereinbaren, Medikamente bestellen oder auf weitere Dienstleistungen zugreifen (dazu ausführlich nachstehend). Die Leistungserbringer erhalten erstmals eine einfache digitale Interaktionsmöglichkeit mit ihren Patienten und weiteren Akteuren entlang des Behandlungspfades (erweiterte Kundenschnittstellen auf digitaler Basis, effizientere Prozesse).

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

⁸ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁹ SINEM SÜSLÜ in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 3 N 243.

¹⁰ Meldung, Rz 42.

¹¹ Meldung, Rz 41.

¹² Zu den einzelnen Entscheiden, für welche Einstimmigkeit vorgesehen ist, vgl. Meldung, Rz 42.

¹³ Vgl. Meldung, Rz 29 f. sowie Rz 43.

¹⁴ Für die Praxis der WEKO betreffend Verkaufs- und Geschäftsbeziehungen mit Dritten vgl. beispielhaft RPW 2017/2, 313 Rz 33, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2013/4, 665 Rz 28, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

¹⁵ Dazu sowie für weitere Details vgl. Meldung, Rz 43.

¹⁶ Meldung, Rz 45.

¹⁷ Meldung, Abschnitt 3.

¹⁸ Meldung, Rz 75.

16. Im Zeitpunkt der Lancierung wird WELL als Gesundheitsplattform folgende Dienstleistungen erbringen:¹⁹

- Bereitstellung eines digitalen Anamnese-Tools (Symptom-Checker) durch WELL selbst: Beim Anamnese-Tool handelt sich um einen digitalen Ratgeber, der Symptome eines Versicherten abfragt, eine Differential-Diagnose vornimmt und Behandlungsempfehlungen abgibt (sog. digitale Triage). Die Symptom-Checker-Dienstleistungen werden in der WELL-App gratis angeboten.²⁰ Sie werden gegenüber allen interessierten Versicherten erbracht werden, d.h. unabhängig davon, ob der jeweilige Krankenversicherer an WELL teilnimmt oder nicht.²¹
- Vermittlung von medizinischer Konsultation und Terminbuchung: Durch das Anamnese-Tool wird für den Versicherten eine Konsultation mit einem Tele- oder Allgemeinmediziner (allenfalls auch Sekundärversorgern wie etwa Spezialisten, Kliniken usw.) vermittelt und es kann direkt ein entsprechender Termin gebucht werden. Die Konsultation findet in diesem Fall unter Einbezug der durch das Anamnese-Tool erhobenen Daten statt. Eine Kontaktaufnahme mit z.B. dem Telemediziner ohne vorgängige Nutzung des Anamnese-Tools wird jedoch auch möglich sein.
- Anzeigen von Behandlungs- und Medikationsplänen: Leistungserbringer erstellen für die Versicherten einen digitalen Behandlungs- und Medikationsplan und übermitteln diesen über die WELL-Plattform. Der Plan erinnert den Versicherten beispielsweise an die Medikamenteneinnahme und erfragt das gesundheitliche Befinden. Die Leistungserbringer [...].²²
- Vermittlung digitaler Gesundheitsangebote: Im Sinne der Gesundheitsvorsorge erhalten Drittanbieter die Möglichkeit, digitale Gesundheitsangebote über die Plattform anzubieten und Versicherte die Möglichkeit, auf solche Gesundheitsangebote zuzugreifen.²³ Die Anbieter von digitalen Gesundheitsangeboten werden WELL [...].²⁴
- Anzeigen/Übermittlung von E-Rezepten: Die von WELL vermittelten bzw. bei WELL angebotenen Tele- oder Allgemeinmediziner können E-Rezepte (unter Umständen unter Berücksichtigung der Anamnesedaten) für verschreibungspflichtige Medikamente erstellen und diese direkt in der gewünschten Apotheke hinterlegen. Dies ist auch ohne Nutzung des Anamnese-Tools möglich. E-Rezepte werden in der WELL-App angezeigt, so dass der Versicherte danach seinen gewünschten Bezugskanal wählen kann (Online-Versand, Click & Collect und Vorweisen des E-Rezepts auf der WELL-App in der Apotheke).
- Vermittlung von Medikamentenbestellung und -bezug: Nach erfolgter Anamnese samt Differentialdiagnose sowie gegebenenfalls einer Konsultation bei einem Tele- oder Allgemeinmediziner kann dem Versicherten eine an WELL angebotene Apotheke vermittelt werden, bei der er ein Medikament digital bestellen und bei einer Apotheke vor Ort (Click & Collect) abholen oder sich durch eine Versandapotheke zusenden lassen kann. Die Vermittlung über die WELL-Plattform steht grundsätzlich allen Apotheken

(Standortapotheken und Online-Apotheken) offen, die sich an WELL technisch anbinden wollen.²⁵ [...].²⁶

- Digitales Login und Postfach auf WELL: Den Plattformnutzern wird ein zentrales Login für den Zugang zur Gesundheitsplattform und Postfach zur Verfügung gestellt; Auf der Gesundheitsplattform werden die Stammdaten der Versicherten gespeichert und synchronisiert.²⁷

17. Nach der Lancierung ist die Plattform wie erwähnt für alle Angebote der Gesundheitsversorgung offen.²⁸ Die Nutzung der Plattform ist für die Versicherten kostenlos. Sie haben vorbehaltlich der Zustimmung zu AGB für die Nutzung der Plattform und von Einwilligungen zur Nutzung von Daten keine Leistungspflichten. Die Dienstleistungen von WELL stehen (zumindest teilweise) auch Versicherten von nicht an WELL teilnehmenden Krankenversicherern offen.²⁹ Die teilnehmenden Krankenversicherer [...].³⁰

18. Die WELL-Plattform verbindet und vermittelt die entsprechenden, bislang vornehmlich separat angebotenen Dienstleistungen verschiedener Anbieter individuell zugeschnitten und in die gleiche Plattform integriert an die Abnehmer derselben. Den Versicherten ist es damit möglich, verschiedene Dienstleistungen über eine App und damit die gleiche (Bezugs-)Quelle zu finden. WELL steht damit folgenden **Marktgegensätzen** gegenüber: Den Krankenversicherungen, Leistungserbringern (Ärztinnen und Ärzte, Spitäler, Apotheken), Anbietern digitaler medizinischer Services sowie von Drittangeboten als Anbieter und den Versicherten als Abnehmer entsprechender Leistungen. Bei Letzteren wird zwischen solchen mit eingeschränktem Versicherungsmodell und anderen zu unterscheiden sein, wobei die Plattform anfänglich v.a. für erste von Relevanz sein wird.³¹

B.2.2 Marktabgrenzungen gemäss der Meldung

19. Die meldenden Unternehmen bezeichnen die WELL-Plattform als digitale Gesundheitsplattform und Ökosystem unterschiedlicher Dienstleistungen. Für ihre Analyse gehen sie im Sinne einer Arbeitshypothese von folgenden potentiellen sachlich und räumlich relevanten Märkten aus:

- Nationaler Markt für digitale Gesundheitsplattformen und

¹⁹ Meldung, Rz 62.

²⁰ Meldung, Rz 62.

²¹ Meldung, Rz 91.

²² Meldung, Rz 75.

²³ Meldung, Rz 61.

²⁴ Meldung, Rz 76.

²⁵ Meldung, Rz 62.

²⁶ Meldung, Rz 75.

²⁷ Meldung, Rz 62. Der Aspekt der Datensammlung und -bearbeitung wird vorliegend nicht weiter vertieft, da dieser gemäss der Meldung ausschliesslich einen Teilbereich der primären eigenen Aktivitäten der WELL-Plattform darstelle und nicht im Fokus der Gründungsparteien stehe (Meldung, Rz 74). [...].

²⁸ Denkbar ist beispielsweise auch die Vermittlung von Krankenversicherungsprodukten, Fn 17 Meldung. Vgl. auch vorne, Rz 7.

²⁹ Meldung, Rz 75.

³⁰ Meldung, Rz 76.

³¹ Vgl. dazu nachstehend Rz 31.

- Nationaler Markt für digitale Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden.³²

20. Die genauen sachlichen wie auch räumlichen Markt-Abgrenzungen könnten aber letztlich offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von den konkreten Marktdefinitionen keinen Anlass für wettbewerbsrechtliche Bedenken gebe.³³

21. Nachfolgend werden jeweils die zentralen Ausführungen der meldenden Unternehmen zu den Marktdefinitionen wiedergegeben und beurteilt.

B.2.2.1 Nationaler Markt für digitale Gesundheitsplattformen

22. Aus Sicht der meldenden Unternehmen könnte vorliegend in Anlehnung an die Praxis der WEKO im Bereich von Plattformen, bei denen unterschiedliche Nachfragegruppen vermittelt werden³⁴, in Bezug auf die Vermittlungsaktivitäten von WELL die Abgrenzung eines **sachlich relevanten Markts für digitale Gesundheitsplattformen** sachgerecht sein.

23. Gemäss der Meldung werden in diesem Markt auf die individuellen Versicherten zugeschnittene Gesundheitsdienstleistungen unter Verwendung einer digitalen Plattform angeboten und zwar im Rahmen eines mehrseitigen Modells, das von der Teilnahme der WELL-Nutzer (d.h. Versicherte, Leistungserbringer, Anbieter von Drittangeboten, Krankenkassen usw.) abhängig ist. WELL nimmt dabei die Rolle des Plattform-Betreibers ein und strebt in dieser Rolle an, möglichst viele Marktteilnehmer im Gesundheitswesen an die WELL-Plattform anzubinden, da hiermit die Attraktivität dieser Plattform als Ganzes sichergestellt und im Interesse der WELL-Nutzer erhöht werden kann.³⁵

24. Die **Marktgegenseiten** der WELL-Plattform im hypothetischen Markt für digitale Gesundheitsplattformen sind die Endkunden und die Leistungserbringer, übrige Anbieter sowie die Krankenversicherer. Die WELL-Plattform dient als Vermittlerin zwischen diesen Gruppen.³⁶

25. **Für die Endkunden/Versicherten** würden zunehmend die von einem Krankenversicherer angebotenen digitalen Dienstleistungen ein wichtiges Auswahlkriterium. Sie wünschten sich einen interaktiven, unkomplizierten und individuell zugeschnittenen digitalen Zugang zum Gesundheitswesen. Entsprechend stünden die verschiedenen Krankenversicherer in Bezug auf die von ihnen angebotenen eHealth-Plattformdienstleistungen im Wettbewerb³⁷. Zudem stünden die von den Krankenversicherern angebotenen Gesundheitsplattform-Dienstleistungen auch mit Gesundheitsplattformen anderer Arten von Anbietern im Wettbewerb, wie z.B. Migros und Galenica³⁸.

26. **Die Leistungserbringer** hätten die Wahl, an welcher eHealth-Plattform sie sich anschliessen wollen und dabei die Wahl zwischen proprietären Lösungen eines bestimmten Versicherers oder Angeboten wie etwa die WELL-Plattform, woran mehrere Krankenversicherer angeschlossen sind³⁹. Die parallele Teilnahme an mehreren Gesundheitsplattformen und der Wechsel zwischen verschiedenen Plattform-Angeboten sei ohne weiteres möglich.⁴⁰

27. **Aus Sicht der Krankenversicherer** stellen die unterschiedlichen eHealth-Plattformen Substitute dar. So haben sie die Wahl, entweder selbst eine entsprechende Plattform aufzubauen oder sich einer anderen Plattform anzuschliessen (Make or Buy).⁴¹

28. Gestützt auf die vorstehenden Angaben gehen die meldenden Unternehmen für die Beurteilung von einem **sachlich relevanten Markt für digitale Gesundheitsplattformen** aus.

29. Es ist geplant, dass WELL ihre Dienstleistungen zunächst schweizweit allen interessierten Marktteilnehmern im Gesundheitswesen sowie Versicherten in allen Sprachregionen (inkl. Grenzgänger) anbieten wird. In räumlicher Hinsicht gehen die meldenden Unternehmen daher von einem **mindestens nationalen Schweizer Markt für digitale Gesundheitsplattform** aus.⁴²

B.2.2.2 Bemerkungen zur Marktabgrenzung

30. Die Entwicklungen gehen auch im Bereich des Gesundheitswesens tendenziell in Richtung Digitalisierung und der Zusammenlegung von heute noch vornehmlich separat angebotenen und nachgefragten Dienstleistungen (Stichworte koordinierte Versorgung, Managed care, eHealth-Strategie und elektronisches Patientendossier⁴³). Der Markt für digitale Gesundheitsplattformen befindet sich entsprechend gemäss den Angaben der meldenden Unternehmen auch in der Aufbauphase.⁴⁴

31. Es mag zwar zutreffen, dass Versicherte zunehmend digitale Angebote nachfragen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt gehen die Wettbewerbsbehörden indes in Abweichung von der Darstellung gemäss Meldung davon aus, dass Versicherte Plattformangebote wie das von WELL v.a. dann nutzen werden, wenn sie in einem die entsprechende Nutzung vorsehenden besonderen Versicherungsmodell versichert sind. Demnach wird aktuell nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden in den meisten Fällen die Wahl des Krankenversicherers sowie des Versicherungsmodells über die zu nutzende eHealth-Plattform entscheiden. Sodann ist es aber zutreffend, dass die Versicherten (je nach Modell) die einzelnen Dienstleistungen der Leistungserbringer auch direkt nachfragen können und dies aktuell noch vornehmlich tun.

³² Meldung, Rz 64.

³³ Meldung, Rz 83 und 85.

³⁴ Vgl. hierzu etwa RPW 2016/1, 91 ff. Rz 183 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, und RPW 2015/3, 475 Rz 65, *Tamedia/ricardo.ch*.

³⁵ Meldung, Rz 80.

³⁶ Meldung, Rz 81.

³⁷ Vgl. für die einzelnen eHealth-Plattformen der Krankenversicherer Meldung, Rz 88.

³⁸ Betreffend Galenica ist gemäss Medienberichten aktuell einzig bekannt, dass diese vor Kurzem eine ähnliche Plattform zur WELL-Plattform lanciert haben soll. Es finden sich dazu allerdings aktuell noch keine Details. Vgl. auch Meldung, Rz 88.

³⁹ Meldung, Rz 81.

⁴⁰ Meldung, Rz 58, 89 und 116.

⁴¹ Meldung, Rz 81.

⁴² Meldung, Rz 84 f.

⁴³ www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-ehealth-schweiz.html (zuletzt besucht am 16.04.2021).

⁴⁴ Meldung, Rz 88.

32. Entsprechend stellt sich auch die Situation auf Stufe der Leistungserbringer dar. Ihnen steht gemäss der Meldung erstmals eine einfache digitale Interaktionsmöglichkeit mit den Versicherten und weiteren Akteuren entlang des Behandlungspfades zur Verfügung.⁴⁵ Je mehr Versicherer und damit diesen angeschlossene Versicherte sich einer Plattform anschliessen und diese nutzen werden, desto interessanter und wichtiger dürfte es für die Leistungserbringer werden, sich ebenfalls an diese anbinden zu lassen. Bis dahin dürfte ein Grossteil der Versicherten die einzelnen über WELL angebotenen Dienstleistungen auch direkt nachfragen.

33. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die unterschiedlichen eHealth-Plattformen nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden heute noch primär im Wettbewerb um die Gunst der Krankenversicherer stehen (vgl. oben, Rz 27). Die Versicherer sind die entscheidende Nachfragegruppe, nach der sich die Nutzung im Markt richtet. Seitens der grösseren Versicherer werden heute bereits gewisse digitale Vorleistungen als proprietäre Lösung für den eigenen Versichertenstamm angeboten. Die WELL-Plattform entwickelt dieses bestehende digitale Angebot weiter und baut dieses aus (interaktive digitale Unterstützung bei sämtlichen Etappen einer Behandlung⁴⁶). Die WELL-Plattform wird sodann nicht mehr nur dem versicherungseigenen Versichertenstamm, sondern grundsätzlich allen Versicherern, Leistungserbringern sowie Versicherten offenstehen. Der Umfang des Angebotes und die für den einzelnen Versicherten mögliche Nutzung der Plattform ist schliesslich davon abhängig, ob der jeweilige Versicherer angeschlossen ist oder nicht.

34. WELL soll die Basis für eine schweizweite, digital unterstützte und integrierte Versorgung bilden (vgl. auch vorne, Rz 7). Entsprechend wird [...] ⁴⁷ Ob die Entwicklung in Richtung Plattformmärkte und Angeboten wie dem vorliegend lancierten gehen wird, bleibt offen. Aktuell handelt es sich jedenfalls bei der WELL-Plattform um ein noch neues Angebot, dessen Erfolg im Markt abzuwarten ist.

35. Da das Zusammenschlussvorhaben gemäss der Meldung und wie nachfolgend dargelegt unabhängig von den Marktdefinitionen, die letztlich angenommen werden können, keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt⁴⁸, kann die genaue Marktabgrenzung vorliegend offenbleiben. Mit den meldenden Unternehmen kann auf die engere Marktabgrenzung und damit einen nationalen Markt für digitale Gesundheitsplattformen abgestellt werden.

B.2.2.3 Markt für digitale Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden gemäss der Meldung

36. Nebst der Tätigkeit als Betreiberin einer Gesundheitsplattform (Vermittlerrolle) wird WELL selbst Anamnesetool-Dienstleistungen (Symptom-Checker-Dienstleistungen) erbringen. Dabei werden bei Versicherten mit Hilfe eines digitalen Tools Symptome abgefragt, eine Differential-Diagnose vorgenommen und Behandlungsempfehlungen abgegeben (sog. digitale Triage). WELL wird digitale Anamnesetool-Dienstleistungen gegenüber allen interessierten Versicherten erbringen, d.h. sowohl gegenüber Versicherten von an WELL teilnehmenden

Krankenversicherern als auch gegenüber Versicherten von an WELL nicht teilnehmenden Krankenversicherern (vgl. auch vorne, Rz 16).

37. Das für die Erbringung der entsprechenden Dienstleistungen verwendete Tool stellt ein Medizinprodukt (mit CE-Kennzeichnung) dar (Symptom-Checker-Tool). Das Symptom-Checker-Tool wird von der in4medicine AG [...] lizenziert.⁴⁹ Die Anamnesetool-Lösung von in4medicine AG ist auch Bestandteil der myGuide App von CSS.⁵⁰ Nach dem Markteintritt von WELL wird [...] ⁵¹

38. Bereits daraus erhellt, dass digitale Anamnesetool-Dienstleistungen von den Anbietern direkt Endkunden angeboten werden können oder indirekt, indem z.B. Krankenversicherer entsprechende Dienstleistungen von den Anbietern beziehen und danach ihren Versicherten Zugang zu diesen Dienstleistungen gewähren.⁵² Digitale Anamnesetool-Dienstleistungen können ausserdem Bestandteil von integrierten Gesundheitsplattformen wie derjenigen von WELL bilden.

39. Die meldenden Unternehmen gehen zwar davon aus, dass Anamnesetool-Dienstleistungen ohne Weiteres durch medizinische Beratungen durch Ärzte und weitere medizinische Fachpersonen ersetzbar seien.⁵³ Für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens gehen sie indes von der engst-möglichen Marktsegmentierung und damit von einem **Markt für digitale Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden**⁵⁴ aus.

40. Die Anamnesetool-Dienstleistungen von WELL sollen schweizweit angeboten werden. Auch andere Anbieter solcher Dienstleistungen sind Sprachregion-übergreifend tätig, wie etwa SWICA (Benecura App), Migros (Olly App), Groupe Mutuel (MyHealthCheck) und Symptoma⁵⁵. In **geografischer Hinsicht** gehen die meldenden Unternehmen daher zumindest von einem **nationalen Schweizer Markt** für digitale Anamnesetool-

⁴⁵ Meldung, Rz 50.

⁴⁶ Meldung, Rz 61 sowie vorne, Rz 15 f.

⁴⁷ Meldung, Rz 66. Die WELL-Plattform werde so aufgebaut, dass sie im Einklang mit den regulatorischen Vorgaben betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung sowie die Gesetzgebung betreffend das elektronische Patientendossier steht. Einen darüberhinausgehenden Einfluss auf das Geschäftsmodell hätten die bestehenden regulatorischen Vorgaben und Bestrebungen aber nicht. Insbesondere bestehe gemäss den meldenden Unternehmen aktuell kein Zwang zur Nutzung oder Erstellung einer entsprechenden Gesundheitsplattform und sei ein solcher auch inskünftig nicht zu erwarten (Meldung, Rz 66 ff.).

⁴⁸ Meldung, Rz 58 und insb. Rz 90.

⁴⁹ Meldung, Rz 92.

⁵⁰ Meldung, Rz 45.

⁵¹ Meldung, Rz 92.

⁵² Meldung, Rz 94.

⁵³ Meldung, Rz 93.

⁵⁴ Die an medizinische Fachpersonen gerichteten digitalen Anamnesetool-Dienstleistungen unterscheiden sich in Bezug auf Dienstleistungsumfang und -angebot, verwendete Technik, Support usw. und befriedigen andere Bedürfnisse als an Endkunden gerichtete digitale Anamnesetool-Dienstleistungen. WELL beabsichtigt denn auch nicht, Fachpersonen ein entsprechendes Angebot zu bieten. Vgl. zum Ganzen, Meldung, Rz 95.

⁵⁵ Vgl. die Ausführungen zu den jeweiligen Angeboten in Meldung, Fn 38, 39, 41 und 49.

Dienstleistungen für Endkunden aus. Dies obschon ihres Erachtens auch Angebote aus vergleichbaren Sprachregionen (Deutschland, Österreich, Frankreich, Italien, etc.) berücksichtigt werden könnten.⁵⁶

41. Vorliegend kann wie nachfolgend dargelegt davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben zumindest im Zeitpunkt der Gründung weder eine marktbeherrschende Stellung begründen noch verstärken wird. Somit kann die Marktabgrenzung vorliegend letztlich offengelassen und mit den meldenden Unternehmen für diese vorläufige Prüfung von einem **Schweizer Markt für digitale Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden** ausgegangen werden.

B.2.3 Voraussichtliche Marktstellung

B.2.3.1 Voraussichtliche Marktstellung im hypothetischen Schweizer Markt für digitale Gesundheitsplattformen

42. WELL ist derzeit noch nicht aktiv und der Markteintritt der WELL-Plattform ist erst für die [...] geplant. Somit verfügt WELL im Markt für digitale Gesundheitsplattformen derzeit über keine Marktanteile bzw. einen Marktanteil von null Prozent.⁵⁷

43. Neben dem anfänglichen Marktanteil der WELL-Plattform von null Prozent führen die beteiligten Unternehmen an, dass sie nicht im Bereich des Betriebs einer digitalen Gesundheitsplattform aktiv seien. Ihr marginales Engagement im Bereich Online-Marktplätze⁵⁸ bzw. in Zusammenhang mit Gesundheitsplattformen im Ausland⁵⁹ rechnen sie nicht dem gleichen Markt zu (Ökosystem vs. direkter Verkauf einzelner Produkte an den Endkunden). Folglich komme es auch deswegen zu keinen horizontalen Überschneidungen auf einem Markt für digitale Gesundheitsplattformen.⁶⁰

44. In Zusammenhang mit der Marktstellung der beteiligten Unternehmen nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens führen die meldenden Unternehmen aus, dass auch diverse andere Anbieter bereits in diesem Markt, der sich in der Aufbauphase befinde, tätig seien. WELL trete in Konkurrenz einerseits zu bestehenden Angeboten von Krankenversicherern in der Schweiz.⁶¹ Andererseits böten neben den Krankenversicherern auch andere Unternehmen entsprechende digitale Gesundheitsplattformen an.⁶² WELL werde demnach zum Zeitpunkt des Markteintritts Wettbewerb seitens zahlreicher Anbieter von Gesundheits-Apps und Gesundheitsplattformen ausgesetzt sein.⁶³

45. Letzterem kann im Grossen und Ganzen zugestimmt werden. Wenngleich die genannten Angebote nicht direkt mit der WELL-Plattform vergleichbar sein dürften⁶⁴, so wird WELL doch von Anfang an in Konkurrenz zu Angeboten anderer Anbieter treten sowie je nach Erfolg und Entwicklung dieses Marktes mehr oder minder potentiell Wettbewerb ausgesetzt sein.

46. Schliesslich führen die meldenden Unternehmen die Offenheit der WELL-Plattform für deren Unbedenklichkeit ins Feld. Den Marktteilnehmern und Leistungserbringern stehe die Möglichkeit der Teilnahme an der WELL-Plattform zu nichtdiskriminierenden und fairen Bedingungen offen. Auch die parallele Teilnahme an

mehreren Gesundheitsplattformen und der Wechsel zwischen verschiedenen Plattform-Angeboten seien nicht ausgeschlossen. Die Gründungsparteien würden hierbei gleichbehandelt wie andere Teilnehmer, und der Zugang als Anbieter auf die WELL-Plattform bestehe unabhängig von einem allfälligen Erwerb einer Beteiligung an WELL. Damit sei das Vorhaben «by design» wettbewerbsneutral ausgestaltet.⁶⁵

47. Darüber hinaus bestehen in Bezug auf WELL vorliegend auch keine relevanten vertikalen Beziehungen zu den übrigen Tätigkeiten der Gründungsparteien («vertikal betroffene Märkte ohne Anteilsaddition»). Vertikale Berührungspunkte sind nach Ansicht der WEKO – und anders als in der Meldung ausgeführt⁶⁶ – maximal auf einem hypothetischen Markt für IT Outsourcing-Dienstleistungen vorhanden.⁶⁷ [...]

48. Schliesslich kann gestützt auf die übrigen Darstellungen der beteiligten Unternehmen davon ausgegangen werden, dass die Gründung von WELL auch nicht zu einer Verstärkung der Marktstellung der Gründungsunternehmen in einem ihrer übrigen Tätigkeitsbereiche führen wird.

49. Gemäss den vorstehenden Ausführungen liegen damit weder ein betroffener Markt mit Anteilsaddition («horizontal betroffener Markt») noch zu meldende betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition («vertikal betroffene Märkte») im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Eine eingehendere Analyse erübrigt sich in diesem Markt.

B.2.3.2 Voraussichtliche Stellung im Schweizer Markt für digitale Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden

50. WELL ist derzeit nicht aktiv im Markt und der Markteintritt der WELL-Plattform ist erst für die [...] geplant. Somit verfügt WELL im hypothetischen Markt für digitale Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden derzeit über keine Marktanteile bzw. über einen Marktanteil von null Prozent.⁶⁸

⁵⁶ Meldung, Rz 97.

⁵⁷ Meldung, Rz 86.

⁵⁸ Das Joint Venture ZRMB Marketplace AG, an dem Zur Rose beteiligt ist, betreibt einen Online-Marktplatz, auf dem Dritte Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung direkt an Endkunden verkaufen. Zur Rose Suisse AG ist im Moment der einzige Händler auf dem von der ZRMB Marketplace AG betriebenen Online-Marktplatz.

⁵⁹ Zur Rose lancierte – im Zuge der Umsetzung der Strategie der Zur Rose-Gruppe zur Entwicklung eines digitalen Gesundheitsökosystems – im Dezember 2020 in Deutschland eine Gesundheitsplattform für den deutschen Gesundheitsmarkt unter der Marke DocMorris+. [...]

⁶⁰ Meldung, Rz 87.

⁶¹ Bspw. Helsana mit der Helsana+ App, die SWICA mit der Benecura App, die Groupe Mutuel mit MyHealth-Check und die Sanitas mit der Sanitas Portal App (vgl. Meldung, Rz 88).

⁶² Bspw. Migros die Gesundheits-App Olly.

⁶³ Meldung, Rz 88.

⁶⁴ Nicht nur weisen einzelne der genannten Angebote keinen vermittelnden Charakter auf. Sie sind auch inhaltlich weniger umfassend als dasjenige von WELL, das verschiedene Dienstleistungsangebote entlang des Behandlungspfades verbindet (vgl. vorne, Rz 33).

⁶⁵ Meldung, Rz 58/89.

⁶⁶ Vgl. Meldung, Rz 107 ff.

⁶⁷ Meldung, Rz 112 f.

⁶⁸ Meldung, Rz 99.

51. Von den Gründungspartnern bieten CSS sowie medi24 aktuell digitale Anamnesetool-Dienstleistungen an Endkunden an. [...] Es kommt zwischen den künftigen Aktivitäten von WELL und der medi24 jedoch zu keiner Marktanteilsaddition, weil die entsprechenden Dienstleistungen der medi24 [...] ⁶⁹, [...] zu dieser erbracht werden. Folglich käme es im Rahmen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch insofern zu keiner Marktanteilsaddition.

52. In Bezug auf die Aktivitäten von WELL im Bereich der Erbringung von digitalen Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden kommt es darüber hinaus gemäss der Meldung einzig zu einer vertikalen Beziehung zwischen WELL und CSS. [...] Dieser lizenzierte Inhalt ist auch für die Erbringung von digitalen Anamnesetool-Dienstleistungen für Endkunden relevant.⁷⁰

53. Indes betrachten die meldenden Unternehmen [...]. So sei z.B. in4medicine AG für die Korrektheit der medizinischen Inhalte der myGuide App verantwortlich. Auch würden die Anamneseinformationen nicht von [...] bearbeitet, sondern von in4medicine AG. Selbst wenn die [...] aufgrund der Lizenzierung von bestimmten ergänzenden Inhalten als eine Anbieterin von digitalen Anamnesetools für Endkunden angesehen würde, geht die [...] davon aus, dass ihr hypothetischer Marktanteil im Markt für die Bereitstellung von digitalen Anamnesetools [...] sein dürfte.⁷¹

54. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben bei der engst-möglichen Marktabgrenzung weder zu einem betroffenen Markt mit Anteilsaddition («horizontal betroffene Märkte») noch zu meldenden betroffenen Märkten ohne Anteilsaddition («vertikal betroffene Märkte») im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Eine eingehendere Analyse erübrigt sich bezüglich diesem Markt.

B.2.4 Nebenabreden

55. Die Gründungsparteien sind frei in ihrer Beteiligung an anderen Plattformen. Ziff. 2.2.4 (c) des ABV sieht einzig vor, dass die Gründungspartner, falls sie Anfragen betreffend die Beteiligung als Investor am Aufbau oder am Betrieb von anderen Onlineplattformen erhalten, die anderen Gründungspartner (im Rahmen des gesetzlich und allenfalls vertraglich Erlaubten) [...]. Ein Verbot der Beteiligung als Investor ist jedoch nicht vorgesehen.⁷²

56. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission⁷³ zu Wettbewerbsverboten orientiert.⁷⁴ Gemäss dieser Praxis können selbst Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen, sofern sie den dafür notwendigen sachlichen, räumlichen und zeitlichen Vorgaben genügen.⁷⁵ Aus Rz 25 der EU-Bekanntmachung folgt, dass Beteiligungsbeschränkungen nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sind.

57. Die Gründungspartner haben kein Verbot der Beteiligung als Investor vereinbart, sondern einzig gewisse Pflichten bezüglich [...], sofern sie Anfragen betreffend die Beteiligung als Investor am Aufbau oder Betrieb ei-

ner die WELL-Plattform konkurrierenden Online-Plattform erhalten. Die vereinbarte Regelung geht somit weniger weit als ein Beteiligungsverbot. [...]. Angesichts dieser Umstände kann die dargestellte Regelung als Nebenabrede zum Zusammenschlussvorhaben qualifiziert werden. Sie fällt entsprechend unter das Konzentrationsprivileg.

B.2.5 Ergebnis

58. 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.

⁶⁹ medi24 erbringt diese Dienstleistungen nicht als stand alone-Dienstleistung gegenüber beliebigen Kunden, sondern wird von der Helsana beauftragt, diese Dienstleistungen gegenüber den Helsana-Kunden zu erbringen (Meldung, Rz 100).

⁷⁰ Meldung, Rz 122.

⁷¹ Ausführlich zu diesem und weiteren Vorbringen Meldung, Rz 123.

⁷² Meldung, Rz 146.

⁷³ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5. März 2005 S. 24 ff., Rz 36 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

⁷⁴ Vgl. bspw. RPW 2020/3a, 1228 Rz 21, *Porsche/Munich RE/JV*, und RPW 2018/4, 865 Rz 57, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*.

⁷⁵ Vgl. RPW 2020/3a, 1228 Rz 22, *Porsche/Munich RE/JV*; RPW 2020/1, 257 Rz 69, *Medbase/Zur Rose*; RPW 2019/4, 1187 Rz 21, *Spital STS AG/Medbase AG*; RPW 2018/4, 1009 Rz 127 f., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

B 2.3

3. TX Group/Acheter-Louer.ch

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Juni 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Juni 2021

A Sachverhalt

1. Am 19. Mai 2021 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die TX Group AG (nachfolgend: TX) die Acheter Louer.ch & Publimmo Sàrl (nachfolgend: Acheter-Louer) zu erwerben.

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 TX-Gruppe (meldendes Unternehmen, kontrollierendes Unternehmen)**

2. TX sei die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig sei. Die TX-Gruppe gliedere sich in

die vier Geschäftsbereiche Printmedien, Onlinemedien, Rubriken & Marktplätze und Werbung. Sie gebe Zeitungen und Zeitschriften heraus, betreibe digitale Marktplätze und vermarkte Werbung. Sie sei auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die TX-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz aktiv. Bei TX handelt es sich um die ehemalige Tamedia AG.

3. TX beabsichtige, Acheter-Louer indirekt über die TX Markets AG (vormals Homegate AG) (nachfolgend: TX Markets) zu übernehmen. TX Markets sei eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von TX. Unter ihrem Dach würden diverse Online-Aktivitäten der TX-Gruppe zusammengefasst. Dazu gehörten «Car For You», «jobs.ch», «jobup.ch», «JobCloud», «Ricardo», «tutti.ch» sowie «Immostreet» und «homegate.ch». Zu «homegate.ch» gehörten auch «alle-immobilien.ch», «anzeiger.ch», «home.ch» und «immo.ch». «Immostreet» und «homegate.ch» seien Online-Marktplätze für Immobilien-Rubrikanzeigen. Immobilien-Rubrikanzeigen fänden sich ferner auf «tutti.ch» und in Ausnahmefällen auf «Ricardo».

4. TX habe kürzlich das Schweizer Geschäft der immowelt AG (nachfolgend: Immowelt Schweiz) erworben. Immowelt Schweiz betreibe unter der Domain «immowelt.ch» primär in der Deutschschweiz einen Online-Marktplatz für Immobilien.

Tabelle 1: Online-Marktplätze (Marken/Plattformen) von TX Markets¹

Online-Aktivität (Marke)	Bemerkungen, Plattformen
Homegate ²	mit homegate.ch, alle-immobilien.ch, anzeiger.ch, home.ch, immo.ch, ImmoStreet.ch (auf allen diesen Immobilien-Plattformen sei die Aufschaltung einer Immobilien-Rubrikanzeige kostenpflichtig)
Ricardo	Bietet auch Immobilien-Anzeigen an. ricardo.ch
tutti.ch	Bietet auch Immobilien-Anzeigen an.
Car For You	carforyou.ch
jobs.ch	Teil von JobCloud.
jobup.ch	Teil von JobCloud.
JobCloud ³	mit alpha.ch, financejobs.ch, ictcareer.ch, ingjobs.ch, jobs.ch, jobs4sales.ch, jobscout24.ch, jobsuchmaschine.ch ⁴ , jobup.ch, jobwinner.ch, medtalents.ch, stellen.ch ⁵ , topjobs.ch.

A.1.2 Acheter-Louer.ch & Publimmo Sàrl (kontrolliertes Unternehmen)

5. Acheter-Louer betreibe unter der Domain «acheter-louer.ch» einen Online-Marktplatz für Immobilien mit einem klaren Fokus auf die französische Schweiz. Auf diesem Online-Marktplatz könnten gewerbliche Anbieter Rubrikanzeigen für die Vermietung und den Verkauf von Immobilien platzieren.

¹ Vgl. <<https://www.tx.markets/brands>> (19.5.2021).

² Vgl. auch Rz 3.

³ Bei JobCloud handelt es sich um ein Joint Venture von TX Markets und der Ringier AG, <<https://www.tx.markets/brands#jobcloud>> (19.5.2021). Vgl. auch <<https://www.jobcloud.ch/c/de-ch/ueber-uns/>> (19.5.2021).

⁴ Die URL jobsuchmaschine.ch führt zu jobscout24.ch (19.5.2021).

⁵ Die URL stellen.ch führt zu jobscout24.ch (19.5.2021).

6. Die deutschsprachige Version des Online-Marktplatzes sei unter der Domain «kaufen-mieten.ch» und die englischsprachige unter der Domain «buy-rent.ch» verfügbar. Weitere Domains von Acheter-Louer seien: «immomagazine.ch», «groupimmo.ch», «immoadvisor.com» und «swissfineproperties.com» (englisch)/«proprietes-de-suisse.ch» (französisch). Bei den Websites, die über diese Domains erreichbar seien, handle es sich nicht um eigenständige Online-Marktplätze: Das Angebot sei auf all diesen Online-Marktplätzen identisch. Die gebuchten Rubrikanzeigen würden immer auf allen acht Websites gemeinsam aufgeschaltet.

7. Ausdrücklich führt die Meldung aus, Acheter-Louer biete keinen Werberaum für Online-Werbung (Bannerwerbung oder Netzwerkwerbung) an und erziele in diesem Bereich daher auch keinen Umsatz.

8. Acheter-Louer halte lediglich eine kleine Minderheitsbeteiligung von weniger als [...] % an der SwissRéseau SA, mit der keine Kontrollrechte verbunden seien.

9. Von Acheter-Louer hielten die beiden natürlichen Personen Astrid Hungerbühler Schyrr und Philippe Schyrr heute je 50 % der Stammanteile. Sie hätten das Unternehmen gegründet und aufgebaut und kontrollierten es gemeinsam.

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

10. TX beabsichtige, indirekt über die Tochtergesellschaft TX Markets 100 % der Stammanteile an Acheter-Louer – und damit die alleinige Kontrolle – von Astrid Hungerbühler Schyrr und Philippe Schyrr zu erwerben.

A.3 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

11. Als Grund für das Zusammenschlussvorhaben gibt die Meldung an, Astrid Hungerbühler Schyrr und Philippe Schyrr hätten Acheter-Louer gegründet und aufgebaut. Sie hätten sich entschieden, sich nun zur Ruhe zu setzen, ihr Unternehmen mangels einer eigenen Nachfolgeregelung zu veräussern und den Wert ihrer Stammanteile am Unternehmen zu realisieren.

12. Zu diesem Entscheid beigetragen hätten gemäss Meldung auch die tiefgreifenden Umwälzungen, mit denen die klassischen Online-Marktplätze konfrontiert seien: Ihr Angebot werde immer stärker durch die Angebote der internationalen Tech-Giganten wie Google und Facebook, Inc. (nachfolgend: Facebook) bedrängt, was zu einem enormen Wettbewerbsdruck geführt habe. Hinzu kämen laufend neue Anbieter von Gratis-Publikationsmöglichkeiten, was es für die klassischen Online-Marktplätze immer schwieriger mache, von den Inserenten noch einen kostendeckenden Preis für die Publikation zu verlangen.

13. Diese Entwicklungen würden die Betreiber von Online-Marktplätzen zwingen, ihre Kosten durch Synergien zu reduzieren, um im Markt künftig überhaupt noch bestehen zu können.

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

14. TX bezwecke mit der Übernahme von Acheter-Louer, ihre Geschäftstätigkeit im Bereich der Online-Marktplätze auszubauen. Insbesondere strebe TX an, dank Synergieeffekten ihre Immobilien-Marktplätze künf-

tig kostengünstiger betreiben zu können, um im Wettbewerb gegen die Tech-Giganten Google und Facebook bestehen zu können.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

15. 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

16. 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). Das Kartellgesetz 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.⁶

17. Bei TX handelt es sich um die Muttergesellschaft der TX-Gruppe. Die TX-Gruppe ist gemäss Meldung ein Medienunternehmen mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien. Somit tritt die TX-Gruppe in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf.

18. Acheter-Louer betreibt einen Online-Marktplatz für Immobilien. Auf diesem Online-Marktplatz können gewerbliche Anbieter Rubrikanzeigen für die Vermietung und den Verkauf von Immobilien platzieren. Somit tritt Acheter-Louer als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf.

19. Acheter-Louer wird von den beiden natürlichen Personen Astrid Hungerbühler Schyrr und Philippe Schyrr kontrolliert, die ihrerseits keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen.⁷ Bei Acheter-Louer handelt es sich daher nicht um einen Teil einer grösseren wirtschaftlichen Einheit.

20. Die TX-Gruppe und Acheter-Louer sind deshalb als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

⁶ Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 2 N 30 ff.; 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*.

⁷ Vgl. RPW 2015/3, 464 Rz 23, *Kirschner/Valora Warenlogistik AG*.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

21. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

22. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.⁸

23. Die TX-Gruppe beabsichtigt gemäss Meldung indirekt über die Tochtergesellschaft TX Markets 100 % der Stammanteile an Acheter-Louer und damit die alleinige Kontrolle darüber zu erwerben (vgl. Rz 10). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

25. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

26. Bei einem Kontrollerwerb gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Bei diesem Zusammenschlussvorhaben beabsichtigt TX, die Kontrolle über Acheter-Louer zu erwerben.

27. Für die beteiligten Unternehmen gibt die Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2020 folgende Umsätze in Tabelle 2 an.

Tabelle 2: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2020 gemäss Meldung (in Mio. Franken)

	TX-Gruppe	Acheter-Louer
Schweiz	< 935.8	[...]
Weltweit	935.8	[...]

28. Somit werden aufgrund der von der Meldung aufgeführten Umsätze die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht.

29. TX macht geltend, es liege aus den gleichen Gründen, die TX bereits in früheren Verfahren vorgebracht habe, bei bundesrechtkonformer Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG keine Meldepflicht vor. Art. 9 Abs. 4 KG sei eng auszulegen. Im Entscheid *Le Temps* habe die WEKO festgestellt, dass durch den damaligen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der *Le Temps SA* auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz begründet worden sei und dass die bestehende marktbeherrschende Stellung der *Groupe Edipresse* auf dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verstärkt worden sei. Durch den Verkauf der Beteiligung an der *Le Temps SA* durch TX seien die von der WEKO damals gemachten Feststellungen im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG nur noch insofern relevant, als diese sich explizit auf *Edipresse* bezogen hätten. Gemäss dem damaligen Entscheid habe sich die Feststellung der Marktbeherrschung ausschliesslich auf die Lesermärkte bezogen.

30. Der in der Meldung vorgenommenen Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG kann nicht beigeprüft werden. In ihrer ständigen, vom Bundesverwaltungsgericht gestütz-

ten⁹ Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.¹⁰

31. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die *Edipresse-Gruppe* auf dem «marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne» (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) eine marktbeherrschende Stellung innehat.¹¹ Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn die TX-Gruppe an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betrifft, oder einen solchen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

⁸ Vgl. RPW 2020/4b, 1927 Rz 109, *SBB Cargo*; RPW 2018/4, 871 Rz 40, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁹ Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6. Oktober 2020, *TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO*.

¹⁰ Vgl. RPW 2018/4, S. 717, Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG; RPW 2006/4, 622, *Meldepflicht der Emmi AG*.

¹¹ Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

32. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO gilt ein Markt als einem anderen Markt benachbart, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.¹² Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News an die Leserschaft, sondern bieten auch Insertionsmöglichkeiten für Immobilien-Rubrikanzeigen: Für den Verkauf oder die Vermietung einer Immobilie stünde gemäss Meldung die Insertionsmöglichkeit in einem Print-Titel oder über den Online-Kanal zur Verfügung. Natürlicherweise ist es dann bei Print-Titeln die Leserschaft, welche die Rubrikanzeigen liest. Ein Abweichen von der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts drängt sich nicht auf, auch wenn zu dieser Frage derzeit ein Verfahren vor Bundesgericht hängig ist. Der vorliegende Zusammenschluss betrifft insbesondere die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen und die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen. Es ist daher sowohl von einer Benachbarkeit als auch einer Vor- oder Nachgelagertheit (je nach Betrachtungsweise aufgrund der Natur der vorliegenden zweiseitigen Märkte oder Plattformmärkte) der vorliegend relevanten Märkte zu dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne auszugehen. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

33. 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).

34. 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.

35. Zu den relevanten Märkten bemerkt die Meldung, dass relevante Marktanteilsadditionen als Folge dieses Zusammenschlusses – wenn überhaupt – nur in denjenigen Märkten zu erwarten seien, in denen Acheter-Louer tätig sei. Da Acheter-Louer keinen Werberaum für Online-Werbung (weder Bannerwerbung noch Netzwerkwerbung) anbiete, habe die geplante Transaktion auf diese Märkte keine Auswirkungen und es werde darauf verzichtet, diese Märkte darzustellen.

36. Im vorliegenden Fall kann auf die genaue Prüfung der genannten Werbemärkte verzichtet werden, weil die Wirkungen aufgrund der Angaben der Meldung als gering zu erwarten sind. Zu den Ausführungen der Meldung ist allerdings anzumerken, dass die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben grundsätzlich auch für Bereiche erfolgt, in denen nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind. Möglicherweise stellen bei einem Zusammenschlussvorhaben die

Beteiligten potenzielle Konkurrenz dar. In diesem Fall käme es zu keinen Marktanteilsadditionen. Allerdings hätte dort der Zusammenschluss durch den Wegfall potenzieller Konkurrenz gleichwohl einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Bereichen. Deshalb prüft die WEKO je nachdem auch Bereiche, in denen keine Überlappungen in den Tätigkeiten der Beteiligten bestehen und keine Marktanteilsadditionen erfolgen oder zu erwarten sind.¹³

B.4.1 Relevante Märkte

37. 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).

38. 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).

39. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.¹⁴ Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.¹⁵

40. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich unter anderen zwischen Lesermärkten, Märkten für Nutzer von News-Sites, Hörermärkten, Zuschauermärkten, Werbemärkten (Unterscheidung Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten, Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen, dem Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe sowie Druckereimärkten.¹⁶

¹² Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 f. E.2.3., *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2019/1, 180 Rz 28, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

¹³ Vgl. RPW 2018/4, 873 Rz 65, *AZ Medien/NZZ*.

¹⁴ Vgl. RPW 2018/4, 873 Rz 68, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*; RPW 2015/3, 442 Rz 98, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2016/1, 268 Rz 68, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2017/4, 583 Rz 46, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

¹⁵ Vgl. Urteil des BGer 2C. 79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

¹⁶ Vgl. RPW 2018/4, 874 Rz 69, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 438 Rz 94, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 709 Rz 26, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/1, 117 Rz 53 f., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 254 Rz 73, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 606 f. Rz 29 ff., *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

41. Die WEKO grenzt praxismässig eigenständige Märkte für Rubrikanzeigen ab.¹⁷ Vor dem Hintergrund der abnehmenden Bedeutung des Print- zugunsten des Online-Bereichs hat die WEKO unlängst die Frage aufgeworfen, ob an der Zusammenfassung des Print- und Online-Bereichs in einem einheitlichen Markt festgehalten werden kann. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf die Rubrikanzeigemärkte nicht ändert.¹⁸ Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Sachverhalt in der Zwischenzeit grundlegend geändert hat. Entsprechend wird auch im vorliegenden Verfahren darauf verzichtet, den Online-Bereich separat zu untersuchen. Die WEKO behält sich allerdings weiterhin vor, aufgrund von zukünftigen Entwicklungen im Online-Bereich, die Marktabgrenzung anders vorzunehmen.¹⁹

42. Die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen unterteilt die WEKO zunächst anhand der Marktgegenseite in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt. Sodann unterteilt die WEKO diese Märkte jeweils nach Inhalt der Rubrikanzeigen weiter. Praxismässig unterscheidet die WEKO zwischen Stellen-Rubrikanzeigen, Immobilien-Rubrikanzeigen, Fahrzeug-Rubrikanzeigen und anderen Rubrikanzeigen.²⁰

43. Hinsichtlich der Frage, welche Arten von Rubrikanzeigen im jeweils sachlich relevanten Markt zu berücksichtigen sind, kann auf die Definition eines Marktes zurückgegriffen werden. Ein Markt wird als Ort definiert, auf dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen, um durch eine Transaktionsbeziehung eine für beide Seiten günstigere Allokation der Dienstleistungen und Güter zu erreichen. Fehlt eine der beiden Seiten (Anbieter oder Nachfrager) oder kommt keine Austausch- bzw. Transaktionsbeziehung zustande, liegt kein Markt vor.²¹

44. Basierend auf der Marktdefinition werden Metaportale bei der Marktabgrenzung grundsätzlich nur nutzerseitig berücksichtigt. Leser/Nutzer fragen als Dienstleistung eine Übersicht über Inserate nach, welche eine Plattform bereitstellt. Hierbei werden dem Nutzer sowohl eigene wie auch übernommene Inserate angezeigt.²²

45. Inserentenseitig gehören Metaportale bzw. gespiderete²³ Inserate demgegenüber nicht zum selben Markt, da in diesem Fall die Inserate nicht direkt von den die Rubrikanzeige Ausschreibenden geschaltet werden. Vielmehr werden einfach Inserate von anderen Webseiten übernommen. Somit kommt es zu keinem Vertragsverhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwischen dem Inserenten als Nachfrager nach Raum für die Schaltung eines Inserats und dem Portalbetreiber als Anbieter von Raum für die Schaltung eines Inserats.²⁴

46. Ähnliches gilt auch für Rubrikanzeigen, welche auf einer Unternehmenswebseite geschaltet werden (vgl. auch Rz 65 ff.). Auch hier kommt es zu keinem Vertragsverhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwischen dem Betreiber der Webseite und dem Nachfrager nach Raum für die Schaltung eines Inserats, da diese in einer Person zusammenfallen und daher nicht von einer Austausch- bzw. Transaktionsbeziehung zwischen Anbieter und Nachfrager gesprochen werden kann.²⁵

47. Demgegenüber bringt die Meldung im Rahmen der Beschreibung der Vertriebs- und Nachfragestrukturen bei Immobilien-Rubrikanzeigen für alle drei Sprachregionen vor, die Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen (Anbieter von Immobilien) seien dank Suchmaschinen (insb. Google) immer weniger auf spezialisierte Immobilien-Plattformen angewiesen. Insbesondere die grösseren Immobilienverwalter (z. B. wincasa.ch) würden auf ihren Websites eigentliche Immobilien-Plattformen betreiben und diese Plattformen und Inserate würden von den Nutzern dank Google problemlos gefunden. Diese Entwicklung habe den Anbietern von Immobilien in den vergangenen Jahren ermöglicht, vom «Fremdvertrieb» (Inserate auf Dritt-Plattformen) zum «Eigenvertrieb» überzugehen (Inserat auf der eigenen Website). Ein Ende dieses Trends sei nicht absehbar.

48. So würden die grossen Immobilienverwalter und Immobilienmakler-/vermittler in ihre Webseiten investieren, um auf diesen Nutzern eine Datenbank mit Suchmaske anzubieten. Dann würden die Immobilienverwalter und Immobilienmakler-/vermittler ihr Geld in Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung und in «Search Engine Optimization» (dies sei primär Google; nachfolgend: SEO) investieren, damit die Nutzer die Webseite finden würden. Dieses Vorgehen zeige sich zum Beispiel an

¹⁷ Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 72, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 107, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 672 Rz 37, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/3, 684 Rz 55, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 118 Rz 57, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 259 f. Rz 103 ff., *Tamedia/PPSR*.

¹⁸ Vgl. RPW 2018/4, 879 Rz 107, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 583 Rz 47 f., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 482 Rz 111, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 517 Rz 99, *JobCloud/JobScout24*; 2014/4, 761 Rz 41, *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; vgl. auch RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

¹⁹ Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 72, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 107, *AZ Medien/NZZ*.

²⁰ Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 73, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 108, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/3, 361 Rz 54 ff., 715 Rz 61 und 63, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/3, 684 Rz 56, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2009/3, 259 Rz 103, *Tamedia/PPSR*.

²¹ Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 74, *Tamedia/Basler Zeitung*.

²² Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 75, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 260 Rz 108 ff., *Tamedia/PPSR*.

²³ Mit Spidering kann das Internet oder eine Gesamtheit von Internetseiten bzw. Plattformen systematisch nach interessierenden Inhalten (z. B. Stelleninserate) durchsucht werden, um die Inhalte dann in die eigene Webseite oder das eigene Portal aufzunehmen und anzubieten (vgl. auch BGE 133 III 384, 392 f. E. 4.4.2).

²⁴ Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 76, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2015/3, 475 Rz 71, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 513 Rz 79, *JobCloud/JobScout24*.

²⁵ Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 77, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2016/1, 268 f. Rz 92, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 476 Rz 74 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

der Google-Suche «Immobilie Zürich», welche die Webseiten der beiden Immobilienmakler/-vermittler «Walde» und «Ginesta» als erste Suchergebnisse zeige. Erst danach folgten Online-Marktplätze wie beispielsweise «immoscout24.ch».

49. Dank der Datenmacht von Google würden die Webseiten der Immobilienmakler/-vermittler sehr einfach gefunden. Google analysiere das Verhalten und die Interessen der Nutzer und könne deshalb die Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung der Immobilienmakler/-vermittler sehr gezielt an die immobilieninteressierten Nutzer ausliefern; dies nicht nur, wenn die Nutzer nach einer Immobilie suchten.

50. Die Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler würden diese Investitionen in die eigene Webseite, die eigene Datenbank, in die Suchmaske und in die Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung sowie in SEO sicher nicht tätigen, wenn sie nicht der Überzeugung wären, dass sich diese Investitionen für sie lohnen würden. Diese Investitionen würden beweisen, dass die Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler offensichtlich in der Lage seien, ihre Immobilien auch über diesen Kanal zu vermieten/zu verkaufen. Anderenfalls würden sie dafür kein Geld ausgeben. Mit dieser Möglichkeit sei für die Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler eine attraktive Form der «Eigenvermarktung» entstanden, die effektiv und kostengünstig sei.

51. Deshalb seien die Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler je länger je weniger auf die klassischen Online-Marktplätze wie homegate.ch oder Acher-Louer angewiesen, um ihre Objekte zu verkaufen/vermieten. Statt Immobilien-Rubrikanzeigen bei den Online-Marktplätzen zu buchen, setzten sie immer stärker auf «Eigenvermarktung» via Google, was zu einer direkten Umsatzverlagerung von Online-Marktplätzen wie homegate.ch oder Acher-Louer hin zum Tech-Giganten Google führe.

52. Gemäss Meldung behaupteten die beteiligten Unternehmen nicht, dass die Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler ausschliesslich auf diese Form der «Eigenvermarktung» setzen würden. Fakt sei aber, dass ein klarer Trend hin zu einer solchen «Eigenvermarktung» bestehe. Wenn die WEKO dagegen vorbringe, dass «auf homegate.ch auch Immobilien-Anzeigen von Wincasa AG erscheinen» oder dass Wincasa für die eigene Website auf die Technologie von Immoscout24 zurückgreife, so spreche dies keineswegs gegen diesen Trend. Es bestätige lediglich, dass neben der «Eigenvermarktung», auch noch andere Kanäle genutzt würden. Und auch der Umstand, dass nicht jeder Nachfrager auf «Eigenvermarktung» würde setzen können, weil dafür eine gewisse Grösse des Immobilien-Portfolio erforderlich sei, spreche nicht gegen den stark disziplinierenden Effekt dieses Trends. Denn die Betreiber der Online-Marktplätze richteten ihr Verhalten in erster Linie auf die grossen Nachfrager aus, da mit diesen der grösste Teil des Umsatzes erzielt werde. Zudem zeigten zahlreiche Beispiele, dass diese Form der «Eigenvermarktung» sehr wohl auch von kleineren Unternehmen eingesetzt werde.

53. Dieser Trend führe dazu, dass die «Eigenvermarktung» als eigenständiger Absatzkanal betrachtet werden müsse, der im Wettbewerb zu den klassischen Online-Marktplätzen stehe. Und selbst wenn die WEKO dies – erneut und zu Unrecht – ablehnen sollte, so dürfe die stark disziplinierende Wirkung der «Eigenvermarktung» nicht ignoriert werden.

54. Zu diesem von der Meldung vorgebrachten Übergang von «Fremdvertrieb» zu «Eigenvertrieb» ist als Erstes ein Widerspruch festzustellen, indem die Meldung die beschriebene Form der «Eigenvermarktung» auf der einen Seite als «kostengünstig» und auf der anderen Seite als «aufwendig» bezeichnet. Somit ist unklar, ob die Meldung die beschriebenen Suchmöglichkeiten auf der eigenen Webseite der grossen Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler nun als mit geringen Kosten einhergehend oder als mit grossem Aufwand (und damit hohen Kosten) verbunden einschätzt.

55. Als Zweites ist erneut festzustellen, dass auf homegate.ch unbestrittenermassen auch Immobilien-Anzeigen der von der Meldung genannten Wincasa AG (nachfolgend: Wincasa) erscheinen. Es handelt sich dabei um Immobilien-Anzeigen, die Wincasa bei homegate.ch in Auftrag gibt. Dies, weil es sich bei homegate.ch unbestrittenermassen um kein Metaportal handelt, welches nach Immobilien-Angeboten auf anderen Internetseiten sucht und die Suchergebnisse veröffentlicht. Zudem erscheint auf wincasa.ch die Suchmaske für Mietangebote mit dem Hinweis «Provided by ImmoScout24».²⁶ Aus diesen Umständen ist entgegen der Ansicht der Meldung fraglich, ob ein Wechsel von «Fremdvertrieb» zu ausschliesslichem «Eigenvertrieb» überhaupt lohnenswert und möglich ist. Unbestrittenermassen setzen die (grossen) Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler auf mehrere Kanäle und nicht ausschliesslich auf die in der Meldung dargestellte Form der «Eigenvermarktung» (vgl. Rz 52). Es stellt sich sodann die Folgefrage, warum die (grossen) Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler trotz ihrer, wie von der Meldung vorgebracht, «Investitionen» in die eigenen Webseiten weiterhin (kostenpflichtige) Inserate auf Immobilien-Plattformen der TX-Gruppe (bspw. homegate.ch) schalten. Diesen Umstand zeigt auch das in der Meldung vorgebrachte Beispiel von Wincasa, die als Immobilien-Dienstleisterin ihre Immobilien-Angebote gegen Entgelt auf homegate.ch aufschaltet. Wären die (grossen) Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler nicht auf die die Aufschaltung von Inseraten auf Immobilien-Plattformen der TX-Gruppe angewiesen, würden sie dafür kein Geld ausgeben. Daher ist nicht davon auszugehen, dass wegen des in der Meldung vorgebrachten «Eigenvertriebs» gegenwärtig auf «Fremdvertrieb» über die klassischen Online-Immobilien-Plattformen verzichtet werden kann. Dies umso mehr, als dass gemäss Meldung die Betreiber von Immobilien-Plattformen ihr Verhalten in erster Linie auf die grossen Nachfrager ausrichteten, da mit diesen der grösste Teil des Umsatzes erzielt werde (vgl. Rz 52).

²⁶ Vgl. <<https://www.wincasa.ch/de-ch/mietangebote/alle-angebote>> (27.5.2021).

56. Als Drittes erscheint ein Wechsel zu ausschliesslichem «Eigenvertrieb» nur für Immobilien-Anbieter mit genügend grossem Immobilien-Portfolio möglich. Wobei gemäss Meldung die Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler nicht ausschliesslich auf «Eigenvermarktung» setzen würden (vgl. Rz 52). Die Fragestellung eines Wechsels von «Eigenvertrieb» zu «Fremdvertrieb» steht im Zusammenhang mit der Disziplinierung von Unternehmen durch Gegenmacht («buyers' power» oder «countervailing power»). Disziplinierung durch Gegenmacht ist eher möglich, wenn dem fraglichen Unternehmen eine Käuferin oder wenige starke Käuferinnen gegenüberstehen. Wenn ein Unternehmen eine grosse Anzahl fein verteilter Käuferinnen als Marktgegenseite hat, dann kann es seine Marktmacht besser ausüben.²⁷ Bei den vorliegend zu analysierenden Immobilien-Inserenten-Märkten liegt eine andere Situation vor als mit einer Käuferin oder wenigen starken Käuferinnen. Vielmehr stehen die Immobilien-Plattformen einer heterogenen Gruppe von privaten und kommerziellen Inserenten gegenüber. Die Anzahl der privaten und kommerziellen Inserenten ist als hoch zu qualifizieren. Beispielsweise zählt alleine der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft mehr als 2500 Firmen- und Einzelmitglieder.²⁸ Zudem schätzt die Meldung inserentenseitig den Anteil von privaten und kommerziellen Nachfragern für alle drei Sprachregionen als rund [...] % private Nachfrager zu rund [...] % kommerzielle Nachfrager. Wenn allenfalls einzelne grosse Immobilien-Inserenten eine Gegenmacht geltend machen können, dann wird das allerdings nicht auf alle Inserenten zutreffen. Die Gegenmacht dürfte sich nach der Grösse der Inserenten bzw. deren Anzahl in Auftrag gegebenen Inserate richten. Damit ist allerdings nicht mit einer generellen Disziplinierung der Immobilien-Rubrikanzeigen-Plattformen zu rechnen. Zudem scheint sich auch für die grossen Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler aufgrund der Angaben der Meldung der Umfang von Gegenmacht zu relativieren: Die grossen Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler schalten trotz ihrer Webseiten mit eigenen Datenbanken und Suchmasken weiterhin Inserate auf Immobilien-Plattformen der TX-Gruppe (bspw. homegate.ch) und grosse Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler stellen, wie bereits erwähnt, gemäss Meldung die Haupteinnahmequellen für Immobilien-Plattformen dar.

57. Das Gleiche gilt auch für die kleinen Immobilienverwalter, welche gemäss Meldung die «neuen» Medien gekonnt einsetzen würden, um ihre Immobilien zu vermieten und verkaufen. Wie für die grossen Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler anhand des von der Meldung vorgebrachten Beispiels gezeigt, erscheinen auch Immobilien-Anzeigen des von der Meldung genannten Beispiels eines kleinen Immobilienverwalters bspw. auf homegate.ch. Somit schalten kleine Immobilienverwalter trotz eines von der Meldung geltend gemachten Einsatzes «neuer» Medien weiterhin Inserate auf Immobilien-Plattformen der TX-Gruppe (bspw. homegate.ch).

58. Dass die Gegenmacht allenfalls und höchstens einigen grossen Inserenten zukommt, zeigt auch der Anteil der beiden Gruppen der privaten und kommerziellen

Anbieter. Gemäss Meldung betrage der Anteil von privaten und kommerziellen Nachfragern in Bezug auf die Inserenten schätzungsweise rund [...] % (private Nachfrager) zu rund [...] % (kommerzielle Nachfrager). Das bedeute, dass rund [...] % aller Nachfrager Privatpersonen und rund [...] % Unternehmen seien. Der Anteil der von privaten Nachfragern gebuchten Rubrikanzeigen dürfte sich nach Schätzungen von TX auf rund [...] % und der Anteil der von kommerziellen Nachfragern gebuchten Rubrikanzeigen auf rund [...] % belaufen.

59. Spezifisch zu Immobilien-Plattformen hat das Sekretariat bei den Parteien angefragt, aus welchen Gründen bei gewissen Immobilien-Plattformen der TX-Gruppe die Aufschaltung von Immobilien-Rubrikanzeigen kostenpflichtig ist und auf anderen Plattformen der TX-Gruppe oder unabhängigen Plattformen nicht. Gemäss Angaben der Meldung seien bei der TX-Gruppe alle Online-Immobilien-Plattformen kostenpflichtig, die zur Marke Homegate gehörten (vgl. Rz 3 und Tabelle 1). Bei den Print-Immobilien-Plattformen seien mit Ausnahme des Titels «Alpha» alle Titel kostenpflichtig, in denen Immobilien-Rubrikanzeigen platziert werden könnten. Zudem gibt die Meldung an, Immobilien-Rubrikanzeigen seien bei den auf Immobilien spezialisierten Online-Marktplätzen in der Regel kostenpflichtig. Diese würden häufig umfassende Möglichkeiten zur Darstellung (wie z. B. 3D-Bilder des Objekts, Kartendarstellung), weitere Informationen für die Nutzer (wie z. B. Angaben zu Demografie und Steuern der Standortgemeinden, Angaben zu Schulen, Einkaufsmöglichkeiten etc.), welche die Attraktivität der Anzeigen steigerten, sowie verfeinerte Suchmöglichkeiten bieten. Allgemeine, nicht auf Immobilien-Rubrikanzeigen ausgerichtete Online-Marktplätze würden diese Möglichkeiten nicht oder nur zum Teil anbieten und seien deshalb vielfach kostenlos.

60. Allerdings seien gemäss Meldung in jüngster Vergangenheit auch allgemeine Online-Marktplätze dazu übergegangen, die Möglichkeiten zur Darstellung auszubauen, weshalb dieser Unterschied zunehmend an Bedeutung verliere. Dies hänge damit zusammen, dass die Kosten, die den Betreibern der Online-Marktplätze für die Umsetzung einer verbesserten Darstellung und verbesserter Suchmöglichkeiten entstünden, konstant zurückgingen.

61. Die Meldung geht davon aus, dass im Moment sowohl für kostenpflichtige, spezialisierte Online-Marktplätze als auch für kostenlose Online-Marktplätze im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen eine Nachfrage bestehe, weshalb sich die TX-Gruppe dazu entschieden habe, beide Modelle anzubieten, um die Erträge in diesem Bereich zu optimieren. Dabei spiele auch eine Rolle, dass im Moment noch nicht klar sei, ob sich eines dieser Modelle künftig durchsetzen werde und welches Modell dies werde sein können.

²⁷ Vgl. MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, 121 f.

²⁸ Vgl. <<https://www.svit.ch/de/members>> (19.5.2021).

62. In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass es gemäss Meldung beim Online-Marktplatz Ricardo aufgrund der «Verbotsliste» gar nicht erlaubt sei, Immobilien auf Ricardo zu inserieren. Die allgemeine Verbotsliste von Ricardo führt aus, dass Immobilien, Grundstücke und grundstücksähnliche Rechte nicht angeboten werden dürften. Aufgrund gesetzlicher Vorschriften könne über die Online-Plattform Ricardo kein rechtsgültiger Kaufvertrag über Immobilien, Grundstücke, Dienstbarkeiten (z. B. Baurechte), Pfandrechte und ähnliche Rechte geschlossen werden.²⁹

63. Aufgrund dieser Ausführungen der Meldung könnte sich somit die Frage nach der Zuordnung der allgemeinen Online-Marktplätze ohne Ausrichtung auf Immobilien-Rubrikanzeigen zum relevanten Markt stellen: Sind die allgemeinen Online-Marktplätze wegen ihrer geringeren Möglichkeiten überhaupt dem gleichen relevanten Markt zuzuordnen wie die immobilien-spezialisierten Plattformen? Mit dem geringeren Angebot an Möglichkeiten fällt die Disziplinierung gegenüber den auf Immobilien spezialisierten Online-Marktplätzen geringer aus. Wenn die disziplinierende Wirkung gering ist, dann stellen die allgemeinen Plattformen keine genügende Konkurrenz dar. Für einen Ausschluss von allgemeinen Online-Marktplätzen vom relevanten Markt oder weitere abzugrenzende Märkte (wie bspw. in kostenpflichtige und gebührenfreie Online-Marktplätze) scheinen auch die Umstände der Aufschaltung gegen Entgelt und der Spezialisierung zu sprechen.

64. Auch nutzer-/leserseitig bringt die Meldung im Rahmen der Beschreibung der Vertriebs- und Nachfragestrukturen für alle drei Sprachregionen vor, in Bezug auf Online-Plattformen würden Immobilien-Suchende nicht nur die eigentlichen Immobilien-Portale nutzen, sondern genauso die Websites der grossen Immobilienverwalter. Würde das nicht der Fall sein, so würden die Immobilienverwalter auf ihren Websites nicht aufwendige Suchplattformen betreiben.

65. Entgegen dieser Ansicht werden nutzer-/leserseitig Rubrikanzeigen auf den Unternehmenswebsites der ausschreibenden Unternehmen nicht berücksichtigt (vgl. auch Rz 46). Dies insbesondere, weil Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen, welche ein Rubrikanzeigenportal besuchen nicht einzig an Rubrikanzeigen eines einzelnen Anbieters interessiert sind. Nutzer/Leser, welche lediglich eine Unternehmenswebseite besuchen, sind an Rubrikanzeigen des jeweils spezifischen Unternehmens interessiert. Zwar können Nutzer/Leser oft einen Grossteil der Rubrikanzeigen eines spezifischen Unternehmens auch auf Rubrikanzeigenportalen finden. Somit kann für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen von einem bestimmten Inserenten eine einseitige Substituierbarkeit durch Rubrikanzeigenportale gegeben sein. Hingegen dürften für einen Nutzer/Leser, der nicht nach Rubrikanzeigen eines bestimmten Unternehmens sucht, die verschiedenen einzelnen Unternehmenswebseiten kein Substitut darstellen, da die von einem Rubrikanzeigenportal erbrachte Aggregationsdienstleistung betreffend die Rubrikanzeigen verschiedener Inserenten in der Regel nicht von jedem einzelnen Nutzer/Leser durch den Besuch sämtlicher Unternehmenswebseiten möglicher inserierender Unternehmen erbracht werden kann. Aus demselben Grund rechtfertigt es sich allerdings in den

Märkten für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen Metaportale zur Marktanteilsberechnung hinzuzuziehen (vgl. Rz 44).³⁰

66. Daran ändert auch das Vorbringen der Meldung nichts, wonach Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler SEO einsetzen, damit die Nutzer ihre Webseiten finden würden (vgl. Rz 48 f.). Auch bei einer Suche über Google und Anzeige der Webseite, müssen die Nutzer die einzelnen Webseiten durchforsten und alle interessierenden Objekte zusammenstellen. Die Nutzer müssen die von einem Rubrikanzeigenportal erbrachte Aggregationsdienstleistung selber erbringen; dies unter der Voraussetzung, dass dies überhaupt möglich ist. Gerade diese Aggregationsleistung und Vereinfachung der Transaktion zwischen verschiedenen Kundengruppen einer Plattform ist eine der wesentlichen Eigenschaften von «zweiseitigen Märkten», Plattformen oder Intermediären (oder auch «matchmakers»).³¹ Ohne Plattformen fallen bei den verschiedenen Seiten Transaktionskosten an. Bei diesen Transaktionskosten kann es sich bspw. um Suchkosten, Abstimmungs-/Koordinationskosten, adverse Selektion oder moralisches Risiko handeln. Plattformen übernehmen dann die Funktion, Transaktionen zwischen verschiedenen Seiten zu bewältigen.³² Dadurch reduzieren Plattformen die Transaktionskosten der verschiedenen Seiten. Im Fall von Immobilien sind es u. a. die Kosten, die den Nutzern für die Suche nach Immobilien auf den Webseiten der verschiedenen Immobilienverwalter und Immobilienmakler/-vermittler entstehen.

67. In Ergänzung zu vorangehenden Ausführungen kann die Bedeutung von Internetseiten grosser Immobilienverwalter anhand der Aufzählung der grössten Immobilien-Portale der Schweiz gemäss dem Vergleichsdienst *comparis.ch* überprüft werden. Die Aufzählung von *comparis.ch* erfasse nach deren eigenen Angaben die grössten Immobilien-Portale der Schweiz (vgl. Tabelle 3).³³

²⁹ Vgl. Ricardo – Allgemeine Verbotsliste (2.6.2021).

³⁰ Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 78, *Tamedia/Basler Zeitung*.

³¹ Vgl. z. B. OECD, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, April 2010, <<https://www.oecd.org/digital/ieconomy/44949023.pdf>> (20.5.2021).

³² Vgl. DANIEL F. SPULBER, *The Economics of Markets and Platforms*, *Journal of Economics & Management Strategy*, 28(1), 2019, 159-172.

³³ Vgl. <<https://www.comparis.ch/immobilien/portal/list>> (20.5.2021).

Tabelle 3: Grösste schweizerische Immobilien-Portale gemäss comparis.ch³⁴

Immobilien-Portal	Anzahl Inserate	
homegate.ch	72 281	TX-Gruppe
immostreet.ch	55 000 ³⁵	TX-Gruppe
immowelt.ch	17 646	TX-Gruppe
Acheter-Louer.ch	8489	Acheter-Louer.ch & Publimmo Sàrl
aclado.ch	2760	aclado AG
anibis.ch	7914	Ringier AG
immoscout24.ch	64 074	Ringier AG
Betterhomes.ch	2049	BETTERHOMES (Schweiz) AG
iCasa.ch	24 898	Ringier AG (Casasoft AG)
immogalaxy.ch	744	Immogalaxy Sagl
immomig.ch	12 276	IMMOMIG AG
justimmo.ch	988	Truemedica
newhome.ch	31 344	newhome.ch AG
students.ch	212	Energy Schweiz AG
UrbanHome.ch	22 653	urban group gmbh

68. Unter den grössten schweizerischen Immobilien-Portalen finden sich somit keine Internetseiten von einzelnen grossen Immobilienverwaltern. Damit bestehen weiterhin keine Hinweise, nutzer-/leserseitig grosse Immobilienverwalter als Konkurrenz zu berücksichtigen.

69. In räumlicher Hinsicht führt die Meldung aus, dass im Einklang mit bisheriger WEKO-Praxis von sprachregionalen Märkten auszugehen sei.

70. Allerdings gibt die Meldung in dieser Hinsicht die Praxis der WEKO unvollständig wieder. Deshalb ist in Erinnerung zu rufen, dass die Märkte für (Print-/Online) Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO je nach Umständen für das gleiche Zusammenschlussvorhaben sowohl sprachregional als auch nach Verbreitungs- bzw. WEMF-Wirtschaftsgebieten abgegrenzt werden.³⁶ Vorliegend kann allerdings aufgrund des Zusammenschlussvorhabens auf eine Marktabgrenzung nach Verbreitungs- bzw. WEMF-Wirtschaftsgebieten verzichtet werden.

71. An dieser Stelle ist auch in Erinnerung zu rufen, dass die WEKO mit der Beschränkung auf sprachregionale räumliche Märkte keine Praxis begründet oder bestätigt, wonach für Rubrikanzeigen in nachfolgenden Zusammenschlussvorhaben keine Marktabgrenzungen nach Verbreitungs-/Wirtschaftsgebieten vorzunehmen sind. Eine weitere räumliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung in einem anderen Fall ist nicht in Frage gestellt. Für jedes Zusammenschlussvorhaben ist gesondert auf die Frage der (räumlichen) Marktabgrenzung einzugehen.³⁷ Dies gilt für alle Märkte im Bereich der Rubrikanzeigen.

72. Aufgrund der Angaben der Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stehen für eine Analyse

die folgenden inserenten- und nutzer-/leserseitigen relevanten Märkte im Vordergrund.

³⁴ Vgl. <<https://www.comparis.ch/immobilien/portal/list>> (20.5.2021). Die Anzahl Inserate widerspiegeln den aktuellen Bestand auf comparis.ch. Dieser könne von der Gesamtzahl der verfügbaren Objekte auf den Portalen abweichen.

³⁵ Vgl. <<https://www.comparis.ch/immobilien/info/glossar/immostreet>> (25.5.2021).

³⁶ Vgl. RPW 2018/4, 945 Rz 80, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 109, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 584 Rz 58, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 107 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 60, *Ringier/Le Temps*; RPW 2015/3, 481 Rz 104 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 762 Rz 45, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/3, 524 f. Rz 77, 79 und 81, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 297 Rz 37, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 71 f., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/ piazza.ch/car4you*; RPW 2013/3, 383 Rz 42, *Tamedia/Starticket*; RPW 2013/1, 82 Rz 16, *Tamedia/Ringier/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 12, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/3, 685 f. Rz 66, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 48 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2011/3, 412 Rz 8, *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*; RPW 2009/3, 260 Rz 106 f. (m. w. H. insbesondere auf die REKOWEF, welche zumindest für die Inserenten einen lokalen/regionalen Rubrikenmarkt abgegrenzt hat), 260 f. Rz 113 ff., 262 Rz 132 ff., 263 f. Rz 139 und 141 f. sowie 264 Rz 144, *Tamedia/PPSR*.

³⁷ Vgl. RPW 2015/3, 481 Rz 107, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 518 Rz 111, *JobCloud/JobScout24*.

Tabelle 4: Relevante Märkte

Inserentenseitig	Nutzer-/Leserseitig
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Markt für Nutzer/Reader von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	Markt für Nutzer/Reader von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	Markt für Nutzer/Reader von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

73. Unmittelbar vor dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens TX Group/Immowelt Schweiz erfolgt.³⁸ Im Rahmen dieser vorläufigen Prüfung ist eine Befragung von Marktteilnehmern durchgeführt worden. Zur Marktabgrenzung haben sich aus dieser Befragung keine Gründe dafür ergeben, von der bisherigen Praxis der WEKO abzuweichen. Insbesondere wurde die Befragung durchgeführt, um abzuklären, ob Facebook als Wettbewerber auf den relevanten Märkten anzusehen ist. Es sind keine Gründe ersichtlich, dass bei einer erneuten Befragung innerhalb des kurzen Zeitraumes andere Resultate zu erwarten wären. Die Resultate und Folgerungen sind wegen der Bedeutung für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben untenstehend noch einmal aufgeführt (vgl. Rz 106 ff.).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Vorbemerkungen

74. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung

75. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die bisherige schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.³⁹ Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.⁴⁰ Das Bundesverwaltungsgericht geht bei Marktanteilen ab 50 % sogar von einer Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aus.⁴¹ Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr zumindest Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung.

76. In einem solchen Fall ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung daher grundsätzlich nur noch zu untersuchen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese marktbeherrschende Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben begründet oder verstärkt wird. Ob sich die An-

haltspunkte erhärten lassen und tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt, ist Gegenstand einer Prüfung gemäss Art. 33 KG.

77. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass sich bei Plattformmärkten («two-sided markets» oder «multi-sided business») aufgrund der Zweiseitigkeit auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.⁴² Somit können bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen.

78. Da insbesondere bei zweiseitigen Märkten im Bereich der elektronischen Medien vielfältige Ertragsmöglichkeiten bestehen und diese in der Regel von dem über elektronische Medien realisierten Volumen (z. B. Nutzer, Anzahl Beiträge, etc.) abhängen, spielen für die Bedeutung und die Beurteilung der Marktstellung die basierend auf diesen Faktoren realisierbaren Umsätze eine wichtige Rolle. Daher sind zur Beurteilung der Marktstellung auch jeweils die Ertragsmöglichkeiten (meist gemessen am Umsatz) in den einzelnen Märkten zu berücksichtigen. Dies bedeutet insbesondere für Rubrikanzeigen, dass neben den Nutzerzahlen, der Anzahl Inserate auch der mit Inseraten und/oder Nutzern erzielte Umsatz zur Berechnung der Marktanteile heranzuziehen ist.⁴³

³⁸ In RPW noch nicht publiziert.

³⁹ BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴⁰ BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.

⁴¹ Vgl. Urteil des BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁴² Vgl. RPW 2018/4, 947 Rz 114, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 881 Rz 128, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 587 Rz 68, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3 485 Rz 117, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁴³ Vgl. RPW 2018/4, 947 Rz 114, *Tamedia/Basler Zeitung*.

79. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung bzw. Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann.⁴⁴ Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.⁴⁵

80. Es ist auch möglich, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, analog zu Konzernverhältnissen, nicht von Wettbewerbsdruck eines Mutterunternehmens auf ein Gemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden kann.⁴⁶ Selbst wenn also ein kontrollierendes Unternehmen auf einem Markt, auf welchem das kontrollierte Unternehmen tätig sein wird, bislang keine Tätigkeit ausgeübt hat, ist zu prüfen, ob dieses kontrollierendes Unternehmen allenfalls als potenzielle Konkurrenz Wettbewerbsdruck auf dem fraglichen Markt ausgeübt hat, welcher durch das Zusammenschlussvorhaben wegfällt.⁴⁷

81. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.⁴⁸ In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.⁴⁹

B.4.2.2 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

82. Zur Bestimmung der Marktanteile nimmt die Meldung (wie in den früheren Meldungen auch) die Ansicht ein, die Marktanteile in den Werbemärkten seien auf der Grundlage der Anzahl Immobilien-Rubrikanzeigen (Objekte) zu berechnen. In einem Markt mit einer grossen und zunehmenden Zahl von Online-Marktplätzen, die sich ausschliesslich, primär oder teilweise via Werbung sowie anderer Dienstleistung finanzierten und den Inserenten eine kostenlose Publikation von Immobilien-Rubrikanzeigen anbieten würden, sei diese Methodik für eine sachgerechte Marktanteilsberechnung zwingend. Demgegenüber könnten mit Umsätzen keine korrekten Marktanteile in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen berechnet werden. Aus folgenden Gründen seien Marktanteile, nach Umsatz berechnet, untauglich, um die Marktstellung der einzelnen Wettbewerber darzustellen:

- Wichtige Anbieter würden kostenlose Insertionsmöglichkeiten anbieten und finanzierten sich über Online-Werbung und/oder anderer Dienstleistungen.

- Andere Wettbewerber praktizierten eine Mischvarianze, indem sie kostenlose Inserate anbieten würden und der Inserent lediglich für spezielle Dienstleistungen bezahlen müsse (z. B. für eine bessere Platzierung oder Hervorhebung der Inserate). Dabei wendeten sie unterschiedlichste Bezahlmodelle an.
- Weitere Anbieter offerierten privaten Inserenten die kostenlose Publikation während sie von professionellen Immobilienverwaltern Geld verlangten und/oder vom Bezug von Dienstleistungen abhängig machten.
- Sodann gäbe es Anbieter, bei denen eine gewisse Anzahl Inserate pro Monat kostenlos sei und ein Preis erst geschuldet sei, wenn diese Anzahl überschritten werde.
- Und nochmals andere Anbieter würden Inserenten (insb. Immobilienverwaltern) eine kostenpflichtige Softwarelösung zur Verwaltung der Immobilien anbieten, welche dann u. a. die (kostenlose) Publikation von Inseraten auf einem bestimmten Online-Marktplatz ermögliche. In diesem Fall bezahle der Immobilienverwalter eine Lizenzgebühr und erhalte als Teil der Leistung die Gratis-Insertionsmöglichkeit.
- Zusätzlich gäbe es beliebige Mischformen davon.

83. Deshalb seien Marktanteile, die gestützt auf Umsatz berechnet würden, untauglich, um die Marktstellung der einzelnen Wettbewerber darzustellen. Die Marktstellung der Wettbewerber, die (überwiegend) bezahlte Rubrikanzeigen anbieten würden, werde bei diesem Vorgehen massiv überschätzt, während Wettbewerber, welche andere Finanzierungsformen nutzten (Werbung, Dienstleistungen etc.) massiv unterschätzt oder sogar gänzlich ignoriert. Es werde ausdrücklich daran festgehalten, «dass nur eine Berechnung nach Anzahl Objekten zu sachgerechten Ergebnissen führt».

84. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass wie bereits ausgeführt, insbesondere bei zweiseitigen Märkten im Bereich der elektronischen Medien vielfältige Ertragsmöglichkeiten bestehen und diese in der Regel von dem über elektronische Medien realisierten Volumen (z. B. Nutzer, Anzahl Beiträge, etc.) abhängen, womit für die Bedeutung und die Beurteilung der Marktstellung die

⁴⁴ Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

⁴⁵ Vgl. Stellungnahme WEKO vom 27.5.2019, Rz 412, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

⁴⁶ Vgl. RPW 2016/1, 272 Rz 116, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 433 Rz 33, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/3, 360 Rz 47, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

⁴⁷ Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 130, *AZ Medien/NZZ*.

⁴⁸ Vgl. RPW 2018/4, 948 Rz 116, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 881 Rz 131, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: *EU-Horizontalleitlinien*), S. 12 f., Rz 68 ff.

⁴⁹ Vgl. RPW 2018/4, 881 Rz 131, *AZ Medien/NZZ*; *EU-Horizontalleitlinien*, Rz 72 (Fn 44).

basierend auf diesen Faktoren realisierbaren Umsätze eine wichtige Rolle spielen. Es sind zur Beurteilung der Marktstellung auch jeweils die Ertragsmöglichkeiten (meist gemessen am Umsatz) zu berücksichtigen (vgl. Rz 78). Weiter ist festzuhalten, dass die von der Meldung vorgebrachte anderweitige Finanzierung über Werbung oder andere Dienstleistungen für andere Fälle die Notwendigkeit belegt, weitere Märkte zu berücksichtigen und weitere Marktabgrenzungen vorzunehmen (vgl. Rz 36 und auch Rz 70); sei es im Print- oder Online-Bereich. Zudem wirft die Darstellung verschiedener Formen von Immobilien-Rubrikanzeigen die Frage auf, ob die Märkte für Immobilien-Rubrikanzeigen weiter unterteilt werden müssen: beispielsweise analog zu den Zeitungen in einen Markt für kostenlose Immobilien-Rubrikanzeigen und einen Markt für kostenpflichtige Immobilien-Rubrikanzeigen oder aufgrund unterschiedlicher Anforderungen an die Plattform, insbesondere hinsichtlich Schnittstellen, je separate Märkte für private und kommerzielle Inserenten (vgl. dazu auch nachfolgend Rz 103 ff.). Daher ist es nicht ausgeschlossen, in künftigen Fällen für den Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen weiter unterteilte Märkte abzugrenzen.

85. So wie von der Meldung geschildert, finanzierten sich die Anbieter mit den verschiedenen Formen durch Angebote an verschiedene Marktgegensenden. Das Aufschalten von Immobilien-Rubrikanzeigen, das Angebot von Werberaum oder angebotene Softwarelösungen sprechen unterschiedliche Nachfragebedürfnisse an. Somit stellt sich die Frage, ob diese Angebote unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind bzw. ob von unterschiedlichen relevanten Märkten auszugehen ist (vgl. auch Rz 78). Wie bereits ausgeführt unterscheidet die WEKO nach konstanter Praxis im Medienbereich denn auch zwischen verschiedenen relevanten Märkten (vgl. Rz 40). Infolgedessen erfassen die unterschiedlichen Märkte auch die mit den unterschiedlichen Finanzierungsformen erzielten Umsätze.

86. Zudem ist festzustellen, dass selbst wenn das Abstellen auf die Umsätze gewisse Unstimmigkeiten und Ungenauigkeiten mit sich bringt, dies in mindestens ebenso grossem Umfang auch für die in der Meldung propagierte Berechnung anhand der Anzahl Objekte zutrifft. Diese Berechnungsweise wäre allenfalls denkbar, wenn sich die genaue Anzahl der inserierten Objekte feststellen liesse. In der Meldung wird die Anzahl der inserierten Objekte jedoch aufgrund der Umzugsquote des Umzugsreports der Zürcher Kantonalbank geschätzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Umzugsquote (gemäss Meldung die Anzahl Wohnungswechsel geteilt durch den Wohnungsbestand) nicht zwingend mit der Anzahl der inserierten Objekte korrespondieren muss. So können Objekte erfolglos, d. h. ohne nachfolgenden Wohnungswechsel inseriert werden. Beziehungsweise sie werden mehrfach inseriert, bis schliesslich ein Wohnungswechsel erfolgt. Auf der anderen Seite können Wohnungswechsel aber auch erfolgen, ohne dass das Objekt zuvor inseriert worden ist. Daher führt diese Methode zu keinen zuverlässigeren Ergebnissen als das Abstellen auf Umsätze. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die so geschätzte Anzahl der inserierten Objekte gänzlich unberücksichtigt bleiben würde.

87. Überdies ist zur von der Meldung als zwingend geforderten Berechnung der Marktanteile nach Anzahl inserierter Objekte festzustellen, dass keineswegs alleine diese Vorgehensweise sachgerechte Ergebnisse sicherstellt. Bei der von der Meldung geforderten Vorgehensweise werden die Marktanteile in den Werbemärkten auf der Grundlage der Anzahl Immobilien-Rubrikanzeigen (Objekte) berechnet. So wie die Meldung die Vorgehensweise für die Berechnung beschreibt, bestimmt die Meldung dabei die Anzahl Objekte der einzelnen Immobilien-Plattformen. Für den Marktanteil setzt die Meldung dann diese Anzahl Objekte ins Verhältnis zu einem Gesamtmarktvolumen. Das Gesamtmarktvolumen schätzt sich aus der Umzugsquote und Leerwohnungsquote. Dazu hält die Meldung für die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen selber fest, dass bei diesen Märkten das Gesamtvolumen nach Objekten nicht auf einer Addition einzelner Plattformen beruhe, sondern mit einer von den einzelnen Plattformen unabhängigen Methode berechnet worden sei. Deshalb muss, anders als von der Meldung hervorgehoben, nicht nur eine Berechnung nach Anzahl Objekte zu sachgerechten Ergebnissen führen. Dies umso mehr, als dass sich nach der Vorgehensweise gemäss Meldung das Gesamtmarktvolumen bei einer Weglassung von Facebook nicht ändern würde. Unverzüglich stellt sich die Anschlussfrage, weshalb das Volumen des relevanten Marktes unverändert bleibt, wenn der von der Meldung als so gewichtig dargestellte Wettbewerber Facebook wegfällt. Bereits dies spricht gegen die in der Meldung vorgenommene Marktanteilsberechnung. Sollten doch die Marktanteile die Struktur widerspiegeln und Schlüsse darüber zulassen, wie einzelne Marktteilnehmer im Markt positioniert sind und ob sie sich allenfalls gar von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können. Wenn es sich nun aber bei Facebook um einen gewichtigen Wettbewerber handelt, ist es unverständlich, dass dessen Berücksichtigung bzw. Nicht-Berücksichtigung keinen Einfluss auf den Marktanteil und damit die Marktstellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hat.

88. Im Übrigen ist aus der Beschreibung in der Meldung zu folgern, dass die für die Immobilien-Plattformen berechnete Anzahl Objekte Doppelzählungen enthält. Es ist z. B. denkbar, wenn nicht sogar sehr wahrscheinlich, dass die gleichen Rubrikanzeigen auf mehreren Immobilien-Plattformen erscheinen, seien dies kostenpflichtige (z. B. homegate.ch) als auch kostenlose (z. B. newhome.ch⁵⁰). Demgegenüber trägt die in der Meldung als einzig korrekt propagierte Vorgehensweise zur Gesamtmarktschätzung Doppelzählungen keine Rechnung. Doppelzählungen sind im Gesamtmarktvolumen nicht abgebildet, zumindest so wie die Meldung zu verstehen ist. Die in der Meldung angewendete Bestimmung der Anzahl Objekte pro Plattform scheint diesfalls eher mit einer «Reichweite» vergleichbar zu sein. Reichweiten

⁵⁰ Vgl. Für Privatkunden ist auf newhome.ch die Insertion von zwei Immobilien kostenlos (<<https://www.newhome.ch/blog/de/inserieren/>>, 26.5.2021).

dürften gemäss Meldung allerdings nicht mit Marktanteilen verwechselt werden: Gestützt auf Reichweiten könne kein sinnvoller Vergleich der Marktstellung von Marktteilnehmer vorgenommen werden. Auch aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, weshalb wie von der Meldung vorgetragen «nur eine Berechnung nach Anzahl Objekten zu sachgerechten Ergebnissen führt».

89. Sodann führt die Meldung zu den Marktanteilen wie bereits beim kürzlich gemeldeten Zusammenschlussvorhaben TX Group/Immowelt Schweiz aus, eine Marktanteilsberechnung ohne Facebook sei zwangsläufig falsch und gehe an der wirtschaftlichen Realität vorbei. Facebook sei in den letzten fünf Jahren mit Facebook Marketplace in den schweizerischen Markt eingetreten. Heute sei Facebook in der Schweiz ein etablierter und wichtiger Online-Marktplatz. Durch das Ignorieren von Facebook würde der Markt stark verzerrt und die Wettbewerbsverhältnisse falsch abgebildet. Dies gelte für die Nutzer- wie auch für die Werbemärkte. Und dies gelte auch für die Marktanteilsberechnung nach Umsätzen.

90. Facebook Marketplace biete seit ungefähr November 2017 eine separate Kategorie für Immobilien an. Dadurch erhielten Immobilienanbieter die Möglichkeit, ihr Angebot in einer dedizierten Umgebung auf Facebook Marketplace zu platzieren. Die Suche nach Angeboten in Facebook Marketplace setze lediglich einen Facebook-Account voraus, was heute gemäss Schätzung der Meldung bei rund [...] % der Haushalte in der Schweiz der Fall sei (gelte für alle Sprachregionen). Für Facebook würden gestützt auf eine Schätzung die Umsätze berücksichtigt, die Facebook mit Targeted-Werbung im Immobilienbereich erziele. Dabei handle es sich um zielgerichtete Netzwerkwerbung für Immobilienangebote, die Nutzer von Facebook erhielten, die sich für Immobilien interessierten.

91. Facebook Marketplace habe in kurzer Zeit in der Schweiz massiv an Bedeutung gewonnen. So sei die Anzahl Immobilien-Rubrikanzeigen auf Facebook Marketplace stark angestiegen und habe im Jahr 2020 bereits weit über 300 000 Objekte erreicht. Gesamtschweizerisch habe Facebook damit bereits an dritter Stelle gestanden – und dies nach rund drei Jahren Marktpräsenz. Im Bereich der von Privaten platzierten Immobilien-Rubrikanzeigen habe Facebook Marketplace Homegate bereits übertroffen.

92. Dank der ungeheuren Datenmacht werde Facebook seine Marktstellung künftig noch weiter ausbauen. So könnten die Nutzer von Facebook in ihrem Profil schon heute angeben, ob sie in Erwägung ziehen würden, umzuziehen. Dank dieser Daten – und den weiteren Präferenzen/Interessen der Nutzer – könne Facebook den Immobilienverwaltern eine gezielte Ansprache von Wohnungssuchenden anbieten («targeted advertising»). Da sich Facebook über solches «targeted advertising» finanziere, könne Facebook die Insertion der Immobilien auf Facebook Marketplace kostenlos anbieten. Damit greife Facebook das Geschäftsmodell der klassischen Immobilienportale, wie z. B. homegate.ch, frontal an. Mit «targeted advertising» generiere Facebook mit den Immobilienverwaltungen, Maklern und anderen Anbietern von Immobilien substanzielle Umsätze. Die Immobilienanbieter buchten diese Werbung auf Facebook, die dann

sehr gezielt («targeted») an Nutzer ausgeliefert würde, die sich – gemäss ihren Daten und ihrem Suchverhalten – für Immobilien interessierten und diese direkt zu den Angeboten leiteten. Facebook sei dank der enormen Menge an Nutzerdaten besser als jedes andere Unternehmen in der Lage, solches «targeted advertising» gezielt und effektiv auszuliefern. Mit den neuen Nutzungsbedingungen lasse sich Facebook von den Nutzern sogar das Recht einräumen, deren Posts inhaltlich auszuwerten. Damit eröffneten sich Facebook noch weitere Möglichkeiten. Facebook werde die an Immobilien interessierten Nutzer künftig nicht nur über ihr Profil und ihr Suchverhalten, sondern auch über den Inhalt ihrer Posts identifizieren können. Schreibe ein Nutzer z. B. den Post «Suche Nachmieter für Wohnung in St. Gallen» oder «Suche eine neue Wohnung in Bern» an seine Freunde, so könne ihm künftig auch gestützt darauf passende Immobilien-Werbung angezeigt werden. Facebook erziele im Immobilien-Werbemarkt schon heute substanzielle Umsätze, lediglich mit einem anderen Geschäftsmodell als die klassischen Immobilienportale. Diese Umsätze müssten zwingend berücksichtigt werden, wolle man die Bedeutung von Facebook auf dem Immobilien-Werbemarkt richtig einschätzen. Auf Facebook sei zudem die Immobilien-Suche im eigenen Freundeskreis über Suchanzeigen (sog. «Posts») möglich.

93. Stark an Bedeutung würden auch Gruppen von Facebook-Nutzern gewinnen, in denen Immobilien angeboten würden. So existierten allein in den fünf grossen Zentren Zürich, Basel, Bern, Genf und Lausanne 50 bis 60 Gruppen für Immobilien, welche zusammen rund 200 000 Mitglieder vereinten. Diese Gruppen würden Namen wie «WG & Wohnung Basel gesucht» oder «Wohnung, Zimmer, WG – Zürich» tragen. In Zürich verfüge die grösste Gruppe über mehr als 31 300 Mitglieder (Stand Dezember 2020) und verwalte ein Inventar von rund 1200 Immobilien-Objekten. Diese Objekte wechselten Mieter und Eigentümer, ohne dass sie auf einem Online-Marktplatz je ausgeschrieben würden.

94. Dass Facebook heute ein etablierter Online-Marktplatz für Immobilien sei, beweise auch der Umstand, dass Metaportale die Rubrikanzeigen von Facebook spideren und genauso wie die Rubrikanzeigen der klassischen Online-Marktplätze darstellten. Mit anderen Worten werde Facebook in der Branche ganz selbstverständlich als Online-Marktplatz wahrgenommen und behandelt. Dies zeige das Beispiel des Metaportals woni.ch⁵¹, wo Rubrikanzeigen von Facebook unmittelbar neben denjenigen von homegate.ch erscheinen würden.

95. Es sei heute unbestritten, dass die «Big-Tech» (insb. Google und Facebook) den (Online-) Werbemarkt dominierten. Google hätte seinen Umsatz und Gewinn auch in jüngster Vergangenheit – im ersten Quartal 2021 – weiter massiv steigern können (Umsatz +34 %; Gewinn +162 %). Das Gleiche gelte für Facebook: Umsatz

⁵¹ Gemäss Meldung sei der Immobilien-Marktplatz woni.ch seit dem 1. Januar 2018 auf dem Markt. Das Portal spiderne einerseits die Immobilien-Rubrikanzeigen anderer Online-Marktplätze, biete andererseits aber auch die Möglichkeit, Immobilien-Rubrikanzeigen direkt auf woni.ch zu schalten.

+48 %, Gewinn +93 %. Diese Dominanz habe in verschiedenen Ländern dazu geführt, dass die Wettbewerbsbehörden gegen Facebook Untersuchungen eingeleitet hätten. Die Entwicklung der vergangenen Jahre zeige, dass es diesen Anbietern dank ihrer «Daten-Dominanz» innert kurzer Zeit nicht nur gelinge, etablierte Anbieter anzugreifen, sondern diese weitgehend zu verdrängen. Der Bereich der Immobilien-Werbung stehe am Anfang dieser Entwicklung.

96. Es sei unverständlich, dass die WEKO diese Entwicklungen ignoriere. So sei sie im Entscheid TX Group/Immowelt nicht bereit gewesen, Facebook als Wettbewerber anzuerkennen und habe Facebook – zu Unrecht – aus den relevanten Märkten ausgeschlossen. Dafür stütze sie sich auf eine von ihr durchgeführte Befragung. Bei dieser Befragung falle auf, dass viele Aussagen der Befragten Facebook keineswegs grundsätzlich die Eignung als Immobilien-Plattform absprechen würden, sondern viel eher darauf Bezug nehmen würden, dass die Bedeutung von Facebook im Markt noch verhältnismässig gering sei. Viele der befragten Unternehmen argumentierten somit vor allem quantitativ. Diese quantitativen Aussagen könnten für die Frage, ob Facebook als Anbieter im Markt zu betrachten sei, aber nicht ausschlaggebend sein, würde dies doch bedeuten, generell nur die ganz grossen Plattformen als Wettbewerber anerkennen zu wollen (was weder richtig sei noch der Praxis der WEKO entspreche).

97. Hinzu komme, dass die WEKO offenbar keine privaten Nachfrager befragt habe. Diese nutzten Facebook aber offensichtlich sehr intensiv, um ihre Immobilien zu vermieten/verkaufen. Anders sei die enorm hohe Zahl von Objekten auf Facebook nicht zu erklären. Die privaten Nachfrager gehörten aber genauso zur Marktgegenseite – die gemäss WEKO für die Marktabgrenzung von Bedeutung sei – wie die professionellen Nachfrager. Denn jedes Objekt, das Private selber inserierten und auf diesem Weg vermieten/verkaufen würden, gelange nicht zu einem professionellen Immobilienverwalter/-makler und könne von diesem somit auch nicht inseriert werden.

98. Und in Bezug auf die professionellen Nachfrager sei die durchgeführte Marktbefragung nicht aussagekräftig. Befragt worden sei nämlich nicht die Marktgegenseite – die Inserierenden – sondern lediglich ein paar wenige Verbände. Diese schalteten selbst aber keine Inserate und stellten deshalb auch nicht die Marktgegenseite dar. Dagegen zeige ein Blick in Facebook sehr wohl, dass die eigentliche Marktgegenseite – die Inserierenden – Facebook nutzten. Dies treffe auch auf professionelle Immobilienverwalter/-makler zu, was verschiedene Beispiele belegen würden.

99. Professionelle Immobilienverwalter/-makler nutzten Facebook auch, indem sie auf eigenen Seiten in Facebook sich selbst, ihre Dienstleistungen und ausgewählte Immobilien zur Vermietung/zum Verkauf präsentierten. Bereits erwähnt worden sei das Beispiel Fuchs Immobilien. Ebenso treffe dies z. B. auf Ginesta, Walde oder VERIT zu, wie verschiedene Screenshots aus Facebook belegen würden.

100. Dass ein klarer Trend bestehe, wonach auch professionelle Nachfrager vermehrt auf Facebook setzten,

bestätige ferner die Ankündigung einer der grossen Immobilienverwalter der Westschweiz, Gerofinance|Régie du Rhône, alle eigenen Immobilien künftig auch auf Facebook Marketplace zu inserieren.

101. Weltweit bestehe heute bei den Wettbewerbsbehörden Konsens, dass Unternehmen wie Facebook (und Google) praktisch alle Formen der Online-Werbung dominierten. Gemäss Meldung wäre es unverständlich, wenn ausgerechnet die schweizerische WEKO diesen Konsens ignorieren und sich der Fiktion hingeben würde, Facebook sei auf dem schweizerischen Immobilien-Werbemarkt inexistent.

102. Selbst wenn die WEKO bei ihrem Entscheid bleiben sollte (was gemäss Meldung nicht sachgerecht wäre) und Facebook aus dem Markt ausschliesse, sei es zwingend, dass Facebook zumindest als sehr naher Wettbewerber eingestuft werde. Allein schon die Tatsache, dass Facebook seine Aktivitäten in diesem Bereich ausbaue, erzeuge einen enormen Wettbewerbsdruck auf die klassischen Online-Marktplätze. Dies müsse bei der Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt werden.

103. Zu diesen Ausführungen für eine zwingende Berücksichtigung von Facebook bei der Marktanteilsberechnung ergeben sich zunächst verschiedene Unklarheiten in Bezug auf die Haltung und Aussagen der Meldung. Eine erste Unklarheit betrifft die Marktanteilsberechnung nach Anzahl Objekte und die Bedeutung von Facebook. So ist festzustellen, dass die inserentenseitigen Marktanteile der TX-Gruppe und von Acheter-Louer nach Anzahl Objekte mit und ohne Berücksichtigung von Facebook unverändert bleiben (vgl. Rz 87). Daraus folgt, dass eine Berücksichtigung von Facebook keinen Niederschlag in Marktanteilen nach Anzahl Objekte findet. Die von der Meldung vorgenommene und von der Meldung als einzige realitätsgerecht bezeichnete Marktanteilsberechnung scheint keinen Einfluss von Facebook auf die wettbewerbliche Stellung der TX-Gruppe und von Acheter-Louer abzubilden. In diesem Fall wird der von der Meldung geltend gemachte enorme Wettbewerbsdruck durch Facebook eigentlich in Frage gestellt bzw. ist zumindest unklar. Falls von Facebook ein enormer Wettbewerbsdruck ausgehen sollte, dann sollten die Marktanteile dies zum Ausdruck bringen. Oder die in der Meldung vorgenommene und als einzig richtig bezeichnete Berechnung von Marktanteilen nach Anzahl Objekte ergibt nur ein unvollständiges bzw. zumindest unklares Bild.

104. Als zweite Unklarheit erweist sich die Forderung der Meldung, dass die Umsätze von Facebook mit ihrem Geschäftsmodell mit «targeted advertising» zwingend berücksichtigt werden müssten, wolle man die Bedeutung von Facebook auf dem Immobilien-Werbemarkt richtig einschätzen (vgl. Rz 92). Aufgrund dieser Ausführungen der Meldung stellt eine Marktanteilsberechnung nach Umsätzen eine Möglichkeit zur Abbildung der wirtschaftlichen Realität dar. So führt die Meldung auch aus, Facebook greife mit ihrem Geschäftsmodell die klassischen Immobilienportale (wie z. B. homegate.ch) frontal an. Diese Ausführungen stehen allerdings in Konflikt mit den Ausführungen der Meldung, dass Marktanteile nach Umsatz wegen verschiedenen möglichen Geschäftsmodel-

dellen für eine Darstellung der Marktstellung der einzelnen Wettbewerber untauglich seien (vgl. Rz 82 ff.). In diesem Fall würden die nach Umsatz berechneten Marktanteile von Facebook keine Aussage über deren Marktstellung erlauben.

105. Eine dritte Unklarheit betrifft die Zuordnung der von der Meldung vorgebrachten Umsätze von Facebook zu einem relevanten Markt. Die Meldung führt aus, Facebook erwirtschaftete diese Umsätze mit «targeted advertising», welches den Immobilienverwaltern eine gezielte Ansprache von Wohnungssuchenden anbieten würde (vgl. Rz 92). Dabei handle es sich gemäss Meldung um zielgerichtete Netzwerkwerbung für Immobilienangebote, die Nutzer von Facebook erhielten, die sich für Immobilien interessierten. Dabei ist unklar, ob die Umsätze von Facebook durch «targeted advertising» bzw. Netzwerkwerbung unter Umständen den Märkten für die Bereitstellung von dynamischen Online-Werbeflächen zugeordnet werden könnten.⁵² Dynamische Werbeformen beinhalten insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung.⁵³ Üblicherweise ordnet die WEKO Such- und Netzwerkwerbung dem Markt für dynamische Werbeformen zu.⁵⁴ Oder es stellt sich analog zur Unterscheidung zwischen statischen und dynamischen Werbeformen die Frage, ob auch bei den Immobilien-Rubrikanzeigen eine weitere Unterteilung in statische (im Sinne von klassischen Immobilien-Rubrikanzeigen auf Immobilien-Plattformen) und dynamische (im Sinne von Netzwerk-Immobilien-Rubrikanzeigen) vorzunehmen ist.

106. Wie bereits erwähnt, hat die WEKO für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens TX Group/Immowelt Schweiz eine Befragung von Marktteilnehmern durchgeführt. Die vorläufige Prüfung für das Zusammenschlussvorhaben TX Group/Immowelt Schweiz fand unmittelbar vor dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben statt. Für die Resultate der Befragung sind keine Gründe ersichtlich, dass bei einer erneuten Befragung innerhalb des kurzen Zeitraumes wesentliche Änderungen zu erwarten wären. Wegen der Bedeutung für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben und der Vollständigkeit halber sind die Resultate und Folgerungen der Befragung nachfolgend noch einmal aufgeführt.

107. Die Befragung betraf die Frage von Facebook als Wettbewerberin sowohl auf den Märkten für Inserenten von Immobilien-Rubrikanzeigen als auch für Nutzer/Leser von Immobilien-Rubrikanzeigen. Bei den Adressatenkreisen handelte es sich um Konkurrenz-Unternehmen der Zusammenschlussunternehmen und um Verbände, die die inserierende Wirtschaft (Marktgegenseite) repräsentieren. Zudem differenzierte die Befragung zwischen den in der damaligen Meldung vorgebrachten Facebook-Angeboten, indem nach der Austauschbarkeit dieser Angebote mit Print- und Online-Plattformen für Immobilien gefragt wurde.

108. Die Antworten der Konkurrenz-Unternehmen fielen unterschiedlich aus. Ein Teil der befragten Konkurrenz-Unternehmen erachtete alle drei Facebook-Angebote als wenig oder nicht geeignete Alternative. Demgegenüber erachtete der andere Teil der befragten Konkurrenz-Unternehmen die Facebook-Angebote als Substitute für Print- und Online-Plattformen für Immobilien. Als Gründe

für oder gegen Facebook-Angebote als Substitutionsmöglichkeiten nannten die Konkurrenz-Unternehmen die folgenden:

⁵² Vgl. RPW 2019/1, 183 Rz 59, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2018/4, 946 Rz 104 f., *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 f. Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1 287 Rz 28, *Tamedia/Adextra*; RPW 2016/1, 323 f. Rz 220, 222 und 225 ff., *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/3 518 Rz 105, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 407 Rz 342, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2015/3, 481 Rz 101 f., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, 523 Rz 62, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigruppe SA*; RPW 2013/3, 352 f. Rz 27 und 353 Rz 30, *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2014/1, 296 Rz 31 ff., *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/3, 383 Rz 38, *Tamedia/Starticket*; RPW 2013/3, 362 Rz 67, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 97 Rz 44, *PubliGroupe/ImproveDigital*; RPW 2012/3, 673 Rz 47, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/3, 685 Rz 62, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2012/1, 153 Rz 89 und 94 sowie und 155 Rz 105 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

⁵³ Vgl. RPW 2019/1, 183 Rz 60, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2017/4, 584 Rz 56, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

⁵⁴ Vgl. RPW 2012/1, 154 Rz 99, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

Tabelle 5: Gründe für und gegen Facebook-Angebote als Substitute aus Sicht der Konkurrenz-Unternehmen

Inserentenseitig	Nutzerseitig
Gegen Facebook als Substitut	
<ul style="list-style-type: none"> - Fehlende Schnittstelle bei Facebook für die in der Schweiz verbreiteten Bewirtschaftungssysteme; - Fehlende technische Unterstützung; - Kein Bedarf an nach aktiv Wohnung Suchenden (Ausnahmen bei «Ladenhütern»); - Derzeit kleiner Anteil; - Fehlender Bekanntheitsgrad; - Fehlende Reichweite; - Fehlender Rücklauf; - Unseriöser Auftritt wegen teilweisen unseriösen Plattformteilnehmern. 	<ul style="list-style-type: none"> - Zu wenige Filtermöglichkeiten zur Durchsuchung grösserer Objektmengen; - Markt funktioniert noch nicht im grossen Stil auf diese Weise; - Kleines Angebot; - Keine Benachrichtigungsmöglichkeiten.
Für Facebook als Substitut	
<ul style="list-style-type: none"> - Grosse Datenbasis von Facebook; - Zielgerichtetes Ansprechen; - Hohe Reichweite; - Gezieltes Abholen von Informationen bei allen beteiligten Kreisen. 	<ul style="list-style-type: none"> - Zeitlicher Vorsprung gegenüber anderen Plattformen; - Zugang zu Inseraten bevor diese dem breiten Publikum verfügbar sind («unter-der-Hand»-Angebote); - Benachrichtigungsmöglichkeiten; - Geringe Kosten.

109. Bei den Immobilien-Verbänden fielen die Antworten einheitlich aus. Die Verbände erachteten Print- und Online-Plattformen durch keines der Facebook-Angebote als austauschbar. Einzig eine Antwort wies darauf hin, dass die gezielte Ansprache von Wohnungssuchenden

(«targeted advertising») bedingt als Substitut in Frage komme; bedingt, weil dieses Facebook-Angebot noch in Entwicklung sei. Als Gründe für und gegen Facebook-Angebote als Substitutionsmöglichkeiten nannten die Verbände die folgenden:

Tabelle 6: Gründe für und gegen Facebook-Angebote als Substitute aus Sicht der Immobilien-Verbände

Inserentenseitig	Nutzerseitig
Gegen Facebook als Substitut	
<ul style="list-style-type: none"> - Fehlende automatisierte Schnittstelle (hoher manueller Aufwand); - Inkompatibler Datenaustausch; - Keine Kontrolle der Daten und mangelnder Datenschutz; - Geringere Verwendung von Facebook durch die jüngere Generation (begrenzte Zielgruppe); - Inserentenseitige Suchabos sind auch auf den gängigen Plattformen möglich; - Facebook Marketplace irrelevant; - Gängige Plattformen bieten viele Möglichkeiten zur Differenzierung des Angebots; - Macht keinen Sinn, wenn bei einem Immobilienverkauf ein möglichst hoher Preis erzielt werden soll; - Zu wenig Nachfrage; - unpraktische Ausgestaltung. 	<ul style="list-style-type: none"> - Angebot auf den gängigen Plattformen ist viel grösser als das Angebot auf Facebook. - Höchstens für kleine Nutzergruppen geeignet; - Viel zu wenige Objekte; - Wohnungssuchende gehen aktiv vor, es ist i. d. R. nicht durch eine passive Anwerbung inspiriert; - Keine Suchaufträge; - keine Transparenz; - Kompliziertes Handling; - Unbekannter Service; - Zu unbekannt; - Zu wenig konkret.
Für Facebook als Substitut	
	<ul style="list-style-type: none"> - Gezieltes Ansprechen von Nutzern (allerdings nur bedingt, weil noch in Entwicklung).

110. Die Befragung bestätigt somit auch im vorliegenden Fall das Vorbringen in der Meldung nicht, wonach die Facebook-Angebote als Alternativen zu den Print- und Online-Immobilien-Plattformen gelten sollten. Im heuti-

gen Zeitpunkt kann Facebook mit ihren Angeboten nicht als Wettbewerberin auf den relevanten Märkten für Immobilien-Rubrikanzeigen gewertet werden. Hierbei ist zu beachten, dass die Frage, welche Güter und Dienstleis-

tungen als Substitute zu qualifizieren sind, aus Sicht der Marktgegenseite zu beantworten ist. Entsprechend kommt vorliegend den Antworten der Immobilienbranche höheres Gewicht zu als den Konkurrenzunternehmen der Zusammenschlussparteien.

111. Zudem widersprechen die vorangehend dargestellten Resultate auch dem Vorbringen der Meldung, dass viele Aussagen der Befragten viel eher darauf Bezug nehmen würden, dass die Bedeutung von Facebook im Markt noch verhältnismässig gering sei und somit vor allem quantitativ argumentierten (vgl. Rz 96). Bei Durchsicht der Antworten der Befragten fällt auf, dass viele davon auf nicht-quantitative Argumente Bezug nehmen wie z. B. Schnittstellenproblematik, fehlende technische Unterstützung, zu wenig seriöser Auftritt, zu geringe Anzahl Filtermöglichkeiten, fehlende Benachrichtigungsmöglichkeiten, fehlende Datenkontrolle und fehlender Datenschutz, Intransparenz oder fehlende Möglichkeit von Suchaufträgen. Diese Argumente nehmen keineswegs eher auf eine verhältnismässig geringe Bedeutung Bezug, sondern stellen in der Sprache der Meldung vielmehr «qualitative» als «quantitative» Argumente dar. Und es ist keinesfalls so, dass die Anzahl sog. «qualitativer» Argumente im Vergleich zur Anzahl der sog. «quantitativen» Argumente unterginge.

112. Und hier kann der Meldung auch entgegengehalten werden, dass für die befragten Verbände sehr wohl von einer Expertise zur Beantwortung im Rahmen der Befragung ausgegangen werden kann (vgl. Rz 98). Dies ist am Beispiel des Schweizerischen Verbands der Immobilienwirtschaft SVIT Schweiz (nachfolgend: SVIT) ersichtlich, den die Meldung als befragten Verband nennt. In seinem Portrait führt der SVIT aus, er führe die Immobilienbranche zielgerichtet in die Zukunft: Als einflussreiche politische Stimme, mit einem grossen Netzwerk, einer praxisnahen Ausbildung, exklusiven Mitgliederservices und profunden Fachinformationen. So gelinge es dem SVIT durch die Nähe zum Markt und der langjährigen Erfahrung, stets auf die aktuellsten Nachfragen aus der Praxis einzugehen. Der voranschreitenden Digitalisierung begegne die SVIT School mit «Blended Learning», einer Mischung aus klassischem Präsenzunterricht und digitalen Inhalten.⁵⁵ Es kann davon ausgegangen werden, dass der SVIT auf der eigenen Webseite korrekte Angaben macht, jedenfalls bestehen für das Gegenteil keine Indizien. Vor diesem Hintergrund können die Antworten der Verbände zur Frage von Facebook als Wettbewerberin sehr wohl als aussagekräftig und repräsentativ für die immobilien-inserierende Wirtschaft angesehen werden.

113. Zur von der Meldung vorgebrachten Nutzung von Facebook durch professionelle Immobilienverwalter/-makler stellt sich wie bei der «Eigenvermarktung» auch hier die Frage, warum diese dann trotzdem weiterhin Inserate auf Immobilien-Plattformen der TX-Gruppe (bspw. homegate.ch) schalten (vgl. Rz 55). Dieser Umstand ist am von der Meldung mehrfach vorgebrachten Beispiel der Fuchs Immobilien AG ersichtlich, die als kleine Immobilienverwalterin die «neuen» Medien bzw. Facebook gekonnt einsetze, um ihre Immobilien zu vermieten und zu verkaufen. Auch bei Nutzung von Facebook nimmt die Fuchs Immobilien AG eine Veröffentlichung von Immobilien-Angeboten gegen Entgelt auf

homegate.ch vor.⁵⁶ Wären Immobilienverwalter/-makler nicht auf die die Aufschaltung von Inseraten auf Immobilien-Plattformen der TX-Gruppe angewiesen, würden sie dafür kein Geld ausgeben.

114. Schliesslich verfängt auch der Vorwurf der Meldung bezüglich Nichtbeachtung eines Konsens unter den Wettbewerbsbehörden, Facebook (und Google) dominierten den (Online-)Werbemarkt, nicht. Gemäss Meldung wäre es unverständlich, wenn ausgerechnet die WEKO den Konsens ignoriere, dass Facebook (und Google) praktisch alle Formen der Online-Werbung dominiere und sich der Fiktion hingeben würde, Facebook sei auf dem schweizerischen Immobilien-Werbemarkt inexistent (vgl. Rz 95 und 101). Diese Dominanz habe in verschiedenen Ländern dazu geführt, dass die Wettbewerbsbehörden gegen Facebook Untersuchungen eingeleitet hätten (vgl. Rz 95). Es sei unverständlich, dass die WEKO diese Entwicklungen ignoriere (vgl. Rz 96).

115. Entgegen der in der Meldung vertretenen Ansicht, ignoriert die WEKO die Entwicklungen keineswegs. Die WEKO hat sich im unmittelbar vorausgegangenen Zusammenschlussvorhaben TX Group/Immowelt Schweiz mit dem Vorbringen von Facebook als Wettbewerber eingehend auseinandergesetzt. Im gleichen Zusammenschlussvorhaben hat die WEKO unbestrittenermassen eine Befragung zur Frage von Facebook als Wettbewerber durchgeführt. Die Antworten und Resultate führen dazu, dass Facebook nach heutigem Stand nicht als Substitut zu den Immobilien-Rubrikanzeigen-Portalen der Zusammenschlussparteien gewertet werden kann. Den Hinweis auf den heutigen Stand hat die WEKO bereits in der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens TX Group/Immowelt Schweiz vorgenommen. Und noch viel mehr: Die WEKO hat auch schon im Zusammenschlussvorhaben TX Group/Immowelt Schweiz darauf hingewiesen, dass die vorliegende Darstellung ohne Facebook bei weiteren Entwicklungen einer abweichenden Einschätzung in der Zukunft nicht entgegensteht. Es steht zwar den Parteien frei, die Antworten der Befragung anders zu würdigen oder eine andere Sicht als die WEKO einzunehmen. Allerdings kann von «Entwicklungen ignorieren» oder «Facebook als auf dem Markt inexistent betrachten» keinesfalls die Rede sein.

116. Sodann kann auch nicht von einem internationalen Konsens hinsichtlich der Marktteilnahme von Facebook auf den Immobilien-Rubrikanzeigemärkten gesprochen werden, wie die Meldung suggeriert. Es ist unbestritten, dass Facebook und andere grosse Technologieunternehmen international im Fokus der Behörden stehen, dies insbesondere im Bereich Datenschutz und Kartellrecht. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, es sei international anerkannt, dass Facebook auf den Immobilien-Rubrikanzeigemärkten tätig sei. So gehört etwa auch Amazon zu den sogenannten «Big-Tech». Die

⁵⁵ Vgl. <<https://www.svit.ch/de/svit-portrait>> (26.5.2021).

⁵⁶ Vgl. z. B. <<https://www.homegate.ch/kaufen/3000992842>> (20.5.2021); sowohl <https://www.homegate.ch/kaufen/3001058364?utm_source=hom&utm_medium=web-hgsat&utm_campaign=!s-hom!m1-web!m2-hgsat!m-colz1-immostreetch> als auch <<https://www.immostreet.ch/de/kaufen/haus/kanton-glarus/>> (20.5.2021).

Meldung macht aber zu Recht nicht geltend, es handle sich bei Amazon um einen Wettbewerber auf den vorliegend relevanten Märkten. Folglich kann aus den von der Meldung zitierten Untersuchungen ausländischer Behörden in Zusammenhang mit Facebook und der Schnittstelle zwischen Datenschutz und Kartellrecht nicht geschlossen werden, jene Behörden würden Facebook als Marktteilnehmer auf den vorliegend relevanten Märkten ansehen. Insbesondere dann nicht, wenn eine auf die Verhältnisse in der Schweiz fokussierte Sachverhaltsmittlung wie vorliegend zu anderen Ergebnissen führt.

117. Überdies kann im internationalen Kontext mit speziellem Bezug zu Immobilien-Rubrikanzeigen auf eine vertiefte Prüfung der französischen Autorité de la concurrence (nachfolgend: Autorité) des Zusammenschlussvorhabens Concept Multimédia/Axel Springer hingewiesen werden.⁵⁷ Die Autorité kam nach eingehender Analyse zum Schluss, dass die GAFAs, allen voran Facebook, keine Einschränkung darstellen, die das Wettbewerbsverhalten der Online-Immobilien-Rubrikportale für kommerzielle Inserenten in Frankreich kurzfristig disziplinieren könnte. Vergleichbar zur WEKO hat die Autorité auch festgehalten, dass dabei Vorsicht geboten ist, was die Auswirkungen der GAFAs auf längere Sicht angeht, da ihr Durchbruch im Sektor der Online-Immobilien-Rubrikanzeigen schnell erfolgen könnte.⁵⁸ Auch wenn der Entscheid aus dem Jahr 2018 stammt, bestätigt dieser das Vorbringen der Meldung nicht, wonach Facebook im Bereich der (Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen enormen Wettbewerbsdruck erzeuge und dies unter den Wettbewerbsbehörden Konsens sei. Die WEKO hat sich wie ausgeführt mit der Frage von Facebook im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen für den heutigen Zeitpunkt eingehend auseinandergesetzt.

118. Auch die nachträgliche Ergänzung zur Meldung, welche auf Untersuchungseröffnungen der EU-Kommission und der britischen Competition and Markets Authority verweist, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die genannten Untersuchungen betreffen die Frage, inwieweit Facebook seine Datenmacht in wettbewerbswidriger Weise zugunsten von «Facebook Marketplace» missbrauche.

119. Gemäss Medienmitteilung der EU-Kommission werde diese der Frage nachgehen, «ob Facebook aufgrund seiner Stellung als soziales Netzwerk und im Bereich der Onlinewerbung den Wettbewerb auf benachbarten Märkten, auf denen das Unternehmen über sein soziales Netzwerk ebenfalls vertreten ist, insbesondere im Bereich der Online-Kleinanzeigen, beeinträchtigen kann.»⁵⁹

120. Mit der Untersuchung der Competition and Markets Authority solle geprüft werden, ob sich Facebook durch die Art und Weise, wie sie bestimmte Daten sammelt und nutzt, bei der Bereitstellung von Diensten für Online-Kleinanzeigen und Online-Dating einen unfairen Vorteil gegenüber Wettbewerbern verschafft habe.⁶⁰

121. Anhand der Medienmitteilungen der beiden Behörden ist allerdings nicht ersichtlich, ob auch Immobilien-Rubrikanzeigen spezifischer Gegenstand der Untersuchung sind. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, ist unklar, ob die fraglichen Behörden die Märkte gleich abgrenzen wie die WEKO. Die verfügbaren Informatio-

nen sind viel zu vage und das Ergebnis der eröffneten Untersuchungen ist offen, so dass eine Abweichung vom Ergebnis der unlängst erfolgten Marktbefragung der WEKO nicht gerechtfertigt ist.

122. Zusammengefasst kann nach heutigem Stand Facebook nicht als Substitut zu den Immobilien-Rubrikanzeigen-Portalen der Zusammenschlussparteien gewertet werden. Aus diesem Grund erfolgt im Folgenden die Darstellung und Analyse der Marktanteile ohne Berücksichtigung von Facebook. Es kann allerdings wie beim Zusammenschlussvorhaben TX Group/Immowelt Schweiz erneut darauf hingewiesen werden, dass die vorliegende Analyse ohne Facebook einer abweichenden Einschätzung aufgrund weiterer Entwicklungen in der Zukunft nicht entgegensteht. Allenfalls kann sich dabei auch die Frage stellen, ob auf Seite der Inserenten zwischen privaten und kommerziellen Nachfragern unterschieden werden soll.

123. Tabelle 7 enthält die Marktanteile der TX-Gruppe und von Acheter-Louer zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU gemäss Angaben der Meldung erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»). In Tabelle 7 sind die Marktanteile inserentenseitig sowohl nach Anzahl Objekte als auch nach Umsatz ausgewiesen. Nutzer-/Leserseitig gibt Tabelle 7 die Marktanteile nach Anzahl Nutzer/Leser an.

⁵⁷ Vgl. Autorité de la concurrence, Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (nachfolgend: Décision 18-DCC-18), <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/18DCC18versionpublication.pdf>> (1.6.2021).

⁵⁸ Vgl. Décision 18-DCC-18, Rz 201.

⁵⁹ Vgl. Medienmitteilung EU-Kommission vom 4. Juni 2021, Kartellrecht: Kommission leitet Untersuchung zu möglichen wettbewerbswidrigen Praktiken von Facebook ein, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_2848> (9.6.2021).

⁶⁰ Vgl. Medienmitteilung Competition and Markets Authority vom 4. Juni 2021, CMA investigates Facebook's use of ad data, <<https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-facebook-s-use-of-ad-data>> (9.6.2021).

Tabelle 7: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2020 (ohne Berücksichtigung von Facebook)

Relevanter Markt		TX-Gruppe	Acheter-Louer	Gemeinsamer Marktanteil	Betroffener Markt
Nach Anzahl Objekte	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	nein
Nach Umsatz	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	ja
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	ja
Nach Anzahl Nutzer/Leser	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	ja
	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	ja
	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	nein

124. Somit sind folgende Märkte eingehender zu analysieren, ob Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG):

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz,
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz,
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz,

- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz,
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz.

B.4.2.3 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

B.4.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

125. Tabelle 8 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 8: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Acheter-Louer	TX mit Acheter-Louer	Ringier	newhome	urban group
Anzahl Objekte	2020	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
	2019	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
	2018	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
Umsatz	2020	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
	2019	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
	2018	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%

126. Die TX-Gruppe wird nach Anzahl Objekte einen Marktanteil von [30-40] % auf sich vereinen und nach Umsatz einen Marktanteil von [40-50] %. Damit liegt kein

Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 75).

127. Nach Anzahl Objekte sind die nächst grösseren Wettbewerber die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) mit einem Marktanteil von [10-20] %, die newhome.ch AG (nachfolgend: newhome) mit [0-10] % und die urban group gmbh (nachfolgend: urban group) mit [0-10] %.

128. In Umsatz gemessen verfügen die Wettbewerber Ringier über einen Marktanteil von [10-20] %, newhome von [0-10] % und urban group von [0-10] %.

129. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [20-30] (nach Anzahl Objekte) bzw. [30-40] (nach Umsatz) Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [30-40] Prozentpunkten ist als hoch einzustufen.

130. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat. Der Marktanteil der TX-Gruppe fiel von [50-60] % auf [40-50] %. Der Marktanteil von Acheter-Louer verblieb in diesem Zeitraum bei [0-10] %. Auch Ringier und newhome verloren Marktanteile (von [10-20] % auf [10-20] % bzw. [10-20] % auf [0-10] %). Der Marktanteil der urban group blieb bei [0-10] %.

131. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [50-60] % und für Acheter-Louer von [0-10] %

an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [50-60] % aus, für comparis.ch [30-40] % und für RE/MAX News Nordwestschweiz [0-10] %.

132. Aufgrund der sinkenden Marktanteile der TX-Gruppe, dem gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen von unter [50-60] %, sowie der ebenfalls grossen Reichweite von immoscout24.ch liegen trotz der nach Umsatz gemessenen grossen Marktanteilsdifferenz der beteiligten Unternehmen zu den Wettbewerbern knapp keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

B.4.2.3.2. Zwischenergebnis

133. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen knapp keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.4 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz

B.4.2.4.1. Aktueller Wettbewerb

134. Tabelle 9 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 9: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Acheter-Louer	TX mit Acheter-Louer	petitesannonces.ch	Ringier	Immobilier
Anzahl Objekte	2020	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
	2019	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
	2018	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
Umsatz		TX-Gruppe	Acheter-Louer	TX mit Acheter-Louer	Ringier	Immobilier	Immomig
	2020	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
	2019	[30-40]%	[0-10]%	[40-50]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
	2018	[30-40]%	[0-10]%	[40-50]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%

135. Die TX-Gruppe wird nach Anzahl Objekte einen Marktanteil von [30-40] % auf sich vereinen und nach Umsatz einen Marktanteil von [30-40] %. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 75).

136. Nach Anzahl Objekte sind die nächst grösseren Wettbewerber petitesannonces.ch mit einem Marktanteil von [10-20] %, Ringier mit [10-20] % und Immobilier.ch partenaires SA (nachfolgend: Immobilier) mit [0-10] %.

137. In Umsatz gemessen verfügen die Wettbewerber Ringier über einen Marktanteil von [10-20] %, Immobilier von [0-10] % und Immomig AG von [0-10] %.

138. Der Abstand von der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [10-20] (nach Anzahl Objekte) bzw. [20-30] (nach Umsatz) Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [20-30] Prozentpunkten kann als mittelhoch bis hoch eingestuft werden.

teilsdifferenz von [20-30] Prozentpunkten kann als mittelhoch bis hoch eingestuft werden.

139. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat. Der Marktanteil der TX-Gruppe fiel von [30-40] % auf [30-40] %. Der Marktanteil von Acheter-Louer stieg in diesem Zeitraum leicht von [0-10] % auf [0-10] % an. Auch Ringier verlor leicht Marktanteile (von [10-20] % auf [10-20] %). Demgegenüber konnte Immobilier ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % leicht ausbauen, während Immomig bei einem Marktanteil von [0-10] % verblieb.

140. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [20-30] % und für acheter-louer.ch von rund [20-30] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine

Reichweite von [60-70] % aus, für Immorama [30-40] % und für comparis.ch [30-40] %.

141. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

B.4.2.4.2. Zwischenergebnis

142. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-

Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.5 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

B.4.2.5.1. Aktueller Wettbewerb

143. Tabelle 10 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 10: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Acheter-Louer	TX mit Acheter-Louer	Ringier	Lugano Annunci Gratuiti	Ron Orp
Anzahl Objekte	2020	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
	2019	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
	2018	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
Umsatz	2020	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%
	2019	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
	2018	[60-70]%	[0-10]%	[60-70]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%

144. Die TX-Gruppe wird nach Anzahl Objekte einen Marktanteil von [20-30] % auf sich vereinen und nach Umsatz einen Marktanteil von [40-50] %. Damit liegt knapp kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 75). Bei Betrachtung des Marktanteils nach Anzahl Objekte beträgt dieser [20-30] %; der Schwellenwert von 50 % ist bei dieser Betrachtung noch weniger erreicht.

145. Nach Anzahl Objekte sind die nächst grösseren Wettbewerber Ringier mit einem Marktanteil von [0-10] %, Lugano Annunci Gratuiti mit [0-10] % und Ron Orp GmbH mit [0-10] %.

146. In Umsatz gemessen verfügen die Wettbewerber Ringier über einen Marktanteil von [10-20] %, ImmoGalaxy Sagl von [0-10] % und Società editrice del Corriere del Ticino SA (nachfolgend: Corriere del Ticino) von [0-10] %.

147. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [10-20] (nach Anzahl Objekte) bzw. [30-40] (nach Umsatz) Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [30-40] Prozentpunkten ist als hoch einzustufen.

148. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat. Der Marktanteil der TX-Gruppe fiel von [60-70] % auf [40-50] %. Der Marktanteil von Acheter-Louer verblieb in diesem Zeitraum bei [0-10] %. Auch Ringier hat Marktanteile verloren (von [10-20] % auf [10-20] %). Demgegenüber veränderten sich die Marktanteile von ImmoG-

alaxy Sagl und Corriere del Ticino praktisch nicht ([0-10] % bzw. [0-10] %).

149. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [50-60] % und für acheter-louer.ch von [0-10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [40-50] % aus, für cdt.ch [30-40] % und für comparis.ch [30-40] %.

150. Aufgrund der sinkenden Marktanteile von TX, dem gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen von knapp unter 50 % sowie der ebenfalls grossen Reichweite von immoscout24.ch liegen trotz der nach Umsatz gemessenen grossen Marktanteilsdifferenz der beteiligten Unternehmen zu den Wettbewerbern knapp keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

B.4.2.5.2. Zwischenergebnis

151. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen knapp keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.6 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

B.4.2.6.1. Aktueller Wettbewerb

152. Tabelle 11 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 11: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Acheter-Louer	TX mit Acheter-Louer	Ringier	RE/MAX	comparis
Anzahl Nutzer	2020	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
	2019	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
	2018	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%

153. Die TX-Gruppe wird einen Marktanteil von [30-40] % auf sich vereinen. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 75).

154. Die nächst grösseren Wettbewerber sind Ringier mit einem Marktanteil von [10-20] %, RE/MAX International LLC. (nachfolgend: RE/MAX) mit [10-20] % und comparis.ch AG (nachfolgend: comparis) mit [10-20] %.

155. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen Wettbewerbern wird gemessen in Marktanteilen ungefähr [10-20] Prozentpunkte und mehr betragen. Eine Marktanteilsdifferenz von [10-20] Prozentpunkten ist als gering bis mittelhoch einzustufen.

156. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [50-60] % und für acheter-louer.ch von [0-10] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [50-60] % aus, für comparis.ch [30-40] % und für RE/MAX News Nordwestschweiz [0-10] %.

157. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

B.4.2.6.2. Zwischenergebnis

158. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.7 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz

B.4.2.7.1. Aktueller Wettbewerb

159. Tabelle 12 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 12: Marktanteile aktuelle Konkurrenz (ohne Berücksichtigung von Facebook)

	Jahr	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
		TX-Gruppe	Acheter-Louer	TX mit Acheter-Louer	Ringier	Société Privée de Gérance	comparis
Anzahl Objekte	2020	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%
	2019	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
	2018	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%

160. Die TX-Gruppe wird einen Marktanteil von [20-30] % auf sich vereinen. Damit liegt kein Indiz für die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe vor (vgl. Rz 75).

161. Die nächst grösseren Wettbewerber sind Ringier mit einem Marktanteil von [20-30] %, Société Privée de Gérance mit [10-20] % und comparis mit [0-10] %.

162. Die TX-Gruppe wird mit diesem Zusammenschlussvorhaben ihren Marktanteil gegenüber Ringier um ungefähr [0-10] Prozentpunkte ausbauen.

163. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die TX-Gruppe gemessen am Umsatz in den letzten drei Jahren ganz leicht an Marktanteilen zulegen konnte. Der Marktanteil der TX-Gruppe stieg von [10-20] % auf [10-20] %. Der Marktanteil von Acheter-Louer verblieb in diesem Zeitraum bei [0-10] %. Auch Ringier konnte leicht Marktanteile hinzugewinnen (von [10-20] % auf [20-30] %), comparis weist einen über

diesen Zeitraum unveränderten Marktanteil von [0-10] % auf. Demgegenüber sank der Marktanteil von Société Privée de Gérance (von [10-20] % auf [10-20] %).

164. Die Meldung gibt für homegate.ch eine Reichweite von rund [20-30] % und für acheter-louer.ch von rund [20-30] % an. Hinsichtlich der drei wichtigsten Konkurrenten weist die Meldung für immoscout24.ch eine Reichweite von [60-70] % aus, für Immorama [30-40] % und für comparis.ch [30-40] %.

165. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor.

B.4.2.7.2. Zwischenergebnis

166. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-

Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.5 Ergebnis

167. Das Zusammenschlussvorhaben zwischen TX und Acheter-Louer betrifft im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

- die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in den Sprachregionen
 - o Deutschschweiz,
 - o französische Schweiz,
 - o italienische Schweiz;
- die Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in den Sprachregionen
 - o Deutschschweiz,
 - o französische Schweiz.

168. Eine Analyse dieser Märkte zeigt, dass (knapp) keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben bestehen. Bei den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und in der italienischen Schweiz besteht zwar jeweils eine hohe Marktanteilsdifferenz der Zusammenschlussparteien gegenüber den Konkurrenten. Allerdings liegt der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien knapp unter dem Schwellenwert von 50 %, sind die jeweiligen in der Meldung ausgewiesenen Marktanteile der TX-Gruppe tendenziell gesunken und Konkurrenz-Unternehmen weisen ebenfalls hohe Reichweiten auf.

169. 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

4. Swissgenetics/New Generation Genetics

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Juni 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Juni 2021

A Sachverhalt

1. Per 1. Juli 2020 übernahm die Swissgenetics Genossenschaft (nachfolgend: Swissgenetics) mit Sitz in Zollikofen, die New Generation Genetics Inc. (nachfolgend: NGG) mit Sitz in Fort Atkinson, Wisconsin (USA). Kenntnis von dieser Übernahme erlangte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) erst nach deren Vollzug durch eine auf der Website von Swissgenetics veröffentlichten Medienmitteilung.¹ Da die Vorgängerorganisation von Swissgenetics gemäss einer Verfügung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) aus dem Jahr 1999 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG² im schweizerischen Markt für künstliche Besamung verfügt, erkundigte sich das Sekretariat am 11. September 2020 bei Swissgenetics hinsichtlich einer allfälligen Meldepflicht jenes Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

2. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 antwortete Swissgenetics auf das Schreiben des Sekretariats, wobei Swissgenetics die Meinung vertrat, dass die Übernahme von NGG durch Swissgenetics keinen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstelle. Mit Schreiben vom 8. März 2021 teilte das Sekretariat Swissgenetics mit, dass sie den Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als meldepflichtig erachtet. Sie setzte Swissgenetics deshalb eine Frist bis 12. April 2021 zur Meldung des Zusammenschlusses. Mit Schreiben vom 12. April 2021 reichte Swissgenetics ein Fristerstreckungsgesuch bis 10. Mai 2021 ein, welches das Sekretariat mit Schreiben vom 13. April 2021 gewährte. Am 10. Mai 2021 reichte Swissgenetics die Meldung fristgemäss ein. Die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrenes gemäss Art. 51 KG gegen Swissgenetics ist in Prüfung.

3. Swissgenetics ist in der Stierselektion, der Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und dem Handel von Stiersamen sowie der Stiersamenübertragung (Besamungsdienstleistungen) tätig. Im Geschäftsjahr 2019/2020 produzierte Swissgenetics rund 2,23 Mio. Samendosen, wobei sie rund 0,85 Mio. Samendosen in der Schweiz und rund 0,43 Mio. ins Ausland verkaufte. Per 30. Juni 2020 beschäftigte sie 372 Personen.³

4. NGG ist ein in der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen tätiges Unternehmen mit aktuell vier Mitar-

beitern.⁴ Von den USA aus verkauft es ausschliesslich Rindersperma und vertreibt dieses weltweit, auch nach Europa. In der Schweiz verkauft NGG sein Rindersperma ausschliesslich über Swissgenetics. 2019 lieferte NGG rund [...] Dosen Rindersperma an Swissgenetics. In der Besamung ist NGG nicht tätig.

5. Die Übernahme von NGG durch Swissgenetics erfolgte im Rahmen einer Nachfolgelösung. Sie bietet Swissgenetics mittelfristig die Gelegenheit, mit den Stieren von NGG die Märkte in den USA zu bestossen und mit in Übersee entwickelten Embryonen Stiere mit Schweizer Genetik in den USA zu produzieren und Märkte zu erschliessen, welche von der Schweiz aus aufgrund sanitärer Gründe, d.h. wegen gewisser u.a. in der Schweiz vorkommender Rinder-Krankheiten, nicht beliefert werden können.⁵

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

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

7. Swissgenetics übernahm per 1. Juli 2020 sämtliche Aktien der NGG und erwarb damit die alleinige Kontrolle über die NGG. Damit handelt es sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU⁶.

B.2 Meldepflicht

8. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umschwelken gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht.⁷ Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem

¹ Swissgenetics, Medienmitteilung vom 6.7.2020, Swissgenetics beteiligt sich an New Generation Genetics, <swissgenetics.ch/fileadmin/user_upload/MM_Beteiligung_an_NGG_200701_def.pdf> (28.4.2021).

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

³ Swissgenetics, Jahresbericht 2019/20, Seite 4.

⁴ NGG, Website, <brownswiss.com/company/our-team.php> (26.5.2021).

⁵ Rindersperma aus der Schweiz qualifiziert sich derzeit aufgrund veterinärrechtlicher Auflagen nicht für den Verkauf in gewisse Länder wie den USA und Kanada (Schmallenberg-Virus) sowie Russland (Blauzungenkrankheit).

⁶ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷ Im Geschäftsjahr 2018/2019 erreichte Swissgenetics einen schweizerischen Umsatz von rund CHF [...] Mio. und weltweit einen solchen von rund CHF 59 Mio., während NGG im Jahr 2018 einen schweizerischen Umsatz von rund CHF [...] Mio. und weltweit einen solchen von rund CHF [...] Mio. erreichte. Die Umsatzzahlen für 2019/2020 betragen für Swissgenetics schweizerisch rund CHF [...] Mio. und weltweit rund CHF 60 Mio., für NGG betragen diese im Jahr 2019 schweizerisch rund CHF [...] Mio. und weltweit rund CHF [...] Mio.

Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

9. Gemäss dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (nachfolgend: BVGer) zum Zusammenschlussvorhaben *TX Group AG/WEKO* besteht eine Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nur, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens muss eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vorliegen und zweitens muss ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt bestehen.⁸

10. Zur ersten Voraussetzung: Gemäss der Verfügung der WEKO vom 1. März 1999 bezüglich der *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* verfügt der Schweizerische Verband für künstliche Besamung (nachfolgend: SVKB), die Vorgängerorganisation von Swissgenetics, im schweizerischen Markt für künstliche Besamung (nachfolgend: KB) über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.⁹ Dabei werden in jenem Entscheid für den Markt für KB zwei Stufen der Leistungserbringung unterschieden, nämlich die Vermittlung von Stiersamen und die Applikation (Besamungsdienstleistungen), wobei diese Stufen in der Analyse des Entscheids zusammengefasst werden.¹⁰ Im Dispositiv wird schliesslich ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG seitens des SVKB festgestellt.¹¹ Somit ist die erste der beiden vorgängig erwähnten Voraussetzungen erfüllt.

11. Zur zweiten Voraussetzung: Zur Beurteilung, ob das vorgängig erwähnte Nahverhältnis vorliegt, ist gemäss dem BVGer ausschlaggebend, ob Wettbewerbseffekte auf den durch das Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten «nicht von vornherein ausgeschlossen werden können».¹² Relevant sind dabei die zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlusses nicht von vornherein auszuschliessenden Wettbewerbseffekte.¹³ NGG ist in der Genetikentwicklung und im Vertrieb von Stiersamen tätig. Auf dem schweizerischen Markt tritt NGG nicht auf, Swissgenetics kauft bei NGG aber Produkte ein und vertreibt diese in eigenem Namen. Somit stellen Produkte von NGG für Swissgenetics Inputfaktoren dar. Demgemäss können Wettbewerbseffekte auf den durch den Zusammenschluss betroffenen Märkten nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Damit ist auch die zweite der beiden vorgängig erwähnten Voraussetzungen erfüllt. Somit handelt es sich beim vorliegenden Zusammenschluss, welcher bereits vollzogen worden ist, um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlusses im Rahmen der vorläufigen Prüfung

12. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

13. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

14. 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).

15. Die Selektion von Stieren für die Gewinnung von Samen erfolgt mittels mehrjähriger Prüfprogramme.¹⁴ Samen werden in sog. Samendosen gelagert und an Zwischenhändler im In- und Ausland und an Endabnehmer, insbesondere an Tierärzte, professionelle Besamer und Eigenbestandsbesamer (nachfolgend: EBB), weiterverkauft. Hersteller von Samendosen vertreiben Samendosen teilweise auch über ein eigenes Besamungsnetz. Seit einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2005 ist für die Einfuhr von Stiersamen keine Bewilligung als KB-Organisation mehr notwendig.¹⁵ Stiersamen können aktuell mit einer Generaleinfuhrbewilligung (nachfolgend: GEB) zu einem Zollkontingentsansatz von 10 Rappen pro Dose in die Schweiz importiert werden.¹⁶ Auf eine Regelung zur Verteilung dieses Kontingents wird dabei verzichtet.¹⁷ Im Bereich des Vertriebs von Stiersamen sind in der Schweiz auch Importeure tätig, welche weder Prüfstiere halten noch ein Besamungsnetz betreiben.

⁸ BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.30, *TX Group AG/WEKO*, mit Verweis auf BVGer, B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2, *The Swatch Group AG/WEKO*.

⁹ RPW 1999/1, 88 Rz 63, *Verfügung vom 1. März 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

¹⁰ Vgl. hierzu RPW 1999/1, 85 f. Rz 49 f., *Verfügung vom 1. März 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

¹¹ RPW 1999/1, 92 Rz 84 Ziff. 1, *Verfügung vom 1. März 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

¹² BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.41, *TX Group AG/WEKO*.

¹³ Vgl. hierzu BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.47, *TX Group AG/WEKO*.

¹⁴ Ein Instrument zur Auswahl von Stieren ist dabei die genomische Selektion. Vgl. hierzu z.B. BauernZeitung vom 15.3.2021, *Kein Schwarz-Weiss-Denken bei der Genomischen Selektion*.

¹⁵ Vgl. BGer, 2A.453/2004 vom 23.3.2005, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/ X. _____ GmbH*.

¹⁶ Vgl. <www.blw.admin.ch> Markt > Einfuhr von Agrarprodukten > Samen von Stieren (12.5.2021). Die GEB ist kostenlos, unbefristet gültig und nicht übertragbar. Pro Partie «Samen von Stieren», die mittels dieses Kontingents importiert wird, wird zudem eine Gebühr von CHF 5 fällig (vgl. Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), Informationen zu Einfuhr landwirtschaftlicher Produkte, Stand Januar 2020, zu finden unter vorhergehendem Link unter «Dokumentation»). Die Höhe des Kontingents Nr. 12 «Samen von Stieren» beträgt 800'000 Dosen/Anwendungseinheiten (Anhang 3, Ziffer 2, der Verordnung vom 26.10.2011 über die Einfuhr von landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrareinfuhrverordnung, AEV; SR 916.01).

¹⁷ Vgl. Art. 33 der Verordnung vom 31.10.2012 über die Tierzucht (Tierzuchtverordnung, TZV; SR 916.310).

16. In ihrer Verfügung aus dem Jahr 1999 zur *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* grenzte die WEKO einen Markt für die künstliche Besamung von Rindern ab.¹⁸ Dabei erkannte sie, wie bereits in Rz 10 erwähnt, zwei Stufen der Leistungserbringung: erstens die Vermittlung von Stiersamen und zweitens die Applikation (Besamungsdienstleistungen). Da diese Stufen damals eng gekoppelt waren, fasste sie diese Stufen für die Beurteilung der Marktstellung des SVKB zusammen. Als Gründe für die enge Koppelung nannte sie u.a. die gesetzlichen Rahmenbedingungen und weitverbreitete Exklusivverträge zwischen Vermittlern von Stiersamen und Besamern. Zudem stellte sie in ihrer Verfügung fest, dass weder der Natursprung, welcher praktisch nur noch in der Eigenbestandsbesamung wichtig ist, noch der Embryotransfer, welcher vergleichsweise hohe Kosten verursacht, ausreichende Substitute für die künstliche Befruchtung darstellen. Eine Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes bezüglich der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen (Genetikentwicklung) wurde in der oben genannten Verfügung nicht vorgenommen.

17. Gemäss einem Entscheid des britischen Office of Fair Trading (OFT) aus dem Jahr 2008 werden zwei Arten von Rindersperma für die künstliche Besamung verwendet: Samen für Milchvieh und Samen für Fleischvieh. Aufgrund des damals in Grossbritannien hohen Anteils an Fleischvieh, welches per Natursprung besamt wurde, erwog das OFT, dass die Preise von Samen für Fleischvieh weiterhin stark durch die Möglichkeit des Natursprungs beschränkt werden. Es erachtete es dagegen als möglich, dass der Natursprung dem Samen für Milchkühe keine ausreichenden Preisbeschränkungen vorgibt. So ging das OFT in seiner Analyse schliesslich von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Samen für Milchvieh aus, grenzte diesen aber nicht endgültig ab.¹⁹

18. Gemäss einem Entscheid der französischen Wettbewerbsbehörde aus dem Jahr 2004 zu wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen im Bereich der künstlichen Besamung von Rindvieh koexistieren im Bereich der künstlichen Besamung von Rindern drei verschiedene, miteinander verbundene Märkte: erstens der Markt für die Samenübertragung, zweitens der Markt für die Samenproduktion und drittens damit verbundene Tätigkeiten wie die Ultraschalluntersuchung oder der Verkauf von Medikamenten.²⁰

19. In der nachfolgenden Analyse wird für die Tätigkeiten der Genetikentwicklung bis zur künstlichen Besamung von Rindvieh davon ausgegangen, dass die sachlich relevanten Märkte nach Marktstufen voneinander zu unterscheiden sind: erstens der **Genetikentwicklung** (Selektion von Stieren) und **Gewinnung von Stiersamen**, zweitens dem **Vertrieb von Stiersamen** und drittens der **künstlichen Besamung von Rindvieh** (d.h. den **Besamungsdienstleistungen**). Zudem wird für vorliegende Analyse davon ausgegangen, dass der Markt für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen weiter zu unterteilen ist in eigene sachlich relevante Märkte für einzelne Rindviehrassen resp. Gruppen von Rindviehrassen. Schliesslich kann eine genaue sachliche Abgrenzung der Märkte bezüglich vorgenannter Tätigkeiten offengelassen werden, da das Ergebnis

der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses bei jeder denkbaren diesbezüglichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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).

B.3.1.2.1. Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen

21. In den Jahren 2011–2020 wurden jährlich rund 0,39 Mio. bis 0,51 Mio. Stiersamendosen resp. Anwendungseinheiten in die Schweiz importiert.²¹ Handelspartner der Schweiz waren dabei verschiedene europäische Länder, die USA, Kanada, Australien und Neuseeland.²² Von anderen Gebieten wurde in jenen Jahren kein Rindersperma importiert.

22. Für nachfolgende Analyse wird davon ausgegangen, dass der Markt für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen resp. die einzelnen nach Rassen unterteilten Märkte für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen (vgl. Rz 19) im Prinzip räumlich weiter als schweizweit, z.B. als ein Gebiet, welches Europa, die USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst (vgl. Rz 21), abzugrenzen ist. Da die räumliche Verbreitung gewisser Rassen überwiegend oder fast ausschliesslich auf die Schweiz beschränkt ist, wird für nachfolgende Analyse davon ausgegangen, dass für diese Rassen der räumlich relevante Markt de facto schweizweit sein könnte. Schliesslich kann die genaue räumliche Abgrenzung der Märkte bezüglich Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlusses bei jeder denkbaren räumlichen Markt-Abgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.2.2. Vertrieb von Stiersamen

23. Unternehmen, welche in der Schweiz Stiersamen vertreiben, liefern diese, sofern sie nicht von eigenen Besamungstechnikern verwendet werden, hauptsächlich an Tierärzte, unabhängige Besamer und EBB. Diese drei Gruppen beziehen Samendosen vermutungsweise in der Regel direkt von Schweizer Produzenten (sowohl

¹⁸ RPW 1999/1, 84 ff. Rz 43 ff., *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

¹⁹ OFT, ME/3608/08 vom 14.5.2008, 4 ff. Rz 14 ff., *Completed acquisition by Genus plc of Local Breeders Limited*.

²⁰ Conseil de la concurrence, 04-D-49 vom 28.10.2004, 3 f. Rz 7 ff., *Décision relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine*.

²¹ Vgl. Aussenhandelsstatistik der Eidgenössischen Zollverwaltung, Swiss-Impex, Basisversion, <www.gate.ezv.admin.ch/swissimpex> (18.5.2021).

²² Dass Stiersamenimporte stattfinden, stellten auch die französische und die britische Wettbewerbsbehörde fest. Vgl. Conseil de la concurrence, 04-D-49 vom 28.10.2004, 4 Rz 15, *Décision relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine*; OFT, ME/1097/04 vom 8.7.2004, Rz 11, *Anticipated acquisition by Genus plc of Supersires Ltd*.

Schweizer Ware als auch importierte Ware) oder von Importeuren. So könnte der Umstand, dass der Transport von Samendosen tiefgekühlt (mit flüssigem Stickstoff) erfolgen muss, den Import von Kleinmengen unattraktiv machen. Ausserdem ist zu beachten, dass für die Einfuhr von Rindersperma in der Regel eine GEB erforderlich ist.²³

24. Den Markt für die künstliche Besamung von Rindern mit den Stufen der Vermittlung von Stiersamen und der Applikation grenzte die WEKO in ihrem Entscheid aus dem Jahr 1999 schweizweit ab.²⁴ Sie verwies dabei auf damals geltende, gesetzliche Regelungen und auf das Verhalten des SVKB und der Select Star SA (nachfolgend: Select Star) gegenüber ihren Abnehmern. Da sich die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen und auch die Wettbewerbssituation seither verändert haben, ist diese räumliche Marktabgrenzung für die heutige Situation nur noch bedingt relevant.

25. Das OFT legte für die Prüfung zweier Zusammenschlussvorhaben eine nationale Abgrenzung des Marktes für den Vertrieb von Stiersamen für Milchkühe und in einem Zusammenschlussvorhaben ebenfalls eine nationale Abgrenzung des Marktes für den Vertrieb von Stiersamen für Fleischrassen zugrunde.²⁵ Dabei ergaben Befragungen des OFT Hinweise darauf, dass Bauern und kleinere Besamungsdienstleistungsanbieter, trotz des hohen Importanteils von etwa 45 % für Rindersamen, nicht in der Lage sind, Stiersamen direkt von Anbietern im Ausland zu beziehen und dass sie die von ihnen nachgefragte Menge bei Importeuren und Detailhändlern in Grossbritannien erwerben müssen.²⁶

26. Vorliegend kann offengelassen werden, ob der Markt für den Vertrieb von Stiersamen räumlich schweizweit oder weiter abzugrenzen ist, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlusses bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.2.3. Besamungsdienstleistungen

27. Nachfrager von Besamungsdienstleistungen für Rindvieh sind Züchter, welche in der Regel nicht über die fachliche Qualifikation zur Samenübertragung verfügen. Ein Besamungstechniker muss gemäss einem Entscheid des OFT innerhalb einer vernünftigen Entfernung eines Bauernhofes ansässig sein, um die künstliche Besamung einer Kuh an jedem beliebigen Tag rasch organisieren zu können. So steht für die Besamung innerhalb des Zyklus einer Kuh ein Zeitfenster von gewöhnlich nicht mehr als 48 Stunden zur Verfügung, innerhalb welchem die Befruchtung am ehesten zu einer Schwangerschaft führt. Weiter zeigte das OFT auf, dass professionelle, unabhängige Besamer von Rindvieh nur ein relativ kleines Einzugsgebiet an Bauernhöfen innerhalb eines erreichbaren Radius, in der Regel vom eigenen Wohnort aus, bedienen. Schliesslich ging das OFT für seine Analyse jenes Zusammenschlussvorhabens von einer lokalen Abgrenzung des Marktes für professionelle Besamungsdienstleistungen für Rindvieh aus, dies ohne eine abschliessende diesbezügliche Abgrenzung vorzunehmen.²⁷ Wie bereits erwähnt, grenzte die WEKO den Markt für die künstliche Besamung von Rindern mit u.a. der Stufe der Applikation in ihrem Entscheid aus dem Jahr 1999 schweizweit ab (vgl. Rz 24).

28. Für nachfolgende Analyse wird davon ausgegangen, dass der Markt für die künstliche Besamung von Rindvieh (Besamungsdienstleistungen) räumlich schweizweit oder enger abzugrenzen ist. Schliesslich kann die räumliche Abgrenzung dieses sachlichen Marktes offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlusses bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

29. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.3.2.1 Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen

30. Beide Zusammenschlussparteien sind in der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen tätig. Während NGG lediglich Jungtiere der Rasse Brown Swiss (BS) hält und diese allesamt in den USA, hält Swisshgenetics BS-Jungtiere und Jungtiere einer Reihe weiterer Rassen, so u.a. von Red Holstein (RH), Swiss Fleckvieh (SF), Simmental (SI) und Original Braunvieh (OB), allesamt in der Schweiz. Swisshgenetics schätzt die Anzahl an BS-Jungtieren für ein Gebiet, welches Europa, USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst (vgl. Rz 21 f.), für das Geschäftsjahr 2019/2020 auf insgesamt 500 Tiere²⁸, wobei deren [...] auf Swisshgenetics und deren [...] auf NGG entfallen. Damit ergibt sich ein Marktanteil von Swisshgenetics von rund [0–10] %, von NGG von rund [0–10] % und ein kumulierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien in diesem Markt von rund [0–10] %. Es liegt somit kein betroffener Markt mit Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU in den Märkten betreffend Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen vor, so dass bezüglich dieses sachlichen Marktes von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden kann.

²³ Vgl. Anhang 1 Ziffer 2 AEV.

²⁴ RPW 1999/1, 87 Rz 55–57, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

²⁵ OFT, ME/3608/08 vom 14.5.2008, 6 Rz 21 ff., *Completed acquisition by Genus plc of Local Breeders Limited.*; OFT, ME/1097/04 vom 8.7.2004, Rz 11 ff., *Anticipated acquisition by Genus plc of Supersires Ltd.*

²⁶ OFT, ME/1097/04 vom 8.7.2004, Rz 11 f., *Anticipated acquisition by Genus plc of Supersires Ltd.*

²⁷ OFT, ME/1097/04 vom 8.7.2004, Rz 15 und 20 ff., *Anticipated acquisition by Genus plc of Supersires Ltd.*

²⁸ Darin eingerechnet 30 Tiere in Russland.

31. Gestützt auf Angaben von Swissgenetics bezüglich der von ihr im Geschäftsjahr 2019/2020 gehaltenen Jungstiere und der von ihr für diesen Zeitraum für vorgenanntes Gebiet geschätzten Gesamtbestände an Jungstieren je Rasse ergeben sich auch keine betroffenen Märkte ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU in den Märkten betreffend Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen in einem Gebiet, welches Europa, USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst. Für ihre Schätzung der Gesamtbestände an SF- und an OB-Jungstieren berücksichtigte Swissgenetics u.a. auch Österreichisches Originalbraunvieh und Deutsches Fleckvieh.²⁹ Bei einer allfälligen engeren sachlichen Abgrenzung dieser Rassen ist allerdings nicht auszuschliessen, dass es bezüglich der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen zu einem oder mehreren betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt. Auf diesen Märkten ändern sich die Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss nicht. Somit bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bezüglich dieser Märkte eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Deshalb wird auf diese Märkte nicht weiter eingegangen.

B.3.2.2 Vertrieb von Stiersamen

32. Im Geschäftsjahr 2019/2020 setzte Swissgenetics in der Schweiz rund [...] Mio. Stiersamendosen an eigene Besamer, Vertragspartner, Eigenbestandsbesamer, Tierärzte ohne Vertrag mit Swissgenetics und an unabhängige Besamer ab, während NGG in jenem Zeitraum zwar eigene Stiersamendosen in die Schweiz, nämlich an Swissgenetics lieferte, diese aber nicht selbst in der Schweiz vertrieb. Bei einem geschätzten, schweizweiten Gesamtmarkt für den Vertrieb von Stiersamen von 1,76 Mio. Stiersamendosen für das Geschäftsjahr 2019/2020³⁰ ergibt sich somit ein Marktanteil von Swissgenetics von rund [40–50] % und damit ein betroffener Markt ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Ein betroffener Markt mit Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ergibt sich für den Vertrieb von Stiersamen weder bei einer schweizweiten Abgrenzung noch bei einer weiteren als schweizweiten Abgrenzung.

33. Als BS-Genetikentwickler und Produzent von BS-Samendosen ist NGG nicht nur im gleichen Markt wie Swissgenetics tätig (vgl. Rz 30), sondern auch in einem Markt, welcher dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von Stiersamen vorgelagert ist. Wie bereits in Rz 4 erwähnt, verkauft NGG ihr Rindersperma ausschliesslich über Swissgenetics. Gemäss den Leitlinien der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse werden einer Fusion Abschottungseffekte zugeschrieben, wenn sie den Zugang tatsächlicher oder potentieller Wettbewerber zu Produktionsmitteln oder Märkten behindert oder unmöglich macht und dadurch die Konkurrenzfähigkeit dieser Unternehmen einschränkt.³¹ Zwei Formen der Abschottung können gemäss der EU-Kommission unterschieden werden: die Abschottung von den Einsatzmitteln und die Abschottung von den Kunden.³²

34. Vorliegend ist weder eine Abschottung von den Einsatzmitteln noch eine Abschottung von den Kunden zu

erwarten. So bieten nebst Swissgenetics und NGG eine Reihe weiterer Unternehmen BS-Samendosen an, die prinzipiell als Lieferanten von Konkurrenten von Swissgenetics im schweizweiten Vertrieb von Samendosen in Frage kommen. Zudem bleiben Wettbewerbern der Zusammenschlussparteien im Markt für BS-Genetikentwicklung und Gewinnung von BS-Stiersamen genügend Unternehmen, die als Abnehmer ihrer Produkte in Frage kommen, sollten sie Swissgenetics nicht oder nicht mehr beliefern können, insbesondere auch Abnehmer in anderen Ländern als der Schweiz. Deshalb führt der vorliegende Zusammenschluss bezüglich des Vertriebs von Stiersamen zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Somit bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bezüglich dieses Markts eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.3.2.3 Besamungsdienstleistungen

35. Zwei Unternehmen haben in der Schweiz ein überregionales Besamungsnetz: Swissgenetics, welches gemäss eigenen Angaben in der gesamten Schweiz tätig ist,³³ und Select Star mit einem Besamungsnetz von aktuell rund 180 Besamern (Tierärzte als auch Besamungstechniker)³⁴.

36. Geschätzt rund [60–70] % der in der Schweiz künstlich besamten Kühe im Jahr 2019 erfolgten durch Besamungstechniker von Swissgenetics und weitere rund [10–20] % durch Vertragstierärzte von Swissgenetics³⁵, womit rund [70–80] % sämtlicher erfolgreicher, künstlicher Besamungen auf das Swissgenetics-Besamungsnetz zurückzuführen sind.³⁶ Damit beträgt der Marktanteil

²⁹ Gemäss Swissgenetics bezeichnen die verschiedenen Länder (Swiss) Fleckvieh und Originalbraunvieh aus marketingtechnischen Gründen länderspezifisch, es handle sich dabei aber um grundsätzlich vergleichbare Rassen.

³⁰ Stiersamendosen = deckfähiger Rindviehbestand * (1 – Natursprunganteil) * durchschnittliche Anzahl Besamungen pro Kuh; deckfähiger Rindviehbestand = Milchkühe + Andere Kühe + ½ «weibliche Rinder 365 – 730 Tage» gemäss Agristat, Milchstatistik der Schweiz 2019, Seite 18 Tabelle 2.7, <www.sbv-usp.ch/de/services/agristat-statistik-der-schweizer-landwirtschaft/milchstatistik> (2.6.2021); Schätzung von Swissgenetics, dass 20 % Kühe per Natursprung besamt werden; durchschnittliche Anzahl Besamungen pro Kuh von 2,8 gemäss Schätzung von Swissgenetics.

³¹ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S. 6, Rz 29 (nachfolgend: Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse).

³² Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 31), Rz 30.

³³ Vgl. Swissgenetics, Website, <swissgenetics.ch/dienstleistungen/besamungsdienst> (18.5.2021).

³⁴ Vgl. Select Star, Website, <www.selectstar.ch/besamungsnetz.aspx> (18.5.2021).

³⁵ Vertragstierärzte von Swissgenetics beziehen von Swissgenetics die technische Infrastruktur für die Besamung gegen Entschädigung und erhalten ein Kommissionslager an Samendosen.

³⁶ Künstlich besamte Kühe = deckfähiger Rindviehbestand * (1 – Natursprunganteil); deckfähiger Rindviehbestand und Schätzung Natursprunganteil gemäss Fn 30; durch Besamungstechniker resp. Vertragstierärzte von Swissgenetics besamte Kühe gemäss Schätzung Swissgenetics.

teil von Swissgenetics im schweizweiten Markt für Besamungsdienstleistungen für 2019 mindestens rund [70–80] %.³⁷ NGG bietet keine Besamungsdienstleistungen an, weder in den USA noch ausserhalb von den USA. Somit kommt es durch vorliegenden Zusammenschluss im schweizweiten Markt für Besamungsdienstleistungen und bei einer allfälligen weiteren Unterteilung in lokale Märkte zumindest in gewissen dieser Märkte zu betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

37. Durch den Zusammenschluss ändern sich die Wettbewerbsverhältnisse im schweizweiten Markt für Besamungsdienstleistungen resp. in den diesbezüglichen regionalen Märkten nicht. Somit bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bezüglich dieses Markts eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Deshalb wird auf diesen Markt nicht weiter eingegangen.

B.3.3 Ergebnis

38. Die vorläufige Prüfung ergibt aus vorgenannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung von Swissgenetics im schweizerischen Markt für KB gemäss dem Entscheid der WEKO aus dem Jahr 1999 (vgl. Rz 1) verstärken wird oder eine solche in einem oder mehreren anderen Märkten begründen wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

³⁷ Künstliche Besamungen werden auch durch EBB vorgenommen. Für vorliegenden Zusammenschluss wird davon ausgegangen, dass solche Besamungen nicht Teil des relevanten Marktes für Besamungsdienstleistungen sind, da EBB vermutlich überwiegend nur ihren eigenen Kuhbestand besamen.

B 2.3

5. DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. Juli 2021

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. Juli 2021

1. Am 30. Juni 2021 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die DSV Panalpina A/S (nachfolgend: DSV) die Agility Logistics International B.V. und die Agility International GIL Holdings I Limited (nachfolgend: GIL) von der Agility Public Warehousing Company K.S.C.P. (nachfolgend: Agility) zu erwerben.

2. DSV ist ein globales, nicht-Asset-basiertes Spediti- ons- und Logistikunternehmen, das in den Bereichen Strassen-/Land-, Luft- und Seefrachtspedition sowie Logistiklösungen tätig ist. Alle Tätigkeiten der DSV-Gruppe beziehen sich auf diese Kernaktivitäten. DSV bietet ein weltweites Netzwerk für See- und Luftfracht, ein europaweites Netzwerk für Strassenfrachttransporte sowie Kontraktlogistik-/Lageraktivitäten von verschiedenen Standorten innerhalb des EWR, der Schweiz und weiteren Orten an. DSV hat den Hauptsitz in Dänemark und ist an der NASDAQ Copenhagen A/S kotiert.¹

3. GIL ist ein globaler Transport- und Logistikanbieter von Spediti- onsdienstleistungen auf dem Land-, Luft- und Seeweg sowie von Kontraktlogistikdienstleistungen in mehr als 100 Ländern. GIL ist die globale Logistiksparte von Agility.² Agility ist gemäss Meldung weltweit tätig und konzentriert sich auf Schwellenländer. Nebst GIL betreibt und entwickelt Agility insbesondere Lager- und Leichtindustrieparks im gesamten Nahen Osten, Afrika und Asien.³

4. Gemäss dem Aktienkaufvertrag vom 27. April 2021 beabsichtigt DSV, von Agility und Agility GIL B.V.⁴ 100% der Anteile an GIL zu erwerben.⁵ Die Transaktion stellt deshalb einen Erwerb alleiniger Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁶ dar.

5. Als Grund für das Zusammenschlussvorhaben gibt die Meldung an, dass die Kombination der beiden globalen Netzwerke von DSV und GIL es DSV ermöglichen werde, ihren Kunden ein noch höheres Serviceniveau zu bieten. Die Marktposition von GIL im Raum Asien-Pazifik (APAC) und im Nahen Osten (ME) ergänze das Netzwerk von DSV gut und werde die langfristigen Wertschöpfungsambitionen von DSV unterstützen. Darüber hinaus würden sich DSV und GIL gegenseitig ergänzen und die gleichen Verpflichtungen und hohen Standards für unternehmerische Verantwortung und Nachhaltigkeit teilen. Zudem seien Akquisitionen ein integraler Be-

standteil der DSV-Strategie und DSV habe einen Leistungsausweis von erfolgreichen Integrationen.⁷

6. DSV und GIL erzielten im Geschäftsjahr 2020 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.

7. Das Zusammenschlussvorhaben ist am 25. Juni 2021 auch in der EU angemeldet worden.⁸ Die EU-Kommission hat noch keinen Entscheid gefällt.

8. Die Parteien sind gemäss Meldung in der Schweiz in den Bereichen Luftfracht-Spedition, Seefracht-Spedition, Bodenfracht-Spedition sowie Kontraktlogistikdienstleistungen tätig.⁹

9. In Anlehnung an die Praxis in der EU grenzen die Schweizer Wettbewerbsbehörden im Bereich der Spedition sachliche Märkte für Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Spedition ab.¹⁰ Spedition kann als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen enthalten (so z. B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW (Land), Flugzeug (Luft) oder Schiff (Wasser) erfolgen. Der Spediteur ist meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien (z.B. Reedereien oder Fluggesellschaften) ein. Als direkte Marktgegenseite sind Personen oder Unternehmen zu bezeichnen, welche Waren oder Güter versenden wollen.¹¹

¹ Meldung, Rz 5.

² Meldung, Rz 8.

³ Meldung, Rz 15.

⁴ Agility GIL B.V. mit Sitz in den Niederlanden ist eine [...] %-Tochtergesellschaft von Agility; vgl. Meldung, Beilage 5.

⁵ Meldung, Rz 18 ff. und Beilage 5.

⁶ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁷ Meldung, Rz 23 ff.

⁸ Meldung, Beilage 1.

⁹ Meldung, Rz 28.

¹⁰ RPW 2013/2, 183 Rz 201, *Abrede im Spediti- onsbereich*; RPW 2017/3, 478 Rz 96, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2017/4, 596 Rz 87, *HSDG/Maersk Line A/S*.

¹¹ Vgl. RPW 2013/2, 183 Rz 201, *Abrede im Spediti- onsbereich*; RPW 2017/3, 478 Rz 96, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2017/4, 596 Rz 87, *HSDG/Maersk Line A/S*.

10. Ein starker Hinweis dafür, dass eine Unterteilung in Bodenfracht-, Luftfracht- und See-fracht-Speditionsmärkte sachgerecht ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass die Speditions-unternehmen und die Speditionsverbände in der Regel selber diese Transportarten unterscheiden und auch entsprechend organisiert und strukturiert sind. Des Weiteren unterscheiden sich Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Speditionsdienstleistungen für den Kunden stark bezüglich verschiedener Faktoren – u.a. Geschwindigkeit und Tarifstruktur.¹²

11. Gemäss Meldung liegt der gemeinsame Anteil der Parteien auf dem Markt für Luftfracht-Spedition in der Schweiz nach dem Zusammenschluss bei [10-20] %. Weder die Gesamtumsatzzahlen noch die Umsätze der Akteure auf diesem Markt sind publiziert. Die Parteien haben den gesamten Marktumsatz daher basierend auf Statistiken der International Air Transport Association (IATA; erfasst wird das transportierte Frachtgewicht) sowie veröffentlichten globalen Unternehmensergebnissen geschätzt. Gestützt auf diese Zahlen nehmen die Parteien an, dass der gesamte Marktumsatz für Schweizer Luftfracht-Spedition CHF 1'361 Mio. beträgt. Dabei sind die Parteien davon ausgegangen, dass alle anderen Luftfracht-Speditionsunternehmen dasselbe Umsatz/Tonne-Verhältnis wie DSV haben (CHF [...]t). Dies sei eine vorsichtige Arbeitshypothese im Rahmen der vorliegenden Zusammenschlusskontrolle, da z. B. GIL deutlich höhere Umsätze pro Tonne erzielt habe (CHF [...]t). Die Parteien gehen daher effektiv von noch tieferen gemeinsamen Marktanteilen aus.¹³

12. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO eine nationale räumliche Marktabgrenzung der Luftfracht-Spedition erwogen, die genaue räumliche Abgrenzung aber offengelassen.¹⁴ Im vorliegenden Fall liegt gemäss den Angaben der Parteien auch bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung kein betroffener Markt vor. Daher kann vorliegend auf eine definitive räumliche Marktabgrenzung verzichtet werden.

13. Im Bereich der Luftfracht-Spedition in der Schweiz sind mit DHL, Schenker Schweiz AG, Bolloré Logistics Suisse SA, Kühne und Nagel A.G. und Fiege Forwarding Schweiz LTD noch diverse weitere grössere Konkurrenten tätig. Zudem sind aktuell rund 150 kleinere Unternehmen in diesem Bereich tätig.¹⁵ Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass im Bereich der Luftfrachtspedition eine marktbeherrschende Stellung aufgrund des Zusammenschlusses begründet oder verstärkt würde.

14. Die Parteien beziffern ihren gemeinsamen Anteil auf dem Markt für Seefracht-Spedition in der Schweiz nach dem Zusammenschluss auf [0-10] %.¹⁶ Insofern handelt es sich auch bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung nicht um einen betroffenen Markt. Zum Zweck der vorliegenden Analyse kann die räumliche Marktabgrenzung wie bislang offen gelassen werden.¹⁷

15. Die WEKO hat bei der sachlichen Marktabgrenzung innerhalb der Bodenfracht-Spedition verschiedene Segmente erwogen, jedoch im Ergebnis offen gelassen, ob diese Segmente eigene sachliche Märkte darstellen.¹⁸ Die Parteien sind der Auffassung, dass der Markt der Bodenfracht-Spedition nicht in weitere Segmente unterteilt werden sollte. Insbesondere sei eine Unterteilung

der Bodenfracht-Spedition in Schienen- und Strassen-spedition und eine weitere Unterteilung in Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr und Transitverkehr nicht erforderlich.¹⁹

16. In der Meldung stellen die Parteien geschätzte Anteile für Speditionsleistungen für reine Strassentransporte, für reine Schienentransporte sowie für Schienen- und Strassentransporte, unterteilt nach den Teilbereichen Binnenverkehr und internationalem Verkehr, zur Verfügung. Den Parteien würden jedoch keine Daten vorliegen, die zwischen Import-/Exportverkehr und Transitverkehr unterscheiden. Ohne diese zusätzliche Segmentierung weisen die Parteien in den sachlich relevanten Märkten Anteile von unter [0-10] % aus; für alle Tätigkeiten im Bereich der Bodenfracht-Spedition gesamthaft [0-10] %.²⁰ Insofern liegen unabhängig davon, ob der Bereich der Bodenfracht-Spedition weiter zu segmentieren ist, offensichtlich keine betroffenen Märkte vor. Zum Zweck der vorliegenden Analyse kann die definitive Marktabgrenzung daher offengelassen werden.

17. Weiter grenzt die WEKO sachlich einen Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen ab. Kontraktlogistik bezeichnet die Vergabe verschiedener Logistik-tätigkeiten an einen Logistikdienstleister über langfristige Verträge (Kontrakte). Der Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen umfasst Leistungen, die nicht nur Transport und Zustellung umfassen, sondern auch Distributionsleistungen wie Bestellmanagement, Versandvorbereitung, Versand und Transport, Finanzmanagement sowie weitere «Value Added-Services». Weitere spezifische Aufgaben des Kontraktlogistiklers sind Endmontage, Konfektionierung, Verpackung, Qualitätskontrolle und Lagerbewirtschaftung.²¹ In ihrer bisherigen Praxis ist die WEKO von einer zumindest nationalen Dimension der Kontraktlogistikdienstleistungen ausgegangen.²² Die Parteien betrachten den räumlichen Markt hingegen als mindestens europaweit (EWR und Schweiz).²³

18. Gemäss Meldung haben die Parteien auf dem Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen in der Schweiz einen Anteil von [0-10] %.²⁴ Auch bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung liegt somit offensichtlich kein betroffener Markt vor. Daher kann vorliegend auf eine definitive räumliche Marktabgrenzung verzichtet werden.

¹² RPW 2013/2, 184 Rz 206 f., *Abrede im Speditionsbereich*.

¹³ Meldung, Rz 37 und Beilage 6.

¹⁴ RPW 2013/2, 185 Rz 214, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁵ Meldung Rz 38 und Beilage 6.

¹⁶ Meldung, Rz 42.

¹⁷ RPW 2013/2, 185 Rz 214, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁸ RPW 2020/4b, 1939 ff. Rz 182 ff., *SBB Cargo*; RPW 2020/2, 688 Rz. 270, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2013/4, 679 Rz. 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

¹⁹ Meldung, Rz 46 ff.

²⁰ Meldung, Rz 51 ff.

²¹ RPW 2020/4b, 1943 Rz 212, *SBB Cargo*; RPW 2016/3, 759 Rz 44 f., *7Days Group/Güll-Gesellschaften*; RPW 2016/3, 785 Rz 48, *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*; RPW 2015/3, 468 Rz 46, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

²² RPW 2020/4b, 1943 Rz 215, *SBB Cargo*; RPW 2016/3, 760 Rz 50, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*; RPW 2016/3, 786 Rz 63, *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*; RPW 2015/3, 468 Rz 51, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

²³ Meldung, Rz 55.

²⁴ Meldung, Rz 56.

19. Aufgrund der Marktanteile der Parteien liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU²⁵ vor. Zudem sind in den sachlich relevanten Speditionsmärkten und im Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen noch diverse weitere grössere Akteure tätig. Insofern wird der Wettbewerb durch den Zusammenschluss nicht nachhaltig beeinträchtigt.

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.

²⁵ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

B 2	4. Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart Sanctions selon l'article 50 ss LCart Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
B 2.4	1. A SA / B SA

Décision du 28 juin 2021 en l'affaire procédure de sanction 32-0224/04 selon les art. 52 et 53 LCart concernant l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart contre

1. [A SA][...],
2. [B SA] [...].

A Etat de fait

1. Dans la procédure « 32-0224: Swatch Group Lieferstopp », la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO) a approuvé, par décision du 21 octobre 2013, l'accord amiable conclu entre The Swatch Group SA (ci-après: Swatch Group) et le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Secrétariat) concernant l'arrêt, par Swatch Group, des livraisons de mouvements mécaniques.¹ Par cet accord amiable, Swatch Group a pris certains engagements en matière de livraison de mouvements mécaniques par ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ci-après: ETA), une filiale de Swatch Group. L'accord devait prendre fin le 31 décembre 2019.² Dans sa décision, la COMCO s'est toutefois réservée le droit, conformément à l'art. 30 al. 3 LCart³, de revenir sur sa décision, c'est-à-dire de la révoquer ou de la modifier si les conditions du marché ne se développaient pas comme prévu et si le nombre de mouvements mécaniques disponibles sur le marché pour les fabricants horlogers s'avérait insuffisant à partir de 2020.⁴

2. Le 13 novembre 2018, le Secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, a ouvert la procédure « 32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung » (ci-après: procédure de révision) en application de l'art. 30 al. 3 LCart.⁵ L'ouverture de cette procédure a été motivée par des éléments indiquant que les conditions du marché n'avaient pas évolué de la manière prévue au moment de la décision initiale et que des sources d'approvisionnement alternatives ne seraient pas disponibles en quantités suffisantes à partir de 2020 pour répondre à la demande de mouvements mécaniques des fabricants horlogers.⁶ L'ouverture de la procédure a été publiée le 20 novembre 2018 dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et dans la Feuille fédérale (FF).⁷

3. Les parties à la procédure de révision étaient Swatch Group ainsi qu'un concurrent d'ETA. L'objet de la procédure de révision a nécessité une analyse de la situation actuelle du marché et du niveau de concurrence, notamment dans le domaine des mouvements mécaniques.⁸ Pour effectuer cette analyse, il était nécessaire que les fabricants de mouvements mécaniques fournissent des informations sur les conditions du marché et sur le niveau de concurrence dans le domaine des mou-

vements mécaniques. À partir de décembre 2018, le Secrétariat a donc envoyé un questionnaire à plusieurs fabricants de mouvements mécaniques, dont [A SA]⁹ (ci-après: [A SA]) et [B SA]¹⁰ (ci-après: [B SA]),¹¹ tous les deux basés à [...]. Les deux sociétés appartiennent au même groupe d'entreprises et sont réunies sous une direction unique.¹²

4. Par courrier du 20 février 2019, [A SA] a répondu au questionnaire envoyé par le Secrétariat.¹³ Par courrier du 7 mars 2019, le Secrétariat lui a demandé des précisions à travers des questions supplémentaires (ci-après: questions supplémentaires). Par courrier du 16 mai 2019, lesdites questions supplémentaires ont été à nouveau concrétisées selon les actes reçus¹⁴. Aucune réponse aux questions supplémentaires n'a été donnée. En outre, [B SA] n'a pas du tout répondu au questionnaire initial.¹⁵

5. Le Secrétariat a prié à plusieurs reprises [A SA] et [B SA], par écrit, par téléphone ainsi que par courriel, de répondre au questionnaire ainsi qu'aux questions supplémentaires.¹⁶ Bien que [A SA] et [B SA] aient déclaré qu'elles répondraient au questionnaire ainsi qu'aux questions supplémentaires,¹⁷ le Secrétariat n'a reçu aucune réponse.

6. Le 11 novembre 2019, le Secrétariat a téléphoné à [A SA] et [B SA] pour qu'elles s'exécutent. Lors de la conversation téléphonique, le Secrétariat a attiré leur attention sur le fait que s'il ne recevait pas de réponse avant le 25 novembre 2019, une décision constatant l'obligation de renseigner serait rendue; cette dernière étant soumise à des émoluments.¹⁸ Malgré cet avertissement, le Secrétariat n'a reçu aucune réponse.

¹ Cf. DPC 2014/1, 215, *Swatch Group Lieferstopp*.

² Cf. DPC 2014/1, 215, *Swatch Group Lieferstopp*.

³ Loi fédérale du 6.10.1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

⁴ DPC 2014/1, 284 N 491, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵ A 5, p. 1 ss.

⁶ A 5, p. 1 ss.

⁷ A 5, p. 1.

⁸ A 5, p. 1 ss.

⁹ Registre du Commerce du Canton de Neuchâtel, CHE-[...].

¹⁰ Registre du Commerce du Canton de Neuchâtel, CHE-[...].

¹¹ A 5, p. 8 ss; A 6, p. 1 ss.

¹² A 6, p. 90. [...] est l'unique conseil d'administration de [A SA] et [B SA].

¹³ Cf. A 5, pp. 41 ss et 60 ss.

¹⁴ A 5, p. 79 ss.

¹⁵ Cf. A 6, p. 30 ss et 59 ss.

¹⁶ Cf. A 5, p. 6.

¹⁷ Cf. A 5, p. 6.

¹⁸ Cf. A 5, p. 6.

7. Par deux lettres séparées et datées du 16 décembre 2019, le Secrétariat a adressé à [A SA] et [B SA], une décision relative à l'obligation de renseigner (ci-après: décision sur l'obligation de renseigner).¹⁹ Conformément à ces décisions, [A SA] et [B SA] étaient enjoins de répondre au questionnaire respectivement aux questions supplémentaires concernant [A SA] dans un délai de 30 jours suivant la notification.

8. [A SA] a reçu la décision sur l'obligation de renseigner le 17 décembre 2019 et [B SA] le 24 décembre 2019.²⁰ Les autorités de la concurrence n'ont toutefois pas reçu de réponses dans le délai imparti. Les décisions sur l'obligation de renseigner n'ayant fait l'objet d'aucun recours, elles sont entrées en force.

9. Le 13 juillet 2020, la COMCO a rendu sa décision relative à la procédure de révision.²¹ Dans cette décision, elle est arrivée à la conclusion qu'aucune obligation ne devait être imposée à sa filiale ETA. ETA demeure toutefois en position dominante sur le marché des mouvements mécaniques Swiss made et reste ainsi soumise aux contrôles cartellaires. Cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours et est par conséquent entrée en force.

10. Le 27 novembre 2020, le Secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, a ouvert la procédure de sanction « 32-0224/04: possible inobservation de l'obligation de renseigner » (ci-après: la présente procédure) à l'encontre de [A SA] et [B SA] sur la base de l'art. 53 en relation avec l'art. 52 LCart. Par lettre datée du même jour, le Secrétariat a informé les deux parties de l'ouverture de la présente procédure et leur a donné la possibilité de prendre position jusqu'au 11 janvier 2021.²² Aucune prise de position n'a été adressée au Secrétariat par les parties.

11. Le 12 mai 2021, le Secrétariat a envoyé à [A SA] et [B SA] sa proposition datée du 11 mai 2021 et leur a donné l'accès au dossier, en leur impartissant un délai de deux semaines pour prendre position.²³

12. Les autorités de la concurrence n'ont pas reçu de prise de position de la part de [A SA] et/ou de [B SA] dans le délai imparti. La Secrétariat a donc transmis à la COMCO sa proposition initiale. Suite à une délibération, la COMCO a rendu la présente décision le 28 juin 2021.

B Considérants

B.1 Champ d'application de la LCart

13. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

14. La présente procédure de sanction selon l'art. 53 en relation avec l'art. 52 LCart est une procédure subséquente qui est accessoire à une procédure principale ouverte sur la base des art. 26 ss LCart. Partant, il n'est pas nécessaire d'examiner si elle a pour objet des accords illicites entre des entreprises ou une pratique illicite d'entreprise ayant une position dominante (art. 5 ss LCart). Il suffit en effet que la LCart s'applique aux questions examinées dans la procédure principale dans le cadre de laquelle les mesures d'enquête ont été prises.

15. En l'occurrence, les requêtes d'informations du Secrétariat et les décisions subséquentes sur l'obligation de renseigner à l'encontre de [A SA] et [B SA] ont été prises dans le cadre de la procédure de révision (cf. N 3 ss). Cette procédure constituait elle-même une procédure subséquente accessoire à la procédure « 32-0224: Swatch Group Lieferstopp » (cf. N 1 s.), enquête au sens de l'art. 27 LCart.²⁴ La procédure de révision avait pour but d'examiner si Swatch Group/ETA abusait de sa position dominante, raison pour laquelle l'affaire tombait sous le champ d'application personnel et matériel de la LCart.²⁵ Les mêmes considérations valent pour les procédures accessoires résultant de cette procédure de révision, en particulier pour la présente procédure de sanction au sens de l'art. 53 LCart.

16. La LCart était également applicable à la procédure « 32-0224: Swatch Group Lieferstopp » d'un point de vue géographique (cf. art. 2 al. 3 LCart), la même chose vaut pour la présente procédure de sanction.

B.2 Compétence

17. En vertu de l'art. 53 LCart, les cas d'inobservation de l'obligation de renseigner sont instruits par le Secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, et la COMCO est compétente pour statuer. Ainsi, la COMCO est compétente pour statuer dans la présente procédure de sanction.

B.3 Le droit procédural applicable

18. En règle générale, les dispositions de la PA²⁶ sont applicables aux procédures de sanction selon les art. 52 et 53 LCart (cf. art. 39 LCart).²⁷ Comme la sanction prévue à l'art. 52 LCart a un caractère quasi-pénal²⁸, les dispositions de la CEDH²⁹ doivent également être prises en considération, en tant que leur application est objectivement justifiée.³⁰

¹⁹ A 1, p. 2.

²⁰ A 7.

²¹ Cf. Décision de la COMCO du 13.7.2020, *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*, disponible sous: <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>> (28.6.2021).

²² A 3, 4.

²³ A 8–12.

²⁴ Cf. DPC 2014/1, 215, *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁵ Cf. DPC 2014/1, 223 N 80 ss, *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁶ Loi fédérale du 20.12.1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

²⁷ DPC 2006/1, 146 N 40 ss, *Sanktionsverfahren Unique*; DPC 2009/4, 462 N 11, 7x2 AG.

²⁸ En ce qui concerne l'art. 49a LCart, cf. ATF 139 I 72 consid. 2.2.2; la même chose vaut pour la sanction selon l'art. 52 LCart, cf. MICHAEL TSCHUDIN, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (éd.), 2018, art. 52 N 4.

²⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4.11.1950 (CEDH; RS 0.101).

³⁰ Cf. DPC 2009/4, 462 N 11, 7x2 AG.

B.4 Sanction selon l'art. 52 LCart

B.4.1 Remarques générales

19. Selon l'art. 52 LCart, l'entreprise qui n'aura pas exécuté son obligation de renseigner ou de produire des documents, ou ne l'aura fait qu'en partie, sera tenue au paiement d'un montant de 100'000 francs au plus. Cette sanction sert à faire respecter l'obligation de renseigner prévue à l'art. 40 LCart.³¹ Elle n'est exclue ni par la réponse ultérieure aux questions qui faisaient l'objet de la décision sur l'obligation de renseigner entrée en force,³² ni par la clôture de la procédure dans le cadre de laquelle les mesures d'enquête ont été prises.

B.4.2 Conditions préalables

B.4.2.1 Eléments constitutifs de l'art. 52 LCart

20. Les éléments constitutifs de l'art. 52 LCart doivent être remplis pour qu'une sanction puisse être mise à la charge des parties à la présente procédure. Pour cela, il faut qu'une « entreprise » (cf. N 21 ss) ait commis une « inobservation de l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart » (cf. N 25 ss).

B.4.2.1.1 L'entreprise

21. Pour la notion d'entreprise, il est renvoyé à l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart.³³ Selon cet article, cette notion comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique.

22. Conformément au Message du Conseil fédéral relatif à la LCart de 1995, on entend par entreprise tout acteur qui produit des biens et des services et participe de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. Même si le critère de l'indépendance n'a pas été intégré dans la définition légale introduite lors de la révision de la LCart de 2003 (cf. art. 2 al. 1^{bis} LCart), il demeure un critère pertinent pour l'appréciation de la notion d'entreprise.³⁴ Partant, la notion d'entreprise au sens de la LCart est soumise aux conditions de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart ainsi qu'à une participation indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.

23. Dans le cas d'espèce, [A SA] est un acteur qui produit et offre des mouvements mécaniques (cf. N 3).³⁵ Selon le Registre du commerce du canton de Neuchâtel, c'est également le cas de [B SA].³⁶ Bien qu'il s'agisse de deux sociétés ayant une personnalité juridique propre du point de vue du droit des sociétés, les deux sociétés ne sont pas indépendantes d'un point de vue économique; elles appartiennent au même groupe d'entreprises réuni sous une direction unique (cf. N 3). D'un point de vue économique, c'est ainsi le « groupe [X] », constitué de [A SA], [B SA] et d'autres sociétés (ci-après: le groupe [X]),³⁷ qui est engagé dans le processus économique.

24. En conséquence, le groupe [X] doit être considéré comme une entreprise au sens de l'art. 52 LCart.

B.4.2.1.2 L'inobservation de l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart

25. L'art. 52 LCart sanctionne l'inobservation de l'obligation de renseigner prévue à l'art. 40 LCart. En vertu de l'art. 40 LCart, les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, les parties à des fusions et les tiers concernés doivent fournir aux autorités de la concurrence toutes les informations nécessaires à leurs enquêtes et fournir les pièces nécessaires. Toutefois, une sanction n'est possible que si l'entreprise s'est vue notifier personnellement une décision sur l'obligation de renseigner claire et exécutoire et si l'entreprise n'a pas donné suite à cette décision.³⁸ Bien qu'il ne soit pas nécessaire que la décision soit définitive³⁹, la COMCO s'abstient généralement d'imposer une sanction si la décision sur l'obligation de renseigner n'est pas encore entrée en force.⁴⁰

26. En l'espèce, le groupe [X] a reçu deux décisions des autorités de la concurrence sur l'obligation de renseigner. Conformément à ces décisions, [A SA] et [B SA] devaient répondre au questionnaire ainsi qu'aux questions supplémentaires dans les 30 jours suivant la notification desdites décisions.⁴¹ Le questionnaire et les questions supplémentaires se trouvaient en annexe de ces décisions.⁴² Les deux décisions étaient donc claires et exécutoires. Le groupe [X] a violé ces décisions en ne répondant pas au questionnaire et aux questions supplémentaires (cf. N 7).

27. En conséquence, le groupe [X] a violé à deux reprises son obligation de renseigner. Les décisions étant définitives, ces violations peuvent être sanctionnées pour autant que les autres conditions soient remplies.

³¹ DPC 2009/4, 462 N 12, 7x2 AG; LAURENT MOREILLON, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2 éd. 2012, art. 52 LCart N 4; DIKE KG-TSCHUDIN (n. 28), art. 52 N 23.

³² DPC 2009/4, 462 N 12, 7x2 AG; DIKE KG-TSCHUDIN (n. 28), art. 52 N 23.

³³ DIKE KG-TSCHUDIN (n. 28), art. 52 N 13.

³⁴ TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010, consid. 4.1; DPC 2015/3, 433 N 29, Axel Springer Schweiz/Ringier; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2 éd. 2012, art. 2 LCart N 28.

³⁵ Cf. A 1, p. 5 et <[http://www\[...\]](http://www[...])> (28.6.2021).

³⁶ Cf. Registre du Commerce du Canton de Neuchâtel, CHE-[]; voir également A 2, p. 4.

³⁷ <[http://www\[...\]](http://www[...])> (28.6.2021).

³⁸ CR Concurrence-MOREILLON (n. 31), art. 52 N 5.

³⁹ DIKE KG-TSCHUDIN (n. 28), art. 52 N 18.

⁴⁰ DPC 2009/4, 464 N 26 s, 7x2 AG.

⁴¹ A 1, 2.

⁴² Cf. A 1, 2.

B.4.2.2 Imputabilité

28. Selon la pratique de la COMCO et des tribunaux, il doit au moins pouvoir être reproché à l'entreprise concernée – en plus de la réunion des éléments constitutifs de l'infraction et de l'illicéité du comportement – d'avoir agi par négligence, et donc d'avoir violé objectivement un devoir de diligence au sens des faits reprochés.⁴³ Un manque objectif de diligence au sens d'une faute au niveau dans l'organisation est déterminant.⁴⁴

29. Dans le cas d'espèce, le Secrétariat a prié, à plusieurs reprises, [A SA] et [B SA], par écrit, par téléphone ainsi que par courriel, de répondre au questionnaire ainsi qu'aux questions supplémentaires (cf. N 5 s.). La communication s'est toujours faite directement avec [...], administrateur et directeur général de [A SA] et [B SA],⁴⁵ c'est-à-dire avec un organe dirigeant. La même chose vaut pour la notification des décisions sur l'obligation de renseigner.⁴⁶ Il s'ensuit que [A SA] et [B SA] savaient qu'elles étaient tenues de fournir les informations requises. Il peut donc être conclu que [A SA] et [B SA], et ce faisant le groupe [X], savaient et étaient prêtes à accepter la violation de leur obligation de renseigner par leur inaction. Elles agissaient avec conscience et volonté.

30. Il convient finalement de souligner que même en cas d'absence d'intention – quod non – il pourrait être reproché à [A SA] et [B SA], et ce faisant au groupe [X], d'avoir agi par négligence. En effet, elles auraient dû prendre des mesures organisationnelles appropriées (p. ex. des instructions aux employés) afin d'assurer une réponse aux décisions des autorités de la concurrence sur l'obligation de renseigner.

B.4.2.3 Responsabilité

31. Une entreprise au sens de la LCart n'a pas, en cas de groupe de sociétés, de personnalité juridique reconnue en droit administratif. Par conséquent, elle ne peut être destinataire d'une décision au sens de l'art. 5 PA.⁴⁷ Selon la pratique de la COMCO, ce sont donc les personnes (morales) qui sous-tendent l'« entreprise » – au sens du droit des cartels – au moment de la violation qui doivent être rendues responsables du paiement de la sanction.⁴⁸ Si plusieurs personnes (morales) sont impliquées, le choix de la personne (morale) tenue responsable du paiement de la sanction relève du pouvoir d'appréciation de la COMCO.⁴⁹

32. En l'occurrence, c'est le groupe [X] qui a commis les deux violations de l'obligation de renseigner (cf. N 21 ss et 25 ss). [A SA] et [B SA] étaient les personnes morales membres du groupe [X] au moment de l'inobservation de l'obligation de renseigner, respectivement au moment de la réception des décisions sur l'obligation de renseigner. Ce faisant, ces deux entreprises peuvent être sanctionnées pour leur violation de l'obligation de renseigner.

B.4.2.4 Conclusion intermédiaire

33. Au vu de ce qui précède, en ne répondant pas au questionnaire et aux questions supplémentaires, le groupe [X] n'a pas respecté les deux décisions rendues par les autorités de la concurrence le 16 décembre 2019 et a par conséquent violé son obligation de renseigner. Le groupe [X] a commis ces deux infractions à tout le

moins par négligence. Il doit donc être sanctionné sur la base de l'art. 52 LCart.

B.4.3 Calcul des sanctions

B.4.3.1 Remarques générales

34. La conséquence juridique d'une infraction à l'obligation de renseigner est l'imposition d'une sanction administrative d'un montant de CHF 100'000.- au plus (art. 52 LCart). La détermination du montant de la sanction est laissée au pouvoir d'appréciation de la COMCO. Les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement doivent toutefois être respectés (cf. art 5 al. 2 et 8 Cst⁵⁰).⁵¹

35. Le montant de la sanction est déterminé en fonction des circonstances particulières du cas concret. Il doit être compréhensible pour l'entreprise et avoir un effet dissuasif. La taille de l'entreprise, la nature et la gravité de l'infraction ainsi que d'éventuelles circonstances aggravantes et/ou atténuantes doivent en particulier être prises en considération. Les éléments subjectifs sont à considérer dans le cadre de l'appréciation des circonstances aggravantes et atténuantes.⁵²

36. En l'espèce, le groupe [X] a commis deux infractions (cf. N 25 ss): [A SA] n'a pas donné suite à la décision sur l'obligation de renseigner concernant les questions supplémentaires et [B SA] n'a pas observé la décision sur l'obligation de renseigner concernant le questionnaire. Bien qu'il découle du principe d'égalité que les différentes infractions soient traitées séparément, les mêmes circonstances sont pertinentes en l'espèce pour le calcul des sanctions. Pour cette raison, les deux infractions seront traitées simultanément.

B.4.3.2 Taille de l'entreprise

37. Selon la pratique de la COMCO et la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF), les microentreprises au sens du chiffre 4 de la Communication PME⁵³ reçoivent en général un montant de sanction plus bas.⁵⁴ Selon la Communication PME, une entreprise est considérée comme une microentreprise si elle emploie moins de dix personnes et réalise un chiffre d'affaires annuel en Suisse ne dépassant pas CHF 2 mio.

⁴³ Cf. p. ex. ATF 139 I 72 consid. 12.2.2 (non publié) (= DPC 2013/1, 135 consid. 12.2.2) et les références citées, Publigruppe SA et al./COMCO; le récent cas Nikon/COMCO résume bien la question de l'imputabilité, arrêt du TAF, DPC 2016/3, 863 consid. 8.2.2 et les références citées.

⁴⁴ Cf. ég. DPC 2009/4, 463 s N 20 ss, 7x2 AG.

⁴⁵ Cf. A 5, 6.

⁴⁶ Cf. A 1, 2.

⁴⁷ Cf. DPC 2020/3a, 1096 N 1128, *Bauleistungen See-Gaster*.

⁴⁸ Cf. DPC 2020/3a, 1099 s N 1143 ss, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1834 ss N 559 ss, *Bauleistungen Graubünden*.

⁴⁹ Cf. réf. n. 48.

⁵⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999 (Cst; RS 101).

⁵¹ DPC 2009/4, 464 N 30, 7x2 AG; DPC 2010/1, 194 s consid. 6.1., *Sanktionverfügung – Verstoss gegen die Auskunftspflicht*.

⁵² DPC 2009/4, 464 s N 29 ss, 7x2 AG; DPC 2010/1, 194 ss consid. 6., *Sanktionverfügung – Verstoss gegen die Auskunftspflicht*.

⁵³ Communication de la COMCO du 19.12.2005 relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (Communication PME; DPC 2006/1, 209 ss).

⁵⁴ DPC 2009/4, 464 s N 33 ss et N 42, 7x2 AG; DPC 2010/1, 196 consid. 6.4.3., *Sanktionverfügung – Verstoss gegen die Auskunftspflicht*.

38. Le Groupe [X] emploie une centaine de collaborateurs et collaboratrices.⁵⁵ En outre, au vu des informations reçues de la part de [A SA] au sujet de la quantité de mouvements mécaniques produits en 2018, des prix facturés⁵⁶ et du fait que le groupe [X] ne produit pas exclusivement des mouvements mécaniques mais est également actif dans d'autres domaines⁵⁷, il peut être supposé que le groupe réalise un chiffre d'affaires d'au moins CHF 10 mio par an.

39. En conséquence, le groupe [X] ne peut pas être qualifié de microentreprise au sens du chiffre 4 de la Communication PME. Toutefois, ce dernier doit être considéré comme une petite ou moyenne entreprise (PME) dont le chiffre d'affaires est bien inférieur à CHF 100 mio. Le montant des sanctions devrait ainsi se situer dans la partie inférieure du cadre légal de la peine.

B.4.3.3 Type et gravité de l'infraction

40. L'examen du type et de la gravité de l'infraction doit être effectué en tenant compte des particularités de l'art. 52 LCart, qui, en tant que disposition procédurale, sert à faire respecter l'obligation de renseigner prévue à l'art. 40 LCart.⁵⁸

41. Dans le cas d'espèce, les autorités de la concurrence n'ont reçu aucune réponse à leurs questions encore ouvertes bien que le Secrétariat ait prié, à plusieurs reprises, [A SA] et [B SA], par écrit, par téléphone ainsi que par courriel, de répondre au questionnaire ainsi qu'aux questions supplémentaires (cf. N 4 ss et 25 ss). Dans cette mesure, il s'agit d'inobservations totales de l'obligation de renseigner. En outre, comme expliqué dans les décisions sur l'obligation de renseigner, les informations demandées étaient déterminantes au moment des décisions sur l'obligation de renseigner, dans une certaine mesure, pour clarifier les conditions du marché et la concurrence dans le domaine des mouvements mécaniques.⁵⁹

42. En revanche, il convient de prendre en compte que [A SA] a répondu au questionnaire du Secrétariat du 10 décembre 2018 (cf. N 4).⁶⁰ Elle a ainsi fourni certaines informations sur les points de vue et les activités des deux sociétés [A SA] et [B SA].

43. En conclusion, l'examen du type et de la gravité de l'infraction révèle que les infractions commises sont à qualifier de moyennement graves. Le montant des sanctions devrait ainsi se situer dans la partie inférieure du cadre légal de la peine.

B.4.3.4 Circonstances aggravantes et atténuantes

44. La dernière étape du calcul de la sanction consiste à tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes. Dans ce contexte, il faut tenir compte du fait que le groupe [X] n'a, délibérément et volontairement, pas répondu aux questions posées (cf. N 28 ss). De telles actions intentionnelles indiquent des sanctions d'un montant plutôt élevé. Aucune autre circonstance aggravante et/ou atténuante n'est apparente.

B.4.3.5 Conclusion intermédiaire

45. D'une part, la taille du groupe [X] et le fait que la société [A SA] ait répondu au questionnaire du 10 décembre 2018⁶¹ plaident en faveur d'un montant de sanc-

tion plutôt faible. D'autre part, les inobservations intentionnelles et totales des décisions relatives à l'obligation de renseigner exigent une certaine sévérité dans la fixation du montant de la sanction.

46. En vertu des considérations qui précèdent et en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, la COMCO retient qu'une sanction administrative d'un montant de CHF 20'000.- est adaptée à chaque violation de l'obligation de renseigner par le groupe [X], soit un total de CHF 40'000.-.

B.4.4 Résultat intermédiaire

47. En conséquence, le groupe [X] doit être sanctionné de deux amendes de CHF 20'000.- correspondant aux deux violations de l'obligation de renseigner. [A SA] et [B SA] supporteront chacune une des deux sanctions pour leur violation de l'obligation de renseigner (cf. N 31 s).

B.5 Frais

48. Conformément à l'art. 2 al. 1 Oemol-LCart⁶², est notamment tenu de s'acquitter d'un émoluments celui qui occasionne une procédure administrative. La procédure de sanction selon les art. 52 et 53 LCart est également considérée comme une procédure administrative (art. 1 al. 1 let. a Oemol-LCart).⁶³ La procédure de sanction concernant l'inobservation de l'obligation de renseigner a été occasionnée par le groupe [X] qui n'a pas donné suite aux décisions sur l'obligation de renseigner (cf. N 7). Le groupe [X] est donc tenu du paiement d'un émoluments.

49. L'émoluments est calculé sur la base du temps consacré à l'affaire (art. 4 al. 1 Oemol-LCart). Les taux horaires de CHF 100.- à 400.- dépendent de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire du personnel qui effectue la prestation. Le temps consacré à la présente décision s'élève à 12,58 heures à CHF 130.- chacune, 85,33 heures à CHF 200.- chacune, et 0,75 heure à CHF 290.-, soit un total de CHF 18'918,90.

50. Ces frais sont à la charge du groupe [X]. Les sociétés du groupe [X], [A SA] et [B SA], en répondent chacune de moitié (cf. art. 1a Oemol-LCart et l'art. 2 al. 2 OGEml⁶⁴).

⁵⁵ <[http://www.\[...\]](http://www.[...]>)> (28.6.2021).

⁵⁶ A 5, pp. 51 s. Selon ces informations, [A SA] vendait en 2018 [...] mouvements mécaniques. Le prix de vente le plus bas d'un produit vendu en 2018 était de CHF [...]. Il s'ensuit que le « groupe [X] » réalisait avec la production de mouvements mécaniques un chiffre d'affaires d'au moins CHF 6.2 mio ([...]).

⁵⁷ P. ex. le groupe [X] vend également des [...]; cf. <[http://www.\[...\]](http://www.[...]>)> (28.6.2021).

⁵⁸ DPC 2009/4, 462 N 12, 7x2 AG; CR Concurrence-MOREILLON (n. 31), art. 52 LCart N 4; DIKE KG-TSCHUDIN (n. 28), art. 52 N 23.

⁵⁹ A 1, p. 5 ss; A 2, p. 5 ss.

⁶⁰ Cf. A. 5, p. 41 ss.

⁶¹ Cf. A. 5, p. 41 ss.

⁶² Ordonnance du 25.2.1998 sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart; Oemol-LCart; RS 251.2).

⁶³ DAVID BRUCH/TOBIAS JAAG, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (éd.), 2018, art. 53a N 16 f.

⁶⁴ Ordonnance générale du 8.9.2004 sur les émoluments (OGEml; RS 172.041.1).

B.6 Résultat

51. En ne répondant pas au questionnaire ainsi qu'aux questions supplémentaires dans le délai imparti conformément à son obligation d'informer, le groupe [X] a violé les deux décisions des autorités de la concurrence du 16 décembre 2019 concernant l'obligation de renseigner. Le groupe [X] a commis ces infractions au moins par négligence. En conséquence, il est condamné au paiement de deux sanctions de CHF 20'000.- chacune en application l'art. 52 LCart. Les sociétés [A SA] et [B SA] supporteront chacune une sanction pour leur violation de l'obligation de renseigner. Au surplus, ces dernières supporteront chacune la moitié des frais de procédure se montant au total à CHF 18'918,90.

C Dispositif

En vertu de l'état de fait et des considérants qui précèdent, la Commission de la concurrence décide selon l'art. 53 LCart que:

1. En application de l'art. 52 LCart, [A SA] et [B SA] sont chacune tenues au paiement d'une sanction d'un montant de CHF 20'000.- pour l'inobservation de l'obligation de renseigner.
2. Les frais de procédure de CHF 18'918,90 sont répartis par moitié entre [A SA] et [B SA].

La présente décision est notifiée à:

- [A SA];
- [B SA].

[Voie de droit]

B 2	7. Stehlungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG)

Prise de position de la Commission de la concurrence du 5 juillet 2021 portant sur l'examen selon l'art. 103 LA de la compatibilité avec l'ATA de la Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG) pour République et canton de Genève

A Etat de fait

A.1 Objet de l'examen

1. La République et canton de Genève (ci-après: canton de Genève) envisage de consentir un prêt d'un montant maximal de CHF 200 millions en faveur de l'Aéroport international de Genève (ci-après: AIG) destiné à fournir les liquidités nécessaires au maintien et à la poursuite des activités de l'établissement dans le cadre de la crise sanitaire de COVID-19.

2. Par courriers des 14 avril et 9 juin 2021, le Conseil d'Etat du canton de Genève (ci-après: Conseil d'Etat) a déposé une notification ainsi qu'un complément à la notification à la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO) d'un projet de loi autorisant le Conseil d'Etat à consentir un prêt d'un montant maximal de CHF 200 millions en faveur de l'AIG. En vertu de l'art. 103 LA¹, la COMCO est invitée à examiner si la mesure de soutien envisagée en faveur de l'AIG est compatible avec l'ATA².

A.2 Procédure

A.2.1 Procédure menant à l'adoption de la mesure de soutien

3. Après le refus de soutien financier de la part de Confédération le 2 décembre 2020, qui a confirmé n'intervenir qu'à titre subsidiaire et en dernier ressort³, l'AIG a sollicité le soutien du canton de Genève.

4. Selon le Conseil d'Etat⁴, l'année 2020 a été marquée par une chute du nombre de passagers de près de 70 % par rapport à 2019, en lien avec la crise sans précédent que connaît le trafic aérien. Les perspectives de reprise à court terme ne seraient pas réjouissantes et impliqueraient un nouvel exercice largement déficitaire pour l'aéroport en 2021 et ce, quel que soit le scénario envisagé. Compte tenu de ces perspectives et afin d'assurer les liquidités nécessaires au maintien et à la poursuite des activités de la plateforme, le Conseil d'Etat a adopté le « Projet de loi autorisant le Conseil d'Etat à consentir un prêt d'un montant maximal de 200'000'000 francs en faveur de l'Aéroport international de Genève destiné à fournir les liquidités nécessaires au maintien et à la poursuite des activités de l'établissement dans le cadre de la crise sanitaire du coronavirus (COVID-19) »⁵ (ci-

après: projet de loi) qu'il a déposé par devant le Grand Conseil en date du 24 février 2021.

5. Selon le complément à la notification, la procédure menant à l'adoption du projet de loi suivra les étapes suivantes⁶: au moment du dépôt du complément à la notification et ainsi au moment de l'examen de la COMCO, la Commission des finances du Grand Conseil (ci-après: Commission des finances) examine en détail le projet de loi par le biais de questions et d'auditions. Elle déterminera par la suite si elle refuse ledit projet de loi, ou si elle entre en matière. Dans ce dernier cas, les articles du projet seront discutés l'un après l'autre et pourraient être amendés. Finalement, la Commission des finances votera sur l'ensemble du projet et présenterait ce dernier en séance plénière du Grand Conseil. Durant cette séance plénière, le Grand Conseil pourrait refuser le projet de loi ou accepter l'entrée en matière. Dans ce second cas, la discussion portera sur chaque article individuellement et des amendements pourraient être votés. Finalement, le Grand Conseil votera sur l'ensemble du projet. En cas d'approbation, le Conseil d'Etat adoptera un arrêté de publication et publiera ce dernier ainsi que la loi dans la Feuille d'avis officielle, ce qui marque le début du délai référendaire. En l'absence de référendum ou en cas de non-aboutissement du référendum, le Conseil d'Etat adoptera un arrêté de promulgation permettant l'entrée en vigueur de la loi, dont la date serait déterminée par le Conseil d'Etat.⁷ En cas de référendum, le projet de loi sera soumis à votation.

¹ Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA; RS 748.0).

² Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, en vigueur depuis le 1er juin 2002 (ATA; RS 0.748.127.192.68).

³ Complément à la notification, annexe 3.

⁴ Point de presse du Conseil d'Etat du 24 février 2021, <<https://www.ge.ch/document/point-presse-du-conseil-etat-du-24-fevrier-2021#extrait-23923>> (24.6.2021).

⁵ Projet de loi cantonale no 12876 (PL 12876), <<https://ge.ch/grand-conseil/data/texte/PL12876.pdf>> (24.6.2021), notification, annexe 4.

⁶ Complément à la notification, 11 s.

⁷ Il serait néanmoins possible, pour le Grand Conseil, à la majorité de deux tiers des voix exprimées, mais au moins à la majorité de ses membres, de déclarer urgente une loi dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard. Dans ce cas, la loi entrerait en vigueur immédiatement et le Conseil d'Etat adopterait un arrêté de publication qui fait courir le délai référendaire. Si un référendum était demandé, la loi deviendrait caduque un an après son entrée en vigueur, à moins de son approbation par le corps électoral (complément à la notification, 12).

6. La présente prise de position de la COMCO sera portée à l'attention du Grand Conseil avant les débats afin de permettre à ce dernier de modifier, le cas échéant, le projet de loi en tenant compte des considérations de la COMCO (cf. N 58 ss).

A.2.2 Procédure devant les autorités de la concurrence

7. Par courrier du 14 avril 2021, le Conseil d'Etat a notifié à la COMCO la mesure de soutien envisagée par le canton de Genève en faveur de l'AIG (ci-après: notification).

8. La notification du 14 avril 2021 ne contenait pas toutes les informations permettant à la COMCO d'examiner si la mesure de soutien envisagée constituait une aide d'Etat compatible avec l'ATA. Par courrier du 29 avril 2021 adressé au Conseil d'Etat, le Secrétariat a exposé les voies d'examen possibles et les exigences juridiques correspondantes. Il a invité le Conseil d'Etat à compléter la notification avec les informations manquantes, conformément à la voie choisie.

9. Le 29 avril 2021, l'AIG a transmis un projet de complément à la notification au Secrétariat, en lui demandant si la notification pouvait ainsi être considérée comme complète.

10. Par courrier du 5 mai 2021 à l'attention de l'AIG et du 1^{er} juin 2021 à l'attention de l'administration cantonale genevoise, le Secrétariat a indiqué les informations manquantes, nécessaires à l'examen en vertu de l'art. 13 ATA.

11. En outre, par courriels du 25 mai et du 21 juin 2021, le Secrétariat a posé à l'administration cantonale genevoise une question sur la perception d'émoluments en droit cantonal genevois.

12. Par courrier du 9 juin 2021, le Conseil d'Etat a déposé un complément à la notification du 14 avril 2021 (ci-après: complément à la notification).

A.3 Description de la mesure

A.3.1 Entreprise bénéficiant de la mesure

13. L'AIG est l'un des trois aéroports nationaux en Suisse, avec l'aéroport de Zurich et l'aéroport de Bâle-Mulhouse. Selon l'Office fédéral de l'aviation civile (ci-après: OFAC), les aéroports nationaux ont pour mission de raccorder la Suisse aux centres européens et mondiaux du trafic aérien. Ils doivent également offrir une infrastructure permettant aux compagnies aériennes d'assurer le trafic généré par le marché libéralisé en concurrence avec les autres aéroports européens. Pour autant que les capacités soient suffisantes, les aéroports nationaux doivent accorder une place au trafic privé.⁸

14. Conformément à l'art. 1 LAIG⁹, l'AIG est un établissement de droit public autonome et qui jouit de la pleine personnalité juridique. L'AIG est propriété du canton de Genève.¹⁰

A.3.1.1 Chiffres clés

15. L'AIG a employé 1069,7 équivalents temps plein en 2019. La même année, l'aéroport a accueilli 17,9 millions de passagers et servi de plateforme à 57 compagnies aériennes desservant 149 destinations au départ

de Genève. En outre, 84'927 tonnes de marchandises ont été traitées par l'AIG. En 2019, le bénéfice net s'est élevé à CHF 84,1 millions, pour un chiffre d'affaires annuel de CHF 249,8 millions.¹¹

16. L'AIG génère des recettes aéronautiques et des revenus non aéronautiques.¹² Les recettes aéronautiques sont composées des redevances d'atterrissages, des redevances passagers, et d'autres redevances aéronautiques. Les recettes non aéronautiques sont constituées, d'une part, de recettes qui sont directement liées au flux des passagers, comme les redevances commerciales, les parkings et les recettes des infrastructures centralisées (p. ex. le tri bagage) et d'autre part, de recettes qui ne sont pas directement liées au flux des passagers (loyers perçus et droits de superficie, revenus annexes de location et autres produits d'exploitation).¹³ En 2019, les recettes aéronautiques se sont élevées à CHF 278,9 millions et les recettes non aéronautiques à CHF 215,0 millions.¹⁴

A.3.1.2 Les activités de l'AIG

17. En vertu de l'art. 87 Cst.¹⁵, l'aviation relève de la compétence exclusive de la Confédération. Selon l'art. 36a al. 1 LA, une concession est requise pour l'exploitation de tout aérodrome ouvert à l'aviation publique (aéroport). Cette concession est octroyée par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication.

18. Le concessionnaire est autorisé à exploiter l'aéroport à titre commercial et, en particulier, à prélever des taxes. Il a l'obligation de le rendre accessible à tous les appareils du trafic intérieur et du trafic international, sous réserve des restrictions édictées dans le règlement

⁸ Cf. <<https://www.bazl.admin.ch>> > Sécurité > Infrastructure > Aéroport > Aéroports nationaux (24.6.2021).

⁹ Loi sur l'Aéroport international de Genève (LAIG) du 10 juin 1993, H 3 25.

¹⁰ <<https://www.gva.ch/>> > Aéroport > Entreprise > En bref (24.6.2021).

11 Selon l'art. 7 LAIG (n. 9), l'AIG est géré, en conformité avec la concession fédérale, par un conseil d'administration formé de: 1 membre de chaque parti représenté au Grand Conseil, désigné par ce dernier; 5 membres désignés par le Conseil d'Etat; 1 membre désigné en son sein par le Conseil administratif de la commune du Grand-Saconnex; 1 membre désigné en son sein par le Conseil administratif de la commune de Meyrin; 2 membres désignés par le Conseil d'Etat, sur proposition de la Conférence des chefs des départements de l'économie publique de la Suisse occidentale; 1 membre désigné par le Conseil d'Etat, sur proposition des présidents des Conseils généraux des départements français limitrophes; 3 membres élus par le personnel de l'établissement.

¹² AIG, Annual Report 2019, 3; <https://www.gva.ch/de/Downloads/Aeroport/Rapport_Annuel> (24.6.2021).

¹³ <<https://www.gva.ch/>> > Aéroport > Entreprise > En bref (24.6.2021).

¹⁴ Complément à la notification, 8.

¹⁵ Complément à la notification, annexe 2.

¹⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

d'exploitation, et de mettre à la disposition des usagers une infrastructure répondant aux impératifs d'une exploitation sûre et rationnelle (art. 36a al. 2 LA).¹⁶ La concession pour les aéroports régionaux est octroyée pour une durée de 50 ans (art. 13 let. a OSIA¹⁷). En l'occurrence, l'AIG est au bénéfice d'une concession octroyée en 2001 pour une durée de cinquante ans.¹⁸

19. L'art. 2 LAIG précise que l'établissement a pour mission de « *gérer et d'exploiter l'aéroport et ses installations en offrant, au meilleur coût, les conditions optimales de sécurité, d'efficacité et de confort pour ses utilisateurs. Dans toute son activité, [il] doit concourir au développement de la vie économique, sociale et culturelle, l'établissement tient compte des intérêts généraux du pays, du canton et de la région qu'il dessert, ainsi que des objectifs de la protection de l'environnement [...]* ».

20. Le règlement d'application de la LAIG¹⁹ et le règlement d'exploitation de l'AIG²⁰ définissent les activités de l'AIG au sens strict. De plus, l'aéroport promeut l'importance de la dimension régionale adaptée aux défis en matière d'environnement, d'aménagement du territoire, de mobilité terrestre et de dynamique économique au travers d'une convention d'objectifs²¹ qui le lie au canton de Genève.²²

21. Ses activités sont également soumises au contrôle de la Confédération et plus particulièrement de l'OFAC, qui a adopté la fiche du Plan sectoriel de l'infrastructure aéronautique concernant l'aéroport (fiche PSIA). Publié fin 2018, le Plan est un document indispensable à la planification du développement de l'AIG au cours des quinze années à venir.²³

A.3.2 Contexte de la mesure de soutien

22. La notification²⁴ ainsi que le complément à la notification²⁵ démontrent l'impact de la pandémie sur l'activité de l'AIG. Ainsi, à compter de l'annonce du Conseil fédéral du 16 mars 2020 relative à l'état de situation extraordinaire au sens de la loi fédérale sur les épidémies, l'activité de l'AIG aurait été directement et durablement affectée dans le sens où le trafic aurait très rapidement diminué pour devenir dérisoire pendant plusieurs semaines. Depuis lors, l'activité aérienne serait restée limitée et fortement influencée par les différentes réglementations fédérales et cantonales.²⁶

23. Sur la base des explications du Conseil d'Etat, on trouvera ci-après un bref aperçu de l'évolution du nombre de passagers pris en charge et transportés (Graphique 1), ainsi que l'évolution des mouvements (Graphique 2), du fret (Graphique 3) et des recettes (Graphique 4).

¹⁶ Les conditions d'octroi de la concession sont réglées dans l'art. 12 de l'ordonnance sur l'infrastructure aéronautique (OSIA; RS 748.131.1), notamment: l'exploitation de l'installation est conforme aux objectifs aux exigences de la partie Infrastructure aviation du plan sectoriel des transports (PSIA); le requérant dispose des aptitudes, connaissances et moyens requis pour satisfaire aux obligations découlant de la loi, de la concession et du règlement d'exploitation; le règlement d'exploitation peut être approuvé.

¹⁷ Cf. n. 16.

¹⁸ Complément de la notification, 2.

¹⁹ règlement d'application de la loi sur l'Aéroport international de Genève (RAIG) du 13 décembre 1993, H 3 Navigation aérienne > H 3 25.01.

²⁰ <<https://www.gva.ch/getmedia/c5413b08-148f-4d4e-95c1-4df1e0e007e9/Reglement-exploitation-AIG.pdf>> (24.6.2021).

²¹ <<https://www.ge.ch/>> Publications > Convention d'objectifs entre la République et canton de Genève et l'Aéroport international de Genève (24.6.2021).

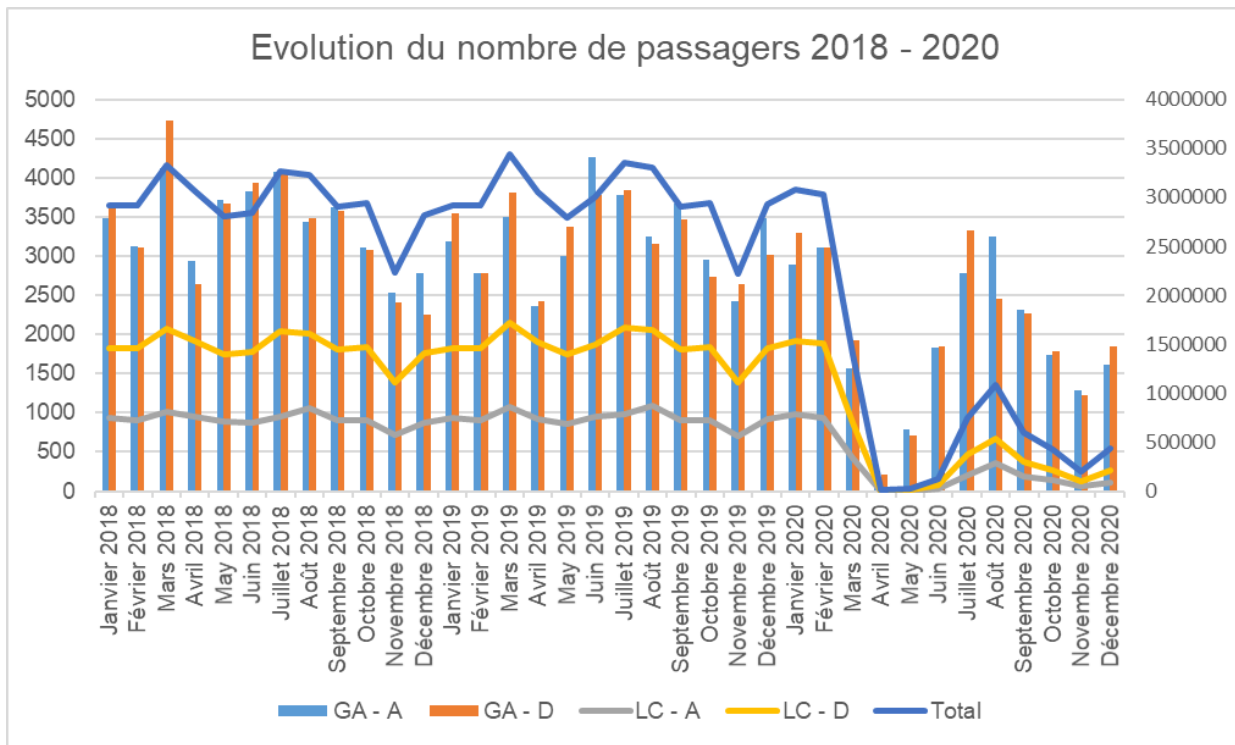
²² <<https://www.gva.ch/>> > Aéroport > Entreprise > Gouvernance et Management (24.6.2021).

²³ <<https://www.gva.ch/>> > Aéroport > Entreprise > Gouvernance et Management (24.6.2021).

²⁴ Notification, annexe 4, 4.

²⁵ Complément à la notification, 5 ss.

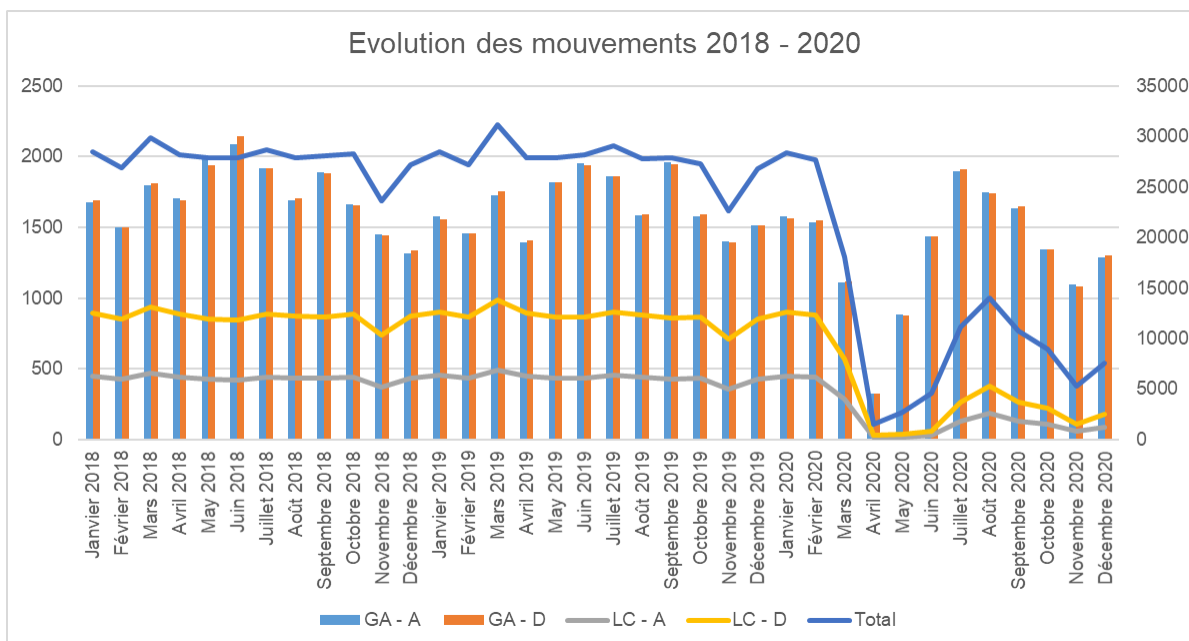
²⁶ Il en va notamment de la décision du Conseil fédéral du 18 mars 2020 d'étendre le contrôle aux frontières, notamment pour le trafic aérien pour les pays limitrophes de la Suisse ainsi que les pays non membres de Schengen (les personnes en provenance d'Etats tiers étaient interdites d'entrée, sauf cas exceptionnel), de la décision du Conseil fédéral du 8 mai 2020 d'assouplir les conditions d'entrée sur le territoire suisse et de rouvrir les restaurants sous conditions, de la décision du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 2020 imposant des quarantaines pour les personnes en provenance d'un Etat ou d'un territoire à risque élevé d'infection, ainsi que de diverses décisions du Conseil fédéral relatives à la fermeture des bars, restaurants et commerces ainsi que les arrêtés du Conseil d'Etat en la matière, cf. également DPC 2020/3b, 1235 N 17 ss, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*.



Graphique 1: Evolution du nombre de passagers 2018 – 2020. Axe *vertical gauche*: aviation générale et d'affaires (GA); atterrissages (A); décollages (D). Axe *vertical droit*: trafic ligne et charter (LC); atterrissages (A); décollages (D); total trafic ligne et charter (Total).²⁷

24. L'effondrement du nombre de passagers au printemps 2020 est bien visible, avec une légère reprise en été 2020 et un nouvel effondrement en automne et en hiver 2020 (cf. Graphique 1). L'aviation générale se montre plus résiliente que le trafic de ligne et charter.

25. La même évolution se dessine en ce qui concerne les mouvements d'avions (cf. Graphique 2). En matière de mouvements d'avions, l'aviation générale s'avère plus résistante à la crise qu'en matière de passagers transportés (Graphique précédent).



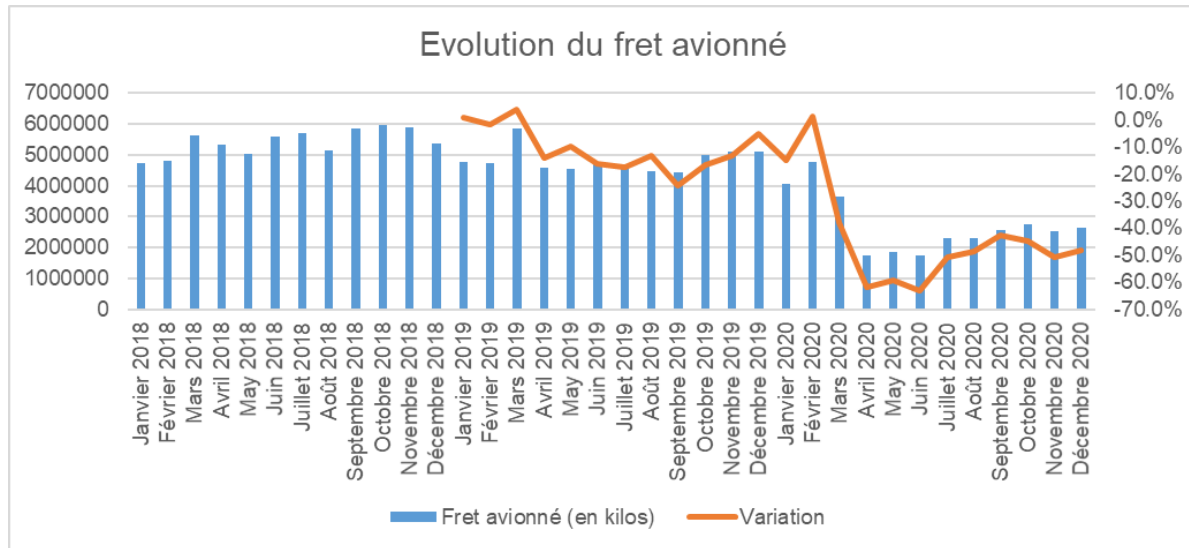
Graphique 2: Evolution des mouvements 2018 – 2020. Axe *vertical gauche*: aviation générale et d'affaires (GA); atterrissages (A); décollages (D). Axe *vertical droit*: trafic ligne et charter (LC); atterrissages (A); décollages (D); total trafic ligne et charter (Total).²⁸

²⁷ Complément à la notification, annexe 1. Par aviation générale et d'affaires, on entend l'aviation civile à l'exception du trafic de ligne et charter.

²⁸ Complément à la notification, annexe 1.

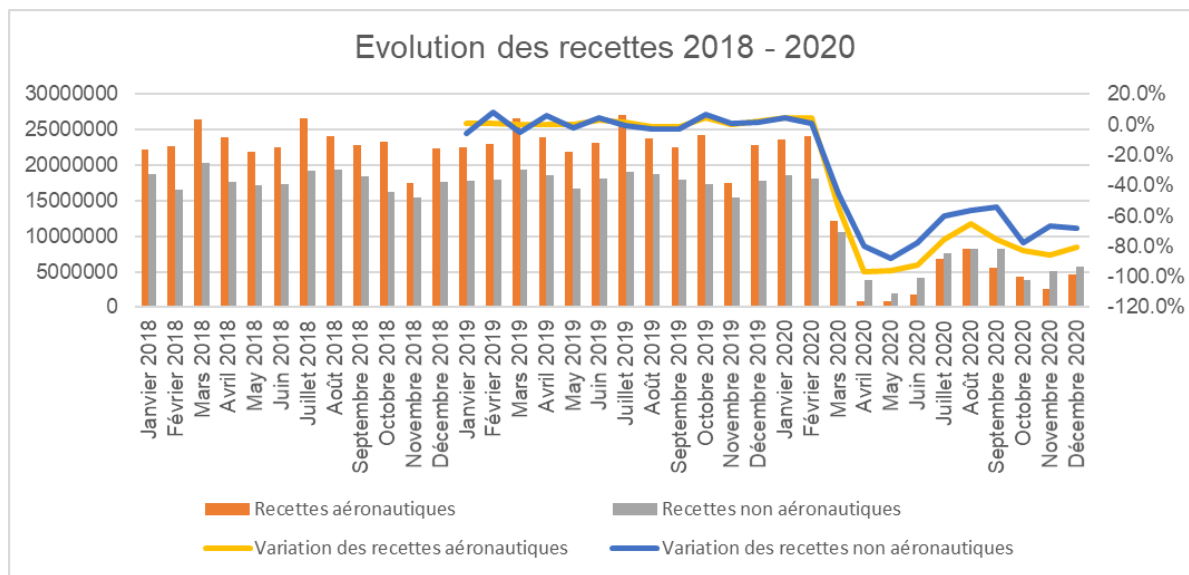
26. Le fret aérien traité via l'AIG (soit le fret qui est embarqué ou débarqué d'un avion)²⁹ a également chuté (environ -50 % par rapport aux mois précédents) en

raison de la pandémie de COVID-19. En 2018 et 2019, environ 95 % du transport de fret aérien a été effectué par des vols réguliers, le reste par des vols charters.³⁰



Graphique 3: Evolution du fret avionné (transit inclus) 2018 – 2020. Axe vertical gauche: fret avionné en kilos. Axe vertical droit: variation du fret avionné par rapport au même mois de l'année précédente.³¹

27. En ce qui concerne les recettes, le Graphique 3 ci-dessous montre l'évolution et les changements par rapport au mois correspondant de l'année précédente.



Graphique 4: Evolution des recettes 2018 – 2020. Axe vertical gauche: recettes en francs. Axe vertical droit: variation des recettes par rapport au même mois de l'année précédente.³²

28. Les recettes aéronautiques sont passées de CHF 278,9 millions en 2019 à CHF 95,2 millions en 2020. Une partie des recettes non aéronautiques est directement liée au flux des passagers, comme les redevances commerciales, les parkings et les recettes des infrastructures centralisées (p. ex. le tri bagage). Les recettes non aéronautiques qui ne sont pas directement liées au flux des passagers consistent par exemple en les loyers perçus et les droits de superficie, les revenus

annexes de location et les autres produits d'exploitation. Au total, les recettes non aéronautiques sont passées de CHF 215,0 millions en 2019 à CHF 96,0 millions en 2020 (cf. N 16).³³

²⁹ Complément à la notification, 2.

³⁰ Complément à la notification, annexe 1.

³¹ Complément à la notification, annexe 1.

³² Complément à la notification, annexe 1.

³³ Complément à la notification, 8, annexe 2.

29. En particulier et sans surprise, il est constaté que la diminution liée à la pandémie dans les recettes aéronautiques est plus importante que dans les recettes non aéronautiques.

30. Concernant l'impact de la crise sur les bénéfices en 2020, la perte nette de l'AIG s'élève à au moins CHF 129,5 millions contre un résultat net de CHF 84,1 millions en 2019 (cf. N 15).³⁴

31. En résumé, la pandémie a durement touché l'AIG, en particulier l'activité du trafic de ligne et charter du secteur aéronautique, et a entraîné une baisse significative des revenus et des bénéfices.

A.3.3 Raison du financement supplémentaire requis

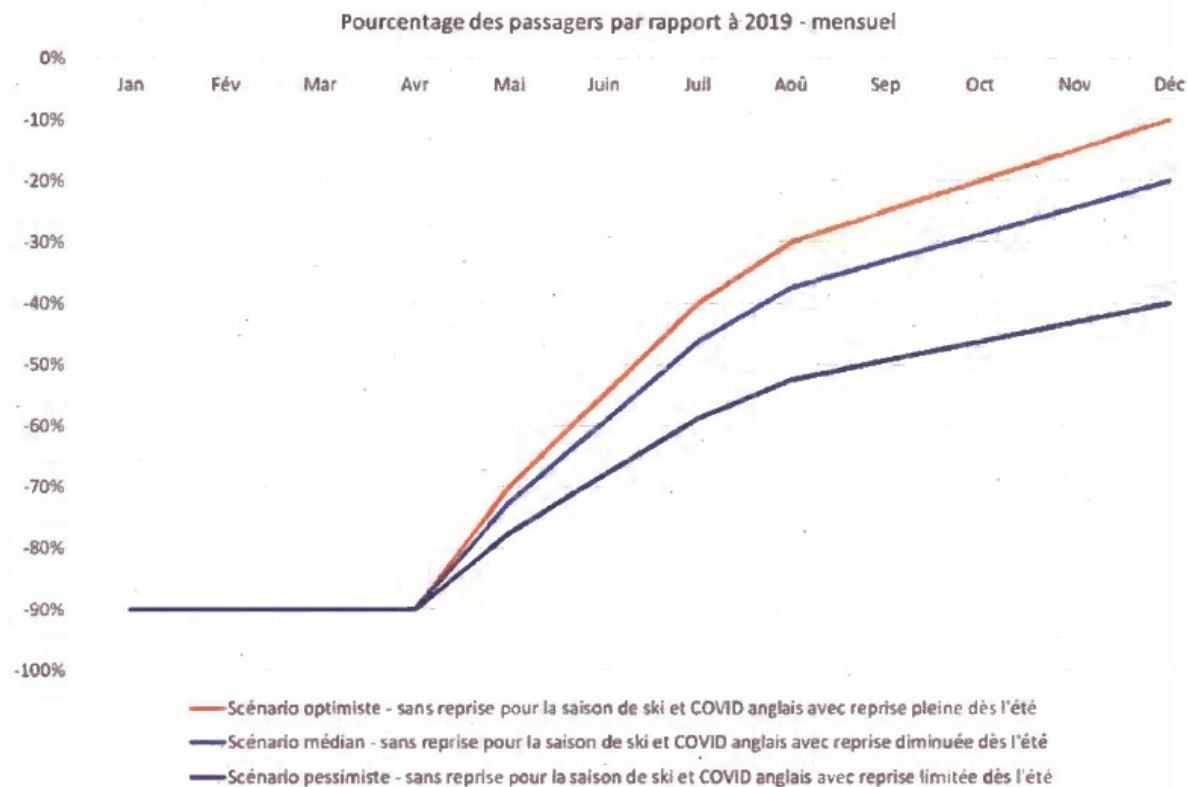
32. Dès mai 2020, un groupe de travail constitué de représentants du département des infrastructures, de la direction générale des finances du canton de Genève et de l'AIG a été mis en place afin de suivre l'évolution de la situation financière de l'AIG et d'analyser les conséquences en matière de financement.³⁵

33. Sur la base des travaux de ce groupe de travail, le Conseil d'Etat est arrivé à la conclusion qu'un prêt du canton de Genève à l'AIG, structuré sous la forme d'une ligne de crédit, utilisable à titre subsidiaire et en dernier

recours, devait être mis en place pour réduire le risque de liquidité de l'AIG en cas de prolongation durable de la crise sanitaire. Si le trafic aérien reprenait rapidement en 2021, ce prêt ne devrait pas être utilisé. En revanche, si les mesures d'endiguement de la pandémie perdurent durant l'exercice 2021 et que l'AIG rencontre des difficultés à se financer sur les marchés financiers, alors l'AIG pourrait recourir au prêt du canton de Genève.³⁶

34. Compte tenu des incertitudes liées à la reprise du trafic aérien et des délais d'adoption d'un projet de loi, le Conseil d'Etat préfère anticiper un éventuel besoin de liquidités dans le futur en soumettant au Grand Conseil un projet de prêt destiné à empêcher la réalisation d'un risque de liquidité qui serait dommageable pour l'ensemble de l'économie genevoise, l'AIG et le canton de Genève.³⁷

35. Pour déterminer les besoins de financement, le Conseil d'Etat envisage plusieurs scénarios de trafic. Le plus « optimiste » prévoit une baisse de 53 % des passagers par rapport à 2019. La baisse est de 58 % pour le scénario « médian » et de 67 % pour le scénario « pessimiste ».



Graphique 5: Scénarios futurs: Pourcentage des passagers par rapport à 2019 (mensuel).³⁸

³⁴ Notification, annexe 4, 6.

³⁵ Notification, annexe 4, 3.

³⁶ Notification, annexe 4, 3.

³⁷ Notification, annexe 4, 3.

³⁸ Notification, annexe 4, 7.

36. Pour tous ces scénarios, le pic d'endettement serait atteint en 2021 et se situerait, en fonction des scénarios, entre CHF 810 et 850 millions à fin 2021.³⁹

37. Un dernier scénario « extrême » est également considéré. Il se base sur une hypothèse de réduction massive et durable du trafic aérien, résultant d'un prolongement des effets de la crise sanitaire jusqu'en 2024. Dans ce scénario, la réduction de trafic serait de 76 % en 2021 et de 55 % en 2022 par rapport au niveau observé en 2019. Pour ce scénario extrême, et en tenant compte des mesures d'économies déjà identifiées, l'endettement s'élèverait à CHF 0,9 milliard fin 2021 et le pic de la dette serait atteint en 2024 (légèrement inférieur à CHF 1,2 milliard).

38. Concernant l'évolution de l'endettement en 2020, l'AIG a émis en avril 2020 un emprunt obligataire de CHF 300 millions sur une durée de 3 ans pour couvrir ses besoins en financement jusqu'à fin 2020. L'AIG a également négocié en 2020 de nouvelles lignes de crédit avec les banques pour un montant total de CHF 135 millions. A fin 2020, la dette financière s'élevait à CHF 649 millions contre CHF 349 millions à fin 2019.⁴⁰

39. En février 2021, l'AIG a émis un emprunt obligataire sur une durée de 10 ans d'un montant de CHF 180 millions portant intérêt au taux de 0,95 %. Enfin, une négociation serait également en cours pour un financement à long terme des équipements du tri bagages au travers d'un leasing de CHF 78 millions.⁴¹

40. Selon le Conseil d'Etat, ces sources de financement, pour autant que les négociations sur le leasing aboutissent, permettraient de couvrir les besoins de financement induits par le scénario « extrême » en 2021, tout en préservant une partie des lignes de crédit.⁴²

41. En revanche, si le scénario « extrême » se réalisait, la probabilité que les investisseurs se détournent du secteur aérien serait élevée et l'AIG devrait faire face à des besoins de financement supplémentaires en 2022. Il en résulterait pour l'AIG une incapacité d'émettre de nouvelles obligations et donc de trouver de nouvelles sources de financement.⁴³

42. Selon le Conseil d'Etat, la mesure conservatoire proposée dans le projet de loi permettrait à l'AIG de faire face à cette situation. Compte tenu des incertitudes liées à l'évolution de la crise sanitaire, du trafic passagers et des marchés des capitaux, le Conseil d'Etat souhaite permettre à l'AIG de recourir à un prêt afin de garantir la continuité de l'exploitation et d'empêcher ainsi tout risque afférant à la liquidité.⁴⁴

43. Il incombe en effet au canton de Genève d'assurer la continuité d'exploitation. La Confédération avait confirmé aux aéroports nationaux qu'une intervention était possible en dernier recours uniquement, si un financement auprès des marchés des capitaux n'était plus possible, et en l'absence de marge de manœuvre des propriétaires.⁴⁵

44. Le prêt du canton de Genève présenterait ainsi l'avantage d'isoler l'AIG des marchés financiers si les effets de la crise sanitaire rendaient impossible un nouvel emprunt sur les marchés obligataires en cas de réa-
lisation du scénario extrême.⁴⁶

45. L'objectif serait de mettre en place un prêt à tirages multiples, qui permettrait à l'AIG de prélever des tranches en fonction de ses besoins. Le recours à ce prêt n'interviendrait qu'à titre subsidiaire. Ce prêt constituerait une sûreté supplémentaire pour l'AIG qui bénéficierait ainsi de liquidités suffisantes dans l'attente d'une reprise de son activité et en cas de difficultés à se financer sur les marchés financiers.⁴⁷

A.3.4 Forme de la mesure de soutien

46. La mesure de soutien prend la forme d'un prêt public à terme fixe et à taux d'intérêt réduit.

A.3.5 Base juridique de la mesure de soutien

47. La base juridique de la mesure de soutien sera la « loi autorisant le Conseil d'Etat à consentir un prêt d'un montant maximal de 200'000'000 francs en faveur de l'AIG destiné à fournir les liquidités nécessaires au maintien et à la poursuite des activités de rétablissement dans le cadre de la crise sanitaire du coronavirus (COVID-19) ».

A.3.6 Termes et conditions de la mesure de soutien⁴⁸

48. Le montant maximum du prêt serait de CHF 200 millions. Le prêt serait disponible entre le 1^{er} juillet 2021 et le 20 juin 2026, à savoir pendant une durée de cinq ans. Le montant effectivement réclamé serait variable (jusqu'au montant maximum). L'emprunteur (l'AIG) aurait la possibilité de procéder à des remboursements intermédiaires jusqu'à la date de l'échéance.

49. Le prêt serait mis à disposition en un ou plusieurs tirages. Le montant minimum d'un tirage serait de CHF 30 millions. Le montant minimum d'un remboursement intermédiaire serait également de CHF 30 millions et l'AIG pourrait procéder à un remboursement intermédiaire à chaque date de paiement de l'intérêt.⁴⁹

50. Le taux d'intérêt serait 1,5 % par année.⁵⁰ La période d'intérêt serait d'un mois.

B Considérants

B.1 A la forme

B.1.1 Compétence

51. L'ATA est entré en vigueur le 2 juin 2002. Les art. 13 et 14 ATA portent sur les aides d'Etat.

³⁹ Notification, annexe 4, 7.

⁴⁰ Notification, annexe 4, 6 et 8.

⁴¹ Notification, annexe 4, 8; complément à la notification, 9.

⁴² Notification, annexe 4, 8.

⁴³ Notification, annexe 4, 8.

⁴⁴ Notification, annexe 4, 8.

⁴⁵ Notification, annexe 4, 8.

⁴⁶ Notification, annexe 4, 8.

⁴⁷ Notification, annexe 4, 8.

⁴⁸ Notification, annexe 4, 16.

⁴⁹ La date de paiement de l'intérêt serait le dernier jour de la période d'intérêt (un mois).

⁵⁰ L'intérêt serait calculé au pro-rata du nombre de jours écoulés et d'une année de 360 jours.

52. L'art. 13 al. 1 ATA prévoit que « *Sauf disposition contraire du présent Accord, sont incompatibles avec le présent Accord, pour autant qu'elles affectent les échanges entre les Parties contractantes, les aides accordées par la Suisse ou par un Etat membre de la CE ou provenant de fonds publics, sous quelque forme que ce soit, et qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou la production de certains produits.* » Les alinéas 2 et 3 de l'article en question fixent les conditions auxquelles les aides sont compatibles avec l'ATA ou peuvent être considérées comme telles. A noter que selon l'art. 12 al. 1 ATA, les dispositions régissant les aides d'Etat s'appliquent également aux entreprises publiques et aux entreprises auxquelles ont été accordés des droits spéciaux ou exclusifs.

53. Tandis que l'ATA confie l'application et le contrôle des règles du droit de la concurrence aux institutions communautaires dans la plupart des cas (art. 11 ATA), l'art. 14 ATA crée un système de surveillance fondé sur deux piliers. Chaque partie contractante (la Suisse et l'UE) est responsable, sur son territoire, du contrôle des aides d'Etat. Cette disposition institue non seulement le droit, mais aussi l'obligation de soumettre toutes les aides d'Etat à un examen de leur compatibilité avec l'ATA. Chaque partie doit en outre veiller à ce que l'autre partie soit informée des procédures engagées et, si nécessaire, soit en mesure de soumettre des observations avant qu'une décision définitive ne soit prise.⁵¹

54. L'art. 103 LA confie à la COMCO la tâche d'examiner la compatibilité des aides d'Etat avec l'Accord:⁵²

« III. Examen de la compatibilité des aides d'Etat

¹ La Commission de la concurrence examine la compatibilité avec l'art. 13 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien:

a. des projets de décisions du Conseil fédéral favorisant certaines entreprises ou la production de certains produits entrant dans le champ d'application de l'accord, notamment des prestations, des participations et des aides financières prévues aux art. 101, 102 et 102a de la présente loi;

b. des mesures similaires de soutien des cantons [...];

c. [...]

² La Commission de la concurrence est indépendante du Conseil fédéral et de l'administration lors de l'examen.

³ Les autorités chargées de prendre une décision tiennent compte du résultat de l'examen. »

55. Aux termes de l'art. 102a al. 1 let. b LA, « *[s]i, pour cause de pandémie de COVID-19, l'exploitation continue et ordonnée des aéroports nationaux ne peut pas être assurée d'une autre manière, la Confédération peut accorder des prêts [...] aux aéroports nationaux* ».

56. En l'espèce, le projet de loi notifié autorise le Conseil d'Etat genevois à consentir un prêt en faveur de l'AIG, l'un des aéroports nationaux. En vertu de l'art. 103 al. 1 let. a et b LA, la COMCO est compétente pour examiner la compatibilité dudit projet de loi avec l'ATA.

B.1.2 Procédure devant la COMCO

57. Tandis que la compétence de la COMCO pour l'examen des aides d'Etat est explicitement donnée par l'art. 103 LA, ni la LCart⁵³ – en tant qu'instrument de la COMCO – ni l'ATA lui-même ne contiennent des règles de procédure pour l'examen des aides d'Etat.

58. Conformément à la lettre de l'art. 103 al. 1 LA, la COMCO *examine* notamment si les projets de décisions du Conseil fédéral mentionnés à l'alinéa 1 ainsi que les mesures similaires des cantons sont compatibles avec l'ATA. Selon le troisième alinéa, les autorités chargées de prendre une décision *tiennent compte du résultat de l'examen*.

59. Il s'ensuit que la décision définitive au sens de l'art. 14 ATA d'accorder l'aide d'Etat examinée incombe aux autorités chargées de prendre la décision (en l'espèce le Grand Conseil genevois), et non pas à l'autorité examinant la compatibilité de l'aide en question avec l'ATA (à savoir la COMCO).

60. Il découle également de la formulation de l'art. 103 al. 1 let. a LA que la COMCO prend position par rapport à un *projet* de mesure de soutien. Il incombe à l'autorité de décision – le Grand Conseil genevois – de tenir compte du résultat de l'examen de la COMCO en adaptant, le cas échéant, le projet de loi. La COMCO n'est alors plus compétente pour se prononcer sur la version définitive de la loi finalement adoptée par le Grand Conseil.

61. Ce procédé implique qu'il est possible qu'un projet de mesure de soutien notifié à la COMCO ne contienne pas tous les éléments nécessaires à juger de la compatibilité de l'aide avec l'ATA, mais que l'auteur du projet (en l'espèce le Conseil d'Etat) ne puisse plus compléter, respectivement modifier le projet soumis à la COMCO en raison des procédures parlementaires. En l'occurrence, le Conseil d'Etat a déjà déposé le projet faisant l'objet du présent examen par la COMCO, par devant le Grand Conseil en date du 24 février 2021. En cas d'informations manquantes dans la notification qui pourraient modifier la motivation, voire le résultat de l'examen de la COMCO, celle-ci va attirer l'attention du Grand Conseil sur l'implication d'éventuelles modifications qu'il amènerait au projet. Il incombera alors au Grand Conseil de tenir compte, le cas échéant, des hypothèses examinées ci-dessous (N 80 ss, 159 ss et 165 ss).

B.2 Au fond

B.2.1 Droit matériel applicable

62. L'art. 13 ATA constitue le droit matériel applicable à l'évaluation de la compatibilité d'une mesure de soutien envisagée avec l'ATA et correspond – à quelques ex-

⁵¹ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur l'aviation (Examen de la compatibilité des aides d'Etat avec l'Accord sur le transport aérien entre la Suisse et la CE), FF 2003 5688, 5690.

⁵² Dans un premier temps, le Conseil fédéral a désigné le 7 mars 2003 la COMCO responsable de la surveillance de l'application des règles sur les aides d'Etat. La base légale fondant la compétence de la COMCO, l'art. 103 LA, est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2004.

⁵³ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

ceptions près parmi les alinéas 2 et 3 – à la teneur de l'art. 107 TFUE⁵⁴.

63. Contrairement à la Commission européenne, la COMCO ne dispose pas d'autres dispositions (actes législatifs ou encore *soft law*) à l'aide desquelles elle pourrait examiner la compatibilité des aides avec l'ATA.

64. Tandis que l'ATA ainsi que les actes de l'Union européenne énumérés dans l'annexe de l'ATA (pour autant que ces actes concernent le transport aérien ou des objets directement liés au transport aérien⁵⁵) constituent du droit suisse applicable, les autres actes juridiques de l'Union européenne relatifs aux aides d'Etat, non repris dans l'annexe de l'ATA, ne font pas partie de l'ordre juridique suisse et ne peuvent, par conséquent, être directement appliqués tels quels par les autorités suisses. Or, la COMCO se réfère régulièrement aux actes de l'Union européenne pour interpréter l'art. 13 ATA afin d'assurer autant que possible une interprétation uniforme de l'art. 13 ATA par les deux parties contractantes (la Suisse et l'UE). A cet égard, la COMCO a, par le passé, établi des principes d'interprétation de l'art. 13 ATA à la lumière des actes européens, opérant ainsi une distinction entre les actes juridiques européens contraignants et justiciables (p. ex. règlements⁵⁶), d'une part, et les actes de *soft law*⁵⁷ (p. ex. communications⁵⁸), d'autre part. Elle a conclu qu'il n'était pas exclu, voire qu'il était même souhaitable, qu'il soit fait référence à ces actes pour garantir une interprétation uniforme des dispositions sur les aides d'Etat par la Suisse et l'UE.⁵⁹

65. Dans le cadre de l'examen des mesures de soutien en faveur de SWISS et Edelweiss ainsi qu'en faveur de SR Technics, la COMCO s'est référée en particulier aux communications adoptées par la Commission européenne dans le contexte de la flambée de COVID-19.⁶⁰

66. La Commission européenne a adopté le 19 mars 2000⁶¹ – et modifié depuis lors le 3 avril 2020,⁶² le 8 mai 2020,⁶³ le 29 juin 2020,⁶⁴ le 13 octobre 2020⁶⁵ et le 28 janvier 2021⁶⁶ – la Communication « Encadrement temporaire des mesures d'aide d'Etat visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 » (ci-après: l'encadrement temporaire⁶⁷) afin de permettre aux Etats membres d'exploiter pleinement la flexibilité prévue par les règles en matière d'aides d'Etat pour soutenir l'économie dans le contexte de la flambée de COVID-19. Parallèlement aux nombreuses autres mesures de soutien auxquelles les Etats membres peuvent recourir dans le cadre des règles en matière d'aides d'Etat, l'encadrement temporaire permet aux Etats membres de garantir la disponibilité de liquidités suffisantes pour les entreprises de tous types et de préserver la continuité de l'activité économique pendant et après la flambée de COVID-19. Fondé sur l'art. 107 al. 3 let. b TFUE, l'encadrement temporaire visant à soutenir l'économie dans le contexte de la flambée de COVID-19 reconnaît que l'ensemble de l'économie de l'UE est confrontée à une grave perturbation. Pour y remédier, l'encadrement temporaire prévoit différents types d'aides, notamment sous forme de prêts publics bonifiés octroyés aux entreprises. Les Etats membres pourront ainsi, sous les conditions prévues par l'encadrement temporaire, accorder des prêts aux entreprises à des taux d'intérêt réduits. Ces prêts peuvent aider les entre-

prises à couvrir leurs besoins immédiats en fonds de roulement et en investissements.⁶⁸

67. La Commission européenne est liée aux principes et conditions énumérées dans l'encadrement temporaire et ne peut s'en écarter lors de l'examen de la compatibilité d'une mesure de soutien avec l'art. 107 al. 3 let. b TFUE.⁶⁹ La COMCO examinera la mesure envisagée par le canton de Genève également à la lumière des conditions de l'encadrement temporaire pour garantir une interprétation uniforme de l'art. 13 al. 3 let. b ATA entre la Suisse et l'UE.

B.2.2 Existence d'une aide d'Etat

68. Aux termes de l'art. 13 al. 1 ATA, constituent des aides d'Etat dans la mesure où elles **affectent les échanges** entre les Parties contractantes, les **aides accordées par les Etats** [par la Suisse ou par un Etat membre de l'UE] **ou au moyen de ressources d'Etat** sous quelque forme que ce soit qui **faussent ou qui menacent de fausser la concurrence** en favorisant **certaines entreprises** ou certaines productions.

69. Pour qu'une mesure de soutien constitue une aide d'Etat incompatible avec l'ATA (sauf exception, cf. chap. B.2.3.1), les éléments constitutifs suivants doivent être réunis: il faut que le bénéficiaire de l'aide soit une **entreprise** (B.2.2.1)⁷⁰, que l'aide ait une **origine étatique**

⁵⁴ Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 326 du 26.10.2012, p. 47.

⁵⁵ Cf. art. 2 ATA.

⁵⁶ P. ex. le Règlement (UE) no 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JO L 187 du 26.6.2014, pp. 1–78 (ci-après: règlement général d'exemption par catégorie).

⁵⁷ Les actes de *soft law* ne sont pas justiciables, mais lient la Commission européenne dans son interprétation, cf. N 67.

⁵⁸ P. ex. la Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'Etat» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 262/1 du 19.7.2016, pp. 1-50 (ci-après: Communication relative à la notion d'aide d'Etat).

⁵⁹ DPC 2020/3b, 1274 N 69–71 et réf. cit., *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁶⁰ DPC 2020/3b, 1239 N 51, 1243 N 86 ss., *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*; DPC 2020/3a, 1190 N 110 ss., *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁶¹ JO C 911 du 20.3.2020, pp. 1–9.

⁶² JO C 1121 du 4.4.2020, pp. 1–9.

⁶³ JO C 164 du 13.5.2020, pp. 3–15.

⁶⁴ JO C 218 du 2.7.2020, pp. 3–8.

⁶⁵ JO C 3401 du 13.10.2020, pp. 1–10.

⁶⁶ JO C 34 du 1.2.2021, pp. 6–15.

⁶⁷ Version consolidée informelle de l'encadrement temporaire, <https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-03/TF_informal_consolidated_version_as_amended_28_january_2021_fr.pdf> (24.6.2021).

⁶⁸ Cf. communiqué de presse du 19 mars 2020 « Aides d'Etat: la Commission adopte un encadrement temporaire pour permettre de soutenir d'avantage l'économie face à la flambée de COVID-19 », <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_496> (24.6.2021).

⁶⁹ DPC 2020/3b, 1275 N 76 s. et réf. cit., *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁷⁰ Conformément à la pratique de l'UE, la COMCO n'a pas, par le passé, discuté en détail l'exigence de la qualité d'entreprise dans ses prises de position en vertu de l'art. 103 LA lorsque les bénéficiaires de l'aide étaient, de toute évidence, des entreprises. Par contre, si la qualité d'entreprise du bénéficiaire de l'aide n'est pas évidente à première vue, il s'agit de procéder à un examen plus approfondi de cet élément constitutif, cf. DPC 2003/3a, 876 N 11, *Beratung betreffend die Anmeldepflicht von Unterstützungsmassnahmen zugunsten von Skyguide*.

(imputabilité à l'Etat et financement au moyen de ressources d'Etat; B.2.2.2), qu'elle confère un **avantage économique** à son bénéficiaire (B.2.2.3), que l'avantage soit **sélectif** (B.2.2.4) et qu'elle **fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte les échanges** (B.2.2.5).⁷¹

B.2.2.1 Entreprise

70. Les règles en matière d'aides d'Etat ne s'appliquent que lorsque le bénéficiaire d'une mesure est une « entreprise ». Une entreprise se définit comme une entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de l'entité et de son mode de financement. La question de savoir si une entité constitue une entreprise ou non dépend donc entièrement de la nature de ses activités. Ce principe général a, entre autres, pour conséquence qu'il vaut également pour les entités faisant officiellement partie de l'administration publique. Le seul critère pertinent porte sur le fait que l'entité exerce une activité économique, à savoir qu'elle offre ou acquiert des biens ou des services sur le marché.⁷²

71. En ce qui concerne les aéroports, les instances européennes ont, à maintes reprises, eu l'occasion de confirmer que l'exploitation commerciale d'un aéroport (y compris la fourniture de services aéroportuaires aux compagnies aériennes et à d'autres prestataires de services dans les aéroports) ainsi que la construction d'une infrastructure aéroportuaire constituent des activités économiques. Un aéroport exerçant ainsi une activité économique est à qualifier d'entreprise pour l'application des règles sur les aides d'Etat, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement.⁷³

72. Par conséquent, l'AIG est une entreprise au sens du droit des aides d'Etat, nonobstant le fait qu'elle revêt la forme d'un établissement public propriété du canton de Genève.

B.2.2.2 Origine étatique

73. L'octroi d'un avantage directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat (B.2.2.2.2) et l'imputabilité d'une telle mesure à l'Etat (B.2.2.2.1) sont – contrairement à la lettre de l'art. 13 al. 1 ATA – deux conditions distinctes et cumulatives pour constater l'existence d'une aide d'Etat.⁷⁴

B.2.2.2.1 Imputabilité de la mesure à l'Etat

74. Lorsqu'une autorité publique octroie un avantage à un bénéficiaire, la mesure est par définition imputable à l'Etat.

75. En l'espèce, le projet de loi notifié sera adopté par le Grand Conseil genevois, qui autorisera ainsi le Conseil d'Etat genevois à octroyer le prêt en question à l'AIG. C'est donc une autorité publique qui octroiera l'aide à l'AIG. La mesure de soutien est dès lors imputable à l'Etat.

B.2.2.2.2 Ressources de l'Etat

76. Les ressources d'Etat comprennent toutes les ressources du secteur public. Le transfert de ressources d'Etat n'est pas limité aux subventions directes, mais peut revêtir de nombreuses formes, dont notamment des prêts. Un engagement ferme et concret à fournir des

ressources d'Etat à un stade ultérieur est également considéré comme un transfert de ressources d'Etat.⁷⁵

77. Le projet de loi notifié est soumis aux dispositions de la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat,⁷⁶ qui traite de la gestion des finances publiques, du budget, des subventions, des comptes de l'Etat et du bilan, ainsi que de l'organisation financière.⁷⁷ Le prêt consenti sera inscrit dans le bilan du canton de Genève, au patrimoine administratif.⁷⁸ Il affectera donc bien les ressources d'Etat.

B.2.2.3 Avantage économique

78. Par avantage au sens de l'art. 13 al. 1 ATA, il faut comprendre tout avantage économique qu'une entreprise n'aurait pas pu obtenir dans les conditions normales du marché, c'est-à-dire en l'absence d'intervention de l'Etat. Un avantage existe dès lors que la situation financière d'une entreprise est améliorée du fait d'une intervention de l'Etat réalisée à des conditions autres que les conditions normales du marché.⁷⁹ Les opérations économiques effectuées par des organismes publics ne confèrent pas d'avantage à leur destinataire et, de ce fait, ne constituent pas des aides d'Etat lorsqu'elles sont réalisées dans les conditions normales du marché.⁸⁰

79. Pour déterminer si la mesure de soutien envisagée confère un avantage économique à l'AIG, il y a lieu d'analyser si l'AIG serait en mesure – en cas de réalisation du scénario extrême – de se procurer sur le marché les liquidités nécessaires aux mêmes ou à de meilleures conditions que celles prévues par la mesure de soutien envisagée. Si tel était le cas, le prêt ne lui conférerait pas d'avantage économique.

80. Il sied de relever que le projet de loi ne mentionne pas sous quelles conditions le Conseil d'Etat sera autorisé à octroyer le prêt en question. L'art. 2 du projet de loi retient uniquement que le prêt serait « *destiné à fournir les liquidités nécessaires dans le cadre de la crise sanitaire du coronavirus* ». L'exposé des motifs du projet de loi (ci-après: le message) reste également vague en prévoyant que « [...] *si le scénario extrême se réalise, la probabilité que les investisseurs se détournent du secteur aérien est élevée et l'AIG devra faire face à des besoins de financement supplémentaire. Il en résulterait*

⁷¹ DPC 2020/3b, 1276 N 80, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁷² Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 6-8; DPC 2003/3a, 877 N 16, *Beratung betreffend die Anmeldepflicht von Unterstützungsmassnahmen zugunsten von Skyguide*.

⁷³ CJCE, ECLI:EU:C:2002:617, N 68-83, *Aéroports de Paris*; CJUE, ECLI:EU:C:2012:821, N 35-52, *Flughafen Leipzig-Halle*; COMM-UE, SA.43260 du 16.10.2018, N 118, *Flughafen Frankfurt Hahn*.

⁷⁴ Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 38; DPC 2020/3b, 1276 N 82, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁷⁵ Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 51.

⁷⁶ Projet de loi, art. 6.

⁷⁷ Loi du 4 octobre 2013 sur la gestion administrative et financière de l'Etat de Genève (LGAF), D 1 05.

⁷⁸ Projet de loi, art. 3.

⁷⁹ Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 66 s.

⁸⁰ Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 74 s.

pour l'AIG une incapacité d'émettre de nouvelles obligations et donc de trouver de nouvelles sources de financement ». ⁸¹

81. Interrogé par le Secrétariat sur la formulation ouverte du message par rapport aux conditions de l'octroi du prêt et notamment au fait que l'incapacité d'émettre de nouvelles obligations semblait être assimilée à l'incapacité de trouver de nouvelles sources de financement, le Conseil d'Etat a expliqué dans le complément de notification que l'AIG souhaite se prémunir contre une dégradation telle de la situation que l'entreprise ne serait plus en mesure de faire face à ses responsabilités opérationnelles ainsi qu'en tant qu'employeur. Ainsi, il serait du devoir des instances dirigeantes d'envisager plusieurs scénarios et de déterminer des paliers. Toutefois, il serait impossible de déterminer à l'avance des seuils qui impliquent irrémédiablement la libération du prêt ou d'une tranche de celui-ci. Cela étant, si les pertes financières de l'AIG devaient se creuser et les réserves s'amenuiser de façon dramatique, que les marchés financiers devaient proposer un taux largement supérieur à celui proposé par le canton de Genève voire devaient signifier à l'établissement public autonome ne plus être disposés à investir dans la dette, alors il serait très probable que l'AIG n'ait d'autre choix que de solliciter le prêt pour tenter de rétablir une situation financière évitant des conséquences sérieuses, sur l'emploi notamment. Selon le Conseil d'Etat, il faut dès lors faire preuve d'une certaine flexibilité sur le ou les facteurs déclenchants le cas échéant l'octroi du prêt en faveur de l'AIG, de sorte qu'il ne serait pas possible de prévoir des éléments plus précis à ce stade. ⁸² Au-delà de cette solution, force est de reconnaître qu'il n'existerait pas réellement d'autres possibilités de financement, hormis une intervention subsidiaire de la Confédération, mais impossible à garantir à ce stade, comme évoqué dans le courrier de la Confédération à l'attention de l'AIG. ⁸³

82. Sur la base de ce qui précède, il apparaît que si les conditions évoquées au N 81 devaient être données, à savoir qu'il n'existerait pas réellement d'autres possibilités de financement sur le marché, et si le prêt devait, comme prévu dans le message, effectivement être accordé sous ces conditions, l'AIG bénéficierait d'un avantage économique en raison de la mesure envisagée.

83. Il convient toutefois d'attirer l'attention du Grand Conseil sur le fait que ces conditions ne figurent pas dans le projet de loi. Par conséquent, le projet de loi n'interdit théoriquement pas au Conseil d'Etat d'octroyer le prêt en dehors du scénario extrême. Le projet de loi n'exclut pas non plus qu'au moment de l'octroi du prêt en question, l'AIG puisse se procurer les capitaux sur le marché aux mêmes ou à de meilleures conditions que celles prévues par le prêt public.

B.2.2.4 Sélectivité

84. Une mesure est sélective si elle favorise certaines entreprises au détriment d'autres entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable par rapport à l'objectif poursuivi par la mesure en question. ⁸⁴

85. En l'espèce, l'avantage octroyé par le projet de loi est sélectif dans la mesure où il est spécifiquement et

uniquement destiné à l'AIG, à l'exclusion d'autres entreprises.

B.2.2.5 Distorsion de la concurrence et affectation des échanges

86. La distorsion de la concurrence et l'affectation des échanges sont deux conditions distinctes qui doivent être données cumulativement. Dans la pratique toutefois, ces critères sont souvent traités conjointement dans l'appréciation des aides d'Etat, étant donné qu'ils sont généralement considérés comme indissociablement liés. ⁸⁵

B.2.2.5.1 Distorsion de la concurrence

87. Une mesure octroyée par l'Etat est considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence lorsqu'elle est de nature à renforcer la position concurrentielle du bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises concurrentes. Il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire puisse développer ses activités et gagner des parts de marché grâce à l'aide. Il suffit que l'aide lui permette de conserver une position concurrentielle plus forte que celle qu'il aurait eue en l'absence d'aide. La notion d'« aide d'Etat » n'exige pas que la distorsion de la concurrence ou l'affectation des échanges soit sensible ou substantielle. ⁸⁶

88. En outre, l'octroi d'une aide ne peut être justifié en réaction à l'octroi d'autres aides par d'autres Etats à des concurrents potentiels. Une telle réaction ne ferait qu'aggraver les distorsions de concurrence. ⁸⁷

89. En l'espèce, l'AIG est en concurrence avec les autres aéroports dans la même zone de chalandise (Lyon, Milan, Bâle-Mulhouse et Zurich). ⁸⁸ La mesure notifiée renforce ainsi la position concurrentielle de l'AIG par rapport à ces aéroports et menace par conséquent de fausser la concurrence entre les gestionnaires d'aéroports, indépendamment d'éventuelles futures mesures de soutien en faveur de ses concurrents.

B.2.2.5.2 Affectation des échanges

90. Pour démontrer l'affectation des échanges entre la Suisse et l'UE, il n'est pas nécessaire d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges, mais seulement d'examiner si cette aide est susceptible d'affecter ces échanges. Lorsqu'une aide financière accordée par un Etat contractant renforce la position d'une entreprise par rapport à celle d'autres entreprises concurrentes, les échanges doivent être considérés comme influencés par l'aide. ⁸⁹

⁸¹ Notification, annexe 4, 8.

⁸² Complément à la notification, 11.

⁸³ Complément à la notification, 11 et annexe 3.

⁸⁴ DPC 2020/3b, 1277 N 91, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁸⁵ Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 186.

⁸⁶ Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 187, 189.

⁸⁷ DPC 2020/3b, 1278 N 95, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁸⁸ Complément à la notification, 14. Nonobstant le recoupement partiel de la zone de chalandise par rapport aux aéroports mentionnés, il serait probable, selon l'avis de l'AIG, que seul l'aéroport de Lyon serait affecté par la distorsion, compte tenu des distances et des modèles d'affaires différents.

⁸⁹ Communication relative à la notion d'aide d'Etat (n. 58), ch. 190.

91. En l'espèce et comme il a été démontré ci-dessus, la zone de chalandise de l'AIG s'étend à des aéroports situés en dehors la Suisse. La mesure notifiée renforce la position de l'AIG par rapport à des gestionnaires d'aéroports situés dans l'UE et est, par conséquent, susceptible d'affecter les échanges entre la Suisse et un ou plusieurs Etats membres de l'UE.

B.2.2.6 Résultat intermédiaire

92. Sous réserve que le prêt soit consenti par le Conseil d'Etat sous les conditions prévues dans le message (cf. N 82), toutes les conditions de l'art. 13 al. 1 ATA sont données. La mesure en faveur de l'AIG telle que notifiée constitue ainsi bien une aide d'Etat au sens de l'art. 13 al. 1 ATA.

B.2.3 Compatibilité avec l'ATA

93. Etant donné que la mesure notifiée implique une aide au sens de l'art. 13 al. 1 ATA, il est nécessaire d'examiner si cette mesure est compatible ou peut être déclarée compatible avec l'ATA.

B.2.3.1 Introduction

94. Les aides d'Etat destinées à soutenir l'économie en tant que réponse à la flambée de COVID-19 peuvent notamment être compatibles avec le marché intérieur en vertu de l'art. 107 al. 2 let. b TFUE (qui correspond à l'art. 13 al. 2 let. b ATA)⁹⁰ ou être considérées comme compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE (qui correspond à l'art. 13 al. 3 let. b ATA).⁹¹

95. Dans la notification, le canton de Genève considère que le prêt envisagé viserait « à remédier à une perturbation grave de l'économie suisse » au sens de l'art. 13 al. 3 let. b ATA et pourrait, dès lors, être considéré comme compatible avec l'ATA. Il n'a pas fait valoir que le prêt serait destiné à remédier aux dommages causés par la flambée de COVID-19 et n'a ainsi pas apporté d'éléments permettant d'examiner si les conditions de l'art. 13 al. 2 let. b ATA seraient données.

96. Il s'agit donc d'examiner si l'aide envisagée est apte à atteindre le but visé par l'art. 13 al. 3 let. b ATA, à savoir contribuer à remédier à une perturbation grave de l'économie suisse.

B.2.3.2 Examen de compatibilité en vertu de l'art. 13 al. 3 let. b ATA

97. Le texte de l'art. 13 al. 3 ATA (« peuvent être considérées comme compatibles ») indique qu'il existe un large pouvoir d'appréciation de la compatibilité de mesures d'aide avec l'ATA au titre de l'art. 13 al. 3 ATA. A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après: CJUE), anciennement la CJCE⁹², a retenu que « [...] la Commission bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation dont l'exercice implique des évaluations complexes d'ordre économique et social [...]. Dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, la Commission peut adopter des lignes directrices afin d'établir les critères sur la base desquels elle entend évaluer la compatibilité, avec le marché intérieur, de mesures d'aide envisagées par les Etats membres ».⁹³

98. Dans l'encadrement temporaire (cf. N 66 s.), la Commission européenne a énuméré des mesures d'aide

d'Etat temporaires qu'elle juge compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE (qui correspond à l'art. 13 al. 3 let. b ATA), et qui pourraient être autorisées très rapidement après leur notification. En effet, en adoptant l'encadrement temporaire le 19 mars 2020, la Commission européenne a reconnu que la flambée de COVID-19 touchait l'ensemble des Etats membres et que les mesures de confinement prises par ceux-ci avaient un impact sur les entreprises. La Commission européenne considère dès lors que des aides d'Etat se justifient et peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE pendant une période limitée, afin de remédier au manque de liquidité auquel sont confrontées les entreprises, et de faire en sorte que les perturbations causées par la flambée de COVID-19 ne compromettent pas leur viabilité, en particulier dans le cas des PME.⁹⁴

99. Dans l'encadrement temporaire, la Commission européenne donne des explications par rapport à l'examen de la compatibilité d'une aide d'Etat motivée par la flambée de COVID-19: « La Commission énonce dans la présente communication les conditions de compatibilité qu'elle appliquera en principe aux aides octroyées par les Etats membres sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE. Les Etats membres sont donc tenus de démontrer que les mesures d'aide d'Etat notifiées à la Commission au titre de la présente communication sont nécessaires, appropriées et proportionnées pour remédier à une perturbation grave de l'économie de l'Etat membre concerné et que toutes les conditions énoncées dans la présente communication sont pleinement respectées ».⁹⁵

100. Il s'agit ainsi d'analyser dans un premier temps si la mesure de soutien en faveur de l'AIG remplit les conditions énoncées par l'encadrement temporaire (chap. B.2.3.3). Dans un deuxième temps, il convient d'apprécier – à la lumière de la pratique européenne par rapport aux aides d'Etat motivées par la flambée de COVID-19 – si la mesure de soutien envisagée peut être considérée comme étant nécessaire, appropriée et proportionnée pour remédier à une perturbation grave de l'économie de la Suisse, comme le requiert le chiffre 19 de l'encadrement temporaire (chap. B.2.3.4).

⁹⁰ Selon l'art. 13 al. 2 let. b ATA, les aides destinées à remédier aux dommages causés par des catastrophes naturelles ou des événements extraordinaires sont compatibles avec l'ATA. La Commission européenne a qualifié la flambée de COVID-19 comme événement extraordinaire au sens de l'art. 107 al. 2 let. b TFUE et a précisé dans l'encadrement temporaire à quelles conditions peuvent être accordées les aides destinées à remédier aux dommages causés par la flambée de COVID-19 (cf. encadrement temporaire [n. 67], ch. 15-15^{er}).

⁹¹ Pour la différence entre les cas de compatibilité prévus aux alinéas 2 et 3, voir notamment DPC 2020/3b, 1278 N 01 ss., *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

⁹² Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009.

⁹³ CJUE, ECLI:EU:C:2016:570, N 37-39, *Tadej Kotnik e.a.*; concernant les limites au large pouvoir d'appréciation de la compatibilité de mesures d'aide avec l'ATA au titre de l'art. 13 al. 3 ATA, voir également chap. B.2.3.4.1.

⁹⁴ Encadrement temporaire (n. 67), ch. 16, 18.

⁹⁵ Encadrement temporaire (n. 67), ch. 19.

B.2.3.3 Conditions de l'encadrement temporaire

101. Le canton de Genève envisage d'octroyer une aide sous forme de prêt public bonifié à l'AIG.

102. L'encadrement temporaire prévoit au chapitre 3.3 les conditions que les aides sous forme de taux d'intérêt bonifiés pour prêts doivent remplir pour pouvoir être considérées comme compatibles avec l'art. 107 al. 3 let. b TFUE, respectivement l'art. 13 al. 3 let. b ATA. Les conditions diffèrent suivant qu'il s'agisse d'un prêt public bonifié « ordinaire » (voir ch. 27) ou d'un instrument de dette subordonnée (voir ch. 27^{bis}).

103. Le Conseil d'Etat a confirmé que le prêt envisagé en l'espèce se situerait au même rang que les créanciers des emprunts obligataires précédemment contractés par l'établissement public.⁹⁶ Il ne s'agit, dès lors, pas d'un instrument de dette subordonnée. Il convient, par conséquent, de vérifier si les conditions énoncées au chiffre 27 de l'encadrement temporaire sont données.

104. Dans ce qui suit, les exigences du chiffre 27 sont d'abord présentées (chap. B.2.3.3.1), avant d'être appliquées à la mesure de soutien en faveur de l'AIG (chap. B.2.3.3.2).

B.2.3.3.1 Chiffre 27 de l'encadrement temporaire

105. Le chiffre 27 de l'encadrement temporaire est libellé comme suit:

27. La Commission considérera que les aides d'Etat octroyées sous forme de subventions aux prêts publics en réaction à la flambée de COVID-19 sont compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE, pour autant que les conditions suivantes soient remplies:

- a. les prêts peuvent être accordés à des taux d'intérêt réduits qui sont au moins égaux au taux de base (taux IBOR à un an ou équivalent publié par la Commission⁹⁷) applicable au 1^{er} janvier 2020 ou au moment de la notification, auquel s'ajoutent les marges pour risque de crédit indiquées dans le tableau ci-dessous⁹⁸:

Type de bénéficiaire	Marge pour risque de crédit pour la 1 ^{re} année	Marge pour risque de crédit pour les 2 ^e - 3 ^e années	Marge pour risque de crédit pour les 4 ^e - 6 ^e années
PME	25 points de base	50 points de base	100 points de base
Grandes entreprises	50 points de base	100 points de base	200 points de base

- b. les Etats membres peuvent également notifier des régimes prenant le tableau ci-dessus comme base, mais prévoyant la possibilité de moduler la durée du prêt et le niveau des marges pour risque de crédit (par exemple, en recourant à une marge pour risque de crédit forfaitaire, pour autant qu'elle soit supérieure à la marge pour risque de crédit minimale fixée pour la 1^{re} année pour chaque type de bénéficiaire, telle qu'adaptée en fonction de la durée du prêt prévue au titre du présent point)⁹⁹;
- c. les contrats de prêt sont signés le 31 décembre 2021 au plus tard et sont limités à six ans au maximum, sauf dans le cas où ils sont modulés conformément au point 27 b.;
- d. pour les prêts arrivant à échéance après le 31 décembre 2021, le montant global des prêts par bénéficiaire n'excède pas:
- i. le double de la masse salariale annuelle du bénéficiaire (incluant les charges sociales ainsi que le coût des effectifs travaillant sur le site de l'entreprise, mais considérés officiellement comme des sous-traitants) pour

2019 ou pour la dernière année disponible. Dans le cas des entreprises créées le 1^{er} janvier 2019 ou après cette date, le montant maximal du prêt ne doit pas excéder la masse salariale annuelle estimée pour les deux premières années d'activité; ou

- ii. 25 % du chiffre d'affaires total réalisé par le bénéficiaire en 2019; ou
- iii. si l'Etat membre le justifie dûment auprès de la Commission (en invoquant, par exemple, les caractéristiques d'un certain type d'entreprises), le montant du prêt peut être majoré afin de couvrir les besoins de liquidités pendant les 18 mois suivant la date de l'octroi dans le cas des PME¹⁰⁰ et pendant les 12 mois suivant la date de l'octroi dans le cas des grandes entreprises. Il convient d'établir les besoins de liquidités sur la base d'une autocertification par le bénéficiaire¹⁰¹;
- e. pour les prêts arrivant à échéance au plus tard le 31 décembre 2021, le montant du principal du prêt peut être supérieur à celui fixé au point 27 d., pour autant que l'Etat membre le justifie dûment auprès de la Commission et que la proportionnalité de l'aide reste garantie et soit démontrée par l'Etat membre à la Commission;
- f. le prêt couvre des crédits aux investissements et/ou des besoins de fonds de roulement;
- g. le prêt ne peut pas être octroyé à des entreprises qui étaient déjà en difficulté (au sens du règlement général d'exemption par catégorie¹⁰²) au 31 décembre 2019;

^g^{bis} Par dérogation à ce qui précède, une aide peut être octroyée à des micros ou petites entreprises (au sens de l'annexe I du règlement général d'exemption par catégorie) qui étaient déjà en difficulté au 31 décembre 2019, dès lors que celles-ci ne font pas l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité en vertu du droit national qui leur est applicable et n'ont pas bénéficié d'une aide au sauvetage¹⁰³ ou d'une aide à la restructuration¹⁰⁴.

106. Comme il ressort du libellé du chiffre 27, toutes les conditions énoncées aux lettres a à ^g^{bis} doivent être données pour qu'une mesure de soutien sous forme de prêt public bonifié puisse être considérée comme compatible avec le marché intérieur, respectivement avec l'ATA.

⁹⁶ Complément à la notification, 16.

⁹⁷ Taux de base calculés conformément à la communication de la Commission relative à la révision de la méthode de calcul des taux de référence et d'actualisation (JO C 14 du 19.1.2008, p. 6) et publiés sur le site web de la DG Concurrence à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html.

⁹⁸ Le taux d'intérêt global minimal (taux de base plus les marges pour risque de crédit) pour les PME et les grandes entreprises devrait être d'au moins 10 points de base par an.

⁹⁹ Le taux d'intérêt global minimal (taux de base plus les marges pour risque de crédit) devrait être d'au moins 10 points de base par an.

¹⁰⁰ Telles que définies à l'annexe I du règlement général d'exemption par catégorie (n. 56).

¹⁰¹ Le plan de liquidité peut concerner tant des fonds de roulement que des coûts d'investissement.

¹⁰² La notion d'«entreprise en difficulté» est définie à l'article 2, point 18, du règlement général d'exemption par catégorie (n. 56).

¹⁰³ Ou, si elles ont bénéficié d'une aide au sauvetage, elles ont remboursé le prêt ou mis fin à la garantie au moment de l'octroi de l'aide au titre de la présente communication.

¹⁰⁴ Ou, si elles ont bénéficié d'une aide à la restructuration, elles ne sont plus soumises à un plan de restructuration au moment de l'octroi de l'aide au titre de la présente communication.

B.2.3.3.2 Examen des conditions de l'encadrement temporaire

Taux d'intérêt (ch. 27 a)

107. Le prêt serait accordé sur la base du coût moyen de la dette du canton de Genève pour l'année précédant le projet de loi.¹⁰⁵ Le taux d'intérêt serait de 1,5 % par année. La période d'intérêt serait d'un mois (cf. N 50).

108. Avec un taux LIBOR de -0,59 % plus la marge pour risque de crédit pour les 4^e à 6^e¹⁰⁶ années de 200 points de base, le taux d'intérêt doit être d'au moins 1,41 % pour respecter le ch. 27a de l'encadrement temporaire, ce qui est le cas en l'espèce.

Calendrier et durée du prêt (ch. 27 c)

109. En cas d'entrée en matière sur le projet de loi, celui-ci pourrait être adopté par le Grand Conseil dans le courant du deuxième semestre de 2021. A la majorité des deux tiers des voix exprimées (les abstentions n'étant pas prises en considération), mais au moins à la majorité de ses membres, le Grand Conseil aurait la faculté de déclarer la loi urgente s'il considérait que son entrée en vigueur ne souffrait aucun retard.¹⁰⁷ Le contrat de prêt *pourrait* ainsi être signé avant le 31 décembre 2021; le prêt devrait être entièrement remboursé dans les cinq ans qui suivent son octroi.

110. La réalisation de cette condition dépend donc, d'une part, de l'entrée en vigueur du projet de loi et, d'autre part, de la réalisation des conditions énoncées dans le message permettant au Conseil d'Etat de signer le contrat de prêt.

Montant du prêt (ch. 27 d)

111. Le montant global du prêt de CHF 200 millions n'excède pas le double de la masse salariale annuelle de l'AIG (let. i du ch. 27 d) pour la dernière année disponible, soit 2020, puisque celle-ci se montait à CHF 145,72 millions en 2020¹⁰⁸ (CHF 159,207 millions en 2019¹⁰⁹).

Utilisation du prêt (ch. 27 f)

112. Le prêt envisagé devrait servir à couvrir les liquidités et assurer le maintien des opérations de la plateforme aéroportuaire conformément à la concession fédérale d'exploitation.¹¹⁰

Entreprise qui était déjà en difficulté (ch. 27 g)

113. Le canton de Genève a démontré que l'AIG n'était pas en difficulté (au sens du règlement général d'exemption par catégorie¹¹¹) au 31 décembre 2019.¹¹²

B.2.3.3.3 Résultat intermédiaire

114. Sous réserve de la signature du contrat de prêt avant le 31 décembre 2021, les conditions de l'encadrement temporaire sont remplies.

B.2.3.4 Proportionnalité

B.2.3.4.1 Introduction

115. Comme évoqué ci-dessus, la COMCO, tout comme la Commission européenne, jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour juger de la compatibilité d'une mesure d'aide avec l'ATA au titre de l'art. 13 al. 3 ATA.

L'exercice de ce pouvoir d'appréciation implique des évaluations complexes d'ordre économique et social (cf. N 97). La doctrine relève que la jurisprudence européenne aurait fixé des limites à ce pouvoir d'appréciation en exigeant la réalisation des éléments constitutifs non écrits de la nécessité¹¹³ (y compris l'effet d'incitation) et de la proportionnalité.¹¹⁴ Ces principes ont également été repris dans la Communication de la Commission européenne « Lignes directrices sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes » (ci-après: lignes directrices « trafic aérien »)¹¹⁵. Bien que non applicables en l'espèce¹¹⁶, ces lignes directrices précisent les principes communs applicables à l'appréciation de la compatibilité en vertu de l'art. 107 al. 3 TFUE de l'ensemble des mesures d'aide. Une aide sera ainsi considérée comme étant compatible avec le marché intérieur conformément à l'art. 107 al. 3 TFUE pour autant que les critères cumulatifs suivants soient remplis: la contribution à un objectif d'intérêt commun bien défini¹¹⁷, la nécessité de l'intervention de l'Etat¹¹⁸, le carac-

¹⁰⁵ Complément à la notification, 13.

¹⁰⁶ Le prêt serait disponible entre le 1er juillet 2021 et le 20 juin 2026, c'est-à-dire pendant 5 ans (cf. N 48).

¹⁰⁷ Complément à la notification, 12.

¹⁰⁸ <<https://rapports.gva.ch/>> Téléchargements > Rapport financier 2020, 2 (24.6.2021).

¹⁰⁹ <<https://www.gva.ch/>> Aéroport > Publications > Institutionnel > Archives > Rapport Annuel 2019, 13 (24.6.2021).

¹¹⁰ Complément à la notification, 16.

¹¹¹ La notion d'«entreprise en difficulté» est définie à l'article 2, point 18, du règlement général d'exemption par catégorie (n. 56).

¹¹² Complément à la notification, 16.

¹¹³ « Ainsi qu'il ressort de l'arrêt du 17 septembre 1980, Philip Morris Holland/Commission (730/79, Rec. p. 2671, point 17), une aide qui apporte une amélioration de la situation financière de l'entreprise bénéficiaire sans être nécessaire pour atteindre les buts prévus à l'article 87, paragraphe 3, CE [correspondant à l'art. 107 al. 3 let. b TFUE] ne saurait être considérée comme compatible avec le marché commun (voir également, en ce sens, arrêts du 24 février 1987, Deufl/Commission, 310/85, Rec. p. 901, point 18, et du 5 octobre 1994, Allemagne/Commission, C-400/92, Rec. p. I-4701, points 12, 20 et 21). » (CJCE, ECLI:EU:C:2008:224, N 68 s., Nuova Agricast Srl.; TUE, ECLI:EU:T:2001:149, N 74, Agrana Zucker und Stärke AG.

¹¹⁴ MAXIAN RUSCHE, in: Wettbewerbsrecht, vol. 3, Beihilfen/Sonderbereiche, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (éd.), 5e éd. 2016, art. 107 al. 3, N 21, 24. (cité RUSCHE in: Immenga/Mestmäcker); TUE, ECLI:EU:T:2021:286, N 74-76, Ryanair/Commissin(KLM).

¹¹⁵ JO C 99 du 4.4.2014, pp. 3-34.

¹¹⁶ Les lignes directrices « trafic aérien » ne traitent que de la compatibilité des aides d'Etat en vertu de l'art. 107 al. 3 let. c TFUE. Elles prévoient une période transitoire de dix ans à compter du 4 avril 2014, durant laquelle les aéroports régionaux ayant un trafic annuel moyen de maximum 3 millions de passagers peuvent prétendre à une aide au fonctionnement. À la fin de la période transitoire, soit en 2024, tous les aéroports devront couvrir l'intégralité de leurs coûts d'exploitation. En 2018, à la suite de sa décision d'ajourner l'évaluation du régime spécifique pour les aéroports accueillant jusqu'à 700 000 passagers par an, la Commission européenne a publié une communication (JO C 456 du 18.12.2018, p. 27-28) prolongeant les règles existantes afin d'assurer la continuité et la sécurité juridique du traitement de ce type d'aide d'Etat jusqu'au 3 avril 2024. Cette communication aligne dès lors la période transitoire pour l'application des règles applicables aux aéroports plus petits avec celle applicable aux aéroports accueillant plus de 700 000 passagers par an.

¹¹⁷ Une aide d'Etat doit viser un objectif d'intérêt commun conformément à l'art. 107 al. 3 TFUE (lignes directrices « trafic aérien », ch. 79 a), en l'espèce let. b, à savoir viser à remédier à une perturbation grave de l'économie suisse.

¹¹⁸ Une aide d'Etat doit cibler une situation où l'aide peut apporter une amélioration significative que le marché est incapable d'apporter lui-même, en corrigeant, par exemple, une défaillance du marché ou en résolvant un problème d'équité ou de cohésion (lignes directrices « trafic aérien », ch. 79 b, 87 - 89, 116 - 119).

tère approprié de l'aide¹¹⁹, l'effet d'incitation¹²⁰, la proportionnalité de l'aide (limitation de l'aide au minimum nécessaire)¹²¹, la prévention des effets négatifs non désirés sur la concurrence et les échanges entre Etats membres¹²² ainsi que la transparence des aides¹²³.

116. Ces principes ont été repris largement dans l'encadrement temporaire au chiffre 19, selon lequel « *Les Etats membres sont donc tenus de démontrer que les mesures d'aide d'Etat notifiées à la Commission au titre de la présente communication sont nécessaires, appropriées et proportionnées pour remédier à une perturbation grave de l'économie de l'Etat membre concerné et que toutes les conditions énoncées dans la présente communication sont pleinement respectées* ».

117. Se référant à la formulation du chiffre 19 de l'encadrement temporaire selon lequel les exigences prévues par l'encadrement temporaire lui-même et les exigences de la « proportionnalité au sens large » (nécessité, caractère approprié et proportionnalité au sens étroit) constitueraient des conditions cumulatives, la COMCO ne s'est pas limitée, dans le passé, à examiner si les conditions de l'encadrement temporaire étaient respectées, mais a entrepris un examen approfondi de la proportionnalité (au sens large) des mesures de soutien envisagées.¹²⁴ A noter que la proportionnalité (au sens large) ainsi définie ne correspond pas à la proportionnalité telle que définie par l'UE (limitation de l'aide au minimum nécessaire; cf. N 115).

118. Dans l'intervalle, la pratique de la Commission européenne a montré qu'elle ne semblait pas procéder à un examen détaillé de la proportionnalité (nécessité, caractère approprié, proportionnalité au sens étroit) des mesures envisagées et qu'elle mettait ce principe en œuvre principalement par le biais des conditions de l'encadrement temporaire et l'évaluait en conséquence.¹²⁵ En effet, il est admis par la jurisprudence que la Commission européenne peut, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, adopter des communications afin d'établir les critères sur la base desquels elle entend évaluer la compatibilité avec le marché intérieur de mesures d'aide envisagées par les Etats membres (cf. N 97). Ce faisant, elle restreint son pouvoir d'appréciation en anticipant à quelles conditions une mesure de soutien pourra satisfaire aux exigences de proportionnalité en sens large. Par rapport aux aides sous forme de taux d'intérêt bonifiés pour les prêts, le chiffre 26 de l'encadrement temporaire retient qu'« *afin de garantir l'accès aux liquidités pour les entreprises confrontées à une pénurie soudaine, des taux d'intérêt bonifiés pendant une période limitée et un montant de prêt limité peuvent se révéler une solution appropriée, nécessaire et ciblée dans les circonstances actuelles* ».

119. A ce stade, les juridictions européennes – en se prononçant sur des recours contre les décisions de la Commission européenne relatives à des aides d'Etat en réponse à la pandémie de COVID-19 – ne se sont pas prononcées *explicitement* sur la question de la relation entre les exigences de l'encadrement temporaire et les exigences de proportionnalité (au sens large) d'une aide envisagée au titre de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE. Dans un arrêt récent le Tribunal de l'Union européenne (ci-après: le TUE¹²⁶) rappelle que « *l'article 107, paragraphe 3,*

sous b), TFUE exige non seulement que l'Etat membre concerné soit bel et bien face à une perturbation grave de son économie, mais également que les mesures d'aide adoptées pour remédier à cette perturbation soient, d'une part, nécessaires à cette fin et, d'autre part, appropriées et proportionnées pour atteindre cet objectif. Cette même exigence ressort également du paragraphe 19 de l'encadrement temporaire » en ajoutant que « *en outre, et plus particulièrement* » conformément à

¹¹⁹ L'aide doit constituer un instrument d'intervention approprié pour atteindre l'objectif d'intérêt commun (lignes directrices « trafic aérien », ch. 79 c, 90 – 92, 120 – 123).

¹²⁰ L'aide doit modifier le comportement des entreprises concernées de manière à ce qu'elles créent de nouvelles activités qu'elles n'exerceraient pas sans l'aide ou qu'elles exerceraient d'une manière limitée ou différente ou sur un autre site (lignes directrices « trafic aérien », ch. 79 d, 93 – 96, 124).

¹²¹ Le montant de l'aide doit être limité au minimum nécessaire pour susciter des investissements ou des activités supplémentaires dans la zone concernée (lignes directrices « trafic aérien », ch. 79 e, 97 – 105, 125 – 130).

¹²² Les effets négatifs de l'aide doivent être suffisamment limités pour que l'équilibre général de la mesure soit positif (lignes directrices « trafic aérien », ch. 79 f, 106 – 111, 131 – 137). A noter que cette condition ne s'appliquera, selon une jurisprudence récente, qu'à l'examen de la compatibilité des aides au titre de l'art. 107 al. 3 let. c TFUE, à l'exclusion d'aides au titre de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE, cf. ECLI:EU:T:2021:196, N 65 ss, *Ryanair/Commission (affaire Finair)*.

¹²³ Les Etats membres, la Commission, les opérateurs économiques et le public intéressé doivent avoir facilement accès à tous les actes pertinents et à toutes les informations utiles sur l'aide accordée (lignes directrices « trafic aérien », ch. 79 f).

¹²⁴ DPC 2020/3b, 1244 N 89 et 1248 N 123 ss., *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*; DPC 2020/3b, 1280 N 115 et 1284 N 144 ss., *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

¹²⁵ Cf. notamment la décision du 17.3.2021 «State Aid SA.59132 (2021/N) – Finland – COVID-19: aid to Finavia», dans laquelle la Commission retient que la dette subordonnée en question était compatible avec le marché intérieur en vertu de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE comme appliqué («as applied») dans la section 3.3 de l'encadrement temporaire pour les dettes subordonnées (N 262); décision du 3.9.2020 «State Aid SA.58157 (2020/N) – Denmark – COVID-19 – Aid to Danish airports and to airlines that land in an airport from Denmark», N 49, «*The Commission therefore considers that the measure is necessary, appropriate and proportionate to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State pursuant to Article 107(3)(b) TFEU since it meets all the relevant conditions of the Temporary Framework*». Il sied toutefois de relever que dans certaines décisions, la Commission européenne semble – en s'appuyant sur l'argumentation des parties par rapport à la proportionnalité de l'aide envisagée (cf. N 120) – distinguer l'exigence de la proportionnalité des conditions de l'encadrement temporaire: « *The Commission considers that the Measure is necessary, appropriate and proportionate to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State and that all conditions set out in the Temporary Framework are fully complied with* », décision du 17.11.2020 «State Aid SA.58923 (2020/N) – Cyprus – COVID-19 – Loan provided to Hermes Airports Limited», N 69; décision du 14.8.2020 «State Aid SA.58095 (2020/N) – Bulgaria – COVID-19: Concession fee deferral for Burgas and Varna airports », N 58. Dans quelques décisions, la Commission européenne s'est même **explicitement** (quoique sommairement) prononcée sur la contribution de la mesure en question à remédier à une perturbation grave de l'économie, cf. notamment la décision «State Aid SA.57116 (2020/N) – The Netherlands – COVID-19 – State loan guarantee and State loan for KLM », N 64 ss., et la décision du 4.5.2020 «Aide d'Etat SA.57082 (2020/N) – France – COVID-19 – garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France », N 59 ss.

¹²⁶ Anciennement connu sous le nom de Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE).

l'encadrement temporaire, les aides d'Etat sont considérées comme étant compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE, pour autant que les conditions de l'encadrement temporaire soient données.¹²⁷ Dans un autre arrêt, le TUE semble, en outre, admettre que la Commission européenne vérifie si une mesure envisagée est appropriée à atteindre le but de l'art. 107 al. 3 let. b TFUE indépendamment des conditions de l'encadrement temporaire. Dans ce dernier arrêt, le TUE a rejeté le grief de Ryanair relatif au caractère non approprié de la mesure en constatant que la Commission européenne avait bel et bien [et sous-entendu « à juste titre »] examiné si la mesure en question (une aide en faveur de la compagnie aérienne Finnair) était appropriée à contribuer à remédier à une perturbation grave de l'économie.¹²⁸ D'en déduire que la Commission européenne aurait dans tous les cas l'obligation de procéder à un examen de proportionnalité (au sens large) ne semble toutefois pas correspondre à la pratique constante de la Commission européenne en relation avec l'encadrement temporaire.

120. Force est néanmoins de constater que les Etats membres semblent devoir invoquer les raisons pour lesquelles la mesure de soutien envisagée contribuerait à remédier à une perturbation grave de l'économie de leur Etat et pourquoi elle serait nécessaire, appropriée et proportionnée à cet effet.¹²⁹

121. Compte tenu de la pratique de la Commission européenne dans l'application de l'encadrement temporaire, la COMCO adaptera l'examen des aides d'Etat dans le cadre de la pandémie de COVID-19 et ne procédera que sommairement à l'examen de la proportionnalité.

122. A noter qu'un examen approfondi de la proportionnalité d'une mesure de soutien s'avérera toujours justifié, voire nécessaire, lorsque les conditions de l'encadrement temporaire ne sont pas clairement données, comme cela a été le cas par le passé.¹³⁰

B.2.3.4.2 Examen sommaire de la proportionnalité de la mesure

B.2.3.4.2.1 Remarques préliminaires

123. Le principe de proportionnalité prévu par le chiffre 19 de l'encadrement temporaire et partiellement concrétisé dans les conditions spécifiques de ce dernier est également un principe de droit suisse permettant d'examiner la légitimité des mesures étatiques. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le principe de proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité). En outre, le principe de proportionnalité interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts).¹³¹

124. Le principe de proportionnalité s'applique à toute activité de l'Etat. Il s'applique principalement à l'administration d'intervention (Eingriffsverwaltung), mais joue également un rôle de plus en plus important dans l'administration de prestation (Leistungsverwaltung). Le

principe de proportionnalité ne protège pas seulement les individus, mais fixe également des limites à l'utilisation excessive par des personnes privées des institutions financées par la collectivité.¹³²

125. Dans le passé, la COMCO a examiné les mesures de soutien à la lumière du principe de proportionnalité comme prévu au chiffre 19 de l'encadrement temporaire en recourant à la définition du principe de proportionnalité en droit suisse, qui s'applique surtout dans le cadre du contrôle des restrictions aux libertés publiques.¹³³ Ainsi, les critères de l'aptitude respectivement du caractère approprié, de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit (proportionnalité entre l'objectif et l'effet de l'intervention) peuvent légèrement différer par rapport à ce que les instances européennes entendent par ces conditions dans le cadre de l'examen de la compatibilité d'une aide d'Etat.

126. En se référant à la jurisprudence récente du TUE, la COMCO examinera ci-après – quoique d'une manière sommaire – principalement le critère de l'aptitude, respectivement du caractère approprié de la mesure de soutien envisagée (chap. B.2.3.4.2.2) et expliquera, par la suite, comment la Commission européenne semble garantir le respect des conditions de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit (chap. B.2.3.4.2.3 et B.2.3.4.2.4).

¹²⁷ TUE, ECLI:EU:T:2021:286, N 74 – 76, *Ryanair/Commission (affaire KLM)*.

¹²⁸ TUE, ECLI:EU:T:2021:196, N 31 ss, *Ryanair/Commission (affaire Finnair)*.

¹²⁹ Cf. la décision du 17.3.2021 «State Aid SA.59132 (2021/N) – Finland – COVID-19: aid to Finavia», N 51 ss.; décision du 17.11.2020 « State Aid SA.58923 (2020/N) – Cyprus – COVID-19 – Loan provided to Hermes Airports Limited», N 62 ss.; décision du 14.8.2020 « State Aid SA.58095 (2020/N) – Bulgaria – COVID-19: Concession fee deferral for Burgas and Varna airports », N 30 ss.; décision du 11.4.2020 « State Aid SA.56807(2020/N) – Belgique – COVID-19 – Mesures de soutien en faveur des aéroports wallons », N 21 ss.

¹³⁰ L'examen des mesures de soutien en faveur de SWISS et d'Edelweiss a révélé que la condition de l'encadrement temporaire concernant la durée de la garantie étatique (encadrement temporaire, ch. 25 let. f) n'était pas strictement respectée. La COMCO a toutefois suivi l'argumentation de l'OFAC et accepté la (trop longue) durée de garantie. En outre, les différentes pièces dans le dossier par rapport aux besoins de liquidités de SWISS se contredisaient. La COMCO a finalement suivi les dernières déclarations de Deloitte sans que cette dernière ait pu écarter les contradictions sans équivoque. Une évaluation détaillée de la proportionnalité des mesures envisagées était alors indiquée (DPC 2020/3b, 1247 N 110 ss. et 1246 N 107 ss., *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*). En ce qui concerne l'examen de la mesure de soutien en faveur de SR Technics, la COMCO a conclu que les conditions de l'encadrement temporaire, à savoir la santé financière de l'entreprise au 31 décembre 2019 (encadrement temporaire, ch. 25 let. h), n'était pas remplie (DPC 2020/3b, 1284 N 144, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*). Néanmoins, la COMCO a procédé à un examen de la proportionnalité, compte tenu notamment du fait que la Confédération aurait pu envisager une aide au sauvetage et à la restructuration de l'entreprise en difficulté et que les éléments de l'évaluation de la proportionnalité auraient été pertinents à cet effet.

¹³¹ Cf. notamment ATF 143 I 403 consid. 5.6.3; ATF 142 I 76 consid. 3.5.1; ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2.

¹³² ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd., 2016 (cité: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN), 121, N 520.

¹³³ Pour plus de détails cf. DPC 2020/3b, 1248 N 123 ss., *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss* et DPC 2020/3b, 1284 N 145 ss., *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

B.2.3.4.2.2 Caractère approprié / aptitude

127. La mesure administrative, respectivement l'action de l'Etat, doit être propre à atteindre l'objectif poursuivi dans l'intérêt public - en l'occurrence, remédier à la perturbation grave de l'économie suisse. La condition du caractère approprié sert à évaluer la précision de l'action de l'Etat. Une mesure est inadaptée si elle n'a aucun effet sur le but recherché ou si elle rend même plus difficile ou impossible la réalisation de ce but. La finalité d'une mesure doit donc être examinée.¹³⁴

128. Afin d'évaluer le caractère approprié des aides d'Etat par rapport à l'objectif de contribuer à remédier¹³⁵ à une perturbation grave de l'économie, la COMCO a jusqu'à présent examiné l'importance économique des bénéficiaires potentiels de l'aide et a fondé son évaluation sur le degré d'importance systémique.¹³⁶

129. En ce qui concerne le degré d'importance systémique, la COMCO s'est inspirée du concept d'importance systémique utilisé par la Commission d'experts sur la limitation des risques économiques posés par les grandes entreprises (ci-après: Commission d'experts)¹³⁷. Pour être classée dans la catégorie « importance systémique », cette dernière met l'accent à la fois sur la fourniture de services centraux et indispensables pour l'économie nationale, ainsi que sur l'absence de substituabilité de ces services dans un délai raisonnable.¹³⁸ Toutefois, dans son approche du rapport d'expertise, la COMCO n'a délibérément pas adopté le concept d'importance systémique de ce dernier comme critère d'adéquation, mais a plutôt considéré qu'un certain degré d'importance systémique était nécessaire pour l'aptitude.

130. Afin de concrétiser ce degré d'importance systémique, la COMCO a notamment utilisé la contribution à la création de valeur ajoutée nationale et à l'emploi.¹³⁹ Ce faisant, elle a examiné ces contributions de manière différenciée et détaillée en tenant compte de l'importance du bénéficiaire de l'aide pour le fonctionnement de l'économie, notamment en ce qui concerne la fonction des chaînes de valeur ajoutée et d'approvisionnement.¹⁴⁰ Elle a également abordé les fonctions de hub d'un aéroport et des compagnies aériennes ainsi que le fret aérien.¹⁴¹

131. Ces éléments ont également été utilisés par la Commission européenne pour évaluer l'importance des compagnies aériennes, à savoir le transport de passagers, le transport de fret, les emplois, les achats auprès des fournisseurs et la contribution au produit intérieur brut (PIB).¹⁴² Toutefois, comme dans d'autres examens des mesures de soutien gouvernementales dans le contexte de la pandémie de COVID-19, et pour autant que l'on puisse en juger, l'évaluation de l'aptitude par la Commission européenne n'a pas été effectuée dans la même mesure et avec la même ampleur que celle de la COMCO (voir aussi ci-dessus N 117 ss.).

132. Pour le Tribunal de l'Union européenne, le critère de l'aptitude semble être tel que, pour qu'une mesure de soutien puisse être qualifiée d'appropriée, il est peu probable qu'il existe une alternative viable à la contribution du bénéficiaire aux besoins de l'économie.¹⁴³ Si la défaillance de l'aéroport dans un contexte de crise a des con-

séquences graves pour l'économie et si une mesure de soutien répond à ces critères de contribution, il convient de remédier à la perturbation grave de la vie économique.¹⁴⁴

133. Ces remarques signifient en conséquence que, pour le présent examen d'aptitude, il est nécessaire (a) de considérer s'il y a ou non une alternative viable à la contribution d'AIG aux besoins de l'économie, et (b) le test sera moins détaillé et moins étendu. À cette fin, la COMCO s'orientera sur la contribution à la création de valeur ajoutée nationale et à l'emploi, les effets indirects sur les secteurs en amont et en aval de l'aéroport, et le fret. Dans ce qui suit, sera également examiné dans quelle mesure l'AIG couvre les besoins particuliers de l'économie.

¹³⁴ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd., 2016 (cité: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN), 122, N 522.

¹³⁵ Le point de vue selon lequel l'aide doit « seulement » contribuer à remédier à une perturbation grave de l'économie, et non à sa suppression totale, a également été soutenu récemment par le Tribunal de première instance de l'Union européenne (cf. TUE, ECLI:EU:T:2021:196, N 41, *Ryanair/Commission (affaire Finnair)*).

¹³⁶ Ce faisant, elle a mis en évidence un objectif indirect et un objectif direct des mesures d'aide. L'objectif indirect est de contribuer à remédier à une perturbation grave de l'économie. L'objectif direct est d'atteindre un certain niveau de contribution, étant entendu que, compte tenu de la difficulté de le déterminer ex ante, il a été fait référence à l'exactitude ou à la précision de l'objectif (voir également N 127). Il a ainsi été veillé à ce que la répartition des effets de la mesure soit dirigée autant que possible vers les domaines particulièrement importants pour le fonctionnement de l'économie (voir DPC 2020/3b, 1249 N 133 ss., *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*, DPC 2020/3b, 1285 N 156 ss, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*).

¹³⁷ Rapport final de la Commission d'experts sur la limitation des risques économiques par des grandes entreprises du 30 septembre 2010.

¹³⁸ Rapport final de la Commission d'experts sur la limitation des risques économiques par des grandes entreprises du 30 septembre 2010, 12. La COMCO a examiné le deuxième aspect de cette définition, à savoir la substituabilité, en particulier sous l'angle du deuxième aspect de la proportionnalité, soit la nécessité (voir DPC 2020/3b, 1250 N 142, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*, DPC 2020/3b, 1295 N 156, 204 ss, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*).

¹³⁹ Voir DPC 2020/3b, 1251 N 144 ss, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*, DPC 2020/3b, 1290 N 184 ss, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*.

¹⁴⁰ DPC 2020/3b, 1251 N 146, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*.

¹⁴¹ DPC 2020/3b, 1251 N 149 ss, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*.

¹⁴² Cf. TUE, ECLI:EU:T:2021:196, N 43, *Ryanair/Commission (affaire Finnair)*; la décision de l'UE du 18.5.2020 «State Aid SA.56809 (2020/N) – Finland COVID-19: State loan guarantee for Finnair», N 45 ss.

¹⁴³ Ainsi, cette mesure pourrait également être interprétée comme un « certain degré d'importance systémique » si l'importance systémique des entreprises est définie par deux conditions, comme y procède la Commission d'experts: (a) l'entreprise fournit des services centraux incontournables pour l'économie nationale (contrepartie de la mesure fondée sur les besoins de l'économie) et (b) d'autres acteurs du marché ne peuvent pas remplacer les services d'importance systémique de l'entreprise dans un délai acceptable pour l'économie nationale (contrepartie de la possibilité d'alternatives viables; voir N 129).

¹⁴⁴ Cf. TUE, ECLI:EU:T:2021:196, N 56, 60, 63, *Ryanair/Commission (affaire Finnair)*.

Résultats de l'évaluation de l'aptitude

Valeur ajoutée et emploi

134. Pour estimer la contribution de l'AIG à la création de valeur ajoutée nationale et régionale, il est opportun de se référer à l'étude d'INFRAS sur l'impact économique de l'aéroport en 2016.¹⁴⁵ La valeur ajoutée directe de l'aéroport est estimée à CHF 1,5 milliard pour 2016.¹⁴⁶

135. Si l'on y ajoute l'effet indirect,¹⁴⁷ le montant augmenterait de CHF 400 millions. L'effet induit, à savoir l'effet qui est causé par la dépense du revenu généré dans les effets direct et indirect, est estimé par l'étude à CHF 2,2 milliards.¹⁴⁸

136. L'effet direct en 2016 correspond à 0,2 % du PIB national (CHF 685,441 milliards¹⁴⁹) et à 1,2 % du PIB de la région lémanique (CHF 126,681 milliards¹⁵⁰).

137. Si l'on considère les chiffres de vente de l'AIG pour extrapoler la valeur ajoutée sur la base de la croissance des ventes des années suivantes, les parts par rapport au PIB national¹⁵¹ restent aux alentours de 0,2%.¹⁵² L'Office fédéral de la statistique (OFS) ne fournit actuellement que les valeurs pour 2017 et les valeurs provisoires pour 2018 en ce qui concerne les grands PIB régionaux. Cependant, les parts de valeur ajoutée restent ici aussi à environ 1,2 %.¹⁵³

138. En matière d'emploi, l'effet direct de l'aéroport pour l'année 2016 est de 10'800 personnes actives selon l'étude INFRAS. Si l'on y ajoute l'effet indirect, ce sont 3'400 personnes actives qui s'y ajouteraient. L'effet d'emploi induit est donné dans l'étude comme étant de 19'400 personnes actives.¹⁵⁴

139. L'effet direct en 2016 équivaut à 0,2 % du nombre de personnes actives occupées (4'967'000¹⁵⁵) et à 1,2 % du nombre de personnes actives occupées dans la région lémanique (927'000¹⁵⁶).

140. Si les chiffres d'affaires de l'AIG des années suivantes sont utilisés pour extrapoler le nombre d'employés sur la base de la croissance du chiffre d'affaires des années suivantes, les parts par rapport au nombre national d'employés¹⁵⁷ restent à environ 0,2 %.¹⁵⁸ En matière d'emploi dans la région lémanique, les parts restent aux alentours de 1,2 %.¹⁵⁹

141. Les parts de valeur ajoutée et d'emploi de l'AIG par rapport à l'ensemble de la Suisse et à la région lémanique sont faibles, respectivement 0,2 % et 1,2 %. Si l'on ajoute les effets indirects, ces parts seraient augmentées d'environ un tiers.

Fret

142. En ce qui concerne le fret, dans son examen des mesures de soutien en faveur de SWISS et d'Edelweiss, la COMCO a déterminé suite à une analyse détaillée que le fret aérien est un élément important pour le fonctionnement des chaînes de valeur ajoutée nationales, en particulier en ce qui concerne les marchandises à forte valeur ajoutée, et qu'il ne peut être remplacé que dans une mesure limitée par d'autres modes de transport (p. ex. le transport ferroviaire ou routier).¹⁶⁰

143. Cette constatation est également confirmée par la prise de position de l'AIG, selon laquelle et bien que peu importantes, les marchandises transportées sont des biens à haute valeur ajoutée (p. ex. haute horlogerie, médicaments).¹⁶¹

¹⁴⁵ INFRAS (2017), Impact économique de la plate-forme aéroportuaire genevoise 2016, Rapport final, Zurich/Bâle (cit. Infrass [2017]).

¹⁴⁶ L'effet direct montre quelle part de l'emploi national, cantonal ou régional ou de la valeur ajoutée est directement liée à l'AIG, INFRAS (2017) (n. 145), 8, 21. L'effet direct est par essence entièrement affecté au canton de Genève, INFRAS (2017) (n. 145), 32 s.

¹⁴⁷ Selon INFRAS (2017) (n. 145), 21 s., l'effet indirect est le deuxième effet le plus étroitement lié à l'aéroport. Il montre tous les effets économiques observés en dehors de l'aéroport, qui sont générés par la *supply chain* du fait de la fourniture de services de transport aérien à partir et vers AIG. La somme des effets directs et indirects traduit l'impact économique en Suisse et dans la France voisine associé au chiffre d'affaires total de toutes les entreprises présentes à l'AIG. Infrass estime que sur les 3400 employés au total et le CHF 0,4 milliard de valeur ajoutée qui est lié indirectement à l'AIG à travers la demande de biens intermédiaires, quelque 40 % sont attribués au canton de Genève, 10 % à la France voisine et 50 % au reste de la Suisse, INFRAS (2017) (n. 145), 32 s.

¹⁴⁸ INFRAS estime que sur les 19 400 emplois liés à l'effet induit, 30 % sont affectés au canton de Genève, 20 % à la France voisine et les 50 % restants au reste de la Suisse, Infrass (2017) (n. 145), 33.

¹⁴⁹ <<https://www.seco.admin.ch/>> > Situation économique & Politique économique > Situation économique > Produit intérieur brut > Données (23.6.2021).

¹⁵⁰ <<https://www.bfs.admin.ch/>> > Trouver des statistiques > Economie nationale > Comptes nationaux > Produit intérieur brut par canton et grande région (23.6.2021).

¹⁵¹ En 2016, le chiffre d'affaires s'est élevé à CHF 445,3 millions, en 2017 à CHF 466,4 millions (4,7 % de croissance par rapport à 2016), en 2018 CHF 490,2 millions (5,1 % de croissance par rapport à 2017), en 2019 CHF 493,9 millions (0,8 % de croissance par rapport à 2018), complément à la notification, 4.

¹⁵² 0,2 % de part du PIB national de 2017 (CHF 1,571 milliard de CHF 693,694 milliards); 0,2 % de part du PIB national de 2018 (CHF 1,651 milliard de CHF 719,614 milliards); 0,2 % de part du PIB national de 2019 (CHF 1,664 milliard de CHF 726,921 milliards).

¹⁵³ 1,2 % de part du PIB de la région lémanique de 2017 (CHF 1,571 milliard de CHF 126,725 milliards); 3 % de part du PIB provisoire de la région lémanique de 2018 (CHF 1,651 milliard de CHF 133,003 milliards).

¹⁵⁴ INFRAS (2017) (n. 145), 27 f.

¹⁵⁵ <<https://www.bfs.admin.ch/>> > Trouver des statistiques > Travail et rémunération > Activité professionnelle et temps de travail > Personnes actives occupées > Evolution du nombre de personnes actives occupées > Personnes actives occupées (concept intérieur) en nombre total et en équivalents plein temps selon le sexe et la nationalité, valeurs brutes et désaisonnalisées. Moyennes trimestrielles et annuelles (23.6.2021).

¹⁵⁶ <<https://www.bfs.admin.ch/>> > Trouver des statistiques > Travail et rémunération > Activité professionnelle et temps de travail > Personnes actives occupées > Evolution du nombre de personnes actives occupées > Personnes actives occupées (concept intérieur) selon la grande région et le sexe. Moyennes trimestrielles et annuelles (23.6.2021).

¹⁵⁷ Voir taux de croissance au n. 151.

¹⁵⁸ 0,2 % de part de personnes actives occupées au niveau national en 2017 (11'307 de 5'013'000); 0,2 % de part de personnes actives occupées au niveau national en 2018 (11'884 de 5'065'000); 0,2 % de part de personnes actives occupées au niveau national en 2019 (11'979 de 5'101'000).

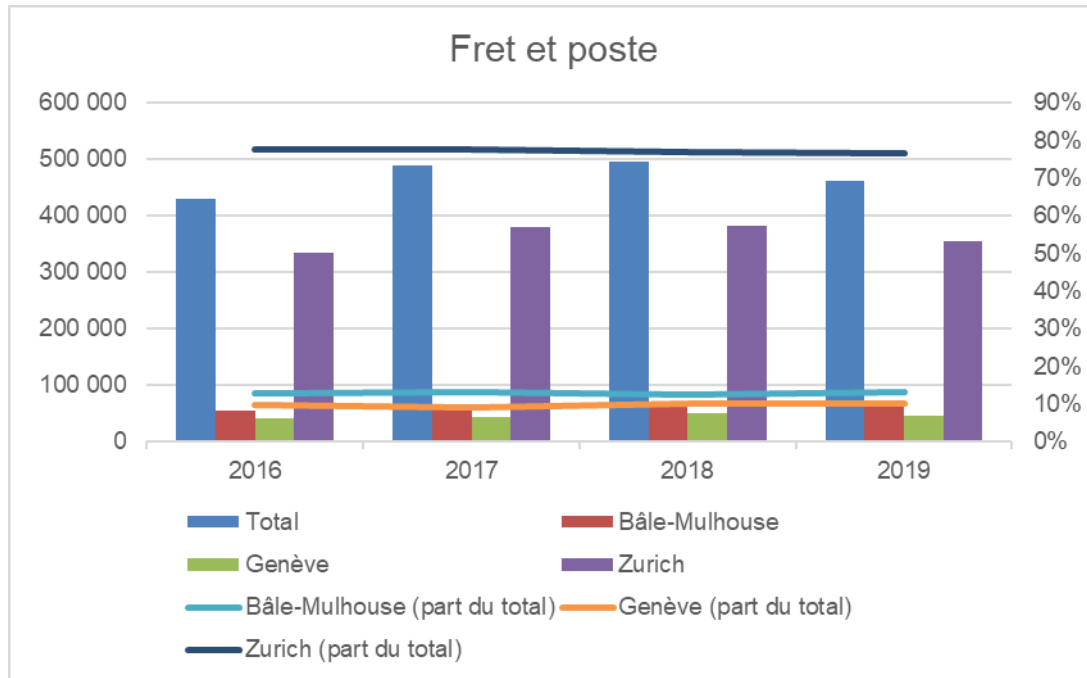
¹⁵⁹ 1,2 % de part de personnes actives occupées en région lémanique en 2017 (11'307 de 932'000); 1,2 % de part de personnes actives occupées en région lémanique en 2018 (11'884 de 954'000); 1,2 % de part de personnes actives occupées en région lémanique en 2019 (11'979 de 960'000).

¹⁶⁰ Voir DPC 2020/3b, 1251 N 149 ss, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*.

¹⁶¹ Complément à la notification, 2.

144. La COMCO a également constaté que l'aéroport de Zurich et la compagnie SWISS sont de loin les plus importants pour le traitement du fret aérien. Genève et Bâle-Mulhouse en tant qu'aéroports et Edelweiss en tant que compagnie aérienne sont d'une importance secondaire à cet égard.¹⁶²

145. Un examen du fret et de la poste traités par les trois aéroports nationaux au cours des dernières années précédant la crise de COVID-19 confirme ce constat (Graphique 6).



Graphique 6: Fret et poste du trafic de ligne et charter via les trois aéroports nationaux. Axe gauche: Fret et poste en tonnes; Axe droit: Pourcentages.¹⁶³

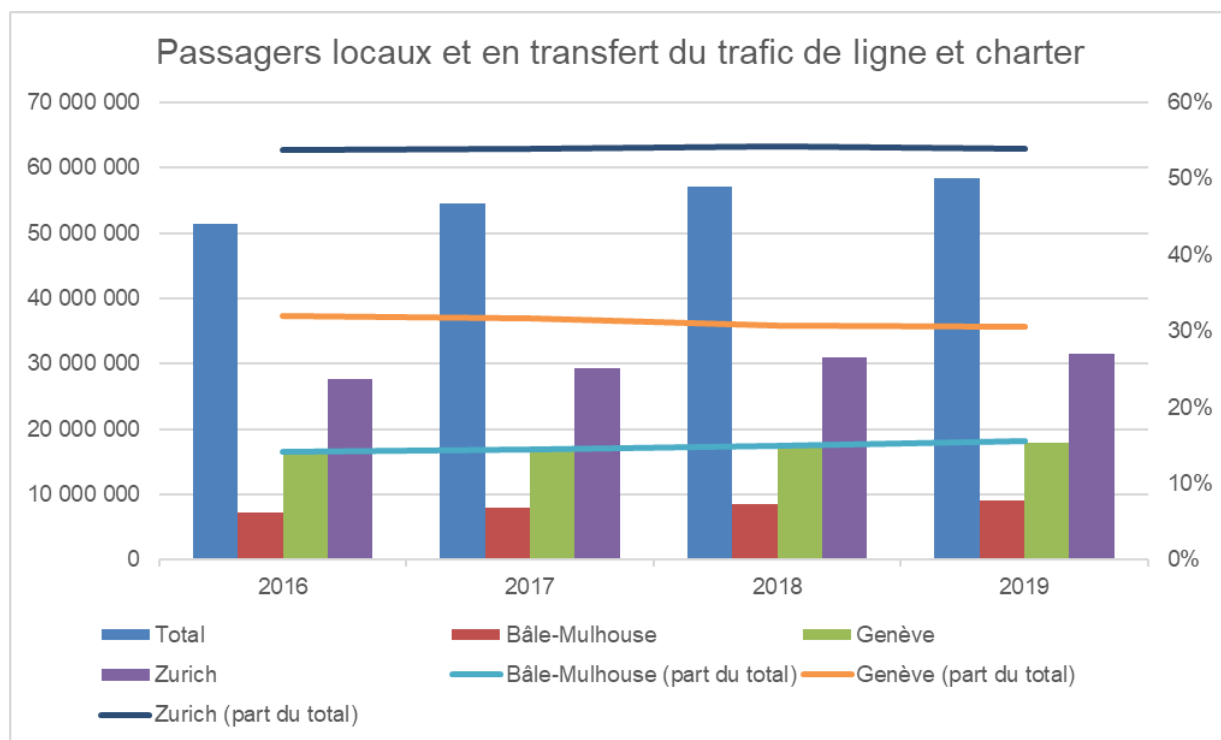
146. L'aéroport de Zurich est de loin l'aéroport national le plus important pour le traitement du fret et de la poste, avec une part d'environ 77 %. L'aéroport de Bâle-Mulhouse, avec une part d'environ 13 %, devance toujours l'AIG avec une part d'environ 10 %. La situation est aussi à peu près la même si l'on ne considère que le fret. L'aéroport de Zurich détient une part de 83 % à 87 % du volume relativement faible de poste par le biais du trafic régulier et charter pour les années 2016-2019. Le reste est traité par l'intermédiaire de l'AIG.

Nombre de passagers

147. Un examen des chiffres relatifs aux passagers montre que l'AIG est le deuxième aéroport national le plus fréquenté de Suisse après l'aéroport de Zurich, avec une part d'environ 30 % de tous les passagers locaux et en transfert via les trois aéroports nationaux (Graphique 7).

¹⁶² Voir DPC 2020/3b, 1254 N 163, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*.

¹⁶³ <<https://www.bfs.admin.ch/>> > Trouver des statistiques > Mobilité et transports > Thèmes transversaux (transports publics, aviation) > Aviation civile > Statistique de l'aviation civile suisse 2019 - 6. Fret et poste (23.6.2021).



Graphique 7: Passagers locaux et transfert du trafic de ligne et charter via les trois aéroports nationaux (passagers à l'arrivée et au départ). *Axe gauche*: Chiffres absolus; *Axe droit*: Pourcentages.¹⁶⁴

148. L'AIG remplit donc une importante fonction de connectivité nationale dans le domaine de l'aviation civile. Selon l'AIG, pour l'année 2019, l'AIG avait accueilli 17'926'625 passagers grâce à 57 compagnies aériennes desservant 149 destinations au départ de Genève.¹⁶⁵

149. Contrairement à l'aéroport de Zurich, qui sert de plateforme de type hub à la compagnie aérienne SWISS, les aéroports de Genève et Bâle-Mulhouse complètent le réseau et la connectivité de la Suisse en reliant principalement des destinations européennes (modèle des vols « point à point »).¹⁶⁶

Fonction de connexion

150. L'analyse d'INFRAS atteste de la grande importance de l'AIG pour la connexion de la région du Grand Genève (y compris la région frontalière étrangère) aux destinations européennes continentales et mondiales.¹⁶⁷ Selon l'étude d'INFRAS, Genève est un centre d'affaires, de commerce et de finance qui abrite de nombreux sièges sociaux d'entreprises et d'organisations internationales. La haute accessibilité de Genève depuis les quatre coins du monde est cruciale pour ces acteurs. L'aéroport de Genève constituerait un lien primordial entre Genève et le monde. C'est le principal aéroport de Suisse romande, et le deuxième plus grand aéroport de Suisse après celui de Zurich. Directement situé à la frontière franco-suisse, l'aéroport de Genève serait important non seulement pour la Suisse, mais également pour la France voisine. Dans ce contexte, l'aéroport de Genève interagirait étroitement avec les milieux politiques, les cercles économiques et la société civile.¹⁶⁸

151. Une bonne connexion est particulièrement importante pour des questions de coût-efficacité et extension

de marché¹⁶⁹, de l'innovation¹⁷⁰ et de la qualité de vie¹⁷¹. En outre, selon l'étude d'INFRAS, les études empiriques fondées sur des enquêtes de même que les études économétriques examinant l'accessibilité et les implantations des entreprises confirment l'importance de l'accessibilité pour le développement économique.¹⁷²

152. L'étude INFRAS montre que l'AIG contribue de manière significative à ce que Genève et ses régions voisines (notamment Vaud et Valais et, en France, la région Rhône-Alpes) présentent une accessibilité supérieure à la moyenne des autres régions européennes.¹⁷³

¹⁶⁴ <<https://www.bfs.admin.ch/>> Trouver des statistiques > Mobilité et transports > Thèmes transversaux (transports publics, aviation) > Aviation civile > Statistique de l'aviation civile suisse 2019 - 5. Passagers (23.6.2021).

¹⁶⁵ Complément à la notification, 2.

¹⁶⁶ Complément à la notification, 1.

¹⁶⁷ INFRAS (2017) (n. 145), 10 ss.

¹⁶⁸ INFRAS (2017) (n. 145) 5.

¹⁶⁹ Selon l'étude, une bonne accessibilité élevée réduit les coûts des voyages d'affaires pour les employés, les clients, les fournisseurs et les partenaires d'affaires. Une accessibilité grandissante ouvre de nouvelles possibilités d'opérer sur des marchés supplémentaires (INFRAS (2017) (n. 145), 10).

¹⁷⁰ Selon l'étude, les connaissances hautement spécialisées sont disséminées dans le monde entier. Pour autant, l'accès à ces connaissances dépend souvent d'un échange en face à face. Une meilleure accessibilité permet d'atteindre ces réseaux de connaissances plus facilement et de manière plus personnelle (INFRAS (2017) (n. 145), 10).

¹⁷¹ Selon l'étude, souvent mobiles et flexibles, les employés hautement qualifiés choisissent librement leur lieu de travail et de vie. Une bonne accessibilité, associée à d'autres facteurs, améliore la qualité de vie d'un lieu, ce qui est important pour attirer ces profils à haut potentiel dans la « guerre des talents » (INFRAS (2017) (n. 74), 10).

¹⁷² INFRAS (2017) (n. 145), 10 s.

¹⁷³ INFRAS (2017) (n. 145), 11 ss.

Il contribue donc également à la création de valeur ajoutée du secteur touristique régional et national. En 2016, 45 % de toutes les arrivées en hôtel étaient attribuables à des clients arrivés via l'AIG. 15 % de toutes les arrivées en Suisse se sont faites via l'AIG.¹⁷⁴ Le Secrétariat d'Etat à l'économie décrit le tourisme comme un secteur de pointe de l'économie suisse. Le tourisme contribue pour environ 3 % à la production économique suisse et fournit des emplois à environ 4 % de la population active. Le tourisme est l'une des branches phares de l'économie suisse, surtout dans les régions alpines.¹⁷⁵

Résumé des conclusions concernant l'examen de l'aptitude

153. En résumé, l'AIG apporte une contribution limitée à l'emploi et à la création de valeur ajoutée au niveau national et régional. L'importance de l'AIG pour le transport de fret et de la poste par voie aérienne est secondaire. Dans le secteur des passagers toutefois, l'AIG remplit une importante fonction de connexion avec une part d'environ 30 % du transport de tous les passagers locaux et en transit. Cette fonction de connexion est difficile à quantifier, mais elle peut contribuer au développement économique, social et culturel.

154. L'étude d'INFRAS attribue à l'AIG une grande importance pour la connexion de la région du Grand Genève (y compris la région frontalière étrangère) aux destinations européennes continentales et mondiales, ce qui contribue également de manière significative à la valeur ajoutée du secteur touristique régional et national (voir N 150 s.).

Evaluation de l'aptitude de la mesure de soutien

155. L'AIG contribue incontestablement à la création de valeur ajoutée et à l'emploi au niveau national et régional, avec des effets indirects qui s'étendent au-delà de Genève à l'ensemble de la Suisse ainsi qu'en France. Toutefois, les contributions quantitatives ainsi que celles portant sur la manutention du fret via l'AIG sont limitées et relativement modestes.

156. Cependant, l'AIG a une importante fonction de connexion pour la région du Grand Genève (y compris les régions frontalières) vers des destinations européennes continentales et mondiales. Cela a également un impact sur la valeur ajoutée du secteur touristique national. Cette branche est considérée comme l'une des branches phares de l'économie suisse. L'AIG est un pilier important pour cette industrie, en particulier dans la région du Grand Genève.

157. Il semble donc peu probable qu'il existe une alternative viable à la contribution de l'AIG aux besoins de l'économie (N 133). Par conséquent et compte tenu de la pratique récente de l'UE dans le domaine des enquêtes sur les aides d'Etat dans le cadre de la pandémie de COVID-19 (voir N 117 ss), la COMCO considère que la mesure de soutien prévue en l'espèce est apte à contribuer à remédier à une perturbation grave de l'économie suisse.

B.2.3.4.2.3 Nécessité

158. En adoptant l'encadrement temporaire, la Commission européenne a reconnu que « *des aides d'Etat se justifient [...], afin de remédier au manque de liquidités*

auquel sont confrontées les entreprises, et de faire en sorte que les perturbations causées par la flambée de COVID-19 ne compromettent pas leur viabilité [...] » (ch. 18). La Commission européenne semble ainsi évaluer si une aide est nécessaire afin de sauvegarder la viabilité du bénéficiaire (dont la contribution à remédier à une perturbation grave de l'économie a été constatée lors de l'examen du caractère approprié de la mesure).¹⁷⁶

159. Le canton de Genève et l'AIG entendent conditionner le prêt à la réalisation d'un scénario extrême, au cas où l'entreprise ne serait plus en mesure de faire face à ses responsabilités opérationnelles et comme employeur.¹⁷⁷ Le projet de loi est destiné « à fournir les liquidités *nécessaires* [accent mis par la COMCO] au maintien et à la poursuite des activités de rétablissement dans le cadre de la crise sanitaire du coronavirus (COVID-19) ». ¹⁷⁸ La mesure permettrait à l'AIG de faire face à une situation « extrême » caractérisée par une probabilité élevée que les investisseurs se détournent du secteur aérien et par les besoins de financement supplémentaire de l'AIG en 2022. Il en résulterait pour l'AIG une incapacité d'émettre de nouvelles obligations et donc de trouver de nouvelles sources de financement sur le marché.¹⁷⁹

160. Si un tel scénario extrême devait se réaliser, l'AIG rencontrerait des difficultés sérieuses et immédiates pour maintenir son activité. La mesure envisagée a pour objectif d'assurer les liquidités et l'accès au financement de l'AIG aussi longtemps que la flambée de COVID-19 perturbera toujours gravement le fonctionnement normal des marchés du crédit.

161. Au vu de ce qui précède, il convient de constater que la mesure de soutien envisagée semble nécessaire à sauvegarder la viabilité de l'AIG si elle est octroyée aux conditions mentionnées dans le message, à savoir notamment que le prêt ne serait accordé que pour faire face au scénario extrême (cf. N 80 ss.), c'est-à-dire s'il devait être impossible pour l'AIG de se refinancer sur le marché libre de manière à obtenir des liquidités suffisantes pour maintenir ses opérations.

162. Néanmoins, il s'agit d'attirer l'attention du Grand Conseil sur le fait que ces conditions ne figurent pas dans le projet de loi. Le projet de loi n'interdit pas au Conseil d'Etat d'octroyer le prêt dans d'autres scénarios que celui de la réalisation du scénario extrême. Or, la mesure n'est nécessaire que sous condition qu'elle soit uniquement accordée pour faire face au scénario extrême.

¹⁷⁴ INFRAS (2017) (n. 145), 113.

¹⁷⁵ <<https://www.seco.admin.ch/>> > Promotion économique > Politique du tourisme > Programme de mise en œuvre de la politique du tourisme 2016-2019, 3 (24.6.2021).

¹⁷⁶ Cf. décision du 18.5.2020 «State Aid SA.56809 (2020/N) – Finland – COVID-19: State loan guarantee for Finnair», N 40 ss. Jusqu'à présent, la COMCO a examiné la nécessité en se fondant sur la question de savoir si une aide d'Etat était nécessaire pour remédier à une perturbation grave de l'économie. Elle a notamment examiné la question de savoir dans quelle mesure les activités du bénéficiaire de l'aide pouvaient être substituées si la mesure de soutien n'était pas accordée (cf. n. 138).

¹⁷⁷ Complément à la notification, 11.

¹⁷⁸ Notification, annexe 4, 1.

¹⁷⁹ Notification, annexe 4, 8.

B.2.3.4.2.4 Proportionnalité au sens étroit

163. En droit européen des aides d'Etat, la proportionnalité signifie que le montant de l'aide doit être limité au minimum nécessaire.¹⁸⁰ La proportionnalité au sens étroit en droit suisse (interdisant qu'une mesure aille au-delà du but visé et exigeant un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis impliquant une pesée des intérêts) peut également être comprise dans ce sens.¹⁸¹

164. Il semble que l'examen de la proportionnalité au sens étroit ainsi définie d'une mesure de soutien soit désormais contenu dans les conditions posées par l'encadrement temporaire, en l'espèce relatives aux aides sous forme de taux d'intérêt bonifiés pour des prêts.¹⁸² Preuve en étant que la Commission européenne n'examine pas explicitement, hormis en cas de mesures de recapitalisation¹⁸³, si le montant d'aide dépasse le minimum nécessaire pour assurer la viabilité du bénéficiaire.

165. Au vu de ce qui précède, il convient de constater que, étant donné qu'elle remplit les conditions de l'encadrement temporaire, la mesure de soutien envisagée semble proportionnée, pour autant qu'elle soit octroyée aux conditions mentionnées dans le message, à savoir notamment que le prêt ne soit accordé que pour faire face à un scénario extrême et que l'AIG ne prélève des tranches du prêt qu'en cas de besoin.¹⁸⁴

166. Néanmoins, il s'agit d'attirer l'attention du Grand Conseil sur le fait que lesdites conditions ne figurent pas dans le projet de loi. D'une part, le projet de loi n'interdit pas au Conseil d'Etat d'octroyer le prêt en dehors d'un scénario extrême (cf. N 83). D'autre part, au moment où le Conseil d'Etat consentira le prêt, à savoir avant le 31 décembre 2021, il n'est, le cas échéant, pas prévisible si et à quel moment l'AIG sera confronté à un manque de liquidités causé par la flambée de COVID-19. Cela étant, une fois le prêt octroyé, l'AIG pourra – sans violer la loi – tirer des montants du prêt qui ne seraient pas nécessaires pour assurer sa viabilité. Par conséquent, le projet de loi tel que rédigé n'évite pas une potentielle surcompensation de l'AIG.

167. Le fait qu'à l'heure actuelle l'AIG ne soit pas en manque de liquidités distingue le prêt envisagé en l'espèce des mesures généralement accordées en vertu du chiffre 27 de l'encadrement temporaire. Bien que les conditions du chiffre 27 de l'encadrement temporaire soient données, il paraît tout de même judicieux de focaliser l'attention aussi sur la question de la manière dont le projet de loi pourrait être modifié pour éviter une potentielle surcompensation de l'AIG à l'avenir et ainsi garantir le respect du principe de proportionnalité.

B.2.3.4.3 Résultat intermédiaire

168. L'examen sommaire de la proportionnalité a démontré que la mesure de soutien envisagée peut être considérée – au regard de la pratique européenne en la matière – comme étant apte à contribuer à remédier à une perturbation grave de l'économie suisse (chap. B.2.3.4.2.2). Si le Conseil d'Etat consent le prêt aux conditions prévues dans le message, à savoir en cas de

réalisation d'un scénario extrême ou pour faire face à un tel scénario, et que l'AIG ne recourt aux tirages qu'en cas de nécessité pour assurer sa viabilité, la mesure devrait être considérée comme étant nécessaire et proportionnée (chap. B.2.3.4.2.3 et B.2.3.4.2.4).

169. Comme il a été soulevé ci-dessus (N 162 et 166 s.), la mesure de soutien qui fait l'objet du présent examen, à savoir le projet de loi, ne garantit pas que les conditions de nécessité et de proportionnalité seront respectées. Il est, dès lors, fortement recommandé au Grand Conseil de veiller à ce que les conditions susmentionnées soient respectées. A cette fin, le Grand Conseil pourrait notamment envisager une modification du projet loi dans le sens des considérants qui précèdent.

B.2.3.5 Conclusion

170. Sous réserve que le contrat de prêt soit signé avant le 31 décembre 2021, les conditions de l'encadrement temporaire sont données (chap. B.2.3.3.2). De plus, la mesure de soutien semble appropriée, nécessaire et proportionnée à atteindre le but visé par l'art. 13 al. 3 let. b ATA si le canton de Genève assure que les conditions d'octroi du prêt contenues dans le message seront respectées.

¹⁸⁰ Cf. n. 121; Cf. également la définition de la proportionnalité des mesures de recapitalisation de l'encadrement temporaire (ch. 54): « Afin de garantir la proportionnalité de l'aide, le montant des recapitalisations dans le contexte de la COVID-19 ne doit pas dépasser le minimum nécessaire pour assurer la viabilité du bénéficiaire et devrait se limiter à rétablir la structure de capital qui était celle du bénéficiaire avant la flambée de COVID-19, c'est-à-dire la situation au 31 décembre 2019. Pour apprécier la proportionnalité de l'aide, il convient de prendre en compte l'aide d'Etat reçue ou prévue dans le contexte de la flambée de COVID-19. ».

¹⁸¹ A noter que dans les affaires précédentes (DPC 2020/3b, 1258 N 202 ss., *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss* et DPC 2020/3b, 1295 N 237 ss., *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*), la COMCO a interprété cette condition (qui trouve son origine dans le contrôle des restrictions étatiques aux libertés publiques de l'individu) comme exigeant une pesée d'intérêts entre l'intérêt public à l'octroi de l'aide (respectivement au but poursuivi par l'aide) et la restriction à la concurrence engendrée par l'aide (étant donné qu'en cas d'aides d'Etat, il ne s'agissait pas de protéger l'individu de la mesure étatique, mais l'institution de la concurrence en tant que telle). La jurisprudence européenne récente a toutefois retenu que l'art. 107 al. 3 let. b TFUE n'exigeait pas une mise en balance des effets bénéfiques de l'aide avec ses effets négatifs sur les conditions des échanges et sur le maintien d'une concurrence non faussée, mais seulement que la Commission européenne vérifie si la mesure d'aide en cause était nécessaire, appropriée et proportionnée pour remédier à la perturbation grave de l'économie de l'Etat membre concerné (TUE, ECLI:EU:T:2021:196, N 65 ss, *Ryanair/Commission (affaire Finnair)*).

¹⁸² Notamment concernant le niveau des taux d'intérêts (ch. 27 a) et le montant global des prêts (ch. 27 d).

¹⁸³ Cf. n. 180.

¹⁸⁴ Notification, annexe 4, 8; Il sied de préciser que la condition pour tirer des tranches du prêt « en fonction de ses besoins » doit être comprise comme signifiant « en fonction de ses besoins pour combler le manque de liquidités causé par la COVID-19 en respectant le principe de proportionnalité pour chaque tranche (cf. n. 180) ».

C Frais

171. Conformément à l'art. 53a let. c LCart en relation avec l'art. 1 al. 1 let. d OEmol-LCart¹⁸⁵, les autorités en matière de concurrence prélèvent des émoluments pour les avis et autres services. Bien que l'examen de la compatibilité des aides d'Etat avec l'ATA ne constitue pas une procédure prévue par la LCart, l'art. 103 LA prévoit explicitement que la COMCO procède audit examen. L'examen de la compatibilité d'une aide d'Etat avec l'ATA est, par conséquent, à qualifier comme autre service au sens de l'art. 53a al. 1 let. c LCart. Pour cette raison, la présente procédure est soumise à un émoluments, conformément à l'OEmol-LCart.

172. En vertu de l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, est notamment tenu de s'acquitter d'un émoluments celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, le canton de Genève a notifié à la COMCO la mesure de soutien à l'AIG pour que la COMCO examine la compatibilité de la mesure avec l'ATA.

173. S'agissant des cantons, l'art. 3 al. 1 OEmol-LCart dispose que les cantons sont, en cas de réciprocité, exemptés de tout émoluments.

174. Selon le canton de Genève, ce dernier n'exempte pas les autorités fédérales d'émoluments.

175. En vertu de l'art. 4 OEmol-LCart, l'émoluments se calcule en fonction du temps consacré. Il varie entre CHF 100.- et CHF 400.- l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émoluments.

176. Sur la base des classes de salaire des employés chargés de la présente affaire, le tarif horaire varie entre CHF 130.- et CHF 290.-. Le temps consacré s'élève à 168 heures réparties en:

- 156,5 heures à CHF 200.-, s'élevant à CHF 31'300.-
- 11,5 heures à CHF 290.-, s'élevant à CHF 3'335.-

177. En conséquence, le montant total des émoluments est de CHF 34'635.-.

178. En l'espèce, le destinataire visé par l'examen de la compatibilité de la mesure de soutien envisagée est le canton de Genève, raison pour laquelle les frais sont mis à sa charge.

D Résultat

Compte tenu des considérations qui précèdent, la COMCO arrive au résultat suivant:

- Le projet de loi ne contient pas tous les éléments permettant de qualifier la mesure de soutien en faveur de l'AIG d'aide d'Etat (au sens de l'art. 13 al. 1 ATA), qui pourrait le cas échéant être considérée comme compatible avec l'ATA en vertu de l'art. 13 al. 3 let. b ATA. En particulier, la marge de manœuvre dont disposent, d'une part, le Conseil d'Etat pour consentir le prêt, et d'autre part, l'AIG pour tirer des tranches de prêt – une fois le prêt accordé – ne permet pas de garantir la compatibilité de la mesure avec l'ATA.

- Dans l'hypothèse où le Grand Conseil tiendrait compte des considérants de la COMCO et garantirait ainsi – soit par la modification du projet de loi soit d'une autre manière – que le prêt serait accordé aux conditions évoquées dans le message ainsi que dans les considérants de la présente prise de position, la mesure de soutien ainsi modifiée pourrait être considérée comme compatible avec l'ATA au titre de l'art. 13 al. 3 let. b ATA.
- Les frais de la procédure d'un montant de CHF 34'635 sont mis à la charge du canton de Genève.
- La prise de position est à communiquer au Conseil d'Etat.

¹⁸⁵ Ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; OEmol-LCart; RS 251.2).

B 2.7	2. Vernehmlassungsverfahren zur Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)
-------	---

Schreiben der Wettbewerbskommission vom 5. Oktober 2021 an Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Biel betr. Vernehmlassungsverfahren zur Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)

Wir bedanken uns für die Einladung zur Stellungnahme im Rahmen des oben genannten Vernehmlassungsverfahrens. Wir haben dazu keine inhaltlichen Anmerkungen.

Wir nehmen vorliegend die *politisch gewollten* Konzessionen an Radio- und Fernsehveranstalter zur Versorgung von Gebieten ohne ausreichende Finanzierungsmöglichkeiten mit Radio- und Fernsehprogrammen, «welche die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Information insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beitragen»¹, zur Kenntnis und kommentieren diese nicht.

Diesbezüglich ist für uns zentral, dass der Zugang zu Konzessionen durch ein möglichst wettbewerbsnahes Verfahren gewährleistet werden sollte, was vorliegend mit Ausschreibungsverfahren sowohl für Veranstalterkonzessionen als auch für DAB+-Funkkonzessionen geschieht.

¹ Art. 38 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40).

B 3 Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale

B 3 1. Urteil vom 24. Juni 2021 – Sanktionsverfügung – Swisscom WAN-Anbindung

Entscheid angefochten beim BGer

Urteil B-8386/2015 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 24. Juni 2021 in Sachen 1. Swisscom AG, 2. Swisscom (Schweiz) AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Sanktionsverfügung – Swisscom WAN-Anbindung.

Sachverhalt:

A.

Die schweizerische Post (nachfolgend: "die Post") betreibt ein über das Gebiet der Schweiz verzweigtes Filialnetz für den Bereich Poststellen und Verkauf. Diese Poststellen sind über ein Netzwerk (sog. Wide Area Network; nachfolgend: WAN; für technische Grundlagen vgl. E. 4.2) miteinander verbunden. Da der Dienstleistungsvertrag zur Vernetzung der Poststellen mit dem damaligen Provider per Ende 2009 auslief, schrieb die Post am 21. April 2008 die Errichtung und den vierjährigen Betrieb eines WAN für die Poststandorte ab 2010 im selektiven Verfahren aus. Entsprechend der unterschiedlichen Bandbreiten- und Service-Level-Anforderungen der Standorte gliederte sie die Ausschreibung in zwei Lose (SHAB-Mitteilung 126/76 vom 21. April 2008):

- Los 1: WAN-Anbindung von ca. 500 Poststandorten (Agglomerationsstandorte) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps - 1 Gbps, symmetrisch, Service- und Supportzeiten: 7x24h, Technologie MPLS mit QoS;
- Los 2: WAN-Anbindung von ca. 1800 Poststandorten (Filialnetz) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps - 4 Mbps, symmetrisch, Servicezeit: 7x24h, Supportzeit: 6x11h, Technologie MPLS mit QoS.

B.

Nachdem sie drei Fernmeldedienstleisterinnen (nachfolgend: FDA) präqualifiziert hatte, erteilte die Post am 14. Januar 2009 den Zuschlag zu einem Gesamtpreis von CHF 20'462'272 an die Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1). Bei nahezu gleichwertiger Bewertung des Kriteriums "Erfüllung der Anforderungen" habe letztlich der tiefere Preis den Ausschlag gegenüber den im Entscheidprozess verbliebenen Konkurrentinnen gegeben, begründete sie diesen Entscheid (SHAB-Mitteilung 127/11 vom 19. Januar 2009).

Am 30. April 2009 reichte Sunrise als unterliegende Mitbewerberin eine Anzeige bei der Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerin 1 ein. Sie hielt namentlich fest, für die Anbindung von rund 80 % der ausgeschriebenen Poststellen hätte sie Vorleistungen von Swisscom benötigt; lediglich ca. 20 % hätte sie mit eigenen Produkten und Glasfaseranschlüssen, die den Service-Level-Anforderungen der Post genügt hätten, abdecken können. Für die Swisscom-Vorleistungsprodukte hätte sie mindestens CHF [20-30] Mio. bezahlen müssen. Hätte Sunrise alle und nicht nur einen Teil der ausgeschriebenen Anbindungen mit Swisscom-Vorleistungsprodukten abdecken müssen, hätte der Preis der Swisscom-Vorleistungsprodukte sogar CHF [25-35] Mio. (mit dem Vorleistungsprodukt CES) bzw. CHF [30-40] Mio. (mit den Vorleistungsprodukten BBCS, SDSL, CLn und COS) betragen. Swisscom habe dagegen den Auftrag zu einem Gesamtpreis von CHF 20.5 Mio. offeriert und erhalten. Selbst wenn die weiteren Kosten und die Marge von Swisscom ausser Betracht gelassen würden, habe Swisscom somit vom Konkurrenten Sunrise für die Vorleistungsprodukte einen rund 60 % höheren Preis als von ihrem vertikal integrierten Anbieter Swisscom Business Customers verlangt. Mit anderen Worten habe Swisscom auf dem Wholesale-Markt vom Konkurrenten Sunrise für Vorleistungsprodukte betreffend 80 % der ausgeschriebenen Anbindungen mehr als auf dem Endkundenmarkt für 100 % der ausgeschriebenen, werthaltigeren Endprodukte verlangt. Mit ihrem Verhalten habe Swisscom von Anfang an verunmöglicht, dass ihre Konkurrenten in dieser Ausschreibung ein konkurrenzfähiges Angebot hätten unterbreiten können. Swisscom habe daher auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste mittels einer "Kosten-Preis-Schere" ihre Handelspartner diskriminiert, den wirksamen Wettbewerb behindert und dadurch ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes missbraucht.

C.

Nach einer Marktbeobachtung und Vorabklärungen eröffnete das Sekretariat der Vorinstanz am 18. Juli 2013 eine kartellrechtliche Untersuchung gegen die Swisscom AG und die Swisscom (Schweiz) AG (Beschwerdeführerinnen). In der entsprechenden Bekanntmachung vom 30. Juli 2013 hielt das Sekretariat der Vorinstanz fest, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass Swisscom eine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben könnte. Die bisher gesichteten Informationen ergäben Hinweise, dass Konkurrenten von Swisscom durch eine zu geringe Differenz zwischen Vorleistungs- und Endkun-

denpreisen in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs unzulässig behindert worden seien (vgl. BBl 2013 6192).

Mit Antrag vom 19. Dezember 2014 schlug das Sekretariat der Vorinstanz vor, die Beschwerdeführerinnen mit einer Verwaltungsanktion in der Höhe von CHF [...] zu belegen. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse sei erstellt, dass Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der schweizerischen Post im Bereich WAN-Anbindung über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und dass die Preispolitik von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post auf dem vorgelegten Wholesale- und dem Endkundenmarkt eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG darstelle. Gleichentags erhielt Swisscom Gelegenheit, sich zu diesem Antrag zu äussern.

Am 1. Juni 2015 fand ihre Anhörung durch die Vorinstanz statt.

Im Rahmen der Amtshilfe wurde das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Fachbehörde beigezogen. Es äusserte sich mit Eingaben vom 30. August 2012, 6. September 2013 und vom 10. Juli 2015.

D.

Am 21. September 2015 (Versand: 18. November 2015) verfügte die Vorinstanz Folgendes:

- "1. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 KG mit einem Betrag von CHF 7'916'438.- Franken belastet. Der Betrag von insgesamt 7'916'438.- Franken wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.
2. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden Verfahrenskosten von insgesamt 200'836.- Franken auferlegt. Die Verfahrenskosten von insgesamt 200'836.- Franken werden den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, aufgrund der Untersuchungsergebnisse sei erstellt, dass die Beschwerdeführerinnen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem betreffenden Endkunden- und auf dem Wholesale-Markt in kartellrechtlich unzulässiger Weise missbraucht hätten. Die Beschwerdeführerinnen hätten von der Post und Sunrise unangemessene Preise erzwungen, Sunrise diskriminiert und zu deren Lasten eine "Kosten-Preis-Schere" angewendet (Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2016, S. 128 ff.).

E.

Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführerinnen am 24. Dezember 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein mit dem Antrag, die Verfügung der Vorinstanz vom 21. September 2015 sei aufzuheben. Zur Begründung führen sie aus, sowohl auf dem Wholesale- als auch auf dem Endkundenmarkt habe Wettbewerb geherrscht; Swisscom habe sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können und entsprechend in keinem der Märkte über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Des Weiteren habe sie von der Post keine unangemessenen Preise erzwungen, denn die Post habe die Auswahl unter den drei von ihr gewünschten Angeboten gehabt. Zudem

habe diese den mit Swisscom für den Zeitraum von Herbst 2009 bis Herbst 2013 abgeschlossenen Vertrag aus freiem Willen und ohne irgendwelchen Druck um ein weiteres Jahr verlängert. Auch gegenüber Sunrise habe Swisscom sich nicht missbräuchlich verhalten, denn sie habe von Sunrise keine unangemessenen Vorleistungspreise verlangt. Sie habe die Preise für die kommerziellen Dienstleistungen "Broadband Connectivity Service" (nachfolgend: BBCS) und "Carrier Ethernet Service" (nachfolgend: CES) nicht so ansetzen müssen, dass Vorleistungsnachfragerinnen ohne eigene Infrastruktur einen Poststandort zu denselben Kosten hätten erschliessen können wie Konkurrentinnen, die ihre Endkundenleistung mittels der Teilnehmeranschlussleitung (nachfolgend: TAL) hätten erbringen können. Zudem könne ihr keine Diskriminierung von Sunrise vorgeworfen werden, da bei Bandbreiten über 1.8 Mbit/s und bei fehlender Erschliessung einer Zentrale die Dienstleistungen BBCS/CES und TAL nicht austauschbar seien und demzufolge eine Vergleichsgrundlage fehle. Schliesslich habe sie keine Kosten-Preis-Schere zu Lasten von Sunrise praktiziert, da Sunrise eine ausreichende Marge hätte erreichen können. Eine Sanktionierung falle schliesslich ausser Betracht, da die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten sei. Sofern sich das Bundesverwaltungsgericht trotzdem für eine Sanktionierung ausspreche, wäre die Sanktion massiv zu reduzieren.

F.

Mit Vernehmlassung vom 16. März 2016 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung hält sie fest, im Zeitpunkt der Ausschreibung im Jahr 2008 seien der Glasfaserausbau sowie der Ausbau und die technische Aufrüstung der Infrastrukturen der Kabelnetzbetreiber noch nicht so weit entwickelt gewesen, dass sie sich als mögliche potentielle Konkurrenz disziplinierend auf die Preissetzungspolitik der Swisscom hätten auswirken können. Auch in der Ausschreibung der Post hätten die beiden Mitbewerber Sunrise und Upc Cablecom keinen Wettbewerbsdruck aufbauen können. Da die Beschwerdeführerinnen in der Gestaltung der kommerziellen Vorleistungspreise sich stattdessen hätten unabhängig verhalten können, hätten sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Eine vertikal integrierte und marktbeherrschende Anbieterin von Vorleistungsprodukten treffe die kartellrechtliche Pflicht, den Abnehmern des Vorprodukts dieses zu Konditionen anzubieten, die den Abnehmern die Möglichkeit zu einem kompetitiven Verhalten eröffnet hätten.

G.

Mit Replik vom 30. Juni 2016 erklären die Beschwerdeführerinnen namentlich, das KG begründe entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Pflicht eines vertikal integrierten beherrschenden Unternehmens, allfällige unabhängig von seinem Verhalten bestehenden faktischen Marktzutrittsschranken zu beseitigen und es anderen Unternehmen zu ermöglichen, mit beliebigen Geschäftsmodellen in den Geschäftskundenmarkt einzutreten, auf diesem Markt konkurrenzfähig zu wirtschaften und im Wettbewerb auf Dauer zu bestehen.

H.

Die Vorinstanz hält mit Duplik vom 6. September 2016 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Sie erläutert dabei insbesondere, die vom Gesetzgeber eingeführte Sektorregulierung ziele darauf ab, auf Infrastrukturebene Wettbewerb zu ermöglichen. Die Tatsache, dass bei Netzwerkinfrastrukturen Skaleneffekte bestünden und es daher für konkurrierende Fernmeldedienstanbieter nicht in jedem Fall wirtschaftlich sei, einen solchen Netzausbau voranzutreiben, habe Swisscom nicht zu vertreten. Umso mehr sei sie aber als marktbeherrschendes Unternehmen dazu verpflichtet, sich im Markt kartellrechtskonform zu verhalten. Dies bedeute nichts anderes, als dass es Swisscom nicht erlaubt sei, von der Marktgegenseite unangemessene Preise zu verlangen, diese zu diskriminieren oder durch eine Kosten-Preis-Schere zu behindern.

I.

Mit Eingabe vom 21. März 2018 reichten die Beschwerdeführerinnen zusätzliche Bemerkungen ein. Unter anderem weisen sie darauf hin, dass die Post die Breitbandvernetzung der Poststandorte im Jahr 2017 - nach dem Abbruch eines im 2013 publizierten Vergabeverfahrens - neu ausgeschrieben habe, wobei Sunrise am 20. September 2017 den Zuschlag bekommen habe. Wären die Angebotsbedingungen von Swisscom tatsächlich unangemessen gewesen, hätte die Post den mit Swisscom abgeschlossenen Vertrag kaum von sich aus zuerst um ein Jahr verlängert und dann noch um vier Jahre bis zur Neuvergabe des Postfolgeauftrags weitergeführt. Schliesslich erklärt sie unter Verweis auf die Praxis in der Europäischen Union (nachfolgend: EU), dass Fälle im Zusammenhang mit unangemessenen Preisen ohne Behinderungswirkung von den schweizerischen und internationalen Wettbewerbsbehörden zu Recht nur in seltenen Ausnahmefällen aufgegriffen worden seien.

J.

Die Vorinstanz ergänzt mit Stellungnahme vom 9. April 2018, aus der Tatsache, dass die Post in den Jahren 2013 und 2017 die Anbindung ihrer Poststellen erneut ausgeschrieben habe, liessen sich keine Rückschlüsse auf die Wettbewerbsverhältnisse im Jahr 2008 oder auf die von Swisscom verlangten Preise ableiten. Auch der Abbruch der Ausschreibung aus dem Jahr 2013 und die anschliessende Vertragsverlängerung aufgrund fehlender ernstzunehmender alternativer Angebote spiegle eher die fehlende Existenz von Wettbewerbsdruck wider. Zudem behaupte Swisscom zwar, dass gemäss Lehre und Praxis Preise nur in bestimmten Ausnahmefällen unangemessen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sein könnten und ein solcher Ausnahmefall im Zusammenhang mit der WAN-Anbindung der Post nicht vorliege. Sie bleibe aber jegliche Literaturstelle oder Praxis schuldig, welche diese Behauptung stütze. So sehe der klare Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Ahndung der Erzwingung unangemessener Preise explizit vor, und es existiere zumindest in der EU eine entsprechende Entscheidpraxis.

K.

Die Beschwerdeführerinnen erklären mit Eingabe vom 13. April 2018, der Stellungnahme der Vorinstanz vom 9. April 2018 liessen sich keine neuen Argumente entnehmen. Sie sähen daher keinen Anlass, von den bisher vertretenen Rechtspositionen abzuweichen.

L.

Am 8. September 2020 teilten die Beschwerdeführerinnen mit, dass sie neu von Lenz & Staehelin vertreten würden. Mit Schreiben vom 11. September 2020 informierten sie das Bundesverwaltungsgericht über eine per Ende November 2020 zu erwartende Eingabe.

Mit Stellungnahme vom 11. Dezember 2020 halten die Beschwerdeführerinnen vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest. Zusätzlich beantragen sie eventualiter, die Verfügung der Vorinstanz vom 21. September 2015 sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung machen sie im Wesentlichen geltend, die angefochtene Verfügung führe zu einer Verhinderung des Investitionswettbewerbs, die Marktabgrenzung der Vorinstanz sei widersprüchlich und es liege keine marktbeherrschende Stellung vor. Insbesondere verkenne die Vorinstanz die Besonderheiten von Bietermärkten und habe die Nachfragemacht der Post sowie den Einfluss der Kabelnetzbetreiber nicht berücksichtigt. Keiner der vorgeworfenen Tatbestände werde erfüllt: So fehle es bei der angeblichen Erzwingung unangemessener Preise an einer Notlage und am Aufzwingen des ausbeuterischen Willens. Worin die Ungleichbehandlung bestehe, sei nicht erkennbar. Bei der angeblichen Kosten-Preis-Schere habe die Vorinstanz fälschlicherweise nur auf die Lage von Sunrise abgestellt. Schliesslich seien der Vorinstanz zahlreiche Fehler im Rahmen des Verfahrens (Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs) sowie bei der Sanktionsbemessung unterlaufen.

M.

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe vom 8. Februar 2021 vernehmen und beantragt, die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen seien vollumfänglich abzuweisen; auf das zusätzlich gestellte Eventualbegehren sei nicht einzutreten, weil es verspätet erfolgt sei. Die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, dass durch das KG Investitionsanreize zu fördern seien, entbehre jeder Grundlage und sei abzulehnen. Die von den Beschwerdeführerinnen angemahnten Sachverhaltsabklärungen seien nicht entscheidrelevant. Mit der Umschreibung, wie sich die Gebote der Wettbewerber von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung zusammengesetzt hätten, sei zudem dem rechtlichen Gehör Genüge getan worden. Auch die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erwiesen sich als unbegründet.

N.

Mit Kurzstellungnahme vom 12. März 2021 wiesen die Beschwerdeführerinnen unter anderem darauf hin, es sei nicht entscheidend, ob mit den drei Vorleistungsprodukten TAL, BBS und CES die Anforderungen der Post-Ausschreibung erfüllt werden könnten, sondern ob diese für Swisscom unterschiedliche Kosten verursach-

ten. Die Vorinstanz ignoriere die deutlichen Aussagen des BAKOM, wonach CES viel höhere Herstellungskosten für Swisscom verursache als TAL. Zudem lege die Vorinstanz für die Prüfung der Kosten-Preis-Schere sowie der Erzwingung unangemessener Preise das Kartellrecht so aus, dass auch Wettbewerber geschützt würden, die keine Investitionen vornähmen, was dem Zweck des Kartellgesetzes widerspreche.

O.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist von keiner Seite beantragt worden.

P.

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen der Vorinstanz in Kartellsachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG; SR 173.32). Die Beschwerdeführerinnen haben als Partei am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Sie sind durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und haben als Verfügungsadressatinnen ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG; SR 172.021; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7633/2009 vom 14. September 2015, Rz. 11, "Preispolitik ADSL"). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Anwendbares Recht

Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freien marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

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).

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen gelten unter anderem die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

3. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

3.1 Persönlicher Geltungsbereich

3.1.1 Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. 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).

3.1.2 Der persönliche Geltungsbereich ist demnach an den Unternehmensbegriff geknüpft. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind (vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.1; JEAN NICOLAS DRUEY, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010, §1 Rz. 83 ff.; JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 3. Aufl., Zürich 2004). Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG gilt in Konzernsachverhalten der Konzern als Ganzes, nicht eine bestimmte Gruppengesellschaft (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 29, "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.1.3, "Nikon"; B-2977/2007 E. 4.1, "Publigroupe"; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 2, Rz. 11; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG [DIKE-KG], Zürich/St. Gallen 2018, Art. 2, Rz. 31; JENS LEHNE, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG [BSK-KG], 2010, Art. 2 Rz. 27; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 1269 ff., S. 1278 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht [nachfolgend: Zäch, Kartellrecht], 2. Aufl. 2005, Rz. 256).

Bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG ist demzufolge die Marktmacht des gesamten Konzerns zu berücksichtigen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 26 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 E. 4.1.3, "Nikon"; BORER, a.a.O., Art. 2 Rz. 11; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, Art. 2, Rz. 33; LEHNE, a.a.O., Art. 2 Rz. 27; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 256; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, Basel 2014, S. 137).

Dem Konzern kommt im Kartellverfahren mangels eigener Rechtspersönlichkeit praxisgemäss keine Parteistellung zu (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 68 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon"; B-2977/2007 E. 4.1 ff., "Publigroupe"). Generell wird in der schweizerischen Lehre und Praxis aber die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon", mit Verweis auf KUBLI, a.a.O., S. 181 ff.).

3.1.3 Beide Beschwerdeführerinnen sind schweizerische Gruppengesellschaften der Swisscom-Gruppe. Die Beschwerdeführerin 1 ist die Top-Holdinggesellschaft der Gruppe, während der Beschwerdeführerin 2 die Stellung einer einfachen Gruppengesellschaft zukommt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt B.a, "Preispolitik ADSL").

Die Swisscom-Gruppe ist unbestrittenermassen ein Konzern, bei dem die übergeordnete Leitungsmacht von der Beschwerdeführerin 1 ausgeübt wird, der auch die Beschwerdeführerin 2 verpflichtet ist. Massgebliches Kartellrechtssubjekt ist im vorliegenden Fall demzufolge die Swisscom-Gruppe in ihrer Gesamtheit (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 31, "Preispolitik ADSL"). Diese übt nach der Auffassung der Vorinstanz Marktmacht aus, weshalb der persönliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gegeben ist.

3.2 Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich

Unbestrittenermassen gilt das KG zudem im vorliegenden Fall in sachlicher und räumlicher Hinsicht, da zu beurteilen ist, ob die Beschwerdeführerinnen Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausgeübt haben, die sich in der Schweiz ausgewirkt hat (Art. 2 Abs. 2 KG; vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 45 f., "Swisscom ADSL").

3.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG)

3.3.1 Fernmelderecht

Das Kartellgesetz statuiert einen Vorbehalt zu Gunsten von Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Darunter versteht es insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b KG).

Für den Telekommunikationsmarkt gilt neben den kartellrechtlichen Bestimmungen die besondere Regelung des Fernmelderechts. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) begründet keine eigenständige staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG, sondern stellt eine sektorielle Regelung dar, welche die anderen allgemeinen und bereichsspezifischen Regelungswerke der Wirtschaftsordnung voraussetzt und ergänzt (vgl. BGE 137 II 199 E 3.4, "Terminierung Mobilfunk"; 141 II 66 E. 3.3.8, "Hors-Liste Medikamente" [zum Verhältnis KG und HMG]; Urteile des BGer 2A.503/2000 und 2A.505/2000 E. 6c, "Commcare II"; Urteil des BVGer B-7633/2009

Rz. 39, "Preispolitik ADSL"; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRÄNER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 3). Die sich gegenseitig beeinflussenden kartell- und fernmelderechtlichen Vorschriften stehen sich somit grundsätzlich gleichrangig gegenüber und eine Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Bereich des Fernmeldewesens ist nicht per se ausgeschlossen (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4 und 5.1, "Terminierung Mobilfunk"; BGE 141 II 66 E. 3.3.8, "Hors-Liste Medikamente"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 39 f., "Preispolitik ADSL").

Im vorliegenden fernmelderechtlichen Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass die Preise von marktbeherrschenden Unternehmen entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht vorrangig sektorspezifisch, namentlich im Rahmen des FMG, kontrolliert werden. Zwar unterliegen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten unter anderem der Pflicht einer kostenorientierten Preisgestaltung (Art. 11 Abs. 1 FMG; vgl. auch BGE 137 II 199 E. 3.5, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Diese Pflicht gilt indessen nur bezüglich der (regulierten) Einrichtungen und Diensten, zu welchen anderen Anbieterinnen Zugang gewährt werden muss, unter anderem zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL; Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG; vgl. auch nachfolgende E. 4.3). Die im vorliegenden Fall zu beurteilenden Geschäfte basieren sowohl auf der TAL als auch auf kommerziellen Produkten. Dass das revidierte Fernmeldegesetz seit dem 1. April 2007 die Erschliessung bzw. Entbündelung von Anschlusszentralen durch Mitanbieter fördert und diese seither Marktanteile gewonnen haben, bringt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 44, keinen übergeordneten "gesetzgeberischen Willen" zum Ausdruck, der den kartellrechtlichen Schutz des Restwettbewerbs relativiert (vgl. im Übrigen E. 8.3.2.1 b). Im Rahmen des sich ergebenden Preismixes erweisen sich, wie noch zu zeigen sein wird, nur die Preise der kommerziellen Dienstleistungen als problematisch; zu deren Kontrolle ist die Vorinstanz befugt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 41, "Preispolitik ADSL").

3.3.2 Verhältnis zwischen Wettbewerbskommission und Preisüberwachung

Art. 3 Abs. 3 KG sieht vor, dass Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem KG den Verfahren nach dem PüG (Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985; SR 942.20) vorgehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung.

Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG kann es Kompetenzüberschneidungen zwischen der Wettbewerbskommission und der Preisüberwachung geben: Die Preisüberwachung, welche sich hauptsächlich mit sog. "administrierten Preisen" befasst (vgl. PATRIK DUCREY, in: Marbach/ Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 1434; ROLF H. WEBER, DIKE-KG, Art. 3, Rz. 99), verfügt insbesondere über eine vorbehaltene Kompetenz zur Überprüfung von Preisen marktmächtiger Unternehmen (Art. 16 Abs. 2 PüG); eine Intervention durch die Wettbewerbskommission bleibt aber entgegen der Auffassung der Beschwer-

deführerinnen möglich und geht grundsätzlich auch vor (Art. 3 Abs. 3 KG; vgl. BORER, a.a.O., Art. 3 Rz. 14 ff.; MARCEL DIETRICH/ALEXANDER BÜRGI, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2005, S. 179 ff., S. 188; MICHAEL VLCEK, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht, Zürich 2013, S. 57; DUCREY, a.a.O., Rz. 1434 und 1681; ROLF H. WEBER, Preisüberwachungsgesetz, Bern 2009, Art. 16, Rz. 4 und 16; WEBER, DIKE-KG, Art. 3, Rz. 95 ff.). Es trifft somit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht zu, dass das KG für die Ahndung hoher Preise, welche die Konkurrentinnen nicht behindern, das falsche Instrument sei.

3.3.3 Fazit zu Art. 3 KG

Da sich die Wettbewerbsbeschränkungen auch nicht aus Vorschriften über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG), hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass im vorliegenden Fall keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG bestünden, welche die Anwendung des Kartellgesetzes einschränken würden. Die Vorinstanz durfte demnach die vorliegend strittigen Preise überprüfen.

4. Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens und damit zusammenhängende technische und fernmelderechtliche Fragen

4.1 Submissionsverfahren der Post

Der vorliegende Fall betrifft ein Submissionsverfahren, in welchem die Post am 21. April 2008 unter dem Titel "WAN-Anbindung von Poststandorten" WAN-Dienstleistungen für die Anbindung von Poststandorten in der gesamten Schweiz mit folgenden Spezifikationen ausschrieb (vgl. SHAB-Mitteilung 126/76 vom 21. April 2008):

- Los 1: WAN-Anbindung von ca. 500 Poststandorten (Agglomerationsstandorte) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps - 1 Gbps, symmetrisch, Service- und Supportzeiten: 7x24h, Technologie MPLS mit QoS.
- Los 2: WAN-Anbindung von ca. 1800 Poststandorten (Filialnetz) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps - 4 Mbps, symmetrisch, Servicezeit: 7x24h, Supportzeit: 6x11h, Technologie MPLS mit QoS.

Die geforderten Dienstleistungen sollten ab dem 1. Januar 2010 für einen Zeitraum von vier Jahren ausgeführt werden.

Die drei Fernmeldedienstleisterinnen Swisscom AG, Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) und Cablecom GmbH (nachfolgend: Cablecom oder Upc Cablecom) wurden im selektiven Submissionsverfahren präqualifiziert, um ein materielles Angebot einreichen zu dürfen. Am 14. Januar 2009 erhielt Swisscom AG den Zuschlag zu einem Gesamtpreis von CHF 20'462'272.

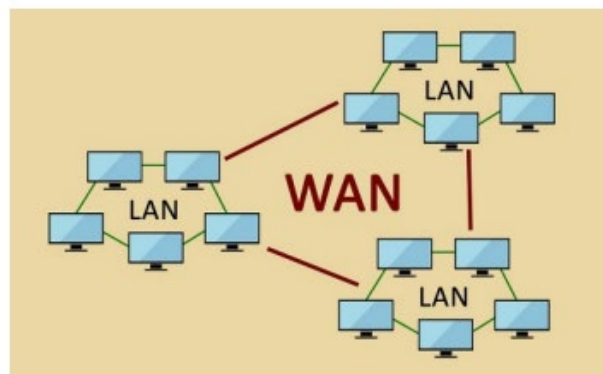
Aufgrund der Anzeige von Sunrise vom 30. April 2009 untersuchte das Sekretariat der Wettbewerbskommission das Verhalten von Swisscom in der Ausschreibung der Post. Die Vorinstanz kam mit Verfügung vom 21. September 2015 zum Schluss, Swisscom verfüge

über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich und auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, beide Märkte im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post. Diese Stellung hätten die Beschwerdeführerinnen missbraucht, indem sie von der Post und Sunrise unangemessene Preise erzwungen, Sunrise diskriminiert und gegenüber Sunrise eine "Kosten-Preis-Schere" angewendet hätten. Gestützt auf dieses Ergebnis hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen mit einem Betrag von CHF 7'916'438 belastet (Art. 49a Abs. 1 KG).

4.2 Technische Grundlagen

Die Post forderte, wie bereits ausgeführt, WAN-Dienstleistungen für die Anbindung von Poststandorten in der ganzen Schweiz (total 2'305 Standorte) mit bestimmten Spezifikationen (vgl. E. 4.1). Auf diese und weitere technische Grundlagen wird nachfolgend kurz eingegangen.

4.2.1 "WAN" steht für "Wide Area Network". Es wird definiert als ein privates oder öffentliches Netz (Weitverkehrsnetz) zur digitalen, paketorientierten Datenübertragung mit einer Ausdehnung von mehr als 10 km (vgl. NIELS KLUSMANN, Lexikon der Kommunikations- und Informationstechnik, 3. Aufl., Heidelberg 2001).



Quelle: giga.de

Die Übertragungsgeschwindigkeit (Datenübertragungsrate) innerhalb eines Netzwerks wird in Bits pro Sekunde (Bit/s), englisch "bits per second" (bps), angegeben. Grössere Datenmengen werden in Kilobits pro Sekunde (kbit/s oder kbps), Megabits pro Sekunde (Mbit/s oder Mbps) oder Gigabits pro Sekunde (Gbit/s bzw. Gbps) angegeben (vgl. <https://www.elektronik-kompodium.de/sites/kom/0212091.htm>; <https://de.wikipedia.org/wiki/datenübertragungsrates>, beide abgerufen am 02.06.2020).

Je nach Datenübertragungsrates wird zwischen Schmalband- und Breitbandinternet unterschieden. Breitbandinternet bezeichnet einen besonderen elektronischen Zugang zum Internet mit entsprechend schnellen Nutzungskapazitäten (vgl. BGE 146 II 217 E. 3.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). In der Schweiz wurde im Jahr 2008 ein Anschluss ab einer Datenübertragungsrates von 600 kbit/s beim Empfangen (sog. downstream) und 100 kbit/s beim Senden (sog. upstream) als Breitbandan-

schluss bezeichnet (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.c, "Preispolitik ADSL").

Die von der Post geforderte Technologie "MPLS mit QoS" bedeutet "Multi-Protocol Label Switching (MPLS)" mit "Quality-of-Service (QoS)". MPLS eignet sich, um Datenpakete in einem IP-Netz priorisiert zu routen. QoS verleiht Paketen mit höherer Priorität ein anderes Label, um schneller ans Ziel zu kommen (vgl. <https://www.elektronik-kompodium.de/sites/net/0811121.htm>, abgerufen am 02.06.2020).

4.2.2 Die Netze, auf welchen das Internet basiert, sind technologische Informationstransportsysteme, die entweder an Leitungen gebunden (Kupfer- oder Koaxialkabel, Glasfasern, Stromleitungen) oder leitungslos sind (vgl. THOMAS M. FISCHER, Die Entbündelung der letzten Meile in der Schweiz im Lichte des GATS, Bern 2004, S. 37 ff.; ORSOLYA FERCSIK SCHNYDER, Internet-Access-Providing-Verträge mit geschäftlichen und privaten Endkunden, Zürich 2012, S. 48 f.).

Bei der sog. DSL (Digital Subscriber Line, engl. für digitaler Teilnehmeranschluss) als drahtgebundenem Breitbandprodukt wird das vorhandene Telefonnetz mit seiner Doppellader-Metalleitung, die auch als Kupferkabel bezeichnet wird, für die Datenübermittlung verwendet. Je nach Art der digitalen Modulation werden mehrere DSL-Verfahren (nachfolgend zusammenfassend: xDSL) unterschieden: ADSL (Asymmetric DSL) mit unterschiedlichen Übertragungsraten für das Empfangen und das Senden der Daten, SDSL (Symmetric DSL) mit identischen Übertragungsraten für beide Richtungen sowie HDSL (High speed DSL) und VDSL (Very high speed DSL; ebenfalls asymmetrisch) für erhöhte Datenübertragungsraten. Die Datenübertragung erfolgt bei xDSL-Verfahren schematisch vereinfacht in folgender Weise: Zunächst im sog. Anschlussnetz zwischen dem Modem des jeweiligen Anschlussnehmers (sog. Hausanschluss, auch als Teilnehmeranschluss oder Anschlussstelle bezeichnet) und der lokalen Anschlusszentrale, d.h. der nächstgelegenen Ortsvermittlungsstelle des Fernmeldediensteanbieters. Dort werden die eingehenden und abgerufenen Kundendaten im sog. Verbindungsnetz über eine Kupferkabel- oder Glasfaseranbindung zu einem sog. Konzentrador und von dort in den sog. Backbone des Fernmeldediensteanbieters übertragen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.e, "Preispolitik ADSL").

Bei den TV-Kabelleitungen (Koaxialkabeln) werden bestehende Koaxialkabel nach einer technischen Aufrüstung für die Übertragung der Breitbanddaten genutzt. Diese kabelgebundene Übertragungsform weist für den Endnutzer ähnliche Nutzungsmöglichkeiten auf wie ein Breitbandanschluss über xDSL. Die Kabelnetze weisen technisch bedingt grundsätzlich eine höhere Übertragungsraten auf als xDSL-Verfahren; hierbei sind heute Übertragungsraten von bis zu 250 Mbit/s möglich. Allerdings ergeben sich bei den kabelgebundenen Breitbandprodukten Nutzungseinschränkungen aufgrund des Umstands, dass sich die vorhandenen Netzkapazitäten mit zunehmendem Ausmass einer gleichzeitigen Benutzung durch die Anschlussnehmer reduzieren (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.f, "Preispolitik ADSL").

Die Bereitstellung von Breitbandinternet kann auch vollständig über Glasfaserkabel erfolgen, wobei das Glasfasernetz mindestens bis zum Hausanschluss reichen muss. Glasfaserkabel weisen sehr hohe Übertragungskapazitäten auf, wobei in Zukunft bis zu 1000 Mbit/s erreicht werden sollen. Allerdings ist die Verlegung von Glasfaserkabeln mit sehr hohen Kosten verbunden (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.g, "Preispolitik ADSL").

Bei der sog. Powerline Communications-/PLC-Technologie bildet das Stromnetz den Träger der Datenübertragung, wobei das elektronische Informationssignal mittels Trägerfrequenztechnik auf die Stromleitung moduliert wird. Dabei wird eine Verbindung zwischen der Steckdose des Endkunden und der nächsten Trafostation des Energieerzeugers hergestellt; von dort wird das elektronische Informationssignal in den Internet-Backbone überführt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.h, "Preispolitik ADSL").

4.2.3 Je nach Technologie, Marktsituation und Nachfrage kann die Übergabe des Datenstroms auf verschiedenen Netzschichten (Layers) und Netzebenen (lokal, regional, zentral) stattfinden (vgl. Botschaft vom 6. September 2017 zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017 6559, S. 6616). Schicht 1 (Layer 1) ist die physikalische Schicht, bestehend etwa aus (unbeschalteten) Kupfer- und Koaxialkabeln. Bei Schicht 2 (Layer 2) handelt es sich um aktives Equipment zur Datenübertragung; auf dieser Ebene werden auch wichtige Parameter für Eigenschaften der Endprodukte (z.B. Bandbreiten bei Breitbandangeboten) festgelegt. Die nachfolgenden Schichten (Layer 3 - 7) können als Netzmanagement und Diensteebene bezeichnet werden (vgl. VON STOKAR/VETTORI/ZANDONELLA/PETER, Ansätze zur Regulierung von modernen Telekomnetzen, Schlussbericht vom 2. Dezember 2009 z.H. BAKOM, S. 21 f.).

Layer 5-7	Dienste
Layer 3-4	Netzmanagement (Bsp.: BBCS)
Layer 2	Aktives Equipment zur Datenübertragung (Bsp.: CES)
Layer 1	Faser, Kupferkabel (Bsp.: TAL)

4.3 "Letzte Meile" und das regulierte Produkt TAL

Seit der Revision des Fernmeldegesetzes per 1. April 2007 können andere Fernmeldediensteanbieterinnen die "letzte Meile" von Swisscom nutzen. Diese gilt als klassisches Beispiel einer "essential facility", also einer Einrichtung, auf deren Mitgebrauch die Konkurrenten angewiesen sind (vgl. MATTHIAS AMGWERT/SIMON SCHLAURI, Netzzugang, in: Biaggini/ Häner/ Saxer/Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Rz. 6.125; CHRISTOPH BEAT GRABER, "Lost Highway", in: Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, S. 230; RAMIN SILVAN GOHARI, Die Essential Facilities-Doktrin, in sic! 2019, S. 533 ff.). Mit der Regulierung der letzten Meile erhalten die FDA unter anderem direkten Zugang zu den Kupferleitungen im Anschlussnetz. Das diesbezügliche, auf dem Layer 1 anzusiedelnde Produkt der Swisscom er-

möglichst es den FDA, eine vollständig entbündelte Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu nutzen. Dazu mietet eine alternative FDA von Swisscom die Kupferleitung vom Hausanschluss bis zur nächsten Anschlusszentrale. Auf dieser Leitung kann die FDA eigene Telekommunikationsleistungen wie Telefonie- und Internetdienste anbieten (vgl. Swisscom, Bericht zum Fortschritt der Entbündelung und Interkonnektion 1. Juli 2016-30. Juni 2017, S. 7; DANIEL ZIMMERLI/HANS RUDOLF TRÜEB, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsregulierung 2007-2009, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2009, S. 715 ff., S. 718 f.). Um das Kupferkabel von Swisscom nutzen zu können, muss eine alternative FDA die Anschlusszentrale, von welcher die Kupferkabelleitungen ausgehen, erschliessen und dort Sende- und Empfangsgeräte installieren (sog. Entbündelung). Insofern führen die Beschwerdeführerinnen zu Recht aus, dass Investitionen nötig sind, damit eine FDA von den regulierten TAL-Preisen profitieren kann (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 42).



Quelle: www.kleinreport.ch [Neues Fernmeldegesetz: Private Telekomanbieter erwarten "gleich lange Spiesse"]

Das regulierte Produkt TAL zeichnet sich aufgrund von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG dadurch aus, dass es auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen angeboten werden muss. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bedeutet nach der massgebenden Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) namentlich, dass andere Anbieterinnen nicht schlechter gestellt werden dürfen als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin (Art. 52 Abs. 2 FDV) und dass die Differenz zwischen den von der marktbeherrschenden Anbieterin angebotenen Zugangspreisen und ihren Endkundenpreisen einer vergleichbaren, effizienten Anbieterin erlauben muss, kostendeckende Erträge zu erwirtschaften (Art. 52 Abs. 2^{bis} FDV). Nach dem Grundsatz der Transparenz hat die marktbeherrschende Anbieterin mindestens jährlich ein aktualisiertes Basisangebot für den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu veröffentlichen (Art. 53 Abs. 1 FDV). Schliesslich verlangt der Grundsatz der Kostenorientiertheit, dass die Zugangspreise den Kosten entsprechen dürfen, die mit der Gewährung des Zugangs zu Diensten und Einrichtungen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in einem kausalen Zusammenhang stehen (relevant costs; vgl. Art. 54 Abs. 1 FDV).

Weitere regulierte Produkte sind der schnelle Bitstromzugang (während vier Jahren), das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, die Interkonnektion, die Mietleitungen sowie der Zugang zu den Kabelkanalisationen, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen (Art. 11 Abs. 1 Bst. b-f FMG, in der bis Ende 2020 geltenden Fassung, AS 2007 921).

Mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Zugang Mietleitungen" vom 28. Februar 2012 wurde das Produkt "Carrier Ethernet Services" (CES) den Mietleitungen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG und damit dem Zugangsregime des FMG unterworfen (vgl. BVGE 2012/8 E. 12.4.6, "Zugang Mietleitungen"). Für diese Produkte gelten wie bei der TAL die Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und der Kostenorientiertheit. Zwar weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sie seit jenem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts - und damit erst nach dem hier streitigen Ausschreibungsverfahren - die offerierten CES-Preise kostenorientiert berechnet hätten (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 138). Wie die mit Teilverfügung der ComCom vom 11. Februar 2019 verfügten Senkungen aber zeigen, war dies offenbar zumindest teilweise nicht der Fall (vgl. Teilverfügung der ComCom vom 11. Februar 2019 E. 5.3.1.1 f. und Dispositiv-Ziff. 2, "Zugangsverfahren [IC, MLF 2014 - 2016]").

Sofern eine FDA keine Anschlusszentrale entbündelt hat, kann sie mittels kommerzieller Grosshandelsprodukte der Swisscom Zugang zu deren Anschlussnetz erhalten, um ein eigenes Endkunden-Internetangebot erstellen zu können. Dazu gehörten in den Jahren 2008 ff. etwa das in Layer 3 anzusiedelnde Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS) (vgl. BGE 146 II 217 E. 3.2.2, "Preispolitik Swisscom ADSL") und das bereits genannte Produkt CES (auf Layer 2).

5. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens

5.1 Erfüllung der formellen und materiellen Untersuchungsvoraussetzungen

5.1.1 In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, sie hätten von ihrer angeblich beherrschenden Stellung und vom Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens zum Nachteil der Post erstmals aus dem Verfügungsantrag des Sekretariates an die vorinstanzliche Kommission vom 19. Dezember 2014 erfahren. Da dieser Vorwurf weder im Vorabklärungs-Schlussbericht noch im Eröffnungsschreiben noch in der Publikation der Untersuchung erwähnt worden sei, seien die formellen und materiellen Untersuchungsvoraussetzungen diesbezüglich nicht erfüllt.

5.1.2 Formelle Voraussetzung einer Untersuchung ist nach Art. 27 Abs. 1 KG deren Eröffnung im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied (vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, BSK-KG, Art. 27, Rz. 53). Diesbezüglich machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend, die verlangte Zustimmung durch ein Präsidiumsmitglied sei verweigert worden.

5.1.3 Materiell setzt die Eröffnung einer Untersuchung durch das Sekretariat voraus, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen (Art. 27 Abs. 1 KG). Ob genügend Anhaltspunkte bestehen, hat das Sekretariat in der Regel zunächst im Rahmen der zur Vorbereitung der Untersuchung durchgeführten Vorabklärung zu ermitteln (vgl. KENJI IZUMI/ALEXANDRA BAUER, DIKE-KG, Art. 27, Rz. 7 ff.; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 27, Rz. 45 f.).

5.1.4 In seinem Schlussbericht vom 24. Juni 2013 äusserte sich das Sekretariat entgegen der Behauptung der

Beschwerdeführerinnen zwar durchaus zu deren marktbeherrschenden Stellung, jedoch in der Tat nicht zu den einzelnen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen zum Nachteil der Post (vgl. Schlussbericht vom 24. Juni 2013 Ziff. 229 ff., act. 76 der Vorinstanz).

Im Schreiben vom 18. Juli 2013, mit welchem den Beschwerdeführerinnen mitgeteilt wurde, dass gegen sie eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet werde, wurde sodann offengelassen, zu wessen Nachteil sich das zu untersuchende Verhalten der Beschwerdeführerinnen auswirke. Die beigelegte Medienmitteilung und der beigelegte Schlussbericht vom 24. Juni 2013 präzisieren indessen, dass sich das Verhalten der Beschwerdeführerinnen zum Nachteil von Konkurrenten ausgewirkt habe (vgl. Schreiben der Vorinstanz vom 18. Juli 2013, act. 77 der Vorinstanz).

Auch aus der Publikation der Untersuchungseröffnung vom 30. Juli 2013 ergibt sich neben der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung lediglich, dass Handlungen der Beschwerdeführerinnen zu Ungunsten von Konkurrenten untersucht würden. Handlungen zum Nachteil der Post werden aber nicht erwähnt (vgl. Bekanntmachung der Vorinstanz vom 30. Juli 2013, BBl 2013 6192).

Somit wussten die Beschwerdeführerinnen bei Untersuchungseröffnung noch nicht, dass auch ihr im Rahmen der WAN-Ausschreibung an den Tag gelegtes Verhalten zum Nachteil der Post untersucht würde. Demnach wurde der Untersuchungsgegenstand nach der Eröffnung um diesen Punkt erweitert.

Eine nach amtlicher Publikation erfolgte Änderung oder Ausweitung des Untersuchungsgegenstands erfordern eine erneute Mitteilung an das von der Untersuchung betroffene Unternehmen sowie eine erneute amtliche Publikation (vgl. MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht [SSHW], 2010, Nr. 292, S. 25). Dies gilt namentlich dann, wenn eine bereits eröffnete und publizierte Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt wird (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 203, mit Verweis auf Verfügung der WEKO vom 4. Dezember 2000, in: RPW 2000/4 S. 591 f.) oder wenn das Sekretariat erst im Verlaufe der Untersuchung zur Überzeugung gelangt, dass eine Verletzung des KG vorliegen könnte, welche zu einer direkten Sanktion führen würde (vgl. RAUBER, a.a.O., S. 25). Wird dagegen eine bereits publizierte Untersuchung nur in Bezug auf die untersuchten Tatbestände ausgedehnt - beispielsweise wenn eine aufgrund einer mutmasslichen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG eröffnete Untersuchung später auf den Tatbestand von Art. 7 KG ausgeweitet wird -, ist fraglich, ob auch diesfalls eine erneute Publikation zwingend ist (vgl. BILGER, a.a.O., S. 203, Fn. 132).

5.1.5 Im vorliegenden Fall wurden die Untersuchungshandlungen nicht auf ein weiteres Unternehmen ausgedehnt, und es wurde auch nicht neu eine Sanktion in Erwägung gezogen. Die Untersuchung weitete sich lediglich dahingehend aus, dass das Verhalten der Beschwerdeführerinnen nicht nur im Hinblick auf einen

möglichen Nachteil der Konkurrentinnen, sondern auch der Post geprüft wurde. Insofern kann der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie diese geringe Erweiterung des Untersuchungsgegenstandes hätte publizieren müssen.

5.1.6 Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, die formellen und materiellen Untersuchungsvoraussetzungen seien nicht erfüllt gewesen, stösst somit ins Leere.

5.2 Untersuchungsgrundsatz

5.2.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen zudem, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem sie weder die Verhältnisse im Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich noch das Verhältnis von Offertpreis und wirtschaftlichem Wert der Leistung für die Post untersucht und analysiert habe (vgl. Beschwerde, Rz. 109, 172). Des Weiteren bemängeln die Beschwerdeführerinnen die fehlende Befragung der Marktgegenseite und vermeintlich Geschädigter sowie fehlende und falsche Untersuchungen betreffend die Marktbeherrschung und die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Verhaltensweisen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 257 ff.) und machen unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung insbesondere geltend, die Vorinstanz habe sich nur marginal und ansatzweise mit Upc auseinandergesetzt (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 281). Diese Vorbringen werden nachfolgend zunächst als formelle Rüge im Rahmen des Untersuchungsprinzips (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.4.2, "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau") und später als Sachverhaltsvorbringen (Wiedergabe einer Aussage der Beschwerdeführerinnen betreffend Projektabrechnung und Würdigung der Stellungnahmen des BAKOM) im materiellen Teil behandelt (vgl. nachfolgende E. 8.2.3 und 8.3.2.3).

5.2.2 Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2, "Buchpreisbindung"; Urteile des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5, "Gaba"; B-2977/2007 E. 3, "Publigruppe").

Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes sind von der Vorinstanz die rechtserheblichen Tatsachen abzuklären, also jene faktischen Entscheidungsgrundlagen, die für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 185, "Preispolitik ADSL"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/ Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 12, Rz. 22 und 28). Die behördliche Untersuchungspflicht wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien nach Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1). Zusätzliche Tatsachen, die erst aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen fallrelevant werden, sind von diesen darzulegen und manifestieren keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 Rz. 17,

"Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich", mit weiteren Hinweisen).

5.2.3 Was die Marktverhältnisse im Endkunden- und im Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betrifft, hat sich die Vorinstanz hauptsächlich auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009 in Sachen "Schneller Bitstrom" abgestützt (vgl. BVGE 2009/35). Da dieses Urteil, dem unter anderem das auch Sunrise, Upc und weitere Anbieter behandelnde Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 zu Grunde gelegt ist und das denselben Zeitraum wie hier betrifft (vgl. RPW 2008/1 S. 222 ff.), in Rechtskraft erwachsen ist, ist der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, sie hätte darüber hinaus weitere Untersuchungshandlungen vornehmen müssen.

Zwar wurde im Verfahren "Schneller Bitstrom" nicht zwischen Privatkunden- und Geschäftskundenmarkt unterschieden, wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten. Dies ändert indessen nichts daran, dass gemäss den dortigen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auf dem ganzen Wholesale-Markt, d.h. auf dem Wholesale-Markt für Privat- und Geschäftskunden, kein alternatives, mit dem Swisscom-Angebot vergleichbares Angebot vorhanden war.

Wie zudem zu zeigen sein wird, hätte die Vorinstanz aufgrund der Schwierigkeit, einen wirtschaftlichen Wert einer Leistung festzustellen, auch nicht zwingend das Verhältnis zwischen Offertpreis und wirtschaftlichem Wert der Leistung für die Post untersuchen müssen (vgl. E. 8.2.1).

5.2.4 Hinsichtlich der gerügten fehlenden Befragungen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 257-259) ist zunächst folgende Feststellung zu treffen: Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen (vgl. etwa act. 6, 41, 55), Sunrise (vgl. act. 15, 42, 54) sowie das BAKOM in der vorliegenden Angelegenheit mehrfach befragt, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen auch die Post, indessen tatsächlich nicht zu ihrer Stellung als Geschädigte (vgl. Auskunftersuchen vom 4. November 2010 zum Vergabeverfahren WAN-Anbindung, act. 51). Des Weiteren stellte die Vorinstanz, wie bereits ausgeführt, auf das von ihr erstellte Gutachten in Sachen "Schneller Bitstrom" sowie auf einschlägige Urteile ab (vgl. etwa Verfügung, Rz. 335 ff.). Somit war die Vorinstanz im Besitz zahlreicher Erkenntnisquellen, die es ihr ermöglichen, ausreichende Abklärungen auch in Bezug auf die Post vorzunehmen.

Wie die materielle Prüfung zeigen wird, erweisen sich zahlreiche von den Beschwerdeführerinnen vermisste Untersuchungshandlungen (Untersuchung der Nachfrage der Post, der Preise in vergleichbaren Märkten, der Gewinnmarge, der "Gegenrechnung" der Beschwerdeführerinnen, des Vorliegens einer Notlage, der Unabdingbarkeit; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 261 ff.) aufgrund des vorliegenden Beweisergebnisses oder eigener Abklärungen des Bundesverwaltungsgerichts als nicht respektive nicht mehr nötig oder gehen auf eine andere Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen zurück (vgl. nachfolgende E. 7.6.5.3, 8.2.3 f., 8.3.2.3 und 8.4.1).

Schliesslich hat die Vorinstanz entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen durchaus den Leistungsumfang und die Kosten der Produkte TAL, BBCS und CES (vgl. Verfügung, Kapitel A.3.3 "Vorleistungsprodukte von Swisscom", Rz. 107 ff.) sowie die Ausübung ökonomischen Drucks untersucht (vgl. Verfügung, Kapitel B.3.2.1 "Erzwingung unangemessener Preise", u.a. Rz. 418, 427, 441, 447). Auch können den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung die einzelfallbezogenen Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere bei Sunrise entnommen werden (vgl. Verfügung, Rz. 514 ff.).

5.2.5 Selbst wenn der Vorinstanz vorzuwerfen wäre, sie hätte weitere Untersuchungshandlungen vornehmen müssen, erwiese sich eine Rückweisung an sie aufgrund eigener Ergänzungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht als angezeigt. Im Ergebnis kann der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt.

5.3 Rechtliches Gehör

5.3.1 Des Weiteren werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz hinsichtlich der Differenzierung zwischen TAL und BBCS/CES (vgl. E. 4.3) sowie der Festsetzung des unrechtmässigen Gewinns bei der Sanktionsberechnung (vgl. E. 10.4.7) einen Verstoss gegen die Begründungspflicht und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vor (vgl. Beschwerde, Rz. 208 ff., 347). Zudem bemängeln sie, sie hätten keine Einsicht in den Evaluationsbericht der Post mit näheren Angaben über die Konkurrenzofferten erhalten. Aus der ihnen zugestellten Version der angefochtenen Verfügung seien die von Sunrise und Upc offerierten Preise nur in Bandbreiten ersichtlich (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 273 ff.).

5.3.2 Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) umfasst unter anderem das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Akts zur Sache äussern zu können (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 122 II 274 E. 6b). Er verlangt von der Behörde, dass sie seine Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidung angemessen berücksichtigt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 123 I 31 E. 2c). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 133 III 439 E. 3.3).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2; 125 I 113 E. 3; 122 II 464 E. 4a). Nach der Rechtsprechung ist die Heilung einer - nicht besonders schwerwiegenden - Gehörsverletzung aber ausnahmsweise dann möglich, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich

vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 127 V 431 E. 3d/aa).

5.3.3 Die Vorinstanz hat zwischen Poststandorten, bei welchen TAL eingesetzt werden kann, und solchen, bei welchen die kommerziellen Produkte CES oder BBCS eingesetzt werden müssen, differenziert und begründet, wie sie die einzelnen Szenarien und damit die unterschiedlichen TAL-Anteile sowie die Kosten berechnet hat (vgl. Rz. 173 ff. der angefochtenen Verfügung). Insofern hat die Vorinstanz zum Ausdruck gebracht, weshalb sie die untersuchten Preise als unangemessen erachtet. Der von den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang vorgebrachte Vorwurf, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt (vgl. Rz. 210 der Beschwerde), stösst somit ins Leere.

Zu Recht rügen die Beschwerdeführerinnen hingegen die mangelnde Begründung für die Festsetzung des mutmasslichen unrechtmässigen Gewinns auf CHF [5-7] Mio. Offenbar hat die Vorinstanz aufgrund von Unsicherheiten im Zusammenhang mit ihren Berechnungen pauschal einen [...] %-"Rabatt" gewährt, was zusätzlich der Erläuterung bedarf und den Mangel einer fehlenden Begründung nicht aufzuheben vermag. Die Vorinstanz hat erst in ihrer Vernehmlassung eine nachvollziehbare und zutreffende Begründung nachgereicht, weshalb der Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerinnen zwar als verletzt, die Verletzung aber vor dem Bundesverwaltungsgericht, welches über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 205, "Preispolitik ADSL"), als geheilt zu betrachten ist.

Was die Einsicht in den Evaluationsbericht respektive die offerierten Preise der Wettbewerber betrifft, ist festzuhalten, dass im Submissionsverfahren die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten gewährleistet ist; sie geniessen Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Auch im Rechtsmittelstadium gewähren die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien grundsätzlich keinen Anspruch auf (direkte) Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten (vgl. Urteil des BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1; Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 4.4.1). Diese für das Submissionsverfahren geltenden Grundsätze dürfen in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren nicht umgangen werden. Hinzu kommt, dass Swisscom Zuschlagsempfängerin war und somit mangels eines Rechtsschutzinteresses ohnehin kein Akteneinsichtsrecht in den Evaluationsbericht mit den Angaben zu den offerierten Preisen gehabt hätte (vgl. Art. 23 Abs. 2 des alten, zur Zeit des vorliegenden Submissionsverfahrens geltenden Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, in der Fassung vom 1. Januar 2008 [aBöB; AS 1996 508]). Das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Konkurrenzofferten ist somit nicht verletzt worden.

6. Marktabgrenzung

6.1 Definition des relevanten Markts

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) eine Legaldefinition, welche nach ständiger Rechtsprechung nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.1, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 9.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-506/2010 E. 9, "Gaba"). Danach lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden.

6.2 Sachlich relevanter Markt

3 Bst. a VKU). Seine Definition erfolgt somit von der Marktgegenseite des Unternehmens aus, welchem das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 11; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genève 2005, Rz. 280). Deren Optik ist dafür massgebend, ob Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen, nämlich ob sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die Erwartung funktioneller Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, "Publigroupe"; 129 II 18 E. 7.3.1, "Buchpreisbindung"; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 9.1, "Terminierungspreise Mobilfunk" [=BVGE 2011/32]).

In einem Submissionsverfahren bilden die anbietenden Unternehmen die Marktgegenseite zum öffentlichen Auftraggeber (Vergabestelle). Was substituierbar ist, wird durch die publizierten Eignungskriterien und die Ausschreibungsunterlagen definiert (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.1.1, "Strassenbeläge Tessin"; RPW 2009/4 S. 342 und RPW 2002/1, S. 141, beide i.S. "Betonsanierung Landesbibliothek"; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 301 ff.; CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zürich 2008, S. 86 f.).

6.2.1 Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz sowohl einen "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" als auch einen engeren "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung" abgegrenzt (vgl. Verfügung, Rz. 316 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen wehren sich gegen die Abgrenzung des weiteren "Endkundenmarkts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich", da im vorliegenden Fall nur die Verhältnisse im Hinblick auf die konkrete Ausschreibung der Post relevant seien (vgl. Beschwerde, Rz. 133).

Fraglich ist jedoch, ob nicht vielmehr der "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung" entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen zu eng ist. Denn eine einzelne Submission stellt nicht in jedem Fall einen eigenen Markt ("Submissionmarkt") dar. Unter Umständen ist es vielmehr angezeigt, den Markt weiter zu fassen (vgl. BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, in: Jusletter 11. September 2017, S. 14). Im vorliegenden Fall umfasst der von der Vorinstanz abgegrenzte Markt ein einzelnes Vertragsverhältnis, das aus der Post-Ausschreibung resultierte. Damit richten sich diese Marktabgrenzung und die daran anschliessende Beurteilung im Endeffekt mehr auf die Analyse des persönlich-zivilrechtlich als eines volkswirtschaftlich-verwaltungsrechtlich angerichteten Schadens. Im Hinblick auf den Zweck von Art. 7 KG ist eine solche Marktabgrenzung indessen nicht ausgeschlossen, da Art. 7 KG nicht nur dem Schutz des Wettbewerbs als Ordnungssystem, sondern auch der einzelnen Wettbewerber dient (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1122, "Six Group").

Der weiter gefasste "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" gestattete es der Vorinstanz, die Wettbewerbsverhältnisse jenseits des Submissionmarktes aufzuzeigen. Da sich die Vorwürfe der Vorinstanz indessen letztlich auf das konkrete Verhalten der Beschwerdeführerinnen anlässlich der Ausschreibung der Post beschränken (vgl. etwa angefochtene Verfügung, Rz. 531, 532 und 534), spielt der weiter gefasste Endkundenmarkt faktisch nur noch als Vergleichshintergrund eine Rolle. Insofern kann die Frage, ob es sinnvoller gewesen wäre, nur einen "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" abzugrenzen, offengelassen werden.

Daher ist nachfolgend lediglich von einem "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung" auszugehen. Entsprechend muss auf die Kritik der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe den umfassenden Endkundenmarkt im Rahmen der rechtlichen Erläuterungen ignoriert (vgl. Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 80), nicht mehr eingegangen werden.

Wie ausgeführt, hat die Post die von ihr nachgefragten WAN-Dienstleistungen im Rahmen eines selektiven Verfahrens ausgeschrieben. Das selektive Verfahren wird in zwei Phasen durchgeführt: Zuerst können alle Bewerber einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Der Auftraggeber bestimmt aufgrund von vorgängig festgelegten Eignungskriterien die Bewerber, die daraufhin ein Angebot einreichen können (vgl. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, Zürich 2014, S. 52 f.; Art. 15 aBöB). Den Unternehmen, die ein solches Angebot eingereicht haben, steht die Post als potentielle Auftraggeberin

berin und Endkundin, d.h. als Geschäftskundin, gegenüber. Aus ihrer Sicht umfasst der sachlich relevante Markt die durch sie ausgeschriebenene WAN-Dienstleistungen zwecks Breitbandanbindung von Poststandorten.

6.2.2 Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

Weiter hat die Vorinstanz zwei Wholesale-Märkte (Grosshandelsmärkte) abgegrenzt. Dabei handelt es sich einerseits um den "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten", bezüglich dessen die Vorinstanz im vorliegenden Fall keinen wettbewerblich relevanten Vorwurf erhebt, und andererseits um den "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" (anschliessende E. 6.2.3). Auf diesen Wholesale-Märkten werden Vorleistungen für die Breitbandanbindung von Endkunden verkauft, d.h. die Nachfrage wird wesentlich von den Endkunden des nachgelagerten Markts bestimmt (abgeleitete Nachfrage; vgl. etwa Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.4, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Beim erstgenannten "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur" geht es um einen sogenannten Layer 1-Zugang. Mit diesem Zugang erhält die für ein Endkundenangebot nachfragende FDA eine direkte physische Leitung zum Endkunden (z.B. ein Kupferkabel), welche sie exklusiv nutzen kann. Auf dieser Leitung kann die FDA eigene Telekommunikationsleistungen wie Telefonie- und Internetdienste und IP-TV anbieten. Das diesbezügliche Produkt TAL ist reguliert. Es muss nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen erbracht werden. Die Nutzung der TAL setzt die Entbündelung von Anschlusszentralen voraus (vgl. E. 4.3) und erfordert damit namhafte Investitionen. Da es sich bei der TAL um ein (zweidrahtiges) Kupferkabel handelt (vgl. AMGWERT/SCHLAURI, a.a.O., Rz. 6.121 f.), bezeichnet die Vorinstanz die entsprechenden Übertragungsgeschwindigkeiten als kupferkabelbasiert.

Angesichts der Tatsache, dass Sunrise ihre gegenüber der Post eingereichte Offerte auf Leistungen abstützt, die sie auf beiden vorgenannten Wholesale-Märkten bezieht, stellt sich die Frage, ob von einem gemeinsamen Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ausgegangen werden soll.

Die Substituierbarkeit zwischen der im "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" angesiedelten TAL und den im "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" angesiedelten Dienstleistungen BCS und CES (vgl. nachfolgende E. 6.2.3) ist indessen bereits in technischer Hinsicht nur teilweise gegeben: Einerseits setzt die Nutzung der TAL die Entbündelung einer Anschlusszentrale voraus. Andererseits scheidet die Substituierbarkeit an den physikalischen Restriktionen des Kupferkabels. Denn das Kupferkabel erfährt sowohl bei steigender Frequenz als auch bei zunehmender Entfernung eine Dämpfung, d.h. die Datenrate wird im Verhältnis zur Länge der Leitung ver-

ringert (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 163). Das von 1'800 Metern eine Übertragungsrate von 1.8 Mbit/s, bei einer Leitungslänge von 2'500 Metern 1.2 Mbit/s und bei einer Leitungslänge von 2'700 Metern noch 1 Mbit/s möglich sind (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 178, mit Verweis auf Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 [act. 72]).

Zudem besteht eine massive Preisdifferenz zwischen dem Wholesale-Angebot für TAL einerseits und den Wholesale-Angeboten für BBCS sowie CES andererseits: So betrug zur Zeit des Zuschlags im Jahr 2009 die monatlichen Preise für die TAL CHF 18.80, für BBCS CHF 215 (in der kleinsten zur Verfügung stehenden Anbindung mit 1.2 Mbit/s) und für CES CHF 490 (in der kleinsten zur Verfügung stehenden Anbindung mit bis zu 2 Mbit/s; vgl. angefochtene Verfügung, Tabelle 31 in Rz. 188 und Rz. 469 ff.).

Auch der Leistungsumfang der verschiedenen Angebote ist unterschiedlich: So erklärte das BAKOM in seiner Stellungnahme vom 10. Juli 2015, die Produkte BBCS und CES unterschieden sich, insbesondere im Vergleich zur TAL, stark in den Leistungen sowie in den Verantwortlichkeiten und Garantien, welche Swisscom anbiete und übernehme. Damit müsse eine FDA wie Sunrise je nach bezogenem Vorleistungsprodukt selbst mehr oder weniger Eigenleistungen erbringen (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, E. 2.1 [Vorakten act. 158]). CES bestehe im Unterschied zur TAL aus je einem Access an beiden Enden mit bis zu zwei Anschlussleitungen, aus einer Backbone-Strecke je nach Verbindungstyp und beinhalte Service Assurance-Leistungen (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, E. 3.2.2 [Vorakten act. 158]). Schliesslich stellte das BAKOM fest, bei CES werde von Swisscom mittels aktiver Netztechnik ein Dienst mit verschiedenen Dienstleistungen und Qualitätsgarantien erbracht. Damit beanspruche CES im Vergleich zur TAL zusätzliche passive Linientechnik und es fielen relativ hohe Kosten für die Plattformtechnologien sowie für die Leistungen im Corenetz an. Das Produkt BBCS beschrieb das BAKOM als eine von Swisscom sichergestellte Anbindung zwischen dem Netz eines Kunden und dem Netz einer die Swisscom konkurrierenden FDA. Die gesamte Übertragungsausrüstung zwischen den beiden Zugangspunkten sei im Eigentum von Swisscom, welche sämtlichen Verkehr zwischen beiden Punkten gewährleiste (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 14 [Vorakten act. 158]). Bei der TAL beschränke sich die Leistung der Swisscom auf die Zurverfügungstellung des Kupferkabels oder einer Glasfaserleitung (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 13 [Vorakten act. 158]). Wie sich den Ausführungen des BAKOM (und den Produktsheets von Swisscom) somit entnehmen lässt, verfügen die kommerziellen Vorleistungsprodukte CES und BBCS über einen grösseren Leistungsumfang als das regulierte Produkt TAL, wobei CES wiederum mehr Leistungen als BBCS umfasst.

Hinzu kommt, dass den Beschwerdeführerinnen ohnehin nur auf dem "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" ein wettbewerbsrechtlich relevanter Vorwurf gemacht wird. Insofern kann die Frage offengelassen werden, ob allenfalls ein "erweiterter Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Ge-

BAKOM geht davon aus, dass bei einer Leitungslänge schäftskundenbereich", der tatsächlich substituierbare regulierte und kommerzielle Dienstleistungen umfassen würde, hätte abgegrenzt werden können.

Die Beschwerdeführerinnen betonen somit zwar zu Recht, dass die beschränkte Substituierbarkeit keinen unmittelbaren Preisvergleich zwischen den Produkten erlaube, doch kritisieren sie die aufgrund von Teilsstituierbarkeit getroffene Marktabgrenzung, die die Produkte durchaus nicht miteinander gleichsetzt, zu Unrecht als widersprüchlich (vgl. Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 75 ff.). Vielmehr dient der von der Vorinstanz abgegrenzte "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten", auf dem sich Anbieterinnen des Vorleistungsprodukts TAL und FDA, welche die TAL zur Erfüllung der Post-Ausschreibung benötigen, als Nachfragerinnen gegenüberstehen, letztlich nur der Beschreibung der darauf herrschenden Wettbewerbskräfte.

6.2.3 Wholesale-Markt betreffend Breitbanddienstleistungen

Soweit FDA zur Erfüllung des Post-Auftrags keine entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen bis zu den Poststellen haben oder über keine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen, haben sie die Möglichkeit, als Wiederverkäuferinnen Breitbanddienstleistungen bei einer infrastrukturbasierten Anbieterin einzukaufen. Dabei handelt es sich um Layer 2- und Layer 3-Angebote. Swisscom bietet beispielsweise die Dienstleistungen BBCS (Layer 3) und CES (Layer 2) an. Diesbezüglich hat die Vorinstanz sachlich zutreffend einen "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" abgegrenzt.

Auf diesem Markt stehen sich Anbieterinnen von Breitbanddienstleistungen als Vorprodukte und FDA, welche bis zu den Poststellen weder über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen noch über eine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen, und Breitbanddienstleistungen zur Erfüllung des Post-Auftrags anbieten wollen, als Nachfragerinnen gegenüber.

6.3 Räumlich relevanter Markt

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

Ort der Dienstleistungserbringung sind Poststandorte in der ganzen Schweiz. Demzufolge umfasst der räumlich relevante Markt die Schweiz (vgl. auch: FISCHER, a.a.O., S. 126).

6.4 Zeitlich relevanter Markt

Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 116). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn bestimmte Märkte nur saisonal oder über eine kurze Zeit bestehen, was beispielsweise bei Fachmessen und Submissionen der Fall ist (vgl.

BORER, a.a.O., Art. 5 Rz. 16; CHRIST, a.a.O., Rz. 307; HEITZ, a.a.O., S. 88; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 118, mit weiteren Beispielen).

Namentlich in Submissionsverfahren kann der zeitlich relevante Markt sehr eng sein (vgl. ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 4, Rz. 47). Der Wettbewerb beginnt jeweils mit der Ausschreibung eines Vorhabens durch den Ausschreiber und endet spätestens mit dem Vertragsabschluss (vgl. RPW 2009/4 S. 342 und RPW 2002/1, S. 141, beide i.S. "Betonsanierung Landesbibliothek", je mit Verweis auf IMMENGA, Bietergemeinschaft im Kartellrecht - ein Problem potentiellen Wettbewerbs, in: Der Betrieb, 1984, S. 385; HEITZ, a.a.O., S. 88; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 118). Der "Hauptwettbewerb" spielt sich vor der Eingabe der Angebote ab, in dieser Zeit arbeiten die Unternehmen ihre Angebote aus, die massgebend für das Spiel von Angebot und Nachfrage sind (vgl. CHRIST, a.a.O., Rz. 308). Zum Zeitpunkt der Ausschreibung hängt es von der Verfahrensart ab, wie gross der Submissionsmarkt ist. So umfasst er bei der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens nur jene Bieter, die zur Offertstellung eingeladen werden, und nach der Eingabe der Angebote höchstens noch die geeigneten Bieter, die ein Angebot eingereicht haben (vgl. RPW 2009/4 S. 342 und RPW 2002/1, S. 142, beide i.S. "Betonsanierung Landesbibliothek"; CHRIST, a.a.O., Rz. 310 ff.; HEITZ, a.a.O., S. 88).

Die Post hat den Auftrag für die Errichtung und den Betrieb eines Wide Area Network am 21. April 2008 im selektiven Verfahren ausgeschrieben (vgl. SHAB-Mitteilung 126/76 vom 21. April 2008). Als geeignete Anbieterinnen kamen nach Angaben der Post die Unternehmen Upc Cablecom GmbH, Sunrise Communications AG sowie die Swisscom (Schweiz) AG in Frage. Diese durften in der Folge ein Angebot einreichen. Schliesslich erhielt die Swisscom am 14. Januar 2009 den Zuschlag.

Somit ist der relevante Markt in zeitlicher Hinsicht auf den 21. April 2008 bis zum Zuschlag am 14. Januar 2009 respektive bis zum anschliessenden Vertragsabschluss am 27. Februar/6. März 2009 festzulegen.

6.5 Zwischenergebnis Marktabgrenzung

Für die Ermittlung der Marktstellung sind auf Grund der vorstehenden Feststellungen folgende schweizweiten Märkte im Zeitraum vom 21. April 2008 bis am 14. Januar 2009 (respektive spätestens bis 27. Februar/6. März 2009) relevant:

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten;
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich;
- Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung.

7. Marktstellung

7.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

Als marktbeherrschend gelten einzelne oder zusammenhängende Unternehmen, die 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), insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens am entsprechenden Markt (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1, "Publigroupe"; 129 II 497 E. 6.3.1, "Entreprises Electriques Fribourgeoises [EEF]/Watt Suisse AG"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; KÖCHLI/REICH, a.a.O., Art. 4, Rz. 31 und 34; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen [nachfolgend: ZÄCH, Verhaltensweisen], in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel, 2000, Bd. 5/2, S. 137 ff., S. 172; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 281). Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber und Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; DUCREY, a.a.O., Rz. 1626; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175).

Zur Untersuchung der Stellung eines Unternehmens auf einem Markt sind alle konkret relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 305; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 179). Zu den massgeblichen Kriterien zählen die Marktstrukturdaten, d.h. insbesondere der Marktanteil des in Frage stehenden Unternehmens und die Marktanteile der übrigen, auf dem gleichen Markt agierenden Konkurrentinnen, sowie deren Entwicklung (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1, "Publigroupe"; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 583). Weiter relevant sind die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft und Grösse sowie andere marktspezifischen Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können, sein Marktverhalten, aber auch die Offenheit des betreffenden Markts, d.h. der potentielle Wettbewerb (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1, "Publigroupe"; DUCREY, a.a.O., Rz. 1627 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 584, 586 f.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktstellung eines der Marktbeherrschung verdächtigen Unternehmens regelmässig in der Reihenfolge von aktuellem Wettbewerb, potentielltem Wettbewerb und der Stellung der Marktgegenseite (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 180 und 222 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 582). Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einschränken zu können (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1, "Publigroupe", mit Verweisen).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist es für die kartellrechtliche Beurteilung grundsätzlich irrelevant, wie eine marktbeherrschende Stellung entstanden ist (vgl. Rz. 153 der Beschwerde). Abgestellt wird nur auf den Zustand der Beherrschung. Ob ein Unternehmen zu seiner kartellrechtlich relevanten Macht aufgrund besserer Leistungen im Wettbewerb oder durch organisatorische Massnahmen (etwa durch Konzernierung) gelangte, ist nicht entscheidend (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 300, mit weiteren Hinweisen). Insofern kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, sie habe diesbezüglich den Sachverhalt unvollständig abgeklärt.

7.2 Aktueller und potentieller Wettbewerb im Allgemeinen

Unter dem Gesichtspunkt des aktuellen Wettbewerbs ist festzustellen, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 328, "Preispolitik ADSL"). Den Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet üblicherweise der Marktanteil des Unternehmens. Hohe Marktanteile sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, sie schliessen einen wirksamen Wettbewerb aber nicht zwangsläufig aus (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, "Publigroupe"; 130 II 449 E. 5.7.2, "TV-Abopreise").

Daher sind insbesondere folgende Aspekte ebenfalls zu beachten: die Anzahl der Konkurrenten, die Marktanteile der Konkurrenten, das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten, sowie die Wirtschaftskraft der Konkurrenten. In diesem Zusammenhang erlangt regelmässig auch die Unternehmensstruktur des betreffenden Unternehmens Bedeutung. Aus diesen Aspekten ist eine Bewertung abzuleiten, ob die Konkurrenten in der Lage sind, einen disziplinierenden Einfluss auf das betreffende Unternehmen auszuüben (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 331, "Preispolitik ADSL", mit weiteren Hinweisen).

Unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs ist zu untersuchen, in welchem Ausmass das in Frage stehende Unternehmen mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten. Allein die Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Konkurrenten kann unter gewissen Voraussetzungen eine disziplinierende Wirkung auch auf ein Unternehmen ausüben, dem aufgrund des aktuellen Wettbewerbs eine besondere Stellung am Markt zukommt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 334, "Preispolitik ADSL"; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 342 ff.).

7.3 Aktueller und potentieller Wettbewerb in Submissionsverfahren

Bei Ausschreibungsmärkten (Submissionsmärkten) sind Marktanteile von eher untergeordneter Bedeutung, worauf auch die Beschwerdeführerinnen hingewiesen ha-

ben (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 92). Denn Ausschreibungsmärkte sind dadurch charakterisiert, dass verschiedene Anbieter um die Durchführung eines Projektes, z.B. den Bau einer Infrastruktureinrichtung oder die Erstellung eines Produktes, im Wettbewerb stehen und dass es einen Wettbewerb um den Markt, nicht aber einen Wettbewerb im Markt gibt. Zudem finden Ausschreibungen meist in grösseren Abständen statt und die ausgeschriebenen Projekte sind häufig von einem erheblichen Umfang, so dass ein Zuschlag für ein einzelnes Unternehmen eine grosse Bedeutung hat. Daher haben die Unternehmen einen grossen Anreiz, kompetitive Angebote abzugeben, um sich ein Projekt zu sichern. Auch der Erfolg, den ein Unternehmen bei früheren Ausschreibungen hatte, ist in solchen Märkten kein Indikator für den Erfolg bei künftigen Ausschreibungen. Entscheidend ist vielmehr, welche Unternehmen in der Lage sind, attraktive, konkurrenzfähige Angebote zu unterbreiten (vgl. ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl. 2011, S. 63 und 181).

In Submissionsverfahren fallen im Zeitpunkt der Ausschreibung aktuelle und potentielle Konkurrenz zusammen (vgl. PETER HETTICH, Wirksamer Wettbewerb, Bern 2003, Rz. 543). Bei wiederkehrenden Ausschreibungen besteht die potentielle Konkurrenz zwischen den Ausschreibzeitpunkten als Drohung eines Marktzutritts zum nächstmöglichen Termin. Die Relevanz dieser Drohung nimmt zu, je näher die nächste Ausschreibung rückt. Diese potentielle Konkurrenz manifestiert sich jedoch erst anlässlich der Ausschreibung und lässt sich dann von der aktuellen Konkurrenz nicht unterscheiden, da alle Teilnehmer aktuelle Konkurrenten sind (vgl. RPW 2001/2 S. 323, "JC Decaux/Affichage"). Bei Submissionsverfahren, in welchen der Kreis der Submittenten begrenzt ist, d.h. beim Einladungsverfahren und beim selektiven Verfahren (vgl. Art. 15 aBöB und Art. 35 der alten Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, in der Fassung vom 1. Januar 2007 [aVöB; AS 1996 518]; SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 52 ff.), ist die potentielle Konkurrenz auf den Fall beschränkt, wo die ausschreibende Stelle das Submissionsverfahren abbricht und neu eröffnet. Erst in einem solchen Fall haben potentielle Konkurrenten die Möglichkeit, in den Kreis der Submittenten zu gelangen. Da dies selten der Fall ist, bleiben potentielle Konkurrenten von solchen Submissionen fern (vgl. RPW 2012/2 S. 394, "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau"). Die Rechtsprechung sieht im selektiven Verfahren eine Begrenzung des Markts, die mit der Komplexität und dem Aufwand der Beschaffung zu begründen ist (vgl. SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 53).

Da im vorliegend relevanten Submissionsverfahren keine Anhaltspunkte für einen allfälligen Ausschreibungsabbruch ersichtlich und damit keine Veränderung des Submittentenkreises zu erwarten waren, rechtfertigt es sich auf Grund der vorgenannten Besonderheiten des Submissionsmarktes, die Prüfung der Marktstellung auf den aktuellen Wettbewerb zum Ausschreibungszeitpunkt zu beschränken (vgl. auch RPW 2001/2 S. 323, "JC Decaux/Affichage").

Dies gilt nicht nur für den Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, sondern

auch für den Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten sowie den Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich. Der Grund dafür liegt darin, dass sich FDA, welche auf Vorleistungsangebote (und damit auf Subunternehmer) angewiesen sind, zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung auf ein bestehendes Vorleistungsangebot stützen mussten, um erstens das Angebot im Hinblick auf die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien konkret beschreiben und zweitens nach einem allfälligen Zuschlag und Vertragsabschluss die vertraglich geschuldeten Leistungen erbringen zu können (vgl. zu den vorgesehenen Subunternehmern und Lieferanten etwa: MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberichts*, Zürich 2012, Rz. 1353 ff.).

7.4 Stellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

7.4.1 Zum aktuellen Wettbewerb im "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" führte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aus, zum Zeitpunkt der Ausschreibung habe in der Schweiz lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetz im Anschlussbereich verfügt und daher als einzige Unternehmung in der Schweiz einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur gewähren können. Der Marktanteil betrage daher annähernd 100 %. Im Bereich der Preissetzung sei der Handlungsspielraum von Swisscom allerdings auf die regulierten Preise beschränkt gewesen. Des Weiteren sei Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung gesetzlich verpflichtet gewesen, die TAL zu nichtdiskriminierenden Bedingungen abzugeben.

Diese Einschätzung der Vorinstanz wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht bestritten. Denn als Rechtsnachfolgerin der früheren Telekommunikationsmonopolistin ist die Beschwerdeführerin 1 Eigentümerin der Kupferkabelverbindungen zwischen den Teilnehmeranschlüssen und den Ortszentralen (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1, "Sunrise I"; AMGWERT/SCHLAURI, a.a.O., Rz. 6.121).

Swisscom war zudem Inhaberin der Grundversorungskonzession 2008 bis 2017. Nebst der Grundversorgung der Schweizer Bevölkerung mit einem Zugang zum Telefonnetz bildete ab 2008 die flächendeckende Versorgung mit einem Breitband-Internetzugang das Kernstück der Konzession (vgl. Swisscom, *Geschäftsbericht 2008*, S. 199).

Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG war (und ist) die Swisscom-Gruppe auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung verpflichtet, einem anderen Fernmeldedienstanbieter auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen einen vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss TAL zu gewähren (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1, "Sunrise I"; Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 9. Oktober 2008 i.S. COLT Telecom AG, S. 15 und Dispositiv-Ziffer 2; AMGWERT/SCHLAURI, a.a.O., S. 241, Rz. 6.121 f., 6.134 ff.).

Aufgrund des Marktanteils von 100 % auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ist Swisscom als marktbeherrschend zu qualifizieren (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.3.4, "Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/ Watt Suisse AG").

7.4.2 Da Swisscom verpflichtet ist, die TAL zu nichtdiskriminierenden Bedingungen und kostenorientierten Preisen anzubieten, hat sie auf diesem Markt keine Möglichkeit, ihre marktbeherrschende Stellung zu nutzen, um höhere Preise zu verlangen (vgl. RPW 2012/2 Rz. 236, "FTTH Freiburg").

Es stellt sich indessen nachfolgend die Frage, in welchem Umfang Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung marktübergreifend, d.h. im vorliegenden Fall im "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" (vgl. nachstehende E. 7.5) und im "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich der WAN-Anbindung" (vgl. E. 7.6) zu Gunsten ihrer dortigen Marktpositionen einsetzen und damit die Hebelwirkung ihres faktischen Monopols ausnützen konnte (vgl. STEFAN HOLZWEBER, *Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen*, Diss. Wien 2017, S. 121; ROLF H. WEBER, *Entstehung von Marktmacht als Deregulierungsfolgeproblem - das Beispiel der Telekommunikationsmärkte*, in: *Aktuelle Juristische Praxis [AJP]* 1995 S. 1149 ff.). Denn wenn Swisscom vollständig über die zur Erfüllung des Post-Auftrags benötigte Infrastruktur und das entsprechende Know-how verfügte, konnte es der Post direkt - ohne Involvierung eines weiteren Unternehmens - ein Angebot unterbreiten. Entsprechend gross war der Handlungsspielraum von Swisscom auf dem relevanten Endkundenmarkt. Soweit ein mitbietendes Unternehmen für den Zugang zum Endkundenmarkt auf die Infrastruktur von Swisscom angewiesen war, musste es sich zunächst auf dem Wholesale-Markt mit Vorleistungen von Swisscom (u.a. TAL, BCS und CES) eindecken. Somit kann gesagt werden, dass der Handlungsspielraum respektive die Möglichkeit, auf dem Endkundenmarkt ein attraktives, konkurrenzfähiges Angebot einzureichen, grundsätzlich abnimmt, je mehr Vorleistungen (namentlich kommerzielle Vorleistungen wie BCS, CES) auf dem relevanten Wholesale-Markt eingekauft werden müssen.

7.5 Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

7.5.1 Vorbringen der Parteien

Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz war Swisscom im massgeblichen Zeitpunkt die einzige Anbieterin, die auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein schweizweites Angebot unterbreiten konnte. Zwar hätten auch Kabelnetzwerkbetreiberinnen über eine gewisse Anzahl an Anschlüssen zum Endkunden verfügt; diese seien aber für den Einsatz im Geschäftskundenbereich auf Grund ihrer technologischen Eigenschaften kaum einsetzbar. Zudem böten die Kabelnetzwerkbetreiberinnen keine Wholesale-Angebote an. Soweit Sunrise Anschlusszentralen entbündelt habe, könne Sunrise Vorleistungsprodukte im Bereich Breitbandanbindungen anbieten. Da Sunrise indessen kein

flächendeckendes Netz habe zur Verfügung stellen können, sei die aktuelle Konkurrenz gering.

Die Beschwerdeführerinnen erachten den Schluss der Vorinstanz, Swisscom sei die einzige Vorleistungsanbieterin und als solche marktbeherrschend, angesichts der real existierenden und Sunrise schon 2008/ 2009 offenstehenden, von der Vorinstanz jedoch nicht berücksichtigten Ausweichmöglichkeiten (technische Aufrüstung der Infrastrukturen der Kabelnetzbetreiber wie Upc Cablecom, Glasfaserausbau) als falsch. Zudem sei CES seit 2012 zu kostenorientierten Preisen erhältlich. Es finde damit ein dynamischer Wettbewerbsprozess statt, bei dem Swisscom ständigem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei.

7.5.2 Feststellungen zu Swisscom

Im fernmelderechtlichen Urteil "Schneller Bitstrom" hielt es das Bundesverwaltungsgericht für erwiesen, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb einen genügend disziplinierenden Einfluss auf die Beschwerdeführerinnen ausübe (vgl. BVGE 2009/35 E. 9.4.2 ff., "Schneller Bitstrom"). Bei seiner Entscheidung stützte sich das Bundesverwaltungsgericht auf das Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 (vgl. RPW 2008/1 S. 222 ff., "Schneller Bitstrom"). Diese hatte festgestellt, dass Swisscom das einzige Unternehmen in der Schweiz sei, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfüge und anderen FDA Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge anbiete. Alternative FDA seien auf die Benutzung des Anschlussnetzes von Swisscom angewiesen und verfügten über keine Ausweichmöglichkeiten (vgl. RPW 2008/1 S. 226, "Schneller Bitstrom").

Für den Zeitraum vom April 2004 bis Dezember 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren "Preispolitik ADSL" festgestellt, dass die Swisscom-Gruppe auf Grosshandelsstufe die einzige Anbieterin eines leistungsgebundenen, in der ganzen Schweiz zu einheitlichen Preisen erhältlichen Breitbandprodukts gewesen sei. Es kam zum Schluss, dass keine anderen Konkurrenten ein entsprechendes Grosshandelsprodukt auf dem Markt angeboten hätten. Der Swisscom-Gruppe komme demzufolge eine Alleinstellung auf dem Grosshandelsmarkt für leistungsgebundene Breitbandinternetprodukte zu. Die Internetdiensteanbieter, welche ihren Kunden einen Breitbandinternetzugang hätten anbieten wollen, seien auf das Angebot der Swisscom-Gruppe angewiesen gewesen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 332, "Preispolitik ADSL"). Dieselbe Feststellung gilt auch im vorliegenden Fall.

Einer Unterscheidung zwischen dem Privatkunden- und dem Geschäftskundenmarkt bedarf es dabei nicht (vgl. E. 5.2.3).

Den Geschäftsberichten von Swisscom ist zudem zu entnehmen, dass eine beträchtliche Anzahl Breitbandanschlüsse auf dem Swisscom-Netz Wholesale-Breitbandanschlüsse gewesen seien, d.h. Breitbandanschlüsse, die von anderen Telekommunikationsunternehmen gestützt auf von Swisscom vertriebene Wholesale-Produkte realisiert wurden. So waren im Jahr 2008 von den 1.76 Millionen Breitbandanschlüssen

431'000 Wholesale-Breitbandanschlüsse; im Jahr 2009 waren unter den 1.8 Millionen Breitbandanschlüssen 331'000 Wholesale-Breitbandanschlüsse zu verzeichnen (vgl. Swisscom, Geschäftsbericht 2008, S. 90, und Geschäftsbericht 2009, S. 94). Die 431'000 Wholesale-Breitbandanschlüsse im Jahr 2008 entsprachen einem Anteil von rund 18 % des gesamten Breitbandmarkts (vgl. Swisscom, Geschäftsbericht 2008, S. 37).

7.5.3 Feststellungen zu Sunrise

Die Konkurrentin Sunrise verfügte gemäss einer Medienmitteilung vom 13. August 2008 im Jahr 2008 über ein leistungsfähiges Glasfasernetz mit einer Gesamtlänge von über 8'900 km, was ein "flächendeckendes Angebot von hochwertigen Sprach- und Datendiensten" ermöglichte (vgl. Medienmitteilung vom 13. August 2008 "Sunrise gewinnt Kunden und startet die Entbündelung"; Medienmitteilung der ewz und Sunrise vom 10. Juli 2008 "Sunrise und ewz planen strategische Partnerschaft").

Nach dem Verkauf des Geschäfts mit Inhouse-Kommunikationsanlagen an die Aurelius AG im Jahr 2008 hat sich Sunrise im Geschäfts- und Grosskundenbereich auf Standardprodukte und Lösungsangebote in den Bereichen Mobil- und Festnetztelefonie, Datendienste (Breitband) und Standortvernetzungen sowie Netzwerkdienstleistungen für Telekommunikationsanbieter (Wholesale Services) konzentriert (vgl. Medienmitteilung vom 3. Juni 2008 "Sunrise konzentriert sich aufs Kerngeschäft").

Nach eigenen Angaben aus dem Jahr 2018 hat Sunrise über zehn Jahre Erfahrungen im Wholesale-Bereich (vgl. <https://www.sunrise.ch/de/business/wholesale-portrait.html>; Stand: Juli 2018). Zum massgeblichen Zeitpunkt 2008/2009 war dieser Bereich bei ihr also noch im Anfangsstadium, denn die Pflicht von Swisscom, als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten Zugang zum vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren, wurde erst mit Inkrafttreten des revidierten FMG am 1. April 2007 eingeführt (AS 2007 921; vgl. auch Evaluation zum Fernmeldemarkt, Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009, S. 17). Sunrise hat im Dezember 2007 begonnen, TAL kommerziell zu entbündeln. In den ersten Monaten des Jahres 2008 war die Entbündelung weiterer Zentren in Basel, Genf, Lausanne, Luzern, Rapperswil und Winterthur geplant. Bis Ende Mai 2008 sollten 50 Zentren, bis Ende 2008 rund 120 Ortszentralen und somit 30 Prozent der Bevölkerung erschlossen sein (vgl. Netzwoche "Swisscom: Entbündelung kommt voran - Sunrise entbündelt erste Ortszentrale in Bern", www.netzwoche.ch/node/14887). Anfangs März 2009 hatte Sunrise 185 Ortszentralen entbündelt (vgl. Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 Rz. 26).

Somit hatte Sunrise zum massgeblichen Zeitpunkt erst eine kleine Anzahl der Anschlusszentralen (12 % von ca. 1'500 Standorten; vgl. Medienkonferenz Swisscom vom 20. März 2007 "Revidiertes Fernmeldegesetz: Swisscom investiert weiter in den Netzausbau und lanciert neue Angebote", docplayer.org, abgerufen am 02.06.2020) entbündelt. Da diese nicht über die ganze Schweiz verteilt waren, sondern sich auf Städte konzentrierten, standen nur wenige Anschlüsse für Sunrise-eigene

Breitbanddienste für Endkunden und - soweit Sunrise überhaupt über entsprechende Wholesale-Angebote verfügte - allfällige Wiederverkäufer zur Verfügung. Somit ist der Schluss der Vorinstanz nachvollziehbar, dass von Sunrise auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich keine disziplinierende Wirkung ausgegangen sei.

7.5.4 Feststellungen zu Kabelnetzbetreibern, namentlich Upc

Was konkurrierende Wholesale-Angebote der Kabelnetzbetreiber betrifft, hielt die Vorinstanz in einem Gutachten vom 3. September 2007 zu Handen des BAKOM fest, dass Kabelnetzbetreiber abgesehen von einzelnen Ausnahmefällen keine Wiederverkaufsangebote für Breitbandinternet an andere Fernmeldediensteanbieter vorsehen und Cablecom als grösste Kabelnetzbetreiberin auch in naher Zukunft keine solchen unterbreiten werde (vgl. RPW 2008/1 S. 223 Rz. 18 und S. 228 Rz. 59, "Schneller Bitstrom"). Sowohl die ComCom als verfügende Instanz als auch das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz schlossen sich dieser Feststellung an (vgl. BVGE 2009/35 E. 9.4.2 ff., "Schneller Bitstrom").

Zwar preist Upc Cablecom auf ihrer Website (vgl. www.upc.ch/de/business/solutions/loesungen/wholesale, abgerufen am 12.06.2018) ihr Wholesale-Angebot für nationale und internationale Telekommunikationsanbieter unter anderem damit an, dass sie 15 Jahre Erfahrung in der Schweiz habe sowie über eine umfassende und weitreichende Abdeckung verfüge. Aus welchen Produkten das im massgebenden Zeitraum von Upc Cablecom angebotene Portfolio bestand und in welchem Umfang sie im Wholesale-Bereich aktiv war, ist der Wholesale-Website indessen nicht zu entnehmen.

Aus dem von den Beschwerdeführerinnen beigelegten (undatierten) Interview mit dem Carrier Relations Manager der Telekommunikationsunternehmung Colt (vgl. Beilage 12 der Replik) ergibt sich zwar, dass Upc Cablecom dank des eigenen Netzes für Colt eine wirkliche Alternative darstellen werde. Aus dieser zukunftsbezogenen Aussage kann jedoch noch nicht geschlossen werden, dass Upc Cablecom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich einen schweizweiten, disziplinierenden Einfluss auf die Swisscom-Gruppe ausgeübt hat.

7.5.5 Feststellung zur Glasfasertechnologie

In Bezug auf glasfasergebundene Breitbandtechnologien hat das Bundesverwaltungsgericht für den Zeitraum vom April 2004 bis Dezember 2007 festgehalten, dass auf Wholesalestufe kein entsprechendes Produkt angeboten worden sei (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 287, "Preispolitik ADSL"). Dass auf dem Wholesale-Markt in den darauf folgenden Jahren FTTH (Fibre to the Home)-Angebote von Elektrizitätsunternehmen oder anderer Anbieter existierten, welche nicht nur lokal verfügbar waren, machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend. Ein solcher Umstand ist denn auch nicht wahrscheinlich, wies doch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) 2009 lediglich auf Pläne von Elektrizitätsunternehmen hin, in Zukunft die neu zu verlegende Glasfaser-

infrastruktur den Telekommunikationsunternehmen gegen Entgelt zur Nutzung zu überlassen (vgl. Zwischenbericht des UVEK vom 18. November 2009 an den Bundesrat zum Glasfaserausbau der Hausanschlussleitungen, E. 2.4, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch). Bereits bestehende Wholesale-Angebote erwähnte das UVEK nicht.

7.5.6 Weitere von den Beschwerdeführerinnen genannte Anbindungsprojekte und Konkurrenten

Die beiden von den Beschwerdeführerinnen genannten Anbindungsprojekte von Orange/Salt bzw. Sunrise, bei welchen andere Vorleistungsanbieterinnen als Swisscom (Upc Cablecom und Elektrizitätswerke) eingebunden worden seien, sind vorliegend nicht zu berücksichtigen, da sie offenbar erst einige Jahre nach der Post-Ausschreibung realisiert wurden; die von den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang eingereichte Beilage 11 zur Replik datiert aus dem Jahr 2013. Hinsichtlich der Elektrizitätswerke räumen die Beschwerdeführerinnen selbst ein, dass diese zur Zeit der Ausschreibung noch nicht am Markt aktiv gewesen seien.

Was die von den Beschwerdeführerinnen genannte Telekommunikationsunternehmung Colt betrifft, ergibt sich zwar aus deren Website, dass sie Netzwerk- und Voice-Services mit hoher Bandbreite für Unternehmen und Wholesale-Kunden in Europa, Asien und den Wirtschaftszentren in Nordamerika anbietet (vgl. www.colt.net/de/what-we-do, abgerufen am 12.06.2018). Seit wann und in welchem Ausmass sie über Wholesale-Angebote in der Schweiz verfügt, ist dieser Website indessen nicht zu entnehmen. Die Beschwerdeführerinnen erklären denn auch selbst, dass Colt in der Schweiz "über einen etwas kleineren Footprint" verfüge.

7.5.7 Weitere von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Argumente

Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Tatsache, CES sei seit 2012 zu kostenorientierten Preisen erhältlich, ist angesichts des hier massgeblichen zeitlich relevanten Markts unbeachtlich (vgl. E. 6.4).

Die weiteren Argumente der Beschwerdeführerinnen, Wettbewerber hätten Mietleitungsprodukte nutzen oder eine eigene Glasfaserinfrastruktur aufbauen können, zielen wegen der damit verbundenen massiven Kosten (zu den Mietleitungsprodukten wie CES vgl. etwa Swisscom CES Handbuch Preise V-3.0; zur Glasfaserinfrastruktur vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.g, "Preispolitik ADSL") ins Leere. Wie sich dem bereits zitierten Bericht des UVEK von 2009 entnehmen lässt, können die enormen Investitionen, die mit dem Aufbau einer Glasfaserinfrastruktur verbunden sind, nur von sehr wenigen Unternehmen getragen werden. Sie machen höchstens für Akteure Sinn, die bereits selbst über Kabelkanalisationen verfügen (vgl. Zwischenbericht des UVEK vom 18. November 2009 an den Bundesrat zum Glasfaserausbau der Hausanschlussleitungen, E. 2.5, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch). Selbst Swisscom, die über eine eigene Kabelkanalisation verfügt, baute zum damaligen Zeitpunkt die Glasfaserinfrastruktur aus betriebswirtschaftlichen Gründen erst in den Ballungsgebieten mit der höchsten Nutzer-

dichte aus (vgl. Zwischenbericht des UVEK vom 18. November 2009 an den Bundesrat zum Glasfaserausbau der Hausanschlussleitungen, E. 2.3).

Soweit die Beschwerdeführerinnen weiter vorbringen, dass die Investitionskosten nicht vollständig als Kostenblock dem Post-Auftrag zugerechnet werden müssten, weil sie über einen sehr langen Zeitraum abgeschrieben werden könnten, ist festzuhalten, dass selbst bei der Möglichkeit einer Abschreibung über die Dauer des Post-Auftrags hinweg vor allem wegen der Unsicherheit, den Zuschlag für einen nachfolgenden Auftrag nicht zu erhalten, das Risiko bestehen bleibt, dass sich die hohen Investitionen nicht auszahlen.

Schliesslich halten die Beschwerdeführerinnen zwar zu Recht fest, dass die Vorinstanz die Kosten des Aufbaus einer eigenen Glasfaserinfrastruktur durch Sunrise oder einen anderen Mitbewerber nicht abgeklärt hat. Angesichts von (amtlichen) Berichten wie dem vorzitierten Bericht des UVEK, welche auf die hohen Investitionskosten hinweisen, dem damit verbundenen Zeitaufwand und der Distanzen der zu verbindenden Poststellen war diese Möglichkeit vorliegend aber auszuschliessen.

7.5.8 Fazit zur Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

Die aktuelle, insbesondere durch Upc Cablecom und Sunrise ausgeübte Konkurrenz bestand im massgeblichen Zeitpunkt erst geringfügig. Swisscom war damals die einzige FDA, welche schweizweit Produkte auf dem Geschäftskundenmarkt für Breitbandanbindungen anbot.

Somit ist Swisscom auf dem relevanten Wholesale-Markt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

7.6 Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

7.6.1 Vorbringen der Parteien

Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich ist nach Angaben der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Ausschreibung ausschliesslich Swisscom technisch in der Lage gewesen, schweizweit die Bedürfnisse der Geschäftskunden abzudecken. Die Vorinstanz räumt ein, zwar hätten alternative FDA, die wie Sunrise eine gewisse Anzahl Anschlusszentralen entbündelt oder eigene Leitungen verlegt hatten, ebenfalls die Möglichkeit gehabt, im Rahmen der technischen Kapazitäten der Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur auf Basis der TAL bzw. auf ihren eigenen Netzwerken eigene Endkundenangebote zu erstellen und damit für einzelne Standorte einen gewissen Wettbewerbsdruck aufzubauen. Ein solcher sei allerdings auf diejenigen Endkundenstandorte beschränkt gewesen, zu welchen sie einen Zugang über die TAL oder über ihr eigenes Netzwerk gehabt hätten. Im vorliegenden zu beurteilenden Fall könne nicht von wirksamem aktuellem Wettbewerb gesprochen werden. Gleiches gelte für die damalige Cablecom, die ebenfalls auf Vorleistungsprodukte anderer FDA (vermutungsweise Swisscom) angewiesen gewesen sei.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass sie technisch in der Lage waren, schweizweit flächendeckend die Bedürfnisse der Geschäftskunden, namentlich der Post, zu befriedigen. Ihrer Ansicht nach hätten auch Sunrise und Upc Cablecom der Post ein konkurrenzfähiges Angebot unterbreiten können. Schliesslich werde eine beherrschende Stellung von Swisscom auch durch die Möglichkeit der Geschäftskunden ausgeschlossen, ihre Firmennetze selber zu erstellen und zu betreiben. Hinsichtlich der nachfragenden Post führen die Beschwerdeführerinnen aus, dass diese mit ihrer professionellen Einkaufsabteilung ihre Verhandlungsmacht gezielt ausgespielt habe. Swisscom habe ihr Angebot um ca. [15-25] % senken müssen; kein marktbeherrschendes Unternehmen mache ein derartiges Preiszugeständnis.

7.6.2 Eigener Aufbau eines Firmennetzwerks

Entgegen einem Einwand der Beschwerdeführerinnen hatte die Post in ihrer Ausschreibung die Möglichkeit, das Firmennetzwerk selbst aufzubauen und zu betreiben, implizit ausgeschlossen. In den Ausschreibungsunterlagen schrieb sie nämlich, dass die WAN-Dienstleistungen keine Investi-

tionskosten auf der Post-Seite verursachen dürften (vgl. Pflichtenheft vom 8. Juli 2008, S. 5 [Vorakten act. 1.3]). Hätte sie das Firmennetzwerk durch eine eigene Dienststelle erbringen lassen wollen, hätte sie folglich keine externe Beschaffung durchgeführt. Da bei einer öffentlichen Beschaffung die ausschreibende Stelle den relevanten Markt bestimmt (vgl. E. 6.2), ist die Möglichkeit, dass sie das Firmennetzwerk selbst hätte realisieren können, vorliegend nicht zu berücksichtigen.

7.6.3 Feststellungen zu Sunrise

7.6.3.1 Um ihre Bestreitung zu unterstreichen, dass sich Sunrise im Geschäftskundenmarkt gegen ihre Mitbewerber gut durchsetzen könne, zählten die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz 13 WAN-Projekte für private Unternehmen mit 2 bis 504 Standorten auf, welche Sunrise für sich oder zumindest als Zweitprovider habe entscheiden können (vgl. Stellungnahme der Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 12 f.; act. 14 der Vorinstanz). Zu den Geschäftskunden hätten bereits etwa Autogrill, OBI, FC Basel, Davos Klosters, Fielmann und Graphax gehört (vgl. Stellungnahme der Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 11, mit Verweis auf Website von Sunrise). Mit Eingabe vom 11. Dezember 2020 ergänzten die Beschwerdeführerinnen die Liste der von Sunrise gewonnenen Geschäftskunden (vgl. dortige Rz. 66 und Beilage 8).

Wie sich der aktuellen Website von Sunrise entnehmen lässt, gehören Davos Klosters und OBI (10 Standorte) nach wie vor zum Kundenstamm von Sunrise, Davos Klosters nur im Bereich der Mobil- und Festnetztelefonie, welcher im vorliegenden Fall jedoch unbeachtlich ist (vgl. < www.sunrise.ch/de/business/ueber-business-sunrise/testimonials.html >, zuletzt besucht am 5.7.2018). Im Übrigen ist nicht substantiiert, ob die von den Beschwerdeführerinnen genannten Unternehmen im massgeblichen Zeitraum Breitbandinternet-Kunden von Sunrise waren.

Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 7.3), ist bei der Überprüfung der Marktstellung in Ausschreibungsmärkten wie dem vorliegenden die Möglichkeit entscheidend, ein konkurrenzfähiges Angebot abzugeben.

Diese Möglichkeit hängt im Fall von Sunrise, welche über kein eigenes Anschlussnetz verfügt hat, zu einem wesentlichen Teil davon ab, in welchem Umfang Sunrise auf die im Vergleich zur TAL wesentlich teureren kommerziellen Vorleistungen von Swisscom angewiesen war. Je mehr der 2'305 anzuschliessenden Poststellen (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 176 f.) Sunrise zum relevanten Zeitraum mittels TAL hätte anbinden können, desto weniger war sie von den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom abhängig.

Hierzu hat das BAKOM für die Vorinstanz Berechnungen angestellt und dabei die Szenarien "BAKOM SDSL" und "BAKOM VDSL" entwickelt (Details vgl. nachstehende E. 8.3.2.3). Das Szenario "BAKOM SDSL" basiert auf der symmetrischen SDSL-Technologie, das Szenario "BAKOM VDSL" auf der asymmetrischen VDSL-Technologie (vgl. vorstehende E. 4.2.2).

Gemäss dem Szenario "BAKOM VDSL" konnte Sunrise bei 1'456 Poststellen und gemäss dem Szenario "BAKOM SDSL" bei 1'259 von insgesamt 2'305 Standorten auf die regulierte Vorleistung TAL zurückgreifen (vgl. nachstehende E. 8.3.2.3). Damit war Sunrise in Bezug auf die für den Post-Auftrag anzubindenden Poststellen im Umfang von ca. 37-45 % von den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom abhängig. Diese Abhängigkeit legt den Schluss nahe, dass es für Sunrise nur schwer möglich war, ein konkurrenzfähiges Angebot abzugeben.

7.6.3.2 Für das erkennende Gericht erscheint es entsprechend der Ansicht der Beschwerdeführerinnen durchaus möglich, dass Sunrise günstiger hätte offerieren können, wenn sie die Wholesale-Abteilung von Swisscom rechtzeitig, d.h. vor Einreichung ihrer Offerte an die Post, kontaktiert hätte. Es ist jedoch nachvollziehbar, dass Sunrise mit Swisscom nur zurückhaltend Kontakt aufgenommen hat, zumal Sunrise damit rechnen musste, dass sich Swisscom wie sie um den Zuschlag beim Post-Auftrag bemühte und damit eine direkte Konkurrentin um diesen Auftrag war. Selbst wenn Sunrise mit Swisscom um den besten Vorleistungsmix und allfällige Rabatte verhandelt hätte, war sie in der Preisgestaltung betreffend die erhebliche Menge an kommerziellen Vorleistungsprodukten, die sie von Swisscom zur Erfüllung des Post-Auftrags hätte beziehen müssen, nicht unabhängig.

7.6.3.3 Die von den Beschwerdeführerinnen schliesslich in ihren Eingaben vom 21. März 2018 und 11. Dezember 2020 erwähnte Neuvergabe der WAN-Anbindung der Poststandorte an Sunrise im Jahr 2017 sagt nichts aus über die Marktstellung von Swisscom im vorliegend relevanten Zeitraum. Aus dem Umstand der Neuvergabe lässt sich lediglich schliessen, dass sich Sunrise derart entwickelt hat, dass es ihr gelungen ist, sich in einem prestigeträchtigen Grossprojekt gegenüber Swisscom durchzusetzen.

7.6.3.4 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es Sunrise auf Grund der beträchtlichen Abhängigkeit von

Swisscom-Vorleistungen nicht möglich war, im Ausschreibungsverfahren der Post ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen (vgl. vorstehende E. 7.3) und damit einen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom auszuüben.

7.6.4 Feststellungen zu Upc Cablecom

7.6.4.1 Die Beschwerdeführerinnen begründen ihre Einschätzung, dass Upc Cablecom durchaus in der Lage gewesen sei, in der Ausschreibung der Post ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten, wie folgt: Bereits im Jahr 2000 habe Upc Cablecom im Rahmen eines Migrationsprojekts der Basler Versicherungen eine grosse Anzahl von Standorten in der ganzen Schweiz mit WAN-Diensten erschlossen. Daneben hätten weitere grosse Geschäftskunden ins Portfolio von Upc Cablecom gehört. Diese geniesse sogar einen Wettbewerbsvorteil, weil sie redundante Anbindungen mittels der eigenen Infrastruktur sowie auf der Basis von Vorleistungen von Swisscom anbieten könne. Sie verfüge über ein schweizweites Glasfasernetz, das den neuesten technologischen Anforderungen entspreche, und werbe auf ihrer Internetseite damit, dass ihr Netzwerk alle Zentren und Regionen der Schweiz abdecke. 95 % ihres Netzwerks bestünden aus Glasfasern und 85 % der Unternehmen in der Schweiz seien weniger als 500 Meter von ihrem Glasfasernetz entfernt. Vor diesem Hintergrund müsse davon ausgegangen werden, dass die Standorte der Post geringere Distanzen zum Netz von Upc Cablecom aufwiesen, da sie grösstenteils in Ballungszentren oder in bewohnten Gebieten lägen. Anhand einer Beispielrechnung zeigen die Beschwerdeführerinnen schliesslich auf, dass Upc Cablecom gemessen am Offertpreis von Swisscom eine Gewinnmarge von 10-15 % hätte realisieren können, wenn Upc Cablecom für den Auftrag der Post alle Poststandorte mit Glasfasern erschlossen hätte.

Die Vorinstanz hält dagegen, alleine schon durch das Bieterverhalten von Upc Cablecom gegenüber der Post zeige sich, dass durch deren Gebot keinerlei Wettbewerbsdruck auf die Preissetzungspolitik der Beschwerdeführerinnen ausgegangen sei. Auch die aufgeführte mögliche Berechnung der angeblichen Kosten von Upc Cablecom, die auf einer durchschnittlichen Distanz von 200 m zwischen den Poststandorten und dem Netz von Upc Cablecom basiere, sei willkürlich und daher nicht zielführend: Spätestens bei einer durchschnittlichen Leitungslänge von 267 m wäre ein solcher Ausbau in keinem Fall mehr kostendeckend. Wenn die Beschwerdeführerinnen darauf abstellten, dass Dritte gegebenenfalls technisch eine vergleichbare Dienstleistung selbst anbieten könnten, dies allerdings nur zu einem Preis, den die Post aufgrund ihrer Evaluationskriterien faktisch ausschliesse, dann gehe von solchen Angeboten offensichtlich kein wirksamer Wettbewerbsdruck aus. Es sei zudem eher unwahrscheinlich und nicht anzunehmen, dass Upc einen Angebotspreis offeriert habe, um den Zuschlag mit Sicherheit nicht zu bekommen, weil die Teilnahme an einer Ausschreibung hohe Kosten verursache und der Post-Auftrag ein Prestigeprojekt sei.

7.6.4.2 Cablecom war im massgeblichen Zeitpunkt, und ist es auch heute noch, das grösste Kabelnetzunternehmen der Schweiz und versorgt seine Kundinnen und

Kunden mit Angeboten in den Bereichen Kabelfernsehen, Breitband-Internet, Festnetz- und Mobiltelefonie. Per 31. Dezember 2008 zählte das Unternehmen über 1.5 Mio. Fernsehkunden, davon 347'000 im Digitalbereich sowie 486'000 Internet- (hispeed) und 309'000 Telefonie-Kunden (digital phone). Weiter bot Cablecom zu diesem Zeitpunkt

Sprach-, Daten- und Mehrwertdienste für Geschäftskunden an. Das eigene Netzwerk erschloss rund 1.9 Millionen Haushalte und versorgte alle grösseren Städte der Schweiz. Per Ende Dezember 2008 erzielte das Unternehmen mit rund 1'500 Mitarbeitenden einen Umsatz von über 1 Mrd. Schweizer Franken (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 30. März 2009 "Cablecom verbreitet SSF ab 1. Juli im analogen Kabelnetz"; Evaluation zum Fernmeldemarkt, a.a.O., S. 14; Gutachten der WEKO vom 3. September 2007, a.a.O., Rz. 47 f.).

Wie Cablecom in einer Medienmitteilung vom 10. September 2009 schreibt, bot sie zum damaligen Zeitpunkt kabelbasierte Kommunikationsdienste für Unternehmen, Institutionen und Verwaltungen "jeder Grösse" an. Als nationaler IP-Carrier mit landesweitem Glasfasernetz sei Cablecom in der Lage, Kundenstandorte in allen Regionen mit hochwertigen Daten- und Telefondiensten zu versorgen. Auf Wunsch würden auch Glasfaserleitungen zu den Firmenstandorten verlegt (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 10. September 2009 "Zum vierten Mal 'Bester Schweizer Corporate Network Carrier'").

7.6.4.3 Das von den Beschwerdeführerinnen genannte Vernetzungsprojekt der Upc Cablecom für die Basler Versicherungen im Jahr 2001 ist das grösste Projekt, welches die Upc Cablecom auf ihrer Website als Referenz angibt (vgl. <www.upc.ch/de/business/kunden/basler>, abgerufen am 26.06.2018). Die anderen aufgeführten "Grossunternehmen" haben lediglich einen Standort (z.B. Claraspital Basel) respektive eine (unbekannte) Standortzahl zwischen 10 und 100 (z.B. Schweizerisches Rotes Kreuz), wobei der Beginn der Zusammenarbeit mit Upc Cablecom nicht bekannt gegeben wird (vgl. <www.upc.ch/de/business/kunden>, zuletzt abgerufen am 26.06.2018).

In ihrer Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz (vgl. act. 14 der Vorinstanz) weisen die Beschwerdeführerinnen auf weitere Projekte hin, welche Upc Cablecom für sich habe entscheiden können. Dabei ging es um 19 WAN-Projekte für private Unternehmen, unter anderem die Helvetia Patria Versicherungen (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 2. August 2006 "Grossauftrag für Cablecom und Partner NextiraOne in Basel") und Würth Phoenix (Schweiz) AG (vgl. Business Facts, "Newcomer im Aufwind", 3/2006, act. 14 der Vorinstanz), welche über 2 bis 70 Standorte verfügen (vgl. Stellungnahme der Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 11 ff.). Zwei der weiter genannten Unternehmen (Pneu Egger mit 70 Standorten und Thurgauer Kantonalbank mit 30 Niederlassungen) sind nach wie vor auf der online abrufbaren Referenzliste von Upc (vgl. www.upc.ch/de/business/kunden, abgerufen am 26.06.2018) aufgeführt. Weitere konkrete, für die vorliegende Untersuchung relevante Vernetzungsprojekte bringen die Beschwerdeführerinnen nicht vor (vgl. Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 68 ff.).

In ihrem Gutachten vom 3. September 2007 betreffend schneller Bitstromzugang erklärte die Vorinstanz, dass Cablecom, welche wie andere Kabelnetzbetreiber nur in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten lokal aktiv sei, lediglich begrenzt Wettbewerbsdruck entwickeln könne (RPW 2008/1 S. 222 ff., Rz. 75). Auch ein Blick auf die Preise deutete nicht darauf hin, dass Swisscom durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSL-Anbieter diszipliniert werde. Denn die Preise im Endkundenmarkt seien seit 2004 gleichgeblieben; Swisscom und die Anbieter von Kabelinternet schienen sich über die Bandbreiten abzugrenzen, statt Wettbewerb über die Preise zu führen, weil sich ersteres weniger stark auf ihre Ergebnisse auswirke (vgl. RPW 2008/1 S. 222 ff., Rz. 83, Gutachten "Schneller Bitstrom"). Das Bundesverwaltungsgericht hatte keine Veranlassung, diese Einschätzung in Frage zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 10.4.1 ff., "Schneller Bitstrom").

7.6.4.4 Da Upc Cablecom zu den drei Unternehmen gehört, welche im Rahmen der Post-Ausschreibung ein Angebot eingereicht haben, ist zu untersuchen, ob es ihr möglich war, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen.

Im Jahr 2018 - und damit zehn Jahre nach dem hier massgeblichen Zeitraum - erreichte Upc Cablecom schweizweit 900 Gemeinden und versorgte so nach eigenen Angaben rund 70 % aller Schweizer Haushalte mit Fernsehen, Internet und Telefonie (vgl. Newsletter "Gemeinden@Upc" 1/2018 <www.Upc.ch/pdf/network-and-connection/de/Gemeinde-Newsletter-DE.pdf>, abgerufen am 05.07.2018). Damit erreichte Upc allerdings nicht einmal die Hälfte der (damals) 2222 Schweizer Gemeinden (vgl. <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/katalogedatenbanken/karten.assetdetail.4104233.html>, abgerufen am 05.07.2018). Demnach konnte Upc keine schweizweite lokale Versorgung anbieten. Im Jahr 2008 war Upc mit ihrer Kabelnetzinfrastruktur denn auch vor allem in den städtischen Gebieten präsent (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 24. Februar 2009 "Cablecom weiterhin auf Wachstumskurs").

Für die Anbindung von Poststellen in vor allem ländlichen Gebieten war Upc demnach auf Vorleistungsprodukte anderer Anbieter angewiesen, wenn sie auf die teure Verlegung von Glasfaserleitungen zu den Firmenstandorten verzichten wollte.

Angesichts dieser Ausgangslage war es für Upc vor allem hinsichtlich des Loses 2 offensichtlich schwierig, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen. Upc ist mit ihren Angeboten denn auch unterlegen.

Da Upc angesichts des damit verbundenen Ansehens ein grosses Interesse gehabt haben dürfte, in der Ausschreibung der Post den Zuschlag zu erhalten, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass Upc keinen absichtlich zu hohen Angebotspreis offeriert hat, um den Zuschlag mit Sicherheit nicht zu bekommen. Insofern erübrigt es sich auch, auf die Berechnungen der Beschwerdeführerinnen einzugehen, mit welchen sie belegen wollen, dass Upc günstiger hätte offerieren können.

7.6.4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es Upc zwar möglich war, vor allem in städtischen Gebieten einen gewissen Wettbewerbsdruck auf Swisscom aus-

zuüben. Angesichts der lückenhaften lokalen Abdeckung war Upc aber offenbar nicht in der Lage, insgesamt ein kompetitives Angebot abzugeben.

7.6.5 Feststellungen zur Post als Nachfragerin

7.6.5.1 Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die Post als einzige Nachfragerin auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend ihre Ausschreibung im Bereich WAN-Anbindung über eine ausserordentlich grosse Marktmacht verfüge. Dies zeige sich bereits darin, dass es der Post unbenommen gewesen sei, die Selektionskriterien festzulegen und dadurch nur FDA zur Offertstellung zuzulassen, welche diese Kriterien erfüllt hätten. Für die starke Stellung der Post spreche weiter, dass es sich bei dieser Ausschreibung um ein eigentliches Prestigeprojekt gehandelt habe. Entsprechend hätten sich die drei Konkurrentinnen einen besonders intensiven Wettbewerb geliefert. Die Post habe mit ihrer professionellen Einkaufsabteilung ihre Verhandlungsmacht gezielt ausgespielt; in dieser Situation habe Swisscom ihr Angebot um ca. [15-25] % senken müssen; kein marktbeherrschendes Unternehmen mache ein derartiges Preiszugeständnis.

Die Vorinstanz hält dagegen, es sei zwar anzunehmen, dass die Post durch eine geschickte Verhandlungstaktik die Beschwerdeführerinnen dazu hätte bewegen können, den Preis von ca. CHF [22-28] Mio. auf CHF 20.5 Mio. zu senken. Dies ändere aber nichts an der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerinnen in der Preissetzung im wesentlichen Umfang unabhängig hätten verhalten können.

7.6.5.2 Bei der öffentlichen Ausschreibung einer Leistung ergibt sich oft und typischerweise eine Situation von Marktmacht, bei welcher eine grössere Anzahl Anbieter einer geringen Zahl an Nachfragern oder einem Nachfragemonopol der ausschreibenden Behörde gegenübersteht. Die Ungleichgewichtssituation zwischen Anbietern und Nachfragerin ist hier jedoch systemimmanent und wird bei Beschaffungen der öffentlichen Hand durch deren Bindung an die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und die einzuhaltenden Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung weitgehend entschärft. Bei Verletzung dieser Garantien oder Grundsätze stehen die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Rechtsmittel und -behelfe zur Verfügung (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.2.4.1, "Strassenbeläge Tessin", mit Verweis auf HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, S. 287; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1178).

Dennoch birgt eine Submission auch Risiken für die Anbieter. Die Vergabestelle erhält durch die Angebote Informationen über den Markt und kann sich Transparenz verschaffen. Den Anbietern fehlen diese Vergleichsinformationen. Sie sind in ihren Wahl- und Ausweichmöglichkeiten eingeschränkt, weil sie weder die Preise noch die Lösung der Probleme mit anderen Anbietern vergleichen können. Bedenkt man, dass der Preis im Vergabeverfahren einen massgeblichen Faktor darstellt, wird ersichtlich, dass die Anbieter nach ihrer Einschätzung der Leistungsfähigkeit ihrer Mitanbieter unter Preisdruck stehen (vgl. Urteil des BVGer B-

420/2008 E. 9.2.4.1, "Strassenbeläge Tessin", mit Verweis auf CHRIST, a.a.O., Rz. 205, und HEITZ, a.a.O., S. 41 f.).

Den Beschwerdeführerinnen ist somit darin beizupflichten, dass die Vergabestelle bei einer Submission über eine gewisse Übermacht verfügt, da sie einen Auftrag zu vergeben hat, um den sich mehrere Bieter bemühen. Darum bestimmt sie wesentliche Bedingungen und hat es meist in der Hand, Risiken zu überwälzen und die Bieter bei Abgebotsrunden, d.h. Verhandlungen zwischen Vergabestelle und Anbieter über Preise und Preisnachlässe sowie über Änderungen des Leistungsinhalts, welche Auswirkungen auf den Preis haben, gegeneinander auszuspielen (vgl. CHRIST, a.a.O., Rz. 219).

7.6.5.3 Nach Art. 20 Abs. 1 Bst. a aBöB dürfen unter anderem dann Verhandlungen (z.B. über die Preise) geführt werden, wenn in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde. Dies hat die Post vorliegend getan, indem sie in Ziffer 4.3 der Ausschreibungspublikation bestimmte, Verhandlungen seien vorbehalten. Da die Post gestützt auf Art. 26 Abs. 5 aVöB den an den Verhandlungen beteiligten Anbieterinnen bis zum Zuschlag keine Informationen über Konkurrenzangebote abgeben durfte, waren die Beschwerdeführerinnen bis zum Zuschlag im Ungewissen, wie sehr sie der Post preislich entgegenkommen mussten, um den Zuschlag zu erhalten. Offenbar hat die Post diese Ungewissheit zu ihren Gunsten ausgenutzt und von den Beschwerdeführerinnen eine beträchtliche Preisreduktion von bis zu [15-25] % zugestanden bekommen. Dass in solchen Fällen sogar Preisnachlässe von über 30 % gewährt werden, zeigt ein anderer Fall, den das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen hatte (vgl. Urteil des BVGer B-5439/2015 vom 25. September 2017 E. 3.3.3 Beschaffung "Produktion Weichenheizungssteuerungen Hardware"). Gründe für die in der Offerte vorgenommenen wesentlichen Preissenkungen waren aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Akten nicht ersichtlich (vgl. E. 3.3.5 und 3.3.7). In jenem Fall war mit den Schweizerischen Bundesbahnen jedoch ebenfalls ein grosses Unternehmen wie die Post die ausschreibende Stelle.

Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen in den Verhandlungen mit der Post eine Preisreduktion vorgenommen haben, können die Beschwerdeführerinnen daher nicht ableiten, dass sie keine marktbeherrschende Stellung gehabt hätten, sondern lediglich, dass die Post ihre Verhandlungsmacht geschickt ausgenutzt hat. Dies dürfte bei grossen Unternehmen, die Ausschreibungen durchführen, nicht selten sein und muss von den Anbietern hingenommen werden, solange keine Hinweise auf ein missbräuchliches Verhalten oder auf die Verletzung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien und -grundsätze vorliegen (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.2.4.1, "Strassenbeläge Tessin").

7.6.6 Fazit zur Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post

Die namentlich durch Upc Cablecom und Sunrise ausgeübte Konkurrenz war somit im massgeblichen Zeitpunkt lediglich lokal beschränkt vorhanden. Demnach ist Swisscom auch auf dem Endkundenmarkt für Breit-

bandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung im massgeblichen Zeitraum als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

7.7 Fazit Marktstellung

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen verfügten die Beschwerdeführerinnen in den folgenden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG:

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten;
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich;
- Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung.

Swisscom wird nicht vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten missbraucht zu haben. Ihr Spielraum wäre aufgrund der fernmelderechtlichen Regulierung diesbezüglich ohnehin sehr stark eingeschränkt. Daher spielt dieser Markt bei der nachfolgenden Missbrauchsprüfung nur noch insofern eine Rolle, als Sunrise nebst den Produkten BBCS und CES aus dem "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" auch das Produkt TAL aus dem "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" und damit einen Vorleistungsmix aus zwei verschiedenen Märkten vorsieht.

8. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG

8.1 Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG

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).

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 (und diese Marktstellung mittels angemessener, d.h. leistungsbezogener Massnahmen zu bewahren). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 5 f.). Diese Verantwortung gilt, soweit Rechtsvorschriften noch Handlungsspielraum für selb-

ständige Verhaltensweisen einräumen, welche die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs ermöglichen (vgl. Urteil des BVer B-7633/2009 Rz. 461, "Preispolitik ADSL").

Das von Art. 7 KG verpönte missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle

oder potentielle Konkurrenten, aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch); durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 45 f.).

Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise den Begriffen Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL").

Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion

Zürich"; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 7, Rz. 9; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 638). Denn die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise. Ob unzulässiges Verhalten vorliegt, ist anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Unzulässiges Verhalten bedeutet, dass kein sachlicher Grund für die Benachteiligung, Ausbeutung oder die Behinderung besteht. Ein sachlicher Grund liegt vor, wenn das Unternehmen sein Verhalten auf kaufmännische Grundsätze stützen kann. Massstab für die Frage, ob es sich um ein zulässiges oder unzulässiges Verhalten handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz, mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden. Eine pauschale Aussage genügt nicht (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.4.2 a. E., "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL").

Im vorliegenden Fall wird den Beschwerdeführerinnen ihr Preisverhalten gegenüber der Marktgegenseite (Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post; nachfolgende E. 8.2), gegenüber der Konkurrenz (Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Sunrise; nachfolgende E. 8.3, und Preisdiskriminierung), sowie bezüglich Spreizung beider Seiten im Rahmen einer Ausschreibung (Kosten-Preis-Schere; nachfolgende E. 8.4), also Behinderung, Ausbeutung und eine Kombination von beidem, vorgeworfen.

8.2 Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG: Gegenüber der Post

8.2.1 Rechtliche Grundlagen

Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erlaubt eine Intervention durch die Wettbewerbsbehörden, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, das
- b) durch Erzwingung gegenüber der Marktgegenseite (d.h. dem Vertragspartner als Nachfrager)
- c) unangemessen hohe Preise erhebt (durchsetzen kann),
- d) ohne dass objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen (vgl. BVGE 2011/32 E. 12.1, "Terminierungspreise Mobilfunk"; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 292 ff.).

Soweit die von den Beschwerdeführerinnen genannten Interventionskriterien aus der wettbewerbsökonomischen Literatur (vgl. Beschwerde, Rz. 159, mit Verweis

auf: MASSIMO MOTTA/ALEXANDRE DE STREEL, Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law, 2003; LARS-HENDRIK RÖLLER, ESMT Business Brief, Exploitative Abuses, 2007) bei den vorgenannten Tatbestandselementen nach der schweizerischen Kartellrechtspraxis eine Rolle spielen, werden sie nachfolgend in die Prüfung einbezogen. Gemäss den Beschwerdeführerinnen wird dort namentlich verlangt, dass bedeutende Markteintrittschancen bestehen, der Markt wahrscheinlich nicht selber eine Korrektur bewirkt, keine strukturellen Auflagen verfügbar sind, weder eine Regulierung noch ein Regulierungsversagen besteht und die Marktbeherrschung die Folge von unzulässigem Verhalten ist.

Das Merkmal des "Erzwingens" ist unter Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG selbständig zu prüfen und ergibt sich nicht bereits aus der marktbeherrschenden Stellung (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 181 ff.) spielen subjektive Tatbestandselemente beim marktbeherrschenden Unternehmen keine Rolle (vgl. Urteil des BVer B-831/2011 Rz. 1130, "Six Group"), zudem wird bei der Marktgegenseite keine eigentliche Notlage vorausgesetzt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.5, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Ein Zwang liegt in der Regel vor, wenn für die betroffene Marktgegenseite keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zu den Produkten oder Dienstleistungen bestehen, die unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen unterliegen (vgl. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rz. 2.668 f.). Teilweise wird gefordert, dass nur marktbezogene Ausweichmöglichkeiten für die Beurteilung einer Erzwingung in Betracht fallen. Andere, z.B. rechtliche Ausweichmöglichkeiten (Rechtsbehelfe), stünden den Marktteilnehmern üblicherweise nicht unmittelbar als angebots- und nachfragegesteuerte Transaktionsmöglichkeiten zur Verfügung (vgl. etwa: VLCEK, a.a.O., Rz. 469 und 473; implizit auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.669, welche zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu "Produkten und Dienstleistungen" nennen). Indessen lässt das Bundesgericht auch rechtliche Ausweichmöglichkeiten wie das fernmelderechtliche Interkonkonnktionsverfahren (nach aArt. 11 Abs. 3 FMG [AS 1997 2187]) genügen (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4, "Terminierungspreise Mobilfunk").

Preise sind unangemessen, wenn sie offensichtlich missbräuchlich sind, nämlich in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen (vgl. LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz. 731; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662). Ziel der Missbrauchskontrolle ist der Schutz des Wettbewerbs, nicht der Schutz einzelner Unternehmen, welche sich selbstverschuldet von einem marktbeherrschenden Unternehmen übervorteilen lassen (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 1679; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662). Wo Preise nicht mehr das Resultat des Prozesses von Angebot und Nachfrage sind und damit den Wettbewerb beeinträchtigen, setzt Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ein (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 1679).

Ein "gerechter" Preis wird von einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht verlangt (vgl. etwa BVGE 2011/32 E. 11.3.1.2 "Terminierungspreise Mobilfunk", mit weiteren Hinweisen; DUCREY, a.a.O., Rz. 1679; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 71). Bei der Frage, ob die Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren sind, kommen die entscheidenden Behörden jedoch nicht umhin, die beanstandeten Preise anhand von Preisanalysemethoden (vgl. nachstehend) auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen.

Es gibt kein allgemein anerkanntes Kriterium, wonach sich die Angemessenheit eines Preises bestimmen lässt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 312). Nach der bundesrätlichen Botschaft sind für die Frage der Unangemessenheit die Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners und allfällige Behinderungswirkungen zu Lasten dritter Unternehmen zu berücksichtigen (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468 ff., S. 573). Parallel dazu kann auch gefragt werden, ob Preise oder Geschäftsbedingungen in einem vernünftigen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der vom marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung stehen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 171); das Problem besteht indessen darin, den wirtschaftlichen Wert eines Gutes festzulegen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 298 und 300, mit weiteren Hinweisen). Angesichts dieser Schwierigkeit und weil zusätzlich die schädlichen Wirkungen auf die betroffenen Märkte zu prüfen sind (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.660), kann nicht nur das Preis-Leistungs-Verhältnis bewertet werden.

Die Praxis stützt sich zur Beurteilung der (Un-)Angemessenheit von Preisen oft auf die Elemente des Preisüberwachungsgesetzes. Das PüG dient im Unterschied zu den kartellgesetzlichen Bestimmungen nicht der Gewährleistung des funktionierenden Wettbewerbs, sondern einzig der Preisregulierung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 13; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 366). Nach dem praxismässig analog anwendbaren Art. 13 PüG (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 301; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.677) sind für die Beurteilung von Preisen insbesondere die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten, die Notwendigkeit der Erzielung eines angemessenen Gewinns, die Kostenentwicklung sowie besondere Unternehmensleistungen und Marktverhältnisse zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 1 PüG). Aus diesen Kriterien entwickelten Lehre und Rechtsprechung folgende Methoden zur Beurteilung der Preisangemessenheit (vgl. dazu etwa: AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 302 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 380 ff.; VLCEK, a.a.O., Rz. 154; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.678; WEBER, Preisüberwachungsgesetz, a.a.O., Art. 13 Rz. 16 ff.):

- Als-ob-Methode: Welcher hypothetische Preis würde resultieren, wenn im relevanten Markt tatsächlich wirksamer Wettbewerb bestehen würde?

- Vergleichsmarktkonzept: Welche Preise gälten auf einem vergleichbaren Markt? Dabei wird zwischen einem räumlichen, einem sachlichen und einem zeitlichen Vergleichsmarktkonzept unterschieden;
- Kostenmethode: Wie verhalten sich die Gestehungskosten eines Gutes (unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge) im Verhältnis zum Verkaufspreis?

Der von den Beschwerdeführerinnen geforderte zweigliedrige Test (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 167) ist vom EuGH im Urteil *United Brands* entwickelt worden und entspricht im ersten Teil der Kostenmethode gemäss schweizerischer Praxis (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 306 f.).

Schliesslich ist festzuhalten, dass auch ohne Behinderung von Konkurrentinnen, namentlich wenn ein Unternehmen der Marktgegenseite benachteiligt wird, Preise u.U. als unangemessen vom KG erfasst werden. Das Gegenteil ergibt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen weder aus der Lehre (vgl. etwa BORER, a.a.O., Art. 7 Rz. 19; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 69; DANIEL LENGAUER /LEA RUCKSTUHL, Compliance, Zürich 2017, Rz. 289; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 364) noch aus der Praxis (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 439 "Preispolitik ADSL"; BVGE 2011/32 E. 11.1.2, "Terminierungspreise Mobilfunk").

8.2.2 Vorgebrachte Argumente

Die Vorinstanz argumentiert, der von Swisscom geforderte Preis sei unangemessen. Wenn man auf Seiten der Swisscom von internen Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] ausgehe und eine Gewinnmarge von [...] % dazuschlage, erhöhe sich der rechnerische Preis auf CHF [9'000'000-12'000'000]. Der Zuschlagspreis (CHF 20'462'272) sei damit ca. doppelt so hoch, d.h. CHF [8'500'000-11'500'000] höher als der rechnerische Preis (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 449). Die Post habe keine Ausweichmöglichkeiten gehabt, um den Preisforderungen von Swisscom zu entgehen. Ihr seien neben denjenigen FDA, die eine Offerte eingereicht hätten, keine Alternativen zur Verfügung gestanden; stattdessen hätte sie ein noch teureres Angebot akzeptieren oder auf eine WAN-Anbindung ihrer Standorte verzichten müssen.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen liegt kein Missverhältnis zwischen Kosten und Preis vor. Denn wenn auf die vom BAKOM als Fachbehörde angegebenen Parameter abgestellt werde, ergäben sich interne Kosten von Swisscom von CHF [12'000'000-14'000'000]. Addiere man wie die Vorinstanz eine Gewinnmarge von [...] %, resultiere ein Preis von CHF [14'000'000-16'000'000]. Bei einem Endkundenpreis von CHF 20.5 Mio. liege offensichtlich kein Missverhältnis zwischen Kosten und Preis vor (vgl. Beschwerde, Rz. 166). Zudem argumentieren die Beschwerdeführerinnen, die Post habe unter den drei von ihr gewünschten Angeboten die Auswahl gehabt. Dass sie nicht auf Angebote habe ausweichen können, die sie zufolge ihres Ausschreibungsdesigns gar nicht gewünscht habe, lasse keinen Schluss auf die Erzwingung eines Preises durch die Swisscom zu. Die Post hätte auch die Möglichkeit

gehabt, sich an den Preisüberwacher zu wenden oder die Ausschreibung abubrechen und den Auftrag erneut auszuschreiben, was sie im nachfolgenden Vergabeverfahren betreffend WAN-Anbindung ihrer Standorte im Jahr 2014 getan habe. Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die Post habe den auf 2009-2013 befristeten Vertrag mit Swisscom betreffend die WAN-Anbindung ihrer Poststellen freiwillig um ein Jahr verlängert.

8.2.3 Beweiswürdigung

Zur Prüfung des von den Beschwerdeführerinnen geforderten Preises zog die Vorinstanz die Kostenmethode der Vergleichsmarktmethode vor; die Als-ob-Methode erwähnte sie nicht explizit. Sie erklärte dieses Vorgehen damit, dass kein Vergleichsmarkt ersichtlich sei. Aufgrund der Schwierigkeit bei der Als-ob-Methode, einen Markt mit ausreichend ähnlichen Rahmenbedingungen zu finden (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.678), hat die Vorinstanz zu Recht auf die Kostenmethode und damit auf die bei Swisscom anfallenden Kosten abgestellt (vgl. auch BGE 130 II 449 E. 6.5 betreffend Herabsetzung missbräuchlich hoher Abonnementspreise für die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen über Kabelnetz).

In der Zwischenzeit, d.h. im Januar 2017, fand zwar eine Submission durch die Post statt, in welcher wiederum "WAN-Services" ausgeschrieben wurden (vgl. <www.simap.ch> [Projekt Nr. 143049]). Indessen dürfte der mit jener Ausschreibung generierte Submissionsmarkt nicht mit dem vorliegenden Markt vergleichbar sein, da sich namentlich bei den Zugangsmöglichkeiten zu den Serviceleistungen die Bedingungen geändert haben, wie sich aus Ziffer 2.5 ("Detaillierter Aufgabenbeschrieb") der Ausschreibung ergibt:

"Der Beschaffungsgegenstand enthält keine Zusicherung bezüglich Anzahl der Standorte. Dieser Umstand beruht auf den durch die Post kommunizierten Veränderungen der Zugangsmöglichkeiten zu den Serviceleistungen (Standorte, Filialen, Agenturen, mypost24, etc.). Bei den Mengenangaben (...) handelt es sich darum lediglich um Richtwerte nach aktuellem Stand, auf deren Basis die Anbieter ihre Offerten ausarbeiten sollen. Im Übrigen nehmen die Anbieter zur Kenntnis, dass die Standortlisten ständigen Änderungen unterliegen. Es wird daher zwischen dem Zeitpunkt der Abgabe des Pflichtenheftes und dem Vertragsabschluss mit dem berücksichtigten Anbieter, aber auch während der künftigen Vertragsdauer, zu Änderungen der Standorte kommen."

Die Beschwerdeführerinnen machen zwar geltend, dass "im europäischen Ausland" Vergleichspreise für die Vorleistungsprodukte CES und BBCS existierten (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 163). Sie substantiierten indessen nicht, welcher ausländische Vergleichsmarkt aufgrund der Grösse, Einwohnerzahl, Topographie und anderen Parametern konkret für einen Vergleich in Frage gekommen wäre, weshalb auf diese Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht weiter einzugehen ist.

Im Zusammenhang mit der Berechnung der internen Kosten von Swisscom, welche bei der Erbringung der

WAN-Dienstleistungen für die Post angefallen sind, geht die Vorinstanz davon aus, dass Swisscom alle Anschlusszentralen entbündelt hat. Demnach könne sie alle Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von weniger als 2 Mbit/s mit der TAL anbinden. Die Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von mehr als 2 Mbit/s liessen sich mit CES erschliessen. Auf dieser Grundlage hat die Vorinstanz errechnet, dass 2'196 Standorte mit der TAL und 109 Standorte mit CES bei internen Kosten von CHF [5'000'000-10'000'000] respektive CHF [8'000'000-10'000'000] (interne Kosten inklusive zusätzlicher Eigenleistungen) erschlossen werden könnten (Szenario "TAL bis 2 Mbit/s"; vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 173, 186 und 449).

Diesbezüglich bemängeln die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz hätte keine eigenen Kostenberechnungen durchführen, sondern auf die tatsächlichen Kosten von Swisscom abstellen sollen. Zwar habe Swisscom gegenüber der Vorinstanz erklärt, sie erstelle bei Standardprodukten regelmässig keine Projektabrechnung. Von Kosten sei aber keine Rede gewesen; die Vorinstanz hätte aufgrund der Wichtigkeit der Frage eine explizite Frage zu den Kosten stellen müssen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 154 ff.). Erstellt ist Folgendes: Mit Fragebogen vom 3. Juli 2012 forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen auf, "eine Projektabrechnung des von der Post am 21. April 2008 ausgeschrieben Projektes für die Jahre 2008, 2009, 2010 und 2011" einzureichen (act. 62, Frage 3). Die diesbezügliche Antwort der Beschwerdeführerinnen vom 26. Juli 2012 lautete (act. 65, S. 4):

"Bei den für die Erfüllung des Vertrages mit der Post eingesetzten Produkten und Diensten handelt es sich um Standardprodukte des LAN-Interconnect Services. Bei Standardprodukten erstellt Swisscom aber regelmässig keine Projektabrechnung. Deshalb existiert auch im vorliegenden Fall keine Projekt-abrechnung."

Angesichts dieser klaren Antwort bestand für die Vorinstanz offensichtlich kein Anlass nachzuhaken. Wenn den Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht klar gewesen wäre, was die Vorinstanz unter "Projektabrechnung" versteht, hätte sie bei ihr nachfragen (vgl. den entsprechenden Hinweis im Begleitschreiben zum Fragebogen, act. 62, S. 2) oder Fachliteratur beiziehen können. Diese erwähnt namentlich die Kostenbezogenheit von Projektabrechnungen (vgl. etwa: DREWS/HILLEBRAND ET AL., Praxishandbuch Projektmanagement, Freiburg 2014, S. 542; KURT VIKAS, Neue Konzepte für das Kostenmanagement, Wiesbaden 2013, S. 32). Aufgrund der Antwort der Beschwerdeführerinnen, im konkreten Fall keine Projektabrechnung erstellt zu haben, durfte die Vorinstanz somit davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerinnen ihre internen Kosten für das Post-Projekt nicht kennen, was sie zu Recht dazu veranlasste, eigene Kostenberechnungen anzustellen. Daran ändert nichts, dass das Sekretariat die Antwort in ihrem Antrag leicht verzerrt mit "(...) ist es daher nicht möglich, eine Projektkostenabrechnung zu erstellen" wiedergab (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020 Rz. 281, mit Verweis auf Antrag des Sekretariats vom 19. Dezember 2014, Rz. 330 [act. 138]).

Für die konkreten Berechnungen verweist die Vorinstanz auf Anhang 1 (vgl. Verfügung, Rz. 173); in Anhang 6 finden sich zudem Erläuterungen zu den Berechnungen. Inwiefern diese Berechnungen die von den Beschwerdeführerinnen genannten hohen Anforderungen an den Nachweis der Kosten nicht erfüllen, substantiieren sie nicht (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 150).

Die Beschwerdeführerinnen gehen ihrerseits davon aus, lediglich 2'064 Standorte könnten mit der TAL und 241 mit CES erschlossen werden, was zu höheren internen Kosten (CHF [10'000'000-12'000'000] resp. CHF [12'000'000-14'000'000] inklusive zusätzlicher Eigenleistungen) und damit zu einem höheren rechnerischen Preis (CHF [14'000'000-16'000'000] inkl. Marge von [...]%) führe. Die niedrigere Anzahl von mit TAL erschliessbaren Standorten erklären die Beschwerdeführerinnen mit dem physikalischen Zusammenspiel von erzielter Übertragungsrate und der Entfernung, welches die Vorinstanz im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" nicht berücksichtigt habe.

Wie sich aus den Ausführungen der Vorinstanz zum Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" ergibt, hat sie lediglich Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von mehr als 2 Mbit/s für die Erschliessung mit CES berücksichtigt, nicht aber zusätzlich die Standorte, für welche eine Erschliessung mit TAL wegen der zu grossen Entfernung zur nächsten Anschlusszentrale nicht möglich ist. Dieser Aspekt ist wesentlich, da sich die Leitungsdämpfung sowohl mit steigender Frequenz als auch mit zunehmender Entfernung erhöht, die Datenrate also im Verhältnis zur Länge der Leitung verringert wird (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 163). Das BAKOM, auf welches sich die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang stützen, geht davon aus, dass bei einer Leitungslänge von 1800 Metern eine Übertragungsrate von 1.8 Mbit/s, bei einer Leitungslänge von 2500 Metern 1.2 Mbit/s und bei einer Leitungslänge von 2700 Metern noch 1 Mbit/s möglich seien (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 178).

Auf Grund dieser physikalischen Einschränkungen ist mit den Beschwerdeführerinnen davon auszugehen, dass die Anzahl der Poststandorte, die mit TAL erschlossen werden können, wahrscheinlich geringer ist, als im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" angenommen wurde. Die genaue Anzahl kann zum heutigen Zeitpunkt aber nicht mehr berechnet werden. Zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen ist deshalb in der Folge das Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" anzupassen. Bei diesem korrigierten Szenario liegen die rechnerischen Preise bei CHF [14'000'000-16'000'000] (vgl. Beschwerde, Rz. 63 und 165). Von diesen Werten ist auszugehen, wenn auf die hypothetischen internen Kosten von Swisscom zur Realisierung des Post-Auftrags abgestellt wird.

In diesen Beträgen ist bereits eine rechnerische Marge von [...] % enthalten. Die effektiven internen Kosten von Swisscom belaufen sich somit auf [...] % dieser Beträge, d.h. auf CHF [12'000'000-14'000'000]. Sie liegen um CHF [8'500'000-6'500'000] unter dem von den Beschwerdeführerinnen gegenüber der Post offerierten Preis von CHF 20'462'272. Damit verbliebe den Beschwerdeführerinnen eine Gewinnmarge von [25-45] %.

8.2.4 Rechtliche Würdigung

Von einer aussergewöhnlich hohen Gewinnmarge darf nicht ohne weitere Prüfung auf die Unangemessenheit des Preises geschlossen werden; vielmehr ist auf die konkreten Umstände abzustellen. Denn es ist durchaus möglich, dass auch bei funktionierendem Wettbewerb über eine gewisse Zeit hohe Margen erzielt werden können, beispielsweise im Falle der Ausnützung eines besonderen Know-hows, einer neuen Produktionstechnologie oder einer patentierten Herstellungsmethode (vgl. ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996-1997, Art. 7, Rz. 116). Auch wenn ein Unternehmen über ein einzigartiges Produkt verfügt, sollte es ihm erlaubt sein, dafür einen Preis mit einer überdurchschnittlichen Gewinnmarge zu verlangen, weil dadurch Innovation gefördert wird (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.675).

Im vorliegenden Fall sind aber weder derartige besondere Umstände ersichtlich, noch wurden solche von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht. Der von den Beschwerdeführerinnen offerierte Preis mit einer Gewinnmarge von [25-45] % liegt weit über den vorne festgestellten effektiven Kosten (vgl. auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.691, mit Verweis auf RPW 2007/2 174 ff., Rz. 82, "elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen"). Damit kann er nicht mehr als Ausdruck von Leistungswettbewerb angesehen werden; vielmehr ist er als offensichtlich unangemessen zu qualifizieren.

Fraglich ist, ob die Post diesem unangemessenen Preis durch eine Meldung an den Preisüberwacher hätte ausweichen können: Eine Meldung gemäss Art. 7 PüG führt indessen nicht zwangsläufig zu einem Verfahren nach PüG (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 30. Mai 1984 zu einem Preisüberwachungsgesetz, BBl 1984 II 755 ff., S. 785; JACQUES BONVIN/OLIVIER SCHALLER, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire romand, Droit de la concurrence [CR Concurrence], 2. Aufl. 2013 Art. 7 PüG, Rz. 13). Einerseits handelt es sich nicht um eine Verfahrenseinleitung im verwaltungsrechtlichen Sinn. So kann der Preisüberwacher dem Meldenden erklären, dass die Angelegenheit wegen fehlender Voraussetzungen (Preisfestsetzung durch ein marktmächtiges Unternehmen, Missbräuchlichkeit der Preisfestsetzung) nicht weiterverfolgt wird. Andererseits ist der Preisüberwacher gesetzlich nicht verpflichtet, eine Abklärung (nach Art. 8 PüG) durchzuführen. In seinem Entscheidungsermessen hat er Prioritäten zu setzen und die wichtigsten Fälle genauer abzuklären (vgl. BONVIN/SCHALLER, CR Concurrence, Art. 7 PüG, Rz. 14 ff.; ADRIAN KÜNZLER/ROGER ZÄCH, in: Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 7 PüG, Rz. 4 f.). Zudem stellt eine Abklärung im Sinne von Art. 8 PüG in der Regel zunächst ein formloses Verfahren dar, an welches sich nicht zwangsläufig ein Entscheid des Preisüberwachers anschliesst. Erhärtet sich der Anfangsverdacht nicht, wird die Abklärung eingestellt. Bestätigt er sich, strebt der Preisüberwacher zunächst eine (formlose) einvernehmliche Regelung an (Art. 9 PüG). Erst wenn das Bemühen um eine einvernehmliche Regelung scheitert, wird ein formelles Verfahren gemäss VwVG eröffnet, dessen Abschluss in einen Entscheid (Art. 10 PüG) mündet (vgl. KÜNZLER/ZÄCH, a.a.O., Art. 8 PüG, Rz. 1; BON-

VIN/SCHALLER, CR Concurrence, Art. 8 PüG, Rz. 33 ff.). Das Mittel der Verfügung dient darum faktisch eher als "Drohinstrument": So wurde beispielsweise von den zwölf im Jahre 2001 behandelten Hauptdossiers des Preisüberwachers nur ein Fall mit Verfügung abgeschlossen; in den Jahren 2002 bis 2005 wurde gar keine Verfügung erlassen (vgl. KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl. 2006, §13, Rz. 139). Wie sich den Jahresberichten des Preisüberwachers von 2006 bis 2019 (vgl. <https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/dokumentation/publikationen/jahresberichte.html>) entnehmen lässt, änderte sich auch in den letzten Jahren nichts an dieser Situation. Selbst wenn der Preisüberwacher einen missbräuchlich hohen Preis feststellt, müssen die betroffene Person respektive das betroffene Unternehmen den weiten Weg der Zivilgerichtsbarkeit einschlagen, um den bezahlten Betrag teilweise zurückzufordern. Von missbräuchlichen Preisen Betroffenen steht nur ein (zivilrechtlicher) Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 OR infolge (Teil-)Nichtigkeit zu, wobei dem Entscheid des Preisüberwachers im zivilrechtlichen Verfahren mindestens indizierender Charakter zukommt (vgl. KÜNZLER/ZÄCH, a.a.O., Art. 1 PüG, Rz. 9, und Art. 10, Rz. 6). Deshalb kann das Verfahren vor dem Preisüberwacher - anders als etwa das Interkonnectionsverfahren nach Art. 11a FMG - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht als zumutbare Ausweichmöglichkeit für die Post qualifiziert werden.

Des Weiteren sind submissionsrechtliche Ausweichmöglichkeiten zu prüfen. Da die Post für ihre Ausschreibung das selektive Verfahren gewählt hatte, war ihre Auswahl auf präqualifizierte FDA beschränkt. Gleichzeitig hatte sie keine Möglichkeit, auf das Angebot der Mitbieterinnen Sunrise und Upc Cablecom auszuweichen, da Swisscom das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hatte (vgl. Ziff. 191 ff. der angefochtenen Verfügung). Aufgrund dieses Evaluationsergebnisses musste sie ihr vielmehr den Zuschlag erteilen (Art. 21 Abs. 1 aBöB). Der aufgrund des Zuschlags abgeschlossene Vertrag zwischen der Post und Swisscom verpflichtete die Post, den durch den Zuschlag festgelegten Preis einschliesslich der überhöhten Gewinnmarge zu bezahlen. Somit war es Swisscom möglich, indirekt - nämlich mithilfe der submissionsrechtlichen Vorgaben - bei der Post Zwang auszuüben und von ihr einen unangemessenen Preis zu fordern. Die Post begab sich zwar mit der Ausschreibung selbst in eine Zwangslage, aber es lag an der mitbietenden Swisscom, ihre Verantwortung als marktbeherrschendes Unternehmen wahrzunehmen und diese Zwangslage bei der Preisbildung nicht auszunutzen.

Swisscom kann sich auch nicht mit der Möglichkeit eines Abbruchs des Vergabeverfahrens entlasten. Ein (definitiver) Abbruch wäre, da den Anforderungen genügende Angebote vorlagen (Art. 30 Abs. 2 Bst. a aVöB), nur möglich gewesen, wenn die Post ihr WAN-Projekt hätte aufgeben wollen (Art. 30 Abs. 1 aVöB) oder aufgrund der Änderung von technischen Rahmenbedingungen oder des Wegfalls von Wettbewerbsverzerrungen güns-

tigere Angebote zu erwarten gewesen wären (Art. 30 Abs. 2 Bst. b aVöB). Dass eine dieser Bedingungen erfüllt gewesen sei, machen die Beschwerdeführerinnen zurecht nicht geltend.

Der Umstand, dass die Post den auf 2009-2013 befristeten Vertrag mit Swisscom um ein Jahr verlängert hat, spricht weder für noch gegen ein Erzwingen durch Swisscom. Vielerlei Gründe, unter anderem technische, können die Post bewogen haben, von der Verlängerungsoption Gebrauch zu machen, selbst wenn die Marktbeherrschung und ein erzwungener Preis dadurch weiterbestanden hätten. Nicht ausgeschlossen ist auch, dass die Post Sunrise mit der Vertragsverlängerung Zeit geben wollte, weitere Anschlusszentralen zu entbündeln, um für einen Folgeauftrag günstiger offerieren zu können. So war es denn auch Sunrise, welche am 20. September 2017 (im offenen Verfahren) den Zuschlag für den Folgeauftrag zu einem Preis von CHF 15'903'443 bekommen hat (vgl. Publikationen unter www.simap.ch, Projekt-Nr. 143049).

Auch die Tatsache, dass die Post im Rahmen der Offertverhandlungen den von den Beschwerdeführerinnen ursprünglich offerierten Preis um ca. [15-25] % herunterhandeln konnte, spricht nicht für oder gegen ein Erzwingen, solange nicht bekannt ist, welcher Spielraum den Beschwerdeführerinnen - dank eines allfälligen Erzwingens - in diesen Verhandlungen zur Verfügung stand.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen gegenüber der Post unangemessene Preise erzwungen und sie dadurch gleichzeitig (vgl. BVGE 2011/32 E. 11.3.1, "Terminierungspreise Mobilfunk") benachteiligt haben (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

8.3 Erzwingung unangemessener Preise: Gegenüber Sunrise

8.3.1 Vorgebrachte Argumente

In der angefochtenen Verfügung erklärte die Vorinstanz, der von Sunrise für die Realisierung des Projekts WAN-Anbindung zu bezahlende Vorleistungspreis sei aufgrund der Preispolitik von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte überhöht gewesen. Da für Sunrise hinsichtlich der kommerziellen Vorleistungsprodukte weder Ausweichmöglichkeiten noch Rechtsmittel bestanden hätten, um sich dagegen wehren zu können, sei Sunrise der Preissetzungspolitik von Swisscom sowohl für die nachgefragten kommerziellen Vorleistungsprodukte als auch für das Gesamtpaket im Rahmen der Ausschreibung der Post ausgeliefert gewesen und habe dem damit von Swisscom aufgebauten Druck nichts entgegensetzen können.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass die kommerziellen Vorleistungspreise als unangemessen zu qualifizieren seien. Zudem seien diese Vorleistungspreise nicht erzwungen worden, denn es bestünden Ausweichmöglichkeiten (Verlegung weiterer Glasfasern in die Kabelkanalisationen von Swisscom, Nutzung der Mietleitungen von Swisscom und anderer FDA, Einsetzung der bereits bestehenden eigenen Infrastruktur).

8.3.2 Beweiswürdigung

8.3.2.1 Prüfung der Ausweichmöglichkeiten

a) TAL

Nach Auffassung der Vorinstanz hat eine Auswahlmöglichkeit nur hinsichtlich der Poststandorte bestanden, welche Sunrise mittels der regulierten TAL hätte erschliessen können. Für diese Poststandorte geht die Vorinstanz davon aus, dass nicht von einer Erzwingung unangemessener Preise auszugehen sei, da die TAL-Preise um ein Vielfaches günstiger als die kommerziellen Preise sind (vgl. die Übersicht in Tabelle 31 der angefochtenen Verfügung) und auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese Preise als unangemessen zu werten sind.

Die Erschliessung von Poststandorten mittels TAL ist angesichts der vergleichsweise günstigen TAL-Preise eine valable Ausweichmöglichkeit, auf welche eine FDA aus kommerziellen Gründen nicht verzichten wird, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Die FDA muss die Anschlusszentrale von Swisscom, ab der sie TAL nutzen will, entbündelt haben.
- Es muss sich angesichts der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Kupferkabels um Poststellen mit einer Breitbandanforderung von weniger als 2 Mbit/s handeln (je nach Leitungslänge noch deutlich weniger).

b) **Eigenbau, Entbündelung weiterer Anschlusszentralen oder Einkauf anderer Swisscom-Vorleistungsprodukte**

Der Aufbau einer zu Swisscom parallelen Infrastruktur durch Sunrise wäre angesichts der Höhe der damit verbundenen Kosten keine valable Alternative gewesen (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, E. 2.1.1 [Vorakten act. 158]).

Sunrise hätte grundsätzlich auch die Möglichkeit gehabt, weitere Swisscom-Anschlusszentralen zu entbündeln und so für die Erschliessung mittels TAL verfügbar zu machen. In Anbetracht der hohen Investitionskosten ([CHF 100'000 bis CHF 200'000]) ist diese Möglichkeit indessen aus wirtschaftlicher Sicht nur bei einer genügenden Anzahl Endkunden sinnvoll. In ländlichen Gebieten mit einer geringeren Anzahl von Endkunden pro Anschlusszentrale lohnt sich eine Entbündelung weniger als in städtischen Gebieten mit einer grösseren Anzahl von Endkunden pro Anschlusszentrale. Da der grösste Teil der anzubindenden Poststandorte in ländlichen Gebieten lag (Los 2 der Ausschreibung), wäre die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen durch Sunrise ökonomisch gesehen unverhältnismässig gewesen, um die Ausschreibung zu erfüllen. Davon geht auch das BAKOM aus (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, E. 2.1.1 [Vorakten act. 158]). Demnach hat es die Vorinstanz zu Recht abgelehnt, die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen als Ausweichmöglichkeit zu qualifizieren. Dies gilt auch für Mietleitungen von Swisscom. Diesbezüglich führten die Beschwerdeführerinnen selbst aus, dass Mietleitungen kein optimales Kosten-/Nutzenverhältnis hätten, da sie für diesen Verwendungszweck eigentlich eine zu hohe Qualität auf-

wiesen und damit zu teuer seien (vgl. Stellungnahme Swisscom vom 22. September 2010, S. 8 [act. 50]).

c) **Produkte anderer Anbieter**

Bei der Abklärung der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gekommen, dass Swisscom die einzige FDA ist, welche schweizweit Wholesale-Produkte auf dem Geschäftskundenmarkt für Breitbandanbindungen angeboten hat (vgl. vorne, E. 7.5). Soweit andere FDA derartige Produkte anboten, standen diese nicht für das ganze Gebiet der Schweiz, sondern lediglich lokal zur Verfügung.

Der Umstand, dass es schweizweit keine anderen FDA gab, welche alternative Wholesale-Produkte angeboten haben, verunmöglichte es Sunrise, für ein schweizweites Projekt wie das Post-WAN-Projekt auf andere Anbieter auszuweichen (vgl. auch Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Rz. 28 ff.). Selbst für Gebiete, wo Angebote anderer FDA zur Verfügung standen, blieb angesichts der Uneinheitlichkeit und aufwändigeren Koordination dieser Angebote ein Druck auf Sunrise bestehen, bei Swisscom kommerzielle Vorleistungsprodukte zur Realisierung des Post-WAN-Projekts einzukaufen.

8.3.2.2 Prüfung des Verhaltens von Swisscom

Des Weiteren ist der Umstand zu prüfen, dass Swisscom vor dem von der Post festgesetzten Abgabetermin für die Offerten (25. August 2008) sowie während der Zeit der Verhandlungsrunden aktiv auf Sunrise zugegangen ist und mit ihr verhandelt hat.

Diesbezüglich führen die Beschwerdeführerinnen aus, zwar seien die TAL- und BBCS-Preise nicht verhandelbar. Bei den kommerziellen Vorleistungen CES, COS und CLn seien die Preise aber von der Anzahl bezogener Leistungen und von der Dauer abhängig. Wenn es um ein Projekt wie z.B. den Auftrag der Post gehe, beschränke sich kein Kunde darauf, im Wholesale-Portal die Listenpreise abzufragen, sondern es fänden auf Ersuchen des Kunden technische und kommerzielle Verhandlungen mit der Wholesale-Abteilung von Swisscom statt. Der schliesslich zu bezahlende Preis ergebe sich aus diesen Verhandlungen. Sunrise habe jedoch nicht rechtzeitig eine professionelle Offerte verlangt und auf die erforderlichen technischen und kommerziellen Verhandlungen verzichtet (vgl. Replik, Rz. 88 ff.).

Aus den Akten ergibt sich, dass Sunrise zunächst ohne Angabe des betroffenen Projekts oder des betroffenen Kunden bei Swisscom Wholesale um Offerten für einzelne Leitungen auf Basis der Swisscom-Vorleistungsprodukte CLn und COS ersucht hat (vgl. E-Mail vom 17. September 2008, Beilage 8 zu act. 14; Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 34). Basierend auf diesen Offerten und der BBCS-Preisliste von Swisscom Wholesale hat Sunrise in der Folge "im Juli 2008" ein erstes Angebot im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post eingereicht (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 34). Wie Sunrise in ihrer Anzeige selbst schreibt, nahm Swisscom in der Folge mit Sunrise Kontakt auf und empfahl Sunrise, bei ihr ein neues Wholesale-Angebot für die zu erschliessenden Poststellen zu verlangen, welches nicht auf den von Sunrise favorisierten Produkten

BBCS, CLn und COS beruhe, sondern auf CES (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 35). Erst am 17. und 18. September 2008 und damit nach dem auf den 25. August 2008 angesetzten Abgabetermin für Offerten an die Post hat Sunrise bei Swisscom Wholesale um eine Offerte für CLn- und COS-Leitungen für das Post-WAN-Projekt gebeten (vgl. E-Mails vom 17. und 18. September 2008, Beilage 8 zu act. 14). Nachdem Sunrise von Swisscom Wholesale darauf hingewiesen worden war, dass sich das Produkt CES für das Post-WAN-Projekt viel besser eignen würde als die von Sunrise angefragten CLn- und COS-Dienste (vgl. E-Mail vom 17. September 2008, Beilage 8 zu act. 14), bat Sunrise Swisscom Wholesale um eine Offerte für CES-Leitungen (vgl. E-Mail vom 24. September 2008, Beilage 9, act. 14). Nachdem offenbar Besprechungen zwischen Swisscom Wholesale und Sunrise stattgefunden hatten (vgl. Vorakten act. 14, Beilagen 11-13), unterbreitete Swisscom Wholesale Sunrise insgesamt 3 Offerten; die ersten beiden erfolgten nach Angaben der Beschwerdeführerinnen am 27. Oktober 2008 und am 10. November 2008 (vgl. Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz, Vorakten act. 14, Rz. 15), die letzte am 5. Januar 2009 (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 36; E-Mail vom 5. Januar 2009, Beilage 19 zu act. 14). Dieses Angebot war nach Angaben von Sunrise preislich am attraktivsten, konnte von ihr jedoch nicht mehr für ihr eigenes Angebot genutzt werden, da sie im November 2008 der Post ihr letztes Angebot unterbreitet hatte (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 36 und 46 und dortige Beilage 17).

Schliesslich erklärte Sunrise mit E-Mail vom 23. November 2008 gegenüber Swisscom Wholesale, ohne eine zusätzliche substanziale Preisreduktion der wiederkehrenden Kosten werde Sunrise wenig Chancen haben, das Los 2 wie auch den Gesamtauftrag zu gewinnen, und bat um zusätzliche Projektrabatte, die ihr von Swisscom Wholesale teilweise gewährt wurden (vgl. E-Mails vom 23. und 25. November 2008, Beilage 17, act. 14).

Wenn auch Swisscom offenbar aktiv auf Sunrise zugeht, um ihr bei der Erarbeitung einer (günstigeren) Offerte zu Handen der Post behilflich zu sein, schliesst dieses Verhalten hinsichtlich der verbleibenden Offertpreise ein Erzwingen nicht aus. Da Swisscom selbst zum Kreis der FDA gehörte, die im Rahmen der Post-WAN-Ausschreibung ein Angebot einreichen durften, waren ihr die Details der Ausschreibung und namentlich die zu erfüllenden Spezifikationen bekannt. Zudem musste sie als Eigentümerin des Kupferkabelnetzes und Anbieterin der darauf basierenden Angebote wissen, auf welche entbündelten Anschlusszentralen Sunrise zugreifen konnte. Insofern konnte Swisscom im Bewusstsein, dass sich Sunrise in einer schwächeren Position befand, auf Preisen bestehen, welchen Sunrise nichts entgegensetzen konnte.

8.3.2.3 Berechnung der Kosten

In ihrer Anzeige vom 30. April 2009 beklagte sich Sunrise, sie hätte für die Swisscom-Vorleistungsprodukte mindestens CHF [20-30] Mio. bezahlen müssen; Swisscom habe dagegen den Auftrag zu einem Ge-

samtpreis von CHF 20.5 Mio. erhalten. Alleine aus dieser Preisdifferenz lässt sich allerdings noch nicht schliessen, dass die von Swisscom geforderten Vorleistungspreise unangemessen sind. Vorleistungen sind Leistungen (Rohstoffe, Hilfsstoffe, Betriebsstoffe, zugekaufte Teile, Materialien und Dienstleistungen), die in die Produktion einer Unternehmung eingehen, ohne im produzierenden Betrieb selbst hergestellt zu werden (vgl. <www.wirtschaftslexikon24.com/d/vorleistungen/vorleistungen.htm>, abgerufen am 02.06. 2020). Der Kauf wie auch der Verkauf von Vorleistungen haben Transaktionskosten zur Folge, d.h. Kosten, die durch die Übertragung von Gütern entstehen, also Kosten bei der Suche nach Transaktionspartnern, bei der Anbahnung von Transaktionen (z. B. Vertragsabschlusskosten, Versicherungsprämien) und anlässlich der Transaktion selbst (z.B. in Form von Transportkosten; vgl. <www.wirtschaftslexikon24.com/d/transaktionskosten/transaktionskosten.htm>, abgerufen am 07.04.2020; VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede, Zürich 2010, Rz. 1110 ff.). Dass der Verkäufer der Vorleistung die durch die Transaktion der Leistung erwachsenden Kosten auf den Käufer zu überwälzen versucht, ist naheliegend.

Je standardisierter ein Gut oder eine Dienstleistung ist, desto automatisierter und damit auch transaktionsgünstiger kann es produziert und verkauft werden; ist der Individualitätsgrad hoch, sind auch die Transaktionskosten tendenziell höher (vgl. etwa: FLORIAN WEISS, Ansätze zur Senkung von Transaktionskosten bei Versicherungsmaklern in der Privatkundenberatung, 2014, S. 18 f.). So ist der Beratungsaufwand beim Verkauf komplexer Vorleistungen grundsätzlich höher als bei einfachen Gütern und Dienstleistungen (vgl. etwa: MONN, a.a.O., Rz. 1112 f.). Dies gilt namentlich, wenn es sich wie im vorliegenden Fall um Telekommunikationsdienstleistungen handelt, welche Swisscom auf ihrem eigenen Netz erbringt. Durch den notwendigen Einbezug von Swisscom wurde das Angebot von Sunrise an die Post naturgemäss mit Transaktionskosten belastet, die für das Angebot der Beschwerdeführerinnen nicht oder nicht in gleichem Umfang anfielen und die nicht kausal vom Verhalten der Beschwerdeführerinnen verursacht waren. In diesem Sinne erklärten sie in ihrer Replik, für welche Standorte ein Vorleistungsnachfrager auf welche Leistungen welcher Anbieterin zurückgreife, ergebe sich aus den einzelfallbezogenen Abklärungen im Rahmen eines Projekts. Ein abstrakter Preisvergleich gestützt auf publizierte Preislisten reiche hierzu nicht aus. Es seien die technischen und kommerziellen Verhandlungen mit den Anbietern, welche es ermöglichten, die jeweils optimale Lösung zu finden (vgl. Replik, Rz. 57). Wie in E. 8.3.2.2 gezeigt wurde, haben auch zwischen Sunrise und Swisscom solche Verhandlungen stattgefunden. Alleine durch diese Verhandlungen sind bereits Transaktionskosten entstanden, welche die Vorleistungen verteuern.

Zur Berechnung der hypothetischen Kosten von Sunrise, welche bei der Erbringung der WAN-Dienstleistungen für die Post angefallen wären, hat die Vorinstanz, wie bereits ausgeführt, verschiedene Szenarien entwickelt. Je nach Szenario belaufen sich die von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungskosten auf

CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario Swisscom), CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario Sunrise), CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario BAKOM VDSL), oder CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario BAKOM SDSL; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 181 und 186). Alle Szenarien gehen davon aus, dass Sunrise sowohl Produkte aus dem "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten", d.h. im vorliegenden Fall TAL, als auch aus dem "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich", d.h. im vorliegenden Fall BBCS und CES, bezieht.

Je höher der TAL-Anteil in einem Szenario ist, desto niedriger fallen die kommerziellen Vorleistungskosten (für den Bezug von BBCS und CES) aus, da es sich bei der TAL um ein sog. kostenorientiertes Produkt (Art. 54 Abs. 1 FDV; vgl. E. 4.3), bei CES und BBCS dagegen um kommerzielle und damit teurere Produkte handelt. Ausgehend von 2'305 Poststandorten liegen die TAL-Anteile zwischen 49 % (Szenario "Sunrise" mit 1'120 TAL) und 66 % (Szenario "Swisscom" mit 1'517 TAL). Die TAL-Anteile der übrigen Szenarien belaufen sich auf 55 % (Szenario "BAKOM SDSL" mit 1'259 TAL) respektive 63 % (Szenario "BAKOM VDSL" mit 1'456 TAL). Eine Rolle spielt zudem auch, ob CES oder das günstigere BBCS eingesetzt werden kann und wie das Verhältnis Leitungslänge/Bandbreite eingeschätzt wird.

Zusammen mit den Investitionskosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale ("Kosten TAL") und 6 % Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (VVGK) entstehen Sunrise je nach Szenario folgende hypothetische Gesamtkosten, um das WAN-Projekt der Post zu realisieren:

in CHF	Szenario Swisscom	Szenario Sunrise	Szenario BAKOM SDSL	Szenario BAKOM VDSL
Vorleistungskosten	[16'000'000-23'000'000]	[16'000'000-23'000'000]	[16'000'000-23'000'000]	[16'000'000-23'000'000]
Kosten TAL	[1'000'000-2'000'000]	[500'000-1'500'000]	[1'000'000-2'000'000]	[1'000'000-2'000'000]
VVGK (6 %)	[1'000'000-1'200'000]	[1'200'000-1'400'000]	[1'200'000-1'400'000]	[1'200'000-1'400'000]
Gesamtkosten	[20'000'000-21'000'000]	[22'000'000-23'000'000]	[24'000'000-25'000'000]	[20'500'000-21'500'000]

Quelle: angefochtene Verfügung, Rz. 181+186

a) Das Szenario "Swisscom"

Das von der Vorinstanz entworfene Szenario "Swisscom" basiert auf der Gegenrechnung, die Swisscom in ihrer Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz (act. 14) angestellt hat. Das Szenario geht bei der Verwendung der TAL davon aus, dass sich die maximale Leitungslänge mit zunehmender Bandbreite reduziert (zwischen 6'500 Metern bei einer Bandbreite

bis 1 Mbit/s und 3'500 Metern bei einer Bandbreite bis 2 Mbit/s). Es sollte nach den dortigen Angaben die Kosten aufzeigen, die Sunrise bei einer optimalen Projektrealisierung unter frühzeitigem und aktivem Einbezug von Swisscom Wholesale entstanden wären (vgl. dortige Rz. 30). In ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 (act. 146) wiesen die Beschwerdeführerinnen jedoch darauf hin, dass ihre damals angestellte Gegenrechnung das Potenzial zur Begrenzung der Kosten nicht ausschöpfte, das Sunrise bei einer ernsthaften Nachfrage und damit verbundenen Verhandlungen hätte realisieren können. Beispielsweise habe Swisscom in der Gegenrechnung in Zweifelsfällen stets die teuerste Vorleistung (d.h. CES) eingesetzt (vgl. dortige Rz. 27). In ihrer Replik räumten die Beschwerdeführerinnen zudem ein, sie hätten der Gegenrechnung keine vollständige Sachverhaltsabklärung zugrunde gelegt. Insofern ist das Szenario "Swisscom" mit dem Mangel behaftet, dass es teilweise mit der teuersten Vorleistung CES kalkuliert, die unter Umständen nicht nötig gewesen wäre. Zum heutigen Zeitpunkt kann aufgrund der grossen zeitlichen Distanz zu den damaligen Verhältnissen nicht mehr nachgeprüft werden, ob in Zweifelsfällen statt CES auch die günstigere Vorleistung BBCS hätte eingesetzt werden können. Zumindest kann festgehalten werden, dass das Szenario "Swisscom" wahrscheinlich von zu hohen Kosten ausgeht.

b) Das Szenario "Sunrise"

Das Szenario "Sunrise" ist von der Vorinstanz auf Basis der Angaben von Sunrise entwickelt worden und enthält die sog. Parameter "CES-Abgleich" und "Sunrise spez.". Beim Parameter "Sunrise spez." wird die Angabe von Sunrise berücksichtigt, dass Bandbreiten bis 4 Mbit/s mittels zweier TAL (anstatt mit teureren kommerziellen Vorleistungen) erreicht werden können (sog. "Bonding"). Dem Parameter "CES-Abgleich" wird die weitere Angabe von Sunrise zu Grunde gelegt, dass sämtliche Standorte unter 2 Mbit/s bzw. 1.8 Mbit/s entweder mit TAL oder BBCS hätten erschlossen werden können, während Swisscom in ihrer Beispielrechnung annahm, dass für einige Poststellen das teurere Vorleistungsprodukt CES statt BBCS eingesetzt werden müsste (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 216; Vernehmlassung Vorinstanz vom 16. März 2016, Rz. 23).

Die von den Beschwerdeführerinnen begrüßte Verwendung dieser Parameter führt seitens Sunrise zu geringeren Vorleistungskosten, da weniger CES und mehr TAL und BBCS zu veranschlagen sind. Im Unterschied zum Szenario "Swisscom" und zu den nachfolgenden Szenarien des BAKOM wird im Szenario "Sunrise" hinsichtlich der maximal möglichen Leitungslängen für die TAL nicht differenziert, sondern es wurde pauschal davon ausgegangen, dass bei einer Leitungslänge von 2000 Metern (mittels "Bonding") eine maximale Bandbreite von 4 Mbit/s realisierbar ist. Insofern erscheint dieses Szenario weniger genau als die übrigen Szenarien.

c) Die Szenarien des BAKOM

Schliesslich beruhen die von der Vorinstanz erarbeiteten Szenarien "BAKOM SDSL" (unter Verwendung der SDSL-Technologie) und "BAKOM VDSL" (unter Verwendung der VDSL-Technologie) auf Angaben des BAKOM. Diese Szenarien gehen wie das Szenario

"Swisscom" von der Annahme aus, dass sich die maximale Leitungslänge mit zunehmender Bandbreite verringert (zwischen 2'700 Metern bei einer Bandbreite bis 1 Mbit/s und 1'800 Metern bei einer Bandbreite bis 1.8 Mbit/s bei der SDSL-Technologie [vgl. Rz. 178 der angefochtenen Verfügung], sowie zwischen 3'500 Metern bei einer Bandbreite bis 1 Mbit/s und 800 Metern bei einer Bandbreite bis 4 Mbit/s bei der VDSL-Technologie [vgl. S. 8 der Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015]).

Die Beschwerdeführerinnen beantragen, dass auf die Angaben des BAKOM vom 10. Juli 2015 unter Verwendung des Parameters "CES-Abgleich" abgestellt werden soll. Die Vorinstanz stellt sich nicht grundsätzlich gegen den Antrag, das von den Beschwerdeführerinnen präferierte Szenario "BAKOM VDSL" zu verwenden. Sie beharrt indessen darauf, dass auf die vom BAKOM erstellte Berechnung ohne CES-Abgleich abzustellen sei, welche von Kosten in der Höhe von CHF [16'000'000-23'000'000] ausgehe (vgl. Vernehmlassung Vorinstanz vom 16. März 2016, Rz. 25).

Das BAKOM ist das Kompetenzzentrum des Bundes für Telekommunikation, Medien und Post im Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK). Damit handelt es sich, auch nach der Einschätzung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 281, 284), um eine Fachbehörde, von deren Einschätzung das Bundesverwaltungsgericht nicht ohne zwingende Gründe abweicht, sofern diese nicht offensichtlich widersprüchlich erscheint oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruht (vgl. Urteil des BVGer B-7301/2015 vom 23. Februar 2016 E. 4.1).

Das BAKOM hat in der Stellungnahme vom 10. Juli 2015 aus dem Szenario "BAKOM" (auch Szenario "BAKOM SDSL" genannt) das Szenario "BAKOM VDSL" entwickelt, um die asymmetrischen Technologien VDSL und VDSL2 auf entbündelten Leitungen einzubeziehen. Weil damit grössere Bandbreiten bei der TAL realisierbar sind (4 Mbit/s bei einer Leitungslänge von 800 Metern), verwendete es den Parameter "Sunrise spez". Unter gleichzeitiger Verwendung des Parameters "CES-Abgleich" errechnete das BAKOM Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [14'000'000-21'000'000], unter Deaktivierung des CES-Abgleichs Kosten von CHF [16'000'000-23'000'000] (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 7 f., act. 158 der Vorinstanz).

Der Parameter "CES-Abgleich" ist nach Auffassung des BAKOM dann zu verwenden, wenn der Kosteneffizienz höchste Priorität beigemessen wird. Allerdings bestünden Unsicherheiten darüber, ob die vom "CES-Abgleich" betroffenen Standorte in der Realität effektiv mit BBSC statt mit CES hätten angebunden werden können (vgl. Stellungnahme BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 8).

Auch nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen lässt sich angesichts des gegenwärtigen Ausbaus des Netzes heute nicht mehr eruieren, welche Bandbreiten 2008/2009 mit welchen Vorleistungen und welchen

Technologien realisierbar gewesen wären (vgl. Replik vom 30. Juni 2016, S. 26, Fn. 61). Da es im vorliegenden Fall darum geht, die Kosten von Sunrise zu konkretisieren, und sogar Sunrise von einer kosteneffizienteren Erschliessung mit BBSC ausging, hält es das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht für ausgeschlossen, den Parameter "CES-Abgleich" zu verwenden.

Indessen spricht der Umstand, dass die Post in der Ausschreibung die Verwendung einer symmetrischen Technologie vorausgesetzt hat, während es sich bei der VDSL-Technologie um eine asymmetrische Technologie handelt, gegen eine Berücksichtigung des Szenarios "BAKOM VDSL" und

eher für das Szenario "BAKOM SDSL", welches auf der symmetrischen SDSL-Technologie basiert (vgl. auch die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 26. Juli 2012, S. 3 [act. 65]). Ob die Post zur Zeit der Ausschreibung die VDSL-Technologie akzeptiert hätte, kann zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr eruiert werden. Das BAKOM berücksichtigte sie zudem nur kalkulatorisch in Abweichung der durch die Beschwerdeführerinnen getroffenen Auswahl der Vorleistungsprodukte und in der Annahme, dass überall "Idealbedingungen wie ein einwandfreier Zustand der Kupferleitung" bestünden und der Kosteneffizienz höhere Priorität als nach den Angaben der Beschwerdeführerinnen beigemessen werde (vgl. act. 158, S. 7 f.). Letzteres kann bei den Poststandorten offensichtlich nicht durchwegs erwartet werden. Im Sinne eines "As-efficient-competitor"-Tests vermag das Szenario "BAKOM VDSL" daher keine tragfeste Beweisgrundlage zu bilden. Es ist nur als spekulative Berechnung zu erwähnen. Würde dennoch auf das Szenario "BAKOM VDSL" (unter Verwendung des CES-Abgleichs) abgestellt, wären Sunrise zur Realisierung des Postauftrags hypothetische Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [14'000'000-21'000'000] entstanden (vgl. auch Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 241) und hätte Sunrise 1'456 Poststellen, also 63 % der insgesamt 2'305 anzubindenden Standorte, mit TAL erschliessen können.

Um den vorgenannten Unsicherheiten bezüglich der in der Ausschreibung nicht vorgesehenen asymmetrischen Technologie und des "CES-Abgleichs" zu begegnen, muss deshalb als Beweisergebnis ausschliesslich auf das Szenario "BAKOM SDSL" abgestellt werden. Bei diesem Szenario sind Sunrise hypothetische Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [16'000'000-23'000'000] (bei 1'259, d.h. 55 %, TAL) entstanden. Dabei handelt es sich um die höchsten Vorleistungskosten aller Szenarien. Somit geht das Bundesverwaltungsgericht von Vorleistungskosten von CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario "BAKOM SDSL") aus.

Insgesamt ergeben sich für Sunrise damit Gesamtkosten von CHF [24'000'000-25'000'000] (Szenario "BAKOM SDSL"). Diese übertreffen den Zuschlagspreis um CHF [3'500'000-4'000'000] oder [über 16] %. Beim Szenario "BAKOM VDSL" (mit "CES-Abgleich") als hypothetischer Kalkulation würden die Gesamtkosten CHF [18'000'000-19'000'000] betragen und lägen um [mehr als 10] % tiefer:

CHF	"BAKOM SDSL"	"BAKOM VDSL" (mit "CES-Abgleich") Vergleichsszenario
Vorleistungskosten in CHF	[16'000'000-23'000'000]	[14'000'000-21'000'000]
Kosten TAL	[1'000'000-2'000'000]	[1'000'000-2'000'000]
VVGK (6 %)	[1'200'000-1'400'000]	[1'000'000-1'200'000]
Total Kosten TAL und VVGK	[2'000'000-3'000'000]	[2'000'000-3'000'000]
Gesamtkosten Sunrise	[24'000'000-25'000'000]	[18'000'000-19'000'000]
Zuschlagspreis Swisscom	20'462'272	20'462'272
Differenz Gesamtkosten Sunrise zum Zuschlagspreis Swisscom	+ [3'500'000-4'000'000]	- [1'800'000-2'300'000]

Zu prüfen ist überdies, ob, wie die Beschwerdeführerinnen unter Berufung auf das BAKOM ausführen, aus einer rückblickenden Perspektive auf die Preise abzustellen ist, welche Sunrise tatsächlich zu bezahlen gehabt hätte. Gehe man von einem Preiszerfall von 4 % aus, hätten sich die Kosten von Sunrise nochmals um ca. CHF [1-3] Mio. reduziert.

Die Vorinstanz erklärt in der angefochtenen Verfügung (vgl. Rz. 236 ff.), in den Berechnungen des Sekretariats seien die ab 2009 geltenden Kosten für die TAL in der Höhe von CHF 18.80 und nicht die zum Zeitpunkt der Offerteingabe geltenden Kosten für die TAL in Höhe von CHF 23.50 verwendet und damit die voraussehbare Kostensenkung für die regulierten Vorleistungsprodukte bereits mitberücksichtigt worden. Hingegen hätten sich die Preise für die Produkte BBCS und CES so gut wie nicht verändert. In ihrer Vernehmlassung fügt die Vorinstanz an, dass die Swisscom eine Preissenkung von 4 % für die BBCS-Anschlüsse einberechnet habe, die allerdings so nie eingetreten sei. Eine solche rückblickende Betrachtung sei für Sunrise zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht möglich gewesen, so dass die Preisentwicklung für Sunrise noch mit Unsicherheiten behaftet gewesen wäre (vgl. Vernehmlassung vom 16. März 2016, Rz. 27).

Gemäss den Beschwerdeführerinnen trifft es zu, dass bei der (symmetrischen) SDSL-Ausprägung des BBCS kein Preiszerfall eingetreten sei. Sowohl bei den asymmetrischen Technologien (ADSL, VDSL) als auch bei CES und der TAL sei jedoch ein Preiszerfall zu berücksichtigen (vgl. Replik, Rz. 120 ff.).

Zwar ist Sunrise, wie die Beschwerdeführerinnen richtig ausführen, in ihrer Anzeige von einem jährlichen Preiszerfall von 4-8 % ausgegangen. Dieser erwartete Zerfall bezog sich jedoch auf die Produkte CLn und COS sowie BBCS SDSL (vgl. Anzeige, Rz. 43). Da die BBCS SDSL unbestrittenermassen nicht günstiger geworden sind (vgl. angefochtene Verfügung, Tabelle 31, Rz. 188), die Produkte CLn sowie COS im hier relevanten Szenario keine Rolle spielen und von Sunrise keine weiteren (dannzumal gemachte) Angaben über erwartete Preisreduktionen aktenkundig sind, ist hinsichtlich der kommerziellen Vorleistungsprodukte kein Preiszerfall dargelegt. Auch bei der TAL ist keine weitere Preissenkung einzuberechnen. Wie das BAKOM dargelegt hat, hätte die Vorinstanz zwar auch weitere Preisreduktionen als diejenige von CHF 23.50 auf CHF 18.80 berücksichtigen können. Mit der Festlegung des TAL-Preises auf CHF 18.80 scheinete das Sekretariat jedoch einen pragmatischen Mittelweg zwischen Preisen im Zeitpunkt der Offerteingabe und effektiven, im Nachhinein von der ComCom festgelegten Preisen gewählt zu haben (vgl. Stellungnahme BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 7). Das Bundesverwaltungsgericht hat angesichts dieser nachvollziehbaren Feststellung keine Veranlassung, von dieser Fachmeinung abzurücken.

Somit ist als Beweisergebnis festzuhalten, dass sich die Gesamtkosten von Sunrise, einschliesslich Transaktionskosten und Preiszerfall, auf CHF [24'000'000-25'000'000] (Szenario "BAKOM SDSL") belaufen. Diese Kosten liegen CHF [3'500'000-4'000'000] über dem Zuschlagspreis. Das Szenario "BAKOM VDSL" fällt wie ausgeführt ausser Betracht.

8.3.3 Rechtliche Würdigung

Der durch Swisscom von Sunrise geforderte Preis ist im Verhältnis zum Zuschlagspreis als unangemessen hoch zu werten.

Sunrise war hinsichtlich der Poststandorte, die sie weder mit der TAL noch mit eigenen Produkten abdecken konnte, auf die kommerziellen Produkte der Swisscom angewiesen. Sie hätte nicht oder nur ungenügend auf Angebote anderer Anbieter ausweichen können. Der Eigenbau oder die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen sind ebenso wenig Ausweichmöglichkeiten. Wie der Post war es Sunrise auch nicht möglich, auf rechtliche Verfahren auszuweichen, um dem ökonomischen Druck der Beschwerdeführerinnen zu entgehen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen gegenüber Sunrise einen unangemessenen Preis im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwungen und sie dadurch in ihrer Wettbewerbsfähigkeit benachteiligt haben.

8.4 Kosten-Preis-Schere

8.4.1 Rechtliche Grundlagen

Die Kosten-Preis-Schere (Price- oder Margin-Squeeze) ist eine besondere Form eines zweistufigen Behinderungsmissbrauchs. Dabei setzt ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen seine Endkundenpreise im Vergleich zu den Vorleistungspreisen derart tief an, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern, die auf die Vorleistung des marktbeherrschenden Unter-

nehmens angewiesen sind, praktisch verunmöglicht wird, auf dem Endkundenmarkt Gewinne zu erzielen, so dass sie vom Markt verdrängt zu werden drohen (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 1673; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rz. 450; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 173; TONI DUPOVAC, Die Kosten-Preis-Schere als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im europäischen und schweizerischen Recht, Zürich 2014, S. 45; BGE 146 II 217 E. 5.1; "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 401, "Preispolitik ADSL"). Die Kosten-Preis-Schere bildet eine eigenständige Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 1 KG (vgl. BGE 146 II 217 E. 7.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 442 f., "Preispolitik ADSL").

Der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) Vertikale Integration eines marktbeherrschenden Unternehmens, auf dessen Vorleistungen die Wettbewerber im nachgelagerten Markt bei der Erstellung der Endleistung angewiesen sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.1 ff., "Preispolitik Swisscom ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 18; differenzierend: Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 404 "Preispolitik ADSL");
- b) die Herbeiführung eines Missverhältnisses zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Preis für das Endprodukt (Margenbeschneidung; BGE 146 II 217 E. 5.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 450; DUPOVAC, a.a.O., S. 21);
- c) die Kosten-Preis-Schere darf sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 570 ff., "Preispolitik ADSL"; DANIEL PETZOLD, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, München 2012, S. 111; DUPOVAC, a.a.O., S. 15 f.).

a) Vertikale Integration, Marktstellung und Abhängigkeit von der Vorleistung

Die strukturelle Voraussetzung für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere ist ein sog. vertikal integriertes Unternehmen, das sowohl auf dem Vorproduktmarkt als auch auf dem Endproduktmarkt tätig ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer

B-7633/2009 Rz. 402 "Preispolitik ADSL", mit Verweisen auf die europäische Rechtsprechung und Rechtsliteratur; PETZOLD, a.a.O., S. 23 ff.; DUPOVAC, a.a.O., S. 19). Dieses Unternehmen muss eine Vorleistung anbieten, auf die die Wettbewerber im nachgelagerten Markt bei der Erstellung der Endleistung angewiesen sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 18; anders noch: Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 404 "Preispolitik ADSL", welches unter Berücksichtigung der europäischen Praxis davon ausgeht, dass eine Kosten-Preis-Schere unter Umständen auch dann möglich ist, wenn den Abnehmern Ausweichmöglichkeiten verbleiben). Zudem muss es den vorgelagerten Markt beherrschen. Auf dem Endproduktmarkt muss ihm keine marktbeherrschende Stellung zukommen (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.3, "Preispolitik

Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 403, "Preispolitik ADSL"; PETZOLD, a.a.O., S. 30 ff.; DUPOVAC, a.a.O., S. 18). Trotzdem wird das vertikal integrierte Unternehmen über eine gewisse dominante Stellung auf dem nachgelagerten Markt verfügen müssen, ansonsten es auf diesem keinen bestimmenden Einfluss auf die Preise der Endprodukte nehmen kann (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; PETZOLD, a.a.O., S. 33).

b) Margenbeschneidung

Die wettbewerbswidrige Tathandlung bildet die Kosten-Preis-Schere als solche, also die unzureichende Preisspanne derjenigen, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf der Endkundenebene im Wettbewerb stehen (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 405, "Preispolitik ADSL", mit Verweisen auf die europäische Rechtsprechung und Rechtsliteratur), obwohl der Kosten-Preis-Vergleich grundsätzlich beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst anzustellen ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.4, "Preispolitik Swisscom ADSL").

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kann auch in einem Einzelfall eine Kosten-Preis-Schere resultieren, ohne dass das davon betroffene Unternehmen in seiner Existenz gefährdet werden muss. Für die Bejahung einer Kosten-Preis-Schere setzt das Bundesverwaltungsgericht nämlich nicht voraus, dass das betroffene Unternehmen tatsächlich vom Markt verschwindet. Es reicht aus, wenn das Unternehmen potentiell beeinträchtigt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 563, "Preispolitik ADSL") oder aufgrund der nicht ausreichenden Marge zu einer Quersubventionierung gezwungen ist, um nicht vom Markt verdrängt zu werden (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 441, "Preispolitik ADSL"). Letztlich geht es bei der Kosten-Preis-Schere darum, dass dem auf Vorleistungen angewiesenen Konkurrenten eine zu knappe Marge verbleibt, um mit dem vertikal integrierten Unternehmen auf Endkundenstufe in Wettbewerb zu treten (vgl. MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2005, S. 145). Dabei ist es unerheblich, ob dem Konkurrenten lediglich einmal oder in mehreren Fällen der Wettbewerb mit dem vertikal integrierten Unternehmen auf Endkundenstufe verunmöglicht wird.

Dass Ausschreibungen und damit Einzelfälle Gegenstand einer Kosten-Preis-Schere sein können, zeigt auch der in Deutschland untersuchte Fall i.S. NEXT ID GmbH. Die in einer (privatrechtlichen) Ausschreibung gegenüber der Deutschen Telekom unterlegene Mitbewerberin NEXT ID GmbH gelangte an das Bundeskartellamt mit dem Vorwurf, die Deutsche Telekom habe sie durch die Anwendung einer Preis-Kosten-Schere missbräuchlich behindert. Die NEXT ID GmbH wird beschrieben als eine Anbieterin von sog. Massenverkehrsdiensten zu bestimmten Zielen (MABEZ-Dienste), welche für ihre Dienstleistungen auf Vorleistungen der Deutschen Telekom angewiesen ist. Das Bundeskartellamt untersuchte den Vorwurf, kam jedoch zum Schluss, dass die Differenz zwischen dem vereinbarten Verrechnungspreis für MABEZ-Dienste und den notwendigen Vorleistungen

für Wettbewerber in jedem Fall positiv sei und daher keine Preis-Kosten-Schere vorliege (vgl. Beschluss B 7 - 11/09 des Bundeskartellamts, Rz. 62).

Bei einer einzelnen Ausschreibung akzentuiert sich das Problem der Kosten-Preis-Schere im Vergleich zu einem "klassischen" Fall einer Kosten-Preis-Schere, in welchem eine Kosten-Preis-Schere über einen längeren Zeitraum und damit eine missbräuchliche Preispolitik praktiziert wird (vgl. etwa der Expertenbericht der deutschen Monopolkommission, Auszug aus Hauptgutachten XVIII [2008/2009], Kapitel IV "Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle", Rz. 429): Einer solchen, länger dauernden Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens kann sich ein Wettbewerber unter Umständen entgegenstellen, indem er Endkonsumenten mit Zusatzleistungen wie schnellerem Internet, persönlicherer Beratung oder erfolgreicherem Marketing ködert. Bei einer Ausschreibung zählt dagegen allein der Umstand, wer das auf die Zuschlagskriterien bezogene wirtschaftlich günstigste Gesamtangebot eingereicht hat (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"). Der so auserkorene Zuschlagsempfänger bekommt den ganzen Auftrag, nicht nur einen grösseren Anteil am Auftrag ("The winner takes it all").

Der Nachweis einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere ist grundsätzlich erbracht, wenn die vom Marktbeherrscher verlangten Vorleistungspreise höher als die von ihm im nachgelagerten Markt für das Endprodukt geforderten Preise sind (= negative Preisdifferenz; vgl. BGE 146 II 217 E. 5.5.1, "Preispolitik Swisscom ADSL") oder die Marge zwischen dem Vorleistungspreis für Wettbewerber und dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers zu decken (= positive Preisdifferenz; vgl. BGE 146 II 217 E. 5.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Soweit die jeweils erzielte Marge auch einen gewissen Gewinn umfasst, hängt es von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob das Preisverhältnis dennoch als missbräuchlich zu qualifizieren ist (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 457, "Preispolitik ADSL", mit weiteren Hinweisen).

8.4.2 Anzuwendende Methode sowie zu berücksichtigende Kosten und Erträge

8.4.2.1 Der Kosten-Preis-Vergleich ist, wie ausgeführt, grundsätzlich beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst anzustellen. In der Sache stellt dies eine Anwendung des "as efficient competitor test" (auch "equally efficient competitor test" oder "Tests unter Annahme eines gleich effizienten Wettbewerbers" [nachfolgend: Eigenwirtschaftlichkeitstest] genannt) dar (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.4, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 451 "Preispolitik ADSL"). Nur ausnahmsweise sind die Preis- und Kostendaten der tatsächlichen Wettbewerber heranzuziehen (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.4, "Preispolitik Swisscom ADSL"), was dem "reasonably efficient competitor test" (auch "Test unter Annahme eines theoretisch hinreichend effizienten Wettbewerbers" [nachfolgend: Fremdwirtschaftlichkeitstest] genannt) entspräche. Die einen Fremdwirtschaftlichkeitstest rechtfertigenden Ausnahmen betreffen ins-

besondere Konstellationen, bei welchen die Kostenstruktur des Marktbeherrschers aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist. Unter diesen Umständen liefert der Eigenwirtschaftlichkeitstest keine sauberen Ergebnisse (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 451, "Preispolitik ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 24; PETZOLD, a.a.O., S. 101 f.). Nicht ausgeschlossen sind andere Prüfungsmethoden, etwa eine "Margenvergleichsanalyse" (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 447, "Preispolitik ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 22 ff.; PETZOLD, a.a.O., S. 99 ff.).

Für die Berechnung der Kosten sind mehrere Kostenarten zu unterscheiden. Der Berechnung sollen einerseits die produktspezifischen durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable cost - AAC) und andererseits die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (long-run average incremental cost - LRAIC) des marktbeherrschenden Unternehmens zugrunde gelegt werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.6, "Preispolitik Swisscom ADSL"). AAC sind das Mittel aus den Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine bestimmte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren, und LRAIC das Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen (vgl. DUPOVAC, a.a.O., S. 23; DAVID ROTH, Der "ebenso effiziente Wettbewerber", Baden-Baden 2017, S. 177 f., je mit Hinweis auf die Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission). Grundsätzlich wird auf die Kostenart LRAIC abgestellt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 453, "Preispolitik ADSL"; ROTH, a.a.O., S. 387).

8.4.2.2 Indem die Beschwerdeführerinnen geltend machen, der Offertpreis von Swisscom gegenüber der Post habe deutlich über den internen Kosten von Swisscom gelegen, was eine Kosten-Preis-Schere nach dem Test des "equally efficient competitor" ausschliesse (vgl. Beschwerde, Rz. 268), fordern sie implizit, es sei auf ihre internen Kosten und damit auf den Eigenwirtschaftlichkeitstest abzustellen (vgl. auch Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020 Rz. 219, 225). Die Vorinstanz weist in diesem Zusammenhang indessen zu Recht auf die verwertbare Aussage der Beschwerdeführerinnen hin, sie würden ihre internen Kosten gar nicht kennen und intern keine Netzkosten verrechnen. Unter diesen Umständen ist ein Eigenwirtschaftlichkeitstest nicht angezeigt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 451, "Preispolitik ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 24). Daher hat die Vorinstanz zu Recht auf die Kosten abgestellt, die Sunrise bei der Wahl eines effizienten Vorleistungsmixes hypothetisch entstehen würden. Sie hat einen Fremdwirtschaftlichkeitstest durchgeführt, ohne dies in der angefochtenen Verfügung so zu nennen.

8.4.2.3 Des Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, auf dem Geschäftskundenmarkt sanken die Kosten über die Vertragsdauer, während die Erträge aufgrund des branchenüblichen Upsellings während der Vertragsdauer stiegen und sich daher auch Offerten als profitabel erwiesen, die zunächst mit höheren Kosten und tieferen Erträgen operierten (vgl. Beschwerde, Rz. 270 f.).

Aus diesem Argument können die Beschwerdeführerinnen indessen einerseits nichts zu ihren Gunsten ablei-

ten, da dieser Umstand sowohl bei den Endkundenofferten der Vorleistungsnachfragerinnen als auch bei den Endkundenofferten von Swisscom zu berücksichtigen gewesen wäre. Andererseits zielt es darauf ab, bei der Rentabilitätsanalyse statt des historischen Ansatzes die Ertragswertmethode beizuziehen. Beim historischen Ansatz werden die Kosten grundsätzlich dem jeweiligen Zeitraum, in dem sie angefallen sind, zugerechnet; bei der Ertragswertmethode erfolgt die Rentabilitätsanalyse dagegen über einen bestimmten, regelmässig mehrjährigen Zeitraum hinweg anhand des Kapitalwerts für den untersuchten Geschäftsbereich, ohne festzulegen, ob und wie die Kosten in den einzelnen Jahren gedeckt werden (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 454 ff., "Preispolitik ADSL"). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, ist die Ertragswertmethode im Rahmen der Kosten-Preis-Schere jedoch ungeeignet, weil die Gefahr bestehe, dass die Ergebnisse dieser Methode entweder tatsächlich auf unangemessenen Prognosen des marktbeherrschenden Unternehmens in Bezug auf seine angestrebten zukünftigen Gewinne beruhten, die zu einem fehlerhaften Ergebnis führen könnten, oder langfristige Gewinne einschlossen, die auf einer Verstärkung der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen seien (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.7, "Preispolitik Swisscom ADSL").

8.4.3 Weitere vorgebrachte Argumente

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere sowohl bei einer FDA, welche bisher keine Anschlusszentralen entbündelt hat, als auch bei Sunrise, welche bereits Anschlusszentralen entbündelt hat, untersucht (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 514 ff.). In beiden Fällen hält sie die Voraussetzungen für erfüllt. Swisscom habe den Zuschlag für die Erschliessung zu einem Preis von CHF 20'462'272 erhalten. Demgegenüber hätte eine FDA, die bisher keine Anschlusszentrale entbündelt hätte, von Swisscom Vorleistungsprodukte in der Höhe von CHF [32'000'000-38'000'000] nachfragen müssen. Da die darin enthaltenen kommerziellen Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [32'000'000-38'000'000] den Endkundenpreis für die Erschliessung der Poststandorte (CHF 20'462'272) überträfen, müsse von einer Kosten-Preis-Schere ausgegangen werden. Selbst bei Sunrise wären im theoretisch günstigsten Fall Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [16'000'000-23'000'000] angefallen. Zusammen mit den zu erbringenden Eigenleistungen in der Höhe von CHF [2'000'000-3'000'000] lägen die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post mit CHF [20'000'000-21'000'000] über dem von Swisscom gegenüber der Post offerierten Preis.

Dem halten die Beschwerdeführerinnen entgegen, wenn auf die Angaben des BAKOM abgestellt werde, würden sich für Sunrise Kosten von CHF [14'000'000-21'000'000] ergeben, die deutlich unter dem Zuschlagspreis von Swisscom liegen würden. Sunrise hätte somit eine konkurrenzfähige Offerte einreichen und eine ausreichende Marge realisieren können. Weiter argumentieren die Beschwerdeführerinnen, im vorliegenden Fall gebe es keine Kosten-Preis-Schere zum Nachteil von FDA mit bloss kommerziellen Vorleistungen.

Daher war Sunrise im Wettbewerb um den Post-Auftrag gegenüber Swisscom beeinträchtigt. Als Zwischener-

8.4.4 Rechtsanwendung

8.4.4.1 Beweiswürdigung

Der Lieferpreis der Vorleistungen auf den vorgelagerten Märkten "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" und "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich", d.h. das von Swisscom geforderte Vorleistungsentgelt, beträgt unter dem hier massgeblichen Szenario CHF [16'000'000-23'000'000] (vgl. E. 8.3.2.3).

Der Verkaufspreis des Endprodukts auf dem nachgelagerten Markt, d.h. das von Swisscom geforderte Endkundenentgelt, ist der Zuschlagspreis, zu welchem Swisscom den Post-Auftrag erhalten hat, d.h. im vorliegenden Fall CHF 20'462'272.

Das von Sunrise an Swisscom zu entrichtende Vorleistungsentgelt ist damit höher als das von Swisscom geforderte Endkundenentgelt.

8.4.4.2 Rechtliche Würdigung

Bei Swisscom handelt es sich um ein vertikal integriertes Unternehmen. Es verkauft Vorleistungsprodukte wie TAL, BCS und CES und ist gleichzeitig als Internet Service Provider auf dem nachgelagerten Markt tätig (vgl. BGE 146 II 217 E. 6.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Sunrise ist zur Realisierung des Post-Auftrags auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom (namentlich TAL, BCS und CES) angewiesen (vgl. vorangehende E. 8.3.3). Zudem nimmt Swisscom auf diesen vorgelagerten Märkten eine marktbeherrschende Stellung ein (vgl. vorangehende E. 7.7). Somit sind die strukturellen Voraussetzungen der Kosten-Preis-Schere erfüllt.

Was FDA betrifft, die zu 100 % auf die kommerziellen Vorleistungen von Swisscom angewiesen sind, führen die Beschwerdeführerinnen zu Recht aus, dass solche erst gar nicht zur Ausschreibung der Post zugelassen worden wären und demzufolge in der Ausschreibung auch nicht durch eine zu geringe Marge hätten behindert werden können. Der Vorwurf der Vorinstanz, Swisscom habe eine Kosten-Preis-Schere angewendet, ist daher nur bezüglich FDA zu überprüfen, die in der Ausschreibung der Post eine Offerte einreichen durften, d.h. Sunrise und Upc Cablecom. Einen entsprechenden Vorwurf hat die Vorinstanz im Zusammenhang mit Upc nicht geprüft. Daher ist auf den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere zu Lasten von Upc nicht weiter einzugehen.

Nach dem Beweisergebnis könnte Sunrise für das Szenario "BAKOM SDSL" keine Marge erreichen (vgl. E. 8.3.2.3), so dass Swisscom ein Missverhältnis zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Preis für das Endprodukt herbeigeführt hat.

Sunrise wäre es im Rahmen der Post-Ausschreibung nicht möglich gewesen, angesichts der Vorleistungspreise, welche sie der Swisscom für den Bezug der Leistungen zur Realisierung des Post-Auftrags hätte zahlen müssen, und dem durch Swisscom gegenüber der Post verlangten Endverkaufspreis eine Marge zu erzielen.

gebnis ist festzuhalten, dass die Swisscom-Gruppe im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post den Tatbe-

stand einer Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verwirklicht hat, indem sie die Vorleistungspreise für die kommerziellen Breitbandprodukte BBCS und CES, welche Sunrise zur Realisierung des Post-Auftrags benötigte, im Vergleich zum Endverkaufspreis zu hoch angesetzt und Sunrise keine Marge belassen hat, um mit Swisscom auf dem Endkundenmarkt in Wettbewerb treten zu können.

8.5 Legitimate business reasons

Die Beschwerdeführerinnen haben keine Gründe zur Rechtfertigung ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens vorgebracht. Es liegen auch keine offensichtlichen Rechtfertigungsgründe vor, wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend festgestellt hat.

8.6 Ergebnis der materiellen Prüfung

Insgesamt erfüllt Swisscom mit ihrem Verhalten in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG die Tatbestände der Erzwingung unangemessener Preise und der Kosten-Preis-Schere.

Angesichts dieses Ergebnisses kann dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerinnen auch den Tatbestand der Preisdiskriminierung (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) zu Lasten von Sunrise erfüllen (vgl. Urteil des BGE 2C_113/2017 E. 6.3, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Daher erübrigt sich, auf die Rüge der Beschwerdeführerinnen einzugehen, wonach Untersuchungen betreffend den Vorwurf der Diskriminierung gefehlt hätten (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 263 f.) und die Subsumption ein und desselben Verhaltens unter diese verschiedenen Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG bundesrechtswidrig sei (vgl. Beschwerde, Rz. 233 ff.). Denn die Beschwerdeführerinnen wenden sich zurecht nicht dagegen, dass kumulativ das Missverhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenofferte durch den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere und der Unrechtsgehalt zu hoher Preisforderungen durch jenen des Erzwingens oder der Preisdiskriminierung gerügt werden. Ob die Höhe der Vorleistungspreise in echter Konkurrenz beide letztgenannten Tatbestände erfüllt, hätte keinen Einfluss auf die Sanktionsbemessung und braucht darum nicht entschieden zu werden.

9. Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot

Ergänzend rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV).

9.1 Gleichbehandlungsgebot

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen setzt die Vorinstanz bei der Berechnung der internen Kosten von Swisscom einen ungünstigeren Massstab an als bei der Berechnung der Kosten von Sunrise: Im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" berücksichtige sie die Erschliessung der Standorte mit TAL unabhängig von der Distanz zwischen Zentrale und Poststandort, während sie der Distanz in den Szenarien "Swisscom", "Sunrise" und "BAKOM" Rechnung trage. Daraus resultierten tiefere interne Kosten von Swisscom, für Sunrise dagegen höhere Kosten (woraus die Vorinstanz die Vorwürfe unangemessener und diskriminierender Preise sowie einer Kosten-Preis-Schere ableite).

Der Anspruch auf Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Rechtsgleichheitsgebot wird insbesondere verletzt, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachliche Gründe ungleich behandelt werden (vgl. BGE 131 I 91 E. 3.4; 127 I 202 E. 3f/aa).

In der Tat hat die Vorinstanz im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" lediglich Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von mehr als 2 Mbit/s für die Erschliessung mit CES berücksichtigt, nicht aber zusätzlich die Standorte, für welche die Erschliessung mit TAL wegen der zu grossen Entfernung zur nächsten Anschlusszentrale nicht möglich ist. In den anderen Szenarien hat die Vorinstanz die Leitungslängen berücksichtigt (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 175 ff.). Im vorliegenden Fall nimmt das Bundesverwaltungsgericht Korrekturen am Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" vor (vgl. vorstehende E. 8.2.3), weshalb diese geltend gemachte Verletzung als geheilt zu betrachten ist. Sie wird allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein (vgl. E. 12.2).

Soweit die Beschwerdeführerinnen zudem rügen, vor dem Hintergrund der bisherigen Bussenpraxis (vgl. Fall Publigroupe) sei der von der Vorinstanz angewendete Basisbetrag von 10 % für die Bemessung der Sanktion unzulässig, ist darauf hinzuweisen, dass die Bemessung der Sanktion im Fall Publigroupe nicht genau nachvollziehbar war (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.7, "Publigroupe"), weshalb jener Fall hinsichtlich des Basisbetrags nicht als Vergleichsgrundlage herangezogen werden kann.

9.2 Willkürverbot

Die Beschwerdeführerinnen halten ihren Rechtsanspruch auf willkürfreie Behandlung für verletzt, weil die Vorinstanz im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" die Distanz zwischen Zentrale und Poststandort nicht berücksichtigt (vgl. Beschwerde, Rz. 164), das Verhältnis von Preis und wirtschaftlicher Gegenleistung nicht geprüft (vgl. Beschwerde, Rz. 172), hinsichtlich der Austauschbarkeit von BBCS/CES durch die TAL widersprüchlich argumentiert (vgl. Beschwerde, Rz. 198 f.) und die Berechnungsszenarien "Swisscom", "Sunrise" und "BAKOM" widersprüchlich modelliert (vgl. Beschwerde, Rz. 280) habe. Zudem sei die Ansetzung des Basisbetrags bei 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten willkürlich (vgl. Beschwerde, Rz. 330).

Nach konstanter Praxis liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist jedoch nur aufzuheben, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (vgl. BGE 141 IV 305 E. 1.2; 138 I 305 E. 4.3; 137 I 1 E. 2.4; Urteil des BVGer B-2067/2015 vom 25. April 2017 E. 3.3).

Mit ihren Rügen weisen die Beschwerdeführerinnen auf tatsächliche oder vermeintliche Fehler der Vorinstanz

hin. Wie gezeigt wurde respektive noch zu zeigen sein wird, handelt es sich dabei aber nicht um Fehler, die zu einem unhaltbaren Ergebnis führen (vgl. E. 8.3.2.3 hinsichtlich Distanz zwischen Zentrale und Poststandort und hinsichtlich Modellierung der Berechnungsszenarien, E. 8.2.1 hinsichtlich des Verhältnisses Preis/wirtschaftliche Gegenleistung, E. 6.2.2 hinsichtlich Austauschbarkeit BBCE/CES durch TAL und E. 10.4.3 f. hinsichtlich Ansetzung des Basisbetrags). Den Beschwerdeführerinnen scheint es vielmehr darum zu gehen, dem Bundesverwaltungsgericht aufzuzeigen, dass ihre Lösung zutreffender sei als diejenige der Vorinstanz. Ein derartiger Umstand führt indessen nicht zur Annahme eines rechtserheblichen Verstosses gegen das Willkürverbot.

10. Sanktionierung

Ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG).

Die Belastung entfällt unter anderem, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

10.1 Sanktionierbarkeit und Bestimmtheitsgebot

Es stellt sich die Frage, ob der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere, welcher sich auf Art. 7 Abs. 1 KG stützt, genügend bestimmt ist, um eine Sanktion nach Art. 49a KG zu rechtfertigen.

Das Bundesgericht hat sich im Fall "Preispolitik Swisscom ADSL" ausführlich mit dieser Thematik befasst und ist zum Schluss gekommen, dass Art. 7 Abs. 1 KG den Anforderungen des Grundsatzes "keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 7 EMRK [SR 0.101] und Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]) genügt. Zur Begründung führt es aus, dass die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen, die bisherige (insbesondere europäische und US-amerikanische) Fallpraxis und die juristische Literatur zur Konkretisierung von Art. 7 Abs. 1 KG im Zusammenhang mit der Kosten-Preis-Schere beigetragen hätten (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.3 ff., "Preispolitik Swisscom ADSL"). Eine auf Art. 7 Abs. 1 KG gestützte Sanktionierung ist daher auch im vorliegenden Fall grundsätzlich möglich.

10.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

10.2.1 Vorgebrachte Argumente

Die ausgesprochenen Sanktionen sind nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen als Bussen im Sinne des Schweizerischen Strafgesetzbuches zu qualifizieren; die zugrundeliegenden Verhaltensweisen stellten damit Übertretungen dar. Sie machen geltend, Übertretungen verjähren gemäss Art. 109 StGB innert dreier Jahre. Würden die nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierten Tatbestände hingegen als Übertretungen im Sinne von

Art. 11 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) betrachtet, gelte dafür mangels einer kartellrechtlichen Verjährungsvorschrift eine Verfolgungsverjährung von maximal vier Jahren. Im vorliegenden Fall seien die angeblich unzulässigen Verhaltensweisen verjährt, weshalb eine Sanktionierung von Swisscom nicht mehr in Frage komme. Denn die angeblich kartellrechtswidrigen Handlungen seien am 28. November 2008 mit der Abgabe des letzten Angebots von Swisscom (Vorwurf der Diskriminierung) bzw. spätestens am 27. Februar/6. März 2009 mit dem Abschluss des Vertrages zwischen der Post und Swisscom (Vorwurf der Erzwingung unangemessener Preise) erfolgt und damit beendet.

Nach Ansicht der Vorinstanz sind weder das StGB noch das VStrR anwendbar, da das Verfahren vom Gesetzgeber als reines Verwaltungsverfahren ausgestaltet worden sei (Art. 39 KG). Das Kartellrecht kenne lediglich eine Verfolgungsverjährung von fünf Jahren (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). Im vorliegenden Fall sei die Verfolgungsverjährungsfrist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ("Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist") mit Eröffnung der Untersuchung am 18. Juli 2013 gegen Swisscom gewahrt worden, da der Zuschlag durch die Post am 28. November 2008 erfolgt sei.

10.2.2 Massgebende Verjährungsfrist

Das Bundesgericht hat die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, welche nach ihrem Wortlaut die Sanktionierbarkeit kartellrechtswidrigen Verhaltens in zeitlicher Hinsicht regelt, in einem spielbankenrechtlichen Urteil als Verjährungsfrist eingestuft und als solche sinngemäss zur Lückenfüllung herangezogen (vgl. BGE 140 II 384 E. 4.3.1). Im Schrifttum ist die Rechtsnatur der Frist umstritten (vgl. die Übersicht über den Meinungsstand im Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 703, "Preispolitik ADSL").

Vor dem Hintergrund des strafrechtsähnlichen Charakters von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2, "Publigroupe") stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieser Bestimmung zu den von den Beschwerdeführerinnen angeführten Fristenregelungen im VStrR und im StGB. In der Botschaft des Bundesrats finden sich dazu keine Hinweise (vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2042).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht die spezialgesetzliche Regelung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, welche mit der Revision des Kartellrechts im Jahr 2003 (vgl. Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385) eingeführt wurde, als lex posterior und lex specialis den Fristregelungen von Art. 11 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB (Verfolgungsverjährungsfrist von vier Jahren) und von Art. 109 StGB (Verfolgungsverjährungsfrist von drei Jahren) vor (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 E. 9.2.4, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau", mit Verweisen; B-831/2011 Rz 1697 ff., "Six Group").

Hierfür spricht insbesondere die Zwecksetzung 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 (Art. 1 KG). Auch der Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG spricht für diese Auslegung. Denn der Umkehrschluss aus Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergibt, dass Wettbewerbsbeschränkungen (nach Art. 5 Abs. 3 und 4 und Art. 7) sanktioniert werden dürfen, sofern sie weniger als fünf Jahre vor der Eröffnung der Untersuchung ausgeübt worden sind. Es stünde im Widerspruch zum erwähnten Zweck des Kartellgesetzes, wirksamen Wettbewerb sicherzustellen, wenn die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG durch die Anwendbarkeit der von den Beschwerdeführerinnen angeführten kürzeren Fristen des VStrR oder des StGB unterlaufen würde. Ein solches Ergebnis kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 E. 9.2.4, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau"; B-831/2011 Rz. 1692, "Six Group").

Die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gilt indessen lediglich als Anhaltspunkt dafür, dass die Frist für die allgemeine kartellrechtliche Verjährung in jedem Fall mehr als fünf Jahre betragen muss; denn eine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung kann nicht aus einer analogen Anwendung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG abgeleitet werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1692 ff., "Six Group"). Sowohl eine analoge Heranziehung der absoluten Verjährungsfrist bei unerlaubten Handlungen (Art. 60 OR) als auch ein Abstellen auf die allgemeine Verjährungsfrist bei Forderungen (Art. 127 f. OR) führen nach einem neueren Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu einer Verjährungsfrist von zehn Jahren als allgemeine kartellrechtliche Verjährung (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1697 ff., "Six Group"). Von dieser Verjährungsfrist ist auch im vorliegenden Fall auszugehen.

10.2.3 Im vorliegenden Fall

Die Vorinstanz hat ihre Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen am 18. Juli 2013 eröffnet. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht ausführen, sind die kartellrechtswidrigen Handlungen am 28. November 2008 mit der Abgabe des letzten Angebots von Swisscom bzw. spätestens am 27. Februar/6. März 2009 mit dem Abschluss des Vertrages zwischen der Post und Swisscom erfolgt. Zwischen diesen Handlungen und dem Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung sind demnach weniger als zehn Jahre vergangen. Demzufolge ist die allgemeine kartellrechtliche Verjährungsfrist von zehn Jahren noch nicht eingetreten. Ebenso wurde die Fünfjahresfrist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eingehalten.

Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, wonach eine Sanktionierung aufgrund Verjährung zu unterbleiben habe, erweist sich somit als unbegründet.

10.3 Vorwerfbarkeit

10.3.1 Allgemeines

eines qualifizierten Kartellrechtsverstosses als auch das "Verschulden" bzw. die Vorwerfbarkeit nachzuweisen, was sie unterlassen habe. So führe die Vorinstanz nicht aus, inwiefern Swisscom ein Organisationsverschulden treffe, und zeige auch nicht, mit welchen zumutbaren

Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit des sanktionierten Unrechts gegenüber dem beschuldigten Unternehmen als subjektives Tatbestandsmerkmal voraus (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-771/2012 und B-880/2012 des BVGer vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1 resp. E. 11.1.1, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau", mit Hinweisen auf die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts). Massgebend ist eine Sorgfaltspflichtverletzung (durch aktives Handeln oder Unterlassung) oder ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens (vgl. 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1488, "Six Group"; BORER, a.a.O., Art. 49a KG, Rz.11; PATRICK L. KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.220). Muss-te einem Unternehmen bzw. den Organen aufgrund der Umstände bewusst gewesen sein, dass ein Verhalten heikel war und eine Sanktionierung drohte, und sah es gleichwohl nicht von seiner Verhaltensweise ab, liegt regelmässig ein solcher Mangel vor (vgl. KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26, mit Verweis auf Urteil des BGer 2C_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]), da die Unternehmen über die Regeln des KG, die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein müssen (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

Soweit ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren ist, sind Sorgfaltspflichtverletzungen, die im Konzern eintreten, auch ohne Weiteres diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 678, "Preispolitik ADSL", mit Verweis auf Urteil des BGer 2C_484/2010 E.3.4, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1494, "Six Group"; BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

10.3.2 Vorgebrachte Argumente

Die Beschwerdeführerinnen erklären, Swisscom könne höchstens eine fahrlässig begangene Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden. Die Vorinstanz habe Swisscom die Kartellrechtsverstösse gestützt auf Annahmen und Mutmassungen zum Vorwurf gemacht, indem sie aus der Festlegung hoher kommerzieller Vorleistungspreise sowie der Swisscom-intern institutionalisierten Compliance-Richtlinie auf eine bewusste, strategisch eingesetzte und missbräuchliche Behinderung anderer FDA sowie auf eine unangemessene Ausnutzung von Preisspielräumen auf dem Endkundenmarkt geschlossen habe. Als Ausfluss der Unschuldsumutung habe die Vorinstanz jedoch sowohl das Vorliegen

organisatorischen Massnahmen der angebliche Verstoss gegen das KG zu vermeiden gewesen wäre. Swisscom habe mittels ihrer Compliance-Richtlinien alles versucht, um Ungleichbehandlungen und eine "strategische" Kosten-Preis-Schere zu vermeiden.

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung am Vorwurf einer vorsätzlichen Begehung fest und erklärt, die kartellrechtskonforme Vorgehensweise wäre gewesen, die Preise für kommerzielle Vorleistungsprodukte so an die Preise der regulierten Vorleistungsprodukte anzunähern, dass diese für nachfragende FDA nicht nur in technischer, sondern auch in preislicher Sicht austauschbar gewesen wären. Die angeblichen Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerinnen seien als strategische Verhaltensweise zu qualifizieren, um die unangemessenen Preise bei den kommerziellen Vorleistungsprodukten zu verdecken, durch welche Wettbewerber diskriminiert worden und Kosten-Preis-Scheren entstanden seien. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen solche Massnahmen ergriffen hätten, zeige, dass ihnen bewusst gewesen sei oder zumindest bewusst hätte gewesen sein müssen, dass ihre Preissetzungspolitik missbräuchlich und kartellrechtlich problematisch sei.

10.3.3 Vorwerfbarkeit im vorliegenden Fall

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen, wonach die Vorinstanz Swisscom die Kartellrechtsverstösse gestützt auf Annahmen und Mutmassungen zum Vorwurf gemacht habe, hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aufgrund der Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 22. September 2010 nachvollziehbar und überzeugend aufgezeigt, dass sich Swisscom der grossen Preisdifferenz zwischen dem regulierten Produkt TAL und den kommerziellen Produkten BBCS und CES hätte bewusst gewesen sein müssen. Unter Berufung auf die Compliance-Richtlinie der Beschwerdeführerinnen und deren diesbezüglichen Äusserungen erläuterte die Vorinstanz zudem, dass Swisscom die Vorleistungskosten derjenigen Wettbewerber, die Vorleistungsprodukte bei ihr nachfragten, weitgehend hätte kennen sollen (vgl. Verfügung, Rz. 564). Die Vorinstanz zeigte auch auf, dass sich Swisscom aufgrund verschiedener kartellrechtlicher Verfahren über ihre marktbeherrschende Stellung in verschiedenen Märkten für Breitbandanbindungen hätte gewahrt und damit in Bezug auf kartellrechtliche Problematiken wie der Kosten-Preis-Schere besonders sensibilisiert sein müssen (vgl. Verfügung, Rz. 556). Des Weiteren legte die Vorinstanz dar, dass sich Swisscom bei kartellrechtlich korrekter Anwendung ihrer Preispolitik selbst immer die kommerziellen Vorleistungspreise hätte verrechnen sollen. Um den sich daraus ergebenden systematischen Kostennachteil von Sunrise zu verhindern, hätte Swisscom die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte senken müssen. Durch das Aufrechterhalten des hohen Preisniveaus für die kommerziellen Vorleistungsprodukte habe Swisscom aber eine Disziplinierung durch das regulierte Vorleistungsprodukt TAL erfolgreich verhindert (vgl. Verfügung, Rz. 548).

Damit hat die Vorinstanz gestützt auf Äusserungen der Beschwerdeführerinnen und deren Compliance-Richtlinien ausreichend dargetan, welche kostenspezifischen Kenntnisse die Organe der Swisscom über ihre Mitbewerber haben mussten, wie sie ihre eigene Stellung auf dem Markt einschätzen mussten, wie sie sich trotz dieses Wissens verhalten haben, und wie sie ihr Verhalten hätten ändern sollen. Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe ihnen die

Kartellrechtsverstösse gestützt auf Annahmen und Mutmassungen zum Vorwurf gemacht, stösst somit ins Leere.

Im Zusammenhang mit der Vorwerfbarkeit sind namentlich folgende Fakten relevant: Die Beschwerdeführerinnen wiesen selber auf eine Besprechung vom 12. September 2008 hin, anlässlich derer sich ein Vertreter von Sunrise beklagt habe, dass Sunrise mit den Vorleistungspreisen von Swisscom Wholesale keine Chance habe, der Post eine konkurrenzfähige Offerte zu unterbreiten (vgl. Stellungnahme vom 28. August 2009, act. 14, S. 8). Zudem habe an einem Anlass vom 22. September 2008 der gleiche Sunrise-Vertreter gegenüber einem Verantwortlichen von Swisscom Wholesale massive Vorwürfe wegen angeblich protektionistischen Verhaltens von Swisscom im Zusammenhang mit der WAN-Ausschreibung erhoben (vgl. Stellungnahme vom 28. August 2009, act. 14, S. 8). Schliesslich erklärte Sunrise in einer E-Mail vom 23. November 2008 gegenüber Swisscom Wholesale, ohne eine zusätzliche substantielle Preisreduktion der wiederkehrenden Kosten werde Sunrise wenig Chancen haben, das Los 2 wie auch den Gesamtauftrag zu gewinnen, und bat um zusätzliche Projektrabatte, die ihr von Swisscom Wholesale teilweise gewährt wurden (vgl. E-Mails vom 23. und 25. November 2008, Beilage 17, act. 14).

Weiter erklärten die Beschwerdeführerinnen, dass sie ihre Offerten für Endkunden unter Berücksichtigung der Grenzkosten, welche den anderen FDA durch den Bezug von Swisscom-Vorleistungen erwachsen würden, berechne. Konkret berücksichtige Swisscom sowohl die gesetzlichen Zugangsansprüche anderer FDA nach dem FMG als auch die eigenen kommerziellen Vorleistungen. Ziel dieser Vorgehensweise sei es, ein kartellrechtskonformes Angebotsverhalten sicherzustellen und damit Kosten-Preis-Scheren zu vermeiden (vgl. Beschwerde, Rz. 36).

Hinzu kommen fernmelde- und kartellrechtliche Verfahren, in welche die Beschwerdeführerinnen involviert waren: Ab Januar 2008 war beim Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Swisscom gegen die Verfügung der ComCom vom 21. November 2007 in Sachen "Schneller Bitstrom" hängig. In diesem fernmelderechtlichen Verfahren hatte die Vorinstanz (als Gutachterin) Swisscom als marktbeherrschend im Wholesale-Markt für Breitbanddienste qualifiziert (vgl. Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 in Sachen TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet betreffend schneller Bitstromzugang, in: RPW 2008/1 S. 222 ff., Rz. 89). Bereits am 20. Oktober 2005 hatte die Vorinstanz das kartellrechtliche Verfahren "Preispolitik Swisscom ADSL" eröffnet, im Rahmen dessen die Stellung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste und ein damit zusammenhängender Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Kosten-Preis-Schere) untersucht wurden (vgl. Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2009, "Preispolitik Swisscom ADSL" in: RPW 2010/1 S. 116 ff.).

Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen und ihre Organe zumindest billigend in Kauf genommen haben, dass die von ihnen gegenüber Sunrise offerierten Preise und der

gegenüber der Post geforderte Endkundenpreis aufgrund ihrer starken Stellung am Markt kartellrechtlich heikel sein konnten. Trotzdem haben die Beschwerdeführerinnen an ihrer Preissetzung festgehalten. Insofern erscheinen die vorgehend beschriebene Vorgehensweise zur Erstellung von Endkundenofferten und die Compliance-Richtlinien der Beschwerdeführerinnen als unzulänglich, weshalb die Beschwerdeführerinnen aus der Existenz solcher Richtlinien nichts zu ihren Gunsten ableiten können.

Angesichts der vorstehend genannten Umstände, den von Sunrise erhobenen Vorwürfen und anhand ihrer eigenen Berechnungen nahmen die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe in Kauf, gegenüber Sunrise eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden. Aufgrund ihrer starken Stellung in den relevanten Märkten und angesichts der Grösse des Post-Projekts, welches schweizweite Leistungen erforderte, war für Swisscom erkennbar, dass die Post kaum auf Angebote alternativer FDA ausweichen könnte und somit gezwungen sein würde, den unangemessen hohen Offertpreis hinzunehmen und Swisscom den Zuschlag zu erteilen, zumal das Zuschlagskriterium "Preis" im Submissionsverfahren mit 40 % bewertet wurde und somit letztlich ausschlaggebend war. Und da Sunrise geplant hatte, Vorleistungen bei ihr zu beziehen, wusste Swisscom um die Grössenordnung, in welcher sich der Preis von Sunrise bewegen würde. Mit diesem Wissen konnte Swisscom Berechnungen dazu anstellen, mit welchem Angebotspreis sie trotz hoher Marge immer noch eine erhöhte Chance auf den Zuschlag haben würde.

Somit ist den Beschwerdeführerinnen das kartellrechtswidrige Verhalten zu Ungunsten von Sunrise und der Post auch in subjektiver Hinsicht mindestens im Sinne einer Inkaufnahme (Eventualvorsatz) zum Vorwurf zu machen (vgl. auch BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, es liege ein bloss fahrlässiger Verstoss vor, ist daher unbegründet.

10.4 Sanktionsbemessung

10.4.1 Allgemeines

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen zu sanktionieren; die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (maximale Sanktion; Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 7 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - maximalen Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten bestimmt (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 12.3.1, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]): Ermittlung des

Basisbetrags (Art. 3 SVKG; vgl. nachstehend), Berücksichtigung der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV).

Der Basisbetrag (Art. 3 SVKG) wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte, Umsatz auf diesen und Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; vgl. auch: FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei der Festlegung von Kartellgeldbussen, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht [EWS] 2017 S. 241 ff.; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 30 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.232 ff.). Das Kriterium "gesamter in der Schweiz erzielter Umsatz" für die Berechnung der Obergrenze der Sanktion nach Art. 7 SVKG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG ist vom Ausgangskriterium zur Berechnung des Basisbetrags, dem "Umsatz auf den betroffenen relevanten Märkten in der Schweiz" in Art. 3 SVKG, zu unterscheiden (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a, Rz. 18; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a KG, Rz. 13). Der Umsatz auf dem Einzelsubmissionsmarkt entspricht dem Umsatz, welchen der Zuschlagsempfänger mit dem fraglichen Einzelprojekt erzielte (vgl. Urteil des BVer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.5.2 "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau"; nachstehend E. 10.4.3). Die Feststellung der betroffenen relevanten Märkte ist tatsächlicher Natur, kann aber wertende Feststellungen über die Reichweite des marktschädigenden Verhaltens voraussetzen (vgl. BGE 144 II 194, 203 E. 6.2 f. "Bayerische Motoren Werke").

Die Schwere der Zuwiderhandlung bemisst sich primär nach dem abstrakten Gefährdungspotential des Kartellrechtsverstosses. Zu berücksichtigen sind unter anderem der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; BÖNI/WASSMER, a.a.O., S. 242; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 51). Die Erläuterungen zu Art. 3 Bst. d SVKG gehen davon aus, dass sich bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG der Basisbetrag "regelmässig im oberen Drittel des Rahmens", d.h. bei 7-10 % (vgl. ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2009, Rz. 285 Fn. 800; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 55) bewegt. Es ist jedoch im Einzelfall zu beurteilen (vgl. Urteile des BVer B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe", und B-7633/2009 Rz. 713, "Preispolitik ADSL"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 54).

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrags kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (vgl. Urteil des BVer B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe"; DOSS, a.a.O., Rz. 278; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 29; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 18). In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern

nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.7, "Publigroupe").

Die Vorinstanz legte die Maximalhöhe der Sanktion auf CHF 2'818.7 Mio. (10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Gesamtumsatzes in der Schweiz) und die Obergrenze des Basisbetrags auf CHF [1'200'000-1'400'000] (10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten) fest. Diese Obergrenze des Basisbetrags erhöhte sie aufgrund der Dauer des Verstosses gegenüber der Post um 50 % (CHF [600'000-700'000]) und schlug den durch den Kartellrechtsverstoss erzielten Gewinn (CHF [5-7] Mio.) unter dem Titel "erschwerende Umstände" dazu. Auf diese Weise errechnete die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion in der Höhe von CHF 7'916'438 (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 617).

10.4.2 Vorgebrachte Argumente

Gegen die konkrete Festlegung der maximalen Sanktionshöhe haben die Beschwerdeführerinnen nichts eingewendet. Doch sei die Höhe der Sanktion bundesrechtswidrig. Falls überhaupt eine Sanktion verhängt werden solle, wäre diese massiv zu senken. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass die Art und Schwere des Verstosses höchstens marginal bzw. sehr gering seien, weshalb der Basisbetrag auf maximal 2 % des massgeblichen Umsatzes festzulegen sei. Die Vorinstanz habe bei der Festsetzung des Basisbetrags die speziellen Gegebenheiten des Einzelfalls und die entsprechenden Vorbringen von Swisscom nicht bzw. ungenügend berücksichtigt. Swisscom habe im Moment, in dem sie der Post ihr Angebot unterbreitet habe, die Angebote der anderen FDA sowie deren Effizienz nicht gekannt. Entsprechend habe sie nicht erkennen können, wie sie ihr Angebot "kartellrechtskonform" hätte berechnen sollen. Weiter sei zu beachten, dass es sich um einen einzigen Fall (die WAN-Ausschreibung der Post) gehandelt habe. Insofern seien die volkswirtschaftlichen Auswirkungen äusserst beschränkt gewesen. Zudem habe das WAN-Projekt der Post in verschiedenster Hinsicht einen Sonder- bzw. Einzelfall dargestellt: Es sei um ein Lösungsgeschäft gegangen, in dessen Rahmen massgeschneiderte Lösungen notwendig gewesen seien; für das Massengeschäft vorgesehene Produkte hätten nicht ohne Weiteres eingesetzt werden können. Hinzu komme, dass der von der Vorinstanz veranschlagte Basisbetrag auch vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 7 KG (Fall "Publigroupe") sowie unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebotes und des Verhältnismässigkeitsprinzips bundesrechtswidrig sei. Zudem sei die Erhöhung des Basisbetrags um 50 % wegen der angeblich langen Dauer der Widerhandlung nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen bundesrechtswidrig, da es sich entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht um ein Dauerdelikt handle. Werde dennoch von einem Dauerdelikt ausgegangen, sei zu berücksichtigen, dass die Post die Vertragsverlängerungsoption aus freien Stücken ausgeübt habe. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist des Weiteren die lange Verfahrensdauer als Verletzung des Beschleunigungsgebotes als mildernder Umstand zu berücksichtigen. Die lange Verfahrensdauer von sechseinhalb Jahren sei nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das Sekretariat der Vorinstanz Sunrise acht Fristerstreckun-

gen für die Stellungnahme zur Gegenrechnung gewährt habe. Sunrise wäre in der Lage gewesen, sich innert nützlicher Frist zur Sache zu äussern. Zudem sei das Sekretariat während langer Phasen untätig geblieben und habe aufgrund einer veralteten Standortliste unnötigen Aufwand mit der Berechnung angeblicher Kosten von Sunrise betrieben. Hätten die Wettbewerbsbehörden ihre Abklärungen und Verfahren mit der nötigen Priorität geführt, hätte das Verfahren kaum mehr als zwei Jahre in Anspruch genommen. Die Beschwerdeführerinnen sind schliesslich der Ansicht, dass kein besonders hoher Gewinn vorliege, zumal lediglich der während der ersten vier Jahre erzielte Umsatz für die Beurteilung des angeblich übermässig hohen Gewinns herangezogen werden dürfe. Welche konkreten Beweggründe die Vorinstanz dazu hätten verleiten lassen, den angeblich erzielten mutmasslichen unrechtmässigen Gewinn auf CHF [5-7] Mio. festzusetzen, werde in der angefochtenen Verfügung nicht ansatzweise begründet.

Die Vorinstanz hält die Ausschöpfung des vollen Sanktionsrahmens für angemessen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, wonach sie keine Kenntnis von ihren Wettbewerbern gehabt hätten, stünden im direkten Widerspruch zu den Ausführungen zu ihrer Compliance-Praxis, gemäss welcher sie die Kosten der Wettbewerber errechnet hätten, um zu verhindern, dass eine Kosten-Preis-Schere entstehe. Da die Beschwerdeführerinnen die unangemessen hohen Preise jederzeit hätten senken können, geht die Vorinstanz davon aus, dass sie zu Recht von einem Dauerdelikt gegenüber der Post ausgegangen sei. Die Vorinstanz hält zudem die Verfahrensdauer für angemessen. Da die Beschwerdeführerinnen ihre Gegenrechnung als integrales Geschäftsgeheimnis bezeichnet habe, habe diese von der Anzeigerin nicht überprüft werden können. Stattdessen habe sie diese Berechnungen selbst überprüfen müssen. Auch sei die Zeit, in der sie angeblich untätig gewesen sei, dazu genutzt worden, weitere für die Sachverhaltsabklärung notwendigen Berechnungen durchzuführen. Schliesslich hielt die Vorinstanz an der Berücksichtigung des mutmasslichen unrechtmässigen Gewinns in der Höhe von CHF [5-7] Mio. fest, da selbst bei dem von den Beschwerdeführerinnen berechneten Preis in der Höhe von CHF [14'000'000-16'000'000] ein unrechtmässiger Gewinn von mehr als CHF [5-7] Mio. resultiere.

10.4.3 Umsatz auf den relevanten Märkten und Obergrenze des Basisbetrags

Ausgangspunkt für die Ermittlung des Basisbetrags bildet der Verstoss (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"), im vorliegenden Fall das missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen anlässlich der Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung. Auf einem der betroffenen Märkte, nämlich auf dem "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung", haben die Beschwerdeführerinnen einen Umsatz erzielt. Dieser Umsatz mit der Post betrug in den letzten drei Geschäftsjahren, ausgehend von den Berechnungen der Beschwerdeführerinnen, CHF [12'000'000-14'000'000] (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 587; Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 17. April 2015 Rz. 267 f. [act. 146]). Die Obergrenze des Basisbetrags beträgt

10 % des massgeblichen Umsatzes, im vorliegenden Fall somit CHF [1'200'000-1'400'000].

10.4.4 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

Nach der Vorinstanz rechtfertigt die besondere Schwere der Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen eine Sanktion von 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten als Basisbetrag (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 596).

Schwere und Art des Verstosses (Art. 3 SVKG) sind bei der Berechnung des Basisbetrags nach der Rechtsprechung des BGER bloss objektiv, d.h. verschuldensunabhängig, zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 230; ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 139), weshalb die Rüge der Beschwerdeführerinnen, sie hätten die Angebote der anderen FDA und deren Effizienz nicht gekannt und entsprechend nicht erkennen können, wie sie ihr Angebot "kartellrechtskonform" hätte berechnen sollen (vgl. vorne, E. 10.3.1), im vorliegenden Fall die Bemessung des Basisbetrags nicht beeinflusst. Dies schliesst nicht aus, allfällige subjektive Elemente des Verstosses bei den erschwerenden oder mildernden Umständen zu berücksichtigen (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 139; DOSS, a.a.O., Rz. 285).

Zu berücksichtigen sind im Basisbetrag insbesondere der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2 "Swisscom ADSL"). Das beanstandete Verhalten von Swisscom ist vorliegend auf eine einzige, wenngleich grosse und prestigeträchtige Ausschreibung beschränkt. Ihre beiden Wettbewerberinnen haben dadurch "lediglich" einen bedeutsamen Auftrag verloren. Bei diesen Wettbewerberinnen handelte es sich aber um grosse Marktplayer, so dass nur eine scheinbar kleine Zahl vom wettbewerbswidrigen Verhalten der Beschwerdeführerinnen betroffen war. Dass die Beschwerdeführerinnen in der Ausschreibung ihre Konkurrenz unter Einsatz ihrer Marktmacht massiv distanziert haben, war zudem geeignet, deren Risikoverhalten und Selbstvertrauen in späteren Konkurrenzsituationen nachteilig zu beeinflussen. Wie im Fall "Preispolitik ADSL", wo die untersuchte Preispolitik eine erhebliche und bleibende Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbandprodukte und der allgemeinen Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Telekommunikationsmarkt bewirkte (vgl. Urteil des BVer B-7633/2009 Rz. 747, "Preispolitik ADSL"), ist darum auch im vorliegenden Fall von einem mittelschweren bis schweren Verstoss auszugehen.

Insgesamt erweist sich die Festlegung des Basisbetrags bei 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten als nicht gerechtfertigt. Die Vorinstanz hat bereits im Basisbetrag die Verletzung von zwei verschiedenen Tatbeständen durch zwei voneinander getrennten Handlungsweisen berücksichtigt. Dieser Um-

stand ist jedoch als Erschwerungsgrund zu behandeln (vgl. unten, E. 10.4.6). Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich demnach zwar weiterhin veranlasst, die Obergrenze des Basisbetrags im oberen Drittel des Sanktionsrahmens, jedoch lediglich bei 8 % des massgeblichen Umsatzes festzusetzen, wodurch sich ein Basisbetrag in der Höhe von CHF [900'000-1'200'000] ergibt.

10.4.5 Zuschlag für die Dauer des beanstandeten Verhaltens

Weiter ist zu berücksichtigen, wie lange die Widerhandlung der Beschwerdeführerinnen gegenüber der Post gedauert hat (vgl. Beschwerde, Rz. 339 ff.).

Die Widerhandlung gegenüber der Post besteht in der Tathandlung, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Offerte, welche am 14. Januar 2009 den Zuschlag bekam, von der Post einen unangemessenen Preis erzwungen haben. Der Zuschlag versetzte die Post als Vergabestelle in die Lage, den Vertrag gestützt auf das Ausschreibungsverfahren abzuschliessen (Art. 22 Abs. 1 aBöB; vgl. SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 110). Doch beschränkte sich die widerrechtliche Handlung der Beschwerdeführerinnen nicht auf die Abgabe der definitiven (überhöhten) Offerte und den anschliessenden Vertragsschluss mit der Post. Denn die Ausschreibung sah anders als dies etwa bei Einzel-Bauprojekten der Fall ist (vgl. Verfügung der WEKO vom 2. Oktober 2017 betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U, in: RPW 2018/4 S. 736 ff., Rz. 163) - nicht nur die Errichtung, sondern auch den vierjährigen Betrieb eines WAN für die Poststandorte vor. Der Vertrag wurde in der Folge um ein weiteres Jahr verlängert, was auch die Zustimmung der Beschwerdeführerinnen voraussetzte. Damit kommt - wiederum im Gegensatz zur Ausschreibung einzelner Bauprojekte - ein längeres bzw. anhaltendes zeitliches Element hinzu, waren doch nebst der Erstellung noch während vier respektive fünf Jahren fortlaufend Dienstleistungen zu erbringen. Während dieser Zeit wurde die Konkurrenz von der Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistungen ausgeschlossen. In diesem Sinne zeichnet sich die zu beurteilende Widerhandlung durch einen Dauercharakter aus, wie er etwa im Fall "Preispolitik ADSL" festgestellt wurde (vgl. Urteil des BVer B-7633/2009 Rz. 755 f., "Preispolitik ADSL").

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Erhöhung des Basisbetrags um 50 % wegen der insgesamt fünfjährigen Dauer der Widerhandlung Bundesrecht nicht verletzt.

Der Basisbetrag ist somit unter Berücksichtigung der Art und Schwere (Art. 3 SVKG) sowie der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) um CHF [450'000-600'000] zu erhöhen.

10.4.6 Mehrere Tathandlungen als erschwerender Umstand

Einen Einfluss auf die Bemessung und allfällige Erhöhung des Sanktionsbetrags hat weiter die Frage, ob die Handlungen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Ausschreibung der Post als einheitlicher Handlungsakt oder als voneinander losgelöste Handlungen zu qualifizieren sind. Denn die Verwirklichung von zwei unterschiedlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen muss, anders als die Verletzung zweier Tatbestände

durch ein und dieselbe Handlung, zu einer verschärfenden Sanktionierung führen. Die Vorinstanz hat diesen Umstand bei der Schwere des Verstosses und damit beim Basisbetrag berücksichtigt (vgl. Verfügung, Rz. 590 f.). Das Bundesverwaltungsgericht prüft ihn demgegenüber gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG (wenn das Unternehmen "wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat"), unter den erschwerenden Umständen (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG Art. 49a Rz. 67; ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, OFK-Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 5 SVKG, Rz. 6).

Im vorliegenden Fall hat Swisscom erstens einen unangemessenen Endverkaufspreis gegenüber der Post über eine Vertragslaufzeit von mehreren Jahren und zweitens unangemessene Vorleistungspreise gegenüber Sunrise im Zeitpunkt der Ausschreibung erzwungen; dabei hat Swisscom eine Kosten-Preis-Schere angewendet. Die Geltendmachung von überhöhten Preisen gegenüber Sunrise steht nicht in einem unauflösbaren Zusammenhang mit der Geltendmachung von überhöhten Preisen gegenüber der Post, da Swisscom auf der einen Seite gegenüber den mitbietenden FDA überhöhte Vorleistungspreise offerieren konnte, um damit deren Chance auf den Zuschlag zu verringern, während es ihr auf der anderen Seite unbenommen war, gegenüber der Post einen ordnungsgemässen Preis anzuwenden. Daher ist von einem Geschehensablauf mit zwei getrennten Handlungen auszugehen, was als erschwerender Umstand zu berücksichtigen ist. Angemessen erscheint, da die mehrfache Tatbegehung auf dieselbe Ausschreibung zurückzuführen ist, ein Zuschlag von 12 % auf dem Basisbetrag von CHF [900'000-1'200'000], erhöht auf CHF [1'350'000-1'800'000] aufgrund der Dauer des Verstosses. Daraus ergibt sich ein weiterer Aufschlag um CHF [162'000-216'000].

10.4.7 Besonders hoher Gewinn als weiterer erschwerender Umstand

Ein durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielter Normalgewinn ist bereits im Basisbetrag enthalten. Übersteigt indes die (feststellbare) unrechtmässige Kartell- oder Monopolrente den Basisbetrag, ist dies als erschwerender Umstand im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen der WEKO zur KG-Sanktionsverordnung, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Bst. b; BÖNI/WASSMER, a.a.O., S. 243; DOSS, a.a.O., Rz. 296; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 48; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.243). Denn der Sanktionsbetrag soll nach den Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsordnung in jedem Fall so weit erhöht werden, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft (vgl. Erläuterungen zu Art. 5 Abs. 1 Bst. b KG), weil er für diesen Fall ein wesentliches Bemessungskriterium für die Sanktion darstellt (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2037). Aufgrund des Regelungszwecks einer vollständigen Abschöpfung ist es dabei angesichts der eindeutigen gesetzgeberischen Intention und entgegen dem zu engen Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1607, "Six

Group"; B-7633/2009 Rz. 770, "Preispolitik ADSL"; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 69).

Die genaue Höhe des Gewinns aus dem unzulässigen Verhalten lässt sich in den meisten Fällen allerdings nur sehr schwer nachweisen (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2002 2037; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 14). Sofern ein Gewinn abgeschätzt oder festgestellt werden kann, muss er als erschwerender Umstand bei der Festlegung der Sanktion berücksichtigt werden (vgl. ROBIN LANDOLT, Prävention und staatliche Aufsicht - Die Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Anna Coninx et al. [Hrsg.], Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Zürich 2017, S. 211 f.; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 142). Der Sanktionsbetrag soll so weit erhöht werden, dass er den Betrag des unrechtmässig erzielten Gewinns mindestens abschöpft oder übertrifft (vgl. Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 11.3.4, "Bayerische Motoren Werke"; DOSS, a.a.O., Rz. 296; LANDOLT, a.a.O., S. 211; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 69 und 71). Damit ist sichergestellt, dass die Kartellrente in jedem Fall kleiner ist als die Sanktion (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 142; DOSS, a.a.O., Rz. 296) und sich das wettbewerbsschädigende Verhalten nicht lohnt.

Die Vorinstanz ist, unter Berücksichtigung von mit der Gewinnberechnung verbundenen Unsicherheiten, von einem unrechtmässigen Gewinn von CHF [5-7] Mio. ausgegangen (vgl. Verfügung, Rz. 606). Zu diesem Betrag kommt sie auch, wenn sie die von den Beschwerdeführerinnen für die Gewinnberechnung als massgebend erachteten Preise (CHF [14'000'000-16'000'000]) bei einem Umsatz von CHF [20'000'000-22'000'000] verwendet (vgl. Beschwerde, Rz. 347; Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 301 f.), errechnete sie doch so einen unrechtmässigen Gewinn von CHF [4'500'000-7'000'000] (vgl. Vernehmlassung, Rz. 105 f.). Diese Beträge können entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen berücksichtigt werden, weil sie auf ihre Berechnungen zurückzuführen sind. Da der von der Vorinstanz errechnete unrechtmässige Gewinn von CHF [5-7] Mio. den unteren Rahmen der vorgenannten Gewinnbeträge (CHF [4'500'000-7'000'000]) überschreitet, ist er zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen auf CHF [4'500'000-7'000'000] herabzusetzen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 303). Und weil dieser Gewinn den Basisbetrag übersteigt, ist er an die Sanktion anzurechnen.

10.4.8 Mildernde Umstände

Aus Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 6 EMRK ergibt sich ein Anspruch auf Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens innert angemessener Frist (Beschleunigungsgebot). Die Vorinstanz hat die von den Beschwerdeführerinnen gerügte lange Verfahrensdauer unter dem Titel "mildernde Umstände" geprüft (vgl. Verfügung, Rz. 610 ff.; vgl. auch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a -53 KG, Rz. 242, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend wird dagegen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. nachstehende E. 10.4.9) auf die entsprechende Rüge eingegangen (vgl. auch BGE 139 II 534 E. 5.4.2; Urteil des BGer 2C_484/2010

E. 11.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]).

Als weiterer mildernder Umstand wird von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht, dass sie uneingeschränkt, vorbehaltlos und unverzüglich kooperiert hätten (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 310 ff.). Ein kooperatives Verhalten der Parteien kann im Rahmen der Sanktionsbemessung und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips unter anderem als mildernder Umstand berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 7.4.5.3, "Publigroupe"), insbesondere beim Willen und der Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 86 f.). Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen trifft es vorliegend nicht zu, dass sie sämtliche Auskunftsbegehren und Fragebögen des Sekretariats fristgerecht und ausführlich beantwortet hätten. So musste das Sekretariat die Beschwerdeführerinnen am 2. August 2012 wegen einer unvollständigen Antwort mahnen (vgl. act. 66). Generell dürfte selbstverständlich sein und demzufolge nicht als mildernder Umstand berücksichtigt werden, dass eine Verfahrenspartei Auskunftsbegehren und die an einer Anhörung gestellten Fragen detailliert beantwortet sowie die vom Sekretariat geforderten Daten liefert.

10.4.9 Verhältnismässigkeit und Berücksichtigung langer Verfahrensdauer

Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ff. SVKG stellen zwar bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art, Schwere und Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz aber im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten (vgl. Urteile des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.1, "Flügel und Klaviere"; B-831/2011 Rz. 1557, "Six Group"). Der Grundsatz verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (vgl. BGE 140 I 353 E. 8.7; 140 I 2 E. 9.2.2). Entsprechend soll der Bussenbetrag bei kartellrechtlichen Sanktionen in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.2 "Gaba"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 12.3.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]).

Aus den Akten ergibt sich nicht, dass die Sanktion für die Beschwerdeführerinnen finanziell nicht tragbar und somit unverhältnismässig wäre (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 615 f.).

Bezüglich der Angemessenheit der Verfahrensdauer lassen sich keine allgemeinen Aussagen machen; diese ist im Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist insbesondere der Komplexität des Falles und dem Verhalten der Parteien und der Behörden Rechnung zu tragen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 101; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteilig-

ten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 294 und 303; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.315).

Für die Beurteilung der Dauer von Kartellrechtsverfahren ist zu berücksichtigen, dass es sich im Regelfall sowohl hinsichtlich ihres sachlichen Umfangs als auch der Abklärungstiefe um äusserst komplexe Sachverhalte handelt (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 11.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1651, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 248 "Preispolitik ADSL"; WASER, a.a.O., S. 305). Ihre Bearbeitung erfordert regelmässig einen grossen Aufwand, der ohne Weiteres zu einer mehrjährigen Bearbeitungsdauer führen kann (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1651, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 248 "Preispolitik ADSL").

Als verfahrensrelevante Zeitdauer ist bei Verfahren zur Verhängung einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG grundsätzlich die Zeitspanne zwischen der Untersuchungseröffnung bis zur angefochtenen Verfügung respektive bis zum gerichtlichen Entscheid massgebend (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 11.1 ff., "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1652 f., "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 250 ff. "Preispolitik ADSL").

Das Kartellverwaltungsverfahren in Sachen "Preispolitik ADSL" hatte ab Eröffnung der Untersuchung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vier Jahre gedauert und wurde nicht als übermässig lang respektive nicht gegen das Gebot der fristgemässen Beurteilung verstossend beurteilt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 254, "Preispolitik ADSL"). Im Fall "Six Group" dauerte die Untersuchung knappe vier Jahre (46 Monate), was unter Berücksichtigung eines Unterbruchs von 20 Monaten und eines weiteren Verzögerungsgrundes ebenfalls nicht als unzulässig lang erachtet wurde (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1652, "Six Group"). Im Fall Publigroupe betrachtete das Bundesverwaltungsgericht eine Verfahrensdauer von vier Jahren und vier Monaten ab Eröffnung der Untersuchung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung als äusserste Grenze des zulässigen Zeitaufwandes, hielt den hohen Zeitaufwand indes angesichts der Komplexität des Verfahrens und der vielen verfahrensleitenden Massnahmen für gerechtfertigt (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 7.5.5, "Publigroupe").

Für den vorliegenden Fall können folgende Feststellungen getroffen werden: Nachdem Sunrise am 30. April 2009 bei der Vorinstanz eine Anzeige gegen die Beschwerdeführerinnen eingereicht hatte, leitete das Sekretariat der Vorinstanz eine Marktbeobachtung ein, in deren Rahmen Swisscom am 28. Mai 2009 aufgefordert wurde, zur Anzeige von Sunrise Stellung zu nehmen. Am 3. Juli 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung. Diese mündete am 18. Juli 2013 in der Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung, welche mit Antrag vom 19. Dezember 2014 endete. Schliesslich erliess die Vorinstanz am 21. September 2015 die angefochtene Verfügung.

Somit beanspruchte das Verfahren ab Untersuchungseröffnung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung zwei Jahre und zwei Monate.

Somit war das eigentliche Untersuchungsverfahren im Vergleich zu den vorzitierten Fällen Publigroupe, Six Group und Preispolitik ADSL sogar von relativ kurzer Dauer. Selbst wenn der Verfahrensabschnitt bis zur Untersuchungseröffnung zur massgeblichen Verfahrensdauer hinzugezählt würde, gibt es plausible Gründe für die Dauer jenes Verfahrensabschnitts. Einerseits verzögerte sich das Verfahren aufgrund mehrerer Fristerstreckungsgesuche von Sunrise. Andererseits musste die Vorinstanz zahlreiche komplexe Berechnungen anstellen, deren Notwendigkeit teilweise darauf zurückzuführen war, dass Swisscom ihre Gegenrechnung als integrales Geschäftsgeheimnis deklariert hatte. Angesichts dieser Umstände sind weder die Dauer des Untersuchungsverfahrens noch die gesamte Verfahrensdauer entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen als lange respektive unverhältnismässig zu qualifizieren.

Demnach erweist sich die angefochtene Verfügung weder im Hinblick auf die Verfahrensdauer noch im Hinblick auf die finanzielle Tragbarkeit als unverhältnismässig.

10.4.10 Ergebnis zum Sanktionsbetrag

Zusammenfassend ist der Sanktionsbetrag (vgl. vorne, E. 10.4.3-10.4.7) von CHF 7'916'438 auf CHF 7'475'261.05 zu korrigieren:

Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	CHF [1'200'000-1'400'000]
Basisbetrag unter Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (Art. 3 SVKG)	CHF [900'000-1'200'000]
Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	CHF [450'000-600'000]
Zuschlag für Mehrheit von Tathandlungen (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG)	CHF [162'000-216'000]
Zuschlag wegen erschwerender Umstände: unrechtmässiger Gewinn (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG)	CHF [4'500'000-7'000'000]
Total	CHF 7'475'261.05

11. Ergebnis betreffend materielle Prüfung und Sanktion

Als Ergebnis folgt, dass Swisscom ihre beherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich missbraucht hat, indem sie im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post von der Post einen unangemessenen Preis erzwungen hat (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Zudem hat Swisscom ihre beherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen missbraucht, indem sie im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post gegenüber Sunrise einen unangemessenen Preis erzwungen (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) sowie eine Kosten-Preis-Schere angewendet hat (Art. 7 Abs. 1 KG). Daher ist sie von der Vorinstanz

zu Recht mit einer Verwaltungsanktion nach Art. 49a KG belastet worden. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist die Sanktion von CHF 7'916'438 auf CHF 7'475'261.05 herabzusetzen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

12. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

12.1 Vorinstanzliche Verfahrenskosten

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres Zeitaufwandes von 1'022 Stunden eine Gebühr von CHF 200'836 auferlegt.

Es sind keine Gründe ersichtlich, aufgrund derer eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids hinsichtlich der Verfahrenskosten angezeigt wäre.

12.2 Verfahrenskosten und Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über CHF 5 Mio. eine Gerichtsgebühr zwischen CHF 15'000 und CHF 50'000 vor. Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von CHF 7.9 Mio.) ist die Gerichtsgebühr streitwertabhängig auf CHF 50'000 festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese ist im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Beschwerdeführerinnen festzulegen (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3; Urteil des BVer A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 4.2) und demnach vorliegend auf CHF 45'000 zu reduzieren (inkl. Reduktion aufgrund der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots; vgl. E. 9.1). Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils mit den am 22. Januar 2016 von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschüssen von je CHF 25'000 verrechnet. Den Beschwerdeführerinnen ist der Differenzbetrag in der Höhe von insgesamt CHF 5'000 innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils auf das von ihnen anzugebende Konto zu überweisen.

Einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei; unnötiger Aufwand wird nicht entschädigt (Art. 8 VGKE). Gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE ist keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur vertretenen

Partei steht. Die Parteien, die Anspruch auf Parteientschädigung erheben, haben dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen (Art. 14 Abs. 1 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die Beschwerdeführerinnen wurden bis kurz vor Ende des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Mitarbeitende des Konzernrechtsdiensts vertreten und haben keinen Antrag auf Parteientschädigung gestellt. Die erst nach Abschluss der Instruktion mandatierten externen Vertreter reichten am 11. Dezember 2020 und am 12. März 2021 unaufgefordert eine Stellungnahme ohne Kostennote ein, in denen sie sich massgeblich auf die bereits vom Konzernrechtsdienst vorgebrachten Argumente stützen konnten und diese darum nur teilweise als notwendige Kosten anzurechnen sind. In Anbetracht ihres nur teilweisen Obsiegens ist den Beschwerdeführerinnen somit eine Entschädigung von CHF 2'000 zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. September 2015 wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegte Sanktion wie folgt neu gefasst:

"Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 KG mit einem Betrag von CHF 7'475'261.05 belastet. Der Betrag von CHF 7'475'261.05 wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt."

2.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens wird den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ein Betrag in der Höhe von CHF 45'000 auferlegt und den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von insgesamt CHF 50'000 entnommen. Den Beschwerdeführerinnen wird der Differenzbetrag in der Höhe von CHF 5'000 innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils zurückerstattet.

4.

Den Beschwerdeführerinnen wird für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von CHF 2'000 zulasten der

Vorinstanz zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0244; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	2. Urteil vom 13. Oktober 2020 – Untersuchung betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG; Verfügung vom 26. Juni 2019
-----	---

Urteil B-6759/2019 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 13. Oktober 2020 in Sachen FCA Capital Suisse SA, vertreten durch [...], Klägerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Beklagte. Gegenstand: Untersuchung 22-0446 betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG; Verfügung vom 26. Juni 2019.

Sachverhalt:

A.

A.a Am 10. März 2014 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Sekretariat) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gegen AMAG Leasing AG, BMW Finanzdienstleistungen (Schweiz) AG, FCA Capital Suisse SA (nachfolgend: FCA Capital), Ford Credit (Switzerland) GmbH, Opel Finance SA, Mercedes-Benz Financial Services Schweiz AG, Multilease AG, PSA Finance Suisse SA und RCI Finance SA, da aufgrund einer Selbstanzeige Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG insbesondere im Bereich des Leasings von Fahrzeugen vorlagen. Gegenstand der Untersuchung bildete die Frage, ob die vorgenannten neun Leasing- und Finanzierungsunternehmen von Fahrzeugherstellern bzw. -Importeuren, darunter auch die FCA Capital, im Rahmen von regelmässigen Treffen sowie in elektronischer Form sensible und preisrelevante Informationen ausgetauscht hatten und ob mit diesem Informationsaustausch eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG getroffen wurde.

A.b Mit acht Untersuchungsadressatinnen, so auch mit der FCA Capital, konnte das Sekretariat am 6. und 17. Dezember 2018 eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG (nachfolgend: EVR) treffen. Diese enthält verschiedene Vorbemerkungen sowie die eigentliche Vereinbarung.

Unter dem Titel "Vereinbarung" verpflichteten sich die Untersuchungsadressatinnen, sich nicht mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Gebühren, Händlerkommissionen, Restwert- und Auflösetabellen sowie Penetrationsraten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG in einer unzulässigen Weise auszutauschen. Gemäss Bst. a) der Vorbemerkungen erfolgte die EVR im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Untersuchungsverfahren zu vereinfachen, zu verkürzen und - unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO - zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR lautet wie folgt:

"b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungs-

dichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden."

A.c Mit Schreiben vom 6. Februar 2019 stellte das Sekretariat der WEKO den EVR-Parteien seinen Antrag an die WEKO betreffend die Genehmigung der EVR zu und gab ihnen Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

A.d Am 11. April 2019 nahm die FCA Capital zum Antrag des Sekretariats vom 6. Februar 2019 betreffend Genehmigung der EVR Stellung. Sie beantragte, die Verfügung der Kammer für Teilverfügungen der WEKO sei in Bezug auf den Sachverhalt und die rechtlichen Erwägungen im Vergleich zum Antrag des Sekretariats erheblich zu kürzen. In der von der Kammer für Teilverfügungen der WEKO zu erlassenen Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass die FCA Capital die rechtlichen Erwägungen in der Verfügung nicht anerkennt.

A.e Mit Verfügung vom 26. Juni 2019 (nachfolgend auch: die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung) genehmigte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO die EVR und belastete die acht Untersuchungsadressatinnen mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. Das Verfahren gegen Ford Credit (Switzerland) GmbH, mit welcher das Sekretariat keine EVR abschloss, wurde ordentlich weitergeführt.

A.f Die WEKO eröffnete der FCA Capital die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung mit Schreiben vom 9. Juli 2019 und teilte ihr die Absicht mit, die Verfügung in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW/DPC)" zu publizieren. Sie bat die FCA Capital, ihr innert Frist mitzuteilen, ob die Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung eliminiert werden müssen und wies sie darauf hin, dass allfällige streitige Punkte im Rahmen einer weiteren Verfügung geklärt würden.

B.

B.a Am 10. September 2019 reichte die FCA Capital eine als "Beschwerde/Klage" bezeichnete Eingabe beim Bundesverwaltungsgericht ein. Darin macht sie klageweise Ansprüche aus der EVR gegen die WEKO geltend. Sie verlangt unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, dass das Bundesverwaltungsgericht feststelle, dass die Sanktions- und Genehmigungsverfügung zu umfangreich und deren tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen zu detailliert seien (Rechtsbegehren 1.2). Zudem sei die WEKO anzuweisen, die EVR als Teil einer nicht mehr als fünf Seiten umfassenden Genehmigungsverfügung zu genehmigen, deren Begründung - wie in Bst. b) der Vorbemerkungen zur EVR vorgesehen - lediglich eine Zusammenfassung der tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen enthalte, wobei ihre Kürzungsanträge zu berücksichtigen seien (Rechtsbegehren 1.3).

Beschwerdeweise verlangt die FCA Capital, die Sanktions- und Genehmigungsverfügung sei aufzuheben (Rechtsbegehren 1.1) bzw. eventualiter vollumfänglich aufzuheben (Rechtsbegehren 2). Subeventualiter sei Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung aufzuheben und der FCA Capital sei eine Busse aufzuerlegen, die gestützt auf einen Basisbetrag von 3 Prozent des relevanten Umsatzes berechnet wird (Rechtsbegehren 3).

Daneben stellte die FCA Capital den Verfahrens Antrag, die WEKO sei anzuweisen, die Sanktions- und Genehmigungsverfügung vorerst nicht zu veröffentlichen.

Zur Begründung der klageweise gestellten Begehren bringt die FCA Capital zusammengefasst vor, das Bundesverwaltungsgericht beurteile Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes auf Klage hin als erste Instanz. Einvernehmliche Regelungen nach Art. 29 KG seien öffentlich-rechtliche Verträge der WEKO und somit Verträge des Bundes. Sie fordere die ordnungsgemässe Erfüllung von Bst. b) der Vorbemerkungen zur EVR, nämlich den Erlass einer kurzen Genehmigungsverfügung, die lediglich die Zusammenfassung der Sachverhaltsfeststellungen und rechtlichen Schlussfolgerungen enthalte. Das Hauptziel ihres Rechtsmittels sei es, zu verhindern, dass eine zu umfangreiche und detaillierte Verfügung veröffentlicht werde. Dadurch drohen ihr erhebliche Nachteile in Form von negativer Publizität und der Begünstigung von Zivilklagen.

B.b Den von der FCA Capital gestellten Verfahrens Antrag wies das Bundesverwaltungsgericht nach einem mehrfachen Schriftenwechsel mit Zwischenverfügung vom 27. November 2019 ab, soweit es darauf eintrat. Mit Verfügung vom 28. November 2019 trennte es aufgrund der verschiedenen Verfahrensvorschriften das Klage vom Beschwerdeverfahren. Es führte das Klageverfahren fortan unter der Verfahrensnummer B-6759/2019 weiter. Das Beschwerdeverfahren (B-_____) wurde mit Zwischenverfügung vom 24. Dezember 2019 sistiert.

B.c Die WEKO (nachfolgend: Beklagte) beantragt im vorliegenden Klageverfahren mit Klageantwort vom 3. Februar 2020 die Abweisung der Rechtsbegehren der FCA Capital, sofern darauf einzutreten sei, unter Kostenfolge zu Lasten der FCA Capital.

Bei der amtlichen Publikation handle es sich um tatsächliches Verwaltungshandeln. Entständen Streitigkeiten betreffend Form und Umfang der Veröffentlichung, müsse darüber mittels Verfügung entschieden werden, welche dann mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden könne. Wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der verwaltungsrechtlichen Klage sei die klageweise Durchsetzung des Kürzungsbegehrens ausgeschlossen. Aus Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR lasse sich auch keine Pflicht des Sekretariats entnehmen, einen kurz und knapp begründeten Antrag zu erstellen. Selbst wenn auf die Klage einzutreten sei, sei diese deshalb abzuweisen.

B.d Mit Replik vom 4. Mai 2020 stellt die FCA Capital (nachfolgend: Klägerin) folgende Anträge:

"1. Es sei vom Bundesverwaltungsgericht eine Verfügung von maximal fünf Seiten in Übereinstimmung mit dem vom Sekretariat der Wettbewerbskommission und der Klägerin abgeschlossenen und von der Beklagten bestätigten einvernehmlichen

Regelung zu erlassen, mit einer Begründung, die lediglich die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen zusammenfasst, wie in Bst. b der Vorbemerkungen zur einvernehmlichen Regelung vorgesehen, und es sei die Verfügung der Beklagten gegen die Klägerin vom 26. Juni 2019 aufzuheben;

2. Eventualiter sei die Beklagte anzuweisen, ihre Genehmigungsverfügung in Bezug auf die zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und der Klägerin abgeschlossenen und von der Beklagten bestätigten einvernehmlichen Regelung in Wiedererwägung zu ziehen und eine überarbeitete Genehmigungsverfügung von höchstens fünf Seiten mit einer Begründung, die lediglich die sachlichen und rechtlichen Feststellungen der Beklagten zusammenfasst, zu erlassen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

B.e Die Beklagte beantragt mit Duplik vom 23. Juni 2020, die Rechtsbegehren der Klägerin gemäss Klage und Replik seien abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei.

C.

Mit Schreiben vom 8. Juli 2020 bzw. 12. August 2020 verzichteten beide Parteien auf eine mündliche Vorbereitungsverhandlung.

D.

Mit Verfügung vom 26. August 2020 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des Beschwerdeverfahrens B-_____ auf und leitete den Schriftenwechsel in der Hauptsache ein.

E.

Am 30. September 2020 fand die Hauptverhandlung statt. In ihren Plädoyers bestätigten beide Parteien ihre Rechtsbegehren und wiederholten im Wesentlichen die in ihren Rechtsschriften gemachten Argumente.

F.

Die Parteien reichten jeweils am 12. Oktober 2020 ihre abschliessenden Stellungnahmen ein.

G.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien im Klageverfahren und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Entscheidet das Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz auf Klage hin, so richtet sich das Klageverfahren gemäss Art. 44 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach den Art. 3 - 73 und 79 - 85 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273), die sinngemäss zur Anwendung kommen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A. 2013, Rz. 5.7).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Zulässigkeit der Klage von Amtes wegen (Art. 3 Abs. 1 BZP). Zu den Sachurteilsvoraussetzungen gehören nebst der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin (Art. 14 BZP), ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Klägerin an einem ge-

richtlichen Entscheid über die Streitigkeit (MICHAEL MERKER, Die verwaltungsrechtliche Klage, in: Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, S. 108; vgl. auch Art. 72 BZP), die Einhaltung der Anforderungen an Form und Inhalt der Klageschrift i.S.v. Art. 23 BZP sowie die fristgerechte Zahlung des Kostenvorschusses durch die Klägerin (Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

2.

Die Klägerin ist im vorliegenden Klageverfahren partei- und prozessfähig (Art. 14 BZP) und ihr Vertreter hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht rechtsgenüchlich ausgewiesen (Art. 18 BZP i.V.m. Art. 40 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Klageschrift sind ebenfalls gewahrt (Art. 23 BZP) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

3.

Ob die Rechtsbegehren der Klägerin, welche im Kern allesamt auf die Aufhebung bzw. Kürzung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung abzielen, im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren überhaupt zulässig sind, kann offen gelassen werden, da - wie sich auch den nachfolgenden Erwägungen ergibt - aus anderen Gründen nicht auf die Klage einzutreten ist (vgl. E. 4 ff. hiernach).

4.

4.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt auf Klage hin u.a. Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes, seiner Anstalten und Betriebe sowie der Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes handeln (Art. 35 Bst. a i.V.m. Art. 33 Bst. h VGG). Die Klage ist hingegen unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz die Erledigung des Streites einer in Art. 33 VGG erwähnten Behörde überträgt (Art. 36 VGG). Es gilt somit der Grundsatz der Subsidiarität der verwaltungsrechtlichen Klage. Dies bedeutet, dass nicht geklagt werden kann, wenn verfügt werden darf. Das Bundesverwaltungsgericht kommt in diesen Fällen somit nicht als Klageinstanz, sondern - falls die Verfügung bei gegebenen Voraussetzungen angefochten wird - als Beschwerdeinstanz zum Zug (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4202, 4392; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A. 2013, N 1212). Rechtsverhältnisse im öffentlichen Recht werden primär in der Form der Verfügung gestaltet, wobei der Rechtsschutz zwangsläufig an der Beschwerde ausgerichtet ist (nachträgliche Verwaltungsrechtspflege). Demgegenüber handelt es sich bei verwaltungsrechtlichen Klageverfahren um Verfahren der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege: Die Streitigkeit wird nicht mittels Verfügung einer erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde entschieden, sondern direkt vor das zuständige Gericht gebracht, welches als erste Instanz den Sachverhalt zu ermitteln, den Prozessstoff zu bestimmen und schliess-

lich einen Entscheid in der Sache zu treffen hat (KIENER/RÜTSCH/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. A. 2015, N 1178 ff.; MERKER, a.a.O., S. 89).

4.2 Die Beklagte bringt vor, das Bundesverwaltungsgericht sei wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der verwaltungsrechtlichen Klage nicht zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei nicht die materielle Beurteilung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung, sondern lediglich deren Länge. Die Klägerin beantrage die Anfertigung einer gekürzten Verfügung, um allfällige Reputationsschäden bei der Publikation zu vermeiden. Bei der amtlichen Publikation handle es sich um tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten betreffend Form und Umfang der Veröffentlichung müssten grundsätzlich mittels Verfügung entschieden werden (Art. 25a VwVG, Art. 25 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz [DSG, SR 235.1]). Üblicherweise erlasse die Beklagte in der vorliegenden Konstellation eine Publikationsverfügung (Art. 25a VwVG i.V.m. Art. 18 Abs. 3 KG), welche beim Bundesverwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden könne. Eine klageweise Durchsetzung des Kürzungsbegehrens sei somit ausgeschlossen.

4.3 Die Klägerin vertritt demgegenüber die Auffassung, dass das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Klage zuständig sei. Zwischen der Klägerin einerseits und der Beklagten und ihrem Sekretariat andererseits liege eine Streitigkeit über die Rechte und Pflichten aus der EVR vor, womit die Voraussetzungen von Art. 35 Bst. a VGG erfüllt seien. Namentlich habe das Sekretariat seine Verpflichtung aus Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR, der Beklagten einen kurz begründeten Antrag zu stellen, verletzt. Durch die Genehmigung der EVR habe die Beklagte die Pflicht des Sekretariats zur Kurzbegründung übernommen. Auch sie habe diese Vertragspflicht verletzt. Die Beklagte scheine der Meinung zu sein, dass das KG ihr i.S.v. Art. 33 VGG die Kompetenz zuspreche, über Streitigkeiten betreffend die von ihrem Sekretariat abgeschlossenen und von ihr genehmigten einvernehmlichen Regelungen zu entscheiden, was gemäss Art. 36 VGG die Unzulässigkeit einer Klage zur Folge hätte. Das KG sehe jedoch keine solche Streitbeilegungsermächtigung vor. Art. 29 Abs. 2 KG lege bloss fest, dass einvernehmliche Regelungen der Genehmigung durch die WEKO bedürften. Dass die Beklagte das Verfahren durch ihre Verfügung beendet habe, qualifiziere sie keineswegs als Streitbeilegungsinstanz i.S.v. Art. 36 VGG.

4.4

Zwischen den Parteien ist somit umstritten, ob die Beklagte über den Detaillierungsgrad bzw. den Umfang oder Inhalt der Veröffentlichung der Genehmigungsverfügung entscheiden kann und die Klage damit gemäss dem in Art. 36 VGG festgehaltenen und vorne erwähnten Grundsatz der Subsidiarität unzulässig ist.

4.4.1 Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, kann es den Beteiligten eine EVR über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Die EVR wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die WEKO (Art. 29 Abs. 2 KG), welche auf Antrag des Sekretariats

mit Verfügung über die Genehmigung entscheidet (Art. 30 Abs. 1 KG). Die Verfahrensbeteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Wird eine Untersuchung durch den Erlass einer Genehmigungsverfügung abgeschlossen, ist die Gesamtkommission der Beklagten dafür zuständig (Art. 18 Abs. 3 KG). Schliesst - wie hier - nur ein Teil der Verfahrensparteien eine EVR mit dem Sekretariat ab und wird das Untersuchungsverfahren gegenüber diesen Parteien zuerst abgeschlossen und die Untersuchung für die anderen Parteien ordentlich weitergeführt und später durch eine Endverfügung der Gesamtkommission abgeschlossen, handelt es sich um ein sog. sequentiell-hybrides Verfahren. In diesem Fall schliesst die Kammer für Teilverfügungen der Beklagten auf Antrag des Sekretariats das Verfahren gegenüber den EVR-Parteien mittels Teilverfügung ab (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b des Geschäftsreglements der WEKO vom 15. Juni 2015 [GR-WEKO, SR 251.1]).

4.4.2 Das Gesetz weist somit die Kompetenz zum Erlass der Genehmigungsverfügung der Beklagten - bzw. bei sequentiell-hybriden Verfahren deren Kammer für Teilverfügungen - zu (Art. 30 Abs. 1 KG, Art. 18 Abs. 3 KG bzw. Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b GR-WEKO). Dazu gehört entgegen der Auffassung der Klägerin auch die Kompetenz, den Umfang bzw. Inhalt der Genehmigungsverfügung zu bestimmen. Die Beklagte bzw. deren Kammer für Teilverfügungen verfügt diesbezüglich über einen erheblichen Ermessensspielraum (Urteil des BVGer B-1324/2010 vom 2. Juli 2010 E. 5.1.6; CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht 2016, N 85, ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 29 N 90, je m.w.H.). Vor Erlass der Verfügung nahm die Klägerin gemäss Art. 30 Abs. 2 KG mit Eingabe vom 11. April 2019 Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 6. Februar 2019. Bereits damals bemängelte sie - wie auch im vorliegenden Klageverfahren - dass das Sekretariat sich nicht an Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR halte, da der Antrag zu detailliert und umfangreich sei, und beantragte die Kürzung der Genehmigungsverfügung in Bezug auf den Sachverhalt und die rechtlichen Erwägungen im Vergleich zum Antrag des Sekretariats. Dass die Kammer für Teilverfügungen der Beklagten den Kürzungsanträgen der Klägerin anschliessend nicht stattgab und keine kürzere Verfügung erliess, bedeutet - entgegen der Auffassung der Klägerin - jedoch nicht, dass sie zum Entscheid darüber nicht zuständig wäre.

4.4.3 Die Publikation einer (Genehmigungs- bzw. Sanktions-)Verfügung ist tatsächliches Verwaltungshandeln. Streitigkeiten über die Veröffentlichung müssen - sofern die Voraussetzungen zutreffen - verfügungsweise entschieden werden (Art. 25 und 25a VwVG, Art. 25 DSG). Anschliessend kann die Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht angefochten werden (Urteile des BGer 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 E. 1.1, 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, "Nikon", nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-5607/2019 vom 27. Februar 2020 E. 1.1, je m.w.H.).

4.4.4 So entscheidet die Beklagte praxismässig mittels sog. Publikationsverfügung über Differenzen bezüglich der Veröffentlichung ihrer Verfügungen (Art. 18 Abs. 3

KG). Auch im vorliegenden Fall teilte sie der Klägerin mit Schreiben vom 9. Juli 2019 ihre Absicht mit, die Genehmigungs- und Sanktionsverfügung zu publizieren und wies sie darauf hin, dass allfällige streitige Punkte im Rahmen einer Verfügung geklärt würden (vgl. Sachverhalt, Bst. A.f). Wie die Beklagte in ihrer Klageantwort vom 3. Februar 2020 vorbringt, hat sich die Klägerin bis anhin nicht mit einem entsprechenden Begehren bei der Beklagten gemeldet. Die Beklagte hatte dementsprechend noch keinen Anlass, mittels Publikationsverfügung über die Veröffentlichung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung bzw. den Inhalt/Umfang der Veröffentlichung zu entscheiden. Dies ändert entgegen der Argumente der Klägerin aber ebenfalls nichts an ihrer diesbezüglichen Zuständigkeit.

4.4.5 Aus dem Gesagten folgt, dass sowohl Streitigkeiten über den Inhalt und den Umfang der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung als auch solche betreffend deren Veröffentlichung verfügungsweise durch die Beklagte bzw. deren Kammer für Teilverfügungen entschieden werden. Entsprechend hat die Beklagte bereits mit dem Erlass der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung über deren Umfang und Detaillierungsgrad entschieden. Das Bundesverwaltungsgericht ist bereits aus diesem Grund nicht für die Beurteilung der vorliegenden Klage - bei der es sich um einen Rechtsbehelf der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege handelt (vgl. E. 4.1 hiervor) - zuständig (Art. 36 VGG).

5.

5.1 Die Beklagte bringt weiter vor, die EVR verliere im Zeitpunkt ihrer Genehmigung mittels Verfügung durch die Kammer für Teilverfügungen ihre selbständige Funktion und nach Erlass der Genehmigungsverfügung sei nur noch diese massgebend. Auch aus diesem Grund könne die EVR nicht mit Klage angefochten werden. Falls überhaupt ein Rechtsschutzinteresse an der Forderung der Klägerin bestehen sollte, wäre dieses mittels Beschwerde geltend zu machen, was die Klägerin auch getan habe.

5.2 Die Klägerin ihrerseits bestreitet, dass die EVR nach Genehmigung durch die Beklagte bzw. die Kammer für Teilverfügungen keine selbständige Funktion mehr habe. Die Beklagte habe der vorliegenden EVR vorbehaltlos zugestimmt und sie wörtlich in ihre Verfügung integriert. Somit habe sie die in der EVR vereinbarten Rechte und Pflichten akzeptiert. Die Verpflichtung der Beklagten aus Bst. b) der Vorbemerkungen der EVR zur Kurzbegründung der Genehmigungsverfügung sei selbständig und ohne weiteres direkt um- und durchsetzbar.

5.3

5.3.1 Juristisch lässt sich die EVR als verwaltungsrechtlicher Vertrag qualifizieren, welcher unter der Suspensivbedingung der Genehmigung durch die WEKO (bzw. deren Kammer für Teilverfügungen) steht (Urteil B-1324/2010 E. 5.1.2; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N 88, je m.w.H.). Wie die Beklagte richtig vorbringt, kommt der EVR nach der herrschenden Lehre spätestens mit Erlass der Genehmigungsverfügung keine selbständige Funktion (mehr) zu. Mit der Verfügung werden die in der EVR vereinbarten Massnahmen hoheitlich angeordnet, weshalb nur noch die Verfügung massgebend ist (BEUR-

ET, a.a.O., N 186, STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen 2002, S. 354 ff., JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. A. 2011, Art. 29 KG N 7, PATRIK DUCREY, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A. 2017, Rz. 1874). Auch die Klägerin anerkennt im Endeffekt, dass die EVR in der Genehmigungsverfügung aufgeht. So bringt sie in ihrer Eingabe vom 10. September 2019 vor, sie verlange im Hauptbegehren beschwerdeweise die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, damit die EVR als Vertrag wiederauflebe und sie klageweise ihre Rechtsbegehren 1.2 und 1.3 durchsetzen könne.

5.3.2 Mangels selbständiger Funktion kann deshalb weder die EVR selbst noch ihr Abschluss durch das Sekretariat mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Lediglich die Verfügung über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung einer EVR unterliegt - wie bereits vorne erwähnt - bei gegebenen Voraussetzungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (so bereits Urteil B-1324/2010 E. 5.1.2 m.w.H.; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N 115 f.). Auch im vorliegenden Fall, in dem die Klägerin auf ordnungsgemässe Erfüllung der EVR klagt und damit die Aufhebung bzw. Kürzung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung beantragt, tritt die Verfügung - welche die EVR wörtlich in der Begründung und die darin vereinbarten Massnahmen zusätzlich im Dispositiv wiedergibt - als hoheitlicher Akt an die Stelle der EVR (vgl. auch Urteil der BVGer A-6827/2008 vom 2. März 2009 E. 1.3.2). Die klageweise Durchsetzung des Kürzungsbegehrens ist folglich auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

6.

Ob die Klägerin überhaupt über ein aktuelles schützenswertes Interesse an der richterlichen Klärung der Streitigkeit verfügt, da die Publikation der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung noch gar nicht in Streit liegt (vgl. E. 4.4.4 hiervor), kann offen bleiben.

7.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass die vorliegende Streitigkeit über den Inhalt und den Umfang der Veröffentlichung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung von Gesetzes wegen in die Verfügungskompetenz der Beklagten fällt (Art. 29 f. KG; Art. 25, 25a VwVG, Art. 25 DSG i.V.m. Art. 18 Abs. 3 KG), welche eine Behörde i.S.v. Art. 33 VGG darstellt. Dementsprechend entschied die Kammer für Teilverfügungen der Beklagten bereits mit Erlass der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung über deren Inhalt und Umfang und gab den Kürzungsbegehren der Klägerin nicht statt. Darüber hinaus hat die Klägerin grundsätzlich die Möglichkeit, allfällige Kürzungs-, Schwärzungs- oder Nichtveröffentlichungsanträge im Zusammenhang mit der durch die Beklagte noch zu erlassenden Publikationsverfügung vorzubringen. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 35 Bst. a VGG ist aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität des Klageverfahrens (Art. 36 VGG; vgl. vorstehende E. 4.1) somit nicht gegeben. Zudem kann die Klägerin auch mangels selbständiger Funktion der EVR ihre Begehren nicht auf dem Weg einer Klage durchsetzen, sondern es ist - bei gegebenen Voraussetzungen - Beschwerde gegen die Genehmi-

gungs- bzw. Sanktionsverfügung bzw. gegen eine allfällige nachgelagerte Publikationsverfügung der Beklagten zu führen. Die verwaltungsrechtliche Klage ist deshalb unzulässig, weshalb nicht darauf einzutreten ist.

8.

8.1 Die Gerichtsgebühr und die Parteientschädigung richten sich gemäss Art. 44 Abs. 3 VGG nach den Art. 63 -65 VwVG, womit auch das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) (sinngemäss) zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG; Urteil des BVGer B-8031/2015 vom 4. März 2019 E. 10 m.w.H.).

8.2 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat in der Regel die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen. Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Sache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt in Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse in der Regel zwischen Fr. 100.- und Fr. 5'000.- (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. a VwVG; Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Bst. b VGKE). Im vorliegenden Klageverfahren wurden ein doppelter Schriftenwechsel sowie eine Hauptverhandlung durchgeführt, weshalb die Verfahrenskosten auf Fr. 4'000.- festzusetzen sind. Sie sind der Klägerin als unterliegende Partei aufzuerlegen und werden dem von ihr für das vorliegende Klageverfahren geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- entnommen. Der Differenzbetrag von Fr. 1'000.- wird der Klägerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückbezahlt.

8.3 Der unterliegenden Klägerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Klage der Klägerin vom 10. September 2019 wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden der Klägerin auferlegt.

Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.- wird zur Bezahlung der auferlegten Verfahrenskosten verwendet und der Mehrbetrag in Höhe von Fr. 1'000.- wird der Klägerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Klägerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beklagte (Ref-Nr. 22-0446; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	3. Urteil vom 9. August 2021 in Sachen C Bauunternehmung Centorame AG gegen WEKO - Untersuchung betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019)
-----	--

Urteil B-5119/2019 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 9. August 2021 in Sachen C Bauunternehmung Centorame AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Untersuchung 22-0457 betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019).

Sachverhalt:

A.

A.a Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) gegen mehrere Unternehmen wegen Verdachts auf Wettbewerbsverstösse. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. November 2012 (BBl 2012 8999; vgl. Art. 28 KG). Die Beschwerdeführerin wurde in der Publikation nicht namentlich genannt.

Das Sekretariat hält in der Publikation fest, es habe Kenntnis von allfälligen Abreden zwischen Unternehmen, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau, sowie von allfälligen Abreden mit Unternehmen in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden erlangt. Es würden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Abreden betreffend Koordination von Submissionen und Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellten. Die Untersuchung könne auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden, welche an der beschriebenen Abrede beteiligt gewesen seien.

A.b Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Die Beschwerdeführerin wurde auch in der Publikation der Ausdehnung nicht genannt. Das Sekretariat wies erneut darauf hin, dass die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden könne.

Die amtliche Publikation der Ausdehnung der Untersuchung erfolgte am 28. Mai 2013 (BBl 2013 3369).

B.

B.a Mit Schreiben vom 23. November 2015 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit, dass die Untersuchung auf sie ausgedehnt worden sei, und dass keine Publikation erfolge, da kein neues Verfahren eröffnet worden sei.

Gleichzeitig stellte sie ihr die Zwischenverfügung vom 23. November 2015 zu, in welcher den Parteien mitgeteilt wurde, dass das Verfahren auf weitere Unterneh-

men ausgedehnt und die Untersuchung "22-0433: Bauleistungen Graubünden" in mehrere Verfahren aufgeteilt worden sei. Die Beschwerdeführerin sei Partei in der Untersuchung "22-0457: Bauleistungen Graubünden".

B.b Am 19. August 2019 verfügte die Vorinstanz im Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" folgende Dispositivziffer 3:

"3. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:

[...]

3.3. Die C Bauunternehmung Centorame AG [wird belastet] mit einem Betrag von CHF (...).

[...]."

C.

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2019 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragt die Aufhebung der Ziffer 3.3 der Verfügung vom 19. August 2019.

Sie macht geltend, die Untersuchung der Vorinstanz sei ihr gegenüber zu spät eröffnet worden, weshalb ihr kein Betrag für die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede auferlegt werden dürfe.

D.

Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2020 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und hat den eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeparteien bestimmen den Streitgegenstand durch ihre Anträge. Das Anfechtungsobjekt bildet die angefochtene Verfügung, die den äusseren Rahmen zur Bestimmung des Streitgegenstands absteckt. Durch die Anträge der Parteien wird innerhalb dieses Rahmens der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren bestimmt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; THOMAS FLÜCKIGER, in: VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 19; SEETHALER/PORTMANN, in: VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 38;

ANDRÉ MOSER, in: VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 52 N. 3; je m.w.H.).

2.2 Die Beschwerdeführerin beantragt einzig die Aufhebung der Dispositivziffer 3.3. Danach wird die Beschwerdeführerin (aufgrund der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden) mit einem Betrag von Fr. (...) belastet. Der Streitgegenstand beschränkt sich somit auf die Auferlegung der Sanktion. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie gegenüber der Beschwerdeführerin in Rechtskraft erwachsen.

3.

3.1 Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede beteiligt ist, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet (Art. 49a Abs. 1 KG).

Gemäss Art. 49a Abs. 3 KG entfällt die Belastung, wenn: das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht (Bst. a); die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Bst. b); der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat (Bst. c).

3.2 Die Parteien sind sich über den rechtserheblichen Sachverhalt einig. Die Beschwerdeführerin war bis Mai 2010 an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Am 30. Oktober 2012 eröffnete die Vorinstanz ein Verfahren gegen verschiedene Unternehmen aufgrund allfälliger Abreden, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden. Es gehe um die Koordination von Submissionen sowie die Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden. Sie publizierte die Eröffnung des Verfahrens am 13. November 2012. Die Beschwerdeführerin wurde darin nicht namentlich erwähnt. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Die Ausdehnung wurde am 28. Mai 2013 publiziert. Die Beschwerdeführerin gehörte wiederum nicht zu den namentlich genannten Unternehmen. Mit Schreiben vom 23. November 2015, mithin mehr als fünf Jahre nach Beendigung der Beteiligung der Beschwerdeführerin an den wettbewerbswidrigen Abreden, dehnte die Vorinstanz das Verfahren auf die Beschwerdeführerin aus. Im Schreiben teilte sie unter anderem mit, es würden Anhaltspunkte bestehen, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Ausschreibungen im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG beteiligt gewesen sei. Auf die Bekanntmachung der Ausdehnung durch eine amtliche Publikation verzichtete das Sekretariat. Die kartellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts als Beteiligung an Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

3.3 Die Parteien sind sich uneinig hinsichtlich Auslegung der durch Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierten Frist.

Gemäss der Bestimmung entfällt die Belastung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei der Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt wurde. Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin gehen von einem unterschiedlichen Eröffnungszeitpunkt der Untersuchung aus. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, das Verfahren sei gegenüber allen Unternehmen am 30. Oktober 2012 eröffnet worden (vgl. Sachverhalt A.a). Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, das Verfahren sei ihr gegenüber erst mit Schreiben vom 23. November 2015 eröffnet worden (vgl. Sachverhalt B.a). Die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei damit abgelaufen und eine Auferlegung einer Sanktion sei deshalb nicht mehr möglich.

4.

4.1 Die Vorinstanz führt zur Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG aus, die Rechtsnorm sei tatbezogen, nicht unternehmensbezogen auszulegen. Für die Sanktionierbarkeit sei folglich keine formelle und individuelle Verfahrensbekanntmachung notwendig, sondern einzig, dass die Untersuchung betreffend die letztlich zu sanktionierende Tat rechtzeitig eröffnet worden sei. Dafür spreche der Wortlaut, der tatbezogen formuliert sei. Hätte der Gesetzgeber eine unternehmensbezogene Auslegung gewollt, hätte er beispielsweise die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Auch aus der italienischen und französischen Fassung des Gesetzestextes ergebe sich nichts anderes. Hinzu komme, dass die Rechtsnorm nach Sinn und Zweck eine Verwirkungsfrist statuiere, die eine Sanktionierung ermöglichen solle, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden sei. Sie bezwecke den Schutz des Vertrauens, dass keine Sanktionierung mehr erfolge, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb der Frist untätig geblieben seien. Ein solches Vertrauen bestehe nicht, wenn die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich eines bestimmten Verstosses das Verfahren eröffnet hätten, das Unternehmen durch die Publikation davon erfahren habe und selbst wisse, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden Verstoss gegen das Kartellgesetz beteiligt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe von ihrer Involvierung in den Untersuchungsgegenstand gewusst. Mit Blick auf die Medienmitteilungen und die Publikation sei davon auszugehen, dass sie von den mutmasslichen Wettbewerbsverstössen im Strassenbau Kenntnis gehabt habe. Aus den beiden Publikationen sei für die Beschwerdeführerin ersichtlich gewesen, dass mutmasslich unzulässige Abreden im Bereich des Strassenbaus im Kanton Graubünden Untersuchungsgegenstand gewesen seien. Sie sei als Strassenbauunternehmen mit Sitz in Schmiten in Graubünden tätig, weshalb sie sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen könne. Folglich stehe Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Beschwerdeführerin, der die Untersuchung erst im November 2015, also mehr als fünf Jahre nach dem Verstoss gegen das Kartellgesetz, bekannt gemacht worden sei, nicht entgegen.

4.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Art. 28 Abs. 2 KG, wonach die Adressaten der Untersuchung in der Publikation zu nennen seien. Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG könne deshalb nur so verstanden werden, dass die Belastung für die Adressaten der

Untersuchungseröffnung entfallen, wenn sie die verbotenen Handlungen vor mehr als fünf Jahren aufgegeben hätten. Die Rechtsnorm sei nicht derart detailliert, dass auf eine fallbezogene Eröffnung abgestellt werden könne. Für die nicht ausdrücklich in der Publikation genannten Adressaten gelte die Untersuchung als nicht eröffnet und die Frist laufe weiter. Erst mit der Eröffnung hätten die Betroffenen Mitwirkungsrechte und -pflichten, weshalb die Untersuchung individuell eröffnet werden müsse. Andernfalls werde das besondere Rechtsverhältnis nicht begründet und werde die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unterbrochen. Auch der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Akkusationsprinzip würden verlangen, dass ein von einer Untersuchung Betroffener klar und unmissverständlich ins Bild gesetzt werde. Der Staat müsse den Betroffenen klar bezeichnen und individualisieren. Dies müsse in einem individuellen Eröffnungsschreiben oder durch namentliche Nennung in der Publikation erfolgen. Sie selbst sei in den Publikationen nicht namentlich erwähnt worden und habe am Wettbewerb im Engadin nicht teilgenommen. Für sie sei somit erst mehr als fünf Jahre nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens erkennbar gewesen, dass auch gegen sie eine entsprechende Untersuchung im Gange sei. Deshalb dürfe ihr kein Geldbetrag auferlegt werden.

4.3 Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG stellt auf den Zeitpunkt der "Eröffnung der Untersuchung" ab. Die Frage, wann die Frist genau endet, ist unter den Parteien umstritten. Während die Vorinstanz an die tatbezogene Eröffnung anknüpft (konkret an den 30. Oktober 2012), ist für die Beschwerdeführerin die individuelle unternehmensbezogene Eröffnung massgebend (vorliegend der 23. November 2015).

4.4 Die Rechtsprechung hat die Frage bisher nicht ausdrücklich beantwortet. Das Bundesverwaltungsgericht führt im Urteil B-771/2012 vom 25. Juni 2018 aus, Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei eine spezialgesetzliche Regelung zur zeitlichen Dimension der Sanktionierung kartellrechtlicher Tatbestände. Als *lex specialis* gehe sie den Fristenregelungen des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) und des Strafgesetzbuchs vom 21. März 1937 (StGB, SR 311.0) vor. Als Eröffnungszeitpunkt nimmt das Urteil im dort zu beurteilenden Fall den 8. Juni 2009 an. Dabei handelt es sich um das Datum, an dem das Sekretariat das Verfahren im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums nach Art. 27 KG eröffnet hatte (Urteil B-771/2012 Cellere E. 9.2.4). Anders als im hier zu beurteilenden Fall fielen dort jedoch der Zeitpunkt der "tatbezogene Eröffnung" und der "unternehmensbezogene Eröffnung" nicht auseinander. Soweit ersichtlich nimmt die Lehre zur vorliegenden Frage nicht ausdrücklich Stellung (vgl. FELIX UHLMANN, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 49a Abs. 3 N. 30 ff.; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 49 a N. 31; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 239 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 49a N. 36 f.; TRÜEB/ZURKINDEN, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 49a

N. 11 ff.; ROTH/BOVET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a N. 1 ff.; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553 ff., 564). Da es sich um eine Rechtsfrage handelt, ist sie durch Auslegung zu beantworten.

5.

5.1 Als Ausgangspunkt jeder Auslegung gilt der Wortlaut des Gesetzes. Das Gesetz ist so auszulegen, wie der Wortlaut nach allgemeiner Sprach- und Rechtsauffassung verstanden wird (grammatikalische Auslegung). Von einem klaren Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung), dem Normzweck (teleologische Auslegung) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Normen (systematische Auslegung) ergeben (BGE 131 II 217 E. 2.3).

5.2

5.2.1 Der Wortlaut des Gesetzes macht die Sanktion nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von der Einhaltung einer Fünfjahresfrist abhängig. Als Anknüpfungszeitpunkt gilt in allen drei Amtssprachen - Deutsch ("Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist"), Französisch ("Aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête"), und Italienisch ("Non vi è sanzione se la limitazione della concorrenza ha cessato di esplicare i suoi effetti da oltre cinque anni prima dell'apertura dell'inchiesta") - der Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung. Insoweit ist der Wortlaut klar.

5.2.2 Der Wortlaut stellt auf die Untersuchungseröffnung, nicht auf deren Publikation ab. Das Publikationsdatum fällt als Anknüpfungszeitpunkt für die Frist ausser Betracht. Wie aus Art. 28 Abs. 1 KG hervorgeht, findet die Publikation erst nach Eröffnung der Untersuchung statt. Sie hat lediglich deklaratorische Wirkung und sie hindert Untersuchungshandlungen nicht (Art. 28 Abs. 3 KG; IZUMI/BAUR, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 28 N. 18; ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 28 N. 29). Allenfalls kann es beispielsweise aus Geheimhaltungsinteressen sogar angebracht sein, auf die Publikation vorerst zu verzichten (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 28 N. 30 m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 29 N. 5). Die Publikation im Sinne von Art. 28 KG dient einerseits dem Schutz anderer Wirtschaftsteilnehmer (z.B. geschädigte Unternehmen, Konkurrenten oder Konsumenten). Diese sollen die Möglichkeit haben sich im Sinne von Art. 43 KG an der Untersuchung zu beteiligen. Andererseits dient Art. 28 KG der Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörden. Das Sekretariat ist darauf angewiesen, Informationen über das Marktverhalten der betroffenen Unternehmen von den übrigen Marktteilnehmern zu erhalten (IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 28 N. 2; BORER, a.a.O., Art. 28 N. 2; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 28 N. 2 ff.). Mit anderen Worten bezweckt die Norm nicht den

Schutz zukünftiger Untersuchungsadressaten. Ausserdem wurde in der Publikation ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden könnte.

5.2.3 Der Gesetzgeber verwendet sowohl in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG als auch in Art. 27 Abs. 1 KG denselben Wortlaut ("Eröffnung der Untersuchung"). Dies legt den Schluss nahe, dass er sich in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auf die Eröffnung der Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 KG bezieht. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, was darunter zu verstehen ist. Danach eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen (1. Satz). Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat von der Wettbewerbskommission oder dem WBF (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung) damit beauftragt wird (2. Satz).

Der Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung ergibt sich somit klar aus Art. 27 KG. Ordentlich ist dies der Zeitpunkt, in dem die Zustimmung des Präsidiumsmitglieds der Wettbewerbskommission zur Eröffnung des Sekretariats erfolgt, womit der Zeitpunkt vorliegend auf den 30. Oktober 2012 fällt. Nach Eröffnung der Untersuchung wird sie den Unternehmen, gegen die sich die Untersuchung richtet, angezeigt. Die Anzeige erfolgt durch ein Schreiben, bei dem es sich lediglich um ein einfaches Verwaltungsschreiben handelt (IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 33; vgl. auch ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 85). Dass einem Unternehmen die Eröffnung der Untersuchung, wie vorliegend, erst viel später angezeigt wird, lässt sich nicht verhindern, zumal im Untersuchungsverfahren der Kreis der an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mutmasslich beteiligten Unternehmen erweitert werden kann.

5.2.4 Zudem geht aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG hervor, dass an die Wettbewerbsbeschränkung, also die Tat, angeknüpft wird. Auch dies deutet darauf, dass die Gesetzesbestimmung tatbezogen und nicht unternehmensbezogen auszulegen ist. Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zutreffend ausführt, hätte der Gesetzgeber sonst eher die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Die französisch- und italienischsprachige Fassung stimmen diesbezüglich mit der deutschsprachigen überein.

5.2.5 Als Zwischenstand ist festzuhalten, dass der Anknüpfungspunkt für die Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG klar umschrieben ist.

5.3 Entstehungsgeschichtlich geht die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in der heutigen Fassung auf die Revision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 zurück und ist seit 1. April 2004 in Kraft. Hauptziel der Revision war die Einführung direkter Sanktionen bei besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen. Weder aus der Botschaft (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 2022) noch aus den Ratsprotokollen (AB 2002 N 1290; AB 2003 S 318) ergeben sich Hinweise darauf, dass mit der Eröffnung der Untersuchung etwas anderes gemeint

sein könnte. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wurde in den Räten zusammen mit Art. 49a Abs. 2 KG, der sogenannten Bonusregelung, abgehandelt und nicht weiter thematisiert (AB 2002 N 1454; AB 2003 S 333). Aus dem historischen Auslegungselement ergibt sich nichts, was eine Auslegung in Abweichung des Wortlautes rechtfertigen könnte.

5.4 Systematisch steht die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG im 6. Abschnitt: "Verwaltungssanktionen". Die Bestimmungen zu den Verwaltungssanktionen bilden innerhalb des 4. Kapitels "Verwaltungsrechtliches Verfahren" einen eigenen Abschnitt. Es handelt sich somit nicht primär um eine Bestimmung des Verfahrensrechts im weiten Sinn, sondern um eine Sanktionsbestimmung. Unter sanktionsrechtlichen Aspekten regelt sie den Anknüpfungspunkt für die Fünfjahresfrist, die eingehalten sein muss, damit eine Sanktion greifen kann. Während Absatz 1 festhält, wer mit welchem Betrag belastet wird, schreibt Absatz 2 vor, wann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden kann (sog. Bonusregelung). Absatz 3 hält fest, in welchen Fällen die Belastung entfällt, wobei die Bestimmung b eine von drei Varianten ist. Auch auf das systematische Auslegungselement lässt sich keine abweichende Auslegung stützen.

5.5 Teleologisch beschränkt die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG den Anspruch des Staates auf eine Verwaltungssanktion. Wird die Wettbewerbsbeschränkung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt, entfällt der Sanktionsanspruch und die Belastung. Damit soll Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geschaffen werden (vgl. Urteil des BVGer A-3064/2016 vom 5. Februar 2018 E. 5.4.1.1 m.w.H.; ATTILIO R. GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 47 ff., S. 48). Die Rechtsnatur der Frist ist im Schrifttum umstritten (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 703 m.w.H.; vgl. auch BGE 140 II 384 E. 4, in welchem das BGer von Verjährung spricht).

Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG soll einen zeitlichen Rahmen festlegen, innert dem die Wettbewerbsbehörden Verwaltungssanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegen können. Die Eröffnung der Untersuchung erfolgt nicht mittels Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Entsprechend wird kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben (BGE 135 II 60 Maestro Interchange Fee E. 3.1.2 f.; Urteil des BVGer B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 2.3; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 72 m.w.H.; IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 30). Wie bereits ausgeführt, eröffnet das Sekretariat die Untersuchung mit der Zustimmung der Vorinstanz (vgl. oben E. 5.2.3). Die Eröffnung ist mit Beschwerde nicht anfechtbar (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 73; BORER, a.a.O., Art. 27 N. 7; IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 31). Die Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG und Art. 27 KG wird auch bei mehreren involvierten Unternehmen nur einmal eröffnet und bezieht sich auf eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung. Auch aus Praktikabilitätsgründen und aus Überlegungen der Rechtsgleichheit erscheint es sachgerecht, dass der Zeitpunkt gegenüber allen Unternehmen, die der Wettbewerbsbeschränkung verdächtigt werden, einheitlich

bestimmt wird, auch wenn das Verfahren auf einige erst später ausgedehnt wird.

Die Eröffnung ist kein formell-rechtlicher Verfahrensschritt, der gegenüber den einzelnen Unternehmen individuell zu erfolgen hätte. Hingegen ist, wie bereits erwähnt, den involvierten Unternehmen anzuzeigen, wenn sie individuell Teil einer eröffneten Untersuchung werden (vgl. oben E. 5.2.3). Die Anzeige kann auch erst nach Ausdehnung einer Untersuchung erfolgen, wie das im vorliegenden Fall geschah. Die Frist auf den Zeitpunkt des einfachen Verwaltungsschreibens auszurichten, macht im Lichte der zeitlichen Anknüpfung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wenig Sinn.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin begründet die Eröffnung der Untersuchung noch keine Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten der Parteien. Die blosser Eröffnung hat auf die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin noch keinen Einfluss, auch wenn mit der Eröffnung des Untersuchungsverfahrens weitreichende Untersuchungsmassnahmen angeordnet werden können (BORER, a.a.O., Art. 27 N. 6; vgl. Art. 42 KG). Dass die Beschwerdeführerin dadurch, dass sie erst im Verlauf des Untersuchungsverfahrens als Untersuchungsadressatin in das Verfahren einbezogen wurde, konkrete Nachteile erlitt, wird nicht stichhaltig geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

5.6 Zusammenfassend ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG, dass der massgebliche Zeitpunkt für die Anknüpfung der Frist die Eröffnung einer Untersuchung ist. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist insoweit tatbezogen auszulegen. Triftige Gründe für eine abweichende Handhabung der Rechtsnorm ergeben sich auch aus den weiteren Auslegungselementen nicht. Vorliegend ist deshalb für die Berechnung der Frist der 30. Oktober 2012, entsprechend der Eröffnung des Sekretariats im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums, massgebend. Unbestritten ist, dass die Wettbewerbsbeschränkung bis Ende Mai 2010 gedauert hat. Die Vorinstanz hat die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG somit eingehalten.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Akkusationsprinzips. Der Staat müsse die Betroffenen klar bezeichnen und individualisieren. Der Betroffene müsse in der Publikation namentlich genannt werden. So verlange es Art. 28 KG. Es könne nicht sein, dass ein Unternehmen selbst zu entscheiden habe, ob es allenfalls von einer Untersuchung betroffen sei. Dies sei mit dem Akkusationsprinzip nicht vereinbar.

6.2 Der Anklagegrundsatz wird aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. a und b EMRK abgeleitet. Nach diesem Grundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Ge-

hör (Informationsfunktion; BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 m.w.H.).

6.3 Die Beschwerdeführerin verkennt, dass der Anklagegrundsatz für das Verfahren vor Gerichtsinstanzen gilt (vgl. zum Anklagegrundsatz im Kartellverfahren IZUMI/KRIMMER, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 30 N. 6 f.). Die Untersuchung aufgrund möglicher Wettbewerbsverstösse erfolgt dagegen in einem erstinstanzlichen Untersuchungsverfahren, das von den Wettbewerbsbehörden durchgeführt wird. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar (Art. 39 KG). Vorbehalten bleiben die Bestimmungen für einzelne eingreifenden Untersuchungsmassnahmen. So können die Wettbewerbsbehörden unter sinngemässer Anwendung von Art. 64 BZP Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten (Art. 42 Abs. 1 KG). Ebenfalls können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen (unter sinngemässer Anwendung der Artikel 45-50 VstG; Art. 42 Abs. 2 KG). Im Zeitpunkt der Eröffnung geht es um die Abklärung bestehender Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Art. 27 KG). Eine strafrechtsähnliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Raum (vgl. zur Rechtsnatur der kartellrechtlichen Sanktion BGE 139 I 72 Publigruppe E. 2.2). Der Anklagegrundsatz kann in Analogie zum Strafrecht erst mit der Sanktionsverfügung greifen, die vor Gericht angefochten werden kann. Dass die Vorwürfe der Sanktionsverfügung sich sachlich-thematisch mit der Untersuchung nicht decken würden, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Ebenso wenig bringt sie vor, dass sie nicht gewusst habe, was ihr mit der Sanktionsverfügung zur Last gelegt werde. Dass im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung eine individualisierende Bezeichnung aller Adressaten, die möglicherweise in die Untersuchung einbezogen werden, zu erfolgen hätte, entspricht nicht der legislatorischen Absicht von Art. 27 KG oder Art. 28 KG und lässt sich aus dem Anklagegrundsatz nicht ableiten. Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, dass ein Untersuchungsverfahren auf weitere Untersuchungsadressaten ausgedehnt werden kann.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und führt die gleichen Gründe wie zum Anklagegrundsatz an. Sie werde in der Publikation vom 13. November 2012 und jener vom 28. Mai 2013 nicht namentlich genannt, weshalb sie nicht habe annehmen müssen, dass sie von einer kartellrechtlichen Untersuchung erfasst sei. Nach den Publikationen sei eine Untersuchung gegen Unternehmen im Unterengadin eröffnet worden, doch habe sie im Engadin nicht am Wettbewerb teilgenommen.

7.2 Der Grundsatz des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthält den Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV. Der Gehörsanspruch garantiert die ordnungsgemässe Anwendung des anwendbaren Verfahrensrechts

(vgl. Urteile des BGer 2C_162/2015 vom 19. Januar 2016 E. 2.4.3 und 2C_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 29 N. 18; GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N. 20). Im Anwendungsbereich des Kartellgesetzes richtet sich der Gehörsanspruch mit seinen Teilgehalten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 1010 ff.) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (Art. 26 ff. VwVG), soweit im Kartellgesetz keine abweichende Regelung vorgesehen ist (Art. 39 KG).

7.3 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Anspruch des rechtlichen Gehörs, ohne näher darzulegen, weshalb er verletzt sein soll. Solches lässt sich auch nicht annehmen. Aus keinem Teilgehalt des Gehörsanspruchs lässt sich ableiten, dass schon bei Eröffnung der Untersuchung die Adressaten namentlich genannt sein müssten, zumal Art. 27 KG keine Verfahrensgarantie enthält. Die Adressaten der Untersuchung sind in der Publikation nach Art. 28 KG zu nennen, doch hindert dies eine spätere Ausdehnung der Untersuchung nicht. Die Bestimmung dient dem Schutz Dritter sowie der Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörden, wie bereits dargelegt (vgl. oben E. 5.2.2). Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin erst später einbezogen wurde, weshalb sie in den beiden Publikationen nicht persönlich figuriert. Da der Vorschrift lediglich deklaratorischen Charakter zuerkannt wird (vgl. oben E. 5.2.2), kann die Nicht-Nennung der Beschwerdeführerin von vornherein keine Verletzung einer Verfahrensgarantie begründen. Der Gehörsanspruch ist nicht verletzt. Aus den Akten geht hervor, dass sie mit Schreiben vom 23. November 2015 über die Ausdehnung der Untersuchung informiert wurde, am 26. August 2016 wurde sie einvernommen und am 21. Februar 2019 erhielt sie Gelegenheit, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen, was sie auch wahrgenommen hat. Im Übrigen ist der Beschwerdeführerin zu widersprechen, wenn sie ausführt, die Untersuchung sei lediglich gegen Unternehmen eröffnet worden, die sich im Unterengadin an Absprachen beteiligt hätten. Aus der Publikation vom 13. November 2012 geht klar hervor, dass das Sekretariat von allfälligen Abreden Kenntnis habe, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie mit Unternehmen in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden. Inhaltlich sollen die Absprachen insbesondere die Koordination von Submissionen sowie die Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden betreffen (Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 13. November 2012 im SHAB). Daran war die Beschwerdeführerin beteiligt. Die Verfahrensgarantien sind, auch soweit sie verfassungsrechtlich gewährleistet werden, gewahrt und ändern nichts am Lauf der Fünfjahresfrist im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, die im vorliegenden Fall eingehalten wurde.

8.

Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

9.

9.1 Die Beschwerdeführerin verlangt eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren. Weder das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes noch das Kartellgesetz enthalten eine rechtliche Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 140 V 116 E. 3.4.2 m.w.H. und BGE 132 II 47 E. 5 m.w.H.). Das diesbezügliche Begehren der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

9.2 Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Sie ist auf Fr. 8'500.- festzusetzen. Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 8'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0457; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	4. Urteil vom 9. August 2021 in Sachen Schlub AG, Schlub AG Nordbünden, Schlub AG Südbünden gegen WEKO - Untersuchung betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019)
-----	--

Urteil B-5130/2019 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 9. August 2021 in Sachen 1. Schlub AG in Chur, 2. Schlub AG Nordbünden in Chur, 3. Schlub AG Südbünden in Poschiavo, alle vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Untersuchung 22-0457 betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019).

Sachverhalt:

A.

A.a Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) gegen mehrere Unternehmen wegen Verdachts auf Wettbewerbsverstösse. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. November 2012 (BBI 2012 8999; vgl. Art. 28 KG). Keine der Beschwerdeführerinnen wurde in der Publikation namentlich genannt.

Das Sekretariat hält in der Publikation fest, es habe Kenntnis von allfälligen Abreden zwischen Unternehmen, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau, sowie von allfälligen Abreden mit Unternehmen in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden erlangt. Es würden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Abreden betreffend Koordination von Submissionen und Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellten. Die Untersuchung könne auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden, welche an der beschriebenen Abrede beteiligt gewesen seien.

A.b Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen, darunter die Beschwerdeführerin 2, ausgedehnt. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilte das Sekretariat dies der Beschwerdeführerin 2 mit. Die amtliche Publikation der Ausdehnung der Untersuchung erfolgte am 28. Mai 2013 (BBI 2013 3369). Die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 wurden in der Publikation nicht genannt. Das Sekretariat wies erneut darauf hin, dass die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden könne.

A.c Mit Schreiben vom 23. November 2015 teilte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen 1 und 3 mit, dass die Untersuchung auf sie ausgedehnt worden sei, und dass keine Publikation erfolge, da kein neues Verfahren eröffnet worden sei.

Gleichzeitig stellte sie den Beschwerdeführerinnen die Zwischenverfügung vom 23. November 2015 zu, in welcher den Parteien mitgeteilt wurde, dass das Verfahren auf weitere Unternehmen ausgedehnt und die Untersuchung "22-0433: Bauleistungen Graubünden" in mehrere Verfahren aufgeteilt worden sei. Die Beschwerdeführerinnen seien Parteien in der Untersuchung "22-0457: Bauleistungen Graubünden".

A.d Am 19. August 2019 verfügte die Vorinstanz im Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" folgende Dispositivziffern 3 und 5:

"3. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:

[...]

3.9. Die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden [werden belastet] solidarisch mit einem Betrag von CHF (...).

[...].

5. Die Verfahrenskosten betragen CHF 843 049 und werden folgendermassen auferlegt:

[...]

5.10. Die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden tragen solidarisch CHF 56 203.

[...]."

B.

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2019 erhoben die Beschwerdeführerinnen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragen, die Ziffern 3.9 und 5.10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und das Verfahren gegen sie sei einzustellen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragten sie, die vorinstanzlichen Akten seien beizuziehen, ihre Geschäftsgeheimnisse seien zu wahren und es seien Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnis bezeichnet würden, als solche zu behandeln und Dritten weder während des Verfahrens noch im Falle einer Entscheidpublikation offenzulegen. Weiter sei ihnen der Publikationstext im Falle einer Entscheidpublikation vorgängig vorzulegen und ihnen Gelegenheit zu geben, den Publikationstext auf Geschäftsgeheimnisse zu überprüfen. Schliesslich seien sie zu einer öffentlichen Parteiverhandlung vorzuladen.

Bezüglich des Antrages auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung führten sie aus, sie würden nach Abschluss des Schriftenwechsels entscheiden, ob sie an diesem Antrag festhalten würden.

Die Beschwerdeführerinnen machten im Wesentlichen geltend, sie hätten den Sachverhalt in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats anerkannt. Den Ausführungen

rungen der Vorinstanz in Bezug auf die Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht sowie auf die Zurechenbarkeit des festgestellten Wettbewerbsverstosses könnten sie sich jedoch nicht anschliessen. Die Vorinstanz habe zudem den Strafmilderungsgrund von Art. 48 Bst. e StGB nicht berücksichtigt.

C.

Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2020 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 31. März 2021 setzte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführerinnen Frist an, dem Gericht mitzuteilen, ob sie am Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung festhalten würden. Bei unbenützter Frist werde Verzicht angenommen.

Innert Frist ging von den Beschwerdeführerinnen keine Mitteilung ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f VGG). Die Beschwerdeführerinnen sind als Verfügungsadressatinnen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und haben den eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeparteien bestimmen den Streitgegenstand durch ihre Anträge. Das Anfechtungsobjekt bildet die angefochtene Verfügung, die den äusseren Rahmen zur Bestimmung des Streitgegenstands absteckt. Durch die Anträge der Parteien wird innerhalb dieses Rahmens der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren bestimmt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; THOMAS FLÜCKIGER, in: VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 19; SEETHALER/PORTMANN, in: VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 38; ANDRÉ MOSER, in: VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 52 N. 3; je m.w.H.).

2.2 Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Dispositivziffern 3.9 und 5.10 der angefochtenen Verfügung. Gemäss diesen Ziffern werden die Beschwerdeführerinnen (aufgrund der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden) mit einem Betrag von Fr. (...) belastet und ihnen werden Verfahrenskosten von Fr. 56'203.- auferlegt. Der Streitgegenstand beschränkt sich somit auf die Auferlegung der Sanktion und der Verfahrenskosten. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie den Beschwerdeführerinnen gegenüber in Rechtskraft erwachsen.

3.

Die Beschwerdeführerinnen stellen mehrere Verfahrensanträge. Einerseits beantragen sie den Beizug der

Vorakten. Dem ist das Gericht von Amtes wegen nachgekommen. Des Weiteren stellen sie den Antrag, ihre Geschäftsgeheimnisse seien zu wahren und Dritten gegenüber nicht offenzulegen. Eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber Dritten fand in diesem Verfahren nicht statt.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen weiter, ihnen sei der Publikationstext im Falle einer Entscheidungszugabe vorzulegen und ihnen sei Gelegenheit zu geben, diesen auf Geschäftsgeheimnisse hin zu überprüfen. Vorliegend ist nicht ganz klar, auf was sich der Antrag der Beschwerdeführerinnen bezieht, zumal sie diesen in ihrer Beschwerde nicht begründen. Soweit sie sich auf den vorinstanzlichen Entscheid beziehen, ist die Publikation nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und damit auch nicht Streitgegenstand. Insoweit ist auf den Verfahrensantrag nicht einzutreten. Wenn sich ihr Antrag hingegen auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bezieht, ist er abzuweisen. Das vorliegende Urteil wird vor der Veröffentlichung in elektronischer Form durch das Gericht anonymisiert (vgl. Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.4]). Die Beschwerdeführerinnen substantieren nicht, aus welchem Grund sich eine vorgängige Vorlage und Überprüfung des Urteils vor der Veröffentlichung rechtfertigen würde. Ein solcher Grund ist auch nicht ersichtlich. Das Bundesverwaltungsgericht wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben (vgl. Urteil des BVGer B-126/2019 vom 1. September 2020 E. 1.4).

4.

4.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Diese Belastung entfällt nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Wann eine Untersuchung als eröffnet gilt und wie die Frist zu berechnen ist, liegt zwischen den Parteien im Streit.

4.2

4.2.1 Die Parteien gehen übereinstimmend von folgendem Sachverhalt aus: Die Beschwerdeführerin 1 und die Schlub Tief- und Strassenbau AG waren bis Mai 2010 an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG beteiligt. Am 30. Oktober 2012 eröffnete die Vorinstanz ein Verfahren gegen mehrere Unternehmen aufgrund allfälliger Abreden, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden. Es gehe um die Koordination von Submissionen sowie die Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden. Die Vorinstanz publizierte die Eröffnung des Verfahrens am 13. November 2012. Keine der Beschwerdeführerinnen und auch nicht die Schlub Tief- und Strassenbau AG wurden in der Publikation namentlich erwähnt.

Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Die Vorinstanz informierte mit Schreiben vom 23. April 2013 die Beschwerdeführerin 2 über die Ausdehnung des Verfahrens. Sie führte im Schreiben aus, es würden Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden der Baubranche im Kanton Graubünden vorliegen, namentlich bezüglich den Märkten für Hochbau, für Strassen- und Tiefbau, Belagsarbeiten sowie den dazu vorgelagerten Märkten. Es bestehe der Verdacht, dass sich im Kanton Graubünden Vertreter verschiedener Bauunternehmen, darunter die Beschwerdeführerin 2, abgesprochen hätten, insbesondere um bei Submissionen die Eingaben bzw. Eingabesummen zu koordinieren und allenfalls Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen. Mit der Untersuchung solle geprüft werden, ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 KG vorliege. Die Ausdehnung wurde am 28. Mai 2013 publiziert.

Am 23. November 2015, mithin mehr als fünf Jahre nach Beendigung der wettbewerbswidrigen Abreden, dehnte die Vorinstanz das Verfahren auf die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 aus. In zwei separaten Schreiben und einer Zwischenverfügung, beide datiert vom 23. November 2015, teilte sie unter anderem mit, es würden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 im Zusammenhang mit Ausschreibungen im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG beteiligt gewesen seien. Die Bekanntmachung der Ausdehnung durch amtliche Publikation sei nicht erforderlich, zumal kein neues Verfahren eröffnet werde.

Die Parteien nehmen unterschiedliche Standpunkte ein, was die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG statuierte Frist anbelangt. Die Vorinstanz geht davon aus, dass das Verfahren am 30. Oktober 2012 für alle Beschwerdeführerinnen eröffnet worden sei. Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Auffassung, das Verfahren sei gegenüber den Beschwerdeführerinnen 1 und 3 erst mit Schreiben vom 23. November 2015 eröffnet worden. Die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei damit abgelaufen und die Auferlegung einer Sanktion sei nicht mehr möglich. Auch könne die Eröffnung des Verfahrens gegenüber der Beschwerdeführerin 2 im April 2013 nicht zur Wahrung der Frist gegenüber der Beschwerdeführerin 1 führen, zumal die Beschwerdeführerin 2 (und die Beschwerdeführerin 3) im Zeitpunkt des Wettbewerbsverstosses noch nicht existiert habe, mithin nicht Verfügungsadressatin sein könne.

4.2.2 Die Vorinstanz führt zu Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG aus, die Rechtsnorm sei tatbezogen, nicht unternehmensbezogen auszulegen. Für die Sanktionierbarkeit sei folglich keine formelle und individuelle Verfahrensbeachtlichmachung notwendig, sondern einzig, dass die Untersuchung betreffend die letztlich zu sanktionierende Tat rechtzeitig eröffnet worden sei. Dafür spreche der Wortlaut, der tatbezogen formuliert sei. Hätte der Gesetzgeber eine unternehmensbezogene Auslegung gewollt, hätte er beispielsweise die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Auch aus der italienischen und französischen Fassung des Gesetzestextes ergebe sich nichts anderes. Hinzu komme, dass die Rechtsnorm nach Sinn und Zweck eine Verwirkungsfrist statuiere, die eine Sanktio-

nierung ermöglichen solle, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden sei. Sie bezwecke den Schutz des Vertrauens, dass keine Sanktionierung mehr erfolge, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb der Frist untätig geblieben seien. Ein solches Vertrauen bestehe nicht, wenn die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich eines bestimmten Verstosses das Verfahren eröffnet hätten, das Unternehmen durch die Publikation davon erfahren habe und selbst wisse, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden Verstoß gegen das Kartellgesetz beteiligt gewesen sei. Das Vertrauen der Beschwerdeführerinnen, dass der Kartellrechtsverstoss nicht mehr rechtzeitig untersucht werde, habe spätestens bei der individuellen Bekanntmachung an die Beschwerdeführerin 2 im April 2013 nicht mehr bestanden. Folglich stehe Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG einer Sanktionierung der Verfahrensparteien, denen die Untersuchung erst im November 2015, also mehr als fünf Jahre nach dem Verstoß gegen das Kartellgesetz, bekannt gemacht worden sei, nicht entgegen.

4.2.3 Die Beschwerdeführerinnen wenden dagegen ein, dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei nicht zu entnehmen, welche Wettbewerbsbeschränkung gemeint sei: das wettbewerbswidrige Verhalten des konkreten Unternehmens, gegen welches die Untersuchung eröffnet worden sei oder generell das wettbewerbswidrige Verhalten, welches Gegenstand des Kartellverfahrens sei. Mit der Norm solle das Unternehmen geschützt werden, welches sich vor langer Zeit vom kartellrechtswidrigen Verhalten losgesagt habe. Die Frist solle das Unternehmen schützen und nicht den Wettbewerb. Zudem lasse sich die Auslegung der Vorinstanz mit den verfahrensrechtlichen Garantien von Art. 6 und 7 EMRK, Art. 30 und 32 BV und dem strafrechtlichen Schuldprinzip nicht vereinbaren. Die Vorinstanz könne weder Lehrmeinungen noch Urteile des Bundesgerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts benennen, auf welche die angegebene Begründung abgestützt werden könnte. Es könne offenbleiben, ob es sich vorliegend um eine Verjährungs- oder eine Verwirkungsfrist handle. Massgebend sei einzig, dass die Sanktionierungsmöglichkeit entfalle, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre vom Unternehmen, welches in die Untersuchung miteinbezogen werde, nicht mehr ausgeübt worden sei. Die Einleitung der Untersuchung nach Art. 27 KG habe zwingend mit einer formellen Verfügung zu erfolgen, welche gegen jedes Unternehmen individuell zu erlassen sei und nicht mit einer generellen Bekanntmachung gemäss Art. 28 KG. Mit der Publikation werde ein völlig anderes Ziel verfolgt, nämlich, dass sich Dritte melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen möchten. Erst mit der formellen und individuellen Untersuchungseröffnung werde das Unternehmen zum ersten Mal am Verfahren beteiligt und erhalte Parteistellung. Massgebend sei demnach nicht die Publikation der Untersuchungseröffnung im SHAB, sondern das Eröffnungsschreiben gemäss Art. 27 KG, welches den beteiligten Unternehmen individuell mitgeteilt werde. Das Verfahren gegen die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerin 3 sei erst im November 2015 formell eröffnet worden, weshalb die Sanktionsmöglichkeit entfalle. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin 3 ihren Betrieb erst im Jahr 2012 aufgenommen, weshalb sie in dem für das

vorliegende Verfahren massgebenden Zeitraum gar nicht gegen Kartellrecht habe verstossen können. Eine Verfahrenseröffnung gegen eine Konzerntochter führe nicht zu einer Verfahrenseröffnung gegen weitere zum Konzern gehörende Gesellschaften. Das Verfahren müsse gegenüber jeder Konzerngesellschaft individuell eröffnet werden. Auch die Beschwerdeführerin 2 habe im massgebenden Zeitpunkt noch nicht existiert, weshalb es unmöglich sei, dass sie sich kartellrechtswidrig verhalten habe. Die im April 2013 erfolgte Eröffnung des Verfahrens gegen die Beschwerdeführerin 2 führe deshalb nicht zur Wahrung der Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Folglich sei die Belastung gegen alle drei Beschwerdeführerinnen aufzuheben.

4.3 Die Rechtsprechung hat die Rechtsfrage, wie die Frist zu berechnen ist, bislang nicht ausdrücklich beantwortet. Das Bundesverwaltungsgericht hält im Urteil B-771/2012 vom 25. Juni 2018 fest, Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei eine spezialgesetzliche Regelung zur zeitlichen Dimension der Sanktionierung kartellrechtlicher Tatbestände. Als *lex specialis* gehe sie den Fristenregelungen des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) und des Strafgesetzbuchs vom 21. März 1937 (StGB, SR 311.0) vor. Als Eröffnungszeitpunkt nimmt das Urteil im dort zu beurteilenden Fall den 8. Juni 2009 an. Dabei handelt es sich um das Datum, an dem das Sekretariat das Verfahren im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums nach Art. 27 KG eröffnet hatte (Urteil B-771/2012 Cellere E. 9.2.4). Anders als im hier zu beurteilenden Fall fielen dort der Zeitpunkt der "tatbezogenen Eröffnung" und der "unternehmensbezogenen Eröffnung" nicht auseinander. In einem weiteren Urteil hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich aus der Botschaft und dem Gesetzgebungsverfahren keine näheren Hinweise auf den Rechtscharakter und die inhaltliche Ausgestaltung der Vorschrift ergeben würden (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 1671 [noch nicht rechtskräftig]). Soweit ersichtlich nimmt die Lehre zur vorliegenden Frage nicht ausdrücklich Stellung (vgl. FELIX UHLMANN, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 49a Abs. 3 N. 30 ff.; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 49 a N. 31; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a N. 239 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 49a N. 36 f.; TRÜEB/ZURKINDEN, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 49a N. 11 ff.; ROTH/BOVET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a N. 1 ff.; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, 553 ff., 564). Die Rechtsfrage zur Frist und zur Fristberechnung ist deshalb nachfolgend durch Auslegung zu beantworten (E. 5).

5.

5.1 Als Ausgangspunkt jeder Auslegung gilt der Wortlaut des Gesetzes. Das Gesetz ist so auszulegen, wie der Wortlaut nach allgemeiner Sprach- und Rechtsauffassung verstanden wird (grammatikalische Auslegung).

Von einem klaren Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung), dem Normzweck (teleologische Auslegung) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Normen (systematische Auslegung) ergeben (BGE 131 II 217 E. 2.3).

5.2

5.2.1 Der Wortlaut des Gesetzes macht die Sanktion nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG von der Einhaltung einer Fünfjahresfrist abhängig. Als Anknüpfungszeitpunkt gilt in allen drei Amtssprachen - Deutsch ("Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist"), Französisch ("Aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête"), und Italienisch ("Non vi è sanzione se la limitazione della concorrenza ha cessato di esplicare i suoi effetti da oltre cinque anni prima dell'apertura dell'inchiesta") - der Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung. Insoweit ist der Wortlaut klar.

5.2.2 Der Wortlaut stellt auf die Untersuchungseröffnung, nicht auf deren Publikation ab. Das Publikationsdatum fällt als Anknüpfungszeitpunkt für die Frist ausser Betracht. Wie aus Art. 28 Abs. 1 KG hervorgeht, findet die Publikation erst nach Eröffnung der Untersuchung statt. Sie hat lediglich deklaratorische Wirkung und sie hindert Untersuchungshandlungen nicht (Art. 28 Abs. 3 KG; IZUMI/BAUR, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 28 N. 18; ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 28 N. 29). Allenfalls kann es beispielsweise aus Geheimhaltungsinteressen sogar angebracht sein, auf die Publikation vorerst zu verzichten (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 28 N. 30 m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 29 N. 5). Die Publikation im Sinne von Art. 28 KG dient einerseits dem Schutz anderer Wirtschaftsteilnehmer (z.B. geschädigte Unternehmen, Konkurrenten oder Konsumenten). Diese sollen die Möglichkeit haben sich im Sinne von Art. 43 KG an der Untersuchung zu beteiligen. Andererseits dient Art. 28 KG der Informationsbeschaffung der Wettbewerbsbehörden. Das Sekretariat ist darauf angewiesen, Informationen über das Marktverhalten der betroffenen Unternehmen von den übrigen Marktteilnehmern zu erhalten (IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 28 N. 2; BORER, a.a.O., Art. 28 N. 2; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 28 N. 2 ff.). Mit anderen Worten bezweckt die Norm nicht den Schutz zukünftiger Untersuchungsadressaten. Ausserdem wurde in der Publikation ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden könnte.

5.2.3 Der Gesetzgeber verwendet sowohl in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG als auch in Art. 27 Abs. 1 KG denselben Wortlaut ("Eröffnung der Untersuchung"). Dies legt den Schluss nahe, dass er sich in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auf die Eröffnung der Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 KG bezieht. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, was darunter zu verstehen ist. Danach eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsi-

diums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen (1. Satz). Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat von der Wettbewerbskommission oder dem WBF (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung) damit beauftragt wird (2. Satz).

Der Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung ergibt sich somit klar aus Art. 27 KG. Ordentlich ist dies der Zeitpunkt, in dem die Zustimmung des Präsidiumsmitglieds der Wettbewerbskommission zur Untersuchungseröffnung durch das Sekretariat erfolgt, womit der Zeitpunkt vorliegend auf den 30. Oktober 2012 fällt. Nach Eröffnung der Untersuchung wird sie den Unternehmen, gegen die sich die Untersuchung richtet, angezeigt. Die Anzeige erfolgt durch ein Schreiben, bei dem es sich lediglich um ein einfaches Verwaltungsschreiben handelt (IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 33; vgl. auch ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 85). Dass einem Unternehmen die Eröffnung der Untersuchung, wie vorliegend, erst viel später angezeigt wird, lässt sich nicht verhindern, zumal im Untersuchungsverfahren der Kreis der an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mutmasslich beteiligten Unternehmen erweitert werden kann. So liegt es in der Natur eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens, dass dieses auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden kann.

5.2.4 Aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG geht zudem hervor, dass an die Wettbewerbsbeschränkung, also an die Tat, angeknüpft wird. Auch dies deutet darauf hin, dass die Gesetzesbestimmung tatbezogen und nicht unternehmensbezogen auszulegen ist. Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zutreffend ausführt, hätte der Gesetzgeber sonst eher die Formulierung "Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen" gewählt. Die französisch- und italienischsprachige Fassung stimmen diesbezüglich mit der deutschsprachigen überein.

5.2.5 Als Zwischenstand ist festzuhalten, dass der Anknüpfungspunkt für die Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG klar umschrieben ist. Die Eröffnung ist kein formell-rechtlicher Verfahrensschritt, der gegenüber den einzelnen Unternehmen individuell zu erfolgen hätte. Hingegen ist, wie bereits erwähnt, den involvierten Unternehmen anzuzeigen, wenn sie individuell Teil einer eröffneten Untersuchung werden (vgl. oben E. 5.2.3). Die Anzeige kann auch erst nach Ausdehnung einer Untersuchung erfolgen, wie das im vorliegenden Fall geschehen ist. Die Frist auf den Zeitpunkt des einfachen Verwaltungsschreibens auszurichten, macht im Lichte der zeitlichen Anknüpfung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wenig Sinn.

5.3 Entstehungsgeschichtlich geht die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in der heutigen Fassung auf die Revision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 zurück und ist seit 1. April 2004 in Kraft. Hauptziel der Revision war die Einführung direkter Sanktionen bei besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen. Weder aus der Botschaft (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 2022) noch aus den Ratsprotokollen (AB 2002 N 1290;

AB 2003 S 318) ergeben sich Hinweise darauf, dass mit der Eröffnung der Untersuchung etwas anderes gemeint sein könnte. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wurde in den Räten zusammen mit Art. 49a Abs. 2 KG, der sogenannten Bonusregelung, abgehandelt und nicht weiter thematisiert (AB 2002 N 1454; AB 2003 S 333). Aus dem historischen Auslegungselement ergibt sich nichts, was eine Auslegung in Abweichung des Wortlautes rechtfertigen könnte.

5.4 Systematisch steht die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG im 6. Abschnitt: "Verwaltungssanktionen". Die Bestimmungen zu den Verwaltungssanktionen bilden innerhalb des 4. Kapitels "Verwaltungsrechtliches Verfahren" einen eigenen Abschnitt. Es handelt sich somit nicht primär um eine Bestimmung des Verfahrensrechts im weiten Sinn, sondern um eine Sanktionsbestimmung. Unter sanktionsrechtlichen Aspekten regelt sie den Anknüpfungspunkt für die Fünfjahresfrist, die eingehalten sein muss, damit eine Sanktion greifen kann. Während Absatz 1 festhält, wer mit welchem Betrag belastet wird, schreibt Absatz 2 vor, wann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden kann (sog. Bonusregelung). Absatz 3 hält fest, in welchen Fällen die Belastung entfällt, wobei die Bestimmung b eine von drei Varianten ist. Auch auf das systematische Auslegungselement lässt sich keine abweichende Auslegung stützen.

5.5 Teleologisch beschränkt die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG den Anspruch des Staates auf eine Verwaltungssanktion. Wird die Wettbewerbsbeschränkung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt, entfällt der Sanktionsanspruch und die Belastung. Damit soll Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geschaffen werden (vgl. Urteil des BVGer A-3064/2016 vom 5. Februar 2018 E. 5.4.1.1 m.w.H.; ATTILIO R. GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 47 ff., S. 48). Die Rechtsnatur der Frist ist im Schrifttum umstritten (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 703 m.w.H.; vgl. auch BGE 140 II 384 E. 4, in welchem das BGer von Verjährung spricht).

Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG soll einen zeitlichen Rahmen festlegen, innert dem die Wettbewerbsbehörden Verwaltungssanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegen können. Die Eröffnung der Untersuchung erfolgt nicht mittels Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Entsprechend wird kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben (BGE 135 II 60 Maestro Interchange Fee E. 3.1.2 f.; Urteil des BVGer B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 2.3; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 72 m.w.H.; IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 30). Wie bereits ausgeführt, eröffnet das Sekretariat die Untersuchung mit der Zustimmung der Vorinstanz (vgl. oben E. 5.2.3). Diese ist mit Beschwerde nicht anfechtbar (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 27 N. 73; BORER, a.a.O., Art. 27 N. 7; IZUMI/BAUR, a.a.O., Art. 27 N. 31). Die Untersuchung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG und Art. 27 KG wird auch bei mehreren involvierten Unternehmen nur einmal eröffnet und bezieht sich auf eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung. Auch aus Praktikabilitätsgründen und aus Überlegungen der Rechtsgleichheit erscheint es sachgerecht, dass der Zeitpunkt gegenüber allen Unternehmen, die der Wett-

bewerbsbeschränkung verdächtigt werden, einheitlich bestimmt wird, auch wenn das Verfahren auf einige erst später ausgedehnt wird.

5.6 Die Beschwerdeführerinnen machen schliesslich geltend, bei den Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG handle es sich um echte Strafen, weshalb die verfahrensrechtlichen Garantien (Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 und 32 BV) und das strafrechtliche Schuldprinzip anwendbar seien. Die vorinstanzliche Auslegung lasse sich mit diesen Garantien und den strafrechtlichen Grundsätzen nicht vereinigen. Inwiefern dies in Bezug auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG der Fall sein soll, substantiieren sie nicht weiter. Dies ist auch nicht ersichtlich. Zwar trifft zu, dass die kartellrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a KG einen strafrechtsähnlichen Charakter haben und die genannten Garantien im Kartellrechtsverfahren insofern anwendbar sind (BGE 139 I 72 Publigruppe E. 2); die Garantien sagen aber nichts über die Frist aus, die ausschliesslich durch das schweizerische Kartellrecht geregelt wird. Die Rechtsnatur der Sanktion hat daher keinen Einfluss auf die Frage der Fristwahrung.

5.7 Zusammenfassend ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 KG, dass der massgebliche Zeitpunkt für die Anknüpfung der Frist die Eröffnung einer Untersuchung ist. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist insoweit tatbezogen ausulegen. Trifftige Gründe für eine abweichende Handhabung der Rechtsnorm ergeben sich auch aus den weiteren Auslegungselementen nicht. Vorliegend ist deshalb für die Berechnung der Frist der 30. Oktober 2012, entsprechend der Eröffnung des Sekretariats im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums, massgebend. Unbestritten ist, dass die Wettbewerbsbeschränkung bis Ende Mai 2010 gedauert hat. Die Vorinstanz hat die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG somit gewahrt.

6.

6.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die Kapitelüberschrift stellt klar, dass die Belastung eine verwaltungsrechtliche Sanktion ist ("Verwaltungssanktion"). Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Beschwerdeführerinnen 1-3 unter solidarischer Haftung sanktioniert (Dispositiv-Ziff. 3). Diese bringen vor, für die vorgeworfene Handlung könne nur die Beschwerdeführerin 1 verantwortlich gemacht werden. Einzig diese sei als Sanktionsadressatin heranzuziehen.

6.2

6.2.1 Die Solidarhaftung der Beschwerdeführerinnen stützt die Vorinstanz auf den folgenden Sachverhalt: Die Schlub AG mit Sitz in Chur wurde 1964 gegründet. Die Schlub Tief- und Strassenbau AG mit Sitz in Poschiavo wurde 1990 ins Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaften waren beide operativ tätig. Sie standen im Familienbesitz. 2010 kam es zu einem Generationswechsel. Die Gesellschaften wurden im Rahmen einer Umstrukturierung 2011/2012 neu organisiert unter dem Dach der Schlub AG (Beschwerdeführerin 1). Im De-

zember 2011 wurden für die operative Tätigkeit die Tochtergesellschaften Schlub AG Nordbünden mit Sitz in Chur (Beschwerdeführerin 2) und Schlub AG Südbünden mit Sitz in Poschiavo (Beschwerdeführerin 3) gegründet. Im Mai 2012 fanden zwei Vermögensübertragungen und eine Fusion statt. Der Betriebsteil der Schlub AG wurde auf die Schlub AG Nordbünden, der Betriebsteil der Schlub Tief- und Strassenbau AG auf die Schlub AG Südbünden übertragen. Die Schlub Tief- und Strassenbau AG wurde sogleich durch Fusion mit der Schlub AG aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Die Schlub AG änderte ihren Zweck. Sie fungiert neu als Holdinggesellschaft, hält 100 Prozent der Aktien der Schlub AG Nordbünden und der Schlub AG Südbünden und ist seither nicht mehr operativ tätig.

Der Sachverhalt der Umstrukturierung ergibt sich aus den Akten (angefochtene Verfügung N. 22 f.; Vorakten 22-0433: act. I.421; Handelsregisterauszüge der Gesellschaften). Er ist unter den Parteien unbestritten. Streitig ist die Rechtsfrage, wer als Sanktionsadressat in Frage kommt.

6.2.2 Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, ein Wettbewerbsverstoss sei nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt werde, etwa im Rahmen eines Asset Deals oder bei unternehmensinternen Umstrukturierungen. Bestehe das Unternehmen noch, welches gegen Wettbewerbsrecht verstossen habe, könnten einerseits diejenigen Gesellschaften, welche im Zeitraum des Verstosses unternehmenstragende Gesellschaften waren, und andererseits auch die Gesellschaften, welche später Trägerinnen des fortbestehenden Unternehmens sind oder waren, sanktioniert werden. Wäre es anders, würde der Zweck der Sanktionierung unterlaufen und es sei zu befürchten, dass die Sanktion eines Unternehmens nicht bezahlt werde. Ein Konzern könnte so der kartellrechtlichen Beurteilung für ein wettbewerbswidriges Verhalten entgehen, indem die fehlbare Konzerngesellschaft mittels gruppeninterner Absorptionsfusion zum Verschwinden gebracht werde. Diese Praxis verstosse auch nicht gegen das Schuldprinzip. Eine Verletzung des Schuldprinzips sei insbesondere ausgeschlossen, wenn das schuldige Unternehmen bei Unternehmenskontinuität fortbestehe. Es werde auf dem Weg der Zurechnung seines Verhaltens an die neue Unternehmensträgerin dementsprechend gebüsst. Eine Zurechnung mit Blick auf die Unternehmenskontinuität sei auch mit der EU-Praxis und dem EU-Recht vereinbar und auch konform mit dem Urteil im Fall SIX/DCC (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018). Bei der Umstrukturierung innerhalb der Schlub-Gruppe handle es sich um eine unternehmensinterne Umstrukturierung, im Rahmen derer Aktiven und Passiven zwischen zum selben Konzern gehörenden Gesellschaften verschoben worden seien. Die drei Beschwerdeführerinnen könnten daher für das Verhalten des Strassenbauunternehmens Schlub sanktioniert werden, da sie Trägerinnen des fortbestehenden Strassenbauunternehmens Schlub seien.

6.2.3 Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Auffassung, die Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen 2

und 3 verletze Bundesrecht, da ihnen das wettbewerbswidrige Verhalten nicht zugerechnet werden könne. Sie bringen vor, die von der Vorinstanz vertretene Meinung, dass in einem Fall, in dem dasjenige Unternehmen, welches gegen das Kartellrecht verstossen habe, noch bestehe, sowohl dieses als auch die spätere Trägerin des fortbestehenden Unternehmens sanktioniert werden könnten, stehe im Widerspruch zur herrschenden Lehre. Nach gefestigter Lehre sei ein verantwortliches Unternehmen solange haftbar, als es als juristische Person existiere. Dies habe auch der langjährigen Praxis der Vorinstanz entsprochen. Eine nachvollziehbare Begründung für die Praxisänderung fehle. Die vorgeworfenen Verstösse gegen das Kartellrecht seien einzig der Beschwerdeführerin 1 anzurechnen. Der Umstand, dass Teile des Betriebs an die Beschwerdeführerin 2 übergegangen seien, führe nicht dazu, dass diese solidarisch haftbar gemacht werden könne. Dies umso mehr, als sie noch nicht existiert habe, als die Beschwerdeführerin 1 die vorgeworfenen Handlungen begangen habe. Aus den gleichen Überlegungen könne die Beschwerdeführerin 3 nicht für das kartellrechtswidrige Verhalten der Schlub Tief- und Strassenbau AG herangezogen werden. Letztere sei auf dem Wege der Fusion im Jahr 2012 von der Beschwerdeführerin 1 übernommen worden. Damit habe sich die Beschwerdeführerin 1 für die vorgeworfenen Kartellrechtsverstösse der Schlub Tief- und Strassenbau AG zu verantworten. Auch aus einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne) gehe hervor, dass eine Gesellschaft, welche ein gegen das Kartellrecht verstossendes Unternehmen erst nach dem Ende des Kartellrechtsverstosses übernehme, nicht zur Zahlung einer Sanktion herangezogen werden könne. Die Überlegungen der Vorinstanz zur Unternehmenskontinuität seien nicht nachvollziehbar. Sie begründe nicht, weshalb sie von der bisherigen Praxis, wonach ein verantwortliches Unternehmen haftbar bleibe, solange es als juristische Person existiere, abweiche. Weshalb daneben auch noch zusätzliche Gesellschaften, die später Trägerinnen der fortbestehenden Unternehmen wurden, haftbar sein sollten, lasse sich nicht sachlich begründen. Auch der Hinweis auf das Urteil SIX/DCC (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018) sei falsch. Das Urteil habe ein völlig anderes Thema zum Gegenstand, nämlich strukturauflösende externe Transaktionen. Aus diesem Urteil gehe vielmehr hervor, dass eine verschuldensunabhängige Verantwortung des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers ausgeschlossen sei. Das Verhalten der Beschwerdeführerin 1 könne den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 nicht vorgeworfen werden, zumal die Beschwerdeführerin 1 nach wie vor bestehe. Die vorinstanzliche Sanktionierung führe zu einer völlig verschuldensunabhängigen Verantwortung und widerspreche dem Schuldprinzip.

6.2.4 Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf eine gefestigte Lehre, zitieren für ihren Standpunkt aber einen einzigen Autor (DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, GesKR 2015, S. 356 ff., 364). Die Lehre spricht sich über die Haftungsnachfolge jedenfalls nicht einheitlich aus, soweit sie die Konstellationen überhaupt systematisch darstellt (vgl. LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, insbes. S. 30 ff. zum europäischen Wettbewerbsrecht

und S. 126 ff. zum schweizerischen Wettbewerbsrecht; ANNA-ANTONIA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, insbes. S. 45-142; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann [Hrsg.], Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 1295 ff.; RICHARD STÄUBER, Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen, GesKR 2020 S. 89 ff., insbes. S. 94 ff.; ANDREAS HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 49 ff.; CHRISTIAN HEINICHEN, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, 2011, mit einer Systematik zur Haftungsnachfolge im Teil 2, S. 163-364). Auch insoweit, als die Beschwerdeführerinnen eine Praxisänderung der Vorinstanz vorbringen, ist darauf nicht weiter einzugehen. Abgesehen davon, dass von einer einheitlichen langjährigen Praxis der Vorinstanz zur zurechenbaren Haftungsnachfolge keine Rede sein kann (vgl. Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, veröffentlicht in RPW 2012/2 S. 270, Rz. 904, in welcher die Vorinstanz selbst von einer einheitlichen Praxis spricht), ist eine Amtspraxis nicht verbindlich für das Bundesverwaltungsgericht.

6.2.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits mehrfach zum Thema der Haftung innerhalb eines Konzerns geäussert. Die Rechtsprechung stellt darauf ab, ob die Auswahl der Verfügungs- respektive Sanktionsadressaten durch die Vorinstanz als sachlich angemessen respektive sachgerecht qualifiziert werden kann (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 11.4.3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 76; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 122, 152). Das Gericht verlangt für die Solidarhaftung eine subjektive und objektive Vorwerfbarkeit, damit der Kartellrechtsverstoss konzernintern einer Gesellschaft zugerechnet werden kann (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 11.4.4 m.w.H.). Ein jüngerer Entscheid stellt die Umstrukturierungen der Konzerngesellschaften unter dem Aspekt des personalen Geltungsbereichs dar (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 56 ff.). Ausgehend vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff und der Umstrukturierung von Unternehmensträgern (E. 7) und der Unternehmensnachfolge, die eine zurechenbare Haftungsnachfolge begründen kann (E. 8), ist nachfolgend die solidarische Haftung (E. 9) und die Höhe der Sanktion (E. 10) zu prüfen.

7.

7.1 Die Verwaltungssanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG setzt "ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede beteiligt ist" (frz. "entreprise qui participe à un accord illicite"; ital. "impresa che partecipa a un accordo illecito") voraus. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Dabei

gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, als Unternehmen (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Massgebliches Kartellrechtssubjekt ist demnach das "Unternehmen" (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 35 m.w.H.; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 26 f. m.w.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 3 m.w.H.). Der Träger des Unternehmens im Kartellrechtsverfahren ist Partei. Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Personen im Sinne des ersten Satzteils sind primäre (materielle) Verfügungsadressaten. Andere Personen im Sinne des zweiten Satzteils sind sekundäre (formelle) Verfügungsadressaten, soweit sie die Verfügung zugestellt erhalten, ohne selbst von der Regelung der Verfügung unmittelbar betroffen zu sein. Materielle Verfügungsadressaten sind die durch das Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 Publigroupe E. 4.5). Verfügungsadressat und Sanktionssubjekt kann nur sein, wer selbst Subjekt mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten sein kann (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 11.4.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 67 f.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC Rz. 119 f.).

7.2 Ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist eine wirtschaftliche Einheit. Ein Rechtssubjekt trägt das Unternehmen, wozu auch das Vermögen des Unternehmens gehört. Der juristisch-wirtschaftliche Vermögensbegriff definiert das Vermögen als Summe der geldwerten Güter eines Rechtssubjektes (vgl. Urteil des BGer 6B_824/2011 vom 17. August 2012 E. 4.2 m.w.H.; TRECHSEL/CRAMERI, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 146 N. 20; JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 4. Aufl. 2008, S. 684). Der Unternehmensbegriff des Kartellrechts setzt indessen "Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen" voraus, die selbständig am "Wirtschaftsprozess" teilnehmen, indem sie an einem Markt Güter oder Dienstleistungen anbieten oder nachfragen. Angeknüpft wird also nicht am Vermögen, das in der kaufmännischen Buchhaltung geführt und bewertet wird, sondern am Unternehmen. Ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn ist wie im Handelsrecht ein (nach kaufmännischer Art geführtes) Gewerbe (vgl. Art. 934 Abs. 1 OR). Die auf Erwerb gerichtete Tätigkeit kommt hinzu (vgl. Art. 2 lit. b HRegV). Die Tätigkeit, die unternehmerische Entscheidungen voraussetzt, wird ausgeübt durch den Träger des Unternehmens oder die Organe des Unternehmensträgers, wenn es sich um eine juristische Person handelt. Die planmässige Teilnahme am Wirtschaftsprozess im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG verlangt daher regelmässig ein Vermögen und ein Verhalten, woraus sich die wirtschaftliche Einheit des Unternehmens ergibt. Diese Einheit ist der Anknüpfungspunkt unter Kartellgesetz (vgl. HEIZMANN/MAYER, in: Zäch et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere

Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 2 N. 13 ff.; JENS LEHNE, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 2 N. 9 ff.; KRAUSKOPF/HENKEL, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, 740, 744 f.; PHILIPP CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, Rz. 141 ff.; STRAUB, a.a.O., S. 1270 f.).

7.3 Das Unternehmen wird oft von einer oder mehreren Kapitalgesellschaften getragen. Bei mehreren Trägern liegt ein Konzern vor. Als Konzern gilt die Zusammenfassung von mehreren Gesellschaften zu einer wirtschaftlichen Einheit (vgl. zur Konzerndefinition Art. 663e Abs. 1 aOR [in der bis zum 31. Dezember 2012 gültigen Fassung]). Auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaften kommt es nicht an, wohl aber darauf, ob sie wirtschaftlich selbständig sind. Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass der Gesetzgeber mit Einführung des Unternehmensbegriffs an der wirtschaftlichen Selbständigkeit festhalten wollte. Die wirtschaftliche Selbständigkeit gilt deshalb als konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 Publigroupe E. 4.1; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 3.1.1; HEIZMANN/MAYER, a.a.O., Art. 2 N. 7, 30, 31 f.; JÜRIG BORER, a.a.O., Art. 2 N. 3 und 11; MARTENET/KILIAS, in: Martenet/Bovet/Ter-cier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 2 N. 28 ff. m.w.H.; LEHNE, a.a.O., Art. 2 N. 14 ff.). Solange die Gesellschaften wirtschaftlich selbständig bleiben und freie unternehmerische Entscheidungen treffen, bilden sie je ein Unternehmen. Sind sie wirtschaftlich unselbständig, gehören sie zu einem Konzern (vgl. zum Konzern: Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 39 ff. m.w.H.; STRAUB, a.a.O., S. 1269 ff., 1274 ff.; KUBLI, a.a.O., S. 138 ff.). Der Konzern als Ganzes stellt ein Unternehmen dar und fungiert als Kartellrechtssubjekt. Während im Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht das sogenannte Kontrollprinzip gilt (vgl. zur Konzernrechnung Art. 963 OR, in Kraft seit 1. Januar 2013), folgt das Kartellrecht einer wirtschaftlich-funktionalen Betrachtungsweise (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 37).

7.4 Das Unternehmen kann sich im Verlauf eines Kartellverfahrens ändern. Die Änderung betrifft das Vermögen eines Unternehmensträgers, die Unternehmensträger-Struktur oder die strukturelle Verbindung mehrerer Unternehmen. Die Vermögensänderung hat eine kaufrechtliche Grundlage, wenn eine Gesellschaft Vermögen veräussert oder erwirbt, sei es, dass Vermögenswerte ("Asset Deal") oder Gesellschaftsanteile ("Share Deal") den Gegenstand des Kaufvertrags bilden (zum Unterschied von "Asset Deal" und "Share Deal" vgl. statt vieler URS SCHENKER, Unternehmenskauf, 2016, S. 19 ff.). Der Erwerb einzelner Vermögenswerte ist noch kein Unternehmenskauf (dazu oben E. 7.2). Ein Unternehmenskauf mit Vermögensübertragung im eigentlichen Sinn setzt jedenfalls voraus, dass Aktiven und Passiven den Kaufgegenstand bilden. Die Änderung der Unternehmensträger-Struktur hat eine Grundlage im Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermö-

gensübertragung (Fusionsgesetz [FusG, SR 221.301]). Durch Fusion wird der Unternehmensträger der übertragenden Gesellschaft aufgelöst (Art. 9 FusG). Gleiches gilt bei der Aufspaltung (Art. 29 Bst. a FusG), während bei der Abspaltung der Unternehmensträger bestehen bleibt, da er nur ein Teil des Vermögens überträgt (Art. 29 Bst. b FusG). Durch Umwandlung ändert sich das Unternehmen nicht, sondern nur die Rechtsform (Art. 53 FusG). Durch Vermögensübertragung überträgt eine Gesellschaft das Vermögen oder Teile des Vermögens mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger (Art. 69 FusG). Die Vermögensübertragung wird durch totale oder partielle Universalsukzession vollzogen (vgl. Art. 73 Abs. 1 FusG). Da Unternehmen oder Unternehmensteile damit übertragen werden können, bleibt die Bestimmung über den Unternehmenszusammenschluss nach Art. 34 KG ausdrücklich vorbehalten (Art. 73 Abs. 2 FusG). Die Übertragung kommt in verschiedenen Konstellationen vor. Die Rechtsträger, die daran beteiligt sind, können erstens zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung je für sich ein selbständiges Unternehmen führen (z.B. Übertragung nach Asset Deal). Die Rechtsträger können zweitens im Zuge der Umstrukturierung erstmals eine strukturelle Verbindung von Gesellschaften zu einem Unternehmen eingehen (z.B. Übertragung auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft). Die Rechtsträger können drittens schon vor der Umstrukturierung ein und demselben Unternehmen angehören, wenn sie als Konzern verbunden sind (z.B. Übertragung auf eine schon bestehende Tochtergesellschaft). Wenn ein Konzern bereits besteht, beruht die Umstrukturierung auf einer konzerninternen Transaktion.

7.5

7.5.1 Nach Umstrukturierung eines Konzerns fragt sich unter Kartellrecht, an welche Gesellschaften innerhalb des Konzerns (als Unternehmensteile) mit Subjektstellung (als Unternehmensträger) die Sanktion zu adressieren ist und insofern als Rechtssubjekt eingeschlossen werden kann. Die Frage stellt sich für Normadressaten im Rahmen des personalen Geltungsbereichs des Kartellgesetzes, für Verfügungsadressaten, aber auch für Sanktionsadressaten in ähnlicher Weise. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Konstellationen der Umstrukturierung eines bestehenden Konzerns kürzlich aufgezeigt und dabei zwischen konzerninternen und konzernexternen Transaktionen unterschieden (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 56 ff., N. 125 ff.). Die Unterscheidung ist auch im europäischen Kartellrecht bekannt (vgl. Entscheidung der Kommission vom 29. November 2006 betreffend ein Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen, Sache COMP/F/38.638 - Butadien-Kautschuk und Emulsionsstyrol-Butadienkautschuk, Tz. 338; Entscheidung der Kommission vom 1. Oktober 2008 betreffend ein Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen, Sache COMP/39181 - Kerzenwaxse, Tz. 337; HEINICHEN, a.a.O., S. 309).

7.5.2 Interne Transaktionen erfolgen ohne Drittbeteiligung. Es handelt sich um Umstrukturierungen, bei denen ausschliesslich Gruppengesellschaften des Konzerns beteiligt sind, weshalb grundsätzlich auch kein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG vorliegt. Interne Transaktionen führen zu keiner Ver-

änderung des Kartellrechtssubjekts "Konzern" (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 61).

7.5.3 Externe Transaktionen erfolgen mit Drittbeteiligung, wobei die strukturelle Verbindung von Konzernobergesellschaft und Gruppengesellschaften bleibt (Strukturerhaltung) oder aufgelöst wird (Strukturauflösung).

Strukturerhaltende externe Transaktionen sind Umstrukturierungen, die zu einer Erweiterung der Unternehmensgruppe durch bisher externe Unternehmen oder eine andere Unternehmensgruppe führen. Die Konzernobergesellschaft und die fehlbare Konzerngesellschaft gehören auch nach der Umstrukturierung immer noch der gleichen Unternehmensgruppe an. Das Kartellrechtssubjekt "Konzern" bleibt also auch hier unverändert bestehen (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 62).

Strukturauflösende externen Transaktionen sind Umstrukturierungen, bei denen die strukturelle Verbindung zwischen Konzernobergesellschaft und der fehlbaren Gesellschaft aufgelöst wird. Deshalb ist im Rahmen des personalen Geltungsbereichs für die Zeit bis zum Wechsel der Unternehmensgruppe derjenige Konzern heranzuziehen, dem die fehlbare Konzerngesellschaft angehörte. Ab dem Zeitpunkt des Wechsels der Unternehmensgruppe ist dagegen derjenige Konzern heranzuziehen, in dessen Unternehmensverbund die fehlbare Konzerngesellschaft nunmehr integriert ist (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX/DCC N. 63).

8.

8.1

8.1.1 Nach Auffassung der Vorinstanz reicht eine Unternehmenskontinuität in jedem Fall, um wahlweise Unternehmensträger in die Sanktion einzuschliessen. Sie hält dafür, dass eine wirtschaftliche Kontinuität genügt. Wenn ein Unternehmen wirtschaftlich unter einer neuen Trägerschaft - wie bei Asset Deals oder Umstrukturierungen - fortgeführt werde, so könne jede der Gesellschaften in die Sanktion eingeschlossen werden. Der Sanktionseinchluss ergebe sich auf dem Weg der Zurechnung (vgl. oben E. 6.2.2).

8.1.2 Die Vorinstanz stützt sich auf unter EU-Recht ergangene Entscheide. Das Europäische Kartellrecht hat Regeln entwickelt, nach denen Transaktionen mit Drittbeteiligung beurteilt werden. Sie gehen auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes Enichem Anic zurück (Urteil des EuGH vom 17. Dezember 1991 T-6/89 Enichem Anic/Kommission, Slg. 1991 II-1628, Tz. 235 ff.). Dort wird ausgeführt: "Das Gericht stellt fest, dass das den Unternehmen in Artikel 85 Absatz 1 EVG-Vertrag auferlegte Verbot [...] an wirtschaftliche Einheiten gerichtet ist, die von einer Gesamtheit materieller und personeller Faktoren gebildet werden, die an einer Zuwiderhandlung im Sinne der Vorschrift beteiligt sein können. Ist eine solche Zuwiderhandlung bewiesen, ist die natürliche oder juristische Person zu ermitteln, die für den Betrieb des Unternehmens im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung verantwortlich war, damit sie zur Rechenschaft gezogen werden kann [erste Anic Regel]. Hat jedoch zwischen dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung und dem

Zeitpunkt, zu dem das betreffende Unternehmen zur Rechenschaft gezogen werden soll, die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche Person aufgehört, rechtlich zu existieren, so ist zunächst die Gesamtheit der materiellen und personellen Faktoren festzustellen, die an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, um sodann zu ermitteln, wem die Verantwortung für den Betrieb dieser Gesamtheit übertragen worden ist, damit sich das Unternehmen seiner Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung nicht deshalb entziehen kann, weil die zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung für seinen Betrieb verantwortliche Person nicht mehr besteht [zweite Anic-Regel]." Die beiden Anic-Regeln stehen in einem Verhältnis von Grundsatz- und Ausnahmeregel. Nach der ersten Anic-Regel gilt, dass die juristische Person, die im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung für den Betrieb des Unternehmens verantwortlich war, die Verantwortlichkeit auch unter Sanktionsaspekten trägt (Grundsatz). Nach der zweiten Anic-Regel gilt, dass der Erwerber, der das Unternehmen übernommen hat und dessen Geschäftstätigkeit im Wesentlichen unverändert fortsetzt, die Verantwortlichkeit unter Sanktionsaspekten trägt, wenn die ursprünglich verantwortliche juristische Person rechtlich nicht mehr existiert (Ausnahme). Die Ausnahmeregel besagt, dass die Sanktion nach der Unternehmensveräußerung ersatzweise dem Erwerber auferlegt werden kann (vgl. HEINICHEN, a.a.O., S. 216 ff., 239 f., 256 ff.).

8.1.3 Entgegen der Vorinstanz muss das frühere Wettbewerbsverhalten dem Sanktionsadressaten vorwerfbar sein. Die Vorwerfbarkeit des Wettbewerbsverstosses gegenüber einem Nachfolgeunternehmen begründet die zurechenbare Haftungsnachfolge. Soweit die Vorinstanz eine Haftungsnachfolge auch bei "Asset Deals" uneingeschränkt zu bejahen scheint, macht sie die unter EU-Recht entworfene Ausnahmeregel zum Grundsatz. Das Gesetz lässt zwar in Art. 49a Abs. 1 KG genügen, dass das Wettbewerbsverhalten einem "beteiligten Unternehmen" zurechenbar ist, wobei die Zurechnung an das sog. Kartellrechtssubjekt "Unternehmen" und nicht an eine unternehmenstragende Gesellschaft erfolgt. Aber die Zurechnung setzt voraus, dass das zurechenbare Verhalten dem Unternehmen vorgeworfen werden kann. Die Vorwerfbarkeit begründet die Zurechenbarkeit - nicht umkehrt. Das Zurechnungskriterium der wirtschaftlichen Kontinuität ist jedenfalls zu weit, da darunter auch eine Kontinuität verstanden werden könnte, die sich nur aus dem Vermögen ergibt. Einem Vermögenskomplex oder einzelnen Vermögenswerten als Aktivposten kann kein Verhalten vorgeworfen werden, weshalb sich auf diesem Weg auch keine Zurechenbarkeit begründen lässt.

Die Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses ist namentlich bei "Asset Deals" eingeschränkt (vgl. oben E. 7.4 zu den Konstellationen). Werden gestützt auf einen Kaufvertrag einzelne Vermögenswerte mittels Singularsukzession übertragen, liegt von vornherein kein Unternehmenskauf vor. Auch die Anic-Regeln des Unionsrechts sind auf die Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände nicht anwendbar. Die Anwendbarkeit setzt voraus, dass das Unternehmen, das an einem Wettbewerbsverstoss beteiligt war, auf einen anderen Unternehmensträger übertragen wurde. Voraussetzung ist mithin ein Unternehmensträgerwechsel (vgl. HEINI-

CHEN, a.a.O., S. 112 f.). Ein Wechsel des Unternehmensträgers ist allerdings dann unbeachtlich, wenn ein und dasselbe Unternehmen fortgesetzt werden (vgl. dazu unten E. 8.3). Der Unternehmenskauf und eine Vermögensübertragung mittels (partieller) Universalsukzession (Art. 69 FusG) kann die Haftung des Nachfolgeunternehmens begründen. Vorausgesetzt, dass die übertragende Gesellschaft, die für den früheren Wettbewerbsverstoss verantwortlich zeichnet, nicht mehr existiert, ist von einer ersatzweisen Haftung der übernehmenden Gesellschaft auszugehen. Wie die Haftungsnachfolge bei Kauf von Aktiven und Passiven oder von Anteilen einer Gesellschaft ausgestaltet ist, braucht hier nicht geklärt zu werden. Denn die Umstrukturierung der Beschwerdeführerinnen hatte keine kaufrechtliche Grundlage.

Die Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses kann sich auch aus fusionsrechtlichen Tatbeständen ergeben (vgl. oben E. 7.4 zu den Konstellationen). Die Tatbestände, bei denen die übertragende Gesellschaft aufgelöst und gelöscht wird, führen zu einer Rechts- und Nachfolgehaftung. Das gilt für die Absorptions- und Kombinationsfusion (Art. 3 FusG) und die Aufspaltung (Art. 29 Bst. a FusG), da die übernehmende Gesellschaft das Unternehmen der übertragenden Gesellschaft damit übernimmt. Bei der Abspaltung (Art. 29 Bst. b FusG) bleibt die übertragende Gesellschaft zwar bestehen, aber mit der Übertragung wird ein Teil des Unternehmens abgespalten und durch den übernehmenden Unternehmensträger fortgesetzt, weshalb hier eine solidarische Haftung für den früher begangenen Wettbewerbsverstoss gerechtfertigt ist. Umso mehr ist eine Solidarhaftung gerechtfertigt, wenn das Unternehmen gleichbleibt und nur die Unternehmensstruktur geändert wird (vgl. dazu unten E. 8.3).

8.2

8.2.1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen reicht eine Unternehmenskontinuität in keinem Fall aus, wenn der verantwortliche Unternehmensträger noch existiert. Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, das Bestehen der übertragenden Gesellschaft schliesse es aus, dass eine übernehmende Gesellschaft haftbar gemacht werden könne. Die Solidarhaftung sei ausgeschlossen, weil die Zurechnung an die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 scheitere, so dass nur die Beschwerdeführerin 1 als Sanktionsadressatin in Betracht komme (vgl. oben E. 6.2.3).

8.2.2 Die Beschwerdeführerinnen berufen sich dabei auf das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne. Das Gericht kommt dort zum Schluss, das fehlbare Verhalten könne der Unternehmensgruppe weder objektiv noch subjektiv zugerechnet werden. Die Zurechnung betraf unzulässige Absprachen einer Gesellschaft in einer Zeitperiode, die vor der Integration der fehlbaren Gesellschaft in die Unternehmensgruppe lag (Urteil B-807/2012 E. 11.4.4). Der hier zu beurteilende Fall liegt jedoch anders. Dort ging es um die Zurechnung gegenüber einer Unternehmensgruppe aufgrund des früheren Verhaltens einer später integrierten Gesellschaft. Hier geht es aber um die Zurechnung aufgrund eines früheren Verhaltens eines Unternehmens

gegenüber den später ausgegliederten Gesellschaften, die das gleiche Unternehmen tragen.

Bei der Integration einer fehlbaren Gesellschaft scheidet eine Sanktionierung der Gesellschaften, die diese nach dem Wettbewerbsverstoss aufnehmen, aus. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens scheidet einmal in objektiver Hinsicht daran, dass die integrierende Gruppe am Wettbewerbsverstoss nicht beteiligt war (objektive Zurechnung) und in subjektiver Hinsicht daran, dass damals noch keine kapitalmässige Verflechtung mit dem Unternehmen bestand (subjektive Zurechnung). Anders verhält es sich, wenn es die fehlbare Gesellschaft ist, die Unternehmensteile später ausgliedert, ohne aufzuhören, rechtlich zu existieren. Alsdann ist die Vorwerfbarkeit in objektiver Hinsicht gegeben, weil das ausgegliederte Unternehmen am Verstoss beteiligt war (objektive Zurechnung) und in subjektiver Hinsicht, wenn eine kapitalmässige Verflechtung der das Unternehmen tragenden Gesellschaften besteht (subjektive Zurechnung).

8.2.3 Entgegen der Beschwerde ist ein früherer Wettbewerbsverstoss also auch weiteren Sanktionsadressaten vorwerfbar, wenn das gleiche Unternehmen - trotz Unternehmensträgerwechsel - fortgesetzt wird. Ändert sich das Unternehmen nicht, geht es um eine unternehmensinterne Umstrukturierung. Dass die Umstrukturierung im Jahr 2011/2012 eine interne Transaktion darstellt, räumen die Beschwerdeführerinnen denn auch selber ein (Beschwerde, S. 21). Interne Transaktionen sind für sanktionsrechtliche Aspekte und für die Anknüpfung des personalen Geltungsbereichs des Kartellgesetzes gleichermassen unerheblich (vgl. oben E. 7.5.2).

8.3

8.3.1 Die Umstrukturierung der Beschwerdeführerinnen weist die Besonderheit auf, dass sie auf einem Konzernierungsvorgang basierte. Vor dem Vorgang im Jahre 2011/2012 gab es die Schlub AG und die Schlub Tief- und Strassenbau AG. Nach der Konzernierung hielt die Schlub AG als Holdinggesellschaft die beiden Tochtergesellschaften Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden. Aus der angefochtenen Verfügung geht nicht klar hervor, ob die Schlub AG und die Schlub Tief- und Strassenbau AG schon vor der Konzernierung ein verbundenes Unternehmen bildeten. Die Beteiligungsverhältnisse lassen erkennen, dass es sich um ein Familienunternehmen handelt. Die personale Verflechtung, die Beteiligungs- und Organverhältnisse legen den Schluss nahe, dass die Gesellschaften schon vorher ein verbundenes Unternehmen bildeten (vgl. Vorakten 22-0433: act. I.421 und die Handelsregisterauszüge der Gesellschaften; zum Konzern oben E. 7.3). Selbst wenn von zwei selbständigen Unternehmen auszugehen wäre, würde dies nichts ändern, wie im Folgenden gezeigt wird. Die Frage, ob schon vor der Umstrukturierung ein Konzern bestand, kann daher letztlich offenbleiben.

8.3.2 Die Umstrukturierung diente der Ausgliederung des Unternehmens. Sie unterscheidet sich von der fusionsrechtlichen Spaltung. Die Spaltung ist zulässig in den beiden Formen der Aufspaltung (Art. 29 Bst. a FusG) und Abspaltung (Art. 29 Bst. b FusG). Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz sah - wie das deutsche Umwandlungsgesetz (§ 123 Abs. 3 UmwG) - als dritte Spaltungsform noch die Ausgliederung vor (Art. 39 Bst. c VE

FusG, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/fusion.html>, abgerufen am 04.06.2021; vgl. hierzu Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung [Fusionsgesetz, FusG], BBl 2000 4337, insbes. 4360 f.): "Ein Rechtsträger kann sich spalten, indem er einen oder mehrere Teile seines Vermögens auf andere Rechtsträger überträgt und er dafür Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Rechtsträger oder eine Abfindung erhält (Ausgliederung)". Sie wurde aber nicht Gesetz. Unter deutschem Recht unterscheidet sich die Ausgliederung von der Abspaltung lediglich dadurch, dass die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht den Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers eingeräumt werden, sondern diesem selbst (vgl. § 123 Abs. 2 und 3 UmwG). Unter Schweizer Recht wird bei der Vermögensübertragung auf das 3. Kapitel zur Spaltung verwiesen, wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten (Art. 69, 2. Satz FusG); sonst gelten die Bestimmungen zur Vermögensübertragung. Mit Vermögensübertragung kann die Ausgliederung des Unternehmens erreicht werden, indem Vermögensteile als Sacheinlagen oder gegen Entgelt auf eine neue oder bestehende Tochtergesellschaft übertragen werden (vgl. WATTER/BÜCHI, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, Art. 29 N. 3). Im vorliegenden Fall erfolgte die Vermögensübertragung von der Beschwerdeführerin 1 auf die Beschwerdeführerin 2 und von der in die Beschwerdeführerin 1 fusionierten Schlub Tief- und Strassenbau AG auf die Beschwerdeführerin 3. Die Beschwerdeführerinnen fassten die Umstrukturierung mit Schreiben vom 30. September 2015 wie folgt zusammen: "Die Schlub AG wurde am 10. Mai 2012 mit der Schlub Tief- und Strassenbau AG fusioniert. Gleichzeitig wurden für die operativen Tätigkeiten die Tochtergesellschaften Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden gegründet." (Vorakten 22-0433: act. I.421). Das Schreiben macht deutlich, dass die Transaktionen der Neugründung, Vermögensübertragung und Fusion als einheitlicher Vorgang zu betrachten sind, welcher der Ausgliederung diene. Bei solchen Transaktionen kommt es kartellrechtlich nicht darauf an, ob die strukturelle Verbindung der Unternehmensträger schon zur Zeit der Umstrukturierung bestand oder erst im Zug der Umstrukturierung geschaffen wird. In einem wie im anderen Fall sind sie als konzerninterne Umstrukturierungen zu behandeln. Auch die Unionspraxis beurteilt beide Fälle der Umstrukturierung gleichermassen als konzernintern und knüpft daran einen erleichterten Zugriff für die Sanktionierung (vgl. HEINICHEN, a.a.O., S. 321 ff., insbes. die in den Fussnoten 1055, 1056, 1081 und 1083 aufgelisteten Entscheide).

8.3.3 Die Umstrukturierung führte zu einer Konzern- und Holdingstruktur, bei der die Beschwerdeführerin 1 100 Prozent der Aktien der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 hält. Das Unternehmen als kartellrechtlicher Anknüpfungspunkt hat sich mit der konzerninternen Umstrukturierung nicht geändert. Wenn - wie hier - die Umstrukturierung lediglich die Struktur der Unternehmensträger ändert, aber die Funktionseinheit des Unternehmens unberührt lässt, liegt funktionale Unternehmensidentität

vor. Das ist nur die Kehrseite davon, dass das Kartellrecht nicht an die Rechtssubjekte, sondern an das Kartellrechtssubjekt "Unternehmen" anknüpft. Die Ausgliederung eröffnet im vorliegenden Fall die Möglichkeit, die ausgegliederten Unternehmensteile in die Sanktion einzuschliessen. Entscheidend ist, dass keine fremden Unternehmensteile beteiligt waren und das Unternehmen operativ durch die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 im Wesentlichen unverändert fortgesetzt wird. Der Wettbewerbsverstoss ist vorwerfbar, weil es sich um das gleiche Unternehmen handelt. Denn die Tochtergesellschaften sind Teile des am Wettbewerbsverstoss beteiligten Unternehmens (objektive Zurechnung). Der Wettbewerbsverstoss ist subjektiv vorwerfbar, weil eine einheitliche Kontrolle schon möglich war oder eine kapitalmässige Verflechtung im Zug der Konzernierung jedenfalls geschaffen wurde (subjektive Zurechnung). Aus dem Gesagten folgt, dass die solidarische Haftung der Beschwerdeführerinnen 1-3 kein Bundesrecht verletzt.

9.

9.1 Die Zurechenbarkeit folgt aus der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen das Kartellgesetz. Das kartellbeteiligte Unternehmen hat sich mit der Ausgliederung nicht verändert, sondern ist funktional identisch geblieben, weshalb der Wettbewerbsverstoss den Beschwerdeführerinnen 1-3 zurechenbar ist. Sie stellen sich aber auf den Standpunkt, die Sanktion verletze das Schuldprinzip.

9.2 Die Sanktionen nach Art. 49a KG fallen in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK, da ihnen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter zugemessen wird. Die Garantien von Art. 6 und Art. 7 EMRK sind daher auf Sanktionen, die im Verwaltungs- bzw. Verwaltungsjustizverfahren ausgesprochen werden, grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist bei den einzelnen Teilgehalten zu befinden (BGE 139 I 72 Publigruppe E. 2; BGE 144 II 246 Altimum E. 6.4.3; BGE 144 II 194 BMW E. 5.1; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.1 ff.). Die Konvention garantiert das Recht auf ein faires Verfahren und überdies spezifische strafprozessuale Verfahrensgarantien in Art. 6 EMRK. Dazu gehören der Grundsatz "nemo tenetur" (Ziff. 1), die Unschuldsvermutung (Ziff. 2) und Verfahrensrechte (Ziff. 3): Informationsrecht, Recht auf effektive Verteidigung, Verteidigungsrecht, Frage- und Konfrontationsrecht, Recht auf unentgeltlichen Dolmetscher. Dass die strafprozessualen Verfahrensgarantien nicht eingehalten worden wären, wird in der Beschwerde nicht geltend gemacht.

9.3 Die Sanktion ist die verwaltungsrechtliche Rechtsfolge, die aus der Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses an das Unternehmen, das daran beteiligt ist, folgt (Art. 49a Abs. 1 KG). Die Zurechenbarkeit wird durch die strafprozessualen Garantien nicht geregelt. Wohl kennt die Konvention Garantien, die als Ausfluss des Schuldprinzips aufgefasst werden können wie "nemo tenetur" (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) oder "in dubio pro reo" abgeleitet aus der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK; vgl. zum Schuldprinzip und den erwähnten Garantien: BGE 139 I 72 Publigruppe E. 8.2.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 90 ff. und 641 ff.; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 Nikon E. 8.2 ff.).

Ein Schuldprinzip im Sinne des materiell-rechtlichen Strafrechts enthält sie indes nicht. Auch der Grundsatz "nulla poena sine lege" (Art. 7 EMRK) wird nicht als strafrechtliches Schuldprinzip garantiert. Die gesetzliche Grundlage der Verwaltungssanktion ist ausschliesslich das Kartellgesetz, dessen Sanktionstatbestand auch die Zurechenbarkeit regelt. Das Gesetz lässt genügen, dass die wettbewerbswidrige Verhaltensweise dem Unternehmen, das daran beteiligt ist, zugerechnet werden kann. Soweit das Strafrecht einschliesslich Unternehmensstrafrecht weitergeht oder anderen Grundsätzen folgt, können die Beschwerdeführerinnen daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

10.

10.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, die Nichtanwendung von Art. 48 Bst. e StGB verletze Bundesrecht. Sie führen aus, die lange Dauer, welche seit der Einstellung des Kartellrechtsverstosses vergangen sei, müsse bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung zum Strafrecht. Seit der freiwilligen Einstellung des Verstosses seien nun fast zehn Jahren vergangen. Die Sanktion von Art. 49a KG habe pönalen Charakter, weshalb Art. 48 Bst. e StGB und die vom Bundesgericht festgelegten Grundsätze anzuwenden seien. Die lange Dauer seit Einstellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens sei bei der Sanktionsbemessung in der Höhe von 50 Prozent zu berücksichtigen.

10.2 Das Beschwerdevorbringen geht fehl. Die Belastung ist eine Verwaltungssanktion und keine strafrechtliche Sanktion. Dass sie - wie erwähnt - strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Charakter gemäss Art. 6 EMRK hat, ist unerheblich. Die Verwaltungssanktion fällt nicht in den Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches. Wie die Vorinstanz korrekt ausführt, wird die Sanktion abschliessend durch das Kartellrecht geregelt und die Kriterien für die Bemessung ergeben sich aus der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung [SVKG, SR 251.5]). Der Strafmilderungsgrund von Art. 48 Bst. e StGB und die dazu ergangene Rechtsprechung unter Strafrecht kommen nicht zur Anwendung (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 641 ff., insbes. Rz. 651; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 Nikon E. 8.1.1).

10.3 Die Beschwerde bringt gegen die Sanktion im Übrigen nichts vor. Sie stellt auch die Sanktionsbemessung nicht in Frage. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht keine Veranlassung, von der vorinstanzlichen Sanktionsbemessung abzuweichen, zumal sie nachvollziehbar ist. Eine Bundesrechtsverletzung lässt sich nicht erkennen.

11.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen schliesslich die Aufhebung von Ziffer 5.10 der angefochtenen Verfügung (Verfahrenskosten), ohne den Antrag substantiiert zu begründen. Sie zeigen nicht auf, aus welchem Grund die Vorinstanz auf eine Kostenauflegung hätte verzichten sollen. Dies ist auch nicht ersichtlich. Sofern die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass die begehrt

te Aufhebung der Dispositivziffer 3.9 der angefochtenen Verfügung zum Erlass der Kosten im vorinstanzlichen Verfahren führt, ist festzuhalten, dass sie mit dem entsprechenden Antrag nicht durchdringen (vgl. oben E. 8.3.3). Des Weiteren geht aus der angefochtenen Verfügung verständlich hervor, auf welche Rechtsgrundlage die Vorinstanz die Gebührenpflicht stützt, wie sie deren Höhe berechnet und in welchem Verhältnis sie die Kosten den am Wettbewerbsverstoss beteiligten Parteien auferlegt (vgl. angefochtene Verfügung N. 638 ff.). Daran ist nichts auszusetzen.

12.

Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtene Verfügung kein Bundesrecht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

13.

Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Sie ist auf

Fr. 12'500.- festzusetzen. Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 12'500.- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen 1-3 (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0457; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	5. Urteil vom 9. August 2021 in Sachen Implenia Schweiz AG gegen WEKO - Untersuchung betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019)
-----	---

Urteil B-5161/2019 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 9. August 2021 in Sachen Implenia Schweiz AG, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Untersuchung 22-0457 betreffend Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau (Sanktionsverfügung vom 19. August 2019).

Sachverhalt:

A.

A.a Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Kartellgesetzes (KG, SR 251) gegen die Beschwerdeführerin und mehrere weitere Unternehmen wegen Verdachts auf Wettbewerbsverstösse. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. November 2012 (BBI 2012 8999; vgl. Art. 28 KG).

Das Sekretariat hält in der Publikation fest, es habe Kenntnis von allfälligen Abreden zwischen Unternehmen, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau, sowie von allfälligen Abreden mit Unternehmen in den dazu vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden erlangt. Es würden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Abreden betreffend Koordination von Submissionen und Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellten. Die Untersuchung könne auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden, welche an den beschriebenen Abreden beteiligt gewesen seien.

A.b Am 1. November 2012 reichte die Beschwerdeführerin einen Marker für eine Selbstanzeige ein.

A.c Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt.

A.d Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit, dass ihre Selbstanzeige als Erste eingegangen sei und es die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion als gegeben erachte.

A.e Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 wurde der Beschwerdeführerin und den weiteren Parteien mitgeteilt, dass das Verfahren auf weitere Unternehmen ausgedehnt und die Untersuchung "22-0433: Bauleistungen Graubünden" in mehrere Verfahren aufgeteilt worden sei. Die Beschwerdeführerin sei Partei in der Untersuchung "22-0457: Bauleistungen Graubünden".

A.f Am 19. August 2019 verfügte die Vorinstanz im Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" mit Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5, was folgt:

"1. Der [...] Implenia Schweiz AG [...] wird untersagt,

1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:

a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie

b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

2. Der [...] Implenia Schweiz AG [...] wird untersagt,

Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hochbauleistungen um Informationen über die Interessenlage der Konkurrenten und Konkurrentinnen an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzufragen sowie Konkurrenten und Konkurrentinnen Auskünfte über die eigene Interessenlage an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzubieten oder zu geben. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:

a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie

b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

[...]

5. Die Verfahrenskosten betragen CHF 843 049 und werden folgendermassen auferlegt:

[...]

5.7 Die Implenia Schweiz AG trägt CHF 77 279.

[...].

Die Vorinstanz stützte die Anordnungen zusammengefasst auf zwei Sachverhaltskomplexe, die sie einer rechtlichen Würdigung unterzog.

Einerseits habe die Beschwerdeführerin sich von 2004 bis Mai 2010 mit zwölf (bzw. elf) weiteren Unternehmen an regelmässigen Zuteilungssitzungen zusammengefunden. Dabei habe Konsens bestanden, die in Nord- und Südbünden vom Kanton und von den Gemeinden vergebenen Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Die Zuteilung sei anhand von Anteilsquoten erfolgt. Die designierte Zuschlagsempfängerin sollte dabei

die niedrigste, die übrigen offerteinreichenden Unternehmen höhere Angebotssummen einreichen. Die Höhe der Angebotssummen sei in der Regel anhand der "Mittelwertmethode" festgelegt worden.

Diesen Sachverhalt würdigte die Vorinstanz als unzulässige Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG.

Andererseits habe die Beschwerdeführerin sich im Zeitraum von 2006 bis 2012 zusammen mit drei weiteren Unternehmen an regelmässigen "Club Quattro"-Sitzungen über ihre Interessenlage betreffend im Churer Rheintal vergebenen Hochbauprojekten ausgetauscht und diese Informationen bei der Erstellung der Offerten berücksichtigt.

Diesen Sachverhalt würdigte die Vorinstanz als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG.

Die Vorinstanz erliess der Beschwerdeführerin die Sanktion vollständig, da sie als Erste eine formelle Selbstanzeige eingereicht habe.

B.

Mit Eingabe vom 3. Oktober 2019 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, es seien die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 19. August 2019 in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben und es seien die in Ziffer 5.7 des Dispositivs der Verfügung vom 19. August 2019 der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten auf maximal Fr. 67'196.20 zu reduzieren.

Eventualiter sei die Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 19. August 2019 in Bezug auf die Beschwerdeführerin ausschliesslich für den relevanten Markt für die Erbringung von Strassenbauleistungen gegenüber dem Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden (ohne Misox) im Gebiet Nordbünden sowie Südbünden (Bergell, Engadin, Region Bernina und Münstertal) sowie zeitlich beschränkt auf fünf Jahre seit Rechtskraft der Verfügung anzuordnen. Ebenfalls eventualiter sei die Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 19. August 2019 in Bezug auf die Beschwerdeführerin ausschliesslich für den relevanten Markt für die Erbringung von Hochbauleistungen gegenüber öffentlichen und privaten Bauherren im Gebiet des Wirtschaftsraums zwischen Reichenau und Landquart auf einer Strecke von 25 km entlang des Rheins (Teil des Churer Rheintals) sowie zeitlich beschränkt auf fünf Jahre seit Rechtskraft der Verfügung anzuordnen.

Die Beschwerdeführerin begründete die Anträge im Wesentlichen damit, die Massnahmen seien unzulässig, unverhältnismässig und würden gegen den Bestimmtheits- und Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen. Zudem sei die Kostenzuteilung auf das vorliegende Verfahren unverhältnismässig und der Abzug der von der Staatskasse zu tragenden Kosten zu gering.

C.

Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2020 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

D.

Mit Replik vom 9. März 2020 hielt die Beschwerdeführerin an den Anträgen des Rechtsbegehrens fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und hat den Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeparteien bestimmen den Streitgegenstand durch ihre Anträge. Das Anfechtungsobjekt bildet die angefochtene Verfügung, die den äusseren Rahmen zur Bestimmung des Streitgegenstands absteckt. Durch die Anträge der Parteien wird innerhalb dieses Rahmens der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren bestimmt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N. 19; SEETHALER/PORTMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 38; ANDRÉ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 52 N. 3, je m.w.H.).

2.2 Die Beschwerdeführerin beantragt einzig die Aufhebung (eventualiter die Anpassung) der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 sowie die Abänderung der Dispositiv-Ziffer 5.7. Es handelt sich dabei einerseits um die von der Vorinstanz getroffenen Massnahmen (Ziff. 1 und 2) sowie um die der Beschwerdeführerin auferlegten Kosten (Ziff. 5.7). Der Streitgegenstand beschränkt sich somit auf diese Ziffern. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie gegenüber der Beschwerdeführerin in Rechtskraft erwachsen.

3.

3.1 Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass Massnahmen bei direkt sanktionierbaren Verstössen unnötig und unzulässig seien. Sie seien höchstens notwendig, um einen im Verfügungszeitpunkt noch andauernden Verstoss zu beseitigen. Bei Wiederholung eines beendeten Verhaltens könne und müsse die Vorinstanz demgegenüber ein neues Verfahren eröffnen und könne alsdann das fragliche Verhalten direkt sanktionieren. Die Anordnung von Massnahmen bei direkt sanktionierbaren, eingestellten Verstössen entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, entbehre jeglicher Erforderlichkeit und führe zu einer eigentlichen Doppelbestrafung.

Die Massnahmen seien ferner in persönlicher, sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht unverhältnismässig. Es fehle an einem Anordnungsinteresse, da die Massnahmen in inhaltlich identischer Weise bereits in

anderen Verfügungen (Bauleistungen See-Gaster, Engadin VI und Engadin VIII) angeordnet worden seien. Des Weiteren fehle es an der von der Vorinstanz vorausgesetzten Wiederholungsgefahr. Die hier thematisierten Abreden hätten bereits im Mai 2010 bzw. September 2012 geendet. Sie habe sämtliche Verhaltensweisen eingestellt und seither umfassende Compliance Bemühungen unternommen. Die Vorinstanz verbiete bereits unilaterales Handeln, was zu einer unzulässigen Ausweitung des Kartellgesetzes führe. Auch umschreibe sie den Begriff der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zu eng, verbiete auch einen zulässigen Informationsaustausch und beschränke die Massnahmen nicht auf den im vorliegenden Fall sachlich relevanten Markt. Weiter würden die Massnahmen über die räumlichen Untersuchungsgebiete hinausreichen, weshalb es an den Voraussetzungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit fehle. Die Massnahmen seien zeitlich unbegrenzt, was unverhältnismässig sei. Auch in Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich seien Massnahmen überschüssend, da keine Einschränkung auf die betroffenen Bauherrschafte erfolge.

Die Massnahmen würden darüber hinaus den Bestimmtheitsgrundsatz verletzen, da sie nicht hinreichend bestimmt und klar seien. Der Beschwerdeführerin sei es nicht möglich, zu erkennen, welche Verpflichtungen und Unterlassungen ihr auferlegt würden. Die Unbestimmtheit der Massnahmen verunmögliche eine wirksame Compliance.

Die Massnahmen seien schliesslich in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergangen. Die Anordnungen würden auch ein kartellrechtlich zulässiges Verhalten verbieten. Dadurch werde sie gegenüber ihren Wettbewerbern in unzulässiger Weise ungleich behandelt.

Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, die Massnahmen seien auf das räumlich, personell, sachlich und zeitlich Erforderliche einzugrenzen.

3.3 Die Vorinstanz führt aus, die Massnahmen würden der jüngsten Praxis, der herrschenden Lehre und dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG entsprechen. Auch bei einem direkt sanktionierbaren Tatbestand könne eine geeignete Massnahme angeordnet werden. Die Beschwerdeführerin sei an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt gewesen. Sie sei deshalb zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden könnten. Diese Anordnungen würden die Verpflichtungen umschreiben, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten. Sie seien hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem würden sie in unmittelbarem Zusammenhang zu den von ihr begangenen unzulässigen Verhaltensweisen stehen. Die Massnahmen müssten verhältnismässig sein. Da bei der Beschwerdeführerin eine Wiederholungsgefahr bestehe, seien die Massnahmen zur Erreichung des Ziels, dass der begangene Wettbewerbsverstoss zukünftig unterlassen werde, geeignet. Die Massnahmen würden in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über das Erforderliche hinausgehen. Gleich geeignete Massnahmen seien nicht ersichtlich, weshalb die Erforderlichkeit zu bejahen sei. Es sei nicht nötig, dass die Massnahmen bis ins letzte Detail

beschrieben würden. Es reiche aus, dass für den Verfügungsadressaten zusammen mit der Verfügungsbeurteilung ersichtlich sei, welches Verhalten künftig zu unterlassen sei. Die Verhaltens- und Unterlassungspflichten würden daher dem Legalitätsprinzip entsprechen. Der Beschwerdeführerin könne zugemutet werden, die Massnahmen gemäss Sinn und Zweck auszulegen. Auch sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin gegenüber ihrer Konkurrenz benachteiligt werde und der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt sei. Es werde ihr lediglich die Pflicht auferlegt, ein kartellrechtlich ohnehin unzulässiges Verhalten zu unterlassen. Die Massnahmen seien deshalb zumutbar und gerechtfertigt. Die Einwände bezüglich der räumlichen, personellen, sachlichen und zeitlichen Eingrenzung seien unbegründet, weshalb auch die Eventualanträge abzuweisen seien.

4.

Die Beschwerdeführerin erachtet die Massnahmen als unzulässig.

4.1 Die Vorinstanz würdigt in der Verfügung zwei Sachverhaltskomplexe (oben Sachverhalt A.f) und kommt dabei zum Schluss, dass das Wettbewerbsverhalten der Beschwerdeführerin mehrfach gegen das Kartellgesetz verstossen habe. Die Absprache über die Zuteilung von Anteilsquoten erfülle den Tatbestand der Preisfestsetzungsabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Die Absprache im Rahmen des "Club Quattro" erfülle den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG). Gestützt auf die rechtliche Würdigung wäre eine direkte Sanktion nur für den ersten Sachverhaltskomplex möglich, nicht für den zweiten Sachverhaltskomplex, der keinen gesetzlichen Abredetypus erfüllt (unten E. 4.3.2). Die Sanktion wird infolge Selbstanzeige aber vollständig erlassen. Die Zulässigkeit der Massnahmen ist eine Rechtsfrage, die nachfolgend - zunächst durch Auslegung von Art. 30 Abs. 1 KG (E. 4.2), hernach im Zusammenhang mit der Möglichkeit direkter Sanktionen (E. 4.3) und schliesslich im Lichte des Verbots der Doppelbestrafung (E. 4.4) - zu prüfen ist.

4.2 Die Gesetzesbestimmung ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen (BGE 146 II 201 E. 4.1 m.w.H.). Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Vom Wortlaut (grammatikalische Auslegung) darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt (BGE 145 II 270 E. 4.1 m.w.H.). Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historische Auslegung), aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften (systema-

tische Auslegung) oder Sinn und Zweck der Bestimmung (teleologische Auslegung) ergeben (BGE 140 II 415 E. 5.4).

4.2.1 Die Bestimmung von Art. 30 Abs. 1 KG mit der Marginalie "Entscheid" (frz. "Décision"; ital. "Decisione") besagt, dass die "Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheidet" (frz. "Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre"; ital. "La Commissione decide su proposta della segreteria le misure da adottare"). Der Wortlaut ist insofern - in allen drei Amtssprachen - klar und unmissverständlich. Die Formulierung ist offen gewählt. Aus Art. 30 Abs. 1 KG ergeben sich keine Hinweise im Hinblick auf den möglichen Inhalt einer Massnahme. Es gibt keinen *numerus clausus* möglicher Massnahmen (STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, S. 359 f.; IZUMI/KRIMMER, in: Zäch et al. [Hrsg.], *KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, 2018, Art. 30 N. 25). Aus der grammatikalischen Auslegung lässt sich keine Beschränkung möglicher Massnahmen ableiten.

4.2.2 Die Bestimmung von Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahre 1994, in Kraft seit 6. Oktober 1995, zurück. Sie gilt seither mit unverändertem Wortlaut. Die Botschaft zur Totalrevision hält dazu lediglich fest, "die Wettbewerbskommission entscheidet über die zu treffenden Massnahmen" (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 604 f.). Auch sonst finden sich keine Hinweise für eine legislatorische Absicht, die Anordnung von Massnahmen inhaltlich zu beschränken. Die Bestimmung wurde mit der Revision aus dem Jahre 2003, in Kraft seit 1. April 2004, nicht geändert. Mit dieser Gesetzesnovelle ist die Möglichkeit der direkten Sanktion eingeführt worden (Art. 49 a KG). Weder die Botschaft (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022) noch die Beratung in den Räten (AB 2002 N 1290 und AB 2003 S 318) sprechen sich zum Verhältnis der Verwaltungssanktion zu den Massnahmen aus. Wenn es die Meinung des Gesetzgebers gewesen wäre, dass die neu eingeführte Sanktion das Verhängen von Massnahmen einschränken soll, so wäre ein entsprechender Hinweis zu erwarten gewesen. Einen solchen Hinweis findet sich in der Entstehungsgeschichte der Novelle nicht. Folglich ist davon auszugehen, dass der Entscheid über die zu treffenden Massnahmen nicht eingeschränkt worden ist. Aufgrund der Gesetzesnovelle ist vielmehr davon auszugehen, dass die direkte Sanktion ein zusätzliches Instrument darstellt. Die Sanktionsmöglichkeit lässt den Entscheidungsspielraum der Behörden, die erforderlichen Massnahmen im Sinne von Art. 30 KG zu treffen, unberührt. Die historische Auslegung lässt eine Beschränkung möglicher Massnahmen nicht zu.

4.2.3 Die Bestimmung von Art. 30 KG steht unter dem 4. Kapitel mit der Überschrift "Verwaltungsrechtliches Verfahren" im 2. Abschnitt über die "Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen". Der 6. Abschnitt über "Verwaltungssanktionen" findet sich in demselben Kapitel. Die Kapitelüberschrift stellt klar, dass das kartell-

rechtliche Verwaltungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden mit einem Entscheid endet, der sowohl eine Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG als auch eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG anordnen kann. Aufgrund der Auslegung in systematischer Hinsicht ist eine Beschränkung möglicher Massnahmen nicht anzunehmen.

4.2.4 Die Bestimmung von Art. 30 Abs. 1 KG regelt den Inhalt des Entscheids, den die Wettbewerbskommission trifft. Die zu treffenden Massnahmen dienen dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) nach einem Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht. Die Wettbewerbskommission erlässt daraufhin die zu treffenden Massnahmen. Die Behörden sollen alle Massnahmen anordnen können, die erforderlich sind, um den Wettbewerb nach einem Verstoss wirksam zu schützen. Das Gesetz eröffnet einen weiten Ermessensspielraum in Form eines Auswahlermessens, damit die Behörden die im Einzelfall erforderlichen Massnahmen treffen können. Eine Beschränkung auf einen bestimmten Inhalt oder bestimmte Anwendungssituationen lässt sich in teleologischer Auslegung nicht begründen.

4.2.5 Die Auslegung von Art. 30 Abs. 1 KG ergibt zusammenfassend, dass für die zu treffenden Massnahmen ein weiter Ermessensspielraum besteht, was mit der inhaltlich offenen Formulierung angezeigt wird (vgl. auch Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 *Marché du livre écrit français* E. 19 m.w.H. [noch nicht rechtskräftig]). Das Auslegungsergebnis wird durch alle Elemente bestätigt. Die Bestimmung beschränkt weder den Inhalt möglicher Massnahmen noch wird die Möglichkeit einer Massnahme auf bestimmte Fallkonstellationen eingeschränkt. Das Verhältnis zwischen Verwaltungssanktion (Art. 49a Abs. 1 KG) und Massnahmeentscheid (Art. 30 Abs. 1 KG) gilt es nachfolgend zu klären.

4.3

4.3.1 Der Massnahmebegriff im Verwaltungsrecht ist ein Allgemeinbegriff, unter den Massnahmen im engeren Sinn und Sanktionen zu subsumieren sind. Sanktionen sind Mittel, mit denen die Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten erzwungen wird (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2020, Rz. 1440). Eine Massnahme im engeren Sinn kann einen Sanktionscharakter aufweisen. Die Sanktionsmassnahmen werden nach der Art ihrer Wirkung eingeteilt in exekutorische Sanktionen, repressive Sanktionen und administrative Nachteile. Die exekutorischen Massnahmen dienen der unmittelbaren Durchsetzung bzw. Vollstreckung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht. Die repressiven Massnahmen dienen nicht nur dazu, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sondern sollen Druck auf den Pflichtigen ausüben und die verwaltungsrechtliche Pflicht damit in mittelbarer Weise erzwingen. Sie haben nicht bloss Vollstreckungsfunktion, sondern häufig eine präventive Wirkung, indem sie die Pflichtigen von der Verletzung ihrer Pflichten abhalten sollen. Oft dienen sie auch dazu, begangenes Unrecht zu ahnden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1440 ff.; vgl. auch mit abweichender Terminologie TOBIS JAAG, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung*, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, 2010, S. 2 ff.).

4.3.2 Die Sanktion nach Art. 49 a KG (in Kraft seit dem 1. April 2004) ist eine Verwaltungssanktion in Form einer finanziellen Belastung. Mit ihrer Einführung sollte unter anderem die Präventivwirkung des Gesetzes erhöht werden (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022, 2023). Vorher konnten die Wettbewerbsbehörden die Unternehmen lediglich verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen. Erst im Wiederholungsfall beziehungsweise bei der Verletzung einer Verfügung der Vorinstanz waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen möglich (BGE 135 II 60 Interchange Fee E. 2.1). Ein wesentlicher Zweck der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht darin, die sogenannte Kartellrente, das heisst den durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten Gewinn, abzuschöpfen, um dadurch die Unternehmen zu veranlassen, derartige Verhaltensweisen zu unterlassen. Dieser Zweck wurde durch den Gesetzgeber vorgegeben (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022, 2033, 2037 f.). Die präventive Wirkung des Kartellgesetzes verlangt daher, dass die zu erwartende Sanktion höher ausfällt als die Kartellrente, weshalb der Nettonutzen aus einem Kartellrechtsverstoss negativ sein muss (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL Rz. 630 m.w.H.). Die Belastung stellt daher eine besondere pekuniäre Verwaltungssanktion dar. Die Sanktion hat einen pönalen Charakter insofern, als ihr mit Blick auf die Verfahrensgarantien der EMRK ein strafrechtlicher bzw. strafrechtsähnlicher Charakter zuerkannt wird (BGE 144 II 246 Altimum E. 6.4.3; BGE 139 I 72 Publigroupe E. 2.2.2 ff.; BGE 144 II 194 BMW E. 5.1; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.1 ff.), und wird bei solchen Abreden ausgesprochen, die einen gesetzlichen Abredetypus erfüllen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG; BGE 143 II 297 Gaba E. 9.4). Dadurch hebt sich die Sanktion im Sinne von Art. 49 a KG von anderen Sanktionsmassnahmen ab.

4.3.3 Der Sanktionscharakter einer Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG, die in keiner finanziellen Belastung besteht, kann sowohl präventive als auch repressive Merkmale umfassen. Die Anordnung der Massnahme setzt voraus, dass sie zum Schutz wirksamen Wettbewerbs geeignet, erforderlich und zumutbar, d.h. verhältnismässig ist. Über die Verhältnismässigkeit (unten E. 5) und die Bestimmtheit (unten E. 6) der Massnahme hinaus wird nichts Weiteres vorausgesetzt, denn das Kartellgesetz kennt keinen *numerus clausus* der möglichen Massnahmen (oben E. 4.2.1).

Das Gesetz schliesst weder nach dem Wortlaut noch nach Sinn und Zweck aus, dass eine Massnahme mit einer Sanktion kombiniert werden kann. Auch die Lehre geht, sofern sie sich dazu äussert, davon aus, dass bei direkt sanktionierbaren Verstössen die Anordnung von Massnahmen zulässig ist. Die Kommentatoren gehen grösstenteils von der Fallkonstellation aus, dass die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung andauert und beseitigt werden muss. Die Konstellation, dass das wettbewerbswidrige Verhalten - wie vorliegend - beendet wurde und die Vorinstanz (zukunftsgerichtet) Massnahmen zur Verhinderung eines wiederholten Wettbewerbsverstosses anordnet, wird kaum angesprochen (ZIRLICK/TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kom-

mentar zum KG, 2010, Art. 30 N. 61 und Art. 50 N. 30 f.; IZUMI/KRIMMER, a.a.O., Art. 30 N. 24 ; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 30 N. 3 und 10; BILGER, a.a.O., S. 160; ZURKINDEN/TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 50 N. 1). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben sich, soweit ersichtlich, noch nicht explizit mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Vorinstanz neben einer direkten Sanktion auch andere Massnahmen treffen kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage in einem Urteil jedoch implizit beantwortet. Es bestätigte neben der Sanktion auch die Zulässigkeit der von der Vorinstanz ausgesprochenen Massnahmen. Im Gegensatz zum hier vorliegenden Sachverhalt ging das Gericht im damaligen Fall jedoch davon aus, dass das unzulässige Verhalten noch andauern könnte (Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 *Marché du livre écrit français* E. 19). Es trifft zu, dass das Kartellgesetz bis zur Revision im Jahre 2003 lediglich die Möglichkeit von indirekten Sanktionen vorsah (oben E. 4.3.2). Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesrevision enthält aber keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine Massnahme unzulässig wäre, wenn sie neben einer Sanktion ausgesprochen wird (oben E. 4.2.2.). Eine Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG kann - in Übereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts - mit unterschiedlicher Zielsetzung angeordnet werden. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung beschränkt sich der Anwendungsbereich der Bestimmung nicht auf Fälle, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfügung noch besteht. Eine Zulässigkeitschranke über einen derart eng gefassten Zweck lässt sich dem Kartellgesetz nicht entnehmen. Die Bestimmung lässt auch Massnahmen zu, die zukunftsgerichtet ausgesprochen werden. Soweit im Einzelfall erforderlich und eine Wiederholungsfahr besteht, kommen auch präventiv wirkende Massnahmen in Betracht, die dazu dienen, kartellrechtliche Pflichten in mittelbarer Weise zu erzwingen. Die Einschränkung der Zulässigkeit erfolgt durch das Gesetz dadurch, dass die zu treffenden Massnahmen erforderlich sein müssen (Art. 30 Abs. 1 KG). Insbesondere im Hinblick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs kann es sachgerecht sein, eine Sanktion mit einer Massnahme zu verbinden (unten E. 5.2).

Unter dieser Voraussetzung ist es möglich, eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme nach Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden. Massnahmen - in Form von Unterlassungsanordnungen - können auch mit dem Zweck angeordnet werden, einer drohenden erneuten Kartellrechtsverletzung vorzubeugen.

4.4 Die Beschwerdeführerin moniert eine eigentliche Doppelbestrafung. Nach dem Verbot der Doppelbestrafung ("ne bis in idem") darf niemand wegen einer Straftat, für welche er nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden. Das Prinzip ist verletzt, wenn derselbe Sachverhalt in zwei voneinander unabhängigen Strafverfahren verfolgt und beurteilt wird. Es leitet sich direkt aus Art. 8 Abs. 1

("Rechtsgleichheit") und Art. 29 Abs. 1 BV ("Grundsatz des fairen Verfahrens") sowie dem materiellen Bundesstrafrecht ab (Urteil des BGer 6B_690/2018 vom 17. Januar 2019 E. 1.3 m.w.H.). Eine Sanktion nach Art. 50 KG für dasselbe Verhalten in demselben Zeitraum darf demzufolge nicht mit einer zweiten Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG kumuliert werden. Dann würde ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung vorliegen (TAGMANN/ZIRLICK, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 50 N. 32). Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor. Einen strafrechtsähnlichen Charakter hat nur die Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Den vorliegend angeordneten Massnahmen, welche die Beschwerdeführerin davon abhalten sollen, sich erneut wettbewerbswidrig zu verhalten, kommt kein solcher Charakter zu. Eine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG und eine Massnahme nach Art. 30 Abs. 1 KG können also kumuliert werden, ohne dass der Grundsatz "ne bis in idem" verletzt wird. Im Übrigen wurde die Beschwerdeführerin von der Sanktion befreit, weshalb ohnehin keine Kumulation von Sanktion und Massnahme vorliegt.

4.5 Zusammenfassend ist eine Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zulässig, wenn ein Wettbewerbsverstoß nicht sanktionierbar ist oder wenn er sanktionierbar ist, aber eine Wiederholungsgefahr besteht. Eine Massnahme kann auch - wie hier - angeordnet werden, wenn sie an die Stelle einer Sanktion tritt und zukunftsgerichtet einen erneuten Verstoß gegen Wettbewerbsrecht verhindern soll - solange sie erforderlich, verhältnismässig und klar bestimmt ist (vgl. auch Urteile des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 Strassenbeläge Tessin Implenia E. 2.4.2 ff. und B-360/2008 vom 10. Juni 2010 Strassenbeläge Tessin Spalu E. 3.4.3). Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die vorliegend angeordneten Massnahmen unzulässig seien, geht somit fehl.

5.

Die Beschwerdeführerin hält die Massnahmen für unverhältnismässig.

5.1 Die Massnahmen müssen wie jedes Handeln staatlicher Organe den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, d.h. im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; zur Verhältnismässigkeit der Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG: ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 30 N. 59; CARCAGNI, a.a.O., Art. 30 N. 12; IZUMI/KRIMMER, a.a.O., Art. 30 N. 25; BILGER, a.a.O., S. 360).

5.2 Die Voraussetzung des öffentlichen Interesses ergibt sich im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 KG aus dem geschützten Rechtsgut. Die Kartellrechtsbestimmung dient dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 1 KG; vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 50 N. 10). Ein öffentliches Interesse an der Massnahme besteht aber auch insofern, als im Widerhandlungsfall ein weiterer Verstoß gegen kartellrechtliche Pflichten in einem rascheren Verfahren beurteilt werden kann. Das Verfahren nach Art. 50 KG kommt zur Anwendung in Fällen, in denen die Wettbewerbsbehörden in der Sache bereits entschieden haben (BGE 135 II 60 Interchange Fee

E. 2.1). Es ist in der Regel rascher, weil die Untersuchung weniger umfangreich und der Gegenstand der Beurteilung beschränkt ist. Die Beurteilung in diesen Verfahren ist beschränkt auf die Frage der Verletzung einer kartellrechtlichen Pflicht, die individuell-konkret bereits bestimmt ist (durch eine einvernehmliche Regelung oder eine behördliche Anordnung im Sinne von Art. 50 KG). Dazu kommt, dass das Verschulden bei einem Verstoß gegen eine rechtskräftige Verfügung, die das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsabreden feststellt, tendenziell schwerer als im Fall einer direkten Sanktion zu beurteilen sein dürfte (Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 Strassenbeläge Tessin Implenia E. 2.4.4 m.w.H.). Ein öffentliches Interesse am Erlass einer Unterlassungsanordnung im Bereich des Submissionswesens wird auch vom Bundesgericht bejaht (Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3).

5.3 Eine Verwaltungsmassnahme ist nur dann verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen (sog. Zwecktauglichkeit der Massnahme). An Zwecktauglichkeit gemessen erweisen sich diejenigen Massnahmen als unverhältnismässig, die keinerlei Wirkung im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfalten oder welche die Erreichung des gesetzten Zwecks sogar erschweren oder verhindern (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 522 m.w.H.). Die Massnahmen der Vorinstanz dienen dazu, eine wiederholte vergleichbare Wettbewerbsrechtsverletzung zu verhindern. Die Beschwerdeführerin soll von einer erneuten Verletzung der Pflichten aus Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG sowie aus Art. 5 Abs. 1 KG abgehalten werden. Zur Erreichung dieses Ziels sind die Massnahmen ohne weiteres zwecktauglich, zumal ihr genau dieses Verhalten verboten wird.

5.4 Die Massnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein. Massnahmen erfüllen die Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht, wenn das Ziel mit einem gleichermassen geeigneten, aber milderem Mittel mindestens ebenso gut erreicht werden kann (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 527).

5.4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, es fehle an einem Anordnungsinteresse, da die Vorinstanz in anderen Verfügungen bereits Massnahmen in weitgehend identischer Weise angeordnet habe.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich die verschiedenen verbotenen Verhaltensweisen in den von der Beschwerdeführerin genannten Verfahren (Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 Bauleistungen See-Gaster; Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 Engadin U, nachfolgend Engadin VI; Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 Engadin Q, nachfolgend Engadin VIII; alle vorinstanzlichen Verfügungen abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>, besucht am 03.08.2021) nicht vollständig decken. So beziehen sich etwa die Massnahmen in den Verfahren Engadin VI und Engadin VIII auf Hoch- und Tiefbauleistungen und im Verfahren Bauleistungen See-Gaster finden sich zusätzliche Verhaltensanordnungen in Bezug auf geplante Arbeitsgemeinschaften. Die Massnahmen sind jeweils speziell auf die festgestell-

ten Verletzungen des Wettbewerbsrechts ausgerichtet und zusammen mit der Entscheidungsbegründung zu lesen (unten E. 6.3). Ein fehlendes Anordnungsinteresse ist zu verneinen. Ausserdem sind die Verfügungen in den Verfahren Engadin VI und Engadin VIII noch nicht rechtskräftig.

5.4.2 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es fehle an einer Wiederholungsgefahr. Richtigerweise geht sie davon aus, dass die Anordnung der Massnahme bei abgeschlossenen wettbewerbswidrigen Verhalten eine gewisse Gefahr voraussetzt, dass die Massnahme-Adressatin die rechtswidrigen Verhaltensweisen wieder aufnimmt. Besteht diese Gefahr nicht, so sind die Massnahmen nicht erforderlich.

Diesbezüglich zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdeführerin bereits mehrmals an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt war. So wurde sie bereits wegen Submissionsabsprachen im Kanton Aargau sanktioniert (Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau). Ebenfalls war die Beschwerdeführerin Adressatin im Kartellsanktionsverfahren in Sachen Bauleistungen See-Gaster. Auch ihre mittlerweile aufgelöste Tochtergesellschaft Implenia (Ticino) SA hat sich kartellrechtswidrig verhalten (Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 Strassenbeläge Tessin Implenia). Zudem zählt die Beschwerdeführerin selbst mehrere weitere Verfahren im Kanton Graubünden auf, in welche sie involviert ist und welche ebenfalls Submissionsabsprachen betreffen (Engadin VI und Engadin VIII [beide noch nicht rechtskräftig]). Offensichtlich hatte die Beschwerdeführerin in jüngerer Zeit mehrfach Mühe, sich kartellrechtskonform zu verhalten. Auch wenn sie mittlerweile Compliance Bemühungen unternommen hat, besteht bei der dargestellten Sachlage sehr wohl das Risiko, dass sich die Beschwerdeführerin in Zukunft wiederum kartellrechtswidrig verhält. Die Vorinstanz geht demnach zutreffend von einer Wiederholungsgefahr aus.

5.4.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Massnahmen würden in sachlicher Hinsicht über das erforderliche Mass hinausgehen. So verbiete die Vorinstanz unilaterales Verhalten, umschreibe den Begriff der ARGE zu eng und verbiete einen zulässigen Informationsaustausch.

5.4.3.1 Bezüglich unilateralen Verhaltens ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in den Dispositiv-Ziffern 1.1 und 2 der angefochtenen Verfügung tatsächlich das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten oder Eingabeverzicht sowie den Austausch von Informationen über die Interessenlage verbietet. Damit untersagt sie der Beschwerdeführerin ein Verhalten, das eine unzulässige Wettbewerbsabrede begründen kann, aber nicht muss.

Die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG setzt das Bestehen einer Abrede voraus. 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 Vereinbarung setzt eine übereinstimmende Willensäusserung voraus (Art. 1 OR; BGE 144 II 246 Altimum E. 6.4.1). Darüber hinaus gelten nicht nur

Vereinbarungen als Wettbewerbsabreden, sondern auch abgestimmte Verhaltensweisen. Die abgestimmte Verhaltensweise grenzt sich durch den fehlenden Bindungswillen ab und bleibt dabei im Vorfeld einer Vereinbarung (Urteil des BGer 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 Hors-Liste Medikamente E. 3.3 und 3.4.1). Unter bestimmten Voraussetzungen kann daher auch bereits beispielsweise das Anbieten von Informationen über die Interessenlage, wie es die Vorinstanz in ihrer Unterlassungsanordnung verbietet, eine Wettbewerbsabrede darstellen, zumal auch einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens dazu führen kann, dass Wettbewerber gestützt auf die erhaltenen Informationen ihr Marktverhalten anpassen; in seinem Urteil in Sachen Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente geht das Bundesgericht von einer entsprechenden (widerlegbaren) Vermutung aus (vgl. Urteil des BGer 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 Hors-Liste Medikamente E. 3.4.2 und E. 3.4.4 m.w.H.). Der Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz auch kartellrechtlich zulässiges Verhalten pönalisieren geht fehl.

Darüber hinaus beruht eine Massnahme auf einer individuell-konkreten Anordnung, weshalb sie nicht auf die Abrede abstellen kann. Die Anordnung muss die Pflicht, ein bestimmtes Handeln zu tun oder zu unterlassen, nämlich an ein Unternehmen individuell adressieren und konkretisieren. Insoweit sind die vorliegend angeordneten Pflichten, ein wettbewerbswidriges Angebot zu unterlassen, nichts anderes als die Folge davon, dass die Pflichten individualisiert und konkretisiert werden müssen. Die Verbote fassen die Vorbedingungen einer Wettbewerbsabrede auf Seiten der Beschwerdeführerin, verbieten nur das in Vergangenheit begangene Verhalten und sind daher nicht zu beanstanden.

5.4.3.2 Auch davon, dass die Vorinstanz den Begriff der ARGE in der angefochtenen Verfügung zu eng umschreibe, kann keine Rede sein. Die Vorinstanz erwähnt im Dispositiv explizit, dass zur Bildung und Durchführung von ARGE unabdingbare Informationen ausgetauscht werden können (Dispositiv-Ziff. 1.2 und 2). Die von der Beschwerdeführerin zitierte Stelle in der angefochtenen Verfügung handelt jedoch nicht von den hier strittigen Massnahmen. Dort geht es vielmehr um die sogenannten Dauer-ARGE. Die Vorinstanz spricht davon, dass die gemeinsame projektübergreifende und andauernde Zuteilung von Bauprojekten und von Marktteilen, auch in Form von ARGE, gegen das Kartellrecht verstossen könne (angefochtene Verfügung N. 426). Sie verweist explizit auf Lehre und Rechtsprechung (ZIRLICK/BANGERTER, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 5 N. 556 f.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 9.3.4.3). Dass und inwiefern die Vorinstanz den Begriff der zulässigen ARGE zu eng umschreibt oder mit der Anordnung der Massnahmen über das Erforderliche hinausgeht, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Vorinstanz stellt in der Vernehmlassung zudem ihren Standpunkt klar, wonach ARGE aus Wirtschaftlichkeitsgründen zulässig sein könnten (vgl. Vernehmlassung N. 23). Sie geht damit zutreffend davon aus, dass offene, das heisst dem Auftraggeber offengelegte ARGE kartellrechtlich zulässig sein können. Eine solche ARGE erscheint insbesondere

in den Fällen als kartellrechtlich unbedenklich, in denen mehrere Unternehmen im Sinne einer Bietergemeinschaft eine gemeinsame Offerte einreichen, weil sie das Projekt nicht für sich alleine, sondern nur gemeinsam ausführen können (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 Erne E. 9.3.4.3 und 10.3.7.4). In einem solchen Fall ermöglicht es die ARGE, dass ein zusätzlicher Wettbewerber an der Ausschreibung teilnimmt, was den Wettbewerb verstärkt (ZIRLICK/BANGERTER, a.a.O., Art. 5 N. 556). Dass die Massnahmen ein solches Verhalten untersagen, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend.

5.4.3.3 Die Beschwerdeführerin macht ebenfalls geltend, die Vorinstanz verbiete auch den zulässigen Informationsaustausch. So verbiete sie den Austausch unabhängig von der Wettbewerbswirkung. Beim Verbot der Gebietsabrede fehle der Bezug zum konkreten Fall.

Die Vorinstanz verbietet den Informationsaustausch nicht gesamthaft, sondern schränkt das Verbot massgeblich ein. So ist in Ziffer 1.2 der Austausch nur im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen und vor Ablauf der Offerteingabe bzw. vor rechtskräftiger Auftragserteilung verboten. Weiter wird die Massnahme sachlich auf den Informationsaustausch über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebiete eingeschränkt. Dabei handelt es sich um fundamentale Wettbewerbsparameter, welche jedes Unternehmen im Sinne des Wettbewerbspostulats autonom festzulegen hat. Ausserdem sind Ausnahmen definiert (ARGE und Auftragserteilung als Subunternehmer). In Ziffer 2 sind die Massnahmen in Bezug auf die Erbringung von Hochbauleistungen ähnlich begrenzt. Die Massnahmen der Vorinstanz sind damit klar umrissen (vgl. zum Bestimmtheitsgebot: unten E. 6.3) und der Informationsaustausch wird nicht schon als solcher oder gesamthaft verboten.

Die Vorinstanz verbietet neben der Aufteilung von Kunden auch diejenige von Gebieten. Wohl trifft zu, dass der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren keine Aufteilung räumlicher Geschäftsgebiete vorgeworfen wird. Die Unzulässigkeit einer Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartner bildet einen gesetzlichen Abredetypus, der in Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG geregelt wird. Die Anordnung, dass auch die Aufteilung nach Gebieten untersagt wird, wiederholt nur, was bereits kraft Gesetz gilt und konkretisiert in Bezug auf die Ausschreibung von Strassenbauleistungen die aufgrund des Kartellgesetzes geltende Rechtslage. Der Beschwerdeführerin wird damit eine Verhaltenspflicht auferlegt, welche sich auf Art. 5 KG stützen lässt, weshalb die Massnahme auch insoweit nicht zu beanstanden ist.

5.4.3.4 Die Verbote sollen die Beschwerdeführerin davon abhalten, sich erneut in ähnlicher Weise wettbewerbswidrig zu verhalten. Das Verhalten, das für die Zukunft verboten wird, muss einen Bezug zur Begehung in der Vergangenheit aufweisen. Ein hinreichender Bezug genügt, damit die Massnahme als erforderlich erscheint. Ein Verbot, das ein und dasselbe Verhalten untersagen würde, wäre von vornherein wirkungslos, weil es nicht wiederholbar ist. Der Beschwerdeführerin

kann deshalb nicht gefolgt werden, soweit sie eine weitergehende Einschränkung des sachlich relevanten Marktes verlangt. Sie verlangt, die Massnahme sei einzuschränken auf den Markt gegenüber dem Kanton Graubünden und die Bündner Gemeinden (Dispositiv-Ziff. 1) sowie auf die öffentlichen und privaten Bauherren (Dispositiv-Ziff. 2). Der sachlich relevante Markt wird nach dem Bedarfsmarktkonzept bestimmt. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (vgl. BGE 139 I 72 Publigroupe E. 9.2.3.1). Da die Marktgegenseite jede Nachfrage und nicht nur diejenige im vorliegenden Verfahren umfasst, genügt es, den sachlich relevanten Markt auf den Marktgegenstand einzuschränken. Die Vorinstanz hat ihn zutreffend auf die Erbringung von Strassenbauleistungen bzw. auf die Erbringung von Hochbauleistungen eingeschränkt. Der sachlich relevante Markt wird damit abgegrenzt über die funktionell austauschbaren Dienstleistungen, welche die Beschwerdeführerin erbringt. Eine weitergehende Einschränkung ist nicht angezeigt.

5.4.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Massnahmen enthielten keine räumliche Beschränkung. Dass sich die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen auf die ganze Schweiz erstrecken, ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin ist gesamtschweizerisch tätig. Die angesprochene Wiederholungsgefahr besteht deshalb auch für die gesamte Schweiz. Der Verzicht auf eine örtliche Begrenzung der Massnahmen auf Süd- und Nordbünden (für den Strassenbau) und einen Teil des Churer Rheintales (für den Hochbau) ist im Sinne des Verhältnismässigkeitsgebots erforderlich.

5.4.5 Die Beschwerdeführerin verlangt, dass die Massnahmen zeitlich eingeschränkt werden. Die Massnahmen ergehen aufgrund der vergangenen Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht und verbieten gleiche Verstösse für die Zukunft. Sie konkretisieren kartellrechtliche Pflichten, die sich aus dem Kartellgesetz ergeben, wo sie ebenfalls unbefristet gelten. Eine Befristung ist deshalb nicht angebracht. Damit die Massnahmen durchgehend wirken, ist es erforderlich, dass sie ohne Befristung ergehen.

5.4.6 Die Beschwerdeführerin wendet sich sodann in persönlicher Hinsicht gegen die Massnahmen. Die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 seien mit Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich überschüssend, da sie nicht nach der betroffenen Bauherrschaft eingegrenzt würden. Auch dazu ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin sowohl im Strassen- als auch im Hochbau gesamtschweizerisch tätig ist. Die mit ihr zusammenarbeitende Bauherrschaft setzt sich nicht bloss aus den Bündner Gemeinden (ohne Misox) und dem Kanton Graubünden bzw. den Bauherren aus dem Club-Quattro-Untersuchungsgebiet zusammen. Das Risiko, dass die Beschwerdeführerin erneut gegen Wettbewerbsrecht verstösst, beschränkt sich somit nicht auf die aufgezählte Bauherrschaft. Daher ist es erforderlich, den persönlichen Anwendungsbereich der Massnahmen nicht einzuschränken.

Die Anordnung der ausgesprochenen Massnahmen ist in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher

Hinsicht genügend eingeschränkt und erforderlich mit Blick auf das im öffentliche Interesse angestrebte Ziel.

5.5 Die Massnahmen sind nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff wahren (Zumutbarkeit). Das öffentliche Interesse an der Massnahme muss das private Interesse überwiegen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 556 f.).

Die Massnahmen in Dispositiv-Ziffer 1 und 2 sind für die Beschwerdeführerin ohne weiteres zumutbar. Das öffentliche Interesse am reibungslosen Funktionieren des Wettbewerbs und der Verhinderung erneuter Verstösse gegen kartellrechtliche Pflichten ist gewichtig. Demgegenüber ist das Interesse der Beschwerdeführerin, dass die Massnahme nicht erlassen wird, eher geringfügig. Die Kartellrechtspflichten, die kraft Gesetzes gelten, werden durch die Massnahmen individuell konkretisiert. Verhält sich die Beschwerdeführerin in Zukunft wettbewerbskonform, hat sie nichts zu befürchten. Der Eingriff wiegt nicht schwer und ist durch das übergeordnete Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs gerechtfertigt.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die der Beschwerdeführerin auferlegten Verhaltenspflichten verhältnismässig sind. Demzufolge gibt es keinen Anlass, die Massnahmen einzugrenzen. Die Eventualanträge auf Einschränkung sind abzuweisen.

6.

Die Beschwerdeführerin betrachtet die Massnahmen als unbestimmt.

6.1 Die Vorinstanz bestimmt die Massnahmen in der Verfügung dadurch, dass sie der Beschwerdeführerin untersagt (vgl. Dispositiv-Ziff. 1),

- Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen.

Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserteilung als Subunternehmer.

Die Vorinstanz untersagt der Beschwerdeführerin (vgl. Dispositiv-Ziff. 2),

- Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hochbauleistungen um Informationen über die Interessenlage der Konkurrenten und Konkurrentinnen an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzufragen sowie Konkurrenten und Konkurrentinnen Auskünfte über die eigene Interessenlage an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzubieten oder zu geben.

Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit: a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserteilung als Subunternehmer.

6.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Formulierungen der Massnahmen seien in verschiedener Hinsicht unbestimmt. Begriffe wie "Schutz" oder "Stützofferte" würden einen erheblichen Ermessensspielraum offenlassen (Dispositiv-Ziff. 1.1). Auch sei für sie nicht hinreichend erkennbar, unter welchen Voraussetzungen Informationen "unabdingbar" seien (Dispositiv-Ziff. 1.2 und 2). In Hinblick auf Dispositiv-Ziffer 1.2 fehle es an der zeitlichen Bestimmbarkeit. Unklar sei die Passage "vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung". Bei Privaten fehle es an einem Zuschlagsentscheid und bei gewissen öffentlichen Vergabeverfahren sei der Zeitpunkt der Rechtskraft nicht einheitlich bestimmbar.

6.3 Die Massnahme muss im Dispositiv genügend bestimmt formuliert sein, damit der Adressat das geforderte Verhalten erkennen kann (Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 Flughafen Zürich AG - Valet Parking E. 4.2.2; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 50 N. 8; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 50 N. 3; TSCHUDIN, a.a.O., Art. 50 N. 20). Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass das Bestimmtheitsgebot nicht verlangt, die Massnahmen im Dispositiv bis ins letzte Detail zu umschreiben. Eine gewisse Abstraktheit der Formulierung der verbotenen Verhaltensweisen ist hinzunehmen, weil keine Formulierung sie ausschliessen kann. Eine allgemeine Verpflichtung, nicht gegen das Wettbewerbsrecht zu verstossen, wäre aber zu wenig klar umschrieben. Um zu bestimmen, welches Verhalten dem Verfügungsadressaten verpflichtend auferlegt wird, ist die Entscheidungsbegründung heranzuziehen (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 50 N. 8). Wie die Vorinstanz richtig ausführt, ist das Ziel der Massnahmen, vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen künftig zu verhindern (vgl. angefochtene Verfügung N. 534; vgl. auch oben E. 5.3). Unter dieser Zielsetzung müssen auch die auferlegten Verhaltenspflichten gesehen werden. Die Vorinstanz schränkt die Massnahmen sachlich auf den Strassenbau (Dispositiv-Ziff. 1) und den Hochbau (Dispositiv-Ziff. 2) ein. Sie verbietet der Beschwerdeführerin einerseits das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf Offerteingaben (Dispositiv-Ziff. 1.1), andererseits den Austausch mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten (Dispositiv-Ziff. 1.2; mit Ausnahmen: ARGE und Mitwirkung als Subunternehmer) bzw. das Anfragen über die Interessenlage der Konkurrenten und das Geben und Anbieten von Auskünften über die eigene Interessenlage (Dispositiv-Ziff. 2; mit Ausnahmen: ARGE und Mitwirkung als Subunternehmer). Die Unterlassungsanordnungen beziehen sich damit spezifisch auf Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Strassen- und Hochbau. Die Verbote haben einen unmittelbaren Bezug zu den von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall begangenen Wettbewerbsverstössen. Mit Blick auf den vorinstanzlich

festgestellten Sachverhalt (vgl. angefochtene Verfügung N. 102 ff.), welchen die Beschwerdeführerin so akzeptiert hat, ist damit hinreichend klar, welche Verhaltensweisen die Vorinstanz zukünftig verhindern will. Unter diesem Aspekt sind die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Begrifflichkeiten nach Treu und Glauben auszulegen. Auf jeden Fall kann festgehalten werden, dass die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen genügend bestimmt sind.

7.

Die Beschwerdeführerin rügt, das Gleichbehandlungsgebot sei verletzt.

Das Gleichbehandlungsgebot fliesst aus Art. 8 Abs. 1 BV und besagt, dass juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln sind. Dieselbe Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei rechtlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilen (BGE 112 Ia 193 E. 2b). Die Beschwerdeführerin macht geltend, durch das Verbot zulässiger Verhaltensweisen werde sie gegenüber den Konkurrenten benachteiligt, die von der Verfügung nicht betroffen seien. Das Gebot der Gleichbehandlung ist nicht verletzt. Die Massnahmen nach Ziffer 1 und 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werden der Beschwerdeführerin auferlegt, weil sie gegen Wettbewerbsrecht verstossen hat. Wie die obigen Ausführungen zeigen, halten sie vor Bundesrecht stand. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Ungleichbehandlung basiert auf sachlichen Gründen. Daher kann sie aus dem Vergleich mit Wettbewerbern, die von der angefochtenen Verfügung nicht betroffen sind, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

8.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Verfahrenskostenaufgabe.

8.1 Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26-31 (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 53a Abs. 2 KG). Der Bundesrat legt die Gebührensätze fest und regelt die Gebührenerhebung (Art. 53a Abs. 3 KG). Gestützt hierauf hat der Bundesrat die Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG [GebV-KG, SR 251.2]) erlassen. Gemäss dieser ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 GebV-KG). Dabei gilt ein Stundensatz von Fr. 100.- bis 400.- je nach Dringlichkeit des Geschäfts und Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

Gebühren unterliegen dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip (Urteil des BVGer B-1703/2013 vom 31. Juli 2013 E. 3.1). Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot. Die Gebühr muss im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat, stehen. Pauschalisierungen sind aus Gründen der Verfahrensökonomie zulässig (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2777 ff., insbes. Rz. 2786 ff.). Die Bestimmung der Höhe der Verfahrenskosten im Einzelfall liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Die von der Vorinstanz erhobenen Verfahrenskosten haben dabei in einem angemessenen

Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand zu stehen (Urteil des BVGer B-7095/2013 vom 6. August 2014 E. 9.1 m.w.H.).

8.2 Die Vorinstanz führt zu den Kosten aus, die vorliegende Untersuchung sei mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung "22-0433: Bauleistungen Graubünden" getrennt worden. Vom bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand werde ein Anteil von Fr. 550'000.- dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Dies sei rund ein Drittel der gesamten Verfahrenskosten. Ein Teil sei den Parteien in den anderen Verfahren auferlegt worden und ein Teil gehe zu Lasten der Staatskasse. Es müsse insbesondere betont werden, dass die Ermittlungen für den Bereich Strassenbau den Hauptanteil des Verfahrensaufwandes für die Zeit vor dem 23. November 2015 generiert hätten, weshalb die Zurechnung von rund einem Drittel angemessen sei. Nach der Verfahrenstrennung seien Kosten in der Höhe von Fr. 293'049.- aufgelaufen, weshalb die Verfahrenskosten insgesamt Fr. 843'049.- betragen würden.

Die Gesamtkosten seien wie folgt aufzuteilen. 10 Prozent der Kosten seien von der Staatskasse zu tragen für Abklärungen, bei denen sich die Vorwürfe nicht erhärtet hätten oder welche nicht in diesem Verfahren beurteilt worden seien. 80 Prozent betrage der Anteil an der Wettbewerbsabrede betreffend Zuteilung von Strassenbauprojekten, und 10 Prozent betrage der Anteil der Abrede hinsichtlich des systematischen Interessensaustausches im Bereich Hochbau. Diese Kosten würden den beteiligten Unternehmen zu gleichen Teilen auferlegt. Die Beschwerdeführerin habe daher Verfahrenskosten von Fr. 77'279.- zu tragen.

Die Verfahrenskosten seien rechtmässig und sachgerecht. Die Kosten entsprächen gängiger Praxis und es bestehe im Bereich der Festsetzung der Verfahrenskosten sowie der Verteilungsquoten ein Ermessen. Eine gewisse Pauschalisierung einer Kostenquotelung sei hinzunehmen.

8.3 Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich aus, die Vorinstanz rechne Fr. 550'000.- aus dem Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" dem vorliegenden Verfahren zu. Diese Zuteilung halte einem Vergleich mit der Verfügung der Vorinstanz im Verfahren Engadin I (Verfügung der Vorinstanz vom 26. März 2018 Engadin I, abrufbar unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>, besucht am 03.08.2021) nicht stand. Diesem Verfahren sei lediglich ein Anteil von Fr. 440'000.- der Kosten vor Verfahrenstrennung zugerechnet worden, obwohl die entsprechende Verfügung deutlich umfangreicher sei und die Kosten nach der Verfahrenstrennung mit Fr. 290'000.- fast exakt gleich hoch ausgefallen seien. Die Zuteilung sei unverhältnismässig. Sie hätte begründet werden müssen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien um mindestens Fr. 110'000.- zu reduzieren.

Weiter scheide die angefochtene Verfügung lediglich Verfahrenskosten in der Höhe von 10 Prozent zulasten der Staatskasse aus für Sachverhalte, die einzustellen seien, sich nicht erhärtet hätten oder in einem anderen Verfahren beurteilt worden seien. Gemäss Vorinstanz hätten weder die Anhaltspunkte für eine Preis- und Geschäftspartnerabrede im Hochbau noch die gemäss

Untersuchungseröffnung bestehenden Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Tiefbau sowie in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau vorgelagerten Märkte bestätigt werden können. Bei ersteren sei aufgrund der Erwägungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass auch nach Verfahrenstrennung Kosten entstanden seien. Zudem wären im Rahmen der Begründungspflicht die genauen Kosten offenzulegen und ihr Anfallen im Detail zu erläutern gewesen. Dies habe die Vorinstanz versäumt.

8.4 Die Vorinstanz nahm am 23. November 2015 eine Verfahrenstrennung vor. Sie trennte das Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" in mehrere Nachfolgeverfahren auf (vgl. oben Sachverhalt A.e) und rechnete Fr. 550'000.- dem Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" zu. Sie wies die im Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" angefallenen Kosten detailliert aus (Vorakten Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" act. VI.55). Die Beschwerdeführerin beanstandet weder die Höhe der insgesamt angefallenen Kosten noch einzelne Kostenpositionen in der Abrechnung der Vorinstanz. Sie bringt einzig vor, die Zuteilung der im Verfahren "22-0433: Bauleistungen Graubünden" angefallenen Kosten von Fr. 550'000.- halte einem Vergleich mit der Verfahren Engadin I, dem ein Kostenanteil von Fr. 440'000.- zugerechnet werde, nicht stand. Zur Begründung trägt sie vor, die Verfügung im Verfahren Engadin I sei umfangreicher gewesen und nach der Verfahrenstrennung in die beiden Verfahren seien gleich hohe Kosten angefallen. Die Zuteilung sei unverhältnismässig und verletze die Begründungspflicht.

Allein aus einer längeren Verfügung und den nach der Verfahrenstrennung in den jeweiligen Verfahren angefallenen Kosten kann die Beschwerdeführerin nicht ableiten, wie die Verteilung der vor der Verfahrenstrennung angefallenen Kosten vorzunehmen gewesen wäre. Die Vorinstanz führt zur Verteilung aus, die Ermittlungen im Bereich Strassenbau hätten den Hauptteil des Verfahrensaufwandes in der Zeit vor dem 23. November 2015 ausgemacht, weshalb die Zurechnung von rund einem Drittel der Kosten angemessen sei. So habe sie Hausdurchsuchungen, diverse Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftsbeglehen in Zusammenhang mit den vorliegenden zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen durchgeführt.

Den Ausführungen der Vorinstanz ist zuzustimmen, zumal eine gewisse Pauschalisierung auch mit Bezug auf die Aufteilung der Kosten zulässig ist (oben E. 8.1). Die Vorinstanz konnte zu Beginn des Verfahrens noch nicht von einer späteren Trennung ausgehen, weshalb ihr vorliegend aufgrund der Komplexität des Sachverhaltes nicht zugemutet werden kann, im Nachhinein jede einzelne Untersuchungshandlung einem bestimmten Verfahren zuzuordnen. Aufgrund der aufwendigen Untersuchungen des Sekretariats betreffend die Wettbewerbsabreden im Bereich Strassenbau (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 29 ff.) und der Komplexität des Sachverhaltes (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 102 ff.) erscheint die Zuteilung von rund einem Drittel der vor dem 23. November 2015 angefallenen Kosten, insgesamt Fr. 550'000.-, als sachgerecht. Dies auch in Anbetracht des grossen Ermessens, das der Vorinstanz bei der

Festsetzung der Gebühr zukommt (oben E. 8.1). Eine Verletzung des Äquivalenzprinzips, wie es die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, oder eine andere Verletzung von Bundesrecht ist jedenfalls nicht ersichtlich.

Auch eine Verletzung der Begründungspflicht bezüglich der Verlegung der Kosten lässt sich nicht ausmachen. So hat, wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen, die Vorinstanz die wesentlichen Überlegungen genannt, auf welche sie sich stützt (oben E. 8.2; vgl. zur Begründungspflicht BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Die Rüge geht fehl.

8.5 Die Vorinstanz schied 10 Prozent der gesamten Verfahrenskosten zulasten der Staatskasse aus. Die Ausscheidung betrifft sowohl Kosten, die vor der Verfahrenstrennung, als auch solche, die nach dem 23. November 2015 entstanden sind. Einerseits beinhaltet dies Kosten, welche im Zusammenhang mit Parteien, gegen welche das Verfahren eingestellt wurde, entstanden sind. Andererseits solche, welche durch die Abklärung von Vorwürfen entstanden sind, die sich nicht erhärtet haben oder nicht in diesem Verfahren beurteilt wurden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 646). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätten auch in weiteren Bereichen Anhaltspunkte bestanden, die nicht hätten bestätigt werden können. Sie substantiiert jedoch nicht, inwiefern die ausgeschiedenen 10 Prozent der Gesamtkosten zu gering ausgefallen sind. Wie dargelegt, ist bei der Aufteilung der Kosten eine gewisse Pauschalisierung hinzunehmen (oben E. 8.1). Angesichts der aufwendigen Untersuchungen, die zum Resultat geführt haben, dass zahlreiche Unternehmen an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt waren, erscheint eine Ausscheidung von 10 Prozent der Kosten als angemessen. Die Vorinstanz hält schliesslich fest, für welche Sachverhalte den Parteien keine Kosten auferlegt wurden, und zählt diese beispielhaft auf (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 646). Sie hat damit die wesentliche Entscheidungsgrundlage genannt und der Begründungspflicht ist Genüge getan. Aufgrund der Komplexität der Verfahren kann nicht verlangt werden, dass die Vorinstanz jede einzelne Untersuchungshandlung im Nachhinein nochmals zuordnet (oben E. 8.4). Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Reduktion der Verfahrenskosten ist abzuweisen.

9.

Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtene Verfügung kein Bundesrecht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

10.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4 bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Sie ist auf Fr. 8'500.- festzusetzen. Der unterliegenden Beschwer-

deführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 8'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0457; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 5

Bundesrat
Conseil fédéral
Consiglio federale

B 5

1. Verfügung des WBF betreffend Bewilligung nach Art. 271 Ziffer 1 StGB bezüglich eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens

Verfügung des WBF vom 12. November 2020 betreffend Bewilligung nach Art. 271 Ziffer 1 StGB bezüglich eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens

Bewilligung nach Artikel 271 Ziffer 1 StGB in Sachen [Partei] / wettbewerbsrechtliches Verfahren der US-amerikanischen Federal Trade Commission

Gestützt auf Artikel 271 Ziffer 1 des Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) und Artikel 31 Absatz 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1),

nach Einsicht in das Gesuch der [Partei] mit Sitz in [Domizil] – vertreten durch Rechtsanwalt [Name] – vom [Datum], einschliesslich der beigefügten Akten,

in Erwägung,

- dass die US-amerikanische Wettbewerbsbehörde – die Federal Trade Commission (FTC) – mit einer Ediktionsverfügung (*Subpoena*) vom [Datum] eine kartellrechtliche Untersuchung gegen [Partei] eingeleitet hat;
- dass mit diesem Untersuchungsverfahren geklärt werden soll, ob auf dem US-amerikanischen Markt im Bereich der [...] wettbewerbswidrige Absprachen bestehen;
- dass die FTC die [Partei] im Zusammenhang mit der erwähnten Untersuchung aufforderte, verschiedene Dokumente einzureichen;
- dass gemäss *Subpoena* als «Dokumente» jegliche Informationen (unabhängig von deren Format) gelten, die sich in der Sachherrschaft von [Partei] einschliesslich der Gesuchstellerin befinden;
- dass [...];
- dass sich die zur Wahrnehmung ihrer Mitwirkungspflicht im Verfahren der FTC erforderlichen Informationen und Dokumente in elektronischer Form auf einem Datenträger in [Ort] und damit auf schweizerischem Staatsgebiet befinden;
- dass die Gesuchstellerin zwecks Ermöglichung der freiwilligen Kooperation und Wahrung ihrer Verteidigungsrechte darum ersucht, dem vorliegenden Auskunftsbegleichen im Rahmen des Verfahrensgegenstands entsprechen zu dürfen – d.h. firmeninterne Untersuchungshandlungen vornehmen sowie die aufgrund dieser Handlungen zutage geförderten Ergebnisse an die FTC übermitteln zu dürfen – und dafür eine entsprechende Bewilligung beantragt;
- dass nach Artikel 42b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) beim Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, eines internationalen Abkommens oder der Zustimmung der betroffenen Unternehmen die Zusammenarbeit der Schweizer Wettbewerbsbehörde mit ausländischen Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die Bekanntgabe von Daten ins Ausland zulässig ist und vorliegend eine entsprechende Zustimmung der Gesuchstellerin vorliegt, mithin für das vorliegende Verfahren vor der FTC die Amtshilfe theoretisch möglich, aber aufgrund der damit verbundenen erheblichen Verzögerungen nicht sachgerecht wäre;
- dass nicht auszuschliessen ist, dass die erwähnten Handlungen ohne behördliche Bewilligung den Tatbestand von Artikel 271 Ziffer 1 StGB erfüllen könnten;
- dass durch diese Handlungen, jedenfalls sofern mit Bewilligung vorgenommen, weder eine Beeinträchtigung der Souveränität der Schweiz noch eine wirtschaftspolitische Intervention eines fremden Staates zu befürchten ist;
- dass sich die Bewilligung auf die unternehmensinternen Untersuchungshandlungen sowie die Auskünfte beschränkt, die für die Beantwortung des Auskunftersuchens der FTC im Rahmen des vorliegenden Verfahrens notwendig sind;
- dass die Gesuchstellerin ein erhebliches Interesse an der Kooperation mit der FTC hat, da die Nichtbefolgung der *Subpoena* in den USA zu einer formellen Verfahrenseröffnung gegen die Gesuchstellerin wegen Missachtung des Gerichts und zu entsprechenden Sanktionen führen kann;
- dass mit der vorliegenden Bewilligung nur eine Strafbarkeit nach Artikel 271 Ziffer 1 StGB ausgeschlossen ist, diese Bewilligung aber nicht von der Einhaltung der übrigen im vorliegenden Kontext massgebenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts entbindet und die Gesuchstellerin insbesondere für die Einhaltung des Datenschutzes sowie ihrer Arbeitgeberpflichten selber verantwortlich ist;
- dass der vorliegende Bewilligungsentscheid gebührenpflichtig ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004, SR 172.041.1);
- dass der massgebende Gebührenrahmen zwischen CHF 100.– und CHF 3000.– liegt (vgl. Art. 13 Abs. 2

Bst. a Ziff. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0);

- dass im vorliegenden Fall eine Gebühr von CHF 500.– angemessen ist;

wird *verfügt*:

1. Es wird der [Partei] erlaubt, im Zusammenhang mit dem durch die FTC eröffneten kartellrechtlichen Ver-

fahren dem aktuellen und allfälligen künftigen Auskunftsersuchen zu entsprechen und die dafür notwendigen Handlungen vorzunehmen.

2. Die Verfahrenskosten von CHF 500.– werden der [Partei] auferlegt. Dieser Betrag ist innert dreissig Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu überweisen und wird separat in Rechnung gestellt.

[Unterschrift]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
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 601, 605, 615, 623, 795
- Abrede 600 ff., 605 ff., 611, 613, 615 f., 619 f., 623 f., 638, 641, 655, 657, 679, 685 f., 721, 726, 728, 747, 758, 765, 770 f., 775 ff., 781 f., 789 ff., 793 ff., 798 f.
- Acquiring 627 ff.
- Anhörung 719, 762
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 631
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 718, 734 f., 757
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 627 ff.
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 605, 610, 613
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 744, 765 ff., 794
- Erheblichkeit 608 f., 615
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 616
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 628 f., 631, 773, 780, 793 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 608, 625, 628, 650, 666, 683, 687, 728
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 651 ff.
- Kreditkarten 628 ff.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 741, 754
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 613, 620 f., 624 f., 628, 630 f., 648, 650, 654, 658 f., 665 f., 674, 678 ff., 683 f., 686 f., 718 ff., 723, 732 f., 739 f., 751, 757
- Marktgegenseite 608, 628 ff., 651 f., 659 f., 662, 667, 669 f., 672, 680 f., 685, 720 f., 726, 728, 730 f., 740 ff., 796
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 731
- Marktzutrittsschranken 719, 740
- Meldepflicht 625 f., 648, 650, 658 f., 679 f., 685, 702 f.
- Missbrauch 608, 620 f., 673, 680, 718 f., 712, 723, 740 f., 750 ff., 757, 763
- N**
- Netzwerk 638, 657, 659 ff., 668, 670, 672 f., 685, 718, 720, 723, 730, 733 ff.
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb -
- Preisabrede 601 f., 606 ff., 615 f.
- Preisbindung zweiter Hand 602
- Q**
- Quersubventionierung 751
- R**
- Rabatte 737, 747, 757
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 604, 607, 755, 760, 762, 773, 780 f., 787, 791 ff., 801
- Senkung Herstellkosten 616, 624, 747
- Submission 634, 637, 723, 728 ff., 739, 743, 745, 758, 770 f., 775 ff., 789, 794 f.
- Submissionkartell -

	T	Verschulden 756, 760, 782, 794	
Tarife -		Vierparteiensysteme 627	
Tarifvertrag 607		vorbehaltene Vorschriften 658	
Tierärzte/innen 680 f., 683		vorgezogene Recyclinggebühren -	
Transparenzmassnahmen -			
	U		W
Umstossung der Vermutung -		Wettbewerb um den Markt 732	
Untersuchung 600, 616, 632, 669, 672 f., 680 f., 718 ff., 725			X
ff., 731, 738, 754 ff., 762 f., 765, 768 f., 771 ff., 789, 791 f.,			Y
794, 796, 798 f., 801			Z
unzulässige Wettbewerbsabrede 600, 605, 615, 619, 765,		Zahlungsmittel 627 ff., 631	
790, 795		zweiseitige Märkte -	
	V		
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -			
Veröffentlichung 617, 672, 765 ff., 777			
