

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

**2022/4**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 120.- Schweiz  
CHF 120.- Ausland (portofrei)  
(Form: 727.000.22/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

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

---

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

2022/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2023

---

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

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

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

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

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

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

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
2.	<b>Empfehlungen</b> <b>Recommandations</b> <b>Raccomandazioni</b>	
	1. Wettbewerbliche Gleichbehandlung von Lohngleichheitsanalyse-Tools	890
4.	<b>Beratungen</b> <b>Conseils</b> <b>Consulenze</b>	
	1. Swissolar Index	895
	2. Beratung betreffend Meldepflicht nach Art. 9 Abs.4 KG	898
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Olam/SALIC/Olam Agri	901
	2. BC Partners LLP / Bain Capital Investors LLC / Fedrigoni S.p.A.	903
	3. UBS Switzerland AG/Basler Versicherung AG/Houzy AG	906
	4. Hedin Automotive AG/MSDE Beteiligungs AG	910
	5. Hynovi S.A.S.	913
	6. TX Group/AdUnit	915
	7. Post/Kickbag GmbH	929
4.	<b>Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG</b> <b>Sanctions selon l'article 50 ss LCart</b> <b>Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart</b>	
	1. Swisongenetics: Verletzung der Meldepflicht	932
5.	<b>Andere Entscheide</b> <b>Autres décisions</b> <b>Altre decisioni</b>	
	1. Herausgabe von Verfahrensakten an den Kanton bezüglich der noch nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung Engadin I	949
B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Sentenza del 25 ottobre 2022 nella causa X. SA contro Commissione della concorrenza – Richiesta di esame degli atti e di assunzione delle prove	955
	2. Urteil vom 2. April 2020 – Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2015 betreffend Flügel und Klaviere (Untersuchung 22-0429)	962
	3. Urteil vom 12. Dezember 2022 – Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 im Untersuchungsverfahren 22-0377 betreffend ASCOPA wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG	978
4.	<b>B 4 Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 14. September 2022 – Sanktionsverfügung, Unterlassungsanordnung, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 9. August 2021 (B-5161/2019)	1112
	2. Urteil vom 2. November 2022 – and Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 18. Dezember 2018 (B-831/2011)	1120
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	1135
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	1137

## 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	<b>2. Empfehlungen</b> Recommandations Raccomandazioni
B 1.2	<b>1. Wettbewerbliche Gleichbehandlung von Lohngleichheitsanalyse-Tools</b>

Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 22. Februar 2022 betreffend die Ablehnung eines Gesuchs um Abgabe einer Empfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ging am 9. August 2021 ein Gesuch betreffend die Abgabe einer Empfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG an das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (nachfolgend: EBG) ein.

Den Ausführungen im Gesuch zufolge widerspreche die Anwendung der relevanten gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere Art. 13c des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1), durch das EBG dem Grundsatz der Gleichbehandlung verschiedener Anbieterinnen von Lohngleichheitsanalyse-Tools und wirke sich damit wettbewerbswidrig aus. Das EBG habe nämlich die Praxis entwickelt, die Überprüfung in Bezug auf die Beurteilung der Lohngleichheit exklusiv an das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) anzuknüpfen. Das EBG beharre dabei insbesondere darauf, dass die Überprüfung der Analysen gemäss Art. 13d GIG einzig mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) zu erfolgen habe. Dies führe vor allem in beschaffungsrechtlichen Verfahren, die dem Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) unterstehen, dazu, dass die von Art. 13a GIG betroffenen Unternehmen aus Effizienzgründen auch bei der Vornahme dieser Lohngleichheitsanalyse auf das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) abstellen (müssten) und nicht auf ein anderes Lohngleichheitsanalyse-Tool zurückgreifen, da sie sonst einem doppelten Aufwand (Durchführung und Überprüfung der Analyse) ausgesetzt sein könnten. Das EBG habe diese Praxis zudem mit der Richtlinie «Kontrollen der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes» (Version Januar 2021) zementiert.

Die Richtlinie sehe konkret vor, dass die Überprüfung der im Sinne von Art. 26 BöB vorgenommenen Lohngleichheitsanalysen einzig über das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) zu erfolgen habe, womit die gemäss Art. 13c GIG mit einem privaten Analyse-Tool durchgeführten Lohngleichheitsanalysen vollständig ausgeklammert würden. Indem das EBG das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) so stark präferiere beziehungsweise diesem Verfahren sogar eine monopolistische Stellung einräume, werde der wirksame Wettbewerb massgeblich eingeschränkt. Die Praxis des EBG habe überdies schon dazu geführt, dass einzelne Kantone [...] bereits beim Nachweis der Eignung im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung eine Lohngleichheitsanalyse durch das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) verlangten, wodurch private Analyse-Tools vom Markt verdrängt würden.

Entsprechend ersuchte die Gesuchstellerin das Sekretariat um die Abgabe einer Empfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG an das EBG mit folgendem Inhalt:

1. Der Gesuchsgegnerin sei zu empfehlen, die privaten Analyse-Tools zur Erstellung von Lohngleichheitsanalysen und das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) gleichwertig zu behandeln und die beiden Verfahren als gleichwertig anzuerkennen;
2. Der Gesuchsgegnerin sei zu empfehlen, die Praxis, die Überprüfung der Lohngleichheitsanalysen einzig mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) vorzunehmen, aufzugeben;
3. Der Gesuchsgegnerin sei zu empfehlen, Ziff. 6.2 und Ziff. 6.3 der Richtlinie «Kontrollen der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes» (Version Januar 2021) inhaltlich so anzupassen, dass die privaten Analyse-Tools zur Erstellung von Lohngleichheitsanalysen und das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) gleichwertig zur Anwendung kommen können und dass die Überprüfung der Lohngleichheitsanalysen



gleichwertig nach beiden Verfahren zu erfolgen vermag.

Gemäss Art. 45 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften. Der Zweck von Empfehlungen im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG besteht darin, den angesprochenen Behörden staatliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verdeutlichen, ihnen die damit verbundenen wettbewerbsbeschränkenden oder -verzerrenden Auswirkungen aufzuzeigen und sie dazu anzuhalten, einen Gesetzgebungsprozess einzuleiten oder eine Änderung ihres Vollzugs vorzunehmen, um die aus wettbewerblicher Sicht ordnungspolitisch unbefriedigende Situation zu verbessern.<sup>1</sup> Die WEKO kann ihre Empfehlungen an jede Behörde – seien es Bundes-, Kantonal- oder Kommunalbehörden – richten.<sup>2</sup> Auch wenn sich das Empfehlungsrecht der WEKO nach dem Gesetzeswortlaut insbesondere auf wirtschaftsrechtliche Vorschriften bezieht, kann die WEKO unabhängig von der wirtschaftsrechtlichen Ausrichtung in sämtlichen gesetzgeberischen Sachbereichen wettbewerbspolitisch empfehlend tätig werden.<sup>3</sup> Gegenstand von Empfehlungen nach Art. 45 Abs. 2 KG können dabei abstrakte Normen aller Ebenen (Bund, Kanton, Gemeinde) und sämtlicher Stufen (Verfassung, Gesetz, Verordnung, Reglement etc.) sowie auch die Rechtsanwendung durch die Behörden sein.<sup>4</sup> Mit Empfehlungen sind jedoch keine weiteren Rechtsfolgen verbunden, weshalb sie für die adressierten Behörden unverbindlich sind. Der WEKO stehen keine rechtlichen Mittel zur Verfügung, um nicht oder lediglich unzureichend umgesetzte Empfehlungen durchzusetzen oder gar zu ahnden.<sup>5</sup>

Das Gesuch um Abgabe einer Empfehlung nach Art. 45 Abs. 2 KG stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 3. September 2021 dem EBG zu und gewährte ihm Gelegenheit zur Stellungnahme, welche das EBG innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 2. November 2021 wahrnahm. Das EBG hält darin zunächst fest, dass die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen der Gesuchstellerin in ihren Eingaben auf einer unzutreffenden Vermischung zweier betroffener Rechtsbereiche beruhen, einerseits des Beschaffungsrechts des Bundes, namentlich des BÖB und der dazugehörigen Verordnung vom 12. Februar 2020 (VöB; SR 172.056.11) sowie andererseits des Gleichstellungsrechts, namentlich des GIG und der dazugehörige Verordnung vom 21. August 2019 über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse (SR 151.14). Dies führe insbesondere dazu, dass auch die Rolle des EBG verkannt werde: Insbesondere habe das EBG keine Praxis entwickelt, wonach die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse gemäss Art. 13d GIG einzig mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) vorzunehmen sei. Das EBG wende keine Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes an und überprüfe auch keine gestützt auf das Gleichstellungsgesetz durchgeführten Lohngleichheitsanalysen von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern. Die Rolle des EBG beschränke sich vielmehr ausschliesslich auf das Beschaffungsrecht des Bundes, indem es im Auftrag der Beschaffungsstellen Stichproben-Kontrollen betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann durchführe; die strittige

Richtlinie regle sodann nur diese Kontrolltätigkeit des EBG.

Die Darstellung der vom EBG gemachten rechtlichen und praktischen Gegebenheiten erachtet das Sekretariat als schlüssig, weshalb diese nachfolgend in gedrängter Form wiedergegeben werden, um vor diesem Hintergrund anschliessend zu beurteilen, ob sich unter Berücksichtigung der vorgebrachten Argumente der Gesuchstellerin und des EBG die Abgabe einer Empfehlung aufdrängt. Mit Blick auf die von der Gesuchstellerin am 27. August 2021 eingereichte umfangreiche Korrespondenz zwischen den Parteien ist zudem hervorzuheben, dass die Parteien bei einem Grossteil der Fragen, die im Laufe der Zeit umstritten waren, mittlerweile direkt oder indirekt einen gemeinsamen Nenner gefunden zu haben scheinen.

Die Ausführungen im Gesuch beziehen sich vorwiegend auf das Gleichstellungsrecht und dabei insbesondere auf die in Art. 13a ff. GIG geregelte Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern. Unternehmen, die Anfang eines Jahres 100 oder mehr Arbeitnehmende beschäftigen, haben gemäss Art. 13a Abs. 1 GIG für das betreffende Jahr eine betriebsinterne Lohngleichheitsanalyse durchzuführen. Diese Lohngleichheitsanalyse ist gemäss Art. 13c Abs. 1 GIG nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen, wobei der Bund nach Art. 13c Abs. 2 GIG allen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern ein kostenloses Standard-Analyse-Tool zur Verfügung stellt. Die Lohngleichheitsanalyse kann aber auch mit einem anderen Tool als dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt werden, soweit dieses die Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode ermöglicht. Die konkreten Anforderungen sind Art. 7 Abs. 3 VO über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse zu entnehmen. Danach muss der Nachweis über die Wissenschaftlichkeit und Rechtskonformität der Methode neben einer vollständigen und transparenten Dokumentation der Analyseverfahren auch eine Validierung der wissenschaftlichen Qualität und Rechtskonformität durch eine unabhängige Stelle enthalten. Aus wettbewerblicher Sicht ist bedeutsam, dass nicht eine bestimmte Methode wie namentlich das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) vorgeschrieben wird, sondern auch andere Methoden anerkannt werden, wodurch die betroffenen Unternehmen

<sup>1</sup> SILVAN MEIER/SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, Art. 45 N 70.

<sup>2</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 468, 617 f. Ziff. 261; BSK KG-MEIER/BANGERTER (Fn 1), Art. 45 N 79; JULIAN SCHENKEL/SIMON ODERMATT/FRANCA HOLZMÜLLER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 45 N 18; PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 45 N 52 ff.

<sup>3</sup> JÜRGEN BORER, Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht I – Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 45 N 3.

<sup>4</sup> BSK KG-MEIER/BANGERTER (Fn. 1), Art. 45 N 82; DIKE KG-SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER (Fn 2), Art. 45 N 20; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET (Fn 2), Art. 45 N 65 ff.

<sup>5</sup> BSK KG-MEIER/BANGERTER (Fn 1), Art. 45 N 86; DIKE KG-SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER (Fn 2), Art. 45 N 21.

zwischen mehreren Anbieterinnen und Angeboten frei wählen können. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen lassen in diesem Bereich Wettbewerb zu, mit anderen Worten besteht vorliegend die Möglichkeit, die Lohngleichheitsanalyse entweder mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) oder mit dem Analyse-Tool einer anderen privaten Anbieterin durchzuführen, was zum jetzigen Zeitpunkt und unter der geltenden Rechtslage anscheinend auch von keiner Partei (mehr) bestritten wird.

Bevor die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber die Arbeitnehmenden nach Art. 13g GIG sowie gegebenenfalls die Aktionärinnen und Aktionäre nach Art. 13h GIG über das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse informieren, müssen diejenigen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, welche dem Obligationenrecht unterstehen, die vorgenommene Lohngleichheitsanalyse gemäss Art. 13d Abs. 1 GIG von einer unabhängigen Stelle überprüfen lassen. Dazu können die Unternehmen wählen zwischen einem Revisionsunternehmen mit einer Zulassung nach dem Revisionsaufsichtsgesetz vom 16. Dezember 2005 (lit. a) oder einer Organisation nach Art. 7 GIG sowie einer Arbeitnehmervertretung gemäss dem Mitwirkungsgesetz vom 17. Dezember 1993 (lit. b). Das EBG folgert aus dem Wortlaut der Bestimmung nach Auffassung des Sekretariats richtigerweise, dass das EBG keine «unabhängige Stelle» in diesem Sinne darstellt. Folglich kommt dem EBG keine Kompetenz im Gleichstellungsrecht zu, insbesondere kann das EBG keine gestützt auf das Gleichstellungsgesetz durchgeführten Lohngleichheitsanalysen von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern im Sinne von Art. 13d GIG überprüfen.

Entsprechend den Erläuterungen des EBG in der Stellungnahme beschränkt sich die Zuständigkeit des EBG, soweit vorliegend relevant, auf das Beschaffungsrecht des Bundes, indem das EBG im Auftrag von Beschaffungsstellen Kontrollen betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann gemäss Art. 12 BöB durchführen kann. Eine dem BöB unterstehende Auftraggeberin hat gemäss Art. 26 BöB unter anderem sicherzustellen, dass kein öffentlicher Auftrag an eine Anbieterin vergeben wird, welche bestimmte soziale und ökologische Anforderungen nach Art. 12 BöB nicht einhält, wozu unter anderem auch die Einhaltung der Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gehört. Um zu überprüfen, ob Anbieterinnen in einem Vergabeverfahren die Anforderungen nach Art. 12 Abs. 1 bis 3 BöB erfüllen, kann eine Auftraggeberin gemäss Art. 12 Abs. 5 BöB die Einhaltung der Anforderungen kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Ausgehend vom Wortlaut handelt es sich bei Art. 12 Abs. 5 BöB um eine Kann-Bestimmung. Wie das EBG weiter präzisiert, kommt einer dem BöB unterstellten Auftraggeberin somit einerseits eine Wahlfreiheit zu, ob sie die Einhaltung der Lohngleichheit bei einer Anbieterin kontrollieren will oder nicht und, sollte sich die Auftraggeberin zur Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen entschliessen, ob sie andererseits die Kontrolle selbst durchführen oder an Dritte übertragen will. Dabei kann eine Auftraggeberin die Durchführung der Kontrollen in Bezug auf die Lohngleichheit gemäss Art. 4

VöB insbesondere dem EBG übertragen, wobei aufgrund der nicht abschliessenden Aufzählung möglicher Kontrollorgane grundsätzlich auch der Beizug anderer Kontrollorgane möglich ist. Das EBG weist in der Stellungnahme darauf hin, dass verschiedene grössere öffentliche Unternehmen wie beispielsweise die Schweizerische Post andere Organisationen als Kontrollorgane einsetzen.

Daneben sieht Art. 26 BöB betreffend die Teilnahmebedingungen vor, dass die Auftraggeberin von der Anbieterin verlangen kann, dass diese die Einhaltung der Teilnahmebedingungen insbesondere mit einer Selbstdeklaration (oder der Aufnahme in ein Verzeichnis) nachweist. Gemäss Art. 4 Abs. 4 in Verbindung mit Anhang 3 Ziff. 1 lit. b VöB kann die Auftraggeberin insbesondere einen Nachweis betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit von Frau und Mann einfordern. Die Erläuterungen sehen diesbezüglich vor, dass grundsätzlich alle Anbieterinnen im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Selbstdeklaration betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann einzureichen haben, unabhängig von der Anzahl Mitarbeitenden. Anbieterinnen mit 100 und mehr Angestellten müssen in der Selbstdeklaration zusätzlich das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse sowie den Prüfbericht gemäss Gleichstellungsgesetz angeben beziehungsweise beilegen (Erläuterungen des Bundesrates zur VöB, S. 6). Nach Ansicht des Sekretariats erscheint wichtig, dass auch an dieser Stelle – und analog zur Situation bei der obligatorischen Überprüfung gemäss Gleichstellungsgesetz – den verschiedenen zur Verfügung stehenden Methoden zum Nachweis der Lohngleichheit Rechnung getragen wird. Eine Beschränkung der Nachweismöglichkeiten auf einzelne Methoden beziehungsweise auf das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) birgt tatsächlich die Gefahr, dass einzelne Anbietende und sodann indirekt private Anbieterinnen von Lohngleichheitsanalyse-Tools im Markt ungerechtfertigt benachteiligt werden. Die Vorgaben des Gleichstellungsgesetzes, wonach die Überprüfung nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode zu erfolgen hat, adressieren die elementaren Voraussetzungen, damit das angestrebte Ziel der Analysen erreicht werden kann und lassen – wie eben bereits festgehalten – Wettbewerb zu. Weitergehende Einschränkungen oder die Beschränkung auf einzelne Analyse-Tools sind aus wettbewerblicher Sicht nicht angezeigt.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Die Erläuterungen des Bundesrates schränken dies bezeichnenderweise auch nicht weiter ein: «*Bezüglich der Kontrolle der Einhaltung der Lohngleichheit ist – solange die entsprechenden Bestimmungen des GIG in Kraft sind – von Unternehmen mit 100 oder mehr Angestellten der Nachweis anzufordern, dass eine Lohngleichheitsanalyse nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchgeführt (vgl. Art. 13c Abs. 1 GIG) und diese von einem nach Revisionsaufsichtsgesetz zugelassenen Revisionsunternehmen überprüft wurde (vgl. Art. 13d Abs. 1 Bst. a GIG). Alternativ kann auch ein Prüfbericht einer Organisation nach Artikel 7 GIG oder einer Arbeitnehmervertretung gemäss Mitwirkungsgesetz (vgl. Art. 13d Abs. 1 Bst. b GIG) eingereicht werden*» (Erläuterungen des Bundesrates zur VöB, S. 7).

Der effektive Kontrollauftrag des EBG beschränkt sich derweil auf Stichproben-Kontrollen, die das EBG im Auftrag der dem BöB unterstehenden Auftraggeberinnen durchführt. Die zu kontrollierenden Anbieterinnen werden unter denjenigen bestimmt, welche im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens einen Auftrag erhalten haben (vgl. Richtlinie «Kontrollen der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes», Ziff. 3.I. und Ziff. 4.I.) und findet in dem Sinne nur vereinzelt und nachgelagert statt.

Zu ihrer Kontrolltätigkeit äussert sich das EBG in der Stellungnahme wie folgt: Das EBG führt im Rahmen eines konkreten Auftrags Stichproben-Kontrollen der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau durch. Dabei handelt es sich, wie bereits aufgezeigt, nicht um eine Überprüfung der Lohngleichheitsanalysen im Sinne von Art. 13d GIG, sondern um ein eigenständiges Kontrollverfahren gestützt auf das Beschaffungsrecht des Bundes. Die jährliche Anzahl der Stichproben-Kontrollen durch das EBG wird jeweils im Voranschlag mit integriertem Aufgabe- und Finanzplan durch den Bund festgelegt. Gemäss Voranschlag 2022 leitet das EBG im Beschaffungswesen des Bundes jährlich 30 neue Kontrollen ein, wodurch die Kontrollen angesichts eines Beschaffungsvolumens der zentralen Bundesverwaltung von über 7 Milliarden Franken lediglich rund 0,02 Prozent der jährlichen Vergaben im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes beschlagen.

Das EBG bestimmt die Einzelheiten seiner Kontrollen gemäss Art. 4 Abs. 1 VöB in einer Richtlinie. Dazu hat das EBG die Richtlinie «Kontrollen der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes» per 1. Januar 2021 erlassen. Gemäss Stellungnahme des EBG dient diese insbesondere zur Information der Auftraggeberinnen und Anbieterinnen im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes über die Einzelheiten und den Ablauf einer Kontrolle sowie der Transparenz der Kontrolltätigkeit des EBG und der Sicherstellung der Gleichbehandlung aller zu kontrollierenden Anbieterinnen. Diese Richtlinie steht in keinerlei Zusammenhang mit dem Gleichstellungsgesetz, sondern regelt einzig die Kontrolltätigkeit des EBG im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes. Gemäss Ziff. 5 der Richtlinie werden die Kontrollen des EBG im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt. Da Art. 12 BöB keinerlei Vorgaben über die konkrete Ausgestaltung der Kontrollen enthält, liege es im pflichtgemässen Ermessen der Vollzugsbehörden und damit des EBG, die Vorgaben für seine Kontrollen festzulegen. Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 VöB sei das EBG vielmehr dazu verpflichtet, die Vorgaben der Kontrollen in einer Richtlinie zu regeln. Gemäss den Ausführungen in der Stellungnahme, hat das EBG bei der Bestimmung eines geeigneten Kontrollinstruments der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter im Rahmen der Kontrollen des EBG im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes Rechnung zu tragen. Entsprechend bestehe die Notwendigkeit einer einheitlichen Analyse-methode, weshalb in verbindlicher Weise auf das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) abgestellt werde. Das EBG führt weiter aus, dass eine Anbieterin im Rahmen einer Stichproben-Kontrolle des EBG keinerlei Vorteile erfährt, wenn sie das

Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) zur Lohngleichheitsanalyse verwendet hat. Jeder Anbieterin, gleich ob sie ihre Kontrolle gemäss Gleichstellungsgesetz mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) oder einem privaten Analyse-Tool durchgeführt habe, werde von Grund auf neu geprüft. Umgekehrt scheint auch ein Unternehmen, welches die Lohngleichheitsanalyse im Sinne von Art. 13a GIG mit einer anderen Methode beziehungsweise mit einem alternativen privaten Analyse-Tool erbracht hat, durch die Verwendung des Standard-Analyse-Tools des Bundes (Logib) bei der Kontrolltätigkeit des EBG nicht benachteiligt zu werden.

Anders als das EBG ausführt, könnten Anbieterinnen, die ihre Kontrollen gemäss Gleichstellungsgesetz bereits mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt haben, aus Sicht des Sekretariats einen – wenn auch tendenziell eher geringen – Vorteil dadurch erhalten, dass sie bereits mit dem Tool gearbeitet haben, die Prozesse kennen und die zu erhebenden Daten möglicherweise bereits entsprechend erhoben und zusammengetragen haben. Dass dies indes, einerseits mit Blick auf den prima facie eher als gering einzuschätzenden Mehraufwand sowie andererseits vor dem Hintergrund der äusserst tiefen Anzahl an veranschlagten Kontrollen durch das EBG, zu aus Sicht des wirksamen Wettbewerbs unerwünschten Resultaten führt, namentlich, dass Anbieterinnen – wie von der Gesuchstellerin vorgebracht – sich nur deswegen gegen die Vornahme der Lohngleichheitsanalyse mittels eines privaten Analyse-Tools entscheiden, was in der Folge zu einer schleichenden Monopolisierung führen würde, erscheint nach Ansicht des Sekretariats kaum naheliegend. Die Gesuchstellerin verweist dann auch nur pauschal auf diese Gefahr, ohne diese näher auszuführen oder zu belegen. Hinzu kommt, dass sich die Stichproben-Kontrollen nach Aussagen des EBG aufgrund der geringen Anzahl von jährlich 30 neu eingeleiteten Kontrollen auf ihren Vorschlag hin wie bereits im Jahr 2021 auch im Jahr 2022 sowie voraussichtlich ebenfalls im Jahr 2023 auf Anbieterinnen mit weniger als 100 Arbeitnehmenden konzentrieren werden. Gemäss dem EBG soll eine solche Praxis einerseits Doppelspurigkeiten vermeiden und andererseits zielführende Kontrollen sicherstellen, kohärent zur Erkenntnis, dass gerade bei kleinen Unternehmen der unerklärte Anteil bei den Lohnunterschieden überdurchschnittlich hoch sei. Diese beabsichtigte Konzentration auf Anbieterinnen mit weniger als 100 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verringert die Möglichkeit, dass bei Unternehmen, die der Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse nach Art. 13a GIG unterliegen, zusätzlich eine im Rahmen eines Vergabeverfahrens vom EBG durchgeführte Stichproben-Kontrolle über die Einhaltung der Lohngleichheit gemäss Art. 12 BöB vorgenommen wird. Die Gefahr einer Überschneidung wird dadurch weitestgehend minimiert, womit aus Sicht des Sekretariats die Notwendigkeit für die Abgabe einer Empfehlung nicht gegeben ist.

Wie ausführlich dargelegt, sind einerseits zwei Rechtsbereiche (Beschaffungsrecht und Gleichstellungsrecht) beziehungsweise zwei Kontrollverfahren (Stichproben-Kontrollen des EBG im öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes und Überprüfung der Lohngleichheitsanalysen gemäss Art. 12d GIG) voneinander zu differenzieren.

Andererseits bestehen gewisse Wechselwirkungen, zumal das gleiche sozialpolitische Ziel verfolgt wird. Entsprechend könnte es in wenigen Fällen dazu kommen, dass sich ein Unternehmen mit einer doppelten Überprüfung beziehungsweise Kontrolle konfrontiert sieht. Dies ist nicht zuletzt auf die gesetzliche Ausgestaltung und die Obliegenheit des EBG, im Rahmen eines Auftrags als Kontrollorgan Stichproben-Kontrollen vorzunehmen, zurückzuführen. Jedoch erscheinen dem Sekretariat die Doppelspurigkeiten, welche durch das vom EBG aufgezeigte Vorgehen zusätzlich minimiert werden, als äusserst gering und der Mehraufwand, welcher ein zusätzlich von einer Stichproben-Kontrolle betroffenes Unternehmen erfährt, nicht allzu hoch. Fraglich erscheint ausserdem, ob ein Unternehmen bloss deswegen die Lohnvergleichsanalyse nach Art. 13a ff. GIG mit dem Standard-Analyse Tool des Bundes (Logib) durchführen würde und auf Lohnvergleichsanalyse-Tools von privaten Anbieterinnen verzichten würde, womit überhaupt erst der von der Gesuchstellerin angezeigte Verdrängungseffekt entstehen würde.

In Anbetracht der vorangehenden Ausführungen besteht nach Auffassung des Sekretariats keine Veranlassung, dem EBG eine Empfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG mit Vorschlägen zur wettbewerbskonformen Ausübung Ihrer Kontrolltätigkeit im öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes zu unterbreiten.

Demgegenüber erachtet das Sekretariat die Praxis [einzelner Kantone] bei der Vergabe seiner öffentlichen Aufträge als potenziell wettbewerbsrechtlich problematisch. Wie für das Beschaffungsrecht des Bundes bereits obenstehend erläutert, haben auch kantonale Vergabestellen sicherzustellen, dass keine öffentlichen Aufträge an Anbieterinnen vergeben werden, welche die Gleichbehandlung von Mann und Frau gemäss dem Gleichstellungsgesetz nicht einhalten. [...]. Zur Umsetzung der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen [haben einzelne Kantone] eine Selbstdeklarationspflicht einschliesslich eines obligatorischen Nachweises zur Lohngleichheit von Frauen und Männern [eingeführt]. Dies bedeutet, dass anbietende Unternehmen zusammen mit der Offerte eine Selbstdeklaration sowie zusätzlich einen anerkannten Nachweis zur Lohngleichheit von Frauen und Männern einzureichen haben. Unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen zur Selbstdeklaration im Beschaffungsrecht des Bundes ist dagegen im Grundsatz nichts einzuwenden. Die Gesuchstellerin zeigt in der Eingabe vom 5. Oktober 2021 jedoch auf, dass in der

Selbstdeklaration zur Lohngleichheit von Frauen und Männern [bestimmter Kantone] keine privaten Analyse-Tools aufgeführt werden, sondern nur das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) [...] anerkannt [...] wird. Dadurch scheint in der Selbstdeklaration der Nachweis der Lohngleichheit nach Art. 13a GIG auf das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) beschränkt zu werden. Entsprechend würden Offerten, welche den Nachweis der Lohngleichheit mit einem anderen Analyse-Tool erbringen, von der [zuständigen kantonalen Stelle] nicht berücksichtigt. Durch diese Praxis [bevorzugen die Kantone den Bund als Anbieter des Standard-Analyse-Tools «Logib» und damit als Marktteilnehmer und verhalten sich folglich nicht wettbewerbsneutral]. [...] Anbieterinnen von Lohnvergleichsanalyse-Tools, die nicht auf Logib basieren, [werden nicht berücksichtigt und dadurch] indirekt benachteiligt. [Daneben ist] als gesetzliche Bedingung in Art. 13c Abs. 1 GIG lediglich vorgeschrieben [...], dass eine Lohnvergleichsanalyse nach Art. 13a GIG mit einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen ist, [wodurch] das Gleichstellungsgesetz [...] implizit Wettbewerb [zulässt]. Wie das Sekretariat bereits ausgeführt hat, ist [folglich] eine Beschränkung auf ein einzelnes Lohnvergleichsanalyse-Tool aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht angezeigt.

[...] Das Sekretariat [hat einzelne Kantone, welche eine solche nicht wettbewerbsneutrale Regelung vorsehen] im Rahmen eines Schreibens über die vorliegende wettbewerbsrechtliche Einschätzung in Kenntnis [gesetzt und diese Kantone dazu angeregt, sich an den wettbewerbsneutralen Lösungen anderer Kantone zu orientieren, welche namentlich den Nachweis der Einhaltung der Lohngleichheit von Frauen und Männern nicht auf das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) beschränken, sondern vorsehen, dass Lohnvergleichsanalysen auch mit einer anderen Methode erbracht werden können, wenn in Bezug auf die verwendete Methode der Nachweis erbracht wird, dass es sich um eine wissenschaftliche und rechtskonforme Methode handelt].

In Anbetracht der vorangehenden Ausführungen verzichtet das Sekretariat einstweilen darauf, die Angelegenheit weiter zu verfolgen, ist jedoch auch künftig an den Entwicklungen [in den einzelnen Kantonen] interessiert und wird diese aufmerksam mitverfolgen.

B 1	<b>4. Beratungen Conseils Consulenze</b>
B 1.4	<b>1. Swissolar Index</b>

## I. Einleitung

1. Der Schweizerische Fachverband für Sonnenenergie (nachfolgend: Swissolar) ist ein Verein, welcher die gesamtschweizerische Förderung der nachhaltigen Nutzung der Solarenergie bezweckt.<sup>1</sup> Mitglieder sind in der Schweiz tätige Herstellerinnen, Händler und Installateure von Solaranlagen. Auch im Markt für Solaranlagen tätige Dienstleisterinnen, wie zum Beispiel Planungs- oder Reinigungsunternehmen, sind Mitglieder von Swissolar.

2. Swissolar möchte einen Index für den Einkaufspreis für Solarpanels sowie für die von den Endkundinnen und Endkunden bezahlten Preise für Photovoltaikanlagen berechnen und veröffentlichen. Nachfolgend wird deshalb zunächst der Markt für Photovoltaikanlagen und Solarpanels summarisch beschrieben. Anschliessend wird dargelegt, wie die für die beiden Preisindizes erforderlichen Informationen erhoben und ausgewertet werden sollen. Schliesslich wird das erwähnte Vorhaben kartellrechtlich gewürdigt.

## II. Sachverhalt

### Marktverhältnisse

3. Rund 10 % der in der Schweiz verbauten Solarpanels werden im Inland von den zwei inländischen Herstellerinnen produziert. Der Rest wird zum überwiegenden Teil aus China importiert. Die ausländischen Herstellerinnen verkaufen ihre Panels teilweise direkt an die schweizerischen Installateure, teilweise erfolgt der Vertrieb in der Schweiz aber auch über in der Schweiz ansässige Händler.

4. In der Schweiz gibt es mehrere grössere Installateure mit über 100 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Diese installieren rund 40 % der im Inland jährlich neu erstellten Solarenergieanlagen. Den Rest installieren kleinere Betriebe mit rund 5–10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Seit einigen Jahren besteht eine grosse Nachfrage nach Solarenergieanlagen, was zu einem starken Marktwachstum führt. Insbesondere aus diesem Grund treten aktuell viele neue Unternehmen in den Markt für die Installation von Solarenergieanlagen ein. Dabei handelt es sich zum Beispiel um Dachdeckerinnen oder Elektriker.

5. Namentlich die hohe Nachfrage führt teilweise zu Engpässen bei der Lieferung gewisser für Photovoltaikanlagen unverzichtbarer Komponenten. Aus diesen Gründen beträgt die Wartezeit zwischen Offertstellung und Abschluss der Installation einer Photovoltaikanlage aktuell rund 1–2 Jahre.

6. Insbesondere bei grossen Anlagen kann der Anteil der Materialkosten an den totalen Kosten der Anlage bis zu

60–70 % betragen. Der grösste Teil dieser Materialkosten entfällt auf die Solarpanels. Dieser Preis ist aktuell sehr volatil und schwer vorauszusagen. Deshalb geht ein Installateur ein finanzielles Risiko ein, wenn er einer Kundin zum Zeitpunkt der Offertstellung einen festen Preis für die zu installierende Anlage anbietet, da deren Einkaufspreis bis zum Zeitpunkt der Installation deutlich steigen kann.

### Zweck

7. Der Zweck der geplanten Preisindizes besteht darin, das beschriebene Risiko bezüglich der künftigen Preise von Solarpanels effizient zwischen den Kundinnen und Kunden einerseits und den Installationsbetrieben andererseits aufteilen zu können. So kann zum Beispiel der Preis einer in 2 Jahren zu installierenden Anlage auf 90 % des in 2 Jahren beobachteten Durchschnittspreises vergleichbarer Anlagen festgelegt werden. Im Beispiel kann so jedenfalls ein Teil des Risikos vom Installateur auf die Kundin verlagert werden. Diese Verlagerung kann zum Beispiel dadurch kompensiert werden, dass der Preis relativ tief angesetzt wird.<sup>2</sup>

8. Weil auch ein Index für den Einkaufspreis von Solarpanels publiziert werden soll, können die Vertragsparteien sich darauf beschränken, nur das diesbezügliche Risiko zu verlagern. Das kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn nur die Kosten des Einkaufs von Solarpanels stark schwanken und die Kosten der Installation gut voraussehbar sind.

9. Ausserdem könnten die geplanten Preisindizes gemäss Swissolar auch für das Bundesamt für Energie (nachfolgend: BFE) von Interesse sein, namentlich für die Ausrichtung der Energiestrategie sowie für die Bemessung von Subventionen. Das BFE publiziert zwar selber Daten zur verbauten Leistung, nicht aber zu den entsprechenden Preisen. Ausserdem sind die vom BFE publizierten Daten mehr als ein Jahr alt.

<sup>1</sup> Vgl. den Eintrag im Handelsregister des Kantons Zürich, <zh.ch register.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-113.452.116> (27.10.2022).

<sup>2</sup> Eine solche Verlagerung des Risikos kann effizient sein: Kleine Unternehmen sind oft stärker risikoavers als grosse Unternehmen, weil sie ihre Risiken in der Regel selber weniger gut diversifizieren können und oft einen weniger guten Zugang zu den Kapitalmärkten haben. Deshalb kann es effizient sein, dass eine grosse Bauherrin das Risiko künftiger Preisänderungen übernimmt und sich dafür angemessen vom Installationsunternehmen entschädigen lässt.

## Datenerhebung

10. Swissolar beabsichtigt, monatlich die folgenden Daten bei Schweizerischen Installationsbetrieben zu erheben:

- Endkundenpreis differenziert nach Anlagengrösse (gemessen in kWp<sup>3</sup>): Aktuell ist noch unklar, ob diese Daten separat pro im Berichtsmonat fertiggestellter Anlage oder nur in aggregierter Form für alle im betreffenden Monat fertiggestellten Anlagen erfasst werden sollen.
- Leistung der im Berichtsmonat eingekauften Solarpanels (gemessen in kWp), differenziert nach Herstellungsort (Schweiz/Ausland).
- Einkaufspreis der im Berichtsmonat eingekauften Solarpanels (gemessen in Fr. pro kWp).

11. Zusätzlich ist vorgesehen, die folgenden Daten bei inländischen Herstellern und Händlern zu erheben:

- Leistung der im Berichtsmonat in der Schweiz verkauften Solarpanels (gemessen in kWp), differenziert nach Herstellungsort (Schweiz/Ausland).
- Verkaufspreis der im Berichtsmonat in der Schweiz verkauften Solarpanels (gemessen in Fr. pro kWp).

12. Die erwähnten Daten sollen nicht an Swissolar, sondern über eine geeignete internetbasierte Eingabemaske direkt an die FIDURIA AG (nachfolgend: FIDURIA) geliefert werden. Dabei handelt es sich um eine von Swissolar unabhängige Revisions- und Treuhandunternehmung.

13. Es ist vorgesehen, möglichst alle in der Schweiz tätigen Herstellerinnen, Händler und Installateure einzuladen, die erwähnten Daten einzureichen – auch solche, die nicht Mitglieder von Swissolar sind. Unternehmen, die ihre Daten zur Verfügung stellen, sollen kostenlos Zugang zu den nachfolgend beschriebenen Auswertungen erhalten. Andere daran interessierte Nutzerinnen und Nutzer müssten dafür eine kostendeckende Gebühr entrichten.

14. Trotzdem ist davon auszugehen, dass nicht alle kontaktierten Unternehmen Daten einreichen werden. Auch für diesen Fall soll sichergestellt werden, dass die publizierten Preise die tatsächlichen Marktpreise reflektieren. Sollte das nicht möglich sein, zum Beispiel, weil zu wenige Unternehmen Angaben eingereicht haben, ist keine Publikation vorgesehen.

## Datenauswertung

15. Die Auswertung der Daten soll durch FIDURIA vorgenommen werden. Weder Swissolar noch deren Mitglieder haben jemals Zugriff auf die vorangehend beschriebenen zu erhebenden Rohdaten. Es ist vorgesehen, dass FIDURIA die folgenden beiden Preise berechnen und anschliessend über die Internetseite von Swissolar publizieren soll:

- Einkaufspreise für Solarpanels (gemessen in Fr. pro kWp): Dieser Preis soll in Form eines Preisindex<sup>4</sup> ausgewiesen werden.
- Endkundenpreise für Solaranlagen (gemessen in Fr. pro kWp), differenziert nach Anlagengrösse: Aktuell ist vorgesehen, diese Preise in Form eines Durchschnittspreises separat für sieben verschiedene Anlagengrössen auszuweisen. Dabei ist noch unklar, ob

zusätzlich zum Durchschnittspreis auch die Streuung der Preise dargestellt werden soll.

16. Die beiden erwähnten Preise sollen jeweils monatlich publiziert werden und zwar sobald die Auswertung abgeschlossen ist. Voraussichtlich wären die aktuellsten Projekte, deren Preise in die publizierten Daten einfließen, rund einen Monat vor der Publikation abgeschlossen worden.

17. Es ist vorgesehen, allen Interessentinnen und Interessenten Zugang zu den zu publizierenden Preisen zu gewähren. Wie erwähnt müsste dafür aber eine kostendeckende Gebühr entrichtet werden.

## III. Kartellrechtliche Beurteilung

18. 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.

19. Falls die Mitglieder von Swissolar dem oben beschriebenen Projekt zustimmen sollten, läge eine entsprechende Vereinbarung zwischen unabhängigen Unternehmen vor. Es bleibt zu prüfen, ob diese Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

20. Eine Vereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*».<sup>5</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Führt eine Vereinbarung tatsächlich kausal zu einer Wettbewerbsbeschränkung, ist das Tatbestandselement des Bezweckens oder Bewirkens ebenfalls erfüllt.<sup>6</sup>

21. Die vorliegend zu beurteilende Vereinbarung, Daten auf die vorangehend beschriebene Art und Weise zu erheben, auszuwerten und zu publizieren, ist gemäss den dem Sekretariat vorliegenden Informationen und unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bemerkungen und Einwände des Sekretariates aus den folgenden Gründen nicht objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen:

- Die Wettbewerbsteilnehmenden können frei entscheiden, ob sie die zu publizierenden Daten berücksichtigen möchten. Deshalb werden sie in ihrer Handlungsfreiheit nicht beeinträchtigt. Vielmehr können sie nach wie vor sämtliche Wettbewerbsparameter frei festlegen. Zusätzlich eröffnen sich neue Möglichkeiten, weil die zu publizierenden Preisindizes als Grundlage für die Preise der erst in der Zukunft zu installierenden Anlagen herangezogen werden können.

<sup>3</sup> kWp steht für Kilowatt-Peak. Dieses Mass gibt die Höchstleistung einer Photovoltaikanlage bzw. eines Solarpanels gemessen in Kilowatt an.

<sup>4</sup> Wird ein Preisindex publiziert, ist daraus nur die prozentuale Veränderung der Preise im Vergleich zum Referenzjahr ersichtlich. Werden Durchschnittspreise publiziert, kann daraus auch die absolute Höhe der Preise abgeleitet werden.

<sup>5</sup> BGE 147 II 72, 84 E. 3.6, *Pfizer*.

<sup>6</sup> BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, *Pfizer*.

- Selbst wenn ein grosser Teil der Wettbewerbsteilnehmenden auf die zu publizierenden Daten zurückgreift, verändern sich die Marktpreise dadurch nicht zwingend: Die Wettbewerbsteilnehmenden können individuell aushandeln, wie sie diese Preisindizes berücksichtigen möchten. Sie können zum Beispiel Rabatte auf den künftigen Durchschnittspreis festlegen. Es könnte zum Beispiel auch vereinbart werden, dass eine Bauherrin einen Auftrag für eine erst in zwei Jahren zu installierende Anlage zurückziehen kann, falls der zu publizierende Preisindex zum Zeitpunkt der Installation eine bestimmte Schwelle überschritten haben sollte. Diesbezüglich eröffnen sich zahlreiche Möglichkeiten.
  - Die vorgesehene Art und Weise der Datenerhebung und Auswertung verhindert, dass die Wettbewerbsteilnehmer Rückschlüsse bezüglich der Preise spezifischer Anbieterinnen ziehen können: Die Informationen werden von einem unabhängigen Unternehmen gesammelt und ausgewertet und werden nur in aggregierter Form publiziert. Ausserdem handelt es sich um historische Daten, die mindestens einen Monat alt sind. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass viele Verträge schon rund 1–2 Jahre vor der Installation der Anlage abgeschlossen werden und deshalb die entsprechenden Preise schon lange vor der Rechnungsstellung festgelegt werden. Folglich ist der zeitliche Abstand zwischen der Festlegung des Preises und der Publikation in Form eines Preisindex in der Regel grösser als einen Monat. Auch aus diesem Grund sind kaum direkte Rückschlüsse auf die aktuellen Preise von Konkurrentinnen möglich.
  - Swissolar sieht vor, sicherzustellen, dass die publizierten Preise die tatsächlichen Marktpreise reflektieren (vgl. Rz 14 vorne).<sup>7</sup> Würden stattdessen Preise publiziert, die gar nicht den Marktpreisen entsprechen und die zum Beispiel im Vergleich dazu deutlich höher liegen, würde die vorliegende Beurteilung anders ausfallen: In diesem Fall wäre davon auszugehen, dass jedenfalls einige Marktteilnehmer durch diese irreführenden Zahlen bei den Preisverhandlungen von falschen Annahmen ausgehen. Dadurch könnte der wirksame Wettbewerb beeinträchtigt werden. Diesbezüglich sind auch die folgenden beiden Punkte zu beachten:
    - (i) Die Gefahr, dass die Publikation eines Durchschnittspreises zu einer Koordination der Preise verschiedener Anbieter führt, ist im Vergleich zur entsprechenden durch die Publikation eines Preisindex entstehenden Gefahr grösser: Bei einem Preisindex ist nur die Veränderung der Preise ersichtlich. Hingegen sind keine Rückschlüsse in Bezug auf die absolute Höhe der Preise der Konkurrentinnen möglich.
    - (ii) Soweit die effektiven Preise und nicht nur die prozentuale Veränderung der Preise publiziert wird, ist Folgendes zu beachten: Die Verteilung der von den zu befragenden Unternehmen anzugebenden Preise ist derzeit nicht bekannt. Insbesondere ist unbekannt, wie gross die Streuung dieser Preise ausfällt. Je stärker die Unterschiede bzw. die Streuung der Preise sind, desto irreführender kann die Publikation eines Mittelwerts sein. Die Publikation eines Mittelwerts kann zum Beispiel dann irreführend sein, wenn der Mittelwert stark von einzelnen ungewöhnlich hohen oder tiefen Preisen beeinflusst wird oder die Streuung der Preise gross ist. In diesem Fall wäre zu prüfen, ob zum Beispiel ungewöhnlich hohe oder tiefe Preise von der Auswertung auszuschliessen sind. Auch die Publikation weiterer Informationen (z.B. 10%-, 25%-, 75%- und 90%-Quantile) könnte allenfalls nützlich sein, um das Risiko einer Irreführung zu reduzieren. Es empfiehlt sich für diese Fragen statistische Beratung beizuziehen.
  - Nicht nur die Mitglieder von Swissolar, sondern alle interessierten Kreise haben gegen Bezahlung einer kostendeckenden Gebühr (entfällt für Daten liefernde Unternehmen) Zugriff auf die zu publizierenden Daten. Deshalb führt diese nicht zu einer Bevorzugung einer Marktseite. Vielmehr ist es sogar möglich, dass der Wettbewerb durch die zusätzlich für alle Marktteilnehmenden verfügbaren Informationen belebt wird. Auch dieser Umstand reduziert die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs.
  - Es handelt sich vorliegend jedenfalls bei der Installation von Solaranlagen um einen dynamischen Markt mit relativ tiefen Zutrittsschranken und relativ vielen verschiedenen Anbieterinnen. Dadurch sinkt die Gefahr einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs. Falls sich diese Markteigenschaften wesentlich verändern, ist eine kartellrechtliche Neubeurteilung des Vorhabens sinnvoll.
22. Aus diesen Gründen und unter Berücksichtigung der vorangehenden Bemerkungen und Einwände des Sekretariats ist die Gefahr gering, dass die zu beurteilende Erhebung, Auswertung und Publikation von Daten zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führt.<sup>8</sup> Weil die vorliegend zu beurteilende Vereinbarung unter diesen Voraussetzungen voraussichtlich weder eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt noch bewirkt, handelt es sich dabei voraussichtlich nicht um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Deshalb handelt es sich beim vorliegend zu beurteilenden Vorhaben mutmasslich nicht um einen Verstoß gegen das Kartellgesetz.
23. Da das zu beurteilende Vorhaben noch nicht umgesetzt wurde, liegen aktuell noch keine Daten zu allfälligen Auswirkungen vor. Sollte sich herausstellen, dass das Vorhaben wider Erwarten zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führe sollte, könnte das Vorhaben unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallen.
- 
- <sup>7</sup> Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die ausgewertete Stichprobe repräsentativ für die abzubildende Population ist. Die von Swissolar ursprünglich vorgesehene Regel, wonach eine Publikation vorgenommen wird, sobald 10 Unternehmen eine Antwort eingereicht haben, wäre voraussichtlich nicht geeignet, um sicherzustellen, dass die publizierten Preise die tatsächlichen Marktpreise reflektieren: Es wäre zum Beispiel möglich, dass es sich bei allen 10 antwortenden Unternehmen um Kleinbetriebe handelt und dass deren Preise sich von denjenigen grösserer Anbieterinnen systematisch unterscheiden.
- <sup>8</sup> Vgl. RPW 2019/2, 295 Rz 92 ff., *SIA-Honorarordnungen*. Dort legt das Sekretariat die Anforderungen an eine kartellrechtskonforme Publikation von Informationen über Honorarbestandteile dar. Diese Anforderungen können sinngemäss auch auf das vorliegend zu beurteilende Projekt angewendet werden. Falls das Projekt wie oben beschrieben umgesetzt wird, sind diese Anforderungen vorliegend erfüllt.

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

Gemäss Beratungsanfrage erwägt die Post CH AG (nachfolgend: Post) den hundertprozentigen Erwerb der Kickbag GmbH, St. Gallen (nachfolgend: Target).

Das Target sei in der Schweiz im Bereich Verpackungslösungen für Pakete aktiv. Es produziere und vertreibe einen wiederverwendbaren Verpackungsbeutel aus recyceltem PET (den sogenannten Kickbag) für den E-Commerce. Der Kickbag werde dem Versandhändler für den Versand von Waren an Endkunden angeboten. Der Versandhändler könne dabei frei entscheiden, über welches Logistikunternehmen er die im Kickbag verpackten Waren an die Endkunden versende. Der Kickbag eigne sich ohne Weiteres für den Versand durch unterschiedliche Logistikunternehmen.<sup>1</sup>

Treffe die Ware beim Endkunden ein, gebe es zwei Möglichkeiten: Entweder schicke der Endkunde die Ware oder einen Teil davon wieder an den Versandhändler zurück, oder er behalte sie:<sup>2</sup>

- Wenn sich der Endkunde für die Rücksendung der bestellten Ware entscheide, könne er den Kickbag als Verpackung verwenden. Der Kickbag werde diesfalls mit einer beigelegten Rücksendetikette als Paket retourniert. Der Entscheid, über welchen Logistiker das Paket zurückzusenden sei, liege allein beim Versandhändler.
- Wenn der Endkunde die ganze Ware behalten wolle, könne der leere Kickbag an den Versandhändler zurückgegeben werden. Dafür falte der Endkunde den leeren Kickbag zusammen und verschliesse ihn mit dem angebrachten Klettverschluss. Danach bringe er die dem Kickbag beigelegte Rücksendetikette auf dem leeren Kickbag an. Der Versandhändler könne für die Rücksendung des leeren Kickbags ein Logistikunternehmen seiner Wahl beauftragen oder die Rücksendung vom Target organisieren lassen. Das Target biete Etikettenlösungen und einen Retourenservice für den Rückversand des leeren Kickbags als Zusatzdienstleistung an. Dabei arbeite das Target gegenwärtig auf nicht exklusiver Basis mit der Post zusammen. Falls sich der Versandhändler für den Retourenservice des Targets entscheide, werfe der Endkunde den leeren Kickbag im Briefkasten ein und dieser werde dem Versandhändler per Briefpost retourniert. Dem Target stehe es jedoch frei, mit anderen Logistikern zusammenzuarbeiten.

Der Kickbag biete dem Versandhändler eine Option einer nachhaltigen Verpackungslösung. Eine Zusammenarbeit mit der Post sei dazu nicht erforderlich.

Gemäss Beratungsanfrage seien die umsatzabhängigen Meldeschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG klar nicht erreicht. Eine Meldepflicht könne demnach nur gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG begründet werden.

### II. Gegenstand der Beratungsanfrage

Mit der Beratungsanfrage wird das Sekretariat um Bestätigung ersucht, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben nicht der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG unterliege und die Gesuchstellerin daher nicht verpflichtet sei, eine Zusammenschlussmeldung bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) einzureichen.

### III. Beurteilung

Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht ungeachtet der Absätze 1–3 eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem 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.

Die Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht somit 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.<sup>3</sup>

Die Wettbewerbskommission hat mit Verfügung vom 30. Oktober 2017, Dispositivziffer 1 eine marktbeherrschende Stellung der Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden (gemeinsam nachfolgend: «Briefmärkte») festgestellt.<sup>4</sup> Die Verfügung der Wettbewerbskommission ist am 24. September 2021 in Rechtskraft erwachsen. Die erste Voraussetzung einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ist somit erfüllt.

Die zweite Voraussetzung für eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ist als erfüllt zu betrachten, wenn die Post an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der die Briefmärkte betrifft, oder einen Markt betrifft, der den Briefmärkten vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

<sup>1</sup> Beratungsgesuch, Rz 2 – 5.

<sup>2</sup> Beratungsgesuch, Rz 6.

<sup>3</sup> Vgl. BVer B-1471/2016 vom 6.10.2020 E. 2.30, *Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*, bestätigt durch BGer 2C\_934/2020 vom 23.9.2021.

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2020/2, 625, Disp.Ziff. 1, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.



Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 (nachfolgend: Botschaft)<sup>5</sup> führt zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, dass es dadurch ermöglicht werden soll, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten. Zudem erhalte die Wettbewerbsbehörde damit eine Möglichkeit, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.<sup>6</sup> Zur Frage, wann ein Markt einem anderen vor- oder nachgelagert oder zu diesem benachbart ist, äussert sich die Botschaft jedoch nicht.

Art. 9 Abs. 4 KG ist in einem Zusammenschlussverfahren unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens grundsätzlich extensiv auszulegen.<sup>7</sup>

Gemäss Beratungsanfrage sei das Target auf dem Markt für Verpackungslösungen für Pakete - und nicht für Briefe - aktiv. Konkurrenten des Targets seien nationale sowie internationale Unternehmen, die Verpackungslösungen für Pakete herstellen und vertreiben würden. Es bestehe keine Identität zwischen dem Markt für Verpackungslösungen für Pakete und den nationalen Vertragskundenbriefmärkten. Das Zusammenschlussvorhaben betreffe damit keinen Markt, für den eine marktbeherrschende Stellung der Post festgestellt wurde.<sup>8</sup>

Ebenso wenig betroffen seien vor- oder nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG, d.h. Märkte, die in einem Vertikalverhältnis zum Markt stehen, in welchem eine Marktbeherrschung festgestellt worden ist. Vorliegend gebe es keine vertikalen Beziehungen zwischen dem Markt für Verpackungslösungen für Pakete und den nationalen Vertragskundenbriefmärkten. Der Kickbag als Verpackungslösung sei kein Input, der für die Erbringung von Briefversanddienstleistungen durch die Post benötigt würde. Der Kickbag könne und werde nicht für den Versand von Briefpost verwendet. Anders wäre es, wenn das Target Briefcouverts herstellen würde - was jedoch nicht der Fall sei.<sup>9</sup>

Schliesslich betreffe das Zusammenschlussvorhaben auch keinen benachbarten Markt. Nach Praxis der Wettbewerbskommission und des Bundesverwaltungsgerichts liege ein benachbarter Markt vor, wenn er Güter umfasse, die mit den Gütern des beherrschten Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar seien und deren Nachfrage parallel verlaufe. Die Parallelität müsse dabei insofern gegeben sein, als eine missbräuchliche Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG denkbar erscheine. Es solle verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen könne. Der Kickbag als Verpackungslösung sei aus Sicht der Nachfrage kein Substitut für die Briefversanddienstleistungen der Post. Die Nachfrage nach dem Kickbag und den Briefversanddienstleistungen der Post würden denn auch nicht parallel verlaufen. Der Kickbag würde von Versandhändlern nachgefragt, welche diesen als Verpackungslösung für ihre Warenlieferungen verwenden würden. Die Briefversanddienstleistungen, welche die Post auf dem Markt für nationale Vertragskundenbriefmärkte erbringe, würden dagegen von Geschäftskunden

für den Versand ihrer geschäftlichen Briefpost nachgefragt. Die Versandhändler würden den Kickbag als Verpackungslösung nicht zusammen mit den Briefversanddienstleistungen der Post beziehen, die sie für den Versand ihrer geschäftlichen Briefpost benötigen würden. Eine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG sei nicht denkbar. Gemäss Bundesgericht bestehe der Inhalt eines Koppelungsgeschäfts darin, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen die Lieferung der Ware bzw. die Erbringung der Dienstleistung (koppelndes Gut) bei der die Marktbeherrschung bestehe, mit einer anderen Ware bzw. Dienstleistung (gekoppeltes Gut) verknüpfe. Es ist von vornherein ausgeschlossen, dass die Post ihre Geschäftskunden, die Briefversanddienstleistungen (koppelndes Gut) nachfragen würden, dazu verpflichtet könne, für ihre allfälligen Paketsendungen den Kickbag als Verpackungslösung (gekoppeltes Gut) zu benutzen.<sup>10</sup>

Ebenso wenig bestehe zwischen den Briefversanddienstleistungen der Post und dem Kickbag als Verpackungslösung eine gemeinsame Rohstoff- oder Knowhow-Basis oder eine Kuppelproduktion, noch seien andere Faktoren gegeben, die auf einen Portfolioeffekt oder eine Parallelität der Nachfrage hindeuten würden. Schliesslich handle es sich bei den Briefversanddienstleistungen der Post und dem Kickbag als Verpackungslösung für Pakete auch nicht um komplementäre Güter, die sich gegenseitig bedingen würden, wie dies bspw. bei Drucker und Tinte der Fall sei.<sup>11</sup>

Die Beratungsanfrage gelangt zum Schluss, dass Wettbewerbseffekte zwischen den Briefmärkten und dem Markt für Verpackungslösungen für Pakete von vornherein und ohne weiteren Klärungsbedarf ausgeschlossen seien. Es bestünden weder vertikale Beziehungen noch eine Benachbarkeit. Folglich sei im Einklang mit der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG zu verneinen.

Vor- und nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG sind solche Märkte, die bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes vorher oder nachher kommen. D. h. Märkte, die in einem Vertikalverhältnis zum Markt stehen, in welchem eine Marktbeherrschung festgestellt wurde.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468.

<sup>6</sup> Vgl. BBl 1995 I 468, 581.

<sup>7</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020 E. 2.45, *Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*, bestätigt durch BGer 2C\_934/2020 vom 23.9.2021.

<sup>8</sup> Beratungsgesuch, Rz 13 f.

<sup>9</sup> Beratungsgesuch, Rz 15 – 17.

<sup>10</sup> Beratungsgesuch, Rz 18 – 20.

<sup>11</sup> Beratungsgesuch, Rz 21 f.

<sup>12</sup> Vgl. BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014 E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*; FELIX PRÜMMER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 9 N 122 (nachfolgend: DIKE KG); MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Auflage, 2021, Art. 9 KG N 305 ff. (nachfolgend BSK KG); *Silvio Venturi/Pascal G. Favre*, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition, 2013, Art. 9 LCart N 117 ff.

Als benachbart zu einem anderen Markt gilt ein Markt nach der Praxis der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.<sup>13</sup> Die Praxis der WEKO legt den Begriff des benachbarten Marktes regelmässig weit aus. Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.<sup>14</sup> Nach Ansicht des Sekretariats und des Bundesverwaltungsgerichts ist nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart sind. Entscheidend ist, dass sie soweit benachbart sind, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Es soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen kann.<sup>15</sup>

Vorliegend ist somit zu prüfen, ob Wettbewerbseffekte zwischen den Briefmärkten und den Märkten, auf denen das Target tätig ist, nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Gemäss Beratungsanfrage ist das Target namentlich in den Bereichen der Herstellung/Vertrieb von Verpackungslösungen für Pakete sowie im Bereich der Organisation des Rückversands der leeren Verpackungslösung/Kickbags tätig.<sup>16</sup> Konkret gilt somit zu beurteilen, ob allfällige Wettbewerbseffekte zwischen dem Rückversand der leeren Kickbags und den Briefmärkten ausgeschlossen werden können oder nicht. Hierfür ist zu unterscheiden, ob die Kickbags als Brief- oder Paketversand retrouiniert werden.

Wie oben dargelegt, können Endkunden die leeren Kickbags dem Versandhändler retournieren. Die Organisation der Rücksendungen durch die Versandhändler kann auf zwei Arten erfolgen. Die erste Möglichkeit besteht darin, dass der Versandhändler ein Logistikunternehmen seiner Wahl mit dem Retourenservice beauftragt. In diesem Fall ist von einer Rücksendung des leeren Kickbags mittels Paketversand auszugehen, denn gemäss aktuellem Kenntnisstand bietet ausser der Post kein anderes Logistikunternehmen Einzelbriefversand an.<sup>17</sup>

Im Rahmen der zweiten Möglichkeit nutzt der Versandhändler den vom Target als Zusatzdienstleistung angebotenen Retourenservice, wobei das Target gemäss Beratungsgesuch gegenwärtig auf nicht exklusiver Basis mit der Post zusammenarbeitet. Im Falle einer Zusammenarbeit mit einem anderen Logistikunternehmen wäre – analog zur oben beschriebenen Konstellation – ebenfalls von einer Retoure mittels Paketversand auszugehen. Im Fall einer Zusammenarbeit mit der Post wirft der Endkunde den leeren Kickbag zusammengefaltet, verschlossen und mit einer Rücksendeetikette versehen in einen Briefkasten der Post. Eine derartige Rücksendung ist als Einzelbriefsendung zu qualifizieren.

Besteht nun zwischen einem Versandhändler und der Post ein Vertragskundenverhältnis, d. h. hat der Versandhändler mit der Post einen Vertrag über die Teilnahme am Geschäftskunden-Preissystem für Briefversände abgeschlossen, findet die Rücksendung der leeren Kickbags auf einem Markt statt, auf dem die Post rechtskräftig als marktbeherrschend qualifiziert wurde. Damit sind Wettbewerbseffekte zwischen den Briefmärkten und einem

möglichen Markt, auf dem das Target tätig ist, nicht von vornherein ausgeschlossen.

Die innovative Geschäftsidee des Targets basiert gerade auf der Erwartung, dass leere Kickbags an den Versandhändler zurückgesendet und von diesem (mehrfach) wiederverwendet werden. Nur in diesem Fall kann der erwünschte Effekt in Richtung einer nachhaltigen Ausgestaltung des Versandhandels erzielt werden. Zentral ist dabei eine möglichst hohe Rücksendequote leerer Kickbags. Entsprechend sind die Versandhändler auf das Engagement der Endkunden angewiesen. Eine hohe Rücksendequote dürfte insbesondere dann erzielt werden, wenn der Rückversand der leeren Kickbags für die Endkunden mit verhältnismässig geringem Aufwand verbunden ist. Diese Voraussetzung ist nach Einschätzung des Sekretariats mit dem vom Target angebotenen Retourenservice am Ehesten erfüllt, weil die Endkunden die zusammengefalteten, verschlossenen und mit einer Rücksendeetikette versehenen leeren Kickbags in den nächsten (in der Regel nahe gelegenen) Briefkasten werfen können.

Dass der vorliegende Fall Ähnlichkeiten zum Beispiel der Briefcouverts aufweist, kann deshalb – entgegen den Ausführungen in der Beratungsanfrage – nicht a priori verneint werden. Auch eine gewisse Parallelität der Nachfrage nach dem Kickbag und Briefversanddienstleistungen der Post kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Vielmehr dürfte ein verstärkter Einsatz von Kickbags durch Versandhändler zu grösseren Volumina auf den Briefmärkten führen. Entscheidend ist dabei im Hinblick auf die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, ob die Versandhändler Vertragskunden der Post sind und damit potenzielle Wettbewerbseffekte auf einem Markt auftreten, auf dem die Post rechtskräftig als marktbeherrschend qualifiziert wurde. Ob solche Wettbewerbseffekte effektiv auftreten und wie stark sie in diesem Fall ausfallen, ist eine vorliegend nicht zu behandelnde Frage der materiellen Prüfung durch die WEKO.

#### IV. Fazit

Aufgrund der obigen Ausführungen geht das Sekretariat in Bezug auf die geplante Übernahme des Targets durch die Post von einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, sofern gewisse Versandhändler als Kunden des Targets gleichzeitig Vertragskunden der Post auf den Briefmärkten sind oder sein werden. In diesem Fall ist aus Sicht des Sekretariats nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Rückversand der leeren Kickbags durch die Endkunden Volumen auf einem Markt generiert, auf dem rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung der Post festgestellt wurde.

<sup>13</sup> Vgl. BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014 E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

<sup>14</sup> Vgl. DIKE KG-PRÜMMER (Fn 13), Art. 9 KG N 125; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 13), Art. 9 KG N 310 ff.

<sup>15</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020 E. 2.24, *Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*, bestätigt durch BGer 2C\_934/2020 vom 23.9.2021.

<sup>16</sup> Beratungsgesuch, Rz 2, 6.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2020/2 565 f. Rz 791 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

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

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Olam/SALIC/Olam Agri</b>

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. November 2022*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 21. November 2022*

1. Am 26. Oktober 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die gemeinsame Kontrolle über Olam Agri Holdings Pte. Ltd. (nachfolgend: Olam Agri) – indirekt mittels die Olam Holdings Pte. Ltd. – durch die Olam Group Ltd. (nachfolgend: Olam) einerseits und neu – indirekt mittels die SALIC International Investment Company – Saudi Agricultural and Livestock Investment Company (nachfolgend: SALIC) andererseits.

2. SALIC ist eine Investmentgesellschaft mit Sitz in Ar Riyadh (Saudi-Arabien), welche mit Investitionen in der Agrar- und Lebensmittelindustrie sowohl in Saudi-Arabien als auch weltweit tätig ist. SALIC ist eine Tochtergesellschaft des saudi-arabischen Staatsfonds Public Investment Fund of Saudi Arabia (PIF), welcher in Saudi-Arabien und weltweit in verschiedene Bereiche investiert, darunter insbesondere die Sektoren Lebensmittel und Landwirtschaft, Energie, Finanzen, verarbeitendes Gewerbe, Immobilien, Logistik sowie Digitalisierung.

3. Olam ist eine börsenkotierte Gesellschaft mit Sitz in Singapur (Singapur), deren Aktien derzeit zu mehr als 50 Prozent von der Investmentgesellschaft Temasek Holdings (Private) Ltd. (nachfolgend: Temasek) gehalten werden. Temasek ist eine Investmentgesellschaft mit Hauptsitz in Singapur (Singapur). Die in ihrem Firmenportfolio enthaltenen Unternehmen sind hauptsächlich in Singapur und im übrigen Asien angesiedelt. Die Tätigkeitsbereiche dieser Unternehmen umfassen ein breites Spektrum an Sektoren, darunter insbesondere Telekommunikation, Medien und Technologie, Transport und Industrie, Konsumgüter und Immobilien, Life Sciences und Agrar- und Ernährungswirtschaft sowie Finanz-

dienstleistungen. Olam ist über verschiedene Tochtergesellschaften in den Bereichen Lebensmittel und Agrarwirtschaft tätig. Die Tochtergesellschaft Olam Food Ingredients ist weltweit tätig und fokussiert auf die Originierung, d.h. den direkten Erwerb bei den Produzenten, und den Grosshandel von Lebensmittelrohstoffen wie beispielsweise Nüsse, Kaffee, Kakao, Gewürze und Milchprodukte. Die Tochtergesellschaft Remaining Olam Group ist im Bereich der Verwaltung von Vermögenswerten und Unternehmen tätig. Zudem gehört Olam das Tochterunternehmen Olam Agri.

4. Olam Agri (nachfolgend: Zielgesellschaft) mit Sitz in Singapur (Singapur) ist derzeit alleinige Tochtergesellschaft von Olam. Sie ist weltweit als Handels- und Verarbeitungsunternehmen für landwirtschaftliche Erzeugnissen tätig und deckt die gesamte Wertschöpfungskette – einschliesslich Produktion (Anbau), Originierung, Grosshandel, Verarbeitung, Lagerung, Veredelung, Transport und Vertrieb – ab. Olam Agri hat verschiedene Geschäftsbereiche, darunter insbesondere Getreide, Ölsaaten, Speiseöle, Baumwolle und Holzprodukte. Das Geschäft von Olam Agri im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und der Schweiz konzentriert sich hauptsächlich auf den Grosshandel mit Getreide ([...]) und Ölsaaten ([...]). Der von Olam Agri in der Schweiz erzielte Umsatz werde, gemäss Angaben der Parteien, zum allergrössten Teil durch [...] generiert. [...]

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecke SALIC, eine attraktive strategische Investitionsmöglichkeit wahrzunehmen, welche hervorragend zur langfristigen Investitionsstrategie im Lebensmittel- und Agrarsektor passe. Olam ist bereit, einen Teil von Olam Agri zu veräussern.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 20. Oktober 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.<sup>3</sup>

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

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> Case COMP M.10790 – SALIC/Olam/Olam Agri.

7. Die Parteien beabsichtigen, dass SALIC – indirekt mittels die SALIC International Investment Company – ungefähr 35,43 % des Aktienkapitals an der Zielgesellschaft erwirbt. Nach Vollzug des Zusammenschlusses wird Olam – indirekt mittels die Olam Holdings Pte. Ltd. – noch die restlichen 64,57 % an Olam Agri halten. SALIC wird [...] Mitglieder des Verwaltungsrats stellen und Olam [...] Mitglieder. Entscheidungen werden grundsätzlich mit einfacher Mehrheit getroffen, jedoch können bestimmte strategische Entscheidungen nur beschlossen werden, wenn [...] von SALIC zustimmt. Olam und SALIC werden daher die gemeinsame Kontrolle über die Zielgesellschaft bzw. das Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) ausüben.

8. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.<sup>4</sup>

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

10. Die Parteien erzielten im letzten Geschäftsjahr 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. Das GU ist ein Handels- und Verarbeitungsunternehmen für landwirtschaftliche Erzeugnissen und ist auf verschiedenen Marktstufen, konkret Landwirtschaft und Produktion, Originierung sowie Grosshandel, tätig (vgl. Rz 4). Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese von diesen drei genannten sachlich relevanten Märkten auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

12. Hinsichtlich räumlich relevanter Märkte ist gemäss Angaben der Parteien und in Anlehnung an die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission für die Marktstufe Landwirtschaft und Produktion von mindestens lokalen Märkten (Umkreis von 45 km um den Sammelpunkt), für die Marktstufe Originierung von nationalen oder EWR+CH weiten Märkten<sup>5</sup> und für die Marktstufe Grosshandel von mindestens EWR+CH weiten oder weltweiten Märkten<sup>6</sup> auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung der genannten sachlich relevanten Märkte kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

13. Gemäss Angaben der Parteien überschneiden sich deren Aktivitäten weder in der Schweiz noch im EWR. Zudem ist SALIC nicht auf einem weltweiten Markt tätig, deren Aktivitäten konzentrieren sich auf die Landwirtschaft und Produktion sowie die Originierung. In Bezug auf den Grosshandel ist Olam Agri auf einem weltweiten Markt aktiv. Vorliegend wird, gemäss Angaben der Parteien, auf

allen denkbaren relevanten Märkten die Marktanteilschwelle der Parteien von 30 % nicht überschritten.

14. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

<sup>4</sup> Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>5</sup> Vgl. Case COMP M.2330, Rz 16 f., *Cargrill/Banks*, Case COMP M.6751, Rz 34, *BAYWA/Wilhelm Bonhorst/Bonhorst Agrarhandel JV*.

<sup>6</sup> Vgl. Case COMP M.1362, Rz 35, *BAY WA AG/RWA*; Case COMP M.6751, Rz 38, *BAYWA/Wilhelm Bonhorst/Bonhorst Agrarhandel JV*.

B 2.3

**2. BC Partners LLP / Bain Capital Investors LLC / Fedrigoni S.p.A.**

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

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*  
*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. September 2022*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 3. Oktober 2022*

1. Am 5. September 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Fedrigoni S.p.A. (nachfolgend: Fedrigoni oder Zielgesellschaft) durch von BC Partners LLP beratene Fonds (nachfolgend: BC Partners) und durch von Bain Capital Investors LLC verwaltete Fonds (nachfolgend: Bain Capital, zusammen mit BC Partners und der Zielgesellschaft: die Parteien).

2. BC Partners mit Sitz in London (Grossbritannien) ist eine international tätige Private-Equity-Gesellschaft, die einzig in der Erbringung von Beratungsdienstleistungen tätig ist. BC Partners Fund XI hält zusammen mit anderen von BC Partners beratenen Private-Equity-Fonds (nachfolgend zusammen: BC-Fonds) eine kontrollierende Beteiligung an [...] Portfoliounternehmen. Die BC-Fonds sind reine Finanzinvestoren und nicht in das Tagesgeschäft der Unternehmen involviert, in die sie investieren und die durch unabhängige Managementteams geführt werden. BC Partners Management XI Limited ist die primäre Managerin der BC Partners Fund XI und wird letztlich von BC Partners beraten.

3. Bain Capital mit Sitz in Boston (USA) ist eine Private-Equity-Investmentgesellschaft, die über ihre Fonds in Unternehmen verschiedener Branchen investiert, darunter Informationstechnologie, Gesundheitswesen, Einzelhandel und Konsumgüter, Kommunikation, Finanzdienstleistungen sowie Industrie/Produktion.

4. Fedrigoni mit Sitz in Verona (Italien) ist eine Herstellerin und Lieferantin von Spezialpapierprodukten und selbstklebenden Materialien. Als Spezialpapier gilt grafisches Papier oder Feinpapier für die Verwendung bei kreativen und luxuriösen Verpackungen sowie für Papeterieprodukte. Die wichtigsten Marken von Fedrigoni sind Fedrigoni, Fabriano, Cordenons, Ritrama, Arconvert, und Mante. Fedrigoni hat Produktionsstätten in Italien, Spanien, dem Vereinigten Königreich, den USA, China, Mexiko und Brasilien.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckt BC Partners, bei dem Portfoliounternehmen durch [...]. Bain Capital erachtet Fedrigoni als eine attraktive Möglichkeit, für ihre Investoren weiterhin Werte zu schaffen und ist der Ansicht, dass die gemeinsame Beteiligung an Fedrigoni mit einem von BC Partners beratenen Fonds dazu

beitragen wird, dass Fedrigoni ihre Erfolgsgeschichte weiter ausbauen kann.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 26. August 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.<sup>1</sup>

7. Ein von Bain Capital verwalteter Fonds [...] hat derzeit die alleinige Kontrolle über Fedrigoni. [...]. Bain Capital wird somit einen Teil ihrer Investitionen behalten und in der Lage sein, gemeinsam mit BC Partners die Kontrolle über Fedrigoni auszuüben.

8. Im Einzelnen beabsichtigen die Parteien gemäss den Bedingungen des Share Purchase Agreements [...], (indirekt) eine Beteiligung in Höhe von [...] an Fedrigoni zu erwerben. [...] Fedrigoni wird beim Abschluss des Zusammenschlussvorhabens indirekt zu ca. [...] von BC Partners (BC Partners Fund XI), zu ca. [...] von Bain Capital [...].

9. Die von BC Partners beratenen Fonds und die von Bain Capital verwalteten Fonds würden jeweils die Möglichkeit erhalten, wichtige strategische Entscheidungen von Fedrigoni [...]. Beim Abschluss des Zusammenschlussvorhabens würden die Investoren gemeinsam den Verwaltungsrat [...] ernennen. [...].

10. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass BC Partners und Bain Capital mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben die gemeinsame Kontrolle über Fedrigoni ausüben werden.

11. Das Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.<sup>2</sup>

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

13. Die Parteien erzielten im letzten Geschäftsjahr 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.

<sup>1</sup> Case COMP M.10894 – *BC Partners/Bain Capital/Fedrigoni*.

<sup>2</sup> Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

14. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das GU künftige Aktivitäten plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte, sowie die entsprechenden Aktivitäten der Parteien in diesen Bereichen. Konkret handelt es sich um die Bereiche für die Herstellung und Lieferung von (i) holzfreiem grafischem Papier oder Feinpapier und (ii) Selbstklebeetiketten.

15. Die WEKO hat sich bisher noch nicht konkret mit dem Bereich für die Herstellung und Lieferung von holzfreiem grafischem Papier oder Feinpapier beschäftigt.<sup>3</sup> Die EU-Kommission hat einen sachlich relevanten Markt für grafisches Papier oder Feinpapier abgegrenzt, d. h. Druck- und Schreibpapier von hoher Qualität, welches holzfrei oder holzhaltig sein kann.<sup>4</sup> Die EU-Kommission hat offengelassen, ob holzfreies gestrichenes und holzfreies ungestrichenes grafisches Papier oder Feinpapier separate relevante Märkte darstellen.<sup>5</sup> Die EU-Kommission liess zudem die Frage offen, ob es sich bei «Premium» grafischem Papier oder Feinpapier und insbesondere bei «Premium-Briefpapier» um separate relevante Märkte handelt.<sup>6</sup> Die WEKO geht vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von holzfreiem gestrichenem grafischem Papier oder Feinpapier aus. Zudem geht die WEKO vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von holzfreiem ungestrichenem grafischem Papier oder Feinpapier aus. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Die EU-Kommission ging bisher davon aus, dass der räumlich relevante Markt für die Herstellung und Lieferung von holzfreiem grafischem Papier oder Feinpapier mindestens den Europäischen Wirtschaftsraum (nachfolgend: EWR) umfasst.<sup>7</sup> Für die beiden sachlichen Märkte für die Herstellung und Lieferung von holzfreiem gestrichenem und ungestrichenem grafischem Papier oder Feinpapier ist vorliegend in räumlicher Hinsicht von mindestens EWR+CH weiten Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse, auch bei einer engeren schweizweiten Abgrenzung, nicht verändert.

17. Die EU-Kommission hat zudem einen sachlich relevanten Markt für die Herstellung und Lieferung von selbstklebendem Etikettenmaterial abgegrenzt und dabei festgehalten, dass bestimmte alternative Produkte nicht zum selben Markt wie Selbstklebeetiketten gehören, wobei sie die Marktdefinition letztlich offen liess.<sup>8</sup> Die EU-Kommission liess auch offen, ob Selbstklebeetiketten auf Papier- und Folienbasis und Selbstklebeetiketten, die in Rollen oder Bögen verkauft werden, zu separaten Märkten gehören.<sup>9</sup> Die WEKO hat sich bisher noch nicht mit der Herstellung und Lieferung von Selbstklebeetiketten beschäftigt. Vorliegend ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Selbstklebeetiketten auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. In ihren bisherigen Entscheiden hielt die EU-Kommission fest, dass der räumlich relevante Markt für die Herstellung und Lieferung von Selbstklebeetiketten mindestens den EWR umfasst.<sup>10</sup> Für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Selbstklebeetiketten ist vorliegend in räumlicher Hinsicht von mindestens EWR+CH weiten Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse, auch bei einer engeren schweizweiten Abgrenzung, nicht verändert.

19. Fedrigoni ist in der Herstellung und Lieferung von (gestrichenem und ungestrichenem) holzfreiem grafischem Papier oder Feinpapier tätig. Die Marktanteile von Fedrigoni im Markt für die Herstellung und Lieferung von holzfreiem gestrichenem grafischem Papier oder Feinpapier werden im EWR und in der Schweiz auf [0-10] % und in der Schweiz auf unter [0-10] % geschätzt. Die Marktanteile von Fedrigoni im Markt für die Herstellung und Lieferung von holzfreiem ungestrichenem grafischem Papier oder Feinpapier werden im EWR und in der Schweiz auf [0-10] % und in der Schweiz auf unter [0-10] % geschätzt.

20. Fedrigoni ist auch in der Herstellung und Lieferung von Selbstklebeetiketten tätig (auf Papier- und Folienbasis sowie in Rollen und Bögen). Der Marktanteil von Fedrigoni im Markt für die Herstellung und Lieferung von Selbstklebeetiketten wird im EWR und in der Schweiz auf [10-20] % und in der Schweiz auf [10-20] % geschätzt.

21. Die Parteien geben an, dass die von BC Partners beratenen Fonds und die von Bain Capital verwalteten Fonds keine Portfoliounternehmen haben, die auf einem der oben genannten (Teil-)Märkte in der Schweiz oder im EWR aktiv sind, auf denen Fedrigoni tätig ist, und auch keine vertikalen Überschneidungen zwischen den meldenden Unternehmen und Fedrigoni bestehen. Das Zusammenschlussvorhaben führt daher in keinem der vorgenannten Märkte zu Marktanteilsadditionen. Die Marktanteile von Fedrigoni liegen auf den vorgenannten Märkten deutlich unter 30 %. Das Zusammenschlussvorhaben

<sup>3</sup> Betreffend den Papiergrosshandel hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis den Bezug über den Papiergrosshandel vom Direktverkauf durch den Hersteller unterschieden (vgl. RPW 2005/3, 490 ff., Rz. 17 ff., *Stora Enso/Schneider*; RPW 2011/4, 505 ff., Rz. 43 ff., *Grafische Papiere*).

<sup>4</sup> Case COMP M.5283, Rz 12 ff., *Sappi/M-Real*; Case COMP M.4753, Rz 15, *Antalis/MAP*; Case COMP M.2245, Rz 8, *Metsä-Serla/Zanders*; Case COMP M.2498, Rz 12, 14, *UPM-Kymmene/Haindl*.

<sup>5</sup> Case COMP M.5283, Rz 16, *Sappi/M-Real*; Case COMP M.2245, Rz 8, *Metsä-Serla/Zanders*.

<sup>6</sup> Case COMP M.4513, Rz 122, 130, *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*.

<sup>7</sup> Case COMP M.3822, Rz 15, *Stora Enso/Schneidersöhne*; Case COMP M.5283, Rz 23, *Sappi/M-Real*; Case COMP M.4753, Rz 21, *Antalis/MAP*; Case COMP M.2245, Rz 11, *Metsä-Serla/Zanders*.

<sup>8</sup> Case COMP M.2867, Rz 13, *UPM-Kymmene/Morgan Adhesives*.

<sup>9</sup> Case COMP M.9981, Rz 26 ff., *Bain Capital Investors LLC/Ahlstrom-Munksjö Oyj*; Case COMP M.2867, Rz 16-19, *UPM-Kymmene/Morgan Adhesives*.

<sup>10</sup> Case COMP M.9981, Rz 46 ff., *Bain Capital Investors LLC/Ahlstrom-Munksjö Oyj*; Case COMP M.2867, Rz 21, *UPM-Kymmene/Morgan Adhesives*.

---

führt daher zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

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

B 2.3

**3. UBS Switzerland AG/Basler Versicherung AG/Houzy AG**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2022*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. Oktober 2022*

1. Am 10. Oktober 2022 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die UBS Switzerland AG und die Basler Versicherung AG die gemeinsame Kontrolle über die Houzy AG zu erwerben.

2. Die **UBS-Gruppe** ist eine der grössten globalen Vermögensverwalter. Sie bietet eine weltweite finanzielle Beratung und Lösungen für private, institutionelle und Firmenkunden in der Schweiz (mit einem Netzwerk von rund 200 Geschäftsstellen und 4'600 Kundenberatern) und im Ausland. Die UBS-Gruppe mit Hauptsitz in Zürich verfügt über eine weltweite Präsenz in allen wichtigen Finanzmärkten. Die operative Struktur der Gruppe besteht aus vier Unternehmensbereichen (Global Wealth Management, Personal & Corporate Banking, Asset Management und Investment Bank) und den Konzernfunktionen.

3. Die **UBS Switzerland AG** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und gehört zu den Gesellschaften, die durch die Holdinggesellschaft UBS Group AG kontrolliert wird. Sie ist damit Teil der UBS-Gruppe. Die UBS Switzerland AG betreibt in der Schweiz eine Bank, deren Tätigkeitsbereich sich auf alle Arten von Bank-, Finanzierungs-, Beratungs-, Handels- und Dienstleistungsgeschäfte im In- und Ausland erstreckt.

4. Die **Baloise-Gruppe** bietet Präventions-, Vorsorge-, Assistance- und Versicherungslösungen (auch Lebensversicherungen) für Private und Unternehmen an und fungiert in der Schweiz mit der Baloise Bank SoBa AG auch als Finanzdienstleisterin und Bank. Die Baloise-Gruppe ist an der SIX Swiss Exchange börsennotiert.

5. Die **Basler Versicherung AG** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel. Die Basler Versicherung AG bietet alle Arten der direkten und indirekten Versicherung (insbesondere Auto-, Haushalts- und Reiseversicherungen) sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte mit Ausnahme der direkten Lebensversicherung an. Die Basler Versicherung AG gehört als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Konzernmutter Baloise Holding AG zur Baloise-Gruppe.

6. Die Basler Versicherung AG ist mit [...] % an der devis.ch SA beteiligt. Diese betreibt die Online-Plattformen «devis.ch» und «Offerten.ch» zur Vermittlung von Handwerkern und Architekten an Immobilieneigentümer (insb. in den Bereichen Heizung und Klimaanlage; Bereich Bau

und Renovierung; Bereich Umzug und Reinigung; Bereich Sanitärarbeiten in Küche und Badezimmer; Bereich Strom und Sicherheit; Bereich Fenster, Türen und Veranda; Bereich Terrasse, Garten und Pool; Bereich Anstrich Wände und Böden sowie Bereich Isolierung Dach und Fassade). Gegenwärtig und auch im Nachgang des Zusammenschlussvorhabens wird die devis.ch SA [...].

7. Die **Houzy AG (nachfolgend: Houzy)** bezweckt den Betrieb und die Vermarktung einer Plattform im Immobilienbereich für Wohneigentümer ([www.houzy.ch](http://www.houzy.ch)) sowie die Vermittlung damit verbundener Dienstleistungen. Über die Houzy-Plattform werden hauptsächlich Handwerker an Kunden vermittelt, welche über die Plattform die verschiedenen Handwerker vergleichen können. Der Ertrag aus dieser Vermittlung beträgt ca. [...] des Gesamtumsatzes im Jahr 2021. Daneben werden über die Houzy-Plattform Immobilienmakler an potenzielle Verkäufer und Käufer von Immobilien vermittelt. Schliesslich können über die Plattform zudem auch Produkt- und Marketingplatzierungen gegen eine Jahresgebühr vorgenommen werden und die Nutzer können sich Hypotheken vermitteln lassen. Die UBS Switzerland AG verfügt [...]. Seit Kurzem werden über die Houzy-Plattform zudem auch Versicherungen vermittelt. Die Basler Versicherung AG hat [...].

8. Auf der Houzy-Website<sup>1</sup> finden sich zudem verschiedenste Gratis-Tools und Gratis-Angebote für Eigenheimbesitzer, insbesondere ein Sanierungsrechner, ein Solarrechner, ein Energierechner, eine einfache Immobilienbewertung, ein Umbaucoach, eine kostenlose Vermögens- und Vorsorgeberatung, ein Pflanzenmanager, ein Immobiliensuchtool sowie ein Hypothekenvergleichstool, um die Attraktivität der Plattform für (potentielle) Hauseigentümer zu steigern und Aufträge für die Geschäftstätigkeit von Houzy, nämlich die Vermittlung von Handwerkern, Maklern, Hypotheken oder Versicherungen, zu generieren. Houzy erzielt mit diesen Tools und Angeboten allerdings keine Umsätze.

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

<sup>1</sup> Vgl. <https://www.houzy.ch>, zuletzt besucht am 18. Oktober 2022.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

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



10. Die genannten Voraussetzungen sind gemäss Angaben in der Meldung in casu erfüllt (vgl. Rz 45 ff. der Meldung), weshalb es sich beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art.1 VKU und Art. 2 Abs. 1 VKU handelt.

11. Gemäss Meldung habe Houzy [...]. Deshalb hätten die UBS Switzerland AG und die Basler Versicherung AG

beschlossen, das [...] durch eine gemeinsame Übernahme der Kontrolle sicherzustellen, welche mit [...] einhergehen würden.

12. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 KG in casu überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.<sup>4</sup>

**Tabelle 1: Umsätze bzw. Bruttoprämieneinnahmen oder Bruttoerträge der beteiligten Unternehmen in Mio. CHF für das Geschäftsjahr 2021**

Unternehmen	Weltweit	Schweizweit
UBS-Gruppe	[...]	[...]
Baloise-Gruppe	[...]	[...]
Houzy AG	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

13. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

14. 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.

15. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Bereiche, in welchen das Gemeinschaftsunternehmen Houzy tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Somit geht es um die digitale Vermittlung von Handwerkern, die Bereitstellung von Werbeflächen für Online-Werbung, um die Vermittlung von Immobilienmaklern, die digitale Vermittlung von Hypotheken und die digitale Vermittlung von Versicherungen.

16. Gemäss Meldung liegt der Marktanteil von Houzy bei der Bereitstellung von Werbeflächen für Online-Werbung, bei der Vermittlung von Immobilienmaklern, bei der digitalen Vermittlung von Hypotheken und bei der digitalen Vermittlung von Versicherungen bei [0-10] %. So hat Houzy im Jahr 2021 [...] und lediglich [...] vermittelt. Die UBS-Gruppe und die Baloise-Gruppe sind lediglich in der digitalen Vermittlung von Hypotheken (nur die UBS-Gruppe) und in der digitalen Vermittlung von Versicherungen (sowohl die UBS-Gruppe als auch die Baloise-

Gruppe) tätig. In diesen Märkten liegt der gemeinsame Marktanteil bei unter 20 %.

17. In der Bereitstellung von Werbeflächen für Online-Werbung und in der Vermittlung von Immobilienmaklern sind die UBS-Gruppe und die Baloise-Gruppe gemäss Angaben der Parteien in der Meldung nicht tätig, weshalb in diesen beiden Bereichen keine Marktanteile resultieren.

18. Somit liegen in den unter Rz 15 genannten Bereichen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Es liegen keine Gründe vor, welche trotz Nichterreichens der Schwelle von 20 % bzw. 30 % zu kartellrechtlichen Bedenken führen würden.

19. Allein im Bereich der (digitalen) Vermittlung von Handwerkern resultiert in casu ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor, weshalb nachfolgend lediglich auf diesen Markt eingegangen wird.

#### **Markt für die (digitale) Vermittlung von Handwerkern**

20. Die WEKO ist im Entscheid Raiffeisen/Mobiliar von einem möglichen Markt für die Vermittlung von Handwerkern und Architekten ausgegangen.<sup>5</sup> Für die Vermittlung von Handwerkern und Architekten hat die WEKO grundsätzlich einen regionalen Markt in Erwägung gezogen, liess die definitive Marktabgrenzung jedoch offen.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Die Schwellenwerte werden bereits mit den Bruttoprämieneinnahmen bzw. mit den Bruttoerträgen der Baloise-Gruppe bzw. der UBS-Gruppe erreicht, weshalb auf das Aufführen der Umsätze, Bruttoprämieneinnahmen oder Bruttoerträge anderer Geschäftsbereiche verzichtet wird.

<sup>5</sup> PRW 2021/1, 273, Rz 19, *Raiffeisen/Mobiliar*.

<sup>6</sup> PRW 2021/1, 274, Rz 32, *Raiffeisen/Mobiliar*.

21. Die Parteien gehen von einem nationalen Markt aus, welcher nicht nur die digitale Vermittlung von Handwerkern, sondern auch die «traditionelle» Vermittlung von Handwerkern umfasst.

22. Die Online-Vermittlungsplattform Houzy generiert einem potentiellen Kunden bzw. einer potentiellen Kundin bis zu drei Offerten von Handwerkern aus der Region.<sup>7</sup> Potentiellen Kundinnen und Kunden können für eine konkrete Umbauarbeit die Preise von bis zu drei Handwerkern vergleichen. Bei der «traditionellen» Vermittlung werden Handwerker von Architekten, Bauunternehmern oder Privatpersonen empfohlen. Ausserdem können Kundinnen und Kunden selbständig über das Internet nach Handwerkern suchen. Jedoch müssen sich die Kundinnen und Kunden einzeln um Offerten bemühen und können erst danach die Preise der einzelnen Handwerker vergleichen. Ob Online-Vermittlungsplattformen Substitute für eine «traditionelle» Vermittlung von Handwerkern darstellen, ist unklar und kann angesichts der Unsicherheit der zukünftigen Entwicklung von Online-Vermittlungsplattformen für Handwerker im Rahmen einer vorläufigen Prüfung nicht abschliessend beurteilt werden.

23. Aus räumlicher Hinsicht könnte ein Grossteil der potentiellen Kundinnen und Kunden von Houzy Handwerker aus der Region bevorzugen, da so tiefere Anfahrtkosten anfallen und bei allfälligen erneuten Arbeiten oder Nachbesserungen die Handwerker schneller vor Ort sind. Dass Houzy grundsätzlich ebenfalls von einem regionalen Markt auszugehen scheint, zeigt die Tatsache, dass Interessierte auf deren Internet-Plattform bis zu drei Offerten von Handwerkern aus der Region erhalten.<sup>8</sup> Eine abschliessende Beurteilung ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung aber wiederum nicht möglich.

24. Für das vorliegende Zusammenschlussverfahren wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem regionalen Markt für die digitale Vermittlung von Handwerkern ausgegangen. Für die Bestimmung der regionalen Märkte wird auf die vom Bundesamt für Statistik definierten Grossregionen<sup>9</sup> abgestellt. Es sind dies folgende Regionen:

- Genferseeregion (umfassend die Kantone Genf, Wallis und Waadt);
- Espace Mittelland (umfassend die Kantone Fribourg, Bern, Neuenburg, Solothurn und Jura);
- Nordwestschweiz (umfassend die Kantone Basel-Stadt, Basel-Land und Aargau);
- Region Zürich;
- Zentralschweiz (umfassend die Kantone Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden und Zug);
- Ostschweiz (umfassend die Kantone Glarus, Schaffhausen, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden und Thurgau); sowie
- Kanton Tessin

25. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass künftig eine andere sachliche oder räumliche Marktabgrenzung angezeigt sein könnte.

#### Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

26. Gemäss Angaben in der Meldung resultiert lediglich in der Genferseeregion ein betroffener Markt. In sämtlichen anderen Regionen liegen die gemeinsamen Marktanteile unter 20 %.

#### 27. Tabelle 2:

Marktanteile der Parteien und der wichtigsten Konkurrenten im Markt für die digitale Vermittlung von Handwerkern in der Genferseeregion 2019-2021						
	Gesamtmarkt	Houzy	Devis	Skydreams	Renovero	Buildigo
2021	100 %	[0-10] %	[25-35] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
2020	100 %	[0-10] %	[25-35] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
2019	100 %	[0-10] %	[25-35] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %

Quelle: Schätzung der Parteien

28. Die Baloise-Gruppe vermittelt Handwerker über die beiden Online-Plattformen «devis.ch» und «Offerten.ch» (vgl. Rz 6). Die UBS ist in diesem Markt nicht tätig. Der kumulierte Marktanteil von Houzy und der beiden Plattformen der Baloise-Gruppe betrug in der Genferseeregion im Jahr 2021 [25-35] %. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Marktanteilsadditionen von Houzy in den Jahren 2020 und 2021 mit [0-10] % bzw. mit [0-10] % marginal ausgefallen sind. Im Jahr 2019 hat Houzy [...] erzielt.

<sup>7</sup> Vgl. <https://www.houzy.ch/handwerker>, zuletzt besucht am 18. Oktober 2022.

<sup>8</sup> Regionale Handwerker finden & Offerten erhalten | Houzy, zuletzt besucht am 18. Oktober 2022.

<sup>9</sup> BfS, Grossregionen und Kantone der Schweiz (verfügbar unter <https://www.bfs.admin.ch/asset/de/1031445>, zuletzt besucht am 19. Oktober 2022).

29. Überdies ist der Marktanteil der Devis-Plattformen im Jahre 2019 [...] die Marktanteile der drei wichtigsten Konkurrenten Renovero ([10-20] % Marktanteil in den Jahren 2019-2021) und Buildigo ([0-10] % Marktanteil in den Jahren 2019-2021) konstant geblieben sind bzw. im Fall von Skydreams der Marktanteil geringfügig von [10-20] % in den Jahren 2019 und 2020 auf [10-20] % im Jahr 2021 gestiegen ist. Vor diesem Hintergrund erscheint das

Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die digitale Vermittlung von Handwerkern als unbedenklich.

30. 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. Hedin Automotive AG/MSDE Beteiligungs AG**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. September 2022*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. September 2022*

1. Am 1. September 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle der MSDE Beteiligungs AG (nachfolgend: MSDE-Gruppe oder Zielunternehmen) durch die Hedin Automotive AG (nachfolgend: Hedin Automotive).

2. Hedin Automotive mit Sitz in Wollerau (SZ) wird von der schwedischen Hedin Mobility Group AB kontrolliert, welche wiederum von der schwedischen Hedin Group AB (nachfolgend: Hedin Group) kontrolliert wird. Die Hedin Group ist unter anderem als Importeurin und im Vertrieb von Fahrzeugen verschiedener Marken hauptsächlich in skandinavischen Ländern tätig. Hedin Automotive vertreibt auf der Retailhandelsstufe an Standorten in Samstagern, Wohlen und Dielsdorf sowohl neue und als auch gebrauchte Fahrzeuge der Marken BMW und Mini sowie Motorräder der Marke BMW. Zusätzlich bietet Hedin Automotive Serviceleistungen an Fahrzeugen, darunter Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten für die Marken BMW und Mini sowie auch Carrosserie- und Lackierarbeiten für Fahrzeuge sämtlicher Marken, an. In Samstagern (ZH) betreibt Hedin Automotive zwei Tankstellen und einen Tankstellen-Shop für Endkundinnen und Endkunden.

3. MSDE-Gruppe mit Sitz in Widnau (SG) hält sämtliche Aktien der Alpina Group AG, der Alpina Chur AG und der Carrosserie Rheintal AG. Auf der Retailhandelsstufe vertreiben Alpina Group AG und Alpina Chur AG in der Schweiz neue und gebrauchte Fahrzeuge sowie Ersatzteile und Zubehör der Marken BMW und Mini. Die Carrosserie Rheintal AG bietet Carrosserie- und Lackierarbeiten an Fahrzeugen sämtlicher Marken an. Die MSDE-Gruppe betreibt keine Tankstellen und keine Tankstellen-Shops.

4. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckt Hedin Automotive, in der Schweiz im Vertrieb von Fahrzeugen auf Retailhandelsstufe und dem Erbringen von Serviceleistungen an Fahrzeugen durch Investitionen in diese Geschäftsbereiche zu wachsen. Das Zielunternehmen passe mit seinen komplementären Standorten für den Vertrieb von Fahrzeugen der Marken BMW und Mini auf der Retailhandelsstufe und seiner Tätigkeit im Bereich Serviceleistungen an Fahrzeugen ideal in die Geschäftsstrategie von Hedin Automotive. Aufgrund von entsprechend grösseren Volumina in den genannten Geschäftsbereichen könnten Ressourcen gebündelt werden und die Verhandlungsposition am Markt könne gestärkt werden.

5. Das Zielunternehmen wird zurzeit vollständig von privaten Investoren gehalten. Im Aktienkaufvertrag vom 31. August 2022 wurde vereinbart, dass sämtliche Anteile des Zielunternehmens an Hedin Automotive übertragen werden. Die Gesellschaften des Zielunternehmens werden nach Abschluss der Transaktion umfirmiert und in Hedin Automotive integriert.

6. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU dar.

7. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und je einen schweizweiten Umsatz von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das Zielunternehmen tätig ist und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte. Konkret handelt es sich um den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen auf Retailhandelsstufe sowie den Bereich für Serviceleistungen an Fahrzeugen (vgl. Rz 3).

9. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem separaten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ausgegangen.<sup>1</sup> In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen ist die WEKO von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailhandelsstufe ausgegangen.<sup>2</sup>

Auch die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis zwischen dem Markt für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Markt für den Retailvertrieb von Fahrzeugen unterschieden.<sup>3</sup>

10. Entsprechend der bisherigen Praxis wird von einem sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailhandelsstufe unterteilt in die Segmente Kleinwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse (oder Sportwagen), SUV und Mehrzweckfahrzeuge sowie leichte Nutzfahrzeuge (LCV) ausgegangen.<sup>4</sup> Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere die Frage, ob die Segmente anders zu definieren sind, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

<sup>1</sup> Vgl. u.a. RPW 2020/4b, 1907 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*

<sup>2</sup> Vgl. u.a. RPW 2019/1, 148 Rz 12 und Rz 15, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten.*

<sup>3</sup> Vgl. u.a. Case COMP M.2832, Rz 17 *General Motors/Daewoo*; Case COMP M.7747, Rz 11 ff., *PGA/MSA*; Case COMP M.6718, Rz 11, *TTC/CFAO*; Case COMP M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor/Suzuki KG/FAFIN*; Case COMP M.182, Rz 8, *Inchape/TKM*; Case COMP M.1452, Rz 10, *Ford/Volvo*; Case COMP M.5709, Rz 10, *Volkswagen/Mahag.*

<sup>4</sup> Vgl. u.a. RPW 2020/1, 260 Rz 13, *Daimler/Geely/smart Automobile.*

11. In räumlicher Hinsicht ist entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailhandelsstufe von einem schweizweiten Markt auszugehen.<sup>5</sup> Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

12. In Bezug auf den Bereich Serviceleistungen an Fahrzeugen geht die WEKO davon aus, dass die Endkundinnen und Endkunden nur unabhängige Werkstätten oder zugelassene Werkstätten als substituierbar betrachten, welche Fahrzeuge der von ihnen gekauften Marken reparieren können. Die WEKO ist daher in ihrer bisherigen Praxis auf Basis der Sicht von Endkundinnen und Endkunden von einem Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen, der markenspezifisch abzugrenzen ist, ausgegangen, hat letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung aber offengelassen.<sup>6</sup>

13. Entsprechend der bisherigen Praxis wird von einem sachlichen Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen ausgegangen, der markenspezifisch abzugrenzen ist. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

14. In räumlicher Hinsicht ist entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO von einem schweizweiten Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen auszugehen.<sup>7</sup> Eine genaue räumliche Abgrenzung, insbesondere die Frage, ob es sich allfällig auch um regionale (oder lokale) Märkte handeln könnte, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

15. Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailhandelsstufe in den einzelnen Marktsegmenten zu entnehmen.

Tabelle 1: Marktanteile Vertrieb Retailhandelsstufe (nach Segmenten) – Schweiz

<b>Marktanteile Vertrieb Retailhandelsstufe (2021, Schweiz, segmentbezogen)</b>			
Segment	Hedin-Group	MSDE-Gruppe	Hedin-Group & MSDE-Gruppe
Kleinstwagen	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Kleinwagen	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Mittelklasse	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Obere Mittelklasse	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Oberklasse	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Luxusklasse (oder Sportwagen)	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Mehrzweckfahrzeuge	0.0 %	0.0 %	0.0 %
SUV (Geländewagen)	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
LCV	0.0 %	0.0 %	0.0 %

Legende: LCV = leichte Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

16. Der nachfolgenden Tabelle 2 sind die schweizweiten Marktanteile der Parteien auf dem Markt für Serviceleistungen an Fahrzeugen für die einzelnen Marken zu entnehmen.

Tabelle 2: Marktanteile für Serviceleistungen an Fahrzeugen (nach Marken) – Schweiz

<b>Marktanteile für Serviceleistungen an Fahrzeugen (2021, Schweiz, markenbezogen)</b>			
Marke	Hedin-Group	MSDE-Gruppe	Hedin-Group & MSDE-Gruppe
BMW	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %
Mini	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %

Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

<sup>5</sup> Vgl. RPW 2019/1, 149 Rz 22, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*; RPW 2017/4, 570 Rz 31, *Peugeot SA/Opel*; RPW 2020/1, 260 Rz 16, *Daimler/Geely/smart Automobile*.

<sup>6</sup> RPW 2019/1, 149 Rz 18 f., *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*; RPW 2019/4, 1191 Rz 26, *Emil Frey Holding AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA*.

<sup>7</sup> RPW 2019/1, 149 Rz 23f., *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*; RPW 2019/4, 1191 Rz 30, *Emil Frey Holding AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA*.

17. Im Hinblick auf eine hypothetische regionale Marktabgrenzung des Markts für Serviceleistungen an Fahrzeugen sei gemäss Angaben der Parteien in städtischen Gebieten von einem Marktradius von 15 km und in ländlichen Gebieten von 25 km auszugehen. Würde man die entsprechenden regionalen Märkte um die Standorte der Parteien auf dieser Grundlage abgrenzen, so käme es auf einzelnen hypothetischen regionalen Märkten für Serviceleistungen an Fahrzeugen zu Marktanteilen des Zielunternehmens (MSDE-Gruppe) von über 30 % und damit zu vom Zusammenschluss betroffenen Märkten (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Jedoch würde es auf keinem der hypothetischen regionalen Märkte zu einer Marktanteilsaddition kommen, da sich die Aktivitäten der Hedin-Group und der MSDE-Gruppe auf diesen hypothetischen Märkte

nicht überlappen (vgl. Rz 4). Die Wettbewerbssituation ändert sich daher auch auf diesen hypothetischen Märkten nicht und im Ergebnis führt dies auch zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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.

B 2.3

**5. Hynovi S.A.S.**

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

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

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

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 12 décembre 2022*

*Communication selon art. 16 al. 1 OCCE du 12 décembre 2022*

**Justification courte**

1. Le 16 novembre 2022, la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) a reçu une notification datée du 15 novembre 2022 annonçant que les entreprises Hynovics S.A.S. (ci-après: Hynovics) et Vicat S.A. (ci-après: Vicat) ont décidé de fonder une entreprise commune Hynovi S.A.S. (ci-après: Hynovi).

2. Hynovics, dont le siège est à Neuilly-sur-Seine (France), est une « société par actions simplifiée » (au sens du droit français) qui constitue la filiale hydrogène du Groupe EDF. Hynovics est active dans la production et la fourniture d'hydrogène bas carbone par électrolyse de l'eau à partir d'une électricité bas carbone pour les clients de la mobilité lourde et de l'industrie. Hynovics développe des projets en Europe (France, Allemagne, Belgique, Royaume-Uni, Italie) et à l'international (Amérique, Asie, Moyen-Orient).<sup>1</sup>

3. Vicat, dont le siège est à L'Isle-d'Abeau (France), est une « société anonyme à conseil d'administration » (au sens du droit français) cotée sur Euronext à Paris et qui détient le Groupe Vicat. Vicat est principalement active dans la production et la commercialisation de ciment, de béton prêt à l'emploi et de granulats. Le Groupe Vicat exerce également des activités complémentaires à ses trois principales activités, à savoir le transport, la chimie du bâtiment, la production de papiers et de sacs, ainsi que la préfabrication de produits en béton. Il est principalement actif en France (il y réalise environ un tiers de son chiffre d'affaires), mais aussi en Europe (Italie et Suisse), en Amérique (Etats-Unis et Brésil), en Afrique (Egypte, Sénégal, Mali et Mauritanie) et en Asie (Turquie, Inde et Kazakhstan).<sup>2</sup>

4. Hynovi a pour but de développer – via une solution innovante intégrant la capture du CO<sub>2</sub> émis par la cimenterie Vicat de Montalieu-Vercieu et la fourniture d'hydrogène par un électrolyseur [...] – la production et la commercialisation de méthanol décarboné à destination de divers secteurs et débouchés. Il est prévu une phase de développement suivi d'une phase de construction, avant la phase d'exploitation et de production à l'échelle industrielle de méthanol décarboné prévue à compter de 2027. A terme, [...] de méthanol décarboné devraient être produites tout en évitant l'émission de presque 500'000 tonnes de CO<sub>2</sub> par année.<sup>3</sup>

5. La création, par deux ou plusieurs entreprises, d'une entreprise qu'elles ont l'intention de contrôler en commun constitue une concentration d'entreprises au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart lorsque l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et que des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune (art. 2 al. 1 et 2 OCCE).

6. Hynovi agira en toute indépendance en tant que producteur et offreur sur le marché de la production et commercialisation de méthanol. Hynovi sera en mesure de mener sa propre politique commerciale et jouira d'une autonomie fonctionnelle et opérationnelle. Elle développera et commercialisera ses activités de manière indépendante de ses actionnaires. Hynovi disposera de ressources financières propres [...] et sera propriétaire des actifs matériels [...] et immatériels (droits de propriété intellectuelle susceptibles de résulter du projet) se rapportant aux activités concernées. Enfin, Hynovi est constituée pour une durée illimitée et est conçue pour fonctionner durablement sur le marché de la production et de la commercialisation de méthanol décarboné.<sup>4</sup> Hynovi accomplira donc de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome au sens de l'art. 2 al. 1 et 2 OCCE.

7. Vicat et Hynovics détiendront les actions de Hynovi à hauteur de 50 % chacune [...] Hynovics et Vicat auront ainsi une influence décisive et exerceront donc le contrôle en commun sur Hynovi au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart et 2 al. 2 OCCE.

8. L'activité d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle conjoint sera transférée à l'entreprise commune Hynovi. En particulier, Vicat mettra à disposition d'Hynovi une partie de ses terrains. Par ailleurs, des salariés des actionnaires d'Hynovi transmettront leurs connaissances et expériences durant la phase de développement du projet, de telle sorte que leur savoir-faire (*know-how*) sera transféré dans les domaines d'activité de la nouvelle entreprise.<sup>5</sup> Il y a donc bien un transfert d'activité au sens de l'art. 2 al. 2 OCCE.

9. Selon les indications figurant dans la notification, les entreprises participantes ont réalisé au cours de l'exercice 2021 un chiffre d'affaires mondial total de plus de 2 milliards de francs ensemble et au moins deux des entreprises participantes ont réalisé en Suisse un chiffre d'affaires d'au moins 100 millions de francs chacune.<sup>7</sup> Les seuils de chiffre d'affaires selon l'art. 9 al. 1 LCart sont donc atteints. Le présent projet de concentration est donc soumis à notification.

<sup>1</sup> Cf. notification, ch. 6 s.

<sup>2</sup> Cf. notification, ch. 10 s.

<sup>3</sup> Cf. notification, ch. 20 ss.

<sup>4</sup> Cf. notification, ch. 30 ss.

<sup>5</sup> Cf. notification, ch. 36 s.

<sup>6</sup> Cf. notification, ch. 41.

<sup>7</sup> Cf. notification, ch. 51.

10. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

11. Seuls les marchés de produits et les marchés géographiques affectés par la concentration, sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus font l'objet d'une analyse approfondie (art. 11 al. 1 let. d OCCE). Lorsque ces seuils ne sont pas atteints, on peut supposer que la concentration ne soulève pas d'objection. En principe, il n'est alors pas nécessaire de procéder à un examen plus approfondi.

12. Dans sa pratique, la COMCO a reconnu l'existence de marchés de produits distincts pour chaque produit pétrochimique, y compris pour le méthanol.<sup>8</sup> La Commission européenne a adopté une approche similaire.<sup>9</sup> Les parties suivent également cette approche,<sup>10</sup> et il convient ainsi de retenir un marché de produit distinct pour la production et la commercialisation de méthanol, à l'instar des autres principaux produits pétrochimiques.

13. En ce qui concerne la dimension géographique, la COMCO a déterminé l'existence d'un marché européen pour la plupart des produits pétrochimiques, sans toutefois mentionner explicitement le méthanol.<sup>11</sup> La pratique européenne retient quant à elle que le marché géographique de la production et de la commercialisation de méthanol correspond à l'Europe, voire à l'Espace Economique Européen (EEE).<sup>12</sup>

14. La question de savoir si le marché géographique pour la production et la commercialisation de méthanol correspond au continent européen ou à l'EEE – et donc à l'exclusion de la Suisse – peut rester ouverte en l'espèce, dès lors qu'il n'est à ce jour ni certain ni même prévisible qu'Hynovi ne déploie une certaine activité de vente de méthanol en Suisse,<sup>13</sup> ce qui a par ailleurs été confirmé après demande expresse du Secrétariat.<sup>14</sup>

15. La question de savoir si le marché géographique peut être étendu au niveau mondial, comme le suggèrent les parties sur la base des importations importantes de méthanol depuis des régions hors Europe peut également rester ouverte.<sup>15</sup> En effet, le présent projet de concentration ne soulève de toute façon pas de problème sur le plan de la concurrence. En effet, aucun des actionnaires d'Hynovi n'est actuellement actif dans le marché de la production ou la commercialisation de méthanol, ni sur des marchés en amont, en aval ou étroitement lié avec celui-ci.<sup>16</sup> Par ailleurs, si la production de méthanol au sein de l'Union européenne s'élevait à 2,2 millions de tonnes annuelles en 2020,<sup>17</sup> elle devrait connaître une croissance exponentielle ces prochaines années : de nombreux sites de production de méthanol seront en effet mis en œuvre avant ou simultanément au projet notifié sur le territoire

de l'EEE. Ainsi, d'ici à 2027, ce sont environ 230'000 tonnes annuelles supplémentaires de méthanol renouvelable qui devraient être produites en Espagne d'ici à 2027, 115'000 tonnes en Italie, 256'000 tonnes en Autriche, plus de 300'000 tonnes en Allemagne, 270'000 tonnes aux Pays-Bas, 52'000 tonnes en Belgique, près de 400'000 tonnes au Danemark, 180'000 tonnes en Norvège ou encore 350'000 tonnes en Suède.<sup>18</sup> Avec une production envisagée de [...] à partir de [...],<sup>19</sup> la production d'Hynovi ne devrait pas représenter plus de 5 % de la production de méthanol au sein de l'EEE.

16. Pour les raisons énoncées ci-dessus, l'examen préalable ne fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

<sup>8</sup> DPC 2002/1, p. 165, ch. 19, *BP/E.ON*; DPC 2002/3, p. 468, ch. 14, *BP/E.ON*.

<sup>9</sup> COMM-UE, COMP/M.10147 du 5.5.2021, N 53 ss, *Mitsui and Co / Mitsui Chemicals / Honsh Chemical Industry*; COMM-UE, COMP/M.1813 du 12.7.2000, N 37, *Industri Kapital (Nordem/Dyno)*; COMM-UE, COMP/M.331 du 31.3.1993, N 14, *Fletcher Challenge/Methanex*.

<sup>10</sup> Cf. notification, ch. 57.

<sup>11</sup> DPC 2002/1, p. 166, ch. 24, *BP/E.ON*; DPC 2002/3, p. 468, ch. 16, *BP/E.ON*; DPC 2003/3, p. 604, ch. 16, *Total Holdings UK Ltd./Samsung General Chemicals Co. Ltd.*

<sup>12</sup> COMM-UE, COMP/M.10147 du 5.5.2021, N 60, *Mitsui and Co / Mitsui Chemicals / Honsh Chemical Industry*; COMM-UE, COMP/M.1813 du 12.7.2000, N 81, *Industri Kapital (Nordem/Dyno)*; COMM-UE, COMP/M.331 du 31.3.1993, N 17, *Fletcher Challenge/Methanex*.

<sup>13</sup> Cf. notification, ch. 67.

<sup>14</sup> Courrier du 10 novembre 2022, réponse 1.

<sup>15</sup> Cf. notification, ch. 60.

<sup>16</sup> Cf. notification, ch. 63.

<sup>17</sup> <https://lelementarium.fr/product/methanol/#:~:text=En%202020%2C%20la%20production%20de,10%20772%20t%20en%20France> (dernière consultation le 21.11.2022).

<sup>18</sup> <https://www.methanol.org/renewable/> (dernière consultation le 21.11.2022) ; diverses sources accessibles prévoient par ailleurs une croissance annuelle moyenne de 3 à 6.4 % de la consommation de méthanol en Europe durant les prochaines années (<https://www.marketresearch.com/ChemAnalyst-v4204/Europe-Methanol-Plant-Capacity-Production-14810176/> (dernière consultation le 21.11.2022) ; <https://www.marketdataforecast.com/market-reports/europe-methanol-market> (dernière consultation le 21.11.2022).

<sup>19</sup> Cf. notification, ch. 65.



B 2.3	<b>6. TX Group/AdUnit</b>
-------	---------------------------

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Dezember 2022*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Dezember 2022*

## **A/ Sachverhalt**

1. Am 2. Dezember 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die TX Group AG (nachfolgend: TX) die AdUnit AG (nachfolgend: AdUnit) zu erwerben.

### **A.1 Beteiligte Unternehmen**

#### **A.1.1 TX-Gruppe (meldendes Unternehmen, kontrollierendes Unternehmen)**

2. TX sei die Muttergesellschaft des Medienunternehmens TX-Gruppe, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig sei. Sie gebe Zeitungen und Zeitschriften heraus, betreibe digitale Newsportale und vermittele/vermarkte Werbung und sei auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die TX-Gruppe gliedere sich in die Segmente TX Markets (digitale Marktplätze)<sup>1</sup>, Goldbach (Werbevermittlung/-vermarktung), 20 Minuten (Pendlermedien), Tamedia (Zeitungen und Zeitschriften) sowie Group & Ventures (weitere Beteiligungen, wie z. B. Doodle oder Zattoo, sowie zentrale Dienste). Die TX-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz aktiv.

3. TX beabsichtige, AdUnit indirekt über die Goldbach Group AG (nachfolgend: Goldbach) zu erwerben. Goldbach sei eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von TX. Sie sei die Muttergesellschaft der Goldbach-Gruppe, die primär im Bereich der Vermittlung/Vermarktung von Werbung in elektronischen Medien (TV, Radio, Online) tätig sei. Neben dem Vermittlungs-/Vermarktungsgeschäft biete die Goldbach-Gruppe in geringem Umfang Beratungsdienstleistungen für Werbetreibende an.

4. Die Goldbach-Gruppe betreibe über ihre Tochtergesellschaft Jaduda GmbH, Deutschland, (nachfolgend: Jaduda) die Plattform Splicky. Splicky sei eine auf die automatische Abwicklung von digitaler Werbung spezialisierte Demand-Side-Plattform (nachfolgend: DSP). Eine DSP ermögliche den Werbetreibenden, ihre Werbung effizient zu gestalten und am dafür geeigneten Ort automatisiert auszuspielen. Die DSP fungiere für die Werbetreibenden (und ihre Medienagenturen) als Schnittstelle zu den SSP (Supply-Side-Plattformen), die das Werbeinventar verschiedener Anbieter von Werberaum bündelten und buchbar machten. Indem auf der einen Seite DSP möglichst viele Werbetreibende anschliessen würden und auf

der anderen Seite SSP den Zugang zu möglichst vielen Inventaranbietern ermöglichten, erhöhten sie die Chancen, dass ein Werbetreibender für eine bestimmte Kampagne das dafür geeignete Inventar buchen könne und dass das Inventar eines Anbieters häufig gebucht werde.

5. DSP eigneten sich grundsätzlich für alle digitalen Werbeformen, da diese automatisiert gebucht und ausgespielt werden könnten. Dazu gehörten in erster Linie Online-Display- und -Bewegtbild-Werbung, und grundsätzlich auch digitale «out-of-home»-Werbung (nachfolgend: OOH-Werbung).

6. Eine DSP erbringe ihre Dienstleistung gegenüber dem Werbetreibenden und werde von diesem dafür entschädigt (i. d. R. durch eine sog. Tech-Fee). Die DSP sei daher kein Vermarkter von Werbeinventar, sondern ermögliche lediglich die effiziente Abwicklung digitaler Werbung. Dies zeige sich auch darin, dass die Preise für die Werbung nicht von der DSP, sondern vom Inhaber des Werbeinventars gesetzt würden.

#### **A.1.2 AdUnit (kontrolliertes Unternehmen)**

7. AdUnit betreibe einerseits eine DSP für Werbetreibende (bzw. deren Medienagenturen) und andererseits biete sie den Anbietern von Werbeinventar eine Software-Lösung zum Verkauf und zur Abwicklung ihres Werbeinventars an.

8. AdUnit nenne ihre DSP «Customer Center». Die Werbetreibenden könnten ihre digitale Werbung im «Customer Center» erfassen und darüber als sog. «Programmatic Advertising» auf den dafür geeigneten Websites ausspielen. Beim «Programmatic Advertising» werde eine Werbung automatisiert und gestützt auf Nutzerdaten am geeigneten Ort (Website) ausgespielt. Als kleine DSP schliesse sich AdUnit zudem an verschiedene grössere DSP an und könne so via die dort angeschlossenen SSP den Werbetreibenden den Zugang zu einem grossen Inventar verschaffen.

9. Vom Anschluss der kleinen AdUnit-DSP an die grösseren DSP (damit AdUnit via die dort angeschlossenen SSP den Werbetreibenden den Zugang zu einem grossen Inventar verschaffen könne) profitierten alle Beteiligten: Die grösseren DSP erhielten via die AdUnit-DSP Zugang zu weiteren Werbetreibenden und die Werbetreibenden (die Kunden von AdUnit) erhielten über die an den grösseren DSP angeschlossenen SSP Zugang zu weiteren Publishern. Es handle sich beim Anschluss von AdUnit an die grösseren DSP um einen rein technischen Vorgang, der mittels standardisierter, webbasierter Schnittstellen erfolge. Dieser Anschluss sei für AdUnit kostenlos. Die grösseren DSP verrechnen aber für die Abwicklung der Werbung ihre üblichen Tech-Fees, wie sie diese DSP den Werbetreibenden auch bei einem direkten Anschluss verrechnen würden.

<sup>1</sup> Hierbei handle es sich [...].

10. Die DSP von AdUnit eigne sich grundsätzlich für alle digitalen Werbeformen. Dazu gehörten in erster Linie Online-Display- und -Bewegtbild-Werbung, und grundsätzlich auch digitale OOH-Werbung, wobei AdUnit aktuell keine OOH-Werbung abwickle.

11. AdUnit wickle gemäss Meldung ausschliesslich digitale Werbung und keine Print- oder andere Formen von nicht digitaler Werbung (Offline-Werbung) ab. Mit der Aussage «Von Print zu Digital dank einfachem UI und verständlichen Produkten»<sup>2</sup> sei lediglich gemeint, dass Kunden, die aus der Print-Welt kämen und einen Einstieg in die digitale Werbung suchten, dank des übersichtlichen «User Interface» und der einfachen Werkzeuge einen einfachen Zugang zu digitaler Werbung und zum «Programmatic Advertising» erhielten. Das «Customer Center» biete Medienagenturen und Werbetreibenden die Möglichkeit, einfache digitale Werbung im «Customer Center» gleich selbst zu erstellen, indem es dafür verschiedene Designs/Vorlagen zur Verfügung stelle, welche die Werbetreibenden mit ihren Bildern und Werbetexten ergänzen könnten. Es handelt sich dabei um ein einfaches, kostenloses Gestaltungstool, wie es andere DSP auch anbieten würden.

12. Das DSP-Angebot von AdUnit richte sich an Werbetreibende bzw. ihre Medienagenturen. AdUnit sei primär in Schweiz und in geringem Umfang auch noch in Deutschland und Österreich tätig.

13. Den Eigentümern von Werbeinventar (auch als «Publisher» bezeichnet; nachfolgend: Publisher) biete AdUnit eine Softwarelösung zum Verkauf und zur Abwicklung ihrer digitalen Werbung an. Zudem hätten die Publisher die Möglichkeit, ihr Werbeinventar an die DSP von AdUnit anzuschliessen, damit es dort für die Werbetreibenden buchbar sei.

14. Unter dem Titel «Solutions» (Lösungen) beschreibe AdUnit auf der Website vier Angebote:

- Agency: Agency bezeichne die für Medienagenturen bestehende Möglichkeit, die digitale Werbung ihrer Kunden, den Werbetreibenden, im «Customer Center» zu erfassen und darüber als sog. «Programmatic Advertising» auf den dafür geeigneten Websites auszuspielen.
- Enterprise: Enterprise bezeichne das gleiche Angebot wie Agency, nur dass sich dieses an die Werbetreibenden richte, die keine Medienagentur beauftragt hätten. Die Werbetreibenden könnten ihre digitale Werbung selbst bei AdUnit erfassen und ausspielen.
- Publisher: Die Technologie-Lösung Publisher bezeichne das Angebot von AdUnit, das sich an die Eigentümer von Werbeinventar richte und eine Softwarelösung zum Verkauf und zur Abwicklung ihrer Werbung umfasse.

Alle diese drei Angebote Agency, Enterprise und Publisher könnten über das Customer Center von AdUnit genutzt werden. Der Zugang zum Customer Center erfolge dafür mittels Webinterface.

- SaaS: Zudem biete AdUnit eine alternative Anbindung SaaS («Software as a service») an. SaaS bezeichne die Möglichkeit für Medienagenturen und Werbetreibende, das DSP-Angebot von AdUnit direkt an die

eigenen Plattformen für die Buchung und Administration von Werbung anzuschliessen. So könne z.B. ein Kfz-Hersteller, der seinen Händlern ein System für die Bestellung von Werbematerialien zur Verfügung stelle, das DSP-Angebot von AdUnit direkt an dieses System anschliessen, so dass die Händler im gleichen System die Werbevorlagen des Kfz-Herstellers nutzen und die Werbung direkt via die AdUnit-DSP ausspielen könnten. Auch die Publisher hätten die Möglichkeit, AdUnit direkt an ihre bestehenden Systeme anzuschliessen. SaaS stehe somit nicht für ein eigenständiges Produkt, sondern bezeichne nur eine besondere Form der technischen Anbindung an AdUnit. Die drei Angebote Agency, Enterprise oder Publisher blieben dabei identisch.

15. [...]

16. [...]

17. Alle beschriebenen Angebote würden über das Customer Center von AdUnit angeboten und von den Kunden genutzt. Das Customer Center sei damit die Schaltzentrale für alle Kunden von AdUnit. Wie erläutert erfolge der Zugang zum Customer Center entweder via Webinterface oder es werde direkt an das bestehende System des Kunden angeschlossen (SaaS-Angebot).

## A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

18. TX beabsichtige, indirekt über ihre Tochtergesellschaft Goldbach alle Aktien der AdUnit von der Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und damit die alleinige Kontrolle über AdUnit zu erwerben.

## A.3 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

19. Swisscom habe sich entschieden, ihre Beteiligung an AdUnit an einen Dritten zu verkaufen und deren Wert zu realisieren.

## A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

20. TX sei mit Jaduda bereits im Bereich der DSP tätig. Durch den Erwerb von AdUnit könne TX ihre Geschäftstätigkeiten in diesem Bereich ausbauen und die Angebotspalette erweitern.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

21. 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).

<sup>2</sup> Vgl. <<https://www.adunit.ch/publisher>> (5.12.2022).

### B.1.1 Unternehmen

22. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). 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<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>3</sup>

23. 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. Die TX-Gruppe ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

24. AdUnit bietet einerseits DSP-Lösungen für Werbetreibende bzw. Medienagenturen und andererseits Publishern eine Software-Lösung zum Verkauf und zur Abwicklung von Werbeinventar an. Somit tritt AdUnit als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. An AdUnit halte Swisscom heute 100 % der Aktien und sei damit Veräusserer im Rahmen der vorliegenden Transaktion. Bei Swisscom handle es sich um eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Die Swisscom AG ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11). Somit sind Swisscom und folglich auch AdUnit Teil der Swisscom-Gruppe. Es handelt sich bei AdUnit um einen Teil einer grösseren wirtschaftlichen Einheit, d. h. des Unternehmens Swisscom-Gruppe.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

25. 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.

26. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>4</sup>

27. Die TX-Gruppe beabsichtige gemäss Meldung indirekt über die Tochtergesellschaft Goldbach alle Aktien von AdUnit und damit die alleinige Kontrolle darüber zu erwerben (vgl. Rz 18). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

28. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

29. Entsprechend dem zuvor in Rz 22 ff. Ausgeführten ist einerseits die TX-Gruppe als kontrollierendes Unternehmen als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten. Andererseits ist AdUnit als zu kontrollierender Unternehmensteil der Swisscom-Gruppe als beteiligtes Unternehmen zu qualifizieren.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

30. 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

31. 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).

32. Für die beteiligten Unternehmen gibt die Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2020 folgende Umsätze in Tabelle 1 an.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2020 gemäss Meldung (in Mio. Franken)

	TX-Gruppe	AdUnit
Schweiz	< 957	[...]
Weltweit	957	[...]

<sup>3</sup> 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 BVer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2022/2, 335 Rz 63, [A]/[B]; RPW 2021/3, 658 Rz 22, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 438 Rz 31, *Liberty Global/Sunrise*; RPW 2021/2, 498 Rz 27, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 505 Rz 28, *TX Group/Immowelt Schweiz*; 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*.

33. Somit werden aufgrund der von der Meldung aufgeführten Umsätze die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht.

34. TX macht geltend, es liege auch keine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG vor. 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.<sup>5</sup> 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.

35. *AdUnit* sei in den Lesermärkten nicht tätig. Die vorliegend relevanten Märkte für den Betrieb von DSP und für Softwarelösungen für digitale Werbung seien zum Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne weder benachbart noch vor- oder nachgelagert. Gemäss Meldung sei die Meldepflicht durch die WEKO von Amtes wegen in jedem Zusammenschlussverfahren vorfrageweise zu prüfen. Für den Fall, dass die WEKO die Meldepflicht der vorliegenden Transaktion bejahe, beantrage TX, die Eingabe zum Zusammenschlussvorhaben als Meldung entgegenezunehmen.

36. Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gemäss Bundesgericht die vorläufige Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens unter anderem der summarischen Beurteilung der Meldepflicht dient.<sup>6</sup> Nicht die Meldepflicht löst das Verfahren der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG aus, sondern die Meldung. Die Frage der Meldepflicht geht dem Verfahren der vorläufigen Prüfung nicht voraus, vielmehr ist sie Teil desselben. Eine bedingte Meldung unter dem Vorbehalt der Bejahung einer Meldepflicht wie vorliegend beantragt ist deshalb nicht möglich. Um zu klären, ob ein Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig im Sinne von Art. 9 KG ist, steht den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen zunächst offen, die Frage der Meldepflicht dem Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG zu unterbreiten. Bei entsprechendem Feststellungsinteresse kann von der WEKO sodann verlangt werden, dass sie über das Bestehen der Meldepflicht eine anfechtbare Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) erlässt.<sup>7</sup> Im vorliegenden Fall ist daher die Eingabe der Parteien als Meldung im Sinne von Art. 9 VKU entgegenzunehmen bzw. die Eingabe der Parteien stellt die Meldung des Zusammenschlussvorhabens dar. Andernfalls würde keine vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens bzw. gar kein Verfahren ausgelöst.

37. Weiter ist festzuhalten, dass der in der Meldung vorgenommene Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG nicht gefolgt werden kann. In ihrer ständigen, vom Bundes-

verwaltungsgericht gestützten<sup>8</sup> Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.<sup>9</sup> Art. 9 Abs. 4 KG ist in einem Zusammenschlussverfahren unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens extensiv auszulegen.<sup>10</sup> Für einen Zusammenschluss besteht eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nach Bundesverwaltungsgericht, 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.<sup>11</sup>

38. 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.<sup>12</sup> Damit ist die erste Voraussetzung für eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG der rechtskräftigen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt.

39. Als zweite Voraussetzung ist damit zu prüfen, ob das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zwischen TX und *AdUnit* Märkte betrifft, welche in einem Nahverhältnis zum beherrschten Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne stehen.

40. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist bei der Frage des Bestehens einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu prüfen, ob Wettbewerbseffekte auf den durch das Zusammenschlussverfahren zwischen TX und *AdUnit* betroffenen Märkten nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Ob solche Wettbewerbseffekte effektiv bestehen, ist demgegenüber eine zu behandelnde Frage der materiellen Prüfung.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Gemäss Meldung: RPW 1998, 39 ff., namentlich 52 Rz 171 f.; 53 Rz 22 f.; 54 Rz 27 f.

<sup>6</sup> Vgl. BGer, 2C\_934/2020 vom 23.9.2021 E. 4.2.2, A AG/WEKO; BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.46, TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>7</sup> Vgl. BGer, 2C\_934/2020 vom 23.9.2021 E. 5.3, A AG/WEKO.

<sup>8</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, insb. E. 2.45 ff., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2022/2, 338 Rz 90, [A]/[B]; RPW 2021/3, 658 Rz 30, TX Group/Acheter-Louer.ch; RPW 2021/2, 499 Rz 34, Aventinus/Heidi Media; RPW 2021/2, 506 Rz 33, TX Group/Immowelt Schweiz; RPW 2018/4, S. 717, Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG; RPW 2006/4, 622, Meldepflicht der Emmi AG.

<sup>10</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, insb. E. 2.45 ff., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>11</sup> Vgl. BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.30, TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO; BVGer B-6180/2013 vom 29. April 2014, E. 2, The Swatch Group AG/WEKO.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, Le Temps.

<sup>13</sup> Vgl. BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.41 und E. 2.46 f., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO; RPW 2022/2, 339 Rz 98, [A]/[B]; RPW 2022/1, 80, Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH / Hugger Holding GmbH/Logistic Center Villingen GmbH; RPW 2021/3, 680 Rz 11, Swissgenetics/New Generation Genetics; RPW 2021/2, 499 Rz 34, Aventinus/Heidi Media; RPW 2019/2, 542 Rz 14, Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag; RPW 2019/1, 180 Rz 28, Tamedia/Zattoo International.

41. Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leserschaft.<sup>14</sup> Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung bildet insbesondere die an die Leserschaft gerichtete Print-Firmenwerbung. Dabei ist zu beachten, dass Leser- und Werbemärkte offenkundig so eng miteinander verknüpft sind, dass grundsätzlich auch von einem zweiseitigen Markt gesprochen werden kann. Eine Tageszeitung ist für Werbetreibende in der Regel umso interessanter, je mehr Leserreichweite diese aufweist. Somit ist der Markt für Printwerbung in der französischsprachigen Schweiz bzw. in den Regionen Genf und Lausanne untrennbar mit dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verknüpft.<sup>15</sup>

42. Gemäss Praxis der WEKO stellen Print- sowie Online-Werbung je eigene sachlich relevante Märkte dar. Auch wenn es durch die zunehmende Digitalisierung zu einer zunehmenden Konvergenz der einzelnen Medien kommt, geht die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die einzelnen Werbeformen, welche auf den einzelnen Werbeträgern möglich sind, noch nicht vollständig austauschbar sind. Allerdings stellt sie fest, dass es gewisse Wechselwirkungen zwischen einzelnen Werbeträgern geben kann.<sup>16</sup> Dementsprechend können auch vorliegend Wettbewerbseffekte zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und den vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten für DSP-Lösungen zur Platzierung von digitaler Werbung und betroffenen Märkten für Softwarelösungen an Publisher zum Verkauf und zur Abwicklung von digitalem Werbeinventar nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es besteht ein Nahverhältnis zwischen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten und dem beherrschten Markt. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung**

43. 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).

44. 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.

45. 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 AdUnit tätig sei. Im Sinne einer erleichterten Meldung würden deshalb nur diese Märkte dargestellt.

46. Hierzu ist festzuhalten, 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.<sup>17</sup> Im vorliegenden Fall kann indes tatsächlich darauf verzichtet werden, die genannten Werbemärkte genauer zu prüfen.

47. Gemäss Meldung wickle AdUnit ausschliesslich digitale Werbung und keine Print- oder andere Formen von nicht digitaler Werbung (Offline-Werbung) ab (vgl. Rz 11). Weiter wickle AdUnit gemäss Meldung keine Suchmaschinenwerbung ab. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann auf eine Darstellung von Märkten für Offline-Werbung und Suchmaschinenwerbung verzichtet werden; wobei diese Vorgehensweise in anderen Fällen anders ausfallen kann und gegebenenfalls zusätzliche Märkte darzustellen sind. Zudem muss aufgrund der Angaben in der Meldung darauf geschlossen werden, dass die Zusammenschlussparteien keine Ad Exchange-Dienste gegenüber SSP anbieten.

#### **B.4.1 Relevante Märkte**

48. 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).

49. 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).

50. 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

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2022/2, 339 Rz 99, [A]/[B]; RPW 2019/1, 180 Rz 29, *Tamedia/Zattoo International*; in diese Sinne auch RPW 1998/1, 44 f. Rz 30, *Le Temps*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2022/2, 339 Rz 99, [A]/[B]; RPW 2019/1, 180 Rz 29, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2017/3, 507 Rz 28, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2022/2, 339 Rz 100, [A]/[B]; RPW 2019/1, 180 Rz 30, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2017/3, 507 Rz 29, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*; RPW 2016/1, 311 Rz 135 f., *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2018/4, 873 Rz 65, *AZ Medien/NZZ*.

übernommene Marktangaben im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheidungen zu vermeiden.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

#### B.4.1.1 Digitale Werbung und die Bereiche DSP und SSP

51. Die Lieferkette bei digitaler Werbung ist zunehmend komplexer geworden. In den Anfängen der digitalen Werbung verlief die Lieferkette ähnlich wie bei der traditionellen Form: Die Verlage verhandelten direkt mit den Werbetreibenden, um Werbeplätze zu einem bestimmten

Preis zu verkaufen. In der Zwischenzeit kann die Lieferkette von digitaler Werbung nun viele Dienstleistungen (von denen viele durch Technologie erleichtert werden) und Akteure umfassen.<sup>20</sup>

52. In vereinfachter Form dargestellt, geht es bei der digitalen Werbung um einen Herausgeber von Inhalten (z. B. eine Website), der auf der Angebotsseite des Marktes Werbeflächen (Anzeigeninventar, Werbeinventar) bereitstellt, und einen Werbetreibenden für Produkte oder Dienstleistungen auf der Nachfrageseite des Marktes, die beide (im Allgemeinen) Vermittler für den Handel an einer Werbetausch-Plattform einsetzen. Eine vereinfachte Darstellung dieser Lieferkette ist in Abbildung 1 ersichtlich. Letztlich verbindet die Lieferkette Werbetreibende mit der Verbraucherschaft.<sup>21</sup>

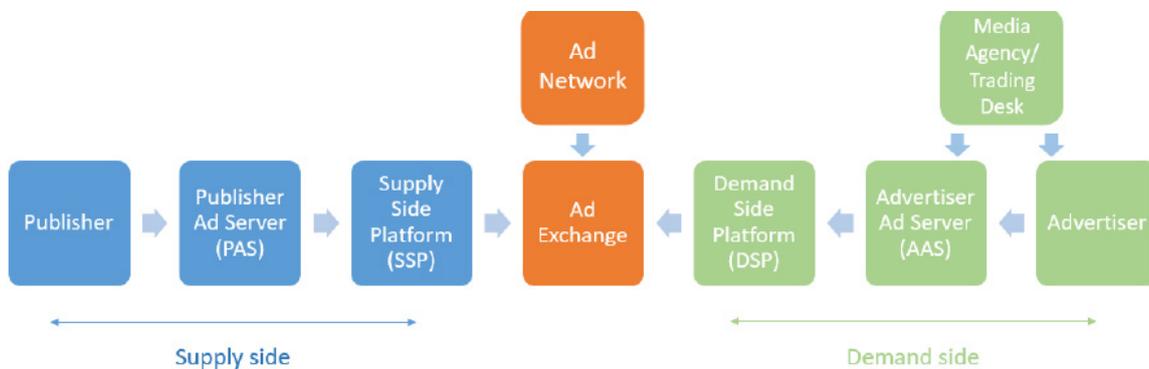


Abbildung 1: Vereinfachte Darstellung des «Werbe Technologie Stapels» («ad tech stack»), OECD Organisation for Economic Co-operation and Development, Digital advertising markets – Background note by the Secretariat, 2020, 14 Abb. 3.

53. Aus Abbildung 1 ist ersichtlich, dass im Zentrum der Lieferkette der elektronische Handel mit digitaler Werbung stattfindet und über Ad Exchanges (Werbefbörsen) erfolgt. Der Handel mit digitaler Werbung oder Austausch wird programmatische Werbung («programmatic advertising») genannt.<sup>22</sup> Programmatische Werbung bezeichnet den algorithmischen Kauf und Verkauf von Werbeflächen durch Auktionen, die in Echtzeit stattfinden (Echtzeit-Auktionen bzw. «Real Time Bidding»; nachfolgend: RTB).<sup>23</sup>

54. RTB ist eine Technologie, mittels welcher Online-Werbeplätze in Echtzeit an den Höchstbietenden verkauft werden können. Hierzu werden beim Aufruf einer Internetseite vom Betreiber der Seite Informationen zum Werbeplatz, der Webseite selbst und falls vorhanden zum aktuellen Nutzer der Webseite bereitgestellt. Diese Informationen werden dann über die RTB-Plattform mit den dort angebotenen und zur Seite passenden Werbeflächen abgeglichen, wobei diejenige Werbung den «Zuschlag» erhält, welche den höchsten Preis für die Nutzung des Werbeplatzes bei dem jeweiligen Aufruf der Webseite (inkl. Werbefläche) bezahlt. Hierbei wird grundsätzlich zwischen der Angebotsseite (nachfolgend: Supply-Side) und der Nachfrageseite (nachfolgend: Demand-Side) unterschieden. Auf der Supply-Side stehen Betreiber von Webseiten, die Werbeplätze verkaufen, dem Plattformbetreiber gegenüber. Auf der Demand-Side stehen Werbe-

treibende und Vermittler, die Werbeplätze platzieren möchten, dem Plattformbetreiber gegenüber.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2022/2, 340 Rz 114, [A]/[B]; RPW 2021/3, 659 Rz 39, TX Group/Acheter-Louer.ch; RPW 2021/2, 499 Rz 41, Aventinus/Heidi Media; RPW 2021/2, 507 Rz 42, TX Group/Immowelt Schweiz; 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. Vgl. bspw. auch RPW 2020/2, 635 Rz 84, AdBlue oder RPW 2020/1, 207 Rz 858, KTB-Werke.

<sup>19</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

<sup>20</sup> OECD Organisation for Economic Co-operation and Development, Digital advertising markets – Background Note by the Secretariat, 2020, 14 Rz 38.

<sup>21</sup> OECD Background Note (Fn 20), 14 Rz 39.

<sup>22</sup> OECD Background Note (Fn 20), 15 Rz 42.

<sup>23</sup> OECD Background Note (Fn 20), 12 Rz 33. Vgl. auch DAMIEN GERARDIN/DIMITRIOS KATSIFIS, An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age, European Competition Journal 2019, 55-96, 60 f.; AdUnit, Programmatic Advertising, einfach erklärt, <<https://www.adunit.ch/programmatic/>> (5.12.2022).

<sup>24</sup> RPW 2013/1, 97 Rz 38., Publigroupe/ImproveDigital; RPW 2022/2, 337 Rz 77, [A]/[B].

55. Wie im vorangehenden Abschnitt ausgeführt, besteht die Angebotsseite aus den Publishern (Anbietern von Werbeflächen) sowie den Mittlern, die den Publishern Dienstleistungen anbieten, um ihnen beim Verkauf ihrer Werbeflächen zu helfen.<sup>25</sup> Als Publisher können alle Online-Plattformen, Websites oder Apps gezählt werden, die Raum für digitale Werbung (auch Anzeigen- oder Werbeinventar genannt) verkaufen möchten. Es kann sich dabei um Internet-Suchmaschinen (einschliesslich spezialisierter Suchdienste), Nachrichtenmedienseiten, Social-Media-Plattformen, Video-Hosting-Plattformen, Apps, GPS-Navigatoren und andere Inhaltsseiten handeln.<sup>26</sup>

56. Zu den Dienstleistungen auf der Angebotsseite des Marktes gehören SSP und Publisher Adserver. Nutzt ein Publisher kein Werbenetz, muss er beide Dienste in Anspruch nehmen (die von einem einzigen Unternehmen erbracht werden können, wie z. B. im Fall von Google Ad Manager).<sup>27</sup>

57. Die Nachfrageseite umfasst Werbetreibende und Agenturen, die Dienstleistungen für Werbetreibende erbringen. Zu den Werbetreibenden gehören alle Unternehmen, die ihre Produkte mit digitaler Werbung bewerben, um entweder den Bekanntheitsgrad der Marke zu erhöhen oder den Absatz direkt zu steigern. Werbetreibende haben in der Regel eine gewisse Vorstellung von der Zielgruppe, die sie erreichen wollen, und so bietet gezielte digitale Werbung diese Möglichkeit. Werbetreibende können entweder direkt bei einem Werbenetzwerk kaufen, wie z. B. über eine Serviceschnittstelle von grossen Plattformen, oder andere Vermittler nutzen, die ihnen beim Kauf von Werbeinventar behilflich sind.<sup>28</sup>

58. Wenn Werbetreibende ein Werbenetzwerk nutzen, erhalten sie einen gebündelten Service. Dazu gehören DSP-Dienstleistungen wie Biet- und Datenanalyse, die dazu beitragen, den Wert eines bestimmten Werberaums oder eines Nutzers für den Werbetreibenden zu ermitteln. Dazu gehören auch Ad-serving Dienste für Werbetreibende («advertiser ad serving services»), die die Auslieferung einer Anzeige auf der Website (oder App) eines Publishers sicherstellen. Alternativ dazu kann ein Werbetreibender diese Dienste auch direkt von anderer Seite beziehen.<sup>29</sup>

- DSP verwalten den Kauf von Werbeinventar von den Publishern über einen Ad Exchange, einschliesslich der Abgabe von Geboten an der Börse im Namen des Werbetreibenden und Datenanalysedienste.
- Adserver für Werbetreibende («advertiser ad servers», nachfolgend: AAS) bieten Technologiedienste für die Speicherung, Verfolgung und Auslieferung («serving») von Anzeigen auf der Website eines Publishers im Namen des Werbetreibenden. Somit bieten AAS Dienste an, die Werbetreibenden bei der Verwaltung ihrer Werbekampagnen helfen.

59. Im Zentrum der Lieferkette des elektronische Handels mit digitaler Werbung stehen wie bereits erwähnt die Ad Exchanges (vgl. Rz 53). Ad Exchanges sind vollautomatisierte digitale Marktplätze, auf denen Werberaum im Rahmen der programmatischen Werbung gekauft und verkauft wird. Viele Ad Exchanges sind heute in SSP integriert.<sup>30</sup> Programmatische Werbung kann als offenes Geflecht verschiedener Akteure und Angebote

verstanden werden, die sich rund um digitale Marktplätze für Werbeflächen (d. h. um die Ad Exchanges) gruppieren. Auf diesen Ad Exchanges werden die Werbeflächen – meist in Form von Auktionen – zwischen SSP und DSP gehandelt. Dies geschieht in Echtzeit für jeden einzelnen Werbeplatz (vgl. Rz 53 f.).<sup>31</sup> Das Zusammenwachsen von SSP und Ad Exchanges geht auf die Weiterentwicklung der SSP im Laufe der Jahre zurück. Deshalb fungieren viele SSP nun selbst als Ad Exchanges und ermöglichen es Publishern sich direkt mit DSP zu verbinden, anstatt mit einer Verbindung über eine Börse. Beispiele für SSP sind Googles Ad Exchange («AdX»), AppNexus, PubMatic und One von AOL.<sup>32</sup>

60. Der Vollständigkeit halber zeigt folgende Abbildung 2 eine detaillierte Übersicht des Systems der programmatischen Werbung bzw. des Werbe-Technologie-Stapels.

<sup>25</sup> OECD Background Note (Fn 20), 15 Rz 43.

<sup>26</sup> OECD Background Note (Fn 20), 15 Rz 44.

<sup>27</sup> OECD Background Note (Fn 20), 16 Rz 48.

<sup>28</sup> OECD Background Note (Fn 20), 17 Rz 50 f.

<sup>29</sup> OECD Background Note (Fn 20), 17 Rz 53.

<sup>30</sup> OECD Background Note (Fn 20), 17 Rz 55.

<sup>31</sup> Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Online-Werbung – Diskussionsbericht, 2022, 15 und 47 ff. Rz 55 ff.; GERADIN/KATSIFIS (Fn 23), 64.

<sup>32</sup> GERADIN/KATSIFIS (Fn 23), 64.

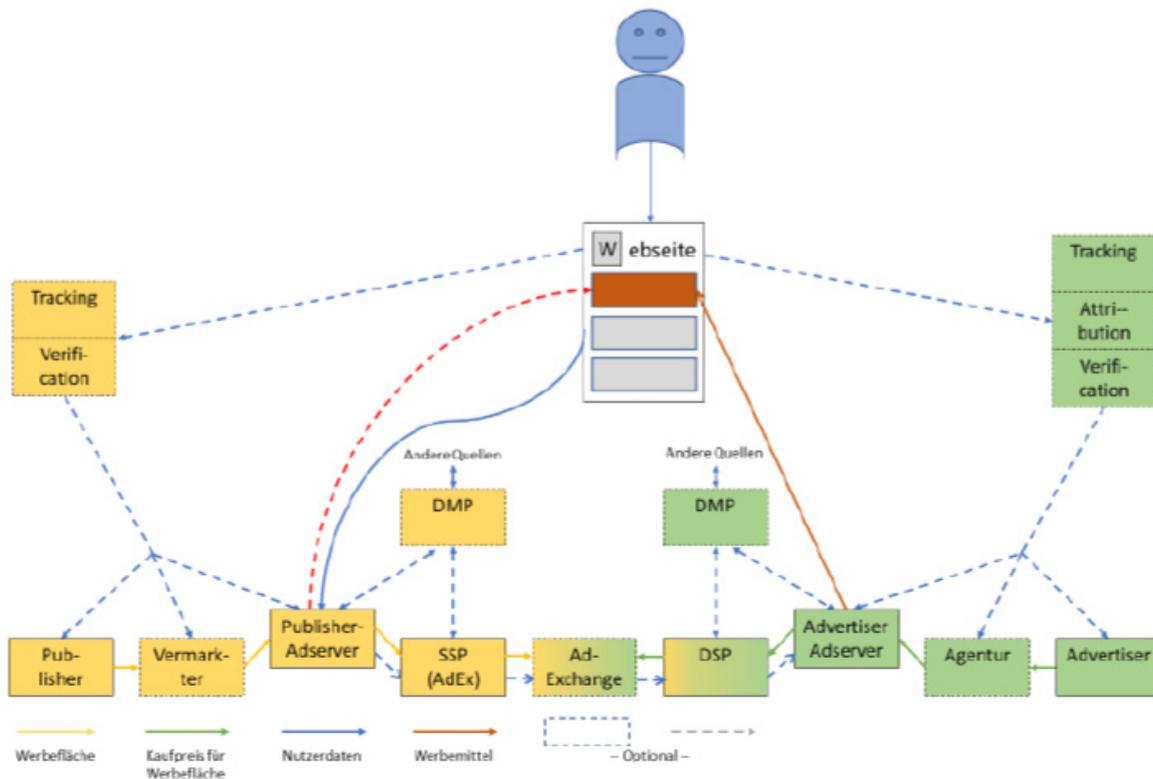


Abbildung 2: Bundeskartellamt, System der programmatischen Werbung bzw. des Werbe-Technologie-Stapels (vereinfachte Darstellung). BKartA Sektoruntersuchung Online-Werbung (Fn 31), 36.

### B.4.1.2 Märkte im Bereich DSP

#### B.4.1.2.1. Sachlich relevante Märkte im Bereich DSP

##### I. Vorbringen Meldung

61. Gemäss Meldung bestehe die Dienstleistung, die AdUnit für Werbetreibende und Medienagenturen anbiete, in einer DSP-Dienstleistung. AdUnit sei im gleichen Markt wie andere Betreiber von DSP tätig. Betreiber einer DSP seien gemäss Meldung nicht auf einem zweiseitigen Markt tätig. Eine DSP erbringe ihre Dienstleistung nur gegenüber dem Werbetreibenden (resp. seiner Medienagentur) und werde von diesem dafür entschädigt (i. d. R. durch eine sog. Tech-Fee). Die DSP ermögliche den Werbetreibenden, ihre Werbung effizient zu gestalten und am dafür geeigneten Ort automatisiert auszuspielen. Nachfrager der DSP-Dienstleistung seien damit nur die Werbetreibenden. Die Betreiber von Websites würden sich den SSP anschliessen, die sich dann an die DSP anbinden würden, womit das Inventar dieser Websites von den Werbetreibenden belegt werden könne.

62. Die DSP sei daher kein Vermarkter/Vermittler von Werbeinventar, sondern ermögliche lediglich die effiziente Abwicklung digitaler Werbung. Dies zeige sich auch daran, dass die Preise für die Werbung nicht von der DSP, sondern vom Inhaber des Werbeinventars gesetzt würden. Die DSP werde vom Werbetreibenden typischerweise durch eine sog. Tech-Fee entschädigt.

63. Eine DSP sei somit nicht auf den Märkten für die Vermittlung und Vermarktung von Werberaum für Online-Werbeflächen tätig. Vielmehr rechtfertige es sich, analog zu den Entscheiden *Publicitas AS Venture – Zanox*<sup>33</sup> und *PubliGroupe/AS Venture/Digital Window*<sup>34</sup> einen eigenständigen Markt für den Betrieb von DSP abzugrenzen.

64. DSP und SSP seien miteinander direkt über technische Schnittstellen verbunden. Dabei sei eine DSP mit mehreren SSP und umgekehrt eine SSP mit mehreren DSP übers Kreuz verbunden. Zusammen bildeten DSP und SSP dabei den sog. «Ad Exchange». Der Begriff «Ad Exchange» beschreibe keine eigenständige Dienstleistung, sondern diesen «Matching»-Prozess. Nach Kenntnis der beteiligten Unternehmen, werde «Ad Exchange» auch nicht als eigenständiger Service im Markt angeboten, sondern die «Ad Exchange»-Fähigkeit sei Teil der Funktionalität der DSP und SSP, damit über sie effizient Werbung abgewickelt werden könne.

<sup>33</sup> RPW 2007/3, 442 f. Rz 30 ff., *Publicitas AS Venture – Zanox*.

<sup>34</sup> RPW 2009/3, 243 Rz 29 ff., *PubliGroupe/AS Venture/Digital Window*.



65. Selbst wenn man Ad Exchange als technische Plattform verstehe, sei der Ad Exchange – genauso wenig wie die SSP und DSP – kein Wiederverkäufer von Werbeinventar. Er diene lediglich der technischen Abwicklung der Werbung. Er sei sozusagen die Markthalle oder die Börse, in der sich Verkäufer und Käufer treffen und den Handel abschliessen würden. Aus diesem Grund könne nach Auffassung der beteiligten Unternehmen kein «Markt für den Einkauf von Werbeinventar bei Ad Exchanges» dargestellt werden.

66. Die DSP würden die Nachfrage der Werbetreibenden nach Werbeinventar an die SSP weiterleiten. Allerdings sei eine Bezeichnung als «Markt für den Einkauf von Werbeinventar bei SSP» nicht korrekt, weil die DSP keine Werbeinventar bei den SSP «einkaufen» würden. DSP und SSP seien nur Hilfsmittel für die effiziente Abwicklung der Werbung, aber weder Ein- noch Verkäufer von Werbeinventar. Verkäufer seien die Publisher, Käufer die Werbetreibenden (bzw. ihre Agenturen), die SSP und die DSP erleichterten die Abwicklung und würden dafür mit einer «Tech Fee» entschädigt.

67. DSP eigneten sich grundsätzlich für alle digitalen Werbeformen, da diese automatisiert gebucht und ausgespielt werden könnten. Dazu gehörten heute in erster Linie Online-Display- und -Bewegtbild-Werbung, und grundsätzlich auch digitale OOH-Werbung. Es seien die identischen DSP, welche in der Regel die Abwicklung all dieser Formen von digitaler Werbung ermöglichten. Es sei zwar durchaus möglich, dass sich gewisse DSP auf bestimmte digitale Werbeformen fokussierten. Mit den entsprechenden Anpassungen könnten jedoch auch sie ihr Angebot jederzeit auf weitere Werbeformen ausweiten. Deshalb seien keine weiteren Marktabgrenzungen nach unterschiedlichen digitalen Werbeformen angezeigt.

68. Die Meldung geht auch davon aus, dass Medienagenturen und Werbetreibende die gleiche Marktgegenseite seien. Entweder gelangten die werbetreibenden Unternehmen direkt an die DSP – was häufig (aber keineswegs immer) bei kleineren Unternehmen der Fall sei – oder sie beauftragten eine Medienagentur – was die Regel sei. Dann trete die Medienagentur als Vertreter des werbetreibenden Unternehmens auf. Die Nachfrage der Medienagenturen sei daher immer eine vom Werbetreibenden abgeleitete Nachfrage. Für sich selbst nutze die Medienagentur (Ausnahme Eigenwerbung) keine DSP. Aus diesem Grund mache es keinen Sinn, die Märkte getrennt nach den Nachfragern Medienagenturen und Werbetreibende abzugrenzen.

## II. Schweizerische und Europäische Fallpraxis

69. Für Tätigkeiten in den Bereichen DSP und SSP bestehen keine oder kaum Marktabgrenzungen in Entscheidungen der WEKO. Für DSP sind noch keine Marktabgrenzungen erfolgt. Im Zusammenschlussvorhaben *Publigroupe/ImproveDigital* war die Tätigkeit der Vermittlung von Werberaum über eine RTB-Plattform zentral. Die Geschäftstätigkeit von ImproveDigital B.V. bezog sich hauptsächlich auf die spezifische Form von Netzwerkwerbung des RTB. Daher war für die Zwecke der Beurteilung dieses Zusammenschlussvorhabens ein Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen abzugrenzen.<sup>35</sup>

70. Die europäische Fallpraxis weist mehr Berührungspunkte spezifisch mit DSP und SSP auf. Für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens *Google/DoubleClick* grenzte die EU-Kommission unter anderem Märkte für Ad-serving-Tools ab. Gemäss EU-Kommission Sorge ein Ad-serving-Tool dafür, dass die richtige Anzeige zur richtigen Zeit am richtigen Ort auf der Fläche der Website des Website-Betreibers erscheint, nachdem eine Werbefläche entweder direkt durch einen Website-Betreiber oder über einen Vermittler an einen Werbetreibenden verkauft wurde. Der Werbetreibende erstelle Anzeigen und lade diese auf einen Adserver für Werbetreibende. Dabei gebe der Website-Betreiber die Bedingungen der Werbekampagne (Position, Preis, Zielkriterien) auf einem Adserver für Website-Betreiber ein. Verschiedene Unternehmen würden Tools (Software) anbieten, die das Ad-serving für Werbetreibende oder Website-Betreiber oder beide durchführten. Bei diesen Tools handle es sich um gehostete oder nicht gehostete Lösungen. Gehostete Lösungen basierten auf Tools, die Online-Zugriff auf die Hauptsoftware gewährleisteten, die sich physikalisch auf Servern befände, welche von Softwareanbietern verwaltet würden oder diesen gehörten. Einige Vermittler (z. B. Ad-Netzwerke) würden Kunden zur Anpassung von nicht gehosteten – auch als client-based bezeichnet – Lösungen Routing-Dienste anbieten.<sup>36</sup>

71. Bei diesem System der Online-Werbung zähle es gemäss EU-Kommission zu den besonderen Eigenschaften, dass Website-Betreiber und Werbetreibende ein Ad-serving-Tool einsetzen müssten. Daher habe sich ein Markt für die Bereitstellung solcher Tools und/oder Ad-serving-Dienstleistungen für Werbetreibende und Website-Betreiber entwickelt. Hierbei unterschied die EU-Kommission auch zwischen Online-Ad-serving-Technologie für Text und Online-Ad-serving-Technologie für Display-Werbung. Demzufolge grenzte die EU-Kommission einen getrennten Markt für die Bereitstellung von Ad-serving für Display-Werbung ab, der weiter nach der Bereitstellung dieser Dienstleistungen an Werbetreibende und an Website-Betreiber untergliedert werden könne.<sup>37</sup>

72. Beim Zusammenschlussvorhaben *Verizon/Yahoo* unterschied die EU-Kommission nebst Online- und Offline-Werbedienstleistungen auch zwischen Suchmaschinen- und Nicht-Suchmaschinenwerbung. Weiter zog die EU-Kommission in Betracht den Markt weiter zu unterteilen (z. B. nach Endgerät wie PC oder Mobile), liess diese Frage allerdings letztlich offen.<sup>38</sup>

73. Für das Zusammenschlussvorhaben *Google/Fitbit* legte die EU-Kommission im Bereich der Werbetechnologiedienstleistungen («ad tech services») der Beurteilung mehrere Marktabgrenzungen zugrunde.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> RPW 2013/1, 97 Rz 38 ff. (insb. Rz 42), *Publigroupe/ImproveDigital*.

<sup>36</sup> EU-KOMM, COMP/M.4731 vom 11.3.2008, Rz 26 ff., *Google/DoubleClick*.

<sup>37</sup> EU-KOMM, COMP/M.4731 vom 11.3.2008, Rz 74 ff., *Google/DoubleClick*.

<sup>38</sup> EU-KOMM, COMP/M.8180 vom 21.12.2016, Rz 23 f., *Verizon/Yahoo*.

<sup>39</sup> EU-KOMM, COMP/M.9660 vom 17.12.2020, Rz 164 f, *Google/Fitbit*; BKartA Sektoruntersuchung Online-Werbung (Fn 31), Rz 74.

- die Bereitstellung von Netzwerkdiensten für Suchmaschinenwerbung («the supply of search ad network services»),
- die Bereitstellung von SSP-Diensten für Display-Werbung («the supply of display ads SSP services»),
- die Bereitstellung von DSP-Diensten für Display-Werbung («the supply of display ads DSP services»),
- die Bereitstellung von Netzwerk-Diensten für Display-Werbung («the supply of display ad network services»),
- die Bereitstellung von Adserver-Diensten an Publisher für Display-Werbung («the supply of display ads publisher ad server services»),
- die Bereitstellung von Adserver-Diensten an Werbetreibende für Display-Werbung («the supply of display ads advertiser ad server services»),
- die Bereitstellung von Analysediensten («the supply of analytics services»).

74. Hierzu kann ergänzt werden, dass das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung Online-Werbung die Tätigkeiten in diesen Märkten als Kernleistungen bezeichnet. Dass diese Kernleistungen je nach Anbieter mit weiteren Leistungen im Bündel angeboten würden, bei den AdServern beispielsweise insbesondere mit solchen, die in den Bereich AdVerification hineinreichten, schliesse eine differenzierte Marktabgrenzung grundsätzlich nicht aus.<sup>40</sup>

### III. Marktabgrenzungen im vorliegenden Fall

75. AdUnit biete gemäss Meldung DSP-Dienste an (vgl. Rz 61). Dazu führt die Meldung aus, die Werbetreibenden und die Agenturen könnten ihre Werbung für die Ausspielung direkt in die DSP von AdUnit eingeben. Mit anderen Worten fungiert die DSP von AdUnit aufgrund der Angaben der Meldung auch als Adserver. Zudem eigneten sich DSP gemäss Meldung grundsätzlich für alle digitalen Werbeformen, da diese automatisiert gebucht und ausgespielt werden könnten (vgl. Rz 67). Dazu gehörten heute in erster Linie Online-Display- und -Bewegtbild-Werbung, und grundsätzlich auch digitale OOH-Werbung.

76. Weiter ist festzustellen, dass AdUnit DSP-Dienste spezifisch für die Bedürfnisse von Werbetreibenden und spezifisch für die Bedürfnisse von Agenturen anbietet. Beispielsweise enthält die DSP-Lösung für Agenturen zusätzliche Funktionen wie eine Produkte-Toolbox mit verschiedenen Kampagnen-Modulen oder eine Verwaltung von Kampagnen für verschiedene Kunden (Kundenverwaltung).<sup>41</sup> Generell erscheint es für die Literatur als geeignet, im Bereich der Online-Ad-serving-Technologie zwischen Adserver für Verlage und Adserver für Werbetreibende zu unterteilen. Adserver für Verlage erfüllen wesentlich andere Bedürfnisse als Adserver für Werbetreibende und richten sich an unterschiedliche Kundengruppen.<sup>42</sup>

77. Zudem können die Werbetreibenden und die Agenturen jeweils über das SaaS-Angebot von AdUnit wählen, ob sie eine gehostete (vgl. Rz 70) oder eine an die eigenen Systeme angeschlossene DSP-Lösung wünschen (vgl. Rz 14).

78. Vor dem Hintergrund dieser Angaben der Meldung, der verfügbaren Informationen, dem System der programmatischen Werbung bzw. des Werbe-Technologie-Stapels und der europäischen Fallpraxis kann zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von folgenden sachlich relevanten Märkten im Bereich DSP ausgegangen werden, ohne allerdings eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen:

- sachlich relevanter Markt für die gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Werbetreibende,
- sachlich relevanter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Werbetreibende,
- sachlich relevanter Markt für die gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Agenturen,
- sachlich relevanter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Agenturen.

79. Für künftige Fälle ist je nach in Frage stehenden DSP-Diensten zusätzlich eine Abgrenzung nach Endgerät (wie bspw. PC- oder Mobile), nach Medienkanal (wo die Werbung erscheint) oder nach Medientyp (z. B. Text, Bild, Audio oder Video) in Betracht zu ziehen. In diesem Fall werden Meldungen etwaiger künftiger Zusammenschlüsse in diesem Bereich aufzeigen müssen, nach welchen weiteren Möglichkeiten zu unterscheiden ist.

#### B.4.1.2.2. Räumlich relevante Märkte im Bereich DSP

80. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien könne über eine DSP grundsätzlich weltweit Werbung gebucht und ausgespielt werden. Die wichtigen Anbieter, allen voran Google mit der DSP «DV360», seien international tätige Unternehmen. Deshalb sei der Markt für den Betrieb von DSP ein internationaler, zumindest aber ein europäischer Markt.

81. Wie bereits erwähnt, besteht keine schweizerische Fallpraxis für Marktabgrenzungen im Bereich DSP (vgl. Rz 69).

82. Die EU-Kommission ging im Zusammenschlussvorhaben *Google/DoubleClick* bei der Bereitstellung von Online-Werbedienstleistungen von einem mindestens EWR-weiten räumlichen Markt aus. Der Grund für diese räumliche Marktabgrenzung sei, dass *DoubleClick* nur in vier Mitgliedstaaten Server betreibe, allerdings Einnahmen in den meisten Mitgliedstaaten erziele. Gemäss EU-Kommission würden Werbedienstleistungen je nach Grösse und Geschäftsorganisation innerhalb des EWR grenzüberschreitend verkauft.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> BKartA Sektoruntersuchung Online-Werbung (Fn 31), Rz 75.

<sup>41</sup> <<https://www.adunit.ch/enterprise>> und <<https://www.adunit.ch/agency>> (6.12.2022).

<sup>42</sup> GERADIN/KATSIFIS (Fn 23), 68 f.

<sup>43</sup> EU-KOMM, COMP/M.4731 vom 11.3.2008, Rz 89 ff., *Google/DoubleClick*.

83. Beim Zusammenschlussvorhaben Verizon/Yahoo hielt die EU-Kommission fest, sie sei in früheren Entscheidungen zum Schluss gekommen, dass der Markt für Online-Werbung innerhalb des EWR entlang nationaler oder sprachlicher Grenzen aufgeteilt werden könne; obwohl sie die Definition des räumlichen Marktes in einem Fall letztlich offengelassen habe. Zu den Faktoren, die auf eine nationale oder sprachliche Definition des räumlichen Marktes hindeuten würden, gehörten die Kaufpräferenzen und Sprachen der Kunden sowie das Vorhandensein von Unterstützungs- und Vertriebsnetzen auf nationaler Ebene. Für die Zwecke der Beurteilung des Zusammenschlusses *Verizon/Yahoo* liess die EU-Kommission die genaue Definition des räumlichen Marktes offen.<sup>44</sup>

84. Dem Zusammenschlussvorhaben *Google/Fitbit* legte die EU-Kommission in Anlehnung an frühere Entscheide eine zumindest EWR-weite Marktabgrenzung zugrunde.<sup>45</sup>

85. Anhand dieser europäischen Fallpraxis ist eine europaweite räumliche Marktabgrenzung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. In diese Richtung geht auch die Begründung der Meldung (vgl. Rz 80): Dass über eine DSP grundsätzlich weltweit Werbung gebucht und ausgespielt werden könne und die wichtigen Anbieter (allen voran Google) international tätige Unternehmen seien, besagt indes nichts zur Situation von AdUnit. Tatsächlich unterscheidet sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zwischen TX und AdUnit von den europäischen Fällen mit EWR-weiter räumlicher Marktabgrenzung. Insbesondere kann AdUnit hinsichtlich Grösse und Geschäftsorganisation nicht mit bspw. Google verglichen werden. Auch die Umsatzangaben in der Meldung lassen nicht darauf schliessen, dass AdUnit einen massgeblichen Teil des Umsatzes grenzüberschreitend erwirtschaftet.

86. Folglich ist zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens für die sachlich relevanten Märkte im Bereich DSP von einer schweizweiten räumlich relevanten Marktabgrenzung auszugehen. Allerdings kann die räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen werden.

#### **B.4.1.3 Märkte im Bereich SSP**

##### **B.4.1.3.1. Sachlich relevante Märkte im Bereich SSP**

87. Gemäss Meldung stelle AdUnit für Inhaber von digitalem Werberaum eine Softwarelösung zur Verfügung, die es ermögliche, diesen Werberaum effizient zu bewirtschaften. Die Softwarelösung kann für Verkauf, Buchung und die Abwicklung des digitalen Werberaums genutzt werden. Nach Ansicht der Meldung sei AdUnit damit auf einem eigenständigen Softwaremarkt tätig, auf dem die Anbieter von digitalem Werberaum entsprechende Softwarelösungen zur Bewirtschaftung ihres Werberaums nachfragten. Das Customer Center von AdUnit sei die Benutzer-Schnittstelle für alle Angebote von AdUnit (vgl. Rz 8, 11, 14 und 17). Publisher nutzten die dort verfügbare Softwarelösung zum Verkauf und zur Abwicklung ihrer Werbung. Dieses Angebot sei dem Markt für Softwarelösungen für digitale Werbung zuzuordnen.

88. Die in der Meldung beschriebene Werbetechnologie-Dienste von AdUnit an Werberauminhaber bzw. eben Publisher sind als SSP zu qualifizieren. Somit ist analog

zu den Ausführungen betreffend Marktabgrenzung im Bereich DSP zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von folgenden sachlich relevanten Märkten im Bereich SSP auszugehen, ohne allerdings eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen (vgl. Rz 78):

- sachlich relevanter Markt für die gehostete Bereitstellung von SSP-Diensten für digitale Werbung an Publisher,
- sachlich relevanter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von SSP-Diensten für digitale Werbung an Publisher.

89. Auch hier ist für künftige Fälle je nach in Frage stehenden SSP-Diensten zusätzlich eine Abgrenzung nach Endgerät (wie bspw. PC- oder Mobile), nach Medienkanal (wo die Werbung erscheint) oder nach Medientyp (z. B. Text, Bild, Audio oder Video) in Betracht zu ziehen. In diesem Fall werden Meldungen etwaiger künftiger Zusammenschlüsse in diesem Bereich aufzeigen müssen, nach welchen weiteren Möglichkeiten zu unterscheiden ist.

##### **B.4.1.3.2. Räumlich relevante Märkte im Bereich SSP**

90. Die wichtigsten Anbieter solcher Softwarelösungen seien mit Unternehmen wie z. B. Google oder Meta international tätige Unternehmen. Zudem könne eine solche Softwarelösung grundsätzlich weltweit angewendet werden. Deshalb sei der Markt für Softwarelösungen für digitale Werbung ein internationaler, zumindest aber ein europäischer Markt.

91. Analog zum Vorgehen bei der Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte im Bereich DSP ist zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch für die sachlich relevanten Märkte im Bereich SSP von einer schweizweiten räumlich relevanten Marktabgrenzung auszugehen (vgl. Rz 85). Allerdings kann die räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen werden.

##### **B.4.1.4 Markt im Bereich DSP-seitiger Handel von Werberaum für Display-Werbung**

###### **B.4.1.4.1. Sachlich relevanter Markt im Bereich DSP-seitiger Handel von Werberaum für Display-Werbung**

92. Gemäss Meldung könne kein «Markt für den Einkauf von Werbeinventar bei Ad Exchanges» dargestellt werden. Der Begriff «Ad Exchange» beschreibe keine eigenständige Dienstleistung, sondern den «Matching»-Prozess zwischen DSP und SSP, welche direkt über technische Schnittstellen miteinander verbunden seien. Dabei sei eine DSP mit mehreren SSP und umgekehrt eine SSP mit mehreren DSP übers Kreuz verbunden. Dieses System gebildet aus DSP und SSP seien der «Ad Exchange». «Ad Exchange» werde nicht als eigenständiger Service im Markt angeboten, sondern die «Ad Exchange»-Fähigkeit sei Teil der Funktionalität der DSP und SSP, damit über sie effizient Werbung abgewickelt

<sup>44</sup> EU-KOMM, COMP/M.8180 vom 21.12.2016, Rz 27 f., *Verizon/Yahoo*.

<sup>45</sup> EU-KOMM, COMP/M.9660 vom 17.12.2020, Rz 172 f., *Google/Fitbit*.

werden könne. Ad Exchange diene lediglich der technischen Abwicklung der Werbung. Er sei sozusagen die Markthalle oder die Börse, in der sich Verkäufer und Käufer treffen und den Handel abschliessen würden (vgl. Rz 64 f.).

93. Die DSP würden die Nachfrage der Werbetreibenden nach Werbeinventar an die SSP weiterleiten. Allerdings sei eine Bezeichnung als «Markt für den Einkauf von Werbeinventar bei SSP» nicht korrekt, weil die DSP keine Werbeinventar bei den SSP «einkaufen» würden. DSP und SSP seien nur Hilfsmittel für die effiziente Abwicklung der Werbung, aber weder Ein- noch Verkäufer von Werbeinventar. Verkäufer seien die Publisher, Käufer die Werbetreibenden (bzw. ihre Agenturen), die SSP und die DSP erleichterten die Abwicklung und würden dafür mit einer «Tech Fee» entschädigt (vgl. Rz 66).

94. Die Ausführungen der Meldung in Bezug auf Ad Exchanges zeigen, dass die DSP und die SSP von AdUnit über die Funktionen für Ad Exchange ausgestattet sind. Mit der Ausstattung dieser Funktionen sind die DSP und SSP von AdUnit Teil der durch die von DSP und SSP gebildeten sog. Markthalle oder Börse, in der sich Verkäufer und Käufer treffen und den Handel abschliessen würden. Zu diesem Zweck sind die DSP und die SSP wie von der Meldung ausgeführt miteinander verbunden.

95. Diese Markthallen oder Börsen oder Marktplätze liegen wie bereits ausgeführt im Zentrum der Lieferkette. Dort findet der elektronische Handel oder Austausch mit digitaler Werbung (programmatische Werbung) statt, welcher über Ad Exchanges erfolgt (vgl. Rz 53). Allerdings sei bei der SSP von AdUnit gemäss Meldung eine Ad Exchange-Funktion integriert. Damit kombiniert die SSP von AdUnit die Funktionen SSP und Ad Exchange. Diese Kombination von SSP und Ad Exchange bzw. Integration von Ad Exchange in die SSP geht auf die Entwicklungen der letzten Jahre zurück (vgl. Rz 59). Es ist allerdings davon auszugehen, dass zurzeit auch noch nicht-integrierte SSP und Ad Exchanges existieren.

96. In der Funktion als Ad Exchange bietet die SSP/Ad Exchange von AdUnit eine Werbebörse oder einen Marktplatz für Werberaum an. Ihre Marktgegenseite sind DSP, die Zugang zu dieser Börse oder diesem Marktplatz nachfragen.

97. Die DSP von AdUnit verfüge gemäss Meldung über die Funktion, sich direkt mit SSP/Ad Exchanges und Ad Exchanges direkt zu verbinden. Somit tritt die DSP von Ad Unit als Nachfragerin nach Zugang zu den Werbebörsen oder Marktplätzen für digitale Werbung auf. Marktgegenseite sind SSP/Ad Exchanges und Ad Exchanges, die Zugang zu ihren Werbebörsen oder Marktplätzen anbieten. Nicht-integrierte SSP sind nicht Teil dieses Marktes, weil sie keine Ad Exchange-Dienste anbieten.

98. Aufgrund dieser Ausführungen ist zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem Markt für DSP-seitigen Handel von Werberaum für Display-Werbung auszugehen; ohne allerdings eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen.

99. Weil AdUnit sowohl DSP als auch SSP/Ad Exchanges anbietet, tritt AdUnit auf diesem Markt sowohl als Nachfragerin als auch als Anbieterin auf. Zudem tritt TX mit ihrem DSP-Dienst auch als Nachfragerin auf.

100. Für künftige Fälle ist je nach in Frage stehenden gehandelter Werbung zusätzlich eine Abgrenzung nach Endgerät (wie bspw. PC- oder Mobile), nach Medienkanal (wo die Werbung erscheint) oder nach Medientyp (z. B. Text, Bild, Audio oder Video) in Betracht zu ziehen. In diesem Fall werden Meldungen etwaiger künftiger Zusammenschlüsse in diesem Bereich aufzeigen müssen, nach welchen weiteren Möglichkeiten zu unterscheiden ist.

#### **B.4.1.4.2. Räumlich relevanter Markt im Bereich DSP-seitiger Handel von Werberaum für Display-Werbung**

101. Analog zu den Ausführungen zu den räumlich relevanten Märkten in den Bereichen DSP und SSP ist zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens beim sachlich relevanten Markt für den DSP-seitigen Handel von Werberaum für Display-Werbung von einer schweizweiten räumlich relevanten Marktabgrenzung auszugehen.

#### **B.4.1.5 Relevante Märkte**

102. Zum Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ergeben sich zusammengefasst folgende relevante Märkte:

- schweizweiter Markt für die gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Werbetreibende,
- schweizweiter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Werbetreibende,
- schweizweiter Markt für die gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Agenturen,
- schweizweiter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Agenturen
- schweizweiter Markt für die gehostete Bereitstellung von SSP-Diensten für digitale Werbung an Publisher,
- schweizweiter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von SSP-Diensten für digitale Werbung an Publisher,
- schweizweiter Markt für den DSP-seitigen Handel von Werberaum für Display-Werbung.

103. Wie bereits erwähnt, können sich in anderen Zusammenschlussvorhaben andere Marktabgrenzungen ergeben (vgl. Rz 50, 79 und 89). Meldungen von etwaigen künftigen Zusammenschlussvorhaben müssen diesem Umstand Rechnung tragen.

### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

#### **B.4.2.1 Vorbemerkungen**

104. 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.

105. 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. Somit können bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen.<sup>46</sup>

106. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung bzw. Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.<sup>47</sup>

107. 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 eingeschessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann. In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>48</sup>

#### **B.4.2.2 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU**

108. Gemäss Meldung sei für die Berechnung der Marktanteile als Gesamtmarkt vom Volumen der digitalen Werbung auszugehen, die über DSP gebucht und ausgespielt werde. Da dies auf «Programmatic Advertising» zutreffe, entspreche dessen Anteil dem vorliegend relevanten Marktsegment. Entsprechendes gelte auch für den «Markt für Softwarelösung für digitale Werbung», mithin für die Märkte im Bereich SSP.

109. Wie bereits erwähnt, besteht keine schweizerische Fallpraxis im vorliegend relevanten Bereich (vgl. Rz 69). Grundsätzlich ist es denkbar, im vorliegenden Fall die Marktanteile wie in der Meldung geltend gemacht anhand der über die DSP bzw. SSP gebuchten und ausgespielten Werbevolumen im Verhältnis zum Gesamtvolumen an digitaler Werbung, welches über DSP und SSP buchbar und ausspielbar ist, zu berechnen. Alternativ wäre etwa auch eine Betrachtung anhand der Gesamtheit der für die jeweilige marktgegenständliche Dienstleistung erbrachten Tech-Fees (vgl. Rz 6, 9 und 61 f.) denkbar.

110. Die EU-Kommission stützte sich im Zusammenschlussvorhaben *Google/DoubleClick* grundsätzlich auf die vom Interactive Advertising Bureau (nachfolgend: IAB) angegebenen Gesamtmarktgrössen.<sup>49</sup> Aus dem

Beschluss ist allerdings nicht ersichtlich, ob sich die EU-Kommission bei der Feststellung der Marktanteile von *DoubleClick* auf den Märkten für Ad-serving-Tools auf die Gesamtmarktgrösse für Online-Werbung bezog oder auf die mit den entsprechenden Dienstleistungen insgesamt erzielten Tech-Fees.<sup>50</sup>

111. Auch aus dem Beschluss der EU-Kommission zum Zusammenschlussvorhaben *Verizon/Yahoo* geht nicht hervor, welche Gesamtmarktgrösse zur Berechnung der Marktanteile heranzuziehen ist.<sup>51</sup>

112. Beim Zusammenschlussvorhaben *Google/Fitbit* konnte die EU-Kommission keine Marktanteile für die jeweils marktspezifischen Dienstleistungen im Bereich der Werbetechnologiedienstleistungen («ad tech services») feststellen. Für die Zwecke jenes Verfahrens hatte die EU-Kommission jedoch keinen Grund zu der Annahme, dass die Anteile von Google von denen des Gesamtmarktes für Werbenetze in einer Weise abweichen, welche die Schlussfolgerungen ändern würde.<sup>52</sup>

113. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Marktanteile anhand der Metriken Absatzmenge und Umsatzwert dieser Menge berechnet werden können, ohne sich jedoch darüber auszusprechen, welcher Methode höhere Aussagekraft zukommt.<sup>53</sup>

114. Zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens erscheint es zusammengefasst jedenfalls nicht als abwegig, auf die in der Meldung angegebenen Gesamtmarktgrössen des IAB abzustellen. Dies schliesst nicht aus, dass in künftigen Fällen bei einer veränderten Datengrundlage auf eine andere Methode abzustellen ist.

115. Gemäss Meldung weist das IAB für die Schweiz ein Gesamtmarktvolumen für digitale Werbung von rund 1173 Millionen Franken aus. In diesen Zahlen seien die Display- (Banner-)Werbung und die Bewegtbildwerbung sowie digitale Audio-Werbung (z.B. von Streaming-Diensten und Internetradio) enthalten. Nicht berücksichtigt sei in den Zahlen von IAB die Suchmaschinenwerbung, was für die vorliegende Marktabgrenzung sachgerecht sei, weil Suchmaschinenwerbung in der Regel nicht über DSPs, sondern direkt beim Suchmaschinenbetreiber gebucht werde. Weiter seien digitale OOH-Werbung und

<sup>46</sup> Vgl. RPW 2022/2, 356 Rz 251 f., [A]/[B]; RPW 2021/3, 665 Rz 75 ff., *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 500 Rz 45 ff., *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 510 f. Rz 64 ff., *TX Group/Immowelt Schweiz*.

<sup>47</sup> Vgl. RPW 2022/2, 356 Rz 253, [A]/[B]; RPW 2021/3, 666 Rz 79, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 500 Rz 49, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 511 Rz 68, *TX Group/Immowelt Schweiz*.

<sup>48</sup> Vgl. RPW 2022/2, 356 Rz 254, [A]/[B]; RPW 2021/3, 666 Rz 81, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 501 Rz 51, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 511 Rz 70, *TX Group/Immowelt Schweiz*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004, S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>49</sup> EU-KOMM, COMP/M.4731 vom 11.3.2008, Rz 108, *Google/DoubleClick*.

<sup>50</sup> EU-KOMM, COMP/M.4731 vom 11.3.2008, Rz 115, *Google/DoubleClick*.

<sup>51</sup> EU-KOMM, COMP/M.8180 vom 21.12.2016, Rz 86 ff., *Verizon/Yahoo*.

<sup>52</sup> EU-KOMM, COMP/M.9660 vom 17.12.2020, Rz 350, *Google/Fitbit*.

<sup>53</sup> BKartA Sektoruntersuchung Online-Werbung (Fn 31), Rz 112 f.

besondere Formen digitaler TV-Werbung in diesem Marktvolumen nicht enthalten. Diese digitalen Werbeformen würden teilweise über DSP gebucht und müssten eigentlich Teil des Gesamtmarkts sein. Ohne diese Werbeformen sei der Gesamtmarkts somit zu klein, was aber angesichts der sehr tiefen Marktanteile der beteiligten Unternehmen vernachlässigt werden könne. Werbung auf Social-Media-Plattformen sei in den IAB-Zahlen enthalten. Da diese aber in der Regel ebenfalls nicht über DSP gebucht und ausgespielt werde, werde ihr Anteil (rund 49.5 %) herausgerechnet. Das IAB weise für die

einzelnen Ländern den Anteil aus, der auf «Programmatic Advertising» entfalle. Für die Schweiz seien dies 55 %. Daraus resultiere für die Schweiz annäherungsweise ein Gesamtmarktvolumen von rund 326 Millionen Franken.

116. Tabelle 2 enthält die Marktanteile der TX-Gruppe und von Ad Unit 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»).

Relevanter Markt		TX-Gruppe	AdUnit	Gemeinsamer Marktanteil	Betroffener Markt
DSP- Märkte	Schweizweiter Markt für die gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Werbetreibende	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Werbetreibende	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für die gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Agenturen	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von DSP-Diensten für digitale Werbung an Agenturen	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
SSP- Märkte	Schweizweiter Markt für die gehostete Bereitstellung von SSP-Diensten für digitale Werbung an Publisher	-	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für die nicht gehostete Bereitstellung von SSP-Diensten für digitale Werbung an Publisher	-	[0-10] %	[0-10] %	nein
Handel	Schweizweiter Markt für den DSP-seitigen Handel von Werberaum für Display-Werbung (aus Angebots-Sicht, SSP/AD Exchange)	-	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für den DSP-seitigen Handel von Werberaum für Display-Werbung (aus Nachfrage-Sicht, DSP)	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein

Tabelle 2: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2022

117. Für eine Schätzung der Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf dem schweizweiten Markt für den DSP-seitigen Handel von Werberaum für Display-Werbung können im vorliegenden Fall die gleichen Marktanteile herangezogen werden wie für die DSP- und SSP-Märkte. Im vorliegenden Fall stellt der um Social-Media bereinigte Umsatz an digitaler Werbung, der auf programmatische Werbung entfällt, das Gesamtmarktvolumen dar. Es ist somit davon auszugehen, dass dies das Werbevolumen, welches auf dem Markt für den DSP-seitigen Handel von Werberaum für Display-Werbung abgewickelt wird, darstellt. Die Werbevolumina, welche die Parteien über ihre DSP bzw. SSP/Ad Exchange abwickeln, im Verhältnis zu diesem Gesamtwerbevolumen, entsprechen in diesem Fall den Marktanteilen.

## B.5 Ergebnis

118. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben liegen keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

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

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Dezember 2022*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 12. Dezember 2022*

1. Am 21. November 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Diese Meldung betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Kickbag GmbH durch die Post CH AG.

2. Die **Post CH AG** (nachfolgend: Post CH) ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Bern, Schweiz. Sie ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post AG (nachfolgend: Schweizerische Post), einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft gemäss dem Postorganisationsgesetz<sup>3</sup>. Die Post CH bezweckt hauptsächlich die ordnungsgemässe Erfüllung der ihr von der Schweizerischen Post übertragenen Verpflichtungen zur Grundversorgung der Schweiz mit Postdiensten gemäss der anwendbaren Schweizer Postgesetzgebung sowie die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen im In- und Ausland und die Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen.

3. Die Schweizerische Post ist die historisch öffentliche Postbetreiberin in der Schweiz und hat nebst der Post CH vier weitere strategische Tochtergesellschaften: die Post-Finance AG, die PostAuto AG, die Post CH Kommunikation AG und die Post CH Netz AG. Art. 3 POG regelt den Unternehmenszweck der Schweizerischen Post. Demnach bezweckt die Schweizerische Post im In- und Ausland die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern, die Erbringung von Finanzdienstleistungen, namentlich im Bereich des Zahlungsverkehrs, sowie Dienstleistungen im regionalen Personenverkehr sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen. Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist Alleineignerin der Schweizerischen Post.

4. Die **Kickbag GmbH** (nachfolgend: Zielgesellschaft) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in St. Gallen, Schweiz. Die Zielgesellschaft wurde im Juli 2020 als Startup Unternehmen gegründet und ist im Bereich Transportverpackungen für den Paketversand von Versandhändlern in der Schweiz tätig. Sie vertreibt namentlich den Kickbag, eine Mehrweg-Versandtasche aus recyceltem PET. Der Kickbag kann von einem Versandhändler wiederverwendet werden, sofern der Endkunde den Kickbag dem Versandhändler retourniert. Dabei sind zwei Szenarien denkbar: Behält der Endkunde die bestellte Ware nicht oder nur einen Teil davon, kann er den

Kickbag für die Rücksendung der Ware an den Versandhändler verwenden. Behält der Endkunde hingegen die gesamte bestellte Ware, hat er die Möglichkeit, den leeren Kickbag zusammenzufalten, zu verschliessen und an den Versandhändler zu retournieren (z. B. als Einzelbriefsendung durch Einwurf in einen Briefkasten der Schweizerischen Post). Die Organisation der Rücksendung von leeren Kickbags bietet die Zielgesellschaft den Versandhändlern als Zusatzdienstleistung an, die jedoch nur im Bündel mit dem Kauf des Kickbags erhältlich ist.<sup>4</sup>

5. Die Post CH (kontrollerlangendes Unternehmen) erwirbt mit Vollzug des Kaufvertrags<sup>5</sup> sämtliche Stammanteile an der Zielgesellschaft (kontrolliertes Unternehmen) und damit die alleinige Kontrolle über diese. Der gemeldete Zusammenschluss hat damit die Erlangung der Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 1 Bst. a VKU über ein bisher unabhängiges Unternehmen zum Gegenstand.

6. Gemäss Meldung bezweckt die Post CH mit dem Zusammenschlussvorhaben einen Beitrag zur Nachhaltigkeit zu leisten. Dank der Wiederverwendbarkeit des Kickbags kann eine substantielle Reduktion der Umweltbelastungen (z. B. CO<sub>2</sub>-Emissionen), die bei der Gewinnung der Rohstoffe und der Produktion von Transportverpackungen entstehen, erreicht werden.<sup>6</sup>

7. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2021 gemeinsam einen weltweiten Umsatz von über 2 Mrd. Franken.<sup>7</sup> In der Schweiz betrug allerdings nur der Umsatz der Schweizerischen Post mindestens 100 Mio. Franken.<sup>8</sup> Damit werden die Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG in casu nicht erreicht.

8. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht ungeachtet der Erreichung der Schwellenwerte nach Abs. 1 eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem 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. Die Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht somit

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

<sup>2</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1).

<sup>4</sup> Vgl. Meldung, Rz 10 ff.

<sup>5</sup> Kaufvertrag vom 11. November 2022 betreffend Kauf und Verkauf von [...] Stammanteile der Kickbag GmbH (entsprechend 100%), Beilage Nr. 3 der Meldung.

<sup>6</sup> Vgl. Meldung, Rz 37 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Meldung, Rz 41.

<sup>8</sup> Vgl. Meldung, Rz 43.

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.

9. In seiner Beratungsantwort<sup>9</sup> auf eine entsprechende Anfrage der Post CH erläutert das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat), weshalb vorliegend beide vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind und deshalb eine Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 9 Abs. 4 KG gegeben ist: Erstens hat die WEKO mit Verfügung vom 30. Oktober 2017, Dispositivziffer 1, rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung der Post CH auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden (nachfolgend: Briefmärkte) festgestellt.<sup>10</sup> Zweitens können nach Ansicht des Sekretariats Wettbewerbseffekte zwischen den Briefmärkten und einem möglichen Markt, auf dem die Zielgesellschaft tätig ist, nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

10. 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).

11. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

12. 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). 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).

13. 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 (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

14. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem die Zielgesellschaft tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Die Zielgesellschaft vertreibt den Kickbag, der von Versandhändlern nachgefragt wird. Gemäss den Angaben in der Meldung stehen den Versandhändlern neben dem Kickbag eine Vielzahl von konventionellen Transportverpackungslösungen für den Versand ihrer

Waren an Endkunden zur Verfügung. Konventionelle Transportverpackungen bestehen meist aus Karton, Papier oder Plastik, wobei auch hier vermehrt Bestrebungen in Richtung Verminderung von Umweltbelastungen im Gange sind. Neben den konventionellen Transportverpackungslösungen existiert eine Vielzahl von Mehrweg-Transportverpackungen. Der Kickbag ist somit nur eine von vielen Transportverpackungslösungen für Versandhändler.<sup>11</sup>

15. Die Zusammenschlussparteien gehen von einem sachlich relevanten Markt für Transportverpackungen für den Paketversand von Versandhändlern aus<sup>12</sup>, welcher mindestens die Schweiz und den EWR umfasst.<sup>13</sup>

16. Die WEKO hat sich bisher u. a. mit den Bereichen Verpackungen<sup>14</sup>, Getränkekartons<sup>15</sup> und Medikamentenverblisterung<sup>16</sup> befasst. Im Bereich Transportverpackungen hat die WEKO bislang keine sachlich relevanten Märkte abgegrenzt.

17. Die Europäische Kommission grenzte in ihrer Praxis einen Markt für Transportverpackungen ab, der weiter nach (i) dem Verpackungsmaterial und/oder (ii) den Endverwendungsbranchen unterteilt werden könne. Sie liess offen, ob darüber hinaus zwischen Mehrweg- und Einwegverpackungen zu unterscheiden ist.<sup>17</sup>

18. Die WEKO hat für den Bereich Verpackungen den räumlich relevanten Markt auf mindestens Westeuropa festgelegt. Begründet wurde diese Abgrenzung mit tiefen Transportkosten, dem Fehlen von relevanten Preisunterschieden zwischen den Ländern sowie dem Fehlen von tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnissen.<sup>18</sup>

19. Die Europäische Kommission schlug für den Markt für Transportverpackungen eine nationale oder regionale Abgrenzung vor.<sup>19</sup> In einem anderen Fall hat die Europäische Kommission den räumlichen Umfang von Märkten für verschiedene Verpackungslösungen als EWR-weit betrachtet.<sup>20</sup>

20. Die exakte sachliche und räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend jedoch offengelassen werden, da wie nachfolgend aufgezeigt wird, kein betroffener Markt vorliegt, selbst bei sehr engen hypothetischen Marktabgrenzungen.

<sup>9</sup> Beratungsantwort des Sekretariats der WEKO vom 25. Oktober 2022 betreffend Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, Beilage Nr. 4 der Meldung, in RPW 2022/4, 898.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2020/2, 625, Disp.Ziff. 1, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

<sup>11</sup> Vgl. Meldung, Rz 60 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Meldung, Rz 67 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Meldung, Rz 75 ff.

<sup>14</sup> Vgl. RPW 1999/4, 605 ff., Rz 5 ff., *Alcan/Pechiney/Algroup*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2005/3, 491 ff., Rz 15 ff., *Stora Enso/Schneider*.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2018/2, 393 ff., Rz 71 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>17</sup> EU-KOMM, M.8795 vom 15.3.2018, Rz 11, *Brookfield/Schoeller Industries/Schoeller Allibert*, m.w.Hinw.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 1999/4, 606 ff., Rz 10 ff., *Alcan/Pechiney/Algroup*.

<sup>19</sup> EU-KOMM, M.8795 vom 15.3.2018, Rz 17 ff., *Brookfield/Schoeller Industries/Schoeller Allibert*, m.w.Hinw.

<sup>20</sup> EU-KOMM, M.2441 vom 11.6.2001, Rz 14 ff., *Amcor/Danisco/Ahlstrom*.



21. Die Abschätzung der Marktanteile durch die Parteien erfolgt auf Basis der Anzahl der vertriebenen Transportverpackungen. Eine Marktanteilsschätzung nach Umsätzen sei nicht möglich, weil verlässliche und nachvollziehbare Datenquellen zu den entsprechenden Gesamtmärkten fehlten. Gemäss den Parteien würden sich Marktanteilsschätzungen auf Basis der Umsätze im Ergebnis nicht wesentlich von den in der Meldung berechneten Werten unterscheiden.<sup>21</sup> In Anbetracht der nachfolgend aufgeführten, teilweise sehr engen (hypothetischen) Marktabgrenzungen und der entsprechenden Marktanteilsschätzungen erachtet das Sekretariat diese Annahme vorliegend als ausreichend plausibel.

22. Den Angaben in der Meldung zufolge liegt das Marktvolumen von Transportverpackungen für den Paketversand von Versandhändlern in der Schweiz und dem EWR bei ca. 12 Mrd. Stück. Mit [...] vertriebenen Kickbags der Zielgesellschaft und [...] vertriebenen Transportverpackungen der Post CH liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien bei [0 – 10 %].<sup>22</sup> Wird der Markt räumlich auf die Schweiz eingegrenzt, resultiert ein gemeinsamer Marktanteil von [0 – 10 %].<sup>23</sup> Bei einer zusätzlichen sachlichen Einengung auf Mehrweg-Transportverpackungen ergibt sich ein gemeinsamer Marktanteil von [0 – 10 %]. Selbst bei einer hypothetischen Segmentierung nach den Hauptkunden der Zielgesellschaft [...] unterscheiden sich die geschätzten gemeinsamen Marktanteile für sämtliche hypothetische räumliche Abgrenzungen nur marginal von den vorgenannten Werten.<sup>24</sup>

23. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben somit zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

24. Im Übrigen sind keine relevanten Wettbewerbseffekte in benachbarten oder vor- bzw. nachgelagerten Märkten ersichtlich.<sup>25</sup>

25. Die vorläufige Prüfung ergibt gestützt auf die Angaben der Parteien 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. Die im Kaufvertrag vereinbarten [...] sind als Nebenabreden des Zusammenschlussvorhabens zu qualifizieren.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl. Meldung, Rz 80.

<sup>22</sup> Vgl. Meldung, Rz 81 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Meldung, Rz 87 ff.

<sup>24</sup> Vgl. Meldung, Rz 84, 89 und 95.

<sup>25</sup> Vgl. Meldung, Rz 49 ff., 55 f. und 96.

<sup>26</sup> Vgl. Meldung, Rz 99 ff.

B 2	<b>4. Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG</b> Sanctions selon l'article 50 ss LCart Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
B 2.4	<b>1. Swissgenetics: Verletzung der Meldepflicht</b>

Verfügung vom 27. Juni 2022 in Sachen Sanktionsverfahren 421-00001 gemäss Art. 51 KG betreffend Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG gegen Swissgenetics Genossenschaft, in Zollikofen

## A Sachverhalt

### A.1 Gegenstand des Sanktionsverfahrens

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 Hinweise aus dem Markt und eine auf der Website von Swissgenetics veröffentlichte Medienmitteilung.<sup>1</sup>

2. Swissgenetics ist in der Stierselektion, der Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und dem Handel von Stiersamen sowie der Stiersamenübertragung (Besamungsdienstleistungen) tätig. Im Geschäftsjahr 2019/2020<sup>2</sup> produzierte Swissgenetics rund 2,23 Millionen Samendosen, wobei sie rund 0,85 Millionen Samendosen in der Schweiz und rund 0,43 Millionen ins Ausland verkaufte. Dabei erzielte sie einen weltweiten Umsatz von rund 59,78 Millionen Franken und einen schweizweiten von rund [...] Franken.<sup>3</sup> Per 30. Juni 2020 beschäftigte sie 372 Personen.<sup>4</sup>

3. NGG ist ein in der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen tätiges Unternehmen mit einer kleinen Anzahl an Mitarbeitern.<sup>5</sup> Zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlusses im Mai 2021 verkaufte NGG von den USA aus ausschliesslich Rindersperma und vertrieb dieses weltweit, auch nach Europa. In der Schweiz verkaufte NGG ihr Rindersperma ausschliesslich an Swissgenetics. 2019 lieferte NGG rund [...] Dosen Rindersperma an Swissgenetics und erzielte einen weltweiten Umsatz in der Höhe von [...] Franken und in der Schweiz einen solchen in der Höhe von [...] Franken.<sup>6</sup> Im Bereich Besamungsdienstleistungen war NGG damals nicht tätig.

4. Die Übernahme von NGG sei laut Angaben von Swissgenetics im Rahmen einer Nachfolgelösung erfolgt. Sie biete Swissgenetics mittelfristig die Gelegenheit, mit den Stieren von NGG die Märkte in den USA zu erschliessen und mit in Übersee entwickelten Embryonen Stiere mit Schweizer Genetik in den USA zu produzieren. Diese Märkte könnten von der Schweiz aus aufgrund sanitärischer Gründe, d. h. wegen gewisser u. a. in der Schweiz vorkommender Rinderkrankheiten, nicht beliefert werden.<sup>7</sup>

5. In ihrer Verfügung vom 1. März 1999 zur *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* (nachfolgend: Verfügung 1999) stellte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) fest, dass die Vorgängerorganisation von Swissgenetics, der Schweizerische Verband für künstliche Besamung (nachfolgend: SVKB)<sup>8</sup>, über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG<sup>9</sup> im schweizerischen Markt für künstliche Besamung verfügte.<sup>10</sup> Da die Übernahme von NGG durch Swissgenetics vollzogen wurde, ohne dass eine Meldung des Vorhabens an die WEKO erfolgte, stellt sich die Frage, ob Swissgenetics die ihr nach Art. 9 Abs. 4 KG obliegende Meldepflicht verletzt hat und somit ein Verstoss im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG vorliegt.

6. Bevor auf die Verfahrensgeschichte des vorliegenden Falls eingegangen wird, folgt nachstehend die Vorgeschichte zum vorliegenden Fall, welche im Zusammenhang mit der Swissgenetics obliegenden Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG von Bedeutung ist.

### A.2 Vorgeschichte

7. Der SVKB verfügte bis Ende Juni 1995 in der Schweiz über die ausschliesslichen Rechte zur künstlichen Besamung von Rindern (nachfolgend: KB). Die entsprechende Monopolkonzession beruhte auf der Verordnung über die Rindvieh- und Kleinviehzucht vom 29. August 1958 (heute Tierzuchtverordnung<sup>11</sup>). Dieses Monopol wurde per 1. Juli 1995 aufgehoben; es folgten darauf Klagen mehrerer Unternehmen der künstlichen Besamung bei der Kartellkommission resp. der WEKO als deren Nachfolgeorganisation, welche dem SVKB unzulässige Verhaltensweisen vorwarfen.<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Act. 1.

<sup>2</sup> Geschäftsjahr 2019/2020: 1.7.2019–30.6.2020.

<sup>3</sup> Act. 15, S. 8.

<sup>4</sup> Act. 15, Beilage 3, S. 4.

<sup>5</sup> Per Mai 2021 hatte NGG vier Mitarbeiter, vgl. NGG, Website, <brownswiss.com/company/our-team.php> (26.5.2021).

<sup>6</sup> Act. 15, S. 8.

<sup>7</sup> Act. 15, S. 3.

<sup>8</sup> Die Umfirmierung fand im Jahr 2004 statt, vgl. SHAB-Mitteilung vom 21.6.2004 <www.shab.ch/shabforms/servlet/Search?EID=7&DOCID=2327586> (2.5.2022).

<sup>9</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>10</sup> RPW 1999/1, 88 Rz 63, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>11</sup> Verordnung vom 31.10.2012 über die Tierzucht (Tierzuchtverordnung, TZV; SR 916.310).

<sup>12</sup> Vgl. RPW 1999/1, 75 ff. Rz 1 ff., *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

8. Am 9. September 1996 eröffnete die WEKO eine Untersuchung betreffend das Verhalten des SVKB im Bereich der Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen. Im Fokus der Untersuchung standen Exklusivverträge, die der SVKB mit 116 Tierärztinnen und Tierärzten abgeschlossen hatte und in denen sich diese u. a. dazu verpflichteten, nur Stiersamen aufzubewahren und anzubieten bzw. zu verteilen, welche vom SVKB geliefert worden waren. Zudem wurde in den Exklusivverträgen festgelegt, dass die Tierärztinnen und Tierärzte die vom SVKB festgesetzten Tarife anwandten und Zuschläge oder Rabatte gemäss den Richtlinien des SVKB verrechneten.<sup>13</sup>

9. Den relevanten Markt grenzte die WEKO in der Verfügung 1999 in sachlicher Hinsicht als Markt für KB mit den Stufen Vermittlung von Stiersamen und Applikation (Besamungsdienstleistungen) und in räumlicher Hinsicht schweizweit ab.<sup>14</sup> Bei der Beurteilung der Marktstellung kam die WEKO in ihrer Verfügung 1999 zum Schluss, dass der SVKB auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.<sup>15</sup>

10. In ihrer Beurteilung zu allfälligen unzulässigen Verhaltensweisen des SVKB stellte die WEKO fest, dass die Exklusivverträge neu in den Markt tretende KB-Unternehmen im Aufbau eines eigenen konkurrenzfähigen Verteilernetzes behindern und dadurch deren wirtschaftliche Existenz gefährden. Die WEKO qualifizierte die Exklusivverträge als eine Einschränkung des Absatzes anderer KB-Unternehmen und als unzulässig gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.<sup>16</sup>

11. Das Dispositiv der Verfügung 1999 lautet wie folgt:

*«1. Die exklusive Belieferung von Tierärzten mit Stiersamen des SVKB stellt eine unzulässige Verhaltensweise des SVKB gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar. Die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen sind somit unzulässig.*

*2. Der SVKB wird verpflichtet, innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Verfügung sämtlichen Vertragspartnern mitzuteilen, dass die Exklusivitätsklauseln gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG nicht zulässig sind.*

*Der SVKB hat den Vollzug dieser Massnahmen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission umgehend zu melden.*

*3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.*

*4. Kosten*

*5. Rechtsmittelbelehrung».*<sup>17</sup>

Die Verfügung 1999 ist in Rechtskraft erwachsen.

12. Am 18. Februar 2009 reichte Swissgenetics eine Zusammenschlussmeldung gemäss Art. 9 Abs. 4 KG beim Sekretariat ein, in der Swissgenetics angab, das schweizerische Unternehmen Select Star SA (nachfolgend: Select Star) übernehmen zu wollen.<sup>18</sup> Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergab Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer (markt)beherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG, vor allem für den Markt des Vertriebs von Stiersamen sowie für

den Markt für Besamungsdienstleistungen. Deshalb entschied die WEKO am 16. März 2009, eine Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swissgenetics/Select Star durchzuführen<sup>19</sup>. Swissgenetics zog ihre Meldung jedoch noch vor dem Entscheid der WEKO am 1. Juli 2009 zurück.<sup>20</sup>

13. Am 7. August 2014 beantragte Swissgenetics beim Sekretariat festzustellen, dass sie seit dem 1. Januar 2014 keine marktbeherrschende Stellung mehr innehat. Swissgenetics begründete ihren Antrag damit, dass durch die Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung ein allfälliges Zusammenschlusskontrollverfahren, welches aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG unabhängig vom Erreichen von Umsatzschwellen bei entsprechenden Vorhaben in jedem Fall notwendig würde, vermieden werden könne. Wesentlich sei zudem, dass Swissgenetics aufgrund des bestehenden Damoklesschwertes «marktbeherrschend» in ihrer unternehmerischen Tätigkeit erheblich eingeschränkt und damit gegenüber ihren Wettbewerbern benachteiligt sei.<sup>21</sup>

14. Swissgenetics bat das Sekretariat in Bezug auf ihren vorerwähnten Antrag darum, ihr vorab mitzuteilen, ob das Sekretariat zur Beurteilung des Antrags plane, Informationen von Dritten einzuholen und wenn ja, die benötigten Informationen Swissgenetics gegenüber zu beschreiben. Diese Anfrage wurde als Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG behandelt. Das Sekretariat teilte Swissgenetics am 25. September 2014 mit, dass es für die Beurteilung des gestellten Antrags weitergehende Informationen insbesondere von Dritten benötige, welche u. a. im Rahmen einer Marktbefragung einzuholen wären.<sup>22</sup> Daraufhin teilte Swissgenetics dem Sekretariat mit Schreiben vom 9. September 2015 mit, dass sie auf eine Weiterverfolgung ihres Antrags verzichtet.<sup>23</sup>

### A.3 Verfahren

#### A.3.1 Verfahrensgeschichte

15. Durch Hinweise aus dem Markt und eine Medienmitteilung von Swissgenetics vom 6. Juli 2020 erhielt das Sekretariat Kenntnis von der Übernahme von NGG durch Swissgenetics.<sup>24</sup>

<sup>13</sup> RPW 1999/1, 76 f. Rz 7 und 81 Rz 23, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>14</sup> RPW 1999/1, 85 Rz 49 und 87 Rz 57, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>15</sup> RPW 1999/1, 88 Rz 63, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>16</sup> RPW 1999/1, 90 Rz 67, *Beschaffung, Verteilung Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>17</sup> RPW 1999/1, 92 f. Rz 84, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>18</sup> Act. 22.

<sup>19</sup> Act. 23.

<sup>20</sup> Act. 24.

<sup>21</sup> Act. 25.

<sup>22</sup> Act. 26.

<sup>23</sup> Act. 27.

<sup>24</sup> Act. 1.

16. Angesichts der Tatsache, dass die WEKO im Rahmen der Verfügung 1999 die marktbeherrschende Stellung vom SVKB im Sinne von Art. 7 KG im schweizerischen Markt für KB festgestellt hatte (vgl. Rz 9), forderte das Sekretariat Swissgenetics am 11. September 2020 auf, zur Frage Stellung zu nehmen, ob die Übernahme von NGG meldepflichtig sei.<sup>25</sup>

17. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 vertrat Swissgenetics die Meinung, dass die Übernahme von NGG durch Swissgenetics keinen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstelle.<sup>26</sup>

18. Mit Schreiben vom 8. März 2021 teilte das Sekretariat Swissgenetics mit, dass es den Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als meldepflichtig erachtet. Es setzte Swissgenetics deshalb eine Frist bis zum 12. April 2021 zur Einreichung der Meldung zum Zusammenschluss.<sup>27</sup>

19. Mit Schreiben vom 12. April 2021 reichte Swissgenetics ein Fristerstreckungsgesuch bis zum 10. Mai 2021 ein, welches das Sekretariat mit Schreiben vom 13. April 2021 gewährte.<sup>28</sup>

20. Nach vorgängig geführter Korrespondenz<sup>29</sup> reichte Swissgenetics am 10. Mai 2021 per E-Mail die erleichterte Meldung im Sinne von Art. 12 VKU fristgerecht beim Sekretariat ein. Darin gab Swissgenetics an, den Zusammenschluss per 1. Juli 2020 vollzogen zu haben. Der Meldung war zu entnehmen, dass die Übernahme durch einen vollständigen Erwerb der Aktien stattgefunden hatte und damit einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG von NGG durch Swissgenetics darstellte.<sup>30</sup>

21. Am 9. Juni 2021 erfolgte die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlusses, im Rahmen derer die WEKO zum Schluss kam, dass der Zusammenschluss als unbedenklich einzustufen ist. Die entsprechende Mitteilung der WEKO erging am 9. Juni 2021 (Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>31</sup>).<sup>32</sup>

22. Am 8. September 2021 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG gegen Swissgenetics und teilte ihr dies gleichentags mit einem Schreiben mit. Darin wurde Swissgenetics aufgefordert, Stellung zu nehmen zum Vorwurf, die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG verletzt zu haben.<sup>33</sup> Die Stellungnahme von Swissgenetics ging am 8. Oktober 2021 beim Sekretariat ein.<sup>34</sup>

23. Am 2. Mai 2022 stellte das Sekretariat Swissgenetics den Antrag des Sekretariats (nachfolgend: Antrag) zur Stellungnahme zu.<sup>35</sup> Am 2. Juni 2022 reichte Swissgenetics die entsprechende Stellungnahme ein.<sup>36</sup>

### A.3.2 Stellungnahme von Swissgenetics zum Antrag des Sekretariats

24. Swissgenetics macht in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen drei Punkte geltend:

- Erstens zweifelt Swissgenetics, dass eine für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt (vgl. Rz 41 ff.).
- Zweitens bestreitet Swissgenetics, dass die Voraussetzungen für die Änderung der Curti Praxis erfüllt sind (vgl. Rz 89 ff.).

- Drittens führt Swissgenetics bezüglich der beantragten Sanktion aus, dass wenn schon, von einem leichten Verstoss auszugehen sei und keine erschwerenden Umstände vorlägen (vgl. Rz 113 ff.).

25. Swissgenetics stellt in ihrer Stellungnahme die folgenden Anträge:

«1. Von einer Belastung der Swissgenetics Genossenschaft mit einer Sanktion nach Art. 51 Abs. 1 KG im Zusammenhang mit der Übernahme der New Generation Genetics sei abzusehen.

2. Eventualiter sei die Sanktion unter Beachtung der Curti-Praxis sowie unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen in dieser Stellungnahme zu bemessen, d.h. gegenüber dem Antrag des Sekretariats substantiell zu reduzieren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates»<sup>37</sup>.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

27. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Swissgenetics ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

### B.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

28. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO<sup>38</sup>. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

29. Gemäss Art. 53 KG werden Fälle von Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen vom Sekretariat in Absprache mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eingeleitet. Sie werden von der WEKO beurteilt. Somit ist die WEKO für den Entscheid im vorliegenden Sanktionsverfahren zuständig (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 GR WEKO).

<sup>25</sup> Act. 2.

<sup>26</sup> Act. 6.

<sup>27</sup> Act. 7.

<sup>28</sup> Act. 10, act. 11.

<sup>29</sup> Act. 2–14.

<sup>30</sup> Act. 15, S. 1 und S. 7.

<sup>31</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>32</sup> Act. 18.

<sup>33</sup> Act. 20.

<sup>34</sup> Act. 21.

<sup>35</sup> Act. 28.

<sup>36</sup> Act. 29.

<sup>37</sup> Act. 29, S. 1.

<sup>38</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

### B.3 Das anwendbare Verfahrensrecht

30. Im Allgemeinen sind die Bestimmungen des VwVG<sup>39</sup> auf ein Sanktionsverfahren nach Art. 51 und 53 KG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG). Da die in Art. 51 KG vorgesehene Sanktion strafrechtsähnlichen Charakter hat, müssen auch die Bestimmungen der EMRK<sup>40</sup> berücksichtigt werden, sofern ihre Anwendung objektiv gerechtfertigt ist.<sup>41</sup>

### B.4 Sanktion nach Art. 51 KG

#### B.4.1 Allgemeine Bemerkungen

31. Gemäss Art. 51 Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder das vorläufige Vollzugsverbot missachtet, gegen eine mit der Zulassung erteilte Auflage verstösst, einen untersagten Zusammenschluss vollzieht oder eine Massnahme zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs nicht durchführt mit einem Betrag bis zu einer Million Franken belastet. Art. 51 Abs. 1 KG bezweckt an erster Stelle die Absicherung der gesetzlichen Meldepflicht gemäss Art. 9 KG und des Vollzugsverbotes während des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 3 KG. Die Wettbewerbsbehörden sollen die Möglichkeit erhalten, ein Zusammenschlussvorhaben rechtzeitig und vorab zu prüfen. Dies setzt die vorgängige Meldung des Zusammenschlussvorhabens sowie den Aufschub des Vollzugs voraus.<sup>42</sup>

#### B.4.2 Voraussetzungen

##### B.4.2.1 Tatbestandsmerkmale von Art. 51 Abs. 1 KG

32. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 51 Abs. 1 KG müssen erfüllt sein, damit Swissgenetics im vorliegenden Verfahren eine Sanktion auferlegt werden kann. Dazu muss ein «Unternehmen» einen nach Art. 9 Abs. 4 KG «meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen» haben.

##### B.4.2.1.1 Unternehmen

33. Für den Begriff des Unternehmens wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG verwiesen und festgehalten, dass es sich bei Swissgenetics um ein solches handelt (vgl. Rz 26 f.).

##### B.4.2.1.2 Meldepflichtiger Zusammenschluss nach Art. 9 Abs. 4 KG

34. Nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht die Meldepflicht ungeachtet der Aufgreifschwelen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz 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.

35. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995<sup>43</sup> führt zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, dass dadurch ermöglicht werden soll, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten. Zudem erhalte die Wettbewerbsbehörde damit eine Möglichkeit, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von

Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.<sup>44</sup>

36. Nachfolgend wird geprüft, ob für die Übernahme von NGG durch Swissgenetics die vorgenannten zwei Voraussetzungen (vgl. Rz 34) erfüllt sind, d. h.

- für ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz marktbeherrschend ist (B.4.2.1.2.1); und
- der Zusammenschluss diesen Markt betrifft oder einen, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (B.4.2.1.2.2).

##### B.4.2.1.2.1 Rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG

37. Die Feststellung der Marktbeherrschung begründet nur dann eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, wenn sie im Wege einer Verfügung der WEKO erging. Die Verfügung der WEKO muss überdies rechtskräftig sein, d. h., es darf hiergegen kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehen.<sup>45</sup>

38. In der Verfügung 1999 stellte die WEKO eine marktbeherrschende Stellung des SVKB auf dem schweizerischen Markt für KB fest im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 9). Im Dispositiv der Verfügung 1999 hielt die WEKO den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG des SVKB fest. Ziffer 1 des Dispositivs (vgl. Rz 11) lautet wie folgt:

«1. Die exklusive Belieferung von Tierärzten mit Stiersamen des SVKB stellt eine unzulässige Verhaltensweise des SVKB gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar. Die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen sind somit unzulässig.»

39. Da eine Verletzung von Art. 7 KG notwendigerweise eine marktbeherrschende Stellung voraussetzt<sup>46</sup>, wurde mit der Dispositivziffer 1 (vgl. Rz 11) automatisch auch eine marktbeherrschende Stellung des SVKB rechtskräftig festgestellt.

<sup>39</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>40</sup> Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

<sup>41</sup> CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Reinert/Amstutz (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 51 KG N 2 f.

<sup>42</sup> Vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 51 N 5.

<sup>43</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468.

<sup>44</sup> Vgl. BBl 1995 I 468, 581; BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.35, TX Group AG/WEKO.

<sup>45</sup> RPW 2014/1, 322 Rz 37 – Verfügung vom 23.9.2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboites S.A. m. w. Hw. Zum Ganzen vgl. auch MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Reinert/Amstutz (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 9 KG N 292a.

<sup>46</sup> Vgl. BVGer, B-2597/2017, vom 19.1.2022 E.10.11–10.16, Vifor, HCI/WEKO; RPW 2013/1, 95 Rz 25, PubliGroupe/ImproveDigital.

40. Die marktbeherrschende Stellung wird von Swissgenetics nicht bestritten. So meldete Swissgenetics im Jahre 2009 aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung die Übernahme von Select Star (vgl. Rz 12).<sup>47</sup> Zudem beantragte Swissgenetics im Jahr 2014, die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sei aufzuheben (vgl. Rz 13 f.).<sup>48</sup>

41. Swissgenetics moniert, die Behauptung, dass Swissgenetics die marktbeherrschende Stellung nicht bestreite, sei offensichtlich unzutreffend. Richtig sei zwar, dass Swissgenetics im Jahr 2009 das Zusammenschlussvorhaben *Swissgenetics/Select Star* gemeldet habe (vgl. Rz 12), doch habe diese Meldung eingereicht werden müssen, weil von einer «formellen» Meldepflicht habe ausgegangen werden müssen. Swissgenetics habe damit nur «anerkannt», dass eine formell rechtskräftige Verfügung im Raum gestanden habe, gemäss der das Zusammenschlussvorhaben habe gemeldet werden müssen. Richtig sei weiter, dass Swissgenetics 2014 das Gesuch gestellt habe, es sei festzustellen, dass sie keine marktbeherrschende Stellung mehr habe. Auf eine Weiterverfolgung des Gesuchs habe Swissgenetics später verzichtet, weil die vom Sekretariat zur Abklärung als notwendig erachteten Massnahmen im Markt so nachteilige Auswirkungen gehabt hätten, dass die Nachteile in einer Abwägung überwogen hätten. Deutlicher als mit einem solchen Gesuch habe Swissgenetics aber nicht zum Ausdruck bringen können, dass sie klar der Meinung sei, nicht (bzw. nicht mehr) marktbeherrschend zu sein.<sup>49</sup>

42. Dem ist entgegenzuhalten, dass im Antrag lediglich festgehalten wurde, dass Swissgenetics die marktbeherrschende Stellung nicht bestritten habe; dies entsprach bis zum Zeitpunkt des Eingangs der Stellungnahme von Swissgenetics den Tatsachen. Es lässt sich weder der Meldung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/Select Star* noch dem Gesuch um Aufhebung der marktbeherrschenden Stellung im Jahr 2014 entnehmen, dass Swissgenetics die festgestellte marktbeherrschende Stellung explizit bestritten haben soll. Bezogen auf die «formelle» Meldepflicht ist darauf hinzuweisen, dass eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG nur bestehen kann, wenn für ein Unternehmen in einer rechtskräftigen Verfügung der WEKO eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden ist. Mit der Meldung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/Select Star* hat Swissgenetics anerkannt, dass gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht bestanden hat. Dies hielt Swissgenetics in ihrer entsprechenden Meldung auch so fest: «[...] Aufgrund der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. März 1999, welche den SVKB rechtskräftig als marktbeherrschende Organisation bezeichnet hat, meldet Swissgenetics als deren Nachfolgeorganisation die Übernahme der Aktienmehrheit an Select Star SA aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG [...]»<sup>50</sup>

43. Das Argument von Swissgenetics, dass sie im Jahr 2014 bzw. auch heute faktisch nicht (mehr) marktbeherrschend gewesen sei bzw. sei, ist nicht stichhaltig, weil die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ungeachtet davon besteht, ob die festgestellte marktbeherrschende Stellung de facto noch vorliegt oder nicht. Entscheidend ist einzig, dass die marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt wurde. Solange diese Feststellung nicht aufgehoben wird, besteht die festgestellte marktbeherrschende

Stellung und damit auch die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG weiter.<sup>51</sup>

44. Dem erwähnten Gesuch von Swissgenetics um Aufhebung der Meldepflicht sind die folgenden Ausführungen zu entnehmen:

«[...] In der Verfügung vom 1. März 1999 stellte die Schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) fest, dass der Schweizerische Verband für künstliche Besamung (SVKB) (heute: Swissgenetics) auf dem schweizerischen Markt für künstliche Besamung (KB) über eine marktbeherrschende Stellung verfüge [...]»<sup>52</sup>

«[...] Durch die Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung kann namentlich ein allfälliges Zusammenschlusskontrollverfahren, welches aufgrund von Art. 9 KG unabhängig vom Erreichen von Umsatzschwellen bei entsprechenden Vorhaben in jedem Fall notwendig würde, vermieden werden. Wesentlich ist vorliegend zudem, dass Swissgenetics aufgrund des bestehenden Damoklesschwertes „marktbeherrschend“ in ihrer unternehmerischen Tätigkeit erheblich eingeschränkt und damit gegenüber ihren Wettbewerbern benachteiligt ist. [...]»<sup>53</sup>

45. Somit ging Swissgenetics selbst davon aus, dass eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung bestand. Andernfalls hätte logischerweise keine Notwendigkeit für die Einreichung eines Gesuchs um die Aufhebung der «Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung» bestanden.

46. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Swissgenetics erging somit in einer Verfügung der WEKO gemäss Art. 5 VwVG, welche in Rechtskraft erwachsen ist und nach wie vor Bestand hat. Damit ist die erste Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt.

47. In ihrer Stellungnahme stellt Swissgenetics in Frage, dass es ausreicht, die Marktbeherrschung in der Begründung bzw. in den Erwägungen zu erwähnen; sie weist darauf hin, dass die WEKO in verschiedenen Fällen die Marktbeherrschung ausdrücklich im Dispositiv festgestellt habe.<sup>54</sup>

48. Dazu ist anzumerken, dass sich das Entscheidenden (das Dispositiv) gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Rechtsfolge zu beschränken hat; grundsätzlich nicht ins Dispositiv gehört die Frage, ob die für die Rechtsfolge erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen. Diese bilden Bestandteil der Entscheidungsbegründung. Im Dispositiv ist im Prinzip weder festzuhalten, ob

<sup>47</sup> Act. 22.

<sup>48</sup> Act. 25.

<sup>49</sup> Act. 29, Rz 22 ff.

<sup>50</sup> Act. 22, S. 1.

<sup>51</sup> Vgl. PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2017, 397 Rz 1744; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 45), Art. 9 Rz 326; FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 9, Rz 109.

<sup>52</sup> Act. 25, S. 1.

<sup>53</sup> Act. 25, Rz 6.

<sup>54</sup> Vgl. act. 29, Rz 11 ff.

eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde.<sup>55</sup> Somit wurde mit der Dispositivziffer 1 (vgl. Rz 11) automatisch auch eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.

#### **B.4.2.1.2.2 Zusammenschluss betrifft Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG**

49. Ein Zusammenschluss ist nur dann gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig, wenn er den Markt betrifft, in welchem das betreffende Unternehmen für marktbeherrschend beurteilt wurde, oder einen solchen, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Erfasst werden sollen damit horizontale, vertikale und konglomerale Zusammenschlüsse, die einen Bezug zum Markt haben, für den die Marktbeherrschung festgestellt wurde.<sup>56</sup> In seinem Entscheid zum Zusammenschlussvorhaben *TX Group AG/Adextra* beschreibt das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) diese zweite Voraussetzung als Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt.<sup>57</sup> 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*».<sup>58</sup> Relevant sind dabei die zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlusses nicht von vornherein auszuschliessenden Wettbewerbseffekte.<sup>59</sup>

50. Im Folgenden wird geprüft, ob NGG, wie *Swissgenetics*, im schweizerischen Markt für KB tätig ist oder ob NGG in einem Markt tätig ist, welcher dem schweizerischen Markt für KB vor- oder nachgelagert oder benachbart ist und somit ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem schweizerischen Markt für KB besteht. Dafür wird in einem ersten Schritt aufgezeigt, aufgrund welcher Überlegungen und in welcher Art die WEKO den schweizerischen Markt für KB in der Verfügung 1999 abgrenzte (B.4.2.1.2.2.1). In einem zweiten Schritt werden die Tätigkeiten von NGG zum Zeitpunkt der Übernahme durch *Swissgenetics* skizziert und – um es vorwegzunehmen – wird verneint, dass NGG zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses im schweizerischen Markt für KB und somit im gleichen Markt, für welchen eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden ist, tätig war (B.4.2.1.2.2.2). In einem dritten Schritt wird darauf fokussiert, ob NGG mit ihren Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen in einem zum schweizerischen Markt für KB vorgelagerten Markt tätig ist (B.4.2.1.2.2.3 und B.4.2.1.2.2.4).

##### **B.4.2.1.2.2.1 Schweizerischer Markt für KB**

51. Wie bereits in Rz 9 erwähnt, unterteilte die WEKO den Markt für KB in der Verfügung 1999 sachlich in die beiden Stufen Vermittlung von Stiersamen und 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 der Verfügung 1999 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.<sup>60</sup> Den Markt für KB grenzte die WEKO, wie in Rz 9 erwähnt, in der Verfügung 1999 räumlich schweizweit ab. Sie verwies dabei auf damals geltende gesetzliche Regelungen und auf das Verhalten des SVKB und der *Select Star* gegenüber ihren Abnehmern.

52. Anzumerken ist, dass die WEKO in der Beurteilung des Zusammenschlusses *Swissgenetics/New Generation Genetics* im Jahr 2021 anstelle eines sachlich relevanten Marktes für KB von zwei separaten sachlich relevanten Märkten ausging, erstens dem Markt für die Gewinnung von Stiersamen und zweitens dem Markt für die künstliche Besamung von Rindvieh (d. h. Besamungsdienstleistungen),<sup>61</sup> wobei der erstgenannte Markt zum zweitgenannten vorgelagert ist. Dabei wies die WEKO darauf hin, dass sich seit dem Erlass der Verfügung 1999 verschiedene Rahmenbedingungen geändert haben. So ist u. a. seit einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2005 für die Einfuhr von Stiersamen keine Bewilligung als KB Organisation mehr notwendig.<sup>62</sup> Zudem zeigte die WEKO auf, dass im Bereich des Vertriebs von Stiersamen in der Schweiz mittlerweile auch Importeure tätig sind, welche kein Besamungsnetz betreiben.<sup>63</sup> In räumlicher Hinsicht stellte die WEKO in ihrer Beurteilung des Zusammenschlusses *Swissgenetics/New Generation Genetics* fest, dass die in der Verfügung 1999 vorgenommene räumliche Markttabgrenzung des Marktes für KB aufgrund von Veränderungen diesbezüglicher gesetzlicher Regelungen und der Wettbewerbssituation nur noch bedingt relevant war.<sup>64</sup> Schliesslich liess die WEKO offen, ob der Markt für den Vertrieb von Stiersamen räumlich schweizweit oder weiter abzugrenzen ist.<sup>65</sup> Für den Markt für die künstliche Besamung von Rindvieh (Besamungsdienstleistungen) ging sie für die Analyse des Zusammenschlusses davon aus, dass dieser schweizweit oder enger abzugrenzen ist, liess die diesbezügliche räumliche Abgrenzung aber schliesslich offen.<sup>66</sup>

<sup>55</sup> BGE 137 II 199, 217 E.6.2, *Swisscom*.

<sup>56</sup> BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 45), Art. 9 KG N 302.

<sup>57</sup> 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*.

<sup>58</sup> BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.41, *TX Group AG/WEKO*.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.47, *TX Group AG/WEKO*.

<sup>60</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 16, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf RPW 1999/1, 84 ff. Rz 43 ff., *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>61</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 19, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>62</sup> RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Bundesgericht, 2A.453/2004 vom 23.3.2005, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/X. GmbH. Bereits in ihrer Stellungnahme vom 16.3.2009 zur vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/Select Star* war die WEKO von separaten sachlich relevanten Märkten für den Vertrieb von Stiersamen und der künstlichen Besamung von Rindvieh (d. h. den Besamungsleistungen) ausgegangen, act. 23 S. 2.

<sup>63</sup> RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2021/3, 682 Rz 24, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf RPW 1999/1, 87 Rz 55–57, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindvieh*.

<sup>65</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 26, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>66</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 28, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

#### B.4.2.1.2.2.2 Tätigkeiten von NGG

53. NGG war zum Zeitpunkt der Übernahme durch Swissgenetics in der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen tätig und ist es auch heute noch (vgl. Rz 3). NGG vertrieb zu jenem Zeitpunkt Stiersamendosen innerhalb der USA, verkaufte ihre Produkte aber auch an Abnehmer in weiteren Ländern, so auch nach Europa. In der Schweiz verkaufte NGG ihre Produkte zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses ausschliesslich an Swissgenetics. NGG lieferte ihre Samendosen in der Schweiz also weder direkt an Tierärztinnen und Tierärzte noch an unabhängige Besamerinnen und Besamer oder Eigenbestandsbesamerinnen und -besamer (nachfolgend: EBB). NGG bot und bietet auch selbst keine Besamungsdienstleistungen in der Schweiz an. 2019, also im Jahr vor der Übernahme durch Swissgenetics, lieferte NGG rund [...] Dosen Rindersperma an Swissgenetics. Letztere vertrieb die Produkte von NGG in eigenem Namen.<sup>67</sup> NGG war zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses bezüglich Genetikentwicklung (Selektion von Stieren) und Gewinnung von Stiersamen ausschliesslich im Zusammenhang mit der Rasse Brown Swiss tätig.<sup>68</sup>

54. NGG war zum Zeitpunkt der Übernahme durch Swissgenetics hinsichtlich des schweizerischen Markts für KB (vgl. hierzu Rz 51 f.) also weder auf der Stufe der Vermittlung (Vertrieb) von Stiersamen noch der Applikation (Besamungsdienstleistungen) tätig. Somit war sie nicht im selben Markt tätig, auf welchem Swissgenetics über eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung verfügt. Damit bleibt zu prüfen, ob NGG zum Zeitpunkt der Übernahme durch Swissgenetics in einem Markt tätig war, welcher dem schweizerischen Markt für KB gemäss Art. 9 Abs. 4 KG vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

55. Als Lieferant von Swissgenetics für Stiersamendosen der Rasse Brown Swiss (vgl. insbesondere Rz 53) liegt die Vermutung nahe, dass NGG in einem zum schweizerischen Markt für KB vorgelagerten Markt tätig ist. Um dies zu überprüfen, werden in einem ersten Schritt mögliche Marktabgrenzungen bezüglich Genetikentwicklung und Produktion von Samendosen aufgezeigt (B.4.2.1.2.2.3). In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob NGG auf einem vorgelagerten Markt gemäss Art. 9 Abs. 4 KG tätig ist (B.4.2.1.2.2.4).

#### B.4.2.1.2.2.3 Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen

56. Für die Beurteilung der Frage, ob die Tätigkeiten von NGG im Zusammenhang mit der Genetikentwicklung und Genetikproduktion zum Zeitpunkt der Übernahme von NGG durch Swissgenetics einen oder mehrere dem schweizerischen Markt für KB, wie in der Verfügung 1999 definiert, vorgelagerten Markt betreffen, werden vorab die diesbezüglichen relevanten Märkte abgegrenzt.

##### Sachlich relevanter Markt

57. 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).

58. Die Selektion von Stieren für die Gewinnung von Samen erfolgt mittels mehrjähriger Prüfprogramme.<sup>69</sup> Samen werden in sog. *Samendosen* gelagert und an Zwischenhändler im In- und Ausland und an Endabnehmer, insbesondere an Tierärztinnen und Tierärzte, professionelle Besamerinnen und Besamer und EBB, weiterverkauft. Hersteller von Samendosen vertreiben Samendosen teilweise auch über ein eigenes Besamungsnetz. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 52), ist seit einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2005 für die Einfuhr von Stiersamen keine Bewilligung als KB Organisation mehr notwendig. Zum Zeitpunkt der Übernahme von NGG durch Swissgenetics konnten Stiersamen mit einer Genealeinfuhrbewilligung (nachfolgend: GEB) zu einem Zollkontingentsansatz von 10 Rappen pro Dose in die Schweiz importiert werden.<sup>70</sup> Auf eine Regelung zur Verteilung dieses Kontingents wurde dabei verzichtet.<sup>71</sup>

59. Eine Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes bezüglich der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen (Genetikentwicklung) wurde in der Verfügung 1999 nicht vorgenommen.<sup>72</sup> In ihrer Entscheid zum Zusammenschluss *Swissgenetics/New Generation Genetics* grenzte die WEKO einen Markt für Genetikentwicklung (Selektion von Stieren) und Gewinnung von Stiersamen ab, wobei sie in der Analyse davon ausging, 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 liess sie eine genaue sachliche Marktabgrenzung betreffend diese Tätigkeiten offen.<sup>73</sup>

60. Für nachfolgende Analyse wird als engstmöglicher sachlich relevanter Markt von einem Markt ausgegangen, der die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss umfasst. Schliesslich kann aber offengelassen werden, ob dieser sachliche Markt weiter abzugrenzen ist, z. B. in einen Markt, welcher die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen bezüglich sämtlicher Milchviehrassen (und somit auch der

<sup>67</sup> Act. 15, S. 1.

<sup>68</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 30, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*. Ein Instrument zur Auswahl von Stieren ist dabei die genomische Selektion (vgl. RPW 2021/3, 680 Fn 14, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf BauernZeitung vom 15.3.2021, Kein Schwarz-Weiss-Denken bei der Genomischen Selektion).

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf <www.blw.admin.ch> Markt > Einfuhr von Agrarprodukten > Samen von Stieren (12.5.2021). Die GEB war kostenlos, unbefristet gültig und nicht übertragbar. Die GEB für Stiersamen wurde per 1.1.2022 abgeschafft. Pro Partie «*Samen von Stieren*», die mittels dieses Kontingents importiert wird, wurde zum Zeitpunkt der Prüfung des Zusammenschlusses zudem eine Gebühr von 5 Franken fällig (vgl. RPW 2021/3, 680 Rn 16, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), Informationen zur Einfuhr landwirtschaftlicher Produkte, Stand Januar 2020, zu finden unter vorhergehendem Link unter «Dokumentation»). Die Höhe des Kontingents Nr. 12 «*Samen von Stieren*» betrug damals und beträgt auch aktuell 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).

<sup>71</sup> Vgl. RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Art. 33 TZV.

<sup>72</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 16, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>73</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 19, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.



Rasse Brown Swiss) umfasst, da dies das Ergebnis bezüglich der Fragestellung, ob ein gemäss Art. 9 Abs. 4 KG betroffener Markt vorliegt, nicht beeinflusst (vgl. hierzu Rz 66).

#### *Räumlich relevanter Markt*

61. 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).

62. In den Jahren 2011–2020 wurden jährlich rund 0,39 Millionen bis 0,51 Millionen Stiersamendosen resp. Anwendungseinheiten in die Schweiz importiert.<sup>74</sup> Handelspartner der Schweiz waren dabei verschiedene europäische Länder, die USA, Kanada, Australien und Neuseeland.<sup>75</sup> Von anderen Gebieten wurde in jenen Jahren kein Rindersperma importiert. Auch in der Schweiz verfügbare Brown-Swiss-Stiersamen stammen teilweise aus dem Ausland. Gemäss der aktuell von Swisshgenetics und Select Star angebotenen Brown Swiss Genetik stammen die diesbezüglichen ausländischen Samendosen insbesondere aus den Nachbarländern Italien, Österreich, Frankreich und Deutschland sowie den USA.<sup>76</sup>

63. Im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens *Swisshgenetics/New Generation Genetics* ging die WEKO davon aus, dass der Markt für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen resp. die einzelnen nach Rassen unterteilten Märkte für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen (vgl. Rz 59) im Prinzip räumlich weiter als schweizweit abzugrenzen ist, z. B. als ein Gebiet, welches Europa, die USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst. Schliesslich liess die WEKO die genaue räumliche Abgrenzung der Märkte bezüglich Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen offen.<sup>77</sup>

64. Für nachfolgende Analyse wird als engstmöglicher räumlich relevanter Markt bezüglich des sachlich relevanten Marktes, welcher die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss und allenfalls weiterer Rassen enthält (vgl. Rz 60), von einem Markt ausgegangen, welcher die Länder Schweiz, Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und die USA umfasst. Schliesslich kann aber offengelassen werden, ob dieser Markt räumlich weiter abzugrenzen ist, z. B. in einen weltweiten Markt, da dies das Ergebnis bezüglich der Fragestellung, ob ein gemäss Art. 9 Abs. 4 KG betroffener Markt vorliegt, nicht beeinflusst (vgl. hierzu Rz 66).

#### **B.4.2.1.2.2.4 Vorgelagerter Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG**

65. Um einen **vorgelagerten** Markt handelt es sich, wenn er bezüglich der Produktion oder der Distribution des Produktes vorher kommt.<sup>78</sup> Anders formuliert umfassen vorgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG Produkte und Dienstleistungen, die in die Produkte/Dienstleistungen des beherrschten Marktes einfließen,<sup>79</sup> d. h., die für die Produktion der Produkte oder Leistungen, bezüglich derer die Marktbeherrschung besteht, verwendet werden. Die WEKO hat in der bisherigen Praxis das Vorliegen von vorgelagerten Märkten insbesondere in Fällen bejaht, in denen ein Produkt oder eine Dienstleistung betroffen war, welche(s) als Inputfaktor für ein Produkt oder eine Dienstleistung benötigt wird.<sup>80</sup>

66. Im vorliegenden Fall wird als engstmöglicher sachlicher und räumlicher Markt von einem Markt für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss ausgegangen (vgl. Rz 60), welcher das Gebiet der Schweiz, Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und die USA umfasst (vgl. Rz 64; nachfolgend: übernationaler BS Stiersamenmarkt); die marktbeherrschende Stellung wurde auf dem schweizerischen Markt für KB festgestellt (vgl. Rz 37 ff.). Samendosen aus den USA der Rasse Brown Swiss, welche zum übernationalen BS-Stiersamenmarkt gehören, sind ein direkter Input für die Vermittlung von Stiersamen in der Schweiz, was daraus hervorgeht, dass NGG Swisshgenetics im Jahr 2019 mit rund [...] Brown-Swiss-Samendosen beliefert hatte. Die Vermittlung von Stiersamen in der Schweiz ist die aus der Perspektive des Produktionsverlaufs erste der beiden Stufen, die gemäss der Verfügung 1999 den schweizerischen Markt für KB ausmachen. Es liegt also mit dem übernationalen BS-Stiersamenmarkt ein vorgelagerter Markt zum schweizerischen Markt für KB vor. Anzumerken ist, dass der übernationale Stiersamenmarkt, auch wenn er sachlich und/oder räumlich weiter abgegrenzt werden würde, zum schweizerischen Markt für KB vorgelagert bleibt, da die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss in den USA stets ein Teil eines solchen weiter gefassten Marktes ist, das Element der direkten Belieferung des schweizerischen Marktes für KB somit bestehen bleibt.

67. Nach Ansicht der WEKO ist der vom Unternehmenszusammenschluss betroffene Markt dem schweizerischen Markt für KB vorgelagert. Damit ist auch die zweite Bedingung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt.

<sup>74</sup> Vgl. RPW 2021/3, 681 Rz 21, *Swisshgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Aussenhandelsstatistik der Eidgenössischen Zollverwaltung, Swiss-Impex, Basisversion, <www.gate.ezv.admin.ch/swissimpex> (18.5.2021).

<sup>75</sup> Vgl. RPW 2021/3, 681 Rz 21, *Swisshgenetics/New Generation Genetics*. Dass Stiersamenimporte stattfinden, stellten auch die französische und die britische Wettbewerbsbehörde fest (vgl. RPW 2021/3, 681 Fn 22, *Swisshgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf 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*).

<sup>76</sup> Vgl. Homepages von Swisshgenetics und Select Star, <swisshgenetics.ch/rasse/brown-swiss> und <www.selectstar.ch/Genetik.aspx?RasseCode=BS> (13.7.2022).

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2021/3, 681 Rz 22, *Swisshgenetics/New Generation Genetics*. In der Beurteilung des Zusammenschlusses ging die WEKO für die Analyse davon aus, dass für gewisse Rassen der räumlich relevante Markt de facto schweizweit sein könnte, da die räumliche Verbreitung dieser Rassen überwiegend oder fast ausschliesslich auf die Schweiz beschränkt ist.

<sup>78</sup> RPW 2018/4, 717, *Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*; RPW 2015/4, 778 f. Rz 48, *Groupe E Celsius SA*.

<sup>79</sup> RPW 2019/1, 82, *Beratungsanfrage betreffend Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens m. H. auf Urteil des BVGer, B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.2.4, The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2016/1, 66, Rz 10, *Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/ticketportal AG*.

<sup>80</sup> Vgl. KG-REINERT/VISCHER (Fn 45), Art. 9 KG N 305 f. mit Verweis auf Beispiele.

68. *Swissgenetics* hält dagegen fest, dass, selbst wenn eine Marktbeherrschung verfahrensmässig rechtskräftig festgestellt werde, es bezweifelt werden müsse, dass sich diese auf einen (ausreichend) bestimmten Markt beziehe. Die Abgrenzung der relevanten Märkte habe sich gewandelt und wandle sich stark; es müsse daher bezweifelt werden, dass die Verfügung 1999 heute noch zur Begründung einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG taue. Die Unsicherheiten, die mit Bezug auf die Tragweite der Verfügung 1999 über die Zeit bis heute (noch) deutlich zugenommen hätten, müssten zu Gunsten von *Swissgenetics* berücksichtigt werden.<sup>81</sup>

69. Zutreffend ist, dass die Marktabgrenzung infolge veränderter Bedingungen heute anders vorgenommen wird als noch im Jahr 1999 (vgl. Rz 51 f.). Hinsichtlich der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ändert dies jedoch nichts, denn die *Brown-Swiss-Samendosen*, die NGG an *Swissgenetics* lieferte, waren resp. sind ein direkter Input für die Vermittlung von Stiersamen in der Schweiz. NGG war somit auf einem dem schweizerischen Markt für KB vorgelegerten Markt tätig, womit eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG bestand.

#### B.4.2.1.2.3 Fazit

70. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die marktbeherrschende Stellung von *Swissgenetics* auf dem schweizerischen Markt für KB rechtskräftig festgestellt worden ist. Der nicht gemeldete Unternehmenszusammenschluss betrifft einen dem schweizerischen Markt für KB vorgelagerten Markt. Damit sind beide Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt. Ob allenfalls noch weitere gemäss Art. 9 Abs. 4 KG betroffene Märkte vorliegen, kann offengelassen werden, da die Beantwortung dieser Frage das Ergebnis der vorliegenden Analyse nicht verändert.

#### B.4.2.1.3 Vollzug ohne Meldung

71. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG und wäre demnach den Wettbewerbsbehörden vor dem Vollzug zu melden gewesen. Am 1. Juli 2020 wurde der Zusammenschluss vollzogen ohne vorgängige Meldung an die Wettbewerbsbehörden. Somit verletzte *Swissgenetics* ihre Meldepflicht und ist damit gemäss Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren.

#### B.4.2.2 Vorwerfbarkeit

72. Gemäss Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem betroffenen Unternehmen – neben dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens – zumindest vorgeworfen werden können, dass es fahrlässig gehandelt hat, also eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne des vorgeworfenen Sachverhalts begangen hat. Entscheidend ist eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens.<sup>82</sup>

73. *Swissgenetics* vertritt die Meinung, dass die Übernahme von NGG durch *Swissgenetics* keinen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstelle. NGG sei auf dem schweizerischen Markt nicht tätig. Im schweizerischen Markt ändere sich mit der Übernahme nichts. Auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz

habe die Übernahme schlicht keinen Einfluss. Der schweizerische KB-Markt sei von dieser Übernahme nicht betroffen. Auch aus einer internationalen Perspektive betrachtet, handle es sich bei der Übernahme um eine Bagatelle.<sup>83</sup>

74. Den Ausführungen von *Swissgenetics* ist entgegenzuhalten, dass es bei der Frage der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG einzig darauf ankommt, dass am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz 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. Allfällige Auswirkungen des nicht gemeldeten Unternehmenszusammenschlusses auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse spielen keine Rolle.<sup>84</sup>

75. Im vorliegenden Fall meldete *Swissgenetics* im Jahr 2009 gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG die beabsichtigte Übernahme von *Select Star*, im Jahr 2014 stellte *Swissgenetics* den Antrag, die rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung per 1. Januar 2014 aufzuheben (vgl. Rz 13 f.). Damit steht fest, dass sich *Swissgenetics* sowohl ihrer marktbeherrschenden Stellung als auch der ihr daraus folgenden Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG bewusst war. Dass die Übernahme von NGG von der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG erfasst ist bzw. mindestens sein könnte, hätte *Swissgenetics* auch deshalb bewusst sein müssen, weil NGG mit den Stiersamendosen einen Inputfaktor für den Vertrieb in der Schweiz lieferte. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass NGG in den USA domiziliert ist, denn die von ihr gelieferten Stiersamendosen wurden in der Schweiz vertrieben. Mit der Unterlassung der Zusammenschlussmeldung vor dem Vollzug der Übernahme von NGG ist zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

76. *Swissgenetics* führt dagegen an, dass das Zusammenschlussvorhaben *Swissgenetics/Select Star* im Jahr 2009 nicht mit der Übernahme von NGG zu vergleichen sei, weil es sich bei *Select Star* um einen schweizerischen Wettbewerber gehandelt habe, der in der Schweiz mehr oder weniger im selben Markt tätig gewesen sei wie *Swissgenetics*. Daher habe es mit Blick auf die Verfügung 1999 nahegelegen, eine Meldung zu machen. Bei NGG habe es sich demgegenüber um ein amerikanisches Kleinunternehmen gehandelt, das kaum im selben (sachlich relevanten) Markt und geografisch gar nicht im selben Markt wie *Swissgenetics* tätig gewesen sei. Eine Meldung dieser Übernahme habe sich alles andere als aufgedrängt. Weitere Umstände hätten dazu geführt, dass eine Meldung schliesslich unterblieben sei.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Act. 29, Rz 15 ff.

<sup>82</sup> Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 41), Art. 51 KG N 21 m. w. Hw.

<sup>83</sup> Act. 6.

<sup>84</sup> DIKE KG-PRÜMMER (Fn 51), Art. 9 N 101.

<sup>85</sup> Act. 29, Rz 29.

77. Diese Ausführungen von Swissgenetics vermögen nicht zu überzeugen. Nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht eine Meldepflicht für nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellte Unternehmen nicht nur, wenn ein Zusammenschlussvorhaben denjenigen Markt betrifft, für den die marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, sondern auch, wenn ein vor- oder nachgelagerter oder benachbarter Markt betroffen ist. Dementsprechend ändert an der Vorwerfbarkeit nichts, dass Swissgenetics zum Schluss kam, dass NGG und Swissgenetics nicht auf demselben sachlich relevanten Markt tätig waren; Swissgenetics hätte auch prüfen müssen, ob das entsprechende Zusammenschlussvorhaben einen vor-, nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft. Eine entsprechende Prüfung hätte zum Schluss führen müssen, dass das entsprechende Vorhaben einen dem Markt für KB vorgelagerten Markt betrifft, da Brown-Swiss-Samendosen von NGG einen Inputfaktor für Swissgenetics in der Schweiz darstellen.

## B.5 Sanktionsbemessung

78. Für einfache Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen sieht Art. 51 Abs. 1 KG eine Busse von bis zu einer Million Franken vor. Innerhalb dieses abstrakten Sanktionsrahmens steht der WEKO bei der Festlegung der konkreten Sanktion ein erheblicher Ermessensspielraum zu.<sup>86</sup> Dabei ist den Umständen des Einzelfalls, den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen. Die Höhe der Verwaltungssanktion ist so zu bemessen, dass sie für das betroffene Unternehmen spürbar ist.<sup>87</sup>

### B.5.1 Vorbemerkungen

79. Bis dato berücksichtigte die WEKO neben der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung bei der konkreten Sanktionsbemessung insbesondere folgende Kriterien<sup>88</sup>:

- Die Bedeutung des die Meldepflicht verletzenden Unternehmens auf dem Markt (Kriterium I);
- die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb; eine solche wurde bejaht, wenn betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen (gemeinsamer Marktanteil von mehr als 20 % bzw. Marktanteil eines beteiligten Unternehmens von mehr als 30 %) (Kriterium II) und
- die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG (Kriterium III).

80. Diese drei Kriterien gehen auf den Entscheid *Curti & Co. AG* zurück, wobei die WEKO seit diesem Entscheid zur Berechnung des Kriteriums I auf den in der Schweiz durch das meldepflichtige Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatz<sup>89</sup> abstellte.<sup>90</sup> In Anbetracht der maximalen Sanktion von einer Million Franken erachtete die WEKO sodann einen Basisbetrag von 0,1 Promille des Jahresumsatzes, maximal aber 300 000 Franken, als angemessen. Je nachdem, ob die Kriterien II und/oder III zutreffen, konnte die tatsächlich ausgefallte Busse am Ende deutlich höher oder tiefer als dieser Basisbetrag sein.<sup>91</sup>

81. Diese sog. *Curti-Praxis* wurde seit dem Jahr 1998 angewendet in Fällen von Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne von Art. 51 KG.<sup>92</sup> Zum besseren Verständnis der *Curti-Praxis* seien an dieser Stelle die Überlegungen der WEKO wiedergegeben, von denen sie sich bei deren Einführung leiten liess. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die WEKO damals nicht nur die *Curti-Praxis* einfuhrte, sondern auch ihre zum damaligen Zeitpunkt gelebte Praxis aufgab, die subjektive Vorwerfbarkeit bzw. das Verschulden bei der Bemessung der Sanktion teilweise zu berücksichtigen. Stattdessen entschied die WEKO, ab dem *Curti-Entscheid* ausschliesslich objektive Kriterien zu berücksichtigen, die dem Sinn und Zweck von Art. 51 KG und der Zusammenschlusskontrolle entsprechen mussten.<sup>93</sup>

82. Bei der Bemessung der Sanktion berücksichtigte die WEKO mit dem *Curti-Entscheid* neu erstens die Bedeutung des die Meldepflicht verletzenden Unternehmens auf dem Markt (Kriterium I), welche sich mittels der in der Schweiz erzielten Jahresumsätze messen lasse. Die WEKO ergänzte, dass dieses Vorgehen der Konzeption des Kartellgesetzes entspreche, richte sich doch auch die Meldepflicht nach dieser Grösse (Art. 9 Abs. 1 KG). Das Kriterium I habe bei der Sanktionsbemessung die Funktion eines Basiskriteriums, welches den Verstoß gegen die Meldepflicht als solchen sanktioniere. In Bezug auf die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb (Kriterium II) zog die WEKO in Betracht, ob das Vorhaben den Wettbewerb potenziell gefährdet, was dann der Fall sei, wenn betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen würden

<sup>86</sup> Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 41), Art. 51 KG N 25.

<sup>87</sup> RPW 2014/1, 333 Rz 116, *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.* m. w. Hw.

<sup>88</sup> RPW 2014/1, 333 f. Rz 117, *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.* m. w. Hw. Die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung wird seit dem Sanktionsverfahren zur Schweizerischen National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben berücksichtigt. Vgl. RPW 2002/3, 533 ff. Rz 47 ff. sowie 536 Rz 60, *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*.

<sup>89</sup> Resp. nach Art. 9 Abs. 3 KG auf die Bruttoprämieneinnahmen bei Versicherungsgesellschaften bzw. auf die Bruttoerträge bei Banken und übrigen Finanzintermediären, sofern sie den Rechnungslegungsvorschriften gemäss dem Bankengesetz vom 8.11.1934 (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Bankengesetz, BankG; SR 952.0) unterstellt sind.

<sup>90</sup> RPW 1998/4, 619 Rz 32, *Curti & Co. AG*; RPW 2000/2, 262 Rz 27, *Zusammenschluss Unternehmung X/C-AG und D-AG*; RPW 2014/1, 334 Rz 118, *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.*

<sup>91</sup> RPW 2014/1, 334 Rz 118, *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.* m. w. Hw.

<sup>92</sup> Vgl. RPW 2000/2, 261 f. Rz 26 ff., *Zusammenschluss Unternehmung X/C-AG und D-AG*; RPW 2001/1, 152 f. Rz 38 ff., *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas*; RPW 2002/3, 535 f. Rz 55 ff., *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*; RPW 2013/2, 232 f. Rz 72 ff., *Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*; RPW 2014/1, 333 f. Rz 117 ff., *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.*

<sup>93</sup> Vgl. RPW 1998/4, 618 Rz 29, *Curti & Co. AG*.

(gemeinsamer Marktanteil der Zusammenschlussparteien von mindestens 20 % bzw. Marktanteil eines beteiligten Unternehmens von mindestens 30 %). Schliesslich solle die Höhe der Sanktion davon abhängen, ob das Zusammenschlussvorhaben wirksamen Wettbewerb gemäss Art. 10 Abs. 2 KG beseitigen könne (Kriterium III). Zu den Kriterien II und III hielt die WEKO fest, dass diese bezwecken würden, den Verstoss aus wettbewerblicher Sicht zu gewichten; die Kriterien II und III könnten den Basisbetrag je nach der konkreten Sachlage erhöhen oder vermindern. Entsprechend müsse der Grundbetrag so bemessen werden, dass hinreichend Spielraum für eine Erhöhung oder Verminderung verbleibe. Angemessen erscheine aufgrund dieser Überlegungen und unter Berücksichtigung der maximalen Sanktion von einer Million Franken ein Basisbetrag von 0,1 Promille, jedoch maximal 300 000 Franken des in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes.<sup>94</sup>

83. Im Zusammenhang mit der Curti-Praxis gilt es zunächst festzustellen, dass die ausschliessliche Berücksichtigung objektiver Kriterien für die Sanktionsbemessung von der WEKO bereits im Jahre 2002 geändert wurde. Seitdem berücksichtigt die WEKO die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, wobei auch subjektive Elemente wie der gute Glaube des meldenden Unternehmens in die Würdigung miteinbezogen werden.<sup>95</sup> Damit zeigt sich bereits in dieser Hinsicht, dass die Curti-Praxis nicht mehr der gelebten Praxis der WEKO entspricht.

84. Beim nach der Curti-Praxis bei der konkreten Sanktionsbemessung berücksichtigten Kriterium I scheint fraglich, ob das schematische Festlegen eines Basisbetrags in der Höhe von 0,1 Promille des schweizweiten Jahresumsatzes, aber maximal 300 000 Franken, geeignet ist, den Verstoss als solchen zu sanktionieren. Erstens zeigt gerade der vorliegende Fall, dass der Basisbetrag im Falle von Unternehmen mit einem vergleichsweise tiefen schweizweiten Jahresumsatz auf ein Niveau zu liegen kommt – im konkreten Fall auf [...] Franken (0,1 Promille des schweizweiten Umsatzes von *Swissgenetics* im Geschäftsjahr 2019/2020 von [...] Franken, vgl. Rz 2) –, bei welchem fraglich ist, ob der so errechnete Basisbetrag für ein betroffenes Unternehmen spürbar sein kann. Denn unabhängig davon, ob der Basisbetrag nach Kriterium I bei jedem Folgekriterium erhöht wird oder nicht, resultiert letztlich eine Sanktion auf tiefem Niveau. Zweitens birgt das schematische Berechnen des Basisbetrags das Risiko, dass die infolge eines Verstosses gegen die Meldepflicht im Sinne von Art. 9 KG zu erwartende Sanktion für ein Unternehmen kalkulier- und damit voraussehbar wird. Würde die zu erwartende Sanktion für ein Unternehmen eher tief ausfallen (wie bspw. im konkreten Fall), könnte es eine Verletzung der Meldepflicht bewusst in Kauf nehmen, wenn sich dies für das Unternehmen (z. B. im Falle von zeitlicher Dringlichkeit) lohnen würde. Der Sinn und Zweck von Art. 51 KG, sprich die Absicherung der gesetzlichen Meldepflicht gemäss Art. 9 KG und des Vollzugsverbotes während des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 3 KG<sup>96</sup>, könnte somit unterlaufen werden. Auch wären die Sanktions- und Präventivwirkung der Verwaltungssanktion nach Art. 51 KG in Frage gestellt. Anhand des vorliegenden Falles wird ersichtlich, dass die bisherige, langjährige Curti Praxis in Fällen wie dem vorliegenden der Art. 51 KG zugeordneten

Funktion nicht Genüge tut. Die Curti-Praxis kann zum Ergebnis führen, dass Unternehmen mit vergleichsweise tiefen Jahresumsätzen die wegen eines Verstosses gegen die Meldepflicht zu erwartende Sanktion kalkulieren und in ihrer Entscheidung, ein Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 KG zu melden oder nicht, miteinbeziehen. Eine solche Situation steht dem gesetzgeberischen Willen, dass Verwaltungssanktionen Straf- und Präventivcharakter zukommen soll, entgegen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass bei der Sanktionsbemessung in Fällen von Art. 49a Abs. 1 KG bei der Art und Schwere des (Kartellrechts-)Verstosses das abstrakte Gefährdungspotenzial sowie die volkswirtschaftliche Schädlichkeit berücksichtigt werden. Dabei steht der WEKO ein erheblicher Ermessensspielraum zu, der nach bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung nicht auf schematische Weise eingeschränkt werden soll.<sup>97</sup> Das Kriterium I der Curti-Praxis würde im vorliegenden Fall jedoch den Ermessensspielraum der WEKO auf schematische Weise einschränken. Aus den genannten Gründen drängt sich eine Abkehr von der Curti Praxis auf. So ist es in Fällen von Verstössen nach Art. 51 KG angebracht, die Sanktionsbemessung anhand von Kriterien vorzunehmen, mit denen den Gegebenheiten im Einzelfall unter Berücksichtigung der Grundsätze der Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit sowie dem Sinn und Zweck von Art. 51 KG angemessen Rechnung getragen wird.

85. Naheliegender ist, für die Sanktionsbemessung die gleichen Kriterien zu berücksichtigen, wie sie bei Verstössen nach Art. 52 KG angewendet werden; namentlich die Grösse des Unternehmens, die Art und Schwere des Verstosses sowie erschwerende und mildernde Umstände.<sup>98</sup> Dies aus den folgenden Gründen: Erstens handelt es sich auch bei Verstössen nach Art. 51 KG um Verwaltungssanktionen, mit denen im Kern dasselbe Ziel verfolgt wird, nämlich, dass fehlbare Unternehmen rechtsverbindlich festgelegte Pflichten erfüllen.<sup>99</sup> Zweitens sehen Art. 51 und 52 KG je eine Obergrenze für auszufällende Bussen vor, erstere eine Million Franken, letztere 100 000 Franken. Drittens können mit einer Anpassung der Sanktionsbemessungskriterien an die bestehende Praxis in Fällen von Verstössen nach Art. 52 KG im Wesentlichen dieselben Aspekte berücksichtigt werden, wie dies bei den Kriterien II und III der Curti-Praxis der Fall war.

86. Die wesentliche Änderung bei der Angleichung an die Sanktionsbemessungsmethode, wie sie bei Verstössen nach Art. 52 KG vorgenommen wird, besteht darin, dass anstelle des Kriteriums I der Curti-Praxis auf die Bedeutung und die Grösse des betroffenen Unternehmens abgestellt wird. Die Aspekte, die im Rahmen der Kriterien II und III der Curti-Praxis berücksichtigt wurden, werden – wie noch aufgezeigt wird (vgl. Rz 107 f.) – auch nach der

<sup>94</sup> Vgl. RPW 1998/4, 619 Rz 30 f., *Curti & Co. AG*.

<sup>95</sup> RPW 2002/3, 536 Rz 60, *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/ Coop Leben*.

<sup>96</sup> DIKE KG-TSCHUDIN (Fn 42), Art. 51 Rz 5.

<sup>97</sup> Vgl. BVGer, B-2977/2007 vom 27.10.2010 E. 8.3.4, *Publigroupe et al./WEKO*.

<sup>98</sup> Vgl. RPW 2021/3, 691 f. Rz 37 ff., *A SA / B SA*.

<sup>99</sup> Vgl. BBl 1995 I 468, 620 Ziff. 271.

neuen Sanktionsbemessungsmethode bei der Art und Schwere des Verstosses nach Art. 51 KG berücksichtigt, womit sich diesbezüglich keine Änderung ergibt. Schliesslich werden im Rahmen der Prüfung des Vorliegens erschwerender oder mildernder Umstände Aspekte berücksichtigt, die nach der Curti Praxis bisher im Rahmen der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung berücksichtigt wurden.

87. Die Änderung einer bestehenden Praxis von Verwaltungsbehörden muss mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbar sein, was der Fall ist, wenn

- i) ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen (insbesondere die bisherige Praxis als unrichtig erkannt wird<sup>100</sup>),
- ii) die Änderung grundsätzlich erfolgt,
- iii) das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegt und
- iv) die Praxisänderung keinen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellt.<sup>101</sup>

88. Die erste Voraussetzung ist gegeben, da sich im vorliegenden Fall zeigt, dass die bisherige Curti-Praxis zu einem Ergebnis führen kann, das dem gesetzgeberischen Willen entgegensteht. Mit der Abkehr von der Curti Praxis hin zur Sanktionsbemessungspraxis, wie sie in Fällen von Verstössen im Sinne von Art. 52 KG gelebt wird, erfolgt die Praxisänderung grundsätzlich, womit auch die zweite Voraussetzung erfüllt ist. Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung, hier der Abkehr von der Curti-Praxis hin zur Sanktionsbemessungspraxis, wie sie in Fällen von Art. 52 KG gelebt wird, ist zudem als überwiegend einzustufen (dritte Voraussetzung). Dies lässt sich mit dem gesetzgeberischen Willen begründen, wonach der Sinn und Zweck der Verwaltungssanktionen nach den Art. 50 ff. KG darin bestehen soll, für Unternehmen spürbar zu sein und Sanktions- und Präventivwirkung zu entfalten.<sup>102</sup> Anhand des vorliegenden Falles zeigt sich, dass die Curti-Praxis dem Sinn und Zweck der Verwaltungssanktion im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG nicht gerecht würde. Zudem stellt die Praxisänderung auch keinen Verstoss gegen Treu und Glauben dar, weil sie *Swissgenetics* vor dem Erlass der Verfügung der WEKO zur Kenntnis gebracht wurde und *Swissgenetics* im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG zum Antrag und damit auch zur Praxisänderung Stellung nehmen konnte (vierte Voraussetzung). Schliesslich wird dem Umstand, dass *Swissgenetics* das erste Unternehmen ist, deren Verstoss nach Art. 51 KG nach der neuen Sanktionsbemessungspraxis geahndet wird, bei der Sanktionshöhe zu Gunsten von *Swissgenetics* Rechnung getragen (vgl. Rz 121).

### B.5.2 Stellungnahme von *Swissgenetics*

#### *Keine ernsthaften und sachlichen Gründe*

89. Hinsichtlich der Abkehr von der Curti-Praxis moniert *Swissgenetics* unter Berufung auf die für eine Praxisänderung geltenden Voraussetzungen zunächst, dass keine ernsthaften und sachlichen Gründe für eine Praxisänderung vorlägen. Weder sei die beantragte Praxisänderung auf eine bessere Erkenntnis der *ratio legis* noch auf gewandelte tatsächliche Verhältnisse oder Rechtsanschauungen oder zunehmende Missbräuche zurückzuführen.

ren.<sup>103</sup> Im Zusammenhang mit der besseren Erkenntnis der *ratio legis* entspreche der beschriebene Normzweck (Straf- und Präventivcharakter, Absicherung der Meldepflicht, Spürbarkeit) keiner neuen oder besseren Erkenntnis. Dies sei bereits vom Curti-Entscheid ausdrücklich aufgenommen worden. Während die Curti-Praxis transparente Grundsätze für die Ausübung des Verwaltungsermessens im Bereich der Verwaltungssanktionen bereitstelle, würde das Sekretariat bzw. die WEKO mit der postulierten Praxisänderung in «dunkle Zeiten» (unzulässiger) intransparenter Sanktionsbemessung zurückfallen.<sup>104</sup> Das Handeln der Verwaltungsbehörden müsse im Einzelfall voraussehbar und rechtsgleich sein, was erst recht gelte, wenn es um Sanktionen mit Strafcharakter gehe. Bewusst eine Praxis zu wählen, welche Sanktionen der Vorhersehbarkeit entziehe, wäre verfassungswidrig.<sup>105</sup>

90. Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, dass bundesgerichtlicher Rechtsprechung zufolge die bisherige Praxis beizubehalten ist, wenn keine entscheidenden Gründe zu Gunsten einer Praxisänderung sprechen. Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass nach der Rechtsprechung eine bisherige Praxis zu ändern sei, wenn sie als unrichtig erkannt oder wenn deren Verschärfung wegen veränderter Verhältnisse oder zufolge zunehmender Missbräuche für zweckmässig gehalten werde.<sup>106</sup> Entgegen der Darstellung von *Swissgenetics* liegen in casu entscheidende Gründe zu Gunsten einer Praxisänderung vor.

91. Mit der Einführung der Curti-Praxis hielt die WEKO fest, dass das Kriterium I den Verstoss gegen Art. 51 KG als solchen sanktionieren soll. Mit den Kriterien II und III sollte der Verstoss aus wettbewerblicher Sicht gewichtet werden, weshalb der Grundbetrag nach dem Kriterium I so bemessen werden sollte, dass hinreichend Spielraum für eine Erhöhung oder Verminderung verbleibt. Die WEKO hielt es aufgrund dieser Überlegungen und unter Berücksichtigung der maximalen Sanktion von einer Million Franken als angemessen, den Basisbetrag auf 0,1 Promille, jedoch maximal 300 000 Franken des in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes festzusetzen. Die Einführung dieser Praxis ist im Lichte des Entscheides in Sachen Curti & Co. AG zu lesen; der Verstoss im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG betraf die Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG. Damals erachtete die WEKO die Festsetzung des Grundbetrags auf 0,1 Promille des Jahresumsatzes bzw. maximal 300 000 Franken als der Konzeption des Kartellgesetzes entsprechend, weil sich auch die Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG nach

<sup>100</sup> Vgl. BGE 133 V 37 E.5.3.3.

<sup>101</sup> Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, 134 f. N 589 ff.

<sup>102</sup> Vgl. BBI 1995 I 468, 620 Ziff. 271.

<sup>103</sup> Act. 29, Rz 36 ff.

<sup>104</sup> Act. 29, Rz 45 ff.

<sup>105</sup> Act. 29, Rz 51.

<sup>106</sup> BGE 133 V 37, 39 E. 5.3.3.

dem Jahresumsatz richtet.<sup>107</sup> Mit anderen Worten hatte die WEKO bei der Einführung der Curti-Praxis bzw. deren Kriterium I nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtige Unternehmen im Blick, d. h. solche mit hohen Jahresumsätzen. Seit der Einführung der Curti-Praxis verstiesse bis zum vorliegenden Fall Unternehmen im vorgenannten Sinne gegen die Meldepflicht nach Art. 9 KG, so namentlich die BNP Paribas, die damalige Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft, die ProVAG und die The Swatch Group AG.<sup>108</sup> In casu zeigt sich nun seit der Einführung der Curti-Praxis zum ersten Mal, dass angesichts des – im Vergleich zu den erwähnten Unternehmen – tieferen Jahresumsatzes von Swisshgenetics mit dem aus dem Kriterium I resultierenden Grundbetrag ([...] Franken) der Verstoss in Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG an sich nicht geahndet würde. Denn vergleicht man die [...] Franken etwa mit der Gebühr für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG, die sich nach Art. 4 Abs. 3 GebV-KG<sup>109</sup> auf 5 000 Franken beläuft, so wird ersichtlich, dass der nach dem Kriterium I der Curti-Praxis vorliegend errechnete Grundbetrag nur unwesentlich über der Prüfgebühr zu liegen käme. Dem Grundbetrag in Höhe von [...] Franken ginge sowohl der Straf- als auch der Präventivcharakter von Art. 51 KG ab, womit die Anwendung des Kriteriums I der Curti Praxis in Fällen wie dem vorliegenden zu einem unrichtigen, mit Art. 51 KG nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde.

92. Der vorliegende Fall führt auch vor Augen, dass mit dem Kriterium I der Curti-Praxis den konkreten Umständen des Einzelfalls zu wenig Rechnung getragen würde. Denn das Kriterium I stellt alleine darauf ab, ob ein betroffenes Unternehmen hohe oder tiefe Jahresumsätze erzielte, ohne die Bedeutung des Unternehmens im Markt miteinzubeziehen. Wie der vorliegende Fall zeigt, kann auch ein Unternehmen mit vergleichsweise tiefen Jahresumsätzen eine bedeutende Stellung im Markt einnehmen (vgl. Rz 106). Mit der neuen Sanktionsbemessungspraxis wird den Umständen des Einzelfalls besser Rechnung getragen.

93. Es liegen somit entscheidende Gründe vor, die eine Abkehr von der Curti Praxis bzw. deren Kriterium I erfordern. Hervorzuheben ist dabei, dass die WEKO die Curti-Praxis nicht vollständig durch eine andere Sanktionsbemessungspraxis ersetzt, sondern lediglich das Kriterium I, das zu einem unrichtigen Ergebnis führt, nicht mehr anwendet und stattdessen wie in Fällen von Sanktionsverfahren nach Art. 52 KG auf die Grösse und Bedeutung des Unternehmens abstellt. Die bisher unter der Curti-Praxis berücksichtigten Kriterien II und III werden auch nach der geänderten Praxis berücksichtigt; die Curti-Praxis wird damit lediglich angepasst bzw. in dem Punkt korrigiert, der zu einem unrichtigen Ergebnis führt.

94. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Curti-Praxis zwar seit dem Jahr 1998 und somit rund 24 Jahre Bestand hatte, in diesem Zeitraum jedoch lediglich fünf Sanktionsverfahren nach Art. 51 KG geführt wurden<sup>110</sup> und davon lediglich ein einziger wegen Verletzung einer Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG (aus dem Jahr 2014)<sup>111</sup>. Bei der Curti-Praxis handelt es sich somit nicht um eine gefestigte Praxis.

95. Zur Rüge der mangelnden Transparenz bei der Sanktionsbemessung und der Unvorhersehbarkeit ist

festzuhalten, dass die Praxisänderung in transparenter Weise darlegt, aufgrund welcher konkreten Umstände des Einzelfalls die hier in Rede stehende Sanktion bemessen wird. Damit wird den verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundprinzipien Rechnung getragen.

#### *Keine gewandelten tatsächlichen Verhältnisse oder Rechtsanschauungen*

96. Swisshgenetics führt ins Feld, dass keine äusseren – tatsächlichen – Verhältnisänderungen oder gewandelte Rechtsanschauungen vorgebracht würden und dass äussere Verhältnisänderungen auch nicht ersichtlich seien. Die massgebenden Realien seien unverändert dieselben wie im Jahr 1998, als die Curti-Praxis begründet worden sei. Die Curti-Praxis sei bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur in Zweifel gezogen oder kritisiert worden. Auch die massgebliche Rechtsgrundlage sei dieselbe, insbesondere der Wortlaut von Art. 51 KG. Im Zusammenhang mit der Rechtsanschauung bemängelt Swisshgenetics weiter, dass aus Art. 49a KG nichts betreffend die Anwendung von Art. 51 KG abgeleitet werden könne. Art. 49a KG weise nämlich erhebliche Unterschiede zu Art. 51 KG auf, womit ausgeschlossen sei, dass die Änderung des «rechtlichen Umfelds» Auswirkungen auf die Sanktionierungspraxis im Anwendungsbereich von Art. 51 KG haben könne. Art. 49a KG sehe im Gegensatz zu Art. 51 KG keine Betragsobergrenze der Sanktion vor. Stattdessen bemesse sich der Betrag u. a. «nach der Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens», wobei der «mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat», «angemessen» zu berücksichtigen sei. Die für die Sanktionsbemessung zu berücksichtigenden Kriterien gemäss Art. 49a Abs. 1 KG würden die finanziellen Folgen (z. B. Gewinn) des Verstosses für das Unternehmen aufnehmen; die Berücksichtigung solcher Folgen habe bei Art. 51 KG jedoch keinen Platz. Ein nachträglich pflichtgemässes Handeln (z. B. nachträgliche Meldung des Vollzugs) werde bei Art. 51 KG nicht honoriert, habe mithin keinen Einfluss, weder auf die generelle Sanktionierbarkeit noch auf die Höhe der Sanktion. Dies sei bei Art. 49a KG völlig anders, wobei Swisshgenetics auf Art. 6 Abs. 1 SVKG verweist.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> Vgl. RPW 1998/4, 619 Rz 30 f., Curti & Co AG.

<sup>108</sup> Vgl. Fn 109.

<sup>109</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>110</sup> Es handelt sich dabei um die Fälle RPW 2000/2, 257 ff., *X/C-AG und D-AG*; RPW 2001/1, 144 ff., *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas*; RPW 2002/3, 524 ff., *Zusammenschluss Schweizerische Nationalversicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*; RPW 2013/2, 222 ff., *Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG* und RPW 2014/1, 316 ff., *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboites S.A.*

<sup>111</sup> RPW 2014/1, 316 ff., *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboites S.A.*

<sup>112</sup> Act. 29, Rz 53 ff.

97. Diese Argumente von *Swissgenetics* vermögen nicht zu überzeugen, da auch Art. 49a Abs. 1 KG eine Sanktionsobergrenze festhält, nämlich 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Auch was die übrigen Bemessungskriterien von Art. 49a Abs. 1 KG angeht, spricht die Dauer und Schwere des Kartellrechtsverstosses oder die Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände, dienen diese dazu, die Sanktion anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bemessen. Dies trifft auch auf die Sanktionsbemessung in Fällen von Art. 51 KG zu, womit die beiden Normen in Bezug auf die Sanktionsbemessung grundsätzlich durchaus miteinander vergleichbar sind.<sup>113</sup>

#### *Weitere Argumente*

98. *Swissgenetics* rügt, dass das Sekretariat falsch liege, wenn es im Antrag ausführe, dass die Curti-Praxis nicht mehr der gelebten Praxis der WEKO entspreche.<sup>114</sup> Diesbezüglich ist richtigzustellen, dass im Antrag lediglich gesagt wurde, dass die im Entscheid Curti & Co. (vgl. Rz 81) eingeführte Änderung, subjektive Elemente bei der Sanktionsbemessung nicht mehr zu berücksichtigen, ab dem Jahr 2002 aufgegeben wurde, mithin die Curti-Praxis in der 1998 eingeführten Form seit 2002 nicht mehr gelebt wurde (vgl. Rz 81 ff.).

#### *Keine grundsätzliche Praxisänderung*

99. *Swissgenetics* ist der Ansicht, dass das Kriterium I nicht grundsätzlich falsche Ergebnisse liefere. Für *Swissgenetics* werde klar, dass die Praxisänderung tatsächlich nur für den vorliegenden Fall erfolge; es scheine durchaus denkbar, dass bei späteren Entscheiden wieder ein Zurückkommen auf die alte Praxis stattfinden würde. Schwenkentscheide seien verpönt und der Rechtssicherheit und -gleichheit abträglich und zu unterlassen.<sup>115</sup>

100. Zu präzisieren und hervorzuheben ist, dass die Praxisänderung in concreto nicht für den, sondern wegen des vorliegenden Falls erfolgt. Die neue Praxis wird ab sofort bei der Bemessung der Sanktion in Verfahren im Sinne von Art. 51 KG wegen Verstössen gegen die Meldepflicht von Zusammenschlussvorhaben angewendet und zwar unterschiedslos für alle Unternehmen. Eine neuerliche Praxisänderung ist zum jetzigen Zeitpunkt weder absehbar noch wahrscheinlich, doch selbst wenn dies in der Zukunft in Erwägung gezogen werden sollte, müsste eine Praxisänderung den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen entsprechen (vgl. Rz 87). Die Bedenken von *Swissgenetics* vor Schwenkentscheiden sind damit unberechtigt.

#### *Interesse an der Rechtssicherheit überwiege Interesse an der richtigen Rechtsanwendung*

101. In Bezug auf das für eine Praxisänderung erforderliche Element des überwiegenden Interesses hält *Swissgenetics* fest, dass ernsthafte und sachliche Gründe für eine Praxisänderung nicht rechtsgenügend dargelegt worden seien. Auch könne nicht die Rede davon sein, dass die neue Sanktionsbemessungspraxis eine «richtige Anwendung objektiven Rechts» darstelle. Vielmehr werde die Curti-Praxis dem Gesetzeszweck mindestens gleichermassen gerecht und verschaffe den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Verwaltungshandelns deutlich bessere Nachachtung. Eine eigentliche Interessenabwägung werde unterlassen.<sup>116</sup>

102. Entgegen dem Vorbringen von *Swissgenetics* liegen ernsthafte und sachliche Gründe für die Abkehr von der Curti-Praxis bzw. deren Kriterium I vor (vgl. Rz 90 f.). Damit kann dem Argument von *Swissgenetics*, dass die Curti-Praxis dem Normzweck mindestens gleichermassen gerecht werde<sup>117</sup>, wie dies die postulierte Praxisänderung tue, nicht gefolgt werden.

103. Das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts – hier Art. 51 Abs. 1 KG – überwiegt das Interesse von *Swissgenetics* an der Wahrung der Rechtssicherheit insofern, als Art. 51 Abs. 1 KG u. a. die Meldepflicht nach Art. 9 KG sicherstellen soll, jedoch damit indirekt auch den wirksamen Wettbewerb schützt (vgl. Rz 107). Dem steht das Interesse an der Beibehaltung der Curti-Praxis von *Swissgenetics* gegenüber, dessen Kern darin besteht, eine Schlechterbehandlung, die durch eine Praxisänderung herbeigeführt wird, zu verhindern. Dieses Interesse von *Swissgenetics* vermag das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts nicht zu überwiegen. Denn es entspricht gerade Sinn und Zweck von Art. 51 Abs. 1 KG, dass die entsprechend ausgefallte Sanktion für ein betroffenes Unternehmen spürbar sein soll. Hinzu kommt, dass die bisherige Curti-Praxis in Bezug auf die Höhe der Sanktion *Swissgenetics* bzw. Unternehmen mit vergleichsweise tiefen Jahresumsätzen zu Gute käme, die neue Sanktionsbemessungspraxis jedoch indirekt dem wirksamen Wettbewerb und damit sämtlichen Marktteilnehmern.

104. Schliesslich trägt die WEKO dem Umstand Rechnung, dass *Swissgenetics* das erste Unternehmen ist, dessen Verstoss im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG nach der neuen Sanktionsbemessungspraxis festgelegt wird (vgl. Rz 121 f.).

### **B.5.3 Sanktionsbemessung im vorliegenden Fall**

105. Die Höhe der Sanktion richtet sich nach den besonderen Umständen des konkreten Falles; sie muss für das Unternehmen nachvollziehbar sein und eine abschreckende Wirkung haben. In Anlehnung an die Praxis zur Sanktionsbemessung in Fällen von Verstössen im Sinne von Art. 52 KG sind insbesondere die Grösse des Unternehmens, die Art und Schwere des Verstosses sowie etwaige erschwerende und/oder mildernde Umstände zu berücksichtigen. Bei der Beurteilung der erschwerenden und mildernden Umstände sind die subjektiven Elemente zu berücksichtigen.<sup>118</sup>

#### **B.5.3.1 Bedeutung/Grösse des Unternehmens**

106. Der erste Schritt der Sanktionsbemessung besteht darin, die Bedeutung und die Grösse von *Swissgenetics* auf dem relevanten Markt zu bestimmen. Aus der Höhe des schweizweiten Umsatzes von *Swissgenetics* geht

<sup>113</sup> Vgl. DIKE KG-TSCHUDIN (Fn 42), Art. 51 N 24 m. w. Nw.

<sup>114</sup> Act. 29, Rz 68.

<sup>115</sup> Act. 29, Rz 71 ff.

<sup>116</sup> Act. 29, Rz 75 ff.

<sup>117</sup> Act. 29, Rz 77.

<sup>118</sup> RPW 2021/3, 691 N 35, A SA / B SA.

hervor, dass dieser tiefer ist als die schweizweiten Umsätze anderer meldepflichtiger Unternehmen, Swissgenetics ist damit in concreto als eher kleines Unternehmen zu betrachten, welchem im relevanten Markt (dem schweizerischen Markt für KB) aber eine bedeutende Stellung zukommt.

### B.5.3.2 Art und Schwere des Verstosses

107. Im zweiten Schritt der Sanktionsbemessung gilt es, die Art und die Schwere des Verstosses nach Art. 51 KG zu prüfen. Die Prüfung der Art und Schwere des Verstosses muss unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Art. 51 Abs. 1 KG erfolgen. Der Zweck von Art. 51 KG besteht in erster Linie darin, die gesetzliche Meldepflicht gemäss Art. 9 KG und das Vollzugsverbot während des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 3 KG sicherzustellen. Art. 51 KG soll es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, ein Zusammenschlussvorhaben rechtzeitig und vor dessen Vollzug zu prüfen, was die vorgängige Meldung des Vorhabens sowie den Aufschub des Vollzugs voraussetzt. Art. 51 KG schützt direkt die Fusionskontrolle und indirekt den wirksamen Wettbewerb.<sup>119</sup>

108. Was den Schutz des wirksamen Wettbewerbs angeht, so drängt es sich (wie bisher im Rahmen des Kriteriums II der Curti-Praxis berücksichtigt wurde) auf zu prüfen, ob betroffene Märkte vorlagen resp. der nicht gemeldete Unternehmenszusammenschluss die Möglichkeit eröffnete, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (wie bisher im Rahmen des Kriteriums III der Curti-Praxis). In ihrer vorläufigen Prüfung zur Übernahme von NGG durch Swissgenetics identifizierte die WEKO mehrere gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene Märkte.

- Einen betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition zeigte sich für den schweizweiten Markt für den Vertrieb von Stiersamen mit einem von ihr selbst geschätzten Marktanteil von Swissgenetics von rund [40–50] %.<sup>120</sup> Anzumerken ist, dass der geschätzte Marktanteil mengenbasiert ist<sup>121</sup> und auf mehreren von Swissgenetics getroffenen Annahmen basiert. Ein umsatzbasierter Marktanteil und/oder etwas andere Annahmen können ohne Weiteres einen höheren Marktanteil von Swissgenetics ergeben.
- Einen weiteren betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition erkannte die WEKO im schweizweiten Markt für Besamungsdienstleistungen mit einem geschätzten Marktanteil des Swissgenetics-Besamungsnetzes für das Jahr 2019 von rund [70–80] %. Dabei hielt die WEKO fest, dass es auch bei einer allfälligen weiteren Unterteilung dieses Marktes in lokale Märkte zumindest in gewissen dieser Märkte zu betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition kommt.<sup>122</sup>
- Zudem hielt es die WEKO bezüglich nach Rassen unterteilten Märkten im Bereich der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen für möglich, dass eine oder mehrere betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition vorliegen könnten, würden die Rassen bezüglich Swiss Fleckvieh und bezüglich Original Braunvieh enger abgegrenzt als in der Schätzung durch Swissgenetics vorge-

nommen.<sup>123</sup> Einen betroffenen Markt mit Marktanteilsaddition konnte die WEKO jedoch nicht ausmachen. So ergab sich zwar eine Marktanteilsaddition für den BS-Stiersamenmarkt mit einer räumlichen Abgrenzung, welche Europa, USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst, die Marktanteilsaddition blieb jedoch unter 20 %.<sup>124</sup> Auch wenn dieser sachliche Markt räumlich gemäss den Erläuterungen in Rz 64 engstmöglich abgegrenzt wird, ergibt sich keine Marktanteilsaddition auf mindestens 20 %.<sup>125</sup>

109. Insgesamt lagen somit mindestens zwei betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Zu den Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse bezüglich vorgenannter (allenfalls) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Märkte äusserte sich die WEKO in ihrer Beurteilung zum Zusammenschluss Swissgenetics/New Generation Genetics:

- Bezüglich des Vertriebs von Stiersamen führte der Zusammenschluss gemäss der WEKO zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.<sup>126</sup> Als BS-Genetikentwicklerin und Produzentin von BS-Samendosen ist NGG nicht nur im gleichen Markt wie Swissgenetics tätig, sondern auch in einem Markt, welcher dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von Stiersamen vorgelagert ist. Die diesbezügliche Beurteilung der WEKO ergab, dass weder eine Abschottung von den Einsatzmitteln noch eine Abschottung von den Kunden zu erwarten war.
- Durch den Zusammenschluss änderten sich die Wettbewerbsverhältnisse im schweizweiten Markt für Besamungsdienstleistungen resp. in den diesbezüglichen regionalen Märkten gemäss der WEKO nicht.<sup>127</sup>
- Hinsichtlich nach Rassen unterteilten Märkten im Bereich der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen änderten sich die Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss gemäss der WEKO nicht.<sup>128</sup>

110. Daraus ergab sich, dass keine Anhaltspunkte bestanden, dass der Zusammenschluss bezüglich eine marktbeherrschende Stellung begründete oder verstärkte, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG beseitigt werden konnte.

<sup>119</sup> Vgl. dazu DIKE KG-TSCHUDIN (Fn 42), Art. 51 N 5.

<sup>120</sup> RPW 2021/3, 683 Rz 32, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>121</sup> RPW 2021/3, 683 Fn 30, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>122</sup> RPW 2021/3, 683 f. Rz 36, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>123</sup> Dies bei einer räumlichen Abgrenzung, welche das Gebiet der Schweiz, Europa, USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst. Vgl. RPW 2021/3, 683 Rz 31, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>124</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 30, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>125</sup> Gestützt auf Schätzungen von Swissgenetics gab es im Geschäftsjahr 2019/2020 für das in Rz 64 definierte übernationale Gebiet rund 500 BS-Jungtiere, davon [...] von Swissgenetics und [...] von NGG (vgl. act. 15 und 17).

<sup>126</sup> RPW 2021/3, 683 Rz 33 f., *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>127</sup> RPW 2021/3, 684 Rz 37, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>128</sup> RPW 2021/3, 683 Rz 31, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.



111. Diese Einschätzung der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses deckt sich mit den Ausführungen von Swissgenetics. Swissgenetics macht geltend, dass NGG ein sehr kleiner amerikanischer Familienbetrieb sei, der in der Schweiz gar nicht tätig sei, weswegen Swissgenetics nicht an die Möglichkeit einer Meldepflicht gedacht habe.<sup>129</sup> Die Übernahme habe im Schweizer Markt für Rindersperma keine Auswirkungen, insbesondere da NGG im Schweizer Markt gar nicht aufgetreten sei. Die Besamungstätigkeit würde durch die Übernahme nicht beeinflusst und auch der Handel mit Rindersperma sei nicht betroffen. Auf den europäischen Markt habe die Übernahme auch keine Auswirkungen, weil Swissgenetics in Europa bereits über ein umfangreiches eigenes Verkaufsnetz verfüge. Aufgrund der vernachlässigbaren Grösse von Swissgenetics und NGG im weltweiten Markt sei die Übernahme auch aus weiterer, globaler Sicht nicht relevant. Der gemeinsame Exportumsatz von Swissgenetics und NGG beim Rindersperma habe sich 2019 auf [...] Franken beziffert, was im geschätzten internationalen Handelsvolumen von mehreren Milliarden Franken weniger als [0–10] % des weltweiten Handels mit Rindersperma sei.<sup>130</sup>

112. Unter Berücksichtigung obiger Umstände ist der vorliegende Verstoss gegen Art. 51 KG als leicht bis mittelschwer einzustufen.

113. Swissgenetics führt dagegen aus, dass in casu – wenn schon – von einem leichten Verstoss auszugehen sei, da die Prüfung des Zusammenschlusses *Swissgenetics/New Generation Genetics* keine Anhaltspunkte ergeben habe, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung habe begründen oder verstärken können, weshalb dieser als unbedenklich eingeschätzt worden sei.<sup>131</sup>

114. Zutreffend ist zwar, dass die WEKO den nach Vollzug gemeldeten Zusammenschluss als unbedenklich einstuft, jedoch kommt Swissgenetics im schweizerischen Markt für KB eine bedeutende Stellung zu und es lagen mindestens zwei betroffene Märkte vor (vgl. Rz 108). Diese Aspekte sind ausschlaggebend dafür, den hier interessierenden Verstoss als leicht bis mittelschwer einzustufen.

### B.5.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände

115. Der letzte Schritt bei der Sanktionsbemessung besteht darin, erschwerende und mildernde Umstände zu berücksichtigen.

116. Im erschwerenden Sinne ist Swissgenetics vorzuhalten, dass sie im Jahr 2009 die beabsichtigte Übernahme von Select Star den Wettbewerbsbehörden gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldete (vgl. Rz 12). Zudem stellte Swissgenetics im Jahr 2014 einen Antrag an das Sekretariat, mit welchem sie ihre rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung u. a. wegen der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG von Zusammenschlüssen aufgehoben haben wollte (vgl. Rz 13). Dies zeigt, dass sich Swissgenetics zu diesen Zeitpunkten ihrer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG bewusst war. Schliesslich lieferte NGG im Zeitraum der Übernahme Stiersamenden an Swissgenetics in die Schweiz, womit ein Bezug zur Schweiz bestand. Angesichts dieses Bezuges zur Schweiz hätte sich Swissgenetics vorgängig zur

Übernahme von NGG die Frage einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG stellen müssen bzw. hätte Swissgenetics diese Frage eingehend prüfen müssen.

117. In Bezug auf die Übernahme von NGG zog Swissgenetics im Januar 2020 zudem anwaltliche Beratung bei. Im Rahmen des entsprechenden Mandats sei die Frage nach der Meldepflicht nach Angaben von Swissgenetics möglicherweise zu wenig detailliert abgeklärt worden.<sup>132</sup> Nach Ansicht der WEKO wäre zumindest zu erwarten gewesen, dass sich Swissgenetics vor der Übernahme von NGG bezüglich einer allfälligen Meldepflicht bei den Wettbewerbsbehörden erkundigt. Dies tat Swissgenetics jedoch nicht, sondern vollzog die Übernahme von NGG ohne vorherige Meldung bei den Wettbewerbsbehörden.

118. Swissgenetics moniert diesbezüglich, dass sie für die Transaktion NGG eine Kanzlei beigezogen habe, die insbesondere bei Geschäften mit «US-Bezug» über Erfahrung verfügt habe und es vor dem Hintergrund der sich rasant gewandelten Marktverhältnisse unglückliche Umstände gewesen seien, die dazu geführt hätten, dass die Meldung unterblieben sei.<sup>133</sup>

119. Unglückliche Umstände mögen im vorliegenden Fall zum Unterlassen der Meldung geführt haben, dennoch hätte es die objektive Sorgfaltspflicht geboten, sämtliche Aspekte in Bezug auf die Übernahme resp. die Meldepflicht mit der gebotenen Vorsicht zu klären, bevor die Transaktion vollzogen wurde.

120. Mildernd ins Gewicht fällt, dass Swissgenetics sich von Beginn der ersten Kontaktaufnahme des Sekretariats in dieser Angelegenheit an sehr kooperativ verhalten hat.

### B.5.4 Ergebnis der Sanktionsbemessung

121. Die Umstände, dass Swissgenetics als eher grosses, bedeutendes Unternehmen einzustufen ist und es bei der nicht gemeldeten Übernahme von NGG betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU gab sowie sich Swissgenetics vorgängig zur Übernahme von NGG die Frage einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG hätte stellen müssen bzw. diese Frage eingehend hätte prüfen müssen, sprechen für einen eher hohen Sanktionsbetrag. Allerdings bestehen keine Anhaltspunkte, dass der nicht gemeldete Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Zudem ist zu Gunsten von Swissgenetics dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie das erste Unternehmen ist, deren Sanktion wegen eines Verstosses gegen Art. 51 KG anhand der neuen Praxis bemessen wird. Dieser Umstand ist im mildernden Sinne bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

<sup>129</sup> Act. 6.

<sup>130</sup> Act. 15, S. 4.

<sup>131</sup> Act. 29, Rz 83 f.

<sup>132</sup> Act. 19.

<sup>133</sup> Act. 29, Rz 85 f.

122. In Berücksichtigung obiger Ausführungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von 50 000 Franken nach Art. 51 Abs. 1 KG wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als angemessen. In vergleichbaren Fällen wird die Sanktion angesichts des Sanktionsrahmens (Art. 51 Abs. 1 KG) inskünftig deutlich höher ausfallen.

123. Das Ergebnis der Sanktionsberechnung ist für Swissgenetics nicht nachvollziehbar; der Sanktionsbetrag von CHF 50 000 Franken komme völlig unverhofft und willkürlich, ohne jede weitere Überlegung zur Höhe.<sup>134</sup>

124. Zur Sanktionshöhe von 50 000 Franken sei festgehalten, dass dieser Betrag gestützt auf die konkreten Umstände in diesem Fall festgesetzt wurde. Abgestellt wurde auf die Grösse/Bedeutung von Swissgenetics und die Art und Schwere des Verstosses gegen die Meldepflicht; zudem wurden erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt. Die Sanktionsbemessung im vorliegenden Fall wurde somit gestützt auf die genannten Kriterien begründet, weshalb für die WEKO nicht ersichtlich ist, inwiefern die festgesetzte Sanktion willkürlich erfolgt sein soll. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Sanktion in der Höhe von 50 000 Franken 5 % der nach Art. 51 Abs. 1 KG vorgesehenen Maximalsanktion entspricht und daher nach Ansicht der WEKO als angemessen und verhältnismässig einzustufen ist.

### C Kosten

125. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.<sup>135</sup> Als Verursacher im vorliegenden Verfahren gilt das Unternehmen, welches seine Meldepflicht verletzt und damit gegen Art. 51 KG verstossen hat, somit Swissgenetics.

126. Art. 3 Abs. 2 GebV-KG (Gebührenfreiheit) findet im vorliegenden Verwaltungssanktionsverfahren keine Anwendung. Die Verfügungsadressatin Swissgenetics ist daher gebührenpflichtig.

127. Die Gebührenbemessung richtet sich nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

128. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt rund 69 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 66,49 Stunden zu 200 Franken, ergebend 13 298 Franken.
- 2,25 Stunden zu 290 Franken, ergebend 652.50 Franken.

129. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 13 950.50 Franken.

### D Ergebnis

130. Per 1. Juli 2020 übernahm Swissgenetics NGG ohne vorherige Meldung der Transaktion bei den Wettbewerbsbehörden. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Swissgenetics auf dem schweizerischen Markt für KB erging in der rechtskräftigen Verfügung 1999, welche nach wie vor Bestand hat. Der für die Feststellung einer allfälligen Meldepflicht vorliegend interessierende Unternehmenszusammenschluss betrifft als engstmöglichen sachlichen und räumlichen Markt den übernationalen BS-Stiersamenmarkt. Dieser ist dem schweizerischen Markt für KB vorgelagert. Aus diesen Gründen war die Übernahme von NGG durch Swissgenetics meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG. Sie wäre demnach den Wettbewerbsbehörden vor deren Vollzug zu melden gewesen, eine entsprechende Meldung blieb jedoch aus. Somit verletzte Swissgenetics ihre Meldepflicht und ist gemäss Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von 50 000 Franken nach Art. 51 Abs. 1 KG wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als angemessen (vgl. Rz 122). Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Swissgenetics die Verfahrenskosten in Höhe von 13 950.50 Franken zu tragen (vgl. Rz 129).

### E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG wird die Swissgenetics Genossenschaft mit einer Sanktion nach Art. 51 Abs. 1 KG in der Höhe von 50 000 Franken belastet.
2. Die Verfahrenskosten nach Art. 53 KG in der Höhe von insgesamt 13 950.50 Franken werden der Swissgenetics Genossenschaft auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Swissgenetics Genossenschaft, Meielenfeldweg 12, 3052 Zollikofen
 vertreten durch Bratschi AG, RA Dr. Martin Moser, Bollwerk 15, 3001 Bern

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>134</sup> Act. 29, Rz 87 ff.

<sup>135</sup> Vgl. dazu auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*. Danach sind die Verfahrenskosten den materiellen Verfügungsadressaten, die durch das Verfügungsdispositiv verpflichtet werden (hier: Swissgenetics), aufzuerlegen.

B 2	<b>5. Andere Entscheide</b> Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	<b>1. Herausgabe von Verfahrensakten an den Kanton bezüglich der noch nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung Engadin I</b>

**Die WEKO hat kürzlich mehrere weitgehend deckungsgleiche Verfügungen betreffend Einsichtsgesuche erlassen (siehe RPW 2022/2, S. 472 ff., See-Gaster/Schwyz; RPW 2022/2, S. 504 ff., Engadin I/RhB). Nachfolgend werden deshalb nur jene Passagen publiziert, die sich wesentlich von den vorangehend aufgeführten Verfügungen unterscheiden.**

*Verfügung vom 31. Oktober 2022 in Sachen 22-0458/02: Herausgabe von Verfahrensakten an den Kanton bezüglich der noch nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung Engadin I betreffend Gesuch des Kantons Graubünden um Einsicht in Verfahrensakten der Untersuchung 22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*

Verfahrensbeteiligte:

Kanton Graubünden, in Chur, Gesuchsteller

1. **Alfred Laurent AG**, in Ramosch
2. **Rusena-Beton SA**, in Ramosch  
beide vertreten durch [...]
3. **Bezzola Denoth AG**, in Scuol
4. **Foffa Conrad AG**, in Zernez
5. **Zebblas Bau AG Samnaun**, in Samnaun  
alle vertreten durch [...]
6. **Fabio Bau GmbH**, in Sent  
vertreten durch [...]
7. **Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV)**, in Chur  
vertreten durch [...]
8. **Impraisa da fabrica Margadant** (gelöscht), in Susch  
vertreten durch [...]
9. **Impraisa Mario GmbH** (gelöscht), c/o Konkursamt Engiadina Bassa/Val Müstair, in Scuol
10. **Koch AG Ramosch**, in Ramosch
11. **Uina SA**, in Sent  
beide vertreten durch [...]
12. **Lazzarini AG**, in Samedan  
vertreten durch [...]

13. **René Hohenegger Sarl**, in Brail

14. **Sosa gera SA**, in Zernez

Gesuchsgegnerinnen

**A Sachverhalt**

**A.1 Das dem Einsichtsgesuch zugrundeliegende Sanktionsverfahren**

1. Mit Verfügung vom 26. März 2018 schloss die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Untersuchung «22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I» ab (nachfolgend: Sanktionsverfügung)<sup>1</sup> und informierte die Öffentlichkeit mit Pressemitteilung vom 26. April 2018<sup>2</sup> darüber. Die Sanktionsverfügung wurde von einigen Parteien angefochten. Diese Rechtsmittelverfahren sind derzeit beim Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) hängig (Stand 31. Oktober 2022),<sup>3</sup> die Sanktionsverfügung ist demnach im angefochtenen Umfang noch nicht rechtskräftig. Am 23. August 2018 wurde die Sanktionsverfügung auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden aufgeschaltet mit dem Hinweis, dass ein Teil der Parteien Beschwerde dagegen erhoben haben. Die definitive Publikation erfolgte alsdann in der RPW 2019/2.

2. Gemäss Sanktionsverfügung wurden im Unterengadin inklusive Samnaun (nachfolgend: Unterengadin) mehrere Verhaltensweisen festgestellt, die gegen Art. 5 Abs. 3 KG<sup>4</sup> verstossen:<sup>5</sup>

- Erstens eine Zusammenarbeit von 1997–2008 im Rahmen von Vorversammlungen zwischen der Bezzola Denoth AG, der Fabio Bau GmbH, der Foffa Conrad AG, der Impraisa da fabrica Margadant (bis 2006), der Impraisa Mario GmbH, der Koch AG Ramosch, der Lazzarini AG, der René Hohenegger Sarl und der Zebblas Bau AG Samnaun. Anlässlich dieser Vorversammlungen haben die Abredeteilnehmenden den designierten Zuschlagsempfänger sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin festgelegt.<sup>6</sup> Diese Zusammenarbeit wurde als Gesamtabrede qualifiziert.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> RPW 2019/2, 322 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I (Engadin I)*.

<sup>2</sup> Abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> Medien > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2018 > 26.4.2018 (31.10.2022).

<sup>3</sup> Verfahren B-3096/2018, B-3097/2018 und B-3290/2018.

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>5</sup> Zusammenfassend RPW 2019/2, 462 f. Rz 722, *Engadin I*.

<sup>6</sup> RPW 2019/2, 438 f. Rz 546–550, *Engadin I*.

<sup>7</sup> RPW 2019/2, 462 Rz 722, *Engadin I*.

- Zweitens eine bis 2012 andauernde Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG, womit sie bezweckten, sich betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unteren Engadin nicht zu konkurrenzieren.<sup>8</sup> Diese Zusammenarbeit wurde ebenfalls als Gesamtabrede qualifiziert.<sup>9</sup>
- Drittens eine bilaterale Angebotskoordinierung zwischen verschiedenen Bauunternehmen bezüglich insgesamt elf Hoch- und Tiefbauprojekten im Unteren Engadin im Zeitraum von 2009–2012.<sup>10</sup> Bei dieser Angebotskoordinierung erfolgte für jedes Projekt eine sogenannte Einzelsubmissionsabrede.<sup>11</sup>
- Viertens eine Zusammenarbeit von 1999–2008 zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG, womit sie unter anderem bezweckten, sich in den Bereichen Hoch- und Tiefbau sowie der Produktion und dem Vertrieb von Baustoffen nicht zu konkurrenzieren.<sup>12</sup> Diese Zusammenarbeit wurde, vergleichbar mit einer Gesamtabrede, als Dauerabrede qualifiziert.<sup>13</sup>

3. Als «Gesamtabreden»<sup>14</sup> werden in der Sanktionsverfügung Abreden bezeichnet, die erstens auf Dauer angelegt sind und zweitens zum Inhalt haben, generell die betroffenen Projekte aufzuteilen und die entsprechenden Angebotspreise zu koordinieren.<sup>15</sup> Umgesetzt werden derartige Gesamtabreden mit konkretisierenden, jeweils auf ein spezifisches Projekt bezogenen Abreden. Da solche umsetzenden Abreden von der Gesamtabrede bereits miteingefasst werden, erübrigte sich insofern eine isolierte Würdigung der auf konkrete Projekte bezogenen Abreden. Die von Gesamtabreden betroffenen Projekte wurden in der Sanktionsverfügung also nicht im Einzelnen umfassend separat ermittelt und aufgearbeitet.

## A.2 Prozessgeschichte des Einsichtsgesuchs

4. Am 16. Mai 2018, also nach der Pressemitteilung, aber vor der Publikation der Sanktionsverfügung im Internet, stellte der Kanton Graubünden, vertreten durch das Departement für Infrastruktur, Energie und Mobilität Graubünden (nachfolgend: Gesuchsteller), bei der WEKO ein Gesuch um Einsicht in die Akten dieses Sanktionsverfahrens.<sup>16</sup>

5. Mit Schreiben vom 24. Mai 2018 bestätigte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) den Eingang des Gesuchs und stellte den weiteren Verfahrensablauf dar.<sup>17</sup>

6. Am 29. Mai 2018 gewährte das Sekretariat den Parteien des Sanktionsverfahrens (nachfolgend: die Gesuchsgegnerinnen) die Möglichkeit, zum Einsichtsgesuch Stellung zu nehmen.<sup>18</sup> Mit einigen Ausnahme (etwa der Gesuchsgegnerin 13) liessen sich die Gesuchsgegnerinnen, unter anderem die Gesuchsgegnerin 1 und 10, vernehmen.<sup>19</sup> Das Sekretariat stellte diese Stellungnahmen dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 27. Juni 2018 zu.<sup>20</sup> Dieses Schreiben inkl. den Stellungnahmen stellte das Sekretariat am 28. Juni 2018 zudem den Gesuchsgegnerinnen zu.<sup>21</sup>

7. Im Nachgang zur Publikation der Sanktionsverfügung auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden bekräftigte der Gesuchsteller mit Schreiben vom 28. September 2018 sein Einsichtsgesuch und ergänzte bzw. präzisier

seine Rechtsbegehren.<sup>22</sup> Am 4. Oktober 2018 bestätigte das Sekretariat dem Gesuchsteller den Erhalt dieses Schreibens und stellte es den Gesuchsgegnerinnen am 16. Oktober 2018 zur Kenntnisnahme zu.<sup>23</sup>

8. Betreffend ein anderes, ebenfalls noch nicht rechtskräftig abgeschlossenes Sanktionsverfahren hiess das BVGer mit seinen Urteilen A-592/2018 und A-604/2018 vom 23. Oktober 2018 Beschwerden gegen die teilweise Gutheissung des diesbezüglichen Einsichtsgesuchs durch die WEKO gut. Es befand im Wesentlichen, dass vor rechtskräftigem Abschluss des Sanktionsverfahrens eine Datenbekanntgabe nicht zulässig sei. Dieses Urteil wurde sowohl vom dortigen Gesuchsteller als auch vom Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht (nachfolgend: BGer) angefochten.

9. Da die diesbezüglichen bundesgerichtlichen Urteile offensichtlich von präjudizieller Bedeutung für das vorliegende Einsichtsverfahren sind, sistierte das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums mit Zwischenverfügung vom 16. Januar 2019 das hiesige Einsichtsverfahren.<sup>24</sup> Am 18. März 2021 entschied das BGer in den präjudiziellen Verfahren 2C\_1039/2018, 2C\_1040/2018 (publiziert als BGE 147 II 227), 2C\_1051/2018 und 2C\_1052/2018. Es kam im Wesentlichen zum Schluss, dass weder erforderlich sei, «*dass das Sanktionsverfahren rechtskräftig abgeschlossen sein muss, noch, dass darin ein Kartellrechtsverstoss festgestellt worden sein muss*».<sup>25</sup>

10. Mit der Ausfällung der Urteile des BGer vom 18. März 2021 in den Verfahren 2C\_1039/2018, 2C\_1040/2018, 2C\_1051/2018 und 2C\_1052/2018 fiel der Sistierungsgrund weg. Die Sistierung wurde sodann mittels Zwischenverfügung vom 15. Juni 2021 aufgehoben.<sup>26</sup> Dabei ersuchte das Sekretariat den Gesuchsteller um Mitteilung, ob dieser am Gesuch weiterhin festhalten möchte.

<sup>8</sup> RPW 2019/2, 439 Rz 551 f., *Engadin I*.

<sup>9</sup> RPW 2019/2, 462 Rz 722, *Engadin I*.

<sup>10</sup> RPW 2019/2, 439 f. Rz 553–563, *Engadin I*.

<sup>11</sup> RPW 2019/2, 462 ff. Rz 722, *Engadin I*.

<sup>12</sup> RPW 2019/2, 440 Rz 564 f., *Engadin I*.

<sup>13</sup> RPW 2019/2, 459 Rz 701, *Engadin I*.

<sup>14</sup> Siehe erstes und zweites Lemma der vorangehenden Rz.

<sup>15</sup> RPW 2019/2, 444 Rz 594 und 450 f. Rz 640, *Engadin I*.

<sup>16</sup> Act. 1.

<sup>17</sup> Act. 2.

<sup>18</sup> Act. 3–12.

<sup>19</sup> Act. 17 und 26–29, die Gesuchsgegnerinnen 6, 8, 9, 13 und 14 liessen sich nicht vernehmen.

<sup>20</sup> Act. 31.

<sup>21</sup> Act. 32.

<sup>22</sup> Act. 33.

<sup>23</sup> Act. 34–44.

<sup>24</sup> Act. 45–55.

<sup>25</sup> BGE 147 II 227 E. 5.4.8.1 f.

<sup>26</sup> Act. 56–66.

11. Mit Schreiben vom 21. Juli 2021 teilte der Gesuchsteller mit, dass er sein Gesuch gegenüber den Gesuchsgegnerinnen 2–9, 11–12 und 14 zurückzieht (etwa, weil er sich mit diesen aussergerichtlich geeinigt hat oder das Sanktionsverfahren gegenüber ihnen eingestellt wurde). Demgegenüber hielt der Gesuchsteller explizit an seinem Einsichtsgesuch gegenüber den Gesuchsgegnerinnen 1, 10 und 13 fest und stellte in Aussicht, ein angepasstes Einsichtsgesuch einzureichen.<sup>27</sup> Die vom Teilrückzug betroffenen Gesuchsgegnerinnen informierte das Sekretariat mit Schreiben vom 18. August 2021 und stellte eine entsprechende Abschreibungsverfügung aus verfahrensökonomischen Gründen erst mit abschliessender Verfügung in der Hauptsache in Aussicht.<sup>28</sup>

12. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2021 reichte der Gesuchsteller ein angepasstes Einsichtsgesuch ein.<sup>29</sup> Mit *Rechtsbegehren 1* beantragt er Akteneinsicht in die Sanktionsverfügung sowie allfällige weitere Beweismittel und Verfahrensstücke, sofern dabei eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 betroffen sei sowie der Kanton als Vergabe- oder Subventionsbehörde geschädigt worden sei. *Eventualiter* sei ihm Akteneinsicht im Umfang und unter denselben Voraussetzungen zu gewähren wie anderen Verfahrensparteien. Mit *Rechtsbegehren 2* beantragt er näher spezifizierte Auskünfte darüber, ob und inwieweit er als Vergabe- oder Subventionsbehörde von den Wettbewerbsabreden, an denen eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 beteiligt war, betroffen sei. Dafür sei die Anzahl betroffene Projekte und das Volumen der betroffenen Projekte (in CHF) mitzuteilen sowie eine Liste der konkreten Projekte zu erstellen. *Eventualiter* seien nur jene Projekte aufzulisten, bei welchen eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 den Zuschlag erhalten habe.

13. Der Gesuchsteller begründet sein angepasstes Einsichtsgesuch damit, dass er als bedeutendster Auftraggeber in der Region ein erhebliches öffentliches Interesse an der Akteneinsicht habe, um zu erfahren, ob, in welchem Ausmass und in welchen Fällen er von Wettbewerbsabreden, an denen eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 beteiligt war, betroffen sei, da er einerseits vergaberechtliche und andererseits zivilrechtliche Handlungspflichten habe.

14. Das Sekretariat bestätigte den Empfang und stellte das angepasste Einsichtsgesuch den Gesuchsgegnerinnen 1, 10 und 13 mit Schreiben vom 15. Oktober 2021 zu.<sup>30</sup> Während sich die Gesuchsgegnerin 1 am 1. November 2021 dazu vernehmen liess (dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 3. November 2021 zustellt)<sup>31</sup>, reichten die Gesuchsgegnerinnen 10 und 13 keine Stellungnahme dazu ein.

15. Weitere Eingaben sind nicht eingegangen.

## B Erwägungen

[...]

### B.2 Rechtsbegehren

#### B.2.1 Rechtsbegehren des Gesuchstellers

21. Vorliegend verbleiben nach dem teilweisen Rückzug des ursprünglichen Einsichtsgesuchs die Rechtsbegehren des angepassten bzw. präzisierten Einsichtsgesuchs vom 8. Oktober 2021<sup>35</sup> zur Beurteilung: Der Gesuchsteller beantragt mit *Rechtsbegehren 1* Akteneinsicht in die

Sanktionsverfügung sowie allfällige weitere Beweismittel und Verfahrensstücke, sofern dabei eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 betroffen sei sowie er selbst als Vergabe- oder Subventionsbehörde geschädigt wurde. *Eventualiter* sei ihm Akteneinsicht im Umfang und unter denselben Voraussetzungen zu gewähren wie anderen Verfahrensparteien. Mit *Rechtsbegehren 2* beantragt er näher spezifizierte Auskünfte darüber, ob und inwieweit er als Vergabe- oder Subventionsbehörde von den Wettbewerbsabreden, an denen die Gesuchsgegnerinnen beteiligt waren, betroffen sei. Dafür sei die Anzahl betroffene Projekte und das Volumen der betroffenen Projekte (in CHF) mitzuteilen sowie eine Liste der konkreten Projekte zu erstellen. *Eventualiter* seien nur jene Projekte aufzulisten, bei welchen eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 den Zuschlag erhalten habe.

22. Der Gesuchsteller begründet sein angepasstes Einsichtsgesuch damit, dass er als bedeutendster Auftraggeber in der Region ein erhebliches öffentliches Interesse an der Akteneinsicht habe, um zu erfahren, ob, in welchem Ausmass und in welchen Fällen er von Wettbewerbsabreden, an denen eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 beteiligt war, betroffen sei, da er einerseits vergaberechtliche und andererseits zivilrechtliche Handlungspflichten habe. Ergänzend verweist er zudem auf seine Ausführungen im ursprünglichen Einsichtsgesuch vom 16. Mai 2018 sowie in der Präzisierung vom 28. September 2018. Soweit erforderlich, wird nachfolgend bei den entsprechenden Abwägungen auf die detaillierte Begründung eingegangen.

#### B.2.2 Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerinnen

23. Die Gesuchsgegnerin 1 reichte am 1. November 2021 eine Stellungnahme<sup>36</sup> zum angepassten Gesuch ein, worin sie ausführt, dass in die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Publikationsversion der Sanktionsverfügung und die entsprechenden Verfahrensakten im Rahmen der Praxis der WEKO und unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung Einsicht gewährt werden könne.

24. Die Gesuchsgegnerin 10 reichte am 25. Juni 2018 eine Stellungnahme<sup>37</sup> zum ursprünglichen Einsichtsgesuch ein. Diese wird in Bezug auf das angepasste Gesuch beachtet. Die Gesuchsgegnerin 10 beantragt, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge gemäss Gesetz. Sie begründet ihr Begehren damit, dass das Sanktionsverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sei, weshalb auf das Einsichtsgesuch nicht eingetreten werden könne. Betreffend ihr Eventualrechtsbegehren führt sie aus, dass die Begründung zu wenig konkret sei und der Gesuchsteller

<sup>27</sup> Act. 71.

<sup>28</sup> Act. 73–81.

<sup>29</sup> Act. 87.

<sup>30</sup> Act. 88 und 89–91.

<sup>31</sup> Act. 93 und Act. 94.

<sup>35</sup> Act. 87.

<sup>36</sup> Act. 93.

<sup>37</sup> Act. 29.

diejenigen Bauprojekte, zu denen er Auskünfte verlange, zu bezeichnen hätte – ansonsten laufe es auf eine verbotene «fishing expedition» hinaus. Weiter sei in der Sanktionsverfügung kein konkretes Projekt genannt, bei welchem sie an Absprachen beteiligt gewesen sei und bei welchem der Gesuchsteller als Bauherr aufgetreten sei.

25. Die Gesuchsgegnerin 13 liess sich weder zum ursprünglichen noch zum angepassten Gesuch vernehmen.

### **B.3 Begehren auf Einsicht in die Verfahrensakte nach erstinstanzlichem Verfahrensabschluss**

#### **B.3.1 Mögliche Anspruchsgrundlagen für eine Bekanntgabe**

[...]

##### **B.3.1.3 Art. 26 VwVG**

33. Der Gesuchsteller stützt sein Akteneinsichtsgesuch unter anderem auf Art. 26 Abs. 1 VwVG.<sup>48</sup> Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG hat eine Partei in einem Verwaltungsverfahren Anspruch auf Akteneinsicht. Als Partei 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 i.V.m. Art. 48 VwVG).

34. Der Gesuchsteller bringt vor, dass er «als grösster Auftraggeber von den festgestellten Preisabsprachen betroffen [sei], indem er über Jahre hinweg mehr als den marktüblichen Preis für Aufträge bezahlt und damit die öffentliche Hand einen massiven Nachteil erlitten» habe, weshalb sich aufgrund der Beschwerdelegitimation als unmittelbar geschädigte Person (gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) eine Parteistellung des Gesuchstellers im Sanktionsverfahren ergebe.<sup>49</sup> Der Gesuchsteller übersieht dabei, dass er weder im erstinstanzlichen Sanktionsverfahren vor der WEKO noch im derzeit vor BVGer hängigen Rechtsmittelverfahren hinsichtlich der Sanktionierung als Partei beteiligt war bzw. ist. Ob dem Gesuchsteller als Dritten (ihm gegenüber werden in der Sanktionsverfügung keine Rechte oder Pflichten auferlegt) im erstinstanzlichen Sanktionsverfahren überhaupt Parteistellung hätte eingeräumt werden können, ist ungeklärt und wäre tendenziell abzulehnen.<sup>50</sup> Wie dem auch sei – nach Abschluss des erstinstanzlichen Sanktionsverfahrens kann die WEKO jedenfalls nicht nachträglich jemandem Parteistellung einräumen, dem steht entweder die Rechtskraft der entsprechenden Verfügung oder der Devolutiveffekt (bei hängigem Rechtsmittelverfahren) entgegen. Der Gesuchsteller hat auch nicht beim BVGer darum ersucht, im hängigen Rechtsmittelverfahren noch als Partei beteiligt zu werden, weshalb es die Frage der Parteistellung des Gesuchstellers nicht zu beantworten hatte. Das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG steht insgesamt nur den jeweiligen Verfahrensparteien zu, deren Parteistellung im entsprechenden Verfahren bestätigt wurde.<sup>51</sup> Diese Voraussetzung ist beim Gesuchsteller nicht erfüllt, weshalb sich eine Einsichtnahme von ihm nicht auf diese Bestimmung stützen lässt.

35. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, welchen Einfluss ein hängiges Beschwerdeverfahren in grundsätzlicher Hinsicht auf das Akteneinsichtsrecht nach Art. 26 Abs. 1 VwVG hat. Namentlich braucht nicht geprüft zu werden, ob dieses Einsichtsrecht trotzdem noch bei der

verfügenden Behörde ausgeübt werden könnte oder ob nicht vielmehr bei der Rechtsmittelinstanz um Einsicht ersucht werden müsste (Art. 37 VGG<sup>52</sup> i.V.m. Art. 26 VwVG). Offenbleiben kann auch, ob es sich um eine «erledigte Sache» im Sinne von Art. 26 Abs. 2 VwVG handeln kann, solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen worden ist.

36. Der Devolutiveffekt nach Art. 54 VwVG beschränkt sich aber auf den jeweiligen Streitgegenstand.<sup>53</sup> Da es sich bei der Bekanntgabe von Personendaten um ein eigenständiges Verfahren mit einem eigenen Streitgegenstand handelt, ist dieses (anders als womöglich das verfahrensbezogene Akteneinsichtsrecht der Parteien nach Art. 26 VwVG) nicht vom Devolutiveffekt des Rechtsmittelverfahrens gegen die Sanktionsverfügung betroffen.<sup>54</sup>

##### **B.3.1.4 DSG**

[...]

###### **B.3.1.4.4 Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG**

[...]

###### *Unentbehrlichkeit der Daten*

[...]

63. Eine Einsichtnahme in die Verfügung und in die Beweismittel der Untersuchung «22-0458: Hoch- und Tiefbau Engadin I» ist für den Gesuchsteller insoweit unentbehrlich, als diese Informationen über einzelne Projekte im untersuchten Unterengadin enthalten, bei welchen er die zuständige Beschaffungsstelle oder (soweit die Prüfung allfälliger zivilrechtlicher Ansprüche betreffend) Subventionsbehörde war. Das Rechtsbegehren beschränkt die Einsichtnahme denn auch auf Projekte, bei denen der Gesuchsteller die Beschaffungsstelle oder Subventionsbehörde war, weshalb sich dieses Begehren auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG abstützen lässt. Hingegen besteht keine Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe zwecks Überprüfung auf allfälligen Anpassungsbedarf der Vergabeabläufe und deren Kontrollmechanismen.

64. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen von Einsichtsgesuchen Projekte, bei welchen – trotz eingehender Prüfung – gestützt auf die ihnen vorliegenden Unterlagen nicht feststellbar ist, wer die Vergabebehörde war, nicht dem jeweiligen Gesuchsteller als dafür zuständige Beschaffungsbehörde zuordnen, womit für solche Projekte eine Datenbekanntgabe nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG ausser Betracht fällt. Ein anderes Vorgehen geht gesamthaft nicht an, denn dafür müssten die Wettbewerbsbehörden spezifisch für das Einsichtsverfahren weitere Abklärungen und Erhebungen treffen, die für das Sanktionsverfahren – ihre

<sup>48</sup> Act. 87, Rz 5.

<sup>49</sup> Act. 87, Rz 5.

<sup>50</sup> So auch: BVGE 2016/22, 342 f. E. 8.6.3 und E. 8.7.

<sup>51</sup> Urteil des BGer 1A.72/2002 vom 19.8.2002 E. 2.

<sup>52</sup> Bundesgesetz vom 17.6.2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

<sup>53</sup> Urteil des BVGer A-592/2018 vom 23.10.2018, E. 5.4 m.w.H. (dass das BGer diesem Urteil in anderen Punkten nicht gefolgt ist, ändert nichts an der Gültigkeit dieser Ausführungen – ansonsten hätte das BGer sich abweichend dazu äussern müssen).

<sup>54</sup> Vgl. Urteil des BVGer A-592/2018 vom 23.10.2018, E. 5.5.

Kerntätigkeit – nicht erforderlich waren. Abgesehen davon, dass derartige Nachforschungen das Einsichtsverfahren erheblich verzögern würden, wären solche zusätzlichen Ermittlungsarbeiten auch aus Ressourcengründen kaum zu bewältigen, zumal die Auswertung der bestehenden Akten für das Einsichtsgesuch schon so mit einem erheblichen Personalaufwand verbunden ist. Vor allem aber bestünde die Gefahr, dass mit diesen Abklärungen das Ergebnis des Einsichtsverfahrens faktisch teilweise vorweggenommen würde, ohne dass den Gesuchsgegnerinnen ein effektives Rechtsmittel dagegen zur Verfügung stünde. Denn die Wettbewerbsbehörden müssten bei den entsprechenden Nachforschungen wohl unter anderem auch beim Gesuchsteller Auskünfte einholen.

65. Ähnliches gilt für die Prüfung, ob der Gesuchsteller bei einem bestimmten Projekt Subventionsbehörde war: Bleibt auch nach Analyse der Unterlagen unklar, ob der Gesuchsteller ein bestimmtes Projekt subventionierte, kann nicht unterstellt werden, dass dem so war, weshalb eine Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO diesfalls ausscheidet. Da in den Unterlagen des Sanktionsverfahrens regelmässig nicht ersichtlich ist, ob ein bestimmtes Projekt subventioniert wurde und gegebenenfalls von wem, wird eine Datenbekanntgabe an den Gesuchsteller als Subventionsbehörde allein gestützt auf die Verfahrensakten faktisch nicht möglich sein. Es bestünde die Möglichkeit, dass ein Gesuchsteller spezifische, für ihn gewichtige von ihm subventionierte Projekte auflistet und zum Abgleich mit seinem Gesuch einreicht. So würde verhindert, dass das Ergebnis des Einsichtsverfahrens faktisch vorweggenommen würde, da nicht betreffend konkrete Projekte Nachforschungen getätigt werden müssten, sondern eine Liste zum Abgleich bereits vor der Prüfung der Unterlagen vorliegen würde.

[...]

#### **B.4 Begehren auf Mitteilung näher spezifizierter Auskünfte**

82. Der Gesuchsteller beantragt mit seinem Rechtsbegehren 2 näher spezifizierte Auskünfte darüber, ob und inwieweit er als Vergabe- oder Subventionsbehörde von Wettbewerbsabreden, an denen eine der Gesuchsgegnerinnen 1, 10 oder 13 beteiligt war, betroffen sei – dies in Form einer Mitteilung der Anzahl betroffener Projekte sowie des Volumens der betroffenen Projekte (in CHF) und einer Liste der konkreten Projekte. Er stützt sich dabei auf keine weiteren resp. anderen Bestimmungen ab als hinsichtlich seines Rechtsbegehrens 1.

83. Rechtsbegehren 2 beinhaltet im Gegensatz zum Rechtsbegehren 1 keine reine Datenbekanntgabe, sondern zusätzlich eine Datenauswertung bzw. -aufbereitung nach vom Gesuchsteller aufgestellten Kriterien. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist fraglich, ob dieses «Abklärungsbegehren» als eine Form der Amtshilfe betrachtet werden kann. Wie dem auch sei, stellt sich jedenfalls die Frage, ob eine gesetzliche Grundlage besteht, auf die der Gesuchsteller sein «Abklärungsbegehren» vorliegend abstützen kann.

84. Die Rechtsanwendung hat von Amtes wegen zu erfolgen. Vorliegend sticht Art. 44 Abs. 2 BV ins Auge (siehe dazu auch Rz 32):

85. Art. 44 Abs. 2 BV bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für die Amts- und Rechtshilfe zwischen Bund und Kantonen. Als Amtshilfe verstanden wird die gegenseitige Unterstützung von Verwaltungseinheiten und Staatsorganen aus unterschiedlichen Kompetenzbereichen bei deren gesetzlicher Aufgabenerfüllung durch Hilfeleistungen, die nicht verfahrensrechtlich geregelt sind.<sup>96</sup> Die Bestimmung äussert sich nicht zu den Formen der Amtshilfe. Eine davon ist die informationelle Amtshilfe. Diese wird unter anderem als Datenbeschaffung innerhalb von Verwaltungseinheiten beschrieben, womit auf die (erneute) Erhebung bereits anderweitig in der Verwaltung *verfügbarer* Daten verzichtet werden kann.<sup>97</sup> Als andere Beispiele werden in der Lehre unter anderem das zur Verfügung stellen von Infrastruktur oder Instrumenten genannt.<sup>98</sup>

86. Andere Formen der Zusammenarbeit staatlicher Stellen wie beispielsweise Mitwirkungspflichten oder die Auslagerung von gewissen Dienstleistungen haben ebenfalls keinen allgemeingültigen, festgelegten Inhalt. Sie zeichnen sich gegenüber der Amtshilfe oft dadurch aus, dass die Pflicht der betroffenen staatlichen Stelle weiter geht als bei der Amtshilfe, mehrere Stellen für die Erfüllung der spezifischen gesetzlichen Aufgabe zuständig sind und somit die Verantwortlichkeiten für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe anders verteilt sind als bei der Amtshilfe.<sup>99</sup>

87. Das Rechtsbegehren 2 geht über die informationelle Amtshilfe hinaus, denn die beantragten Auskünfte sind bei den Wettbewerbsbehörden so nicht bereits vorhanden. Vielmehr müsste von Seiten der Wettbewerbsbehörden spezifisch für die Erledigung des Rechtsbegehrens 2 Informationen aufbereitet und gegebenenfalls sogar weitere Abklärungen und Erhebungen getroffen werden, die für das Sanktionsverfahren – die Kerntätigkeit der Wettbewerbsbehörden – nicht erforderlich waren. Ob das Rechtsbegehren 2 gleichwohl noch als Amtshilfe zu betrachten ist oder eine andere Form der Zusammenarbeit staatlicher Stellen beschlägt, kann offenbleiben, da in beiden Fällen jedenfalls eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, um solche Handlungen einfordern zu können. Denn wie bereits in Rz 32 ausgeführt, begründet Art. 44 Abs. 2 BV keine Rechte und Pflichten, sondern bedarf einer Konkretisierung in einer spezifischen gesetzlichen Vorschrift.<sup>100</sup> Ob solche gesetzlichen Normen bestehen, gilt es nachfolgend zu prüfen.

<sup>96</sup> RAINER SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 3. Aufl., 2014, Art. 44 BV N 26.

<sup>97</sup> PHILIPP LÜSCHER, Die Rechtshilfepraxis der FINMA im Lichte des DSGVO, GesKR 2021 S. 277 ff., 277, Rz 1.

<sup>98</sup> Vgl. AMÉDÉO WERMELINGER, Informationelle Amtshilfe, ZBI 105/2004 S. 173 ff., 175, Rz 7.

<sup>99</sup> Vgl. AMÉDÉO WERMELINGER, Informationelle Amtshilfe, ZBI 105/2004 S. 173 ff., 181, Rz 17 f.

<sup>100</sup> Dies gilt insbesondere bei Vorliegen einer Grundrechtsrelevanz wie hier, da in diesem Fall so oder so eine hinreichend präzisierende rechtsatzmässige Rechtsgrundlage erforderlich ist.

88. Das Kartellgesetz regelt in seinem Art. 41 die Amtshilfe. Dabei handelt es sich jedoch einseitig um Amtshilfe von Amtsstellen zugunsten der Wettbewerbsbehörden und nicht auch um ein Gegenrecht anderer Behörden auf Amtshilfe gegenüber den Wettbewerbsbehörden – die Amtshilfe der Wettbewerbsbehörden gegenüber anderen Behörden richtet sich nach Normen ausserhalb des Kartellgesetzes,<sup>101</sup> weshalb Art. 41 KG keine gesetzliche Grundlage darstellt, die einen Anspruch des Gesuchstellers begründet.

89. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG ist eine Art allgemeine Amtshilfebestimmung bezüglich der informationellen Amtshilfe. Sie spricht explizit von «*Bekanntgabe von Personendaten*». Gemäss Art. 3 Abs. f DSG ist unter Bekanntgabe «*das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen*» zu verstehen. Nicht darunter fällt somit das Auswerten, Auflisten oder ähnliches wie es der Gesuchsteller beantragt. Diese Bestimmung kann entsprechend dem klaren Wortlaut folglich keine Grundlage für das Rechtsbegehren 2 darstellen.

90. Anderweitige spezialgesetzliche Bestimmungen, die in diesem Bereich und zu diesem Zweck zur Anwendung gelangen könnten, sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Auch der Gesuchsteller macht keine spezifischen Bestimmungen geltend, die einen dahingehenden Anspruch von ihm begründen könnten.

91. Da sich der Gesuchsteller vorliegend nicht auf eine gesetzliche Grundlage abstützen kann, werden das Rechtsbegehren 2 sowie das diesbezügliche Eventualrechtsbegehren abgewiesen, soweit diese aufgrund des Ergebnisses bezüglich Rechtsbegehren 1 nicht sowieso gegenstandslos geworden sind.

[...]

### **C Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Gegenüber den Gesuchsgegnerinnen 2–9, 11, 12 und 14 wird das Verfahren aufgrund des Teilrückzugs des Gesuchs abgeschrieben.
2. Betreffend die Gesuchsgegnerinnen 1, 10 und 13:
  - 2.1. Es wird festgestellt, dass keine Projekte in der Sanktionsverfügung der WEKO vom 26. März 2018 oder in den Verfahrensakten sowie Beweismitteln genannt sind, welche die Kriterien gemäss Rechtsbegehren 1 des Gesuchstellers erfüllen und die dem Gesuchsteller nicht bereits bekannt sind.
  - 2.2. Soweit weitergehend, wird das Gesuch des Kantons Graubünden abgewiesen, insofern dieses nicht gegenstandslos geworden ist.
3. Es werden für die Behandlung des Gesuchs des Kantons Graubünden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- den Gesuchsteller
- die Gesuchsgegnerinnen

[Rechtsmittelbelehrung]

<sup>101</sup> Vgl. JÜRIG BICKEL/MARKUS WYSSLING, in: DIKE-Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 41 KG N 5 drittes Lemma.



B 3

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**

B 3

**1. Sentenza del 25 ottobre 2022 nella causa X. SA contro Commissione della concorrenza – Richiesta di esame degli atti e di assunzione delle prove**

*Sentenza B-4139/2021 del Tribunale amministrativo federale, Corte II, dal 25 ottobre 2022 nella causa X. \_\_\_\_\_ SA, rappresentato da [...], Denunciante, contro Commissione della concorrenza COMCO, autorità inferiore. Oggetto: Richiesta di esame degli atti e di assunzione delle prove.*

**Fatti:**

**A.**

**A.a** La Segreteria della Commissione della concorrenza (di seguito: la Segreteria) ha aperto in data 22 giugno 2020, d'intesa con un membro della Presidenza, l'inchiesta [...]: "Costruzioni in [...]" ai sensi dell'art. 27 segg. della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (legge sui cartelli, LCart, RS 251). L'inchiesta è stata avviata nei confronti di tre imprese della regione [...] attive nel ramo delle costruzioni, tra cui la X. \_\_\_\_\_ SA, e dovrà far luce su dei possibili accordi sugli appalti.

**A.b** In seguito all'apertura del procedimento, allo svolgimento delle perquisizioni, il 24 e 25 giugno 2020, presso le imprese coinvolte e all'attuazione parallela e successiva di alcune audizioni, la X. \_\_\_\_\_ SA ha inoltrato presso la Segreteria, in data 15 luglio 2020, una richiesta di esame degli atti.

**A.c** Con risposta del 22 luglio 2020, la Segreteria ha comunicato alla X. \_\_\_\_\_ SA la sua intenzione provvisoria di non concedere l'esame degli atti finché fosse sussistito un rischio di collusione, prospettando che una volta considerato sventato tale rischio e al più tardi con il progetto di proposta di decisione, le parti avrebbero ricevuto un elenco degli atti, in modo da garantire loro l'esame completo del fascicolo atti, su riserva dell'art. 27 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021). Infine, la Segreteria ha annunciato che in caso di mantenimento della richiesta di esame degli atti quest'ultima sarebbe stata esaminata nel quadro di una decisione impugnabile soggetta ad emolumenti.

**A.d** Con scritto del 12 agosto 2020, la X. \_\_\_\_\_ SA ha riconfermato la sua richiesta di esame degli atti.

**A.e** Con decisione incidentale del 2 ottobre 2020 la Segreteria, d'intesa con un membro della Presidenza della Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) ha parzialmente accolto la richiesta di esame degli atti limitatamente al fascicolo atti I ("Atti di procedura generali"), su riserva delle parti oscurate a tutela dell'anonimato degli informatori contenute in detto fascicolo, per il resto

respingendola, con l'indicazione che l'esame completo degli atti sarebbe stato concesso in un secondo tempo, su riserva delle parti oscurate a tutela di interessi privati e/o pubblici importanti.

**A.f** Mediante scritto del 10 marzo 2021 la X. \_\_\_\_\_ SA ha ripresentato la richiesta di esame completo degli atti e nel contempo proposto una domanda di audizione di tre testimoni.

**A.g** Il 17 marzo 2021 la Segreteria ha comunicato che era in corso la fase di ripulitura dei segreti d'affari in riferimento ai dati elettronici acquisiti durante le perquisizioni, per cui allo stato allora attuale dell'inchiesta non era possibile concedere l'esame completo degli atti. Per il resto, la Segreteria ha rimandato la decisione sulle prove richieste ad un momento successivo e dato facoltà alla X. \_\_\_\_\_ SA di prendere posizione al riguardo.

**A.h** In data 20 aprile 2021 la X. \_\_\_\_\_ SA ha ribadito le richieste già formulate, sollecitando l'emanazione di una decisione impugnabile.

**A.i** Con scritto del 19 maggio 2021 la Segreteria ha comunicato alla X. \_\_\_\_\_ SA che il diritto di esaminare gli atti non poteva ancora essere esercitato completamente alla luce del rischio di collusione presente nella fase investigativa, nonché in considerazione dell'analisi dei dati elettronici e della fase di ripulitura degli atti dai segreti d'affari ancora in corso. Cionondimeno, la Segreteria ha messo a disposizione di X. \_\_\_\_\_ SA l'indice del fascicolo atti, affinché quest'ultima potesse indicare, entro il 18 giugno 2021, i documenti a cui fosse interessata ad accedere.

**A.j** Con scritto dell'8 giugno 2021 la X. \_\_\_\_\_ SA ha chiesto nuovamente di concedere l'accesso integrale agli atti e nel caso contrario di emanare una decisione formale impugnabile con l'esposizione dei motivi di rifiuto d'esame per ogni singolo documento.

**A.k** In data 21 giugno 2021 la Segreteria ha esteso la procedura d'inchiesta nei confronti di altre tre imprese, nell'ambito della quale sono state svolte delle perquisizioni, condotte due audizioni e previste ulteriori audizioni per le prossime settimane. Con e-mail del 23 giugno 2021, la Segreteria ha comunicato alla X. \_\_\_\_\_ SA detta estensione dell'inchiesta.

**A.l** Con scritto del 22 giugno 2021 la Segreteria ha risposto alla X. \_\_\_\_\_ SA che l'accesso completo agli atti non poteva essere concesso, in quanto occorreva procedere alla copertura dei segreti d'affari, ciò che avrebbe

richiesto ancora del tempo. Inoltre, essa ha trasmesso alla X. \_\_\_\_\_ SA il verbale del proprio dipendente dell'impresa con gli allegati, invitandola ad esprimersi sulla proposta di oscuramento.

**A.m** Con lettera del 6 luglio 2021 la X. \_\_\_\_\_ SA ha dichiarato di non ritenere necessario oscurare le informazioni contenute nel verbale del suo dipendente e nei relativi allegati, rinnovando per il resto la sua richiesta di esame completo degli atti, nonché quella di assunzione di prove sotto forma di tre audizioni testimoniali e, in caso di rifiuto, l'emanazione di una decisione impugnabile.

**A.n** In data 15 luglio 2021 la Segreteria ha preannunciato di rendere una decisione incidentale sulle richieste della X. \_\_\_\_\_ SA.

**A.o** Con decisione incidentale del 16 agosto 2021 la Segreteria, d'intesa con un membro della Presidenza della COMCO, ha respinto la richiesta di esame completo degli atti del 10 marzo 2021, rinviandone la concessione in un successivo momento, su riserva di interessi privati e/o pubblici importanti, nonché prospettando la valutazione dell'offerta di prove del 10 marzo 2021 in un momento successivo e mettendo a carico della X. \_\_\_\_\_ SA le spese della decisione incidentale per un importo di fr. 3'380.-.

In sostanza, la Segreteria ha riconosciuto che la X. \_\_\_\_\_ SA, in qualità di parte dell'inchiesta, ha in principio il diritto di consultare tutti gli atti del procedimento. Tuttavia, essa ha ribadito che la negazione temporanea dell'accesso completo agli atti si impone, da un lato, per tutelare potenziali segreti d'ufficio e d'affari, non essendo ancora terminata la fase di ripulitura e di oscuramento degli stessi negli atti procedurali raccolti, e, dall'altro, per proteggere lo scopo dell'inchiesta da comportamenti collusivi. Il diniego temporaneo dell'esame degli atti rispetterebbe inoltre il principio della proporzionalità. La Segreteria ha di seguito considerato che l'esame completo degli atti sarà accordato una volta che verranno a cadere i motivi per il suo diniego parziale e ad ogni modo contemporaneamente all'invio della proposta di decisione alle parti secondo l'art. 30 LCart, concludendo che in questo modo è possibile garantire le possibilità di difesa per tutelare un effettivo diritto di essere sentito. Quanto alla richiesta di assunzione di prove, la Segreteria ha motivato il posponimento del trattamento della stessa, rinviando al notevole potere d'apprezzamento di cui fruisce nella conduzione dell'inchiesta, nonché al fatto che la fase di accertamento dei fatti non sarebbe ancora giunta alla sua conclusione e che la X. \_\_\_\_\_ SA non avrebbe indicato, né sarebbero ravvisabili motivi a suffragio dell'urgenza dei mezzi di prova offerti.

## B.

Contro la summenzionata decisione incidentale del 16 agosto 2021 la X. \_\_\_\_\_ SA (di seguito: ricorrente) è insorta con ricorso del 14 settembre 2021 dinanzi al Tribunale amministrativo federale. Ella chiede l'accoglimento del gravame, l'annullamento integrale della decisione impugnata e di conseguenza l'ammissione della richiesta di accesso completo agli atti e di assunzione delle prove formulata il 10 marzo 2021, nonché l'esenzione dal pagamento delle spese addossate.

Sotto l'aspetto formale, la ricorrente ritiene che siano dati i presupposti per ammettere la sussistenza di un pregiudizio irreparabile e con ciò l'ammissibilità del ricorso. Ella invoca in particolare un grave pregiudizio reputazionale che perdurerebbe dall'apertura dell'inchiesta e rischierebbe di aggravarsi a causa della situazione di incertezza venutasi a creare. In concreto, la ricorrente spiega di aver dovuto prendere posizione pubblicamente sull'apertura dell'inchiesta e che il Dipartimento infrastrutture, energia e mobilità del (...) avrebbe deciso di revocare diversi appalti aggiudicati al consorzio composto anche dalla ricorrente. Pertanto, al danno reputazionale si aggiungerebbe il danno economico, considerato che a causa dell'inchiesta la ricorrente riceverebbe rispettivamente riceverà meno lavoro. L'impugnabilità del rifiuto dell'esame completo degli atti solo alla fine del procedimento, quindi soltanto nell'ambito di un ricorso contro la decisione finale, comporterebbe non solo un grave danno a causa del tempo trascorso, ma anche un danno legato alle difficoltà provocate alla difesa con evidenti ripercussioni sui costi legali. In effetti, se l'esame degli atti venisse concesso solo quando la proposta della Segreteria verrà sottoposta alle parti per confrontarsi con le prove e prendere posizione, la difesa si troverebbe nella scomoda situazione di dover studiare in un breve lasso di tempo una grande quantità di documentazione, senza aver potuto prima avere anche solo un'idea dei fatti che vengono contestati alla ricorrente. Inoltre, la ricorrente si duole che la Segreteria non si sia pronunciata sulla richiesta di motivare il rifiuto dell'esame per ogni singolo atto, derivandone una carenza di motivazione e una violazione del diritto di essere sentito.

Nel merito, la ricorrente fa valere una violazione del diritto federale. In sostanza, ella contesta i motivi invocati dall'autorità inferiore, a suo dire non spiegati concretamente, per giustificare le restrizioni all'esame completo degli atti, definendo sproporzionato l'agire di detta autorità. La ricorrente pretende che gli atti vengano messi a disposizione il più presto possibile, in modo da poter disporre del tempo necessario per impostare la difesa ed evitare di essere messa sotto pressione dai termini e dalla mole di documenti che la Segreteria sottoporrà unitamente alla proposta.

Nell'evenienza in cui il Tribunale amministrativo federale considerasse il ricorso inammissibile, la ricorrente presenta ricorso per ritardata e denegata giustizia. Da un lato, essa ritiene inaccettabile che per la decisione impugnata, in gran parte identica a quella dell'ottobre 2020, si siano dovuti attendere cinque mesi. Con il suo atteggiamento abusivo la Segreteria mostrerebbe la sua volontà di ritardare qualsiasi decisione. Dall'altro, la denegata giustizia sarebbe data in riferimento alla richiesta di assunzione di prove. Per la ricorrente è incomprensibile perché la decisione su tale richiesta non possa essere presa subito.

Infine, la ricorrente insorge allo stesso modo anche contro la ripartizione delle spese a suo carico nella decisione incidentale, contestando integralmente la legittimità delle stesse.

## C.

Entro il termine prorogato con ordinanza del 26 ottobre 2021, la COMCO (di seguito: autorità inferiore) ha

trasmesso la risposta al ricorso del 9 novembre 2021 e contestualmente ad essa uno scritto accompagnatorio con la lista degli allegati, nonché gli allegati stessi su chiavette USB. Essa conclude in via principale all'inammissibilità del ricorso, in via eventuale al rigetto dello stesso.

Riguardo alla conclusione formulata in via principale, l'autorità inferiore ritiene che ad inchiesta conclusa con la trasmissione della proposta della Segreteria alla COMCO, il potere decisionale nella causa principale passi a quest'ultima, per cui la ricorrente potrà far valere al momento opportuno una violazione del diritto di essere sentito in relazione all'esame degli atti ed all'offerta di prove davanti alla COMCO o nell'ambito di una procedura di ricorso contro la decisione finale. L'autorità inferiore lamenta che la ricorrente non ha sostanziato il danno reputazionale considerato come pregiudizio irreparabile e se anche ciò fosse, i pregiudizi invocati sarebbero stati causati dall'apertura dell'inchiesta per la quale sussiste un obbligo legale e non dalla decisione qui impugnata. Un annullamento di quest'ultima non permetterebbe di evitare o di eliminare il presunto pregiudizio. Quanto al ricorso per ritardata e denegata giustizia, rispettivamente riferito all'imposizione degli emolumenti, l'autorità inferiore è dell'avviso che in entrambi i casi si tratta di ricorsi accessori alla causa principale del ricorso, ossia al ricorso contro la decisione incidentale sul rifiuto temporaneo dell'esame degli atti e delle prove offerte. Per questo motivo, non essendo a suo avviso sostanziato il pregiudizio irreparabile nel ricorso principale, anche il ricorso per denegata e ritardata giustizia, nonché quello diretto contro gli emolumenti non sarebbero ammissibili.

In aggiunta, l'autorità inferiore si esprime sulle questioni di merito del ricorso, concludendo al rigetto di quest'ultimo.

#### D.

Con replica dell'11 gennaio 2022, inoltrata entro il termine prorogato, la ricorrente rimanda alle conclusioni come indicate nel ricorso, riconfermandosi in sostanza nelle proprie argomentazioni. A ulteriore comprova del pregiudizio irreparabile, la ricorrente segnala, producendo un allegato corrispondente, che un importante committente che le aveva aggiudicato dei lavori, le avrebbe chiesto spiegazioni in merito all'inchiesta aperta dalla COMCO e ritardato poi l'inizio dei lavori.

#### E.

Con duplice del 9 febbraio 2022 la COMCO mantiene le conclusioni e le tesi sviluppate nella risposta. In aggiunta, la COMCO allega in forma oscurata una segnalazione anonima (allegato 5) da cui a suo dire risulterebbe che malgrado l'apertura dell'inchiesta alcune parti, tra cui l'impresa ricorrente, persevererebbero nei comportamenti collusivi nell'ambito degli appalti pubblici.

#### F.

Con ulteriore scritto del 7 marzo 2022 la ricorrente contesta il contenuto del summenzionato allegato 5, come pure il fatto che la COMCO vorrebbe considerare detto scritto per dimostrare comportamenti scorretti da imputare alla ricorrente.

#### G.

Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della presente vertenza.

#### Diritto:

##### 1.

Il Tribunale amministrativo federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità dei ricorsi che gli vengono sottoposti (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii DTAF 2008/48, consid. 1.2 non pubblicato).

##### 2.

**2.1** Il procedimento in materia di cartelli (cfr. gli artt. 26 segg. LCart) configura una procedura amministrativa che è retta dalla rispettiva legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA, RS 172.021), nella misura in cui la LCart non vi deroghi (cfr. art. 39 LCart). La Segreteria prepara gli affari della Commissione, esegue le inchieste e emana unitamente a un membro della Presidenza le necessarie decisioni di procedura, nonché presenta proposte alla Commissione e ne esegue le decisioni (art. 23 cpv. 1 LCart). La Commissione decide su proposta della Segreteria le misure da adottare o l'approvazione della conciliazione (art. 30 cpv. 1 LCart). Pertanto, le decisioni della Segreteria e della COMCO sono in principio impugnabili con ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale (cfr. art. 31, 32 e 33 lett. f della legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 [LTAF; RS 173.32]; cfr. anche consid. 2.2). Vale la pena puntualizzare che, per prassi costante, anche in materia di ricorsi contro decisioni incidentali emanate dalla Segreteria con un membro della Presidenza della COMCO è la COMCO ad essere considerata come unica autorità inferiore (decisione incidentale del TAF B-4416/2013 del 4 settembre 2013; sentenze del TAF B-6850/2014 del 30 novembre 2016, B-86/2014 del 3 giugno 2014 e B-4363/2013 del 2 settembre 2013; MICHAEL TSCHUDIN, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, ZÄCH et al. [ed.], 2018, n. 11 ad art. 53 LCart).

**2.2** L'oggetto dell'impugnazione è la decisione del 16 agosto 2021 della Segreteria, resa assieme ad un membro della Presidenza della COMCO sulla base dell'art. 23 cpv. 1 LCart, con cui vengono temporaneamente negati un accesso agli atti e una richiesta di assunzione di prove. Decisioni di procedura ai sensi dell'art. 23 cpv. 1 LCart che, come nel caso in esame, riguardano le modalità di accesso agli atti e di altre componenti del diritto di essere sentito, segnatamente il diritto di chiedere l'assunzione di prove, rientrano nella categoria delle cosiddette "altre decisioni incidentali notificate separatamente" ai sensi dell'art. 46 PA (cfr. sentenza parziale e decisione incidentale del TAF B-2577/2016 del 12 ottobre 2016 consid. 1.1; sentenza del TAF B-1286/2016 del 15 agosto 2017 consid. 1.6.1 seg.; SIMON BANGERTER, in: Amstutz/Reinert [ed.], Basler Kommentar zum KG, 2021, n. 36, 38 seg. ad art. 23 LCart; DAVID BRUCH/SILVAN MEIER, in: DIKE Kommentar [op. cit.], n. 70, 72 ad art. 23 LCart). L'atto impugnato costituisce in effetti una tappa verso la conclusione dell'inchiesta e la decisione finale. Decisioni di procedura di cui all'art. 23 cpv. 1 LCart non acquisiscono in principio forza di cosa giudicata e sono vincolanti solo per la

Segreteria e non per la COMCO. Il fatto che un membro della Presidenza sia coinvolto nella decisione non vincola l'intera Commissione. Il rapporto tra la Segreteria e la COMCO è analogo a quello tra l'autorità inquirente e l'organo decisionale nel diritto di procedura penale (cfr. sentenza citata del TAF B-1286/2016 consid. 1.6.3 con ulteriori rinvii).

**2.3** I requisiti relativi alla tempestività ed alla forma del ricorso sono soddisfatti (art. 52 PA), l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) e i patrocinatori della ricorrente hanno giustificato i propri poteri per mezzo di procura scritta valida (art. 11 cpv. 2 PA).

**2.4** Il ricorso contro altre decisioni incidentali ai sensi dell'art. 46 PA è ammissibile se: (a) tali decisioni possono causare un pregiudizio irreparabile o (b) l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defatigante e dispendiosa (art. 46 cpv. 1 PA). Altrimenti, le decisioni incidentali possono essere impugnate soltanto con ricorso contro la decisione finale (art. 46 cpv. 2 PA).

L'impugnabilità limitata di decisioni incidentali è fondata su motivi di economia di procedura, dunque mirata a sgravare l'autorità di ricorso che deve di massima potersi esprimere una volta sola su di una controversia alla fine della procedura, ossia dopo un esaustivo accertamento della fattispecie, evitando di pronunciarsi parzialmente, nell'ambito di una prima fase procedurale; in particolare, lo scopo è quello di impedire che l'autorità di ricorso debba esaminare decisioni incidentali che perdono ogni pregiudizio mediante una decisione finale favorevole per l'interessato (cfr. sentenza del TF 2C\_295/2021, 2C\_307/2021 del 1° dicembre 2021, consid. 3.1 con ulteriori riferimenti; DTF 139 IV 113 consid. 1 pag. 115; 135 II 30 consid. 1.3.2 pag. 34 seg.; sentenze del TAF B-3638/2017 del 19 settembre 2017 consid. 2 con ulteriori rinvii nonché B-4497/2010 del 23 febbraio 2011, pag. 5; LYSANDRE PAPADOPOULOS/RAHEL ALTMANN/MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [ed.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2a ed. 2019, n. 6 ad art. 46 PA).

**2.5** Nel caso in esame, un accoglimento del ricorso non condurrebbe ad una decisione finale ai sensi dell'art. 46 cpv. 1 lett. b PA, in quanto l'inchiesta continuerebbe il proprio corso e non verrebbe conclusa in seguito alla concessione della richiesta di esame completo degli atti e di assunzione di prove. Per questo motivo, il ricorso contro la decisione incidentale in parola può essere ritenuto ammissibile a condizione che sia adempiuto il requisito del pregiudizio irreparabile (art. 46 cpv. 1 lett. a PA).

**2.6** Il pregiudizio irreparabile di cui all'art. 46 cpv. 1 lett. a non deve necessariamente essere soltanto di natura giuridica in conformità con la prassi del Tribunale federale (DTF 144 III 475 consid. 1.2, 143 III 416 consid. 1.3), bensì è sufficiente un pregiudizio in interessi degni di protezione di natura fattuale, come può esserlo un danno reputazionale oppure d'ordine economico, purché la parte interessata non cerchi unicamente di impedire un prolungamento della procedura o un aumento dei costi della medesima (cfr. sentenza del TF 2C\_86/2008 e 2C\_87/2008 del 23 aprile 2008 consid. 3.2; DTAF 2015/26 consid. 3.2 con ulteriori rinvii, cfr. anche la sentenza del TAF B-

8041/2016 del 22 febbraio 2017 consid. 2.2.4; cfr. ANDRÉ MOSER et al., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3a ed. 2022, n. 2.47 segg.). Inoltre, non è necessario che la decisione incidentale cagioni effettivamente un pregiudizio irreparabile, basta solo che esso incomba o che non possa essere escluso a priori. La nozione di pregiudizio irreparabile non è valutata sulla scorta di un unico criterio, ma in base a quella caratteristica che corrisponde al meglio alla decisione impugnata (DTF 131 V 362 consid. 3.1 con ulteriori riferimenti). L'irreparabilità del danno non deve essere intesa in senso letterale, nondimeno si richiede ch'essa abbia un certo peso (DTAF 2015/26 consid. 3.3).

Con il requisito del pregiudizio irreparabile è definita la condizione dell'interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica della decisione incidentale impugnata. L'interesse degno di protezione che giustifica un'impugnabilità immediata della decisione incidentale consiste nel danno che il ricorrente subirebbe se la decisione incidentale fosse impugnabile unicamente insieme alla decisione finale, rispettivamente se il pregiudizio non potesse essere eliminato del tutto o in parte nemmeno da una decisione finale in sé favorevole alla parte interessata (DTAF 2015/26 consid. 3.2 seg., LYSANDRE PAPADOPOULOS/RAHEL ALTMANN/MARTIN KAYSER, op. cit., n. 7-11 ad art. 46 PA). Spetta alla parte ricorrente allegare e stabilire il pregiudizio irreparabile (DTF 134 III 426 consid. 1.2 pag. 428 seg. con riferimenti; sentenza del TAF B-4839/2020 del 4 marzo 2021 consid. 3.1.3 e B-1286/2016 già citata consid. 2.2.2), a meno che esso sia evidente (sentenza del TF 8C\_271/2017 del 10 maggio 2017 consid. 2.1 con riferimenti).

### 3.

#### 3.1

**3.1.1** La ricorrente motiva il pregiudizio irreparabile, invocando a tale proposito il danno reputazionale derivante dal fatto ch'ella sia stata costretta a prendere posizione sulla stampa riguardo alla pubblicazione ed all'apertura dell'inchiesta nei suoi confronti. Allo stesso modo ella fa valere un danno economico costituito dai costi amministrativi da lei subiti per far fronte alle richieste di spiegazione da parte di committenti, nonché a causa della mancata attribuzione di commesse in seguito all'interruzione delle procedure di appalto da parte di alcuni committenti pubblici e privati. L'impugnabilità del rifiuto dell'esame completo degli atti solo alla fine del procedimento, quindi soltanto nell'ambito di un ricorso contro la decisione finale, comporterebbe non solo un grave danno a causa del tempo trascorso, ma anche un danno legato alle difficoltà provocate alla difesa con evidenti ripercussioni sui costi legali. A detta della ricorrente, tali pregiudizi sono destinati a peggiorare e quand'anche si volesse ritenere che essi siano stati causati dall'apertura dell'inchiesta, la decisione qui impugnata impedirebbe di mitigarli o di evitarne ulteriori.

**3.1.2** L'autorità inferiore rimprovera alla ricorrente di non aver sostanziato il danno reputazionale e di ordine economico da lei considerato come pregiudizio irreparabile. Anche nella denegata ipotesi che l'avesse fatto, continua l'autorità inferiore, i pregiudizi invocati sarebbero stati causati dall'apertura dell'inchiesta per la quale sussiste un obbligo legale e non dalla decisione qui impugnata. Un

annullamento di quest'ultima non permetterebbe pertanto di evitare o di eliminare il presunto pregiudizio.

**3.2** Nella misura in cui la ricorrente motiva l'avviamento del procedimento incidentale esprimendo il timore che la mancata concessione immediata dell'accesso agli atti e dell'assunzione delle prove offerte possa generare inutili dilungamenti procedurali e un aumento dei costi, occorre rilevare che la sola probabilità di un prolungamento della procedura e di sostenere costi più elevati non può costituire un pregiudizio irreparabile (DTAF 2015/26 consid. 3.2 con ulteriori rinvii; sentenza del TAF già citata B-8041/2016 consid. 2.2.4).

### 3.3

**3.3.1** Una decisione incidentale sulle modalità di concessione del diritto di esaminare gli atti può probabilmente cagionare conseguenze irreparabili, se, secondo il parere di una parte, si accorda a terzi una visione troppo estesa di alcuni documenti. In questo caso, la concessione troppo ampia di un esame degli atti non può più essere annullata nemmeno dopo la pronuncia di una decisione finale (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [ed.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2016, n. 15 ad art. 46 PA; LYSANDRE PAPADOPOULOS/RAHEL ALTMANN/MARTIN KAYSER, op. cit., n. 12 ad art. 46 PA con ulteriori riferimenti alla prassi del TF e del TAF).

**3.3.2** Al contrario, la limitazione del diritto di esaminare gli atti, come pure il rifiuto (temporaneo) di assunzione di prove o qualsiasi altra negazione o restrizione del diritto di essere sentito può essere contestata con piena efficacia anche nell'ambito dell'impugnazione della decisione finale. In linea di massima, una decisione incidentale che, come nel caso in esame, nega o limita provvisoriamente il diritto di esaminare gli atti o una richiesta di assunzione di prove non ha, salvo circostanze particolari, conseguenze insanabili e irreparabili (cfr. sentenza del TF 2C\_785/2010 del 22 novembre 2010 consid. 2.2.2; sentenza del TAF B-3638/2017 già citata consid. 4.2; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, op. cit., n. 15 ad art. 46 PA; PAPADOPOULOS/ALTMANN/KAYSER, op. cit., n. 12 ad art. 46 PA). In singoli casi un pregiudizio irreparabile può avverarsi e giustificare una decisione incidentale, segnatamente se i mezzi di prova offerti sono messi in pericolo e non sarebbero più o solo difficilmente accessibili (UHLMANN/WÄLLE-BÄR, op. cit., n. 15 ad art. 46 PA) oppure se il diniego dell'esame degli atti può comportare una violazione grave di vizi procedurali che condurrebbe ad un rinvio all'autorità inferiore in una fase procedurale successiva (PAPADOPOULOS/ALTMANN/KAYSER, op. cit., n. 12 e nota a piè di pagina 53 ad art. 46 PA con rinvio alla sentenza del TAF B-616/2012 dell'11 luglio 2012 consid. 2.1).

**3.4** Nel caso di specie non sono ravvisabili indizi per ammettere un pregiudizio irreparabile ai sensi della prassi appena menzionata.

**3.4.1** In primo luogo occorre rilevare che nella presente fattispecie non ci si trova nella situazione eccezionale, descritta nella prassi poc'anzi esposta, in cui l'autorità inferiore ha concesso a terzi un esame degli atti troppo esteso e nemmeno in quella in cui la parte ricorrente ha invocato la messa in pericolo o l'inaccessibilità, rispettivamente un'accessibilità difficoltosa dei mezzi di prova offerti.

**3.4.2** In secondo luogo va rimarcato che il diritto di accesso completo agli atti e di assunzione di prove non è stato soppresso, bensì temporaneamente rimandato finché la Segreteria non avrà ultimato la fase di ripulitura e di oscuramento dei segreti d'affare negli atti procedurali raccolti e lo scopo dell'inchiesta non sarà più compromesso da comportamenti collusivi. Questo significa che, una volta che questi impedimenti verranno a cadere, la ricorrente potrà vedere le sue richieste trattate, in una fase successiva dell'inchiesta. Nell'ambito di quest'ultima, la Segreteria si occupa dell'accertamento dei fatti, servendosi a tale proposito di diversi strumenti investigativi, tra cui le richieste di informazioni, le audizioni e le perquisizioni domiciliari. Sulla base delle risultanze derivanti dalle misure di istruzione, dall'accertamento dei fatti e dell'apprezzamento giuridico ed economico degli stessi, la Segreteria redige una proposta all'attenzione della COMCO. Le parti coinvolte nell'inchiesta hanno il diritto di prendere posizione sulla proposta della Segreteria (cfr. art. 30 cpv. 2 LCart). In principio, con riserva di ulteriori misure investigative, l'inchiesta si conclude con la trasmissione della proposta della Segreteria alla COMCO a cui viene trasferito il potere decisionale unico nella causa principale. Nel proprio giudizio la COMCO elabora la proposta della Segreteria, nonché le prese di posizione delle parti (cfr. sentenza del TAF B-1286/2016 già citata consid. 2.5). Ne segue che in questa occasione la ricorrente potrà nuovamente far valere un'eventuale violazione del diritto di essere sentito in relazione all'esame degli atti ed all'assunzione di prove dinanzi alla COMCO. Allo stesso modo, la ricorrente potrà censurare detta violazione nell'ambito di un eventuale ricorso contro la decisione finale della COMCO dinanzi al Tribunale amministrativo federale. Se l'inchiesta dovesse concludersi con una conciliazione, la richiesta di accesso completo agli atti e di assunzione di prove diventerebbe invece superflua. Per tutti questi motivi, alla ricorrente non verrebbe cagionato in ogni caso alcun danno che non potrebbe essere eliminato con una decisione finale a lei favorevole (cfr. sentenza del TAF B-1286/2016 già citata consid. 2.5).

**3.4.3** L'argomentazione della ricorrente circa il preteso danno reputazionale ed economico non riesce a convincere poiché non sufficientemente sostanziata. Nell'articolo di stampa allegato al ricorso (doc. R allegato al ricorso) non vi è alcuna menzione circa un qualsivoglia danno reputazionale, bensì è unicamente riportata la presa di posizione della ricorrente sull'apertura dell'inchiesta. Le decisioni relative all'interruzione e ripetizione di cinque procedure d'appalto da parte del Canton (...) in qualità di committente datano del 10 giugno 2020 (doc. S allegato al ricorso), per cui non sono in alcun rapporto né con l'apertura dell'inchiesta avvenuta il 22 giugno 2020, né con la richiesta di accesso agli atti della ricorrente. Infine, la lettera di un altro committente del 3 dicembre 2020 (doc. U della replica) configura una richiesta di conferma alla ricorrente di non essere coinvolta nell'inchiesta "Costruzioni in [...] o in altre inchieste avviate dalla COMCO. Un eventuale danno reputazionale o economico ai sensi della giurisprudenza non è ravvisabile dagli allegati menzionati, né tantomeno viene concretizzato dalla ricorrente nei suoi scritti.

Pur volendo ammettere che le esigenze di motivazione siano adempiute occorre rimarcare, come giustamente

rilevato dall'autorità inferiore, che entrambi i pregiudizi invocati non sono stati direttamente provocati dall'avvio del procedimento incidentale sfociato nella decisione qui impugnata, bensì dall'apertura dell'inchiesta. Ad ogni modo, anche nel caso di un annullamento della decisione impugnata, siffatti pregiudizi non potrebbero essere sventati del tutto o in parte.

**3.4.4** La ricorrente si duole che, nell'evenienza in cui il diritto di essere sentito le venisse concesso solo nell'ambito della presa di posizione sulla proposta della Segreteria (art. 30 LCart), il suo patrocinatore dovrà confrontarsi con la situazione di studiare in un breve lasso di tempo una grande quantità di documentazione, nonché fare le proprie valutazioni e esprimersi sulle conclusioni della Segreteria, senza aver potuto prima conoscere i fatti che vengono rimproverati alla ricorrente.

Anche quest'argomentazione, in questo caso basata sul pregiudizio riferito alle difficoltà generate alla difesa, non regge. In effetti, se il patrocinatore della ricorrente dovesse considerare che il tempo necessario per prendere conoscenza dei documenti, nonché consigliare adeguate e correttamente la propria mandante sia insufficiente, egli potrebbe sollecitare una proroga del termine. Comunque sia, come già indicato al consid. 3.4.2, la ricorrente potrà invocare una violazione dei suoi diritti di difesa dinanzi alla COMCO nella presa di posizione sulla proposta della Segreteria e, in caso di un giudizio sfavorevole, ha sempre la possibilità di impugnare la decisione finale della COMCO dinanzi allo scrivente Tribunale amministrativo federale e di far valere a quel momento tutte le censure riferite alle restrizioni del diritto di essere sentito nelle sue componenti del diritto di esaminare gli atti e di chiedere l'assunzione di prove.

**3.4.5** Da quanto precede, tenuto conto della giurisprudenza citata, discende che il requisito del danno irreparabile non può essere considerato adempiuto.

#### 4.

La ricorrente chiede che il suo ricorso venga trattato anche come ricorso per denegata e ritardata giustizia ai sensi dell'art. 46 a PA.

**4.1** Ha diritto di ricorrere per denegata o ritardata giustizia chiunque ha un interesse degno di protezione all'emanazione di una decisione impugnabile se non viene emanata la decisione o se viene ritardata ingiustamente l'emanazione della decisione (art. 46 a con rif. all'art. 48 cpv. 1 PA). La condizione per il ricorso per denegata o ritardata giustizia è che sia stata presentata una domanda per l'emanazione di una decisione, che esista un diritto ad una decisione e che quest'ultima non sia già stata emanata (cfr. DTAF 2010/53 consid. 1.2.3 e DTAF 2008/15 consid. 3.2; MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [ed.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2019, n. 14 ad art. 46 a PA; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [ed.], *Praxiskommentar VwVG*, 2016, n. 6 ad art. 46 a PA). Una denegata e ritardata giustizia sono riconosciute se l'autorità in questione si astiene tacitamente o rifiuta espressamente di pronunciare una decisione entro un congruo termine. Tuttavia, se il suo rifiuto o il suo ritardo emergono da una decisione formale, non sussiste denegata o ritardata

giustizia ai sensi dell'art. 46 a PA, bensì una decisione impugnabile conformemente agli art. 44 -46 PA (DTAF 2010/53 consid. 1.2.3). In sunto, nella misura in cui l'autorità ha già reso la sua decisione non vi è più posto, venendo a mancare un interesse attuale e pratico degno di protezione (art. 48 cpv. 1 lett. c PA per analogia), per un ricorso per denegata o ritardata giustizia, bensì è possibile unicamente un ricorso ordinario secondo gli artt. 44 segg. PA in combinato disposto con l'art. 5 PA (DTAF 2010/53 consid. 1.2.3 con ulteriori rinvii).

**4.2** Nel caso di specie, l'autorità inferiore, su richiesta della ricorrente, ha emanato una decisione incidentale concernente l'accesso agli atti e l'assunzione di prove. Pertanto, in base alla prassi appena esposta, valgono le condizioni di ammissibilità del ricorso di cui all'art. 46 PA. Come si è visto all'intero consid. 3, nel caso di specie non sono dati i presupposti per ammettere il requisito del pregiudizio irreparabile, dimodoché il ricorso diretto contro la decisione incidentale in oggetto risulta inammissibile. La situazione rimarrebbe immutata anche nell'ipotesi in cui non fosse stata emanata alcuna decisione incidentale. In effetti, il ricorso per denegata e ritardata giustizia è accessorio alla causa principale del ricorso, ovvero, nel caso di specie, al procedimento avviato dalla ricorrente volto all'ottenimento di una decisione incidentale impugnabile in relazione alla sua richiesta di accesso completo agli atti ed all'assunzione di prove (cfr. MARKUS MÜLLER, op. cit., n. 22 e nota a piè di pagina 63 ad art. 46a PA; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, op. cit., n. 5, nota a piè di pagina 12 ad art. 46 a PA; sentenze del TAF D-6098/2013 del 6 dicembre 2013 consid. 1.2 e D-2572/2007 del 4 ottobre 2007 consid. 2.2). Ne segue che, vista la manifesta inammissibilità del ricorso contro la decisione incidentale qui impugnata in mancanza del requisito del pregiudizio irreparabile, anche il ricorso per denegata e ritardata giustizia è anch'esso inammissibile.

#### 5.

La ricorrente insorge anche contro gli emolumenti messi a suo carico nella decisione incidentale impugnata, concludendo all'impugnabilità immediata di dette spese.

Per prassi costante del Tribunale federale, il giudizio accessorio sulle spese e sulle ripetibili oggetto di una decisione incidentale non è in principio suscettibile di causare un pregiudizio irreparabile ai sensi dell'art. 93 cpv. 1 lett. a LTF (corrispondente al tenore dell'art. 46 cpv. 1 lett. a PA) e può unicamente essere immediatamente impugnato al Tribunale federale nel quadro di un ricorso contro il merito della decisione incidentale, a condizione che tale rimedio giuridico sia proponibile ai sensi della norma menzionata. In caso contrario, è possibile contestare la ripartizione delle spese e delle ripetibili soltanto nell'ambito di un ricorso contro la decisione finale conformemente all'art. 93 cpv. 3 LTF (corrispondente all'art. 46 cpv. 2 PA; cfr. DTF 138 III 94 consid. 2.3, 135 III 329 consid. 1.2.1 seg.).

La prassi appena menzionata sottolinea il carattere accessorio e il rapporto di interdipendenza tra il merito della decisione incidentale e la messa a carico degli emolumenti in essa ordinata nell'ambito dell'impugnazione di dette spese. Come già stabilito al consid. 3, il ricorso diretto contro il rifiuto provvisorio della richiesta di accesso completo agli atti, rispettivamente di assunzione di prove non è proponibile. Di conseguenza, nella misura in cui la

ricorrente nel proprio gravame contesta l'addossamento degli emolumenti, esso si rivela anch'esso inammissibile e la ripartizione delle spese potrà essere attaccata unicamente nel quadro di un ricorso contro la decisione finale.

## 6.

In sunto, il ricorso diretto contro la decisione incidentale concernente il rifiuto provvisorio della richiesta di accesso completo agli atti e di assunzione di prove, nonché il ricorso per denegata e ritardata giustizia e il ricorso relativo all'addossamento degli emolumenti risultano inammissibili.

## 7.

**7.1** Visto l'esito della procedura, la ricorrente risulta parte soccombente e deve sopportare le spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA). Le spese di procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo federale comprendono la tassa di giustizia e i disborso (art. 1 del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale, [TS-TAF, RS 173.320.2]). La tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 63 cpv. 4 bis PA, art. 2 cpv. 1 frase 1 TS-TAF). In applicazione di tali disposti, si giustifica di fissare la tassa di giustizia ad un importo complessivo di

fr. 2'000.-, che verrà computato con l'anticipo spese di pari importo, versato a suo tempo dalla ricorrente, dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

**7.2** Visto l'esito del procedimento, alla ricorrente, come pure alla COMCO in qualità di autorità federale, non spetta alcuna indennità a titolo di spese ripetibili (art. 64 cpv. 3 PA, art. 7 cpv. 3 TS-TAF).

**Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:**

### 1.

Il ricorso è inammissibile.

### 2.

Le spese processuali di fr. 2'000.- sono poste a carico della ricorrente. Alla crescita in giudicato della presente sentenza, tale importo verrà computato con l'anticipo spese di pari importo già versato.

### 3.

Non si assegnano indennità a titolo di ripetibili.

### 4.

Questa sentenza è comunicata alla ricorrente e all'autorità inferiore.

[Rimedi giuridici]

B 3	<b>2. Urteil vom 2. April 2020 – Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2015 betreffend Flügel und Klaviere (Untersuchung 22-0429)</b>
-----	---

*Urteil B-823/2016 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 2. April 2020 in Sachen Musik Hug AG, in Zürich, vertreten durch [...], \_\_\_\_\_, Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2015 betreffend Flügel und Klaviere (Untersuchung 22-0429).*

Sachverhalt:

#### A.

**A.a** Am 20. April 2012 schrieb das Hochbauamt des Kantons Zürich (im Folgenden: Hochbauamt) auf simap.ch (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) öffentlich einen Lieferauftrag mit dem Projekttitel «ZHdK - Zürcher Hochschule der Künste, ZHAW - Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Toni-Areal» aus (Projekt-ID 84674; Meldungsnummer 732649). Es sollten für den neuen Gebäudekomplex in der ehemaligen Toni-Molkerei Flügel und Klaviere für Schulung und Konzerte beschafft werden. Der Auftraggeber behielt sich vor, den Auftrag in Lose aufzuteilen.

**A.b** Am 11. Dezember 2012 wurde das erste und grösste Los des ausgeschriebenen Auftrags an die La Bottega del Pianoforte SA, Lugano (UID-Nr. CHE-107.952.267; im Folgenden: Bottega) erteilt (simap.ch-Publikation vom 21. Dezember 2012; Projekt-ID 84674, Meldungsnummer 758647).

**A.c** Am 27. Juli 2012 erhielt das Hochbauamt ein Schreiben von Steinway & Sons, Hamburg (Deutschland) (nachfolgend: S&S), worin ihm S&S mitteilte, dass der Zuschlag nicht an die Bottega vergeben werden dürfe, da diese ausserhalb des ihr zugewiesenen Vertragsgebietes (Tessin und Teilgebiet südlich des San Bernardino) offeriert habe. Weiter wies S&S darauf hin, das Angebot der Bottega nicht zu unterstützen, sondern ausschliesslich dasjenige ihres unter anderem für den Kanton Zürich zuständigen Händlers Musik Hug. Am 3. August 2012 ging beim Hochbauamt ein weiteres Schreiben von S&S ein, in welchem diese das Hochbauamt bat, das erste Schreiben als gegenstandslos zu betrachten. Mit Schreiben vom 7. August 2012 informierte S&S das Hochbauamt darüber, dass sie die Zusammenarbeit mit der Bottega per 28. Februar 2013 beendet habe, sie diese jedoch im Fall des Zuschlags an sie auf jeden Fall beliefern werde.

**A.d** In der Folge wollte das Hochbauamt am 22. August 2012 vom Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat), wissen, ob das Vorgefallene aus kartellrechtlicher Sicht problematisch sein könnte.

#### B.

Am 7. September 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung nach Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gegen Musik Hug, die Bottega und S&S, da das Sekretariat die Intervention von

S&S als Versuch wertete, einen passiven Verkauf zu verhindern.

#### C.

**C.a** Wegen Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Instrumenten von S&S eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) am 26. November 2012 eine Untersuchung (Nr. 22-0429) gemäss Art. 27 KG wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 und 3 KG gegen Musik Hug, die Bottega, S&S und Krompholz.

**C.b** Am 10. April 2013 wurde die Untersuchung auf den Vertrieb von Instrumenten der Marke Grotrian-Steinweg ausgeweitet.

#### D.

Nachdem sich das Sekretariat und Musik Hug auf den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung geeinigt hatten, wurde eine solche zwischen ihnen am 23. Dezember 2014 abgeschlossen. Darin wurde unter anderem Folgendes vereinbart:

«A. Vorbemerkungen

[...]

d) Musik Hug hat eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht. Aus diesem Grund beantragt das Sekretariat bei der WEKO, die Sanktion zu reduzieren. Der Wille und die Bereitschaft von Musik Hug zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Das Sekretariat beabsichtigt, bei der WEKO eine Sanktion zu beantragen, die den finanziellen Verhältnissen von Musik Hug Rechnung trägt. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.

[...]

f) Der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung erfolgt seitens Musik Hug ausschliesslich im Sinne eines schnellen und kostensparenden Abschlusses des Verfahrens und stellt seitens von Musik Hug keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden dar. Musik Hug hält aber fest, dass sich die Ergreifung eines Rechtsmittels erübrigt, wenn die WEKO diese einvernehmliche Regelung genehmigt, die allenfalls von der WEKO verhängte Sanktion unter Berücksichtigung der Verfahrenskosten gestützt auf die finanzielle Situation von Musik Hug für Musik Hug wirtschaftlich tragbar ist und damit sämtliche im Verfahren 22-0429 untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen abschliessend regelt.

[...]»



**E.**

In ihrer Verfügung vom 14. Dezember 2015 entschied die WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) im ersten Spiegelstrich der Dispositivziffer 5, dass die Musik Hug AG, Zürich (UID-Nr. CHE-105.933.402), wegen Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a KG mit Fr. 445'000.- belastet werde. Zudem entschied die Vorinstanz, dass der Musik Hug AG keine Verfahrenskosten auferlegt würden (erster Spiegelstrich der Dispositivziffer 7).

Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren eine Belastung der Musik Hug AG mit Fr. 445'000.- angemessen sei.

**F.**

Hiergegen hat die Musik Hug AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 8. Februar 2016 vor dem Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit dem Rechtsbegehren erhoben, dass Ziffer 5 erster Spiegelstrich des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und gegenüber ihr (der Beschwerdeführerin) der Betrag für eine Belastung gestützt auf Art. 49a KG mit Fr. 0.- festzusetzen sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. der Vorinstanz.

Die Beschwerdeführerin führt zur Begründung namentlich an, dass jegliche Sanktion für sie finanziell nicht tragbar sei.

**G.**

In ihrer Vernehmlassung vom 23. Mai 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die auferlegte Sanktion gefährde die Beschwerdeführerin nicht in ihrer Existenz.

**H.**

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 8. September 2016 an ihren Rechtsbegehren vollumfänglich fest.

**I.**

In ihrer Duplik vom 31. Oktober 2016 hält die Vorinstanz ihrerseits an ihrem Antrag fest. Inwiefern überhaupt noch Raum für die Rüge der unverhältnismässigen finanziellen Belastung durch die auferlegte Sanktion bestehe, sei im Licht der veränderten finanziellen Verhältnisse zu prüfen, die sich seit dem angefochtenen Entscheid ergeben hätten.

**J.**

Am 14. Dezember 2016 hat die Beschwerdeführerin unaufgefordert Stellung genommen. Angesichts ihrer aktuellen prekären finanziellen Lage sei eine Sanktion für sie nicht tragbar.

**K.**

In ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2017 ersucht die Vorinstanz erneut um antragsgemässe Abweisung der Beschwerde. Die unaufgeforderte Stellungnahme der

Beschwerdeführerin führe zu keiner anderen Beurteilung der Tragbarkeit der verfügten (reduzierten) Sanktion.

**L.**

In ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 31. März 2017 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei eine Instruktionsverhandlung unter vollständigem Ausschluss der Öffentlichkeit zur Frage der Tragbarkeit der Sanktion anzuordnen. So könne sie ihre finanzielle Situation dem Gericht konzis darlegen und eine Weiterung von Schriftsätzen soweit möglich vermeiden. Ihre finanzielle Situation sei ein Geschäftsgeheimnis und von äusserst vertraulicher Natur.

**M.**

Die Vorinstanz hat am 9. Mai 2017 dazu Stellung genommen. Sie halte dem von der Beschwerdeführerin gestellten Verfahrensantrag grundsätzlich nichts entgegen. Es stelle sich jedoch die Frage, ob eine Instruktionsverhandlung zur Beurteilung der finanziellen Verhältnisse der Gruppe der Beschwerdeführerin zum jetzigen Zeitpunkt sachdienlich sei, da deren Aktualität bei einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts erneut in Frage gestellt werden müsse. Zum jetzigen Zeitpunkt sei einzig entscheidend, ob die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Änderungen ihrer finanziellen Verhältnisse sie (die Vorinstanz) veranlasst hätten, ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde zu ändern. Dies sei nicht der Fall.

**N.**

In ihrem Schreiben vom 20. Dezember 2017 hält die Beschwerdeführerin abermals an ihren Rechtsbegehren fest. Ihre Übernahme durch die Musikpunkt Holding AG, Luzern (heute: Musikpunkt Hug Holding AG [UID-Nr. CHE-115.543.244]), ändere nichts an der Begründetheit der Rüge.

**O.**

**O.a** In ihrer Stellungnahme vom 17. Januar 2018 stellt die Vorinstanz folgende Verfahrensanträge:

«Es sei die Beschwerdeführerin aufzufordern, sämtliche mit der Übernahme durch die Musikpunkt AG im Zusammenhang stehenden Dokumente zu edieren, namentlich der Kaufvertrag über den Kauf der Aktien der Musik Hug AG zwischen der übernehmenden Käuferin (Musikpunkt AG) und der Verkäuferin.

Es sei die Beschwerdeführerin aufzufordern, die zwischen der Beschwerdeführerin und den Banken neu abgeschlossene Stillhaltevereinbarung zu edieren.»

**O.b** In ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 27. Februar 2018 beantragt die Beschwerdeführerin wiederholt die Ansetzung eines Termins für eine Instruktionsverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

**O.c** Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 27. März 2018 hält die Vorinstanz an ihren am 17. Januar 2018 gestellten Verfahrensanträgen fest.

**O.d** Am 16. September 2019 und 8. Oktober 2019 hat die Vorinstanz je eine weitere unaufgeforderte Eingabe eingereicht.

**O.e** Mit Schreiben vom 15. Oktober 2019 hat die Beschwerdeführerin weitere Dokumente betreffend ihre finanzielle Situation zu den Akten eingereicht.

**O.f** Am 21. Oktober 2019 und 18. November 2019 hat die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht je ein weiteres Schreiben zukommen lassen.

**O.g** Am 3. Dezember 2019 fand, wie mit Verfügung vom 4. September 2019 angeordnet, die beantragte Instruktionsverhandlung statt.

**P.**

**P.a** Am 19. Dezember 2019 hat die Beschwerdeführerin unaufgefordert eine weitere Stellungnahme abgegeben.

**P.b** Mit Schreiben vom 14. Januar 2020 hat die Vorinstanz hierzu Stellung genommen. Sie hält ausdrücklich weiterhin an ihren Anträgen fest.

**P.c** Am 24. Januar 2020 hat die Beschwerdeführerin erneut eine unaufgeforderte Stellungnahme eingereicht.

**P.d** In ihrer Stellungnahme vom 29. Januar 2020 hält die Vorinstanz unverändert an ihren Rechtsbegehren fest und verzichtet im Übrigen auf eine weitere Stellungnahme.

**Q.**

Auf die Vorbringen der Parteien des vorliegenden Verfahrens wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 7 VwVG von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und inwieweit auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1; Urteil des BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 1.1).

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Institutionen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Bei der angefochtenen Verfügung, mit der die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Sanktion in Höhe von Fr. 445'000.- (inklusive Verfahrenskosten) auferlegte, handelt es sich um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG. Die Wettbewerbskommission stellt aufgrund ihrer Ausgestaltung durch Art. 18 f. KG gemäss Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) in Verbindung mit Art. 7 und 8a der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung des Bundesrats vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.01) als ausserparlamentarische Behördenkommission der dezentralen Bundesverwaltung im Sinn von Art. 178 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) eine eidgenössische Kommission im Sinn von Art. 33 Bst. f VGG dar. Da keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit im Sinn von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig (vgl. zum Ganzen: Urteil des

BVGer B-3871/2017 vom 3. Mai 2018 Ticketcorner Holding E. 2).

**1.3** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Beschwerdeführerin ist damit zur Beschwerde legitimiert.

**1.4** Die Beschwerdeführerin hat die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG gewahrt und den Kostenvorschuss gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG fristgerecht bezahlt. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich durch Vollmacht rechtsgenügend gemäss Art. 11 Abs. 2 VwVG ausgewiesen. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

**2.**

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und damit Streitgegenstand bildet das durch Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Der Streitgegenstand wird durch den Gegenstand der Verfügung (Anfechtungsgegenstand) und die Beschwerdeanträge bestimmt. Der Anfechtungsgegenstand bildet den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-578/2016 vom 11. Oktober 2016 E. 1.3; vgl. BGE 133 II 35 E. 2; Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 2; Thomas Flückiger, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016 [im Folgenden: Praxiskommentar VwVG], Art. 7 N 19; Seethaler/Portmann, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 52 N 38; André Moser, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 52 N 3, je mit weiteren Hinweisen).

Die Beschwerde richtet sich gegen Ziffer 5 erster Spiegelstrich (Sanktionierung der Beschwerdeführerin mit Fr. 445'000.-) des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Ziffer 1 (Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin), Ziffer 2 (Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und Krompholz), Ziffer 3 (Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und S&S), Ziffer 4 (Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und Grotrian-Steinweg), Ziffer 5 zweiter und dritter Spiegelstrich (Sanktionierung der AKHZ Management AG und Loeb Holding AG sowie der Bottega), Ziffer 6 (im Übrigen Einstellung der Untersuchung), Ziffer 7 (Verfahrenskosten), Ziffer 8 (Dokumentenrückgabe und Datenlöschung) und Ziffer 9 (Verfügungseröffnung) des Dispositivs hat die Beschwerdeführerin, die ausschliesslich in eigenem Namen Beschwerde führt, nicht angefochten. Damit ist der Streitgegenstand vorliegend auf die Sanktionierung der Beschwerdeführerin mit Fr. 445'000.-, d.h. auf die Sanktionshöhe beschränkt. Soweit die Verfügung unangefochten geblieben ist, ist sie in Rechtskraft erwachsen. Dies gilt namentlich mit Bezug auf die vorinstanzlich verfügte Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin sowie hinsichtlich der Bottega, welche gegen die

angefochtene Verfügung keine Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht eingereicht hatte. Gegenüber und bezüglich der Bottega ist die von der Beschwerdeführerin angefochtene Verfügung ohnehin in Rechtskraft erwachsen (vgl. BGE 145 II 259 E. 2.5.3).

### 3.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

Dem Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 Bst. b VwVG; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2; vgl. BGE 139 I 72 E. 4). Der Vorinstanz kommt bei der Bestimmung der Sanktionshöhe indes ein Ermessen zu. Zu korrigieren sind Ermessensentscheide, wenn eine Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat oder wenn sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht erweist, doch hat das Bundesverwaltungsgericht nicht sein Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen (Urteil des BVGer A-330/2007 vom 12. Juli 2007 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann eine angefochtene Verfügung wegen Unangemessenheit grundsätzlich nicht zuungunsten einer Partei geändert werden (ausser im Falle einer Änderung zugunsten der Gegenpartei). Ein weitergehendes, generelles Verbot der reformatio in peius wird in der Lehre für das Kartellsanktionsverfahren vereinzelt in Anlehnung an strafprozessuale Grundsätze postuliert (NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und «Sozial-ethisches Unwerturteil», in: Amstutz/Hochreutner/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, S. 110 f.). Allerdings lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder aus Art. 29 BV noch aus Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) eine entsprechendes verfassungsmässiges Recht herleiten (BGE 139 IV 282 E. 2.3.1; Urteil des BGer 6B\_332/2009 vom 4. August 2009 E. 4.2; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 9.1).

### 4.

Die Beschwerdeführerin begehrt den vollständigen Erlass der verfügten Sanktion. Die Vorinstanz hat diesen jedoch der Bottega eingeräumt (angefochtene Verfügung, Rz. 421). Nachfolgend ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine Sanktion (teil- oder vollständig) erlassen werden kann und ob dies im vorliegenden Fall zu Recht zugunsten der Bottega erfolgte.

**4.1** Der vollständige Erlass einer Sanktion wird in Art. 8 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) wie folgt geregelt:

«1 Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes:

- a. Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartellrechtliches Verfahren gemäss Artikel 27 KG zu eröffnen; oder
- b. Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Absätze 3 oder 4 KG festzustellen.

2 Sie erlässt die Sanktion nur, wenn das Unternehmen:

- a. kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und nicht die anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat;
- b. der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt;
- c. während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet;
- d. seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

3 Der Erlass der Sanktion gemäss Absatz 1 Buchstabe a wird nur gewährt, sofern die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügt, um ein Verfahren nach den Artikeln 26 und 27 KG betreffend die angezeigte Wettbewerbsbeschränkung zu eröffnen.

4 Der Erlass der Sanktion gemäss Absatz 1 Buchstabe b wird nur gewährt, sofern:

- a. nicht bereits ein anderes Unternehmen die Voraussetzungen für einen Erlass gemäss Absatz 1 Buchstabe a erfüllt; und
- b. die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen.»

Gemäss der angefochtenen Verfügung erfüllt die Bottega sämtliche Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass im Sinn von Art. 8 SVKG (Rz. 418-421) - dies im Gegensatz zur Beschwerdeführerin, bei welcher die Vorinstanz eine Sanktionsreduktion lediglich im Umfang von 50 % gestützt auf Art. 12 SVKG als angemessen erachtet (vgl. Rz. 422-428). Umstritten ist vorliegend, ob die Bottega oder die Beschwerdeführerin die erste Selbstanzeige eingereicht hat bzw. ob letztere als Folge einer möglichen Aberkennung der durch die Bottega eingereichten Selbstanzeige allenfalls «nachrücken» kann, was vorab zu prüfen ist. Krompholz reichte ihre Selbstanzeige unstrittig zuletzt ein. Demnach stellt sich vorderhand die Frage, was unter einer Selbstanzeige zu verstehen ist.

**4.1.1** Eine Selbstanzeige wird in Art. 9 SVKG hinsichtlich Form und Inhalt wie folgt umschrieben:

«1 Die Selbstanzeige enthält die nötigen Informationen zum anzeigenden Unternehmen, zur Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses, zu den an diesem Verstoss beteiligten Unternehmen und zu den betroffenen bzw. relevanten Märkten. Die Selbstanzeige kann auch mündlich zu Protokoll gegeben werden.

2 Das Unternehmen kann die Selbstanzeige unter Einreichung der Informationen in anonymisierter Form stellen. Das Sekretariat regelt die Modalitäten im Einzelfall im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission.

3 Das Sekretariat bestätigt den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit. Es teilt dem anzeigenden Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit:

- a. inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Artikel 8 Absatz 1 als gegeben erachtet;
- b. welche Informationen das anzeigende Unternehmen zusätzlich einzureichen hat, insbesondere um die Voraussetzungen von Artikel 8 Absatz 1 zu erfüllen; und
- c. im Falle einer anonymen Selbstanzeige, [...]»

Eine Selbstanzeige gemäss Art. 9 Abs. 1 SVKG setzt praxisgemäss Informationen über die Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses und über die an diesem Verstoß beteiligten Unternehmen sowie über die Märkte voraus (vgl. Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO zur Bonusregelung [Selbstanzeige] vom 8. September 2014, Stand am 1. August 2015, Rz. 32 ff., 34 ff.; MICHAEL TSCHUDIN, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2013, S. 1017). Selbstanzeiger haben den Wettbewerbsbehörden mithin nach bestem Wissen zutreffende Informationen und Beweismittel zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung zu liefern (vgl. insbesondere Art. 8 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 SVKG; Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 Umbricht Holding E. 8.5.5.5). Als Beweismittel zur Untermauerung der Angaben eines Selbstanzeigers kommen insbesondere sämtliche verwertbaren Urkunden der kartellrechtlichen Untersuchung in Betracht (Art. 12 Bst. a VwVG; soeben erwähntes Urteil B-880/2012 E. 8.5.5.9). Eine Selbstanzeige muss jedoch nicht bereits eine rechtliche Würdigung des Sachverhalts beinhalten (Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 SFS unimarket AG E. 4; RETO RAGETTLI, Die Garantien von Art. 6 EMRK im Verfahren der Selbstanzeige im Kartellrecht, Zürich 2017, Rz. 192-201). Insbesondere setzt die Bonusanzeige kein Schuldgeständnis voraus (DANIEL ZIMMERMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Diss. Bern 2007, S. 678). So handelt es sich bereits dann um eine Selbstanzeige, wenn der Selbstanzeiger der Wettbewerbsbehörde ein Dokument einreicht, das vor der kartellrechtlichen Untersuchung nicht existierte und vom Selbstanzeiger einzig mit dem Zweck erstellt wurde, die (mutmassliche) Kartellaktivität und die Beteiligung seines Unternehmens daran zu belegen (vgl. Seraina Denoth, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, Zürich 2012, S. 240).

**4.1.2** Die Beschwerdeführerin ist diesbezüglich der Ansicht, dass eine Selbstanzeige auch die Absicht voraussetze, eine solche Anzeige machen zu wollen. Aus den Verfahrensakten und den darin festgehaltenen Aussagen von Bottega ergebe sich, dass es nie deren Absicht gewesen sei, eine Selbstanzeige einzureichen. Der Bottega sei es bei ihrer angeblichen «Bonusmeldung» vielmehr um die Erledigung des Ausschreibungsverfahrens der ZHdK gegangen.

Dem kann aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden: Erstens betraf die Fax-Bonusmeldung der Bottega vom 27. November 2012 (dazu gleich E. 4.2.1) nicht explizit und ausschliesslich das Ausschreibungsverfahren der ZHdK. Vielmehr war letzteres Verfahren Auslöser für

die Eröffnung der Untersuchung 22-0429 gegen die Beschwerdeführerin, Bottega, S&S und Krompholz wegen unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 und 3 KG betreffend den Vertrieb von Flügeln und Klavieren (s. Sachverhalt Bst. C). Die Bottega hat nach erfolgter Untersuchungseröffnung im Rahmen ihrer «Bonusmeldung» ihre Beteiligung an mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinn von Art. 5 und 7 KG angezeigt und sich bereit erklärt, im Sinn einer sog. Feststellungsmeldung (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) entsprechende Beweismittel vorzulegen, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, mutmassliche Wettbewerbsverstöße gemäss Art. 5 und 7 KG festzustellen. Zweitens kann es auf die eigentliche Absicht der Selbstanzeigerin insofern nicht ankommen, als wie gesehen (E. 4.1.1) nicht entscheidend ist, dass die Anzeigerin die Erfüllung eines kartellrechtlichen Tatbestandes anzuzeigen beabsichtigt. Die im Rahmen der Selbstanzeige der Wettbewerbsbehörde gelieferten Informationen und Beweismittel beziehen sich vielmehr lediglich auf den Sachverhalt. Die rechtliche Würdigung eines angezeigten Sachverhalts ist deshalb nicht Gegenstand der anlässlich der Selbstanzeige gemachten Sachverhaltsdarstellungen (Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 4.9). Selbst wenn die Bottega am Tag der Einreichung der Selbstanzeige nach eigenen Angaben nichts zu verbergen hatte und insofern - wie die Beschwerdeführerin moniert - keinerlei Unrechtsbewusstsein offenbarte, kann die Selbstanzeige der Bottega - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht wegen angeblich fehlender Absicht ungültig sein.

## 4.2

**4.2.1** Die Bottega zeigte sich im Rahmen der Untersuchung 22-0429 am 27. November 2012 um 12:18 Uhr selbst gemäss Art. 49a Abs. 2 KG in Verbindung mit Art. 8 ff. SVKG an (FAX Bonusmeldung der Bottega und Bestätigungs-Fax der Vorinstanz, beide von diesem Tag, act. 99). Ob es sich hierbei um eine gültige Selbstanzeige handelt, ist umstritten. Diese Anzeige erfolgte indes in Form des vollständig ausgefüllten, von der Vorinstanz bereitgestellten Formulars «FAX Bonusmeldung», womit die Bottega in zeitlicher Hinsicht den Marker setzte und des Weiteren ihre Absicht bekundete, der Wettbewerbsbehörde die nötigen Informationen zu überreichen und mit dieser zu kooperieren. Mit Schreiben vom 15. Januar 2013, das an das Sekretariat gerichtet war, vervollständigte die Bottega die besagte Selbstanzeige vom 27. November 2012 nach entsprechender Aufforderung der Vorinstanz. Einen Rückzug der am 27. November 2012 um 12:18 Uhr eingeleiteten Selbstanzeige hat die Bottega dabei und auch im Laufe des Verfahrens - wie hiernach gezeigt wird - nie vorgenommen.

**4.2.2** Herbert Fröhlich erklärte namens der Bottega im Parteiverhör vom 24. Mai 2013 gemäss Art. 42 Abs. 1 KG zwar ausdrücklich, keine Selbstanzeige machen zu wollen (S. 3 des Protokolls dieses Verhörs, act. 328 Rz. 41-57). Dieses Verhör hatte jedoch explizit nur die Produkte der Marke Grotrian-Steinweg - und nicht (auch) diejenigen der Marke S&S - zum Gegenstand. Die Bottega bezog ihre Aussage (act. 328, Rz. 7 f. und 57) somit lediglich auf die Untersuchung betreffend die Produkte der Marke Grotrian-Steinweg. Denn am gleichen Tag fand auch ein Parteiverhör mit der Bottega statt, das ihre Selbstanzeige

in der Sache S&S zum Gegenstand hatte (act. 327). Bei dieser Anhörung machte Herbert Fröhlich keine Aussagen, welche auf einen Rückzug der diesbezüglichen Selbstanzeige schliessen lassen würden; im Gegenteil erklärte er, weiterhin mit den Behörden kooperieren zu wollen (Rz. 23). Demnach vermögen die Aussagen der Bottega an der Anhörung betreffend die Produkte der Marke Grotrian-Steinweg (act. 328) nicht auf die Ungültigkeit bzw. den Rückzug der Selbstanzeige der Bottega betreffend die Produkte der Marke S&S zu schliessen.

### 4.3

**4.3.1** Im Rahmen der Selbstanzeige hat die Bottega laut der Vorinstanz ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin die S&S-Preisliste für die Schweiz mache. S&S schicke diese Liste hierauf an sie (die Bottega); wobei sie sich an diese Preise halten sollte. Mit diesen Preisen schreibe sie ihre Produkte in ihrem Geschäft an (angefochtene Verfügung, Rz. 87 und 92).

**4.3.2** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung dazu aus, dass die Beschwerdeführerin und Krompholz einmal jährlich gestützt auf die Händler-Einkaufspreisliste von S&S bzw. die von letzterer jeweils kommunizierten Preiserhöhungen die Listenpreise in der Schweiz gemeinsam festgelegt hätten (angefochtene Verfügung, Rz. 64). Und zwar hätten die Beschwerdeführerin und Krompholz nach einer gemeinsamen Kalkulation die Listenpreise in der Schweiz untereinander abgestimmt; hierauf hätten sie diese an S&S weitergeleitet, damit diese die Preisliste drucken und an sämtliche Schweizer Händler habe verteilen können (angefochtene Verfügung, Rz. 78). Die Bottega und die anderen Parteien hätten diese Preislisten demgemäss unter anderem als Verhandlungsgrundlage verwendet.

**4.3.3** Die Bottega reichte zunächst eine Preisliste von S&S ein (act. 102 S. 4), deren Rechtsvertreter sodann mehrere solcher Listen (act. 201 Beilagen 1 und 2). Diese Beweismittel beschreiben zwar primär das vertikale Verhältnis zwischen der Bottega und S&S und nehmen zu diesem Stellung. Jedoch war auch dieses vertikale Verhältnis Gegenstand, ja Bestandteil der sanktionierten Abrede und damit des horizontalen Verhältnisses unter den betreffenden Abredebeteiligten (s. Aussage der Bottega in act. 100). Denn S&S versandte die zwischen der Beschwerdeführerin und Krompholz abgesprochenen Preislisten an die Bottega (act. 100 S. 5 f.) sowie an die anderen Abredebeteiligten. Laut dem Protokoll der mündlichen Ergänzung zur Bonusmeldung vom 27. November 2012 beschreibt die Bottega das Abredeverhältnis wie folgt: «Also 'unser Preis' bedeutet eigentlich der Preis von Musik Hug. Musik Hug macht die Steinway-Preisliste für die Schweiz. Die wird uns dann geschickt und an diese Preise sollten wir uns halten. So schreiben wir unsere Produkte im Geschäft an» (act. 100, S. 5 f.). Die rechtliche Würdigung des eben beschriebenen und mit Beweismitteln dokumentierten Verhaltens der Bottega kann vorliegend offen gelassen werden, zumal eine solche wie gesehen nichts an der Qualifikation der besagten Eingaben der Bottega (d.h. Bonusmeldung vom 27. Dezember 2012, Ergänzungsschreiben vom 15. Januar 2013, etc.) als Selbstanzeige ändert (oben E. 4.1.1 f.). Da die Bottega und die anderen Parteien die Preislisten verwendeten und auch als Verhandlungsgrundlage benutzten, haben sie

die (verbindlichen oder unverbindlichen) Preisempfehlungen befolgt, was mit Bezug auf die Bottega zumindest auf eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG schliessen lässt. Die betreffenden Preislisten fallen als integrierender Bestandteil einer eigentlichen Preisabsprache betreffend die Flügel und Klaviere der S&S unter den Vermutungsgegenstand gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Die gegenständlichen Rügen, welche sich auf die Rabatte beziehen, müssen daher vorliegend nicht behandelt werden. Folglich sind die Beweismittel, welche die Bottega einreichte, für die Selbstanzeige betreffend dieses Verhalten - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht unbrauchbar. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin zielen ins Leere.

**4.3.4** Es trifft zwar zu, dass die Bottega im Verlauf der Untersuchung nicht vollständig widerspruchsfrei aussagte. Aus dem Gesamthalt ihrer Selbstanzeige ist jedoch das Netz bzw. die Tragweite der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen im Bereich der Flügel und Klaviere ersichtlich. Das teilweise widersprüchliche Verhalten der Bottega erklärt sich wohl durch den Umstand, dass ihr Geschäftsführer nicht durchwegs anwaltlich vertreten war. Inhaltlich hat letzterer jedenfalls mitgeholfen, den fraglichen Sachverhalt aufzudecken. Er musste ihn nicht rechtlich würdigen (E. 4.1.2 hiervor). Damit kann die Beschwerdeführerin der Bottega als Selbstanzeigerin nicht vorwerfen (so namentlich auf S. 23 f. der Beschwerde), dass ihre Beweise «in die falsche Richtung des falschen Kartelltatbestands» zielten. Dies, zumal es bei der besagten «Fax-Bonusmeldung» mitunter lediglich darum ging, die (wenn auch passive) Beteiligung von Bottega an mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkungen anzuzeigen.

**4.4** Somit vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Argumenten gegen die Selbstanzeigequalität der Meldungen und Eingaben der Bottega nicht durchzudringen. Die Vorinstanz erachtete die zeitlich als erste eingereichte Selbstanzeige der Bottega betreffend den Vertrieb von Produkten der Marke S&S in der angefochtenen Verfügung somit zu Recht als gültig. Das Nachrückungsrecht bleibt der Beschwerdeführerin daher - entgegen ihrer Überzeugung - verwehrt.

**4.5** Die Beschwerdeführerin reichte demgegenüber ihre Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG in Verbindung mit Art. 8 ff. SVKG am 27. November 2012 um 18:40 Uhr im Rahmen einer FAX-Bonusmeldung ein (act. 94). Diese Anzeige (samt den nachgereichten Informationen und Dokumenten) erfolgte wie gesagt nach jener der Bottega (oben E. 4.4), erfüllt unstrittig zumindest die Voraussetzungen von Art. 9 SVKG, bezieht sich jedoch nur auf die Untersuchung in Sachen S&S (vgl. act. 94). Diese betraf mithin lediglich die Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex (vgl. Sachverhalt Bst. C hiervor).

**4.6** Was die Produkte der Marke Grotrian-Steinweg anbelangt, reichte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat erst am 30. Mai 2013 eine entsprechende Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG in Verbindung mit Art. 8 ff. SVKG ein und zwar nach erfolgter Ausweitung der Untersuchung auf «Flügel und Klaviere bezüglich Produkte der Marke Grotrian-Steinweg» (FAX-Bonusmeldung von dato, act. 329, S. 24). Das Sekretariat verzeichnete als Uhrzeit des Eingangs dieser Selbstanzeige 10:10 Uhr (Eingangsbestätigung vom 30. Mai 2013, act. 329, S. 25).

Die Eröffnung bzw. Ausweitung der Untersuchung auf den Vertrieb von Instrumenten der Marke Grotrian-Steinweg wegen möglichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen erfolgte am 10. April 2013 (act. 280), worüber das Sekretariat die Beschwerdeführerin gleichentags schriftlich informierte (act. 282). Auslöser dürfte das Schreiben des Rechtsvertreters von Krompholz vom 25. Februar 2013 (act. 249) gewesen sein, womit dieser dem Sekretariat im Rahmen des Bonusprogramms weitere Dokumente (namentlich verschiedene Korrespondenz-E-Mails) zusandte, welche nach eigenen Angaben die kartellrechtlichen Bedenken beim Vertrieb von Grotrian-Produkten bestätigten. Dass die Vorinstanz diese Dokumente im Anschluss antragsgemäss als Informationen im Sinn von Art. 12 Abs. 3 SVKG qualifizierte und Krompholz dafür eine Sanktionsreduktion von 80% gewährte, ist vorliegend nicht zu beanstanden und liegt in ihrem Ermessen. Schon deshalb und aufgrund der Formulierung in Art. 12 Abs. 3 SVKG («Reduktion beträgt bis zu 80%») hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Sanktionsreduktion im besagten Umfang. Die Ermessensausübung der Vorinstanz ist insoweit nicht zu beanstanden.

**4.7** Zusammenfassend hat die Bottega nicht nur eine gültige Selbstanzeige eingereicht, sondern ist auch Erstanzeigerin des abgestimmten Verhaltens gemäss Art. 4 Abs. 1 KG betreffend die Produkte der Marke S&S (vgl. oben E. 4.3 f.). Die Beschwerdeführerin hat in zeitlicher Hinsicht als zweite eine Selbstanzeige bezüglich ebendieses Verhaltens eingereicht (E. 4.5). Demnach verbleibt der Beschwerdeführerin das Nachrücksichtsrecht zu Recht verwehrt und kann sie nicht von einem vollständigen Sanktionserlass (im Sinn einer Feststellungskooperation) profitieren (E. 4.4).

Was die Produkte der Marke Grotrian-Steinweg angeht, hat die Beschwerdeführerin unbesehen der Tatsache, dass sie auch diesbezüglich formell am 30. Mai 2013 eine Selbstanzeige eingereicht hat, keinen Anspruch auf eine den Prozentsatz von 50% übersteigende Sanktionsreduktion. Dies zumal diesbezüglich Krompholz dem Sekretariat bereits am 25. Februar 2013 unaufgefordert relevante Informationen geliefert hatte, die es letzterer ermöglicht haben, die Untersuchung entsprechend auszuweiten. Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang nur Krompholz, nicht aber der Beschwerdeführerin gestützt auf die besagte einschlägige Bestimmung eine Sanktionsreduktion von 80% gewährt hat, lag dies in ihrem Ermessen und ist vorliegend nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine erhöhte Sanktionsreduktion (oben E. 4.6).

## 5.

**5.1** Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht und mit Bezug auf die Sanktionshöhe die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

**5.1.1** Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz reduziere den Sanktionsbetrag ohne nachvollziehbare Begründung auf einen Betrag von Fr. 445'000.- (Beschwerde, S. 6). Diesen Betrag sehe sie erstmals und sie habe keine Möglichkeit erhalten, sich zu diesem Betrag zu äussern und dessen Berechnung in Frage zu stellen. Allein aus diesem Grund seien das rechtliche Gehör und die Begründungspflicht verletzt, da die willkürliche

Festlegung auf den genannten Betrag ihren Anträgen nicht entspreche und auch das Zustandekommen dieses Betrags von der Vorinstanz an keinem Ort erläutert werde (Beschwerde, S. 33). Wie und auf welcher Grundlage der Sanktionsbetrag von Fr. 445'000.- berechnet worden sei und inwiefern diese Berechnungen die Vorinstanz zur Annahme veranlasst hätten, dass dieser reduzierte Sanktionsbetrag tragbar sei, habe die Vorinstanz bisher nicht nachvollziehbar ausgeführt. Diese Missachtung der Begründungspflichten und des rechtlichen Gehörs beschneide sie - so die Beschwerdeführerin - in unangemessener Weise in ihren Verteidigungsrechten (Stellungnahme vom 14. Dezember 2016, S. 3; so auch die Stellungnahme vom 19. Dezember 2019, S. 1).

**5.1.2** Die Vorinstanz wendet hiergegen ein, die Beschwerdeführerin verkenne erstens, dass sie ihre aktuellsten Geschäftsergebnisse sowie ihre Position bis kurz vor dem angefochtenen Entscheid habe einbringen können und zweitens, dass ihr (der Vorinstanz) bei der Beurteilung der Frage der Zahlungsunfähigkeit aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ein Ermessensspielraum zustehe, von welchem sie Gebrauch gemacht habe (Vernehmlassung, S. 25). Jede Tragbarkeits- und/oder Bonitätsanalyse müsse zwingend die Zukunftsaussichten eines Unternehmens miteinbeziehen. Diese Zukunftsaussichten widerspiegeln sich in der finanziellen Berichterstattung des Unternehmens. Es sei deshalb nicht Sinn und Zweck der Finanzanalyse und damit der Verhältnismässigkeitsprüfung, basierend auf einer Ziel- oder Mindestkennzahlengrösse, einen rechnerisch exakten Tragbarkeitsbetrag herzuleiten. Die Vorinstanz weist schliesslich darauf hin, dass sie die vorzunehmende Gesamtbeurteilung ausführlich vorgenommen und in der Verfügung vom 14. Dezember 2015 dargelegt habe (Stellungnahme vom 31. Januar 2017, S. 4).

**5.1.3** Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (zum Ganzen: BGE 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 126 I 97 E. 2b und 112 Ia 107 E. 2b, je mit Hinweisen). Für das Verfahren in Verwaltungssachen vor Bundesverwaltungsbehörden wird dies in Art. 35 Abs. 1 VwVG explizit festgehalten.

Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn er sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (zum Ganzen: BGE 142 II 324 E. 3.6, 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 129 I 232 E. 3.2 und 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Die Behörde ist indes nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Partei zu äussern. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 130 II 530 E. 4.3 und 129 I 232 E. 3.2, je mit Hinweisen; zum

Ganzen: Urteil des BVGer B-2629/2018 vom 26. März 2019 E. 4.2 mit weiterem Hinweis).

**5.1.4** Vorliegend begründete die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Reduktion der ursprünglich festgelegten Sanktion mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. z.B. Rz. 376, 389, 409, 472 der angefochtenen Verfügung; Rz. 82, 88 f., 93 der Vernehmlassung; S. 2 f. der vorinstanzlichen Stellungnahme vom 31. Januar 2017), welches sie angesichts der finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin und der wirtschaftlichen Tragbarkeit der reduzierten Sanktion angewandt habe (vgl. beispielsweise Rz. 397, 471 f., 487 der angefochtenen Verfügung; Rz. 89, 110 f. der Vernehmlassung; S. 2 f. und 6 der vorinstanzlichen Stellungnahme vom 31. Januar 2017). Die Vorinstanz legte die Höhe der Sanktionsreduktion gemäss den obgenannten objektiven Kriterien nach freiem Ermessen einzelfallweise fest, ohne freilich zuverlässiges Wissen hinsichtlich der aktuellen Finanzlage der Beschwerdeführerin zu haben (vgl. Duplik, S. 17). So bleibt die genaue Berechnung der Reduktionshöhe zwar unklar. Die Vorinstanz könnte jedoch vorliegend nicht verpflichtet werden, ein objektives Prüfungsschema zu entwickeln, da sie stets dem konkret zu beurteilenden Einzelfall gerecht zu werden hat (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 Publigruppe E. 8.3.4). So ist auch kein exakt berechneter «Tragbarkeitsbetrag» bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu begründen (vgl. E. 6.5.5 hier-nach). Die Vorinstanz hat die entscheidungswesentlichen Überlegungen festgehalten. Eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids war vorliegend möglich. Die angefochtene Verfügung ist somit in Bezug auf die verfügte Sanktionshöhe ausreichend begründet. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich als unbegründet.

**5.2** Die Beschwerdeführerin bringt weiter mehrere Rügen vor, welche den ihr zu Last gelegten Kartellverstoss und damit die Rechtmässigkeit ihrer Sanktionierung in grundsätzlicher Weise in Zweifel ziehen (insbesondere Rz. 2-4, 36, 92, 108, 111-119, 127 f. der Beschwerde; Rz. 12, 21, 24 f., 27-30, 46, 49-60, 70-85, 87-96 der Replik).

**5.2.1** Nach 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. Die Beschwerdeführerin bezieht sich mit den obgenannten Rügen mitunter auf die einvernehmliche Regelung zwischen ihr und dem Sekretariat, welche die Vorinstanz mit Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung genehmigte. In dieser Regelung ist insbesondere die Ausfällung einer Sanktion grundsätzlich vorgesehen (s. Bst. A.d und f der einvernehmlichen Regelung, wiedergegeben in Sachverhalt Bst. D hiervor). Dieser Umstand ist in casu mitzuberücksichtigen, da sowohl die Vorinstanz als staatliches Organ als auch die Beschwerdeführerin als Privatperson nach Treu und Glauben zu handeln haben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV, Art. 2 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; vgl. Urteil des BVGer A-2703/2017 vom 18. Dezember 2018 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen).

**5.2.2** Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist jedoch nur Ziffer 5 erster Spiegelstrich des Dispositivs (Sanktionierung der Beschwerdeführerin mit Fr. 445'000.-) der

angefochtenen Verfügung (s. E. 2 hiervor). Die Beschwerdeführerin kann daher mangels Streitgegenstand nicht auf die verfügte Feststellung des Kartellrechtsverstosses zurückkommen. Sie ist mithin nicht zu hören, soweit sie den Kartellrechtsverstoss in Bezug auf sie selbst sowie die Frage der Rechtmässigkeit ihrer Sanktionierung als solche in Frage stellt. Die Preislisten fallen unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, womit ein Verstoss gegen das Kartellrecht mangels entsprechender Beanstandung der angefochtenen Verfügung durch die Beschwerdeführerin rechtskräftig feststeht. Auf die betreffenden Rügen der Beschwerdeführerin ist deshalb nicht weiter einzugehen (vgl. Urteil des BGer 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 Nikon E. 5.3.3, nicht publiziert in: BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-5108/2016 vom 22. Mai 2018 E. 3.4).

**5.3** Anders verhält es sich in Bezug auf die strittige Frage, ob die Sanktion in der Höhe, wie sie in der angefochtenen Verfügung festgelegt wurde, angemessen bzw. für die Beschwerdeführerin wirtschaftlich tragbar ist. Nachstehend ist zu untersuchen, wie es sich damit verhält. Dabei ist zunächst ausgehend vom Begriff der wirtschaftlichen Tragbarkeit (E. 6.1) zu untersuchen, was dieser Begriff in materieller und in zeitlicher Hinsicht bedeutet (E. 6.1.1 f.) und welcher Zeitpunkt in Bezug auf den Sachverhalt massgebend ist (E. 6.1.3). Weiter sind die vorinstanzliche Begründung zur Sanktionshöhe (E. 6.2) der Umfang der Bestreitung der Berechnungsgrundlage und -methode durch die Beschwerdeführerin (E. 6.3), die spezifischen Gegenargumente der Vorinstanz (E. 6.3.1), in kurzer, allgemeiner Form die Sanktionsberechnung (E. 6.3.2) und die diesbezügliche gerichtliche Würdigung (E. 6.3.3) darzulegen. Danach ist im Rahmen der massgebenden Kognition für das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die vorinstanzliche Begründung zur Sanktionshöhe einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhält (s. E. 6.4-6.6 hier-nach).

## 6.

**6.1** Der Begriff der (wirtschaftlichen) «Tragbarkeit» einer Sanktion findet sich im KG und den zugehörigen Verordnungen nicht ausdrücklich. Allerdings ist gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) zu beachten, da diesem Prinzip in diesem Zusammenhang eine besondere Bedeutung zukommt (Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung [SVKG] vom 1. Januar 2006, abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch>> > Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen, abgerufen am 27. März 2020 [nachfolgend: Erläuterungen SVKG]; WEBER/RIZVI, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 2 SVKG N 3; auch zum Folgenden).

**6.1.1** Die Wettbewerbsbehörden berücksichtigen diesem Prinzip entsprechend insbesondere die finanzielle Tragfähigkeit des betroffenen Unternehmens. So könnte unter gewissen Umständen eine Bussenzahlung in Form von Raten in Betracht kommen (Erläuterungen SVKG, S. 1, Fn. 2). Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 2 SVKG ist die einzige einschlägige Gesetzesnorm, wenn es um die «Tragbarkeit» der finanziellen Belastung geht. Dabei bedeutet Tragbarkeit bzw. Tragfähigkeit, dass eine kartellrechtliche Sanktion für das Unternehmen wirtschaftlich möglich sein

muss, d.h. weder dessen Konkurs (Marktaustritt) herbeiführen noch dessen Wettbewerbsfähigkeit erheblich beeinträchtigen darf (JÜRGEN BORER, in: Kommentar Kartellgesetz [KG], Zürich 2005, Art. 49a N 14; WEBER/RIZVI, a.a.O., Art. 2 SVKG N 4 f.; Patrick L. Krauskopf, in: Zäch et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [KG], Zürich 2018 [im Folgenden: KG Kommentar], Art. 49a Abs. 1-2 N 61; Erläuterungen SVKG, S. 1 f., auch zum Folgenden). Denn dies würde dem Zweckgedanken des Kartellrechts zuwiderlaufen (dazu unten E. 6.5.5). Weder das KG noch die SVKG verlangen, dass die einzelnen Berechnungsschritte offengelegt werden (Tagmann/Zirlick, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. 2010 [nachfolgend: Basler Kommentar KG], Art. 49a N 94, auch zum Folgenden). Die Sanktionsberechnung muss allerdings nachvollziehbar sein.

**6.1.2** In zeitlicher Hinsicht ist per Analogie auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Anknüpfungspunkt für die massgebenden Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre abzustellen. Danach ist eine Sanktionierung nach Sinn und Zweck der Regelung in Art. 49a KG an den Umsatz anzuknüpfen, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang steht. Dabei handle es sich regelmässig um den Umsatz, der bei Beendigung des jeweils untersuchten wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt wurde. Dadurch komme dem Unternehmen keine Möglichkeit zu, den Umsatz zwischen einer Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise und dem Abschluss des Kartellsanktionsverfahrens durch geeignete Massnahmen zu vermindern, um eine Busse möglichst gering zu halten (vgl. Urteile des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 Nikon E. 9.2.3 und B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL E. 726 ff.; PATRICK L. KRAUSKOPF, KG Kommentar, Art. 49a KG N 37; a.M. TAGMANN/ZIRLICK, Basler Kommentar KG, Art. 49a N 48; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rz. 3.233; BÖNI/WASSMER, Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei der Festlegung von Kartellgeldbußen, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht [EWS] 2017, S. 241-245, insbesondere 241; PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 158, welche der Ansicht sind, dass stattdessen auf den Zeitpunkt der Entscheidfällung der WEKO abzustellen ist). Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens ist gleichermassen auf den Zeitpunkt abzustellen, der dem wettbewerbswidrigen Verhalten am nächsten steht (vgl. zum Ganzen: Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 Dargaud [Suisse] E. 18.3.3, B-4019/2013 vom 30. Oktober 2019 Diffusion Transat E. 20.3.3, B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019 Les Editions Flammarion SA E. 19.3.3, B-4014/2013 vom 30. Oktober 2019 Servidis E. 20.3.3, B-4669/2013 vom 30. Oktober 2019 Les éditions des 5 frontières E. 21.3.3, B-3954/2013 vom 30. Oktober 2019 Editions Glénat [Suisse] E. 17.3.3, B-4012/2013 vom 30. Oktober 2019 Interforum Suisse E. 18.3.3, B-3962/2013 vom 30. Oktober 2019 Diffulivre E. 18.3.3, B-4011/2013 vom 30. Oktober 2019 Albert le Grand E. 19.3.3).

Auf einen anderen Zeitpunkt ist nur in Ausnahmefällen dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen (vgl. dazu ebenfalls in Analogie: Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL E. 728). So könnte möglicherweise der Abschluss des Einsprache- oder Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt qualifiziert werden, wenn beim Unternehmen bis zum Verfügungszeitpunkt oder während des Beschwerdeverfahrens ohne eigenes Zutun erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten eingetreten sind. Dabei ist zu beachten, dass ein Unternehmen, das solche Liquiditätsschwierigkeiten geltend macht, eine Mitwirkungspflicht trifft (vgl. dazu unten E. 6.5.5 und E. 7.1).

**6.1.3** Damit hat das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall grundsätzlich auf den Sachverhalt abzustellen, wie er sich bis zum Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise verwirklicht hat.

**6.2** Die Vorinstanz begründet die Höhe der verhängten Sanktion in der angefochtenen Verfügung mit einer durchgeführten Verhältnismässigkeitsprüfung. Eine finanzielle Belastung in der vom Sekretariat beantragten Höhe von Fr. 1,58 Mio. (wobei zu beachten ist, dass beim von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung genannten [ursprünglichen] Sanktionsbetrag von Fr. 1,33 Mio. [Rz. 437] der vom Sekretariat beantragte Zuschlag von 10 % aufgrund führender Rolle entfallen ist [Rz. 399 ff.]) würde nach Ansicht der Vorinstanz die Weiterführung der Beschwerdeführerin akut gefährden (angefochtene Verfügung, Rz. 465). Nach durchgeführter Analyse der wirtschaftlichen Lage der Beschwerdeführerin kommt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der kritischen finanziellen Situation in der Lage sei, lediglich eine finanzielle Belastung in Höhe von Fr. 445'000.- (Sanktion inklusive Verfahrenskosten) zu tragen (Rz. 487).

In der Vernehmlassung erläutert die Vorinstanz, dass sie zur Beurteilung der Tragbarkeit auch auf die Ausschöpfung der Kreditlimiten abgestellt habe (Rz. 105). Selbst wenn man mit der kurzzeitigen unterjährigen Liquiditätsspitze rechne, sei die verfügte Sanktion tragbar. Deren Tragbarkeit sei unabhängig von den zur Berechnung verwendeten Werten zu bejahen (Rz. 110).

In ihrer Duplik ergänzt die Vorinstanz, dass sie im Zeitpunkt ihres Entscheids sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgetragene Argumente und vorgelegte Belege, welche Aufschluss über die Tragbarkeit der finanziellen Belastung (Sanktion zuzüglich Verfahrenskosten) gäben, mitberücksichtigt habe und in ihren Entscheid habe einfließen lassen (S. 4). Bei der Beurteilung der Tragbarkeit hätten insbesondere hinsichtlich der möglichen Kürzung von Kreditlimiten sowie der von der Beschwerdeführerin erwähnten Sanierung Unsicherheiten bestanden (S. 16).

In ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2017 erklärt die Vorinstanz, sie habe aufgrund der von der Beschwerdeführerin bis zum Verfügungszeitpunkt eingereichten Dokumente und vorgetragene Argumente zu deren finanziellen Situation aus Verhältnismässigkeitsgründen die Sanktion von Fr. 1'327'971.- auf Fr. 445'000.- (inkl. Verfahrenskosten) reduziert. Es treffe - entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin - nicht zu, dass zum Verfügungszeitpunkt ohne Weiteres erkennbar gewesen



sei, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage sei, die auferlegte Sanktion zu tragen (S. 2). Die Vorinstanz führt ferner aus, dass sie betreffend die Verhältnismässigkeit einen vergleichbaren Grundsatz anwende, wie ihn die Europäische Kommission in deren Bussgeldleitlinien festgelegt habe. Demgemäss werde eine Ermässigung nur gewährt, «wenn eindeutig nachgewiesen wird, dass die Verhängung einer Geldbusse [...] die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderruflich gefährden und ihre Aktiva jeglichen Wertes berauben würde» (S. 3 f. mit Verweis auf die betreffenden Leitlinien der Verordnung [EG] Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff., Rz. 35). Zum Verfügungszeitpunkt sei sodann noch nicht belegt gewesen, ob die kreditgebenden Banken ihre Kreditlimiten kürzen bzw. wann diese Kürzungen erfolgen und wie hoch diese allenfalls ausfallen würden. Zudem habe das Restrukturierungskonzept gefehlt (S. 3).

In ihrer Stellungnahme vom 8. Oktober 2019 führt die Vorinstanz aus, es habe gegolten, im Licht einer Sanierungssituation zu beurteilen, welche finanzielle Belastung - verstanden als Differenz zwischen der maximalen Liquiditätsauslastung im Jahresverlauf und der zur Verfügung stehenden Liquidität - für die Musik Hug Gruppe maximal

tragbar wäre. Die Beantwortung dieser Frage bedürfe der Prognose «des zukünftigen Liquiditätsbedarfs als auch der zukünftig zu[r] Verfügung stehenden Liquidität» (S. 5). Eine zahlenmässig exakt bestimmbare und statische Berechnung für die Tragbarkeit einer Sanktion existiere aufgrund der damaligen Turnaround-Situation der Musik Hug Gruppe nicht und würde der Komplexität der von ihr (der Vorinstanz) erwähnten Fragen in einer Sanierungssituation mit Prognosecharakter nicht gerecht. Dieser Tragbarkeitsberechnung, welche den spezifischen Gegebenheiten der Musik Hug Gruppe zum Verfügungszeitpunkt Rechnung trage, liege die Tatsache zu Grunde, dass die Bankkredite zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung ohne Grundpfand- oder andere Sicherheiten ausgestellt gewesen seien. Die Kernfrage der Tragbarkeitsrechnung zum Verfügungszeitpunkt habe darin bestanden, zu beurteilen, welche «Abschmelzgeschwindigkeit» des Eigenkapitals die Fremdkapitalgeber zum Handeln veranlassen müsse (so beispielsweise Vornahme weiterer Limitenkürzungen, Aufforderung zum Verkauf des Unternehmens, sonstige Sanierungsmassnahmen wie Kapitalerhöhungen oder weitere Schliessungen von Standorten) (S. 6). Der Vorinstanz lag beim Entscheid nach eigenen Angaben folgende Tabelle vor:

Sanktion (inkl. Verfahrenskosten)	Sanktionsfolge		
	Durchschnitt ITP Arbeitsgruppe	Ampel	Bemerkung
355'000		Grün	Die Wahrscheinlichkeit für einen Marktaustritt innerhalb der nächsten zwei Jahre aufgrund der Sanktion ist sehr gering.
445'000		Grünlichgelb	Die Wahrscheinlichkeit für einen Marktaustritt innerhalb der nächsten zwei Jahre aufgrund der Sanktion ist gering.
590'000		Gelb	Die Wahrscheinlichkeit für einen Marktaustritt innerhalb der nächsten zwei Jahre aufgrund der Sanktion ist moderat.
830'000		Orange	Die Wahrscheinlichkeit für einen Marktaustritt innerhalb der nächsten zwei Jahre aufgrund der Sanktion ist «more likely than not».
1'150'000		Rotorange	Die Wahrscheinlichkeit für einen Marktaustritt innerhalb der nächsten zwei Jahre aufgrund der Sanktion ist hoch.
1'580'000		Rot	Die Wahrscheinlichkeit für einen Marktaustritt innerhalb der nächsten zwei Jahre aufgrund der Sanktion ist sehr hoch.

Danach habe sie sich - so die Vorinstanz ergänzend - im Rahmen ihres Ermessens für eine lediglich geringe Marktaustrittswahrscheinlichkeit mit einer Sanktion (inkl. Verfahrenskosten) von Fr. 445'000.- entschieden, um den Fortbestand des Unternehmens nicht zu gefährden (S. 5 f.).

In ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2020 bekräftigt die Vorinstanz, sie habe bereits in der angefochtenen Verfügung bei der Berechnung der Tragbarkeit die Kapitalisierung (Verschuldung) und die Liquidität geprüft (S. 1).

**6.3** Die Beschwerdeführerin bestreitet vorliegend weder die Berechnungsgrundlage noch -methode für den (ursprünglichen) Sanktionsbetrag in grundsätzlicher Weise. Sie rügt jedoch u.a. die sanktionsrelevante Zeitdauer.

Diese sei unzutreffend festgelegt. So sei der Zeitraum zwischen 2004 und 2010 nicht sanktionierbar, da sie (die Beschwerdeführerin) bei der Aufklärung des Sachverhalts gerade auch in zeitlicher Hinsicht umfassend kooperiert habe. Anhand von verschiedenen Eingaben und Belegen im Dezember 2012 habe sie dem Sekretariat die Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vorgelegt, von welchem dieses keine Kenntnis gehabt hätte. Damit habe sie die Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 2 SVKG allesamt erfüllt. Entsprechend hätte die Vorinstanz bei der Berechnung der Sanktion den Zeitraum von 2004 bis 2012 nicht berücksichtigen dürfen. Des Weiteren gehe die Vorinstanz unzutreffenderweise davon aus, dass die Abrede ab dem Jahr 2010 fortbestanden habe, obwohl sie - so die Beschwerdeführerin abschliessend -

nachgewiesen habe, dass sie ab 2011 eigene Preislisten hergestellt und verwendet habe.

**6.3.1** Die Vorinstanz teilt die vorstehende Ansicht der Beschwerdeführerin nicht und hält dafür, dass die Verwendung von vorgedruckten S&S-Preislisten durch die Beschwerdeführerin und die anderen Abredebeteiligten aktenkundig erstellt sei (angefochtene Verfügung, Rz. 64 f.). Abgesehen davon sei diese Rüge infolge der aus Gründen der Verhältnismässigkeit von ihr reduzierten Sanktion für die Beschwerdeführerin hinfällig geworden, da einer allfälligen Nichtberücksichtigung der von der Beschwerdeführerin beanstandeten Zeitdauer durch die Sanktionsreduktion ohnehin bereits Rechnung getragen worden sei (act. 389).

**6.3.2** Nach Art. 49a Abs.1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs.1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens präzisiert.

Demnach geht die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag aus, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (Art. 5 und 6 SVKG). Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 Gaba E. 9.7.1 f.; Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 BMW E. 6.2; zum Ganzen: Urteil des BVer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau E. 11.4.1).

**6.3.3** In Anbetracht der vorstehend wiedergegebenen Berechnungsmethode ist für das Bundesverwaltungsgericht erstellt, dass selbst bei einer allfälligen Nichtberücksichtigung der von der Beschwerdeführerin beanstandeten Zeitdauer die Sanktion nicht unter den aus Gründen der Verhältnismässigkeit reduzierten Sanktionsbetrag zu stehen käme. Der in diesem Zusammenhang vorgenommene Zeitzuschlag von 80 % macht lediglich insgesamt Fr. 590'209.35 (Fr. \_\_\_\_\_ [Sanktionsbetrag insgesamt] x [Fr. \_\_\_\_\_ Zuschlag in Fr. ÷ Fr. \_\_\_\_\_ Basisbetrag insgesamt mit Zuschlag ]) aus, womit immer noch ein totaler Sanktionsbetrag von Fr. 737'761.65 (Fr. \_\_\_\_\_ ./ Fr. \_\_\_\_\_) resultiert hätte, der im Rahmen der von der Vorinstanz vorgenommenen Verhältnismässigkeitsprüfung wohl entsprechend auf den schlussendlich verfügten Betrag von Fr. 445'000.- gesenkt worden wäre. Die betreffenden Rügen erweisen

sich somit als unbegründet, weshalb auf sie vorliegend nicht weiter einzugehen ist.

**6.4** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die von der Vorinstanz verfügte Sanktion sei unverhältnismässig bzw. nicht tragbar. Ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft A. \_\_\_\_\_ zur Tragfähigkeit einer möglichen Sanktion (nachfolgend: A. \_\_\_\_\_ Gutachten) gelange zum Schluss, dass bereits ohne jede Sanktion von Seiten der Vorinstanz ein nicht durch Kredite abgedecktes Volumen bzw. ein Fehlbetrag von Fr. \_\_\_\_\_ auf sie (die Beschwerdeführerin) zukomme. Der verfügte Sanktionsbetrag würde nach Ansicht der Beschwerdeführerin dazu führen, dass das nicht durch Kredite abgedeckte Volumen um zusätzliche Fr. 445'000.- auf knapp Fr. \_\_\_\_\_ erhöht würde. Die angefochtene Verfügung habe ausserdem der Saisonalität der Nettoverschuldung nicht genügend Rechnung getragen, indem lediglich mit Jahresendwerten per 31. März gerechnet worden sei, obwohl die Verschuldung per Ende des Geschäftsjahres, d.h. um Ende März, jeweils am geringsten sei. Auch seien die im A. \_\_\_\_\_ Gutachten erwähnten Sondereffekte (namentlich Einmalabschreibungen bzw. a.o. Erträge aufgrund von Filialschliessungen, Auflösung von stillen Reserven in den Geschäftsjahren 2013/14 und 2014/15) nicht berücksichtigt worden. Zudem sei die relevante Liquidität nicht korrekt berücksichtigt. Denn laut dem besagten Gutachten sei die Liquidität II - so die Beschwerdeführerin erläuternd - für die Fortführung ihres Geschäfts wesentlich und sollte mindestens 100 % bzw. 140 % betragen; stattdessen betrage sie nur \_\_\_\_\_ %. Durch die Tatsache, dass die Vorinstanz dem Ersuchen auf Reduktion der Sanktion bereits teilweise entsprochen habe, sei - so die Beschwerdeführerin abschliessend - erkennbar, dass die Vorinstanz ihre finanzielle Problemlage immerhin im Ansatz erkannt habe. Um infolge einer zu hoch bemessenen Sanktion ihren Konkurs abzuwenden, sei (auch) im Sinn der Verhältnismässigkeit keine Sanktion gegen sie (die Beschwerdeführerin) auszusprechen.

**6.5** Beim verfügten Sanktionsbetrag handelt es sich aufgrund der Akten um einen ermessensweise vorgenommenen Schätzwert, beträgt er doch gerade rund ein Drittel (\_\_\_\_\_ %) des ursprünglich von der Vorinstanz berechneten Sanktionsbetrags ( $[\text{Fr. } \_\_\_\_\_\_ \div \text{Fr. } \_\_\_\_\_\_] \times 100$ ). Es ist vorliegend strittig und nachstehend im Rahmen der dem Bundesverwaltungsgericht verbleibenden Kognition (oben E. 3) zu prüfen, ob der verfügte Sanktionsbetrag (inkl. Verfahrenskosten) verhältnismässig ist.

**6.5.1** Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 f. 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 (zum Ganzen: Urteil des BVer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Six Group E. 1557).

**6.5.2** Das Verhältnismässigkeitsprinzip fordert in einer allgemeinen Umschreibung, dass eine Verwaltungs-

massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, notwendig und zumutbar sein soll (vgl. statt vieler: BGE 141 I 20 E. 6.2.1, 140 I 381 E. 4.5, 140 I 353 E. 8.7, 140 I 168 E. 4.2.1, 140 II 194 E. 5.8.2, 140 I 2 E. 9.2.2 und 138 II 346 E. 9.2; Urteile des BVGer B-5108/2016 vom 22. Mai 2018 E. 7.1 und B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 10.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 514; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 21 N 1).

Das Kriterium der Eignung verlangt, dass die Verwaltungsmaßnahme geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen (definiert also die «Präzision staatlichen Handelns»; vgl. statt vieler: BGE 140 II 194 E. 5.8.2, 136 I 29 E. 4.5 und 130 I 140 E. 5.3.6; Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 10.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 522). Die Erforderlichkeit gebietet, die Massnahme so zu bemessen, dass der im öffentlichen Interesse angestrebte Zweck nicht auch mit einer gleich geeigneten, aber milderen Massnahme erreicht werden könnte («Intensität staatlichen Handelns»; vgl. statt vieler: BGE 140 II 194 E. 5.8.2; Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 10.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 527; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 21 N 6). Die Zumutbarkeit (d.h. die «Verhältnismässigkeit im engeren Sinn») schliesslich ist - in einer wertenden Abwägung - zu bejahen, wenn der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den dem Privaten auferlegten Belastungen oder dem bewirkten Eingriff steht; die Massnahme muss durch ein öffentliches Interesse, welches das private Interesse überwiegt, gerechtfertigt sein (vgl. statt vieler: BGE 140 II 194 E. 5.8.2; Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 10.4; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 21 N 16; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 555-557; zum Ganzen: Urteile des BVGer B-6879/2018 vom 29. Mai 2019 E. 6.5.1, B-5108/2016 vom 22. Mai 2018 E. 7.1, B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.5 und B-2204/2011 vom 24. Juli 2012 E. 11.2).

**6.5.3** Hinsichtlich der Eignung ist zu berücksichtigen, dass die Sanktionierung eines Unternehmens darauf abzielt, dass dieses für sein kartellrechtswidriges Verhalten einen Betrag zu zahlen hat, welcher sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und den mutmasslichen Gewinn, den die Beschwerdeführerin durch dieses Verhalten erzielt hat, angemessen berücksichtigt (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG). Diese Sanktionierung dient der Verwirklichung des öffentlichen Interesses hinsichtlich der Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. der Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (vgl. Art. 1 i.V.m. Art. 49a KG). Mit dieser Sanktionierung wird Druck auf das betreffende Unternehmen ausgeübt, kartellrechtswidriges Verhalten künftig zu unterlassen.

Vorliegend ist die Sanktionierung der Beschwerdeführerin mit Fr. 445'000.- geeignet, diese vor erneutem kartellrechtswidrigem Verhalten abzuhalten.

**6.5.4** Was die Erforderlichkeit einer Sanktion anbelangt, kennt das KG keine andere Massnahme für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen als die in Art. 49a KG geregelte Sanktion. Auch bei einer Sanktionsreduktion muss

sich die Sanktionsberechnung im gesetzlichen Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG bewegen (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a N 93). Auf eine Sanktion kann nur dann ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn das betroffene Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt (vgl. Art. 49a Abs. 2 KG).

Im vorliegenden Fall ist - abgesehen von einer vollständigen oder teilweisen Sanktionsreduktion - eine mildere, gleich geeignete Massnahme, welche die Marktteilnehmer vor künftigem kartellrechtswidrigem Verhalten der Beschwerdeführerin schützt, nicht ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin fällt der vollständige Sanktionserlass als milderer Mittel im Vergleich zur verfügbaren Sanktion ausser Betracht. Denn wie gesehen (E. 4.4 f., 4.7) ist die Beschwerdeführerin nicht Erstanzeigerin und kann daher nicht von einem vollständigen Sanktionserlass profitieren. Ein Anspruch auf eine höhere Sanktionsreduktion als die zugestandenen 50 % besteht wie ausgeführt ebenfalls nicht (E. 4.6 f.). Die Erforderlichkeit der Sanktionierung der Beschwerdeführerin mit Fr. 445'000.- ist daher ebenfalls zu bejahen. Bleibt zu prüfen, ob die Sanktion der Beschwerdeführerin in der besagten Höhe auch zumutbar ist.

**6.5.5** Zumutbar und damit verhältnismässig im engeren Sinn ist eine Sanktion grundsätzlich nur dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; dabei ist auch dessen Existenz miteingeschlossen (BGE 143 II 297 Gaba E. 9.7.2; vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 Publigroupe E. 12.3.2, nicht publiziert in BGE 139 I 72; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss. Zürich 2009, Rz. 270; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011 [nachfolgend: Borer, Wettbewerbsrecht], Art. 49a KG N 15). Die Sanktion soll schmerzen, aber ein gesundes Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb und auch dem Zweckgedanken des Kartellrechts letztlich nicht gedient (vgl. BGE 143 II 297 Gaba E. 9.7.2; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 Publigroupe E. 12.3.2; Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 Umbricht Holding E. 11.4.8.7, B-771/2012 vom 25. Juni 2018 Cellere E. 9.6.8.7, B-807/2012 vom 25. Juni 2018 ERNE Holding E. 11.5.8.7 und B-829/2012 vom 25. Juni 2018 Granella Holding E. 10.5.8.7; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: sic! 1/2003, S. 3-22, S. 11 und 14 mit Hinweis; PATRICK L. KRAUSKOPF, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, in: Baurecht 2003, S. 121-126, S. 125 Ziff. 21). Als Orientierungshilfe mag der von der Vorinstanz analog zur Europäischen Kommission verwendete Ausdruck der «unwiderrufflichen Gefährdung» (oben E. 6.2, 4. Absatz) durchaus hilfreich sein.

Eine kartellrechtliche Sanktion darf die Wettbewerbsfähigkeit eines Sanktionierten aber auch nicht erheblich beeinträchtigen (Borer, Wettbewerbsrecht, Art. 49a KG N 15). Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens stehen (BGE 143 II 297 Gaba E. 9.7.2; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 14 mit Hinweis); andererseits ist im Interesse der Präventivwirkung und

Durchsetzbarkeit des KG zumindest die unzulässige Kartellrente abzuschöpfen (Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juli 2009 i.S. Elektroinstallationsbetriebe Bern, in: RPW 2009/3, S. 218 Rz. 150). Die Höhe des Bussgelds ist also dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht (Krauskopf/Senn, a.a.O., S. 14). Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (BGE 143 II 297 Gaba E. 9.7.2; dazu DOSS, a.a.O., Rz. 271; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 10 f.). Es gilt zu verhindern, dass eine systematische Berücksichtigung der Zahlungs(un)fähigkeit der Unternehmen in der Festsetzung der Höhe der Strafe zu ungerechtfertigten wettbewerbsrechtlichen Vorteilen für wirtschaftlich schlecht gestellte Unternehmen, die sich den Marktbedingungen nicht angepasst haben, führen (KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 14 mit Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 8. November 1983 I.A.Z SA und andere gegen Kommission, Slg. 1983, 03369, Rz. 55). Demzufolge kann der Sanktionsbetrag, der von einem Unternehmen ohne solche schwere Beeinträchtigung der Existenzfähigkeit geleistet werden kann, nicht exakt berechnet werden. Die Vorinstanz weist damit zu Recht darauf hin, dass kein rechnerisch exakter Tragbarkeitsbetrag herzuleiten ist (Stellungnahme vom 31. Januar 2017, S. 4; vgl. oben E. 5.1.2).

Bei einer nachträglichen Herabsetzung der Busse berücksichtigt die WEKO die finanzielle Notlage des Unternehmens, welche nicht nur vorübergehend besteht, unter Zugrundelegung der (ungünstigen) wirtschaftlichen Marktbedingungen als ausserordentlichen strafmindernden Umstand (vgl. KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 14 mit Hinweis unter anderem auf das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10. März 1992 Montedipe Spa gegen Kommission, Slg. 1992, II-01155, Rz. 377-379). Dabei ist zu beachten, dass ein Unternehmen, das eine unwiderrufliche Gefährdung geltend macht, sehr weit gehende Mitwirkungspflichten bei der Ermittlung seiner Finanzlage trifft (vgl. KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 14 mit Hinweis; ferner Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 Bayerische Motoren Werke E. 3 in fine).

Wie erwähnt (E. 6.1.1) könnte eine Sanktionszahlung unter gewissen Umständen in Form von Raten in Betracht kommen.

**6.5.6** Im konkreten Fall ist zur Zumutbarkeit festzuhalten, dass die verfügte Sanktion einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Beschwerdeführerin darstellt und diese finanziell schwer belastet. Letztere belegt im vorliegenden Verfahren aber nicht, dass die Bezahlung der verfügten Sanktion zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung (14. Dezember 2015) zu ihrem Marktaustritt geführt hätte. Im Gegenteil hatte die Beschwerdeführerin seit dem Geschäftsjahr 2013/2014 eine Rückstellung in Höhe von Fr. 500'000.- für Rechtsfälle und deren Kosten gebildet (vgl. act. 706, S. 17). Dass diese Rückstellung für andere Rechtsfälle als den vorliegenden bestimmt war, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Die Vorinstanz hat die Sanktionshöhe, welche ihrer Ansicht nach eine geringe Wahrscheinlichkeit des Marktaustritts der Beschwerdeführerin nach sich zieht, schrittweise ermittelt (siehe E. 6.2). Entgegen den Äusserungen der Beschwerdeführerin ist nicht davon

auszugehen, dass die verfügte Sanktion die Marktfähigkeit der Beschwerdeführerin zum Verfügungszeitpunkt verhindert oder massgeblich erschwert hätte. Eine «unwiderrufliche Gefährdung» ihrer Existenz war zum Verfügungszeitpunkt jedenfalls nicht erkennbar und rechtsgenügend dargetan. Demnach ist die verfügte Sanktion angesichts der gewichtigen öffentlichen Interessen, die für die Anordnung einer solchen Sanktion sprechen (vgl. E. 6.5.3), zum Verfügungszeitpunkt auch zumutbar gewesen.

Insbesondere war die Beschwerdeführerin gemäss der Vorinstanz zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung (14. Dezember 2015) genügend kapitalisiert. Denn sie verfügte laut Bilanz per 31. März 2015 unstrittig über ein Eigenkapital von rund Fr. \_\_\_\_\_ (s. Bericht der Revisionsstelle B. \_\_\_\_\_ vom 26. Juni 2015 [Beschwerdebeilage 14]) sowie Rückstellungen von Fr. 500'000.- für hängige Rechtsfälle (vgl. act. 706, S. 17). Die Aktiven der Beschwerdeführerin (rund Fr. \_\_\_\_\_) abzüglich das Fremdkapital (rund Fr. \_\_\_\_\_) beliefen sich auf rund Fr. \_\_\_\_\_, womit die Hälfte des Grundkapitals (Aktienkapital [\_\_\_\_\_] zzgl. gesetzliche Reserven [\_\_\_\_\_] ÷ 2) von Fr. \_\_\_\_\_ bei Weitem gedeckt war. Damit lag weder ein hälftiger Kapitalverlust noch eine Überschuldungssituation vor (vgl. Art. 725 Abs. 1 und 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]), was die Beschwerdeführerin vorliegend denn auch nicht behauptet. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung eines prognostizierten Verlusts laut Budget vom November 2015 von Fr. \_\_\_\_\_ (wobei sich gemäss Betriebsabrechnung per 31. Oktober 2015 ein Verlust von Fr. \_\_\_\_\_ abzeichnete).

Was die Liquidität anbelangt, schätzte die Vorinstanz das zukünftig von der Beschwerdeführerin nicht ausgeschöpfte Kreditvolumen auf Fr. \_\_\_\_\_ (Stellungnahme vom 8. Oktober 2019, S. 7). Dies ausgehend von einem Kreditvolumen per 14. Dezember 2015 (Verfügungszeitpunkt) von Fr. \_\_\_\_\_ abzüglich einer erwarteten gleichförmigen Kürzung des besagten Kreditvolumens innert zweier Jahre um einen Drittel (Fr. \_\_\_\_\_), was einem erwarteten zukünftigen Kreditvolumen von Fr. \_\_\_\_\_ entspreche. Davon hat die Vorinstanz die erwartete unterjährige Liquiditätsspitze für die nächsten zwei Jahre (Fr. \_\_\_\_\_) abgezogen, womit sie auf das besagte Kreditvolumen gelangte. Dieses von der Vorinstanz berechnete Szenario ist für das Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar. Denn die Kreditlimitenkürzung (der involvierten Banken C. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_) stand im Raum, wobei noch keine konkreten Zahlen vorlagen. In der Eingabe vom 26. Januar 2015 (act. 575, S. 3 f.) sprach die Beschwerdeführerin von Fr. \_\_\_\_\_, während das A. \_\_\_\_\_ Gutachten von einer Kreditlimitenkürzung von Fr. \_\_\_\_\_, d.h. von Fr. \_\_\_\_\_ auf \_\_\_\_\_ ausging. Mit Eingabe vom 31. Dezember 2015 (act. 768, S. 3 und 5) informierte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz sodann darüber, dass die D. \_\_\_\_\_ die sie betreffende Limite um 1/3, d.h. von Fr. \_\_\_\_\_ auf Fr. \_\_\_\_\_ gekürzt habe. Wie gesehen, ging die Vorinstanz mit Bezug auf das gesamte Kreditvolumen ebenfalls von einer Kürzung von 1/3 auf Fr. \_\_\_\_\_ aus, was angesichts ihres damaligen Kenntnisstands vertretbar erscheint. Die zukünftige Liquiditätsspitze sah die Vorinstanz wie oben dargelegt bei Fr. \_\_\_\_\_, während

das A. \_\_\_\_\_ Gutachten eine solche von Fr. \_\_\_\_\_ als korrekt erachtete. Letzteren Betrag hat die Vorinstanz für ihre Berechnung des Szenarios um 12% (= Mittelwert von -14% und -10% aufgrund sinkender Umsätze und sinkendem EUR-Kurs) gekürzt, was ebenfalls vertretbar ist. Aber selbst bei einer allfälligen Kürzung der Kreditlimiten auf Fr. \_\_\_\_\_ - was wie gesagt zum Verfügungszeitpunkt noch nicht mit Sicherheit feststand - und unter Berücksichtigung, dass die damalige Kreditlimite von Fr. \_\_\_\_\_ laut eigenen Angaben der Beschwerdeführerin per 6. November 2015 zu \_\_\_\_\_ % (ausmachend Fr. \_\_\_\_\_) benutzt war (act. 706, S. 11) verfügte die Beschwerdeführerin aus Sicht der Vorinstanz über ausreichend Liquidität für eine Bezahlung der Sanktion. Zwar hätte die Beschwerdeführerin unter letzterer Annahme und bei einer einfachen Differenzbetrachtung die (aus damaliger Sicht allenfalls gekürzte) Kreditlimite von Fr. \_\_\_\_\_ um Fr. \_\_\_\_\_ (Fr. \_\_\_\_\_ ./ Fr. \_\_\_\_\_) überschritten. Der Vorinstanz ist jedoch beizupflichten, dass ein unterjähriges Überschreiten einer Kreditlimite wohl kaum zur sofortigen Kündigung eines Kreditverhältnisses führt. Dies auch in Anbetracht dessen, dass der künftige Liquiditätsbedarf aus damaliger Perspektive eher sank (vgl. rollender Finanzplan der Beschwerdeführerin per 31. Oktober 2015, act. 744). Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (S. 29) sind daher schlüssig. Der Liquiditätsgrad der Beschwerdeführerin betrug damals bei einer Konzernbetrachtung (vgl. zum Unternehmensbegriff im Sinn des Kartellrechts E. 7.1.1 hiernach) rund \_\_\_\_\_ %  $\left( \left[ \text{Fr. } \_\_\_\_\_\_ \{ \text{flüssige Mittel} \} + \text{Fr. } \_\_\_\_\_\_ \{ \text{Forderungen aus L\&L} \} + \text{Fr. } \_\_\_\_\_\_ \{ \text{übrige Forderungen} \} \right] \div \left[ \text{Fr. } \_\_\_\_\_\_ \{ \text{Verbindlichkeiten aus L\&L} \} + \text{Fr. } \_\_\_\_\_\_ \{ \text{kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten} \} + \text{Fr. } \_\_\_\_\_\_ \{ \text{übrige kurzfristige Verbindlichkeiten} \} \right] \right)$ ; die Vorinstanz nahm jedoch - zu Gunsten der Beschwerdeführerin - lediglich einen solchen von \_\_\_\_\_ % an; dies - im Unterschied zur obigen Berechnung - unter Weglassung der sog. übrigen Forderungen (vgl. Vernehmlassung, S. 27; Beschwerde, S. 34). Ob seitens der Vorinstanz eine fehlerhafte Berechnung vorliegt kann hier offenbleiben, da eine reformatio in peius wegen Unangemessenheit vorliegend ohnehin unzulässig ist (vgl. oben E. 3). Die vorinstanzliche finanzanalytische Begründung, weshalb die verfügte Sanktion zum Verfügungszeitpunkt weder zum Marktaustritt der Beschwerdeführerin noch zur Verhinderung oder massgeblichen Erschwerung deren Marktfähigkeit führte, ist daher insgesamt nachvollziehbar.

**6.6** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Vorinstanz verfügte Sanktion verhältnismässig ist. Die Gründe der Vorinstanz für die Einschätzung der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer finanziellen Belastung in Höhe des verfügten Betrags zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung sind für das Gericht nachvollziehbar. Die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion der Sanktion ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit vorliegend nicht zu beanstanden. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich daher als unbegründet.

## 7.

**7.1** Soll mit Bezug auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens ausnahmsweise auf einen anderen Zeitpunkt als demjenigen, der dem wettbewerbswidrigen Verhalten am nächsten steht, abgestellt werden (oben E. 6.1.2, 2. Absatz), so hat das ersuchende Unternehmen gestützt auf die ihm obliegende Mitwirkungspflicht vollständig über seine aktuelle finanzielle Situation Auskunft zu geben. Im vorliegenden Fall hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin im Rahmen der Vorladung zur beantragten Instruktionsverhandlung vom 3. Dezember 2019 aufgefordert, unter anderem sämtliche relevanten Unterlagen zur Beurteilung ihrer aktuellen bzw. zukünftigen Vermögenssituation, Finanz- und Ertragslage sowie jener der Musikpunkt Hug Holding Gruppe (nachfolgend: Gruppe) einzureichen. Dieser Aufforderung ist die Beschwerdeführerin nur unvollständig nachgekommen, indem sie insbesondere keine Unterlagen zur finanziellen Situation ihrer Mutter- bzw. Konzernobergesellschaft (Musikpunkt Hug Holding AG) seit der erfolgten Umstrukturierung infolge Unterzeichnung des betreffenden Aktienkaufvertrags zustellte und auch anlässlich der erwähnten Instruktionsverhandlung und bis heute keine diesbezüglichen Ausführungen machte. Damit aber sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, um vorliegend mit Bezug auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin bzw. der Gruppe ausnahmsweise auf den Urteilszeitpunkt abzustellen. Die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin bzw. der Gruppe sind vorliegend deshalb nicht massgebend. Aber selbst wenn im vorliegenden Fall ausnahmsweise auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen wäre, würde sich die Beschwerde wohl als unbegründet erweisen. Dies namentlich aus folgenden Gründen:

**7.1.1** Es wäre aus heutiger Sicht zunächst zu berücksichtigen, dass wenn mehrere Tochtergesellschaften, die demselben Konzern angehören, tatsächlich von ihrer Muttergesellschaft kontrolliert werden, von der Rechtsprechung und der Lehre anerkannt wird, dass die verschiedenen Einheiten des Konzerns, da sie sich nicht unabhängig voneinander verhalten können, ein einziges Unternehmen im Sinn des Kartellgesetzes bilden (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 SIX Group E. 39 ff., B-7633/2009 vom 14. September 2015 Swisscom ADSL E. 29 und B-2977/2007 Publigroupe E. 4.1; MARTENET/KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 2 KG N 30-35; JENS LEHNE, Basler Kommentar KG, Art. 2 N 27-29; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann [Hrsg.], Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 1278 ff.). Nach europäischem Recht wird die fehlende Autonomie der Tochtergesellschaft vermutet, wenn sie sich vollständig im Besitz der Muttergesellschaft befindet (vgl. Urteil des EuGH C-97/08 vom 10. September 2009 Nobel contre Commission, Rec. I-8237 Punkt 60; Wish/Bailey, Competition Law, 9. Aufl. 2018, S. 95 f.). Daraus wäre zu folgen, dass aus heutiger Sicht alle zu einer Gruppe gehörenden Gesellschaften für die Zwecke des Kartellgesetzes ein und dasselbe Unternehmen bilden (vgl. zum Ganzen: Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 Dargaud (Suisse) E. 3.1, B-4019/2013 vom 30. Oktober 2019 Diffusion Transat E. 3.1,

B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019 Les Editions Flammarion E. 3.1, B-4014/2013 vom 30. Oktober 2019 Servidis E. 3.1, B-4669/2013 vom 30. Oktober 2019 Les éditions des 5 frontières E. 3.1, B-3954/2013 vom 30. Oktober 2019 Editions Glénat (Suisse) E. 3.1, B-4012/2013 vom 30. Oktober 2019 Interforum Suisse E. 3.1 und B-3962/2013 vom 30. Oktober 2019 Diffulivre E. 6.1). Das soeben Ausgeführten gälte vorliegend wohl auch mit Bezug auf die erfolgte Umstrukturierung infolge einer strukturauflösenden externen Transaktion, indem wie vorliegend die Beschwerdeführerin gestützt auf den besagten Aktienkaufvertrag während des laufenden Beschwerdeverfahrens durch eine neue Unternehmensgruppe (die Musikpunkt Hug Holding Gruppe) übernommen wurde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wäre ab dem Zeitpunkt des Wechsels der Unternehmensgruppe wohl derjenige Konzern heranzuziehen, in dessen Unternehmensverbund die fehlbare Konzerngesellschaft nunmehr integriert ist (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Six Group E. 63 ff.). Daraus wäre abzuleiten, dass die Finanzlage des gesamten Konzerns relevant wäre für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Sanktion.

Den Akten entsprechend wäre vorliegend festzustellen, dass die Beschwerdeführerin samt ihrer (hundertprozentigen) Tochtergesellschaft (Musica Nova AG) mit Aktienkaufvertrag vom 28. September 2017 (Beilage 2 der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Oktober 2019) von der neuen Konzernobergesellschaft Musikpunkt Hug Holding AG (UID-Nr. CHE-115.543.244) übernommen wurde (vgl. auch Organigramm Unternehmensstruktur Musikpunkt-Hug Gruppe, Stand Mai 2019 [Beilage 3 der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. Oktober 2019]). Nach dem Gesagten wäre mithin wohl zu berücksichtigen, dass die neue Konzernobergesellschaft (Musikpunkt Hug Holding AG) mit der Übernahme der Musik Hug Gruppe in die wirtschaftliche Verantwortlichkeit für das vorliegend beurteilte wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin und dessen finanziellen Folgen heranzuziehen wäre (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Six Group E. 63 ff.). Es wäre mithin - nicht zuletzt auch mangels ins Recht gelegter Hinweise, die erhebliche finanzielle Schwierigkeiten der neuen Konzernobergesellschaft belegen - davon auszugehen, dass die Musikpunkt Hug Holding AG wohl im Stande wäre, die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Bezahlung der verfügbaren Sanktion ohne Weiteres, sei es namentlich mittels eines Zuschusses («à fonds perdu») oder eines (allenfalls zinslosen) Darlehens zu unterstützen. Die Zumutbarkeit der Sanktion wäre dem Gesagten zufolge jedenfalls nach der Finanzlage der gesamten Gruppe zu beurteilen.

**7.1.2** Ausserdem wäre zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Abschlusses des besagten Aktienkaufvertrags eine sog. Due Diligence stattfand, anlässlich welcher die Verkäuferin Erika Hug (im Folgenden: Verkäuferin) der Käuferin Musikpunkt Holding AG (nachfolgend: Käuferin) Einsicht in alle Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin zu gewähren hatte (vgl. Ziff. 6.17 und Ziff. 7.1 Abs. 4 Ziff. 2 dieses Aktienkaufvertrags). Es ist notorisch, dass Verträge über Unternehmenszusammenschlüsse oder -übernahmen bei sachgerechter Ausgestaltung kaufpreisrelevante Klauseln zur Berücksichtigung von nachträglich

auf tretenden Sanktionen wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens aufweisen. Insofern handelt es sich namentlich für die neue Konzernobergesellschaft eines Unternehmenszusammenschlusses nicht um ein völlig unbekanntes und unerwartet auftretendes Problem (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Six Group E. 1564 f.) Daraus wäre vorliegend wohl zu schliessen, dass die Käuferin bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berücksichtigt hat, dass die verfügbare Sanktion zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise zu bezahlen sein wird. Dafür spricht auch der reduzierte Preis von Fr. \_\_\_\_\_ (bei einem Aktienkapital zum Verkaufszeitpunkt von Fr. \_\_\_\_\_ [vgl. Bst. A und Ziff. 3.1 des erwähnten Aktienkaufvertrags]), welcher für den Verkauf der Beschwerdeführerin zwischen der Verkäuferin und der Käuferin vereinbart wurde sowie die von der Verkäuferin gemachte Zusicherung betreffend die verbuchte Rückstellung (dazu E. 7.1.4 hiernach).

**7.1.3** Mit Bezug auf die Kapitalisierung der Beschwerdeführerin wäre darauf hinzuweisen, dass sich ihr Eigenkapital per 30. September 2019 auf Fr. \_\_\_\_\_ beläuft. Dabei beinhaltet die Bilanz eine Rückstellung für das vorliegende Verfahren von Fr. 405'316.-. Der Verlust beläuft sich per Ende September 2019 hochgerechnet auf Fr. \_\_\_\_\_. Damit liegt zwar unbestrittenermassen eine Unterbilanz vor, wobei jedoch noch kein hälftiger Kapitalverlust (vgl. Art. 725 Abs. 1 OR; vgl. E. 6.5.6) gegeben ist. Zudem hat die vorerwähnte verbuchte Rückstellung zur Folge, dass das Eigenkapital durch die verfügbare Sanktion nicht wesentlich verändert würde. Das heisst, es wäre vorliegend nicht damit zu rechnen, dass es durch die ausgesprochene Sanktion zu einem Konkurs infolge Überschuldung (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR) kommen könnte.

**7.1.4** Laut Ziffer 6.7.(1) des vorerwähnten Aktienkaufvertrags hat die Verkäuferin der Käuferin zudem zugesichert, dass namentlich für den «WEKO-Fall» ausreichende Rückstellungen von Fr. 405'527.65 (Stand: 31. März 2017) gebildet worden seien. Diese Rückstellung berücksichtigt laut besagtem Kaufvertrag sämtliche der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten wie Zahlungen an die Vorinstanz, Anwalts- und Verfahrenskosten, Kosten für die Kommunikation usw. und besteht nach Angaben der Beschwerdeführerin nach wie vor (vgl. Verhandlungsprotokoll vom 3. Dezember 2019, S. 5). Gemäss Ziffer 7.2 des vorgenannten Aktienkaufvertrags hat die Verkäuferin der Käuferin den Differenzbetrag, d.h. die die Rückstellungen übersteigenden Kosten zu bezahlen, falls in der Jahresrechnung per 31. März 2017 zu wenig Rückstellungen für Ansprüche in der vorliegenden Angelegenheit gebildet worden sind. Die Käuferin ist vertraglich berechtigt, bis am 30. September 2022 entsprechende Ansprüche aus Verletzung bzw. Nichteinhaltung der betreffenden Zusicherungen geltend zu machen (Ziff. 7.2 des vorerwähnten Aktienkaufvertrags). Die Kapitalisierung der Beschwerdeführerin erscheint insbesondere auch unter Berücksichtigung dieser vertraglichen Zusicherungen durch die Verkäuferin unproblematisch zu sein.

**7.1.5** Die vorerwähnten vertraglichen Zusicherungen durch die Verkäuferin (E. 7.1.4) hätten auch Einfluss auf die Liquidität der Beschwerdeführerin, wäre erstere doch gestützt auf den besagten Kaufvertrag verpflichtet, der

Käuferin den Differenzbetrag, d.h. die die Rückstellungen übersteigenden Kosten (in Geld) zu bezahlen.

Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Liquidationsplan zeigt des Weiteren, dass spätestens ab September 2020 genügend liquide Mittel (Cash) vorhanden sein sollten, zumal dannzumal der Saldo offenbar stets höher als der verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 445'000.- ist.

Weiter zeigt ein Vergleich des eingereichten Liquiditätsplans mit dem aktuellsten Monatsabschluss der Beschwerdeführerin per 30. September 2019, dass rund Fr. \_\_\_\_\_ mehr liquide Mittel (Cash) vorhanden sind als geplant. Würde die (hundertprozentige) Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin, die Musica Nova AG, auch noch berücksichtigt, ergäbe sich eine positive Differenz von rund Fr. \_\_\_\_\_, was der Finanzchef der Beschwerdeführerin anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 3. Dezember 2019 auf Anfrage des Gerichts bestätigt hat (Verhandlungsprotokoll, S. 5). Somit würde sich die Liquidität zum Urteilszeitpunkt um einiges besser darstellen als ursprünglich geplant. Die verfügte Sanktion wäre somit auch unter Berücksichtigung der aktuellen Liquiditätswerte wohl zahlbar.

**7.1.6** Zudem wäre festzustellen, dass sich die Gewinnreserven der Musica Nova AG in den letzten Jahren zusehends erhöht haben, um beim Geschäftsabschluss 2018/2019 einen Endbestand von Fr. \_\_\_\_\_ zu erreichen. Dies bei einem Beteiligungswert von Fr. \_\_\_\_\_ (Stand: 30. September 2019). Damit wäre wohl davon auszugehen, dass grundsätzlich ausschüttbare Reserven vorliegen, auch wenn freilich die Liquidationssituation der betroffenen Gesellschaften einzeln beurteilt werden müsste.

**7.1.7** Es wäre des Weiteren auch zum heutigen Zeitpunkt davon Vermerk zu nehmen, dass die Vorinstanz namentlich in ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2017 (S. 5) darauf hinweist, dass die verfügte Sanktion nicht unbedingt auf einmal zu bezahlen sei, sondern unter Umständen auch in Raten abbezahlt werden könne. Eine finanzielle Notlage der Beschwerdeführerin würde sich damit wohl auch unter diesem Aspekt merklich entschärfen lassen.

**7.2** Eine finanzielle Belastung in Höhe des verfügten Betrags wäre demgemäss wohl auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt tragbar. Es wären mithin wohl auch aus heutiger Sicht keine Anhaltspunkte ersichtlich oder dargetan, dass die Bezahlung dieses Betrags zu einem Marktaustritt der Beschwerdeführerin führen würde.

## 8.

Was schliesslich die strittige Frage nach der Durchsetzbarkeit der Sanktion anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass diese dem Zivilrecht vorbehalten ist (vgl. TOBIAS JAAG, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Rz. 23.42 ff.). Dabei bleibt es der Vorinstanz unbenommen, der Beschwerdeführerin auf entsprechenden Antrag hin allfällige Zahlungserleichterungen wie etwa Ratenzahlungen u.dgl. zu gewähren.

## 9.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht von einem vollständigen Sanktionserlass gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG profitieren kann. Die Vorinstanz hat die verfügte Sanktionshöhe hinreichend begründet. Wenn sie im Rahmen ihres Ermessens eine reduzierte Sanktion in der Höhe von Fr. 445'000.- als wirtschaftlich tragbar beurteilt hat, ist dies nicht zu beanstanden. Die Durchsetzung dieser Sanktion ist der Vorinstanz vorbehalten.

## 10.

Die von der Beschwerdeführerin am 31. März 2017 begehrte Instruktionsverhandlung hat am 3. Dezember 2019 stattgefunden. Den Editionsantrag der Vorinstanz vom 17. Januar 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht mit Instruktionsverfügung vom 4. September 2019 (Dispositiv-Ziff. 1) sinngemäss gutgeheissen. Damit sind die diesbezüglich gestellten Verfahrensanhträge gegenstandslos geworden.

## 11.

**11.1** Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten in vollem Umfang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (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]). Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren ermessensweise auf Fr. 9'000.- festgesetzt (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 VGKE) und sind dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

**11.2** Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die obsiegende Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

### Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### 2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 9'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

#### 3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

#### 4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0429; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

### 3. Urteil vom 12. Dezember 2022 – Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 im Untersuchungsverfahren 22-0377 betreffend ASCOPA wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

*Urteil B-141/2012 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 12. Dezember 2022 in Sachen Estée Lauder GmbH, in Zürich, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz – Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 im Untersuchungsverfahren 22-0377 betreffend ASCOPA wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.*

#### Sachverhalt:

#### A. Konstituierung, Zweck und Aktivitäten des Branchenverbands ASCOPA

##### A.a

Die Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten organisierten sich in der Schweiz im Branchenverband ASCOPA, welcher 1951 gegründet wurde. ASCOPA (Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de la parfumerie) war als Verein gemäss den Artikeln 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) konstituiert (ASCOPA-Statuten, act. 43, Dokument 3, Art. 1). Die Mitglieder der ASCOPA waren Unternehmen, die nicht zwingend ausschliesslich, aber jedenfalls auch Produkte im Bereich der Luxuskosmetik vertreiben. Zwischen 2003 und 2008 setzte sich ASCOPA aus rund 30 Mitgliedern zusammen. Aufgrund der Eröffnung der Untersuchung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 1. Dezember 2008 gegen ASCOPA und seine Mitglieder verliessen einige Mitglieder den Branchenverband. Estée Lauder GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) blieb bis im Februar 2010 Mitglied bei ASCOPA (vgl. Beschwerde Rz. 31). Zudem war die Beschwerdeführerin in den Jahren 1999-2008 im Komitee (Vereinsvorstand) von ASCOPA vertreten (angefochtene Verfügung Rz. 17 Abbildung 2). Dieses Komitee bestand aus mindestens fünf von der Generalversammlung gewählten Mitgliedern (Art. 15 ASCOPA-Statuten). Am 4. Dezember 2003 stellte der Präsident des Vereins fest, dass der damals aus neun Mitgliedern bestehende Vereinsvorstand 70 % des von allen Mitgliedern der ASCOPA erzielten Umsatzes repräsentierte. Die Zielsetzung müsse indessen darin bestehen, die Repräsentativität des Komitees noch zu stärken. In den Jahren 2004-2008 umfasste dieses acht bis elf Mitglieder. Durch die Aufnahme von neuen Mitgliedern wurde die Repräsentativität des Komitees erhöht. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen waren im Vereinsvorstand dementsprechend in den Jahren 2004 bis 2008 durchschnittlich 74 % des Umsatzes der ASCOPA-Mitglieder vertreten (angefochtene Verfügung Rz. 13 ff., Abbildung 2). Für das Sekretariat der ASCOPA war die Fédération des Entreprises Romandes Genève (FER) verantwortlich, welche den Verbandmitgliedern unter anderem eine Intranetseite zur Verfügung stellte (angefochtene Verfügung Rz. 20).

##### A.b

Der Vereinszweck von ASCOPA bestand unter anderem in der Interessenswahrung der Mitglieder gegenüber Behörden, anderen Berufs- und Wirtschaftsverbänden und im Schutz des Wertes der eingetragenen Markenrechte von ASCOPA-Mitgliedern. Ausserdem sollte sich der Verein um das gute Einvernehmen ("bonne entente") unter den Mitgliedern bemühen (Art. 2 ASCOPA-Statuten). So dann sahen die Mitglieder von ASCOPA auch das Thema der Discountpreise als relevant an. Anlässlich der Komitee-Sitzung vom 11. April 2002 wie auch der Generalversammlung vom 4. Juni 2002 wurde in Bezug auf die Zusammenarbeit mit den Handelsketten festgestellt, es sei zu vermeiden, dass die Marken zu Discountpreisen verkauft würden ("d'éviter que les marques soient discountées; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; angefochtene Verfügung Rz. 59). Man befürchtete eine Abwärtsspirale der Preise bzw. "un engrenage à la baisse", wie auch in einem späteren Protokoll festgehalten wurde (act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003; angefochtene Verfügung Rz. 62 f.). Einige Mitglieder von ASCOPA setzten sich zudem für eine kollektive Einflussnahme auf die Discounter ein (act. 2, Beilage A 20, S. 5 f., Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002), weshalb der Präsident von ASCOPA am 12. Dezember 2002 einen Serienbrief an die Parfümerie

Discounter Marionnaud, Douglas und Import versandte. Darin erklärte der Präsident, ASCOPA sei über die Preisentwicklung der Discounter beunruhigt. Ausserdem wurde darin den Handelsketten nahegelegt, dieses negative Wettbewerbsverhalten unter der Führung von ASCOPA mit einem Ideen- und Marketingwettbewerb zu ersetzen (act. 2, Beilage A 24, angefochtene Verfügung Rz. 60). Daneben gab es nach der Darstellung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz oder WEKO) auch Gespräche innerhalb von ASCOPA und teilweise auch koordiniertes Vorgehen in Bezug auf zeitlich parallele Sonderaktionen in grossen Verkaufshäusern, über (aus der Sicht von ASCOPA zu missbilligende) Verkaufsförderungsaktionen von Discountern und über Parallelimporte (angefochtene Verfügung, Rz. 64-70). Solche Gespräche wurden anlässlich der mindestens einmal jährlich stattfindenden Generalversammlung von ASCOPA und der ungefähr vierteljährlich abgehaltenen Vorstands- bzw. Komitee-Sitzungen geführt.

##### A.c

Zwecks Verfolgung der gemeinsamen Interessen der Mitglieder übernahm ASCOPA unbestrittenermassen eine Koordinationsfunktion im Sinne des Austauschs von Informationen wahr. Dementsprechend war dieser mindestens zwischen 1997 und 2008 ein regelmässig wiederkehrendes Traktandum der Generalversammlung ("point de



la situation sur les différentes enquêtes"; angefochtene Verfügung Rz. 10). Dasselbe galt für das Komitee (angefochtene Verfügung Rz. 15). Gegenstand des Informationsaustauschs zwischen den Mitgliedern waren Angaben über Bruttopreise gegenüber dem Handel, Umsatzzahlen und Werbeausgaben (angefochtene Verfügung Rz. 25 ff.). Dabei bedienten sich die Unternehmen ab Mai 2005 einer hierzu auf der Intranetseite der ASCOPA eingerichteten Plattform. Dabei galt die Regel, dass nur diejenigen Unternehmen die Daten einsehen können, welche selbst Angaben geliefert haben. Zugleich wurden säumige Mitglieder gemahnt und diesen bei verspäteter Lieferung von Umsatzdaten seitens des ASCOPA-Sekretariats Fr. 200.- pro Marke in Rechnung gestellt (angefochtene Verfügung Rz. 22 f., 139 f.). Zusätzlich zum Informationsaustausch gab ASCOPA jedenfalls zwischen 2002 und 2007 Empfehlungen ab betreffend die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu den Themen Minimalbestellwerte, Lieferkosten, Rücksendekonditionen und Zahlungsbedingungen (angefochtene Verfügung Rz. 26 i.V.m. Rz. 226 ff.).

## B. Vorinstanzliches Verfahren

Für den Ablauf der Untersuchung waren verschiedene Zeitabschnitte relevant. Noch vor Eröffnung der Untersuchung wurde ein informelles Gespräch zwischen Vertretern von ASCOPA und einem (damals) leitenden Angestellten des Sekretariats der Wettbewerbskommission geführt, worauf eine Selbstanzeige eingereicht wurde (Bst. B.a hiernach). Aufgrund dieser Selbstanzeige wurde eine Untersuchung durch die Vorinstanz eröffnet (Bst. B.b hiernach). Gestützt auf das Ergebnis dieser Untersuchungshandlungen wurde ein erster Verfügungsantrag ausgearbeitet (Verfügungsantrag vom 27. Mai 2010, act. 293, nachfolgend: Verfügungsantrag I), der von einer Preisabrede und damit von einem harten Kartell gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausging und Sanktionen von insgesamt über Fr. 100 Mio. vorsah (Bst. B.c hiernach). Am 16. Juli 2010 reichte die Beschwerdeführerin ein Ausstandsgesuch ein gegenüber zwei Mitarbeitern des Sekretariats der Wettbewerbskommission; dieses wurde durch den Präsidenten der WEKO am 15. September 2010 abgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid wiederum mit Urteil B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 (Bst. B.d hiernach). Des Weiteren wurden nach Eingang der ersten Stellungnahmen der Parteien zum Verfügungsantrag I weitere Untersuchungshandlungen durch das Sekretariat vorgenommen (Bst. B.e hiernach). Diese wiederum mündeten in einen zweiten Verfügungsantrag (zweiter Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011, act. 584, nachfolgend: Verfügungsantrag II), lautend auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ohne direkte Sanktionen (Bst. B.f hiernach). Am 31. Oktober 2011 erging die angefochtene Verfügung durch die Vorinstanz, welche im Dispositiv dem Verfügungsantrag II entspricht (Bst. B.g hiernach).

### B.a Geschehnisse vor der Eröffnung der Untersuchung durch das Sekretariat

Am 9. September 2008 fand ein nicht protokolliertes Gespräch zwischen Vertretern von ASCOPA, der Beschwerdeführerin und einem (damals) leitenden Mitarbeiter des Sekretariats statt, welches die Vorinstanz als "informell"

bezeichnet (angefochtene Verfügung Rz. 260 ff.; Rz. 325). Gegenstand dieses Gesprächs war gemäss der angefochtenen Verfügung (Rz. 262) der Informationsaustausch zwischen den ASCOPA-Mitgliedern in Bezug auf Bruttopreisleisten, Umsatzzahlen und Werbeausgaben. Den Angaben der Parteien zufolge habe sich der vormalig leitende Angestellte des Sekretariats dahingehend geäussert, dass nur Umsätze, die älter als drei Monate seien, ausgetauscht werden dürfen. Den Austausch von Werbeausgaben habe er als nicht sehr problematisch "angeschaut". Schliesslich sollten - so der ehemals leitende Mitarbeiter weiter - keinerlei Preislisten mehr ausgetauscht werden, was aber im Zeitpunkt des Treffens ohnehin nicht mehr der Fall gewesen sei (angefochtene Verfügung Rz. 261). Nach dem Treffen stellte der leitende Mitarbeiter in einer E-Mail an die ASCOPA klar, dass diese informelle Einschätzung für die Vorinstanz nicht bindend sei (act. 435, Beilage 12, Mail vom 8. Oktober 2008). Der in Frage stehende Mitarbeiter gab per Oktober 2008 die Leitung seines Aufgabenbereichs ab (angefochtene Verfügung Rz. 263).

### B.b Eröffnung der Untersuchung aufgrund einer Selbstanzeige

Am 17. Oktober 2008 ging beim Sekretariat - vorab per Fax - eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 des Kartellgesetzes (KG) ein (act. 1). Diese Selbstanzeige bezog sich auf den von ASCOPA organisierten Informationsaustausch.

Aufgrund der Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat gestützt auf Art. 27 Abs. 1 KG im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 1. Dezember 2008 eine Untersuchung gegen den Verband ASCOPA und dessen Mitglieder. Laut dem Sekretariat bestand der Verdacht, dass ASCOPA-Mitglieder regelmässig sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht hätten. Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob dieser Informationsaustausch als eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 bzw. Art. 7 KG zu qualifizieren sei (act. 3). Am 2. Dezember 2008 wurde eine Medienmitteilung zur Eröffnung der Untersuchung publiziert (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-23528.html>, zuletzt besucht am 09.12.2022; act. 38). Am 16. Dezember 2008 erfolgte die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Bundesblatt (BBl 2008 9197) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 37).

Am 2. Dezember 2008 erhielt das Sekretariat zunächst das Passwort für den Zugriff auf die Intranetseite der ASCOPA. ASCOPA erklärte sich zur Zusammenarbeit bereit (act. 39 f.). In der Folge ging am 4. Dezember 2008 beim Sekretariat eine weitere Selbstanzeige ein (angefochtene Verfügung Rz. 267). Am selben Tag sicherte ASCOPA dem Sekretariat zu, dass dieses eine Kopie der Mailbox der ASCOPA erhalten werde (act. 47). Am 17. Februar 2009 sagte ASCOPA dem Sekretariat auf dessen Anfrage hin zu, dass dieselbe die Protokolle der Komitee-Sitzungen und der Generalversammlungen der Jahre 2003-2008 erhalten werde (act. 84).

Die Beschwerdeführerin, welche nicht zu den Selbstanzeigerinnen gehört, bestätigte mit Schreiben vom 12. Dezember 2008, dass sie von der Eröffnung der

Untersuchung Kenntnis genommen habe. Sie erklärte sich hinsichtlich des Fortganges der Untersuchung kooperativ (act. 64).

Das Sekretariat führte in der Folge zuerst Gespräche mit Vertretern der beiden Selbstanzeigerinnen, mit ASCOPA sowie mit Manor und AC Nielsen als betroffenen Händlern durch. Gestützt auf diese Erkenntnisse wurden Fragebogen an ASCOPA, an deren ehemalige und an gegenwärtige Mitglieder, insbesondere die Selbstanzeiger, sowie an die Händler von Parfümerie- und Kosmetikprodukten versandt (angefochtene Verfügung Rz. 268). Am 29. Mai 2009 reichte die Beschwerdeführerin ihren ausgefüllten Fragebogen ein (act. 160).

### **B.c Erster Verfügungsantrag**

Nach der Analyse der Gespräche mit den oben erwähnten Marktteilnehmern, der Auswertung der Fragebogen und Dokumente erarbeitete das Sekretariat den Verfügungsantrag I vom 27. Mai 2010 und stellte diesen den Verfahrensbeteiligten, so auch der Beschwerdeführerin, zur Stellungnahme zu. Gleichzeitig informierte das Sekretariat die betroffenen Unternehmen über die Möglichkeit, die Akten für eine erste Akteneinsicht ab dem 31. Mai 2010 in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats einzusehen (Verfügungsantrag I Rz. 82). Im der WEKO vorgelegten Verfügungsantrag I wurde von einem harten Kartell gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausgegangen, weshalb eine Sanktion von insgesamt über 100 Mio. Fr. zu Lasten der betroffenen Unternehmen vorgesehen war, wobei die Beschwerdeführerin mit 25 Mio. Franken gebüsst werden sollte. Am 28. Mai 2010 erschien eine Medienmitteilung der Wettbewerbskommission über den Verfügungsantrag I mit dem Titel "Sekretariat beantragt Bussen für Firmen der Parfümerie- und Kosmetikbranche" (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-33291.html>), zuletzt besucht 09.12.2022). In der Folge wurde dazu am selben Tag ein kurzer Beitrag in der Tagesschau gesendet (Tagesschau vom 28. Mai 2010, 19:30 Uhr, Kosmetikbranche droht hohe Busse, <http://www.srf.ch/play/tv/tagesschau/video/kosmetikbranche-droht-hohe-busse?id=f253c530-9bef-4328-81ff-ea23738c913c>, zuletzt besucht am 09.12.2022).

### **B.d Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend Ausstandsbegehren gegen mit der Sache befasste Mitarbeiter des Sekretariats**

Am 16. Juli 2010 reichte die Beschwerdeführerin ein Ausstandsgesuch gegen zwei mit der Sache befasste Mitarbeiter des Sekretariats ein. Mit Zwischenverfügung vom 15. September 2010 wies der Präsident der Vorinstanz das Ausstandsgesuch ab. Gegen diese Zwischenverfügung führte die Beschwerdeführerin am 18. Oktober 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde, welche mit Urteil vom 9. Juni 2011 abgewiesen wurde. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Für das Bundesverwaltungsgericht bestanden im Ergebnis keine Zweifel daran, dass die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet sei (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 "ASCOPA-Ausstandsfrage" E. 6.1). Zur Begründung führte das Gericht namentlich aus, der Umstand, dass das Sekretariat die Aktennotiz über das unter Bst. B.a hiervor dargestellte informelle Gespräch vom

9. September 2008 (act. 82) falsch betitelt und zuerst in tatsächenswidriger Weise angegeben habe, es verfüge in Bezug auf diese Besprechung über keinerlei weitere Akten, sei nicht ausstands begründend. Es gehe zwar um "fraglos nicht leicht zu nehmende Verfahrensfehler", welche aber korrigiert worden seien (Urteil des BVGer B-7483/2010 E. 5.5 f. "ASCOPA-Ausstandsfrage"). In Bezug auf die seitens der Beschwerdeführerin beanstandete Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 stellte das Gericht ebenfalls fest, diese führe nicht zum Anschein der Befangenheit. Indessen sei das Sekretariat bzw. die Vorinstanz aber gehalten, künftig vorsichtiger zu kommunizieren und dabei der korrekten Darstellung des Verfahrensstandes und des weiteren Verfahrensverlaufs die nötige Beachtung zu schenken (Urteil des BVGer B-7483/2010 E. 4.2.5 "ASCOPA-Ausstandsfrage").

### **B.e Fortgang des Verfahrens nach dem ersten Verfügungsantrag**

Während des Beschwerdeverfahrens zur Ausstandsfrage vor dem Bundesverwaltungsgericht führte das Sekretariat die Untersuchung weiter.

Im Anschluss an die Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen führte das Sekretariat weitere Untersuchungshandlungen durch. Die Parteien erhielten am 11. Oktober 2010 die Information, dass die nächste Runde der Akteneinsicht in elektronischer Form durchgeführt werde (act. 451, angefochtene Verfügung Rz. 272). Am 4. November 2010 versandte das Sekretariat dementsprechend Datenträger mit Verfahrensakten an die involvierten Unternehmen (angefochtene Verfügung Rz. 273; act. 467). Zudem wurden die Parteien am 16. November 2010 aufgefordert, ihre Bruttopreisverkaufslisten der Jahre 2004-2010 in elektronischer Form als Excel-Tabellen einzureichen. Die Parteien kamen dieser Aufforderung ausnahmslos nach (angefochtene Verfügung Rz. 274). Zusammen mit diesen Angaben und den neu einverlangten Endkundenverkaufspreisen führte das Sekretariat der Vorinstanz Berechnungen durch, welche die Korrelation zwischen den ausgetauschten Bruttopreislisten und den Endkundenverkaufspreisen aufzeigen sollten (angefochtene Verfügung Rz. 271, 512 ff.).

### **B.f Zweiter Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011**

Am 20. Mai 2011 stellte das Sekretariat den involvierten Unternehmen den zweiten Verfügungsantrag zur Stellungnahme zu (act. 584, nachfolgend: Verfügungsantrag II). Darin wurden einerseits die in den bereits eingegangenen Stellungnahmen enthaltenen Argumente gewürdigt sowie die Ergebnisse der weiteren Untersuchungsmassnahmen dargestellt. Im Gegensatz zum Verfügungsantrag I, mit welchem noch von einem harten Kartell gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausgegangen worden war, sah der Verfügungsantrag II neu vor allem eine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Informationsaustauschs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG sowie ein Verbot desselben ohne direkte Sanktionen vor. Am 14. Juli 2022 ging die letzte Stellungnahme zum zweiten Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011 beim Sekretariat ein.

### **B.g Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz**

Am 31. Oktober 2011 erliess die Vorinstanz in der Untersuchung betreffend ASCOPA wegen unzulässiger

Wettbewerbsabrede die angefochtene Verfügung, welche dem Verfügungsantrag II entsprechend keine Sanktionen mehr beinhaltete. Diese wurde am 16. November 2011 an alle Parteien versandt. Die Parteien erhielten ausserdem Gelegenheit, Geschäftsgeheimnisse zu benennen bzw. entsprechende Schwärzungsanträge zu stellen (act. 742). In der Folge wurde die Verfügung auf der Internetseite der WEKO publiziert ([https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2012/01/ascopa\\_verfuegung.pdf.download.pdf/ascopa\\_verfuegung.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2012/01/ascopa_verfuegung.pdf.download.pdf/ascopa_verfuegung.pdf), zuletzt besucht am 09.12.2022) und in der RPW 2011/4 S. 529 ff. veröffentlicht.

### **B.g.a Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung**

"Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen den Verfügungsadressatinnen - Beauté Prestige SA, Zürich; Bergerat SA, Genf; Bulgari Parfums SA, Neuchâtel; Chanel SA, Genf; Clarins SA, Plan-les-Ouates; Coty (Schweiz) AG, Hünenberg; Deucos Cosmetic AG, Adliswil; Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise; Elizabeth Arden, Zug; Estée Lauder GmbH, Zürich; Kanebo Cosmetics, Glattbrugg; La Prairie Group/Juvena, Volketswil; Laboratoires Biologiques Arval S.A., Conthey; L'Oréal Produits de Luxe SA, Renens; Parfums Christian Dior AG; Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen; Parlux Diffusion, Rolle; PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich; P&G Prestige Products AG, Schlieren; Puig (Suisse) SA, Baden; Richemont Suisse SA, Genf; Sisley SA, Bachenbülach; Star Cos Sàrl, Bienne; Tanner SA, Cham; Tschanz Distribution SA, Genf; Wodma 41 SA, Genf; YSL Beauté Suisse SA, Plan-les-Ouates - insgesamt unzulässige Wettbewerbsabreden nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG sind. Die Abreden bezüglich des Austausches von Bruttopreislisten, nicht aggregierten Umsatzangaben und Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfen nicht mehr eingehalten werden.
2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
3. Das Verfahren gegen die Dicopar SA, Münchenstein, die HJD Distribution, Genf sowie den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA), Genf, wird unter einer Ausscheidung der Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingestellt.
4. Das Verfahren gegen die D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso und die Procosa SA, Vernier wird ebenfalls eingestellt. Die Verfahrenskosten der D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso und der Procosa SA, Vernier, in der Höhe von Fr. 1'000.- gehen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.
5. Die verbleibenden Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 584'414.- werden den übrigen Verfügungsadressa-

tinnen zu gleichen Teilen, das heisst je Fr. 21'645.- und unter solidarischer Haftung auferlegt:

[Unternehmen gemäss Ziff. 1];

### 6. [Eröffnung]"

### **B.g.b Die Begründung der angefochtenen Verfügung**

#### **B.g.b.a Informationsaustausch (Austausch von Bruttopreisen, Umsätzen und Ausgaben für Werbung)**

##### **B.g.b.a.a Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)**

Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, dass der Informationsaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern (Austausch von Brutto-Preislisten, Bruttoumsatzzahlen und Angaben zu den Werbeinvestitionen) und die Empfehlungen zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen als eine Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu werten seien, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und darüber hinaus auch bewirkt habe (angefochtene Verfügung Rz. 385-395). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse beinhalten würden und zudem strategisch bedeutsam seien. Ausserdem seien die in Frage stehenden Informationen aktuell und nicht oder kaum aggregiert gewesen. Daher könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Einblick in dieselben den Mitgliedern der ASCOPA ermöglicht habe, ihr Geschäftsgebaren in einer Weise einander anzupassen, welche dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderlaufe und somit zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe (angefochtene Verfügung Rz. 392).

##### **B.g.b.a.b Marktabgrenzung**

In sachlicher Hinsicht grenzt die Vorinstanz den Markt einerseits in Anlehnung an die Praxis der EU nach Produktkategorien ab, indem sie Parfums, Make-up und Pflege unterscheidet; eine Subsegmentierung innerhalb dieser Marktsegmente dränge sich nicht auf. Zugleich müssen die drei beschriebenen Märkte nach dem Konzept der Vorinstanz in ein Luxus- und ein Massenmarkt-Segment unterteilt werden (angefochtene Verfügung Rz 439 ff.).

##### **B.g.b.a.c Erheblichkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 1 KG)**

##### **B.g.b.a.c.a Ökonometrische Untersuchungen**

Die Vorinstanz stellte der Prüfung der qualitativen und quantitativen "Kriterien" der Erheblichkeit (Art. 5 KG) ökonometrische Untersuchungen bezüglich der Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklungen voran (angefochtene Verfügung, Rz. 512 ff.). Diese sind im Folgenden kurz darzustellen:

In den Stellungnahmen zum Verfügungsantrag I brachten die ASCOPA-Mitglieder verschiedentlich vor, dass die ausgetauschten Bruttopreise nicht eins zu eins, sondern unter Abzug von Rabatten gegenüber den Kunden benutzt worden seien. Daher seien die Bruttopreise nicht relevant. Deshalb stützt sich die angefochtene Verfügung auf vom Sekretariat durchgeführte ökonometrische Untersuchungen über den Einfluss von Bruttopreisen der ASCOPA-Mitglieder auf die Endverkaufspreise sowie über die Preisentwicklung auf den relevanten Märkten (angefochtene Verfügung Rz. 512 ff., Rz. 525 ff.). In einem ersten Schritt werden die Bruttopreise der ASCOPA-

Mitglieder den Endverkaufspreisen gegenübergestellt, wobei die Untersuchung auf die Retailer Douglas, Import, Manor und Marionnaud beschränkt worden ist. Die Datenauswertungen haben gemäss der Vorinstanz ein relativ einheitliches Bild ergeben, was anhand der jeweiligen Korrelationskoeffizienten ersichtlich sei. Je nach Teilmärkten (Pflege, Parfum und Make-up) und je nach Händler würde der Korrelationskoeffizient zwischen 83 % und 98 % betragen (angefochtene Verfügung Rz. 522 Abbildung 19). Die Vorinstanz hält dazu fest, dass aus der Berechnung des Korrelationskoeffizienten für sich alleine zwar kein kausaler, wohl aber ein linearer Zusammenhang zwischen den beiden betrachteten Werten bestehe (angefochtene Verfügung Rz. 515 ff., 522 ff. mit Fn. 506 und Abbildung 19).

Um die Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklung zu untersuchen, berechnete das Sekretariat in einem weiteren Schritt eigene Preisindizes der für die ASCOPA-Mitglieder relevanten Märkte. Dazu wurden zunächst die umsatzstärksten ASCOPA-Mitglieder für jeden relevanten Markt identifiziert, um anschliessend Warenkörbe der zehn umsatzstärksten Produkte dieser ASCOPA-Mitglieder zu bilden. Die Preisentwicklung der in den Warenkörben enthaltenen Produkte wurde anschliessend für die Periode zwischen den Jahren 2004 und 2010 dargestellt und der Entwicklung des Landesindex für Konsumentenpreise (LIK), des spezifischen LIK für Pflegeprodukte und des spezifischen LIK für Toilettenartikel gegenübergestellt (angefochtene Verfügung Rz. 526). Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich nach der Darstellung der Vorinstanz, dass die Preise praktisch aller Warenkörbe mit Produkten der ASCOPA-Mitglieder in der untersuchten Zeitspanne nie gesunken und ausserdem schneller angewachsen sind als der LIK und dessen beide Unterkategorien (LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel; angefochtene Verfügung Rz. 536-538). Da ausserdem die Marktanteile in den Jahren 2004-2007 weitgehend stabil geblieben seien, wertet die Vorinstanz diesen stetigen Preisanstieg hinsichtlich der Produkte der ASCOPA-Mitglieder als ein starkes Indiz für das Vorliegen von Kollusion im ökonomischen Sinne auf den relevanten Märkten (angefochtene Verfügung Rz. 538 i.V.m. 548, 555, 557). Daraus schliesst die Vorinstanz, dass die Parteien Preiserhöhungen tätigen konnten, ohne dabei Marktanteile einbüssen in Kauf nehmen zu müssen. Alternative Erklärungsmodelle (Steigen der Rohstoffpreise oder der Nachfrage) überzeugen nach Ansicht der Vorinstanz nicht. Also bestehen - so die Wettbewerbskommission - keine vernünftigen Zweifel, dass sich der Informationsaustausch auf die Preisfestsetzung ausgewirkt hat (angefochtene Verfügung, Rz. 564, 568, 574 f. und 579).

Nach diesen ökonomischen Untersuchungen betreffend die Preisentwicklungen prüft die Vorinstanz die qualitativen und quantitativen Kriterien der Erheblichkeit, was im Folgenden näher darzustellen ist.

#### **B.g.b.a.c.b** Qualitative Kriterien der Erheblichkeit

Die Vorinstanz bejaht die "qualitativen Kriterien" der Erheblichkeit. Denn es stehe ausser Frage, dass Informationen über Preise ausgetauscht worden seien. Es gelinge den Parteien nicht, die Bedeutung des Preises als Wettbewerbsfaktor in Frage zu stellen. Zudem habe der

Einblick in die Umsatzzahlen und die Werbeausgaben Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten ermöglicht (angefochtene Verfügung, Rz. 640, 647 und 649).

#### **B.g.b.a.c.c** Quantitative Kriterien der Erheblichkeit

Unter dem Titel "Quantitative Kriterien der Erheblichkeit" gemäss Art. 5 Abs. 1 KG hält die Vorinstanz fest, dass kein wirksamer aktueller Wettbewerb vorhanden sei (angefochtene Verfügung Rz. 651-728). Selbst für den Fall, dass davon auszugehen sein sollte, dass nicht sämtliche Hersteller und Distributoren des Luxus- und Prestige-Segments bei ASCOPA vertreten seien, stehe fest, dass allfällige Nichtmitglieder keinen spürbaren (im Sinne von den Wettbewerb begünstigenden Anreizen) disziplinierenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder gehabt hätten (angefochtene Verfügung Rz. 693). Zudem sei eine stagnierende Entwicklung der Marktanteile im für die ASCOPA-Mitglieder relevanten Markt sowie in Bezug auf die Teilmärkte desselben zu beobachten gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 711 ff. mit Anhang VI; vgl. auch Abbildung 29).

Der potenzielle Wettbewerb sei aufgrund hoher Eintrittsbarrieren in den Schweizer Markt ungenügend, da sämtliche der weltweit tätigen Unternehmen in der Luxuskosmetikbranche auf dem Schweizer Markt vertreten seien. Eine neu eintretende Marke müsse sich zuerst ein Image aufbauen, was Jahre in Anspruch nehmen würde (angefochtene Verfügung Rz. 730 f.).

Ausserdem verfügen die Retailer als Marktgegenseite nach Auffassung der Vorinstanz nicht über eine derart ausgeprägte Stellung, dass durch deren Verhandlungsposition das von den Parteien herbeigeführte Kollusionsergebnis auf den relevanten Märkten hätte destabilisiert werden können (angefochtene Verfügung Rz. 754).

Was den Innenwettbewerb betrifft, stehe zwar fest, dass im gesamten Parfum- und Kosmetikmarkt eine relativ grosse Anzahl von Produkten neu eingeführt worden sei. Solche Neueinführungen seien aber nicht mit Innovation gleichzusetzen. Denn Innovation gehe über die Verbesserung eines Produktes oder über eine neue Marketingmethode hinaus. Zudem sei der Wettbewerbsparameter der Werbung durch den Informationsaustausch eingeschränkt worden (angefochtene Verfügung Rz. 760-780). Aus den Marktanteilsverteilungen sei ersichtlich, dass die Neueinführungen keine Auswirkungen gehabt hätten, welche wirksamen Innenwettbewerb sicherstellen würden (angefochtene Verfügung, Rz. 781).

#### **B.g.b.a.c.d** Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG)

Die Vorinstanz verneinte ausserdem das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG (angefochtene Verfügung, Rz. 794 ff.). Zwar habe die Beschwerdeführerin namentlich geltend gemacht, der Informationsaustausch habe zu "einer sinnvolleren Preisfestsetzung" geführt (angefochtene Verfügung, Rz. 801). Diesbezüglich sei indessen festzuhalten, dass unklar sei, worin erstens der volkswirtschaftliche Nutzen der besseren Produktpositionierung und zweitens eine "sinnvollere Preissetzung" bestehe (angefochtene Verfügung, Rz. 807). Deshalb bleibe es bei der Qualifikation des

Informationsaustauschs als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.

### **B.g.b.b** Empfehlungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Empfehlungen betreffend den Mindestwert pro Bestellung, die Lieferkosten und den Umgang mit Rücksendungen seien nach der Auffassung der Vorinstanz beschlossen worden, damit sich die Mitglieder hinter denselben "verschanzen" können. Ausserdem sei mit den Empfehlungen der Zweck zumindest der Einschränkung des Wettbewerbs durch die teilweise einheitliche Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen verfolgt worden (angefochtene Verfügung, Rz. 234 f.). Auch die AGB seien überdies Gegenstand eines Informationsaustauschs gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 230 und 236). Dementsprechend ist gemäss der angefochtenen Verfügung auch in Bezug auf "die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen" von einer kartellrechtswidrigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen.

## **C. Beschwerde der Beschwerdeführerin**

### **C.a** Beschwerdeanträge und prozessuale Begehren

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 6. Januar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Mit Beschwerde vom 6. Januar 2012 werden folgende Anträge gestellt:

- "1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 in Sachen Untersuchung 22-0377 betreffend ASCOPA (Beilage 1) aufzuheben, soweit sie die Beschwerdeführerin betrifft;
2. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz zumindest in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin zu tragenden Verfahrenskosten (Ziff. 5 des Dispositivs) insoweit aufzuheben, als diese auf unnötigerweise verursachten Aufwand der Vorinstanz zurückzuführen sind.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

Gleichzeitig enthält die Beschwerde folgende prozessuale Begehren:

- "1. Es sei mit der Beschwerdeführerin eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.
2. Die vorliegende Beschwerde sei Drittparteien nicht offenzulegen, und zwar sowohl während und nach dem Beschwerdeverfahren wie auch im Zusammenhang mit einer allfälligen Publikation der Entscheidung. Im Falle einer geplanten Offenlegung der vorliegenden Beschwerde und der Entscheidung sei der Beschwerdeführerin vorgängig die Gelegenheit einzuräumen, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und einen Antrag auf Schutz der Geschäftsgeheimnisse zu erstellen.
3. Es seien die Akten der Vorinstanz in der Untersuchung 22-0377 ASCOPA beizuziehen."

### **C.b** Rügen der Beschwerdeführerin

In der Hauptsache wehrt sich die Beschwerdeführerin gegen die Qualifikation des Informationsaustausches als

Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Beschwerde, S. 25 ff.). Eventualiter bestreitet sie die Erheblichkeit einer solchen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (Beschwerde, S. 45 ff.). Selbst wenn von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen wäre, wären die zu beurteilenden Verhaltensweisen durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Beschwerde, S. 54 ff.). "Zusätzlich und subsidiär" kritisiert die Beschwerdeführerin verfahrensrechtliche Fehler der Vorinstanz (Beschwerde, S. 56 ff.).

### **C.b.a** Formelle Rüge betreffend die Akteneinsicht

Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene formelle Rügen. Sie rügt namentlich eine Gehörsverletzung bzw. eine Verletzung ihres Anspruchs auf Akteneinsicht. Diese bestehe darin, dass ihr kein Zugang zu den Datengrundlagen der ökonomischen Berechnungen des Sekretariats gewährt worden sei.

### **C.b.b** Materielle Rügen

**C.b.b.a** Rüge, dass die Vorinstanz zu Unrecht eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG angenommen habe

Die Beschwerdeführerin rügt, es würde entgegen der Darstellung der Vorinstanz weder eine Wettbewerbsabrede noch eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Es fehle am entsprechenden Beweis. Zudem hätte die Vorinstanz nicht zwischen erlaubtem und unerlaubtem Informationsaustausch unterschieden, obwohl der vorliegende Informationsaustausch pro-kompetitiver Art gewesen sei. Ausserdem mangle es an einer Abrede, sobald diese - wie im vorliegenden Fall - keinen Wettbewerbsparameter betreffe. Das Vorliegen einer derartigen Abrede, welche auf Bruttopreise ausgerichtet gewesen wäre, habe die Vorinstanz gerade verneint.

Des Weiteren fehle es an einem Bezwecken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Die Beschwerdeführerin habe nicht beabsichtigt, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, was auch nicht bewiesen worden sei. Sie habe nur einer Preiserosion der Luxuskosmetika entgegenwirken wollen. Zudem würde sich der vorliegende Informationsaustausch nicht auf Absichten bzw. in der Zukunft liegende Sachverhalte beziehen. Demzufolge sei es nicht möglich gewesen, das Preis- oder Werbeverhalten der Wettbewerber zu antizipieren. Auch sei der Austausch von Bruttopreislisen (mangels Offenlegung von Rabatten) nicht geeignet gewesen, die Preispolitik der beteiligten Unternehmen zu beeinflussen. Es würde auch kein Überwachungsmechanismus vorliegen. Der Betrag von Fr. 200.- pro Marke habe bloss der Deckung der administrativen Unkosten gedient, welche ASCOPA durch die Nichtlieferung der Informationen entstanden seien. Dieser Überwachungsmechanismus sei auch so ineffektiv gewesen, dass die Beschwerdeführerin nie "sanktioniert" worden sei, obwohl sie sich nur mit drei Marken am Informationsaustausch beteiligt hatte und in Wirklichkeit noch sieben weitere Marken im Sortiment hatte.

Ausserdem verneint die Beschwerdeführerin das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Es sei nicht bewiesen worden, dass die Erhöhung der Bruttopreise ursächlich für die Erhöhung der Konsumentenpreise gewesen sei; damit seien weder die Tatbestandsmerkmale von Art. 4 Abs. 1 KG noch die

Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG gegeben. Die Kausalität der behaupteten Korrelation zwischen Brutto- und Nettopreisen werde bestritten. Auch eine erhöhte Nachfrage hätte Ursache dieser Preiserhöhung sein können. Nach Ende des Informationsaustausches hätte sich die Preisentwicklung nicht verändert. Zudem seien die ökonomischen Untersuchungen der Vorinstanz nicht methodisch korrekt durchgeführt worden. So fehle es am strikten Beweis eines Bewirkens. So habe die Vorinstanz den falschen Wettbewerbsparameter untersucht. So sei es der Detailhändler, der den Endpreis festsetze und nicht die ASCOPA-Mitglieder. Eigentlich hätte die Vorinstanz lediglich im Verhältnis zwischen den Wettbewerbsteilnehmern - d.h. den ASCOPA-Mitgliedern einerseits und den Detailhändlern andererseits - den relevanten Wettbewerbsparameter prüfen müssen.

### **C.b.b.b Rügen zur Marktabgrenzung**

Die Beschwerdeführerin ist mit der Unterteilung des Kosmetikmarktes in einen Luxusmarkt und Massenmarkt nicht einverstanden. So würde sich beispielsweise ein Lippenstift aus dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt mit einem Lippenstift aus der Produktpalette des Massenmarktes substituieren lassen. Die Segmentierung in die drei Teilmärkte Parfum, Pflege und Make-up sei zudem zu grob. Die Vorinstanz hätte den Markt in mehrere Untersegmente unterteilen müssen.

### **C.b.b.c Rügen zur Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG)**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz nicht aufgezeigt, welcher Wettbewerbsparameter vom Informationsaustausch betroffen gewesen sei. Sie beschränke sich darauf, relevante Wettbewerbsparameter zu benennen, ohne Ausführungen zu deren Einschränkung durch das Verhalten der ASCOPA-Mitglieder zu machen. Hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Werbung und der historischen Umsatzzahlen fehle es ganz an einer Begründung für die Erheblichkeit. Und wenn die Vorinstanz meine, dass die AGB-Empfehlungen im Vergleich zum übrigen Informationsaustausch nicht sehr stark ins Gewicht gefallen sind, so gestehe sie letztlich selber ein, dass die AGB-Empfehlungen unbedenklich gewesen seien.

## **D. Weiteres Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht**

### **D.a Die Vernehmlassung**

Die Vorinstanz reichte am 1. März 2012 ihre Vernehmlassung (nachfolgend: Vernehmlassung) ein mit folgendem Antrag:

"Die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen."

Mit der Vernehmlassung wurden nebst den Vernehmlassungsbeilagen die 87 Ordner umfassenden Vorakten eingereicht. Zusätzlich wurden die Retailerdaten auf einem USB-Stick und die Beilagen 1-5 zur Vernehmlassung eingereicht.

Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung auf die Begründung der angefochtenen Verfügung und kritisiert insbesondere das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten der RBB Economics vom 12. Juli 2011 sowie das Zusatzgutachten der RBB Economics vom 4. Januar 2012. Sie bekräftigt insbesondere, dass die Korrelation zwischen Bruttopreiserhöhungen und

Nettopreiserhöhungen durch das Sekretariat gemäss anerkannten statistischen Methoden ermittelt worden sei. Die Beurteilung der Auswirkung auf den relevanten Markt bleibe dieselbe. Ebenso bleibe die Indizienkette, welche die Kollusion beweise, bestehen.

### **D.b Akteneinsicht**

#### **D.b.a Ausführungen der Parteien**

Wie im Rahmen der Darstellung der Beschwerdebegründung (vgl. Bst. C.b.a hiervor) ausgeführt, macht die Beschwerdeführerin eine Gehörsverletzung geltend durch den Umstand, dass ihr insbesondere kein Zugang zu den Daten betreffend die seitens der Vorinstanz behauptete Korrelation zwischen Bruttolistenpreisen und Endverbraucherpreisen gewährt worden sei (Beschwerde Rz. 98 f., 159). Die Vorinstanz verweist in Bezug auf die Detailhändlerdaten im Rahmen ihrer Vernehmlassung einerseits auf die angefochtene Verfügung und stellt sich andererseits auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor kein diesbezügliches Akteneinsichtsgesuch gestellt habe (Vernehmlassung Rz. 61).

#### **D.b.b Bei der Vorinstanz veranlasste Akteneinsicht**

Mit Eingabe vom 28. März 2012 verlangte die Beschwerdeführerin, nachdem sie hierzu mit Verfügung vom 12. März 2012 Gelegenheit erhalten hatte, Einsicht namentlich in die den ökonomischen Berechnungen der Vorinstanz zugrunde liegenden Daten. Diese seien in Bezug auf den in der angefochtenen Verfügung behaupteten Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den angeblichen Preisentwicklungen von Produkten der ASCOPA-Mitglieder relevant.

Nach entsprechender Vermittlung durch den Instruktionsrichter wurde am 29. Mai 2012 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz Akteneinsicht gewährt, woraufhin die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Juni 2012 erklärte, dass an den Akteneinsichtsbegehren nicht festgehalten werde, soweit diese nicht als erledigt zu betrachten seien. Allerdings werde die Authentizität der Marktdaten bestritten. Nach einem darauffolgenden Schriftenwechsel, namentlich dem Eingang der Ergänzung der Vernehmlassung vom 7. September 2012, hielt der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 10. September 2012 fest, dass ohne anderslautende Anträge davon ausgegangen werden könne, dass die Akteneinsichtsansprüche erledigt sind. In ihrer Replik vom 22. Oktober 2012 legte dann die Beschwerdeführerin dar, dass sie keine weiteren Akteneinsichtsansprüche stelle (Replik Rz. 3).

### **D.c Weitere Verfahrensschritte vor Bundesverwaltungsgericht**

**D.c.a** Die Beschwerdeführerin reichte am 22. Oktober 2012 ihre Replik ein mit den folgenden Anträgen:

"Die Beschwerdeführerin hält an ihren Anträgen zur Sache (Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 in Sachen Untersuchung 22-0377 betreffend ASCOPA, eventualiter Reduktion der Verfahrenskosten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz) und mit Bezug auf das Verfahren (öffentliche Parteiverhandlung, Schutz der Geschäftsheimnisse, wie in ihrer Beschwerde vom 6. Januar 2012 beantragt), vollumfänglich und unverändert fest."

Der Replik vom 22. Oktober 2012 lagen zwei neue Berichte der RBB vom 27. September 2012 und vom 10. Oktober 2012 bei (nachfolgend: RBB-Bericht vom 27. September 2012 bzw. vom 10. Oktober 2012). Der RBB-Bericht vom 27. September 2012 bezieht sich auf die Ergänzung der Vernehmlassung vom 7. September 2012, welche wiederum Aussagen zum RBB-Bericht vom 29. Mai 2012 enthält. Der RBB-Bericht vom 10. Oktober 2012 setzt sich mit den Argumenten der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 1. März 2012 auseinander. Die Beschwerdeführerin hält fest, die Vorinstanz habe mit ihren Eingaben nichts zur Erhärtung ihrer Position beigetragen. Sie wirft der Vorinstanz insbesondere vor, den Informationsaustausch, soweit er von Art. 5 KG erfasst werden solle, als abstraktes Gefährdungsdelikt zu verstehen. Art. 5 KG verlange vielmehr eine Wirkung im Sinne einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Ein "per se"-Verbot könne nicht auf Art. 5 KG abgestützt werden. Aufgrund der Akteneinsicht habe anhand der Detailhändlerdaten und der Berechnungen des Sekretariats bestätigt werden können, dass kein Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und angeblichen Preiserhöhungen bewiesen werden könne.

**D.c.b** Mit Duplik vom 12. Dezember 2012 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen vollumfänglich fest. Sie kritisiert in diesem Zusammenhang insbesondere sämtliche Berichte der RBB; auch die mit der Replik eingereichten RBB-Berichte erfüllen ihrer Auffassung nach die wissenschaftlichen Anforderungen an ökonomische Gutachten nicht. Entscheidend sei der Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den beobachteten Preisentwicklungen der Produkte.

**D.c.c** Mit Eingabe vom 8. Februar 2013 nahm die Beschwerdeführerin zur Duplik Stellung (nachfolgend: Stellungnahme zur Duplik). Sie hält darin an den bisher gestellten Anträgen vollumfänglich fest.

Die Beschwerdeführerin reichte als Beilage zu derselben einen weiteren englischen RBB-Bericht mit deutscher Übersetzung ein. Sowohl der Bericht wie auch seine deutsche Übersetzung sind auf den 6. Februar 2013 datiert (nachfolgend: RBB-Bericht 2013, Beilage 1 zur Stellungnahme zur Duplik). Der RBB-Bericht 2013 greift die wichtigsten ökonomischen Argumente der Duplik der Vorinstanz auf. Rechtlich vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass in nicht-oligopolistischen Märkten ein Parallelverhalten generell nicht für die Bejahung einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG genügt. Ausserdem lasse sich die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach kein vernünftiger Zweifel daran bestehen könne, dass der Informationsaustausch kausal für die angeblich beobachteten Preisentwicklungen gewesen sei, nicht halten.

**D.c.d** Die Vorinstanz reichte ihre gemäss instruktionsrichterlicher Anordnung auf den RRB-Bericht vom 6. Februar 2013 beschränkte Stellungnahme am 11. März 2013 ein (nachfolgend: Stellungnahme der Vorinstanz vom 11. März 2013).

**D.c.e** Mit Verfügung vom 18. März 2013 wurde der Schriftenwechsel geschlossen. In diesem Rahmen wies der Instruktionsrichter darauf hin, dass zwar einerseits das Replikrecht zu beachten sei, dieses aber andererseits in der von der Beschwerdeführerin beantragten öffentlichen Verhandlung gewährleistet werden könne.

**D.c.f** Nach Abschluss des Schriftenwechsels erfolgten weitere kleinere Prozessschritte zur Klärung einzelner Fragen bzw. zum Einholen von fehlenden Akten. So hielt der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 16. Februar 2016 nach Rücksprache mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin fest, dass die Umsatzzahlenanteile der Beschwerdeführerin, welche in der bereinigten Version der angefochtenen Verfügung als Geschäftsgeheimnis - und somit nicht erkenntlich - dargestellt wurden (angefochtene Verfügung, Rz. 696, Abbildung 30), im vorliegenden Urteil mit Blick auf das Einverständnis der Beschwerdeführerin offen gelegt werden dürfen. Dasselbe gilt gemäss Verfügung vom 12. Mai 2016 für die namentliche Nennung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Urteil.

Auf Frage hin teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 14. Oktober 2016 dem Instruktionsrichter mit, dass die Beschwerdeführerin damit einverstanden sei, dass die Umsatzangaben des Jahresberichtes der Beschwerdeführerin, welche auf Seite 18 in Tabelle 2 der Duplik der Vorinstanz dargelegt werden, im Urteil genannt werden.

**D.c.g** Am 6. November 2017 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, eine detaillierte Kostennote gemäss Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE) ein. Dies führte zu einer ersten Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote vom 4. Dezember 2017, zu einer Replik zur Kostennote vom 18. Januar 2018 und zu einer Duplik zur Kostennote vom 12. Februar 2018. Nach Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine weitere Stellungnahme wurde der Schriftenwechsel betreffend die Kostennote mit Verfügung vom 27. April 2018 geschlossen.

**D.c.h** Mit Verfügung vom 27. April 2018 wurde der Beschwerdeführerin ausserdem Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, ob sie an ihrem Antrag betreffend eine öffentliche Verhandlung festhalte bzw. ob sie die Ansetzung einer Frist für eine abschliessende schriftliche Stellungnahme wünsche. Dabei wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass Stillschweigen als Verzicht sowohl auf eine öffentliche Verhandlung als auch auf eine abschliessende schriftliche Stellungnahme gelte.

Mit Eingabe vom 30. Mai 2018 legte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist dar, dass sie von der Möglichkeit einer abschliessenden schriftlichen Stellungnahme Gebrauch machen möchte und daher um Ansetzung einer angemessenen Frist hierfür ersuche, was mit Verfügung vom 31. Mai 2018 angeordnet wurde.

Die Beschwerdeführerin reichte innert erstreckter Frist am 24. August 2018 ihre abschliessende Stellungnahme (nachfolgend: Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018) ein. Der Instruktionsrichter teilte den Beteiligten mit Verfügung vom 27. August 2018 mit, dass ohne anders lautende Anträge davon ausgegangen werde, dass sich weitere Stellungnahmen erübrigen und der Schriftenwechsel geschlossen werden könne.

Mit Eingabe vom 3. September 2018 (nachfolgend: Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018) erklärte die Vorinstanz zwar den Verzicht auf eine weitergehende Stellungnahme, äusserte sich aber zugleich zu einigen

Punkten der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018.

Nachdem die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. September 2018 erklärte, auf eine weitere Stellungnahme zu verzichten, wurde der Schriftenwechsel mit Verfügung vom 20. September 2018 geschlossen.

**D.c.i** Mit Eingabe vom 12. Februar 2019 teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin in Bezug auf das prozessuale Begehren auf Nichtoffenlegung der Beschwerde mit, dass seine Klientschaft mit dem durch den Instruktionsrichter beschriebenen Vorgehen betreffend die Internetpublikation des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse einverstanden sei, sofern die Vorinstanz dieses Urteil gegenüber Dritten nur in der für die Internetpublikation verwendeten Version offenlege.

**D.c.j** Mit Schreiben vom 5. Februar 2021 gelangte die WEKO an das Bundesverwaltungsgericht mit einer Anfrage zum Verfahrensstand.

**D.c.k** Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 1 "Erne").

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer der in den Art. 33 VGG genannten Vorinstanzen erlassen werden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Verfügungen sind autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergehen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 135 II 38 E. 4.3; BVGE 2011/32 "Swisscom-Terminierung", nicht publizierte E. 1.1; vgl. auch FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2016, Art. 5 VwVG N 19 f. mit Hinweisen, nachfolgend: VwVG Praxiskommentar-BEARBEITER).

**1.2** Der angefochtene Entscheid der Wettbewerbskommission vom 31. Oktober 2011 enthält einerseits eine Feststellung, wonach die mehreren ASCOPA-Mitgliedern vorgeworfenen Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind. Zugleich wird den Adressaten der Feststellungsverfügung die Einhaltung der Abreden bezüglich des Austausches von Bruttopreislisten, von nicht aggregierten Umsatzangaben und von Bruttowerbeausgaben und über die Angleichung der allgemeinen

Geschäftsbedingungen verboten. Ausserdem wird im Falle von Zuwiderhandlungen eine Sanktion gemäss Art. 50 KG angedroht. Demnach entspricht der Gehalt der vorinstanzlichen Anordnung dem Verfügungsbegriff im Sinne von Art. 5 VwVG. Die Vorinstanz, die die Verfügung erlassen hat, ist eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG (Urteile des BVGer B-807/2012 E. 1.1 "Erne" sowie B-364/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 1.1 "Pfizer I"; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Auflage, Basel 2013, Rz. 1.34, nachfolgend: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER). Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig ist (Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG).

**1.3** Das Anfechtungsobjekt bildet den Rahmen der Beschwerde. Teil des Streitgegenstands kann nur sein, was bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder allenfalls hätte sein sollen und was gemäss der Dispositionsmaxime zwischen den Parteien noch strittig ist. Letzteres ergibt sich wiederum aus den Parteibegehren, insbesondere den Beschwerdeanträgen (BGE 136 II 457 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 8.2.2 "Hallenstadion-Ticketcorner"; Urteil des BVGer B-807/2012 E. 2 "Erne"). Im vorliegenden Fall wird seitens der Beschwerdeführerin der Jahresbericht der Vorinstanz, welcher den Inhalt der angefochtenen Verfügung zusammenfasst (RPW 2012/1 S. 3), beanstandet (Replik, Rz. 10 ff.). Dieser liegt sowohl ausserhalb des Anfechtungsobjekts als auch ausserhalb der Beschwerdeanträge. Demnach ist auf diesbezügliche Rügen nicht einzugehen, soweit die Beschwerdeführerin sich nicht darauf beschränkt, aus den in Frage stehenden Textpassagen Argumente zum Verständnis der angefochtenen Verfügung zu gewinnen. Mit derselben Begründung hat die Beschwerdeführerin auch keinen Anspruch auf Behandlung ihrer Rüge im Sinne einer Feststellung, wonach die Vorinstanz gar nie eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) hätte eröffnen dürfen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 22 f.).

Nach der Rechtsprechung kommt der Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung keine Verfügungsqualität zu (BGE 135 II 60 E. 3.1.3 "Maestro"; Urteil des BVGer B-3989/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 1.3 "Dargaud [Suisse] SA"; KENJI IZUMI/ALEXANDRA BAUR, in: Roger Zäch et alii [Hrsg.], KG - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, Art. 27 KG N 30 f., nachfolgend: DIKE-KG).

**1.4** Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist somit formell beschwert im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG. Zudem ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung namentlich infolge des Verbots, der Sanktionierung im Wiederholungsfall und der Kostenauflegung (Ziff. 1, 2 und 5 des Dispositivs) besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Das gilt aber auch in Bezug auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens (Urteil des



Bundesgerichts 2C\_73/2014 "Apotheker-Hors-Liste I vom 28. Januar 2015 E. 2.3.2 mit Hinweisen), was auch die Vorinstanz nicht in Frage stellt. Die Beschwerdeführerin ist damit zur Beschwerde legitimiert.

**1.5** Gemäss Art. 49 Bst. a -c VwVG kann die Beschwerdeführerin mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Bst. b), wie auch die Unangemessenheit rügen. Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz indessen vorwirft, die einen "leading case" betreffende angefochtene Verfügung biete den Unternehmen zu wenig Orientierung betreffend die Frage, welches Verhalten zulässig und welches unzulässig ist (Beschwerde, Rz. 10 f., 12 f. und 22), hat sie im Rechtsmittelverfahren jedenfalls keinen Anspruch darauf, dass sich die Beschwerdeinstanz über die Falllösung hinaus im Sinne von generell-abstrakten Empfehlungen zur Zulässigkeit des Austausches von Informationen äussert.

**1.6** Die gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG zu beachtende Beschwerdefrist ist gewahrt. Die Beschwerdeschrift erfüllt die gesetzlichen Anforderungen an Inhalt und Form (52 Abs. 1 VwVG). Ebenso haben sich die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Da auch der Kostenvorschuss fristgemäss bezahlt worden ist (Art. 63 Abs. 4 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

## 2. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

**2.1** Gemäss Art. 1 KG bezweckt das Kartellgesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (BGE 129 II 18 E. 3 "Buchpreisbindung I"; BVGE 2011/32 "Swisscom-Terminierung", nicht publizierte E. 3.1).

Zum Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gehören neben dem sachlichen (Art. 2 Abs. 1 KG) und örtlichen Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 2 KG) der persönliche Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG; BGE 144 II 194, nicht publizierte E. 3 "BMW"). Nach der Rechtsprechung enthält auch der Vorbehalt von anderen gesetzlichen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG im Ergebnis eine komplizierte Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes (BGE 141 II 66 E. 2.2.7 "Pfizer I").

### 2.2 Persönlicher Geltungsbereich

In persönlicher Hinsicht gilt das Kartellgesetz gestützt auf Art. 2 Abs. 1 KG für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Als Unternehmen gelten gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Vom Gesetz erfasst werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 533; nachfolgend: Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff.). Das Kartellgesetz folgt in Bezug auf den Unternehmensbegriff einer wirt-

schaftlichen Betrachtungsweise (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 3.1.1 mit Hinweisen "Erne"; vgl. dazu grundlegend JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, KG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 2 KG N 4). Die Beschwerdeführerin ist Anbieterin von Waren aus dem Kosmetikbereich und tritt als GmbH bzw. als privates Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG im Wirtschaftsverkehr auf. In dieser Eigenschaft war sie auch Verbandsmitglied von ASCOPA (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 12 und Abbildung 1) sowie von 1999 bis 2008 Mitglied des Komitees (Vorstand) von ASCOPA (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 17 und Abbildung 2; siehe zur Rolle der Beschwerdeführerin ausführlich E. 4.4.3.3 hiernach). Zur "Teilnahme am Spiel von Angebot und Nachfrage" (MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl., 2021, Art. 2 KG N 51, nachfolgend: BSK KG-Bearbeiter) gehört auch die Vertretung der Interessen des Unternehmens in einem Branchenverband. Damit fällt die Beschwerdeführerin unter den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Ob dies auch für den Verband ASCOPA gilt, was die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Rz. 387; vgl. E. 4.4.3.8.2 hiernach) offen gelassen hat, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner weiteren Erörterungen.

### 2.3 Sachlicher Geltungsbereich

**2.3.1** In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartelle oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG; Urteil des BVGer B-3332/2011 vom 13. November 2015 E. 2.2.1 "BMW"). Gemäss der Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt jedoch noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. Es geht bloss darum, ob ein Sachverhalt überhaupt unter das Kartellrecht zu subsumieren ist (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 533; BSK-KG MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, Art. 2 KG N 62).

Der sachliche Geltungsbereich in Art. 2 Abs. 1 KG bezieht sich namentlich auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden. Die gleichzeitige Verwendung der Begriffe "Kartell" und "Wettbewerbsabrede" will deutlich machen, dass das revidierte Kartellgesetz (1995) im Vergleich zum früheren Recht einen wesentlich erweiterten Geltungsbereich hat. Es werden nicht nur horizontale, sondern auch vertikale Abreden erfasst (RETO HEIZMANN/MICHAEL MEYER, DIKE-KG, Art. 2 KG N 44; BORER, KG-Kommentar, Art. 2 KG N 13). Dabei wird auf die Legaldefinition einer Wettbewerbsabrede in Art. 4 Abs. 1 KG Bezug genommen. Allerdings dürfen die beiden Gesetzesbestimmungen in Art. 2 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG einander nicht systematisch gleichgestellt werden (ROLF H. WEBER, Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren/David [Hrsg.], SIWR V/2, Wettbewerbsrecht, 2000, S. 40, nachfolgend: BEARBEITER, in: SIWR V/2). Daher ist zur Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten in den sachlichen Anwendungsbereich fällt, zu prüfen, ob sachverhaltlich eine Konstellation gegeben ist,

welche in hinreichender Weise darauf hindeutet, dass eine Wettbewerbsabrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Diese Prüfung muss indessen im Rahmen des Geltungsbereichs im Unterschied zur Prüfung der Abredequalität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht in vollem Umfang erfolgen (vgl. zur selben Überlegung betreffend den örtlichen Geltungsbereich bzw. das Auswirkungsprinzip BGE 143 II 297 E. 3.2.3 "Gaba" sowie zur Schnittmenge zwischen sachlichem und räumlichem Anwendungsbereich das Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.3.3 "Nikon"). Das bedeutet nach der Rechtsprechung aber nicht, dass der sachliche Anwendungsbereich im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 KG gar nicht zu prüfen ist (vgl. dazu BSK-KG MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, Art. 2 KG N 54 ff.). Es genügt vielmehr, wenn aufgrund einer vorläufigen Beurteilung hinreichend plausibel erscheint, dass ein Verhalten unter Wettbewerbern als Wettbewerbsabrede bzw. als abgestimmte Verhaltensweise gewertet werden könnte. In diesem Fall fällt das zu beurteilende Verhalten in den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Dementsprechend hat die Unterstellung unter den namentlich sachlichen - Geltungsbereich des Kartellgesetzes für die betroffenen Unternehmen zur Folge, dass die Wettbewerbsbehörden die im Kartellgesetz vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen einleiten können (BORER, KG-Kommentar, zu Art. 2 KG N 16).

**2.3.2** Im vorliegenden Fall tauschten die Mitglieder des Branchenverbandes ASCOPA, darunter die Beschwerdeführerin, gestützt auf entsprechende Verbandsbeschlüsse mit Hilfe von ASCOPA Brutto-Preislisten, Bruttoumsatzzahlen und Angaben betreffend die Werbeinvestitionen aus und gaben den Verbandsmitgliedern in Bezug auf bestimmte Konditionen Empfehlungen betreffend die Formulierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ab (vgl. zur Abredequalität von Branchenverbandsbeschlüssen ausführlich E. 4.4.3.1.4, E. 4.4.3.2 und E. 7.1.4 hiernach). Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hin, dass nicht jeder Informationsaustausch aus kartellrechtlicher Sicht problematisch erscheint. Im vorliegenden Fall ist in Bezug auf den Kontext zu berücksichtigen, dass etwa anlässlich der Generalversammlung der ASCOPA vom 4. Juni 2002 festgehalten wurde, es sei zu vermeiden, dass die Marken zu Discountpreisen verkauft würden (angefochtene Verfügung Rz. 59 mit Hinweis auf das Protokoll der Generalversammlung vom 4. Juni 2002, act. 2, Beilage A 20, S. 5). Damit stellt sich namentlich die Frage, inwieweit der Austausch von Informationen betreffend Bruttopreise, Umsatzdaten und Werbekosten als Marktberuhigungsinstrument oder sogar als "nearly perfect substitute" für eine eigentliche Preisabsprache dienen kann (vgl. zum Ganzen FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Information exchange agreements, in: Ioannis Lianos/Damien Geradin [Hrsg.], Handbook on European Competition Law, 2013, S. 130) bzw. im vorliegenden Fall gedient hat. Da nach dem Gesagten durchaus die Möglichkeit besteht, dass dieses Vorgehen und ebenso die Empfehlungen betreffend bestimmte Klauseln der allgemeinen Geschäftsbedingungen als eine Wettbewerbsabrede oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gewertet werden könnte, ist der sachliche Geltungsbereich des Kartellrechts gegeben. Dementsprechend kann der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht

beigepflichtet werden, wenn sie geltend macht, die Untersuchung wäre mit Blick auf die Qualität der zu beurteilenden Verhaltensweisen (trotz des Vorliegens zweier Selbstanzeigen) in einer Frühphase einzustellen gewesen (Beschwerde, Rz. 20). Für die Eröffnung einer Untersuchung genügen hinreichende Anhaltspunkte (I-ZUMI/BAUR, DIKE-KG, Art. 27 N 7). Ein allfälliger Bagatelldarakter mit Blick auf die Frage nach der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. E. 6.3.1 hiernach) bedeutet entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 23) nicht zugleich Bagatelldarakter im Lichte von Art. 2 KG.

## 2.4 Räumlicher Geltungsbereich

In geographischer Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG). Die Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten in den räumlichen Geltungsbereich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG fällt, setzt keine vertiefte Prüfung der Auswirkungen voraus. Diese sind vielmehr Gegenstand der materiellen Prüfung. Es geht insbesondere bei der Beurteilung von Auslandsachverhalten bloss darum, ob sich diese auf die Schweiz auswirken oder auswirken können (BGE 143 II 297 "Gaba" E. 3.2.3 und E. 3.3; Urteil des BVGer B-581/2012 E. 4.3.4 "Nikon" mit Hinweisen auf kritische Lehrmeinungen zu dieser Rechtsprechung).

Vorliegend sind die zu beurteilenden Verhaltensweisen unbestrittenermassen auf den schweizerischen Markt ausgerichtet. Dies gilt namentlich auch für die ausgetauschten Daten. Auf den Marktanteil der Beschwerdeführerin mit Sitz in Zürich in der schweizerischen Kosmetikbranche braucht im vorliegenden Zusammenhang noch nicht eingegangen zu werden. Der örtliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist ohne Weiteres gegeben.

## 2.5 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

Die Verfahrensbeteiligten nennen hinsichtlich des Verhältnisses zu anderen Rechtsvorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG (vgl. dazu BGE 141 II 66 E. 2.2 "Pfizer I") keine Bestimmungen, welche im Sinne dieses Artikels vorbehalten wären und damit den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes einschränken würden. Solche vorbehaltenen Vorschriften sind auch nicht ersichtlich.

## 2.6 Fazit zum Anwendungsbereich

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch wie auch die Empfehlungen zu den Geschäftsbedingungen sowohl in den persönlichen als auch in den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen.

## 3. Prozessuale Begehren und verfahrensrechtliche Rügen

### 3.1 Prozessuale Begehren

#### 3.1.1 Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung / Wahrung des Replikrechts

**3.1.1.1** Soweit zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) zu beurteilen sind, ordnet der Instruktionsrichter beziehungsweise die Instruktions-

richterin eine öffentliche Parteiverhandlung an, wenn dies von einer Partei verlangt wird (Art. 40 Abs. 1 Bst. a VGG).

Im schriftlichen Verfahren in Verwaltungssachen hat der rechtsuchende Private jeweils das letzte Wort, was einerseits im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches /Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und andererseits im Grundsatz des "fair trial" gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK seine Grundlage findet (BGE 138 I 484 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.47, 3.50).

**3.1.1.2** Vorliegend ist mit Beschwerde vom 6. Januar 2012 eine öffentliche Parteiverhandlung beantragt worden (Beschwerde, prozessuales Begehren Nr. 1). Die Beschwerdeführerin hat sowohl in ihrer Replik vom 22. Oktober 2012 als auch in ihrer Stellungnahme zur Duplik vom 8. Februar 2013 an diesem Antrag festgehalten.

Mit Verfügung vom 27. April 2018 setzte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin Frist an, um sich dazu zu äussern, ob sie an ihrem Antrag betreffend eine öffentliche Verhandlung festhält bzw. ob sie die Ansetzung einer Frist für eine abschliessende schriftliche Stellungnahme wünsche (vgl. Sachverhalt Bst. D.c.h). Dabei wurde die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Stillschweigen als Verzicht auf die beantragte öffentliche Verhandlung und auf eine abschliessende Stellungnahme gelte. Die Beschwerdeführerin ersuchte unter Stillschweigen zum Antrag auf öffentliche Verhandlung um Ansetzung einer Frist für eine abschliessende schriftliche Stellungnahme, welche sie schliesslich am 24. August 2018 einreichte. Mit Eingabe vom 19. September 2018 legte die Beschwerdeführerin dar, dass auch die letzte Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018 keine Behauptungen enthalte, welche die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer vorangehenden Stellungnahme vom 24. August 2018 entkräften würden, weshalb die Beschwerdeführerin auf eine weitere Stellungnahme verzichte. Damit hat die Beschwerdeführerin einerseits gültig auf den Antrag auf öffentliche Verhandlung verzichtet. Andererseits ist dem Replikrecht vollumfänglich Genüge getan.

### **3.1.2 Prozessuales Begehren zur Nichtoffenlegung der Beschwerde**

Des Weiteren beantragt die Beschwerdeführerin, die vorliegende Beschwerde sei Drittparteien nicht offenzulegen, und zwar weder während noch nach dem Beschwerdeverfahren, insbesondere im Zusammenhang mit einer allfälligen Publikation der Entscheidung. Im Falle einer Offenlegung der Beschwerde müsse die Beschwerdeführerin die Möglichkeit haben, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und einen Antrag auf Schutz der Geschäftsgeheimnisse zu stellen.

Anträge, welche im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielen, sind im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen (Urteile des BVGer B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 2.2 "Bayer I [Schweiz] AG"; B-844/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 1.4 f. "Bayer II [Schweiz] AG").

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion der Offenlegung verschiedener in der angefochtenen Verfügung als

Geschäftsgeheimnis abgedeckter Tatsachen zugestimmt hat (vgl. Sachverhalt Bst. D.c.f).

Mit Verfügung vom 9. Januar 2019 nahm der Instruktionsrichter mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin Kontakt auf, damit sich die Beschwerdeführerin dazu äussere, wie ihr Antrag auf Nichtoffenlegung der Beschwerde zu verstehen sei (vgl. Sachverhalt Bst. D.c.i). Am 12. Februar 2019 äusserte sich die Beschwerdeführerin dahingehend, dass ihrem Antrag Genüge getan werde, wenn sichergestellt sei, dass die Internetpublikation des Urteils unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse erfolge. Bedingung sei, dass auch die Vorinstanz das Urteil gegenüber Dritten nur in der für die Internetpublikation verwendeten Version offenlege. Damit wird dem Antrag der Beschwerdeführerin in dieser präzisierten Form zu entsprechen sein.

### **3.1.3 Antrag auf Beizug der vorinstanzlichen Akten und Akteneinsichtsbegehren**

Des Weiteren hat die Beschwerdeführerin beantragt, dass die vorinstanzlichen Akten des Untersuchungsverfahrens 22-0377 betreffend ASCOPA beizuziehen seien. Die Vorinstanz hat im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 1. März 2012 die gesamten Akten (87 Ordner) eingereicht. Mit separatem Schreiben ebenfalls vom 1. März 2012 ist dem Gericht ausserdem ein USB-Stick mit Retailer-Daten zugestellt worden. Auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin nachgereicht worden ist das Aktenverzeichnis, welches der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 8. März 2012 zugestellt worden ist. Wie sich aus dem Sachverhalt (Bst. D.c.f) ergibt, hat das Bundesverwaltungsgericht im Verlaufe der Instruktion fehlende Aktenstücke nachgefordert. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Antrag der Beschwerdeführerin nicht über die in Art. 57 Abs. 1 VwVG statuierte gesetzliche Pflicht, die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren zur Vorlage ihrer Akten aufzufordern, hinausgeht (vgl. dazu BVGE 2012/24 E. 3.4.3, Praxiskommentar VwVG-SEETHALER/PLÜSS, Art. 57 N 7 VwVG, und ANDRÉ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [nachfolgend: VwVG-Kommentar], 2. Aufl. 2019, Art. 57 N 21). Da die Beschwerdeführerin indessen nicht bestreitet, dass das Bundesverwaltungsgericht nach Abschluss der Instruktion im Besitze der relevanten Akten ist, kann festgehalten werden, dass dem Begehren der Beschwerdeführerin jedenfalls entsprochen worden ist. Auf das am 28. März 2012 gestellte Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin (vgl. Sachverhalt Bst. D.b.b) ist im Folgenden im Rahmen der Rüge einzugehen, wonach die Vorinstanz das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt habe (vgl. E. 3.2.4 hiernach).

## **3.2 Verfahrensrechtliche Rügen**

### **3.2.1 Verletzung der Unschuldsvermutung, des Untersuchungsgrundsatzes und mangelhafte Beweisführung**

#### **3.2.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

**3.2.1.1.1** Die Beschwerdeführerin führt zunächst aus, dass die Vorinstanz die Beweisführungslast in Bezug auf Sachverhaltselemente trage. So komme die Unschuldsvermutung (in dubio pro reo), welche auf Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK beruhe, auch in einem

kartellrechtlichen Verfahren zur Anwendung, das zu einer Sanktion führen kann, unabhängig davon, ob diese Sanktion tatsächlich ausgesprochen wird. So resultiere aus der Unschuldsvermutung eine Beweiswürdigungsregel und eine Beweislastregel (Beschwerde Rz. 145 f.; Replik Rz. 56, 96).

**3.2.1.1.2** So dürfe sich die Behörde nicht von der Existenz des für den Angeklagten ungünstigeren Sachverhalts überzeugen, sofern bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt tatsächlich so verwirklicht hat. Die Behörde müsse zu einem so hohen Grad an Wahrscheinlichkeit überzeugt sein, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben. Blosser Vermutungen, wie Möglichkeiten, stellen nach Ansicht der Beschwerdeführerin keine hinreichenden Sachverhaltsfeststellungen dar (Beschwerde Rz. 147, 185). So haben die Vorinstanz, wie auch ihr Sekretariat, sowohl entlastende wie auch belastende Sachverhaltselemente entsprechend dem Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 12 VwVG zu untersuchen (Beschwerde Rz. 146).

**3.2.1.1.3** Des Weiteren vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 1 KG sowie das Fehlen von Rechtfertigungsgründen nicht über begründete Zweifel hinaus bewiesen worden seien. Es sei diesbezüglich nicht einmal der Beweisgrad der hier nicht anzuwendenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit erfüllt worden. Zudem sei der Markt der Luxuskosmetik äusserst fragmentiert und daher ungeeignet für Kollusion. Daher hätten Kollusion und sonstige Auswirkungen des Informationsaustausches allenfalls sogar strikte nachgewiesen werden müssen (Beschwerde Rz. 14 f., 18, 23, 79, 106 f., 114, 149 ff., 154, 182; Replik Rz. 13, 16 ff., 21 ff., 34, 36 f., 43, 72, 85 f., 89; Stellungnahme zur Duplik Rz. 8 ff.; 11 ff., 19 ff.; 29; 50). Zudem sei es nicht sachgerecht, wenn die Vorinstanz zum Beispiel die Aussage, "alternative Erklärungsversuche der Parteien seien nicht plausibel" (angefochtene Verfügung Rz. 538), in ihre Begründung einfliessen lasse (Beschwerde Rz. 152). Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes dürfe die Vorinstanz nicht allzu schnelle Schlussfolgerungen ziehen. Zudem müsse sie sich mit anderen möglichen Ursachen der festgestellten Preiserhöhungen auseinandersetzen (Replik Rz. 91).

**3.2.1.1.4** Des Weiteren müssten die rechtserheblichen Sachverhaltselemente für jede Partei - insbesondere für die Beschwerdeführerin - individuell erstellt sein. Die Vorinstanz hätte besonders die unterschiedlichen Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin berücksichtigen und hieraus die richtigen Schlussfolgerungen ziehen sollen (Beschwerde Rz. 148, 151). Auch würden die Ausführungen zur Mittäterschaft die Vorinstanz nicht von der Pflicht entbinden, den erforderlichen Beweisgrad nachzuweisen. Es stellt sich demzufolge die Frage, ob jedes ASCOPA-Mitglied - insbesondere die Beschwerdeführerin - an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war (Beschwerde Rz. 148, 160 f.; Replik Rz. 97).

### **3.2.1.2 Vorbringen der Vorinstanz**

**3.2.1.2.1** Die Vorinstanz legt dar, dass sich Ausführungen zu Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK sowie zu Art. 7 EMRK erübrigen, da es sich um eine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handle, welche keine Sanktionen nach sich ziehe. Das

Verwaltungsstrafrecht sei lediglich bei einer Widerhandlung gegen die angefochtene Verfügung i.S.v. Art. 54 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 KG anwendbar, wogegen auf das vorliegende Verfahren gemäss Art. 39 KG das VwVG anwendbar sei (angefochtene Verfügung Rz. 279).

**3.2.1.2.2** Die Vorinstanz beruft sich auf die Mittäterschaft. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelte als Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, sodass er als Hauptbeteiligter dastehe. Demzufolge sei es für die Qualifikation des Täters nicht von Relevanz, ob jedes einzelne ASCOPA-Mitglied an den Komitee-Sitzungen dabei gewesen sei oder jede einzelne Handlung des Informationsaustausches selber ausgeführt habe. Bei der Beurteilung eines Kartells gehe es schon aufgrund der Tatsache, dass mehrere Parteien zusammenwirken, nicht um individuelle Auswirkungen (angefochtene Verfügung 252 ff.). Die Vorinstanz legt zudem dar, sie habe sachverhaltlich zugunsten der Beschwerdeführerin festgehalten, dass der Preisanstieg der Produkte der Beschwerdeführerin im Vergleich mit den anderen ASCOPA-Mitgliedern moderat verlaufen sei (angefochtene Verfügung Rz. 544 ff., Vernehmlassung Rz. 16 f.).

### **3.2.1.3 Grundlagen betreffend die Unschuldsvermutung**

**3.2.1.3.1** Nach der Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Diese Verfassungsbestimmung orientiert sich namentlich an Art. 6 Abs. 2 EMRK (HANS VEST, in: Bernhard Ehrenzeller et alii [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 32 N 5, nachfolgend: BEARBEITER, in: St. Galler-BV Kommentar). Zugleich ist die Unschuldsvermutung in Art. 10 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) verankert (vgl. zum Ganzen etwa das Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1 "Nikon"). Voraussetzung des in Frage stehenden Individualrechtsanspruchs (auch gemäss Art. 32 Abs. 1 BV) ist die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK "in seinem strafrechtlichen Teil" (CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PAVEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 Rz. 4, 139, nachfolgend: GRABENWARTER/PAVEL).

**3.2.1.3.2** Aus dem Prinzip der Unschuldsvermutung bzw. dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist einerseits im Sinne einer Beweislastregel abzuleiten, dass die Beweislast grundsätzlich bei der Anklage liegt und sich Zweifel zugunsten des Angeklagten auswirken. Diese Regel ist auch dann verletzt, wenn sich aus der Begründung implizit ergibt, dass der Strafrichter fälschlicherweise davon ausgeht, der Angeklagte habe seine Unschuld zu beweisen, und dass er ihn verurteilt, weil ihm dieser Beweis misslang (vgl. dazu grundlegend BGE 120 Ia 31 E. 2c i.V.m. E. 3 und für das Kartellrecht etwa das Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2 "Umbricht" sowie das Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.5.3 mit Hinweisen "Nikon"). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime "in dubio pro reo" andererseits, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der

Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.3; vgl. dazu grundlegend 127 I 38 E. 2a). Der Grundsatz "in dubio pro reo" gilt nur für Tatfragen, nicht aber für Rechtsfragen. Demzufolge unterliegen allfällige Unschärfen bei den Rechtsbegriffen den Regeln der Gesetzesinterpretation (BGE 139 I 72 E. 8.3.1 "Publigruppe"; Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1 "Nikon").

**3.2.1.3.3** Die kartellrechtliche direkte Sanktion nach Art. 49a KG ist nach der Rechtsprechung strafrechtsähnlicher Natur (BGE 147 II 72 E. 8.2 "Pfizer II"; BGE 146 II 217 E. 8.1 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; BGE 143 II 297 E. 9.1 "Gaba"; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 "Publigruppe"; Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.1 mit Hinweisen "Nikon"). Die strafprozessualen Garantien gelten indessen nicht absolut; vielmehr sind sämtliche involvierten Interessen einzelfallbezogen gegeneinander abzuwägen (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 6.3 "Erne" mit Hinweis auf BGE 140 II 384 E. 3.3.5 "Spielbank").

#### **3.2.1.4** *Gerichtliche Würdigung betreffend die Unschuldsvermutung*

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Unschuldsvermutung komme in einem Kartellverfahren, das zu einer Sanktion führen kann, in jedem Fall zur Anwendung. Dies unabhängig davon ob - wie im ersten Verfügungsentwurf vorgeschlagen - eine Sanktion verhängt wird oder ob - wie in der angefochtenen Verfügung gestützt auf den zweiten Verfügungsentwurf geschehen - auf eine Sanktion verzichtet wird (vgl. E. 3.2.1.1.1 hiervor). Demgegenüber geht die Vorinstanz davon aus, dass mangels Sanktion keine Ausführungen erforderlich sind zur Frage, ob der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches oder das Verwaltungsstrafrecht zur Anwendung komme. Dasselbe gelte auch für Art. 6 Ziff. 2 EMRK (vgl. E. 3.2.1.2.1 hiervor). Richtig ist zunächst, dass die Vorinstanz im Rahmen der zum ersten Verfügungsantrag führenden Untersuchungshandlungen verpflichtet war, diejenigen verfahrensrechtlichen Garantien einzuhalten, welche für den Fall einer Sanktionierung zur Anwendung kommen (BGE 148 II 25, nicht publizierte E. 10.4.1 "Dargaud [Suisse] SA"). Sobald aber klar ist, dass am Schluss eine Feststellungsverfügung ohne Sanktion steht, werden das weitere Untersuchungsverfahren wie auch die Vorgaben in Bezug auf das Beweismass von den einschlägigen verwaltungsverfahrensrechtlichen Garantien beherrscht (ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID, *Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/2, 3. Aufl., 2011). In Bezug auf die angefochtene Verfügung gilt demnach gerade nicht, dass im Rechtsmittelverfahren die Einhaltung der Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK wegen möglicherweise drohender Sanktion überprüft werden kann. Damit sind die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin nicht weiter zu erörtern. Im Folgenden bleibt damit zu prüfen, ob die Verfahrensführung der Vorinstanz aus verwaltungsverfahrensrechtlicher Sicht zu beanstanden ist, was die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend macht.

## **3.2.2 Untersuchungsgrundsatz und das relevante Beweismass im Verwaltungsprozess**

### **3.2.2.1 Grundlagen**

**3.2.2.1.1** Der Verweis in Art. 39 KG auf das Verwaltungsverfahrensgesetz umfasst namentlich auch die Prozessmaximen. Nach Art. 12 VwVG stellt die Behörde den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest. Dies gilt vor allem bei Einleitung eines Verfahrens durch eine Behörde (AUER/BINDER, in: *VwVG-Kommentar*, Art. 12 VwVG N 9) bzw. im Bereich der Eingriffsverwaltung (VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BA-BEY, Art. 12 VwVG N 11). Im Rahmen ihrer Beweisführungspflicht (vgl. dazu auch den Begriff Beweisführungslast im Unterschied zur Beweislast) hat die Behörde auch für die Beteiligten günstigen Faktoren nachzugehen (VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BA-BEY, Art. 12 VwVG N 27). Allerdings gilt der Untersuchungsgrundsatz nicht uneingeschränkt. Die Parteien haben gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht und gemäss Art. 40 KG eine Auskunftspflicht (BGE 129 II 18 E. 7.1 "Buchpreisbindung I"; vgl. mutatis mutandis Urteil des BGer 2C\_845/2018 E. 4.2 "Umbricht"; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2 "Buchpreisbindung II"). Mitwirkungspflichten können sich ebenfalls aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BA-BEY, Art. 13 VwVG N 35). Im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter einzugehen ist auf die Frage, welchen Schranken wiederum die Mitwirkungspflicht bei strafrechtsähnlichen Verfahren aufgrund des Grundsatzes "nemo tenetur se ipsum accusare" unterliegt (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 93 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, S. 162, Rz. 465; nachfolgend: KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI). Jedenfalls ändert der Untersuchungsgrundsatz nichts an den Folgen der Beweislosigkeit. Der Entscheid fällt zu Ungunsten jener Person aus, die aus dem unbewiesenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Aufgrund der allgemeinen Beweislastregel hat diese die Folgen der Beweislosigkeit bzw. die objektive Beweislast zu tragen (Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 "Buchpreisbindung II"; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BA-BEY, Art. 13 VwVG N 10; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 988, nachfolgend: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.149 f.; RICHLI, in: *SIWR V/2*, S. 454). So trägt die Wettbewerbskommission namentlich die Beweislast für das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT in: *Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.]*, *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N 36 nachfolgend: AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *Commentaire romand*).

**3.2.2.1.2** Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (BGE 144 II 194 E. 4.4.2 "BMW").

**3.2.2.1.3** Im Zusammenhang mit der Beweismässigkeit existieren verschiedene Beweismasse. Als sogenanntes Regelbeweismass gilt grundsätzlich das Beweismass der vollen Überzeugung (Urteil des BGer 2C\_669/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3.1; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 12 VwVG N 213). Der zu führende Beweis ist demnach erbracht, wenn die Behörde oder das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat, d.h. wenn sie deren Vorhandensein nicht ernsthaft bezweifelt (Urteile des BVGer B-7633/2009 E. 157 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; B-581/2012 E. 5.5.1 "Nikon"; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.141 f.). In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als genügend erachtet. Hier folgt die Behörde jener Sachverhaltsdarstellung, welche sie als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten aller sie am Wahrscheinlichsten erachtet (vgl. etwa BGE 125 V 195 E. 2; vgl. diesbezüglich zur Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR MEINRAD VETTER, DIKE-KG, Vor Art. 12-15, N 39). Im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens genügt ein Glaubhaftmachen (BGE 140 III 610 E. 4.1; vgl. zum Ganzen die Urteile des BVGer B-5685/2012 E. 4.5.2 f. "Altimum" und B-581/2012 "Nikon" E. 5.5.1).

**3.2.2.1.4** Das Bundesgericht hat in seinem Urteil BGE 139 I 72 "Publigroupe" dargelegt, dass man bei der Beurteilung der Marktstellung nicht das Beweismass der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit verlangen könne. So sei die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. So sei etwa bei der Markttabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sei kaum je exakt möglich, sondern sie beruhe zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 96 BV und Art. 1 KG), nicht übertrieben werden (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 "Publigroupe" mit Hinweisen, bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 "Altimum" und BGE 147 II 72 E. 3 "Pfizer II"; BGE 148 II 25, nicht publizierte E. 10.4.1 "Dargaud [Suisse] SA" und 2C\_113/2017 E. 5.2.6 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Mehrere bundesverwaltungsgerichtliche Urteile konkretisieren die bundesgerichtliche Rechtsprechung. So beruhen die einzelnen Tatbestände im

Kartellrecht nicht selten auf Einschätzungen, die sich auf zukünftige oder alternative Marktentwicklungen beziehen und eine derartige Komplexität aufweisen, dass das Erbringen des ordentlichen Überzeugungsbeweises nicht erwartet werden kann (Urteile des BVGer B-7633/2009 E. 163 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; B-581/2012 E. 5.5.2 mit Hinweisen "Nikon"; B-3938/2013 E. 6.4 "Dargaud [Suisse] SA"). In der Lehre ist dazu festgehalten worden, welches Beweismass zur Anwendung gelange, bestimme sich "nach einer noch nicht restlos geklärten Rechtsprechung" danach, ob es sich beim zu beweisenden Tatbestandsmerkmal um eine wirtschaftlich komplexe und schwer nachzuweisende Tatsache handle (VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 12 VwVG N 218). Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber auch in solchen Fällen überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.6 "Hallenstadion-Ticketcorner").

### **3.2.2.2 Würdigung**

**3.2.2.2.1** Es ist nach dem Gesagten richtig, dass sich die Beschwerdeführerin auf den Untersuchungsgrundsatz beruft (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Allerdings übersieht sie, dass der Untersuchungsgrundsatz aufgrund der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG nicht uneingeschränkt gilt und im Zusammenhang mit der Auskunftspflicht im Sinne von Art. 40 KG steht.

**3.2.2.2.2** Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz den Sachverhalt bezüglich des Informationsaustausches basierend auf den eingegangenen Bonusmeldungen, mittels der Fragebogen, welche den Marktteilnehmern und Parteien zugesandt wurden, anhand der eingereichten Beweismittel, der Intranet-Seite von ASCOPA, der Aussagen anlässlich verschiedener Treffen, der Stellungnahmen der Parteien und anhand der Befragungen ermittelt (angefochtene Verfügung Rz. 27, 266). Aus den Akten wird ersichtlich, dass die Vorinstanz ihrer Untersuchungspflicht gemäss Art. 12 VwVG grundsätzlich nachgekommen ist. Ebenfalls sind die ASCOPA-Mitglieder ihrer Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 13 VwVG bzw. ihrer Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG nachgekommen, indem sie die Fragebogen und Beweismittel einreichten und für Befragungen zur Verfügung standen. Zudem sind die Retailerdaten zu erwähnen, auf welche sich die Vorinstanz und Bezug auf die Preisentwicklung gestützt hat. Wenn die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vorwirft, dass diese die Beweislast falsch verstanden habe, da sie zum Beispiel in der angefochtenen Verfügung festhalten habe, dass "alternative Erklärungsversuche der Parteien nicht plausibel seien" (angefochtene Verfügung Rz. 538), so ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen überspannt. Dies namentlich vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz es betreffend die Preissteigerungen als Indiz für das Vorliegen von Kollusion nicht bei dieser Feststellung bewenden lässt, sondern zusätzlich auf ihre Feststellungen in Rz. 568 i.V.m. Rz. 574 und Rz. 575 der angefochtenen Verfügung verweist. Die Beschwerdeführerin beanstandet schliesslich Rz. 403 der angefochtenen Verfügung betreffend die strategische Relevanz der ausgetauschten Daten mit Blick auf Art. 4 KG. Der Beschwerdeführerin ist in der Tat zuzustimmen, dass es nicht glücklich erscheint, wenn die Vorinstanz in

diesem Zusammenhang festgehalten hat, die Parteien hätten vorliegend nicht darlegen können, dass der Austausch von Preisen, Umsätzen und Werbeausgaben keine strategisch relevanten Daten seien. Daraus könnte prima facie tatsächlich der Schluss gezogen werden, dass die Vorinstanz nicht vom richtigen Konzept in Bezug auf die Beweisführungslast oder gar die Beweislast ausgeht. Zugleich vertritt die Vorinstanz aber in Rz. 392 der angefochtenen Verfügung materiell die Auffassung, dass im vorliegenden Kontext feststehe, dass die Partner des Informationsaustausches einander Einblick in Daten gewährt hätten, welche von Unternehmen üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse behandelt würden. Der Austausch von Preislisten, Umsätzen und Werbeausgaben sei zudem strategisch bedeutsam. Insbesondere habe es sich bei den zwischen den Konkurrenten ausgetauschten Daten um nicht oder kaum aggregierte, aktuelle Informationen über Preise, Umsätze und Werbeausgaben gehandelt. Damit bringt die Wettbewerbskommission im Ergebnis zum Ausdruck, dass ihr bewusst ist, dass es grundsätzlich ihre Sache ist, die sachverhältnissen Grundlagen für die Beurteilung der strategischen Bedeutsamkeit zu erarbeiten, soweit diese mit Blick auf Art. 4 KG notwendig ist, und dass sie diesbezüglich nicht zur Beweislastumkehr schreiten kann.

**3.2.2.2.3** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz dem Untersuchungsgrundsatz unter Berücksichtigung der Mitwirkungs- wie auch einer Auskunftspflicht der ASCOPA-Mitglieder (Art. 13 VwVG und Art. 40 KG) nachgelebt hat. Die Vorinstanz hat die Informationen, welche sie aufgrund der Mitwirkung der Parteien erhält, zu würdigen. Tut sie dies, ist sie auch berechtigt darzulegen, dass sie alternative Erklärungsversuche der ASCOPA-Mitglieder nicht als plausibel erachtet. Demzufolge stossen die Rügen der Beschwerdeführerin ins Leere. Soweit sie sich faktisch namentlich in Bezug auf die Beweisführungslast richtig verhält, schaden der Vorinstanz auch Äusserungen nicht, die als solche geeignet wären, Zweifel zu wecken in Bezug auf die Frage, wen ihrer Auffassung nach die Beweislast trifft, weil sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass die Vorinstanz nicht in Frage stellt, dass sie beweisbelastet ist.

**3.2.2.2.4** Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" rügt, findet dieser im Namen der Rechtswidrigkeitsfeststellung ohne Sanktion (Art. 5 Abs. 1 KG) keine Anwendung (vgl. E. 3.2.1.3 und 3.2.1.4 hiervor).

**3.2.2.2.5** Betreffend den mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 KG relevanten Sachverhalt ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung grundsätzlich der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen ist, etwa soweit die Teilnahme an einzelnen Kartelltreffen relevant ist, weil in Bezug auf schriftliche Vereinbarungen oft keine Beweisschwierigkeiten im Sinne der Publigroupe-Rechtsprechung bestehen (Urteile des BVGer B-581/2012 E. 5.5.2 "Nikon" und B-807/2012 E. 8.4.4.5 und 8.7.1.2, "Erne", je mit Hinweisen). Da die Vorinstanz im vorliegenden Fall keine Beweisschwierigkeiten geltend macht, ist auf die Anforderungen an den Indizienbeweis für die Teilnahme an einer Abrede nicht näher einzugehen (vgl. dazu etwa BGE 147 II 72 E. 3.4.4 "Pfizer II", und BGE 144 II 246 "Altimum" E. 6.4.4 sowie BGE 148 II 25, nicht publizierte E. 10.4.1 in fine "Dargaud [Suisse] SA"). Die Vorinstanz legt in Bezug

auf die Frage, ob eine Abrede vorliegt, dar, dass die Handlungen des Informationsaustausches sowie die AGB-Empfehlungen auf Beschlüssen der Generalversammlung von ASCOPA beruhen (angefochtene Verfügung Rz. 385). Die Generalversammlungen von ASCOPA wie auch die Sitzungen des Komitees wurden, soweit sich diese als relevant erweisen, protokolliert. Die Beschwerdeführerin macht richtigerweise nicht geltend, die Vorinstanz gehe diesbezüglich vom falschen Beweismass aus. Zur Frage, ob der Beweis tatsächlich gelingt, kann vollumfänglich auf die materiellen Ausführungen in Erwägung 4.4 hiernach verwiesen werden. Soweit die Subsumtion durch die Vorinstanz in Bezug auf sämtliche ASCOPA-Mitglieder in gleicher Weise erfolgt, erübrigen sich daher entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 148) Ausführungen zur Mittäterschaft (siehe auch E. 4.4.3.9.2, 6.3.4.4.3, 6.5.1.3 hiernach).

**3.2.2.2.6** Soweit die Beschwerdeführerin im Sinne der Rüge nicht hinreichend berücksichtigten Sachverhalts ergänzend darauf hinweist, dass sie nur in Bezug auf drei von zehn Brands vollständige Informationen geliefert habe (Beschwerde, Rz. 151 i.V.m Rz. 161), ist einerseits festzuhalten, dass dies seitens der Vorinstanz sachverhältnissen nicht bestritten wird (vgl. angefochtene Verfügung Abbildung 8 bei Rz. 127). So oder anders geht die Vorinstanz davon aus, dass angesichts der vom Informationsaustausch insgesamt umfassten Marken die Anzahl der vom Informationsaustausch umfassten Marken der Beschwerdeführerin nicht relevant ist in Bezug auf die Frage, ob eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Dasselbe gilt ihrer Auffassung nach auch in Bezug auf die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Es ist nach dieser Konzeption nur von Bedeutung, wie gross der Anteil der vom Informationsaustausch erfassten Marken gemessen am relevanten Markt ist. Das gilt aber nach der Auffassung der Vorinstanz nicht für die Frage, mit wie vielen Marken sich die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch beteiligt hat. Unter dieser Prämisse ist der relevante Sachverhalt insoweit vollständig ermittelt worden. Ob der Rechtsauffassung der Vorinstanz zu folgen ist, wird Gegenstand der materiellen Prüfung sein (vgl. E. 6.5.1.1 ff.; 6.5.1.3; 6.5.4.4.18 ff.). Auch der Befolgungsgrad betreffend die AGB-Empfehlungen ist nach der Auffassung der Vorinstanz, soweit im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung relevant, nur in Bezug die ganze Abrede und damit die Gesamtheit der ASCOPA-Mitglieder massgebend (vgl. E. 9.3 hiernach). Die Beschwerdeführerin macht denn auch nicht geltend, selbst wenn insgesamt von einer Abrede auszugehen wäre, sei die Beschwerdeführerin als nicht mitbeteiligt anzusehen. Auch ist die Erheblichkeit des Informationsaustausches gemäss der angefochtenen Verfügung nur als Ganzes zu bejahen oder zu verneinen. Nur im Rahmen einer hier nicht in Frage stehenden Sanktionsbemessung könnte die Lage in Bezug auf die Intensität der Beteiligung anders sein. Dasselbe gilt mutatis mutandis für die Preisentwicklung. Soweit die tatsächliche Preisentwicklung für die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG relevant erscheint, was im Folgenden materiell zu prüfen sein wird (E. 6.3.3; 6.4.2.4 ff. hiernach), geht es nach der Auffassung der Vorinstanz um die generelle Preisentwicklung im relevanten Marktsegment, nicht um die spezifische der Luxusmarken der Beschwerdeführerin (vgl. E. 6.5.1.1 ff.,

6.5.4.4.18 ff. hiernach), auch wenn sie allenfalls vom Durchschnitt der ASCOPA-Mitglieder abweicht. Sachverhaltlich wird im Übrigen in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich dargelegt, dass die Preisentwicklung in Bezug auf die relevanten Produkte der Beschwerdeführerin anders, nämlich moderat, verlaufen sei (E. 3.2.1.2.2 in fine, 6.4.2.4.1 angefochtene Verfügung Rz. 546 f.; Vernehmlassung Rz. 16). Damit dringt die Beschwerdeführerin auch mit der Rüge, die Vorinstanz sei den die Situation der Beschwerdeführerin von anderen ASCOPA-Mitgliedern unterscheidenden Sachverhaltselementen nicht hinreichend nachgegangen, nicht durch.

**3.2.2.2.7** Hinsichtlich des Bezweckens in Art. 4 Abs. 1 KG hat die Vorinstanz dargelegt, dass nur eine Eignung für eine Wettbewerbsbeschränkung bzw. eine feststellbare Tendenz erforderlich ist. Mit anderen Worten geht es nach vorinstanzlicher Auffassung um "das Potenzial zur Entfaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung" (angefochtene Verfügung Rz. 389), worauf im Rahmen der Erwägung 4.6.4.1 materiell näher einzugehen sein wird. Der Sache nach behauptet die Beschwerdeführerin denn auch in erster Linie materiellrechtlich höhere Anforderungen an die Erfüllung des Begriffs Eignung, worauf im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen ist. In Bezug auf das Beweismass ist festzustellen, dass etwa in Bezug auf die rein sachverhaltliche Frage, inwieweit die ausgetauschten Daten aggregiert sind, das von der Beschwerdeführerin angerufene Regelbeweismass Anwendung findet. Demgegenüber ist die Frage, welche Anforderungen an die Eignung einer Abrede mit Blick auf Wettbewerbsparameter zu stellen sind, rechtlicher Natur. Daher stossen die Rügen der Beschwerdeführerin, welche diesbezüglich einen Überzeugungsbeweis bzw. einen strikten Beweis fordern, jedenfalls in der abstrakten Form, in welcher sie vorgebracht werden, ins Leere. Da die Vorinstanz von einer alternativen Anwendung des Bezweckens oder des Bewirkens in Art. 4 Abs. 1 KG ausgeht (angefochtene Verfügung Rz. 388), erübrigen sich Ausführungen zum Beweisgrad hinsichtlich des Bewirkens an dieser Stelle (vgl. E. 4.6, 4.6.6 hiernach).

**3.2.2.2.8** Im Zentrum der Erheblichkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zum allgemeinen Informationsaustausch (Austausch Bruttopreislisten, Austausch Bruttoumsätze und Austausch Werbeinvestitionen) standen die ökonomischen Untersuchungen der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 512 ff.) und die Entwicklungen der Marktanteile (angefochtene Verfügung Rz. 694 ff.). Hierbei handelt es sich um die Analyse komplexer Marktverhältnisse bzw. multipler Wirkungszusammenhänge. Daher gelten insoweit die Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesgerichtsurteils Publigroupe (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 "Publigroupe", bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 "Altimum"; vgl. E. 3.2.2.1.4 hiervor sowie zur Erheblichkeitsprüfung E. 6.5.2.1 hiernach). Daher erweisen sich die Rügen, welche hinsichtlich der Charakteristika des Luxuskosmetikmarktes einen Überzeugungsbeweis fordern, als unbegründet. Die Frage, ob der Erheblichkeitsbegriff gemäss Art. 5 Abs. 1 KG in Bezug auf weiche Abreden einen Nachweis von Kollusion (vgl. E. 6.3.3 hiernach) voraussetzt, ist im Übrigen materiellrechtlicher Natur und nicht im Rahmen der formellen Rügen zu prüfen.

**3.2.2.2.9** Zur Rüge, dass die Vorinstanz das Fehlen von Rechtfertigungsgründen nicht so bewiesen habe, dass

keine begründeten Zweifel mehr zurückbleiben würden (Beschwerde Rz. 149 Spiegelstrich 2), ist zunächst zur Beweisführungslast und zum Untersuchungsgrundsatz festzuhalten, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe die Mitwirkungspflicht der Unternehmen besondere Erwähnung verdient (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 "Altimum"; Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.2 f. "Buchpreisbindung II"). Welches Beweismass gilt, hängt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin vom zu beweisenden Sachverhalt ab. Entscheidend ist aber, dass sich eine allfällige Beweislosigkeit zum Nachteil der Beschwerdeführerin auswirkt, die die objektive Beweislast zu tragen hat (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 "Altimum"; Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 f. "Buchpreisbindung II"), was auch die Vorinstanz zutreffend in Rz. 794 der angefochtenen Verfügung aufgezeigt hat. Es ist ersichtlich, dass sich die Vorinstanz mit den Rechtfertigungsgründen zum allgemeinen Informationsaustausch (Austausch Bruttopreislisten, Austausch Bruttoumsätze und Austausch Werbeinvestitionen) auseinandergesetzt hat (angefochtene Verfügung Rz. 794-817). Soweit NIGGLI/RIEDO (BSK KG-NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a -53 KG N 251) die Auffassung vertreten, aus der Unschuldsvermutung ergebe sich, dass im Zweifel die Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu bejahen seien, widersprechen diese Ausführungen der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Auf die Frage, was diesbezüglich gilt, wenn ein Unternehmen sanktioniert werden soll und die Erheblichkeit zu prüfen ist, nachdem die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG umgestossen worden ist, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen (vgl. dazu AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 345).

**3.2.2.2.10** Hinsichtlich der Erheblichkeitsprüfung zu den AGB-Empfehlungen ist zu festzuhalten, dass die Vorinstanz ihrer Untersuchungspflicht nachgekommen ist. In Rz. 226-238 ihrer angefochtenen Verfügung nimmt sie zu den AGB-Klauseln Stellung. So sind beispielsweise in Rz. 228 der angefochtenen Verfügung (vgl. auch Anhang II) die verschiedenen Versionen der AGB-Empfehlungen von ASCOPA wie auch diejenigen der einzelnen ASCOPA-Mitglieder detailliert dargestellt. An dieser Stelle erübrigen sich weitere Erörterungen. Es kann auf die Ausführungen zum rechtlichen Gehör und der Begründungspflicht in den Erwägungen 3.2.3 und 9 hiernach verwiesen werden.

**3.2.2.2.11** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz weder die Unschuldsvermutung noch den Untersuchungsgrundsatz verletzt hat. Jedenfalls in der seitens der Beschwerdeführerin vorgetragenen Form ist auch nicht von einer mangelhaften Beweisführung im vorinstanzlichen Verfahren auszugehen. Soweit erforderlich, wird darauf im Rahmen der materiellen Ausführungen zurückzukommen sein.

### **3.2.3 Verletzung des rechtlichen Gehörs**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch wird durch Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren des Bundes konkretisiert (BGE 137 II 266 E. 3.2). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim



Erlas eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 143 V 71 E. 4.1 mit Hinweisen). Er verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Art. 30 Abs. 2 KG sieht im Sinne einer spezialgesetzlichen Erweiterung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, dass die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (BGE 129 II 497 E. 2.2 "Freiburger Elektrizitätswerke"; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 3.1.3 "Baubeschläge-SFS unimarket"). Des Weiteren kann das Sekretariat die Beteiligten direkt anhören, sofern es dies als notwendig erachtet; allerdings besteht hierzu keine Pflicht ("Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband", Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF, RPW 2001/2], S. 381 ff. E. 4.6; BORER, KG-Kommentar, Art. 30 N 5 und 8). Aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich namentlich die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (BGE 136 I 229 E. 5.2). Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Zudem kann durch die Verpflichtung zur Offenlegung der Entscheidungsgründe verhindert werden, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt. Die Begründungspflicht erscheint so nicht nur als ein bedeutsames Element transparenter Entscheidungsfindung, sondern dient zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde (vgl. dazu grundlegend BGE 112 Ia 107 E. 2b). Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 136 I 229 E. 5.2 mit Hinweis, BGE 136 V 351 E. 4.2; BVGE 2012/23 E. 6.1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.103, 3.106 f.).

Auch wenn im Folgenden primär auf die Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen ist, ist das Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Prinzips der Rechtsanwendung von Amtes wegen dazu berechtigt und allenfalls verpflichtet, auch den Fragen nachzugehen, die weder von der Vorinstanz noch von der Beschwerdeführerin aufgeworfen wurden (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 1.54 f.). In diesem Kontext wird im Rahmen der materiellen Rügen auch zu prüfen sein, ob die Begründungsdichte der angefochtenen Verfügung hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung der AGB-Empfehlungen, sowohl was die Erheblichkeitsprüfung als auch was die Rechtfertigungsgründe betrifft, zu beanstanden ist (vgl. E. 9.1 hiernach).

### **3.2.3.1 Verletzung der Begründungspflicht durch zu pauschale Abhandlung der Rügen der ASCOPA-Mitglieder**

#### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**3.2.3.1.1** Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vorinstanz die Anliegen der ASCOPA-Mitglieder nur in kurzen Abschnitten dargestellt und dann mit pauschalen Bemerkungen verworfen habe. Daher habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör auf eklatanteste Weise verletzt (Beschwerde Rz. 20 Lemma 5 und Rz. 162 f.).

#### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**3.2.3.1.2** Die Vorinstanz weist darauf hin, dass sich rund ein Drittel des Fliesstextes in der angefochtenen Verfügung der Würdigung der Parteivorbringen widme (Vernehmlassung Rz. 63).

#### iii. Würdigung

**3.2.3.1.3** Soweit aus der Argumentation der Vorinstanz abzuleiten wäre, dass sich aus einem rein quantitativ "ausreichenden" Teil des Fliesstextes auf eine Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör schliessen lasse, kann ihr nicht gefolgt werden. Zustimmung verdient sie indessen, soweit sie darauf hinweist, dass gemäss der Rechtsprechung nur die Fokussierung auf die wesentlichen Aspekte verlangt wird (BGE 136 V 351 E. 4.2; BVGE 2012/23 E. 6.1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.103, 3.106 f.; vgl. E. 3.2.1.3.1 hiervor). Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Verfahren vor der Vorinstanz rund 30 Parteien beteiligt waren. Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich angebracht, die Rügen zusammenzufassen, da die separate Abhandlung jeder einzelnen Rüge von jeder einzelnen Partei den Rahmen der angefochtenen Verfügung sprengen würde.

### **3.2.3.2 Verletzung der Begründungspflicht durch Ignorieren der Vorbringen, welche spezifisch die Beschwerdeführerin betroffen haben**

#### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**3.2.3.2.1** Die Beschwerdeführerin macht zudem geltend, dass die Rügen, welche die spezifischen Angelegenheiten der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Verfügungsantrags II betroffen hätten, von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden seien (Beschwerde Rz. 160 f.). So seien die Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin in den drei Teilmärkten Parfum, Pflege und Make-up nicht mit den anderen ASCOPA-Mitgliedern abgestimmt gewesen. Zudem seien die Preise der Beschwerdeführerin nicht einmal innerhalb der eigenen Brands abgestimmt gewesen. Des Weiteren hätte die Beschwerdeführerin für sieben ihrer zehn Brands ohnehin keine vollständigen Informationen geliefert, was eine Koordination in Bezug auf diese Brands schwierig mache.

**3.2.3.2.2** Die Vorinstanz hat nach Auffassung der Beschwerdeführerin auch den Umstand nicht berücksichtigt, dass die Schlussfolgerungen zu den festgestellten Marktanteils- und Preisentwicklungen nicht auf die Beschwerdeführerin anwendbar sind. Die Vorinstanz habe behauptet, dass die Marktanteilsentwicklungen der ASCOPA-Mit-

glieder stabil gewesen seien. Sie habe jedoch dabei übersehen, dass die Beschwerdeführerin selber im Parfümsegment zwischen 2004 und 2007 einen Anteil von 1.6 % am Gesamtmarkt verloren habe, was einem Verlust des bisherigen Marktanteils entspreche (Beschwerde Rz. 160 f.; Replik Rz. 97).

#### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**3.2.3.2.3** Die Vorinstanz geht namentlich davon aus, dass die Beschwerdeführerin als einziges ASCOPA-Mitglied Marktanteilsseinbussen hinsichtlich der Parfums erfahren hatte (2004: 10.4 %, 2005: 10.3 %, 2006 10.6 % und 2007: 8.8 %). Gesamthaft hätten die Marktanteile der Beschwerdeführerin um 1.6 % abgenommen. Nach Aussagen der Vorinstanz vermöge jedoch diese Anteilsveränderung nichts am Gesamtbild zu ändern, wonach der Informationsaustausch eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt hatte (angefochtene Verfügung 541, 544).

#### iii. Würdigung

**3.2.3.2.4** Hinsichtlich der Frage, inwiefern sich die Vorinstanz mit den individuellen Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt hat, kann zunächst auf die Ausführungen in E. 3.2.1.2.2 betreffend den Untersuchungsgrundsatz verwiesen werden.

**3.2.3.2.5** Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin in den drei Teilmärkten Pflege, Parfüm und Make-up auseinandergesetzt habe und ebenfalls nicht die Preisentwicklung innerhalb der Brands der Beschwerdeführerin beachtet habe, stossen ins Leere. Denn die Vorinstanz hat die entsprechenden Vorbringen durchaus behandelt. Sie legt dar, dass der Preisanstieg der Produkte der Beschwerdeführerin im Vergleich mit den anderen ASCOPA-Mitgliedern moderat verlaufen sei (angefochtene Verfügung Rz. 544 ff.; Vernehmlassung Rz. 16 f.). Aus vorinstanzlicher Sicht entscheidend ist der Umstand, dass auch die Preiserhöhung von Estée Lauder um 0.6 Prozentpunkte höher liegt als der Landesindex der Konsumentenpreise (LIK-Total; angefochtene Verfügung Rz. 538 f.; vgl. dazu E 6.4.2.4.1 hiernach). Ausserdem liegt ihrem Konzept der Gedanke zugrunde, dass die Erheblichkeit der Abrede nicht je nach beteiligter Unternehmung unterschiedlich beurteilt werden kann (vgl. dazu E. 6.5.1.1, 6.5.1.3, 6.5.4.4.18 ff. hiernach). Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Beschwerdeführerin keine weiteren Ausführungen gemacht hat.

**3.2.3.2.6** Die Rüge, dass die Vorinstanz die Einwände der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag II hinsichtlich der Marktanteilsentwicklungen ignoriert habe, erweist sich ebenfalls als unbegründet. Die Vorinstanz hat zunächst festgehalten, dass die festgestellten Indizien zur Kollusion nach ihrer Auffassung im Zusammenhang mit den Marktanteilsentwicklungen der (an der Abrede beteiligten) Unternehmen zu sehen sind. Sachverhaltlich ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Marktanteile der involvierten Unternehmen mit Ausnahme von Estée Lauder zugenommen haben, wobei zwischen 2004 bis 2007 keine Differenz der Marktanteile von mehr als drei Prozent ersichtlich sei (angefochtene Verfügung Rz. 541). Die Marktanteilsentwicklungen seien zusammengerechnet worden. Es falle auf, dass die

Preiserhöhungen ohne Marktanteilsseinbussen hätten vollzogen werden können. Einzig die Marktanteile von Estée Lauder seien im Parfümsegment um 1.6 Prozentpunkte zurückgegangen. Anschliessend macht die Vorinstanz die entscheidende Aussage zur Frage, welche Bedeutung dem Marktanteil der Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach zukommt: "Diese Anteilsveränderung" (meint: diejenige der Beschwerdeführerin) vermöge "nichts am Gesamtbild zu ändern, wonach der Informationsaustausch eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt habe" (angefochtene Verfügung 541, 544 ff., vgl. zu den materiellen Ausführungen E. 6.5.4.4.18 f. hernach). Des Weiteren hat sich die Vorinstanz mit den stagnierenden Marktanteilen der Teilmärkte und des Gesamtmarktes der ASCOPA-Mitglieder auseinandergesetzt, was in den Abbildungen 29 f. bzw. in Rz. 694 ff. und in Anhang VI der angefochtenen Verfügung ersichtlich ist. Demzufolge hat die Vorinstanz die Einwände der Beschwerdeführerin nicht ignoriert und ist ihrer Begründungspflicht nachgekommen.

**3.2.3.2.7** Die Beschwerdeführerin bestanndet ausserdem den Umstand, dass die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe, dass die Beschwerdeführerin nur mit drei Brands am Informationsaustausch beteiligt gewesen sei. Dazu wird in der angefochtenen Verfügung (Rz. 473) sachverhaltlich ausgeführt, dass die Parteien nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht Informationen über sämtliche von ihnen geführten Marken ausgetauscht haben, sondern lediglich über solche, die sie unternehmensintern dem Prestige- bzw. Luxussegment zugeordnet hätten (vgl. dazu auch die Abbildung 8 auf S. 36 der angefochtenen Verfügung). Soweit mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass für die Erheblichkeit sachverhaltlich nur die Anteile der vom Informationsaustausch erfassten Marken gemessen am gesamten relevanten Markt von Bedeutung sind (vgl. dazu E. 6.5.1.3, 6.5.4.4.3 hiernach), ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz im Rahmen der vorliegenden Feststellung der Rechtswidrigkeit verbunden mit einem Verbot nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Beschwerdeführerin nur mit drei Marken am Informationsaustausch beteiligt war (vgl. dazu auch E. 3.2.2.2.6 hiervor).

### **3.2.4 Verletzung des Anspruchs auf Akteneinsicht / Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs**

#### **3.2.4.1 Das Recht auf Akteneinsicht**

Der in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete und in Art. 26 ff. VwVG konkretisierte Anspruch auf Akteneinsicht ist die Vorbedingung einer wirksamen Ausübung des Äusserungsrechts (BGE 132 II 485 E. 3.2; VwVG Praxiskommentar- WALDMANN/OESCHGER, Art. 26 VwVG N. 32). Das Akteneinsichtsrecht dient wie das rechtliche Gehör allgemein einerseits der Sachaufklärung, stellt aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar (VwVG Praxiskommentar- WALDMANN/OESCHGER, Art. 26 VwVG N 33; vgl. E. 3.2.3 hiervor). Im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung sollen die Verfahrensbeteiligten von den Entscheidungsgrundlagen vorbehaltlos und ohne Geltendmachung eines besonderen Interesses Kenntnis nehmen können (BGE 129 I 249 E. 3). Die Behörde darf die Einsichtnahme indessen verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien,

die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG). Als private Geheimhaltungsinteressen stehen im Wettbewerbsrecht Geschäftsgeheimnisse im Vordergrund (ISABELLE HÄNER, DIKE-KG, Art. 39 KG N 88; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.98; vgl. auch Art. 25 Abs. 4 KG betreffend die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden).

Der Betroffene kann auf das rechtliche Gehör (und die damit verbundene Akteneinsicht) ausdrücklich oder konkludent verzichten. Ein solcher Verzicht darf indessen nicht leichtthin angenommen werden (BGE 137 IV 33 E. 9.2; VwVG Praxiskommentar-WALDMANN/BICKEL, Art. 29 VwVG N 65; MICHELE ALBERTINI, Der Verfassungsmässige Anspruch auf Rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern, 2000, S. 334, nachfolgend: ALBERTINI, Rechtliches Gehör).

### **3.2.4.2 Die Heilung von Verletzungen des rechtlichen Gehörs**

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Deswegen Verletzung führt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2). Allerdings lässt die Praxis eine Heilung von Verletzung des rechtlichen Gehörs trotz Kritik in der Lehre zu (vgl. für einen Überblick zum Meinungsstand STEINMANN, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 BV N 59). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung kann darüber hinaus nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

### **3.2.4.3 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass ihr im vorinstanzlichen Verfahren kein Zugang zu den Daten gewährt wurde, welche eine Korrelation zwischen den Bruttopreislisten und den Endverbrauchspreisen der Detailhändler darlegen. Deshalb sei es ihr nicht möglich gewesen, die Berechnungen der Vorinstanz zu verifizieren (Beschwerde Rz. 98 f., 159; Replik Rz. 97). Auch würde die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht die Akteneinsicht bezüglich der Korrelationsdaten bei der Vorinstanz am 29. Mai 2012 veranlasst hat, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht heilen (Replik Rz. 100).

### **3.2.4.4 Vorbringen der Vorinstanz**

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung und in ihrer Vernehmlassung vom 1. März 2012 aus, sie habe mit Hinweis auf die Geschäftsgeheimnisse der anderen ASCOPA-Mitglieder und in Anbetracht der Tatsache, dass aufgrund der Rechnungen des Indexes von Laspeyres die Daten der anderen ASCOPA-Mitglieder - abgesehen von den Jahren 2009 und 2010 - ohnehin ersichtlich waren, von einer vollumfänglichen Akteneinsicht in die Retailerdaten abgesehen. Indessen seien die ASCOPA-Mitglieder durch Begleitschreiben zum Verfügungsantrag

II aufgefordert worden, dem Sekretariat mitzuteilen, ob Aktenstücke fehlen würden oder ob die ASCOPA-Mitglieder mit gewissen Schwärzungen nicht einverstanden seien. Das Sekretariat sei bemüht, gemeinsam eine Lösung des Problems zu finden. Weder die Beschwerdeführerin noch die anderen ASCOPA-Mitglieder hätten sich beim Sekretariat gemeldet und keine der Parteien habe um Akteneinsicht in die Retailerdaten ersucht, geschweige denn ein substantiiertes Akteneinsichtsgesuch gestellt (angefochtene Verfügung Rz. 357-368; Vernehmlassung Rz. 61). Deshalb sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin keine weitere Akteneinsicht wünsche (Stellungnahme vom 20. April 2012 Rz. 5).

### **3.2.4.5 Schriftenwechsel im vorinstanzlichen Verfahren betreffend den Zugang zu den Korrelationsdaten**

**3.2.4.5.1** Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit Begleitschreiben zum zweiten Antrag vom 20. Mai 2011 zuhanden der Parteien Folgendes festgehalten hat:

"Sollten Sie der Ansicht sein, dass abgedeckte Aktenstellen Ihnen zur Einsicht offenstehen müssten oder Aktenstücke fehlen, bitten wir Sie, das Sekretariat umgehend zu kontaktieren. Wir versuchen mit Ihnen eine Lösung des Problems zu finden."

Richtig ist aber auch, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 27. Juli 2011 zum Verfügungsantrag II (act. 715 Rz. 75 f. i.V.m. Rz. 79) ausgeführt hat, das Sekretariat habe [unter anderem] die seinen Untersuchungen zugrunde liegenden Daten nicht offen gelegt, was es den Parteien verunmögliche, die Angaben des Sekretariats zu verifizieren. Das wird denn in der angefochtenen Verfügung (Rz. 368) auch ausdrücklich erwähnt. Der Vorinstanz ist wiederum beizupflichten, wenn sie dazu ausführt, dass in diesem Zusammenhang kein eigentliches Akteneinsichtsgesuch gestellt worden ist. Die Beschwerdeführerin vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass die Vorinstanz aufgrund der erhobenen Rüge nicht ohne vorherige erneute Instruktion zur Akteneinsicht die angefochtene Verfügung hätte erlassen dürfen (Stellungnahme vom 7. Mai 2012 S. 2 f.).

**3.2.4.5.2** Mit Verfügung vom 13. März 2012 räumte dann das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin nach Eingang der Vernehmlassung der Vorinstanz die Möglichkeit ein, ein substantiiertes Akteneinsichtsgesuch zu stellen. Am 28. März 2012 stellte die Beschwerdeführerin die substantiierten Akteneinsichtsbegehren 1-9. Diese Begehren bezogen sich auf die Datengrundlagen der ökonomischen Berechnungen der Vorinstanz. Daraufhin liess sich die Vorinstanz am 20. April 2012 vernehmen mit dem Hinweis, dass es denkbar sei, dem Rechtsvertreter am Sitz des Sekretariats der Wettbewerbskommission Einblick in gewisse Unterlagen zu geben.

**3.2.4.5.3** Nachdem sich Beschwerdeführerin und Vorinstanz über die Modalitäten geeinigt hatten, fand am 29. Mai 2012 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz die Akteneinsicht statt, woraufhin die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Juni 2012 erklärte, dass sie die Akteneinsichtsbegehren 2-9 als erledigt betrachte und am Akteneinsichtsbegehren 1 nicht festgehalten werde. Dieser

Eingabe der Beschwerdeführerin vom 11. Juni 2012 wurde zusätzlich ein Bericht von RBB Economics (RBB-Bericht vom 29. Mai 2012) beigelegt, den die Mitarbeiter von RBB Economics, welche die Beschwerdeführerin zur Akteneinsicht bei der Vorinstanz am 29. Mai 2012 begleiteten, gestützt auf dieselbe erstellt hatten. Die Beschwerdeführerin bemängelte in der Eingabe vom 11. Juni 2012 die Authentizität der Marktdaten. So könne nicht festgestellt werden, ob diese Marktdaten tatsächlich von den in Rz. 516 der angefochtenen Verfügung genannten Retailern stammen würden.

**3.2.4.5.4** Nachdem die Vorinstanz ihre Vernehmlassung mit Blick auf den RBB-Bericht vom 29. Mai 2012 (nachfolgend: RBB-Bericht vom 29. Mai 2012) mit Eingabe vom 7. September 2012 ergänzt hatte, hielt der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 10. September 2012 fest, dass ohne anderslautende Anträge davon ausgegangen werden könne, dass die Akteneinsichtsansprüche hinsichtlich der Korrelationsangaben in der Vernehmlassung vom 1. März 2012 erledigt seien. Die Beschwerdeführerin legte dementsprechend in ihrer Replik dar, dass sie keine weiteren Akteneinsichtsansprüche stelle (Replik Rz. 3).

#### **3.2.4.6 Würdigung**

Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass den Akteneinsichtsbegehren im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht entsprochen worden ist, soweit die Beschwerdeführerin an diesen festgehalten hat. Da im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 49 Bst. c VwVG auch die Unangemessenheit gerügt werden kann, ergibt sich aufgrund der Kognition die Möglichkeit der Heilung von Gehörsverletzungen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 3.2.4.2). Im vorliegenden Fall bestreitet die Vorinstanz, welche die in Frage stehenden Retailerdaten als geschäftsgeheim qualifiziert, ausserdem den Einsichtsanspruch nicht grundsätzlich. Vielmehr streiten sich die Parteien "nur" darüber, ob die Vorinstanz von den Parteien zu Recht erwartet hat, dass sie für den Fall, dass sie weitere Akteneinsicht wünschen sollten, auf das Begleitschreiben der Vorinstanz zum Verfügungsantrag II vom 20. Mai 2011 (vgl. E. 3.2.4.5.1 hier vor) mit einem entsprechenden Begehren hätten reagieren müssen. Im Unterbleiben einer erwarteten Reaktion als solchem kann jedenfalls begriffsnotwendigerweise kein ausdrücklicher Verzicht auf Akteneinsicht gesehen werden. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass das in Frage stehende vorinstanzliche Schreiben zwar in Bezug auf allfällige Rückmeldungen der Parteien den Begriff "umgehend" verwendet, aber keinen expliziten Hinweis enthalten hat, wonach Stillschweigen als Verzicht auf weitergehende Akteneinsicht gelte. Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob ein stillschweigender Verzicht betreffend die Akteneinsicht vorliegt. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat zwar in Bezug auf fehlende oder allenfalls wegen seiner Ansicht nach zu weitgehend eingeschwärzter Akten und technischen Schwierigkeiten bezüglich des Datenträgers mit der Vorinstanz schriftlich vor Einreichen der Stellungnahme zum Verfügungsantrag II (act. 715) kommuniziert (vgl. z.B. act. 522, 604, 609, 638, 739, 740). Jedoch sind diejenigen Akten, nach welchen die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) verlangt hat, nicht Gegenstand dieser Kommunikation.

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Feststellungen, dass die Beschwerdeführerin auf das Begleitschreiben zum Verfügungsantrag II nicht umgehend reagiert, sondern die fehlende Akteneinsicht erst in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag II beanstandet hat, ohne ein eigentliches Akteneinsichtsbegehren zu stellen. Dies kann aber entgegen der vorinstanzlichen Auffassung auch nicht als stillschweigender Verzicht auf die Akteneinsicht gewertet werden. Ausserdem ist aus der Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011, act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) ersichtlich, welche Akten die Beschwerdeführerin benötigt, da diese die Randziffern im Verfügungsantrag II nennt, zu welchen sie vertiefere Informationen bzw. Akten benötigt, was ebenfalls gegen einen stillschweigenden Verzicht auf die Einsicht in die in Frage stehenden Akten spricht. Vielmehr wäre es in dieser Situation Sache der Vorinstanz gewesen, die Akteneinsicht im Anschluss an die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag II vor Ergehen der angefochtenen Verfügung instruktionsweise zu behandeln.

Demnach liegt zwar in Bezug auf die Einsicht in die Retailerdaten (vgl. Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) eine Gehörsverletzung vor, die aber mit Blick auf den Umstand, dass es die Beschwerdeführerin ebenfalls ohne Weiteres in der Hand gehabt hätte, die Frage der Akteneinsicht in ihrem Sinne zu klären, keinesfalls als schwerwiegend zu beurteilen ist. Damit erweist sich namentlich die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Heilung der behaupteten Gehörsverletzung im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht möglich ist, in Bezug auf die zu beurteilende Konstellation als offensichtlich unzutreffend. Folgerichtig kann sich die gerügte Gehörsverletzung jedenfalls nicht im Sinne einer Rückweisung auf das Dispositiv auswirken. Ob sie sich auf den Kostenpunkt auszuwirken vermag, wird im Rahmen der diesbezüglichen Erwägungen zu prüfen sein (vgl. E. 11 hiernach). Dasselbe gilt für die Frage, ob sich das seitens der Vorinstanz als prozessunökonomisch gerügte Verhalten der Beschwerdeführerin auf die Verlegung der Kosten betreffend das Akteneinsichtsgesuch vor Bundesverwaltungsgericht auswirkt (vgl. E. 12.2.3 hiernach).

#### **3.2.5 Fazit**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen zum rechtlichen Gehör im Wesentlichen nicht durchdringt. Soweit die Akteneinsicht in Frage steht, ist jedenfalls festzuhalten, dass die festgestellte Gehörsverletzung im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht geheilt worden ist.

Auf die über die erhobenen Rügen hinaus von Amtes wegen zu prüfende Frage, ob in Bezug auf die Erheblichkeit der AGB-Empfehlungen und allfällige Rechtfertigungsgründe zu diesen Empfehlungen die verlangte Begründungsdichte erreicht ist (vgl. zur Begründungspflicht E. 3.2.3.1 und 3.2.3.2 hiervor), wird im Rahmen der materiellen Ausführungen zu dieser Frage (E. 9 hiernach) zurück zu kommen sein.

### 3.2.6 Gespräch von ASCOPA-Vertretern mit einem leitenden Mitarbeitenden des Sekretariates der Vorinstanz

Am 9. September 2008 - also vor Eröffnung der Untersuchung - fand ein informelles, nicht protokolliertes Gespräch zwischen Vertretern von ASCOPA, wozu auch der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin gehörte, und einem (damals) leitenden Angestellten des Sekretariates statt (angefochtene Verfügung Rz. 260 ff.; vgl. Sachverhalt Bst. B.a).

#### 3.2.6.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel "verfahrensmässige Unregelmässigkeiten" geltend, dass es bei korrekter Protokollierung und Nachbearbeitung dieses Gespräches gar nie zu einer Selbstanzeige und zur Eröffnung der Untersuchung hätte kommen können (Beschwerde Rz. 20 Lemma 1, 165 ff.). Anlässlich dieses nicht protokollierten Gesprächs sei der (damals) leitende Angestellte des Sekretariates über den Austausch von Preislisten, Umsatzinformationen und Werbeausgaben informiert worden (Beschwerde Rz. 165). Es könne nicht sein, dass ein leitender Angestellter eine "informelle" Besprechung abhalte, ohne darüber Protokoll zu führen und ohne seine Kollegen darüber zu unterrichten (Beschwerde Rz. 167).

#### 3.2.6.2 Vorbringen der Vorinstanz

**3.2.6.2.1** Im Wesentlichen legt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dar, dass es sich einerseits - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin und der ASCOPA-Mitglieder im vorinstanzlichen Verfahren - nicht um einen Anwendungsfall des Vertrauensschutzes handle, da es verbandsinterne Mails gegeben habe, aus welchen hervorgehe, dass die Parteien nachweislich nicht die Erwartung gehabt hätten, der Informationsaustausch sei in seiner bisherigen Form zulässig (angefochtene Verfügung, Rz. 309 ff.). Nach der Zusammenfassung der ASCOPA-Vertreterin sei als Ergebnis dieses Gespräches klar gewesen, dass keine Preisinformationen mehr und in Bezug auf die Umsätze keine aktuellen Daten mehr ausgetauscht werden dürfen; es müsse sich vielmehr um "données historiques" handeln. Diese Mails würden schon alleine dafür sprechen, dass der bis dahin praktizierte Informationsaustausch vom damals leitenden Angestellten des Sekretariates aus kartellrechtlicher Sicht nicht vollkommen unbedenklich eingestuft worden sei (angefochtene Verfügung Rz. 301 ff., 306 ff.). Zudem seien die Beschwerdeführerin und die Vertreter von ASCOPA von einer ausgebildeten Rechtsanwältin zu diesem Gespräch begleitet worden, welche den Parteien das korrekte Procedere hätte aufzeigen können (angefochtene Verfügung Rz. 327).

**3.2.6.2.2** Ausserdem legt die Vorinstanz dar, dass dieses Gespräch - entgegen der im vorinstanzlichen Verfahren geäusserten Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht als Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei, da eine solche Beratung schriftlich und gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) gebührenpflichtig sei. Zudem seien Beratungen gestützt auf Art. 23 Abs. 2 KG mit Formularen, welche auf der Homepage der WEKO heruntergeladen werden

können, anzumelden. Auch könne das Sekretariat gar nicht alleine eine Untersuchung eröffnen. Es müsse dies im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO tun (Art. 27 Abs. 1 KG). Demzufolge liege die Eröffnung der Untersuchung gar nicht in der alleinigen Kompetenz des Sekretariates. Die Wettbewerbskommission sei an dessen Beratungen gemäss Art. 23 Abs. 2 KG nicht gebunden (angefochtene Verfügung Rz. 322 f., 327). Ausserdem erfülle ein derartiges Gespräch, jedenfalls wenn nicht im Anschluss daran weitere Angaben gemacht bzw. Offenlegungen vorgenommen werden, auch nicht die Anforderungen an eine Selbstanzeige (angefochtene Verfügung Rz. 331 ff.).

#### 3.2.6.3 Würdigung

**3.2.6.3.1** Die Inhalte des Gespräches vom 9. September 2008 wurden nachträglich auf einer Telefonnotiz der Vorinstanz zusammengefasst (act. 82, Telefonnotiz vom 9. Februar 2009). Nach dem Treffen stellte der (damals) leitende Mitarbeiter in einer Mail an ASCOPA klar, dass die in Frage stehende informelle Einschätzung für die Vorinstanz nicht bindend sei (act. 435, Beilage 12, Mail vom 8. Oktober 2008). Zwei weiteren verbandsinternen E-Mails, welche den Inhalt dieses Gespräches zusammenfassen, ist zu entnehmen, dass in diesem Gespräch gesagt wurde, dass der Informationsaustausch keine kartellrechtliche Untersuchung nach sich ziehe, wenn Umsatzdaten mit drei Monaten Verzug ausgetauscht würden und dass ebenfalls keine Informationen über direkte Preise ausgetauscht werden dürfen. Zudem sei das Gespräch informell und vertraulich (Mail vom 19. September 2008, act. 63; verbandsinterne E-Mail vom 6. Oktober 2008 abgedruckt in act. 439, Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag I vom 19. September 2010, Beilage 17; ebenfalls abgedruckt in act. 171, Fragebogen von L'Oréal vom 8. Juni 2009, Beilage 6; angefochtene Verfügung Rz. 261, 309 ff., 324 f.).

**3.2.6.3.2** Der Vorinstanz ist beizupflichten, wenn sie zum Inhalt des Gesprächs vom 9. September 2008 festgehalten hat, die soeben dargestellten Aussagen der Parteien zu dessen Inhalt erscheinen glaubhaft. Gemäss diesen Angaben habe der damalige leitende Angestellte des WEKO-Sekretariates angegeben, dass nur Umsätze, die älter als drei Monate seien, ausgetauscht werden dürfen. Den Austausch von Werbeausgaben habe dieser als nicht sehr problematisch angeschaut. Schliesslich sollten keinerlei Preislisten mehr ausgetauscht werden; dies sei im Zeitpunkt des Treffens aber ohnehin nicht mehr der Fall gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 261 f.). Dasselbe gilt für das gemeinsame Verständnis der Beteiligten in Bezug auf die vertrauliche bzw. informelle Natur des Gesprächs (verbandsinterne E-Mail vom 6. Oktober 2008, abgedruckt in act. 439, Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag I vom 19. September 2010, Beilage; angefochtene Verfügung Rz. 324 f.). Sachverhaltlich unbestritten ist ausserdem, dass die erste Selbstanzeige ("Meldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG") eines ASCOPA-Mitglieds vom 17. Oktober 2008 direkt an den Direktor des Sekretariates der Wettbewerbskommission gerichtet war.

**3.2.6.3.3** Zunächst ist festzuhalten, dass kartellrechtliche Beratungen gemäss Art. 23 Abs. 2 KG grundsätzlich unter dem Vorbehalt zu betrachten sind, dass die

Wettbewerbskommission nicht an die Beratungen des Sekretariats gebunden ist und dass der Sachverhalt aufgrund der von den zur Beratung Antragstellenden eingereichten Unterlagen - und nicht durch die Behörde - ermittelt wird (BSK KG-BANGERTER, Art. 23 KG N 48 f.). Zudem bilden Auskünfte gemäss Art. 23 Abs. 2 KG - unabhängig davon, ob sie positiver oder negativer Natur sind - keine Verfügungen. Ebenfalls bilden Auskünfte über künftige Sachverhalte bzw. über vom Unternehmen ins Auge gefasste Verhalten keine Feststellungsverfügungen (BGE 135 II 60 E. 3.3.3 "Maestro"; ISABELLE HÄNER, Comfort letters - Einsatzmöglichkeiten im Schweizerischen Kartellrecht, in: Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht, Revision und Praxis, 2002, S. 138). Ausserdem ist in einer Anfrage betreffend Beratung keine Selbstanzeige zu sehen (MARTENET, in: Commentaire romand, Art. 23 N 18). Folgerichtig führt die Inanspruchnahme einer Beratung auch nicht zum Verlust des Melderechts im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (BSK-BANGERTER, Art. 23 KG N 50). Schliesslich sind die Beratungen - worauf die Vorinstanz zutreffend hinweist - gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG kostenpflichtig (BRUCH/MEIER, DIKE-KG, Art. 23 KG N. 82; BRUCH/JAAG, DIKE-KG, Art. 53a KG Rz. 27). Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus den dargestellten Charakteristika einer Beratung in Übereinstimmung mit der Beurteilung der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 327), dass in der Besprechung vom 9. September 2008 keine Beratung im Sinne von Art. 23 KG gesehen werden kann. Dagegen sprechen die fehlende schriftliche Anfrage, die übereinstimmend als vertraulich-informell definierte Natur der Besprechung wie auch der Umstand, dass die Kostenpflichtigkeit der Besprechung noch nicht einmal thematisiert worden ist.

**3.2.6.3.4** Aus dem Mailaustausch im Anschluss an das Gespräch vom 9. September 2008 (angefochtene Verfügung Rz. 310), insbesondere der seitens des ASCOPA-Verbandssekretariats zugesicherten Verhaltensanpassung (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 311), geht hervor, dass sich das Verbandssekretariat der ASCOPA vor allem in Bezug auf die künftige Verbandspraxis absichern wollte. Die Beschwerdeführerin macht ausserdem jedenfalls vor Bundesverwaltungsgericht nicht mehr geltend, als Teilnehmerin an der in Frage stehenden Besprechung habe sie einen "Marker" für eine Selbstanzeige gesetzt. Der Selbstanzeige kommt mit Blick auf den Umstand, dass die Vorinstanz auf die Sanktionierung der betroffenen Unternehmen verzichtet hat, auch keine Bedeutung (mehr) zu (vgl. dazu ausführlich E. 6.1 hiernach). Es stellt sich also nur die Frage, ob die Beschwerdeführerin aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes etwas zu ihren Gunsten ableiten kann.

**3.2.6.3.5** Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine (selbst unrichtige) Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten (BGE 137 II 182 E. 3.6.2). Mit Blick auf das Ziel des in Frage stehenden Gesprächs, sich für die Zukunft abzusichern, und den Inhalt desselben kann, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 307 ff.), nicht von einer Zusicherung ausgegangen werden, wonach die möglicherweise kartellrechtlich

relevanten bisherigen Verhaltensweisen der ASCOPA-Mitglieder nicht nur nicht sanktioniert werden, sondern auch nicht Gegenstand einer Rechtswidrigkeitsfeststellung sein würden. Vielmehr macht die Beschwerdeführerin geltend, der Vertreter des Sekretariats hätte die Gesprächsteilnehmer über das Sanktionsrisiko informieren müssen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 313 ff.). Demnach ist klar, dass die verbandsinterne Zusicherung der ASCOPA-Vertreterin, wonach die Informationen, die der (damals) leitende Angestellte der WEKO erhält, damit er die gewünschten Auskünfte geben kann, auf keinen Fall zu einer Untersuchung der WEKO betreffend ASCOPA führen könne (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 319), ihrerseits nicht von einer der Vorinstanz zurechenbaren Zusicherung betreffend Verzicht auf die Eröffnung einer Untersuchung gedeckt war. Bereits der informelle Charakter der Besprechung spricht gegen den Bindungswillen der Behörde, worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist (angefochtene Verfügung Rz. 324 f.). Damit braucht auch nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, inwieweit die Unternehmen davon ausgehen können, dass das Sekretariat in diesem Punkt trotz fehlender Zuständigkeit die für das Aussprechen von Sanktionen zuständige Wettbewerbskommission binden kann (vgl. dazu etwa die Urteile des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.4.5.4 "Publigroupe" und B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 4.2.6 "Flughafen Zürich"). Unter diesen Umständen bestand aber - namentlich gegenüber einem bedeutenden Branchenverband, dessen Sekretärin über ein Anwaltspatent verfügt (angefochtene Verfügung Rz. 301 und Rz. 317) - gerade keine Pflicht zum Hinweis auf das Sanktionsrisiko. Damit kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Umstand, dass der (damals) leitende Angestellte des Sekretariats nicht auf das Sanktionsrisiko hingewiesen hat, mit Blick auf die Garantie des Vertrauensschutzes nichts zu ihren Gunsten ableiten. Deshalb kann der Beschwerdeführerin nicht zugestimmt werden, wenn sie die Auffassung vertritt, dass ihr durch die korrekte Protokollierung des Gesprächs die Eröffnung einer Untersuchung erspart geblieben wäre. Folglich ist nicht weiter auf den Umstand einzugehen, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausführt, das übrige Personal des Sekretariats habe von dieser informellen Besprechung nichts gewusst.

**3.2.6.3.6** Zusammenfassend kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit ihre Rüge dahingehend zu verstehen ist, sie habe zufolge geschützten Vertrauens in die Nichtverfolgung der in Frage stehenden Verhaltensweisen der ASCOPA-Mitglieder einen Anspruch auf das Unterlassen einer Sanktionierung oder gar der Feststellung der Rechtswidrigkeit. Soweit die Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht der Substantiierung dieser Argumentation dienen, sind sie, obwohl das beschriebene Vorgehen des leitenden Angestellten des Sekretariats tatsächlich sehr ungewöhnlich erscheint, rein aufsichtsrechtlicher Natur. Die Beschwerdeführerin vermag aus demselben demnach nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

### 3.3 Ausstandsrügen

**3.3.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter - ebenfalls unter dem Titel "verfahrensmässige Unregelmässigkeiten" -, dass die Inhalte des Verfügungsantrages I, welcher noch auf Sanktionen beruhte, öffentlich gemacht wurden, was einer öffentlichen Vorverurteilung der gesamten Branche

gleichkomme (Beschwerde Rz. 20 Lemma 3, 169). Zudem seien grobe Verfahrensfehler geschehen in Bezug auf die zunächst verweigerte Herausgabe einer Telefonnotiz, welche das hiervor beschriebene Gespräch vom 9. September 2008 zum Gegenstand hat (Beschwerde Rz. 20 Lemma 4, 170). Die Vorinstanz führt dazu aus, dabei handle es sich um Vorwürfe, welche bereits Gegenstand eines rechtskräftigen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bilden (Vernehmlassung Rz. 66).

**3.3.2** Hinsichtlich dieser beiden Rügen erübrigen sich weiterführende Ausführungen. Die Beschwerdeführerin gelangte bereits während des vorinstanzlichen Verfahrens ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte mit derselben Begründung den Ausstand zweier Mitarbeiter des Sekretariates. Allerdings drang die Beschwerdeführerin mit ihren Anliegen vor Bundesverwaltungsgericht nicht durch. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Art der Untersuchungsführung zeige die Voreingenommenheit der Personen auf, welche die Untersuchung geführt hatten (Beschwerde, Rz. 171 in fine), kann ebenfalls auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 verwiesen werden, welches noch vor Erlass der auf den 31. Oktober 2011 datierten angefochtenen Verfügung ergangen ist. Dasselbe gilt in Bezug auf die seitens der Beschwerdeführerin beanstandete Medienmitteilung. Das Gericht hat dazu festgehalten, diese führe nicht zum Anschein der Befangtheit. Indessen sei das Sekretariat bzw. die Vorinstanz aber gehalten, künftig vorsichtiger zu kommunizieren und dabei der korrekten Darstellung des Verfahrensstandes und des weiteren Verfahrensverlaufs die nötige Beachtung zu schenken (Urteil des BVerG B-7483/2010 E. 4.2.5 "ASCOPA-Ausstandsfrage"; vgl. auch Sachverhalt Bst. B.d). Dem ist nichts hinzuzufügen.

### **3.4 Rüge, dass die Verbotsverfügung nicht ausreichend bestimmt sei**

Die Beschwerdeführerin führt zunächst aus, dass nach dem Konzept der angefochtenen Verfügung bei Zuwiderhandlung gegen die darin statuierte Verhaltensauflage gestützt auf Art. 50 KG eine Busse ausgesprochen können werden soll (vgl. Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Ein Gesetz müsse indessen so klar formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen könne ("nulla poena sine lege"; vgl. Art. 5 Abs. 1 BV wie auch Art. 7 EMRK). Eine Sanktion sei deshalb nur zulässig, wenn sie objektiv voraussehbar sei. Das treffe in Bezug auf die angefochtene "Verbotsverfügung" nicht zu. Namentlich sei nicht klar, inwieweit Umsatzangaben zu aggregieren seien, nachdem bereits die Gegenstand der Rechtswidrigkeitsfeststellung bildenden ausgetauschten Angaben aggregiert gewesen seien (Beschwerde, Rz. 172 f.).

Da die angefochtene Verfügung nicht auf eine direkte Sanktion, sondern auf eine Rechtswidrigkeitsfeststellung unter Androhung einer indirekten Sanktion lautet, ist damit systemisch den Anforderungen an die Bestimmtheit der anzuwendenden Norm Genüge getan (vgl. mutatis mutandis das Urteil des BVerG B-2977/2007 E. 8.1.6.2 "Publigroupe"). Die verneinende Antwort auf die Frage, ob die individuell-konkrete Androhung einer indirekten

Sanktion genügend bestimmt ist, kann jedenfalls nicht zur Feststellung führen, dass die Gesetzesnorm, auf welche die Sanktion gestützt wird, zu wenig bestimmt ist. Damit ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter auf die Rechtsprechung zum Bestimmtheitsanforderung in Bezug auf technische oder unbestimmte Begriffe einzugehen (vgl. dazu BGE 146 II 217 E. 8.2 in fine mit Hinweisen "Preispolitik Swisscom ADSL II"). Denn nur auf die Bestimmtheit der "Verbotsverfügung" zielt die Rüge der Beschwerdeführerin. Diesbezüglich gilt es zu berücksichtigen, dass erstinstanzliche Verfügungen nicht streng nach ihrem Wortlaut, sondern ihrem wirklichen Gehalt zu verstehen sind (Urteil des BVerG 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2). Vorab ist festzuhalten, dass die Begründung in der angefochtenen Verfügung in Bezug auf die Anordnung gemäss Dispositivziffer 1 in fine, wonach insbesondere die Abreden bezüglich des Austausches von Bruttopreislisten, nicht aggregierten Umsatzangaben und Bruttowerbeausgaben nicht mehr eingehalten werden dürfen, tatsächlich sehr knapp war. Indessen lässt sich aus dem Zusammenhang bzw. der materiellen Begründung der angefochtenen Verfügung klar erschliessen, was gemeint ist. Die Vorinstanz wirft den betroffenen Unternehmen bekanntlich vor, dass es sich bei den zwischen den Konkurrenten ausgetauschten Daten um nicht oder kaum aggregierte, aktuelle Informationen über Preise, Umsätze und Werbeausgaben gehandelt habe (angefochtene Verfügung Rz. 392). Unter der Bedingung, dass die Rechtswidrigkeitsfeststellung insgesamt zu Recht erfolgt ist, erweist sich auch die Auflage in Bezug auf das künftige Verhalten als hinreichend klar durch die Formulierung "nicht mehr eingehalten" werden dürfen. Damit wird den betroffenen Unternehmen nicht jeder Informationsaustausch verboten, sondern lediglich einer, wie er in der angefochtenen Verfügung - namentlich was die Aggregation der in Frage stehenden Daten betrifft - sachverhältniss fest festgestellt worden ist. Darin ist kein Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot zu sehen und die Auflage erschöpft sich auch nicht in einem blossen Hinweis auf das Gesetz. Indessen ist durch die gewählte Formulierung der Auflage folgerichtig auch die durch das Bundesgericht beschriebene Bindungswirkung beschränkt auf das vorinstanzlich festgestellte Verhalten, soweit im Folgenden dessen Rechtswidrigkeit festgestellt werden sollte (Urteil des BVerG 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 4.3.4 in fine "Implenia Schweiz AG"). Durch diesen Zusammenhang ergibt sich ohne Weiteres, dass der erlaubte Aggregierungsgrad höher sein muss als nach der als rechtswidrig beurteilten Praxis der Verbandsmitglieder. Alles Weitere ist Gegenstand der materiellen Frage, ob die Vorinstanz den qualitativen Elementen der Erheblichkeit im Rahmen der Rechtswidrigkeitsfeststellung die ihnen zukommende Bedeutung beigemessen hat (vgl. Beschwerde Rz. 122). Zur Frage nach der Bedeutung des Begriffes des "Aggregierens" kann folgerichtig auf die Ausführungen im materiellen Teil in Erwägung 6.4.1.3 verwiesen werden. Des Weiteren ist festzuhalten, dass bereits in Erwägung 1.5 hiervor ausgeführt worden ist, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Wunsch nach einer über den Fall hinausweisenden generell-abstrakten Aussage, welche Formen von Informationsaustausch erlaubt sind, die Anforderungen an die gerichtliche Überprüfung der Rechtskonformität einer individuell-konkreten Verfügung überspannt.

### 3.5 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren verfahrensrechtlichen Rügen im Wesentlichen ins Leere stösst, soweit diese nicht ohnehin durch den vorinstanzlichen Verzicht auf die direkte Sanktionierung ihre Bedeutung eingebüsst haben. Soweit in Bezug auf die Akteneinsicht eine Gehörsverletzung bejaht worden ist (vgl. E. 3.2.4.6 hiervor), ist diese von derart untergeordneter Bedeutung, dass der Heilung im Rechtsmittelverfahren jedenfalls nichts entgegensteht. Auf die Frage, ob sie sich auf die Kostenfolge auswirkt, ist im Rahmen der einschlägigen Erwägungen zurückzukommen (vgl. E. 12.2.3 hiernach). Das Gericht hat indessen in Bezug auf den Anspruch auf rechtliches Gehör einen Vorbehalt dahingehend gemacht, dass sich im Rahmen der materiellen Ausführungen unabhängig von den Rügen der Beschwerdeführerin Aussagen zur Begründungspflicht ergeben könnten (vgl. dazu E. 3.2.3.1 und 3.2.3.2 hiervor). Darauf wird im Rahmen der materiellen Erwägungen zurückzukommen sein (vgl. Erwägungen 6.4.2.5.7. und 9 hiernach).

## 4. Art. 4 Abs. 1 KG (Informationsaustausch)

### 4.1 Aufbau der materiellen Prüfung

In den Erwägungen 4-6 geht es darum aufzuzeigen, ob die Handlungen des Informationsaustausches der ASCOPA-Mitglieder (Austausch der Bruttopreislisten, Bruttoumsätze und Werbeinvestitionen) als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren sind. Die Erwägung 4 hat die Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG zum Gegenstand. In Erwägung 5 geht es um die Marktabgrenzung und in Erwägung 6 um die Erheblichkeitsprüfung des Informationsaustausches im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Betreffend die AGB-Empfehlungen erfolgt eine gesonderte kartellrechtliche Prüfung in den Erwägungen 7-9.

### 4.2 Zu Art. 4 Abs. 1 KG im Allgemeinen

**4.2.1** Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Informationsaustausch von ASCOPA von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird. Normalerweise - also wenn keine Informationen ausgetauscht werden - handeln die Wettbewerber autonom und kennen das Verhalten der anderen Konkurrenten nicht. Ein Kennzeichen des wirksamen Wettbewerbs ist die Unsicherheit über das Verhalten der anderen Wettbewerber. Ein Informationsaustausch wird erst dann problematisch, wenn er diese strategische Ungewissheit aufhebt und so das Risiko, welches dem eigenständigen Marktverhalten inhärent ist, reduziert (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 "Pfizer II", Urteil 2C\_147/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 3.4.2.2 "Bayer [Schweiz] AG"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 152; ANDREAS BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Diss. Zürich, Baden-Baden 2012, S. 286 ff., nachfolgend: BLATTMANN). Ein Informationsaustausch kann entweder unselbständig, d.h. Teil einer umfassenderen Abrede, sein oder er ist als selbständiger Informationsaustausch auf seine Abredequalität hin zu prüfen (vgl. insbesondere AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 58 f. und zum Ganzen ausführlich E. 6.2.3 hiernach). Je nach Intensität und Marktgegebenheiten kann der selbständige Informationsaustausch als "nearly perfect substitute" für eine eigentliche Preisabsprache dienen (vgl. zum Ganzen WAGNER VON PAPP, Information

exchange agreements, S. 130, sowie E. 2.3, insb. 2.3.2 hiervor).

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. Dabei sind die kartellrechtsrelevanten Verhaltensweisen "Vereinbarungen" und "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" alternativ zu verstehen. Liegt eine Vereinbarung vor, genügt dies, um auf eine Wettbewerbsabrede zu schliessen, ohne dass geprüft werden müsste, ob zugleich eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 "Altimum"; BGE 147 II 72 E. 3.4.1 "Pfizer II"; vgl. dazu ausführlich E. 4.4.3.1.3 hiernach).

**4.2.2** Es ist zu prüfen, ob bzw. inwieweit zur Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG in Bezug auf die Erfassung des Informationsaustauschs Normen des europäischen Wettbewerbsrechts von Bedeutung sein können (E. 4.3.1 f.). In Erwägung 4.3 ist sodann der Frage nachzugehen, inwiefern die Bekanntmachungen im Versicherungsbereich (Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich, RPW 2007/1 S. 137 ff. Rz. 34 ff., nachfolgend: Bekanntmachungen im Versicherungsbereich, vgl. E. 4.3.3 hiernach) und die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11/01 vom 14. Januar 2011 (nachfolgend: Horizontalleitlinien, vgl. E. 4.3.4 hiernach), welche unter anderem ab Seite 13 den Informationsaustausch näher konkretisieren, herangezogen werden können. In einem weiteren Schritt ist festzustellen, ob die einzelnen Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG gegeben sind. So wird in Erwägung 4.4 die Abredequalität geprüft. In E. 4.5 wird erörtert, welche Bedeutung den Wettbewerbsparametern auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG zukommt. Danach ist die Frage zu klären, ob der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte oder bewirkte (siehe E. 4.6 hiernach). Schliesslich wird geprüft, ob der seitens der Beschwerdeführerin behauptete prokompetitive Charakter der Abrede dazu führt, dass diese nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, und welche Bedeutung der Frage nach der Einschränkung der Handlungsfreiheit zukommt (E. 4.7). Sämtliche Ausführungen zu Art. 4 Abs. 1 KG in Erwägung 4 beziehen sich jeweils auf alle Handlungen des Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreislisten, der Umsätze und der Werbeinvestitionen), ausser wenn spezifisch darauf hingewiesen wird, dass sich eine Aussage auf einen bestimmten dieser Handlungsstränge bezieht.

### 4.3 Relevanz des EU-Rechts und weiterer Grundlagen in Bezug auf den Informationsaustausch

**4.3.1** In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarung und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ABI. C 326/47 vom 26.10.2012, S. 47 ff.) überein (BGE 147 II 72 E. 3.1 "Pfizer II"; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 7; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE REICH, in: Baker & McKenzie, Stämpfli's Handkommentar zum KG, 2007, Art. 4 KG N 22, nachfolgend:



Stämpfli HK-BEARBEITER; zur Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung vgl. E. 6.3.5, 6.3.5.1).

**4.3.2** Bevor die Handlungen des vorliegenden Informationsaustauschs im Kontext mit den Kriterien von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen sind, stellt sich die Frage, ob es weiterführende Erlasse oder Bekanntmachungen im Schweizer Kartellrecht gibt, welche den Informationsaustausch näher konkretisieren, und ob zugleich auf Art. 101 AEUV konkretisierendes EU-Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden kann.

**4.3.3** Es existieren im Schweizer Recht hinsichtlich des Versicherungsbereiches Grundlagen zum Informationsaustausch aus dem Jahr 2007 (Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich, RPW 2007/1 S. 137 ff. Rz. 34 ff., nachfolgend: Bekanntmachungen im Versicherungsbereich; BLATTMANN, S. 224 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 87). Allerdings haben Bekanntmachungen, welche ihre Grundlage in Art. 6 KG finden, keine Bindungswirkung für Gerichte (BGE 147 II 72 E. 4.4.3 "Pfizer II"; BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. "Buchpreisbindung I"; BLATTMANN, S. 224 f. mit Fn. 799). Denn die Bekanntmachungen bilden die Praxis der WEKO ab und stellen eine Verwaltungsverordnung dar. Weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht sind bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an die Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden. Andernfalls würde der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 "Gaba"). Zudem kommt BLATTMANN zum Schluss, dass die Kriterienliste in den Bekanntmachungen im Versicherungsbereich unvollständig ist (BLATTMANN, S. 224 f.), was auch Rz. 37 der Bekanntmachungen selber festhält ("ohne den Anspruch auf Vollständigkeit"). Generell wird in der Lehre - ebenso wie durch die Beschwerdeführerin - fehlende Rechtssicherheit in Bezug auf den Informationsaustausch bemängelt (ANDREAS HEINEMANN/RETO HEIZMANN, Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation, in: Festschrift Rolf H. Weber, 2011, S. 67, nachfolgend: HEINEMANN/HEIZMANN, in: Festschrift Weber).

**4.3.4** Es stellt sich daher die Frage, ob das Heranziehen der im Jahr 2011 revidierten Horizontalleitlinien der EU, welche auch rechtliche Aussagen zum Informationsaustausch enthalten, ebenfalls und sogar eher sachgerecht erscheint. Dabei ist zu beachten, dass dem europäischen Wettbewerbsrecht eine Vorreiterrolle hinsichtlich der Ausgestaltung nationaler Wettbewerbsrechte zukommt, da das europäische Wettbewerbsrecht auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission der vergangenen 30 Jahre beruht und auch durch Ausführungserlasse kontinuierlich weiterentwickelt wurde (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 529 f.; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 169 "Preispolitik Swisscom ADSL II"). Die Bekanntmachungen im Versicherungsbereich räumen dem Informationsaustausch weniger als anderthalb Seiten ein, wohingegen es bei den Horizontalleitlinien 13 Seiten sind. Schon aufgrund der Regelungsdichte sprechen die Horizontalleitlinien für mehr Rechtssicherheit. Dabei ist durchaus einzuräumen, dass Letztere ebenfalls wegen mangelnder Gewährleistung von Rechtssicherheit kritisiert werden (vgl. etwa

WAGNER VON PAPP, Information exchange agreements, S. 172 f.).

Die Bekanntmachungen im Versicherungsbereich weisen zudem eine branchenspezifische Zielsetzung auf (z.B. Informationsasymmetrien wie "Adverse Selection" und "Moral Hazard", Informationen für die Berechnung einer Risikoabschätzung, ohne dass aber auf die Prämien anderer Versicherer rückgeschlossen werden kann; Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 34 f.). Der Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik und auch der allgemeine Kosmetikmarkt kennen diese Probleme des Versicherungsmarktes nicht, weshalb in erster Linie die Horizontalleitlinien beizuziehen sind (vgl. zur Bedeutung des EU-Kartellrechts allgemein E. 4.3.1 hiervor und in Bezug auf die Erheblichkeit E. 6.3.5 hiernach).

#### **4.4 Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG**

**4.4.1** Die Beschwerdeführerin führt an, dass im vorliegenden Fall überhaupt keine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsabrede bzw. keine zwingende oder nicht zwingende Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliege bzw. bewiesen worden sei (Beschwerde Rz. 70 ff. und 84; Replik Rz. 18 Bst. i und 85 Lemma 1; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 26). Des Weiteren meint sie, dass ein Informationsaustausch nur in sich selbst als Wettbewerbsabrede oder als abgestimmte Verhaltensweise betrachtet werden könne, wenn er anhand der Marktstruktur Kollusion ermöglicht habe (Beschwerde Rz. 79). Zudem würden die Ausführungen der Vorinstanz zur Mittäterschaft (angefochtene Verfügung Rz. 251 ff.) diese nicht entbinden, darüber hinaus die Tathandlung jedes einzelnen ASCOPA-Mitgliedes, insbesondere der Beschwerdeführerin, an einer Wettbewerbsabrede zu beschreiben (Beschwerde Rz. 148).

**4.4.2** Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass der Informationsaustausch (Austausch von Brutto-Preislisten, Bruttoumsatzzahlen und Werbeinvestitionen) auf Beschlüssen der Generalversammlung von ASCOPA beruht habe. Die Generalversammlung habe sich aus den einzelnen Verbandsmitgliedern, die an der Beschlussfassung beteiligt waren, zusammengesetzt. Somit hätten die Mitglieder ausdrücklich ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck gebracht, die fraglichen Informationen auszutauschen. Nach der Vorinstanz liegt aufgrund der Generalversammlungsbeschlüsse zum Informationsaustausch eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor (angefochtene Verfügung Rz. 385).

#### **4.4.3 Handlungen des Informationsaustausches und Abredequalität**

##### **4.4.3.1 Grundlagen**

**4.4.3.1.1** Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG 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, welcher die Wettbewerbsabrede umschreibt, weist verschiedenen Voraussetzungen auf.

**4.4.3.1.2** Einerseits wird für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede das bewusste und gewollte Zusammenwirken von Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen im Sinne einer Vereinbarung oder alternativ eine abgestimmte Verhaltensweise gefordert (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 "Altimum"; vgl. E. 4.2.1 in fine hiervor). Andererseits wird eine durch die Abrede bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorausgesetzt (BGE 147 II 72 E. 3.1 f. "Pfizer II"; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 1; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 KG N 3; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 19). Als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gilt grundsätzlich jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 72; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 1. Aufl. 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 42, nachfolgend: BSK KG 2010-BEARBEITER; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, 1996, Zweite Lieferung 1997, Art. 4 Abs. 1 KG N 22, nachfolgend: BEARBEITER, in: Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.]; relativierend BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 431 ff.). Dabei spielt bei der Vereinbarung deren Form keine Rolle; diese kann sowohl mündlich, schriftlich als auch konkludent erfolgen (BGE 147 II 72 E. 3.3 "Pfizer II"; DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 31). So können auf den ersten Blick einseitige Massnahmen dann eine Abrede darstellen, wenn es sich eigentlich um eine Aufforderung zum Eingehen einer Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung handelt, die dann der Adressat ausdrücklich oder konkludent annimmt, so dass sich die scheinbar einseitige Massnahme in eine zweiseitige Koordination wandelt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 77).

**4.4.3.1.3** Der in Art. 4 Abs. 1 KG enthaltene Abredsbegriff ist sehr weit gefasst und es ist nicht von Relevanz, in welcher Form die Verhaltenskoordination stattgefunden hat (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 48; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Aufgrund des Gesetzeswortlauts von Art. 4 Abs. 1 KG gelten nicht nur Vereinbarungen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen auf gleicher oder verschiedener Marktstufen als "Wettbewerbsabreden". Sie sind Mittel der Verhaltenskoordination und geeignet ("de nature à"), zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen (BGE 147 II 72 E. 3.2 "Pfizer II"; Urteil des BGer 2C\_147/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2 "Bayer [Schweiz] AG"; Urteil des BVer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2 "Dargaud [Suisse] SA"). Jedoch stellt sich erst die Frage, ob eine abgestimmte Verhaltensweise gegeben ist, wenn das Vorliegen einer Vereinbarung zu verneinen ist (vgl. E. 4.2.1 in fine mit Hinweisen hiervor). Abzugrenzen von der kartellrechtlich relevanten Verhaltenskoordination ist das erlaubte Parallelverhalten, bei welchem sich das Verhalten der Wettbewerber autonom gestaltet (BGE 129 II 18 E. 6.3 "Buchpreisbindung"; BGE 147 II 72 E. 3.4.2.1 "Pfizer II"; Urteil des BGer 2C\_147/2018 E. 3.4.2.1 in fine "Bayer [Schweiz] AG"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 61).

**4.4.3.1.4** Im Unterschied zu Art. 101 AEUV werden im schweizerischen Kartellrecht die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen nicht ausdrücklich als mögliche Form der Abrede genannt (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 61). Nach Lehre und Rechtsprechung können indessen rechtlich verbindliche Vereinsbeschlüsse bzw. Statuten von Wirtschaftsverbänden eine mögliche Form der Vereinbarung und damit der Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sein. Der Verein nach Art. 60 ff. des Zivilgesetzbuchs hat sich bei Berufs- und Branchenverbänden denn auch als beliebte Rechtsform gezeigt (BLATTMANN S. 167; ZÄCH, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2005, Rz. 365, nachfolgend: ZÄCH; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 65; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 KG N 7; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 33). Entscheidend ist der Bindungswille (BGE 147 II 72 E. 4.3 "Pfizer II"). Damit müssen entsprechende Beschlüsse, wenn auch nicht ausdrücklich genannt, auch in Bezug auf einen Informationsaustausch als mögliche Form der Vereinbarung von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden (vgl. in Bezug auf die AGB-Empfehlungen E. 7.1.4.3 f. hiernach). Demnach kann REINERT nicht zugestimmt werden, soweit er die Auffassung vertritt, dass der Informationsaustausch nur unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, wenn die Definition der abgestimmten Verhaltensweise erfüllt ist (BSK-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 115).

#### **4.4.3.2 Bedeutung der Vereinsbeschlüsse und Statuten**

**4.4.3.2.1** Vorliegend handelt es sich bei ASCOPA - wie bereits unter Bst. A.a f. des Sachverhalts beschrieben - um einen Branchenverband, welcher das Rechtskleid eines Vereins gemäss Art. 60 ff. ZGB trägt. Die Mitglieder von ASCOPA vertreiben nicht zwingend ausschliesslich, aber jedenfalls auch Produkte im Bereich der Luxuskosmetik bzw. im gehobenen Preissegment der Kosmetik (Art. 1 ASCOPA-Statuten; angefochtene Verfügung Rz. 473). Nach Art. 2 Bst. a der ASCOPA-Statuten hat der Verein unter anderem zum Ziel, die beruflichen, ökonomischen und ideellen Interessen seiner Mitglieder zu verteidigen. Ausserdem soll gemäss Art. 2 Bst. d der Statuten der Wert der durch die Mitglieder hinterlegten Marken verteidigt werden. Art. 11 Abs. 1 ASCOPA-Statuten hält zudem fest, dass die Generalversammlung das oberste Organ von ASCOPA ist. Gemäss Art. 13 Bst. h ASCOPA-Statuten liegen Entscheide über sämtliche Angelegenheiten, die der Generalversammlung vorgelegt werden können und in der Traktandenliste (ordre du jour) aufgeführt sind, im Aufgabenbereich derselben. Für Beschlüsse der Generalversammlung wird gemäss Art. 12 ASCOPA-Statuten die Mehrheit der anwesenden Mitglieder benötigt. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Generalversammlung gemäss Art. 22 ASCOPA-Statuten für Änderungen oder Revisionen der ASCOPA-Statuten zuständig ist.

**4.4.3.2.2** Bei den Handlungen des Informationsaustausches geht es um ein Verhalten, welches einerseits von den Zielen des Vereins gedeckt ist und andererseits gemäss Art. 13 Bst. h der ASCOPA-Statuten jedenfalls in die Kompetenz der Generalversammlung fällt. Zugleich ist der nach Art. 15 der ASCOPA-Statuten von der Generalversammlung gewählte Vorstand gehalten, die Beschlüsse und Vereinbarungen der Generalversammlung umzusetzen (Art. 16 Bst. c der ASCOPA-Statuten). Des Weiteren sind gemäss Art. 9 der ASCOPA-Statuten die

Mitglieder verpflichtet, sich nach den Entscheiden des Komitees (Vereinsvorstands) und der Generalversammlung zu richten. Schon bei seinem Aufnahmegesuch in den Verein ASCOPA hat ein Kandidat eine Erklärung abgegeben, wonach er sich den Statuten und den daraus resultierenden Obliegenheiten verpflichtet (Art. 4 Abs. 2 ASCOPA-Statuten). Ausserdem sah Art. 6 Bst. a-d der ASCOPA-Statuten aus verschiedenen Gründen einen Ausschluss durch die Generalversammlung vor: Wenn die ASCOPA-Mitglieder nicht im Sinne der Statuten handelten (Bst. a), wenn sie sich nicht an die Vorschriften bzw. Entscheidungen der Organe hielten (Bst. b), wenn sie gegen die Interessen von ASCOPA handelten (Bst. c) oder wenn ASCOPA-Mitglieder ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind (Bst. d). Damit ergibt sich, dass auch im vorliegenden Kontext aufgrund der statutarischen Voraussetzungen insbesondere die Beschlüsse der Generalversammlung, aber auch durch diese legitimierte Vorstandsbeschlüsse geeignet sind, um dem Willen der Mitglieder des Vereins zum Abschluss von Vereinbarungen im Form von Branchenverbandsbeschlüssen auszutauschen.

#### **4.4.3.3 Die Zurechenbarkeit der Handlungen von ASCOPA**

**4.4.3.3.1** Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in einer Form am zu würdigenden Informationsaustausch beteiligt war, die es erlaubt, ihr diesen zuzurechnen.

Das Gericht hat bereits im Rahmen der Prüfung, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass die untersuchten Verhaltensweisen in den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen, festgestellt, dass die Beschwerdeführerin als Mitglied der ASCOPA an Verbandsbeschlüssen beteiligt war, deren Abredequalität zu prüfen sein wird (vgl. E. 2.3.2 hiervor). Die Beschwerdeführerin hat zwischen den Jahren 1997 und 2008 an 10 von 13 Generalversammlungen teilgenommen (angefochtene Verfügung Rz. 12 Abbildung 1). Zudem haben die ASCOPA-Mitglieder die Protokolle dieser verschiedenen Sitzungen der Generalversammlung jeweils genehmigt. Eine besondere Rolle kommt den Mitgliedern des Vorstands (des Komitees) zu, welcher nach Art. 16 Bst. a und c der ASCOPA-Statuten unter anderem die Geschäfte des Vereins führt und die Traktandenliste für die Generalversammlung festlegt (vgl. zu weiteren relevanten Befugnissen des Vorstands E. 4.4.3.2.2 hiervor). Ausserdem haben sich die ASCOPA-Mitglieder gemäss Art. 9 ASCOPA-Statuten den Entscheiden des Komitees - wie auch den Entscheiden der Generalversammlung - zu fügen. Die Beschwerdeführerin war von 1999 - 2008 im Vorstand vertreten (angefochtene Verfügung Rz. 17 Abbildung 2). Dabei ist nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz darauf geachtet worden, dass vor allem die grössten Marktteilnehmer, zu welchen auch die Beschwerdeführerin gehört, im Vorstand vertreten waren (angefochtene Verfügung Rz. 13 f. und Rz. 16; vgl. E. 6.5.4.4.3 hiernach). Die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz lassen sich auch insoweit überprüfen, als sich aus den Generalversammlungs-Protokollen, welche die Wahl von Komitee-Mitgliedern zum Gegenstand haben (vgl. insb. A 4, Protokoll der Generalversammlung vom 22. Mai 1997, S. 3; act. 85, Protokoll der Generalversammlung vom 4. Dezember 2003, S. 8 ff.;

act. 85, Protokoll der Generalversammlung vom 9. Juni 2004, S. 24; Protokoll der Generalversammlung vom 15. Juni 2006, S. 5; act. 85, Protokoll der Generalversammlung vom 30. Mai 2007, S. 6 f.) in Verbindung mit dem die Beschwerdeführerin betreffenden Handelsregisterauszug (vgl. Auszug des Handelsregisteramts des Kantons Zürich, CHE-105.905.311) ergibt, dass die Beschwerdeführerin jeweils zeichnungsberechtigte Personen - zumindest mit Unterschrift zu zweien - ins ASCOPA-Komitee entsandte. Damit ist auch klar, dass die natürlichen Personen jeweils als Vertreter von Estée Lauder fungierten. Die Beschwerdeführerin war zwischen 2000 und 2008 an 25 von 39 Komitee-Sitzungen anwesend (angefochtene Verfügung Rz. 19 Abbildung 3). Der Informationsaustausch spielte nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz bei den Komitee-Sitzungen eine zentrale Rolle und war ständiges Traktandum (angefochtene Verfügung Rz. 15 in fine). Es ist demnach ersichtlich, dass die Mitglieder von ASCOPA, namentlich aber die Mitglieder des Vorstands von ASCOPA, welche auch die regelmässigen Komitee-Beschlüsse zur Umsetzung des Informationsaustauschs zu verantworten hatten, an den zu beurteilenden Beschlüssen betreffend den Informationsaustausch in einer Weise beteiligt waren, welche dazu führt, dass ihnen diese zuzurechnen sind. Es gibt auch keinerlei Anzeichen dafür, dass sich die Beschwerdeführerin von einem der relevanten Beschlüsse distanziert hätte. Zurechenbar ist demnach grundsätzlich allen Mitgliedern von ASCOPA, insbesondere aber den Mitgliedern des Vorstands, auch das Verhalten der ASCOPA-Geschäftsstelle, mit welchem die Beschlüsse der Mitglieder des Branchenverbands umgesetzt worden sind (vgl. zur Rolle von ASCOPA E. 4.4.3.8.2 hiernach).

**4.4.3.3.2** Es ist nun auf das soeben Festgestellte aufbauend zu prüfen, ob den einzelnen Handlungen des Informationsaustauschs (Austausch der Bruttopreislisten, Bruttoumsätze und Werbeinvestitionen) Vereinbarungsqualität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zukommt (vgl. dazu E. 4.2.1 hiervor).

#### **4.4.3.4 Der Austausch von Bruttopreislisten**

**4.4.3.4.1** Die Untersuchungen der Vorinstanz ergaben, dass die Geschäftsstelle von ASCOPA gestützt auf entsprechende Verbandsbeschlüsse einen Austausch von Bruttopreislisten zwischen seinen Mitgliedern mindestens zwischen 1994 und 2007 organisiert hat (angefochtene Verfügung, Rz. 37 ff., 50 ff.). Es ist davon auszugehen, dass der letzte Preislistenversand im Herbst 2007 erfolgt ist (angefochtene Verfügung, Rz. 47). ASCOPA sandte seinen Mitgliedern seit 2002 Selbstklebeetiketten zu, um den zwei Mal im Jahr stattfindenden Austausch zu vereinfachen (angefochtene Verfügung, Rz. 24 und 37 f.). Dieses Vorgehen wurde in der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002 beschlossen (act. 234, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002, S. 3). Aus dem Protokoll der Komitee-Sitzung vom 18. September 2002 geht sodann hervor, dass das Protokoll der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002 den Mitgliedern zugestellt und von denselben ohne Änderung genehmigt wurde (act. 234, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 18. September 2002, S. 2). Auch der Umstand, dass sowohl an der Komitee-Sitzung vom 11. April 2002 (act. 234, vgl. S. 1 des vorher genannten Sitzungsprotokolls) als auch an der Generalversammlung

vom 4. Juni 2002 (act. 2, Beilage A 20, S. 5) festgehalten wurde, es sei zu vermeiden, dass die Marken zu Discountpreisen verkauft würden (angefochtene Verfügung, Rz. 59), zeigt, dass die Beschlüsse des Vorstands auch durch die Generalversammlung legitimiert waren. Mit ihrer Genehmigung des Protokolls der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002 an der Komitee-Sitzung vom 18. September 2002 (act 234, vgl. S. 2 des vorher genannten Sitzungsprotokolls) bestätigten die Komitee-Mitglieder das oben beschriebene Vorgehen ausdrücklich. Ausserdem genehmigten die ASCOPA-Mitglieder an der Generalversammlung vom 3. Juni 2003 das Protokoll der Generalversammlung vom 4. Juni 2002 (act. 85, vgl. S. 3 des soeben genannten Protokolls der Generalversammlung). Damit bilden die entsprechenden Vereinsbeschlüsse die Basis des Informationsaustauschs im Sinne einer Vereinbarung.

**4.4.3.4.2** Die Vorinstanz stellt ausserdem fest, dass an der Generalversammlung vom 6. Mai 1999, an welcher auch die Beschwerdeführerin teilnahm, eine Umfrage über Grosshandelspreise beschlossen wurde (act. 2, Protokoll der Generalversammlung vom 6. Mai 1999, Beilage A 7, S. 5; angefochtene Verfügung Rz. 36, Abbildung 1).

**4.4.3.4.3** Ausserdem versandten dreizehn Unternehmen - so auch das Unternehmen der Beschwerdeführerin - Preislisten, welche auch die gegenüber dem Handel empfohlenen Wiederverkaufspreise enthielten. Die Preislisten enthielten jeweils sämtliche von einem Hersteller oder Distributor vertriebenen Marken und Produktarten (angefochtene Verfügung Rz. 48 mit Fn. 67). Der entsprechende Austausch wurde nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz im Jahre 2007 eingestellt (angefochtene Verfügung Rz. 50). Des Weiteren haben die ASCOPA-Mitglieder, so auch die Beschwerdeführerin, in den Jahren 1993-2000 Vergleichslisten von Bruttopreisen erstellt (angefochtene Verfügung Rz. 31 ff.), was auch dem Generalversammlungsprotokoll vom 11. Mai 2000 entnommen werden kann (act. 2, Beilage A 13, S. 4). Diese Handlungen gehen eng mit dem Austausch der Bruttopreislisten einher. Gesamthaft beruhen die oben beschriebenen Handlungen auf Beschlüssen der Generalversammlung oder des Komitees (unter Legitimierung durch die Generalversammlung), womit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

#### **4.4.3.5** *Der Austausch von Umsatzinformationen*

**4.4.3.5.1** Ausserdem organisierte die Geschäftsstelle von ASCOPA in Umsetzung entsprechender Vereinsbeschlüsse einen Austausch von Bruttoumsatzzahlen bis im September 2008. Die Bruttoumsatzzahlen wurden auch "sell-in" genannt. Sie ergeben sich aus der Stückzahl multipliziert mit dem Bruttoverkaufspreis. Sie spiegeln den Betrag wieder, den jedes ASCOPA-Mitglied mit dem Verkauf seiner Produkte an den Handel erzielte (angefochtene Verfügung Rz. 112, 116, 120 ff., Abbildung 7). Im Gegensatz dazu geben die sogenannten "sell-out"-Zahlen Auskunft über den Verkauf des Handels an den Endkonsumenten (angefochtene Verfügung Fn. 118). Es ist in diesem Kontext zu ergänzen, dass die ASCOPA-Mitglieder von einem Informationsaustausch betreffend "sell-out"-Zahlen abgesehen hatten (vgl. Generalversammlung vom 4. Juni 2002, act. 2, Beilage A 20, S. 7). Von 1994-2004 oder allenfalls bis 2006 wurden die Umsätze jährlich

ausgetauscht (angefochtene Verfügung Rz. 130 ff.). Es gab ebenfalls laut ASCOPA von 1978-2004 einen vierteljährlichen Austausch von Umsatzangaben, bei welchen Informationen über 28 Produktkategorien ausgetauscht wurden (angefochtene Verfügung, Rz. 128). Von 1993 (laut Angaben auf dem Fragebogen von ASCOPA seit 1978) bis September 2008 erfolgte der Austausch der Bruttoumsatzzahlen ASCOPA monatlich. Dieser monatliche Austausch erfolgte über ein Formular, auf welchem die Bruttoumsatzzahlen einer bestimmten Marke, der Unternehmensname und der entsprechende Monat einzutragen waren. Das Formular war in sechs Produktkategorien eingeteilt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 116 ff.). Ab Mai 2005 (rückwirkend seit Januar 2004) erfolgte der Austausch der Umsätze elektronisch auf der Intranetseite von ASCOPA. Nur die ASCOPA-Mitglieder hatten Zugang zu dieser Intranetseite (angefochtene Verfügung, Rz. 118 ff.).

Unternehmen, welche hinsichtlich der monatlichen Datenerlieferung der Bruttoumsatzzahlen säumig waren, wurden Fr. 200.- pro Marke in Rechnung gestellt und mit dem Ausschluss vom Informationsaustausch bedroht (angefochtene Verfügung Rz. 18, 23, 139 ff.). Hierauf wird im Rahmen der Beantwortung der Frage, ob eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung vorliegt, wie auch im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung näher eingegangen (vgl. E.4.4.3.7 und E. 6.4.2.5 insb. 6.4.2.5.9 hiernach).

**4.4.3.5.2** Der Austausch von Bruttoumsatzzahlen ist verschiedenen Protokollen von Generalversammlungen der Jahre 1997-1998 sowie 2001-2003 zu entnehmen (angefochtene Verfügung Rz. 130, Generalversammlung vom 22. Mai 1997, act. 2 Beilage A 4, S. 6; Generalversammlung vom 14. Mai 1998, act. 2, Beilage A 5, S. 5 f.; Generalversammlung vom 4. Juni 2002, act. 2, Beilage A 20, S. 6 f.; Generalversammlung vom 4. Juni 2003, act. 85, S. 8 f.). So wurden insbesondere an den darauffolgenden Generalversammlungen die Protokolle der vorherigen Generalversammlung genehmigt (Generalversammlung vom 14. Mai 1998, act. 2, Beilage A 5, S. 2.; Generalversammlung vom 6. Mai 1999, act. 2 Beilage A. 7, S. 2; Generalversammlung vom 4. Juni 2003, act. 85, S. 3). Daraus ist zu schliessen, dass die ASCOPA-Mitglieder den Inhalten der entsprechenden Beschlüsse dieser Generalversammlungen und damit auch dem Informationsaustausch betreffend Umsatzdaten, welcher des Öfteren mit dem Aufruf, die Daten rechtzeitig zu liefern, einherging, explizit durch die Mitwirkung an den Beschlüssen zugestimmt haben. Zugleich sind auch die in Frage stehenden Protokolle jeweils vorbehaltlos genehmigt worden.

#### **4.4.3.6** *Der Austausch von Angaben zu den Werbeinvestitionen*

**4.4.3.6.1** Die Geschäftsstelle von ASCOPA organisierte schliesslich - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - ebenfalls gestützt auf entsprechende Vereinsbeschlüsse halbjährlich einen Austausch von Daten betreffend die Werbeinvestitionen von 1998-2007. Die meisten Mitglieder von ASCOPA nahmen auch an diesem Austausch von Werbeinvestitionen teil. Ausgetauscht wurden Werbeausgaben pro Produktkategorie und pro Werbekanal mit Minimalkosten von Fr. 50'000.-. Namentlich die Beschwerdeführerin beteiligte sich gemäss den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz zumindest in den

Jahren 2003-2007 lückenlos an diesem Austausch (angefochtene Verfügung Rz. 180-195, Abbildung 12).

**4.4.3.6.2** Wie bereits in Bezug auf die Bruttopreise und die Umsatzzahlen festgestellt, ist auch der Austausch von Werbeinvestitionen Gegenstand eines Beschlusses der Generalversammlung (Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Mai 2000, act. 2, Beilage A 12, Sitzung von 14.40 Uhr, S. 3, und Generalversammlung vom gleichen Tag, act. 2, Beilage A 13, Sitzung von 17.10 Uhr, S. 4). So wurde an der Komitee-Sitzung vom 29. November 2000 (vgl. act. 2, Beilage A. 14, S. 1) das Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Mai 2000 akzeptiert. Dasselbe gilt für das Protokoll der Generalversammlung vom 11. Mai 2000, das an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 (vgl. act. 2, Beilage A. 18, S. 2) genehmigt wurde. Gemäss dem Generalversammlungsprotokoll vom 11. Mai 2000 (vgl. act. 2, Beilage A. 13, S. 4) entschied die Versammlung, den Informationsaustausch über Werbeausgaben zuerst einmal pro Jahr durchzuführen, gegebenenfalls später zwei Mal jährlich. Später wurden die ASCOPA-Mitglieder dann in der Regel zwei Mal jährlich unter Fristsetzung aufgefordert, ihre Werbeausgaben an ASCOPA kundzutun. Zu diesem Zweck erhielten die ASCOPA-Mitglieder ein Formular (angefochtene Verfügung Rz. 181; act. 43 Dokument 8; act. 2 Beilagen F1 - F12). Es ist ersichtlich, dass einerseits ein Beschluss der Generalversammlung vorliegt und andererseits diese halbjährliche Aufforderung von ASCOPA besteht, die Angaben über die Werbeinvestitionen zu liefern. Das widerspruchslose Ausfüllen der entsprechenden Formulare lässt den Schluss zu, dass die ASCOPA-Mitglieder davon ausgegangen sind, dass auch der halbjährliche Datenaustausch durch Beschlüsse der ASCOPA-Organe legitimiert ist. Demnach ist auch der Austausch der Werbeinvestitionen gestützt auf eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfolgt.

#### **4.4.3.7 Disziplinierung bzw. Sanktionen als Merkmal der Vereinbarungsqualität**

##### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**4.4.3.7.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, dass es von der Vorinstanz falsch gewesen sei, in Bezug auf den Betrag von der Fr. 200.-, welche die ASCOPA-Mitglieder, die ihre Umsatzdaten zu spät lieferten, pro Marke zu zahlen hatten, den Begriff "Busse" zu verwenden. Es gehe gar nicht um eine Disziplinierung, sondern nur um die Deckung der administrativen Unkosten, da die verspätet gelieferten Daten einzeln in das ASCOPA-System hätten eingegeben werden müssen (Beschwerde Rz. 48 f., 89).

##### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**4.4.3.7.2** Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass das Komitee beschlossen habe, Disziplinierungsmassnahmen einzuführen, um die Unternehmungen zum Austausch der monatlichen Umsatzangaben anzuhalten. Einerseits seien Unternehmen, welche ihre Daten nicht oder nicht rechtzeitig liefern sollten, mit dem Ausschluss vom Informationsaustausch bedroht worden. Andererseits sollten säumige Unternehmen mit einer "Busse" von Fr. 200.- pro Marke belegt werden. Die Parteien hätten, soweit sie auf dem relevanten Markt tätig waren, die Umsatzinformationen lückenlos geliefert. Dar- aus könne geschlossen werden, dass diese Massnahmen

zur gewünschten Disziplin führten (angefochtene Verfügung, Rz. 139 f.).

##### iii. Würdigung durch das Gericht

**4.4.3.7.3** Sachverhaltlich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, dass die einzelnen Mitglieder bereits vor der Erstellung der ASCOPA-Internetplattform, welche dazu führte, dass Aufforderungen zur Lieferung von Daten elektronisch erfolgten, brieflich zur Dateneingabe aufgefordert worden sind (angefochtene Verfügung, Rz. 22). Des Weiteren ist auch unbestritten, dass die Regel gegolten hat, wonach nur diejenigen Unternehmen die Daten einsehen konnten, welche selbst Angaben geliefert haben. Im Sinne der Aufrechterhaltung der Disziplin in Bezug auf die Lieferung der relevanten Umsatzdaten wurde anlässlich der Sitzung vom 19. Oktober 2006 seitens des Komitees daran erinnert, dass säumige Mitglieder vom Informationsaustausch ausgeschlossen werden könnten. Ausserdem hat das Komitee anlässlich seiner Sitzung vom 22. März 2006 beschlossen, dass säumigen Mitgliedern ein Betrag von Fr. 200.- pro nicht gelieferte Informationen in Bezug auf eine Marke auferlegt werden sollte (angefochtene Verfügung Rz. 18 und Rz. 22 f., 139 f.).

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob schon aus der Höhe des Betrages von Fr. 200.- Rückschlüsse gezogen werden können zur Frage, ob es sich hierbei lediglich um eine kostendeckende Gebühr oder eine Busse handelt. Die Vorinstanz führt dazu aus, für die nicht wenigen Mitglieder, welche mit sechs (oder mehr) Marken am Informationsaustausch beteiligt seien, könnten sich bei Nichtlieferung der Umsatzdaten Kosten von (mindestens) Fr. 14'400.- pro Jahr ergeben (angefochtene Verfügung, Rz. 140). Entscheidend ist indessen nicht in erster Linie die Summe, sondern der Gesamtzusammenhang. Zunächst ergibt sich schon eine Bindung durch die Vereinszugehörigkeit. Nach Art. 6 Bst. b der ASCOPA-Statuten wird ausgeschlossen, wer die Beschlüsse der Vereinsorgane nicht befolgt. Dann ist auch die Regel zu beachten, wonach nur Daten erhält, wer auch Daten liefert. Damit ist unabhängig von der Qualifikation der bei Säumnis zu leistenden Zahlungen jedenfalls unter Berücksichtigung der Statuten und des teilweisen Ausschlusses vom Informationsaustausch bei Nichtlieferung der eigenen Daten insgesamt von einer gewissen disziplinierenden Wirkung der Vereinbarung auszugehen. Dementsprechend hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Verpflichtung zur monatlichen Lieferung von Umsatzdaten zwischen den Jahren 2004 und 2007 fast lückenlos befolgt worden ist (angefochtene Verfügung Rz. 120 mit Abbildung 7). Nach dem Gesagten ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang jedenfalls eine Disziplinierung, die die rechtliche Erzwingbarkeit der Vereinbarung unterstreicht. Denn auch ohne die Verpflichtung zu entsprechenden Geldzahlungen wirkt der beschriebene, namentlich durch die Vereinsstatuten gegebene rechtliche Rahmen im Sinne der Erzwingbarkeit für alle festgestellten Informationsaustauschhandlungen. ZÄCH (Rz. 365) betont in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Ausschlusses von der Vereinigung für den Fall fehlender Kooperation. Auch nach BANGERTER/ZIRLICK (DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 30 und N 47) und AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 30) ist namentlich in der Möglichkeit des Ausschlusses vom Verein eine

Sanktion zu sehen. Damit ist auch die vorliegend zu beurteilende Vereinbarung insgesamt als rechtlich erzwingbar zu beurteilen. Diese wird in Bezug auf die Umsatzzahlen durch den beschriebenen Disziplinierungsmechanismus ergänzt. Demnach braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden, dass selbst für den Fall, dass von einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung auszugehen wäre, bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes auch eine solche unter Art. 4 Abs. 1 KG fallen würde (vgl. BGE 144 II 246, E. 6.4.1 "Altimum"; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1 "Altimum"). Nachdem ein Vereinbarungskonsens festgestellt worden ist, braucht auch nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob eine wiederholte Teilnahme ohne Mitwirkung an den einschlägigen Vereinsbeschlüssen ebenfalls als Beteiligung an der Abrede zu werten wäre (vgl. dazu das Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.3 "Türbeschläge" mit Hinweisen).

#### **4.4.3.8 Unternehmen auf gleicher Marktstufe und Funktion von ASCOPA**

**4.4.3.8.1** Die Vorinstanz führt zudem aus, dass die vorliegenden Vereinsbeschlüsse als horizontale Vereinbarung zwischen den einzelnen ASCOPA-Mitgliedern aufzufassen seien, da diese auf derselben Marktstufe agieren (angefochtene Verfügung Rz. 385 f.). Diese Qualifikation durch die Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, da die Mitglieder von ASCOPA alle im Bereich der Luxuskosmetik bzw. der Kosmetikgüter im gehobenen Preissegment als Hersteller, Importeure und Lieferanten tätig sind (angefochtene Verfügung Rz. 6; vgl. zur Marktgegenseite E. 5.3.1.4 hiernach). Demzufolge handelt es sich um Unternehmen auf gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG.

**4.4.3.8.2** Das Gericht hat zur Bedeutung der ASCOPA bereits in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festgestellt, dass die relevanten Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern derselben im Sinne von Vereinsbeschlüssen getroffen worden sind (E. 4.4.3.2 ff. hiervor). Daraus hat die Vorinstanz den Schluss gezogen, dass dem Verein ASCOPA selbst keine eigenständige Rolle innerhalb der Vereinbarung zugekommen sei. Damit könne die Unternehmenseigenschaft der ASCOPA im Sinne von Art. 2 KG dahingestellt bleiben. Ohne seine Mitglieder wäre ASCOPA nach der Ansicht der Vorinstanz eine leere "juristische Hülle" gewesen, die nicht funktionsfähig gewesen wäre (angefochtene Verfügung Rz. 387). Im vorliegenden Kontext kann offen bleiben, ob der Vorinstanz zugestimmt werden kann beziehungsweise ob ASCOPA nicht ebenfalls hätte ins Recht gefasst werden müssen. Die Vorinstanz hat das Verfahren gegenüber der ASCOPA mit Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung jedenfalls eingestellt (angefochtene Verfügung Rz. 828). Damit ist die Vereinigung ASCOPA schon aus prozessualen Gründen nur insofern Teil der Beurteilung des Informationsaustausches (Austausch Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen), als ihre Dienste als "Meldestelle" (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 146; vgl. dazu auch E. 6.2.1 hiernach) den ASCOPA-Mitgliedern aufgrund entsprechender Beschlüsse der Vereinsorgane (bzw. der Geschäftsstelle gestützt auf diese erteilter Aufträge) zuzurechnen sind. Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen (vgl. dazu

insbesondere E. 4.4.3.3 hiervor). Dasselbe gilt betreffend die AGB-Empfehlungen (vgl. E. 7-9 hiernach).

#### **4.4.3.9 Zwischenfazit**

**4.4.3.9.1** Da - wie oben dargelegt - die Handlungen des Informationsaustausches auf Beschlüssen der Generalversammlung (vgl. Art. 12 f. ASCOPA-Statuten) oder auf Beschlüssen des ASCOPA-Komitees (vgl. Art. 9 ASCOPA-Statuten) beruhen, sind diese als Vereinbarung und damit als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass kein Beweis hinsichtlich des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede vorliege (Replik Rz. 18 Bst. i und 85; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 26), stösst ins Leere, da die in Frage stehenden übereinstimmenden Willensäusserungen betreffend den Informationsaustausch diversen Protokollen der ASCOPA-Generalversammlungen und Komitee-Sitzungen zu entnehmen sind (vgl. E. 4.4.3.4 ff. hiervor sowie angefochtene Verfügung, Rz. 385). Der Inhalt der Beschlüsse und der diesbezügliche subjektive Wille der Parteien ist klar (vgl. dazu mutatis mutandis zur Auslegung von Verträgen das Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 10.2 f. "Flammarion", BGE-Publikation vorgesehen). Es handelt sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken. Zudem haben die ASCOPA-Mitglieder die Protokolle dieser verschiedenen Sitzungen jeweils genehmigt. Die Teilnahme der Mitglieder des Branchenverbands an diesen Beschlüssen ist jedenfalls insgesamt so intensiv, dass die Vereinbarungsqualität der relevanten Beschlüsse von Generalversammlung und der gestützt darauf ergangenen Beschlüsse des Vorstands ausser Frage steht. Weiter ist festzuhalten, dass diese Beschlüsse grundsätzlich allen ASCOPA-Mitgliedern zuzurechnen sind. Dies gilt umso mehr für die Beschwerdeführerin als Mitglied des Vorstands aufgrund der Mitwirkung an Generalversammlungs- und Komitee-Beschlüssen und der Umsetzung der Generalversammlungsbeschlüsse betreffend die Teilhalte des zu beurteilenden Informationsaustausches (siehe hierzu E. 4.4.3.3 hiervor)

**4.4.3.9.2** Nach dem Gesagten sind die einzelnen Unternehmen als ASCOPA-Mitglieder grundsätzlich zu Abredeparteien geworden (vgl. dazu mutatis mutandis das Urteil des BGer 2C\_148/2018 vom 8. Dezember 2021 E. 3.2 "Grossisten Hors-Liste", BGE Publikation vorgesehen) und das Verhalten der ASCOPA-Geschäftsstelle, das der Ausführung der entsprechenden Beschlüsse gedient hat, ist diesen grundsätzlich zuzurechnen. Dies gilt umso mehr für die Beschwerdeführerin als Mitglied des Vorstands (vgl. insb. E. 4.4.3.3 hiervor). Demnach erübrigen sich im vorliegenden Zusammenhang weitere Ausführungen zur Mittäterschaft (vgl. E. 6.3.4.4.3 hiernach sowie das Urteil des BVGer B-581/2012 E. 7.2.2 in fine "Nikon AG) und namentlich zur Frage, mit wie vielen Marken die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch beteiligt war. Dementsprechend ist auch der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, dass sie darauf im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen ist (vgl. zu den diesbezüglichen verfahrensrechtlichen Rügen auch E. 3.2.2.2.5 sowie E. 3.2.3.2.7 hiervor). Die festgestellte Vereinbarung ist ausserdem mit Blick sowohl auf die statutarischen Verpflichtungen der ASCOPA-Mitglieder in Bezug auf die Befolgung von Vereinsbeschlüssen (vgl. insb. Art. 9 der ASCOPA-Statuten) als auch auf die

Ausgestaltung des Informationsaustauschs als rechtlich erzwingbar zu qualifizieren (vgl. E. 4.4.3.7.3 hiervor).

**4.4.3.9.3** Der Austausch von Bruttopreislisten, der Austausch von Bruttoumsatzzahlen und der Austausch von Werbeinvestitionen erfüllen demnach die Voraussetzung der in Art. 4 Abs. 1 KG genannten horizontalen Wettbewerbsabrede im Sinne einer Vereinbarung. Demnach ist die abgestimmte Verhaltensweise nicht mehr zu prüfen (BLATTMANN, S. 280; ZÄCH, Rz. 367, BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 54). Damit erweisen sich auch die Rügen, welche einen Beweis für eine abgestimmte Verhaltensweise verlangen, als obsolet. Ob die weiteren Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG, nämlich das "Bezwecken" oder allenfalls das "Bewirken" zu bejahen sind, wird Gegenstand der Erwägung 4.6 sein. Vorab ist zu prüfen, ob Wettbewerbsparameter betroffen sind bzw. ob wettbewerbsensible Informationen Gegenstand der Abrede sind.

#### **4.5 Wettbewerbsparameter und wettbewerbsensible Informationen (Art. 4 Abs. 1 KG)**

##### **4.5.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass durch den vorliegenden Informationsaustausch keine Wettbewerbsparameter betroffen wurden (vgl. Beschwerde Rz. 74 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff.). Eine Wettbewerbsabrede müsse sich auf Wettbewerbsparameter beziehen (vgl. Beschwerde Rz. 73, 88; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff.). Die Vorinstanz habe keinen Wettbewerbsparameter aufgezeigt, welcher durch die Handlungen des Informationsaustausches betroffen sei. Zudem mache die Vorinstanz keine Angaben, inwiefern eine Handlung des Informationsaustausches die Handlungsfreiheit hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters eingeschränkt habe (Beschwerde Rz. 74 ff.; 81, 97, 114; Replik Rz. 67; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff., 16).

##### **4.5.2 Vorbringen der Vorinstanz**

Im Gegensatz dazu beurteilt die Vorinstanz den vorliegenden Informationsaustausch in Anlehnung an die Horizontalleitlinie der EU als "tendenziell wettbewerbsbeschränkend" (angefochtene Verfügung Rz. 391), weshalb sie - worauf in Erwägung 4.6 hiernach näher einzugehen sein wird - auch das Bezwecken bejaht. So hätten die ASCOPA-Mitglieder Bruttopreislisten, Umsatzangaben sowie Werbeausgaben ausgetauscht, was strategisch bedeutsame Informationen seien. Denn der Einblick in diese Angaben habe es den Unternehmen ermöglicht, ihre Geschäftspolitik derjenigen ihrer Konkurrenten in einer Weise anzupassen, die dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderlaufe und zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe. Zudem habe der Informationsaustausch Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten ermöglicht (angefochtene Verfügung Rz. 391).

##### **4.5.3 Grundlagen zu Wettbewerbsparametern und wettbewerbsensiblen Informationen auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG**

**4.5.3.1** Unter einem Wettbewerbsparameter wird ein gemeinsamer Faktor verstanden, welchen die Markt-

gegenseite für den Geschäftsabschluss als relevant erachtet (BLATTMANN, S. 289; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N KG 66). In anderen Worten geht es dabei um alle Faktoren, welche Unternehmen zur Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern einsetzen können. Eine Wettbewerbsabrede bzw. der Informationsaustausch muss auf der Prüfungsstufe von Art. 4 Abs. 1 KG in einem Zusammenhang zu einem Wettbewerbsparameter stehen oder Rückschlüsse auf diese zulassen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 118; BLATTMANN, S. 289).

**4.5.3.2** Das Kartellgesetz zählt die Wettbewerbsparameter nicht abschliessend auf (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 64; EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2017, S. 324, N 1459; nachfolgend: MARBACH/DUCREY/WILD). Daher können auch weitere Wettbewerbsparameter in die Prüfung miteinbezogen werden. Das Bundesgericht nennt "im Wesentlichen" Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72 E. 3.5 "Pfizer II"). Sehr vergleichbar werden in Rz. 75 der Horizontalleitlinien betreffend den Informationsaustausch Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation in nicht abschliessender Weise aufgezählt. BLATTMANN bezeichnet den Preis, die Menge, die Art und Qualität des Produktes (bzw. einer Leistung), Beratung, Marketing, Geschäftsbedingungen, Lieferbedingungen, Bezugsquellen oder Vertriebskanäle als informationsaustauschspezifische Wettbewerbsparameter (BLATTMANN, S. 289). Darüber hinaus nennt WAGNER VON PAPP "andere Vertragskonditionen", Kosten und Kalkulationsschemata, Kundenlisten und Liefergebiete sowie dynamische Parameter wie Geschäfts- und Investitionspläne, Forschung und Entwicklung und technische Daten (FLORIAN WAGNER VON PAPP, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 219 ff., nachfolgend: WAGNER VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 219 ff.). Rz. 86 der Horizontalleitlinien nennt zudem Daten, welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern. Strategische Informationen können sich insbesondere auf Preise (zum Beispiel aktuelle Preise, Preisnachlässe, -erhöhungen, -senkungen und Rabatte), Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, und Marketingpläne beziehen. Strategisch am wichtigsten sind im allgemeinen Preis- und Mengeninformationen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage. Die vertiefte Auseinandersetzung mit den Wettbewerbsparametern ist allerdings nicht Gegenstand der Beurteilung von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern der Prüfung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit gemäss Art. 5 KG (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 63 ff.; vgl. auch STOFFEL, in: SIWR V/2; S. 60). Demnach sind zwar die für den Sachverhalt relevanten Wettbewerbsparameter im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG einzeln zu beschreiben; jedoch bedarf es für die Feststellung, dass Wettbewerbsparameter in hinreichender Weise betroffen sind, nicht eine vertiefte Analyse der Bedeutung derselben; diese ist - soweit erforderlich - im Rahmen der Unzulässigkeitsprüfung gemäss Art. 5 KG vorzunehmen.

**4.5.3.3** Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich für die Beurteilung eines Informationsaustausches die Frage stellt, ob sensible Informationen ausgetauscht werden, welche sich auf Wettbewerbsparameter beziehen. So ist ein Informationsaustausch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bereits tendenziell bedenklich, wenn er sich nicht direkt auf Wettbewerbsparameter bezieht, aber Rückschlüsse auf dieselben zulässt. Wettbewerbssensible Informationen umfassen, firmenspezifische oder strategische Informationen (BLATTMANN, S. 289; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159). Wettbewerbssensible Informationen müssen nicht geheim sein. Der Aspekt der Wettbewerbssensibilität kann auch bejaht werden, wenn die infrage stehende Zusammenstellung firmenspezifischer oder strategischer Informationen mit einem hohen zeitlichen oder finanziellen Aufwand verbunden ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159).

#### **4.5.4 Prüfung der Wettbewerbsparameter bzw. wettbewerbssensibler Informationen (Art. 4 Abs. 1 KG)**

Im Sinne des soeben Gesagten sind im Folgenden die einzelnen Wettbewerbsparameter als solche im Sinne der nicht vertieften Prüfung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu erörtern.

##### **4.5.4.1 Wettbewerbsparameter Preis (Austausch der Bruttopreislisten)**

**4.5.4.1.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, durch den Austausch der Bruttopreislisten sei kein Festpreis ausgehandelt worden. Ausserdem habe die Vorinstanz keine Preisabrede und namentlich keine Vereinbarung über Preisbestandteile (z.B. Rabatte) feststellen können (Beschwerde Rz. 75; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7). Die effektiv bezahlten Preise bzw. diejenigen Preise, die mit den Detailhändlern ausgehandelt wurden, seien gar nicht untersucht worden, obwohl diese eigentlich der relevante Wettbewerbsparameter gewesen wären (Replik Rz. 22, 65, 87; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8). Demzufolge sei der Wettbewerbsparameter Preis vom Informationsaustausch nicht betroffen. Zudem sei der Bruttopreis unter den gegebenen Marktumständen (Luxuskosmetik) kein Wettbewerbsparameter (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f., 13). Auch habe die Vorinstanz erst in ihrer Vernehmlassung (Rz. 22 f.) dargelegt, dass der Preis ein zentraler Wettbewerbsparameter sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6). Weitere Rügen, welche den Preis betreffen, werden im Kontext mit Art. 5 KG aufgegriffen.

**4.5.4.1.2** Bereits in Erwägung 4.4.3.3 wurde aufgezeigt, dass Bruttopreislisten ausgetauscht, Bruttopreisvergleichslisten hergestellt, eine Umfrage über Grosshandelspreise durchgeführt und auch der Versand von Preislisten mit Wiederverkaufsempfehlungen durchgeführt wurden (angefochtene Verfügung Rz. 31-49), was die Beschwerdeführerin vorliegend auch nicht bestreitet (vgl. Beschwerde Rz. 75; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6 f.). Zudem hat die Vorinstanz bereits in Rz. 435 der angefochtenen Verfügung im Rahmen der Prüfung unter Art. 5 KG - und nicht erst in ihrer Vernehmlassung (Rz. 22) - ausgeführt, dass der Preis aus ihrer Sicht ein zentraler Wettbewerbsparameter ist. Der Austausch von Preisinformationen ist denn auch der eigentliche Klassiker unter den Informationssystemen

(BLATTMANN, S. 290 f.). Die Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis erklärt denn auch bis zu einem gewissen Grade den Umstand, dass das Sekretariat mit dem ersten Antrag Sanktionen gegen Mitglieder von ASCOPA wegen einer Preisabrede beantragt hat (vgl. Bst. B.c hiervor). Fraglich kann demnach nur der Bezug der ausgetauschten Bruttopreise zum Wettbewerbsparameter Preis sein bzw. ob Bruttopreise alleine schon den Anforderungen an die hinreichende Relevanz in Bezug auf den Wettbewerbsparameter Preis genügen.

**4.5.4.1.3** Auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG sind an die Prüfung, ob Wettbewerbsparameter berührt sind, keine hohen Anforderungen zu stellen (vgl. E. 4.5.3.2 hiervor). Bei einem Wettbewerbsparameter geht es um einen gemeinsamen Faktor, welchen die Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss als relevant erachtet. Dies gilt insbesondere für den Preis (vgl. BLATTMANN, S. 289; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 66). Zudem bezieht sich die kartellrechtliche Botschaft von 1994 bezüglich Preisabreden auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen und Preiskomponenten (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 567).

**4.5.4.1.4** Nach dem Gesagten reicht der soeben beschriebene Preisbezug jedenfalls aus, um die Wettbewerbsparameterqualität auf dieser Stufe zu bejahen. Die eigentliche Unzulässigkeitsprüfung erfolgt im Kontext mit Art. 5 KG (BGE 147 II 72 E. 3.5 "Pfizer II"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 6, 140; BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N KG 7 und 63 ff.; BORER Art. 4 KG N 3; vgl. auch STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 60). Inwiefern andere Aspekte, wie z.B. die Preisbestandteile (z.B. Rabatte), der luxusartige Markt oder dass erst der mit den Händlern ausgehandelte Preis ein Wettbewerbsparameter ist, in die Beurteilung hineinspielen, ob der Bruttopreis als solches als ein hinreichend bedeutsamer Wettbewerbsparameter bzw. der Austausch von diesbezüglichen Informationen als qualitativ erheblich bewertet werden kann, wird demnach Gegenstand der Prüfung von Art. 5 KG sein. Zusammenfassend ergibt sich, dass die ausgetauschten Bruttopreislisten den Wettbewerbsparameter Preis betreffen, womit deren Wettbewerbsparameterqualität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist.

##### **4.5.4.2 Umsätze (Austausch der Bruttoumsatzzahlen)**

**4.5.4.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz betreffend die aggregierten Umsätze keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet habe, welcher durch den Informationsaustausch betroffen und durch den die Handlungsfreiheit eingeschränkt worden sei. Sollte die Vorinstanz der Ansicht sein, dass der Wettbewerbsparameter Preis in Bezug auf die ausgetauschten Umsätze betroffen sei, hätte sie darlegen müssen, in welcher Hinsicht die ausgetauschten aggregierten Umsatzinformationen die Wettbewerbsteilnehmer in Bezug auf die Preisfestsetzung beeinträchtigt hätten (Beschwerde Rz. 76, Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9). So sei es der Vorinstanz bezüglich der aggregierten Umsatzinformationen nicht gelungen, die effektiv ausgehandelten Preise der Konkurrenz zu berechnen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Auch hätte die Vorinstanz zu Recht nicht behauptet, dass die Beschwerdeführerin eine



Abrede über die an Detailhändler zu liefernden Produktmengen, Umsätze oder Marktanteile getroffen hätte. Zudem seien Marktanteile gar keine Wettbewerbsparameter (Beschwerde Rz. 76, Fn. 28 [auf S.38 der Beschwerde]).

**4.5.4.2.2** Vorliegend ist nicht bestritten, dass Bruttoumsätze ausgetauscht wurden (vgl. Beschwerde Rz. 76; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6 ff.; E. 4.4.3.5 hiervor). Bei den Umsätzen selbst handelt es sich nicht direkt um Wettbewerbsparameter, sondern um wettbewerbsensible Informationen, welche auch firmenspezifisch sind. So wird den Umsätzen auch Geschäftsgeheimnischarakter zugesprochen (BGE 142 II 268 E. 5.2.4 "Nikon-Publikation"). Werden Informationen über wettbewerbsensible Informationen ausgetauscht, lassen sich diese Informationen häufig auf Wettbewerbsparameter zurückführen (BLATTMANN, S. 289). Der Umsatz bemisst sich aus den Wettbewerbsparametern Preis mal Absatzmenge (BLATTMANN, S. 292, WAGNER VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 227). Zudem sind Umsätze gemäss Rz. 86 der Horizontalleitlinien Daten von strategischer Relevanz. Das Gesagte reicht bereits aus, um auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG die Wettbewerbsparameterqualität (bzw. den Bezug zu den Wettbewerbsparametern Preis und Menge) der Abrede zu bejahen. Dasselbe gilt für die Wettbewerbssensibilität, da den Umsätzen auch Geschäftsgeheimnischarakter zugesprochen wird. Nicht im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu untersuchen ist die Frage, ob der Umsatzaustausch die ASCOPA-Mitglieder in ihrer Preisfestsetzung beeinträchtigt hat oder nicht (Einschränkung der Handlungsfreiheit) oder ob auch ohne den Austausch der Umsätze die Möglichkeit bestanden hätte, die effektiv ausgehandelten Preise oder die abgesetzten Mengen zu berechnen. Weitere Aspekte betreffend den Bezug zu Wettbewerbsparametern bzw. die Wettbewerbsensibilität des Austauschs von Umsatzdaten werden vertieft im Kontext mit den qualitativen Elementen der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG geprüft.

#### **4.5.4.3 Wettbewerbsparameter Werbung (Austausch der Werbeinvestitionen)**

##### **i. Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin macht mehrfach geltend, dass die Vorinstanz betreffend die ausgetauschten Werbekosten gesagt hätte, dass der Wettbewerbsparameter Werbung betroffen sei. Jedoch fehle es nach Ansicht der Beschwerdeführerin an einer Begründung und einem Beweis, inwiefern die Handlungsfreiheit der ASCOPA-Mitglieder durch den Austausch der Werbeinvestitionen eingeschränkt worden sei. So habe die Vorinstanz - nach Ansicht der Beschwerdeführerin - in Rz. 781 der angefochtenen Verfügung nicht begründet, weshalb der Wettbewerbsparameter Werbung eingeschränkt worden sei (Beschwerde Rz. 77, 95, 114; Replik Rz. 64; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 10, 16).

##### **ii. Vorbringen der Vorinstanz**

Die Vorinstanz legt in Rz. 781 der angefochtenen Verfügung, welche das Schlussfazit zur Prüfung des Innenwettbewerbs zum Gegenstand hat, dar, dass der Wettbewerbsparameter Werbung eingeschränkt worden sei. Im Rahmen der Prüfung des Innenwettbewerbs stellt die

Vorinstanz bezüglich des Parfums, des Make-up und der Pflegeprodukte den Bezug zum Wettbewerbsparameter Werbung her (angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]). Zudem zeigt die Vorinstanz in Rz. 638 i.V.m. 491 der angefochtenen Verfügung auf, dass bei den Parfums und Pflegeprodukten je bis zu 40 % der erzielten Umsätze in die Werbung geflossen seien. Bei den Make-up-Produkten seien es bis zu 23 % gewesen.

##### **iii. Würdigung**

**4.5.4.3.1.1** Dass die ASCOPA-Mitglieder Informationen über Werbekosten ausgetauscht haben, ist vorliegend unbestritten (vgl. Beschwerde Rz. 77). Strittig ist dagegen, inwiefern der Wettbewerbsparameter Werbung vom Informationsaustausch betroffen ist.

**4.5.4.3.1.2** Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Ausführungen in Rz. 781 der angefochtenen Verfügung ein Schlussfazit zum Innenwettbewerb ziehen. In diesem Rahmen hat die Vorinstanz vorab hinsichtlich der verschiedenen Produktkategorien den Bezug zum Wettbewerbsparameter hergestellt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]). Demnach ist die Aussage der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 781), dass der Wettbewerbsparameter durch den Austausch über die Werbeinvestitionen betroffen wurde, nicht einfach aus der Luft gegriffen, wie es die Beschwerdeführerin behauptet, sondern er beruht auf einer Überprüfung der einzelnen Produktkategorien der Luxus- bzw. Prestigekosmetik in Bezug auf die Werbung. Richtig ist, dass die Vorinstanz zum Bezug des Informationsaustauschs zum Wettbewerbsparameter Werbung im Rahmen ihrer Ausführungen zu Art. 4 Abs. 1 KG keine Aussage gemacht hat. Dazu ist indessen festzuhalten, dass die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 auch noch keine entsprechende Rüge enthalten hat, womit dies nicht zu beanstanden ist. Dass Werbung bzw. Marketing relevante Wettbewerbsparameter sein können, ist unbestritten (BGE 147 II 72 E. 3.5 "Pfizer II"; vgl. E. 4.5.3.2 hiervor). Zudem kann betreffend die Prüfung der Wettbewerbsparameterqualität hinsichtlich der Werbung auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG noch angemerkt werden, dass die Prozentanteile der ausgetauschten Werbekosten gemessen an den ausgetauschten Umsätzen (angefochtene Verfügung Rz. 638 i.V.m. 491) die Schlussfolgerung zulassen, dass der Austausch über die Werbekosten nicht belanglos war. Die Beschwerdeführerin macht denn auch zu Recht nicht geltend, dass dem Marketing in Bezug auf die in Frage stehende Produkte nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt (vgl. dazu GÜNTER MÜLLER-STEWENS, Das Geschäft mit Luxusgütern, St. Gallen 2013, S. 11, nachfolgend: MÜLLER-STEWENS). Demnach ist auch insoweit die Wettbewerbsparameterqualität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen. Alles Weitere ist Gegenstand der Erheblichkeitsprüfung (vgl. E. 6.4.2.6 hiernach).

#### **4.5.5 Fazit**

Alle Handlungen des Informationsaustausches (Bruttopreislisten austausch, Austausch der Bruttoumsätze und Austausch der Werbeinvestitionen) weisen einen Bezug zu einem Wettbewerbsparameter auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG auf und sind als wettbewerbsensibel zu

werten. Demnach ist ersichtlich, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Wettbewerbsabrede wegen Fehlens des Bezugs zu Wettbewerbsparametern zu verneinen ist, keinen Bestand hat. Eine vertiefte Prüfung der Wettbewerbsparameter und der wettbewerbs-sensiblen Natur der Informationen sowie der informationsaustauschspezifischen Aspekte wird im Kontext mit der Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG erfolgen (vgl. E. 6.4 hiernach). Die Rügen, welche die Einschränkung der Handlungsfreiheit betreffen, werden in Erwägung 4.7 aufgegriffen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die festgestellte Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt hat.

#### 4.6 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

**4.6.1** Hinsichtlich des "Bezweckens" oder des "Bewirkens", die beide sowohl in Art. 4 Abs. 1 KG wie auch in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannt sind, ist zu sagen, dass hier die Regulierungen des europäischen Wettbewerbsrechts im Rahmen der Auslegung insoweit heranzuziehen sind, als dass mit den gleichen Begriffen gearbeitet wird, wobei zu prüfen ist, ob diese aus sachlichen Gründen unterschiedlich zu interpretieren sind. Das "Bezwecken" oder "Bewirken" in Art. 101 Abs. 1 AEUV sind auf Tatbestandsebene zu verstehen, da dem "Bezwecken" oder dem "Bewirken" im EU-Wettbewerbsrecht Aussagen über die Unzulässigkeit einer kartellrechtlichen Handlung entnommen werden können. Im Unterschied dazu wird die Unzulässigkeit einer kartellrechtlichen Handlung im Schweizer Recht erst auf der Stufe von Art. 5 KG geprüft (BGE 147 II 72 E. 3.1 i.V.m. 3.5 in fine "Pfizer II"). Demzufolge ist im Schweizer Kartellrecht das "Bezwecken" oder "Bewirken" auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nur auf Definitionsebene bzw. auf Begriffsebene einer Wettbewerbsabrede zu verstehen (ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 4, 6, nachfolgend: HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit; JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, 2011, Art. 4 KG N 3 f., nachfolgend: BORER; STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 57 f.; Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 544 f., Ziff. 224.1; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 KG N 1; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 76; PETER JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, in: Hochreuter/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Universität Fribourg, 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht, grundlegende Fragen, 2018, S. 26; nachfolgend: JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba).

**4.6.2** Das Bezwecken und das Bewirken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind im Grundsatz alternativ zu verstehen (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer II"; vgl. BGE 144 II 246 E. 5.1, 6.1 "Altimum"; Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 303 "Hallenstadion-Ticketcorner"; B-506/2010 E. 3.2.3 "Gaba"; Urteil B-3332/2012 E. 2.2.3 "BMW"; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 410; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 78; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, 2015, S. 94, nachfolgend: EDELMANN; ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, S. 111; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 26; BANGERTER/ZIRLICK,

DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 133). Aus dem Gesagten ist zu schliessen, dass es für eine Wettbewerbsabrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG ausreicht, dass entweder das Bezwecken oder das Bewirken erfüllt ist. Das heisst, dass das Bewirken in Art. 4 Abs. 1 KG nur geprüft werden muss, wenn das Bezwecken zu verneinen ist.

Obwohl der Informationsaustausch im Rahmen der kommentierenden Literatur nicht selten als "Spezialfall" abgehandelt wird (vgl. etwa BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 145 ff.), bleibt die Frage, ob eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, immer dieselbe.

#### 4.6.3 Vorbringen der Parteien

##### 4.6.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin meint, die Vorinstanz habe nicht dargelegt, dass mit dem Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden sei (Beschwerde Rz. 85). Denn die ASCOPA-Mitglieder hätten durch den Informationsaustausch gar keine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt, sondern sie hätten einer Preiserosion im Bereich der Luxuskosmetik entgegenwirken wollen, um deren Charakter bzw. das exklusive Markenimage zu bewahren. Die seitens der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung beschriebenen Diskussionen im ASCOPA-Vorstand seien dementsprechend Ausdruck von Bedenken, dass Discountpreise, Parallelaktionen, Verkaufsförderungsaktionen etc. dem Ansehen der Produkte schaden könnten (Beschwerde Rz. 16 i, 86; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58 ff.). Die Vorinstanz hätte zudem eine Absicht zur Beeinflussung der Preispolitik beweisen müssen (Beschwerde Rz. 87 Lemma 1; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 13). Gerade in der Luxuskosmetik sei der Preis eben nicht ein wesentlicher Faktor, da vielmehr die Exklusivität im Zentrum stehe. Demnach sei der Austausch der Bruttopreislisten also gerade nicht geeignet, um die Preispolitik eines Marktteilnehmers zu beeinflussen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 13). Zudem hätten die ausgehandelten Preise durch die aggregierten Umsätze gar nicht eruiert werden können, weshalb ein Bezwecken zu verneinen sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15 f., 21).

Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, der vorliegende Informationsaustausch hätte keine künftigen Inhalte umfasst (Beschwerde Rz. 16 ii, 33, 51, 60 f., 113, 140; Replik Rz. 85). Aufgrund der variierenden Rabatte sei es nicht möglich gewesen, das Preisverhalten der Wettbewerber zu antizipieren (Beschwerde Rz. 16 ii, 87 Lemma 2 und 89; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 13).

##### 4.6.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz schliesst auf eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Nach ihrer Ansicht ist das Bezwecken objektiv zu verstehen. Die Wettbewerber müssten sich also nicht einmal der Wettbewerbswidrigkeit ihres Handelns bewusst sein. Damit ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, reiche ein Potenzial bzw. die feststellbare Tendenz aus. Das Bezwecken sei bereits dann erfüllt, wenn die Vereinbarung vage ist

(angefochtene Verfügung Rz. 388 ff.). Denn aufgrund der Handlungen des Informationsaustausches könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Einblick darin es einem Unternehmen ermöglichte, seine Geschäftspolitik derjenigen seiner Konkurrenten in einer Weise anzupassen, die dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderlaufe (angefochtene Verfügung Rz. 392).

Die Vorinstanz legt dar, dass sie dem Informationsaustausch keinen konkreten zukünftigen Zeitpunkt über Preiserhöhungen oder einen Zielpreis habe entnehmen können (angefochtene Verfügung Rz. 425-430). Die Handlungen des Informationsaustausches hätten nach ihren Feststellungen allerdings in regelmässig sich wiederholenden Abständen stattgefunden. Auch wenn die einzelnen Preise nicht direkt ausgetauscht worden seien, so habe doch der Einblick in die ausgetauschten Bruttopreislisen und weitere Informationen, welche normalerweise geheim sind, den ASCOPA-Mitgliedern die Möglichkeit verschafft, aufgrund eines Monitorings die Preisbewegungen der anderen Unternehmen über Jahre zu vergleichen und auch für die Zukunft abzuschätzen (angefochtene Verfügung, Rz. 93 ff., 392, 426 f., 430).

#### 4.6.4 Grundlagen zum Bezwecken

**4.6.4.1** Nach der Rechtsprechung ist eine Abrede dann bezweckt, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer II"; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 5.2 "Dargaud [Suisse] SA"; Urteil des BVGer B-807/2012 E. 9.3.1 "Erne"; Urteil B-3618/2013 E. 303 "Hallenstadion-Ticketcorner"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 137).

**4.6.4.2** Für ein Bezwecken genügt die objektive Eignung der Massnahmen zur Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung. Die schwer feststellbaren subjektiven Absichten brauchen nicht nachgewiesen zu werden (sog. "objektivierter Zweckbegriff"; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer II"; Urteile des BVGer B-3332/2012 E. 2.2.3 "BMW"; B-581/2012 E. 4.2 "Nikon"; B-3618/2013 E. 302 "Hallenstadion-Ticketcorner"; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 4 Abs. 1 KG N 28; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 550; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 81 f.; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 26; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 138). Indessen kann die Absicht der Beteiligten berücksichtigt werden, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (vgl. zum europäischen Wettbewerbsrecht das Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-67/13 P Groupement des cartes bancaires/Kommission, Rn. 54, nachfolgend: Urteil des EuGH C-67/13 P Groupement des cartes bancaires/Kommission; EDELMANN, S. 97).

**4.6.4.3** Damit ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gegeben ist, sind keine tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb notwendig. Es ist ausreichend, wenn die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer II", BGE

144 II 246 E. 6.1, 6.4.2 "Altimum"; Urteil des BGER 2C\_147/2018 E. 3.6 "Bayer ([Schweiz] AG)". Das Bezwecken kommt einem Gefährdungstatbestand gleich (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer II"; STOFFEL, in: SIWR V/2., S. 63; BSK KG 2010- NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 72; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Eine Abrede muss also ihrem Wesen nach objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken (BGE 147 II 72 E. 3.6 mit Hinweisen "Pfizer II"; BETTINA TUGENDREICH, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 2004, S. 218 f., nachfolgend: TUGENDREICH; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 81 f.). Dieser dogmatische Ansatz stützt sich auf bestehende Erfahrungen, die gezeigt haben, dass derartige Beschränkungen des Wettbewerbs regelmässig negative Auswirkungen auf den Markt haben. Zudem ist das Bezwecken im Schweizer Kartellrecht als Definitions- bzw. Begriffsmerkmal einer Wettbewerbsabrede und nicht als Tatbestandsmerkmal zu verstehen. Denn dem Bezwecken sind noch keine Aussagen über die Unzulässigkeit eines Kartells zu entnehmen. Diese wird erst im Kontext mit Art. 5 KG geprüft (BORER, Art. 4 KG N 3. f.; BLATTMANN, S. 184 f.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 81 f.; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 4 Abs. 1 KG N 23; HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit, Rz. 4 und 6; STOFFEL, in: SIWR V/2., S. 57 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 140; vgl. diesbezüglich zum europäischen Wettbewerbsrecht E. 4.3.1 f., 4.6.1 f. hiervor).

**4.6.4.4** Nicht jeder Informationsaustausch zwischen Mitbewerbern bezweckt automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung (EDELMANN, S. 101 f.). Indessen kann durch einen Informationsaustausch die zukünftige Preisgestaltung beeinflusst werden (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 107). Informationen über künftige Preise oder über zukünftiges Verhalten sind nach europäischem Wettbewerbsrecht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten (Rz. 74 f. der Horizontalleitlinien; FLORIAN WAGNER VON PAPP, Information Exchanges in the Draft Horizontal Cooperation Guidelines, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht, KSzW I 2011, 87, 90, nachfolgend: WAGNER VON PAPP, KSzW I 2011, 87, 90; WHISH/BAILEY, Competition Law, 8 Aufl., 2015, S. 578, nachfolgend: WHISH/BAILEY; SCHROEDER DIRK, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 2009/7-8, S. 720, nachfolgend: SCHROEDER, WuW 2009/7-8, S. 720; Rz. 74 Horizontalleitlinien). Davon ist auch für das schweizerische Kartellrecht auszugehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 155 f.). WAGNER VON PAPP sieht auch ein Bezwecken beim Informationsaustausch, wenn derselbe einen Mechanismus des Monitorings aufweist (WAGNER VON PAPP, KSzW I 2011, 87, 90). Indessen ist das Monitoring nicht Bedingung für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Entscheidend für die verlangte Gefährdung ist vielmehr die hinreichende strategische Relevanz der ausgetauschten Daten (Rz. 86 der Horizontalleitlinien; EDELMANN, S. 104 ff. mit Hinweisen). Nach Rz. 59 der Horizontalleitlinien kann ein unselbständiger Informationsaustausch die Durchführung eines Kartells erleichtern, indem er die Unternehmen in die Lage versetzt, zu beobachten, ob die Kartellmitglieder sich an die vereinbarten Modalitäten halten. Gestützt auf denselben Gedanken

kann nach europäischem wie nach schweizerischem Kartellrecht auch ein selbständiger Informationsaustausch die Gefahr mit sich bringen, kollusives Verhalten beziehungsweise eine Marktberuhigung zu begünstigen (vgl. zur Klassifizierung des vorliegenden Informationsaustauschs E. 6.2 hiernach).

#### 4.6.5 Würdigung

**4.6.5.1** Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz nicht dargelegt habe, weshalb sie auf eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG geschlossen habe, stossen ins Leere. Denn die Vorinstanz hat in Rz. 392 der angefochtenen Verfügung ausgeführt, dass sich die Wettbewerber bzw. die ASCOPA-Mitglieder gegenseitig Einblick in Daten gewährten, welche normalerweise als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind. So könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Einblick in die ausgetauschten Informationen es den Unternehmen ermöglichte, ihre Geschäftspolitik derjenigen der Konkurrenten anzupassen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 392), was für das Erfordernis des Bezweckens im Sinne einer Gefährdung ausreicht (vgl. E. 4.6.4.3 hiervor). Die Beschwerdeführerin überspannt die Voraussetzungen des Bezweckens in Art. 4 Abs. 1 KG, wenn sie geltend macht, dass es der Vorinstanz nicht gelungen sei, aufzuzeigen, dass die ausgetauschten Umsätze eine Rückrechnung auf die effektiv ausgehandelten Preise zugelassen hätten (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Das Bezwecken erfordert bloss, aber immerhin, eine Gefährdung, welche aufgrund der ausgetauschten Informationen gegeben ist, da man aus Ihnen zumindest eine Grobabschätzung insbesondere betreffend die Preisbildung herleiten kann. Die in Frage stehenden Daten sind - soweit dies im vorliegenden Zusammenhang bereits relevant ist - auch nicht öffentlich zugänglich, historisch oder in einer Weise aggregiert, dass mit dieser Begründung deren strategische Natur verneint werden könnte (vgl. dazu ausführlich E. 6.4.1 hiernach). Soweit die Beschwerdeführerin die Auffassung vertritt, dass der vorliegende Informationsaustausch keine konkreten künftigen Inhalte, wie z.B. einen künftigen Fest- oder Zielpreis, beinhaltet habe oder dass sich die Rabatte ändern könnten (Beschwerde Rz. 16 ii, 33, 51, 60 f., 113, 140; Replik Rz. 85), gehen ihre Rügen über das hinaus, was im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist. Inwiefern die gewährten Rabatte oder die Charakteristika eines luxus- bzw. prestigeartigen Marktes der beschriebenen Gefährdung entgegenwirken, ist nicht Gegenstand der Prüfung des Bezweckens, sondern der Erheblichkeitsprüfung in Art. 5 KG (vgl. in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit betreffend die Bruttopreise E. 6.4.2.4.13 ff., 6.4.2.4.18 ff. insb. 6.4.2.4.24 ff. hiernach).

**4.6.5.2** Auch die Rügen, welche auf die fehlende Absicht des Bezweckens zielen (Beschwerde Rz. 16 i, 86 f.), erweisen sich als unbegründet. Denn ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG verlangt - wie dargestellt - nur eine objektiv feststellbare Tendenz und setzt keine Absicht voraus. Liegen jedoch subjektive Aspekte vor, dürfen diese in die Bewertung miteinbezogen werden (vgl. E. 4.6.4.2 hiervor). In diesem Sinne ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend auch subjektive Aspekte im Verhalten der Beschwerdeführerin bzw. der anderen ASCOPA-Mitglieder erwähnenswert sind. So enthält beispielsweise das

Schreiben des ASCOPA-Vorstandes an die Händler vom 12. Dezember 2002 die Aufforderung, das "nicht konstruktive Konkurrenz-Spiel" zu unterlassen (angefochtene Verfügung Rz. 60, act. 2 Beilage A 24) und die Aussage an der Generalversammlung "Les produits de luxe sont bradés" (angefochtene Verfügung Rz. 58, act. 2, Beilage A 4, Protokoll der Generalversammlung vom 22. Mai 1997, S. 5) auch eine subjektive Komponente. Man wollte einer Erosion des Preisgefüges ("un engrenage à la baisse"; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 62) entgegenwirken. Es entsprach der Politik von ASCOPA, eine Preisbildung, die nach Ansicht der Mitglieder den zu schützenden Marken schaden würde, zu verhindern ("d'éviter que les marques soient discountées", vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58-63, 68, 89, act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003). In diesem Sinne legt die Beschwerdeführerin dar, dass sie gar keine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt habe, sondern nur einer Preiserosion im Bereich der Luxuskosmetik habe entgegenwirken wollen, um deren Charakter zu bewahren. Allerdings spielt es keine Rolle, was sich die Beschwerdeführerin beim Informationsaustausch dachte und ob die Beschwerdeführerin ihr eigenes Verhalten als eine Wettbewerbsbeschränkung wertete. Das Gesagte weist aber immerhin darauf hin, dass die ASCOPA-Mitglieder eine Abwärtsspirale des Preises zu Ungunsten der Luxuskosmetik befürchteten. Es entsprach der Intention der ASCOPA-Mitglieder, die Divergenz zwischen dem Massenmarkt und dem Luxuskosmetikmarkt aufrechtzuerhalten. In diesem Zusammenhang ist auch der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch zu sehen. Offensichtlich ist, dass diese Handlungen objektiv geeignet sind, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Die subjektiven Aspekte, wie das Verhindern einer Preiserosion bei der Luxuskosmetik, plausibilisieren den objektivierten festgestellten Zweck der Handlungen des Informationsaustausches gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Aus dem Gesagten ist ausserdem ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin nicht beizupflichten ist, wenn sie meint, dass der Austausch der Bruttopreislisten im vorliegenden Markt der Luxuskosmetik gar nicht geeignet gewesen wäre, die Preispolitik eines Marktteilnehmers zu beeinflussen (Stellungnahme vom 24. August 2018 Rz. 13 in fine). Die gemachten Ausführungen reichen bereits aus, um ein Bezwecken, welches im Unterschied zur Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG nur erfordert, dass die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet, nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen. Deshalb kann der Beschwerdeführerin auch nicht beigespflichtet werden, wenn sie verlangt, dass die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG voraussetzt, dass die durch den Informationsaustausch ermöglichte Kollusion "nachweislich" erfolgt ist (Beschwerde, Rz. 79).

#### 4.6.6 Zwischenfazit

Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass mit dem vorliegend zu beurteilenden Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden ist. Daher kann offen gelassen werden, ob - wovon die Vorinstanz ausgeht - auch das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist. Deshalb erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin, welche das Bewirken einer Wettbewerbsbe-

schränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG infrage stellen, als obsolet. Dasselbe gilt für die in der angefochtenen Verfügung getroffene Feststellung, wonach der Informationsaustausch nicht nur die Kollusion erleichtert, sondern auch zur Kollusion geführt habe (angefochtene Verfügung Rz. 393 i.V.m. 512 ff.).

#### **4.7 Prüfung der prokompetitiven Natur des Informationsaustauschs und der Bedeutung Handlungsfreiheit bzw. der Einschränkung derselben im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG**

##### **4.7.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist ein Informationsaustausch nicht per se eine Abrede, welche auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet ist. Ein Informationsaustausch könne auch für den Wettbewerb förderlich bzw. prokompetitiv sein (Beschwerde Rz. 93; Replik Rz. 14, 76). Die gemeinsame Nutzung von Informationen könne beispielsweise helfen, durch Lagerreduzierung Kosten zu sparen, da so verderbliche Waren schneller an den Verbraucher geliefert würden (Beschwerde Rz. 93). Zudem ermögliche es ein Informationsaustausch, leichter auf Nachfrageschwankungen zu reagieren. Er behebe auch Informationsasymmetrien und verbessere zusätzlich durch seine Effizienz das Benchmarking. So seien der Meinungs- und Erfahrungsaustausch, die gemeinsame Marktforschung, die Errichtung von Statistiken und Kalkulationsschemata wettbewerbsrechtlich unerheblich. Die angefochtene Verfügung würde somit Handlungen mit prokompetitiven Wirkungen wie das Benchmarking verbieten (Beschwerde Rz. 93; Replik Rz. 14 und 76).

Auch fehlen nach Auffassung der Beschwerdeführerin Beweise, dass die ASCOPA-Mitglieder ihr Verhalten am Markt nicht vollkommen selbständig bestimmt haben oder dass der Informationsaustausch die Ungewissheit am Marktgeschehen verringert habe (Beschwerde Rz. 82; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8). So habe die Vorinstanz auch keine Angaben gemacht, inwiefern eine Handlung des Informationsaustausches die Handlungsfreiheit hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters eingeschränkt habe (Beschwerde Rz. 74 ff., 81, 97, 114; Replik Rz. 67; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff., 16).

##### **4.7.2 Vorbringen der Vorinstanz**

**4.7.2.1** In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz sowohl ein Bezwecken wie auch darüber hinaus ein Bewirken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bejaht (angefochtene Verfügung Rz. 390-393). Ausserdem hat die Vorinstanz das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG verneint (angefochtene Verfügung Rz. 817 f.). Demzufolge hat sie dem vorliegenden Informationsaustausch keine offensichtlich wettbewerbsfördernde Wirkung zugesprochen. Vielmehr wirft sie den Parteien im Rahmen ihrer Ausführungen zu Art. 5 Abs. 2 KG vor, die Effizienzgewinne ausnahmslos lediglich aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu betrachten (angefochtene Verfügung Rz. 804).

**4.7.2.2** Präzisierend legt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung dar, dass die Beschwerdeführerin ihre Argumentation, welche darauf abzielt, dass der vorliegende Informationsaustausch gar nicht die Handlungsfreiheit hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters beschränkt hätte,

auf das Urteil Buchpreisbindung (BGE 129 II 18 E. 5.2.1. "Buchpreisbindung I") stütze. Die in diesem Leiturtel genannte Stelle beziehe sich aber gemäss der Vorinstanz auf Art. 5 KG und nicht auf Art. 4 Abs. 1 KG. Auch gehe ZÄCH in diesem Zusammenhang von einer Unterscheidung zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung aus (ZÄCH, Rz. 352), was ebenfalls zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ins Gewicht falle (Vernehmlassung Rz. 48-52).

##### **4.7.3 Meinungsstreit zur Frage, was unter Art. 4 KG und was unter Art. 5 KG zu prüfen ist**

**4.7.3.1** In der Lehre ist umstritten, ob positive Elemente des Wettbewerbs bereits im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, oder erst im Kontext mit der Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen seien (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 124 mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Auffassungen). Unbestritten ist, dass eine Abrede (selbst wenn durch sie eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Wettbewerber verursacht wird) auch neutral sein oder sich sogar positiv auf den Wettbewerb auswirken kann (ZÄCH, Rz. 350 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 124). ZÄCH erachtet eine solche Situation beispielsweise als gegeben, wenn eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Abredepartner dazu führt, dass diese in die Lage versetzt werden, den Wettbewerb überhaupt mit Konkurrenten aufzunehmen oder besser zu bestreiten (ZÄCH, Rz. 350).

**4.7.3.2** Insbesondere REINERT vertritt die Ansicht, dass die positiven Aspekte des Wettbewerbs bzw. die Prokompetitivität schon unter Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen sind. Er führt dazu aus, es mache keinen Sinn, bis zur Prüfung von Art. 5 Abs. 2 KG zuzuwarten, wenn eine Wettbewerbsabrede überwiegend prokompetitiv sei, da sich die Behörde den Aufwand der Prüfung von Art. 5 KG sparen könne (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *Commentaire romand*, Art. 4 Abs. 1 KG N 71 f.; MANI REINERT, *Preisgestaltung*, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 2005, S. 115 f.; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 440 i.V.m. 456 ff.; vgl. auch die Hinweise bei BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 127, 130).

**4.7.3.3** Hingegen argumentieren ZÄCH, STOFFEL, BORER, BALDI und SCHRANER dahingehend, dass allfällige Gründe für die Rechtfertigung einer Abrede nicht im Rahmen des Abredobegriffs im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern im Rahmen der Unzulässigkeit einer Wettbewerbshandlung gemäss Art. 5 KG zu prüfen seien (ZÄCH, Rz. 350 ff.; STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63; BORER Art. 4 KG N 3; MARINO BALDI, *Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden*, *AJP* 2017, S. 613 ff., 616; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, *20 Jahre - und kein bisschen weiter?*, *Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz*, *AJP* 2015, S. 1529 ff., 1530). Denn ansonsten würde Art. 5 KG seines Gehaltes entleert (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 126). Im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG verfolgt ZÄCH einen formalen Ansatz. Dementsprechend werden keine materiellen Wettbewerbsbeschränkungen verlangt, damit eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bejaht werden könne. Eine Einschränkung der Handlungsfreiheit ergebe sich

alleine schon aus dem Begriff der Abrede, weshalb die Einschränkung der Handlungsfreiheit begriffsnotwendig sei und nicht auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft werden müsse (ZÄCH, Rz. 351 f.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 126, welche auf ZÄCH Rz. 350 ff. verweisen). So geht ZÄCH davon aus, dass allfällige positive Elemente von Wettbewerbsabreden unter Art. 5 KG zu prüfen sind. Dies entspricht der von ZÄCH getroffenen Unterscheidung zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung (ZÄCH, Rz. 352 i.V.m. Rz. 354).

**4.7.3.4** Neuerdings hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die Kommentierung BANGERTER/ZIRLICK (DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 124 ff.) festgehalten, dass die prokompetitive Wirkung des in Frage stehenden Verhaltens grundsätzlich erst im Rahmen der Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 zu prüfen ist (Urteil des BGer im vereinigten Verfahren 2C\_295/2021 und 2C\_307/2021 vom 1. Dezember 2021 E. 4.1.5.2 "Markant").

#### 4.7.4 Würdigung durch das Gericht

**4.7.4.1** Die bundesgerichtliche Feststellung, wonach die prokompetitive Wirkung des in Frage stehenden Verhaltens grundsätzlich erst im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen ist, entspricht wie die diese Rechtsauffassung ebenfalls vertretenden Lehrmeinungen wohl besser der ebenfalls höchstrichterlichen Feststellung, wonach die Schädlichkeit bzw. Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand von Art. 5 KG ist (BGE 147 II 72 E. 3.5 "Pfizer II"). Ungeklärt bleibt, ob der Begriff "grundsätzlich" allenfalls die Möglichkeit offen lässt, offensichtlich prokompetitive Verhaltenskoordinationen bereits unter Art. 4 Abs. 1 KG auszuscheiden und die Prüfung abubrechen. Eine derartige Abrede müsste jedoch auf den ersten Blick als solche erkennbar sein.

**4.7.4.2** Jedenfalls ist der vorliegende Informationsaustausch nicht offensichtlich prokompetitiv. Dies ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht nur der Bezug zu Wettbewerbsparametern im Allgemeinen (vgl. E. 4.5.4 hiervor), sondern insbesondere der Bezug zum Wettbewerbsparameter Preis aufgezeigt worden ist (vgl. E. 4.5.4.1 hiervor). Ausserdem ist ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG bejaht (vgl. 4.6 hiervor). Schliesslich hat das Gericht das Bemühen der ASCOPA-Mitglieder festgestellt, einer Erosion des Preisgefüges entgegenzuwirken (vgl. E. 4.6.5.2 hiervor). Das spricht in Bezug auf die vorliegende Verhaltenskoordination eher nicht für ein prokompetitives Benchmarking (vgl. dazu im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG in E. 6.6.3.1 ausführlich). Es ist insoweit auf BORER zu verweisen, der darlegt, dass in Bezug auf den Austausch marktsensibler Daten Vorsicht geboten sei (BORER, Art. 5 KG N 27). Und selbst wenn beiläufig offensichtlich positive Effekte erzielt werden könnten, würden diese die Abrede nicht insgesamt als offensichtlich prokompetitiv erscheinen lassen. Nach dem Gesagten fällt die in Frage stehende Abrede auch insoweit unter Art. 4 Abs. 1 KG und der prokompetitive Charakter der Abrede wird im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe vertieft zu untersuchen sein (vgl. E. 6.6 hiernach).

#### 4.7.4.3 Die Bedeutung der Einschränkung der Handlungsfreiheit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG

Die Beschwerdeführerin betont die Bedeutung der Frage, ob durch die Abrede die Handlungsfreiheit eingeschränkt worden ist. Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführerin jedenfalls zuzustimmen, wenn sie festhält, dass sich diese zumindest indirekt auf einen Wettbewerbsparameter beziehen muss. Denn Wettbewerbsparameter sind die Grundlage einer Wettbewerbsabrede (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 130, vgl. E. 4.5 hiervor). Es ist indessen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht im Rahmen der Frage, ob Wettbewerbsparameter betroffen sind, zu prüfen, ob zugleich auch die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters beschränkt wurde (insoweit allenfalls unpräzise BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 131). Es genügt in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass es sich um eine Abrede unter im gleichen Markt tätigen Wettbewerbern handelt (BSK-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 124) und dass sich diese auf Wettbewerbsparameter bezieht (STOFFEL, in: SIRW V/2, 60). Diese Betrachtungsweise schliesst an das Konzept einer formalen Wettbeschränkung an (vgl. E. 4.7.3.4 f. hiervor mit Hinweisen). Demnach kann das Thema der Handlungsfreiheit entweder mit ZÄCH von der Abrededefinition ohne ergänzenden Gehalt mitumfasst sein (ZÄCH, Rz. 352) oder erst relevant werden im Rahmen der Beantwortung der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, was das Gericht im Sinne der Feststellung des Bezweckens bejaht hat (E. 4.6 hiervor). Damit gibt es entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin keinen weiteren Prüfungsschritt im Sinne der Frage der Einschränkung der Handlungsfreiheit. Demnach spielt es - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - im vorliegenden Zusammenhang auch keine Rolle, ob die ASCOPA-Mitglieder ihr Handeln am Markt selbständig bestimmt haben (vgl. mutatis mutandis E. 4.6.5.1 f. hiervor).

#### 4.8 Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG

Der vorliegende Informationsaustausch beruhte auf Beschlüssen der Organe, insbesondere der Generalversammlung, der ASCOPA. Den entsprechenden Vereinsbeschlüssen kommt Vereinbarungsqualität zu (E. 4.4.3.1.4, E. 4.4.3.2 und E. 4.4.3.4 ff. hiervor). Diese sind der Beschwerdeführerin als Mitglied des Vereinsvorstands zuzurechnen (E. 4.4.3.3 hiervor). Ausserdem ist die festgestellte Vereinbarung rechtlich erzwingbar (vgl. E. 4.4.3.7 hiervor). Dieser Austausch hat sensible Informationen zum Gegenstand, welche sich auf Wettbewerbsparameter beziehen (vgl. E. 4.5.4 hiervor). Zugleich ist von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, ohne dass hierzu vorausgesetzt wird, dass die durch den Informationsaustausch ermöglichte Kollusion "nachweislich" erfolgt ist (vgl. E. 4.6 hiervor). Die festgestellte Abrede ist schliesslich auch nicht offensichtlich prokompetitiver Natur (vgl. E. 4.7 hiervor), womit offen bleiben kann, ob die (offensichtlich) prokompetitive Natur bereits im Rahmen zu Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist (vgl. E. 4.7.4 hiervor). Demnach ist zusammenfassend festzustellen, dass der Informationsaustausch unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt.

## 5. Marktabgrenzung

### 5.1 Begriff

Der Begriff des relevanten Marktes wird im Kartellgesetz nicht näher definiert. Indessen ergibt sich aus der Botschaft zum Kartellgesetz aus dem Jahr 1995, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass eine Marktabgrenzung vorzunehmen ist (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 554; vgl. etwa AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 110 mit Hinweisen). Für die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsabreden kann Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) analog angewendet werden (BGE 146 II 217 E. 9.2.1 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; BGE 139 I 72 E. 9.1 "Publigroupe"; BGE 129 II 18 E. 7.2 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.1 "Hallenstadion-Ticketcorner"; Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.1 "Implenia SA"; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 257 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; WEBER/RIZVI, in: Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, Bern 2011, Art. 11 VKU N 7; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 N 42; BORER, Art. 5 N 10; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 105; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 100 f.).

Ausserdem hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit kaum je exakt möglich ist, sondern zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen beruht. Dies wirkt sich auf das verlangte Beweismass aus. Indessen müssen eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 "Publigroupe", bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 "Altimum"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.6 "Hallenstadion-Ticketcorner"; vgl. zum Ganzen E. 3.2.2.1.4 hiervor).

Der vorliegenden Marktabgrenzung liegen die Handlungen des allgemeinen Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen) zugrunde. Betreffend die AGB-Empfehlungen ist auf die Ausführungen in den Erwägungen 8 und 9.5 zu verweisen.

### 5.2 Bezug zum europäischen Wettbewerbsrecht

Nach der Botschaft des Kartellgesetzes sind Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union insofern zu berücksichtigen, als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt

erscheinen (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 471, 531, 633; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 168 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; vgl. auch E. 4.3.1 hiervor und E. 6.3.5 hiernach). Die Definition des sachlich relevanten Marktes stimmt im Wesentlichen mit derjenigen des europäischen Wettbewerbsrechts überein, weshalb die Marktabgrenzungsinstrumente der Europäischen Kommission eine wertvolle Orientierungshilfe sind (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 "Publigroupe"; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2013, Rz. 2.34, nachfolgend: WEBER/VOLZ; BORER, Art. 5 N 10). Dies gilt namentlich für die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, Rz. 7, nachfolgend: Bekanntmachung der EU-Kommission über den relevanten Markt; BSK KG KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 101). Daher kann bei der Marktabgrenzung auf die Grundlagen des europäischen Wettbewerbsrechts sowie auf die einschlägige Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

### 5.3 Sachliche Marktabgrenzung

#### 5.3.1 Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite

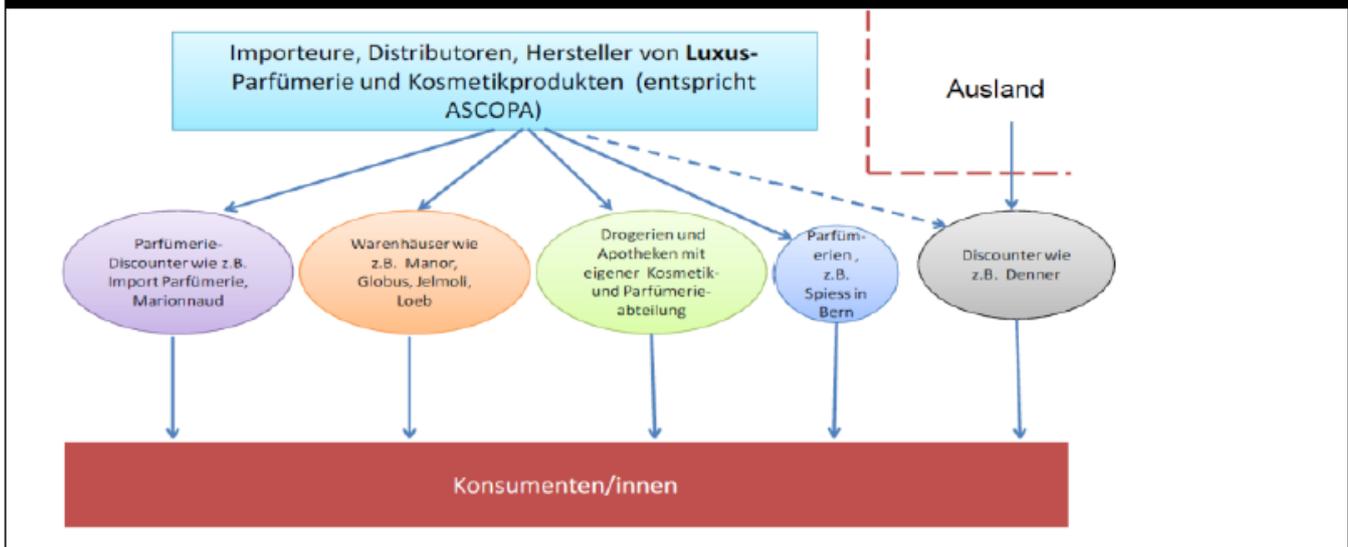
##### 5.3.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, die Beurteilung der Substituierbarkeit von Produkten habe aus Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen. So hätten im Detailhandel die Endkonsumenten einen direkten Einfluss auf die unmittelbare Marktgegenseite (Retailer), weshalb die Präferenzen der Endkonsumenten für die Nachfrage ausschlaggebend seien (Beschwerde Rz. 119 Fn. 35).

##### 5.3.1.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz bezeichnet als direkte Marktgegenseite der Hersteller, Importeure und Lieferanten die Parfümerien (Discounterparfümerien und traditionelle Parfümerien), Detailhändler mit Parfümerie- und Kosmetikabteil, Drogerien und Apotheken. Demgegenüber hält die Vorinstanz fest, Discounter (wie etwa Denner) seien mangels ständigen Sortiments im Parfümerie- und Kosmetikbereich nicht als direkte Marktgegenseite der ASCOPA-Mitglieder zu betrachten. Da die Nachfrage der direkten Marktgegenseite ihrerseits von derjenigen der Konsumenten abhängt, habe die Marktabgrenzung nicht lediglich gestützt auf das Nachfrageverhalten der direkten Marktgegenseite, sondern auch aus der Sichtweise der Konsumenten zu erfolgen (angefochtene Verfügung Rz. 451 f.).

## Abbildung 1 (entspricht Abbildung 14 der angefochtenen Verfügung)



### 5.3.1.3 Grundlagen

**5.3.1.3.1** Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 "Publigroupe"). Entscheidend ist somit, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Die Prüfung der Marktabgrenzung erfolgt in zwei Schritten, nämlich der Bestimmung des Marktgegenstandes und der eigentlichen Marktabgrenzung (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.1 "Hallenstadion-Ticketcorner").

**5.3.1.3.2** Im strittigen Einzelfall ist auf den Untersuchungsgegenstand abzustellen und dabei die Sichtweise der von der Abrede betroffenen Nachfrager miteinzubeziehen (RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in Verbindung mit Art. 7 KG, Rz. 187 und Rz. 189, nachfolgend: HEIZMANN; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 64). So hängt der relevante Markt sowohl von der konkreten Abrede als auch den Ausweichmöglichkeiten der spezifischen Marktgegenseite ab (BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, Jusletter vom 11. September 2017, Rz. 16, nachfolgend: ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Jusletter, Äpfel mit Birnen vergleichen). Zweck der Abgrenzung des relevanten Marktes ist die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen die Unternehmen ausgesetzt sind (ZÄCH, Rz. 532; MARCEL DIETRICH/MARKUS SAURER, Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebs-

systemen, sic! 2001 S. 593 ff., 601; nachfolgend: DIETRICH/SAURER, sic! 2001 S. 593 ff.).

**5.3.1.3.3** Die Austauschbarkeit ist aus Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen, d.h. sie geht beim praktisch häufigeren Fall einer marktmächtigen Stellung auf Seiten des Anbieters von den nachfragenden Handelspartnern und Verbrauchern aus. Die Marktgegenseite muss jedoch nicht immer aus Endkunden, sondern kann für gewisse Fragestellungen auch aus Akteuren auf Zwischenstufen der Wertschöpfung (Weiterverwender) bestehen. Die Händler nehmen als Absatzmittler eine Verbindungsfunktion zwischen Anbietern und Verbrauchern ein. Ihr Marktverhalten hängt indessen stark vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher ab. Damit ergibt sich eine Reaktionsverbundenheit zwischen Verbrauchern und Händlern (DIETRICH/SAURER; sic! 2001, S. 602, 604). Das Nachfrageverhalten der Händler kann sich nach den spezifischen Präferenzen der Endverbraucher richten; in diesem Fall ist der Markt - nach der abgeleiteten Nachfragemethode - nach Massgabe der Präferenzen der Endverbraucher abzugrenzen (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.4 "Hallenstadion-Ticketcorner"; Urteile des BVGer B-506/2010 E. 9 "Gaba"; B-7633/2009 E. 270 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; vgl. BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 N 174; BORER, Art. 5 N 11.; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 103 ff.). Für die Marktabgrenzung ist das tatsächliche Marktgeschehen entscheidend; es geht um die den (End-)Kunden nach ihrer Wahrnehmung tatsächlich zur Verfügung stehenden Alternativangebote (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 111). Typisches Beispiel ist der Händler, der die von ihm gekauften Waren nicht selbst verbraucht, sondern diese kauft, um sie anschliessend an seine Abnehmer weiter zu veräussern (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.4, 5.2.6 "Hallenstadion-Ticketcorner"). So muss der Händler beispielsweise "Must in stock"-Produkte zwingend in seinem Sortiment führen (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 105; ZÄCH, Rz. 579). So fühlt sich ein Konsument namentlich



in einem nicht in erster Linie vom Preiswettbewerb geprägten Markt eher an eine Marke als an einen Detaillisten gebunden. Daher kann der Detaillist je nach Marktgegebenheiten nicht ohne Weiteres auf andere Konkurrenzprodukte ausweichen, wenn er nicht Gefahr laufen will, seine Kunden zu verlieren (vgl. Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 31. März 1999, in: ZR 98/1999 S. 166 f., E. II/5, nachfolgend: ZR 98/1999 S. 161 ff.; ZÄCH, Rz. 540).

#### 5.3.1.4 Würdigung

**5.3.1.4.1** Vorliegend stellt sich die Frage, wie bedeutend in Bezug auf die renommierten ASCOPA-Marken die Präferenzen der Endkonsumenten im Rahmen der Marktabgrenzung sind. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass auch die Vorinstanz nicht nur anerkennt, dass aus der Sicht der Endkonsumenten Damen- und Herrenparfums in der Regel nicht substituierbar sein dürften (angefochtene Verfügung Rz. 456), sondern auch generell auf die Bedeutung der Endkonsumenten hinweist, auch wenn sie diese nicht als Marktgegenseite definiert (angefochtene Verfügung Rz. 451 f.).

**5.3.1.4.2** Angesichts der Vertragsbeziehungen in der Lieferkette sind es die Retailer, welche als direkte Marktgegenseite der ASCOPA-Mitglieder und als direktes Bindeglied zwischen Konsumenten und ASCOPA-Mitgliedern fungieren. Bei der Frage, wie die Position der Endkonsumenten zu werten ist, ist zu beachten, wie sich das Verhältnis zwischen Herstellern bzw. Wholesalern (ASCOPA-Mitgliedern), Händlern und Endkunden gestaltet. Es ist im vorliegenden Zusammenhang festzustellen, dass die Vorinstanz nicht nur die drei Produktsegmente Parfums, Make-up und Pflege unterschieden hat, sondern auch eine Unterteilung in ein Prestige- bzw. Luxussegment und ein Massenmarktsegment vorgenommen hat (angefochtene Verfügung Rz. 459 ff., 466 ff.). Auch das ist unter Berücksichtigung der Präferenzen der Endkonsumenten geschehen, welche wiederum für die Präferenzen der Marktgegenseite ausschlaggebend sind (vgl. dazu neuerdings auch das Urteil C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.5.4 "SIX Group AG und SIX Payment Services AG"). Die Präferenzen der Endkonsumenten sind dabei nicht über Gebühr zu objektivieren. Es geht also wie bei der Marktgegenseite nicht darum, ob diese ausweichen könnte oder vernünftigerweise ausweichen würde, sondern ob anzunehmen ist, dass sie tatsächlich ausweichen würde (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 KG N 36; vgl. mutatis mutandis HEIZMANN, Rz. 195 und Rz. 267; vgl. E. 5.3.1.3.3 hiervor). Dasselbe meint die Feststellung, dass es keine Rolle spiele, ob die beobachteten Präferenzen der Sache nach gerechtfertigt sind (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 111). Gerade in Bezug auf Markenprodukte kann sich ein Händler mit Blick auf die Präferenzen der Endkonsumenten faktisch veranlasst sehen, bei der Substituierung durch andere Produkte zurückhaltend zu sein oder sogar gewisse Produkte als "Must in stock"-Produkte in seinem Sortiment zu führen (vgl. zum Begriff ZÄCH, Rz. 542), was gegebenenfalls dessen Abhängigkeit gegenüber den ASCOPA-Mitgliedern verstärkt. Dies gilt vor allem dann, wenn festgestellt werden sollte, dass die Endkonsumenten im Bereich der Luxuskosmetik an ein höheres Preisniveau gewohnt sind, was wiederum dazu führen kann, dass sie auf Preiserhöhungen anders reagieren als in

einem stark durch Preiswettbewerb geprägten Markt (vgl. zur Berücksichtigung von Preis- und Qualitätswettbewerb im Rahmen der Marktabgrenzung BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 131). Es kann im Luxussegment sogar sein, dass der hohe Preis der Erwartung der Endkonsumenten entspricht, da ein hoher Preis für eine gute Qualität und Exklusivität steht.

**5.3.1.4.3** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass zwar die Parfümerien, Detailhändler mit Parfümerie- und Kosmetikanteil, Drogerien und Apotheken die direkte Marktgegenseite der Hersteller, Importeure und Lieferanten sind. Ihre Nachfrage bzw. die Produkte, die sie im Sortiment haben, sind jedoch - wie oben beschrieben - insbesondere in Bezug auf Markenprodukte nicht unerheblich vom Nachfrageverhalten der Endkonsumenten geprägt. Inwiefern das Verhalten der Endkunden die Teilsegmentierung der Märkte beeinflusst - nach der Vorinstanz ist insoweit zwischen Parfum, Make-up und Pflege zu unterscheiden -, wird unten unter Erwägung 5.3.4 erläutert (vgl. auch E. 6.5.5 ff.).

#### 5.3.2 Abgrenzung des Luxus-/Prestigekosmetikmarktes vom Kosmetikmassenmarkt

Eine der wichtigsten Rügen der Beschwerdeführerin bezieht sich auf die Marktabgrenzung durch die Vorinstanz, welche die Kosmetikprodukte in einen Luxus- bzw. Prestigemarkt und in einen Massenmarkt ("mass market") unterteilt (angefochtene Verfügung Rz. 466 ff. und 498). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin lassen sich Luxuskosmetikprodukte mit Produkten aus dem Massenmarkt substituieren (Beschwerde Rz. 30, 120 und 125; Replik Rz. 78 ff.). Beispielweise könnte ein Lippenstift einer Eigenmarke der Migros mit einem Lippenstift der Luxuskosmetik substituiert werden (Beschwerde Rz. 30, 120, 125; Replik Rz. 78 ff.; siehe auch RBB-Bericht vom 10. Oktober 2012 Nr. 5.4). Zudem habe es die Vorinstanz unterlassen, anzugeben, was sie unter Exklusivität verstehe (Beschwerde Rz. 120).

##### 5.3.2.1 Zum Begriff der Kosmetika

Vorliegend geht es um Kosmetika und um die Frage, ob der Luxus- bzw. Prestigeaspekt einen eigenen Teilmarkt rechtfertigt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz betreffend die Definition von Kosmetikmitteln den Art. 35 der alten Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (aLGV) als Anhaltspunkt für die vorliegende Markteinteilung beschrieben hat (angefochtene Verfügung Rz. 439). Die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung wurde am 16. Dezember 2016 revidiert (LGV, SR 817.02). Neu findet sich die Definition der kosmetischen Mittel in Art. 53 Abs. 1 LGV. Die Definition der Kosmetikmittel in Art. 53 Abs. 1 LGV weicht nur unwesentlich von der Definition in ihrer Vorgängerversion (Art. 35 aLGV) ab. Vorliegend ist auf die Fassung gemäss Art. 35 aLGV zurückzugreifen, welche während des zu beurteilenden Informationsaustauschs gegolten hat.

"Kosmetische Mittel sind Stoffe oder Zubereitungen, die dazu bestimmt sind, äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers (Haut, Behaarungssystem, Nägel, Lippen und intime Regionen) oder mit den Zähnen und den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung zu kommen, und zwar zu dem ausschliesslichen

oder überwiegenden Zweck, diese zu reinigen, zu parfümieren, ihr Aussehen zu verändern oder den Körpergeruch zu beeinflussen oder um sie zu schützen oder in gutem Zustand zu halten."

### 5.3.2.2 Vorgehen

**5.3.2.2.1** Die Vorinstanz bezog sich bei ihrer Marktabgrenzung auf die Rechtsprechung der EU, welche bei der Unterscheidung, ob man ein Kosmetikprodukt dem Luxus- bzw. dem Prestigemarkt oder dem Massenmarkt zurechnen soll, auf sieben Kriterien abstellt: Preis, Marke, Verpackung, Werbestrategie, Qualität, Ausgestaltung der Verkaufspunkte und Art der Distribution (Entscheidung COMP/M.5068 der Kommission vom 17. Juni 2008 L'Oréal/YSL Beauté, Rn. 8 f.; angefochtene Verfügung Rz. 442, 474 ff.). Die Befragung der ASCOPA-Mitglieder basierte auf diesen oben genannten sieben Kriterien der EU. Die ASCOPA-Mitglieder hielten diese sieben

Kriterien mehrheitlich für "voll- und ganz" bzw. "eher zutreffend", um eine Abgrenzung zwischen dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt und dem Kosmetikmassenmarkt vorzunehmen (angefochtene Verfügung Rz. 477 f.; Abbildung 17).

**5.3.2.2.2** Die Vorinstanz fasste dann diese sieben Kriterien in den drei Kriterien Preis, Distribution sowie Marke und Image zusammen. Sie führte entsprechend diesen drei Kriterien ihre eigene Marktabgrenzung durch (angefochtene Verfügung Rz. 478-497).

**5.3.2.2.3** Im Folgenden wird die Marktabgrenzung nach den von der Vorinstanz gewählten Kriterien plausibilisiert (vgl. Abbildung 1 unten). In Erwägung 5.3.2.3 wird zuerst die Rechtsprechung zur Marktabgrenzung betreffend die Luxuskosmetik beleuchtet.

<b>Abbildung 1</b>		
<b>Marke und Image</b> (E. 5.3.2.4)	<b>Preis</b> (E. 5.3.2.5)	<b>Distribution/Selektiver Vertrieb</b> (E. 5.3.3)
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Marke</li> <li>- Image</li> <li>- Werbestrategie</li> <li>- Verpackung</li> <li>- Qualität (Gesundheit, Art. 35 aLGV)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Preis</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ausgestaltung der Verkaufspunkte</li> </ul>
<b>Aufteilung in die Teilmärkte Parfüm, Make-up und Pflege (E. 5.3.4)</b>		

**5.3.2.2.4** Das Bundesverwaltungsgericht kommt dabei - wie im Folgenden darzustellen sein wird - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass es bei den von den ASCOPA-Mitgliedern vertriebenen Markenprodukten um einen luxus- bzw. prestigeartigen Markt geht. Damit ist im Folgenden auf die Abgrenzung zwischen Luxus- und Massenmarkt näher einzugehen.

### 5.3.2.3 Rechtsprechung

#### i. Schweizer Rechtsprechung zur Luxuskosmetik

**5.3.2.3.1** Ein Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. September 1985 (vorsorgliche Massnahmen) bezeichnete den Markt eines Parfums von Estée Lauder als einen eigenen Markt. Ein Konsument würde eher die Parfümerie als das Parfum wechseln (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. September 1985 in Sachen Grand-Pont SA und Sunstore SA gegen Estée Lauder AG, Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission [VKK] 1986, Nr. 72, S. 116, nachfolgend: Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 72, S. 114 ff.). Basierend auf der Grundlage des Kartellgesetzes vom 20. Dezember 1962 (aKG 62, AS 1964 53 ff.) wurde mit der Begründung, dass die wirtschaftliche Freiheit des Anbieters sonst zu stark eingeschränkt würde, ein Depotssystem, um

die Exklusivität der Produkte zu wahren, für zulässig erklärt. Dieses Urteil wurde vom Kassationsgericht Zürich bestätigt (Urteil des Kassationsgerichts Zürich vom 12. Dezember 1985 in Sachen Parfumerie du Grand-Pont SA und Sunstore SA gegen Estée Lauder AG, Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission [VKK] 1986, Nr. 73, S. 121 ff., nachfolgend: Kassationsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 73, S. 121 ff.).

**5.3.2.3.2** Allerdings verneinte das Handelsgericht Zürich 14 Jahre später in einem auf Art. 7 KG beruhenden Beschluss vorsorglicher Massnahmen vom 31. März 1999 eine Marktabgrenzung zugunsten von Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten gegenüber Massenmarktkosmetikprodukten. Die Vertreiber der Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte wollten eine Wiedereinführung des selektiven Vertriebssystems im Sinne der Rechtsprechung der EU-Kommission in den Sachen Yves St. Laurent und Givenchy lancieren (Entscheidung 92/33 der Kommission vom 16. Dezember 1991 betreffend Art. 85 EWG-Vertrag, IV/33.342, Yves Saint Laurent Parfums, ABI. 1992 L 12/24 ff. vom 18. Januar 1992, Rn. A/5, 8, B/2, C Artikel 1; nachfolgend: Entscheidung Yves Saint Laurent Parfums 92/33/EWG; Entscheidung 92/428 der Kommission vom 24. Juni 1992 in einem Verfahren nach Artikel 85 des

EWG-Vertrags, IV V/33.542, Parfums Givenchy, ABI. 1992 L 236/11 ff., Rn. A/5, 8, B/2, Artikel C 1; nachfolgend: Entscheidung Parfums Givenchy 92/428/EWG; vgl. E. 5.3.2.3.5 hiernach). In diesem Rechtsstreit vor dem Handelsgericht Zürich setzte sich die Klägerin, welche 70 Parfümerien mit Discountcharakter führte, gegen die Wiedereinführung eines selektiven Vertriebssystems zur Wehr, da die Beklagte (die Vertreiberin der Luxus- und Prestigekosmetikmittel) die Klägerin nicht mehr beliefern wollte. Das Handelsgericht Zürich verneinte jedoch eine Marktabgrenzung zugunsten der Luxuskosmetik und ging von nur einem Markt aus (vgl. DIETRICH/SAURER, sic! 2001 S. 609), welcher die Discounter- bzw. Fashionprodukte, also die für den Massenmarkt bestimmten Produkte, inkludierte. Da so keine marktbeherrschende Stellung vorlag, konnte die Betreiberin der Luxusprodukte auch nicht verpflichtet werden, die Discounter zu beliefern (ZR 98/1999 S.170, E. III/3 f.).

**5.3.2.3.3** Weitere Grundlagen zur Marktabgrenzung hinsichtlich Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten sind nur spärlich in der Schweizer Rechtsprechung zu finden. In der Verfügung "Kosmetikprodukte (Dermalogica)" vom 21. Oktober 2013 wurde offen gelassen, ob ein separater Markt nach einem Luxussegment abzutrennen sei ("Dermalogica" WEKO, RPW 2014/1 S. 201 Rz. 166). Im Urteil Gaba wurde hinsichtlich "Elmex rot" lediglich erwähnt, dass dieselbe kein Luxusobjekt, sondern ein Gut des täglichen Bedarfs sei (siehe Urteil des BVGer B-506/2010 E. 13.1.3 "Gaba"). Im Bundesgerichtsurteil "Gaba" war der sachliche Markt nicht mehr bestritten (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.5 "Gaba"). Beim Urteil BMW des Bundesverwaltungsgerichts erfolgte eine Marktabgrenzung der Automobile von BMW in ein Luxussegment und in andere Segmente (Urteil B-3332/2012 E. 7.1 "BMW"), welche vor Bundesgericht unbestritten geblieben ist (BGE 144 II 194 E. 6.3 "BMW").

**5.3.2.3.4** Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der dargestellten Präjudizien kein einheitliches Bild. Zudem ist dem Massnahmenbeschluss des Handelsgerichts Zürich aus dem Jahr 1999 (ZR 98/1999 S. 161 ff.), auf den nie ein Endurteil gefolgt ist, keine das Bild entscheidend prägende Bedeutung zuzumessen. Umso wichtiger erscheint es, auch die europäische Rechtsprechung mit in die Beurteilung einzubeziehen (vgl. E. 5.2 hiervor).

ii. Das "Coty"-Urteil des EuGH und die Folgen

**5.3.2.3.5** Die Vorinstanz verweist hinsichtlich der Marktabgrenzung zwischen dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt und dem Massenmarkt auf die Praxis der EU-Kommission, welche ihrer Darstellung nach vom EuG und vom EuGH mit mehreren Urteilen bestätigt wurde (angefochtene Verfügung Rz. 442 ff. mit Fn. 430, 446 ff., Fn. 435 f., je mit Hinweisen).

**5.3.2.3.6** Am 6. Dezember 2017 hat sich der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren zugunsten des Selektivvertriebes betreffend die Luxuskosmetikprodukte von Coty ausgesprochen. Der EuGH beschreibt in diesem Urteil das Charakteristikum des Luxus, dass die Qualität solcher Waren nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften beruhe, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleihe (Urteil des EuGH vom 6. Dezember 2017 C-230/16 Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, Rn. 25, nachfolgend:

Urteil des EuGH C-230/16 Coty; genauer zum Selektivvertrieb und zur Rechtssache Coty E. 5.3.3.3.4, 5.3.3.3.10 f., 5.3.3.4.1 f. hiernach). In der Literatur ist teilweise vertreten worden, dass der EuGH mit dieser Aussage eine Definition der Luxuswaren vornehme (PAUL MEY, Drittplattformenverbote nach der Coty-Entscheidung - Was sind Luxuswaren?, WuW 2019/2 S. 83; nachfolgend: MEY, WuW 2019/2 S. 83). In seinem Urteil, mit welchem es den Vorabentscheid des EuGH in Sachen "Coty" umsetzt, macht dann das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main tatsächlich belastbare Aussagen zum Luxus- und Prestigekriterium in der Kosmetik (Urteil 11 U 96/14 [Kart] vom 12. Juli 2018, abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 586 ff.; vgl. dazu ausführlich 5.3.3.3.4 ff. hiernach und insb. E. 5.3.2.3.7 gerade unten).

iii. Fazit zur Rechtsprechung

**5.3.2.3.7** Die soeben dargestellte Rechtsprechung geht klar von einem separaten Markt für Luxus- bzw. Prestigekosmetik aus (zum Urteil Pierre Fabre des EuGH C-439/09 vgl. E. 5.3.3.3.5 ff. hiernach). Auch wenn das Urteil "Coty" des EuGH das Luxuskriterium nur grob umschreibt, nimmt das Urteil "Coty" des OLG Frankfurt am Main vertiefter zum Luxus- bzw. Prestigekriterium Stellung. So oder anders kann bereits aus dem "Coty"-Urteil des EuGH selbst geschlossen werden, dass der Gerichtshof in Bezug auf Kosmetikartikel Luxuswaren von anderen Waren unterscheidet und für Luxuswaren ein selektives Vertriebssystem unter gewissen Bedingungen als zulässig beurteilt (Urteil des EuGH C-230/16 Coty Rn. 25 i.V.m. Rn. 39; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 199 f.). Da das Bundesverwaltungsgericht die neuste ihm bekannte Rechtsprechung berücksichtigt (MOSE/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 2.198), können auch Urteile, welche nach der angefochtenen Verfügung ergangen sind, zur Beurteilung des Falles herangezogen werden. Nachdem damit eine Aussage zur Luxuskosmetik vorliegt, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, inwieweit diese Rechtsprechung nach dem Konzept des EuGH auch in Bezug auf Luxusartikel aus anderen Produktsegmenten einschlägig ist.

**5.3.2.4** *Marke, Image und Luxuscharakter (Bedarfsmarkt-konzept)*

i. Grundlagen zum Bedarfsmarktkonzept (Luxus- bzw. Prestigeaspekt)

**5.3.2.4.1** Wie bereits erwähnt, umfasst der sachlich relevante Markt gemäss des in Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU verankerten Bedarfsmarktkonzepts alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Substituierbar sind diejenigen Güter, welche in funktionaler Hinsicht demselben Verwendungszweck dienen (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 N 104 f.; vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 106; Urteil des BVGer B-506/2010 E. 9 "Gaba"; vgl. E. 5.3.1.3.1 hiervor). Gleiche oder ähnliche Eigenschaften genügen allerdings nicht immer, um ein Produkt demselben Markt zuzuweisen (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG, N 111; Bekanntmachung der EU-Kommission über den relevanten Markt, Rn. 36).

**5.3.2.4.2** Entscheidend ist betreffend die Substituierbarkeit der Produkte, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.1 "Hallenstadion-Ticket-corner"; vgl. E. 5.3.1.3.3 hiervor). So kann es sich bei identischen Gütern aus funktioneller Sicht (Luxuskosmetika/Massenmarktkosmetika) um unterschiedliche Güter handeln, wenn diese zwar technisch identisch, aber aufgrund verschiedener Aufmachungen differenziert zu betrachten sind. Solche Produkte sind als Träger einer zu erfüllenden Funktion zu betrachten und werden dadurch zur Projektionsfläche des durch die Nachfrager gewünschten Verwendungszweckes (vgl. MARKUS LENSSEN, *Der kartellrechtlich relevante Markt, Prinzip-Konzeption-Methode*, Baden-Baden, 2009, S. 189, nachfolgend: LENSSEN). Trotz gleicher Funktionalität können Luxuskosmetika hinsichtlich ihres allgemeinen Verwendungszweckes (Reinigung/Körperpflege/Körperdüfte) nicht als austauschbar mit anderen Kosmetik-, Parfümerie- und Körperpflegeprodukten angesehen werden (OLG Frankfurt am Main, "Coty" vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587; Bundeskartellamt, Beschluss vom 8.3.2007, B9-520/06 - Douglas/Hela, S. 10 f.). Die Qualität solcher Waren beruht nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleiht (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 25; Urteil des EuGHs vom 23. April 2009 C-59/08 Copad/Dior, Slg. 2009 I-03421 ff., Rn. 24 f., nachfolgend: Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior; OLG Frankfurt am Main "Coty" vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587).

**5.3.2.4.3** Nach LENSSEN geht es um eine Bedürfniskonstellation, die verschiedene Bedürfnisse miteinander verbindet und deren Befriedigung nur durch ein einziges Gut erreicht werden kann. Alle Güter, welche einer sogenannten Bedürfniskonstellation zugeordnet werden können, sind zu einem Markt zusammenzufassen (LENSSEN, S. 186). Demnach geht es im Luxuskosmetikmarkt um die Bedürfniskonstellation eines Kosmetikproduktes mit Luxus- bzw. Prestigeaspekt. Daher kann für die vorliegende Marktabgrenzung nicht nur auf die Kosmetikprodukte selbst abgestellt werden. Zusätzlich sind auch die Charakteristika des Luxus- bzw. Prestigeaspektes zu beleuchten. Folgerichtig stellt sich bei Luxuskosmetika auch eher die (umstrittene und hier nicht weiter zu erörternde) Frage, ob nicht sogar eine Marktabgrenzung auf eine einzige Marke möglich ist (HEIZMANN, Rz. 266 f. mit Hinweisen).

**5.3.2.4.4** Kosmetikprodukte, insb. Parfum, gehören zu den klassischen und ältesten Luxusprodukten (JEAN-NOËL KAPFERER/VINCENT BASTIEN, *The Luxury Strategy, break the builds of Marketing to build luxury brands*, 2. Aufl. 2012, S. 314, nachfolgend: KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*). Parfums und Kosmetik gehören zu den fünf bedeutsamen Branchensektoren im Markt der persönlichen Luxusgüter (MÜLLER-STEWENS, S. 24). Luxus hat psychologische, soziologische, kulturelle und wirtschaftliche Facetten (FABIO DUMA/CHRISTINE HALLIER WILLI/CARY STEINMANN, *The Business of Luxury*, 2015, S. 3). So ruft "Luxus" nach KAPFERER/BASTIEN etwas Unreichbares, den Lebensstil der Reichen und etwas

Teures hervor (KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*, S. 46). Der Begriff "Luxus" entstammt dem Lateinischen und wird als "übermässiger Aufwand" oder "Prunk" beschrieben. Nachklassisch bedeutet er auch "Fruchtbarkeit" oder "Ausschweifung" ("luxus" - Deutsch-Übersetzung - Langenscheidt Latein-Deutsch Wörterbuch, zuletzt besucht am 16.11.2022; MÜLLER-STEWENS, S. 7). Konsumentinnen und Konsumenten von Luxusprodukten suchen ein Lebensgefühl, mit dem sie sich identifizieren. Dementsprechend entsteht die für Luxusmarken charakteristische "mythische Aufladung" (MIRIAM BÜTTNER/FRANK HUBER/STEFANIE REGIER/KAI VOLLHARDT, *Phänomen Luxusmarke, Identitätsstiftende Effekte und Determinanten der Markenloyalität*, Gabler Edition Wissenschaft, Spektrum wirtschaftswissenschaftliche Forschung, 2. Aufl. 2008, S. V, 5, S. 8 und S. 126, nachfolgend: BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT; VERENA KÖNIG/CHRISTOPH BURMANN, *Einführung zur identitätsbasierten Luxusmarkenführung*, in: BURMANN/KÖNIG/MEURER [Hrsg.], *Identitätsbasierte Luxusmarkenführung*, 2012, S. 5 f., nachfolgend: BEARBEITER in: BURMANN/KÖNIG/MEURER [Hrsg.], *Identitätsbasierte Luxusmarkenführung*).

**5.3.2.4.5** Luxus hat zudem eine die Menschen voneinander differenzierende Funktion (KOLASCHNIK, in: BURMANN/KÖNIG/MEURER [Hrsg.], *Identitätsbasierte Luxusmarkenführung*, S. 185; PIERRE BOURDIEU, *Die feinen Unterschiede, Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*, S. 368 f., nachfolgend: BOURDIEU; KAPFERER JEAN-NOËL, *Luxusmarken*, in: Esch [Hrsg.], *Moderne Markenführung, Grundlagen, Innovative Ansätze, Praktische Umsetzungen*, 3. Aufl., 2001, S. 349). So ist nach VEBLEN das Streben nach Sozialprestige als Hauptantrieb des menschlichen Handelns zu verstehen. Luxusgüter werden dazu instrumentalisiert, um bei anderen Menschen Neid zu erzeugen und sich vor ihnen abzugrenzen (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 9; THORSTEIN VEBLEN, *The Theory of the leisure class*, 1899, S. 70, nachfolgend: VEBLEN, *The Theory of the leisure class*; THORSTEIN VEBLEN, *Theorie der feinen Leute, eine ökonomische Untersuchung der Institutionen*, aus dem Amerikanischen von SUZANNE HEINTZ/PETER VON HAZELBERG, deutsche Erstausgabe 1958, 3. A. Fischer-Verlag 2015, S. 80 ff., nachfolgend: VEBLEN, *Theorie der feinen Leute*; siehe auch KÜNZLER ADRIAN, *Restoring consumer sovereignty: How markets manipulate us and what the law can do about it*, 2017, S. xxxiv nachfolgend: KÜNZLER, *Restoring consumer sovereignty, welcher diese Theorien erwähnt*; MEY, WuW 2019/2. S. 84 f.). Es geht um die Zugehörigkeit zum Club der "happy few" (KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*, S. 316). Nach COCO CHANEL ist Luxus nicht das Gegenteil von Armut, sondern das Gegenteil von Gewöhnlichkeit (vgl. <<https://www.nur-zitate.com/zitat/453>>, abgerufen am 09.12.2022). Die Luxusmarke hat aber zugleich wie jede Marke namentlich in Zeiten der Informationsüberflutung den Charakter einer Orientierungshilfe bei der Güterauswahl (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 14).

**5.3.2.4.6** Vor dem Hintergrund des soeben Festgehaltenen wird klar, dass es sachgerecht erscheint, die Aussagen des Urteils "Coty" des OLG Frankfurt am Main zum Marketing vor allem im Kontext mit den qualitativen Elementen der Erheblichkeit zum Wettbewerbsparameter

Werbung aufzugreifen (vgl. E. 6.4.2.6.8 hernach). Nichtsdestoweniger sind diese auch im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung relevant.

ii. Würdigung zum Bedarfsmarktkonzept (Luxus- bzw. Prestigeaspekt)

**5.3.2.4.7** Vorliegend besteht die die Substituierbarkeit eines Produktes prägende Bedürfniskonstellation aus dem Kosmetikprodukt selbst und dem Luxus- bzw. Prestigeaspekt. Die entsprechenden Kosmetikmittel werden im Sinne von LENSSEN (vgl. LENSSEN, S. 186, 189) zum Träger bzw. zur Projektionsfläche der Bedürfniskonstellation von Luxus mit Kosmetik. Die Begehrlichkeiten, welche Luxus- bzw. Prestigeprodukte auslösen, liegen somit zumindest teilweise ausserhalb der materiellen Eigenschaften des Kosmetikmittels (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 25; Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior, Rn. 24 f; OLG Frankfurt am Main, "Coty" vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587), was die Vorinstanz zutreffend aufzeigte, indem sie den Bezug der Luxuskosmetikprodukte zur Modewelt bzw. zur Haute-Couture und zu den Celebrity-Brands herstellte (angefochtene Verfügung Rz. 486 ff.). Die Vorinstanz beschrieb so - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - den Charakter der Exklusivität. Denn Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte wollen dem Verbraucher das Gefühl geben, dass er sich von der Masse der Durchschnittskonsumenten abhebt. Daher kann der Luxus- bzw. Prestigecharakter nicht in den Regalen eines Supermarktes gekauft werden, was auch daran ersichtlich ist, dass die Vorinstanz sich auf einen Test eines führenden Retailers bezog. Bei diesem Retailer kam es zu massiven Umsatzeinbrüchen, als dieser die Luxus- und Massenmarktprodukte vermischte (angefochtene Verfügung Rz. 468 ff.).

**5.3.2.4.8** Zudem prägt das beschriebene Luxusverständnis bereits die Philosophie des Branchenverbands ASCOPA selbst. So legt Art. 1 ASCOPA-Statuten dar, dass die Mitglieder von ASCOPA Produkte im Bereich der Luxuskosmetik bzw. im gehobenen Preissegment der Kosmetik vertreiben. Der Vorstand von ASCOPA bezeichnet seinen Verband als der Luxuskosmetik zugehörig (Protokoll der Einvernahme von ASCOPA vom 11. März 2009, act. 87, S. 2). Diesen Gedanken weiterführend geht die Vorinstanz davon aus, dass sich die ASCOPA-Mitglieder selbst nur mit den eigenen Luxuskosmetikmarken - und nicht mit anderen Marken - am vorliegenden Informationsaustausch beteiligten (angefochtene Verfügung Rz. 473). Zudem besagt Art. 2 Bst. d ASCOPA-Statuten, dass es Zielsetzung von ASCOPA ist, den Wert der Marken zu erhalten, was bei ASCOPA gesamthaft 148 Marken sind (angefochtene Verfügung Rz. 127; Abbildung 8). Des Weiteren ist auf die bereits in E. 5.3.2.2.1 f. genannte Befragung, welche auf den Kriterien der EU-Rechtsprechung beruht, zu verweisen. Nach dieser Befragung bejahten 15 von 25 ASCOPA-Mitgliedern die Marktabgrenzung der Vorinstanz "voll und ganz" und weitere sieben stimmten dieser Marktabgrenzung "eher" zu (angefochtene Verfügung Rz. 471 und Abbildung 16). Demnach ist ersichtlich, dass bereits dem die Mitglieder von ASCOPA vereinende Grundgedanken ein Konzept von einem Kosmetikmarkt mit Luxus- bzw. Prestigecharakter zugrunde liegt. In der Terminologie des "Coty"-Urteils des EuGH wird das Ziel verfolgt, das Luxusimage der

in Frage stehenden Marken sicherzustellen (vgl. Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 39).

iii. Der Luxus- bzw. Prestigecharakter bei Estée Lauder

**5.3.2.4.9** In diesem Zusammenhang rechtfertigen sich einige Überlegungen zum Verhältnis der Beschwerdeführerin (Estée Lauder) zu Luxusprodukten bzw. zu deren Charakter. So bezeichnet Leonard Lauder, Sohn der Markengründerin Josephine Esther Lauder, welcher jahrzehntelang der CEO des Unternehmens der Beschwerdeführerin war, "sein" Unternehmen als die drittgrösste Luxusfirma der Welt (IRIS KUHN-SPOGAT, Estée Lauder, Kein Mann zum Vergessen, in: Bilanz Schweiz, 15. Oktober 2014, vgl. <<https://www.handelszeitung.ch/panorama/leonard-lauder-kein-mann-zum-vergessen>>, abgerufen am 09.12.2022). Luxus hat demzufolge bei Estée Lauder einen hohen Stellenwert.

**5.3.2.4.10** Persönlichkeiten wie Nancy Reagan und Fürstin Grace von Monaco - Letztere war eine enge Freundin der Markengründerin - benutzten eigens für sie kreierte Parfümdüfte von Estée Lauder (Homepage Estée Lauder, Estée Stories, Ein sehr kostbarer - und privater - Duft, <http://www.esteelauder.ch/estee-stories-brand-story-chapter-4-going-distance> abgerufen am 09.12.2022). Dass solche Persönlichkeiten Produkte von Estée Lauder benutzen, indiziert, dass die Produkte der Beschwerdeführerin eine differenzierende Funktion innehaben. Sie geben den Verbrauchern das Gefühl, etwas Besonderes zu sein, daher greifen auch "besondere" Persönlichkeiten zu diesen Produkten. Zusätzlich bezeichnete der Vorstand von ASCOPA Estée Lauder als eine der wichtigsten Akteurinnen im Luxuskosmetikmarkt (Protokoll der Einvernahme von ASCOPA vom 11. März 2009, act. 87, S. 2).

**5.3.2.4.11** Demnach hat Luxus im Unternehmen der Beschwerdeführerin einen hohen Stellenwert. Das trifft nicht nur auf hochexklusive Produkte zu, sondern auch auf Luxusprodukte, die aus der Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten als erreichbar und zugleich als exklusiv wahrgenommen werden. Das Gesagte lässt die Schlussfolgerung zu, dass die Beschwerdeführerin sich mit ihrer Rüge, dass sich die Produkte aus dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt mit solchen aus dem Massenmarkt substituieren lassen, letztlich in Widerspruch zu ihrer eigenen Unternehmensphilosophie setzt.

iv. Zwischenfazit

**5.3.2.4.12** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht auf einen vom Kosmetikmassenmarkt zu unterscheidenden Luxuskosmetikmarkt geschlossen hat. Auch anhand der Zielsetzungen von ASCOPA wie letztlich auch der Firmenphilosophie der Beschwerdeführerin selbst lässt sich die Feststellung der Vorinstanz, dass die Marktabgrenzung zwischen Massen- und Luxus- bzw. Prestigemarkt im Kosmetikbereich sachgerecht ist, plausibilisieren. Daher spricht insbesondere die dargestellte Rechtsprechung gegen die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Produkte des Luxus- bzw. des Prestigekosmetikmarktes mit Produkten aus dem Massenmarkt substituiert werden.

### 5.3.2.5 Marktabgrenzungsfragen anhand der Thematik der Preisbildung

**5.3.2.5.1** Eine vom Massenmarkt unabhängige Preispolitik der ASCOPA-Mitglieder ist nur möglich, wenn die Endkonsumenten bei Preiserhöhungen im Luxusmarkt nicht ohne Weiteres auf Produkte des Massenmarktes ausweichen.

#### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**5.3.2.5.2** Die Beschwerdeführerin rügt, dass sich die Vorinstanz widersprochen habe. Einerseits sage die Vorinstanz, dass Exklusivität, Image und Marke und der überdurchschnittlich hohe Preis für einen vom Massenmarkt gesonderten Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt sprechen. Wenn aber die Vorinstanz dies behauptete, so könne sie nicht der Beschwerdeführerin vorwerfen, dass sich diese Sorgen um die Erosion der Preise gemacht habe (Beschwerde Rz. 120).

#### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**5.3.2.5.3** Nach Ansicht der Vorinstanz schlägt sich das Image einer Marke in den teuren Verkaufspreisen nieder. So würde sich gerade das Luxusprodukt durch einen überdurchschnittlichen Preis auszeichnen (angefochtene Verfügung Rz. 490, 495). Zudem habe die grosse Mehrheit der involvierten Unternehmen angegeben, dass sie ihre Preise losgelöst vom Kosmetikmassenmarkt festsetze (angefochtene Verfügung, Rz. 467).

#### iii. Grundlagen zur Methode Kreuzpreiselastizität

**5.3.2.5.4** Neben den Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten der Produkte und Dienstleistungen ist der Preis ein wichtiger Faktor für die Wahl der Marktgegenseite - allerdings ist er für sich allein nicht aussagekräftig für eine Marktabgrenzung. Er ist immer im Zusammenhang mit anderen Kriterien zu beachten. So können beispielsweise trotz übereinstimmendem Verwendungszweck die unterschiedlichen Preise, die für die miteinander zu vergleichenden Produkte oder Leistungen verlangt werden, deren Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite einschränken oder ausschliessen (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.5 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Die Kodifizierung des Bedarfsmarktkonzeptes in Art. 11 Abs. 3 VKU will nicht implizieren, dass keine anderen Marktabgrenzungskonzepte zulässig sind (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 106; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 108; KAUFMANN OLIVER, Relative Marktmacht, Konzept, Praxis und Rechtsentwicklung im Schweizer Kartellrecht, 2014; Rz. 102 ff., nachfolgend: KAUFMANN). Austauschbarkeit ist dann gegeben, wenn Produkte aufgrund ihrer Eigenschaften und Preise für den vorgesehenen Verwendungszweck von ihren Nachfragern als gleichwertig angesehen werden (Urteile des BVer B-7633/2009 E. 270 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; B-3618/2013 E. 53 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Dabei ist auch die in Bezug auf die zu beurteilenden Kosmetikprodukte relevante Bedürfniskonstellation zu berücksichtigen (vgl. E. 5.3.2.4.7 hiervor).

**5.3.2.5.5** Die Methode Kreuzpreiselastizität betrachtet - wie das Bedarfsmarktkonzept - die Substituierbarkeit der Güter aus Sicht der Marktgegenseite. Es geht darum, ob die Nachfrager auf eine Preiserhöhung reagieren und auf ein anderes Produkt - hier auf ein Erzeugnis des

Kosmetikmassenmarktes - ausweichen würden. Bei einer hohen bzw. positiven Kreuzpreiselastizität reagieren die Nachfrager auf kleine Preiserhöhungen und wechseln auf ein anderes Produkt, was für eine Substituierbarkeit und einen gemeinsamen sachlichen Markt mit dem neuen Produkt spricht. Im Gegensatz dazu reagieren die Nachfrager bei einer niedrigen bzw. negativen Kreuzpreiselastizität kaum auf eine Preiserhöhung und bleiben beim gewohnten Produkt, was für getrennte Märkte spricht (KAUFMANN, Rz. 112 ff.; HEIZMANN, RZ. 213 ff.; WEBER/VOLZ, Rz. 2.40).

**5.3.2.5.6** So gibt es Kunden, die bei der Auswahl eines Produktes wenig von einer Marke halten und sich eher auf den Preis fokussieren und andere, die ihr Verhalten von ihrem Affekt steuern lassen (KÜNZLER, Restoring consumer sovereignty, S. 149). Eine niedrige Kreuzpreiselastizität weisen Produkte auf, welche eine starke Marke, einen starken Namen, eine ausgeprägte Produktdifferenzierung oder auch eine Bedürfniskonstellation innehaben. Wenn nicht monetäre Gründe die Ursachen des Erwerbes sind, spricht dies für die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte zugunsten dieser Produkte (HEIZMANN, Rz. 216, 220; siehe auch ICN Report on Merger Guidelines, chapter 2 Market Definition, Rn. 1.23, April 2004, <[https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_MergerGuidelinesReport.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesReport.pdf)>, abgerufen am 09.12.2022). So ist das Kaufverhalten in Luxusmärkten nicht in gleicher Weise wie üblicherweise angenommen preisgesteuert. Es existiert sogar ein gegenteiliger Effekt. Ein höherer Preis kann demnach im Sinne eines Kaufanreizes indizieren, dass das angepriesene Produkt luxuriös ist (KAPFERER/BASTIEN, The Luxury Strategy, S. 74; HENNING MOHR, Der Preismanagement-Prozess für Luxusmarken, 2013, S. 87 ff., nachfolgend: MOHR.; MEY, WuW 2019/2 S. 84 f.). Die Marktabgrenzung muss sich zudem - abgesehen von den Präferenzen oder Bedürfniskonstellationen der Verbraucher bzw. der Marktgegenseite - auf objektive Gesichtspunkte stützen ("Felix SA/Minolta AG", REKO/WEF, RPW 2000/4 S. 716 ff., 731, E. 5; BSK KG- REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 16 i.V.m. 111).

iv. Würdigung des Gerichts unter Beizug der Resultate der ökonomischen Untersuchungen der Vorinstanz

**5.3.2.5.7** Mit der Rüge, es sei von der Vorinstanz ungegerechtfertigt gewesen, den ASCOPA-Mitgliedern vorzuwerfen, dass sich diese Sorgen um die Erosion der Preise gemacht haben, obwohl die Vorinstanz vertreten habe, dass Exklusivität, Image, Marke und der überdurchschnittlich hohe Preis für einen Luxusmarkt sprechen (Beschwerde Rz. 120; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 486 ff. und 490), kann die Beschwerdeführerin jedenfalls die vorgenommene sachliche Marktabgrenzung nicht angreifen. Vielmehr sprechen die Sorgen um die Erosion der Preise im Luxuskosmetikmarkt für die Marktabgrenzung der Vorinstanz. Ob diese Sorgen bzw. daraus abgeleitetes Verhalten der ASCOPA-Mitglieder vorwerfbar sind, ist Gegenstand der Prüfung anhand von Art. 5 KG und nicht der Marktabgrenzung. Deshalb stösst die Rüge der Beschwerdeführerin ins Leere.

**5.3.2.5.8** Die Vorinstanz geht weiter davon aus, dass die Resultate ihrer ökonomischen Untersuchungen

insofern relevant seien, als im Sinne eines Indikators für die Preishöhe auf die Preise der zehn meistverkauften Produkte pro Produktachse (Parfum, Make-up, Pflege) verwiesen werden könne, welche das Sekretariat für die Analyse der Auswirkungen herangezogen habe (angefochtene Verfügung Rz. 497 i.V.m. Rz. 512 ff.).

**5.3.2.5.9** Zweck der Marktabgrenzung zur kartellrechtlichen Überprüfung von Wettbewerbsabreden ist die systemische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Unterschiedliche Preisentwicklungen bei vermeintlich zum selben sachlich relevanten Markt gehörenden Produkten weisen darauf hin, dass die Anbieter der besagten Objekte unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt sind. Aus ökonomischer Sicht kann dies dadurch erklärt werden, dass getrennte kartellrechtlich relevante Märkte vorliegen.

**5.3.2.5.10** So wird in Rz. 8 der Bekanntmachung der EU-Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (Amtsblatt C 372 vom 09.12.1997) ausgeführt:

"Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet."

Zwar bezieht sich die letztgenannte Bestimmung auf den geographisch relevanten Markt, die Aussage kann aber für die sachliche Marktabgrenzung übernommen werden.

**5.3.2.5.11** In Bezug auf den vorliegenden Fall heisst dies, dass - sofern im Gesamtkosmetikmarkt die Wettbewerbsbedingungen nicht hinreichend homogen sind - darin ein Indiz für mehrere sachlich getrennte Märkte zu sehen ist. Im vorliegenden Fall ist ersichtlich, dass die Vorinstanz in Rz. 512 ff. und 525 ff. der angefochtenen Verfügung die Preisentwicklungen des Informationsaustausches aufzeigen wollte, indem sie die Preisentwicklungen der Luxus- bzw. Prestigekosmetika den verschiedenen LIK (Landesindizes für Konsumentenpreise [LIK-Total, LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel]) Der LIK als solches misst die Teuerung der Konsumgüter in der Schweiz und zeigt an, um wieviel diese im Vergleich zu einem früheren Zeitpunkt teurer geworden sind (Bundesamt für Statistik, Landesindex der Konsumentenpreise, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/erhebungen/lik.html>, abgerufen am 09.12.2022). In den verschiedenen LIK waren sowohl Kosmetikprodukte des Massenmarktes wie auch solche des Luxus- bzw. Prestigesegments - abgesehen von den allerteuersten Luxus-kosmetikprodukten - abgebildet (angefochtene Verfügung Rz. 536; Vernehmlassung Rz. 17, Beilage 2).

Die Analyse dieser verschiedenen Preisentwicklungen bzw. Indices hatte nach der Darstellung der Vorinstanz ergeben, dass sich die Preise der umsatzstärksten Produkte der ASCOPA-Mitglieder wesentlich steiler als die verschiedenen LIK bzw. die Inflation entwickelten (angefochtene Verfügung Rz. 535 ff.). Die Abbildungen 20, 23 und 26 der angefochtenen Verfügung können als Veranschaulichung des Gesagten herangezogen werden. In diesen Abbildungen wurden die Preisentwicklungen der

ASCOPA-Marken, welche auf dem hypothetischen Gesamtmarkt eindeutig dem Luxussegment zuzuordnen wären (angefochtene Verfügung Rz. 473), den verschiedenen LIK gegenübergestellt. Während die Preisindizes der ASCOPA-Marken nach den Feststellungen der Vorinstanz im untersuchten Zeitraum mehrheitlich gestiegen sind, hat sich der LIK-Toilettenartikel, welcher den untersuchten Produkten am ehesten entspricht (angefochtene Verfügung Rz. 537 f., 546, 553), sogar leicht reduziert. Aus diesen gegenläufigen Tendenzen ist nach Ansicht der Vorinstanz zu folgern, dass die Preisentwicklung im Massenmarkt nur in eine Richtung gezielt haben kann, nämlich abwärts. Da es auf die gesamthafte Tendenz der Preisentwicklungen aller ASCOPA-Mitglieder ankommt, spielt es keine Rolle, dass die Preise der Beschwerdeführerin (vgl. Vernehmlassung Rz. 16) nicht in allen Teilmärkten höher als die verschiedenen LIK waren. Die gemachten Ausführungen können - soweit die sachverhaltlichen Annahmen diesbezüglich hinreichend belastbar sind - dafür sprechen, dass der Preisunterschied zwischen dem Luxus- bzw. Prestigesegment und dem Massenmarktsegment zugenommen hat. Darin könnte gegebenenfalls wiederum ein Hinweis gesehen werden, dass die Abgrenzung eines eigenständigen Luxus- bzw. Prestigemarktes gegenüber einem Kosmetikmassenmarkt sachgerecht ist, weil die beschriebene Preisentwicklung für eine niedere Kreuzpreiselastizität der Nachfrage spricht. Letztlich kann diese Frage indessen im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, weil bereits die bisher gemachten Feststellungen hinreichend sind, um die vorinstanzliche Marktabgrenzung zu plausibilisieren. Jedenfalls nicht bestritten wird die Feststellung der Vorinstanz, dass die Preise der von ASCOPA erfassten Markenprodukte signifikant teurer sind als diejenige von Vergleichsprodukten aus dem Massenmarkt. Ebenfalls zugunsten der Vorinstanz fällt ins Gewicht, dass die methodisch seitens der Beschwerdeführerin insoweit richtigerweise nicht beanstandete Umfrage der Vorinstanz ergeben hat, dass die Preisbildung für Luxusprodukte auch nach der Wahrnehmung der Akteure im Markt offenbar losgelöst vom Kosmetikmassenmarkt erfolgt ist. Beispielsweise hat ein führender Retailer auf Frage hin angegeben, im Bereich der Kosmetik würden Luxus- bzw. Prestige-Produkte nicht in den gleichen Sektoren und Regalen angeboten (angefochtene Verfügung, Rz. 468). Dementsprechend haben im Rahmen der Befragungen 15 von 25 ASCOPA-Mitgliedern der Unterteilung in einen Luxus-Prestige-Markt sowie in einen Massmarkt "voll und ganz" zugestimmt, wobei weitere sieben Mitglieder - so auch die Beschwerdeführerin - dieser Marktabgrenzung "eher" zugestimmt haben (vgl. E. 5.3.2.4.8 mit Hinweis auf E. 5.3.2.2.1 f. sowie die angefochtene Verfügung, Rz. 467).

### **5.3.2.6 Zwischenfazit**

Da der Markt in Bezug auf die Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Produkte der ASCOPA-Mitglieder von luxusartigen Aspekten geprägt ist, sind nicht monetäre Gründe von grosser Bedeutung für den Kaufentscheid von Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten, was namentlich in der Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht zum Ausdruck kommt und sich auf die Marktabgrenzung entscheidend auswirkt (vgl. E. 5.3.2.4.12 hiavor). Die sich daraus ergebende Preisbildung spricht eher für eine niedere Kreuzpreiselastizität der Nachfrage

und für einen vom Massenmarkt abgetrennten Luxus- bzw. -Prestigekosmetikmarkt. Ob insoweit nicht nur die Preisunterschiede zwischen Luxus- und Massenmarkt und die beobachtete - will sagen unabhängig vom Massenmarkt erfolgte - Preisfestsetzung, sondern auch die nach der Darstellung der Vorinstanz gegenläufige Preisentwicklung relevant sind, kann im Rahmen der Gesamtwürdigung offen bleiben, zumal auch die Befragung namentlich der Mitglieder von ASCOPA gezeigt hat, dass die Preisbildung für Luxusprodukte offenbar losgelöst vom Massenmarkt erfolgt ist. Das Gesagte gilt jedenfalls unter der Bedingung, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, die Ausführungen der Vorinstanz zur Bedeutung des selektiven Vertriebs zu entkräften, was im Folgenden zu prüfen sein wird.

### 5.3.3 Distribution - Selektiver Vertrieb

#### 5.3.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass sich die Vorinstanz durch die Aussage, es sei den Luxus- bzw. Prestigeprodukten eigen, dass diese selektiv vertrieben werden (angefochtene Verfügung Rz. 480), widersprochen habe. Denn in Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung sei ersichtlich, dass nur rund die Hälfte der 148 am Informationsaustausch beteiligten Marken selektiv vertrieben worden sei (Beschwerde Rz. 120).

#### 5.3.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

**5.3.3.2.1** Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte selektiv von exklusiv zugelassenen Händlern vertrieben werden und diese Vertriebsart für diese Produkte eigen sei. Zudem unterscheide sich die Distributionsweise der Schweiz nicht von der des Auslands (angefochtene Verfügung Rz. 479). Die Voraussetzungen des selektiven Vertriebs seien eine fachkundige Verkaufsberatung, die Gestaltung und Lage der Verkaufspunkte und das äussere Erscheinungsbild derselben (angefochtene Verfügung Rz. 482).

**5.3.3.2.2** Ferner merkt die Vorinstanz an, dass sich gewisse Anbieter ohnehin an die vorgegebenen Qualitätskriterien halten würden, weshalb die Autorisierung zum Verkauf einer Marke nicht von der Unterzeichnung sämtlicher Depotklauseln abhängen (angefochtene Verfügung Rz. 483).

#### 5.3.3.3 Grundlagen

**5.3.3.3.1** Im Folgenden ist anhand der Rechtsprechung zum schweizerischen und zum europäischen Recht zu prüfen, ob das Kriterium des selektiven Vertriebs unabdingbare Voraussetzung für die Annahme eines vom Kosmetikmassenmarkt abgegrenzten Luxuskosmetikmarktsegments ist. Wäre dies der Fall, so würde die Beschwerdeführerin angesichts der unbestrittenen Tatsache, dass nur die Hälfte der ASCOPA-Marken selektiv vertrieben wird (angefochtene Verfügung Abbildung 8), mit ihrer Rüge, dass deswegen kein Luxusmarkt vorliege (Beschwerde Rz. 120), durchdringen.

i. Rechtsprechung zum schweizerischen Recht

**5.3.3.3.2** Betreffend die Schweizer Rechtsprechung zum Selektivvertrieb kann auf die beiden Beschlüsse des Handelsgerichts Zürich verwiesen werden. Zusammen-

fassend ist festzuhalten, dass im ersten Entscheid (Estée Lauder) aus dem Jahr 1985 ein Depotsystem auf der Grundlage des Kartellgesetzes von 1962 als zulässig beurteilt wurde, um die Anbieterin nicht in ihrer wirtschaftlichen Freiheit zu beschränken (Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 72, S. 120; bestätigt durch das Kassationsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 73, S. 121 ff.; E. 5.3.2.3.1 hiervor). In einem zweiten Fall (ZR 98/1999 S. 170 ff., E. III. 4 ff.; E. 5.3.2.3.2 ff. hiervor) wurde auf der Grundlage des KG 1995 ein selektives Vertriebssystem als unbedenklich erachtet, da ein Luxus- bzw. prestigeartiger Kosmetikmarkt bzw. Teilmarkt verneint wurde, weshalb sich in Bezug auf den Gesamtkosmetikmarkt die Frage einer Marktbeherrschung gemäss Art. 7 KG gar nicht stellte, womit auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausser Betracht fiel.

**5.3.3.3.3** Obwohl sich die beiden Zürcher Massnahmeverfahren in relevanten Punkten unterscheiden, ist doch festzuhalten, dass in beiden Verfahren der Selektivbetrieb geschützt wurde. Allerdings können diesen beiden Massnahmeverfahren wegen der divergierenden Marktabgrenzungen und der unterschiedlichen kartellrechtlichen Grundlagen (Kartellgesetz von 1962 und 1995) keine schlüssigen Aussagen zum Selektivvertrieb in der Luxuskosmetik entnommen werden. Auch die spätere Schweizer Rechtsprechung zum Selektivvertrieb macht nur spärliche Aussagen (E. 5.3.2.3.3 hiervor zur Marktabgrenzung). So äussert sich nur das Urteil "Gaba" des Bundesverwaltungsgerichts zum Selektivvertrieb, welches darlegt, dass "Elmex rot" als ein Gut des täglichen Bedarfs weder ein Prestige- und Luxusobjekt noch ein technisch hochstehendes Produkt sei. Daher erfordere "Elmex rot" keinen Selektivvertrieb (Urteil des BVGer B-506/2010 E. 13.1.3 "Gaba"). Auch wenn diese Aussage einen Bezug zwischen Selektivvertrieb und Luxuskosmetik herstellt, lässt sich aus dieser nicht sehr viel ableiten in Bezug auf die Frage, ob der Selektivvertrieb die unabdingbare Voraussetzung für die Luxus- bzw. Prestigekosmetik ist. Umso mehr ist im Folgenden auf die Rechtsprechung zum Selektivvertrieb in der EU, namentlich in Deutschland und Frankreich, einzugehen.

ii. Rechtsprechung in der EU, namentlich Deutschland und Frankreich

**5.3.3.3.4** In E. 5.3.2.3.5 ff. wurde auf die europäische Rechtsprechung verwiesen, um aufzuzeigen, dass eine Abgrenzung des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkts vom Kosmetikmassenmarkt sachgerecht ist. Dieser Rechtsprechung entsprechend wurde der Selektivvertrieb zugunsten des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes geschützt (Entscheidung Yves Saint Laurent Parfums 92/33/EWG; Entscheidung Parfums Givenchy 92/428/EWG; Urteil des EuG T-19/92 Leclerc/Kommission, S. 659 ff. Leitsätze 13, 15 f., Rn. 184-195; Urteil des EuG T-87/92 Kruidvat/Kommission, S. 1933 ff.; Urteil des EuGH C-70/97 P Kruidvat/Kommission, S. 7213 ff.; Urteil des EuGH C-306/96 Javico/YSL, S. 1997 ff.). Auch im Urteil Copad/Dior, bei welchem es zwar um Prestigiemiederwaren ging, beurteilte der EuGH eine Vorgabe betreffend den Selektivvertrieb als zulässig (Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior, Rn. 57 ff.).

**5.3.3.3.5** Das Urteil "Pierre Fabre" des EuGH aus dem Jahr 2011 (Vorabentscheidungsverfahren), das im glei-



chen Monat wie die angefochtene Verfügung erlassen wurde, veranlasste eine Kehrtwende hinsichtlich des Selektivvertriebes bei Luxuskosmetika in der EU sowie in den Mitgliedstaaten. Die Pierre Fabre SAS, welche im Bereich der Herstellung und des Verkaufes von Kosmetika und Körperpflegeprodukten tätig ist, vertrieb ihre Kosmetika und Körperpflegeprodukte unter dem Namen Klorane, Ducray, Galénic und Avène hauptsächlich über Apotheken auf dem französischen und dem europäischen Markt. Es war in den Vertriebsvereinbarungen vorgeschrieben, dass der Verkauf dieser Produkte, welche keine Medikamente waren, nur in den physischen Räumlichkeiten einer Apotheke durch einen diplomierten Pharmazeuten erfolgen durfte. Der EuGH kam jedoch zum Schluss, dass der Schutz des Prestigecharakters kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sei (Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rn. 9 ff. und 46).

**5.3.3.3.6** In Frankreich wurden daraufhin die Vorgaben des EuGH im Urteil "Pierre Fabre" vom "Cour d'appel de Paris" am 31. Januar 2013 (n°2008/23812) umgesetzt. Der Selektivvertrieb wurde nicht mehr geschützt und das Verbot des Internetvertriebes der Pierre Fabre Produkte wurde als Wettbewerbsbeschränkung gewertet (Fin de la saga judiciaire Pierre Fabre: confirmation de l'illicéité de l'interdiction de la vente en ligne, 05.05.2013 <https://www.lepetitjuriste.fr/3475/>, abgerufen am 09.12.2022). Diese Entscheidung wurde von der "Cour de cassation" am 24. September 2013 (n°12-14.344) bestätigt (Antoine Cheron, *Affaire CDS/Pierre Fabre: vente en ligne de produits pharmaceutiques, réseau de distribution physique et restriction de la concurrence*, 25.11.2013, <https://www.village-justice.com/articles/Affaire-PIERRE-FABRE-vente-ligne,15657.html>, abgerufen am 09.12.2022).

**5.3.3.3.7** Später beschäftigten sich die Gerichte in Deutschland und schliesslich wiederum der EuGH mit der Frage des Selektivvertriebes in der Luxuskosmetik. Es ging um eine Vertragsklausel von Coty, welche den Internetvertrieb nur über autorisierte Ladengeschäfte bzw. über deren "elektronische Schaufenster" zuließ. Diese Vertragsklausel hatte den Vertrieb über nicht autorisierte Drittunternehmen, wie auch über "amazon.de", verboten ("Drittplattformverbot"; vgl. Pressemitteilung des EuGH vom 6. Dezember 2017 Nr. 132/17 betreffend das Urteil in der Rechtssache C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH).

**5.3.3.3.8** Ursprünglich hatte das Landesgericht Frankfurt am Main im Jahr 2014 unter Berufung auf das Urteil "Pierre Fabre" des EuGH entschieden, dass ein Selektivvertriebssystem zur Aufrechterhaltung eines prestigeträchtigen Markenimages im Bereich der Luxuskosmetik nicht gerechtfertigt sei und deshalb der Vertrieb über Amazon nicht untersagt werden dürfe (Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 31. Juli 2014, Plattformverbot kartellrechtswidrig-Coty, Az. 2-3 O 128/13, Leitsatz 5; Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rn. 46). Auf einer ähnlichen Begründung beruhte ein um einen Monat früher ergangenes Urteil des Landgerichts Frankfurt betreffend Funktionsrucksäcke von Deuter (Landgericht Frankfurt am Main, 18. Juni 2014, Az. 2-3 O 158/13). Beide Urteile (Luxuskosmetik und Funktionsrucksäcke) des Landesgerichts Frankfurt am Main wurden an das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main weitergezogen.

**5.3.3.3.9** Das OLG Frankfurt am Main schützte hinsichtlich der Funktionsrucksäcke von Deuter den Selektivvertrieb insoweit, als es darlegte, dass der EuGH mit seinem Urteil "Pierre Fabre" lediglich habe zum Ausdruck bringen wollen, dass der Schutz des Prestigecharakters einer Marke nicht das Totalverbot jeglichen Online-Vertriebs rechtfertigen könne. Denn der EuGH habe im Urteil "Pierre Fabre" die Zulässigkeitskriterien für selektive Vertriebssysteme definiert (Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rz. 41) und ausserdem sei er auf seine frühere anders lautende Rechtsprechung, wie das Urteil des EuGH T-19/92 Leclerc/Kommission und das Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior, eingegangen (Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2015, Kartellsenat, Funktionsrucksäcke, 11 U 84/14, E. II 1] a) bb [2] [b] [i] [S.7], nachfolgend: Urteil des OLG Frankfurt a. Main vom 22. Dezember 2015, Funktionsrucksäcke, Az.11 U 84/14, Kart.). Deshalb erachtete das OLG Frankfurt ein Verbot des Vertriebs über Amazon bezüglich der Funktionsrucksäcke als gerechtfertigt, sofern die Kriterien zum Selektivvertrieb diskriminierungsfrei gewährleistet würden. Allerdings wurde ein Verbot von Preissuchmaschinen nicht geschützt (Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2015, Funktionsrucksäcke, Az. 11 U 84/14, Leitsätze 2 und 3). Dieses Urteil wurde rechtskräftig.

**5.3.3.3.10** Parallel zum Verfahren betreffend die Rucksäcke von Deuter behandelte das OLG Frankfurt am Main den Vertrieb von Luxuskosmetik (Coty). Das OLG Frankfurt am Main gelangte mit Vorlagefragen an den EuGH, um zu klären, inwiefern der Selektivvertrieb bei der Luxuskosmetik unter Bezugnahme auf das Urteil "Pierre Fabre" des EuGH (Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre Rz. 41-46) mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sei (Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt am Main vom 19. April 2016, Kartellsenat, Luxus- und Prestigekosmetik, Az. 11 U 96/14, Kart., IV. Zu den Vorlagefragen 1 und 2, E. 1 und E. 2 [S. 4 f.], nachfolgend: Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt a. Main vom 19. April 2016, Luxus- und Prestigekosmetik, Az. 11 U 96/14, Kart.).

**5.3.3.3.11** Am 6. Dezember 2017 fällte der EuGH sein Urteil im Vorabentscheidungsverfahren "Coty". Das Verbot des Selektivvertriebs in der Angelegenheit "Pierre Fabre" würde sich nicht auf dieselben Waren wie im vorliegend zu beurteilenden Fall beziehen. So sei es bei "Pierre Fabre" nicht um Luxuswaren, sondern um Kosmetika und Kosmetikprodukte gegangen, bei welchen nicht die Notwendigkeit bestanden hätte, diese durch ein selektives Vertriebssystem zu schützen. Anders sei dies bei der Rechtssache "Coty", wo ein Selektivsystem mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar sei, um das Luxusimage sicherzustellen (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 34 ff.). Der EuGH äusserte sich in diesem Urteil zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit des Selektivvertriebes. Dieser setzt insbesondere voraus, dass die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 24; Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rn. 41). Das Verbot, die Produkte von "Coty" über nach aussen erkennbare Drittplattformen im Internet zu vertreiben, stehe auch mit der Sicherstellung des Luxusimages im Einklang (EuGH C-230/16 Coty, Rn. 55 f.). Ausserdem würden die gemachten Ausführungen zum Schutz des

Selektivsystems der Luxuswaren im Einklang mit der Gruppenfreistellungsverordnung stehen (EuGH C-230/16 Coty, Rn. 69 mit Hinweis auf die Verordnung über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010, ABI. L 102 vom 23. April 2010; nachfolgend: Vertikal-GVO).

**5.3.3.3.12** Mit dem Urteil "Coty" vom 12. Juli 2018 setzte das OLG Frankfurt am Main (Urteil - 11 U 96/14 [Kart]) das Urteil des EuGH C-230/16 Coty um. Es nahm auch zum Inhalt des Luxus- und Prestigekriteriums Stellung (vgl. E. 5.3.2.3.6 f., 5.3.2.4.2 hiervor) und schützte den Selektivvertrieb anhand der vom EuGH aufgestellten Kriterien. Dabei liess das OLG Frankfurt am Main offen, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV verletzt war, da diese Selektivvertriebsvereinbarung bereits vom Bereich der Freistellung der Vertikal-GVO erfasst war und damit kartellrechtlich unbedenklich war. Zudem lagen die Marktanteile der beteiligten Vertragspartner nicht über 30 % (OLG Frankfurt am Main, 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 589).

**5.3.3.3.13** In der Zeit nach dem Urteil "Coty" des EuGH (EuGH C-230/16 Coty) ist eine Tendenz feststellbar, auch ausserhalb des Luxus- bzw. Prestigekriteriums den selektiven Vertrieb zu schützen, indem zwar der de facto-Internetvertrieb erlaubt bleibt, jedoch das Drittplattformverbot (z.B. Amazon) als zulässig erachtet wird (vgl. *Autorité de la concurrence*, Entscheidung STIHL vom 24. Oktober 2018 bezüglich motorbetriebenen Geräten für Garten, Forstwirtschaft, Bauwirtschaft etc.; DENIS SCHLIMPERT, STIHL: *Autorité de la concurrence* zu Internetvertriebs- und Drittplattformverbot ausserhalb des Luxussegments - Das "Coty"-Urteil zieht weitere Kreise, NZKart 12/2018, S. 556; nachfolgend: SCHLIMPERT, NZKart 12/2018). So erlaubte auch das OLG Hamburg bei Kosmetika, Körperpflegeprodukten und Fitnessgetränken, welche nicht dem Luxusmarkt zuzuordnen waren und auch nicht technischer Natur waren, ein Drittplattformverbot und schützte den Selektivvertrieb (OLG Hamburg, Urteil v. 22.3.2018 - 3 U 250/16 - Aloe Vera-Produkte, Rz. 44 ff., abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 591 f.; SCHLIMPERT, NZKart 12/2018, S. 569). Das Bundeskartellamt steht jedoch diesen Entwicklungen kritisch gegenüber und befürwortet eine enge Auslegung der "Coty"-Entscheidung des EuGH in dem Sinne, dass diese nur auf Luxuswaren angewendet werde (JAN-CHRISTOPH RUDOWICZ, Beschränkungen des Onlinevertriebs weiter im Fokus: Bundeskartellamt positioniert sich zum "Coty"-Urteil des EuGH, GRUR-Praxis 2018; S. 565 f.; Bundeskartellamt, Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach Coty und Asics - wie geht es weiter?, Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" Oktober 2018, S. 4 f, 6 nachfolgend: Bundeskartellamt).

#### **5.3.3.4 Würdigung des Gerichts**

i. Selektivvertrieb bei den am Informationsaustausch beteiligten Marken

**5.3.3.4.1** Vorliegend ist unbestritten, dass von den 148 Marken, über welche Informationen ausgetauscht wur-

den, nur rund die Hälfte selektiv vertrieben wurde, was nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht die Anforderungen erfüllt, die an Luxus- bzw. Prestigekosmetika gestellt werden (Beschwerde Rz. 120, vgl. angefochtene Verfügung Rz. 127, Abbildung 8). Der EuGH hat sich zwar in der Rechtssache "Coty" (EuGH C-230/16 Coty; vgl. E. 5.3.3.3.11 hiervor) dafür ausgesprochen, dass bei Luxusprodukten der selektive Vertrieb kartellrechtlich zulässig ist. Jedoch macht der EuGH das Kriterium des selektiven Vertriebs nicht zur unabdingbaren Voraussetzung dafür, dass eine Ware das Luxuskriterium erfüllt. Das selektive Vertriebssystem dient zwar primär der Sicherstellung des Luxusimages von Luxuswaren (EuGH C-230/16 Coty, Rn. 36 f.). Daraus ist zu schliessen, dass sich ein selektives Vertriebssystem zwar sehr gut zur Sicherstellung des Luxusimages eignet, der Luxuscharakter aber auch auf andere Art betont werden kann.

**5.3.3.4.2** Da der (umfassende) selektive Vertrieb nicht Voraussetzung dafür ist, dass Kosmetikprodukte der Luxuskosmetik zugeordnet werden können, wäre zwar allenfalls der Aussage beizupflichten, dass im völligen Fehlen von Selektivvertriebsvereinbarungen ein Indiz gegen die Marktabgrenzung zwischen Luxussegment und Massenmarktsegment gesehen werden könnte. Indessen lässt sich aus dem zum Selektivvertrieb Gesagten nicht der Schluss ziehen, dass eine derartige Marktabgrenzung schon dann nicht plausibel erscheint, wenn "nur" rund die Hälfte der Marken vom Selektivvertrieb gekennzeichnet ist (vgl. angefochtene Verfügung, Abbildung 8). Nach den Konturen, die sich insbesondere aus der Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht ergeben (vgl. E. 5.3.2.3.7 hiervor), muss aus der Anzahl Marken, die selektiv vertrieben werden, nicht noch ein die Position der Vorinstanz untermauerndes Argument gewonnen werden können. Vielmehr genügt es, dass das zuvor Gesagte durch die Feststellungen zum Anteil der selektiv vertriebenen Marken nicht entkräftet wird (vgl. E. 5.3.2.6 hiervor). Zudem wurde bei gewissen Handelspartnern, welche die in den Verträgen geforderten Qualitätsmerkmale ohnehin erfüllten, da diese ihre Geschäftspolitik auf den Verkauf von gehobenen Gütern ausrichteten, die Autorisierung zum Verkauf einer Marke nicht von der Unterzeichnung sämtlicher Depotklauseln abhängig gemacht (angefochtene Verfügung Rz. 483). Dieser Umstand weist darauf hin, dass mehr Händler als auf der Tabelle angezeigt faktisch nach dem selektiven Vertrieb jedenfalls vergleichbaren Bedingungen arbeiteten. Da der Selektivvertrieb mehrere Kriterien umfasst (fachkundige Verkaufsberatung, die Gestaltung und Lage der Verkaufspunkte und das äussere Erscheinungsbild derselben [angefochtene Verfügung Rz. 482]), erscheint es durchaus plausibel, dass einige Anbieter diese Kriterien nur teilweise erfüllen und deshalb nicht gleichzusetzen sind mit Retailern, die gar keines der Kriterien erfüllen. Allerdings muss nicht auf diese Einzelheiten eingegangen werden, da bereits festgestellt worden ist, dass die Beschwerdeführerin mit dem Erfordernis, dass sämtliche in Frage stehenden Marken selektiv vertrieben werden müssen, zu hohe Anforderungen an das Vorliegen eines luxusartigen Marktes stellt. Auch kann die Beschwerdeführerin nicht ihr eigenes Luxusmarkenverständnis, welches namentlich den selektiven Vertrieb beinhaltet, auf andere Unternehmen der gleichen Marktstufe übertragen.

## ii. Zwischenfazit hinsichtlich des Selektivvertriebes

**5.3.3.4.3** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der selektive Vertrieb zwar den Luxus- bzw. Prestigeaspekt unterstützen kann. Es kann aber nicht Voraussetzung sein für die Annahme eines luxusartigen Marktes, dass sämtliche angebotenen Markenprodukte selektiv vertrieben werden. Die unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen (Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung), wonach rund die Hälfte der in Frage stehenden Produkte selektiv vertrieben werden, sind hierzu namentlich mit Blick auf die Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht hinreichend. Damit erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend den ungenügenden Anteil selektiven Vertriebs als Indiz gegen die Abgrenzung eines luxusartigen Marktsegments jedenfalls als unbegründet.

### **5.3.3.5 Fazit zur Abgrenzung zwischen Luxuskosmetik- und Massenmarkt**

Im Ergebnis ist die Marktabgrenzung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, da in Bezug auf die in Frage stehenden Markenprodukte in hinreichend starker Ausprägung Charakteristika eines Luxus- bzw. Prestigemarktes festzustellen sind (vgl. E. 5.3.2.4 hiervor). Auch entspricht diese Marktabgrenzung im Ergebnis der Rechtsprechung insbesondere des EuGH (vgl. E. 5.3.2.3.6 f.). Damit braucht nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, ob sich eine niedere Kreuzpreiselastizität auch aus den (strittigen) Feststellungen der Vorinstanz in Bezug auf die Preisentwicklung begründen lassen würde (vgl. E. 5.3.2.5.11 hiervor). Die Tatsache, dass die in Frage stehenden Markenprodukte "nur" zur Hälfte selektiv vertrieben werden, vermag die vorgenommene Marktabgrenzung ebenfalls nicht in Frage zu stellen (vgl. 5.3.3.4.2).

## **5.3.4 Gliederung des sachlich relevanten Marktes in Untersegmente**

### **5.3.4.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz hätte die Marktabgrenzung nur nach drei Segmenten (Parfum, Make-up und Pflege) gegliedert. Die von der Vorinstanz aufgezeigten Segmente würden nicht auf die Substituierbarkeit der Nachfrage abstellen. So sei beispielsweise innerhalb des Segments Parfum ein Herrenparfum nicht mit einem Damenparfum zu substituieren. Oder eine Konsumentin, die einen Mascara (Segment Make-up) kaufen will, werde diesen nicht mit einem Lippenstift, der ebenfalls dem Segment Make-up angehört, substituieren. Auch würde ein Deodorant im Bereich Pflege nicht mit einer Hautpflegecreme substituiert werden (Beschwerde Rz. 29, 118 f.; Replik Rz. 78 ff.).

### **5.3.4.2 Vorbringen der Vorinstanz**

**5.3.4.2.1** Die Vorinstanz geht für die vorliegende Analyse von den drei sachlich relevanten Märkten für Luxus-Parfums, Luxus-Make-up und Luxus-Pflegeprodukte aus (angefochtene Verfügung, Rz. 498). In Anhang VI der angefochtenen Verfügung konkretisiert die Vorinstanz ihre Ausführungen. So habe sie die Kategorien "Other Products" und "Men's non fraglines" aufgrund ihrer kleinen Prozentanteile des Gesamtmarktes (0.8 % und 2.5 %) nicht dargestellt, da diese die Resultate der Analyse nicht zu beeinflussen vermögen.

**5.3.4.2.2** Die Vorinstanz merkt des Weiteren an, dass die jeweiligen Teilmärkte (Parfum, Make-up und Pflege) in weitere Untersegmente unterteilt werden könnten. Weil nach Ansicht der Vorinstanz eine engere Marktabgrenzung jedoch keinen Einfluss auf das Untersuchungsergebnis habe, könne es offen bleiben, ob eine solche weitergehende Aufgliederung vorliegend sinnvoll sei (angefochtene Verfügung, Rz. 459 ff. 464, 499).

### **5.3.4.3 Grundlagen**

Wettbewerbsabreden sind nur dort von Interesse, wo sie den relevanten Markt abdecken. Je kleiner der Markt für eine gewisse Ware oder Dienstleistung abgegrenzt wird, desto ausgeprägter wird die Beeinflussung des Wettbewerbs durch eine Wettbewerbsabrede auf diesem Markt (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 94; ROLF H. WEBER/MICHAEL VLECK, Tafeln zum Kartellrecht, 2008, S. 51 Fn. 1; WEBER/VOLZ, Rz. 2.316). Je mehr Produkte als austauschbar angesehen werden, desto grösser ist der sachlich relevante Markt und desto weniger kann die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen (BORER, Art. 5 KG N 12), sofern die infrage stehende Abrede unter Art. 5 Abs. 1 KG fällt. Ausserdem soll sich die Marktabgrenzung auf den Untersuchungsgegenstand fokussieren (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 64). So hängt der relevante Markt sowohl von der konkreten Abrede als auch den Ausweichmöglichkeiten der spezifischen Marktgegenseite ab (ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Jusletter, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 16; vgl. dazu allgemein E. 5.3.1.3.1 ff. hiervor).

### **5.3.4.4 Würdigung**

**5.3.4.4.1** Hinsichtlich der Unterteilung in die drei Produktmärkte Parfum, Make-up und Pflegeprodukte lässt sich die Vorinstanz von praktischen Überlegungen leiten. Die Beschwerdeführerin möchte jedoch den relevanten Markt enger in weitere Segmente unterteilt haben. Unstreitig ist dagegen, dass die richtigen (drei) Segmente abgegrenzt wurden. Hier kann bezüglich der Zusammensetzung der verschiedenen Produktmärkte auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 453-465).

**5.3.4.4.2** Es kann jedoch offen bleiben, ob der relevante Markt enger abgegrenzt werden könnte. Vorliegend ist nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerin von einer engeren Marktabgrenzung profitieren sollte, soweit es sich nicht um die Prüfung eines gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbaren Tatbestandes handelt, bei welchem der Umsatz auf dem relevanten Markt für die Berechnung der Sanktion von Relevanz wäre (vgl. Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 [SVKG, SR 251.5] und zum Ganzen E. 6.1 hiernach). Im Gegenteil ist im Grundsatz bei der Prüfung eines weichen Kartells gemäss Art. 5 Abs. 1 KG davon auszugehen, dass kartellrechtlich bedenkliche Handlungen auf eng abgegrenzten Märkten viel eher einen beträchtlichen Marktanteil in Beschlag nehmen können als auf weit abgegrenzten Märkten (vgl. E. 5.3.4.3 hiervor). Demzufolge ist die Chance einer Wettbewerbsbeeinträchtigung in einem kleineren Segment viel höher als auf einem der drei groben Produktmärkte. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin bei einer engeren Marktabgrenzung schlechter gestellt wäre. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in den Angelegen-

heiten, wo es um konkrete Berechnungen der Marktsegmente geht (z.B. Abbildung 29), mit verfeinerten Marktsegmenten (Herren- und Damenparfums) arbeitet und auch die in Anhang VI genannten Kategorien der "Men's non fraglines" (0.8 % und 2.5 % des Gesamtmarktes) aufführt, damit das Resultat mit dem Gesamtumsatz von ASCOPA übereinstimmt. Es kann bezüglich dieser Aufteilung in feinere Segmente auf die Ausführungen in den Erwägungen 6.5.4.4.13 ff. zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit verwiesen werden. Demnach ist es im Sinne der Beschwerdeführerin und liegt damit im Ermessen der Vorinstanz, dass diese den Markt nicht in weitere Marktsegmente unterteilt hat.

**5.3.4.4.3** Zudem ist zu beachten, dass die Marktabgrenzung auch mit dem Untersuchungsgegenstand und der konkreten Abrede einhergehen soll. So handelt es sich vorliegend beispielsweise nicht um eine Absprache aller Lippenstifthersteller über Lippenstifte oder um eine Abrede der verschiedenen Nagellackmarken über Nagellacke. Vorliegend geht es um den Informationsaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern. Würde man sich zum Beispiel bei der Marktabgrenzung auf einen einzelnen Lippenstift einer Marke (oder allenfalls mehrerer Marken) beschränken, würde dies die Analyse des gesamten Informationsaustausches verzerren. Demnach ist es sachgerecht, den vorliegenden Markt nicht in einzelne Produkte zu unterteilen. Die Segmentierung in die drei grossen Produktkategorien würdigt die Charakteristika der einzelnen Produkte auf eine gesamthafte Weise. Diese Segmentierung erlaubt ebenfalls eine gesonderte Betrachtung, sodass beispielsweise nicht ein Schaumbad (Teilmarkt Pflege) einem Lippenstift (Teilmarkt Make-up) gegenübergestellt werden muss.

**5.3.4.4.4** Nach dem Gesagten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin, die die Auffassung vertritt, dass die Marktabgrenzung seitens der Vorinstanz zu grob erfolgt sei, nicht beigeplichtet werden kann.

### 5.3.5 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge nicht durchdringt, wonach die Marktabgrenzung vollkommen aus Sicht der Endkonsumenten zu geschehen habe. Allerdings ist die Situation der Endkonsumenten im Sinne des in den Erwägungen 5.3.1.3.3 und 5.3.1.4 f. Ausgeführten zu beachten. Ausserdem erweist sich sowohl die sachliche Marktabgrenzung in die drei Produktmärkte Parfums, Make-up und Pflegeprodukte als auch die Unterscheidung zwischen einem Luxusmarkt und einem Massenmarkt als sachgerecht. Ob es daneben noch einen besonders luxuriösen Markt gibt, der den Konsumentinnen und Konsumenten mit durchschnittlichem Einkommen von vornherein verschlossen ist, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben (vgl. dazu immerhin E. 6.4.2.4.26 f. hiernach).

## 5.4 Räumliche Marktabgrenzung

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 per analogiam; vgl. zum räumlichen Geltungsbereich im Sinne von Art. 2 KG E. 2.4 hiervor). Im vorliegenden Fall grenzt die Vorinstanz den Markt in

räumlicher Hinsicht national ab (angefochtene Verfügung, Rz. 508-511). Dies wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht beanstandet. In diesem Sinne setzt auch Art. 3 Abs. 2 ASCOPA-Stuten voraus, dass ausländische Gesellschaften nur Mitglieder von ASCOPA sein können, wenn sie in der Schweiz ihren Sitz oder eine Vertretung haben. Ein ungültiger Sitz oder eine ungültige Vertretung in der Schweiz kann gemäss Art. 5 Bst. e ASCOPA-Statuten sogar ein Ausschlussgrund sein. Auch bei den Vertriebskanälen handelt es sich nach der Umfrage der Vorinstanz um in der Schweiz tätige Detailhändler (z.B. Manor, Globus) oder schweizerische Filialen ausländischer Anbieter (z.B. Marionnaud, Douglas; angefochtene Verfügung Rz. 509). Soweit die betroffenen Unternehmen auf die Möglichkeit von Parallelimporten hingewiesen haben, haben sie daraus nicht abgeleitet, dass die Marktabgrenzung der Vorinstanz nicht sachgerecht sei. Insoweit ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach der innerschweizerische Markt gegen aussen weitgehend abgeschirmt sei, in diesem Zusammenhang nicht weiter zu erörtern (vgl. zur Bedeutung von Parallelimporten E. 6.5.4.3 hiernach).

## 6. Prüfung der Erheblichkeit des Informationsaustauschs (Art. 5 KG)

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG), sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

Die Prüfung des Informationsaustauschs anhand von Art. 5 KG umfasst fünf Teile. In Erwägung 6.1 wird aufgezeigt, dass im vorliegenden Fall Art. 5 Abs. 3 KG nicht zur Anwendung kommt. In Erwägung 6.2 wird auf im Sinne einer Klassifizierung die Art des vorliegenden Informationsaustauschs beschrieben. In Erwägung 6.3 werden Ausführungen zur Erheblichkeit im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG gemacht. Daraufhin folgen die Prüfung der qualitativen (E. 6.4) und der quantitativen Erheblichkeit (E. 6.5). Zu guter Letzt werden in Erwägung 6.6 die Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG geprüft.

### 6.1 Keine Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG

**6.1.1** Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 3 KG lautet:

Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- 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.

**6.1.2** Im ersten Verfügungsantrag an die Wettbewerbskommission vom 27. Mai 2010 (Verfügungsantrag I, Rz. 275) bejahte das Sekretariat der Vorinstanz eine harte Kartellabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG. Dabei wurde einerseits eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG angenommen (vgl. Verfügungsantrag I, Rz. 174 ff.). Andererseits wurde die

Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG mit dem Willen der Beteiligten begründet, die Marktanteile stabil zu halten (vgl. Verfügungsantrag I, Rz. 179 ff.). Nach Anhörung der Betroffenen schloss das Sekretariat der Vorinstanz im zweiten Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011 nur noch auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG. Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung an diesem Resultat fest (angefochtene Verfügung Rz. 818; Verfügungsantrag II, Rz. 366, 624). Die Vorinstanz begründet die Neuurteilung damit, dass der vorliegende Informationsaustausch hunderte von Produkten erfasse und keine Indizien oder Beweise vorliegen würden, wonach ersichtlich sei, dass sich die Parteien über die Bruttopreise von verschiedenen Produkten geeinigt hätten. Ausserdem würde es an einem Indiz fehlen, dass sich die ASCOPA-Mitglieder auf einen (zukünftigen) Zielpreis, eine Preisempfehlung oder einen Referenzpreis oder eine Preisbandbreite in irgendeiner Form verständigt hätten (angefochtene Verfügung Rz. 426). Die Vorinstanz merkt jedoch an, dass in anderen Fällen, wo der Informationsaustausch anders gelagert sei, durchaus die Möglichkeit bestehen könnte, dass ein solcher auch als Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) gewertet werden könnte (angefochtene Verfügung Rz. 430).

**6.1.3** Soweit das Bundesverwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid im Sinne einer reformatio in peius in Zweifel ziehen wollte, müsste der Beschwerdeführerin diesbezüglich jedenfalls das rechtliche Gehör gewährt werden (Art. 62 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Darüber hinaus kommt eine reformatio in peius nur bei eigentlichen Rechtsverletzungen in Frage und setzt ausserdem eine gewisse Bedeutung des festgestellten Rechtsfehlers voraus (Urteil des BVerG B-3328/2015 E. 3.1 ff. vom 18. Oktober 2017 mit Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.200a; VwVG-Praxiskommentar-HÄBERLI, Art. 62 N 27). Schliesslich ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich bei Art. 62 Abs. 2 VwVG um eine "kann"-Bestimmung handelt, dass die Beschwerdeinstanz zur reformatio in peius zwar befugt, aber nicht verpflichtet ist (BGE 119 V 241 E. 5; MADELEINE CAMPRUBI, in: VwVG-Kommentar, Art. 63 VwVG N 13; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.200a).

**6.1.4** Im vorliegenden Fall ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die ASCOPA-Mitglieder selbst umschrieben haben, welche Zielsetzungen sie (auch) mit Hilfe des in Frage stehenden Informationsaustauschs verfolgen (vgl. dazu E. 4.6.5.2 hiervor). Demnach sollte eine Erosion des Preisgefüges ("un engrenage à la baisse") verhindert und damit das Markenimage bzw. der Luxuskosmetikcharakter der Produkte geschützt werden ("d'éviter que les marques soient discountées"; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58 ff., 62 f. 69; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003; vgl. dazu auch E. 6.4.2.4.28 hiernach). Die Vorinstanz spricht insoweit von einer Sorge "um eine Preisabwärtsspirale" (angefochtene Verfügung, Rz. 426). Diese Zielsetzung ist aber nach den Feststellungen der Vorinstanz eher unbestimmt geblieben. Demnach sei der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch - mangels entsprechender Indizien - nicht leichthin gleichzusetzen mit einer Vereinbarung über Preisempfehlungen oder gar Bruttopreise (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 420 in

fine mit Hinweis auf die europäische Praxis i.V.m. Rz. 423 sowie Rz. 426 ff.).

Aber selbst wenn von einer indirekten Preisabrede auszugehen sein sollte, wäre im vorliegenden Fall eine reformatio in peius nicht sachgerecht. Denn erstens fehlt es an Präjudizien, an denen sich das Gericht allenfalls orientieren und gestützt darauf korrigierend eingreifen müsste. Zweitens spricht auch die Verfahrensdauer gegen eine Beweiserhebung mit dem Ziel, eine harte Abrede zu prüfen (vgl. mutatis mutandis BGE 148 II 25 nicht publizierte E. 11.4 "Dargaud [Suisse] SA" und 2C\_37/2020 vom 14. Juni 2022 E. 9.4 "Albert le Grand SA"). Und schliesslich wäre es mit Blick auf den Umstand, dass nur die Beschwerdeführerin die Verfügung der Vorinstanz angefochten hat, unbefriedigend, sie als einzige von über 30 Unternehmen aus der Kosmetikbranche mit einer Sanktion zu belegen. Deshalb hält es das Bundesverwaltungsgericht vorliegend jedenfalls für nicht opportun, eine harte Abrede zu prüfen (vgl. BGE 148 II 25 nicht publizierte E. 7.4 "Dargaud [Suisse] SA" sowie das Urteil des BVerG B-3938/2013 E. 8.1.5 in fine "Dargaud [Suisse] SA" betreffend den Verzicht auf die Prüfung von Art. 7 KG). Demnach ist im Folgenden die Frage zu beantworten, ob die Vorinstanz zu Recht Art. 5 Abs. 1 KG auf das zu beurteilende Informationsaustauschsystem angewandt hat.

## **6.2 Klassifizierung des vorliegenden Informationsaustausches**

### **6.2.1 Gegenstand des Informationsaustauschs**

Gegenstand eines Informationsaustauschs sind Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen. Hierbei kann es sich beispielsweise um Preise, Umsätze und Produktentwicklung handeln. Durch diesbezügliche Kenntnis können normalerweise bestehende Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten vermindert oder gar beseitigt werden (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 "Pfizer II"; Urteil des BVerG 2C\_147/2018 E. 3.4.2.2 "Bayer [Schweiz] AG"; vgl. E. 4.2.1 hiervor).

### **6.2.2 Direkter oder indirekter Informationsaustausch**

**6.2.2.1** Beim direkten Informationsaustausch erfolgt der Informationsaustausch direkt zwischen den Wettbewerbern. Hingegen findet ein indirekter Informationsaustausch über eine gemeinsame Einrichtung bzw. einen Wirtschafts- oder Branchenverband statt. Die Teilnehmer des Informationsaustausches leiten in diesem Fall ihre Information an institutionalisierte Meldestellen weiter, welche für die zentrale Organisation und Koordination des Informationsaustauschsystems zuständig sind (BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS KG N 131; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 57; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, 2015, S. 16; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 146; Horizontalleitlinien Rz. 55).

**6.2.2.2** Da die ASCOPA-Mitglieder vorliegend die Informationen hauptsächlich über die "Plattform" des Branchenverbandes ASCOPA ausgetauscht haben, liegt zweifelsohne ein indirekter Informationsaustausch vor (vgl. Horizontalleitlinien Rz. 55; vgl. zur Rolle der ASCOPA auch E. 4.4.3.8.2 hiervor; vgl. demgegenüber zum

Vorgehen in Bezug auf die Bruttopreislisten E. 6.4.1.1.3 hiernach).

### **6.2.3 Selbständiger oder unselbständiger Informationsaustausch**

**6.2.3.1** Einerseits kann der Informationsaustausch als Nebenabrede zu einer (aus kartellrechtlicher Sicht gefährlicheren) anderen Wettbewerbsabrede, wie z.B. zu einer direkten oder auch indirekten Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ausgestaltet sein und dient in diesem Falle zu deren Umsetzung, namentlich zur Überwachung der Einhaltung der Hauptabrede (BLATTMANN, S. 270 f., BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149). Der Informationsaustausch wird in diesem Fall zu einem Mittel, um wettbewerbswidrige Praktiken zu unterstützen. Ein solcher Informationsaustausch dient der Durchführung, Verstärkung, Ergänzung oder Absicherung von Absprachen und versetzt beispielsweise die Kartellteilnehmer in die Lage, Preisabsprachen in der Gestalt von Zielpreisen oder allenfalls einheitlichen Preisen zu treffen (vgl. Rz. 56 Horizontalleitlinien und EDELMANN, S.15). Nur in Verbindung mit einer Hauptabrede teilt der Informationsaustausch, der als Nebenabrede der Umsetzung beispielsweise einer Preisabrede dient, das rechtliche Schicksal der Hauptabrede (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 416). Der Informationsaustausch als Nebenabrede kann auch als "konnexer" (BLATTMANN, S. 270) oder als unselbständiger Informationsaustausch bezeichnet werden (KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014, S. 83; vgl. betreffend die AGB-Empfehlungen E. 7.1.4.5.1 und 7.1.4.7.1 hiernach). Im Folgenden wird die Terminologie von KAUFMANN in Bezug auf die Begrifflichkeiten "selbständiger" Informationsaustausch (Informationsaustausch, der als Hauptabrede ausgestaltet ist) oder "unselbständiger" Informationsaustausch (Informationsaustausch, der nicht als Hauptabrede ausgestaltet ist) verwendet.

**6.2.3.2** Ein klassisches Beispiel für einen unselbständigen Informationsaustausch wird im Urteil IMPLERIA SA des Bundesverwaltungsgerichts beschrieben. Es handelte sich um obligatorische wöchentliche Sitzungen der Strassenbauunternehmen des Kantons Tessin, die auf einer Konvention beruhten, die das Ziel hatte, die Qualität der Arbeitsausführung bzw. ein angemessenes Preisniveau auf Grundlage gegenseitiger Loyalität zwischen den Vertragsparteien zu gewährleisten. Die Vertreter der beteiligten Unternehmen diskutierten die Aufträge, die bis Ende der darauffolgenden Woche zu vergeben waren. Gleichzeitig wurden die Auftragnehmer aufgrund von Mehrheitsentscheiden bestimmt (Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 6 "Impleria SA"). Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die zugrundeliegende Konvention als Abrede über die direkte und indirekte Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sowie als eine Aufteilung von Märkten oder Gebieten nach Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Urteil des BVGer B-420/2008 E. 12 "Impleria SA"). Die wöchentlichen Sitzungen dienten dazu, die Absprachen hinsichtlich der Preise und Aufteilung von Märkten oder Gebieten zu ermöglichen bzw. umzusetzen. Der in diesem Rahmen stattfindende Informationsaustausch war somit als Nebenabrede zu werten.

**6.2.3.3** Nach den Ausführungen zur reformatio in peius (vgl. dazu E.6.1 hiervor) ergibt sich, dass vorliegend ein unselbständiger Informationsaustausch nicht in Frage kommt, nachdem den beteiligten Unternehmen gemäss der angefochtenen Verfügung keine indirekte Preisabrede vorgeworfen wird (vgl. zur vorinstanzlichen Darstellung des Nutzens des Informationsaustauschs für die individuelle Preisfestsetzung durch die ASCOPA-Mitglieder Rz. 93 ff., 426 ff. der angefochtenen Verfügung). Nur beim selbständigen Informationsaustausch stellt sich die Frage, ob dieser selbst eine Form von Verhaltenskoordination darstellt. Beim unselbständigen Informationsaustausch geht die Beurteilung der Abredequalität mit der Prüfung der Hauptabrede (z.B. im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG) einher (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149).

**6.2.3.4** Andererseits kann der Informationsaustausch als Hauptabrede ausgestaltet sein (vgl. zum Ganzen Rz. 56 Horizontalleitlinien). Er stellt dann selbst die Abrede dar. In dieser Konstellation ist der Informationsaustausch der wichtigste und regelmässig auch einzige Bestandteil einer Wettbewerbsabrede. Eine andere darüber hinausgehende Wettbewerbsabrede besteht nicht (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149). BLATTMANN bezeichnet diese Art von Informationsaustausch als "inkonnexen" bzw. "nackten" Informationsaustausch (BLATTMANN, S. 272). KAUFMANN verwendet hierfür die Bezeichnung "selbständiger" Informationsaustausch (OLIVER KAUFMANN, Informationsaustausch unter Wettbewerbern im Schweizer Kartellrecht, ZVertriebsR 2/2014, S. 83, nachfolgend: KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014; vgl. KG-BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149).

**6.2.3.5** Auch in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch möge ein Beispiel aus der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zur Erläuterung dienen. Im Rahmen der Aargauer Submissionsskizzen ist das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die meisten der beurteilten Abreden - mutatis mutandis vergleichbar mit dem in Erwägung 6.2.3.2 hiervor beschriebenen Fall IMPLERIA SA - davon ausgegangen, dass der Informationsaustausch als unselbständig bzw. als Nebenabrede zu einem harten Kartell zu beurteilen ist. Indessen hat es zugleich im Urteil des BVGer B-807/2012 "Erne" betreffend den "Fall 35" bzw. die Beschwerdeführerin 3 einen selbständigen Informationsaustausch festgestellt. Die Beschwerdeführerin 3 habe zwar mit den anderen Wettbewerbern sensible Informationen ausgetauscht. Jedoch habe der Austausch dieser Informationen nicht zu einer Preis- oder Gebietsabsprache geführt, weil sich die beteiligten Unternehmen gerade nicht hätten darauf einigen können, wer die Arbeit erhalten soll. Es ist demnach keine konkrete Projektzuteilung unter den Submittenten erfolgt (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 8.7.9.1, 9.3.4.3, 9.3.5, 10.2.3 f. "Erne"). Intendiert gewesen wäre allerdings ein unselbständiger Informationsaustausch.

**6.2.3.6** Im vorliegenden Fall ist neben dem Fehlen einer harten Abrede (vgl. E. 6.2.3.3 hiervor) festgestellt worden, dass den in Bezug auf den Informationsaustausch einschlägigen Vereinsbeschlüssen die Qualität von Vereinbarungen zukommt (vgl. E. 4.4.3 ff. hiervor). Damit sind auch insoweit die Voraussetzungen für eine Abrede in Form einer Hauptabrede erfüllt. Abzulehnen ist in diesem

Zusammenhang demzufolge die in der Lehre geäusserte Auffassung, wonach für einen selbständigen Informationsaustausch nur die Variante der abgestimmten Verhaltensweise in Frage kommt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 154). Denn ein Informationsaustausch kann - wie der vorliegende Fall zeigt - auch auf einer Vereinbarung wie z.B. der konkreten Abmachung, dass man sich gegenseitig oder der Meldestelle beispielsweise die monatlichen Bruttopreislisten zusendet, beruhen. Nur wenn keine Vereinbarung festgestellt wird, ist eine abgestimmte Verhaltensweise zu prüfen (vgl. E. 4.2.1 in fine und E. 4.4.3.1.3 hiervor).

**6.2.3.7** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch dadurch geprägt ist, dass das Etablieren eines Informationsaustauschsystems selbst Gegenstand der Abrede ist. Damit ist er neben dem soeben beschriebenen "Fall 35" der Aargauer Submissionsabreden einer der wenigen nach Schweizer Kartellrecht beurteilten Fälle eines selbständigen Informationsaustauschs.

### **6.3 Vor die Klammer gezogene Bemerkungen zur Prüfung einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG**

In der nachfolgenden Erwägung 6.2 werden grundsätzliche Ausführungen zur Erheblichkeit im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG gemacht. Die Erwägung 6.3.1 hat die Frage zum Gegenstand, ob es sich bei den im Rahmen des Informationsaustauschs zu beurteilenden Verhaltensweisen um eine (qualifizierte) Bagatelle, also eine jedenfalls unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung handelt, wie es von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird. Erwägung 6.3.2 greift die Frage des Zusammenwirkens der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit im Kontext mit der Erheblichkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG auf. In Erwägung 6.3.3 wird geprüft, ob Art. 5 Abs. 1 KG Auswirkungen voraussetzt. In diesem Rahmen wird auch die Frage aufgegriffen, ob sich aus dem Begriff der "Beeinträchtigung" das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung ableiten lässt (vgl. E. 6.3.3.3.7 hiernach). In Erwägung 6.3.4 wird die Frage behandelt, ob und inwieweit im Rahmen der Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG die Umsetzung der Abrede relevant ist. In Erwägung 6.3.5 wird schliesslich erörtert, ob und wie das EU-Kartellrecht und insbesondere die Horizontalleitlinien zur Auslegung von Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

#### **6.3.1 Kein Vorliegen einer (qualifizierten) Bagatelle**

##### **6.3.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin handelt es sich im vorliegenden Fall um eine Bagatelle. Denn die Erheblichkeit sei gemäss den Urteilen Gaba (BGE 143 II 297 "Gaba") und BMW (BGE 144 II 194 "BMW") eine Bagatellklausel, welche ein Aufgreifkriterium bilde. Nur bei den Vermutungstatbeständen (Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG) sei Erheblichkeit anzunehmen; ansonsten diene die Bagatellklausel der Aussonderung belangloser Fälle. Vorliegend liegen den Handlungen des Informationsaustausches keine Vermutungstatbestände zugrunde, weshalb es sich um Bagatellen handle. So sei die Vorinstanz auch nicht in der Lage gewesen, aufzuzeigen, dass der Informationsaustausch einen tatsächlich spürbaren Einfluss auf einen Wettbewerbsparameter, namentlich auf den

Wettbewerbsparameter Preis, gehabt hätte. Ausserdem hätte die Vorinstanz betreffend die aggregierten Umsätze und Werbekosten keinen wettbewerbsbeeinträchtigenden Zweck, geschweige denn eine wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung bewiesen, weshalb die Handlungen des Informationsaustausches als Bagatelle zu werten seien (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 19-22).

##### **6.3.1.2 Vorbringen der Vorinstanz**

Die Vorinstanz entgegnet zu diesen Ausführungen, dass es sich um keine Bagatelle handle, da vorwiegend die gesamte Branche am Informationsaustausch beteiligt gewesen sei (Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018, Lemma 4).

##### **6.3.1.3 Grundlagen**

Die Botschaft zum Kartellgesetz aus dem Jahr 1995 hält fest, dass von den materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden soll. Das Kriterium der Erheblichkeit soll die Verwaltung entlasten. Daher sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht mit Bagatellen beschäftigen müssen. Demzufolge seien in einem ersten Schritt die unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuscheiden (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 554 Ziff. 231.1; BGE 143 II 297 "Gaba" E. 5.1.2 m.w.H.). So stellt das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium. Unerhebliche Fälle sollen von erheblichen ausgesondert werden können (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Denn die Behörden sollen sich mit wichtigen Angelegenheiten befassen. In der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 wird dazu weiter ausgeführt, dass auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien kennen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 554 Ziff. 231.1 in fine). In der Lehre ist dazu einerseits festgestellt worden, dass relativ vage bleibt, welches Mass bzw. welche Güte zur Bestimmung der Erheblichkeit konkret erforderlich ist (siehe nur MICHAEL KLING, Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung und Erheblichkeit - Ein neuer Revisionsvorschlag aus der Schweiz im Vergleich zum unionskartellrechtlichen Regelungsmodell, in: ZSR 2019 I S. 513 ff., insb. S. 523). Ausserdem wird dazu die Auffassung vertreten, dass den Behörden bezüglich des Bagatellkriteriums ein gewisser Ermessensspielraum zukomme (MARINO BALDI, Zur "Grundsätzlichkeit" der Bundesgerichtsurteile GABA und BMW, AJP 2018, nachfolgend: BALDI, AJP 2018, S. 68, 78).

##### **6.3.1.4 Würdigung**

**6.3.1.4.1** Die Beschwerdeführerin will den vorliegenden Fall quasi vorab - ohne Durchführung der Erheblichkeitsprüfung - als Bagatelle beurteilt haben (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018, Rz. 19 ff.). Sie verkennt allerdings (qualitativer Aspekt), dass eine Handlung, sofern sie nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zu subsumieren ist, was bei den ausgetauschten Bruttopreislisten, Umsätzen und Werbeinvestitionen der Fall ist (vgl. E. 6.1 hiervor), nicht automatisch zur Bagatelle wird, sondern dass zwischen der harten Abrede und der Bagatelle auch noch der Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG existiert. Zu beantworten bleibt, wie der Begriff der

Erheblichkeit inhaltlich zu füllen ist oder mit anderen Worten, wann die Bagatellschwelle erreicht ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2 "Gaba"). Die Rechtsprechung hat bisher keine Kriterien für das Vorliegen eines Bagatellfalles definiert. In der Lehre wird etwa unter Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien ausgeführt, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die einen vernachlässigbaren Einfluss auf den Wettbewerb haben, Bagatellcharakter zukommt (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 235 und 239). Was der Beschwerdeführerin aber letztlich im Rahmen ihrer diesbezüglichen Ausführungen vorschwebt, ist das Konzept eines qualifizierten Bagatellfalles, der dazu führt, dass die Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG gar nicht vollständig durchzuführen ist. Klar muss - selbst ausgehend von einem derartigen Verständnis - immerhin sein, dass sofern keine derartige qualifizierte Bagatelle vorliegt, Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen ist. Ansonsten würde Art. 5 Abs. 1 KG seines Gehaltes entleert. Eine vorweg auszuschliessende Bagatelle nach dem Konzept der Beschwerdeführerin, also eine leicht als nicht erheblich erkennbare Wettbewerbsbeschränkung, muss auch ohne aufwändige Sachverhaltsabklärungen feststellbar sein. Das wären insoweit auch ideale Voraussetzungen für ein "Aufgreifkriterium" (vgl. zu Aufgreifkriteriumscharakter und materiellem Gehalt der Erheblichkeit etwa NICOLAS DIEBOLD/CYRILL SCHÄKE, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht - eine Auslegeordnung, in: recht 2018, S. 228 ff., insb. S. 242 f.). Ein Bagatellcharakter, der sich erst aufgrund einer umfassenden Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne fehlender Erheblichkeit ergibt, erfüllt die Definition eines qualifizierten, den vorzeitigen Abbruch der Prüfung bewirkenden Bagatellfalls, wie ihn sich die Beschwerdeführerin vorstellt, jedenfalls nicht. Im vorliegenden Fall sind die ausgetauschten Umsätze, Werbeinvestitionen und Bruttopreislisten Bestandteil desselben Informationsaustausches, welcher Gegenstand einer Gesamtbeurteilung sein muss, wie es auch die Vorinstanz zutreffend in ihrer Eingabe vom 3. September 2018 (Lemma 4) vorbringt. Dabei bezieht sich insbesondere der Austausch von Bruttopreislisten auf den Wettbewerbsparameter Preis, was aus qualitativer Sicht gegen einen qualifizierten Bagatellcharakter spricht (BLATTMANN, S. 290; vgl. mutatis mutandis WEBER/VOLZ, Rz. 2.162 und die Kategorie "Schweregrad des Abredetyps" gemäss ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 240). Dasselbe ergibt sich auch aus dem Aggregierungsgrad der in Frage stehenden Daten (vgl. dazu auch E. 4.6.5.1 hiervor und ausführlich E. 6.4.1.3 hiernach). Daher kann den Handlungen des Informationsaustausches aus qualitativer Sicht nicht qualifizierter Bagatellcharakter im Sinne des Konzepts der Beschwerdeführerin zuerkannt werden.

**6.3.1.4.2** Auch mit Blick auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit ist das Vorliegen einer solchen qualifizierten Bagatelle zu verneinen. Im vorliegenden Zusammenhang muss die Feststellung der Vorinstanz, wonach die gesamte Branche am Informationsaustausch beteiligt war (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 693 und Rz. 695 ff. [stagnierende Marktanteile]; Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018 Lemma 4; zu den stagnierenden Marktanteilen E. 6.5.4.4 hiernach), nicht ausführlich überprüft werden. Indessen ergibt sich bereits aufgrund des in Erwägung 5 zur Marktabgrenzung Gesagten, dass die am Informationsaustausch beteiligten ASCOPA-Mitglieder am luxusartigen Marktsegment zusammen einen derart

hohen Marktanteil haben, dass die Qualifikation als qualifizierte, zum Prüfungsabbruch führende Bagatelle auch insoweit ausser Betracht fällt (vgl. mutatis mutandis ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 240). Ergänzend ist anzumerken, dass die wichtigsten "Player" der Luxuskosmetik - worunter auch die Beschwerdeführerin - an diesem Informationsaustausch beteiligt waren (vgl. zum Ganzen ausführlich E. 6.5.3.4.2 hiernach).

**6.3.1.4.3** Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass der vorliegende Informationsaustausch auch als (qualifizierte) Bagatelle zu beurteilen sei, weil er nicht einen tatsächlich spürbaren Einfluss auf einen Wettbewerbsparameter, insbesondere den Wettbewerbsparameter Preis, gehabt hätte und betreffend die ausgetauschten Umsätze und Werbeinvestitionen weder ein Bezwecken, geschweige denn ein Bewirken bewiesen worden sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 21), stossen ins Leere. Einerseits hat das Gericht bereits festgestellt, dass für das Bezwecken nur, aber immerhin, vorausgesetzt wird, dass die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (vgl. E. 4.6.4.3 hiervor mit Hinweisen). Die Annahme einer qualifizierten Bagatelle fällt nebst den entsprechenden Voraussetzungen in Bezug auf die Aggregierung (vgl. E. 6.4.1.3 hiernach sowie E. 4.6.5.1 hiervor) auch deshalb ausser Betracht, weil das offensichtliche Fehlen von Auswirkungen im vorliegenden Fall nicht ohne aufwändige Abklärungen festgestellt werden kann (vgl. E. 6.3.1.4.1 hiervor und E. 6.3.3.3.1 hiernach). Damit ist in diesem Zusammenhang auch nicht näher darauf einzugehen, ob im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung Auswirkungen bewiesen werden müssen (vgl. dazu E. 6.3.3 hiernach).

### **6.3.2 Zusammenwirken der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG**

**6.3.2.1** Da vorliegend ein zum Prüfungsabbruch führender, qualifizierter Bagatellfall verneint wurde, ist die Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. Zu beantworten ist demnach die Frage, wie der Begriff der Erheblichkeit inhaltlich zu füllen ist oder mit anderen Worten, wann die nach der Rechtsprechung massgebende Bagatellschwelle erreicht ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2 "Gaba").

**6.3.2.2** Wie der Erheblichkeitsbegriff zu verstehen ist, war seit längerer Zeit umstritten. In seinem Urteil "Buchpreisbindung I" legte das Bundesgericht dar, dass für die Erheblichkeit qualitative sowie quantitative Merkmale relevant sind. So sei eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (zumindest) dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"). Mit seinen Urteilen vom 19. Dezember 2013 in Sachen "Gaba" und "Gebro" kam das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf harte Kartellabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zum Schluss, dass zwar grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen sei, aber bei harten Kartellabreden die qualitative Erheblichkeit ausreiche (Urteile des BVer B-506/2010 E. 11.1.8 "Gaba" und B-463/2010 E. 11.1.4 "Gebro"; vgl. in diesem Sinne zu Art. 5 Abs. 4 KG ebenfalls das Urteil des BVer



B-3332/2012 E. 9.1.4 "BMW"). Ebenfalls in dieselbe Richtung (Art. 5 Abs. 4 KG) zielen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-581/2012 E. 7.5.6 "Nikon" (in Rechtskraft) und B-3938/2013 E. 16.1 "Dargaud [Suisse] SA" (zur diesbezüglichen Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vgl. B-581/2012 E. 7.5.5 "Nikon").

**6.3.2.3** Das Bundesgericht hat daraufhin mit seinen Urteilen "Gaba" und "BMW" (BGE 143 II 297 E. 5.2.2, 5.2.5 Gaba"; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 "BMW") die Urteile "Gaba" und "BMW" des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt. Dasselbe gilt im Ergebnis für das Urteil "Altimum" des Bundesgerichts (BGE 144 II 246 E. 10.1 "Altimum"). Die soeben beschriebenen Urteile beziehen sich jedoch alle auf Konstellationen von Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG, bei denen die Widerlegung der Vermutung zur Beseitigung des Wettbewerbs gelungen ist. Vorliegend geht es jedoch um eine Konstellation, welche die direkte Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG verlangt. Mit dem Urteil Hallenstadion-Ticketcorner 2C\_113/2017 des Bundesgerichts vom 12. Februar 2020 ist nun ein bundesgerichtliches Präjudiz zu Kartellabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ergangen, welches sich zum Verhältnis der Gaba-Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 KG äussert. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

**6.3.2.4** Ursprünglich war - wie bereits oben erwähnt - anerkannt, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"). Daraus folgt indes keineswegs, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedarf. Vielmehr verlangt Art. 5 Abs. 1 KG, der nur von "erheblich beeinträchtigen" spricht und nicht zwischen zwei Erheblichkeiten unterscheidet, nur eine Erheblichkeit (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; MARINO BALDI, "Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht. Nach dem Altimum-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit, AJP 2016, S. 319; RALF STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, S. 567, nachfolgend: STRAUB, AJP 2016). Das Gesagte gilt auch für die direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Die Erheblichkeit kann zwar sowohl anhand qualitativer als auch quantitativer Kriterien bestimmt werden, doch bleibt die insgesamt zu erreichende Schwelle, welche eine Rechtswidrigkeitsfeststellung rechtfertigt, gleich (Urteil des BGer 2C\_44/2020 E. 11.2 "Flammarion", BGE-Publikation vorgesehen). Ist deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedarf es kaum eines quantitativen Elements. Gibt es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so ist die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen. Quantitative und qualitative Elemente der Erheblichkeit verhalten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Statt der Bezeichnung der "zwei kommunizierenden Röhren" wird auch der Ausdruck "Sandhaufentheorem" verwendet. Im Ergebnis komme es also nur auf die Gesamtmenge von Sand an, welche auf zwei Sandhaufen (qualitative und quantitative Elemente der Erheblichkeit) verteilt wird. Irrelevant ist, wie die Sandmenge auf diesen

beiden Sandhaufen zu verteilen ist. Je mehr Sand also auf dem einen Sandhaufen liegt, desto weniger Sand ist auf dem anderen Sandhaufen erforderlich, und umgekehrt (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 201, 225). Es geht also - auch im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG - um die Summe der qualitativen und quantitativen Aspekte, damit die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner") und nicht um zwei separate Erheblichkeiten. Im Folgenden sind nun die qualitativen und quantitativen Kriterien zu beleuchten, um darzulegen, wie deren Zusammenspiel beschrieben werden kann.

**6.3.2.5** Qualitative Kriterien sind vorrangig (BGE 143 II 297 E. 5.2.1, 5.2.5 "Gaba"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG bereits aufgrund ihres Gegenstands schädlich sind und daher in der Regel die Prüfung der quantitativen Kriterien nicht mehr notwendig ist (vgl. BGE 144 II 246 E. 10.1 "Altimum", BGE 144 II 194 E. 4.3 "BMW"; BGE 143 II 297 E. 5.2 "Gaba"). Es stellt sich daher die Frage, ob auch Abreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG, also weiche Kartelle, allein aufgrund ihres Gegenstandes erheblich sein können. So weit geht das Bundesgericht indessen nicht. Es führt aber im Urteil "Hallenstadion-Ticketcorner" aus, dass ein sehr gewichtiges qualitatives Element dazu führt, dass es kaum eines quantitativen Elements bedarf. In Bezug auf den Fall "Hallenstadion-Ticketcorner" hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Erheblichkeitsschwelle aufgrund der Summe der qualitativen (Ticketing-Kooperationsabrede) und quantitativen Aspekte (Markt für Lokalitäten für Musikgrossanlässe von Rock- und Popkonzerten und Markt für Ticketing) überschritten wurde (BGE 143 II 297 E. 5.2.1, 5.2.5 "Gaba"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1, 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner").

**6.3.2.6** Für die quantitativen Aspekte der Erheblichkeit ist der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt von entscheidender Bedeutung (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer in den vereinigten Verfahren 2C\_295/2021 und 2C\_307/2021 E. 4.1.5.2 "Markant"). Es geht um eine auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 "Gaba"; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1539; vgl. E. 6.5, 6.5.1 hiernach). Ist die Erheblichkeit auch aufgrund quantitativer Elemente zu bestimmen, ist der relevante Markt bereits im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung abzugrenzen, was in Erwägung 5 hiervor denn auch geschehen ist (BGE 143 II 297 E. 5.5 i.V.m. E. 5.2 "Gaba"; BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.2.1 "Hallenstadion-Ticketcorner").

**6.3.2.7** Des Weiteren ist festzuhalten, dass sich das Bundesgericht bisher und namentlich im Urteil "Gaba" dem Entscheidthema entsprechend nicht abschliessend zur Erheblichkeitsprüfung bei nicht harten Kartellen geäussert hat. Das ergibt sich namentlich aus dem Satz, wonach offen bleiben kann, wo genau die Erheblichkeitsschwelle bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen liegt, welche nur oder vorwiegend mit quantitativen Elementen bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 f., E. 5.2.5 "Gaba"; vgl. dazu JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung

des Wettbewerbs nach Gaba, S. 41). Auch im Urteil des BGer 2C\_113/2017 "Hallenstadion-Ticketcorner" (E. 7.2.1, 7.3.1) legt sich das Bundesgericht diesbezüglich nicht fest. Im vorliegenden Zusammenhang ist indes festzuhalten, dass das Konzept des Sandhaufentheorems dort seine Grenze findet, wo es darum gehen würde, die Erheblichkeit ausschliesslich aufgrund quantitativer Elemente zu bejahen. Denn eine solche Konzeption weist keinen Unrechtgehalt der handelnden Wettbewerber auf. Das erhellt aus dem Gedanken, dass ein Parallelverhalten, welchem eine autonome Entscheidungsfindung der Wettbewerber zugrunde liegt, welche nicht auf einer Verhaltenskoordination bzw. auf einer abgestimmten Verhaltensweise beruht (zur abgestimmten Verhaltensweise vgl. E. 4.4.3.1.3 hiervor), den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG nicht erfüllen kann. Das Verhalten der Wettbewerber wird bei einem erlaubten Parallelverhalten durch exogene Marktfaktoren gesteuert, wie z. B. dass die Wettbewerber aufgrund der hohen Markttransparenz im Benzinmarkt, welcher auch durch exogene Faktoren geprägt ist (insbesondere Weltmarktpreise für Erdöl), die gleichen Preise setzten (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 61 ff.; "Benzinmarkt Schweiz" WEKO, RPW 2002/1 S. 77 ff., S. 86 Rz. 22). Das Bejahen der Erheblichkeit gestützt auf ausschliesslich quantitative Elemente würde im Ergebnis erlaubtes Parallelverhalten erfassen. Ein Verhalten, welches schon gemäss Art. 4 KG nicht subsumiert werden soll, kann auch im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG nicht tatbestandsmässig sein. Dasselbe muss gelten, wenn fast ausschliesslich quantitative Aspekte ausschlaggebend sein sollen. Es muss also in Bezug auf die qualitativen Aspekte ein gewisses Minimum erreicht werden. Mit anderen Worten muss auf der qualitativen Seite eine Mindestmenge an Sand vorhanden sein, womit das Sandhaufentheorem, das im Zweifel von wechselseitiger Kompensation ausgeht, im Ergebnis etwas relativiert wird. Es gilt also auch insoweit die höchst richterliche Aussage, wonach qualitative Kriterien vorrangig sind (vgl. mutatis mutandis das Urteil 2C\_113/2017 E. 7.3.1 "Hallenstadion-Ticketcorner").

**6.3.2.8** Da vorliegend keine der beiden Extrempositionen (ausschliesslich qualitative oder ausschliesslich quantitative Elemente der Erheblichkeit) zur Anwendung kommen, sind die qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG entsprechend dem bundesgerichtlichen Urteil "Hallenstadion-Ticketcorner" zu prüfen (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.2.1, 7.3.1; 7.3.5 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Es kommt auf das Zusammenwirken bzw. die Summe der qualitativen und quantitativen Elemente an.

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob Art. 5 Abs. 1 KG das Erfordernis beinhaltet, dass sich eine Abrede effektiv ausgewirkt haben muss, und inwiefern die Rügen der Beschwerdeführerin, welche auf die Auswirkungen des Informationsaustausches abzielen, Bestand haben.

### **6.3.3 Kein Nachweis von Auswirkungen erforderlich**

#### **6.3.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Informationsaustausch keine Auswirkungen gezeigt hätte und auch nicht kausal für allfällige Preiserhöhungen gewesen sei (Beschwerde Rz. 17 ff., 26, 35 ff., 97 ff., 100 ff., 106-114, 184 f.; Replik Rz. 9, 16, 20, 21 ff., 24 ff., 26-29, 36, 46 ff.,

51, 57 ff., 62 ff., 84, 87, f. 91 ff., 99, 111 ff., 121-132; Stellungnahme zur Duplik Rz. 19-28, 33-35, 36 ff., 45). Auch habe es die Vorinstanz unterlassen, solche Auswirkungen und eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu beweisen. Nur in diesem Falle wäre das Bejahen der Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG angebracht gewesen. Denn ein Informationsaustausch gemäss Art. 5 KG sei kein abstraktes Gefährdungsdelikt (vgl. Beschwerde Rz. 182; Replik Rz. 8). Es würde keine Kollusion vorliegen, da die Preise der Beschwerdeführerin teilweise unter dem Landesindex der Konsumentenpreise gelegen seien (Replik Rz. 83). Wäre die Vorinstanz konsequenterweise ihrer eigenen Methode gefolgt, hätte sie zumindest eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hinsichtlich der Umsätze und Werbekosten verneinen müssen (Beschwerde Rz. 105, 184 f.).

#### **6.3.3.2 Vorbringen der Vorinstanz**

Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Duplik, dass die Beschwerdeführerin nicht begründet habe, weshalb der Nachweis der Anhebung der Preise der Parteien um einen gleichen Betrag oder Prozentsatz eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG sein solle. Könnte dies nachgewiesen werden, läge wohl eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor (Duplik Rz. 77 mit Hinweis auf die angefochtene Verfügung Rz. 617 [recte 616]). In der angefochtenen Verfügung lasse sich "lediglich" eine wettbewerbschädigende Auswirkung mit einem wie auch immer gearteten Einfluss auf die Marktpreise feststellen, weshalb die Vorinstanz Art. 5 Abs. 1 KG geprüft habe (angefochtene Verfügung Rz. 428 ff., 436). Zudem merkt die Vorinstanz an, dass die Beschwerdeführerin sich zu fest darauf fokussiere, dass ihre Preise tiefer gewesen seien als die der anderen ASCOPA-Mitglieder. Indessen komme es nicht auf die Preiserhöhungen eines einzelnen ASCOPA-Mitgliedes, sondern auf das gesamte Niveau der Preiserhöhungen betreffend die Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Produkte an (Duplik, Rz. 78).

In ihrer Eingabe vom 3. September 2018 ergänzt die Vorinstanz, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zwar bewiesen habe, es jedoch nach dem Urteil "Gaba" des Bundesgerichts (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 "Gaba") ohnehin fraglich sei, ob die tatsächlichen Auswirkungen überhaupt noch bewiesen werden müssen. So gehe die Beschwerdeführerin über die kartellrechtlichen Anforderungen hinaus, wenn sie verlange, dass die einzelnen Handlungen des Informationsaustausches Grund für die festgestellten Auswirkungen auf den Wettbewerb seien. Die Vorinstanz beruft sich sodann - im Ergebnis im Sinne einer Eventualargumentation - auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil des BGer 6P.149/2005 vom 28. April 2006 E.3.1; BGE 115 IV 199 E. 5b) und die angefochtene Verfügung (Rz. 577), wo sie ausführt, dass sich ein vermuteter natürlicher Kausalverlauf nicht mit Gewissheit beweisen lasse, weshalb es genüge, wenn das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs gebildet habe (conditio sine qua non). Ausserdem legt sie dar, dass eine Monokausalität gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzulehnen sei, da im Schweizer Recht die Adäquanzlehre gelte (Eingabe der Vorinstanz vom

3. September 2018 Lemma 1 f.; vgl. dazu auch die angefochtene Verfügung Rz. 577 f.).

### 6.3.3.3 Grundlagen und Würdigung

**6.3.3.3.1** Kartelle können negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen haben (vgl. ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, in: sic! 2004, S. 914 nachfolgend: RAASS, Erheblichkeit, sic! 2004, S. 911 ff.). Die Überprüfung derartiger Auswirkungen ist mit umfangreichen Abklärungen verbunden (vgl. STRAUB, AJP 2016, S. 561; vgl. LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht - UWG, KG, Grundsätze der Lauterkeitskommission und weitere wettbewerbsrechtliche Vorschriften, 5. Aufl. 2012, S. 208 Rz. 612, nachfolgend: DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht - UWG, KG). Im Sinne eines auswirkungsbasierten Ansatzes (effects-based approach) verlangt ein Teil der Lehre, dass die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt tatsächlicher Natur und damit der Erfolg der Abrede nachgewiesen werden müsse (so namentlich AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 118 ff.; RETO JACOBS, in: St. Galler-BV Kommentar, Art. 96 BV N 16 ff.; vgl. zum Meinungsstand etwa ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 140 und 147). In Bezug auf harte Abreden hat das Bundesgericht in seinem Urteil "Gaba" in Auslegung von Art. 5 KG erkannt, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin, die zum einen auf fehlende tatsächliche Auswirkungen und zum anderen auf eine angeblich nicht erfolgte Umsetzung der Abrede rekurriert, an der Sache vorbeizielten (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 "Gaba"). Entgegen der Darstellung von BIRKHÄUSER/REINERT (ZSR 2018 I S. 134 f.) ist in Bezug auf derartige Abreden nicht nur die Frage, ob sie umgesetzt worden sind, sondern auch die Frage, ob sie tatsächliche Auswirkungen zeitigen, nicht Voraussetzung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 143).

**6.3.3.3.2** Soweit tatsächliche Auswirkungen verlangt werden, stellt sich auch die Frage nach dem Kausalzusammenhang, wogegen sich die Frage nach dem Kausalzusammenhang bei harten Kartellen aufgrund der Gaba-Rechtsprechung erübrigt (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 153). Auch unter der Annahme, dass Auswirkungen zu prüfen sind, ist in diesem Kontext in Bezug auf das Beweismass jedenfalls auf die Ausführungen in Erwägungen 3.2.2.1.4 und 3.2.2.2.8 hiervor zu verweisen, wo festgehalten worden ist, dass bei komplexen Marktverhältnissen im Sinne des Urteils "Publigroupe" des Bundesgerichts der Überzeugungsbeweis nicht erbracht werden muss (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 mit Hinweisen "Publigroupe", bestätigt mit BGE 144 II 246 "Altimum" E. 6.4.4; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.6 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Denn die einzelnen Tatbestände im Kartellrecht beruhen nicht selten auf Einschätzungen, die eine derartige Komplexität aufweisen (Urteile des BVGer B-7633/2009 E. 163 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; B-581/2012 E. 5.5.2 mit Hinweisen "Nikon"; B-3938/2013 E. 6.4 "Dargaud [Suisse] SA"). Das gilt auch - soweit relevant - für die Frage nach den tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede, soweit im Einzelfall - wie vorliegend in Bezug auf die Entwicklung der Preise namentlich der in Frage stehenden Produkte - multiple Wirkungszusam-

menhänge mit einer Wettbewerbskomplexität bestehen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 E. 1219 "Six"; B-807/2012 E. 8.4.4.4 "Erne"; B-829/2012 E. 7.4.3.4 "Granelle"; B-880/2012 E. 8.4.4.4 "Umbricht"; B-7633/2009, E. 80, 158 "Preispolitik Swisscom ADSL II"). Daher muss es insoweit - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - genügen, dass Auswirkungen mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit geprüft werden (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 E. 8.4.4.5 in fine "Erne" und B-880/2012 E. 8.4.4.5 in fine "Umbricht").

**6.3.3.3.3** Unschärfen bei den Rechtsbegriffen unterliegen den Regeln der Gesetzesinterpretation (BGE 139 I 72 E. 8.3.1 "Publigroupe"). Insbesondere erschliesst sich aufgrund des Wortlauts allein nicht, was der Begriff "erheblich" (bzw. "notable" und "notevole") bedeutet (BGE 143 II 297 E. 5.1.1 "Gaba"). Vor diesem Hintergrund sind im Folgenden die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 1 KG gesondert auf die Auswirkungsfrage hin zu untersuchen (zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit vgl. E. 6.3.3.3.5 hiernach; zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit vgl. E. 6.3.3.3.6 hiernach; zum in Art. 5 Abs. 1 KG ebenfalls genannten Kriterium der "Beeinträchtigung" vgl. E. 6.3.3.3.7 hiernach).

i. Prüfung, ob dem Erheblichkeitskriterium das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung zu entnehmen ist

**6.3.3.3.4** Früher, unter der Geltung der Kartellgesetze vom 20. Dezember 1962 (KG62; AS 1964 S. 53 ff.) und vom 20. Dezember 1985 (KG85; AS 1986 S. 874 ff.), hat das Bundesgericht (vgl. BGE 112 II 268 E. I/2b mit Hinweisen "Schweizerischer Bierbrauerverein") eine Behinderung des Wettbewerbs als erheblich erachtet, wenn diese eine gewisse Intensität aufwies und vom Betroffenen als solche empfunden wurde, weil sie seine Handlungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinflusste, ihn insbesondere zwang, auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen, um den Folgen der Diskriminierung zu entgehen (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; mit Hinweis auf BGE 112 II 268 E. I/2b "Schweizerischer Bierbrauerverein"). Die Art der Behinderung war in dieser älteren Rechtsprechung nicht entscheidend, sondern relevant war, ob deren Auswirkungen auf das wirtschaftliche Verhalten des Betroffenen, auf die Struktur oder die Entwicklung seines Betriebes erheblich waren (BGE 112 II 268 E. I/2b mit Hinweisen "Schweizerischer Bierbrauerverein"). Das Bundesgericht präziserte mit seinem Urteil "Buchpreisbindung I" (BGE 129 II 18 E. 5.2.1) das Konzept dahingehend, dass nicht mehr der Individualschutz der Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerber im Zentrum steht (vgl. dazu noch BGE 112 II 268 E. I/2b mit Hinweisen "Schweizerischer Bierbrauerverein"). Vielmehr gewann der Institutionsschutz, welcher den Wettbewerb als solchen schützen will, durch das Urteil "Buchpreisbindung I" an Bedeutung (vgl. dazu BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 156 ff.; vgl. zum Schutz des Wettbewerbs als Institution aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011, § 20 Rz. 18 f.). Dementsprechend ist die Erheblichkeit nicht mehr allein aus der Optik der einzelnen Unternehmen, sondern in Bezug auf das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs zu beurteilen (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I";

MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1531). So liegt nach dem Urteil "Buchpreisbindung I" eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (BGE 129 II 18 E. 5. 1 "Buchpreisbindung I"). Nach dem Urteil "Buchpreisbindung I" soll die Erheblichkeit mit qualitativen und quantitativen Kriterien beurteilt werden (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"). Das gilt auch nach dem Urteil BGE 143 II 297 "Gaba" jedenfalls für qualitativ mittelschwere und geringfügige Abreden weiterhin (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 229 ff.; vgl. E. 6.3.2.5 f. hiervor). Anhand der gemachten Ausführungen ist aber insbesondere ersichtlich, dass seit dem Urteil "Buchpreisbindung I" (BGE 129 II 18 E. 5.2.1) mit der Verschiebung der Gewichte in Richtung Institutionenschutz diese Intensität und damit auch die Auswirkungen, welche auch direkt die Handlungsfreiheit des einzelnen Wettbewerbers beeinflussten, an Bedeutung eingebüsst haben.

#### **6.3.3.3.5 Auswirkungen als qualitatives Element der Erheblichkeit**

Im Folgenden ist nun zu eruieren, ob die qualitativen Elemente der Erheblichkeit Auswirkungsvoraussetzungen beinhalten. Nach dem Urteil "Buchpreisbindung I" des Bundesgerichts ist insoweit zu prüfen, ob die Abrede einen Wettbewerbsparameter auf dem relevanten Markt betrifft (BGE 129 II 18 "Buchpreisbindung I" E. 5.2.1 f.). In qualitativer Hinsicht hat das Bundesgericht sodann hervorgehoben, dass die Erheblichkeitsschwelle bisweilen aufgrund des Gegenstands der Abrede bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.1- 5.2.5 "Gaba"). Im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ist indessen der Umstand, dass das Bundesgericht im Fall "Hallenstadion-Ticketcorner", also im Rahmen der Beurteilung eines Sachverhalts anhand von Artikel 5 Abs. 1 KG - unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Elemente - die qualitativen Gesichtspunkte ohne Erwähnung von Auswirkungen geprüft und die vorinstanzliche Beurteilung auch in Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung insgesamt geschützt hat (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 und 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Demnach ist ersichtlich, dass den qualitativen Elementen nach Art. 5 Abs. 1 KG kein Erfordernis, wonach Auswirkungen nachzuweisen sind, entnommen werden kann. Das gilt auch für selbständige Informationsaustauschsysteme. Entscheidend ist, dass es hinreichend plausibel erscheint, dass sich die durch die bezweckte Abrede geschaffene Gefährdung auswirkt (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 387). Dies gilt namentlich mit Blick auf den Umstand, dass der zu beurteilende Informationsaustausch namentlich Bruttopreise betrifft (vgl. zur Brisanz von Marktpreisinformationen insbesondere BLATTMANN, S. 290; vgl. dazu ausführlich E. 6.4.2.4.13 ff. hiernach). Wenn dazu mehrere relevante Wettbewerbsparameter betroffen sind, erhöht das die qualitative Bedeutung der Abrede allenfalls zusätzlich (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 145). Vor diesem Hintergrund erscheint es - jedenfalls mit Blick auf den vorliegenden Fall - folgerichtig, dass eine allfällige Nähe von Auswirkungen und Erheblichkeit regelmässig in Bezug auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit diskutiert wird (vgl. dazu illustrativ B-581/2012 E. 7.5.1 "Nikon" mit Hinweisen).

#### **6.3.3.3.6 Auswirkungen als quantitatives Element der Erheblichkeit**

Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 "Buchpreisbindung I" E.5.2.1 f.; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Dabei bedient sich die Praxis einer auf ökonomische Modelle abgestützten Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 16.1 "Dargaud [Suisse] SA"; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1532). Das Bundesverwaltungsgericht hat aus quantitativer Sicht die Bedeutung der "Marktabdeckung" im relevanten Markt hervorgehoben (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 364 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Diese Sichtweise ist insoweit vom Bundesgericht bestätigt, als dieses in seinem Urteil "Hallenstadion-Ticketcorner" festhält, dass die Daten der WEKO auf einem zu grossen sachlich und räumlich relevanten Markt basieren, weshalb der quantitative Aspekt um einiges höher ausfallen dürfte (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 in fine "Hallenstadion-Ticketcorner"). Das spricht gegen ein Konzept, das über die Marktdeckung hinausgehende weitere Erfordernisse wie den Nachweis von Auswirkungen statuiert. Schliesslich erachtet im Ergebnis auch RAASS die Stellung der Wettbewerber auf dem Markt als ausschlaggebende Ursache von wettbewerbsbeschränkenden Schäden oder Auswirkungen (z.B. Preiserhöhungen oder Mengenreduktionen). Auch RAASS, der die Ansicht vertritt, dass Auswirkungen nachgewiesen werden müssen, geht also davon aus, dass die Gefahr von wettbewerbsbeeinträchtigenden Schäden oder Auswirkungen besteht, wenn die Wettbewerber über gemeinsame Marktmacht verfügen (RAASS, Erheblichkeit, sic! 2004, S. 911 ff., insb. S. 914; vgl. zum Ganzen B-581/2012 E. 7.5.2 "Nikon"). Im Falle einer erheblichen - und nicht beseitigenden - Beeinträchtigung sei diese Marktmacht geringer, weshalb dann diese fraglichen Auswirkungen durch die Effizienzgründe aufgewogen werden könnten (RAASS, Erheblichkeit, sic! 2004, S. 912, 914, 916, 919, 923). Damit wird letztlich das Argument der Gegenmeinung untermauert, wonach unter den quantitativen Elementen der Erheblichkeit einzig zu prüfen ist, wie marktumfassend (Hervorhebung im Original) "die Wirkung einer Abrede" ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 231). Folglich geht es aus quantitativer Sicht nicht um die konkrete Bemessung der Auswirkungen, sondern um Marktanteile (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"; vgl. zum Ganzen auch STRAUB, AJP 2016, S. 574). Soweit die tatsächlichen Auswirkungen als Teilgehalt der quantitativen Elemente der Erheblichkeit diskutiert worden sind (vgl. dazu die Hinweise im Urteil des BVGer B-581/2012 "Nikon" E. 7.5.1), entspricht dies nicht dem soeben beschriebenen Fokus auf die Marktanteile und Umsätze. Demnach sind empirische Studien, mit deren Hilfe die tatsächlichen Auswirkungen, wie z.B. Preiserhöhungen, gemessen werden sollen, jedenfalls nicht im Kontext mit den quantitativen Elementen der Erheblichkeit gefordert. Denn es geht bei der Beurteilung derselben um die Position der Wettbewerber auf dem Markt. Diese Angaben reichen schon alleine aus, um im Sinne hinreichender Plausibilität auf Auswirkungen schliessen zu können. Demnach vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen,

welche den Nachweis tatsächlicher Auswirkungen des Informationsaustausches verlangen, auch betreffend die quantitativen Elemente der Erheblichkeit nicht durchzudringen. Die eigentliche Prüfung dieser quantitativen Elemente in Bezug auf den vorliegenden Informationsaustausch ist Gegenstand von Erwägung 6.5.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob aus dem Begriff der "Beeinträchtigung" das Erfordernis von Auswirkungen abgeleitet werden kann.

ii. Prüfung, ob dem Kriterium der "Beeinträchtigung" das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung zu entnehmen ist

**6.3.3.3.7** Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre war lange umstritten, welche Anforderungen an die in Art. 5 KG genannte "Beeinträchtigung" zu stellen sind (vgl. BGE 143 II 297 "Gaba" E. 5.4.1; vgl. HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit, Rz. 8; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 132, 139 ff.). Einige Autoren gingen davon aus, dass potenzielle Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung ausreichen und es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht ankommt (BORER, Art. 5 KG N 8, BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 3, 5, MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall "Baubeschläge" - revisionistisch oder nur beiläufig falsch? AJP 2015, S. 276). Dazu passt die Auffassung, dass der "materielle Gehalt" des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Klärung derartiger Fragen beiträgt (BORER, Art. 5 KG N 6; anderer Ansicht BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 479). Diese Lehrmeinung beruft sich rechtsvergleichend auch auf das europäische Kartellrecht, wonach es beim - in Bezug auf den vorliegenden Fall in Erwägung 4.6 insb. 4.6.4.3 hiervor festgestellten - Bezwecken nicht mehr auf tatsächliche Auswirkungen ankommt (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 5). Im Gegensatz dazu verlangt die andere Lehrmeinung nach einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs (auswirkungsbasierter Ansatz/"effects-based approach"). Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs sei nach dem auswirkungsbasierter Ansatz (ggf. sogar empirisch) nachzuweisen (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 140 mit entsprechenden Hinweisen; vgl. dazu insb. BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 477 ff. insb. N 481 betreffend Art. 5 KG; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht - UWG, KG, S. 208 Rz. 612). Eine Abrede müsse den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen (NICOLAS BIRKHÄUSER/MANI REINERT, Das Gaba Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR 2018 I S. 134 f, 140 f.).

**6.3.3.3.8** Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil "Gaba" betreffend harte Kartellabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gegen den auswirkungsbasierter Ansatz ausgesprochen. Ein Potenzial zur Beschränkung des Wettbewerbs reicht nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung bei harten Kartellabreden aus (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2 m.w.H. "Gaba"). Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG sind als ein Ganzes zu betrachten. Demnach können nicht isoliert von Art. 5 Abs. 1 KG Auswirkungserfordernisse vorausgesetzt werden (BGE 143 II 297 E. 5.1.3, E. 5.1.5, E. 5.4.2 "Gaba"; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 f. "BMW"). Allerdings ist die Debatte, ob eine Wettbewerbsbeeinträchtigung tatsächliche oder potenzielle

Auswirkungen verlangt, mit dem Urteil "Gaba" nur für harte und nicht für weiche Kartellabreden einem höchststrichterlichen Entscheid zugeführt worden (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 146). Erst das Urteil des BGer 2C\_113/2017 "Hallenstadion-Ticketcorner", welches die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zum Gegenstand hat, gibt nun auch diesbezüglich die Richtung vor. Die Erwägungen 7.3.1 und 7.3.4 dieses Urteils sind insoweit zusammen auszulegen. Erstens wird in Erwägung 7.3.1 die in Bezug auf die Erheblichkeit entscheidungswesentliche Argumentation aus den Urteilen BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f., 5.2.5 "Gaba" und BGE 144 II 194 E. 4.3.1 f. "BMW" übernommen, ohne dass insoweit ein Vorbehalt in Bezug auf das allfällige Fehlen von Auswirkungen gemacht würde. Zweitens wird in Erwägung 7.3.4 des Urteils - im Wissen darum, dass die Vorinstanz keine Auswirkungen geprüft hat - festgehalten, dass eine "Beeinträchtigung des Wettbewerbs" gegeben ist (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1, 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner" mit Hinweis auf die Erwägung 5.4 des Urteils BGE 143 II 297 "Gaba"). Daher ist davon auszugehen, dass auch im Kontext mit der direkten Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG aus dem Beeinträchtigungsbegriff - jedenfalls soweit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG wie vorliegend von einem Bezwecken auszugehen ist (vgl. E. 4.6 insb. 4.6.4.3 hiervor) - entgegen dem aufgrund des reinen Wortlautes möglichen Verständnis kein Erfordernis einer Auswirkungsprüfung abzuleiten ist. Damit kann die Frage, ob der Informationsaustausch zu Preiserhöhungen geführt hat, im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Dies entspricht auch der durch das Bundesgericht festgestellten Zwecksetzung von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach das Abgrenzungskriterium einfach sein soll, um das Ziel der Entlastung der Verwaltung zu erreichen (BGE 143 II 297 E. 5.1.4 "Gaba"). Damit erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend das Erfordernis des Nachweises von Auswirkungen als unbegründet.

**6.3.3.3.9** Nach dem Gesagten verlangt die in Art. 5 Abs. 1 KG genannte Wettbewerbsbeeinträchtigung keine Prüfung von Auswirkungen. Damit erweisen sich auch die Rügen betreffend die fehlende Kausalität als obsolet (vgl. zum Zusammenhang zwischen Auswirkungen und Kausalität E. 6.3.3.3.2 hiervor). Denn wenn es keiner Auswirkungen bedarf, so erübrigen sich auch diesbezügliche Kausalitätsfragen. Demnach müssen die Ausführungen der Vorinstanz zur Monokausalität nicht weiter erörtert werden. Inwiefern die Kausalität im Rahmen der Frage nach der Umsetzung einer Abrede zu berücksichtigen ist, wird unten unter Erwägung 6.3.4 geprüft.

#### **6.3.3.4 Zwischenfazit**

Weder die qualitativen noch die quantitativen Elemente der Erheblichkeit erfordern - jedenfalls soweit im Rahmen der Prüfung anhand von Art. 4 Abs. 1 KG von einem Bezwecken auszugehen ist - eine Auswirkungsprüfung (vgl. E. 6.3.3.3.4 ff. hiervor). Dasselbe gilt für den Begriff der Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. E. 6.3.3.3.7 ff. hiervor). Demnach überspannt die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, welche auf die Auswirkungen des vorliegenden Informationsaustausches abzielen, die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG. Daher sind im Folgenden keine Auswirkungen betreffend die ausgetauschten Bruttopreise, Werbekosten und Umsätze zu prüfen (zur Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit vgl.

E. 6.4 hiernach, zur Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit E. 6.5 hiernach). Des Weiteren erfordert Art. 5 KG keine separate Prüfung in Bezug auf die Einschränkung der Handlungsfreiheit. Dass die Vorinstanz zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung - entgegen der später vor Bundesverwaltungsgericht nach Ergehen des GABA-Urteils vertretenen Auffassung - davon ausgegangen ist, dass sie konkrete Auswirkungen zu untersuchen hat (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 633), ist aufgrund des damaligen Standes von Lehre und Rechtsprechung nachvollziehbar.

Die Frage, ob der vorliegende Informationsaustausch bzw. die Wettbewerbsabrede umgesetzt wurde, ist von der Auswirkungsthematik abzugrenzen und in der folgenden Erwägung separat zu beleuchten.

### **6.3.4 Der Informationsaustausch wurde gelebt bzw. umgesetzt**

#### **6.3.4.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sich bei ihren Produkten - im Gegensatz zu denjenigen der anderen ASCOPA-Mitglieder - der Preisanstieg weniger stark als der Landesindex der Konsumentenpreise entwickelt habe (Beschwerde Rz. 42, 112 Lemma 3, Replik Rz. 61).

Ausserdem habe die Vorinstanz fälschlicherweise auf die strafrechtlichen Kriterien der Mittäterschaft abgestellt; die Beschwerdeführerin habe an keinem Tatentschluss über höhere Preise teilgenommen (Stellungnahme zur Duplik Rz. 17). Zudem würden die Ausführungen der Vorinstanz zur Mittäterschaft (angefochtene Verfügung Rz. 251 ff.) diese nicht davon entbinden, die Tathandlung jedes einzelnen ASCOPA-Mitgliedes, insbesondere der Beschwerdeführerin, an einer Wettbewerbsabrede darzulegen (Beschwerde Rz. 148).

#### **6.3.4.2 Vorbringen der Vorinstanz**

Die Vorinstanz bringt vor, die Tatsache, dass sich die Bruttopreise der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den anderen ASCOPA-Mitgliedern unterschiedlich entwickelt haben, sei nicht strittig. Allerdings sei die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerin falsch, wenn diese die Auffassung vertrete, dass die "substantiellen Differenzen" der Preise keinen Hinweis auf ein Zusammenwirken der Wettbewerber erlauben würden. Die Beschwerdeführerin übersehe, dass das Zusammenwirken der Wettbewerber (Verfügung, Titel A.3) und die Verwendung der ausgetauschten Informationen unstrittig bewiesen worden seien. Sie übersehe auch, dass sie an den Generalversammlungen und Komitee-Sitzungen anwesend gewesen sei (angefochtene Verfügung Rz. 12 ff.; 17 ff; Abbildung 1, 3, Duplik Rz. 77).

#### **6.3.4.3 Grundlagen**

**6.3.4.3.1** Bei der Umsetzung einer Abrede geht es darum, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen innerhalb ihres Geschäftsbetriebs die notwendigen Massnahmen zur Durchführung des abgesprochenen oder abgestimmten Verhaltens vorgenommen haben (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 148; STRAUB, AJP 2016, S. 561 und Fn. 17; siehe auch im Kontext mit den AGB, E. 9.3.3.4 in fine hiernach). Die Frage, ob eine Abrede gelebt wird, entspricht der Frage der Umsetzung nach der Abrede. Die innerbetriebliche Umsetzung einer Abrede ist von deren

Auswirkungen zu unterscheiden (Urteile des BVGer B-3618/2013 E. 329 "Hallenstadion-Ticketcorner"; B-581/2012 E. 7.2.1 "Nikon"). Es ist denkbar, dass eine Vereinbarung zwar umgesetzt wird, aber die Wirkungen aufgrund äusserer Umstände ausbleiben (Urteil des BVGer B-581/2012 E. 7.2.1 "Nikon").

**6.3.4.3.2** In Bezug auf harte Kartelle (Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG) hat das Bundesgericht entschieden, dass es nicht auf die Umsetzung einer Abrede sowie deren tatsächlichen Wirkungen bzw. auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung ankomme (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 in fine "Gaba; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 41). Betreffend weiche Kartelle hat das Urteil "Hallenstadion-Ticketcorner" des Bundesgerichts (vgl. Urteil des BGER 2C\_113/2017 E. 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner") aus dem Beeinträchtigungsbegriff kein Erfordernis abgeleitet, wonach Auswirkungen zu prüfen sind (vgl. E. 6.3.3.3.8 f. hiervor). Das bedeutet nach der oben beschriebenen Differenzierung allerdings keineswegs zwingend, dass es bei weichen Kartellen auch nicht auf die Umsetzung ankommen soll. Dies zumal im Fall Hallenstadion unbestritten war, dass die Abrede umgesetzt worden ist.

**6.3.4.3.3** Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Umsetzung beim selbständigen Informationsaustausch (vgl. dazu E. 6.2.3.1 hiervor) - im Unterschied zu eigentlichen Auswirkungen - nicht auf die Preisentwicklung beziehen kann, sondern nur die Frage zum Gegenstand hat, ob die Gegenstand der Abrede bildenden Informationen tatsächlich vereinbarungsgemäss ausgetauscht worden sind. Dass der Beschwerdeführerin die Vereinbarung betreffend den Informationsaustausch selbst zugerechnet werden kann, hat das Gericht ebenfalls bereits festgestellt (vgl. E. 4.4.3.3 hiervor). Soweit das Gericht also im Folgenden (Erwägung 6.3.4.4 hiernach) ausserdem zum Schluss kommt, dass ASCOPA und seine Mitglieder den vorliegenden Informationsaustausch umgesetzt haben, kann offen bleiben, ob dem bundesgerichtlichen Urteil Hallenstadion eine Aussage zu entnehmen ist, wonach es auch bei weichen Kartellen nicht auf deren Umsetzung ankommen soll. Zu ergänzen ist, dass nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an den Nachweis der Umsetzung einer Abrede keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 330 ff. "Hallenstadion-Ticketcorner"; B-581/2012 E. 7.2.2 "Nikon AG"; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 43).

#### **6.3.4.4 Würdigung**

**6.3.4.4.1** Die Rügen der Beschwerdeführerin zielen darauf hin, dass ihre Preise weniger hoch als die der anderen Wettbewerber angestiegen seien und dass demnach gar kein gemeinsamer Tatentschluss bezüglich höherer Preise vorliege. Diese Rügen sind nach dem zu den Auswirkungen Gesagten nur noch soweit relevant, als sie zugleich eine mangelnde Umsetzung des Informationsaustausches durch die Beschwerdeführerin implizieren.

**6.3.4.4.2** Die Umsetzung des Informationsaustausches ist im vorliegenden Fall zu bejahen: So ist erstens ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch teilgenommen hat. Die Beschwerdeführerin hat betreffend die drei Handlungsstränge des Informationsaustausches ihre Daten eingereicht. Dementsprechend sind

auch in den verschiedenen Unterlagen die von der Beschwerdeführerin eingereichten Informationen zu finden (Handlungen betreffend die Bruttopreise [angefochtene Verfügung Rz. 33, 39, 41 f., 46; Abbildung 4]; Handlungen betreffend den Austausch von Umsatzinformationen [angefochtene Verfügung Rz. 120 ff., 127 ff., 135; Abbildungen 7, 8]; Handlungen betreffend den Austausch von Werbeinvestitionen [angefochtene Verfügung Rz. 187 ff.; Abbildung 12]). Zweitens war die Beschwerdeführerin während des ganzen Informationsaustausches Mitglied des ASCOPA-Komitees und hatte auch mehrheitlich an den Komitee-Sitzungen teilgenommen (angefochtene Verfügung Rz. 17, Abbildungen 2, 3). Das ASCOPA-Komitee hat sich mit der Umsetzung des Informationsaustauschs - wenn auch nicht in Bezug auf alle Handlungsstränge in gleicher Intensität - befasst (vgl. insb. E. 4.4.3 hiervor). Drittens war die Beschwerdeführerin bei den meisten Generalversammlungen anwesend (angefochtene Verfügung Abbildung 1), welche wiederum die Beschlüsse des Komitees legitimiert hat (vgl. E. 4.4.3.2 f. hiervor).

**6.3.4.4.3** Anhand der soeben gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch teilgenommen hat bzw. derselbe umgesetzt worden ist. Damit ist auch nicht näher auf die Frage einzugehen, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre für den hypothetischen Fall, dass die Beschwerdeführerin die Gegenstand der Abrede bildenden Informationen im Unterschied zu anderen ASCOPA-Mitgliedern nicht geliefert hätte. Mit Blick auf die allgemeinen Rügen zur Mittäterschaft kann immerhin auf Erwägung 4.4.3.9.2 in fine verwiesen werden.

### **6.3.5 Die Bedeutung des EU-Kartellrechts und insbesondere der Horizontalleitlinien im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung**

**6.3.5.1** Im Folgenden ist zu erörtern, inwieweit zur Konkretisierung der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG die Horizontalleitlinien des EU-Wettbewerbsrechts herangezogen werden können. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Kriterienkatalog, welcher von der Vorinstanz zur Beurteilung des vorliegenden Informationsaustauschs herangezogen worden ist, eine grosse Übereinstimmung mit den Horizontalleitlinien aufweist (BSK KG- MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 151). Bereits im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG wurden Ausführungen zum Zusammenwirken des schweizerischen Kartellgesetzes mit dem europäischen Wettbewerbsrecht gemacht (vgl. E. 4.3.1 hiervor). Das schweizerische Wettbewerbsrecht ist vom EU-Wettbewerbsrecht unabhängig, aber das EU-Wettbewerbsrecht kann in einer angemessenen Weise berücksichtigt werden (BGE 137 II 199 E. 4.3.1 "Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk"), wenn nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erscheinen (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 471, 531, 633; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 168 "Preispolitik Swisscom ADSL II"). Diese Ausführungen gelten auch für die Beurteilung von Art. 5 KG. Entsprechend der "Parallelität der Regelungen" soll das EU-Wettbewerbsrecht zumindest im Sinne eines rechtsvergleichenden Auslegungsmomentes beachtet werden. Allerdings geht es hierbei um Regelungen, welche vom schweizerischen gesetzgeberischen

Willen gedeckt werden und nicht um Regelungen, die vom schweizerischen Recht abweichen (BGE 143 II 297 E. 6.2.3 "Gaba").

**6.3.5.2** Im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG sind in Bezug auf das EU-Kartellrecht gewisse Besonderheiten zu beachten: Die Horizontalleitlinien umschreiben die Voraussetzungen des Informationsaustausches entsprechend der Kriterien von Art. 101 Abs. 1 AEUV, der harte Kartelle zum Gegenstand hat. Das EU-Recht geht im Gegensatz zum schweizerischen Kartellrecht davon aus, dass horizontale Kartelle grundsätzlich schädlich sind (MICHAEL KLING, Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung und Erheblichkeit - Ein neuer Revisionsvorschlag aus der Schweiz im Vergleich zum unionskartellrechtlichen Regelungsmodell, in: ZSR 2019 I S. 513 ff., insb. S. 520). Damit sind auch die Horizontalleitlinien, soweit dort die Voraussetzungen für die Unzulässigkeit eines Informationsaustauschs definiert werden, diese in der Tendenz schwerer zu erfüllen, weil sie - übertragen in die Logik des schweizerischen Kartellrechts - dazu dienen, die Frage nach einem Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG zu beantworten. Hingegen ist vorliegend ein weiches Kartell im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen. Unter Berücksichtigung dieses Umstands kann das EU-Recht zur Auslegung des schweizerischen Kartellrechts verwendet werden. Demnach stellt sich die Frage, inwiefern die den Informationsaustausch konkretisierenden Horizontalleitlinien punktuell zur Auslegung von Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

**6.3.5.3** Da bei einem weichen Kartell gemäss Art. 5 Abs. 1 KG keine Auswirkungsprüfung verlangt wird (E. 6.3.3 hiervor), sind die mehrfach in den Horizontalleitlinien genannten Kollisionskriterien nicht Prüfungsvoraussetzung von Art. 5 Abs. 1 KG. Es ist - wie bereits in Erwägung 6.3.2 aufgezeigt - bei der Prüfung der Unzulässigkeit eines weichen Kartells nach Art. 5 Abs. 1 KG auf die Kriterien der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit abzustellen. Allerdings kommen die im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung nach schweizerischem Recht verwendeten Begriffe in den Horizontalleitlinien und im EU-Wettbewerbsrecht nicht vor. Denn die Unzulässigkeit einer wettbewerbsrechtlich bedenklichen Handlung bzw. eines Informationsaustausches wird im EU-Wettbewerbsrecht und in den Horizontalleitlinien anhand der Kriterien des Bezweckens (Horizontalleitlinien Rz. 59 und Rz. 72-74) und des Bewirkens (Horizontalleitlinien Rz. 58 und Rz. 75-94) beurteilt (vgl. auch angefochtene Verfügung Rz. 625 ff.). Vorliegend sind bei der Prüfung der Erheblichkeit die Kriterien des Bewirkens in den Horizontalleitlinien (und nicht nur des Bezweckens) zur Umschreibung der qualitativen und quantitativen Aspekte heranzuziehen. Auch wenn in Art. 4 Abs. 1 KG das Bewirken nicht mehr geprüft wurde, da das Bezwecken bereits bejaht worden war (vgl. E. 4.6 hiervor), heisst das nicht, dass die Kriterien des Bewirkens gemäss den Horizontalleitlinien nicht in die Prüfung mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 KG einfließen können.

**6.3.5.4** Nach dem Gesagten stellt sich die Frage, inwiefern den Kriterien des Bezweckens und des Bewirkens in den Horizontalleitlinien Gesichtspunkte entnommen werden können, welche im Rahmen der Prüfung der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

### 6.3.5.5 Qualitative Aspekte in den Horizontalleitlinien

**6.3.5.5.1** Die Randziffern 72-74 der Horizontalleitlinien haben bezweckte Abreden im Sinne des europäischen Kartellrechts zum Gegenstand. Beschrieben wird einerseits künftiges Preis- und Mengenverhalten (Rz. 72-74 Horizontalleitlinien), was im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist (angefochtene Verfügung Rz. 425 f.). Dementsprechend umschreibt Rz. 59 der Horizontalleitlinien, welche im Kontext mit dem Bezwecken eine Preis- oder Mengenfestsetzung aufgreift, die Voraussetzungen eines harten Kartells. Preis- oder Mengenfestsetzungen sind im Schweizer Kartellrecht als harte Kartellabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG zu werten. Daher eignen sich die im Rahmen des Bezweckens gemäss den Horizontalleitlinien massgebenden Gesichtspunkte nicht für die vorliegende Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG. Anhand der gemachten Ausführungen ist auch ersichtlich, dass der Prüfungsstab im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG ein anderer ist, da in Erwägung 4.6 auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG ein Bezwecken bejaht wurde. Dieses ist also nicht Gegenstand der Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG.

**6.3.5.5.2** Auch wenn vorliegend ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG in Erwägung 4.6 bejaht wurde, heisst dies nicht, dass alles, was Berührungspunkte mit dem Bewirken aufweist, wie auch einige Artikel der Horizontalleitlinien, zu vernachlässigen ist. Denn ein Bezwecken schliesst sozusagen ein Bewirken auch nicht aus (vgl. dazu E. 6.3.5.3 hiervor). Daher ist nun zu erörtern, ob die Kriterien in den Horizontalleitlinien, welche ein Bewirken im europäischen Wettbewerbsrecht umschreiben, zur Konkretisierung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG beim Informationsaustausch herangezogen werden können. Rz. 75 der Horizontalleitlinien zeigt die Voraussetzungen des Bewirkens (der Auswirkungen) auf und stellt neben den Wettbewerbsparametern auf die Eigenschaften der ausgetauschten Information (informationsaustauschspezifische Aspekte) und die Eigenschaften des Marktes (Marktmerkmale) ab (siehe dazu angefochtene Verfügung Rz. 626). Die Frage, welche Kriterien von Rz. 75 der Horizontalleitlinien im Rahmen der Unzulässigkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG heranzuziehen sind, ist zunächst mit Blick auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen.

**6.3.5.5.3** Die Bedeutung der in Frage stehenden Wettbewerbsparameter ist relevant für die Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. "Buchpreisbindung I"; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 186). Daher sind die Wettbewerbsparameter, welche Rz. 75 der Horizontalleitlinien in nicht abschliessender Art aufzählt, den qualitativen Elementen der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. E. 6.4.2 hiernach) zuzuordnen (zu den ausgetauschten Bruttopreisen vgl. E. 6.4.2.4, zu den ausgetauschten Umsätzen vgl. Erwägung 6.4.2.5 und zu den ausgetauschten Werbeinvestitionen vgl. E. 6.4.2.6).

Rz. 86 der Horizontalleitlinien bezeichnet Preise, Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen, Technologien sowie Forschungs- und Entwicklungsprogramme als strategische Informationen. Die strategisch wichtigsten Informationen sind Preis- und

Mengeninformationen gefolgt von Informationen über Kosten und die Nachfrage (WHISH/BAILY, S. 581). Bei strategischen Informationen kann es sich auch um wettbewerbsensible Informationen handeln (BLATTMANN, S. 289 f.). Die Frage, ob die ausgetauschten Informationen als strategisch zu werten sind, rückt in die Nähe der Wettbewerbsparameter und damit eines qualitativen Elements der Erheblichkeit. Das Kartellgesetz zählt zudem bei weichen Kartellen nach Art. 5 Abs. 1 KG - im Gegensatz zu den harten Kartellen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG - die Wettbewerbsparameter nicht abschliessend auf (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 64; MARBACH/DUCREY/WILD, S. 324, N 1459; vgl. auch E. 4.5.3.2 hiervor).

**6.3.5.5.4** Als zweites Kriterium nennt Rz. 75 der Horizontalleitlinien die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen (Horizontalleitlinien Rz. 89-94). Die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen bzw. der informationsaustauschbasierten Kriterien sind ebenfalls im Rahmen der qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen, da die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen in Bezug auf den konkreten Nutzen für die an der Abrede teilnehmenden Wettbewerber massgebend sind (vgl. E. 6.4.1 hiernach). Folgerichtig wird aus qualitativer Sicht namentlich geprüft werden, ob die ausgetauschten Daten öffentlich waren (Horizontalleitlinien Rz. 92-94; E. 6.4.1.4), wie häufig die Informationen ausgetauscht wurden (Horizontalleitlinien Rz. 91; E. 6.4.1.1), ob die ausgetauschten Daten historisch (Horizontalleitlinien Rz. 90; E. 6.4.1.2) oder hinreichend aggregiert (Horizontalleitlinien Rz. 89; E. 6.4.1.3) waren.

**6.3.5.5.5** Als drittes Kriterium nennt Rz. 75 der Horizontalleitlinien die Marktmerkmale. Diese sind im Kontext mit den quantitativen Elementen der Erheblichkeit zu beschreiben (siehe dazu nebst den unmittelbar folgenden Ausführungen E. 6.5 und insbesondere E. 6.5.3 und 6.5.4.4 hiernach).

### 6.3.5.6 Quantitative Aspekte in den Horizontalleitlinien

**6.3.5.6.1** Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGER 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Die Praxis bedient sich dabei einer auf ökonomische Modelle abgestützten Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 "Gaba"; vgl. E. 6.3.3.3.6 hiervor). Sie ergibt sich mittels der Analyse der Marktanteile der beteiligten Unternehmen (Urteil des BGER B-506/2010 E. 11.3.4 "Gaba").

**6.3.5.6.2** Die Prüfung der Marktmerkmale (Eigenschaften des Marktes) geht mit der Prüfung des Aussenwettbewerbs (Urteil des BGER B-3618/2013 E. 194, 196 "Hallenstadion-Ticketcorner"), welcher wiederum zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit gehört, einher. So können die Eigenschaften des Marktes bzw. Marktmerkmale in den Horizontalleitlinien (Konzentration, Transparenz, Stabilität, Symmetrie, Komplexität des Marktes; Rz. 58, 75, 77 ff. Horizontalleitlinien) ergänzend in die Beurteilung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit miteinfließen (vgl. E. 6.5.3 und 6.5.4.4). Die Marktmerkmale sind in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen (BLATTMANN, S. 300 f.; vgl. zur Bedeutung der



Marktverhältnisse auch DIKE KG- ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 KG N 219).

### **6.3.5.7 Zwischenfazit zur Relevanz der Horizontalleitlinien im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aussagen betreffend die Wettbewerbsparameter und die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen im Rahmen der Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG relevant sind. Die Marktmerkmale fliessen in die Beurteilung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit ein.

Schliesslich ist - wie bereits im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG erläutert (E. 4.3.3 ff. hiervor) - zu erwähnen, dass die entsprechenden Punkte der Bekanntmachungen im Versicherungsbereich auch im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG ergänzend herangezogen werden können.

### **6.3.6 Zwischenfazit zu den Erwägungen 6.1 bis 6.3**

In Erwägung 6.1 wurde dargelegt, dass die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass Art. 5 Abs. 3 KG auf den vorliegend zu beurteilenden Informationsaustausch nicht anzuwenden ist. Zudem sieht das Bundesverwaltungsgericht auch mit Blick auf das ihr diesbezüglich zustehende Ermessen jedenfalls von einer reformatio in peius ab. Demnach ist "nur noch" das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. Anschliessend wurde der Informationsaustausch analysiert. Es geht um einen selbständigen (E. 6.2.3.6 f.) und im Wesentlichen indirekten Informationsaustausch mit der ASCOPA als Meldestelle (E. 6.2.2.1). Eine qualifizierte Bagatelle, wie sie die Beschwerdeführerin sinngemäss behauptet und welche zum Verzicht auf eine Erheblichkeitsprüfung führen würde, fällt nach dem in E. 6.3.1 zum Bagatellbegriff Gesagten sowohl aus qualitativer als auch aus quantitativer Sicht ausser Betracht (vgl. insb. E. 6.3.1.4).

In Erwägung 6.3.2 wurde ausgeführt, dass nach dem Urteil "Hallenstadion-Ticketcorner" des Bundesgerichts, welches das wichtigste Präjudiz zu weichen Kartellabsprachen nach Art. 5 Abs. 1 KG ist, die Erheblichkeit - auch nach Ergehen des Gaba-Urteils - sowohl unter Berücksichtigung qualitativer als auch quantitativer Elemente zu bestimmen ist. Demnach sind auch für den vorliegenden Fall die qualitativen Elemente (in Erwägung 6.4) und die quantitativen Elemente (in Erwägung 6.5) im Sinne der Urteile "Buchpreisbindung I" und "Hallenstadion-Ticketcorner" zu prüfen (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.2.1, 7.3.1-7.3.4 f. "Hallenstadion-Ticketcorner"; vgl. E. 6.3.2.8 hiervor). Dabei gibt es ein Minimum an qualitativen Aspekten im Sinne eines relevanten Unrechtsgehalts, der nicht durch quantitative Aspekte kompensiert werden kann (E. 6.3.2.7 hiervor).

In Erwägung 6.3.3 wurde festgehalten, dass nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung weder aus dem Erheblichkeitsbegriff noch aus dem Begriff der Beeinträchtigung das Erfordernis des Nachweises von Auswirkungen abgeleitet werden kann (vgl. insb. E. 6.3.3.4). In Erwägung 6.3.4 wurde ausserdem festgestellt, dass der Informationsaustausch umgesetzt wurde, weshalb offen gelassen werden kann, ob es im Kontext von Art. 5

Abs. 1 KG der Umsetzung bedarf. In Erwägung 6.3.5 wurde schliesslich aufgezeigt, welche der in den Horizontalleitlinien beschriebenen Kriterien im Rahmen der Prüfung der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

## **6.4 Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit**

Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit haben die Bedeutung der durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand (vgl. zu den Wettbewerbsparametern als Thema von Art. 4 Abs. 1 KG E. 4.5.3 und von Art. 5 KG E. 6.3.1.4.1 in fine sowie 6.4.2.3 hiernach). Die von einer Abrede bzw. von einem Informationsaustausch betroffenen Wettbewerbsparameter müssen auf dem relevanten Markt eine gewisse Bedeutung aufweisen (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 95 f.; BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 322 mit Hinweisen; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 187). Um über die Gefährlichkeit eines Informationsaustauschs Aussagen machen zu können, sind neben dem Bezug auf Wettbewerbsparameter auch die Art des Informationsaustauschs bzw. die informationsaustauschspezifischen Aspekte des zu beurteilenden Verhaltens (Häufigkeit des Austausches [vgl. E. 6.4.1.1 hiernach], historische oder aktuelle Informationen [vgl. E. 6.4.1.2 hiernach], die Frage nach deren Aggregation [vgl. E. 6.4.1.3 hiernach], öffentliche oder geheime Daten [vgl. E. 6.4.1.4 hiernach] und die die Frage nach Informationsasymmetrien [vgl. E. 6.4.1.5 hiernach]) in die Beurteilung miteinzubeziehen. Nach der Prüfung der informationsaustauschspezifischen Kriterien (vgl. E. 6.4.1 hiernach) werden die einzelnen Handlungsstränge des Informationsaustauschs in Erwägung 6.4.2 betreffend ihre Bedeutung in Bezug auf die Wettbewerbsparameter bzw. ihre Wettbewerbsrelevanz geprüft (ausgetauschte Bruttopreise [vgl. E. 6.4.2.4 hiernach], ausgetauschte Umsätze [vgl. E. 6.4.2.5 hiernach] und ausgetauschte Werbeinvestitionen [vgl. E. 6.4.2.6 hiernach]).

### **6.4.1 Informationsaustauschspezifische Aspekte**

Die Würdigung dieser informationsaustauschspezifischen Aspekte kann entweder in Bezug auf die einzelnen Handlungsstränge separat erfolgen. Indessen besteht auch die Möglichkeit, die verschiedenen Handlungsstränge des Informationsaustauschs (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und der Werbeinvestitionen) - wie vorliegend - zusammenzufassen und diese Prüfung der informationsaustauschspezifischen Aspekte gesamthaft durchzuführen. Diese Vorgehensweise ist namentlich angezeigt mit Blick auf den Umstand, dass ein Informationsaustausch als Ganzes zu würdigen ist. Ausserdem ist anzumerken, dass die Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit betreffend die AGB-Empfehlungen gesondert in Erwägung 9.4 durchgeführt wird, da sich die Handlungen betreffend die AGB-Empfehlungen von den Handlungen des allgemeinen Informationsaustausches unterscheiden.

Die informationsaustauschspezifischen Kriterien sind im Sinne einer Gesamtwürdigung zu betrachten, da sie in einer Wechselwirkung zueinanderstehen. BANGERTER/ZIRLICK unterscheiden in diesem Kontext marktbasiertere und austauschbasiertere Kriterien, wobei mit der Hilfe der Letzteren die Eigenschaften der ausgetauschten Information

und die Modalitäten des Austausches beschrieben werden (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 153). In Bezug auf die konkrete Prüfung der Wettbewerbsparameter (qualitative Elemente der Erheblichkeit) erfahren die verschiedenen Handlungen des Informationsaustausches (Austausch von Bruttopreislisten, von Bruttoumsätzen und von Werbeinvestitionen) jedoch eine gesonderte Prüfung (vgl. E. 6.4.2 hiernach).

#### 6.4.1.1 Die Häufigkeit des Austausches

**6.4.1.1.1** Ein häufiger Informationsaustausch ermöglicht eine bessere Kenntnis über den Markt, über das Verhalten der Konkurrenten und über die Abweichungen vom Verhalten der Konkurrenten (BLATTMANN, S. 299, WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 253 f.; EDELMANN, S. 115; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 162; BSK KG- MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153 Lemma 4; Rz. 91 Horizontalleitlinien; spezifisch in Bezug auf die Häufigkeit relativierend BSK KG-REINERT, Art.4 Abs. 1 KG N 157). Je öfter Daten ausgetauscht werden, desto einfacher ist es, Geschäftsstrategien anzupassen bzw. anzugleichen (Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 37 Lemma 4). Dies wird in BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 i.V.m. E. 3.4.4 "Pfizer II" stillschweigend vorausgesetzt.

**6.4.1.1.2** Vorliegend werden die Häufigkeit bzw. die Intervalle der Handlungen des Informationsaustausches nicht bestritten, weshalb sich das Gericht auf die Aussagen der Vorinstanz stützen kann. Allerdings macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Informationen von European Forecast zum Teil detaillierter als die von ASCOPA gewesen seien (Beschwerde Rz. 50).

Der vorliegende Informationsaustausch dauerte über Jahre und umfasste zahlreiche sich immer wiederholende Handlungen betreffend die ausgetauschten Bruttopreislisten, die ausgetauschten Umsätze sowie die ausgetauschten Werbeinvestitionen (angefochtene Verfügung Rz. 31 ff., 37 ff., 116 ff., 132, 181 ff.; Abbildungen 4, 7). Der entsprechende Sachverhalt ist im Folgenden festzustellen, wobei zwischen den einzelnen Handlungssträngen des Informationsaustausches (Bruttopreislisten, Umsatzinvestitionen und Werbeinvestitionen) zu unterscheiden ist. Die Rüge betreffend European Forecast wird am Ende von Erwägung 6.4.1.1.4 aufgegriffen.

#### i. Der Austausch von Bruttopreislisten

**6.4.1.1.3** Nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz gab es bis im Jahr 2001 mindestens einmal jährlich Bruttopreisvergleichslisten unter den ASCOPA-Mitgliedern (angefochtene Verfügung Rz. 31 ff., Abbildung 4). Die Vorinstanz geht für die Jahre 2002 bis 2007 davon aus, dass sich die ASCOPA-Mitglieder die Bruttopreislisten zweimal jährlich (im Frühling und im Herbst) mit Adressetiketten, welche ASCOPA für seine Mitglieder organisierte, zugestellt hat (angefochtene Verfügung Rz. 37 und Rz. 47). Der Informationsaustausch erfolgte insoweit also direkt, nicht via die ASCOPA als Meldestelle (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 50 i.V.m. Rz. 59, und E. 6.2.2.2 hiervor). Abbildung 4 der angefochtenen Verfügung (vgl. auch Rz. 50) stellt die Intervalle der Handlungen in Bezug auf die ausgetauschten Bruttopreise graphisch dar. Daraus wird ersichtlich, wie der Austausch der Preislisten nach 2001 - wenn auch nicht lückenlos -

bewiesen werden kann. Insgesamt kommt die Vorinstanz auch aufgrund der Aussagen von Verfahrensbeteiligten zum Schluss, dass die Bruttopreislisten bis Ende 2007 halbjährlich ausgetauscht worden sind. Diese Sachverhaltsdarstellung legt auch die Beschwerdeführerin ihren Ausführungen zugrunde (Beschwerde Rz. 32).

#### ii. Der Austausch von Umsatzinformationen

**6.4.1.1.4** Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Umsatzaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern monatlich (sechs Produktkategorien), vierteljährlich (28 Produktkategorien) und jährlich (71 Produktkategorien) erfolgt ist (angefochtene Verfügung Rz. 114, 117, 128, 130 i.V.m. 134):

Mit dem monatlichen Umsatzaustausch wurde spätestens seit Anfang des Jahres 1993 begonnen, gemäss Angaben von ASCOPA seit ca.1978. Der Austausch der monatlichen Umsatzangaben wurde im September 2008 eingestellt. Bis im Jahr 2005 erfolgte der Umsatzaustausch auf Formularen (angefochtene Verfügung Rz. 116 f., siehe auch Abbildung 7). Ab 2005 wurde eine passwortgeschützte Intranetseite geschaffen, in welcher die ASCOPA-Mitglieder ihre Umsatzinformationen eintrugen. Die Daten wurden bis zum Beginn des Jahres 2004 nach erfasst, so dass die elektronische Datenbasis die Umsatzentwicklungen seit Januar 2004 in elektronischer Form abbildete. Die Marktanteilsberechnungen wurden automatisch vom System durchgeführt. Gleichzeitig war der Detaillierungsgrad der ausgetauschten Umsatzinformationen höher als vor der Einführung der elektronischen Datenerfassung. Die Struktur der Umsatzangaben war zudem den jährlich erstellten Statistiken von European Forecast angepasst (angefochtene Verfügung Rz. 118 f. und Abbildung 6).

Zudem erfolgte vierteljährlich zwischen 1997 (laut ASCOPA seit 1978) und Ende 2004 ein Austausch von Umsatzinformationen über eine Liste in 28 Produktkategorien (angefochtene Verfügung Rz. 124 f.). Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus (Beschwerde, Rz. 43).

Der Austausch mit den jährlichen Umsatzangaben, d.h. den Umsätzen des Vorjahres, fand von 1994 bis 2004 statt; wobei die Vorinstanz ergänzend ausführt, dass die Umstände dafür sprechen, dass der Austausch sogar bis 2006 stattgefunden habe (angefochtene Verfügung Rz. 130-132). Dies kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Jedenfalls beanstandet die Beschwerdeführerin die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nicht, sondern wirft vielmehr ergänzend die Frage auf, ob die Feststellungen der Vorinstanz zur Frage, wann die Daten jeweils den Teilnehmern des Informationsaustauschs zur Verfügung gestanden haben, hinreichend präzise sind (Beschwerde, Rz. 43; vgl. zur Historizität der Daten E. 6.4.1.2.2 hiernach).

Was die Rüge (Beschwerde Rz. 50) betrifft, dass die Informationen von European Forecast detaillierter als diejenigen von ASCOPA gewesen seien, so ist diesbezüglich im vorliegenden Zusammenhang festzustellen, dass die Vorinstanz diesem Argument entgegnet hat, dass die Daten von European Forecast jedenfalls nicht auf dem gleichen aktuellen Stand waren wie die im Rahmen von ASCOPA ausgetauschten Daten (angefochtene Verfügung, Rz. 173). Tatsächlich gestaltete sich der

Informationsaustausch bei ASCOPA (monatlich, vierteljährlich und jährlich) engmaschiger als bei European Forecast. So sind die Studien von European Forecast nur einmal jährlich erhältlich gewesen und haben das vergangene Geschäftsjahr abgebildet (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 173). Der häufigere Datenaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern diesbezüglich ist demnach deutlich attraktiver, worauf die Vorinstanz zutreffend hinweist (angefochtene Verfügung Rz. 170, 173). Was die Detailliertheit der ausgetauschten Informationen betrifft, so ist auf Erwägung 6.4.1.3.10 zu verweisen. Ohnehin vermochten die Daten von European Forecast dem vorliegenden Informationsaustausch auch in Bezug auf die Umsatzdaten nicht den Status der Öffentlichkeit im Sinne einfacher Zugänglichkeit zu verleihen, da European Forecast für seine Daten einen ins Gewicht fallenden Preis verlangte (angefochtene Verfügung Rz. 169; vgl. E. 6.4.1.4.5 hiernach).

iii. Der Austausch von Angaben zu den Werbeinvestitionen

**6.4.1.1.5** Das Gericht stellt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz fest, dass sich gemäss den Aussagen von ASCOPA die ASCOPA-Mitglieder seit mindestens 1978 über ihre Bruttowerbeinvestitionen informierten. Die eingereichten Dokumente reichen bis ins Jahr 1998 zurück. Der Austausch erstreckte sich gemäss Selbstanzeige bis mindestens Ende 2006. Den Wettbewerbsbehörden liegen E-Mails vor, welche bestätigen, dass der Austausch der Werbeausgaben bis mindestens Ende 2007 stattgefunden hat. Der Austausch über die Werbeinvestitionen fand zweimal jährlich statt (angefochtene Verfügung Rz. 180 f.). Dabei kam eine Bagatellgrenze zur Anwendung, indem in das entsprechende Formular nur Marken einzutragen waren, für welche pro Jahr ein Minimum von Fr. 50'000.- an Werbeausgaben aufgewendet wurde (angefochtene Verfügung, Rz. 184). Auch hier werden seitens der Beschwerdeführerin die vorinstanzlichen Feststellungen betreffend Dauer und Häufigkeit des Informationsaustauschs nicht bestritten (Beschwerde, Rz. 54 [mit Hinweis auf Rz. 183 der angefochtenen Verfügung], Rz. 61 e contrario und Rz. 62 [mit Hinweis auf Rz. 194 der angefochtenen Verfügung]). Sie wirft der Vorinstanz indessen vor, nicht geprüft zu haben, ob der Informationsaustausch über Werbeausgaben zu einer Koordination der Werbeausgaben geführt habe, worauf im vorliegenden Zusammenhang indessen nicht einzugehen ist (vgl. dazu E. 6.3.3 hiervor).

iv. Fazit

**6.4.1.1.6** Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Handlungen des Informationsaustausches in regelmässig wiederkehrenden Abständen über Jahre stattgefunden haben. Ausserdem ist erstellt, dass sich der vorliegende Informationsaustausch zwar strukturell an den Angaben von European Forecast orientiert, aber engmaschiger (häufiger) als die Datenanalyse von European Forecast ausgestaltet war (angefochtene Verfügung Rz. 119 und Rz. 170 f.). Damit ist in der Häufigkeit der ausgetauschten Daten namentlich in Bezug auf die Umsatzdaten aus qualitativer Sicht ein gewichtiges Indiz für die Erheblichkeit des zu beurteilenden Informationsaustauschs zu sehen. Ob es diesbezüglich einen Unterschied macht, dass die ASCOPA-Mitglieder bei Nichtlieferung von Umsatzinformationen einen Betrag von

Fr. 200.- ausrichten mussten, kann nach dem Gesagten offen bleiben (vgl. diesbezüglich zur rechtlichen Erzwingbarkeit der Vereinbarung E. 4.4.3.7 insb. 4.4.3.7.3 hiervor).

#### **6.4.1.2 Historizität der ausgetauschten Informationen**

**6.4.1.2.1** Der Austausch prognostischer und aktueller Daten ist in der Tendenz bedenklicher als der Austausch vergangener Daten (KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014, S. 86; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 94; BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153 Lemma 3; relativierend BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 155). Auch wenn der Austausch historischer Informationen in der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist, kann Letzterer trotzdem das zwischenzeitlich vergangene Verhalten nachvollziehbarer machen und Aussagen über das zukünftige Verhalten zulassen (BLATTMANN, S. 295). Ausserdem bleibt im Einzelfall zu prüfen, ab wann Datenmaterial genügend alt ist, um historisch im Sinne der soeben beschriebenen Definition zu sein (DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N 161).

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.4.1.2.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Informationsaustausch in der Vergangenheit anzusetzen sei. Es handle sich um historische Diskussionen (Beschwerde Rz. 51 f., 86, 96). Die Vorinstanz habe die Angabe unterlassen, dass die Umsatzzahlen erst etliche Monate nach deren Abschluss verfügbar gewesen seien (Beschwerde Rz. 43). Ohne genauere Begründung habe die Vorinstanz gesagt, dass es der Einblick in die historischen Umsatzzahlen und Werbeausgaben ermöglicht habe, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu ziehen, weshalb dann die Vorinstanz "die qualitativen Kriterien der Erheblichkeit" (zu Unrecht) bejaht habe (Beschwerde Rz. 122 mit Hinweis auf Rz. 640 in der angefochtenen Verfügung). Ergänzend macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz unterlasse eine Aussage über die Aktualität der ausgetauschten Jahresumsatzinformationen. Nach Erinnerung der Beschwerdeführerin seien die jährlichen Umsatzinformationen erst längere Zeit (etliche Monate) nach Abschluss der fraglichen Jahre verfügbar gewesen (Beschwerde Rz. 43).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.4.1.2.3** Gemäss der Vorinstanz erfolgte der Austausch von Bruttopreislisten in der Regel zweimal jährlich von 1993-2007 (angefochtene Verfügung Rz. 37 ff., 50; Abbildung 4). Der monatliche Austausch der Bruttoumsätze habe bis im September Jahr 2008 gedauert (angefochtene Verfügung Rz. 116 ff., Abbildung 7). Sodann habe der Austausch über Werbeinvestitionen zwei Mal jährlich bis im Jahr 2006 oder 2007 stattgefunden (angefochtene Verfügung Rz. 180, Abbildung 12). Die erste Kontaktaufnahme mit der Vorinstanz sei am 9. September 2008 erfolgt (angefochtene Verfügung Rz. 260). Die Vorinstanz eröffnete die Untersuchung am den 1. Dezember 2008 (angefochtene Verfügung Rz. 264). Die Vorinstanz führt ergänzend aus, dass der Einblick in die Umsatzzahlen und die Werbeausgaben es ermöglicht habe, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu nehmen, weshalb die qualitativen Kriterien der

Erheblichkeit zu bejahen seien (angefochtene Verfügung Rz. 640).

### iii. Würdigung

**6.4.1.2.4** Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Umsatzzahlen erst etliche Monate nach deren Abschluss verfügbar gewesen seien, weshalb ihnen daher die Aktualität abgesprochen werden könne, erweist sich als unbegründet. Einerseits erlaubten die Selbstklebeadressetiketten (angefochtene Verfügung Rz. 24) die zügige Weitergabe der Informationen. Andererseits benötigte ASCOPA nur drei Wochen bis zu einem Monat für die Zusammenstellung der Angaben (angefochtene Verfügung Rz. 129). Zudem erfolgte ab dem Jahr 2005 der monatliche Umsatz-austausch übers Intranet (angefochtene Verfügung Rz. 118 f.), was ebenfalls eine raschere Weiterverbreitung der Informationen ermöglichte. Des Weiteren ist eine Mail der Verbandssekretärin von ASCOPA zu erwähnen. In dieser Mitteilung fasste Letztere die Inhalte des Gespräches mit dem Vizedirektor der Wettbewerbskommission vom 9. September 2008 (Sachverhalt B.a., E. 3.2.6) zusammen (angefochtene Verfügung Rz. 260 ff., 301 ff., 308 ff.). Die Verbandssekretärin legte in dieser Mail dar, dass man in Zukunft die Informationen mit einer Verzögerung von drei Monaten zur Verfügung stellen solle (angefochtene Verfügung Rz. 309 ff.). Hieraus ist erstens zu schliessen, dass vor diesem Gespräch der Informationsfluss zwischen den ASCOPA-Mitgliedern schneller als drei Monate war. In der Beratung "Benchmarking Hypothekarzinsen" wurde von einem Zeitverzug von zwölf Monaten gesprochen, um die Aktualität von ausgetauschten Daten zu verneinen in Verbindung mit einer Aussage betreffend die Aggregation des Inhalts, dass keine Rückschlüsse auf die übrigen Marktteilnehmer gemacht werden konnten ("Benchmarking Hypothekarzinsmargen" Beratung WEKO, RPW 2011/4 S. 520 f.). Im vorliegenden Fall standen jedoch nur drei Monate zur Diskussion, was gegen eine Historizität der ausgetauschten Daten spricht. Zudem waren Rückschlüsse auf die anderen ASCOPA-Mitglieder möglich (vgl. E. 6.4.1.3 hiernach). Auch lässt der in Bezug auf die Umsatzdaten etablierte Überwachungsmechanismus bei Nichtlieferung (vgl. 4.4.3.5.1 in fine und 4.4.3.7 hiervor) den Schluss zu, dass die Daten zügig an ASCOPA weitergeleitet wurden und im Intranet zur Verfügung gestellt wurden. Demnach irrt sich die Beschwerdeführerin, wenn sie aus dem blossen Umstand, dass sich der vorliegende Informationsaustausch auf Daten betreffend die Vergangenheit bezieht, auf eine eigentliche Historizität der ausgetauschten Daten schliesst (vgl. Beschwerde Rz. 122). Das ist insbesondere in Bezug auf die Umsatzdaten in Verbindung mit den Feststellungen zur Häufigkeit des Austausches falsch (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 640). Daher kann diesbezüglich in der Art des Datenaustauschs aus qualitativer Sicht kein Indiz gegen die Erheblichkeit des Informationsaustauschs gesehen werden.

#### 6.4.1.3 Aggregierungsgrad der Informationen

**6.4.1.3.1** Hinreichend aggregierte Daten lassen nur mit Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zu (Rz. 89 der Horizontalleitlinien; TUGENDREICH, S. 70; DIKE- KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N 160; BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153

Lemma 2; BLATTMANN, S. 225, 292, 296). Solche Daten müssen gemäss WAGNER-VON PAPP anonym sein und es darf keine Möglichkeit - auch nicht ausserhalb des Informationsaustausches (z.B. World Wide Web) - bestehen, dass Rückschlüsse auf den Urheber der Daten gemacht werden können (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 237 ff., 244; WAGNER-VON PAPP, WuW 2005/7-8, S. 732 ff, 734; EDELMANN S.112).

**6.4.1.3.2** Es ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unbedenklich, wenn ein Unternehmen seine Daten an eine neutrale Stelle leitet, welche die Daten auswertet und den Wettbewerbsteilnehmern nur Durchschnittswerte in anonymisierter Form zukommen lässt, sodass gar keine Rückschlüsse auf die anderen Unternehmen gemacht werden können (DIKE- KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N 160; SCHROEDER, WuW 2009/7-8, S. 724; Anhang V der Bekanntmachungen im Versicherungsbe- reich - Benchmarking-Analysen Lebensversicherungen, S. 167 f.; Rz. 216, 218 Ziff. 1; Jahresbericht, RPW 2007/1 S. 15 f.). So dürfen in Statistiken die einzelnen Wettbewerber nicht erkenntlich sein (WAGNER-VON PAPP, WuW 2005/7-8, S. 732 ff., 734; vgl. BLATTMANN, S. 296).

**6.4.1.3.3** Das entscheidende Kriterium der Aggregation ist demnach, ob der Informationsaustausch Rückschlüsse auf die Beteiligten zulässt (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 237 ff., 242 f., 244; WAGNER-VON PAPP, WuW 2005/7-8, S. 732 ff., 734; Rz. 89 Horizontalleitlinien). In den Bekanntmachungen für den Versicherungsbe- reich wird dazu festgehalten, je detaillierter die ausgetauschten Informationen seien, desto einfacher sei es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten dementsprechend anzupassen (Bekanntmachungen im Versicherungsbe- reich Rz. 37 Lemma 2). So ist nach KAUFMANN die "Aggregation" ein Anhäufen oder Verdichten von Einzelinformationen zu grösseren Einheiten, weshalb dann die Einzelinformationen nicht mehr identifizierbar sind und keine Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Informationen erlauben (KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014, S. 86). Nach KAUFMANN kann also die Detailliertheit der ausgetauschten Daten hilfreich sein, Rückschlüsse auf die Identität und das Verhalten der Wettbewerber zu machen. Je aggregierter also die ausgetauschten Daten sind, desto schwerer wird es, Rückschlüsse auf die einzelnen Unternehmen zu machen und umgekehrt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 160; BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153 Lemma 2). So ergänzt BLATTMANN, dass es bei diesem Punkt um die Möglichkeit der Unternehmen gehe, von detaillierten Informationen auf das Verhalten der Konkurrenten zu schliessen, dieses zu antizipieren und das eigene Verhalten in der Folge anzupassen (BLATTMANN, S. 225).

**6.4.1.3.4** Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Detaillierung der Daten als eine Eigenschaft zu werten ist, welche erleichterte Rückschlüsse auf den Urheber der Daten wahrscheinlich erscheinen lässt. Lassen die ausgetauschten Informationen leicht Rückschlüsse auf die am Informationsaustausch Beteiligten zu, ohne den höchstmöglichen Detaillierungsgrad aufzuweisen, sind die Daten indessen jedenfalls auch nicht hinreichend aggregiert.

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.4.1.3.5** Die Beschwerdeführerin macht geltend, es seien lediglich Informationen in aggregierter Form über Umsätze und Werbekosten, also nur pro Marke und pro Produktkategorie und nicht pro einzelnes Produkt oder pro Produktneuheit ausgetauscht worden (Beschwerde Rz. 16 ii, 23, 44 ff., 51, 54 ff., 76-78, 89 ff., 95 f., 114, 139; Replik Rz. 74; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9 f., 15 f.). So sei es beim Austausch über Umsätze und Werbekosten gar nicht möglich gewesen, Rückschlüsse auf einzelne Produkte zu machen. So hätten weder die abgesetzte Menge pro Produktkategorie noch die Stock Keeping Unit (SKU) ermittelt werden können. Die anders lautende Ansicht der Vorinstanz beruhe auf dem falschen Ergebnis, dass man die effektiv ausgehandelten Preise der Konkurrenten hätte abschätzen können (Beschwerde Rz. 16 ii, 44 ff., 51, 76, 89 f., 96; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Auch hätte dies sogar die Vorinstanz eingestanden (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Zudem würden die ausgetauschten Werbekosten nur 29.9-51.9 % der gesamten Marketingkosten ausmachen. Ebenfalls sei es von der Vorinstanz unzutreffend gewesen, mit dem "Share of Voice" (SOV) zu argumentieren. (Beim SOV handelt es sich um eine Marketingkennzahl, mit welcher die prozentuale Marktabdeckung berechnet werden kann, indem die Anzahl der Zielpersonenkontakte durch eigene Werbung durch die Anzahl der Zielpersonenkontakte durch Werbung in der Branche geteilt wird [angefochtene Verfügung Rz. 214 ff.]). Denn die Anzahl der Zielpersonen habe, so die Beschwerdeführerin, den ausgetauschten Werbeangaben nicht entnommen werden können. Auch sei es nicht möglich gewesen, anhand des Austausches über die Werbeinvestitionen die Werbekosten einer Produktneuheit zu eruieren. Demnach seien die ausgetauschten Umsätze und Werbekosten nach Ansicht der Beschwerdeführerin aggregiert (Beschwerde Rz. 54 ff., 91).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.4.1.3.6** Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, je detaillierter die ausgetauschten Informationen seien, desto problematischer sei dies für das Aggregationsniveau. So sind nach Ansicht der Vorinstanz die ausgetauschten Umsätze nicht oder kaum aggregiert (angefochtene Verfügung Rz. 391 f.). Zudem wird in der angefochtenen Verfügung beschrieben, wie die Handlungen des Informationsaustausches über den Verband ASCOPA erfolgten (angefochtene Verfügung Rz. 25 ff.).

Im Folgenden sind zuerst die einzelnen Handlungsstränge des Informationsaustausches zu beschreiben, damit danach in den Erwägungen 6.4.1.3.10 ff. erörtert werden kann, ob der Informationsaustausch in hinreichend aggregierter Weise erfolgte.

**6.4.1.3.7** Für den Austausch der Informationen über die Bruttopreise erhielten die ASCOPA-Mitglieder von ihrem Verband Adresstiketten, damit die Zustellung direkt zwischen den Verbandsmitgliedern möglich war (angefochtene Verfügung Rz. 38).

**6.4.1.3.8** Betreffend die ausgetauschten Umsatzzahlen ist auf Erwägung 4.4.3.5.1 zu verweisen, wo gesagt

wurde, dass sich die Bruttoumsatzzahlen (auch "sell-in" genannt) aus der Stückzahl multipliziert mit dem Bruttoverkaufspreis ergeben. Sie "spiegeln den Betrag wieder, den jedes ASCOPA-Mitglied mit dem Verkauf seiner Produkte an den Handel erzielte" (angefochtene Verfügung Rz. 112). Die monatlichen (vor der Digitalisierung), vierteljährlichen und jährlichen Umsatzangaben wurden jeweils auf einem Formular eingetragen, welches den Unternehmensnamen, die Bruttoumsatzzahlen der jeweiligen Marken, ihre Produktkategorien und den entsprechenden Zeitraum aufzeigte (angefochtene Verfügung Rz. 116 ff., 128, 132 ff., Abbildungen 5, 9, Anhang I). So wurden auch bezüglich des jährlichen Umsatzaustausches die Marken der ASCOPA-Teilnehmer in Vergleichsübersichten nach Produktkategorien dargestellt (angefochtene Verfügung Rz. 135, act. 2 Beilage E. 1). Ab 2005 - rückwirkend bereits ab 2004 - wurde der monatliche Umsatzaustausch im Intranet digitalisiert von ASCOPA erfasst (angefochtene Verfügung Rz. 118 ff.). So war der Detaillierungsgrad der ausgetauschten Umsatzinformationen höher als vor der Einführung der elektronischen Datenerfassung. Die Marktanteilsberechnungen wurden automatisch vom System durchgeführt (angefochtene Verfügung Rz. 117-120). Die monatlichen Darstellungen konnten mit sämtlichen am Informationsaustausch teilnehmenden Marken und Unternehmen im Excel-Format exportiert werden. Zudem konnten die Parteien einen Umsatzvergleich der rein selektiv vertriebenen Marken ausdrucken. Schliesslich führte die Darstellung auf, wie viel Umsatz ein Konkurrenzunternehmen prozentual und in absoluten Zahlen mit einer Marke verteilt auf "Retailer" und "Department Stores" erwirtschaftete (angefochtene Verfügung Rz. 126). Gemäss Intranet-Seite wurden die Umsatzdaten von rund 148 Marken ausgetauscht (angefochtene Verfügung Rz. 127, Abbildung 8). In Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung werden die jeweiligen Marken den dazugehörigen Unternehmen bzw. ASCOPA-Mitgliedern zugeordnet. Diese Informationen waren auch auf der Website von ASCOPA zu finden (vgl. Quellenhinweis unten an Abbildung 8). Zudem ist es ohnehin bekannt, welches Unternehmen Inhaber einer Marke ist.

Nach Ansicht der Vorinstanz ist es in einzelnen Fällen sogar möglich gewesen, anhand der ausgetauschten Umsätze Rückschlüsse auf einzelne Produkte zu ziehen (angefochtene Verfügung Rz. 148 ff., Rz. 151 ff.). Ausserdem hätten die jährlichen Umsatzdaten die einzelnen Unternehmen in die Lage versetzt, die abgesetzten Mengen teilweise bis hinunter auf Ebene einer Stock Keeping Unit (SKU) zu eruieren (angefochtene Verfügung Rz. 179).

**6.4.1.3.9** Auch im Anschluss an den Austausch der Werbeinvestitionen erhielten die Mitglieder eine Aufstellungsübersicht von ASCOPA, aus welcher die Werbeinvestitionen zu den einzelnen Marken hervorgingen (angefochtene Verfügung Rz. 181; act 43 Dokument 8). Des Weiteren meint die Vorinstanz, dass der Austausch über die Werbeinvestitionen den ASCOPA-Mitgliedern ermöglicht habe, die Werbeanstrengungen der anderen Wettbewerber zu verfolgen. Jedes Unternehmen habe zumindest die Ausgaben für eine Produktlinie eruieren können. Gleichzeitig habe es auch die Bruttoverkaufspreise und Endverkaufspreise der Konkurrenten sowie den Produkterfolg gekannt. Somit hätten es die ausgetauschten

Informationen den ASCOPA-Mitgliedern ermöglicht zu erfassen, welche Werbeaufwendungen mit welchen Preisen zu welchem Umsatz führten. Diese Ergebnisse hätten die Parteien für die Kostenanalyse einer Produktlancierung beachten oder mit Preisanpassungen auf die Strategie der Konkurrenz reagieren können. Dabei sei es - so die Vorinstanz - vorläufig nicht entscheidend, ob sie dies tatsächlich taten. Zentral sei, dass die ASCOPA-Mitglieder hierzu die Möglichkeit hatten (angefochtene Verfügung Rz. 213). Schliesslich geht die Vorinstanz davon aus, dass es möglich gewesen sei, den SOV (Share of voice) zu eruieren (angefochtene Verfügung Rz. 214 ff.).

### iii. Würdigung

**6.4.1.3.10** Mit Blick auf die Frage der Aggregation ist entscheidend, ob die Angaben "unternehmensspezifisch" sind (HEINEMANN/HEIZMANN, in: Festschrift Weber, S. 67 in Bezug auf das europäische Kartellrecht). Die Rügen der Beschwerdeführerin zielen jedoch darauf hin, dass der Informationsaustausch noch viel detaillierter hätte sein können, als er es war. So führt sie namentlich aus, man habe beispielweise den ausgetauschten Umsätzen und Werbeinvestitionen keine Informationen über ein einzelnes Produkt, sondern nur Angaben über Produktkategorien und Marken entnehmen können. Folgerichtig macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass die Urheber der ausgetauschten Informationen nicht bekannt gewesen seien. Auch wird der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt in Bezug auf die Beschaffenheit der ausgetauschten Daten nicht bestritten.

**6.4.1.3.11** Soweit die Vorinstanz sich hinsichtlich der Umschreibung des Begriffes der Aggregation vor allem auf den Detaillierungsgrad der ausgetauschten Informationen bezieht, aber weniger die Möglichkeit von Rückschlüssen auf die Unternehmen bzw. auf die Urheber der Informationen, argumentiert sie im Ergebnis zu ihren eigenen Ungunsten und geht insoweit eher davon aus, dass die Tatsache, dass den beteiligten Unternehmen die Daten offensichtlich zugeordnet werden können, einen hinreichenden Aggregierungsgrad nicht ausschliesst. Das impliziert eher zu wenig hohe Anforderungen an eine hinreichende Aggregation. Dies kann aber letztlich offen bleiben, da auch darüber hinaus noch die Zuordnung zu bestimmten Produktlinien möglich ist, wie im Folgenden in Bezug auf die drei Handlungsstränge zu zeigen sein wird.

So gestaltete sich der Austausch der Bruttopreislisten (vgl. E. 6.4.1.3.7 hiervor) mithilfe der Adresstiketten zweimal im Jahr direkt zwischen den ASCOPA-Mitgliedern (angefochtene Verfügung Rz.37 f.), weshalb der Absender erkennbar war. Zudem führten die Bruttopreislisten sämtliche Produkte inklusive der Artikelnummer der ausgetauschten Marke auf, weshalb aus den Listen nicht nur der Urheber der ausgetauschten Informationen, sondern darüber hinaus auch spezifischere Angaben genutzt werden konnten.

Was die ausgetauschten Umsatzzahlen (vgl. E. 6.4.1.3.8 hiervor) betrifft, so wurden alle drei Kategorien (jährlich, vierteljährlich und vor der Digitalisierung auch die monatlichen Umsatzzahlen) mit ihrem Markennamen in ein entsprechendes Formular eingetragen, weshalb nicht nur der Urheber der ausgetauschten Informationen, sondern auch einzelne Marken bekannt waren, da man wusste, welche Marke zu welchem Unternehmen gehörte (vgl.

angefochtene Verfügung Abbildung 8). Nach der Digitalisierung konnten die monatlichen Umsatz-Darstellungen mit sämtlichen am Informationsaustausch teilnehmenden Marken und Unternehmen im Excel-Format exportiert werden, weshalb auch in diesem Kontext die Rückverfolgung auf den einzelnen Wettbewerber (ASCOPA-Mitglieder) und Marken möglich war (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 126). Inwiefern es darüber hinaus möglich war, die abgesetzten Mengen in Bezug auf einzelne Produkte bzw. Stock Keeping Units zu eruieren, kann im Kontext mit der Frage der Aggregation offen gelassen werden, da nicht nur die Urheber der ausgetauschten Informationen, sondern auch die Daten in Bezug auf einzelne Marken rückverfolgbar waren.

Auch in den Aufstellungsübersichten betreffend die Werbekosten (vgl. E. 6.4.1.3.9 hiervor) waren die einzelnen Marken ersichtlich (angefochtene Verfügung Rz. 181; act 43 Dokument 8). Zudem war es bekannt, zu welchem Unternehmen (bzw. zu welchem ASCOPA-Mitglied) die jeweils aufgeführte Marke gehörte. Die Rügen der Beschwerdeführerin, welche den Share of Voice betreffen, erweisen sich im beschriebenen Kontext der Aggregation als obsolet, da die Rückverfolgbarkeit auf den Urheber der ausgetauschten Informationen (und nicht die Anzahl der Zielpersonen der Werbung) das einschlägige Kriterium ist. Demnach spielt es auch keine Rolle, ob die ausgetauschten Werbekosten nur einen Prozentanteil der gesamten Marketingkosten ausmachten oder ob die Werbekosten betreffend ein einzelnes Produkt eruiert werden konnten. Damit kann offen bleiben, ob teilweise sogar auf Einzelprodukte Rückschlüsse gezogen werden können, wie die Vorinstanz behauptet (angefochtene Verfügung Rz. 209).

Insgesamt steht ausser Frage, dass alle drei Handlungsstränge des vorliegenden Informationsaustausches nicht nur Rückschlüsse auf die Unternehmen zulassen, sondern auch in Bezug auf einzelne Marken, was den Nutzen aus der Sicht der beteiligten Wettbewerber erhöht. Damit ergibt sich, dass die ausgetauschten Informationen nicht in einer Weise aggregiert sind, dass der Aggregierungsgrad aus qualitativer Sicht gegen die Erheblichkeit sprechen würde.

**6.4.1.3.12** Betreffend die Rüge, dass der Begriff der "Aggregation" im Dispositiv der angefochtenen Verfügung nicht genügend bestimmt umschrieben sei und deshalb insbesondere gegen das Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 7 EMRK verstosse, ist auf die Ausführungen in Erwägung 3.4 hiervor zu verweisen.

### **6.4.1.4 Öffentliche Informationen oder Geschäftsgeheimnisse**

#### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.4.1.4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Umsatzdaten auch von anderen Quellen als aus dem vorliegenden Informationsaustausch, nämlich von European Forecast, wenn auch mit erheblichen Kosten, erhältlich gewesen wären (Beschwerde Rz. 50). Die Beschwerdeführerin ergänzt in ihrer Replik, dass sie die ausgetauschten Informationen nur als Geschäftsgeheimnis bezeichnet hätte, damit diese nicht in einer Verfügung veröffentlicht würden (Replik Rz. 74). Zudem sei die Geheimhaltung der ausgetauschten Informationen nicht von ihr

selbst oder von anderen ASCOPA-Mitgliedern, sondern von den Detailhändlern, gewünscht worden (Beschwerde Rz. 39; Beschwerde Rz. 87 Lemma 3; Replik Rz. 75).

#### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.4.1.4.2** Nach Ansicht der Vorinstanz sind beim vorliegenden Informationsaustausch strategisch relevante Informationen, welche Geschäftsgeheimnisse beinhalten, ausgetauscht worden (angefochtene Verfügung Rz. 241, 392). Diese Informationen seien nur den ASCOPA-Mitgliedern zugänglich und somit nicht öffentlich gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 49, 96, 99, 169, 392, 433). In struktureller Hinsicht sei zwar der ASCOPA-Informationsaustausch den Analysen von European Forecast angepasst worden. Allerdings würden die Daten bei European Forecast keine Angaben über die ausgetauschten Bruttopreise und Werbeinvestitionen enthalten (angefochtene Verfügung Rz. 119, 167 ff.).

#### iii. Grundlagen

**6.4.1.4.3** Bei einem Geschäftsgeheimnis geht es darum, ob Informationen objektiv als geheimhaltungswürdig zu betrachten sind (BGE 142 II 268 "Nikon Publikation" E. 5.2.2; Urteil des BVGer B-6291/2017 vom 25. Juni 2019 "See-Gaster Publikation" E. 6.3.1). Geschäftsgeheimnisse beziehen sich auf geschäftlich relevante Informationen wie Marktanteile, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen. Entscheidend ist, ob diese geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben (BGE 142 II 268 5.2.3. f. "Nikon-Publikation").

**6.4.1.4.4** Im Gegensatz dazu sind öffentliche Informationen allen Marktteilnehmern zugänglich (BLATTMANN, S. 298; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 147, 656). Tendenziell sind echte öffentliche Informationen - solche liegen vor, wenn alle Wettbewerber einen nicht kostspieligen Zugang haben - eher wettbewerbsrechtlich unbedenklich (EDELHANN, S. 116; vgl. BLATTMANN, S. 298). Die Wettbewerber müssen Daten, die sie vom Markt beziehen können, in der Regel nicht austauschen (Horizontalleitlinien Rz. 92-94; siehe auch WHISH/BAILY, S. 580 f.). Selbst wenn die ausgetauschte Information nicht geheim, aber vertraulich ist, ist von einer sensiblen Information auszugehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159). Der Austausch firmenspezifischer bzw. vertraulicher Informationen wird tendenziell als problematisch erachtet (Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 37).

#### iv. Würdigung

**6.4.1.4.5** Die im vorliegenden Fall ausgetauschten Informationen sind aus objektiver Sicht als geheimhaltungswürdig zu betrachten. Einerseits wurden Umsätze ausgetauscht. Umsatzdaten kommt gemäss dem Bundesgerichtsentscheid "Nikon-Publikation" (BGE 142 II 268 E. 5.2.2 "Nikon-Publikation") Geschäftsgeheimnisqualität zu. Zudem waren die ausgetauschten Informationen, soweit die Bruttopreise und die Werbeausgaben in Frage stehen, nur den ASCOPA-Mitgliedern und keinen anderen Marktteilnehmern zugänglich. Ausserdem vermochten die Studien von European Forecast dem vorliegenden Informationsaustausch auch in Bezug auf die

Umsatzdaten nicht den Status der Öffentlichkeit im Sinne einfacher Zugänglichkeit zu verleihen (angefochtene Verfügung Rz. 169 ff.). European Forecast verlangte für seine Daten einen durchaus ins Gewicht fallenden Preis (angefochtene Verfügung Rz. 169), was nicht dem Erfordernis eines leichten Zuganges entspricht (Horizontalleitlinien Rz. 92; Anhang V der Bekanntmachungen im Versicherungsbereich - Benchmarking-Analysen Lebensversicherungen, S. 168, Rz. 218 Ziff. 9). Da die ausgetauschten Informationen aus objektiver Sicht als geheimhaltungswürdig zu betrachten sind, spielt es auch keine Rolle, dass die Geheimhaltung von den Detailhändlern und nicht von den ASCOPA-Mitgliedern gewünscht wurde.

**6.4.1.4.6** Des Weiteren ist auch die Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie im laufenden Verfahren die ausgetauschten Informationen nur als Geschäftsgeheimnis bezeichnet hätte, damit diese nicht in einer veröffentlichten Verfügung bekannt gemacht würden (Replik Rz. 74), nicht geeignet, die objektive Geheimhaltungswürdigkeit der in Frage stehenden Daten in Zweifel zu ziehen. Wird die Abdeckung von Daten verlangt und dem entsprechenden Antrag durch die Vorinstanz entsprochen, ist das vielmehr ein Indiz für Geschäftsgeheimnisqualität im Sinne der Nikon-Rechtsprechung.

#### 6.4.1.5 Informationsasymmetrien

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der vorliegende Informationsaustausch förderlich sei, da er Informationsasymmetrien behebe (Beschwerde Rz. 11, 93).

Im Banken- und Versicherungsbereich kann ein Informationsaustausch helfen, Informationsasymmetrien zugunsten kleinerer Versicherer auszugleichen und Versicherungsmissbräuche zu verhindern. So kann ein Informationsaustausch im Versicherungsbereich Informationsasymmetrien wie "Adverse Selection" und "Moral Hazard" reduzieren sowie hilfreich für die Berechnung einer Risikoabschätzung sein, was dann wiederum den Banken und Versicherungen ermöglicht, spezifischere und verbesserte Produkte anzubieten (Bekanntmachungen im Versicherungsbereich, Rz. 34 f.; vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 297; BLATTMANN, S 323, 327; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 150). Sofern der Begriff der "Informationsasymmetrien" derart verstanden wird, zielen diese Rügen am vorliegenden Sachverhalt vorbei. Denn der vorliegende Fall betrifft den Bereich der Luxuskosmetik, wo keine dem Kredit- oder Versicherungsbereich vergleichbaren Situationen von Informationsasymmetrien auftreten können. Denn es bedarf im Luxuskosmetikmarkt keiner Überprüfung der Kreditwürdigkeit, keiner Berechnung des Risikoumfangs und auch nicht des Schutzes vor Versicherungsmissbrauch (vgl. auch E. 4.3.4 f. hiervor).

Allerdings erachtet die Beschwerdeführerin den Informationsaustausch auch darum als unbedenklich, weil durch den Informationsaustausch "Informationsasymmetrien" zwischen den ASCOPA-Mitgliedern als Wettbewerbern ausgeglichen werden. So sei nach der Lehre (BORER, Art. 5 KG N 27) anerkannt, dass Meinungs- und Erfahrungsaustausch, gemeinsame Marktforschung, Errichtung von Statistiken und Kalkulationsschemata etc. wettbewerbsrechtlich unerheblich seien. Ein derartiges Vorgehen mache die Märkte effizienter. In diesem Kontext ist

die Beschwerdeführerin jedoch darauf hinzuweisen, dass BORER explizit einen Vorbehalt anbringt, wenn es um marktsensible Daten geht (vgl. BORER, Art. 5 KG N 27; vgl. dazu E. 4.7.4.2 hiervor und E. 6.4.2.3 hiernach). Die damit ebenfalls aufgeworfene Frage nach den Effizienzgewinnen wird im Rahmen der Prüfung von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vertieft werden (vgl. Erwägung 6.6.3.4 hiernach).

#### 6.4.1.6 Zwischenfazit

Die gemachten Ausführungen betreffend die Art des Informationsaustauschs lassen die Schlussfolgerung zu, dass die informationsaustauschspezifischen Aspekte insgesamt dafür sprechen, dass der Informationsaustausch aus qualitativer Sicht als erheblich zu beurteilen ist. Insbesondere soweit die Umsatzdaten von European Forecast ebenfalls veröffentlicht worden sind, ergibt sich durch den im Vergleich dazu häufigeren Austausch von Umsatzdaten eine Gesamtwürdigung, welche - wie von der Vorinstanz zutreffend erkannt - für die Erheblichkeit spricht (vgl. E. 6.4.1.1.1 hiervor). Dies gilt umso mehr angesichts des Aggregierungsgrads, der offensichtlich nicht hinreichend hoch ist, um den Informationsaustausch schon mit Blick auf diesen als unerheblich erscheinen zu lassen (vgl. E. 6.4.1.3.10 ff. hiervor).

### 6.4.2 Wettbewerbsparameter gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

#### 6.4.2.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Eine wesentliche Rüge der Beschwerdeführerin besteht im Vorwurf, dass die Vorinstanz zwar wichtige Wettbewerbsparameter aufgezählt habe, aber nicht ausreichend dargelegt habe, welcher Wettbewerbsparameter konkret durch die Handlungen des Informationsaustausches eingeschränkt worden sei (Beschwerde Rz. 114 und 122; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 4 ff.).

#### 6.4.2.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass die Art der Waren, der Preis, die Marke, die Qualität, die Quantität, die Innovation, das Markenimage, die Werbung und die Geschäftsbedingungen gemäss der Lehre wichtige Wettbewerbsparameter seien. Nach ihrer Ansicht ist der Preis der relevanteste Wettbewerbsparameter, da sie davon ausgeht, dass die Auswirkungen eines diesen Parameter betreffenden Informationsaustausches auf den Preiswettbewerb am schlüssigsten dargestellt werden können (angefochtene Verfügung Rz. 428, 435, 635-640). Hinsichtlich der Wettbewerbsparameter Werbung verweist die Vorinstanz auf die Marktabgrenzung und stellt fest, dass der Anteil der Werbeinvestitionen an den Umsätzen vergleichsweise hoch ist. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Werbeausgaben der Parteien für Parfums bis zu 40 %, für Pflegeprodukte bis zu 40 % und für Make-up-Produkte bis zu 23 % betragen (angefochtene Verfügung Rz. 638 i.V.m. 491). Hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Innovation verweist die Vorinstanz auf den Innenwettbewerb (angefochtene Verfügung Rz. 637 i.V.m. 760 ff.).

#### 6.4.2.3 Grundlagen

Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit haben die Bedeutung der von einer Wettbewerbsabrede betroffenen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand. So ist die

hinreichende Bedeutung von Wettbewerbsparametern bzw. aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"). Denn wirksamer Wettbewerb kann nur bestehen, wenn sich die Marktteilnehmer betreffend ihre Waren und Dienstleistungen bezüglich wesentlicher Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander verhalten können (MARBACH/DUCREY/WILD, RZ. 1459). In qualitativer Hinsicht hat das Bundesgericht sodann hervorgehoben, dass die Erheblichkeitsschwelle aufgrund des Gegenstands der Abrede bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.1-5.2.5 "Gaba"), was auch für Artikel 5 Abs. 1 KG gilt (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 bis 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Wie bereits in E. 6.3.3.3.5 erläutert, müssen im Rahmen der Prüfung der Wettbewerbsparameter nicht deren Auswirkungen geprüft werden. Allerdings müssen die von einer Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter auf dem Markt eine gewisse Bedeutung aufweisen (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 95 f.), wobei es nicht, wie im Zusammenhang mit der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG, um eine eher abstrakte Prüfung der Wettbewerbsparameter oder der wettbewerbssensiblen Informationen (vgl. E. 4.5.3 hiervor), sondern um eine vertieftere und konkretere Prüfung geht, welche über die Anforderungen der Wettbewerbsparameterqualität oder -sensibilität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG hinausgeht. Es ist aufzuzeigen, wie wichtig die von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter für die Konkurrenzverhältnisse sind ("JC Decaux/Affichage" WEKO, RPW 2001/2 S. 306 ff., 321, Rz. 66; BORER, Art. 5 KG N 21). Der Umstand, dass die Wettbewerbsparameter auf den verschiedenen Märkten eine unterschiedliche Bedeutung innehaben, ist zu beachten (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 186 f.). Es geht also um die Bedeutung des Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt (HENRIQUE SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016, S. 319 ff., insb. S. 320; nachfolgend: SCHNEIDER, sic! 2016, S. 319 ff.). Die Bedeutung der Wettbewerbsparameter ist je nach Charakteristika der jeweils interessierenden Produkte und Leistungen bzw. dem relevanten Markt unterschiedlich zu beurteilen. Zudem müssen die qualitativen Elemente der Erheblichkeit im Kontext mit dem jeweiligen wirtschaftlichen Zusammenhang beurteilt werden (MARBACH/DUCREY/WILD, RZ. 1459; BORER, Art. 5 KG N 21). Nur wenn dieser Punkt ernst genommen wird, ist die Erheblichkeitsprüfung trotz Verzicht auf die Prüfung von Auswirkungen zwar weniger als eine "vollständige Erklärung des relevanten Marktes", aber mehr als ein "juristisch-abstraktes Formmass" (vgl. zu diesen Begriffen SCHNEIDER, sic! 2016, S. 319 ff., S. 322 ff.). Ausserdem sind, wie bereits in Erwägung 4.5.3.3 erwähnt, im Rahmen der Beurteilung eines selbständigen Informationsaustausches (E. 6.2.3 hiervor) neben den Wettbewerbsparametern auch die wettbewerbssensiblen Informationen, welche Rückschlüsse auf die Wettbewerbsparameter zulassen, in die Beurteilung miteinzubeziehen. Wettbewerbsensible Informationen umfassen firmenspezifische oder strategische Informationen (BLATTMANN, S. 289; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159). Wettbewerbsensible Informationen müssen nicht geheim sein. Der Aspekt der Wettbewerbsensibilität ist zu bejahen, wenn Zusammenstellung firmenspezifischer oder strategischer Informationen mit



einem hohen zeitlichen oder finanziellen Aufwand verbunden ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159; vgl. zur Öffentlichkeit der Daten E. 6.4.1.4 hiervor)

#### 6.4.2.4 Der Austausch der Bruttopreislisten

##### i. Vorbringen der Vorinstanz

**6.4.2.4.1** In der angefochtenen Verfügung verneinte die Vorinstanz sowohl das Vorliegen einer direkten wie auch einer indirekten Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, bejahte aber eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 KG (angefochtene Verfügung Rz. 409, 429 f., 817 f., Dispositiv Ziffer 1; vgl. dazu E. 6.1 hiervor). Die Vorinstanz ist in der angefochtenen Verfügung davon ausgegangen, dass es ihr gelingt, mit ihren ökonomischen Analysen die Auswirkungen des Bruttopreislisten-austausches (Wettbewerbsparameter Preis) aufzuzeigen (angefochtene Verfügung Rz. 512 ff., 525 ff.). In einem ersten Schritt ermittelte sie hierzu einen Korrelationskoeffizienten, um die Endverkaufspreise zu berechnen (Bruttopreis x [Koeffizient] = Endverkaufspreis (angefochtene Verfügung Rz. 107, 516 ff. und Abbildung 19). In einem zweiten Schritt wollte die Vorinstanz die Preisentwicklungen des Informationsaustausches anhand der Teilmärkte der umsatzstärksten Marken der ASCOPA-Mitglieder in den Jahren 2004-2008 mit dem Index von Laspeyres aufzeigen (angefochtene Verfügung Rz. 528 ff.). Die Ergebnisse des Laspeyres-Index wurden daraufhin den Entwicklungen der verschiedenen LIK (Landesindizes für Konsumentenpreise [LIK-Total, LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel] angefochtene Verfügung Rz. 526, 535 ff.) gegenübergestellt (vgl. E. 5.3.2.4.11 hiervor). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich die Preise der umsatzstärksten Marken der ASCOPA-Mitglieder wesentlich steiler nach oben bewegten als die Preise der in den verschiedenen LIK abgebildeten Produkte bzw. als die Inflation. Zugleich stellte die Vorinstanz fest, dass sich die Preise der Beschwerdeführerin im Gegensatz dazu tendenziell moderat entwickelten (angefochtene Verfügung 536 ff. 539, 547; Vernehmlassung Rz. 14 ff.).

**6.4.2.4.2** Aufgrund der gemachten Ausführungen sieht die Vorinstanz namentlich einen kausalen Zusammenhang zwischen Bruttopreiserhöhungen und Nettopreiserhöhungen als plausibilisiert an. Zudem hätten die Marktanteile kaum geschwankt. Aus ihrer Sicht gebe es keine andere Erklärung für die festgestellten Preisentwicklungen. Der Informationsaustausch sei also kausal - *conditio sine qua non* - für diese Preisentwicklungen und könne nicht hinweggedacht werden. Deshalb sei der Preisanstieg auch nicht auf eine steigende Nachfrage zurückzuführen (angefochtene Verfügung Rz. 564, Duplik Rz. 32 f., 43, 104).

**6.4.2.4.3** Nach Ansicht der Vorinstanz sind demnach die ökonomischen Auswirkungen des Informationsaustausches rechtsgenügend bewiesen (Duplik Rz. 15). Die Auswirkungen der Wettbewerbsbeeinträchtigung seien derart, dass sie sogar den Anforderungen der älteren kartellrechtlichen Rechtsprechung (BGE 112 II 268 E. I/2b "Schweizerischer Bierbrauerverein") genügen würden, da diese ältere Rechtsprechung im Gegensatz zur heutigen Rechtsprechung noch auf die Auswirkungen abgestellt habe (Vernehmlassung Rz. 53 f.). So sei anhand der gemachten Ausführungen ersichtlich, dass die Preise durch den Informationsaustausch höher als bei normalem

Wettbewerb liegen. Der genaue Umfang der Preiserhöhungen der einzelnen Wettbewerber sei jedoch für eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG nicht von Belang (Duplik Rz. 78).

##### ii. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.4.2.4.4** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz den Wettbewerbsparameter Preis nicht ausreichend geprüft habe (Beschwerde Rz. 114, 122). So habe die Vorinstanz zwar richtigerweise das Vorliegen einer harten Preisabrede verneint (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 425 ff.). Jedoch habe sie (meint: indem sie auf die Bruttopreise fokussiert habe) den falschen Wettbewerbsparameter geprüft. Der richtige Wettbewerbsparameter würde sich auf die mit den Detailhändlern ausgehandelten Preise und nicht auf die Bruttopreise beziehen (Beschwerde Rz. 103 f., Replik Rz. 22, 27, 36, 48, 63, 65, 84, 87, 90, 92 Lemma 1; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 9, 48; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3). Denn die ausgetauschten Bruttopreise würden keine Rückschlüsse über die effektiv mit den Detailhändlern ausgehandelten Preise zulassen (Replik Rz. 125; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 7; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f.). So sei der vorliegende Fall anders zu werten als die Verfügung betreffend die Sanitätsgrosshandelsunternehmen vom 29. Juni 2015, im welchem sich die Parteien über Preisbestandteile und preisbestimmende Faktoren wie Margen, Bruttopreise, Euroumrechnungskurse, Transportkosten, Rabatte und Rabatkkategorien verständigten, was die Vorinstanz als harte Preisabrede qualifizierte. Vorliegend habe jedoch keine solche Verständigung stattgefunden. Zudem habe es sich im Sanitätsgrosshandelsfall um ein identisches Sortiment mit derselben Produktequalität gehandelt und nicht - wie vorliegend - um tausende Kosmetikprodukte unterschiedlichster Qualität (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8). Auch sei betreffend die ausgetauschten Umsatzangaben keine Rückrechnung auf den Preis möglich gewesen, da die abgesetzten Mengen der einzelnen Produkte nicht eruierbar gewesen seien, da sich die ausgetauschten Umsätze nur auf Produktkategorien bezogen hätten (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9, 15).

**6.4.2.4.5** Die Korrelationsanalysen, mit deren Hilfe hätte festgestellt werden sollen, dass der Bruttopreislisten-austausch einen Einfluss auf die Nettopreiserhöhungen hatte, seien zudem methodisch unkorrekt durchgeführt worden (Beschwerde Rz. 98 ff. 106 Lemma 2, 107, 113 und 184; Replik Rz. 112 f.; RBB-Bericht vom 29. Mai 2012, Section S.3 f; Stellungnahme zur Duplik Rz. 27, 37; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 14). Dasselbe sei hinsichtlich der Analysen zum Laspeyres-Index zu sagen (Replik Rz. 28, 59, 61, 67, 91, 118; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 9). Hier hätte die Vorinstanz nur die umsatzstärksten Produkte - und nicht alle Produkte - in ihre Untersuchungen miteinbezogen (Beschwerde Rz. 109).

**6.4.2.4.6** Zusammenfassend ergibt sich nach Ansicht der Beschwerdeführerin einerseits, dass der Informationsaustausch nicht für die Preiserhöhungen kausal gewesen ist (Beschwerde Rz. 17 Lemma 2, 101, 106 ff. 111 f., 130, 185; Replik Rz. 7, 9, 16, 20, 24, 27 ff., 61, 63, 81, 91 ff.,

Fn. 56, 111, 113 ff., 122 ff., 132; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 6 ff., 23, 25 f., 36 ff.; RBB-Bericht vom 29. Mai 2012, Section S.3 f.; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 2 f., 14). Ein derartiger Kausalzusammenhang sei nicht bewiesen worden (Beschwerde Rz. 106, 112, 130, 185; Replik Rz. 27 ff.; Stellungnahme zur Duplik Rz. 8, 18 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3). Zudem würden die Detailhändler ihre von Jahr zu Jahr variierenden Rabatte individuell aushandeln und eine eigene Margenpolitik führen. Demzufolge hätten die ausgehandelten Endverkaufspreise nicht abgeschätzt werden können (Beschwerde Rz. 36 ff., 41, 87, 89, 103, 106 Lemma 1, 111 Lemma 2, Rz. 130; Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 2, 22 Lemma 8, 38; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8, 13). Schliesslich sei die Nachfrage für die Preisentwicklung ausschlaggebend (Beschwerde Rz. 103, 106 Lemma 3 und 109; Replik Rz. 24, 62, 81, 91 f., 116, 124, 128; Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8, 27, 37, 43 ff.). Dies deute auch darauf hin, dass im gesamten Kosmetik- und Toilettenartikelmarkt eine Nachfrageverschiebung hin zu High-End- und Luxusprodukten stattgefunden habe. Eine derartige Entwicklung würde einen Anstieg der Preise für Luxusartikel selbst für den Fall erklären, wenn der gesamte Kosmetikmarkt kaum oder nicht gewachsen ist (RBB-Bericht-2013, S. 17). Des Weiteren würden auch die Kosten die Endverkaufspreise beeinflussen (Beschwerde Rz. 103, Replik Rz. 24, 62, 81, 91, 93, 95, 116, 124, 128, Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 8, 27, 37, 39 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3).

**6.4.2.4.7** Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die Untersuchungen, welche sich auf den LIK beziehen, seien methodisch unkorrekt. Denn der LIK beziehe sich nicht nur auf Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte, sondern auch auf solche des Massenmarktes. Die Vorinstanz widerspreche somit ihrer eigenen Marktabgrenzung zugunsten des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes. Zudem seien Luxusprodukte in der Regel ohnehin teurer als Massenmarktprodukte. Die Vorinstanz würde also Äpfel mit Birnen vergleichen (Beschwerde Rz. 110., Replik Rz. 62).

**6.4.2.4.8** Zudem geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass der Produktpreis nicht der bedeutendste Wettbewerbsparameter in der Luxuskosmetik ist, da es um Exklusivität gehe. Der Luxuskosmetikmarkt sei stark fragmentiert und daher eigne sich der Austausch der Bruttopreislisten gerade nicht, die Preispolitik eines Marktteilnehmers zu beeinflussen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f., 13). Die Auswirkungen auf den Wettbewerbsparameter Preis seien demzufolge nicht rechtsgenüch festgestellt worden (Replik Rz. 87; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3 f., 14). Unklar sei, ob der Wettbewerbsparameter Preis auch in Bezug auf den Umsatzaustausch und den Austausch der Werbeinvestitionen zur Anwendung komme (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6).

**6.4.2.4.9** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Preise auch nach Beendigung des Informationsaustausches weiter angestiegen seien (Beschwerde Rz. 111 Lemma 4, 112., Stellungnahme zur Duplik Rz. 22

Lemma 3, RBB-Bericht 2013, S. 7 ff.). Ausserdem bemängelt die Beschwerdeführerin den ihrer Ansicht nach falsch gewählten Untersuchungszeitraum der durchgeführten Analysen (Beschwerde Rz. 111 Lemma 4, Rz. 112 Lemma 2; RBB-Bericht 2011, S. 21 f.; RBB-Bericht vom 29. Mai 2012, S.6; Replik Rz. 59; Stellungnahme zur Duplik Rz. 33 f.; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 2). Deshalb folgert die Beschwerdeführerin, dass eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht bewiesen sei (vgl. Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 12; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 5, 24, 48, 50).

**6.4.2.4.10** Schliesslich sei zu beachten, dass sich die Preishöhe der Produkte der Beschwerdeführerin weniger stark als der Landesindex der Konsumentenpreise entwickelt hätte. Die Beschwerdeführerin habe auch ihre Listenpreise für zwei Drittel ihrer Produkte reduziert (Beschwerde Rz. 112 Lemma 3; RBB-Gutachten 2011, Sektion 4.3.2 in fine). Ausserdem hätten sich die Wachstumsraten der verschiedenen LIK nach Beendigung des Informationsaustausches nicht verändert (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 2).

iii. Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018

**6.4.2.4.11** Die Vorinstanz ergänzt in ihrer Eingabe vom 3. September 2018 (Lemma 1 f.) ihre Argumentation dahingehend, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zwar bewiesen habe, es jedoch nach dem Urteil Gaba des Bundesgerichts (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 "Gaba") fraglich sei, ob tatsächlichen Auswirkungen überhaupt noch bewiesen werden müssen.

**6.4.2.4.12** Zudem vermische die Beschwerdeführerin die rechtliche Würdigung des Informationsaustausches mit Sachverhaltsfragen, wenn sie etwa behauptete, dass der Bruttopreis unter den vorliegenden Marktbedingungen kein Wettbewerbsparameter sei. Diese Sachverhaltsthese würde die Beschwerdeführerin nicht belegen. Unsubstantiierte Vorbringen seien nicht beachtlich (Eingabe vom 3. September 2018, Lemma 3).

iv. Grundlagen

**6.4.2.4.13** Um den Informationsaustausch über Preise und insbesondere über Bruttopreise richtig einordnen zu können, rechtfertigen sich zunächst einige Ausführungen über harte Preisabreden. Gemäss der Botschaft vom 23. November 1994 zum Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 bezieht sich der Vermutungstatbestand (Art. 5 Abs. Bst. a 3 KG) auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen und Preiskomponenten. Der Vermutungstatbestand erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 567; siehe auch "Sanphar" WEKO, RPW 2000/3, S. 357 f. Rz. 89 f.; vgl. dazu BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG Art. 5 KG N 415). Dementsprechend hat auch das Bundesgericht erkannt, dass eine Preisabrede nicht nur vorliegt, wenn ein konkreter Preis, sondern wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert werden (BGE 129 II 18 E. 6.5.5 "Buchpreisbindung"). Aus dem bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.2

"Baubeschläge" kann entgegen der Auffassung von TUCHSCHMID nicht geschlossen werden, dass dieses Konzept beiläufig ohne Auseinandersetzung mit früherer Rechtsprechung angepasst werden sollte (vgl. TUCHSCHMID, AJP 2018 S. 848 ff., insb. S. 853 mit Fn. 49 und S. 857).

**6.4.2.4.14** Nach HEINEMANN erfüllt jede Abrede über Preise und Preiselemente für sich allein den Vermutungstatbestand (im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG). Anders verhalte es sich nur, wenn es sich um unbedeutende Preisbestandteile handle. So sind Bruttopreise nach HEINEMANN ein wichtiges Preiselement, da sich aus dem Nettopreis der Bruttopreis zuzüglich aller Zuschläge und abzüglich aller Abschläge ergibt. Der Nettopreis ist der tatsächlich zu zahlende Preis. Der Einkaufspreis des Einzelhändlers ist die Differenz von Bruttopreis und Handelsrabatt sowie allfälliger Rabatte. Der Handelsrabatt ist ein Funktionsrabatt, d.h. ein Preisabschlag für die zu erfüllende Aufgabe der jeweiligen Handelsstufe. Zudem verbleibt bei jeder Handelsstufe eine Marge. Bruttopreise sind demnach der Ausgangspunkt für die Berechnung der Nettopreise. Die Bruttopreise bilden nach HEINEMANN das Fundament der Preisberechnung und lösen - ohne allfällige weitere Abreden über Preiselemente zu beachten - die Vermutung zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus. Die Möglichkeit der Rabattierung ändert nach HEINEMANN an der Einstufung als Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nichts. Liegen jedoch weitere Absprachen vor, z.B. über Rabattobergrenzen vor, steigert dies die Gefährlichkeit der Abrede. Bereits ohne Rabattkoordination ist die Absprache über Bruttopreise nach dieser Auffassung tatbestandsmässig. Bruttopreise werden häufig von Herstellern, aber auch von Grosshändlern festgelegt (ANDREAS HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener, Stoffel, Amstutz [Hrsg.], 8ème Journée de droit de la concurrence, 2017, S. 130, 133, nachfolgend: HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen). In vergleichbarer Weise kommt auch HOFFET zum Schluss, dass das Aufstellen einer gemeinsamen Preisliste oder von "Basispreisen" unter den Vermutungstatbestand fällt, wobei seiner Ansicht nach in Bezug auf Abreden über Rabatte und Margen zu differenzieren ist (HOFFET: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 5 N. 117 f., 120; vgl. zum Ganzen BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 407a, und CR AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N 399). Auch JUHANI KOSTKA räumt zwar ein, dass sich für den Fall, dass beispielsweise mit dem Herstellerpreis nicht zugleich auch der Endverkaufspreis fixiert wird, sich unter Umständen noch ein gewisser Preiswettbewerb in Bezug auf den Endverkaufspreis entwickeln kann (JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle - Internationale Entwicklung und Schweizerisches Recht, Zürich 2010, Rz. 1327). In vergleichbarer Weise hält BLATTMANN fest, dass Listenpreise als Orientierungspunkt dienen (BLATTMANN, S. 291). Unmittelbar anschliessend geht KOSTKA in dessen von einer mittelbaren Beschränkung des Preiswettbewerbs bzw. einer preisharmonisierenden Wirkung in Bezug auf den Endverkaufspreis aus, weshalb sich beispielsweise ein im Wettbewerb determinierter tieferer Herstellerpreis direkt in einem tieferen Endverkaufspreis niederschlägt. Deshalb sei auch die Festlegung von Herstellerpreisen als direkte Preisabrede zu beurteilen (KOSTKA, Rz. 1326 ff. i.V.m. Rz. 1333 ff.). Demgegenüber vertritt etwa SCHNEIDER die Auffassung, dass Bruttopreise

seltene Handlungsgründe für Marktakteure sind, da es noch entsprechende Wettbewerbe unter anderem um Rabatte, Lieferkonditionen, Zusatzdienstleistungen und Service gibt (HENRIQUE SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016 S. 319 ff., insb. S. 328). Nach TUCHSCHMID ist bei Bruttopreisabreden fraglich, ab welchem Zeitpunkt nicht mehr von einer preisharmonisierenden Wirkung gesprochen werden kann, wenn die Abredeteiligen Rabattwettbewerb betreiben (TUCHSCHMID, AJP 2018, S. 848 ff., insb. S. 858 und S. 862).

**6.4.2.4.15** Nach EU-Kartellrecht gelten Preiskoordinationen in Bezug auf Bruttopreise als Preisfestsetzungen gemäss Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV. Dasselbe gilt auch für Listenpreise (FLORIAN WAGNER-VON PAPP, in: Säcker/Bien/Meier Beck/Montag [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 315 mit Hinweisen). So legte das EuG in seinem Urteil vom 16. September 2013 T-386/10 "Badezimmerausstattungen- Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG" dar, dass Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV nicht nur Handlungen verbiete, die sich unmittelbar auf die von den Verbrauchern zu zahlenden Preise auswirken (Rn. 176). So würden Bruttopreise die Grundlage bilden, auf der die Verkaufspreise für die Kunden berechnet werden, weshalb Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV anzuwenden sei (Rn. 180).

**6.4.2.4.16** Im Lichte verhaltensökonomischer Aspekte ist zu ergänzen, dass man ursprünglich davon ausgegangen ist, dass die Kaufentscheidung auf einem finalen absoluten Wert (dem Endpreis) beruht und der Käufer rational aufgrund dieses Endpreises seine Kaufentscheidung trifft. Mit der Prospect-Theorie haben KAHNEMAN/TVERSKY einen neuen Denkansatz ins Leben gerufen. So werde eine positive bzw. negative Abweichung von einem Referenzpunkt als Gewinn oder Verlust wahrgenommen, d.h. die Kaufentscheidung werde nicht aufgrund des finalen Wertes, sondern aufgrund des resultierenden Gewinnes bzw. Verlustes vom Referenzpunkt gefällt. Denn Menschen neigen dazu, sich bei Beurteilungen an einem zuvor bekannt gegebenen Wert zu orientieren (ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, Dissertation, 2016, S. 61, 64 f.). So erzeugt jede Zahl, welche als mögliche Lösung für ein Schätzungsproblem präsentiert wird, einen Ankereffekt (DANIEL KAHNEMAN, Schnelles Denken, langsames Denken, 16. Aufl. 2011, S.153). Demnach vermag ein hoher Bruttopreis mit einem grosszügigen Rabatt beim Kunden das Gefühl eines Gewinnes auslösen. Beispielsweise beträgt der Bruttopreis (d.h. der Referenzpunkt) eines Parfums Fr. 200.- und die Kundin erhandelt sich einen Rabatt von Fr. 50.-. Demnach muss die Kundin in diesem Beispiel "nur" Fr. 150.- für ihr Parfum bezahlen. Sie nimmt also subjektiv einen Gewinn von Fr. 50.- wahr. Wäre das Parfum jedoch mit dem Nettopreis von Fr. 120.- (ohne Rabatt) angeschrieben, hätte die Kundin nicht mehr ein Gefühl von einem Gewinn, obwohl sie in der Tat Fr. 30.- weniger bezahlen müsste. So haben die Wirtschaftspsychologie und die Entscheidungstheorie empirisch festgestellt, dass rationale Entscheidungen im Einzelfall oft ausbleiben (vgl. das Urteil des BVGer B-831/2011 "SIX" E. 1273 mit Hinweis auf RICHARD THALER, Misbehaving - Was die Verhaltensökonomik über unsere

Entscheidungen verrät, 1. deutsche Auflage, 2018, S. 342 f. m.w.H.).

**6.4.2.4.17** Nach dem Gesagten wird der Wettbewerbsparameter Preis von verschiedenen Gegebenheiten geprägt; der günstigste Endverkaufspreis ist nicht das einzige ausschlaggebende Element, das die Preisbildung und die Kaufentscheidung des Endkunden prägt. Zu beachten ist im Rahmen der Beurteilung der Preisbildung im Rahmen einer Handelskette auch das Anreizsystem für Hersteller (in der Regel die ASCOPA-Mitglieder), Lieferanten und Detaillisten. Die Detaillisten unterliegen aufgrund ihrer Professionalität nicht denselben Anreizen wie die Endkonsumenten, berücksichtigen diese indessen im Rahmen ihrer Preisbildung. Insofern schliessen diese Überlegungen an diejenigen im Rahmen der Definition der Marktgegenseite an (vgl. E. 5.3.1.4.2 f. hiervor).

v. Würdigung

**6.4.2.4.18** Es wurde bereits in Erwägung 6.1.3 aufgezeigt, dass vorliegend die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nicht zu prüfen ist. Damit ist "nur" zu prüfen, ob der festgestellte selbständige Informationsaustausch unter Art. 5 Abs. 1 KG fällt, was die Beschwerdeführerin bestreitet. Es ist demnach im Folgenden nur insoweit auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG einzugehen, als entsprechende Überlegungen für die Frage nach der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG relevant sind.

Zunächst ergibt sich, dass der Begriff der Preisfestsetzung im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 KG - auch wenn insoweit etwa betreffend Rabatte auf Unterschiede zur europäischen Konzeption hingewiesen wird - weit auszulegen ist (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468, insb. S. 567; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 375). Daraus ergibt sich, dass auch im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung eines selbständigen Informationsaustauschs nach Art. 5 Abs. 1 KG keine zu hohen Anforderungen an den Wettbewerbsparameter Preis zu stellen sind. Soweit die Beschwerdeführerin auf den Fall der Sanitär-grosshandelsunternehmen Bezug nimmt (vgl. insb. die Rügen betreffend die Verfügung der Sanitätsgrosshandelsunternehmen von 29. Juni 2015 [Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8.]), erübrigen sich demnach weitere Ausführungen diesbezüglich. Gewisse Parallelen weisen die Fälle allerdings in Bezug auf die Mehrgliedrigkeit der Lieferkette auf ("Badezimmer" 1. Teil, WEKO, RPW 2019/3a S. 655 ff. Rz. 330 ff. mit Abbildung 4), worauf im Folgenden zurückzukommen sein wird (vgl. insb. E. 6.4.2.4.6 hiernach).

**6.4.2.4.19** Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge (Beschwerde Rz. 114, 122, Replik Rz. 64 ff., 126), wonach die die Vorinstanz keine Wettbewerbsparameter geprüft hat, nicht durchdringt. Zwar ist der Beschwerdeführerin insoweit Recht zu geben, dass die Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung unter dem Titel der "qualitativen Kriterien" (der Erheblichkeit) zum Wettbewerbsparameter Preis relativ knapp gehalten sind (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 634 ff.). Jedoch erfolgt die Auseinandersetzung mit dem Wettbewerbsparameter Preis sowie mit den Bruttopreisen an anderen Stellen in der angefochtenen Verfügung, wie insbesondere in Rz. 405-430, bei welchen es um die Nichtanwendung von Art. 5 Abs. 3 KG geht. Ausserdem geht die Vorinstanz im Kontext mit der

Begründung, dass sie Art. 5 Abs. 1 KG heranziehen will, auf den Wettbewerbsparameter Preis, insbesondere auf die ausgetauschten Bruttopreislisten, ein (angefochtene Verfügung Rz. 435 ff.). Dasselbe gilt betreffend die ökonomischen Untersuchungen der Vorinstanz (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 428 in fine i.V.m. Rz. 512 ff., 525 ff.), da diese wiederum den Preis bzw. die ausgetauschten Bruttopreise zum Gegenstand haben. Demnach ist ersichtlich, dass die Vorinstanz den Wettbewerbsparameter Preis bzw. die Bruttopreise geprüft hat, auch wenn sie nicht alle ihre diesbezüglichen Ausführungen den qualitativen Elementen der Erheblichkeit zugeordnet hat.

**6.4.2.4.20** In Bezug auf die Frage, was alles unter dem Wettbewerbsparameter "Preis" relevant ist, ergibt sich namentlich aus der Botschaft zum KG 1995 per analogiam (vgl. Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 567 f.), dass Bruttopreise Preisbestandteile bzw. im Verhältnis zum Endkundenpreis so etwas wie "Rohpreise" sind. Dies gilt umso mehr, als die "Bruttopreise" eine gewisse Nähe zu den Listenpreisen der ASCOPA-Mitglieder bzw. der Firmenzentralen derselben aufweisen, welche nach europäischem Kartellrecht auch in Bezug auf harte Preisabreden erfasst werden. Damit ist auf jeden Fall der Wettbewerbsparameter Preis betroffen. Es kann sich also nur die Frage stellen, ob es, obwohl der Informationsaustausch den Wettbewerbsparameter Preis beschlägt, an der Erheblichkeit fehlt. Klar ist, dass nicht der Nachweis einer harten Preisabrede verlangt werden kann, um die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu bejahen. Daher ist das Argument der Beschwerdeführerin im Folgenden erstens so zu verstehen, dass sie die Erheblichkeit bestreitet mit der Begründung, dass nur ein Informationsaustausch über die unter Berücksichtigung insbesondere von Rabatten den Detailhändlern effektiv in Rechnung gestellten Preise nahe genug beim Endkundenpreis wäre, um das Preisgefüge im Sinne der Interessen der ASCOPA-Mitglieder zu beeinflussen. Ausserdem zieht die Beschwerdeführerin aus der von der Vorinstanz vorgenommenen Marktabgrenzung den Schluss, dass dem Preis im Luxuskosmetikmarkt nicht die von der Wettbewerbskommission angenommene Bedeutung zukommt, womit die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreisen ihrer Auffassung nach zu verneinen ist.

**6.4.2.4.21** Vorab ist klar, dass es vorliegend um eine mehrgliedrige vertikale Lieferkette geht, wobei nach der Prüfung der Vorinstanz die zwei Stufen zwischen ASCOPA-Mitgliedern und Detailhändlern einerseits und den Detailhändlern und den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten andererseits zu unterscheiden sind. Dabei verwendet die Vorinstanz die Begriffe Nettopreis, Endverkaufspreis und Endkundenpreis synonym (angefochtene Verfügung, Rz. 515 ff.). Dies ergibt sich namentlich aus dem Umstand, dass sie festhält, dass die Nettopreise ohne Weiteres am Markt ersichtlich waren (angefochtene Verfügung, Rz. 225). Damit liegen zwischen Bruttopreis und Endkundenpreis zwei Margen und zwei Möglichkeiten der Gewährung von Rabatten. Die Vorinstanz gesteht aufgrund der Möglichkeit der Rabattgewährung im Verhältnis zwischen ASCOPA-Mitgliedern und Detailhändlern denn auch ein, dass selbst unter der Annahme, dass die Bruttopreislisten als Verhandlungsgrundlage dienen, die Parteien aufgrund des Informationsaustausches nicht die Möglichkeit haben, das exakte

Verhandlungsergebnis zu kennen, da namentlich die Daten in Bezug auf den Händlern gewährte Rabatte nicht ausgetauscht worden sind (angefochtene Verfügung, Rz. 104).

**6.4.2.4.22** Um das Funktionieren und mögliche Auswirkungen des Informationsaustauschs zu analysieren, hat das WEKO-Sekretariat nicht nur ökonomische Berechnungen angestellt, sondern auch die Detailhändler Import, Globus, Douglas, Manor, Marionnaud und Sun Store befragt. In diesem Zusammenhang haben diese fast übereinstimmend angegeben, dass die (im Rahmen des Informationsaustauschs ausgetauschten) Bruttopreislis-ten als Verhandlungsbasis mit den Händlern dienen (angefochtene Verfügung Rz. 93 mit Hinweisen auf die Befragungsprotokolle). Die in der europäischen Rechtsprechung formulierte Annahme, dass Bruttopreise die Grundlage bilden, auf der die Verkaufspreise für die Kunden berechnet werden (Urteil des EuG vom 16. September 2013 T-386/10 "Badezimmerausstattungen- Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG", Rn. 180; vgl. E. 6.4.2.4.15 hier-vor), wird damit - in Bezug auf das Verhältnis zwischen ASCOPA-Mitgliedern und Detailhändlern - durch die Befragungsergebnisse sachverhätlich untermauert. Dabei ist seitens von Detailhändlern auch erwähnt worden, dass anstelle von Rabatten auch über Werbebeiträge oder über die Beteiligung an Kosten für Ausstellungsmöbel verhandelt worden sei (act. 571 Frage 26; act. 562 Frage 22; act. 564 Frage 26). Dabei sei auch versucht worden, den Händlern naheulegen, einen gewissen Anteil des Umsatzes in Werbung zu investieren. Die Aussagen der Detailhändler sind diesbezüglich auch glaubwürdiger als diejenigen der ASCOPA-Mitglieder. Schliesslich kannte jedes ASCOPA-Mitglied natürlich die von ihm selbst den Händlern gewährten Rabatte und hatte in Bezug auf die eigenen Produkte aufgrund des Vergleichs mit dem ohne Weiteres am Markt ersichtlichen Endkundenpreis auch die Möglichkeit, auf die Margen des Detailhandels zu schliessen (angefochtene Verfügung Rz. 105).

**6.4.2.4.23** Auf die Frage, ob der Hersteller den Endverkaufspreis beeinflussen könne, antwortete die Händlerin Import, dass dies klar sei. Dies sei möglich, indem der Einstandspreis hoch angesetzt werde (angefochtene Verfügung Rz. 515). Auch Globus, Douglas und Sun Store gaben an, dass eine Erhöhung eines Bruttopreises unweigerlich zu einem höheren Nettopreis führen würde (angefochtene Verfügung Rz. 515 mit Hinweisen auf die Befragungsprotokolle). Differenzierter äusserten sich Manor und Marionnaud. Damit ist der Beschwerdeführerin zwar zuzustimmen, wenn sie sagt, die Händler seien in der Gestaltung ihrer Rabatte und Margen frei gewesen. Diesbezüglich sind indessen die tatsächlichen Verhaltensweisen der Händler entscheidend. Wenn diese mehrheitlich angeben, dass sich die Bruttopreise - wenn auch über zwei Lieferkettenglieder - im Sinne einer Verhandlungsbasis auswirken, spricht das aus qualitativer Sicht für die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreislis-ten, soweit sich nicht aus den insoweit massgebenden Eigenheiten des in Frage stehenden Marktes etwas anderes ergibt. Die Aussagen der Händler sind, da sie diejenigen sind, die die Preispolitik gegenüber den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten festlegen, auch weitaus entscheidender im Vergleich zu denjenigen der ASCOPA-Mitglieder selbst. Ausserdem sind die Händler auch

unbefangener, da sich die vorinstanzliche Untersuchung nicht gegen sie gerichtet hat. Je marktmächtiger die Händler sind, desto mehr Gewicht kommt ihrer Aussage zu, dass sie die Bruttopreise trotz Gestaltungsspielräumen als Verhandlungsbasis oder teilweise gar als Richtschnur verstehen. Damit entsprechen aus der Sicht des Gerichts die Aussagen der Mehrheit der Händler der tatsächlichen Situation in Bezug auf das Anreizsystem, dem sie ausgesetzt sind. Es erscheint demnach hinreichend plausibel, dass der Austausch von Informationen über Bruttopreise - in den Worten von SCHNEIDER - als "Handlungsgrund für Marktakteure" relevant ist (vgl. E. 6.4.2.4.14 hier-vor) und sich entsprechend auswirkt. Dies wiederum spricht aus qualitativer Sicht für die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreisen. Aufgrund dieses Beweisergebnisses kann auch offen bleiben, ob es der Vorinstanz ausserdem mit Hilfe ökonomischer Analysen gelungen ist, eine Korrelation zwischen Bruttopreisen und Endverkaufspreisen zu beweisen.

**6.4.2.4.24** Die Beschwerdeführerin macht ausserdem geltend, dass die von der Vorinstanz angenommene dominante Bedeutung des Preises nicht der Marktabgrenzung gemäss der angefochtenen Verfügung entspreche. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass in einem Luxus- bzw. Prestigemarkt dem Preis viel weniger Bedeutung zukomme als im Massenmarkt, was gegen die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreisen spreche (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f., 13). Im gleichen Sinne hat sich im vorinstanzlichen Verfahren auch ein anderes ASCOPA-Mitglied geäussert; der Informationsaustausch habe sich nur auf unbedeutende Wettbewerbsparameter bezogen. Die Qualität, die Innovation und die Beratung seien die wahren Wettbewerbsparameter (angefochtene Verfügung Rz. 642). Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin wiederum vor, sich durch dieses Argument in Widerspruch zu ihren Ausführungen in Bezug auf die Marktabgrenzung zu setzen. Nachdem die Marktabgrenzung der Vorinstanz durch das Gericht nicht beanstandet worden ist (vgl. E. 5.3.5 hier-vor), muss sich die Wettbewerbskommission indessen gefallen lassen, dass die Beschwerdeführerin versucht, aus der Marktabgrenzung Argumente in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu gewinnen.

**6.4.2.4.25** Die Vorinstanz geht in ihren allgemeinen Ausführungen zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit zutreffend davon aus, dass die Wesentlichkeit eines Wettbewerbsparameters je nach den Marktgegebenheiten variiert (angefochtene Verfügung Rz. 635; vgl. E. 6.4.2.3 hier-vor). In Bezug auf den vorliegenden Fall stellt sie aber ohne auf die Marktgegebenheiten Bezug zu nehmen fest, dass der Preis ein zentraler Wettbewerbsparameter ist. Ausserdem betont sie in diesem Zusammenhang, dass die Auswirkungen des Informationsaustauschs auf den Preiswettbewerb am schlüssigsten dargestellt werden können (angefochtene Verfügung Rz. 435). MANFRED BRUHN stellt in seinem prägenden Werk "Marketing" fest, dass seit den 90er Jahren nicht (mehr) nur der bislang dominante Kosten- und Qualitätswettbewerb relevant sei, sondern dass auch das rechtzeitige Erkennen der Umfeldveränderungen als zentrale Erfolgsgrösse ins Bewusstsein gerückt sei (MANFRED BRUHN, Marketing, 14. Auflage, Wiesbaden 2019, S. 18).

Im vorliegenden Verfahren sind die von BRUHN beschriebenen Umfeldveränderungen nicht der ausschlaggebende Gesichtspunkt, womit vor allem das klassische Verhältnis von Preis- und Qualitätswettbewerb näher zu beleuchten ist. Nachdem die Wettbewerbskommission im Rahmen der Marktabgrenzung einen Luxus- und einen Massenmarkt abgegrenzt hat, musste sie sich die Frage stellen, ob dem Preiswettbewerb und damit logisch zwingend auch dem Wettbewerbsparameter Preis in diesem Luxus- bzw. Prestigemarkt dieselbe Bedeutung zukommt wie im Kosmetikmassenmarkt. Denn Luxus und Prestige sind aus der Sicht der Marktanalyse eine (wenn auch nicht sich zwingend in Produkteigenschaften niederschlagende) Form von Qualität, womit die Bedeutung des Preises im Vergleich zum Massenmarkt abnimmt, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist. Ausserdem wird in Bezug auf Luxus- bzw. Prestigemärkte ein nicht den von Preiswettbewerb geprägten Märkten entsprechendes Kaufverhalten beschrieben: Je höher der Preis ist, desto mehr wird indiziert, dass das angepriesene Produkt luxuriös ist (KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*, S. 74; MOHR, S. 89). Womöglich sähe die Konsumentin den Wert des Produktes aufgrund der Preissteigerung sogar als erhöht an (vgl. BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 63 f.). Demzufolge hat der Preis bei der Produktwahl im Luxus- bzw. Prestigemarkt nicht dieselbe Bedeutung wie im Massenmarkt. Eine solche Kaufentscheidung kann auch auf dem Wunsch beruhen, sich von den anderen abzugrenzen, um die Identifikation mit der eigenen Gesellschaftsklasse zu untermauern (Veblen-Effekt). Nach dem Veblen-Effekt kann die Nachfrage sogar bei einer Erhöhung von Preisen steigen (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 9, 61 ff., 66; VEBLER, *The Theory of the leisure class*, S. 70; VEBLER, *Theorie der feinen Leute*, S. 80 ff.; MOHR, S. 93; KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*, S. 74). Ebenfalls zielt der Snob-Effekt in diese Richtung (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 63 f.). Nach COCO CHANEL ist Luxus das Gegenteil von Gewöhnlichkeit (vgl. <<https://www.nur-zitate.com/zitat/453>>, abgerufen am 09.12.2022). Dazu passt die bereits im Rahmen der Marktabgrenzung getroffene Feststellung, dass Konsumentinnen und Konsumenten ihr Produkt einer Luxus-Marke bei einer Preissteigerung nicht leichthin mit einem Produkt des Massenmarktes substituieren (vgl. E. 5.3.2.4.7, 5.3.2.4.11 hiervor). Vor diesem Hintergrund folgerichtig hat auch ein Händler angegeben, dass er eine gewisse Treue zum einmal präferierten Kosmetikprodukt feststelle, womit weniger Rabatte notwendig seien (act. 579 Frage 19). Damit ist trotz der überragenden Bedeutung des Preiswettbewerbs für die Marktwirtschaft (HEINEMANN, *Bruttopreisabsprachen*, S. 133) jeweils mit Blick auf den relevanten Markt zu bestimmen, welche Bedeutung dem Preiswettbewerb im Vergleich zum (nicht zwingend auf Eigenschaften des Produkts selbst aufbauenden) Qualitätswettbewerb zukommt. Vorliegend kommt im Luxuskosmetikmarkt dem Preis nach dem Gesagten offensichtlich nicht dieselbe Bedeutung zu wie im Kosmetikmassenmarkt.

**6.4.2.4.26** Diese Feststellungen führen aber entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht zum Schluss, dass der Preis so bedeutungslos wird, dass ein diesen Wettbewerbsparameter (in der Form des Austauschs von Bruttopreisen) betreffender Informationsaustausch qualitativ unerheblich wird, weil der Preis

vollkommen in den Hintergrund tritt. Die Vorinstanz hält dazu fest, dass Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte nicht ohne Weiteres mit im dem Sinne exklusiven Luxusprodukten verglichen werden können, die nur für eine kleine Minderheit der Konsumenten erreichbar sind (angefochtene Verfügung Rz. 586). Zu denken sei hier an Helikopter, Privatjets, Wohnungen von 400 Quadratmetern in der Genfer Altstadt usw. Demgegenüber geht die Vorinstanz davon aus, dass ein grosser Teil der Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Produkte aus dem Kosmetikbereich auch von Haushalten mit durchschnittlichem Einkommen eingekauft werden können und auch eingekauft werden (angefochtene Verfügung Rz. 586). Diese Differenzierung erweist sich als sachgerecht. Tatsächlich entfaltet der Vebleneffekt seine volle Wirkung vor allem bei Produkten, die für Haushalte mit durchschnittlichem Einkommen unerreichbar sind. So gesehen liegen die hier in Frage stehenden Produkte des Luxus- und Prestigekosmetikmarkts zwischen dem Massenmarkt und einem Luxusmarkt in einem engen Sinne, der für Konsumentinnen und Konsumenten mit durchschnittlichem Einkommen unerreichbar ist. In diesem Sinne sei - die Feststellungen der Vorinstanz insoweit ergänzend - erwähnt, dass es auch Luxuskosmetik gibt, die dem Luxussegment in einem engen Sinne zuzuordnen ist. So wird der Duft "Imperial Majesty" von Cliff Christian in einem Flakon aus geschliffenem Glas angeboten, welches mit 18 Karat Gold und einer Diamanteneinlage verziert ist und zum wahrhaft stolzen Preis von 375.000 Euro verkauft wird (Die 5 teuersten Parfums der Welt: Bis zu 375.000 Euro für einen Duft! | GQ Germany [gq-magazin.de](https://www.gq-magazin.de) [https://www.gq-magazin.de/body-care/artikel/die-5-teuersten-parfums-der-welt-bis-zu-375000-euro-fur-einen-duft; zuletzt besucht am 09.12.2022]). Ein derartiges Produkt würde auch kaum mit einem Rabatt beworben werden.

**6.4.2.4.27** In Bezug auf den hier zu analysierenden Luxus- und Prestigekosmetikmarkt wird aus Marketingsicht ergänzend die Auffassung vertreten, dass gerade in Zeiten des wirtschaftlichen Abstieges der Kauf eines Luxus- bzw. Prestigekosmetikproduktes das Wohlbefinden steigert (SIMONE REITBAUER, *Märkte im Visier, Dekorative Kosmetik*, SevenOne Media, März 2009, S. 3). Wie es sich diesbezüglich verhält, kann indessen nach dem Gesagten offen bleiben. Jedenfalls ist ersichtlich, dass dem Preis im Luxus- und Prestigemarkt weniger Bedeutung zukommt als im Massenmarkt, aber mehr als in einem für Durchschnittseinkommen unerreichbaren Luxussegment in einem engen Sinne. Damit tritt der Wettbewerbsparameter Preis jedenfalls nicht derart in den Hintergrund, dass mit dieser Begründung aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreisen verneint werden könnte. Wenn der Preis im Luxus- und Prestigemarkt weniger relevant ist als im Massenmarkt und ein Produkt aus dem Luxus- und Prestigemarkt aus Sicht der Endkonsumentinnen und Endkonsumenten nicht leichthin mit einem Produkt aus dem Massenmarkt substituierbar ist, spricht dies ausserdem dafür, dass der Preiswettbewerb weniger intensiv ist als im Massenmarkt. Das heisst, es braucht im Zweifel auch weniger Verhaltenskoordination, um den verpönten Erfolg herbeizuführen, d.h. die Dynamiken im Marktprozess - in Bezug auf die Preise - zu verlangsamen (vgl. zur Dynamik als insoweit massgebendem Gesichtspunkt etwa HENRIQUE SCHNEIDER, *Ein Lob*

auf die Erheblichkeit, sic! 2016, S. 319 ff., insb. S. 327). Immerhin haben die Händler festgehalten, dass die Endkonsumenten auf Rabatte reagieren, womit im Unterschied zum vom Veblen-Effekt beherrschten Luxusmarkt im engen Sinne eine gewisse Preissensitivität der Endkonsumentinnen und Endkonsumenten besteht. Eine Aktion führt zum Beispiel dazu, dass die Endkonsumentinnen und Endkonsumenten gleich drei gleiche Produkte kaufen (act. 562 Frage 17). Damit spielt auch der in Erwägung 6.4.2.4.16 hiervoor beschriebene "Ankereffekt" eine gewisse Rolle.

**6.4.2.4.28** Vorliegend entsprach der Informationsaustausch der Zielsetzung von ASCOPA, eine Erosion des Preisgefüges ("un engrenage à la baisse") zu verhindern und damit das Markenimage zu schützen ("d'éviter que les marques soient discountées"; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58 ff. 62 f. 69; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003). Es ging also sozusagen darum, die im Rahmen der Marktabgrenzung festgestellte Abgrenzung zwischen Massenmarkt und Luxus- bzw. Prestigemarkt aufrechtzuerhalten. Die ausgetauschten Bruttopreislisten wurden diesbezüglich als Mittel zum Zweck definiert (vgl. zum Bezwecken im Rahmen der Prüfung unter Art. 4 Abs. 1 KG E. 4.6.5.2 hiervoor). Dementsprechend passen die Aussagen der Händler zur Bedeutung der Bruttopreise auch insoweit ins Bild (E. 6.4.2.4.21 ff. hiervoor). Der Austausch von Bruttopreislisten stärkt die Position der ASCOPA-Mitglieder gegenüber den Händlern, was die Beeinflussung der Preisbildung begünstigt. Das Bedürfnis der Branche, einen luxus- bzw. prestigeartigen Markt als solchen zu erhalten, ist nachvollziehbar. Indessen ist dieser mit anderen Massnahmen als Informationsaustausch ebenfalls zu erreichen. Zu denken ist nebst dem selektiven Vertrieb beispielsweise an konkrete Werbemassnahmen, wie insbesondere den Beizug von Stars, an Werbegeschenke oder an Muster (zum Austausch der Werbeinvestitionen vgl. E. 6.4.2.6 bzw. zum Innenwettbewerb 6.5.5 und 6.5.6.26.6 hiernach). Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang einen eigentlichen Rechtfertigungsgrund geltend machen will, ist auf die Ausführungen zu Art. 5 Abs. 2 KG zu verweisen (vgl. E. 6.6 hiernach).

**6.4.2.4.29** Die Rüge, dass unklar sei, ob der Wettbewerbsparameter Preis auch in Bezug auf den Umsatzaustausch und den Austausch der Werbeinvestitionen zur Anwendung komme (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6), sprengt den Rahmen des Prüfprogramms in Bezug auf den Austausch von Bruttopreislisten. Hinsichtlich der ausgetauschten Umsätze und Werbeinvestitionen erfolgt mit Blick auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit eine separate Prüfung (vgl. E. 6.4.2.5 und 6.4.2.6 hiernach).

vi. Zwischenfazit

**6.4.2.4.30** Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass sich die Vorinstanz bei ihrer Prüfung des Wettbewerbsparameters Preis mehrheitlich auf Auswirkungenanalysen bezogen hatte, welche nach heutigem Stand der Rechtsprechung entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin nicht (mehr) Prüfungsbestandteil von Art. 5 Abs. 1 KG sind (vgl. E. 6.3.3 hiervoor). Entscheidend ist vielmehr, dass sich die ebenso für das

europäische wie für das schweizerische Kartellrecht (mehrheitlich) formulierte Annahme, dass die Bruttopreise als Verhandlungsgrundlage dienen und die Preisbildung beeinflussen, durch die diesbezüglichen Aussagen der Händler für den vorliegend zu beurteilenden Markt hinreichend erhärten lässt (E. 6.4.2.4.15; 6.4.2.4.20 ff. und 6.4.2.4.23 hiervoor). Damit ist das Argument der Beschwerdeführerin, wonach nur der Austausch der mit den Händlern effektiv ausgehandelten Preise gefährlich sein könnte, widerlegt. Ob es der Vorinstanz im Sinne einer Korrelationsanalyse ausserdem gelungen ist, die Korrelation zwischen Brutto- und Endkonsumentenpreisen empirisch nachzuweisen, kann demnach offen bleiben. Des Weiteren implizieren die Ausführungen der Vorinstanz, dass - wie im Massenmarkt - vor allem ein günstiger Preis die Grundlage einer Kaufentscheidung sei. Damit hat die Wettbewerbskommission die Besonderheiten eines luxus- bzw. prestigeartigen Marktes, der nicht in gleicher Weise wie der Massenmarkt durch den Preiswettbewerb geprägt wird, vernachlässigt (vgl. E. 6.4.2.4.23 hiervoor sowie angefochtene Verfügung Rz. 31 ff., 36 ff., 89 ff., 93 ff.). Aber auch unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Luxus- und Prestigemarkts kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht der Schluss gezogen werden, dass der Preis und damit dessen Bedeutung vollkommen in den Hintergrund tritt. Dies gilt demgegenüber wohl für den (für die Durchschnittskonsumentinnen und -konsumenten unerreichbaren) Luxusmarkt im engen Sinne (vgl. E. 6.4.2.4.26 hiervoor). Der Bruttopreislisten-austausch ermöglichte unter den konkreten Umständen, dass das Verhalten der andern ASCOPA-Mitglieder besser abschätzbar (predictable) war. Im Sinne eines Gesamtfazits spricht insbesondere die tatsächliche Bedeutung der Bruttopreise im relevanten Markt aus qualitativer Sicht für das Bejahen der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG bereits in Bezug auf deren Austausch, auch wenn dieser isoliert betrachtet wird. Dies kann jedoch mit Blick auf die Beurteilung der Kombination des Austauschs von Bruttopreisen und Umsatzdaten (vgl. E. 6.4.2.5.10) letztlich offen bleiben.

#### **6.4.2.5 Der Austausch der Bruttoumsätze**

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.4.2.5.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz hinsichtlich der ausgetauschten und aggregierten Umsätze keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet habe (Beschwerde Rz. 78, 90, 95 f., 114, 122). Da die ausgetauschten Umsätze aggregiert gewesen seien, handle es sich nach Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht um strategisch relevante Daten (Beschwerde Rz. 96). Auch seien die ausgetauschten Umsätze nach Produktkategorien gegliedert gewesen; sie hätten keine Rückschlüsse auf einzelne Produkte oder die abgesetzte Menge bzw. die SKU (Stock Keeping Unit) zugelassen (Beschwerde Rz. 90). Ebenfalls sei eine Rückrechnung auf die Preise durch die ausgetauschten Umsätze nicht möglich gewesen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9, 15). Die Vorinstanz hätte zudem, sofern sie konsequent ihrer eigenen Methode gefolgt wäre, die Korrelation zwischen den Umsätzen und einem relevanten Wettbewerbsparameter darlegen müssen (Beschwerde Rz. 105).

**6.4.2.5.2** Zudem meint die Beschwerdeführerin, dass der Umsatzaustausch ineffektiv gewesen sei. So habe die Beschwerdeführerin von drei (Estée Lauder, Clinique und Aramis) ihrer zehn Marken Informationen geliefert. Sie habe jedoch nie einen Beitrag von Fr. 200.- ausrichten müssen oder es sei ihr ein Ausschluss vom Informationsaustausch angedroht worden (Beschwerde Rz. 48 f.).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.4.2.5.3** Die Vorinstanz legt dar, dass die Parteien monatlich, vierteljährlich und jährlich ihre Bruttoumsatzzahlen austauschten. Die Bruttoumsatzzahlen werden auch "sell-in" genannt und ergeben sich aus der verkauften Stückzahl multipliziert mit dem Bruttoverkaufspreis. Sie spiegeln den Betrag wieder, den jedes ASCOPA-Mitglied mit dem Verkauf seiner Produkte an den Handel erzielte (E. 4.4.3.5.1 f. hiervor; angefochtene Verfügung Rz. 112 ff., 116 ff. i.V.m. 18 ff., 130 ff.).

**6.4.2.5.4** Die ausgetauschten monatlichen Umsätze wurden ab dem Jahr 2005 - rückwirkend auf das Jahr 2004 - elektronisch auf der Intranetseite von ASCOPA erfasst. Nach den Feststellungen der Vorinstanz konnten die Umsatzentwicklungen dank dem elektronischen Umsatzaustausch abgebildet, die Marktanteile automatisch berechnet werden und ein Umsatzvergleich konnte hinsichtlich der selektiv vertriebenen Marken separat auf ein Excel-Format exportiert werden. Ausserdem war nach der Darstellung der Wettbewerbskommission auch der Detaillierungsgrad durch die elektronische Datenerfassung höher als zuvor (angefochtene Verfügung Rz. 118 f., 126, 155). So konnte durch den elektronischen Umsatzaustausch bei ASCOPA ein Zugewinn von Marktanteilen der einzelnen ASCOPA-Mitglieder entdeckt werden. Jene von einem Zugewinn betroffenen Marktteilnehmer hatten sich nach den Feststellungen der Vorinstanz wiederum gegenüber dem Verband zu erklären (angefochtene Verfügung Rz. 158). Die ASCOPA-Mitglieder, welche mit Umsatzlieferung säumig waren, hätten Fr. 200.- pro Marke bezahlen müssen und ihnen habe der Ausschluss vom Informationsaustausch gedroht (angefochtene Verfügung Rz. 139 ff.). Schliesslich geht die Vorinstanz davon aus, dass die Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder in den Jahren 2004-2007 auf dem Gesamtmarkt und in den Teilmärkten stagniert haben (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff.; Abbildung 29 f.).

**6.4.2.5.5** Je nach Grösse einer Produktkategorie hat nach Auffassung der Vorinstanz dank der ausgetauschten Bruttopreise die Möglichkeit bestanden, Umsätze bis auf ein einzelnes Produkt, auf eine kleinere Produktkategorie runterzurechnen (angefochtene Verfügung Rz. 148 ff.) oder auch die abgesetzte Menge bzw. die Stock Keeping Unit (SKU) zu ermitteln (angefochtene Verfügung Rz. 152, 179). So hätten sich die ASCOPA-Mitglieder durch die ausgetauschten Umsätze ein klares Bild über die Marktanteile einer Marke einer Produktkategorie machen können (angefochtene Verfügung Rz. 156). Dank dem Einblick in die Umsatzzahlen und in die Werbeausgaben sei es möglich gewesen, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu machen (angefochtene Verfügung Rz. 640).

iii. Grundlagen

**6.4.2.5.6** Nicht nur der Austausch von Informationen über Wettbewerbsparameter, sondern auch der Austausch wettbewerbssensibler Information kann kartellrechtlich aus qualitativer Sicht bedenklich sein (vgl. E. 4.5.3.3, 6.4.2.3 hiervor). Bei wettbewerbssensiblen Informationen geht es um vertrauliche, firmenspezifische und strategische Informationen. Werden Informationen über wettbewerbsensible Informationen ausgetauscht, lassen sich diese Informationen häufig auf Wettbewerbsparameter zurückführen (BLATTMANN, S. 289). Umsätze bestehen aus dem Ergebnis der Multiplikation zweier problematischer Wettbewerbsparameter (Preis mal Menge). In der Lehre wird dazu festgehalten, dass das allein nicht genüge, um die Kartellrechtswidrigkeit eines Informationsaustauschs zu begründen. Denn derselbe Umsatz kann aus hohen Preisen und einer niederen Stückmenge oder auch umgekehrt bestehen. Sofern sich die Menge oder der Preis anderweitig ermitteln lassen oder allenfalls Preisspannen erkennbar sein können, kann sich der Austausch von Umsätzen durchaus sensibel gestalten (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 219 ff., insb. S. 227 f.). Indessen lässt sich an der Beobachtung von Umsatzschwankungen das Verhalten der Konkurrenz rekonstruieren. Entscheidend sind hier auch die Umstände des Einzelfalles (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 227 f.; BLATTMANN, S. 292 f.). Gemäss Rz. 86 der Horizontalleitlinien sind Umsätze als strategische Informationen zu werten.

iv. Würdigung

**6.4.2.5.7** Vorliegend wurden Bruttoumsätze ausgetauscht (angefochtene Verfügung Rz. 112 ff.). Es geht um diejenigen Umsätze, welche die ASCOPA-Mitglieder mit dem Verkauf an die Händler erzielten (angefochtene Verfügung Rz. 112; E. 4.4.3.5 hiervor). Die vorinstanzlichen Feststellungen zur Art und Häufigkeit des Informationsaustauschs sind im Wesentlichen unbestritten (vgl. dazu insbesondere E. 6.4.1.1.4 hiervor). Ob es tatsächlich möglich war, bis auf ein einzelnes Produkt zurückzurechnen, wie die Vorinstanz behauptet, kann im Folgenden offen bleiben (vgl. E. 6.4.1.3.11 hiervor).

Die Rüge, dass die Vorinstanz hinsichtlich der ausgetauschten und aggregierten Umsätze keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet habe (Beschwerde Rz. 78, 90, 95 f., 114, 122), ist zwar formal betrachtet mit Blick auf Rz. 435 der angefochtenen Verfügung nicht offensichtlich unbegründet. Materiell ergibt sich indessen aus dem argumentativen Zusammenhang eindeutig, dass die Vorinstanz davon ausgeht, dass ihrer Auffassung nach jedenfalls der Wettbewerbsparameter Preis betroffen ist. Sie hält zwar zuerst fest, dass mittels der ausgetauschten Angaben verschiedene Wettbewerbsparameter beeinflusst hätten werden können, legt sich also tatsächlich noch nicht fest. Da der nächste Satz aber lautet, der Preis sei auch im vorliegenden Fall ein zentraler Wettbewerbsparameter, ergibt sich aus der Lektüre des ganzen Abschnittes jedenfalls, dass die Vorinstanz der Überzeugung ist, dass der Preis in Bezug auf den Austausch von Umsatzdaten ein relevanter Wettbewerbsparameter ist.



Demnach steht die Feststellung der Beschwerdeführerin, dass Marktanteile keine Wettbewerbsparameter sind (Beschwerde, Rz. 105 mit Fn. 28), nicht in Widerspruch zu den Ausführungen der Vorinstanz. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Einblick in Umsatzzahlen Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zulasse (angefochtene Verfügung Rz. 640). Unbestritten ist ausserdem, dass der Beschwerdeführerin keine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG vorgeworfen wird, worauf die Beschwerdeführerin noch einmal ausdrücklich hinweist. Indessen hält die Vorinstanz in Rz. 639 der angefochtenen Verfügung fest, dass der Austausch von Preis- und Mengeninformationen sowie Geschäftsstrategien als problematisch eingestuft wird. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass jedenfalls der Preis ausdrücklich als Wettbewerbsparameter benannt wird. In Bezug auf die Mengen hätte das in der angefochtenen Verfügung vielleicht etwas deutlicher zum Ausdruck kommen können. Indessen ist das Bundesverwaltungsgericht so oder anders nicht an die Begründung der Vorinstanz gebunden. Es kann die Beschwerde mit Blick auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 62 Abs. 4 VwVG) auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGE 127 II 264 E. 1b; BVGE 2009/61 E. 6.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 1.54). Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin richtig verstanden, dass die Vorinstanz im Ergebnis zum Schluss kommt, dass der Austausch von Umsatzdaten wegen der Möglichkeit des Rückschlusses auf Geschäftsstrategien als qualitativ erheblich zu beurteilen ist. Ob dies zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen.

**6.4.2.5.8** Die Umsätze der ASCOPA-Mitglieder wurden seit 2005 (rückwirkend ab 2004) auf dem Intranet von ASCOPA erfasst. Daher konnten die Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder automatisch berechnet werden und es waren auch Abweichungen von bisherigen Marktanteilen erkennbar. Nach diesem Konzept folgerichtig mussten sich die ASCOPA-Mitglieder hinsichtlich eines Zugewinnes von Marktanteilen gegenüber dem Verband allenfalls erklären (angefochtene Verfügung Rz. 118 f., 158). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Marktanteile mehrheitlich stagnierten (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff., Abbildung 29 f.; vgl. E. 6.5.4.4.1 ff. hiernach). Darauf ist indessen im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen. Jedenfalls in Kombination mit Bruttopreislisten sind die Umsatzdaten von anderer Aussagekraft, als wenn nur die Umsatzdaten allein Gegenstand eines Informationsaustauschs sind. Ausserdem bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht, dass der Austausch von Umsatzdaten Rückschlüsse auf Marktanteile zulässt. Den Umsätzen kommt zwar jedenfalls die Bedeutung eines Wettbewerbsparameters zu (vgl. BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 292). WAGNER-VON PAPP geht davon aus, dass das auch auf die Marktanteile zutrifft (WAGNER-VON PAPP, Diss., Systematik der S. 219 ff. und insb. S. 228). Auch wenn nur den Mengen Wettbewerbsparameterqualität zukommen würde, heisst das aber nicht, dass die Marktanteile - im Sinne der Begründung der wettbewerbssensiblen Natur von Mengenangaben ohne das Ziel einer eigentlichen Mengenabsprache - nicht ebenfalls zum Thema gemacht werden können. In Ergänzung der

vorinstanzlichen Ausführungen erscheint klar, dass die Marktanteile (als möglicher Gegenstand eines Informationsaustauschs) als problematische Grösse erscheinen, da sowohl im Rahmen von Kartellen als auch von stillschweigendem Kollusivverhalten die gegenseitige Beschwichtigung durch Aufrechterhalten der jeweiligen Marktanteile erfolgt. Die Meldung von Marktanteilen führt daher zu einer Minderung der Unsicherheit über die Dynamik des Wettbewerbs (WAGNER-VON PAPP, Diss., S. 228; BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 293). Besonders interessant ist dabei die Frage, ob diese Anteile stabil bleiben oder ob eine gewisse Dynamik festzustellen ist, was den ASCOPA-Mitgliedern insbesondere einen Hinweis geben würde, dass sich auch im Rahmen der Preisbildung etwas bewegen könnte (BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 293). Demnach wurden mit den ausgetauschten Bruttoumsätzen wettbewerbssensible Informationen ausgetauscht. Vor diesem Hintergrund ist die Aussage der Vorinstanz, dass der Einblick in die Umsatzzahlen es ermöglichte, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu machen (angefochtene Verfügung Rz. 640), im Ergebnis nicht zu beanstanden. Damit spricht der häufige Austausch von Umsatzdaten aus qualitativer Sicht jedenfalls in Kombination mit dem festgestellten Austausch von Bruttopreislisten dafür, die Erheblichkeit zu bejahen (vgl. E. 6.4.2.4.30 hiervor).

**6.4.2.5.9** Zudem zielt die die Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie nur bezüglich drei Marken (Aramis, Clinique und Estée Lauder) Umsatzdaten geliefert und sieben weitere Marken vernachlässigt hatte (Beschwerde Rz. 49) und daher der Umsatzaustausch ineffektiv sei, da die Beschwerdeführerin hinsichtlich dieser sieben Marken nie den Betrag von Fr. 200.- ausgerichtet musste, an der Sache vorbei. In der angefochtenen Verfügung ist ersichtlich, dass sich die ASCOPA-Mitglieder nicht mit allen ihren Marken am Informationsaustausch beteiligt hatten, sondern nur mit denen, welche sie selber dem Luxus- bzw. Prestigesegment zuordneten (angefochtene Verfügung Rz. 473). Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung, welche die den einzelnen ASCOPA-Mitgliedern zugehörigen am Informationsaustausch beteiligten Marken aufzeigt, nennt nur drei Marken der Beschwerdeführerin (Aramis, Clinique und Estée Lauder). Demnach hat die Beschwerdeführerin mit den sieben weiteren Marken gar nicht am Informationsaustausch teilgenommen. Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass sie bezüglich die Nichtlieferung von Informationen dieser sieben Marken nie gebüsst wurde. Der Umsatzaustausch war effektiv. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen die gerichtlichen Feststellungen in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit nicht in Frage zu stellen.

v. Zwischenfazit

**6.4.2.5.10** Zusammenfassend ergibt sich, dass die ausgetauschten Umsätze insbesondere auch als Stabilitätsgradmesser in Bezug auf die Marktanteile gedient haben, womit wettbewerbssensible Informationen vorliegen. Nichtlieferung von Umsatzinformationen sowie Schwankungen wurden erkannt und wenn nötig thematisiert. Diesem Stabilitätsgradmesser kommt einerseits eine selbständige Bedeutung zu, macht aber jedenfalls den Austausch von Bruttopreislisten ungleich effektiver im Vergleich zum alleinigen Austausch von Bruttopreislisten. Damit ist aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit

möglicherweise bereits in Bezug auf den häufigen Austausch von Umsatzdaten, jedenfalls aber für die vorliegend festgestellte Kombination eines Informationsaustauschs über Bruttopreise und Umsatzzahlen gegeben. Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass die Ausführungen der Vorinstanz hinsichtlich der Rückverfolgung auf die abgesetzte Menge oder den SKU durch die ausgetauschten Umsätze nicht ausreichend waren, vermögen die Wirkung des häufigen Austauschs von Umsatzdaten als Stabilitätsgradmesser nicht in Frage zu stellen. Auch insoweit muss die Vorinstanz nicht den Nachweis erbringen, dass die Marktanteile tatsächlich stabil geblieben sind.

#### 6.4.2.6 Der Austausch von Werbeinvestitionen

##### i. Sachverhalt

**6.4.2.6.1** Betreffend den in Bezug auf den Austausch über die Werbeinvestitionen relevanten Sachverhalt, kann insbesondere auf die Ausführungen in den Erwägungen 4.4.3.6 und E. 6.4.1.3.11 verwiesen werden. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Austausch über die Werbeinvestitionen auf einem Formular erfasst wurde, auf welchem die Produktkategorie (Pflege, Make-up, Männer- und Frauenparfum) und der Werbekanal (Magazine, Plakate, TV etc.) neben dem Unternehmensnamen und der betreffenden Marke anzugeben waren. Bezüglich der einzelnen Kategorien der Werbekanäle (z.B. Werbekosten pro verschiedene Zeitschrift) hatten die ASCOPA-Mitglieder wiederum detaillierte Angaben hinsichtlich der Kosten zu machen. Im Anschluss daran erhielten die ASCOPA-Mitglieder eine Liste, aus welcher die Werbeinvestitionen der einzelnen ASCOPA-Mitglieder in Bezug zur Marke und zum jeweiligen Medium hervorgingen (angefochtene Verfügung Rz. 181 ff.).

##### ii. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.4.2.6.2** Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Austausch der Werbeinvestitionen keinen Wettbewerbsparameter betroffen habe (Beschwerde Rz. 77 f., 91, 114, 122). So seien durch den Austausch der Werbeinvestitionen keine künftigen Werbeaktivitäten oder künftigen Absichten hinsichtlich Marketingmassnahmen offen gelegt worden (Beschwerde Rz. 60, 140). Es fehle an einer Begründung der Vorinstanz, weshalb der Wettbewerbsparameter Werbung vom Austausch über die Werbeinvestitionen betroffen worden sei (Beschwerde Rz. 77, 95; Replik Rz. 64).

**6.4.2.6.3** So hätte die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Auswirkungen des Informationsaustausches auf den Wettbewerbsparameter Werbung aufzeigen sollen, wenn sie konsequent ihrer Methode gefolgt wäre (Beschwerde Rz. 105). Ebenfalls habe die Vorinstanz nicht aufgezeigt, ob sich die Auswirkungen auf den Wettbewerb anders gestaltet hätten, wenn es keinen Austausch über Werbeinvestitionen gegeben hätte (Replik Rz. 94). So habe es die Vorinstanz unterlassen, zu untersuchen, ob der Austausch über die Werbeinvestitionen zu einer Koordination der Werbeausgaben zwischen den ASCOPA-Mitgliedern führte (Beschwerde Rz 61). Es sei auch von der Vorinstanz irreführend gewesen, zu behaupten, dass die ASCOPA-Mitglieder die Bruttowerbeinvestitionen in ihre Kostenanalyse miteinbeziehen hätten

können und allenfalls die Werbekosten einer Produktneuheit hätten erschliessen können (Beschwerde Rz. 56).

##### iii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.4.2.6.4** Die Vorinstanz führt zum Austausch von Angaben betreffend die Ausgaben für Werbung aus, die Konkurrenten hätten nur das im Informationsaustausch angegebene Werbemedium (z.B. ein Magazin) durchblättern müssen und es sei möglich gewesen, die Werbekosten eines Produktes zu eruieren (angefochtene Verfügung Rz. 203, 206 ff.). Anhand der ausgetauschten Bruttopreise sei auch der Produkteerfolg hinsichtlich der Werbeinvestitionen erkenntlich gewesen. Diese Ergebnisse konnten dann die ASCOPA-Mitglieder in die Kostenanalyse einer Produktlançierung einfließen lassen (angefochtene Verfügung Rz. 213).

**6.4.2.6.5** Im Kontext mit den "qualitativen Kriterien" der Erheblichkeit legt die Vorinstanz mit Verweis auf ihre Ausführungen zur Marktabgrenzungen dar, dass dem Markenimage im Prestige- und Luxussegment ein hohes Image zukommen würde, weshalb kostenintensive Werbekampagnen betrieben würden. Gemessen an den erzielten Umsätzen würden die Werbeausgaben der ASCOPA-Mitglieder für Parfums bis zu 40 %, für Pflegeprodukte bis zu 40 % und für Make-up-Produkte bis zu 23 % betragen (angefochtene Verfügung Rz. 491 i.V.m. 638). Bei der Prüfung des Innenwettbewerbs verweist die Vorinstanz auf die zentrale Funktion der Werbung und des Marketings in der Luxuskosmetik in allen drei Teilmärkten (angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]).

##### iv. Würdigung

**6.4.2.6.6** Es ist zwar der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass sich der vorliegende Informationsaustausch nicht auf zukünftige Inhalte bezogen hatte (angefochtene Verfügung Rz. 426 f.). Jedoch kann nicht aufgrund des Fehlens künftiger Inhalte in Bezug auf den Informationsaustausch geschlossen werden, dass der Austausch über Werbeinvestitionen keinen Wettbewerbsparameter in Beschlag genommen hätte oder nicht sensibel wäre. In Bezug auf die Möglichkeit von Rückschlüssen ist festzuhalten, dass die Inserate-Preise der jeweiligen Werbemedien den ASCOPA-Mitgliedern bekannt waren. In Kombination mit diesem Wissen konnten die am Informationsaustausch beteiligten Wettbewerber ersehen, welche Beträge für die Bewerbung einer Marke bzw. Produktlinie ausgegeben wurden. Ob das auch in Bezug auf einzelne Produkte gilt, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben.

**6.4.2.6.7** Die Rügen, dass die Vorinstanz nicht untersucht habe, ob sich die Auswirkungen auf den Wettbewerb anders gestaltet hätten, als wenn es keinen Austausch über Werbeinvestitionen gegeben hätte (Replik Rz. 94) und dass die Vorinstanz nicht die Koordination der Werbeausgaben untersucht habe und es gar nicht möglich gewesen sei, die Werbekosten einer Produktneuheit zu eruieren (Beschwerde Rz. 56), bewegen sich bereits im Wirkungsbereich und gehen über die in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu stellenden Anforderungen hinaus (vgl. E. 6.3.3, 6.3.3.3.5 hiervor).

**6.4.2.6.8** Ausserdem kann der Rüge, wonach die Vorinstanz nicht ausreichend begründet habe, dass der

Wettbewerbsparameter Werbung vom Informationsaustausch betroffen sei (Beschwerde Rz. 77, 95, Replik Rz. 64), nicht gefolgt werden. Zwar ist der Beschwerdeführerin dahingehend zuzustimmen, dass die Werbung im Unterschied zu anderen Kosten nicht zu den klassischen Wettbewerbsparametern in vom Preiswettbewerb geprägten Märkten gehört (BLATTMANN, S. 293). Gleichwohl ist sie für den Geschäftsabschluss relevant (BLATTMANN, S. 289). Für den Luxus- bzw. Prestigemarkt in Bezug auf Kosmetika ist aber nach dem in E. 6.4.2.4.25 hiervor Gesagten jedenfalls von einem klassischen Wettbewerbsparameter auszugehen. Betreffend die Relevanz der Werbung hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Ausführungen in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zum Wettbewerbsparameter Werbung auf ihre Ausführungen zur Marktabgrenzung verwiesen. Dort hat sie festgehalten, dass die Werbeausgaben der ASCOPA-Mitglieder gemessen an den Umsätzen für Parfums bis zu 40 %, für Pflegeprodukte bis zu 40 % und für Make-up-Produkte bis zu 23 % betragen würden (angefochtene Verfügung Rz. 491 i.V.m. 638). Auch MÜLLER/STEWENS geht im Bereich der Luxuskosmetik von erheblichen Investitionen ins Branding aus (MÜLLER/STEWENS, S. 30). Insoweit hat die Vorinstanz mit ihren prozentualen Angaben die Relevanz des Wettbewerbsparameters Werbung fundiert begründet (angefochtene Verfügung Rz. 491 i.V.m. 638). Die errechneten Prozentanteile werden seitens der Beschwerdeführerin als solche auch nicht bestritten. Ebenso wenig macht die Beschwerdeführerin geltend, dass der relevante Markt - anders als von der Vorinstanz festgestellt - durch hohe Gestehungskosten geprägt sei, was wiederum die Bedeutung der Werbekosten relativieren könnte. Bereits diese Prozentangaben lassen die Schlussfolgerung zu, dass der Anteil der Werbekosten an den ausgetauschten Umsätzen nicht nur einen beträchtlichen Anteil an den Marketingausgaben, sondern auch den Gesamtumsätzen der jeweiligen Teilmärkte in Beschlag genommen hat. Dies entspricht der Sache nach einer der Kernaussagen des Entscheids "Coty" des OLG Frankfurt am Main, mit welchem dieses festgehalten hat, dass das Luxusimage auf Marketingaktivitäten des Herstellers beruht (OLG Frankfurt am Main "Coty" vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587; ebenso MEY, WuW 2019/2 S. 84 f.; vgl. diesbezüglich auch zum Coty-Urteil des EuGH E. 5.3.2.3.5 f. und 5.3.2.4.6 ff. hiervor). Mit dem Austausch über Werbeinvestitionen brachten die ASCOPA-Mitglieder zum Ausdruck, wie wichtig es ihnen ist, das Luxusimage namentlich durch Werbung aufrechtzuerhalten. Dem entspricht auch der Umstand, dass die Werbung teilweise auch ein Thema der Verhandlungen zwischen den ASCOPA-Mitgliedern und den Detailhändlern war (vgl. dazu E. 6.4.2.4.22 hiervor). Durch den Austausch der Werbeinvestitionen weiss ein ASCOPA-Mitglied, welche Ausgaben seine Konkurrenten für die Werbung getätigt haben. Demnach sind die Werbeausgaben, die ja zentrales Element der Luxus- bzw. Prestigekosmetik sind, besser planbar. So hebt der Informationsaustausch die strategische Ungewissheit hinsichtlich der Werbekosten der Konkurrentinnen auf. Der Austausch ist nicht nur als Anreiz in Bezug auf die Dynamik der Konkurrenz unter den ASCOPA-Mitgliedern betreffend die Werbeausgaben zu sehen, da Produktkategorien und Werbekanäle sowie Unternehmensname und Marke (vgl. angefochtene

Verfügung Rz. 182 ff.; Abbildung 10) beim Austausch über die Werbeinvestitionen offen gelegt wurden. Vielmehr hat dieser Austausch über die Werbeinvestitionen - auch vergleichbar den Umsatzzahlen (unter Berücksichtigung der Rückschlüsse auf die Stabilität der Marktanteile; vgl. E. 6.4.2.5.8 hiervor) - die Wirkung, dass die ASCOPA-Mitglieder generelle Schlüsse auf die Wettbewerbsdynamik ziehen können. Wenn sich bei den Werbeausgaben etwas ändert, werden sie sich das den Kern des Informationsaustauschs bildende Datenmaterial zur Preisbildung genauer anschauen. Vor diesem Hintergrund ist der Vorinstanz im Ergebnis zuzustimmen, wenn sie festhält, dass der Nutzen des Austausches der Werbeausgaben nicht losgelöst vom Austausch der Preislisten und Umsatzangaben betrachtet werden kann (angefochtene Verfügung Rz. 225).

**6.4.2.6.9** Ebenfalls kann in diesem Sinne auch auf die Ausführungen zum Innenwettbewerb (vgl. ebenfalls E. 6.5.5 und 6.5.6.2) verwiesen werden, zu welchem seitens der Vorinstanz ausgeführt wurde, in der Luxus- bzw. Prestigekosmetik seien die Marketingstrategien von zentraler Relevanz und demnach die Kenntnis über die Werbekosten wichtig (angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]). Demzufolge kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn diese behauptet, dass die Vorinstanz eine Begründung dazu unterlassen hätte (Beschwerde Rz. 77, 95), dass der Wettbewerbsparameter Werbung durch den Austausch der Werbeinvestitionen betroffen worden sei. Richtig ist immerhin, dass diese Aussagen nicht im Rahmen der Ausführungen zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit gemacht worden sind. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass insbesondere die Bedeutung der Werbekosten für den relevanten Markt ein Indiz dafür ist, dass aus qualitativer Sicht von der Erheblichkeit des Austauschs über die Werbeausgaben auszugehen ist. Dies gilt aber jedenfalls für die Kombination mit den bereits beschriebenen Elementen des Informationsaustauschs (vgl. E. 6.4.2.5.10 hiervor).

v. Zwischenfazit

**6.4.2.6.10** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch der festgestellte Austausch über die Werbeinvestitionen gerade mit Blick auf den in Frage stehenden Luxusmarkt aus qualitativer Sicht für die Erheblichkeit des Informationsaustauschs spricht. Dies gilt jedenfalls in Kombination mit den anderen Elementen des Informationsaustauschs.

### **6.4.3 Fazit zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit**

Aufgrund der Zwischenbeurteilungen zu den einzelnen Elementen des Informationsaustauschs (vgl. E. 6.4.2.4.30, 6.4.2.5.10 und 6.4.2.6.10 hiervor) ergibt sich, dass es aus qualitativer Sicht naheliegt, dass die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG jedenfalls in Bezug auf die die Kombination des Austauschs der Bruttopreislisten und desjenigen betreffend die Umsatzdaten gegeben ist. Das gilt umso mehr für die Kombination aller drei Elemente unter Berücksichtigung der Werbeinvestitionen. Der Informationsaustausch erlaubt nicht nur eine Art Monitoring, mit dessen Hilfe festgestellt werden kann, ob es im relevanten Markt ruhig geblieben ist. Vielmehr erscheint es namentlich aufgrund der Aussagen der Händler auch hinreichend plausibel, dass auch dahingehend

ein Anreiz geschaffen worden ist, dass die Dynamik des Wettbewerbs für die Zukunft gebremst wird und es im relevanten Markt vergleichsweise ruhig bleibt (vgl. zum Begriff der Marktberuhigung ZIRLICK/BANGERTER, DIKE KG, Art. 5 N 258). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, wenn sie festhält, dass der Nutzen des Austauschs der Bruttoumsatzzahlen nicht losgelöst vom übrigen Informationsaustausch betrachtet werden kann. Das gilt für jedes Element des Informationsaustauschs (angefochtene Verfügung Rz. 141, Rz. 167 und Rz. 225). Angesichts dieser gewichtigen Argumente für die Erheblichkeit des Informationsaustauschs aus qualitativer Sicht sind an die Erheblichkeit desselben aus quantitativer Sicht keine hohen Anforderungen zu stellen.

## 6.5 Quantitative Elemente der Erheblichkeit

Die vorliegende Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit bezieht sich auf alle Handlungen des Informationsaustauschs (Austausch der Bruttopreislisten, Austausch der Umsatzzahlen und Austausch der Werbeinvestitionen), da sich diese Handlungen alle auf demselben Markt abspielten. Dort, wo die Teilmärkte (Pflege, Parfum und Make-up) von Relevanz sind, wird auf diese an geeigneter Stelle eingegangen. Auch betreffend die AGB-Empfehlungen geht es um denselben Markt, nämlich um den Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik (vgl. E.8 hiernach). Im Bereich der quantitativen Elemente der Erheblichkeit betreffend die AGB-Empfehlungen sind jedoch zusätzliche Aspekte zu betrachten, weshalb diesbezüglich eine gesonderte Prüfung erfolgt (vgl. E. 9.5 f. hiernach).

### 6.5.1 Einleitende Bemerkungen zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit

**6.5.1.1** Die quantitativen Elemente einer Wettbewerbsbeeinträchtigung haben die Frage zum Gegenstand, in welchem Umfang der Markt von einer Wettbewerbsabrede erfasst wird. Je enger der Markt abgegrenzt ist, desto schneller erreicht die Abrede eine gewisse quantitative Bedeutung (BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 230 f.). Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. "Buchpreisbindung I"; Urteile des BGer in den vereinigten Verfahren 2C\_295/2021 und 2C\_307/2021 E. 4.1.2.5 "Markant" und 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"; vgl. diesbezüglich zum Charakter einer qualifizierten Bagatelle E. 6.3.1.4.2 hiervor). Demnach ist die Erheblichkeitsprüfung aus quantitativer Sicht eine auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 16.1 "Dargaud [Suisse] SA"; Urteile des BVGer B-506/2010 E. 11.1.5 und E. 11.3.4 "Gaba"; B-463/2010 "Gebro", E. 11.1.2 und E. 11.3.4; vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1532). Relevant ist in diesem Kontext neben dem potenziellen Wettbewerb auch die Stellung der Marktgegenseite (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 240 f.; BORER, Art. 5 KG N 23). Damit nicht zu verwechseln sind eigentliche Auswirkungen (Urteil des BVGer B-581/2012 E. 7.5.1 "Nikon"; vgl. E. 6.3.3.3.6 hiervor). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil "Hallenstadion-Ticketcorner" betreffend das Erreichen der Erheblichkeitsschwelle auf die

Gesamtsumme des qualitativen und quantitativen Aspekts im Sinne des Röhrensystems (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1, 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner") bzw. des Sandhaufentheorems (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 201, 225) abgestellt (vgl. E. 6.3.2.4 hiervor). So war im Fall "Hallenstadion-Ticketcorner" die Erheblichkeitsschwelle bereits mit dem von der WEKO festgestellten quantitativen Aspekt von unter 10 % unter Berücksichtigung der qualitativen Elemente insgesamt überschritten (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner").

**6.5.1.2** Die quantitativen Elemente der Erheblichkeit beinhalteten die Prüfung des Aussen- und des Innenwettbewerbs. Der Aussenwettbewerb (E. 6.5.4) umfasst den aktuellen (E. 6.5.4.1) und den potenziellen (E. 6.5.4.5) Wettbewerb. Zudem wird die Stellung der Marktgegenseite geprüft (E. 6.5.5; BORER, Art. 5 KG N 23; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in an nutshell, 2. Aufl. 2016, S. 47, nachfolgend: HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in an nutshell, 2. Aufl.). Danach wird der Innenwettbewerb geprüft (E. 6.5.6).

**6.5.1.3** Beim aktuellen Wettbewerb sind die Marktanteile der Abredepartner auf dem Markt von Relevanz (HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in an nutshell, 2. Aufl. S. 47). Es geht um den Marktanteil, den die an der Wettbewerbsabrede Beteiligten halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"; zur Mittäterschaft vgl. E. 3.2.2.2.5 und 4.4.3.9.2 hiervor). So handelt es sich vorliegend um die Marktanteile, die alle ASCOPA-Mitglieder mit ihren bei ASCOPA vertretenen Marken gemeinsam halten und nicht um den Marktanteil eines einzelnen Marktteilnehmers oder einer einzelnen Marke. Gegebenenfalls ist auf die Teilmärkte, auf welchen die Mitglieder von ASCOPA mit vom Informationsaustausch umfassten Marken aktiv sind, insbesondere Pflege, Parfum und Make-up, separat einzugehen.

**6.5.1.4** Die Marktmerkmale werden einerseits untenstehend in Erwägung 6.5.3 thematisiert, andererseits werden sie wiederum im Zuge der Prüfung zum aktuellen Wettbewerb (stagnierende Marktanteile, vgl. E. 6.5.4.4) aufgegriffen. Ausserdem sind die massgebenden Merkmale des Marktes bereits im Kontext mit den Horizontalleitlinien und Art. 5 Abs. 1 KG thematisiert worden (vgl. E 6.3.5.6 hiervor).

**6.5.1.5** Beim potenziellen Wettbewerb ist zu prüfen, ob potenzielle Wettbewerber dem Markt beitreten und ob dieselben einen disziplinierenden Einfluss auf die schon bestehenden Wettbewerber haben könnten (Urteile des BVGer B-3618/2013 E. 208 "Hallenstadion-Ticketcorner"; B-7633/2009 E. 334 "Preispolitik Swisscom ADSL II"; BORER, Art. 5 KG N 24). Es geht sozusagen um potenzielle Konkurrenten (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.2 f. "Hallenstadion-Ticketcorner"). Die Wahrscheinlichkeit, ob potenzielle Wettbewerber in den Markt eintreten können, beurteilt sich nach ökonomischen, juristischen und faktischen Marktzutrittsschranken (WEBER/VOLZ, Rz. 2.338).

**6.5.1.6** Bei der Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite sind die Aspekte, aus denen sich eine besondere Verhandlungsposition ergibt, heranzuziehen (Urteil des

BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.2 "Hallenstadion-Ticketcorner"; WEBER/VOLZ, Rz. 2.339). In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die Marktgegenseite (vgl. E. 6.5.5 hiernach) auf die an der Abrede Beteiligten Druck ausüben kann (Urteil des BVerfG B 3618/2013 E. 218 "Hallenstadion-Ticketcorner"; BORER, Art. 5 KG N 24).

**6.5.1.7** Nach der Prüfung von Aussenwettbewerb und Stellung der Marktgegenseite wird der Innenwettbewerb geprüft (E. 6.5.6), welcher die Frage zum Gegenstand hat, ob trotz der geschlossenen Abrede der Wettbewerb, beispielsweise aufgrund anderer Wettbewerbsparameter, unter den beteiligten Unternehmen weiterbesteht (vgl. BGE 129 II 18 E. 8.1 "Buchpreisbindung I").

### **6.5.2 Rügen zum Beweismass in Bezug auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit**

**6.5.2.1** Bevor auf den aktuellen und auf den potenziellen Wettbewerb sowie auf die Stellung der Marktgegenseite eingegangen werden kann, ist die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend das Beweismass aufzugreifen. Diese rügt nämlich, dass die Massstäbe von "Publigroupe" (BGE 139 I 72 E. 8.3 "Publigroupe") betreffend die Beweisanforderungen auf komplexen Märkten nur für den Tatbestand der Marktbeherrschung gelten würden, da solche Fälle komplex seien. Der vorliegende Fall sei nicht komplex, daher sei es sachgerecht, strikte Beweisanforderungen zu verlangen. Denn die erleichterten Beweisanforderungen von "Publigroupe" würden nicht gelten. Zudem handle es sich vorliegend um einen "Leading-Case" in einem neuen Gebiet des Kartellrechts, der in der Zukunft für schweizerische Unternehmen aller Geschäftsbereiche in Bezug auf Informationsaustausch und Marktforschung wegleitend sein werde. Daher seien strikte Beweisanforderungen umso zentraler, damit die Unternehmen hinsichtlich des Informationsaustausches ihr Verhalten an diesem Fall ausrichten können. Denn das Urteil "Publigroupe" fordere, dass die "Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit" als "überzeugend und nachvollziehbar" erscheinen müssen. Vorliegend sei jedoch keine Logik ersichtlich, da die Vorinstanz namentlich nicht bewiesen habe, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den angeblichen Preisentwicklungen bestand (Stellungnahme zur Duplik Rz. 14).

**6.5.2.2** Betreffend das Beweismass zu komplexen Marktverhältnissen kann auf die Ausführungen in Erwägungen 3.2.2.1.4 und E. 3.2.2.8 verwiesen werden. Ausserdem ist in diesem Kontext auf die Erwägungen 6.3.3.3.2 und 6.3.3.3.6 zu verweisen, in welchen festgehalten worden ist, dass der Nachweis von Auswirkungen im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung nicht erforderlich ist. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Einschätzungen zu komplexen Marktverhältnissen betreffend das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. insbesondere BGE 139 I 72 E. 8.3.2 "Publigroupe"; bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 "Altimum"; Urteil des BVerfG 2C\_113/2017 E. 5.2.6 "Hallenstadion-Ticketcorner") nicht nur nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung oder der Markttabgrenzung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit im Einzelfall multiple Wirkungszusammenhänge bestehen und daher eine entsprechende Wettbewerbskomplexität gegeben ist, gelten (vgl. Urteile des

BVerfG B-831/2011 E. 1219 "Six"; B-807/2012 E. 8.4.4.4 "Erne"; B-829/2012 E. 7.4.3.4 "Granelia"; B-880/2012 E. 8.4.4.4 "Umbricht"; vgl. Urteil des BVerfG B-7633/2009, E. 80, 162 "Preispolitik Swisscom ADSL II" und zum Ganzen E. 6.3.3.3.2 hiervor). Das bedeutet im vorliegenden Zusammenhang - worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist - nicht, dass in Bezug etwa auf Marktanteile generell bloss grobe Schätzungen genügen (vgl. zum Marktanteil der Parallelimporte Beschwerde Rz. 127 und E. 6.5.4.3.1 hiernach). Indessen kann der Vorinstanz nach dem Gesagten beispielsweise nicht der strikte Beweis auferlegt werden in Bezug auf die Frage, ob Produkte des Massenmarktes Produkte des Luxuskosmetikmarkts substituieren können (vgl. Beschwerde Rz. 125 und diesbezüglich zur Markttabgrenzung E. 5.3.2 hiervor). Schliesslich ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Tatsache, dass sie sich vom vorliegenden Entscheid einen "leading case" erhofft (vgl. dazu Erwägung 1.5 hiervor), nichts am Beweismass ändert.

### **6.5.3 Die Marktmerkmale und die quantitativen Elemente der Erheblichkeit**

#### **6.5.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz - anders als noch im Verfügungsantrag I (Rz. 194 ff. [vgl. auch Verfügungsantrag I Rz. 224-237]) - die Marktmerkmale nicht mehr geprüft hätte, da die Vorinstanz behauptet habe, dass sie nun in der angefochtenen Verfügung die Kollusion bewiesen habe und es daher nicht mehr notwendig sei, die Strukturmerkmale zu überprüfen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 244 [vgl. auch Rz. 243], 354). Allerdings verkenne die Vorinstanz, dass der Markt der Luxuskosmetik aufgrund seiner Fragmentiertheit und seiner vielfältigen Portfolios mit zahlreichen Produkten und verschiedenen Preisen ungeeignet für Kollusion sei. Aufgrund dieser Marktmerkmale müssten die Beweisanforderungen für Kollusion und für wettbewerbschädliche Auswirkungen umso höher sein (Beschwerde Rz. 18, 24, 94, 150).

#### **6.5.3.2 Vorbringen der Vorinstanz**

Die Vorinstanz ist jedoch der Ansicht, dass sie das kollusive Verhalten der Wettbewerber bewiesen habe, weshalb sich die Prüfung der Marktmerkmale im Sinne der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 erübrige, da das Konzept des wirksamen Wettbewerbs jeden strukturellen Determinismus, wonach aufgrund statischer Strukturmerkmale (Anzahl Firmen, Konzentration der Marktanteile etc.) zwingend auf bestimmte Verhaltensweisen oder Wettbewerbsergebnisse zu schliessen wäre, ablehne (angefochtene Verfügung Rz. 242 ff., 354; jeweils mit Hinweis auf Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 513).

#### **6.5.3.3 Grundlagen**

**6.5.3.3.1** Ein Informationsaustausch weist tendenziell grössere wettbewerbsrechtliche Bedenken bei oligopolistischen Märkten mit stabilen Angebots- und Nachfragebedingungen, mit einer hohen Marktkonzentration, mit grossen Marktanteilen, mit einer homogenen Produktpalette sowie einer hohen Marktzutrittschranke und einer hohen Markttransparenz auf. Hingegen kann ein Informationsaustauschsystem auf einem zersplitterten bzw. komplexen Markt sogar wettbewerbsförderlich wirken

(BLATTMANN, S. 301 ff.; vgl. PISCHEL/HAUSNER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern - Zum Stand der kartellrechtlichen Entwicklung, EuZW 2013, S. 500; EDELMANN, S. 124 f.; Horizontalleitlinien Rz. 77, 79; Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 37 Lemma 6). Zur Beurteilung der Frage, ob ein Informationsaustausch wettbewerbsförderlich oder wettbewerbshinderlich ist, müssen die beschriebenen Kriterien nicht kumulativ vorliegen. Je mehr derselben allerdings gegeben sind, desto problematischer wird der Informationsaustausch, da Unsicherheiten einfacher beseitigt werden können (BLATTMANN, S. 300 ff.).

**6.5.3.3.2** Durch einen Informationsaustausch kann auch künstlich die Transparenz auf einem Markt erhöht werden (Horizontalleitlinien Rz. 65, 76 ff.). Die Markttransparenz ist als Summe der zur Verfügung stehenden Marktinformationen zu verstehen (HANS-JÜRGEN STUHR, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 1975, S. 7). Die Unternehmen verschaffen sich Information und demzufolge wird der Markt für sie übersichtlicher. So können durch einen Informationsaustausch Komplexitäten reduziert werden und Instabilitäten ausgeglichen werden (Horizontalleitlinien Rz. 77 ff.), was auch die Ungewissheit auf einem Markt verringert (WHISH/BAILEY, S. 580; EDELMANN, S. 20, 25; Horizontalleitlinien Rz. 65, 76 ff.). Es kommt nicht nur auf die ursprünglichen Eigenschaften des Marktes (Konzentration, Stabilität, Komplexität), sondern auch darauf an, wie der Informationsaustausch die Eigenschaften des Marktes verändern kann (Horizontalleitlinien Rz. 77).

#### **6.5.3.4 Würdigung**

**6.5.3.4.1** Zwar hat die Vorinstanz - anders noch als im Verfügungsantrag I (Rz. 194 ff., 224-237) - die sogenannten Marktmerkmale nicht mehr im Einzelnen geprüft, was sie mit dem Vorliegen ihrer ökonomischen Studien begründet. Inwiefern diesem Ansatz der Vorinstanz zu folgen ist, kann offen gelassen werden. Denn die Prüfung der Marktmerkmale ist Teil einer Gesamtanalyse (vgl. mutatis mutandis Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 194, "Hallenstadion-Ticketcorner"; BLATTMANN, S. 300 f). Diese erfolgt im Rahmen der Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 650 ff.). Ausserdem ist die Vorinstanz auf die Marktmerkmale eingegangen (z.B. stagnierende Marktanteile, angefochtene Verfügung Rz. 694 ff.; vgl. dazu auch E. 6.5.4.4 hernach), auch wenn sie diese nicht explizit als solche bezeichnet hat.

**6.5.3.4.2** Richtig ist zunächst, wenn die Beschwerdeführerin ausführt, dass es sich beim Markt, in welchem namentlich die rund 30 ASCOPA-Mitglieder aktiv sind, nicht um einen oligopolistischen und konzentrierten Markt handelt. Eine gewisse Fragmentiertheit ist demnach ohne Berücksichtigung des Informationsaustauschs gegeben. In diesem Sinne hält auch BLATTMANN fest, dass sich ein Informationsaustausch bei Oligopolen in der Regel deutlich stärker wettbewerbsbeschränkend auswirkt (BLATTMANN, S. 302 mit Hinweis auf BSK KG 2010-MEINHARD/HUF-SCHMID, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG N 169; BSK MEINHARD/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG N 152 f. und Rz 79 f. der Horizontalleitlinien). Zugleich ist unstrittig, dass renommierte und umsatzstarke Marken an diesem Informationsaustausch beteiligt waren. Dabei

haben nach den Angaben der Vorinstanz die sechs grössten Marktteilnehmer in den Jahren 2004 und 2007 (unter den ASCOPA-Mitgliedern) einen Marktanteil zwischen 57.4 und 64.6 % auf sich vereinigen können (angefochtene Verfügung Rz. 697). Zudem hat in den Jahren 2004-2007 der Marktanteil der Beschwerdeführerin allein zwischen 17.08 und 18.39 % der vom Informationsaustausch umfassten Produkte beinhaltet (Eingabe der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2016). Diese sachverhaltlichen Angaben sind unbestritten. Durch diese Verteilung der Marktanteile unter den ASCOPA-Mitgliedern - eine Art "Klumpenbildung" in Bezug auf die bedeutenden Player, darunter die Beschwerdeführerin - wird die Fragmentierung wiederum relativiert. Der vorliegend zu beurteilende Markt ist demnach nicht in einer Weise fragmentiert, wie sie vielleicht aufgrund der Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen angenommen werden könnte. Die Vorinstanz geht ausserdem davon aus, dass sämtliche Hersteller und Distributoren des Luxus- und Prestigesegments bei ASCOPA vertreten gewesen sind. Selbst wenn dem nicht so gewesen sei, stehe fest, dass allfällige Nichtmitglieder keinen spürbaren disziplinierenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder gehabt hätten (angefochtene Verfügung Rz. 693). Darauf ist unter E. 6.5.4.2, insb. 6.5.4.2.3 hiernach näher einzugehen. Entscheidend ins Gewicht fällt indessen so oder anders die Bedeutung des Informationsaustauschs in diesem Zusammenhang (vgl. dazu E. 6.5.3.3.1 f. hiervor). Bezeichnend dafür ist der Umstand, dass das Komitee, also der Vereinsvorstand von ASCOPA, grossen Wert darauf gelegt hat, möglichst viel Umsatz der ASCOPA-Mitglieder in seinen Reihen vertreten zu sehen (angefochtene Verfügung Rz. 16, 697; vgl. E. 6.5.4.4.3 hiernach). Das erhöht nicht nur die Akzeptanz der Beschlüsse betreffend den Informationsaustausch, sondern wirkt auch der Fragmentierung des Marktes bewusst entgegen. Damit kommt der Fragmentierung, jedenfalls soweit sich diese auf die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen bezieht, jedenfalls bei reduzierter Bedeutung des Preiswettbewerbs (vgl. diesbezüglich zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit E. 6.4.2.4 hiervor) nicht die Bedeutung zu, welche ihr die Beschwerdeführerin gerne beimessen würde. Sofern nicht aus dem Anteil des Umsatzes der ASCOPA-Mitglieder am insgesamt relevanten Markt oder aus der Frage nach möglichen Markteintritten andere Schlüsse zu ziehen sind (vgl. auch potenzieller Wettbewerb E. 6.5.4.5 hiernach), führt eine gewisse Fragmentierung des relevanten Marktes jedenfalls allein nicht dazu, dass die quantitativen Elemente der Erheblichkeit mit dieser Begründung in Frage gestellt werden könnten.

#### **6.5.4 Aussenwettbewerb**

##### **6.5.4.1 Aktueller Wettbewerb**

**6.5.4.1.1** Die Rügen der Beschwerdeführerin hinsichtlich des aktuellen Wettbewerbes kreisen um vier Themenbereiche:

**6.5.4.1.2** Erstens ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass es Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA gegeben hätte (Beschwerde Rz. 124 f.; vgl. E. 6.5.4.2 hiernach).

**6.5.4.1.3** Zweitens sei nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine beachtliche Menge von Parallelimporten durchgeführt worden. Zudem seien Direkteinkäufe aus dem Ausland und Tax-Free-Shops von der Vorinstanz nicht für

die Analyse des Aussenwettbewerbs berücksichtigt worden (Beschwerde Rz. 124 f., 127; vgl. E. 6.5.4.3 hiernach).

**6.5.4.1.4** Drittens stellt die Beschwerdeführerin die Analyse der Vorinstanz infrage, dass es sich beim Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik um einen leicht wachsenden, wohl aber eher stagnierenden Markt handelte (Replik Rz. 37, 52, 55, 92 Lemma 4 f., 99 Lemma 3; Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8 f.; vgl. E. 6.5.4.4 hiernach).

#### **6.5.4.2 Mögliche Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA**

##### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.5.4.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz weitere Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA - abgesehen von zwei Konkurrenzunternehmen (Maria Galland und Mila d'Opiz) - nicht in die Analyse zum Aussenwettbewerb miteinbezogen habe (angefochtene Verfügung Rz. 683-692), obwohl sie (die Beschwerdeführerin) dies doch schon in Rz. 99 ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715) gerügt hätte (Beschwerde Rz. 124).

##### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.5.4.2.2** Da bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht wurde, dass ein wirksamer Aussenwettbewerb bezüglich des Schweizer Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes existiert, untersuchte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung weitere Unternehmen im Kosmetikbereich, welche nicht zu ASCOPA gehören (angefochtene Verfügung Rz. 683-693). Sie kommt zum Schluss, dass nur die Unternehmen Maria Galland und Mila d'Opiz dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikbereich zugeordnet werden können. Allerdings vermögen diese beiden Unternehmen nach Ansicht der Vorinstanz keinen disziplinierenden Einfluss im Sinne eines funktionierenden Aussenwettbewerbs zu haben. Denn alle umsatzstarken Marken seien bei ASCOPA vertreten, was auch die Marktanalysen von European Forecast belegen würden (act. 217; act. 439 Beilagen 8 und 14). Denn European Forecast-Analysen würden sich nur auf die Topseller in der Luxuskosmetik, welche alle bei ASCOPA repräsentiert sind, beziehen (angefochtene Verfügung Rz. 692 f.).

##### iii. Würdigung

**6.5.4.2.3** Soweit in dieser Rüge der Beschwerdeführerin implizit auch eine Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen ist, dringt die Beschwerdeführerin mit dieser nicht durch. Denn die Vorinstanz nimmt in Rz. 683-693 der angefochtenen Verfügung zu den Kosmetikunternehmen Stellung, welche die Beschwerdeführerin in Rz. 99 ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715) geprüft haben will. Die Vorinstanz erachtet jedoch - abgesehen der Unternehmen Maria Galland und Mila d'Opiz - die von der Beschwerdeführerin aufgeführten Unternehmen nicht zum relevanten Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik zugehörig und bestreitet mit dieser Begründung deren Relevanz in Bezug auf den Aussenwettbewerb. Dazu passt, dass die Beschwerdeführerin auch im Rahmen der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit durch Produkte des Massenmarkts behauptet hat, wobei ihr das Gericht in diesem Punkt nicht gefolgt ist. Soweit weitere Produkte wie diejenige der

Linie "Dr. Hauschka" durch die Vorinstanz mit dem Hinweis auf andere Vertriebskanäle (Apotheken oder Drogerien) ausgeschieden werden (angefochtene Verfügung Rz. 686), ist dies durchaus nachvollziehbar. Veraltet war demgegenüber möglicherweise bereits im zu beurteilenden Zeitraum die in concreto "Body Shop"-Produkte betreffende, zugleich aber generell gehaltene Aussage, dass sich das Verleihen des "Anschein[s] von Natürlichkeit und Nachhaltigkeit" nicht mit dem Image von Luxus und Prestige vertragen (angefochtene Verfügung Rz. 691). So oder anders ist die Argumentation der Vorinstanz, wonach sich die Studien von European Forecast nur auf die umsatzstarken Marken beziehen, welche ohnehin bei ASCOPA vertreten sind, nicht zu beanstanden. Ausserdem gab der Präsident von ASCOPA zu Protokoll, dass sämtliche umsatzstarken Unternehmen bei ASCOPA vertreten sind (angefochtene Verfügung Rz. 683; act. 87, S. 2). Demnach kann ausgeschlossen werden, dass Konkurrenzunternehmen - soweit solche auszumachen sind - einen disziplinierenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder im Sinne von Aussenwettbewerb nehmen können. Dies gilt namentlich unter der Bedingung, dass die vorinstanzlichen Feststellungen betreffend stagnierende Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder zutreffen, was noch zu prüfen sein wird (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff., Abbildung 29 f.; vgl. E. 6.5.4.4 hiernach).

#### **6.5.4.3 Parallelimporte, Tax-Free-Shops und Einkaufstourismus**

##### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.5.4.3.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Schätzung der Vorinstanz, dass Parallelimporte einen Marktanteil von 6.7 % umfassen, korrekt sei. Denn die Vorinstanz habe hierzu nur drei Auskünfte berücksichtigt. Auch würden zwei weitere ASCOPA-Mitglieder ebenfalls über Marktanteile von 6.7 % verfügen. Ausserdem würden in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung Angaben über Dior fehlen. Des Weiteren habe die Vorinstanz in ihrer Beurteilung den Einkaufstourismus und die Taxfree-Läden ausser Acht gelassen (Beschwerde Rz. 127).

##### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.5.4.3.2** Die Vorinstanz legt dar, dass Ottos, Import und Denner - diese Unternehmen tätigen am meisten Parallelimporte - gemäss eigenen Schätzungen nur wenige Prozente (bzw. 3 % oder 10 %) ihrer Produkte aus dem Ausland parallel importieren würden (angefochtene Verfügung Rz. 699).

Die Vorinstanz führte zur Eruiierung der Menge der Parallelimporte eigene Berechnungen durch. Die Gesamtumsätze von Ottos und Denner und die Hälfte des Gesamtumsatzes von Import der Jahre 2007 und 2008 wurden dem Gesamtkosmetikmarktvolumen des Schweizerischen Kosmetik- und Waschmittelverbands (SKW) gegenübergestellt (2007: 2.38 Mrd. Fr.; 2008: 2.43 Mrd. Fr.). Gemäss dem SKW würde dieses Gesamtmarktvolumen nur 80 % des relevanten Marktes ausmachen. Die Vorinstanz setzte dieses SKW-Gesamtmarktvolumen von 80 % zugunsten der ASCOPA-Parteien mit 100 % gleich. Gemäss dieser Berechnung wurden im Jahr 2007 6.2 % sämtlicher Produkte parallel importiert und im Jahr 2008 waren es 6.7 % (angefochtene Verfügung Rz. 699-702).

Zudem würden sich die Preise im umliegenden Ausland nicht zu stark von den schweizerischen Preisen unterscheiden (angefochtene Verfügung Rz. 703).

### iii. Würdigung

**6.5.4.3.3** Soweit die Beschwerdeführerin den relevanten Sachverhalt bestreitet, kann in Bezug auf das relevante Beweismass vorab auf die Ausführungen in E. 6.5.2.1 verwiesen werden. Indessen kann vorliegend offen bleiben, ob die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Marktanteils von Parallelimporten zu einem Verzicht auf den strikten Beweis führen. Es ist so oder anders ersichtlich, dass die 6.2-6.7 % nicht in grobem Masse von den Schätzungen von Ottos, Import und Denner abweichen. Zudem ist es unerheblich, ob andere ASCOPA-Mitglieder ebenfalls über einen Marktanteil von 6.7 % verfügen, da 6.7 % aufs Ganze gesehen kein grosser Anteil ist. Auch wenn dieser aufgrund einer gewissen Fehlerquote leicht höher wäre, würde das an der nachfolgenden Würdigung des Sachverhalts nichts ändern. Des Weiteren ist - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - auch Dior in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung unter der Bezeichnung "Parfums Christian Dior" genannt.

**6.5.4.3.4** Ausserdem stösst die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz nur drei Beurteilungen (Import, Ottos und Denner) vorgenommen hat, auch aus einem weiteren Grund ins Leere. Schon die Merkmale des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes sprechen nämlich gegen Parallelimporte. Mehrheitlich werden die von den ASCOPA-Mitgliedern gehandelten Produkte selektiv von geschultem Personal vertrieben. Bei Parallelimporten würde nebst erwünschter Unterstützung durch Werbung auch die Möglichkeit der Schulung entfallen (besonders illustrativ die Detailhändlerantwort unter act. 562, S. 3 Frage 10). Gerade im Bereich der Luxuskosmetik sind die Kunden auf ihre Marke und auf ihr Produkt eher fixiert. Ein Unternehmen könnte es sich nicht ohne Weiteres erlauben, das gewünschte Produkt aufgrund mangelnder Parallelimporte nicht im Sortiment zu führen (vgl. E. 5.3.1.3.3 hiervor). Des Öfters erhalten die Kunden auch beim Kauf von Luxuskosmetika ein speziell auf ihr Produkt zugeschnittenes Muster, welches dann im Zuge mit Parallelimporten nicht mehr erhältlich wäre. Zudem gaben Import und Globus bei der Befragung an, dass im Parallelmarkt nicht grosse Mengen vorhanden sind und gerade besonders nachgefragte Produkte fehlen (act. 562, S. 3 Frage 10; act. 564 S. 3 Frage 19). Douglas, Manor und Marionnaud geben ausdrücklich an, fast oder ganz auf Parallelimporte zu verzichten (act. 569 S. 4 Frage 19; act. 571 S. 4 Frage 19; act. 572 S. 4 Frage 21). Sunstore fühlt sich durch die Abreden in Bezug auf die Werbung an die schweizerischen Lieferanten gebunden (act. 579 S. 5 Frage 21). Folgerichtig bezeichnet auch European Forecast in seinen Befragungen den Schweizer Markt der Luxuskosmetik als einen sauberen, d.h. von wenig Parallelimport geprägten Markt (act. 216, S. 2).

**6.5.4.3.5** Hinsichtlich der Rüge, dass die Vorinstanz den Einkaufstourismus vernachlässige, sind die Wahrnehmungen der Detailhändler entscheidend. Diese weisen zwar auf eine gewisse Relevanz des Eurokurses hin, geben aber im Wesentlichen übereinstimmend an, dass sich die Preise der Kosmetikprodukte im umliegenden Ausland während der Untersuchungsperiode nicht markant

von den schweizerischen unterschieden haben (angefochtene Verfügung, Rz. 703 mit Hinweisen gemäss Fn. 597 nebst act. 579 S. 5 Frage 20). Das spricht - wohl im Unterschied zu mehr durch Preiswettbewerb geprägten Märkten - klar gegen die Attraktivität von Parallelimporten. Des Weiteren ist der Vorinstanz zuzustimmen (angefochtene Verfügung Rz. 703), dass bei Direktversand aus dem Ausland Zollformalitäten und Mehrwertsteueranlässen zu berücksichtigen sind. Unter diesen Umständen war die Vorinstanz diesbezüglich nicht zu weitergehenden Untersuchungen verpflichtet.

**6.5.4.3.6** Die von der Beschwerdeführerin erwähnten Tax-Free-Shops bzw. Duty-Free-Shops haben zwar durchaus einen nicht zu vernachlässigenden Umsatz im Bereich des vorliegend relevanten Luxusmarkts. Indessen ist dieser nur insoweit relevant, als der Durchschnittskonsument tatsächlich auf dieses Angebot ausweicht bzw. abweichen kann. In diesem Zusammenhang ist erstens der Umstand von Bedeutung, dass in den Transitbereichen der Schweizer Flughäfen vor allem auch Kunden einkaufen, welche einen Schweizer Flughafen nur als Transitland betreten oder aus der Schweiz abreisen. Zweitens sind die durchaus zahlreichen Konsumentinnen und Konsumenten, die etwa den Flughafen Zürich unabhängig von einer Flugreise als Einkaufsdestination wählen, gerade nicht berechtigt, in einem Duty-Free-Shop einzukaufen. Für das fehlende Potenzial, dem ansonsten nicht disziplinierenden Aussenwettbewerb eine disziplinierende Wirkung zu verleihen, sprechen auch die Antworten der Detailhändler. Während diese sonst durchaus ergänzende Hinweise gemacht haben, die über die Fragestellung hinausgegangen sind, ist im Rahmen der Frage nach der Bedeutung der Parallelimporte keinerlei Hinweis auf die Duty-Free-Shops gemacht worden. Daher ist es nachvollziehbar, dass die Vorinstanz die Tax-Free-Shops bzw. Duty-Free-Shops nicht in die angefochtene Verfügung miteinbezogen hat.

**6.5.4.3.7** Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass Parallelimporte, Tax-Free-Shops und Einkaufstourismus nicht besonders ins Gewicht gefallen sind, weshalb auch diesbezüglich nicht von einem aktuellen Aussenwettbewerb mit disziplinierender Wirkung gesprochen werden kann.

### **6.5.4.4** *Nur leicht wachsender bis stagnierender Markt*

**6.5.4.4.1** Die Vorinstanz geht aufgrund der im Rahmen des Informationsaustauschs in den Jahren 2004-2007 durch die ASCOPA erhobenen Umsatzdaten davon aus, dass es sich bei dem vom Informationsaustausch von ASCOPA betroffenen relevanten Markt um einen leicht wachsenden, wohl aber eher stagnierenden Markt handelt (angefochtene Verfügung Rz. 694 ff., Abbildungen 29 f.).

Ein stagnierender Markt weise - so die Vorinstanz jedenfalls sinngemäss - darauf hin, dass es keine Konkurrenz von aussen gibt (vgl. E. 6.5.4.2 hiervor), welche einen so ausgeprägt disziplinierenden Einfluss hätte, dass sie Marktanteile von ASCOPA für sich gewinnen könnte und der Markt dann nicht mehr stagnierend - sondern schwankend - wäre. Dies wird seitens der Beschwerdeführerin bestritten.



Im Folgenden wird zuerst auf die Begründung der angefochtenen Verfügung und danach auf den Schriftenwechsel im Beschwerdeverfahren eingegangen.

i. Vorbringen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung

**6.5.4.4.2** Einerseits beruht die Begründung der Vorinstanz, dass es sich um einen eher stagnierenden Markt handelt, auf Aussagen verschiedener Studien. European Forecast gab dies im Rahmen einer Befragung auch zu Protokoll (angefochtene Verfügung Rz. 694; act. 216, S. 4).

**6.5.4.4.3** Andererseits stützt sich die Vorinstanz auf ihre eigenen Berechnungen, welche auf den ausgetauschten Umsätzen, welche dem Intranet von ASCOPA zu entnehmen waren, beruhten. Die Vorinstanz analysiert in ihren Berechnungen die Jahre 2004-2007. Im Jahr 2008 wurde der Informationsaustausch eingestellt. Die Vorinstanz zeigt auf, dass die sechs grössten Marktteilnehmer, die im fraglichen Zeitraum alle Mitglieder des ASCOPA-Vorstands waren, im Jahr 2004: 57.40 %, im Jahr 2005: 60.12 %, im Jahr 2006: 64.66 % und im Jahr 2007: 63.81 % der Marktanteile auf sich vereinigten (angefochtene Verfügung Rz. 696 f., Abbildung 30). Die Beschwerdeführerin selbst verfügte in den Jahren 2004-2007 hinsichtlich der drei bei ASCOPA ausgetauschten Brands (Aramis, Clinique und Estée Lauder) über einen an den Umsätzen gemessenen Marktanteil von: 17.08 % (2004); 17.99 % (2005); 18.39 % (2006); 17.42 % (2007; vgl. Sachverhalt Bst. D.c.f. hiervor).

ii. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.5.4.4.4** Die Beschwerdeführerin bringt vor, es könne auch innerhalb eines stagnierenden Marktes Veränderungen von Marktanteilen geben (Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8 f.), was auch an den Marktanteilen der Beschwerdeführerin ersichtlich sei. Denn ihre Marktanteile seien nicht stabil, sondern von Schwankungen betroffen. So würde die Darstellung der Vorinstanz die Volatilität der Marktanteile verschleiern (Beschwerde Rz. 126, 161 Lemma 4, Replik Rz. 52). So seien auch die Marktanteile der Beschwerdeführerin im Parfumsegment in den Jahren 2004-2007 um 1.6 Prozentpunkte zurückgegangen, was einem relativen Verlust von 15 % des bisherigen Marktanteils entspreche (Beschwerde Rz. 126, 161 Lemma 4). Zudem würde allein die Fragmentiertheit des Marktes der Luxuskosmetika für Änderungen der Marktanteile sprechen (Replik Rz. 37).

**6.5.4.4.5** Des Weiteren sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin nur zu drei ihrer zehn Brands Informationen geliefert habe (Beschwerde Rz. 161 Lemma 1).

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin gehören diese sieben nicht bei ASCOPA gemeldeten Marken ebenfalls zur Luxuskosmetik (act. 715, Stellungnahme zum Verfügungsantrag II, Rz. 55). Zudem sei anhand der Umsatzzahlen der Jahresrechnung der beschwerdeführenden Estée Lauder GmbH in Zürich ersichtlich, dass ein kräftiges Umsatzwachstum stattgefunden habe, was ebenfalls gegen eine Stagnierung des Marktes spreche (Replik Rz. 92 Lemma 5).

iii. Vorbringen der Vorinstanz in der Vernehmlassung und Duplik

**6.5.4.4.6** In ihrer Vernehmlassung entgegnet die Vorinstanz, dass die Marktanteilsentwicklungen aus volkswirtschaftlicher Sicht und nicht aus Sicht eines einzelnen Unternehmens zu betrachten seien (Vernehmlassung Rz. 64). In ihrer Duplik ergänzt die Vorinstanz, dass die Umsatzzahlen der Jahresrechnung der Beschwerdeführerin, auf welche sich diese in ihrer Replik (Replik Rz. 92 Lemma 5) bezogen hatte, auch die sieben Marken umfassen würden, die nicht Gegenstand des Informationsaustausches gewesen seien (Duplik Rz. 61b mit Tabelle 2).

**6.5.4.4.7** Um die Unterschiede der Umsätze des offiziellen Geschäftsberichtes und derjenigen Umsätze, in Bezug auf welche die Beschwerdeführerin Informationen an ASCOPA geliefert hatte (angefochtene Verfügung, Abbildung 30), aufzuzeigen, stellt die Vorinstanz in Tabelle 2 ihrer Duplik (nachfolgend abgebildet in Abbildung 2) die Umsatzangaben der Jahre 2004-2007 aus dem Geschäftsbericht der Beschwerdeführerin den Umsatzangaben der Beschwerdeführerin von ASCOPA (2004-2007) gegenüber. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass die Umsätze des offiziellen Geschäftsberichtes der Beschwerdeführerin wesentlich stärker als jene der vom Informationsaustausch erfassten Marken angestiegen sind. Wenn es also zu einem substantiellen Umsatzwachstum gekommen sein sollte, wäre dies nur auf die sieben Marken der Beschwerdeführerin zurückzuführen, welche nicht Gegenstand des Informationsaustauschs waren (Duplik Rz. 61 f., Tabelle 2). Die Vorinstanz geht des Weiteren davon aus, dass die Differenzen zwischen den beiden gegenübergestellten Umsätzen der Jahre 2004-2007 von Jahr zu Jahr angestiegen sind. Im Jahr 2004 habe diese Differenz 5.4 Mio. Fr. ausgemacht, wohingegen es im Jahr 2007 13.1 Mio. Fr. gewesen seien. Schon allein diese Differenzen mache eine Steigerung von 143 % aus (Duplik, Tabelle 2, Spalte IV und Rz. 62). Hinsichtlich der über den Verband ASCOPA ausgetauschten Umsätze berechnete die Vorinstanz allerdings in den Jahren 2004-2007 nur eine Umsatzsteigerung von 5.5 % (89.9 Mio.-85.2 Mio. = 4.7 Mio.; vgl. Duplik, Tabelle 2, Spalte III und Rz. 62).

**Abbildung 2**

**Basiert auf der Duplik vom 17. Dezember 2012, Seite 18, Tabelle 2, wurde aber vom BVGer ergänzt**

I	II	III	IV	V
	Schweizer Umsätze von Estée Lauder GmbH in Zürich (Beschwerdeführerin) in Mio. Fr. gemäss Jahresbericht der Beschwerdeführerin  (Replik Rz. 92 Lemma 5)	Schweizer Umsätze der Beschwerdeführerin (in Mio. Fr.) von Marken, über welche bei ASCOPA Informationen ausgetauscht wurden  (angefochtene Verfügung Rz. 696, Abbildung 30)	Differenz zwischen II – III in Mio. Fr.  $IV = II - III$  Umsatz von diesen sieben Marken, über welche bei ASCOPA keine Informationen ausgetauscht wurden.	Prozentualer Anteil von Spalte IV am Gesamtumsatz gem. ASCOPA  (angefochtene Verfügung Rz. 696, Abbildung 30)
	10 Marken = 3 + 7 Marken	3 Marken	7 Marken	
		Die Umsatzzahlen ergeben sich aus der Multiplikation der Marktanteilszahlen von Estée Lauder für die Jahre 2004-2007 mit den entsprechenden Angaben in der Zeile „1 Prozentpunkt entspricht“ (Verfügung Rz. 696 und Abbildung 30).	In Spalte IV wird die Differenz der jährlichen Umsatzzahlen des offiziellen Jahresberichts von Estée Lauder gegenüber der von Estée Lauder bei ASCOPA eingereichten Umsatzzahlen aufgezeigt.	Die prozentualen Anteile der Differenzen der beiden Umsätze am Gesamtumsatz von ASCOPA ergeben sich aus der Division von Spalte IV durch die Zeile „Umsatzanteile alle Unternehmen“ in der Verfügung Rz. 696 bzw. Abbildung 30.
		Beispiel für das Jahr 2004: $17.08 \% \times \text{Fr. } 4'985'542 = \text{Fr. } 85'153'057.36$ gerundet 85.2 Mio. Fr.	Beispiel für das Jahr 2004: $90.6 - 85.2 = 5.4$	Beispiel für das Jahr 2004: $5.4 \text{ Mio. Fr. } / 498.554157 \text{ Mio. Fr.} = 1.1 \%$
2004	90.6	85.2	5.4	1.1 %
2005	94.2	86.7	7.5	1.6 %
2006	99.2	87.6	11.6	2.4 %
2007	103.0	89.9	13.1	2.5
<b>Weiterführende Berechnungen (durch das BVGer)</b>				
CAGR 2004-2007	4.37%	1.81 %	34.37 %	CAGR = Compound Annual Growth Rate

iv. Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme zur Duplik

**6.5.4.4.8** Die Beschwerdeführerin entgegnet in ihrer Stellungnahme zur Duplik, dass sie mit den Ausführungen der Vorinstanz zu Tabelle 2 der Duplik nicht einverstanden sei. Es sei von der Vorinstanz unkorrekt gewesen, nur die an ASCOPA gemeldeten Umsatzdaten zu verwenden. Denn die Umsätze der Beschwerdeführerin aus dem Geschäftsbericht würden nicht auf der gleichen Berechnungsgrundlage wie jene von ASCOPA beruhen. Daher seien die an ASCOPA gemeldeten Umsatzzahlen

ungeeignet. So habe es die Vorinstanz unterlassen, zu prüfen, ob sich die an ASCOPA gemeldeten Umsatzzahlen zu einem Vergleich mit den Umsatzzahlen des Geschäftsberichtes der Beschwerdeführerin eignen würden. Demzufolge hätte die Vorinstanz die Umsätze des Jahresberichtes der Beschwerdeführerin für ihre Berechnungen verwenden sollen. So hätte die Vorinstanz feststellen können, dass auch die Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Marken einen substantiellen Beitrag zum Wachstum der Umsätze beigetragen hätten (Stellungnahme zur Duplik Rz. 46).

**6.5.4.4.9** Die Beschwerdeführerin bemängelt zusätzlich, dass die Aussage, welche European Forecast zu Protokoll gegeben habe, dass der Markt der Luxuskosmetik zwar ein enorm kompetitiver Markt sei, aber eher stagnieren würde (act. 216, S. 4), nicht stimmen würde. Diese Aussage decke sich auch nicht mit den Studien von European Forecast (Stellungnahme zum Verfügungsantrag I [act. 439 Beilagen 8 und 14]; vgl. ebenfalls act. 217, Bericht von European Forecast betr. Schweiz von 2008). Denn in den Jahren 2004-2008 habe der CAGR (Compound Annual Growth Rate) von European Forecast 3.9 % betragen. Daher sei ersichtlich, dass der Schweizer Kosmetikmarkt während der Untersuchungsperiode stark gewachsen sei (RBB-Bericht 2013, S. 16). Hingegen umfasse der LIK Total 1.35 %, der LIK Körperpflege 0.56 % und der LIK Toilettenartikel 0.05 %. Demzufolge sei ersichtlich, dass der Luxuskosmetikmarkt stärker als die verschiedenen LIK gewachsen sei (Stellungnahme zur Duplik Rz. 44 mit Fn. 62; RBB-Bericht 2013, Beilage 1 zur Stellungnahme zur Duplik, Sektion 3.5, S. 17).

v. Würdigung hinsichtlich des Marktes der vom Informationsaustausch umfassten Produkte

**6.5.4.4.10** Zunächst ist festzuhalten, dass im vorliegenden Zusammenhang empirische Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Der Verzicht auf die Prüfung von Auswirkungen (vgl. E. 6.3.3 hiervor) bedeutet keinesfalls, dass empirische Gesichtspunkte im Rahmen der Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit nicht relevant sind. Mit Blick auf die Aussagen der Beschwerdeführerin betreffend den CAGR von 3.9 % in den Jahren 2004-2008 ist vorab festzuhalten, dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung im Unterschied zur Beschwerdeführerin auf die Zeitspanne von 2004-2007 fokussiert hat, da der Informationsaustausch im Jahr 2008 eingestellt wurde (angefochtene Verfügung Rz. 696), was nachvollziehbar erscheint. Berechnet man den CAGR von European Forecast der Jahre 2004-2007, ergibt dies einen CAGR von 3.8 %, was allerdings kein grosser Unterschied zu dem von der Beschwerdeführerin genannten CAGR von 3.9 % ist. Entscheidend ist, dass weder ein CAGR von 3.8 % noch ein CAGR von 3.9 % ein überaus hohes Marktwachstum indiziert. In diesem Kontext ist auch zu sagen, dass der Vergleich des CAGR von European Forecast mit den erwähnten LIK nicht angebracht ist, da hierbei zwei verschiedene Dinge miteinander verglichen werden. Denn im CAGR von European Forecast sind ausschliesslich Luxus- bzw. Prestigekosmetikgüter enthalten (vgl. act. 216 S. 1), wohingegen die Luxuskosmetikgüter bei der Ermittlung für die erwähnten LIK lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Denn die Berechnung des LIK stützt sich zu wesentlichen Teilen auf Güter des Massenmarktes (angefochtene Verfügung Rz. 526, Vernehmlassung Rz. 17 und Beilage 2).

Berechnet man den CAGR jedoch direkt aus Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung, welche die an ASCOPA gemeldeten Umsätze der Jahre 2004-2007 umfasst, so beträgt der CAGR des ASCOPA-Gesamtmarktes mit Blick auf die vom Informationsaustausch erfassten Produkte 1.16 %. Dies zeigt auf, dass das Umsatzwachstum in Bezug auf die ASCOPA-Produkte weniger stark war als bei den Studien von European Forecast. Die Statistiken von European Forecast sind dabei nur insoweit von Bedeutung, als sie als Mittel dienen, Aussagen über

das Umsatzwachstum im relevanten Markt zu machen. Auch soweit die Daten von European Forecast relevant sind, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Daten nicht "tel-quel" für die Beurteilung des Informationsaustauschs bei ASCOPA eignen. So gab European Forecast zu Protokoll, dass sie nur selektiv vertriebene Marken der Luxuskosmetik erfasse (act. 216, S. 1, Gesprächsprotokoll vom Treffen von European Forecast mit der WEKO vom 2. Juli 2009), wohingegen bei ASCOPA auch Informationen über Marken ausgetauscht wurden, welche nicht selektiv vertrieben wurden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 127 i.V.m. Abbildung 8, 483 f.; vgl. zum Selektivvertrieb auch E. 5.3.3.4 hiervor). Daher kann die die Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres mithilfe des CAGR von European Forecast (3.8 %) auf ein Marktwachstum des ASCOPA-Marktes rückschliessen und auf diese Weise die Beurteilung der Vorinstanz eines leicht wachsenden bzw. stagnierenden relevanten Marktes infrage stellen.

Diese Ausführungen stehen auch damit im Einklang, dass die Umsätze des Geschäftsberichtes der Beschwerdeführerin (Replik Rz. 92 Lemma 5; siehe auch Duplik Tabelle 2) einen CAGR von 4.73 % in den Jahren 2004-2007 aufweisen (vgl. Abbildung 2 hiervor). Dies bedeutet, dass das Umsatzwachstum deutlich stärker war, wenn man die von der Beschwerdeführerin nicht am Informationsaustausch beteiligten Marken in die Berechnungen miteinbezieht. Es versteht sich dabei von selbst, dass von ASCOPA-Mitgliedern gehaltene Produkte, die vom Informationsaustausch nicht erfasst waren, regelmässig nicht dieselbe disziplinierende Wirkung haben wie solche von Konkurrenzunternehmen. Damit braucht auch nicht weiter geprüft zu werden, ob es sich bei den nicht am Informationsaustausch beteiligten Marken um solche des Luxusmarktes handelt. Errechnet man den CAGR hinsichtlich der Differenz der Umsätze der Beschwerdeführerin aus ihrem Schweizer Geschäftsbericht (Estée Lauder GmbH in Zürich) und der Umsätze der Beschwerdeführerin, welche auf den vom Informationsaustausch erfassten bei ASCOPA eingereichten Marken beruhen (siehe Spalte IV in Abbildung 2 hiervor), so ergibt dies für die Jahre 2004-2007 einen CAGR von 34.37 %. In Abbildung 2 ist ersichtlich, dass die Umsätze, welche die Beschwerdeführerin bei ASCOPA eingereicht hatte, den "Löwenanteil" am Umsatz von Estée Lauder gemäss Schweizer Geschäftsbericht ausgemacht hatten. So waren es Jahr 2004 94 %. Im Jahr 2005 waren es 92%, im Jahr 2006 88 % und im Jahr 2007 87.3 %. Zwar war diese Differenz zwischen beiden Umsatzkategorien (Estée Lauder GmbH-Geschäftsbericht und Estée Lauder-Umsätze, die bei ASCOPA eingereicht wurden) wachsend (in diesem Sinne auch der CAGR von 34,37 %), was heisst, dass sich der ASCOPA-Anteil am Umsatz gemäss Estée Lauder-Geschäftsbericht langsam verkleinerte. Daher stellt sich die Frage, ob diese wachsende Differenz zwischen den ASCOPA-Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin und den Umsatzzahlen des Estée Lauder GmbH-Geschäftsberichts als Hinweis auf einen disziplinierenden Effekt auf den ASCOPA-Gesamtmarkt interpretiert werden könnte. Dazu ist indessen festzuhalten, dass - auch wenn sich die Differenz zwischen dem Estée Lauder-Geschäftsbericht und dem Estée Lauder-Anteil am ASCOPA-Markt in den Jahren 2004-2007 zu Gunsten des im Geschäftsbericht ausgewiesenen Umsatzes vergrössert hat - jedenfalls

ersichtlich ist, dass diese Differenz in Bezug auf den ASCOPA-Anteil der Beschwerdeführerin vernachlässigbar klein ist (vgl. Abbildung 2 in E. 6.5.4.4.7 hiervor) und das Gesamtvolumen der nicht vom Informationsaustausch erfassten Estée Lauder-Produkte in der Summe zu klein geblieben ist, um eine disziplinierende Wirkung entfalten zu können.

Damit sind die Feststellungen der Vorinstanz im Ergebnis nicht zu beanstanden. Demzufolge kann offenbleiben, ob der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch kausal für das Stagnieren der Marktanteile war, wie dies die Vorinstanz behauptet (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff.)

**6.5.4.4.11** Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Fall sowie die diesem Fall zugrundeliegende Untersuchung den Informationsaustausch, welcher über ASCOPA abgewickelt wurde, zum Gegenstand hat. Damit stellt sich die Frage, ob das Heranziehen weiterer Daten nicht über den Untersuchungsgegenstand hinausgeht. Denn die Vorinstanz muss sich im Rahmen einer gemäss Art. 27 KG eröffneten Untersuchung auf das stützen, was Untersuchungsgegenstand ist. Gemäss der Untersuchungseröffnung vom 1. Dezember 2008 (act. 15; vgl. dazu auch die einschlägigen Medienmitteilungen (act. 37 f., namentlich im Bundesblatt; BBl 2008, 9197) wird der Austausch geschäftssensibler Informationen bei ASCOPA als Untersuchungsgegenstand genannt. Mit Blick auf die folgenden Ausführungen kann indessen offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin die Berücksichtigung der Zahlen gemäss ihrem Geschäftsbericht verlangen kann, der auch Marken umfasst, welche nicht Gegenstand des Informationsaustausches waren.

**6.5.4.4.12** Auch wenn man sich auf die Umsätze des Geschäftsberichtes stützt, haben die Rügen der

Beschwerdeführerin keinen Bestand, was im Folgenden aufzuzeigen ist. Würde man die von der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004-2007 an ASCOPA gelieferten Umsatzzahlen (angefochtene Verfügung Abbildung 30) durch die Umsatzzahlen der offiziellen Geschäftsberichte der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004-2007 ersetzen, wäre ersichtlich, dass das Wachstum des Marktes der vom Informationsaustausch umfassten Produkte weiterhin vernachlässigbar klein wäre. Der auf diese Art berechnete CAGR würde 1.65% umfassen. Demzufolge hätten die Umsätze gemäss dem Geschäftsbericht gar keinen nennenswerten Einfluss auf das Gesamtwachstum des durch die im Rahmen von ASCOPA erfassten Produkte gebildeten Marktes. Denn der CAGR beträgt unter Berücksichtigung nur der vom Informationsaustausch erfassten Produkte der Beschwerdeführerin (die drei Marken Aramis, Clinique und Estée Lauder, vgl. angefochtene Verfügung Rz. 127 i.V.m. Abbildung 8) ohnehin insgesamt nur 1.16 %. Demnach ist ersichtlich, dass die Differenz von einem CAGR von 1.65% und 1.16 % vernachlässigbar klein ist. So wäre auch unter Zugrundelegung der nach Ansicht der Beschwerdeführerin massgebenden Daten ihres Geschäftsberichts der von den Mitgliedern von ASCOPA geprägte Markt auch mit einem CAGR von 1.65 % weiterhin als nur leicht wachsend bzw. eher stagnierend zu betrachten, was gegen einen funktionierenden Aussenwettbewerb spricht.

vi. Würdigung hinsichtlich der Teilmärkte von ASCOPA

**6.5.4.4.13** Im Folgenden ist auf die Gliederung des Marktes von ASCOPA in verschiedene Teilmärkte einzugehen. Daraufhin wird aufgezeigt, dass diese Teilmärkte ebenfalls weitgehend stagnierend waren, was untenstehend in Abbildung 3 veranschaulicht wird:

**Abbildung 3**

Teilmärkte nach Rz. 498 f. der angefochtenen Verfügung		Teilmärkte gem. Abbildung 29 der angefochtenen Verfügung		
		<b>CAGR 2004-2007</b>		
Diese drei Teilmärkte wurden von der WEKO untersucht	Make-up	„Colour Cosmetics“	1.15 %	
	Pflege	„Skin Care“	1.49 %	
	Parfum = Herren- und Damendüfte	„Women's fraglines“	-0.02 %	Parfum = Herren- und Damendüfte CAGR 0.23 %
		„Men's fraglines“	0.67 %	
Anhang VI der angefochtenen Verfügung  legt dar, dass die „Men's non fraglines“ und die „Other Products“ einen nur sehr kleinen Teil des ASCOPA-Gesamtmarktes ausmachen, welche die Resultate der Analyse nicht zu beeinflussen vermöchten.	Männerkosmetik CAGR 1.61 %	„Men's non fraglines“ <small>2.5 % des ASCOPA-Gesamtmarktes</small>	7.89 %	
		„Other Products“ <small>0.8 % des ASCOPA-Gesamtmarktes</small>	20.09 %	
<b>Umsatztotal/ Gesamtumsätze in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung</b>		„Total shipment“	1.16 %	

**6.5.4.4.14** Die Vorinstanz hat den Luxus-Prestigekosmetikmarkt in die drei Teilmärkte Pflege, Parfum und Make-up unterteilt (angefochtene Verfügung Rz. 498). Allerdings ist anhand Abbildung 29 der angefochtenen Verfügung, welche die Umsätze der Teilmärkte aufgreift, ersichtlich, dass hier sechs Teilmärkte ("Skin Care", "Colour Cosmetics", "Men's non frag-lines", "Women's fragrances", "Men's fraglines" und "Other Products") genannt werden (vgl. auch Rz. 499 der angefochtenen Verfügung, wo ausgeführt wird, dass vorliegend offen bleiben könne, ob eine weitergehende Unterteilung der aufgezählten Marktsegmente sinnvoll wäre, zumal eine weitergehende Gliederung keinen Einfluss auf das Untersuchungsergebnis habe). Zählt man diese sechs Teilmärkte zusammen, entspricht dies dem "Total shipment" in Abbildung 29. Das "Total shipment" kommt dem Umsatztotal bzw. den Gesamtumsätzen aller ASCOPA-Mitglieder in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung gleich (vgl. Abbildung 3 oben).

**6.5.4.4.15** Vergleicht man die sechs Teilmärkte von Abbildung 29 der angefochtenen Verfügung mit den drei Teilmärkten Pflege, Parfum und Make-up (angefochtene Verfügung Rz. 498), ist ersichtlich, dass die "Colour Cosmetics" dem Teilmarkt des Make-ups und die "Skin Care" dem Teilmarkt der Pflegeprodukte zuzuordnen sind. Des Weiteren sind die "Men's-" und "Women's fraglines" zusammen dem Teilmarkt der Parfums zuzuweisen. Jedoch können die Kategorien "Other Products" und "Men's non fraglines" keinem der drei Teilmärkte zugeordnet werden. Allerdings nimmt die Vorinstanz in Anhang VI der angefochtenen Verfügung zu den "Other Products" und "Men's non fraglines" Stellung und hält fest, dass diese Teilmärkte so klein seien - sie würden nur 0.8 % und 2.5 % vom ASCOPA-Gesamtmarkt ausmachen -, dass sie das Resultat der Gesamtanalyse nicht zu beeinflussen vermögen (vgl. E. 5.3.2.4.1 hiervor). Demzufolge machen diese beiden Kategorien "Other Products" und "Men's non fraglines" einen so kleinen Anteil am Gesamtmarkt der vom Informationsaustausch umfassten Markenprodukte aus, dass diese im Rahmen der Marktanalyse ohne Weiteres vernachlässigt werden können. So legt die Vorinstanz in Rz. 499 der angefochtenen Verfügung dar, dass den Wettbewerbsbehörden auch gar keine Beweise vorliegen würden, wonach die ASCOPA-Mitglieder in Bezug auf die Marktsegmente Zahn-, Haar- und Babypflege alle hier aufgezählten Informationstypen austauschten. So könne auch dahingestellt bleiben, ob in diesen Bereichen eine Unterscheidung in einen Massenmarkt und in einen Prestige- bzw. Luxussegment möglich sei. Um das Umsatztotal von ASCOPA bzw. das "Total Shipment" vollständig darzulegen, sind diese beiden kleinen Teilmärkte ("Other Products" und "Men's non fraglines") trotzdem in Abbildung 29 aufgeführt; die Verfügung bezieht sich jedoch in ihrer Begründung auf die hauptsächlichlichen drei von der WEKO vertieft untersuchten Teilmärkte Pflege, Parfum und Make-up.

**6.5.4.4.16** Im Folgenden sind nun die CAGR bezüglich der Teilmärkte zu beleuchten (vgl. Abbildung 3 hiervor). Der CAGR der Jahre 2004-2007 der Pflegeprodukte beträgt 1.49 %, derjenige des Make-ups 1.15 % und derjenige des Parfums 0.23 % ("Men's fraglines" [0.67 %] und "Women's Fragrances" [-0.02 %]). Des Weiteren betrug der Teilmarkt der "Men's non fraglines" einen CAGR von

7.89 %. Der CAGR der gesamten Männerkosmetik (d.h. "Men's non fraglines" zusammen mit den "Men's fraglines") macht allerdings einen CAGR von 1.61 % aus. Die "Other products" hingegen umfassten einen CAGR von 20.09 %. Diese soeben beschriebenen Teilmärkte wiesen - mit Ausnahme der "Other products" und der "Men's non fraglines" - niedrige CAGR auf. Allerdings machten die "Other products" nur einen Anteil von 0.8 % am ASCOPA-Gesamtmarkt aus (Anhang VI der angefochtenen Verfügung); bei den "Men's non fraglines" betrug der Anteil am ASCOPA-Gesamtmarkt nur 2.5 %. Daher fallen die "Other products" und die "Men's non fraglines" nicht besonders ins Gewicht. Zwar ist bei einem CAGR von 20.09 % von einem Marktwachstum der "Other products" auszugehen, was ebenfalls gegen einen verdrängenden Ausenwettbewerb spricht. Ergänzend ist zu sagen, dass man schon aus der Bezeichnung "Other products" erkennen kann, dass in dieser Kategorie keine Produktdifferenzierung angestrebt, sondern vielmehr eine schwierig zuzuordnende Restmenge beschrieben wird. Daher kann davon ausgegangen werden, dass diese im vorliegenden Zusammenhang als eine Art "Auffangbecken" für Produkte, welche nicht einem sonstigen Teilmarkt zuzuordnen waren, zu werten sind (vgl. ebenso angefochtene Verfügung Rz. 499). Es ist anzunehmen, dass innerhalb der Jahre 2004-2007 immer häufiger Informationen an ASCOPA gesendet wurden, welche keinem Teilmarkt zuzuordnen waren. Daher ist der hohe CAGR auch nicht verwunderlich. Was die "Men's non fraglines" betrifft, so können aus dem CAGR von 7.89 % aufgrund des kleinen Anteils von 2.5 % am ASCOPA-Gesamtmarkt keine Aussagen abgeleitet werden, da dadurch die Analyse kaum beeinflusst wird (vgl. angefochtene Verfügung Anhang VI).

**6.5.4.4.17** Gesamthaft lassen diese CAGR der Teilmärkte die Schlussfolgerung zu, dass der relevante Markt auch bei spezifischer Analyse der Teilmärkte - abgesehen von den den Markt nicht prägenden "Other products" und den "Men's non fraglines" - nur leicht wachsend bzw. eher stagnierend war.

vii. Bedeutung der Marktanteile der Beschwerdeführerin

**6.5.4.4.18** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass es auch innerhalb eines stagnierenden Marktes zu Schwankungen kommen könne (Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8), was die Marktanteile der Beschwerdeführerin betroffen habe, und dass die Vorinstanz die Volatilität der Marktanteile verschleierte habe, da die Marktanteile der Beschwerdeführerin im Parfumsegment am Gesamtmarkt in den Jahren 2004-2007 um 1.6 Prozentpunkte zurückgegangen seien (Beschwerde Rz. 126, 161 Lemma 4). Ausserdem spreche die Fragmentiertheit des Marktes der Luxuskosmetika für Änderungen der Marktanteile (Replik Rz. 37).

**6.5.4.4.19** Diesbezüglich ist - soweit sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf ihren eigenen Marktanteil beruft - zunächst festzuhalten, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um den Marktanteil geht, den die an einer Wettbewerbsabrede Beteiligten halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"); also um den Marktanteil, den alle

ASCOPA-Mitglieder gemeinsam halten und nicht um den Marktanteil eines einzelnen Wettbewerbers (bzw. der Beschwerdeführerin). Dies gilt jedenfalls für die Prüfung des Aussenwettbewerbs und in gleicher Weise für die soeben analysierten Teilmärkte.

**6.5.4.4.20** Die vorherigen Ausführungen haben aufgezeigt, dass der Gesamtkosmetikmarkt von ASCOPA mit einem CAGR (2004-2007) von 1.16 % kaum wachsend bis stagnierend war. Dasselbe gilt ebenfalls für die grossen Teilmärkte von ASCOPA (Parfum: CAGR 0.23 %, Pflege: CAGR: 1.49 %, Make-up: CAGR 1.15 %; vgl. in Bezug auf die Teilmärkte genauer E. 6.5.4.4.13 ff. hier vor). Zudem ist zu beachten, dass es ausserhalb von ASCOPA kaum Konkurrenten im Bereich der Luxuskosmetik gegeben hat (vgl. E. 6.5.4.2 insb. 6.5.4.2.3 hiervor), was alles gegen einen funktionierenden Aussenwettbewerb spricht. Daher ist es auch unerheblich, ob der Marktanteil der Beschwerdeführerin am Teilmarkt des Parfums schwankend war (vgl. Beschwerde Rz. 161 Lemma 4 i.V.m. 126 sowie die angefochtene Verfügung Rz. 544), da es - wie soeben festgestellt - um den Marktanteil geht, den alle an der Wettbewerbsabrede Beteiligten halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Demnach erweist sich die Rüge, dass die Vorinstanz die Volatilität der Marktanteile der Beschwerdeführerin verschleierte, als unbegründet.

Selbst wenn man lediglich auf die Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin, welche diese bei ASCOPA eingereicht hat, abstellen würde, ist jedenfalls festzuhalten, dass der Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin hinsichtlich der bei ASCOPA eingereichten Zahlen (Jahre 2004-2007) nur einen CAGR von 1.81 % aufwies (vgl. Abbildung 2 oben), weshalb der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden kann, wenn diese meint, dass die Volatilität der Marktanteile verschleiert worden sei. Des Weiteren kann auf die Ausführungen in den Erwägungen 3.2.3.2 insb. 3.2.3.2.6 verwiesen werden.

**6.5.4.4.21** Die Tatsache, dass sowohl der Gesamtmarkt der vom Informationsaustausch umfassten Produkte wie auch dessen Teilmärkte (Parfum, Pflege und Make-up; genauer E. 6.5.4.4.13 ff. hiervor) leicht wachsend bis stagnierend waren, weist darauf hin, dass es keine nennenswerte Konkurrenz ausserhalb von ASCOPA gab. Ansonsten wäre es bei den Marktanteilen der ASCOPA-Mitgliedern in Bezug auf die vom Informationsaustausch umfassten Produkte wahrscheinlich zu Schwankungen gekommen. Soweit sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf die Fragmentiertheit des Marktes beruft, kann auf die in E. 6.5.3.4.2 hiervor gemachten Ausführungen verwiesen werden.

viii. Fazit zum aktuellen Wettbewerb

**6.5.4.4.22** Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht den aktuellen Wettbewerb aufgrund verschiedener Aspekte (mögliche Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA; Parallelimporte, Tax-Free-Shops und Einkaufstourismus; leicht wachsende bis stagnierender Markt) geprüft hat und zum Schluss kommt, dass nicht von einem ausreichend disziplinierenden Aussenwettbewerb ausgegangen werden kann.

#### 6.5.4.5 Potenzieller Wettbewerb

**6.5.4.5.1** Beim potenziellen Wettbewerb ist zu prüfen, ob potenzielle Wettbewerber die Möglichkeit hätten, dem Markt beizutreten und ob diese einen disziplinierenden Einfluss auf die schon bestehenden Wettbewerber ausüben könnten (vgl. diesbezüglich zur marktbeherrschenden Stellung Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.2 "Hallenstadion-Ticketcorner" und Urteil des BVerfG B-3618/2013 E. 208 "Hallenstadion-Ticketcorner"; allgemein zur Erheblichkeit BORER, Art. 5 KG N 24). Die Wahrscheinlichkeit, dass potenzielle Wettbewerber in den Markt eintreten können, beurteilt sich nach ökonomischen, juristischen und faktischen Marktzutrittschranken (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 240; WEBER/VOLZ, Rz. 2.338).

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.5.4.5.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz nicht geklärt, ob es weltweit tätige Unternehmen im Bereich der Luxuskosmetik gäbe, die nicht in der Schweiz vertreten sind (Beschwerde Rz. 128). Die Beschwerdeführerin meint zudem, dass schon allein die zahlreichen neuen Produkte beweisen würden, dass die Markteintrittsschranken nicht besonders hoch seien und deshalb ein Disziplinierungseffekt durch diese bestehe. Dabei sei es unerheblich, ob ein solches Produkt von einem lokalen kleinen Anbieter oder von einem weltweiten Konzern stamme (Beschwerde Rz. 128 f., vgl. auch Rz. 131).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.5.4.5.3** Die Vorinstanz legt dar, dass nur ein bevorstehender Markteintritt eines neuen Unternehmens das Erfordernis des potenziellen Wettbewerbs erfüllen könne. Der Markteintritt einer neuen Marke reiche allerdings hierzu nicht aus. Zudem müsse eine disziplinierende Wirkung auf die bereits im Markt tätigen Unternehmen bestehen. Der potenzielle Konkurrent müsse mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit in den Markt eintreten können (angefochtene Verfügung Rz. 729, 733).

**6.5.4.5.4** Die Vorinstanz meint zudem, dass die von ihr dargelegten Analysen zur Preisentwicklung aufzeigen würden, dass kein Unternehmen ausserhalb von ASCOPA dieser Entwicklung Einhalt gebieten konnte und es somit an einem disziplinierenden Einfluss einer potenziellen Konkurrenz fehle (angefochtene Verfügung Rz. 730). Ungeachtet dessen seien jegliche weltweit tätigen Unternehmen der Branche der Luxuskosmetik bereits auf dem Schweizer Markt tätig. Während der Untersuchungsperiode seien keine Neueintritte oder Hinweise bezüglich künftiger Neueintritte zu vermerken gewesen. Hierfür würden auch die stagnierenden Marktanteile sprechen. Gerade im Bereich der Luxuskosmetik, wo es sich um etablierte Marken handle und der Anteil an Werbekosten hoch sei, sei der Eintritt eines neuen Konkurrenten besonders schwer. Demzufolge sei die potenzielle Konkurrenz zu verneinen (angefochtene Verfügung Rz. 731 ff. i.V.m. 491).

iii. Würdigung

**6.5.4.5.5** Bereits in den Erwägungen 6.3.3 und 6.3.3.3.2 sowie 6.3.3.3.9 ist ausgeführt worden, dass die Prüfung eines allfälligen Kausalzusammenhangs zwischen

Informationsaustausch und tatsächlichen Preiserhöhungen die im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zu stellenden Anforderungen überspannt. Daher ist auf die Ausführungen der Vorinstanz, nach welchen die potenzielle Konkurrenz aufgrund von Preisentwicklungen zu verneinen ist, im vorliegenden Kontext nicht weiter einzugehen. Jedenfalls dringt die Beschwerdeführerin - wie im Folgenden aufzuzeigen ist - mit ihren Rügen nicht durch.

**6.5.4.5.6** Die Rüge, dass die Vorinstanz nicht geklärt habe, ob es weltweit tätige Unternehmen gebe, die noch nicht in den Schweizer Markt eingetreten seien (Beschwerde Rz. 128), erweist sich als unbegründet. Denn die Vorinstanz legt dar, dass sämtliche weltweit tätigen Unternehmen der Branche bei ASCOPA vertreten waren (angefochtene Verfügung Rz. 732). Ausserdem zeigt die Vorinstanz auf, dass European Forecast sich nur auf die Topseller beziehe und bei European Forecast kein Unternehmen genannt werde, das nicht Mitglied von ASCOPA sei (angefochtene Verfügung Rz. 693). Zudem hat die Vorinstanz mit Blick auf den Aussenwettbewerb aufgrund der Rügen im vorinstanzlichen Verfahren weitere Unternehmen geprüft (angefochtene Verfügung 683-693; vgl. E. 6.5.4.2.3 hiervor). Auch ist die Aussage der Vorinstanz, dass die stagnierenden Marktanteile gegen potenzielle Neueintritte sprechen würden (angefochtene Verfügung Rz. 734), nicht zu beanstanden. Denn das Bundesverwaltungsgericht erachtet den Gesamtmarkt der vom Informationsaustausch erfassten Produkte sowie dessen Teilmärkte ebenfalls als nur leicht wachsend bis stagnierend (E. 6.5.4.4 hiervor). Schliesslich sind auch die Ausführungen der Vorinstanz, dass bei den etablierten Marken von ASCOPA Neueintritte konkurrierender Unternehmen tendenziell unwahrscheinlich sind, richtig. Dafür spricht einerseits der hohe Werbeaufwand (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 491). Das beschränkt im Übrigen auch die Möglichkeiten von Nischenprodukten kleinerer Hersteller (vgl. zur Bedeutung derselben etwa MÜLLER/STEWENS, S. 30). WAGNER-VON PAPP geht sogar so weit anzunehmen, dass ein Restwettbewerb im Bereich der Werbung dazu dienen könne, den Marktzutritt von Aussenseitern zu verhindern (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationssysteme, S. 361). Andererseits erfolgt die Kaufentscheidung in einem luxusartigen Markt - wie bereits erwähnt (vgl. E. 5.3.2.6 hiervor) - nicht in erster Linie aufgrund monetärer Gründe. Daher erweist sich die Bindung an die gewohnte bevorzugte Marke als relativ stark. Ein in den Markt neueintretendes Unternehmen dürfte es daher umso schwieriger haben, die Kunden eines renommierten Unternehmens bzw. einer bekannten Marke abzuwerben.

iv. Fazit

**6.5.4.5.7** Die gemachten Ausführungen lassen die Schlussfolgerung zu, dass aufgrund der Marktgegebenheiten auch kein potenzieller Wettbewerb mit hinreichender Disziplinierungswirkung besteht.

#### **6.5.4.6 Zwischenfazit zum Aussenwettbewerb**

Zusammenfassend ergibt sich, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein hinreichender Aussenwettbewerb vorliegt. Es ist weder genügend aktueller noch genügend potenzieller Wettbewerb vorhanden.

### **6.5.5 Stellung der Marktgegenseite**

In Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite ist zu prüfen, ob die Marktgegenseite Druck auf die an der Abrede beteiligten Wettbewerber ausüben kann (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 218 "Hallenstadion-Ticketcorner"; BORER, Art. 5 KG N 24). Sofern die Marktgegenseite hierzu in der Lage ist, spricht dies aus quantitativer Sicht gegen die Erheblichkeit (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 241; BORER, Art. 5 KG N 24). In diesem Sinne hat das Bundesgericht etwa im Fall Hallenstadion-Ticketcorner festgestellt, dass die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe, dass den Veranstaltern keine besondere Verhandlungsmacht zukomme (Urteil des BGER 2C\_113/2017 E. 5.5.2 "Hallenstadion-Ticketcorner").

#### **6.5.5.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Retailer als Marktgegenseite eine so starke Stellung innehaben, dass sie fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerb ausgleichen können. Die Vorinstanz habe selbst gesagt, dass die Händler in der Gestaltung der Rabattkonditionen eigenständig seien. Zudem habe die Vorinstanz nicht untersucht, ob die Detailhändler die Bruttopreise mit Rabatten kompensieren konnten. Schliesslich habe die Vorinstanz gar nicht die mit den Händlern ausgehandelten Preise untersucht (Beschwerde Rz. 130).

#### **6.5.5.2 Vorbringen der Vorinstanz**

**6.5.5.2.1** Um die Stellung der Marktgegenseite, also die Nachfragemacht, zu untersuchen, stellt die Vorinstanz die Unternehmen auf Hersteller- bzw. Distributorenseite - das sind die ASCOPA-Mitglieder - den Unternehmen auf Retailerseite einander gegenüber:

Auf Hersteller- und Distributorenseite nennt die Vorinstanz Unternehmen, die ASCOPA-Mitglieder sind (Estée Lauder [Beschwerdeführerin], Beiersdorf, Chanel, Clarins, Coty, Dior, L'Oréal, Procter & Gamble und Wodma 41). Diese machen ungefähr 80-85 % des relevanten Marktes aus (angefochtene Verfügung Rz. 743).

Die Marktgegenseite vereinigt sechs bedeutende Retailer (Coop [Import], Douglas, Manor, Marionnaud, Migros [Globus], Almavita mit Sunstore und Jelmoli) sowie die Beauty Alliance. Diese vereinigen ebenfalls 80-85 % der Marktanteile auf sich. Die Beauty Alliance ist eine Aktiengesellschaft mit rund 110 Mitgliedern. Es sind rechtlich selbständige Parfümerien, Apotheken und Drogerien (angefochtene Verfügung Rz. 744).

**6.5.5.2.2** Nach Ansicht der Vorinstanz sind auf beiden Seiten grosse Unternehmen tätig. Die Grösse der Umsätze würde keine Rückschlüsse auf die Marktstärken der beiden Marktgegenseiten zulassen (angefochtene Verfügung Rz. 746). So wäre gemäss der Vorinstanz die Verhandlungsmacht der ASCOPA-Mitglieder (Hersteller- und Distributorenseite) durch die Marken mit einem grossen Renommee gestärkt. Denn die Retailer seien darauf angewiesen, diese Marken in ihrem Portfolio zu halten. Trotzdem sei nicht zu vernachlässigen, dass man auch gewissen Retailern durch die Möglichkeit der Ausgestaltung der Rabattkonditionen und der Freiheit in der Gestaltung der Produkteplatzierung eine gewisse Autonomie zu-

sprechen könne. Da jedoch die Retailer nicht in der Lage seien, das Kollusionsergebnis zu destabilisieren, könne den Retailern gemäss der Vorinstanz keine (die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage stellende) Verhandlungsmacht zugesprochen werden (angefochtene Verfügung Rz. 747 ff., 753 f.).

### 6.5.5.3 Würdigung

**6.5.5.3.1** Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Vorinstanz losgelöst von der Frage zu prüfen sind, ob der Informationsaustausch effektive Kollusion zwischen den ASCOPA-Mitgliedern zur Folge oder tatsächliche Auswirkungen im Sinne einer Kausalität zwischen Informationsaustausch und Preiserhöhungen gehabt hat. Dass die Vorinstanz dargelegt hat, dass beide Marktgegenseiten (die ASCOPA Mitglieder und die Retailer) in prozentualer Hinsicht über die gleiche Marktstärke verfügen (80-85 %) und demzufolge die Marktstärke keine Aussagen hinsichtlich der Position der Marktgegenseite zulässt, ist nicht zu beanstanden (angefochtene Verfügung Rz. 743 ff.). Zwar haben die Retailer die Möglichkeit, eigene Rabatte zu gewähren. Zudem sind sie in der Positionierung der Produkte in ihren Geschäften frei (angefochtene Verfügung Rz. 753). Jedoch sind die Retailer ebenfalls vom starken Markenportfolio der ASCOPA-Mitglieder abhängig, da sie einem hohen Anreiz dahingehend ausgesetzt sind, zumindest deren bekannteste Marken im Sortiment zu haben (vgl. E. 5.3.1.4 hiervor). Indessen kann auch im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, ob ein gewisser Anteil bzw. welche der in Frage stehenden Kosmetika als eigentliche "must-in-stock"-Produkte zu qualifizieren sind (vgl. ZÄCH, in: SIWR V/2 S. 148). Entscheidend ist aber vor allem der Umstand, dass die Retailer zwar - worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist - insbesondere frei sind in Bezug auf die gegenüber den Endkonsumenten gewährten Rabatte. Das Gericht hat indessen im Rahmen der Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit gestützt auf Aussagen der Händler festgestellt, dass sich die Bruttopreise faktisch im Sinne einer Verhandlungsgrundlage ausgewirkt haben (vgl. dazu E. 6.4.2.4.28 hiervor). Damit verfügten die Retailer nicht über eine genügend starke Stellung, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet.

### 6.5.5.4 Fazit

Die gemachten Ausführungen lassen in Übereinstimmung mit den Feststellungen der Vorinstanz die Schlussfolgerung zu, dass die Marktgegenseite (Retailer) nicht über eine Stellung verfügte, die hinreichend stark gewesen wäre, um den ungenügenden Aussenwettbewerb im Sinne einer hinreichend disziplinierenden Wirkung zu kompensieren. Das gilt bereits ohne Berücksichtigung des Informationsaustauschs.

### 6.5.6 Innenwettbewerb

Beim Innenwettbewerb geht es darum, ob der Wettbewerb zwischen den an der Vereinbarung Beteiligten trotz der geschlossenen Abrede aufgrund anderer Wettbewerbsparameter weiterbesteht (BGE 129 II 18 E. 8.1 "Buchpreisbindung I"; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 237; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 61).

#### 6.5.6.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz

**6.5.6.1.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass nicht allein der hohe Preis das ausschlaggebende Kriterium in der Luxuskosmetik sei. Wettbewerb könne gerade in der Luxus- bzw. Prestigekosmetik auch aufgrund von Qualität, Werbung, Service, Forschung und Entwicklung, Marketing und Produkteinführung und kreierten Brands spielen (Beschwerde Rz. 134; Replik Rz. 80). Produktequalität und Innovation könnten auch einen Einfluss auf den Markt haben (Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 8).

**6.5.6.1.2** Vorliegend ist hauptsächlich das Verständnis des Begriffs der "Innovation" umstritten. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die grosse Anzahl von neuen Produkten, welche sogar die Vorinstanz anerkenne, ein Beweis für funktionierenden Innenwettbewerb. Dementsprechend verstehe die Vorinstanz den Begriff der "Innovation" falsch (Beschwerde Rz. 132).

**6.5.6.1.3** Nach dem Gesagten ist das Verständnis des Begriffs "Innovation" der Vorinstanz zu beleuchten: Nach Ansicht der Vorinstanz (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 762 f.), beruht der Begriff "Innovation" auf der Definition in der europäischen Verordnung zur Errichtung des Europäischen Innovations- und Technologieinstitutes (Verordnung zur Errichtung des Europäischen Innovations- und Technologieinstituts (EG) Nr. 294/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008, ABl. L 97/1 vom 9. April 2004). Gemäss Art. 2 Ziff. 1 dieser Verordnung umschreibe Innovation den Prozess, auch die Ergebnisse dieses Prozesses, bei dem neue Ideen hervorgebracht werden, die auf gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedürfnisse ausgerichtet sind, so dass daraus neue Produkte, Dienstleistungen oder Geschäfts- und Organisationsmodelle entstehen, die erfolgreich in bestehende Märkte eingeführt werden oder die Schaffung neuer Märkte ermöglichen.

**6.5.6.1.4** Ausserdem ist nach Ansicht der Vorinstanz die medizinische Forschung von der Forschung in der Kosmetikbranche zu trennen (angefochtene Verfügung Rz. 775 ff.).

**6.5.6.1.5** Die Beschwerdeführerin geht hingegen davon aus, dass der Begriff der "Innovation" aus wettbewerbsrechtlicher Sicht anders zu verstehen ist: Innovation sei dann gegeben, wenn ein neu lanciertes Produkt die bisherigen Produkte in einem relevanten Markt konkurrenzieren. Dies ungeachtet der Frage, ob eine neue Technologie verwendet werde oder nicht und ob das Produkt auf medizinischer oder kosmetischer Forschung beruhe. So habe die Beschwerdeführerin zwei neue Produktlinien eingeführt. Da die Vorinstanz ja sogar selbst eingestanden habe, dass neue Produkte im Markt von ASCOPA eingeführt wurden, anerkenne sie das Vorliegen von Innovation (Beschwerde Rz. 132). Demzufolge sei von einem funktionierenden Innenwettbewerb auszugehen.

**6.5.6.1.6** In der angefochtenen Verfügung befasst sich die Vorinstanz in Bezug auf die Prüfung des Innenwettbewerbs mit der Frage, ob nicht der Wettbewerb aufgrund des Wettbewerbsparameters Innovation weiterbestehen könnte. Sie untersucht hierzu die drei Teilproduktmärkte (Parfum, Make-up und Pflege):

**6.5.6.1.6.1** So ist die Einführung eines neuen Parfums nach Ansicht der Vorinstanz keine Innovation. Es handle sich hier nur um die Differenzierung bestehender



Produkte. Die Popularität eines neuen Duftes würde von den Konsumenten subjektiv empfunden. Gemäss einem Parteigutachten würden weltweit vier grosse Hersteller - Givaudan, International Flavours & Fragrances (IFF), Firmenich und Symrise - 90 % der Düfte herstellen und der Rest der Düfte würde von kleineren Unternehmen hergestellt, woraus ersichtlich ist, dass die Düfte mehrheitlich eingekauft werden. Von den zehn erfolgreichsten Parfümherstellern - wozu auch die ASCOPA-Mitglieder Puig, die Beschwerdeführerin, LVMH (Dior), P&G, Coty und L'Oréal gehören - kreierten einzig Chanel und Hermès ihre eigenen Duftessenzen. Zudem würden keine vollkommen neuen Produkte, sondern Markenfamilien geschaffen (z.B. "Davidoff Cool Water" bzw. "Davidoff Cool Water Deep"), was den Neuerungscharakter eines Produktes schmälere. Zudem stehe es aufgrund der stabilen Marktanteile nach Ansicht der Vorinstanz fest, dass die Einführung eines neuen Parfums keine Innovation sei. Da Angaben betreffend die Werbeinvestitionen ausgetauscht wurden, könne nicht bezüglich des Wettbewerbsparameters Werbung von einem funktionierenden Innenwettbewerb gesprochen werden (angefochtene Verfügung Rz. 766-771).

**6.5.6.1.6.2** Hinsichtlich des Teilmarktes des Make-ups merkt die Vorinstanz an, dass die wichtigsten Erfindungen schon sehr alt seien (die Erfindung des kussfesten Lippenstiftes [1949] und die Verwendung von glänzenden Pigmenten von Muschelschalen für Lidschatten [1970-1990]). Zwar seien mineralbasierende Make-up-Produkte im 21. Jahrhundert hinzugekommen. Wenn auch dies für einen gewissen Neuerungscharakter der Produkte sprechen würde, könne dies nicht mit einer Innovation gleichgesetzt werden, da auch im Make-up-Markt die Marketingstrategie eine zentrale Rolle gespielt habe (angefochtene Verfügung Rz. 772).

**6.5.6.1.6.3** Hinsichtlich der Pflegeprodukte meint die Vorinstanz, dass dieselben von den medizinischen Heilmitteln abzugrenzen seien. So würden Kosmetikprodukte gemäss Art. 35 LGV dazu dienen, Teile des Körpers zu reinigen, zu parfümieren, deren Aussehen zu verändern oder den Körpergeruch zu beeinflussen oder um sie zu schützen oder in gutem Zustand zu halten. Im Gegensatz dazu würden Arzneimittel gemäss dem Heilmittelgesetz der Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen dienen. Die medizinischen Forschungsergebnisse der Dermatologie können nicht ohne Weiteres der Luxus-Kosmetikindustrie zugerechnet werden. Auch sei in der Schweiz die Verwendung von zulässigen Inhaltsstoffen von Kosmetikprodukten und UV-Filtersubstanzen auf Verordnungsstufe geregelt (Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über kosmetische Mittel, aVKos SR 817.023.31; die aVKos wurde am 16. Dezember 2016 revidiert). Wenn sich die Forschung auf diese Vorgaben auf Verordnungsstufe beziehe, richte sie sich nach vorgegebenen Kriterien, welche nicht einer Innovation in der Kosmetikindustrie gleichkommen würden. Die Kosmetikindustrie sei ein nachgelagerter Anwender dieser Resultate. Demzufolge sei ihre Tätigkeit nicht innovativ. Die wahrgenommene Qualität eines Kosmetik-Pflegeproduktes hänge von der Werbung ab (angefochtene Verfügung 773-780).

**6.5.6.1.7** Aufgrund der gemachten Ausführungen schloss die Vorinstanz, dass zwar eine relativ grosse Anzahl von

Produkten neu eingeführt wurde, dies aber nicht mit Innovation gleichzusetzen sei. Der Wettbewerbsparameter Werbung sei durch den Austausch von Werbeausgaben eingeschränkt worden. Somit vermögen neue Produktelancierungen den Umstand des Informationsaustausches nach Ansicht der Vorinstanz nicht zu kompensieren (angefochtene Verfügung Rz. 781).

**6.5.6.1.8** Die Beschwerdeführerin ist jedoch anderer Meinung. Ihrer Ansicht nach, ist es falsch zu behaupten, dass der Informationsaustausch den Wettbewerbsparameter Werbung eingeschränkt habe und dass die Marktanteile stagnierten, da Beweise, dass kein Innenwettbewerb vorliege, ausgeblieben seien (Beschwerde Rz. 133). Auch vernachlässige die Vorinstanz den Aspekt, dass European Forecast anlässlich der Befragung zu Protokoll gegeben habe, dass der Markt der Luxuskosmetik ein enorm kompetitiver Markt sei. Daher existiere ein funktionierender Innenwettbewerb (Beschwerde Rz. 134 mit Hinweis auf act. 216, S. 4).

#### **6.5.6.2 Würdigung**

**6.5.6.2.1** Auch wenn nicht bestritten wird, dass neue Produkte eingeführt wurden (Beschwerde Rz. 132; angefochtene Verfügung Rz. 769, 781), sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz von einem falschen Begriffsverständnis der Innovation ausgehe, soweit die Beschwerdeführerin von einem wettbewerbsrechtlichen Innovationsbegriff ausgeht, nicht zutreffend. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin bezieht sich Innovation auf die Neueinführung von Produkten im Kontext mit der Gewinnung von Marktanteilen. Indessen ist nicht alles, was den Wettbewerb intensivieren kann, Innovation. Das Begriffsverständnis der Vorinstanz zur "Innovation", welches auf neuen Ideen und nicht auf Marktanteilen neuer Produkte beruht, ist daher jedenfalls insoweit nicht zu beanstanden. Dieses ist anhand der Ausführungen der Vorinstanz entsprechend der drei Teilmärkte (Pflege, Parfum und Make-up) zu beleuchten:

**6.5.6.2.2** Wird eine medizinische Innovation für die Kosmetik verwendet - meistens im Pflegebereich - so bleibt dieselbe eine Innovation medizinischer Art und wird deshalb nicht zu einer kosmetischen Innovation. Ausserdem ist die Feststellung der Vorinstanz zutreffend, dass Vorgaben auf gesetzlicher oder auf Verordnungsstufe, welche Vorgaben zur Konkretisierung von Inhaltsstoffen von Kosmetika machen (angefochtene Verfügung Rz. 776 ff.), nicht als Innovation gewertet werden können. Denn solche Vorgaben bilden keinen Anreiz für eigene Erfindungen oder Kreationen. Zugleich können Inhaltsstoffe mehr bieten als den gesetzlichen Mindeststandard, was wiederum Innovation möglich macht. Insoweit ist das Innovationsverständnis der Vorinstanz zu eng.

**6.5.6.2.3** Des Weiteren wurde von der Vorinstanz aufgezeigt, dass die Parfümdüfte mehrheitlich eingekauft werden (angefochtene Verfügung Rz. 767), was nach Ansicht der Vorinstanz ebenfalls gegen eine Innovation spricht. Hierzu kann auch auf einen Massnahmeentscheid des Handelsgerichts Zürich aus dem Jahr 1985 verwiesen werden, in welchem es als glaubhaft erachtet wurde, dass die Grunddüfte der bekannten Parfümmarken dieselben seien (Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 72, S. 116). In dieser Absolutheit lassen sich indessen diese Aussagen wohl nicht halten. Neben natürlichen

Düften werden auch immer wieder neue synthetische Moleküle eingesetzt, um den Kundenwünschen zu entsprechen (vgl. MÜLLER-STEWENS, S. 30). Und das Einkaufen von Düften spricht ebenfalls nicht kategorisch gegen Innovation. Indessen zeigt die Vorinstanz zutreffend auf, dass bei der Einführung von neuen Parfums nicht neue Marken, sondern Markenfamilien geschaffen wurden (angefochtene Verfügung Rz. 768). Das Auftauchen neuer Produkte ist denn - dies gilt nicht nur für den Luxuskosmetikmarkt - nicht zwingend durch Innovationsdruck, sondern teilweise auch durch die zunehmende Kurzlebigkeit von Produkten zu erklären. Viel entscheidender als die Innovation ist gerade im Luxuskosmetikbereich das Marketing. In Bezug auf die fehlende Disziplinierungswirkung der Innovation sind die Ausführungen der Vorinstanz im Ergebnis also nicht zu beanstanden.

**6.5.6.2.4** Obwohl die Vorinstanz einen gewissen Neuerungswert verschiedener Make-up-Produkte nicht bestreitet (z.B. kussfester Lippenstift und die Verwendung von glänzenden Pigmenten von Muschelschalen für Lidschatten, mineralbasierende Produkte), kann die Einführung eines neuen Lidschattens oder eines neuen Lippenstiftes nicht diese ursprünglichen Erfindungen aufwiegen. Die Argumentation der Vorinstanz ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden. Denn ein neuer Lippenstift ist ein neues Produkt und nicht schon deswegen eine Innovation. Auch im Make-up-Bereich ist die Marketingstrategie von zentraler Relevanz.

**6.5.6.2.5** Auch vermochte die Neueinführung von Produkten den stagnierenden Marktanteilen nicht entgegenzuwirken. Denn das Bundesverwaltungsgericht ist, wie auch die Vorinstanz, zum Schluss gekommen, dass der Markt der vom Informationsaustausch erfassten Produkte sowie dessen Teilmärkte im Wesentlichen stagnierten (E. 6.5.4.4 hiervor; angefochtene Verfügung Rz. 694 ff., Abbildung 29 f.). Anderenfalls wären Marktanteilsschwankungen ersichtlich. Daher ist im Ergebnis unabhängig von der genauen Definition des Begriffs "Innovation" jedenfalls nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass die stagnierenden Marktanteile gegen eine disziplinierende Wirkung der Innovation im Rahmen des Innenwettbewerbs sprechen.

**6.5.6.2.6** Hinsichtlich der Qualität, auf welche sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf den ihrer Darstellung nach funktionierenden Innenwettbewerb berufen hat, ist festzuhalten, dass diese aufgrund der im Vordergrund in der Luxus- bzw. Prestigekosmetik stehenden Werbung eher nicht im Sinne von objektiven Produkteigenschaften, sondern vor allem subjektiv aus Sicht der Konsumenten wahrgenommen wird. Vor diesem Hintergrund ist es auch nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin in erster Linie bestreitet, dass der Informationsaustausch die Wirkung des Wettbewerbsparameters Werbung eingeschränkt habe (Beschwerde Rz. 133). Die Vorinstanz greift denn diesbezüglich auch zu kurz, wenn sie den Marktteilnehmenden sinngemäss unterstellt, sie hätten den Wettbewerbsparameter Werbung völlig neutralisieren wollen. Im Zusammenhang mit der Zielsetzung des Informationsaustauschs über die Bruttopreise und den protokollierten Verhandlungsthemen mit den Detailhändlern ergibt sich vielmehr die Intention, dafür zu sorgen, dass ein Mindestmass an Werbeausgaben nicht unterschritten wird, damit der Preiswettbewerb nicht zu intensiv

wird. Richtig ist aber, dass durch den Informationsaustausch auch ein gewisser Anreiz geschaffen werden kann, nicht nach oben im Sinne von Mehrausgaben für Werbung abzuweichen. Entscheidend ist aber auch hier, dass aufgrund des festgestellten Stagnierens der Marktanteile nicht davon ausgegangen werden kann, dass dem Wettbewerbsparameter Werbung eine den Innenwettbewerb hinreichend intensivierende Bedeutung zukommt, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet. Demzufolge ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass in allen drei Teilmärkten (Make-up, Pflegeprodukte, Parfum) nicht die Innovation, sondern die Werbung im Zentrum steht, über welche Informationen ausgetauscht wurden, nicht zu beanstanden. Auch ist der Vorinstanz im Ergebnis zuzustimmen, wenn sie festhält, dass mit dem Wettbewerbsparameter Werbung ebenfalls kein Innenwettbewerb hergestellt wird, der so intensiv wäre, dass dadurch die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage gestellt werden könnten. Dies insbesondere auch angesichts des Umstands, dass sich die Marktanteile der grossen Player innerhalb der ASCOPA-Mitglieder im fraglichen Zeitraum nicht wesentlich verändert haben. Soweit die Beschwerdeführerin festhält (Beschwerde Rz. 161 Lemma 4), dass ihr eigener Marktanteil um 1.6 % zurückgegangen ist, ändert dies nichts am insoweit wesentlichen Gesamtbild (angefochtene Verfügung, Rz. 543 f.; vgl. E. 3.2.3.2.6 und E. 6.5.4.4.18 ff. hiervor).

**6.5.6.2.7** Auch der Aspekt des Service (vgl. Beschwerde Rz. 134) vermag keinen funktionierenden Innenwettbewerb zu erzeugen. Rund die Hälfte der Marken, über welche Informationen ausgetauscht wurden, wurde selektiv vertrieben. Gewisse Anbieter hielten sich zudem freiwillig an die vorgegebenen Qualitätskriterien (angefochtene Verfügung Rz. 483, Abbildung 8; E. 5.3.3.2.2 hiervor). Daher ist davon auszugehen, dass die Servicequalität bzw. der Selektivvertrieb bei weit mehr als der Hälfte der ASCOPA-Mitglieder von Relevanz waren. Durch gewisse Vorgaben in diesem Bereich war demnach der Anreiz, Wettbewerb über die Servicequalität zu führen, nicht besonders intensiv. Selbst dort, wo dem Wettbewerb im Bereich des Services grössere Bedeutung zukommt, war aufgrund der stagnierenden Marktanteile ersichtlich, dass durch den Service nicht genügend Innenwettbewerb erzeugt werden konnte. Daher kann das Kriterium der Servicequalität nicht als Argument für einen funktionierenden Innenwettbewerb herangezogen werden. Auf die Aspekte der Forschung und Entwicklung wird im Kontext mit den Rügen zu Art. 5 Abs. 2 KG zurückzukommen sein.

### **6.5.6.3** *Fazit zum Innenwettbewerb*

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass ein ausreichender Innenwettbewerb aufgrund des Wettbewerbsparameters Innovation nicht angenommen werden kann. Dies insbesondere aufgrund des Umstands, dass bei allen drei Teilmärkten der Luxus- bzw. Prestigekosmetik (Make-up, Pflegeprodukte, Parfum) das Marketing bzw. die Werbung (vgl. E. 6.4.2.6.8 hiervor) und nicht die Innovation im Zentrum stehen. Aufgrund der festgestellten insgesamt nur leicht variierenden Marktanteile der bedeutenderen ASCOPA-Mitglieder kann auch nicht angenommen werden, dass durch die Werbung trotz des Informationsaustauschs ein hinreichend intensiver Innenwettbewerb angenommen werden könnte, der zur Verneinung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit führen könnte.

### **6.5.7 Fazit zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit**

**6.5.7.1** Zusammenfassend ist zunächst festzuhalten, dass das Gericht zwar eine gewisse Fragmentiertheit des Marktes festgestellt, aber zugleich betont hat, dass diese durch die Marktanteile der sechs grössten Marktteilnehmer unter den ASCOPA-Mitgliedern relativiert wird. Ausserdem hat der Informationsaustausch der Fragmentierung entgegengewirkt (vgl. E. 6.5.3.4.2). Schliesslich war im fraglichen Zeitraum kein hinreichender aktueller Aussenwettbewerb gegeben. Einerseits gab es nicht in nennenswerter Zahl Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA im Bereich der Luxus- bzw. Prestigekosmetik (E. 6.5.4.2). Zudem wurden die Luxuskosmetika kaum über Parallelimporte eingeführt und das Angebot in Tax-Free-Shops hatte nicht den Einfluss, den die Beschwerdeführerin behauptet (E. 6.5.4.3). Des Weiteren ist zu beachten, dass die Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder insgesamt über die Jahre 2004-2007 im Wesentlichen stagnierten (E. 6.5.4.4).

**6.5.7.2** Ein potenzieller Wettbewerb ist ebenfalls zu verneinen, da die renommierten Unternehmen bei ASCOPA vertreten waren und die Eintrittsbarrieren auf diesem Markt aufgrund der Bekanntheit der Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarken - namentlich aufgrund der hohen Werbeausgaben und der Markenbindung der Konsumentinnen und Konsumenten - so hoch sind, dass es unwahrscheinlich ist, dass ein Neueintritt einen disziplinierenden Einfluss haben könnte (E. 6.5.4.5 hiervor).

**6.5.7.3** Zur Stellung der Marktgegenseite (Retailer) hat das Gericht festgehalten, dass diese nicht über eine hinreichend starke Stellung verfügen, um dadurch den ungenügenden Aussenwettbewerb im Sinne einer hinreichend disziplinierenden Wirkung zu kompensieren (E. 6.5.5 hiervor).

**6.5.7.4** Auch der Innenwettbewerb war nicht von einer Intensität, gestützt auf welche aus quantitativer Sicht die Erheblichkeit verneint werden könnte. Auf den drei Teilmärkten von ASCOPA (Pflege, Parfum und Make-up) gab es zwar neue Produkte, aber zugleich kann nicht aufgrund von Innovation von einem hinreichend intensiven Innenwettbewerb gesprochen werden. Dieser müsste vielmehr über die Werbung begründet werden. Es ist den Mitgliedern von ASCOPA zwar nicht zu unterstellen, dass sie mittels des Informationsaustauschs die Werbeausgaben harmonisieren wollten. Indessen ist aufgrund der stagnierenden Marktanteile der bedeutenden ASCOPA-Mitglieder nicht davon auszugehen, dass die Werbung zu einem hinreichend intensiven Innenwettbewerb geführt hat (vgl. E. 6.4.2.6.8 hiervor), gestützt auf welchen die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage gestellt werden könnten (E. 6.5.5 hiervor).

### **6.5.8 Fazit zur Erheblichkeit insgesamt**

Zusammenfassend ergibt sich, dass in der Summe aufgrund der qualitativen und quantitativen Elemente die Erheblichkeit insgesamt zu bejahen ist. Aus qualitativer Sicht erscheint es namentlich aufgrund der Aussagen der Händler, wonach die Bruttopreise im vorliegenden Fall tatsächlich einen Orientierungspunkt für die Händlerpreise dargestellt haben (E. 6.4.2.4.21 ff. hiervor), hinreichend plausibel, dass ein Anreiz geschaffen worden ist

dahingehend, dass die Dynamik des Wettbewerbs für die Zukunft gebremst wird und es im relevanten Markt ruhig bleibt. Dabei ist der Informationsaustausch als Gesamtsystem massgebend, wobei insoweit bereits die Kombination des Austauschs von Bruttopreisen und Umsatzzahlen aus qualitativer Sicht ins Gewicht fällt (E. 6.4.3 hiervor). Damit sind die qualitativen Aspekte insgesamt so ausgeprägt, dass an die quantitativen Elemente der Erheblichkeit keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Anschliessend ist festgestellt worden, dass von einem nur leicht wachsenden bis stagnierenden Markt auszugehen ist (vgl. E. 6.5.4.4, sowie insb. 6.5.4.4.21 hiervor) Vor diesem Hintergrund ist aus quantitativer Sicht die Erheblichkeit angesichts des sehr bedeutenden Marktanteils der ASCOPA-Mitglieder insgesamt trotz einer gewissen Fragmentierung des Marktes (vgl. dazu E. 6.5.3.4.2 hiervor) gegeben. Weder der Aussenwettbewerb, die Stellung der Marktgegenseite noch der Innenwettbewerb vermögen eine hinreichend disziplinierende Wirkung zu erzeugen, gestützt auf welche die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage gestellt werden könnten. Damit ist die vorinstanzliche Beurteilung mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 KG im Ergebnis zu bestätigen.

## **6.6 Rechtfertigungsgründe**

### **6.6.1 Allgemeine Ausführungen zu den Rechtfertigungsgründen**

**6.6.1.1** Gemäss Art. 5 Abs.1 KG sind 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, unzulässig. Unzulässig ist also nicht schon die erhebliche, sondern nur die Abrede, die sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (BGE 147 II 72 E. 6.1 "Pfizer II"; BGE 143 II 297 E. 5.3.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 17 "Dargau" [Suisse] SA). Vorliegend hat das Gericht eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs festgestellt. Damit ist die in Frage stehende Abrede der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich (BGE 143 II 297 E. 4.1 i.V.m. E. 7.1 "Gaba"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.4 "Hallenstadion-Ticketcorner").

### **6.6.1.2 Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG**

#### **6.6.1.2.1** Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 2 KG lautet:

"Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

**6.6.1.2.2** Die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung abschliessend (BGE 129 II 18 E. 10.3 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2A.430/2006

E. 13.2 "Buchpreisbindung II"; ZÄCH, Rz. 404), aber bewusst offen formuliert, damit möglichst alle objektiven Effizienzgründe berücksichtigt werden können (BGE 144 II 246 E. 13.2 "Altimum"; GION GIGER, Hohe Anforderungen an die Rechtfertigung, dRSK 20. November 2018, Rz. 10, nachfolgend: GIGER, dRSK, Rechtfertigung). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (BGE 147 II 72 E. 7.2 "Pfizer II"; Urteil des BGer 2C\_147/2018 E. 7.2 "Bayer [Schweiz] AG"). Eine allfällige prokompetitive Wirkung des in Frage stehenden Verhaltens ist grundsätzlich Gegenstand der Rechtfertigungsprüfung (Urteil in den vereinigten Verfahren 2C\_295/2021 und 2C\_307/2021 E. 4.1.5.2 "Markant"; vgl. E. 4.7.3, 4.7.3.4, 4.7.4 hiervor). Es ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 1 KG die Möglichkeit bietet, die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Verordnungen oder allgemeine Bekanntmachungen zu konkretisieren (BGE 143 II 297 E. 5.1.4 "Gaba"; ZÄCH, Rz. 503; vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 285; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 275 i.V.m. N 349 ff.).

**6.6.1.2.3** Damit die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG greifen, müssen drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein. Erstens muss einer der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe bzw. eine der in Art. 6 KG genannten Konkretisierungen vorliegen. Zweitens muss die Abrede notwendig sein und drittens darf sie keine Möglichkeit bieten, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Notwendig im genannten Sinne ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, das heisst geeignet, erforderlich und zumutbar ist (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 560; BGE 147 II 72 E. 7.2 "Pfizer II"; BGE 143 II 297 E. 7.1 "Gaba"; BGE 144 II 246 E. 13 "Altimum"; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 300; Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 9; ZÄCH, Rz. 404; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen Private Wettbewerbsbeschränkungen, 2008, S. 361, nachfolgend: KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit).

**6.6.1.2.4** Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes kann nicht bereits dann bejaht werden, wenn ein kartellrechtlich relevantes Verhalten aus der betriebswirtschaftlichen Sicht eines einzelnen Unternehmens effizient ist, namentlich, wenn dieses hauptsächlich der Kartellrente dient. Er muss aus gesamtwirtschaftlicher bzw. volkswirtschaftlicher Sicht effizient sein (BGE 147 II 72 E. 7.2 "Pfizer II"; BGE 143 II 297 E. 7.1 "Gaba"; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 272; Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 13; BORER, Art. 5 N 46; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 258). Demnach müssen die wirtschaftlichen Vorteile einer durch Effizienzgründe gerechtfertigten Abrede die Nachteile, welche durch das Schliessen der Abrede entstanden wären, überwiegen (BGE 147 II 72 E. 7.2 "Pfizer II"; BGE 143 II 297 E. 7.1 "Gaba"; HOFFET, in: Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 5 KG N 94). In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass es für die Rechtfertigung auch schon genügen muss, wenn das wirtschaftliche Ergebnis gleich effizient ist wie ohne Abrede (BSK KG KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 269). Gestützt auf die Rechtslage vor Ergehen des Gaba-Urteils wurden die Rechtfertigungsgründe aus wirtschaftlicher Effizienz

gemäss Art. 5 Abs. 2 KG - namentlich auch in Bezug auf Informationsaustauschsysteme - als Ausnahmesituationen beurteilt (BLATTMANN, S. 323 mit Hinweis auf BSK KG 2010-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 264). Die Gaba-Rechtsprechung (BGE 143 II 297 E. 5.1.3 "Gaba") führt indessen dazu, dass die Rechtfertigungsgründe nicht zu restriktiv bejaht werden dürfen. In der Botschaft zum Kartellgesetz 1995 ist denn auch nicht von "ausnahmsweiser" Rechtfertigung die Rede (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 557). Rechtfertigungsgründen liegen Sachverhalte zugrunde, welche volkswirtschaftlich wünschenswerte Ergebnisse (wie Kostensenkungen oder Innovationssteigerungen) zulassen, welche nur durch Kooperation und nicht durch autonomes Verhalten der Wettbewerber entstehen können (BLATTMANN, S. 323 mit Hinweis auf die Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 556 ff.).

### **6.6.2 Zu Beweismass und Beweislast hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe**

**6.6.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt vorab in Bezug auf Beweismass und Beweislast, dass die Vorinstanz "über jeden vernünftigen Zweifel" hätte beweisen müssen, dass der Informationsaustausch nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann (Beschwerde Rz. 14, 182; Replik Rz. 8, 18; Stellungnahme zur Duplik Rz. 10, 47). So sei es die Vorinstanz - und nicht die Beschwerdeführerin -, welche zu untersuchen habe, ob Rechtfertigungsgründe bestehen oder nicht (Replik Rz. 95).

**6.6.2.2** Die Vorinstanz geht unter Bezugnahme auf das Urteil "Buchpreisbindung II" in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass die ASCOPA-Mitglieder die objektive Beweislast tragen und demzufolge die Folgen der Beweislosigkeit auf sich zu nehmen haben (angefochtene Verfügung Rz. 794 mit Hinweis auf das Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 "Buchpreisbindung II").

**6.6.2.3** Zunächst ist festzuhalten, dass auch in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG der Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 129 II 18 "Buchpreisbindung I" E. 7.1; BGer 2A.430/2006, E. 10.2 "Buchpreisbindung II"; Urteil des BVer B-3938/2013 E. 17.4.1 "Dargaud [Suisse SA]"; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 361; GIGER, dRSK, Rechtfertigung, Rz. 11). Die Wettbewerbsbehörden haben demnach von Amtes wegen das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu prüfen und den insoweit relevanten Sachverhalt zu ermitteln. Die Vorinstanz trägt die Beweisführungslast (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 "Altimum"; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 344 mit Hinweisen; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269). Indessen gilt auch diesbezüglich die in Art. 13 VwVG verankerte Mitwirkungspflicht. Diese erklärt sich auch durch die Beweishöhe in Bezug auf die von den Unternehmen verfolgten Effizienzziele (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269). Dies bedeutet, dass von den verfahrensbeteiligten Unternehmen erwartet werden darf, dass sie erläutern, weshalb sich ihrer Ansicht nach die in Frage stehende Abrede in der von ihnen behaupteten Weise positiv auswirkt (BGE 144 II 269 E. 13.4.2 "Altimum"; Urteil des BVer B-3938/2013 E. 17.4.1 "Dargaud [Suisse] SA"). Schliesslich wirkt sich die Beweislosigkeit in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe zum Nachteil der

Beschwerdeführerin aus. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermaßen plausibel erscheinen (BGer "Buchpreisbindung II" 2A.430/2006 E. 10.3; BGE 144 II 269 E. 13.4.2 in fine "Altimum"; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 17.1 in fine "Dargaud [Suisse] SA"; vgl. RICHLI, in: SIWR V/2, S.454; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 13 VwVG N 6, 10; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 361 f.).

**6.6.2.4** Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung vorab festgehalten, dass auch in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe der Untersuchungsgrundsatz gilt (angefochtene Verfügung Rz. 794). Zudem hat sie sich mit den in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründen hinsichtlich der Handlungen des Informationsaustausches (Bruttopreislisten austausch, Umsatz austausch und Austausch der Werbeinvestitionen) auseinandergesetzt (angefochtene Verfügung Rz. 794-817). Sie ist mithin ihrer Pflicht, mögliche Rechtfertigungsgründe zu untersuchen, wie auch ihrer Begründungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG nachgekommen. Da die Beschwerdeführerin die objektive Beweislast trägt, stossen ihre Rügen, dass die Vorinstanz ihrer Aufgabe nicht nachgekommen sei, "über jeden vernünftigen Zweifel" zu beweisen, dass der Informationsaustausch nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sei, ins Leere. Betreffend die AGB-Empfehlungen wird diese Thematik in Erwägung 9.7 separat beleuchtet.

### **6.6.3 Die Rechtfertigungsgründe im Einzelnen**

#### **6.6.3.1 Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren**

##### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.6.3.1.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass der vorliegende Informationsaustausch zu einer verbesserten Produktpositionierung geführt hätte und auch dem Benchmarking dienlich gewesen sei, was gerade für die Luxuskosmetik zentral sei. Benchmarking verfolge das Ziel, die eigene Marktposition weiterzuentwickeln. Es wolle die "best practics standards" in einem relevanten Markt vergleichen, um das eigene Verhalten gegenüber den Konkurrenten zu verbessern und die Innovation anzukurbeln (Beschwerde Rz. 137 f.; RBB-Bericht vom 12. Juli 2011, S. 33; RBB-Bericht vom 10. Oktober 2012, S. 15). Die Vorinstanz sei jedoch nicht einmal in Rz. 801 und 807 der angefochtenen Verfügung auf das Benchmarking eingegangen. Zudem habe sie verneint, dass der Informationsaustausch einer Verbesserung der Produktpositionierung gedient habe (Beschwerde Rz. 137).

**6.6.3.1.2** Des Weiteren meint die Beschwerdeführerin, dass es dank dem vorliegenden Informationsaustausch möglich gewesen sei zu prüfen, ob die Produkte die Bedürfnisse des Marktes befriedigen, was einem volkswirtschaftlichen Nutzen gleichkomme (Beschwerde Rz. 139). Dank dem Austausch der Bruttopreislisten habe man sich rasch ein Bild über die auf dem Markt angebotenen Luxuskosmetika machen können. So hätten neue Produkte einem Benchmarking unterzogen werden können, bevor

dieselben auf dem Markt lanciert worden seien und so hätte man Marktnischen erkennen können. Gerade in der Luxuskosmetik sei ein markteffizienzförderndes Benchmarking von Nutzen (Beschwerde Rz. 141). Die angefochtene Verfügung verbiete demzufolge rechtmässiges Benchmarking (Beschwerde Rz. 25; Replik Rz. 14).

##### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.6.3.1.3** Die Vorinstanz legt dar, dass die Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren die Auffassung vertreten habe, dass der Informationsaustausch zu einer besseren Produktpositionierung und sinnvollerem Preisfestsetzung geführt hätte (angefochtene Verfügung Rz. 801). Auch wenn die Vorinstanz den Wunsch nach Information über den Erfolg des eigenen Produktes als nachvollziehbar erachtet, sei hierfür nicht ein Informationsaustausch in der vorliegenden Weise erforderlich. Es sei nicht ersichtlich, wie der Austausch von Bruttopreisen, Umsätzen und Werbeinvestitionen einen Bezug zur Qualität der Produkte aufweisen könne, da sich die ausgetauschten Informationen weder auf die Produktvielfalt noch auf den Produktionsprozess der Kosmetika bezogen hätten (angefochtene Verfügung Rz. 807-810). Der Austausch aggregierter Information hätte zudem genügt. In ihrer Vernehmlassung nimmt dann die Vorinstanz konkret zum Begriff des "Benchmarkings" Stellung, worauf in Erwägung 6.6.3.1.7 f. hiernach im Kontext mit der Würdigung näher einzugehen ist.

##### iii. Grundlagen

**6.6.3.1.4** Der Rechtfertigungsgrund zur Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren ist weit auszulegen. Er umfasst eine weitere Produktpalette sowie die Anhebung des Qualitätsniveaus (Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 16; ZÄCH, Rz. 407; WEBER/VOLZ, Rz. 2.390; vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 314 f.; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 296 ff.). So kann die Verbindung zweier sich ergänzender Technologien zur Herstellung eines qualitativ höherwertigen Produkts führen (BORER, Art. 5 KG N 47). Hinsichtlich des Benchmarkings kann ein wettbewerbsfördernder Aspekt nur angenommen werden, sofern die ausgetauschten Daten hinreichend aggregiert sind (EDELMAAN, S. 21).

##### iv. Würdigung

**6.6.3.1.5** Die Argumentation der Vorinstanz, dass der vorliegende Informationsaustausch keinen direkten Bezug zur Produktvielfalt oder zum Produktionsprozess hatte, ist nicht zu beanstanden. Der Austausch von Bruttopreislisten, Bruttoumsätzen und Werbeausgaben zielt nicht auf die Förderung der Produktvielfalt ab. Dazu passt auch, dass die Märkte und Teilmärkte der vom Informationsaustausch umfassten Produkte bzw. Wettbewerber beinahe stagnierten (E. 6.5.4.4 hiervor; angefochtene Verfügung Rz. 695 ff., Abbildungen 29 f.), was ebenfalls gegen eine kompetitive Produktpositionierung spricht.

**6.6.3.1.6** Auch wenn der Beschwerdeführerin insoweit Recht zu geben ist, dass die Vorinstanz den Begriff des "Benchmarkings" bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe in der angefochtenen Verfügung nicht explizit genannt hat, macht die Vorinstanz aus inhaltlicher Sicht - ohne an der genannten Stelle den Begriff des "Benchmarkings" zu verwenden - doch einige Ausführungen hierzu. So legt die Vorinstanz in Rz. 809 der angefochtenen

Verfügung dar, dass ein Unternehmen auf Marktinformationen angewiesen sei, wofür allerdings der Austausch aggregierter Gesamtumsätze ausreiche. Bereits im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung (E. 6.4.1.3 hiervor) wurde aufgezeigt, dass die ausgetauschten Informationen nicht hinreichend aggregiert waren. Damit kann der Informationsaustausch schon mit Blick auf das Erfordernis der Verhältnismässigkeit (vgl. E. 6.6.1.2.3 hiervor) aufgrund des Aggregierungsgrades nicht als eine wegen positiver Benchmarkingeffekte prokompetitive Handlung gewertet werden. Denn nur wegen der selbstverständlich vorausgesetzten Aggregation der in Frage stehenden Daten wird in der Lehre die Faustregel formuliert, dass statistische Angaben durch Branchenverbände in der Regel als unproblematisch gelten (so etwa HOFFET, in: Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 5 KG N 117).

**6.6.3.1.7** Die Vorinstanz ist dann in ihrer Vernehmlassung der Aufforderung der Beschwerdeführerin, den Begriff des "Benchmarkings" zu umschreiben, nachgekommen: So legt sie dar, dass das Benchmarking von Bruttopreisen einer Evaluation von Preisinformationen gleichkommen würde und die ASCOPA-Mitglieder hierdurch dem Risiko einer Fehlallokation ausweichen könnten (Vernehmlassung Rz. 37 f.). Dies würde die Beschwerdeführerin sogar implizit zugeben, wenn sie in Rz. 141 ihrer Beschwerde sage, dass ein effizienzförderndes Benchmarking schon zu einem Zeitpunkt, bevor ein Produkt auf dem Markt lanciert werden könne, notwendig sei, um zu sehen, wo Marktnischen bestehen. Dies komme einer ex-ante-Beurteilung gleich. Demzufolge widerspreche sich die Beschwerdeführerin, wenn sie behaupte, dass der Informationsaustausch die Ungewissheit auf das Marktgeschehen nicht verringert habe (Vernehmlassung Rz. 39 f. mit Hinweis auf Beschwerde Rz. 81 [rechte: Rz. 82]).

Wie auch immer es sich diesbezüglich verhält, ist für den vorliegenden Fall entscheidend, dass der zu beurteilende Informationsaustausch aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht gleichermassen erwünscht ist wie aus betriebswirtschaftlicher Sicht. Dementsprechend wird denn auch in der Kommentarliteratur ausgeführt, dass im Ziel der "Marktberuhigung" ein nicht relevanter betriebswirtschaftlicher Vorteil der Abredeteilnehmer zu sehen sei (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 258 mit Hinweisen). Insofern ist in diesem Zusammenhang auch dem Wunsch der Beschwerdeführerin nach besseren Entscheidgrundlagen für die "sinnvollere Preisfestsetzung" mit einer gewissen Vorsicht zu begegnen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 801 i.V.m. Rz. 807; vgl. auch E. 6.6.4 hiernach).

**6.6.3.1.8** Des Weiteren merkt die Vorinstanz an, dass es sich beim vorliegenden Informationsaustausch sogar um ein "Benchmarking mit Geschäftsgeheimnissen" handle (Vernehmlassung Rz. 67). Bereits in E. 6.4.1.4 wurde festgestellt, dass der vorliegende Informationsaustausch Geschäftsgeheimnisse umfasste. Daher ist diese Argumentation der Vorinstanz ebenfalls nicht zu beanstanden, was im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe jedenfalls gegen die Verhältnismässigkeit des gewählten Mittels spricht. Aufgrund des bereits Gesagten kann indessen offen bleiben, ob die Geschäftsgeheimnisqualität allein eine Rechtfertigung bereits ausschliessen würde.

**6.6.3.1.9** Im Folgenden ist das von der Beschwerdeführerin eingereichte RBB-Gutachten vom 12. Juli 2011 (S. 33), welches den Begriff des "Benchmarking" umschreibt, zu würdigen. Nach dieser Umschreibung kurbelt Benchmarking die Innovation an. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zum Innenwettbewerb verwiesen werden, wo gesagt wurde, dass in den Teilmärkten der Luxus- bzw. Prestigekosmetik der Innovation keine ausgeprägte Bedeutung zukommt. Vielmehr ist nach den Feststellungen des Gerichts insbesondere die Werbung ein wichtiger Wettbewerbsparameter (vgl. E. 6.5.5 hiervor; angefochtene Verfügung [Parfum] Rz. 766-771, [Make-up] Rz. 772, [Pflege] Rz. 773-780). Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass auch Informationen über Werbeinvestitionen ausgetauscht wurden.

**6.6.3.1.10** Nach dem Gesagten liegt der Rechtfertigungsgrund der Effizienz im Sinne einer Verbesserung der Produkte und Produktionsverfahren nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nicht vor.

### **6.6.3.2 Rationellere Nutzung von Ressourcen**

#### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.6.3.2.1** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist der Rechtfertigungsgrund der Möglichkeit rationellerer Nutzung unternehmerischer Ressourcen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG gegeben (Beschwerde Rz. 142). Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Kontext die Möglichkeit erwähnt, durch Lagerreduzierung Kosten zu sparen, da so verderbliche Waren schneller an den Verbraucher geliefert werden können, erklärt sie das Konzept der Effizienz an einem Beispiel, ohne im konkreten Fall entsprechende Vorteile zu behaupten (Beschwerde Rz. 93). Ihr Argument beschlägt vielmehr das Beschaffen der in Frage stehenden Informationen. Denn es hätte - so die Beschwerdeführerin - viel mehr gekostet, wenn die ASCOPA-Mitglieder die für ihr Benchmarking benötigten Informationen nicht mittels des Informationsaustauschs, sondern von alternativen Quellen (Marktforschung) bezogen hätten. Dies habe die Vorinstanz sogar eingestanden, da sie festgestellt habe, dass der Informationsaustausch die Suchkosten verringert habe. Trotzdem habe die Vorinstanz fälschlicherweise den vorliegend zu prüfenden Rechtfertigungsgrund verneint, da sie davon ausgegangen sei, dass die Suchkosten pro verkauftes Produkt vernachlässigbar klein seien. Diese Annahme der Vorinstanz sei jedoch falsch. Sie hätte alle - auch die kleinen - Vorteile des Informationsaustausches berücksichtigen müssen. Denn die Vorinstanz habe keinen Beweis hinsichtlich der schädlichen Auswirkungen erbracht. Zudem führe jede Verbesserung der Effizienz zugunsten der ASCOPA-Mitglieder auch zu Vorzügen für die Konsumenten und die Volkswirtschaft (Replik Rz. 95).

#### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.6.3.2.2** Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass der vorliegende Informationsaustausch durchaus die Suchkosten verringert haben könnte und vermutlich auch weniger gekostet habe als eine neutrale Studie eines Marktforschungsunternehmens. Übertrage man jedoch diese Kosteneinsparung auf ein einzelnes Produkt, so dürfte sich eine solche als vernachlässigbar klein erweisen. Die Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2

Bst. a KG seien - so die Vorinstanz - weder betriebswirtschaftlich noch aus subjektiver Sicht, sondern objektiv gesehen, aus volkswirtschaftlicher Sicht, zu verstehen. Die geringfügige betriebsinterne Effizienzsteigerung vermöge den volkswirtschaftlichen Schaden, den der vorliegende Informationsaustausch durch die Preissteigerung verursacht habe, nicht auszugleichen (angefochtene Verfügung Rz. 813 f.).

### iii. Grundlagen

**6.6.3.2.3** Der Rechtfertigungsgrund der rationellen Nutzung von Ressourcen umfasst sowohl den verbesserten Einsatz von Ressourcen unternehmerischer Natur wie auch ökologische Ressourcen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 559; Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 18; ZÄCH Rz. 415; WEBER/VOLZ, Rz. 2.409; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 27). Es geht um die Optimierung des erforderlichen Einsatzes natürlicher Ressourcen oder öffentlicher Güter, wie z.B. Gesundheit, Ausbildung, Energie oder Sicherheit (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 306). Massgebend ist demnach nicht eine betriebswirtschaftliche Sichtweise aus Unternehmensperspektive, sondern eine langfristig ausgerichtete Massnahme im Sinne der Gesamtwirtschaft (WEBER/VLECK, Tafeln zum Kartellrecht, S. 65). Dabei kann die betriebswirtschaftliche Rationalität durchaus von der gesamtwirtschaftlichen Rationalität abweichen (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 112 f.).

### iv. Würdigung

**6.6.3.2.4** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der vorliegende Informationsaustausch aufgrund von Suchkosteneinsparungen zu einer rationelleren Nutzung von Ressourcen geführt hat. Die Suchkosteneinsparungen sind allerdings vom gesamtwirtschaftlichen Aspekt her zu betrachten. Da die Beschwerdeführerin die Ansicht vertritt, dass jede Verbesserung der Effizienz, also auch die Einsparung der eigenen Suchkosten, zu einer Gesamtsteigerung des Wohls für Konsumenten und Volkswirtschaft führen würde (Replik Rz. 95), verkennt sie, dass ihr eigenes Wohl und das der ASCOPA-Mitglieder nicht mit dem Wohl der Gesamtwirtschaft und dem der Konsumenten gleichzusetzen ist.

**6.6.3.2.5** Hierbei übersieht die Beschwerdeführerin, dass der Kreis der ASCOPA-Mitglieder beschränkt ist und an spezifische Voraussetzungen geknüpft ist. Die Besserstellung eines beschränkten Kreises kann nicht einem volkswirtschaftlichen Gesamtwohl gleichgestellt werden. Daher fallen die Suchkosteneinsparungen pro Produkt - auch wenn diese sogar bedeutender gewesen wären - schon deshalb eher nicht unter die Rechtfertigungsgründe. Selbst soweit davon auszugehen wäre, dass die eingesparten Suchkosten vollumfänglich den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten zugute kommen sollten und darin ein relevanter Gesichtspunkt zu sehen wäre, würde die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation nicht durchdringen, wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird (vgl. zur Senkung der Herstellungs- und Betriebskosten E. 6.6.3.3 hiernach).

**6.6.3.2.6** Im Unterschied zur vorinstanzlichen Verfügung ist nach der vorliegend gewählten Falllösung nicht ausschlaggebend, ob der Informationsaustausch - wovon die Vorinstanz bekanntlich ausgeht (angefochtene Verfügung

Rz. 814) - tatsächlich zu Preiserhöhungen geführt hat (E. 6.3.3, 6.3.3.5, 6.4.2.4 hiervor). In Bezug auf die Rechtfertigung entscheidend ist indessen, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausfällt (vgl. E. 6.6.1.2.3, 6.6.3.1.6 hiervor). Damit lässt sich der bezweckte und als erheblich beurteilte Informationsaustausch jedenfalls nicht durch die Suchkostensparnis rechtfertigen.

**6.6.3.2.7** Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rechtfertigungsgrund zu einer rationelleren Nutzung von Ressourcen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nicht gegeben ist.

### **6.6.3.3** Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten

#### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.6.3.3.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz nicht geprüft habe, ob die Herstellungs- und Vertriebskosten die Höhe der Bruttopreise beeinflussen würden (Replik Rz. 28). Der Rechtfertigungsgrund der Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten würde sich zwar subjektiv bzw. aus betriebswirtschaftlicher Sicht auf die beteiligten Unternehmen auswirken, habe jedoch in zweiter Linie aufgrund der Kostensenkungen eine volkswirtschaftliche Komponente (Replik Rz. 95).

#### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.6.3.3.2** Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass der Austausch der Bruttopreislisten Gegenstand der Verhandlungsgrundlage der Jahresgespräche mit den Händlern war. Ein solcher Austausch würde es erlauben, die Preise an den Konkurrenten auszurichten. Dies stehe in keinem Zusammenhang zu den Herstellungs- und Vertriebskosten bzw. deren Senkung gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG (angefochtene Verfügung Rz. 806).

#### iii. Grundlagen

**6.6.3.3.3** Der Effizienzgrund zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist gegeben, wenn Unternehmen durch Kooperation gewisse Grössen- oder Kostenvorteile erreichen. Es geht um die koordinierte Nutzung von Produktionsfaktoren, bei welchen die gleichen Produktionsstrukturen, wie sie bei grösseren Unternehmen vorhanden sind, erzielt werden können. Man kann hierbei an die Zusammenlegung der Produktion, an einen gemeinsamen Vertrieb oder Einkauf oder auch Spezialisierungsvereinbarungen denken, bei denen zwei Unternehmen vereinbaren, jeweils die Produkte, welche das andere Unternehmen herstellt, nicht selbst herzustellen, sondern beim anderen Unternehmen zu beziehen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 558 f.; Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 14; ZÄCH Rz. 405, WEBER/VOLZ, Rz. 2.379 ff.; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 306). Durch eine solche Kooperation lässt sich die bessere Ausnutzung von bereits vorhandenen Kapazitäten erzielen (ZÄCH Rz. 405).

**6.6.3.3.4** Die Senkung der Herstellungskosten kann sich in Grössen- bzw. Skalenvorteilen ("economies of scale") ergeben, d.h. wenn die Durchschnittskosten mit steigender Stückzahl gesenkt werden. Hierbei ist an Joint-Ventures oder Einkaufsgesellschaften zu denken. Bei den Verbundvorteilen ("economies of scope") geht es um Kosteneinsparungen durch gemeinsame Nutzung von Produktionsfaktoren oder durch die Vermeidung von

Mehrfachkosten (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art.5 KG N 307 f.).

#### iv. Würdigung

**6.6.3.3.5** Anhand der Inhalte des vorliegenden Informationsaustausches (Austausch von Bruttopreisen, Bruttoumsätzen und Werbeinvestitionen) ist offensichtlich, dass der vorliegende Informationsaustausch nicht die Nutzung von Produktionsfaktoren bzw. Rationalisierungen, Synergien, Grössen-, Skalen- oder Verbundvorteile zum Gegenstand hatte. Zwar wurde im Kontext mit dem Innenwettbewerb in Bezug auf Parfumdüfte festgehalten, dass die einzelnen Unternehmen ihre Düfte einkaufen (angefochtene Verfügung Rz. 767 ff.; E. 6.5.6.1.6.1; E. 6.5.6.2.3 hiervor; Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 986, Nr. 72, S. 116; act. 426 Beilage 2 S. 5). Dies aber jedenfalls nicht im Sinne von Einkaufsgemeinschaften. Ausserdem weisen die entsprechenden Lieferketten keine Berührungspunkte zum vorliegenden Informationsaustausch auf.

Da im vorliegenden Informationsaustausch keine Kooperationsformen zur Senkung der Herstellung und Vertriebskosten ersichtlich sind, erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes verneint (Beschwerde Rz. 136 ff.), als unbegründet. Selbst wenn die Reduktion des Informationsbeschaffungsaufwandes in diesem Zusammenhang relevant wäre, wäre auch in diesem Zusammenhang die Verhältnismässigkeit mit Blick auf den als erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilten Informationsaustausch zu verneinen (vgl. E. 6.6.3.2.6 in fine hiervor). Erst recht nicht relevant ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob es der Vorinstanz gelungen ist, die ihrerseits behauptete Kausalität zwischen Informationsaustausch und Preiserhöhungen nachzuweisen (E. 6.3.3; 0 ff.; 6.3.3.3.9 und 6.4.2.4 hiervor). Daher greift der Rechtfertigungsgrund zur Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nicht.

#### **6.6.3.4 Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen**

##### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

**6.6.3.4.1** Die Beschwerdeführerin will Rechtssicherheit zur Beurteilung von Marktforschung, da sie befürchtet, dass ein zu unspezifisches Verbot des Informationsaustausches die Marktforschungstätigkeiten von Estée Lauder in der Schweiz behindern könnte (Beschwerde Rz. 10, 25). So würde die angefochtene Verfügung auch pro-kompetitive Marktforschung verbieten (Replik Rz. 14). Denn Marktforschung würde Effizienzgewinne hervorbringen (Beschwerde Rz. 93). Obwohl sich die Frage stellt, ob Marktforschung und Benchmarking-Analysen Forschung im Sinne dieses Rechtfertigungsgrundes darstellen, werden diese in der Kommentarliteratur teilweise in diesem Zusammenhang abgehandelt (DIKE KG ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 N 303 f.), weshalb auch darauf kurz einzugehen ist.

##### ii. Vorbringen der Vorinstanz

**6.6.3.4.2** Nach Ansicht der Vorinstanz ist der vorliegende Informationsaustausch weder der Förderung der Forschung noch der Förderung von beruflichem Wissen

dienlich. Der Austausch nichtöffentlicher Preisinformationen sei nicht beruflichem Wissen gleichzustellen. So sei es auch nicht ersichtlich, inwiefern Preisvergleiche Forschung und Innovation fördern könnten (angefochtene Verfügung Rz. 811).

##### iii. Grundlagen

**6.6.3.4.3** Der Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen greift, wenn die Zuordnung zu einem Produkt oder einer Produktgruppe schwierig ist und deshalb der Rechtfertigungsgrund der "Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren" nicht einschlägig ist. Beim Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung geht es um kostspielige Entwicklungen, welche in einem übermässigen Verhältnis zum Umsatz der Leistung, über welche geforscht oder entwickelt werden soll, steht (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 111). Ohne solche Forschungskoperationen wäre es für die Unternehmen gar nicht möglich, Innovationen zu tätigen (WEBER/VLECK, Tafeln zum Kartellrecht, S. 64). Allerdings darf es hierdurch in Zukunft nicht zu einem dauerhaft gleichförmigen Marketingverhalten kommen und Ausstiegsmöglichkeiten insbesondere nach Erreichen des Entwicklungsziels müssen gewahrt bleiben (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 111). Bei Abreden, welche die Verbreitung von beruflichem und technischem Wissen fördern, handelt es sich um Know-how-, Franchising- oder Lizenzverträge (ZÄCH, Rz. 414). Es geht um die Wissensverbreitung der am Wettbewerb Beteiligten (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 302).

##### iv. Würdigung

**6.6.3.4.4** Der Informationsaustausch von ASCOPA hat weder Know-how-, Franchising- oder Lizenzverträge noch die berufliche Förderung von Personen, welche mit ASCOPA-Produkten handelten, noch kostspielige Forschungskoperationen zum Gegenstand. Ein diesbezüglich relevanter Vorteil könnte allenfalls durch den Austausch von Informationen über Herstellungsprozesse erreicht werden. Die Beschwerdeführerin strebt auch nicht diese oben genannten Aspekte an. Sie will vielmehr Rechtssicherheit bezüglich der Handlungen des Informationsaustausches, da sie diese als Marktforschung wertet. Ein Verbot geht ihr zu weit. Sie fürchtet um die pro-kompetitiven Effekte ihrer "Marktforschung".

**6.6.3.4.5** Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass das Anliegen der Beschwerdeführerin in eine andere Richtung als der Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zielt. Sofern die Beschwerdeführerin auf die pro-kompetitiven Effekte des Informationsaustausches abzustellen versucht, ist zu sagen, dass dem vorliegenden Informationsaustausch keine etwa dem Banken- und Versicherungsbereich vergleichbaren Informationsasymmetrien zugrunde liegen (vgl. E. 6.4.1.5 hiervor). Soweit der Ausgleich von Informationsasymmetrien unter den ASCOPA-Mitgliedern als Wettbewerbern gemeint ist - Sisley hat diesbezüglich im vorinstanzlichen Verfahren besonders die Vorteile für die kleineren Unternehmen betont (angefochtene Verfügung Rz. 815) -, vermag dieser den als erheblich beurteilten Austausch von marktsensiblen Daten nicht zu rechtfertigen. In Bezug auf die wegen nicht hinreichender Aggregation zu verneinende Verhältnismässigkeit kann auf



das in den Erwägungen 6.6.1.2.3 und 6.6.3.1.6 hiervor Gesagte verwiesen werden. Daher kann die Beschwerdeführerin auch nicht als Rechtfertigungsgrund geltend machen, dass dank dem vorliegenden Informationsaustausch "Informationsasymmetrien" unter den Wettbewerbern behoben werden konnten.

**6.6.3.4.6** Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es selbst für den Fall, dass von einer durch die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG erlaubten Forschungskooperation auszugehen wäre - in Zukunft nicht zu einer dauerhaften Beschränkung des Wettbewerbs und einem gleichförmigen Marketingverhalten kommen darf (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 111). Da Werbeinvestitionen ausgetauscht wurden, welche einen nicht unbeträchtlichen Anteil an den Umsätzen ausmachten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 491), und gleichzeitig die Marktanteile auf dem Gesamtmarkt sowie auf den Teilmärkten von ASCOPA stagnierten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 695 ff.; Abbildung 29 f.; E. 6.5.4.4 hiervor), besteht einerseits ein gewisser Anreiz zu einem gleichförmigen Marketingverhalten. Ausserdem war der Informationsaustausch als zeitlich nicht beschränktes Wettbewerbsverhalten konzipiert, womit keinerlei Hinweise darauf bestehen, dass einer dauerhaften Beschränkung des Wettbewerbs irgendwie entgegen gewirkt werden sollte. Auch insoweit ist die Verhältnismässigkeit des Informationsaustauschs jedenfalls nicht gegeben.

Aufgrund der gemachten Ausführungen kann sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf den Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG berufen.

#### **6.6.4 Kein gesamtwirtschaftliches Interesse**

Schliesslich ist zu ergänzen, dass sich aus der Motivation der am Informationsaustausch Teilnehmenden (vgl. dazu auch E. 4.6.5.2 und 6.4.2.4.28 hiervor) keine aus volkswirtschaftlicher Sicht wünschenswerten Aspekte gewinnen lassen. Die Verhinderung einer Erosion des Preisgefüges ("un engrenage à la baisse") und der Schutz bestimmter Marken ("d'éviter que les marques soient discountées"; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58-63; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komiteesitzung vom 11. Februar 2003) liegen nicht im volkswirtschaftlichen Interesse. Ausserdem sind die im Gesetz genannten Rechtfertigungsgründe abschliessend (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 558; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 273, 304; vgl. E. 6.6.1.2.2 hiervor).

#### **6.6.5 Fazit**

Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass keiner der Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG greift. Selbst dort, wo diesbezüglich Zweifel bestehen könnten, ist bereits die Erforderlichkeit, jedenfalls aber die Zumutbarkeit und damit die Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG zu verneinen.

### **6.7 Fazit zu Art. 5 KG betreffend die ausgetauschten Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen**

Zusammenfassend ergibt sich, dass in Bezug auf nicht harte Kartelle die Erheblichkeit auch nach Ergehen des bundesgerichtlichen Gaba-Urteils unter Berücksichtigung qualitativer und quantitativer Elemente festzustellen ist, wobei die Summe der qualitativen und quantitativen Elemente entscheidend ist. Quantitative Elemente können dabei das Fehlen qualitativer Elemente nur soweit kompensieren, als in Bezug auf die Letzteren ein gewisses Minimum nicht unterschritten wird (E. 6.3.2.7 und 6.3.6 hiervor). Das Gericht kommt zudem entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zum Schluss, dass im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG - soweit es um bezweckte Abreden geht - keine Prüfung von Auswirkungen erforderlich ist (E. 6.3.3.4 hiervor; vergleiche zum Ganzen neuerdings BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer II"). Aus qualitativer Sicht ist ausserdem betreffend die Charakteristika des Informationsaustausches festzuhalten, dass diese als Indiz für die Erheblichkeit zu bewerten sind (E. 6.4.1.4 hiervor). Schliesslich sind die qualitativen Elemente der Erheblichkeit hinsichtlich der ausgetauschten Bruttopreislisten (E. 6.4.2.4 hiervor), Umsätze (E. 6.4.2.5 hiervor) und Werbeinvestitionen (E. 6.4.2.6 hiervor) insgesamt bereits in der Kombination von Bruttopreislisten und Umsatzdaten, jedenfalls aber in der vorliegend festgestellten Form der Kombination aller drei Elemente des Informationsaustauschs, zu bejahen (E. 6.4.3 und zum Ganzen auch E. 6.5.8 hiervor). In Bezug auf den Austausch von Bruttopreislisten ist das Gericht insbesondere zum Schluss gekommen, dass die Vorinstanz die Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis im Luxuskosmetikmarkt überbewertet, dass der Preis aber entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin auch nicht vollkommen in den Hintergrund tritt (E. 6.4.2.4.25 ff. hiervor).

Aus quantitativer Sicht ist die Erheblichkeit mit Blick auf den sehr bedeutenden Marktanteil des ASCOPA-Mitglieder auch unter der Berücksichtigung einer gewissen Fragmentiertheit des Marktes ebenfalls zu bejahen (E. 6.5, insb. E. 6.5.3.4.2, 6.5.7 hiervor). Neben dem fehlenden Aussenwettbewerb hat das Gericht insbesondere festgestellt, dass auch die Stellung der Händler als Marktgegenseite nicht stark genug ist, um eine hinreichend disziplinierende Wirkung zu haben (E. 6.5.5 und E. 6.5.7.3 hiervor). Dasselbe gilt für den ebenfalls nicht hinreichend ausgeprägten Innenwettbewerb.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG in Bezug auf den Informationsaustausch betreffend Bruttopreise, Umsatzdaten und Werbeinvestitionen gegeben sind. Der festgestellte selbständige Informationsaustausch stellt jedenfalls als Kombination der soeben genannten Handlungen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (E. 6.5.8 hiervor). Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht gegeben (E. 6.6 hiervor).

## **7. AGB - Conditions générales de vente (Art. 4 Abs. 1 KG)**

Zwischen 2002 und 2007 gab ASCOPA sowohl in deutscher wie auch in französischer Sprache Empfehlungen von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) heraus, die regelmässig erneuert wurden (angefochtene Verfügung Rz. 226 ff.; act. 2, Beilagen G1-G4). Demnach stellt sich die Frage, ob neben den Handlungen des allgemeinen Informationsaustauschs (Austausch der Bruttopreislisen, Austausch der Bruttoumsätze und Austausch der Werbeinvestitionen; vgl. E. 4-6 hiervor) auch diese AGB-Empfehlungen aus kartellrechtlicher Sicht zu beanstanden sind. Hierzu wird zuerst geprüft, ob die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG (Wettbewerbsabrede oder abgestimmte Verhaltensweise [E. 7.1 hiernach], Wettbewerbsparameter [E. 7.2 hiernach], Bezwecken oder Bewirken [E. 7.3 hiernach]) gegeben sind. Erwägung 8 hat die Marktabgrenzung zum Gegenstand, wobei diesbezüglich auf die entsprechenden Ausführungen zum allgemeinen Informationsaustausch Bezug genommen wird. In Erwägung 9 werden die AGB-Empfehlungen schliesslich auf ihre Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG geprüft.

Betreffend die Bedeutung des EU-Wettbewerbsrechts für das schweizerische Wettbewerbsrecht kann im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG auf die Ausführungen in den Erwägungen 4.3.1 und 4.6, betreffend die Marktabgrenzung auf Erwägung 5.2 und im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG auf Erwägung 6.3.5 verwiesen werden. Dabei ist zu ergänzen, dass in Bezug auf die AGB-Empfehlungen die Horizontalleitlinien in den Hintergrund rücken (vgl. auch E. 9.2 hiernach in fine).

### **7.1 Empfehlung ohne Abredequalität, Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise**

#### **7.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin erfüllen die AGB-Empfehlungen die Voraussetzungen einer Wettbewerbsabrede nicht, da keine qualifizierenden Elemente wie Einhaltung, Druck oder Zwang zur Einhaltung der AGB-Empfehlungen vorliegen und der Befolgungsgrad äusserst gering gewesen sei (Beschwerde Rz 65 ff.; 80 f., 114; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 11d).

#### **7.1.2 Vorbringen der Vorinstanz und Sachverhalt zu den AGB-Empfehlungen**

**7.1.2.1** Nach Ansicht der Vorinstanz sind die AGB-Empfehlungen als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Die AGB seien zwar als Empfehlungen ausgestaltet worden, hätten jedoch auf einem Beschluss der Generalversammlung von ASCOPA beruht, was nach Lehre und Rechtsprechung einer Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG entspreche. Für deren Beurteilung sei es nicht von Relevanz, ob diese rechtlich erzwingbar sei oder nicht (angefochtene Verfügung Rz. 385 i.V.m. Rz. 226). Zudem sei dem Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 zu entnehmen, dass sich die Mitglieder von ASCOPA gegebenenfalls hinter den AGB-Empfehlungen verschanzen könnten ("se retrancher derrière ces conditions générales de vente"; angefochtene Verfügung Rz. 227; act. 2, Beilage A 18, S. 5). Dementsprechend wird den Unternehmen diesbezüglich "nur" ihr Verhalten während der Jahre 2002-2007 vorgeworfen,

weil sich die bezüglich der AGB-Empfehlungen verfolgte Praxis vorher nicht auf einen Generalversammlungsbeschluss gestützt werden konnte (angefochtene Verfügung Rz. 226).

**7.1.2.2** Die AGB-Empfehlungen wurden in den Jahren 2000, 2001 und 2004 auf den neusten Stand gebracht. Die im Jahre 2007 erfolgte Änderung ist nicht mehr relevant. Es ist aber für das Verständnis des vorher Geschehenen interessant zu wissen, wie die praktischen Abläufe zu beschreiben sind. Für das Jahr 2003 wurde eine einmalige Übersicht erstellt, bei welcher die Mindestbestellmenge und Versandkosten angegeben waren (angefochtene Verfügung Rz. 228 ff.; act. 2, Beilagen G1-G4). Am 20. April 2007 wurde den ASCOPA-Mitgliedern - so auch der Beschwerdeführerin - eine Mail mit aktualisierten "conditions générales de vente" versandt. ASCOPA bat die Mitglieder innert fünftägiger Frist, über die Anzahl der gewünschten AGB-Exemplare in Druckform Bescheid zu geben. Der Vorinstanz liegen Mails vor, in welchen Chanel sowohl in deutscher wie auch in französischer Sprache 250 Exemplare der revidierten AGB verlangte; Riche-mont 20 Exemplare je Sprache nachfragte und Pi-Parfums 300 Exemplare der revidierten AGB bestellte. Ferner verlangte Coty neben einem deutschen auch ein italienisches Exemplar der AGB-Empfehlungen (angefochtene Verfügung Rz. 227 mit Fn. 252 [vgl. act. 62 Mails vom 20.04.2007 um 09:24 und 19:37 Uhr; Fn. 255 [Mail vom 23.04.2007 um 08:41 Uhr]; Fn. 256 [Mail vom 24.04.2007 um 16:04 Uhr]). Die ASCOPA-Mitglieder - so auch die Beschwerdeführerin - legten jeweils ihre aktuellen AGB den Bruttopreislisen bei, welche im Rahmen des Informationsaustauschs ausgetauscht wurden (angefochtene Verfügung Rz. 230 und Fn. 268 mit Hinweis auf act. 2, B 10).

**7.1.2.3** Inhaltlich umfassten die AGB Bestimmungen über Minimalbestellungen (a), Lieferkosten (b), Rücksendungen (c) und Zahlungsbedingungen (d):

**7.1.2.3.1** So hat der Minimalbestellwert (a) in den AGB der Jahre 2000-2004 Fr. 150.- und ab dem Jahr 2007 Fr. 250.- betragen (angefochtene Verfügung Rz. 228 a; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

**7.1.2.3.2** Lieferkosten (b): Der Warenwert, ab welchem die Lieferkosten franko durch den Absender übernommen werden, hat in der ganzen Zeitspanne Fr. 500.- betragen. Unter dem Wert von Fr. 500.- hat die Pauschalbeteiligung an den Lieferkosten im Jahr 2000 Fr. 8.- betragen und in den Jahren 2001-2007 Fr. 12.-. Für Expresssendungen haben die AGB im Jahr 2000 Kosten von Fr. 12.- vorgesehen, ab dem Jahr 2001 sei der Beitrag für Expresssendungen auf Fr. 15.- angestiegen (angefochtene Verfügung Rz. 228 b; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

**7.1.2.3.3** Hinsichtlich der Rücksendungen (c) hielt die Vorinstanz fest, dass jede den Händlern fakturierte Ware als verkauft galt und normalerweise nicht zurückgenommen werden konnte. Nur wenn ausnahmsweise im Voraus mit dem Lieferanten eine Vereinbarung getroffen wurde, die Ware in gutem Zustand war und keine zusätzlichen Etiketten angebracht waren, konnte die Ware zurückgenommen werden. Hierzu würden folgende Bedingungen gelten: Bis zu einem Monat könnten die Waren ohne Abzug

entgegengenommen werden. Von ein bis sechs Monaten würden 20 % Abzug verlangt, nach 6 Monaten bis zu einem Jahr sollte ein Abzug von 30 % gelten und nach dieser Frist sollte gar keine Ware mehr zurückgenommen werden (angefochtene Verfügung Rz. 228 c; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

**7.1.2.3.4** Gemäss den Zahlungsbedingungen (d) sollten die Zahlungen innerhalb von 30 Tagen erfolgen. Diese Klausel blieb durch all die Jahre unverändert (angefochtene Verfügung Rz. 228 d; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

### 7.1.3 Grundlagen

#### 7.1.3.1 Der Begriff der Empfehlung

Im Unterschied zum Kartellgesetz 1985 (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen [aKG 1985, AS 1986 874]) werden Empfehlungen nach dem geltenden Art. 4 Abs. 1 KG nicht als mögliche Erscheinungsform einer Abrede genannt (B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2 "Altimum"; BSK 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Empfehlungen sind einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärungen, welche an einen Empfehlungsempfänger gerichtet sind und die auf eine Verhaltensbeeinflussung abzielen (BGE 147 II 72 E. 4.2 und E. 5.1.3 "Pfizer II"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 169 m.w.H.; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 N 14). Zwar ist die dogmatische Beschreibung und Beurteilung von Empfehlungen mehrheitlich anhand vertikaler Empfehlungen erfolgt. Indessen spielen im Rahmen unternehmerischer Verbandstätigkeit horizontale Empfehlungen eine zentrale Rolle (BORER, Art. 4 KG N 10; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 202). Empfehlungen sind kartellrechtlich relevant, wenn sie sich auf einen Wettbewerbsparameter beziehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 170). Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kritisch werden sie, wenn sie bezwecken, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen, indem sie eine Angleichung des marktsensiblen Verhaltens ermöglichen oder fördern (BORER, Art. 4 KG N 10 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 42).

Vorliegend ist zunächst strittig, ob den AGB-Empfehlungen Abredequalität nach Art. 4 Abs. 1 KG zukommt. Bezüglich Empfehlungen sind verschiedene Konstellationen möglich (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.), was im Folgenden aufzuzeigen ist:

#### 7.1.3.2 Horizontale Empfehlung mit vertikalen Aspekten

Bei horizontalen Empfehlungen sind Empfehlende und Empfehlungsempfänger auf der gleichen Marktstufe tätig. Geht die Empfehlung von einem Branchenverband aus, so ist dieser in der Regel nicht auf dem Markt tätig. Das ändert nichts daran, dass nur eine Marktstufe betroffen ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 174; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, S. 15).

Die ASCOPA-Mitglieder sind alle auf derselben Marktstufe tätig (vgl. E. 4.4.3.8 hiavor). Zugleich wurden die AGB-Empfehlungen vom Verband ASCOPA erlassen, welcher selbst nicht Wettbewerbsteilnehmer ist. Da sich

der Verband aber aus den Empfehlungsadressaten zusammensetzt, geht es primär um ein horizontales Verhältnis.

Verwendet allerdings ein ASCOPA-Mitglied die ASCOPA-AGB-Empfehlungen gegenüber einem oder mehreren Retailern (Händlern), so ergibt sich aus der Konstellation zwischen dem ASCOPA-Mitglied und dem jeweiligen Händler ein vertikales Verhältnis.

#### 7.1.3.3 Echte Empfehlung

Der Inhalt einer echten Empfehlung beruht auf einer tatsächlichen Empfehlung, welche dem Empfänger die Freiheit belässt, dieselbe zu befolgen oder auch nicht. In diesem Fall handelt es sich um eine echte Empfehlung, die wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.). Die Empfehlung enthält ein "wohlwollendes Element", indem sie ein bestimmtes Tun oder Unterlassen als vorteilhaft bezeichnet und dieses dem Empfehlungsempfänger deswegen vorschlägt, und zwar mit dem Ziel, eben dieses Verhalten herbeizuführen. Eine echte einseitige Empfehlung wird auch unverbindliche Empfehlung genannt. Der Begriff der "unverbindlichen Empfehlung" stellt eigentlich ein Pleonasmus dar. Dem Empfehlungsempfänger dürfen - ungeachtet, ob er sich an die Empfehlung hält oder nicht - keine Vor- oder Nachteile entstehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 169, 171 f.; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, Diss., S. 11 f.).

#### 7.1.3.4 Empfehlung in Vereinbarungform

**7.1.3.4.1** Zweitens besteht die Möglichkeit, dass sich eine Kartellabrede hinter einer Empfehlung verbergen kann (vgl. zur abgestimmten Verhaltensweise E. 7.1.3.5 hier-nach). Die Parteien können etwa eine Sprache verwenden, welche Empfehlungscharakter aufweist, jedoch eine eigentliche Bindung beabsichtigen. Es handelt sich um eine simulierte "unechte Empfehlung", welche als versteckte wettbewerbsbeschränkende Abrede bzw. als nicht erzwingbare Vereinbarung zu qualifizieren ist (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, S. 9; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 171).

**7.1.3.4.2** Nach dem Gesagten, gibt es also - und diese Konstellation findet sich namentlich in vertikalen Empfehlungen - Formulierungen, welche wie eine einseitige Massnahme aussehen. Bei deren Würdigung ist aus vertragsrechtlicher Sicht zu beachten, dass sich über die Konstruktion einer stillschweigenden Annahme der einseitige Charakter sich in ein zweiseitiges Rechtsverhältnis wandelt. Diese stillschweigende Annahme ist Voraussetzung dafür, dass eine Vereinbarung zustande kommt (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 "Altimum"; BGE 147 II 72 E. 5.6 "Pfizer II"; BORER, Art. 4 KG N 8). Für die Feststellung, ob eine Vereinbarung vorliegt, ist es notwendig, die allgemeinen Regeln von Art. 1 ff. OR anzuwenden und den gegenseitigen und übereinstimmenden Willen der Parteien festzustellen, wobei dieser ausdrücklich oder stillschweigend geäußert werden kann (Art. 1 Abs. 2 OR). Willenserklärungen und Willensbekundungen zwischen den Vertragsparteien sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Art. 18 OR), ohne Beachtung der von den Parteien verwendeten Ausdrucksweise. Stillschweigende Willensbekundungen sind insbesondere konkludente Handlungen,

das heisst solche, deren Erfüllung einen bestimmten Willen voraussetzt, der sich auf das Verhältnis der Parteien bezieht. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zweier oder mehrerer Unternehmen muss erkennbar sein, was im Falle von rein einseitigen Wettbewerbsbeschränkungen fehlt (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 "Altimum"). Anders als bei einer echten Empfehlung oder einer abgestimmten Verhaltensweise (befolgten Empfehlung; vgl. gerade unten) liegt bei der nicht erzwingbaren Vereinbarung ein Wille vor, sich zu binden (ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, S. 161; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 171).

Es kann sich bei horizontalen Empfehlungen in Vereinbarungsform auch um Verbandsempfehlungen handeln (vgl. E. 7.1.3.1 hiervor). Diese können bereits in den Statuten enthalten sein, womit das Mitglied mit dem Beitritt zum Verein auch Partei der Abrede wird (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 204 mit Hinweis auf RPW 1998/2, S. 185 f. Rz. 3 und 8 "Tarifs de la Société vaudoise des Régisseurs et courtiers en immeuble et en fonds de commerce"). Klassisch ist indessen die Empfehlung als Gegenstand des Beschlusses der Generalversammlung eines Verbandes bzw. Mitgliederversammlung eines Vereins (RPW 2012/3 S. 659 Rz. 30 ff. "Union suisse des professionnels de l'immobilier [USPI] - Section Neuchâtel"; RPW 2003/2 S. 271 ff., Rz. 1 ff., S. 278 Rz. 31 "Fahrschule Graubünden" in Bezug auf das Vorgehen bis im Jahr 1997; RPW 2001/1, S. 200 ff., S. 205 f. E. 2.1 "Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 175, BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 203 mit Hinweisen; DIMITRI ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, Bern 2014, S. 161). Strittig ist, ob der Behördenpraxis zu folgen ist, wonach auch ein Vorstandsbeschluss oder der Beschluss eines anderen Vereinsorgans genügt in Verbindung mit der statutarischen Verpflichtung, alle Beschlüsse, Weisungen und Anordnungen der Verbandsorgane gewissenhaft zu befolgen (vgl. dazu RPW 2006/4 S. 593 Rz. 24 "Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen [VTR]"). Davon gehen wohl BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 95 aus. Im gleichen Sinne ist wahrscheinlich auch ZÄCH zu verstehen, der von Beschlüssen spricht, ohne in Bezug auf das diese fassende Organ Unterscheidungen zu treffen (ZÄCH, Rz. 365). Kritisch äussern sich demgegenüber AMSTUTZ/CARRON/REINERT (in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 45) und REINERT (BSK KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 205). ANTIPAS gibt wiederum zu bedenken, dass das formale Verneinen der Möglichkeit, auch in einem Vorstandsbeschluss eine Vereinbarung zu sehen, unwillkommene Umgehungspraktiken mit dem Ergebnis von nicht wünschbaren Situationen ("situations indésirables") begünstigen würde (ANTIPAS, S. 161). Nach dem Gesagten sind jedenfalls kartellrechtlich relevante Statuten und Beschlüsse der Mitgliederversammlung eines als Verein organisierten Branchenverbands als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 65 i.V.m. N 203, ZÄCH, Rz. 365, ANTIPAS, S. 161; vgl. auch E. 4.4.3.1 und insbesondere E. 4.4.3.1.4 hiervor).

### 7.1.3.5 Befolgte Empfehlung

Drittens besteht die Möglichkeit, dass Empfehlungen in Realität befolgt werden (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.). Solche Empfehlungen, die zwar keinen Bindungswillen aufweisen, aber befolgt werden, rücken in die Nähe der abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 3.3, 4.3 "Pfizer"; BORER, Art. 4 KG N 11; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 176 f.). Demzufolge ist ersichtlich, dass bei Empfehlungen, welche der abgestimmten Verhaltensweise zuzuordnen sind, der Befolungsgrad auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist. Wie es sich diesbezüglich bei Vereinbarungen verhält, wird in Erwägung 7.1.4 hiernach zu prüfen sein. Die Frage, ob Druck oder Zwang vorausgesetzt ist, wenn eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bejaht werden soll, wird in Erwägung 7.1.4.6 hiernach erörtert werden.

### 7.1.4 Qualifikation der AGB-Empfehlungen / Würdigung

**7.1.4.1** Es ist nun zu prüfen, ob die AGB-Empfehlungen von ASCOPA als einseitige Empfehlungen zu werten sind, welche von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfasst werden, oder ob diese die Voraussetzungen einer Vereinbarung oder allenfalls einer abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Soweit BORER diesbezüglich davon ausgeht, dass die Empfehlung, wenn sie tatsächlich befolgt wird, in die Nähe einer abgestimmten Verhaltensweise rückt (BORER, Art. 4 KG N 11; vgl. E. 7.1.3.5 hiervor), lässt sich daraus schliessen, dass sich diese Aussage zwar wohl auf Verhalten bezieht, das unter gewissen Voraussetzungen als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden kann, nicht aber auf eigentliche Vereinbarungen. Diese Schlussfolgerung ist gerade in Bezug auf horizontale Branchenvereinbarungen mit weitgehender Marktabdeckung naheliegend. Denn hier fehlt es nicht am bewussten und gewollten Zusammenwirken zwischen den Unternehmen (vgl. BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 121). Damit wird auch dem weiteren Anliegen von NYDEGGER/NADIG Rechnung getragen, wonach an einer Vereinbarung mehrere Unternehmen beteiligt sein müssen (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 123). Die Neunerprobe ergibt sich dadurch, dass sich jedenfalls im Falle von horizontalen Branchenvereinbarungen unter Verbandsmitgliedern mehr als nur Einseitigkeit übrig bleibt, wenn die Befolgung entfällt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 174 ff.). Das leuchtet besonders dann unmittelbar ein, wenn später das Bezwecken bejaht wird (vgl. dazu E. 7.3 hiernach). In diesen Fällen kann der Befolungsgrad allenfalls im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG eine Rolle spielen, entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin aber nicht in Bezug auf die Frage der Abredequalität im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG.

**7.1.4.2** Bei der Prüfung, ob die AGB-Empfehlungen als Vereinbarung und damit als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu werten sind, sind verschiedene Etappen hinsichtlich der Entwicklung dieser AGB-Klauseln zu untersuchen: Erstens die Abstimmung über die Änderungen der AGB-Empfehlungen an der Generalversammlung

im 2001 (E. 7.1.4.3 hiernach), zweitens verschiedene Komitee-Sitzungen (E. 7.1.4.4 hiernach), drittens der Umstand, dass den ausgetauschten Informationen (Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) die jeweiligen AGB beigelegt wurden sowie die Vergleichsliste der AGB aus dem Jahr 2003 (E. 7.1.4.5 hiernach). Wie es sich in Bezug auf die kartellrechtliche Relevanz der Aktualisierung der AGB im Jahre 2007 verhält, kann demgegenüber offen bleiben, da die Vorinstanz den ASCOPA-Mitgliedern nur bis zu diesem Zeitpunkt eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorwirft.

#### **7.1.4.3 Abstimmung über die Änderungen der AGB-Empfehlungen an der Generalversammlung im Jahr 2001**

Die Änderungen der AGB sind an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 einstimmig angenommen worden (act. 2, Beilage A 18, S.4 f.; angefochtene Verfügung Rz. 226). An dieser Generalversammlung war gemäss Protokoll auch die Beschwerdeführerin anwesend (act. 2, Beilage A 18, S. 1). Das Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 wurde in der ASCOPA-Generalversammlung vom 4. Juni 2002, an welcher die Beschwerdeführerin ebenfalls anwesend war, einstimmig genehmigt (vgl. act. 2, Beilage A 20, S. 1 f.). Nach dem in Erwägung 7.1.3.4.2 hiervor Gesagten steht ausser Zweifel, dass jedenfalls rechtlich verbindliche Beschlüsse der Mitgliederversammlung unter die Form der Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren sind (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 65 und N 203; vgl. E. 4.4.3.1.4, 7.1.3.4.2 hiervor mit Hinweisen auf die Behördenpraxis). Demnach liegt ein rechtlich verbindlicher Beschluss der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 vor. Damit sind vorliegend die Voraussetzungen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gegeben. Dass gemäss dem Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 (act. 2, Beilage A 18, S. 5) der Begriff "Guidelines" verwendet wird ändert nichts an deren Qualifikation als Vereinbarung (vgl. diesbezüglich zum Informationsaustausch E. 4.4.3.1.4 hiervor).

#### **7.1.4.4 Komitee-Sitzungen**

**7.1.4.4.1** Die Beschwerdeführerin rügt sodann hinsichtlich der Komitee-Sitzungen, dass die Diskussionspunkte der Komitee-Sitzungen gar nicht den Inhalt der AGB betreffen würden (Beschwerde Rz. 92). Es ist daher im Folgenden auf den Inhalt der Komitee-Sitzungen einzugehen:

**7.1.4.4.2** Die Vorinstanz zeigt auf, dass das Komitee im Jahr 2001 einstimmig beschloss, Coop Aargau keine speziellen Preisnachlässe (0.5 % Rabatt auf alle Rechnungen) zu gewähren (act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Zudem ist aus dem Protokoll einer weiteren Komitee-Sitzung ersichtlich, dass man plante, die adaptierten AGB vor die Generalversammlung zu bringen (act. 2, Beilage A 17, Komitee-Sitzung vom 8. Mai 2001, S. 2). Dem Wunsch von Import, spezielle Geschäftsbedingungen zu erhalten, wollte das Komitee ebenfalls nicht nachkommen. (act. 234, Komitee-Sitzung vom 18. September 2002, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Das Komitee lehnte es "très vivement" ab, den von Manor verlangten Diskont bei einer Bezahlung innerhalb von dreissig Tagen zu gewähren (act. 234, Komitee-Sitzung vom 7. Oktober 2003, S. 2; angefochtene Verfügung Rz. 233). In einer späteren Sitzung schlug das Komitee vor, dass

jedes Mitglied einen Brief an Manor senden sollte, indem es den verlangten Skontosatz ablehnte (act. 234, Komitee-Sitzung vom 4. Dezember 2003, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233).

**7.1.4.4.3** Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Komitee-Sitzungen im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig seien, erweist sich als unbegründet. Die Komitee-Sitzungen und -beschlüsse hatten durchaus die Verkaufskonditionen und teilweise auch die strittigen AGB zum Gegenstand. Denn die von Coop gewünschten Preisnachlässe, die von Import gewünschten speziellen AGB und der von Manor gewünschte Diskont hätten eine individuelle Ausgestaltung der AGB erfordert. Tatsächlich ist es aber so, dass diese teilweise eher in Bezug auf die Frage des Bezweckens relevant sind (vgl. E. 7.3 hiernach) als in Bezug auf die Frage nach der Qualifikation des Verhaltens der ASCOPA als Vereinbarung.

**7.1.4.4.4** Interessant für die Frage der Vereinbarungsqualität ist der Umstand, dass an den Komitee-Sitzungen im Jahr 2001, an welchen auch die Beschwerdeführerin anwesend war, besprochen wurde, die Inhalte dieser Sitzungen (Coop Aargau und AGB-Revision) vor die Generalversammlung zu bringen (act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 1, 3; act. 2, Beilage A 17; Komitee-Sitzung vom 8. Mai 2001, S. 1 f.), was dann auch geschah (act. 2, Beilage A 18, Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001, S. 4 f.). Somit bilden die Inhalte der Komitee-Sitzung aus dem Jahr 2001 auch Grundlage für den Beschluss der entscheidenden Generalversammlung, was einerseits den Vereinbarungscharakter des gewählten Vorgehens und andererseits die Verantwortung der Beschwerdeführerin als Mitglied des Komitees unterstreicht.

**7.1.4.4.5** Nachdem die Basis aller in Frage stehenden AGB-Empfehlungen in einem Generalversammlungsbeschluss zu sehen ist, was sowohl nach der Rechtsprechung als auch nach der Verwaltungspraxis zur Qualifikation als Vereinbarung führt, kann offen bleiben, ob der Vereinbarungscharakter auch aufgrund der Komitee-Beschlüsse allein zu bejahen wäre (vgl. "VTR", RPW 2006/4 S. 591 ff., 593 Rz. 22 ff. "VTR" sowie E. 7.1.4.4.3 hiervor). Festzuhalten ist immerhin, dass das ASCOPA-Komitee von der Generalversammlung gewählt wird. Ihm obliegt nach Art. 16 ASCOPA-Statuten die Führung der Repräsentation der Vereinigung und es überwacht die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung. Das Komitee ist zudem gemäss Art. 17 ASCOPA-Statuten entscheidungsbefugt. Die Mitglieder müssen sich gemäss Art. 9 ASCOPA-Statuten den Entscheidungen der Generalversammlung und des Komitees fügen (vgl. dazu in Bezug auf den Informationsaustausch E. 4.4.3.2.2 hiervor).

**7.1.4.5** Unselbständiger Informationsaustausch in Bezug auf das Anfügen der AGB an die Bruttopreislisten und die Vergleichsliste der AGB der ASCOPA-Mitglieder im Jahr 2003

**7.1.4.5.1** Die ASCOPA-Mitglieder hatten jeweils ihre aktuellen AGB den ausgetauschten Bruttopreislisten beigelegt. Damit wurden die beschriebenen Empfehlungen in Bezug auf die AGB mit einem unselbständigen Informationsaustausch verknüpft. Die Beschlüsse betreffend AGB-Empfehlungen sind im vorliegenden Kontext als Hauptabrede zu qualifizieren (vgl. E. 7.1.4.3 und E. 7.1.4.4.4

hiervor). Demgegenüber hat das Gericht in Bezug auf den allgemeinen Informationsaustausch betreffend Bruttopreise, Umsatzangaben und Werbeausgaben einen selbständigen Informationsaustausch festgestellt (vgl. E. 6.2, 6.3.2.7 hiervor).

**7.1.4.5.2** Im Jahr 2003 wurde eine Vergleichsliste der AGB der einzelnen ASCOPA-Mitglieder, welche die Mindestbestellwerte und die Versandkosten aufgriff, erstellt (angefochtene Verfügung Rz. 229). Auf dieser Vergleichsliste (act. 2, Beilage G4) ist zwar die Beschwerdeführerin selbst nicht aufgeführt. Jedoch war sie während dem ganzen Informationsaustausch im ASCOPA-Komitee vertreten (vgl. angefochtene Verfügung Abbildung 2), welches gemäss Art. 9 der ASCOPA-Statuten einen prägenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder hat. Es kann diesbezüglich auf die obige Erwägung zu den Komiteesitzungen (vgl. E. 7.1.4.4.4 f. hiervor) verwiesen werden, weshalb der Beschwerdeführerin nicht nur die Beschlüsse betreffend AGB-Empfehlungen selbst, sondern auch der unselbständige Informationsaustausch der AGB der ASCOPA-Mitglieder zuzurechnen ist.

#### **7.1.4.6 Relevanz des Vorliegens von Druck oder Zwang im Rahmen der Prüfung der Abredequalität**

Das Bundesgericht hat in Bezug auf vertikale Empfehlungen festgehalten, dass "ein gewisses qualitatives Mass" erreicht sein muss, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. In diesem Kontext kann auch das Ausüben von Druck relevant sein (BGE 147 II 72 E. 4.5.1 "Pfizer II"). Im vorliegenden Zusammenhang stösst indessen die Rüge der Beschwerdeführerin, dass qualifizierende Elemente wie Einhaltung, Druck oder Zwang vorliegen müssen, damit die AGB-Empfehlungen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden können (Beschwerde Rz. 80) indessen ins Leere, weil eine einen bedeutenden Marktanteil abdeckende horizontale Empfehlungen in Vereinbarungsform festgestellt worden ist (vgl. E. 7.1.4.3 hiervor). Zwar ist unbestritten, dass im vorliegenden Fall weder Druck noch Zwang ausgeübt worden ist. Dementsprechend sind die zu beurteilenden AGB-Empfehlungen unverbindlich ausgestaltet. Ebenso wie in Bezug auf den Befolgungsgrad gilt jedenfalls (vgl. E. 7.1.4.1 hiervor) aber beim Vorliegen einer einen bedeutenden Marktanteil abdeckenden Vereinbarung, dass im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG über das Feststellen derselben hinaus keine zusätzlichen qualifizierenden Elemente erforderlich sind. Die festgestellte Vereinbarung erfüllt demnach schon an sich das voraussetzende "gewisse qualitative Mass" im Sinne der Pfizer-Rechtsprechung. Alles Weitere ist - soweit erforderlich - im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen.

#### **7.1.4.7 Zwischenfazit**

**7.1.4.7.1** Aufgrund der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass der massgebenden Abstimmung hinsichtlich der AGB-Empfehlungen an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 (vgl. act. 2, Beilage A 18, S. 1, 4 f.) Vereinbarungsqualität nach Art. 4 Abs. 1 KG zukommt (E. 7.1.4.3 hiervor vgl. auch angefochtene Verfügung Rz. 226 i.V.m. Rz. 385 f.). Damit kann offen bleiben, inwieweit das auch für die in E. 7.1.4.4 hiervor erörterten Beschlüsse des Vereinsvorstands gilt, soweit diese nicht der Vorbereitung dieser Generalversammlung dienen.

Ergänzend treten das Anfügen der AGB bei den ausgetauschten Bruttopreislisten und die AGB-Übersicht aus dem Jahr 2003 als unselbständiger Informationsaustausch hinzu (E. 7.1.4.5). Damit liegt eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

**7.1.4.7.2** Da die Vereinbarungsqualität gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist, erübrigt sich die Prüfung der abgestimmten Verhaltensweise. Daher muss auch der von der Beschwerdeführerin gerügte Befolgungsgrad (Beschwerde Rz. 65 ff. und 80 f.) nicht auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft werden (vgl. E. 7.1.3.5, 7.1.4.1 hiervor). Die Frage, ob und inwiefern der Befolgungsgrad Gegenstand der Erheblichkeitsprüfung ist, wird im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG aufgegriffen (vgl. Erwägung 9.3 hiernach). Die Beschwerdeführerin weist ausserdem zutreffend darauf hin, dass die ASCOPA-Organen nicht darauf gedrängt haben, dass möglichst viele Mitglieder die Textbausteine betreffend die verschiedenen Vertragsbedingungen tatsächlich verwenden, was insoweit einer Empfehlung entspricht. Das Ausüben von Druck oder Zwang ist aber im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG ebenfalls nicht zu prüfen, wenn eine horizontale Empfehlung in Vereinbarungsform vorliegt, jedenfalls wenn diese bedeutende Teile des Marktes abdeckt. Auch auf die Frage der Bedeutung von Druck und Zwang wird demnach - soweit erforderlich - im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zurückzukommen sein (vgl. E. 9.3 in fine). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die weiteren Voraussetzungen, welche an das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG geknüpft werden, gegeben sind. Hierbei handelt es sich um den Bezug zu Wettbewerbsparametern (E. 7.2) und das Bezwecken oder allenfalls das Bewirken, wenn das Bezwecken verneint wird (E. 7.3).

### **7.2 Betroffensein von Wettbewerbsparametern (Art. 4 Abs. 1 KG)**

#### **7.2.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin zählt in Rz. 71 ihrer Beschwerde verschiedene Wettbewerbsparameter auf, worunter auch die Geschäfts- und die Lieferbedingungen (Beschwerde Rz. 71). Sie rügt sodann, dass die Vorinstanz gar keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet hätte, der durch die AGB-Empfehlung betroffen sei (Beschwerde Rz. 74, 95; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6). So sei unklar geblieben inwiefern der Wettbewerbsparameter Preis in Bezug auf die empfohlenen Verkaufsbedingungen zur Anwendung kommen würde (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6). Auch würde sich hinsichtlich der AGB-Empfehlungen die Suche nach einem Wettbewerbsparameter erübrigen, da die vorliegende Empfehlung gerade keine Wettbewerbsabrede sei (Beschwerde Rz. 114).

#### **7.2.2 Vorbringen der Vorinstanz**

Die Vorinstanz bringt vor, dass das KG die Wettbewerbsparameter nicht in abschliessender Art aufzähle. Sie zählt die wichtigsten Wettbewerbsparameter auf, wobei sie auch den Wettbewerbsparameter Geschäftsbedingungen nennt (angefochtene Verfügung Rz. 635).

#### **7.2.3 Grundlagen**

Hinsichtlich der Anforderungen an den Bezug zwischen Abrede und Wettbewerbsparametern ist zunächst auf die

Ausführungen in E. 4.5.3 ff. hiervor zu verweisen. Zusammenfassend ist in Erinnerung zu rufen, dass sich die Prüfung des Vorliegens von Wettbewerbsparametern auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG deutlich weniger vertieft als im Rahmen der Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG gestaltet. Das Gesetz zählt zudem die Wettbewerbsparameter nicht abschliessend auf (MARBACH/DUCREY/WILD, S. 324, N 1459; BSK KG 2010- NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 63 ff.). Auch Rz. 75 der Horizontalleitlinien sieht keine abschliessende Aufzählung von Wettbewerbsparametern vor.

### 7.2.4 Würdigung

**7.2.4.1** Die Rüge, dass sich die Suche nach einem Wettbewerbsparameter erübrige, da die vorliegende Empfehlung keine Wettbewerbsabrede darstelle (Beschwerde Rz. 114), stösst ins Leere. Denn das Bundesverwaltungsgericht (E. 7.1 hiervor) hat in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 385, 392-395) festgehalten, dass die AGB-Empfehlungen die Voraussetzungen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Daher ist im Folgenden der Frage nachzugehen, ob die AGB-Empfehlungen einen Bezug zu Wettbewerbsparametern aufweisen.

**7.2.4.2** Auch wenn sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung bezüglich der AGB-Empfehlungen nicht explizit auf einen Wettbewerbsparameter bezieht, legt sie immerhin dar, dass Geschäftsbedingungen zu den wichtigsten Wettbewerbsparametern gehören (angefochtene Verfügung Rz. 635). Da auch nach Ansicht der Beschwerdeführerin Geschäfts- und Lieferbedingungen als Wettbewerbsparameter zu werten sind (Beschwerde Rz. 71), ist unbestritten, dass Geschäftsbedingungen als Wettbewerbsparameter zu qualifizieren sind. Bestritten ist jedoch, ob die angefochtene Verfügung in hinreichender Weise den Bezug zum Wettbewerbsparameter Geschäftsbedingungen herstellt. Die angefochtene Verfügung hält allerdings im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG fest, dass der Informationsaustausch und die AGB-Empfehlungen nicht auszuschliessen vermögen, dass die ASCOPA-Mitglieder ihre Geschäftspolitik derjenigen ihrer Konkurrenten in einer Weise anpassen, die dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderläuft und zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe (angefochtene Verfügung Rz. 392). Materiell ist somit klar, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgeht, dass Geschäftskonditionen zu den Wettbewerbsparametern gehören und dass diese vorliegend einschlägig sind (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG Art. 4 Abs. 1 KG N 118). Da Art. 4 Abs. 1 KG bloss eine im Vergleich zur Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG deutlich weniger vertiefte Prüfung der Wettbewerbsparameter erfordert, ist zwar ohne Weiteres zuzugestehen, dass die Aussagen der Vorinstanz zum Thema äusserst lapidar sind, dass aber gerade noch nicht von einer Unterschreitung der verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen an die Begründung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV auszugehen ist (vgl. dazu E. 3.2.3 hiervor; zur Begründungspflicht in Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung vgl. E. 9.1 hiernach). Ergänzend ist anzumerken, dass die Vorinstanz die allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits im Verfügungsantrag I als Wettbewerbsparameter im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG beurteilte (Verfügungsantrag I Rz. 103). Der Sache nach wusste die Beschwer-

deführerin auf jeden Fall, wie sie zu argumentieren hatte, was aus den Rechtsschriften auch ersichtlich ist.

**7.2.4.3** Inwiefern die AGB-Empfehlungen im Kontext mit dem Wettbewerbsparameter Preis zu würdigen sind und ob weitere Wettbewerbsparameter durch die AGB-Empfehlungen tangiert wurden, kann für die Beurteilung der Wettbewerbsparameterqualität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG offen gelassen werden, da offensichtlich ist, dass der Wettbewerbsparameter "Geschäftsbedingungen" durch die AGB-Empfehlungen tangiert ist. Daher vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen betreffend die Wettbewerbsparameterqualität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht durchzudringen.

## 7.3 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

### 7.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz nicht den Beweis erbracht habe, dass die ASCOPA-Mitglieder mit den empfohlenen AGB das Ziel verfolgt hätten, den Wettbewerb zu beschränken (Beschwerde Rz. 92). So habe die Vorinstanz nicht dargelegt, dass mit diesen AGB-Empfehlungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d). Zudem sei kein Wille der ASCOPA-Mitglieder ersichtlich, den Wettbewerb betreffend die AGB-Empfehlungen einzuschränken (Beschwerde Rz. 92).

Auch habe die Vorinstanz keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Empfehlung von AGBs im Sinne einer angeblichen Korrelation von Bruttolistenpreisen der ASCOPA-Mitglieder und Endverkaufspreisen nachgewiesen (Beschwerde Rz. 107). Und aus der Tatsache, dass die Empfehlungen von den ASCOPA-Mitgliedern nur sehr beschränkt befolgt worden seien, lasse sich schliessen, dass diese AGB-Empfehlungen keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt hätten (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d).

### 7.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

**7.3.2.1** Die Vorinstanz stellte hinsichtlich der AGB-Empfehlungen ein Bezwecken fest. Durch die AGB-Empfehlungen und den Informationsaustausch könnten die ASCOPA-Mitglieder ihre Geschäftspolitik derjenigen der Konkurrenten anzupassen, was zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe (angefochtene Verfügung Rz. 392 f.). Die Vorinstanz verweist im Kontext mit dem Bezwecken auf die Angaben zum Befolgungsgrad der AGB-Empfehlungen (angefochtene Verfügung Rz. 394 i.V.m. Rz. 232). Zudem sei an der diesbezüglich entscheidenden ASCOPA-Generalversammlung gesagt worden, dass es die Empfehlungen den ASCOPA-Mitgliedern erlauben würden, sich gegenüber ihren Händlern "hinter den AGB [zu] verschanzen" ("se retrancher derrière les conditions générales de vente"; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 227; Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 [act. 2, Beilage A 18, S. 4 f.]).

**7.3.2.2** Hinsichtlich des Bewirkens, das die Vorinstanz ebenfalls als gegeben erachtete, verweist die WEKO auf ihre ökonomischen Untersuchungen, welche sie im Kontext mit der Erheblichkeitsprüfung durchführte (angefochtene Verfügung Rz. 393 i.V.m. 512 ff.).

### 7.3.3 Grundlagen

**7.3.3.1** Das Bezwecken und das Bewirken sind alternativ zu verstehen (vgl. E. 4.6.1 hiervor). Vorliegend wird zuerst das Bezwecken geprüft (zu den Voraussetzungen des Bezweckens: vgl. E. 4.6.4 hiervor). Nur, wenn das Bezwecken zu verneinen ist, ist das Bewirken zu prüfen. Sowohl das Bezwecken wie auch das Bewirken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind als Definitions- bzw. Begriffsmerkmal einer Wettbewerbsabrede und nicht als Tatbestandsmerkmal zu verstehen. Sie sagen noch nichts über die Unzulässigkeit eines Kartells aus (HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit, Rz. 4, 6; BORER, Art. 4 KG N 3 f.; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 26; vgl. E. 4.6.4.3 hiervor).

**7.3.3.2** Eine Abrede ist dann bezweckt, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 9.3.1 "Erne"; Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 303 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Um das Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen, sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb nicht erforderlich; die objektive Eignung des Abredeinhalts ist ausreichend (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 "Altimum"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 137 f.). Beim Bezwecken kommt es nicht auf die subjektive Absicht an (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 550; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 138, 144). Indessen kann die Absicht der Beteiligten berücksichtigt werden, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires/Kommission*, Rn. 54, nachfolgend: Urteil des EuGH C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires/Kommission*; EDELMANN, S. 97). Letzteres gilt als zusätzliches Element. Es reicht vollkommen aus, sich für ein Bezwecken auf objektive Anhaltspunkte abzustützen.

### 7.3.4 Würdigung

**7.3.4.1** Vorliegend überspannt die Beschwerdeführerin die kartellrechtlichen Voraussetzungen, wenn sie meint, dass der Wille der ASCOPA-Mitglieder ersichtlich sein müsse, den Wettbewerb bezüglich der AGB-Empfehlungen einzuschränken (vgl. Beschwerde Rz. 92). Allerdings darf die Vorinstanz die Absicht der Beteiligten berücksichtigen, auch wenn diese kein notwendiges Element ist. Die Rüge, dass keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung durch die Korrelation zwischen Brutto- und Endverkaufspreisen nachgewiesen worden sei (Beschwerde Rz. 107), geht ebenfalls über die Anforderungen hinaus, welche an ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG gestellt werden, da es insoweit ausreicht, wenn die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 135; vgl. E. 4.6.4.3 hiervor). Demnach ist im Folgenden zu prüfen, ob die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist.

**7.3.4.2** Der Rüge, dass die Vorinstanz nicht dargelegt habe, dass die AGB-Empfehlungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten, kann nicht gefolgt werden. Denn die Vorinstanz begründete ein Bezwecken damit, dass die ASCOPA-Mitglieder ihre Geschäftspolitik durch die Handlungen des Informationsaustausches sowie durch die AGB-Empfehlungen den anderen ASCOPA-Mitgliedern anpassen konnten (angefochtene Verfügung Rz. 392 f.). So strebten die ASCOPA-Mitglieder mit den AGB-Empfehlungen eine Harmonisierung an und setzten hiermit eine Art Standard. Auch wenn die AGB-Empfehlungen freiwillig waren, gaben sie den ASCOPA-Mitgliedern doch die Gewissheit, dass diese den Konkurrenten im Sinne einer Guideline zur Verfügung stehen und geeignet sind, den Wettbewerb zwischen den Konkurrenten in Bezug auf die Geschäftskonditionen zumindest zu schwächen. Dadurch entsteht in der Tendenz ein gewisser Anreiz für eine unerwünschte "Marktberuhigung" (vgl. zum Begriff ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 258).

**7.3.4.3** Des Weiteren beeinflussen die AGB-Empfehlungen tendenziell auch das Verhältnis zwischen den ASCOPA-Mitgliedern und den Retailern als Marktgegenseite. So wurde an einer ASCOPA-Generalversammlung gesagt, dass sich die ASCOPA-Mitglieder gegenüber ihren Händlern "hinter den AGB verschanzen" ("se retrancher derrière les conditions générales de vente") könnten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 227; Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 [act. 2, Beilage A 18, S. 4 f.]). Anhand dieser Aussage ist ersichtlich, dass die ASCOPA-Mitglieder durch die AGB-Empfehlungen ihre Verhandlungsmacht gegenüber den Retailern stärken wollten. Derselbe Effekt ergibt sich auch durch den unselbständigen Informationsaustausch der AGB der ASCOPA-Mitglieder unter den beteiligten Unternehmen (vgl. 7.1.4.5). Besonders bemerkenswert ist diesbezüglich auch der protokollierte mündliche Austausch im Rahmen von Komitee-Sitzungen, im Rahmen welcher beschlossen worden ist, auf gewisse Anfragen von Händlern in Bezug auf die AGB-relevanten Konditionen nicht einzugehen (vgl. E. 7.1.4.4 hiervor). Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, wohl sogar - was hier offen bleiben kann - eine entsprechende Absicht, weshalb das Bewirken in Art. 4 Abs. 1 KG nicht mehr geprüft werden muss. Daher erweisen sich auch die Rügen der Beschwerdeführerin, welche das Bewirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zum Gegenstand haben, als obsolet.

### 7.4 Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG

Zusammenfassend ergibt sich, dass die AGB-Empfehlungen die Voraussetzungen einer bezweckten Wettbewerbsabrede (in der Variante der Vereinbarung) gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen.

### 8. Marktabgrenzung hinsichtlich der AGB Empfehlungen

Da sich die AGB-Empfehlungen an dieselben ASCOPA-Mitglieder wie beim allgemeinen Informationsaustausch richten, geht es auch um denselben Markt, nämlich den Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik. Demnach ist auf die Marktabgrenzung zum allgemeinen Informationsaustausch in Erwägung 5 zu verweisen. In Bezug auf marktspezifische Angelegenheiten wird nur auf das eingegangen, was AGB-spezifisch und anders als beim



allgemeinen Informationsaustausch ist (vgl. zur quantitativen Erheblichkeit der AGB-Empfehlungen E. 9.5 hier-nach).

## **9. Die AGB / "Conditions générales de vente" als Thema von Art. 5 KG**

### **9.1 Keine Erheblichkeitsprüfung in der angefochtenen Verfügung betreffend die AGB-Empfehlungen**

Vorab ist in Bezug auf die Begründung des angefochtenen Entscheids festzuhalten, dass die Vorinstanz keine eigene Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 KG hinsichtlich der AGB durchgeführt hat. Die Ausführungen zur Erheblichkeitsprüfung in der angefochtenen Verfügung (Rz. 404-818) beziehen sich auf die Handlungen des selbständigen Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen), nicht aber auf die AGB-Empfehlungen. Die Vorinstanz hat die AGB-Empfehlungen bloss in die Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG miteinbezogen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 385, 392-394; vgl. E. 7 zur Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG betreffend die AGB-Empfehlungen). Ohne Bezug auf den konkreten Fall zu nehmen, legt die Vorinstanz lediglich dar, dass Geschäftsbedingungen zu den wichtigsten Wettbewerbsparametern gehören (angefochtene Verfügung Rz. 635). Die Vorinstanz hat - auch wenn sie keine konkrete Erheblichkeitsprüfung in Bezug auf die AGB durchgeführt hat - die AGB-Empfehlungen in Rz. 818 (Fazit) und im Dispositiv (Ziff. 1) der angefochtenen Verfügung als erheblich nach Art. 5 Abs. 1 KG eingestuft.

Im Gegensatz zur angefochtenen Verfügung wurden im Verfügungsantrag I die AGB-Empfehlungen noch in die Prüfung der qualitativen Erheblichkeitsprüfung miteinbezogen (Verfügungsantrag I Rz. 158 f.; 169, 208). Der Verfügungsantrag I schloss jedoch auf eine harte Kartellabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG (Verfügungsantrag I Schlussfazit Rz. 275 und Dispositiv Ziff. 1). Damit sind die Ausführungen im Verfügungsantrag I, soweit diese überhaupt ergänzend zur angefochtenen Verfügung als Begründung herangezogen werden können, nicht auf die Prüfung der AGB-Empfehlungen nach Art. 5 Abs. 1 KG ausgerichtet, weshalb sie die fehlenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung jedenfalls nicht ersetzen können.

Schriftliche Verfügungen sind gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 35 Abs. 1 VwVG zu begründen, da die Behörde zu rationaler und transparenter Entscheidungsfindung verpflichtet ist (E. 3.2.3 hiervor; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: VwVG-Kommentar, Art. 35 VwVG N 5). Es müssen zumindest kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; BGE 134 I 83 E. 4.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, S. 218 Rz. 630).

Die sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz zu den AGB (angefochtene Verfügung Rz. 226-235; 236-238 mit sachverhaltlicher Würdigung sowie Anhang II) entsprechen den Anforderungen an die Begründung einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG ohne Weiteres. Dem Bundesverwaltungsgericht kommen volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen zu (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5 f.; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 3.1 "Hallenstadion-Ticketcorner"; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2 "Siegenia-

Aubi"). Ausserdem hat das Bundesverwaltungsgericht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln (Urteil des BGer 2C\_1016/2014 E. 2.2 "Siegenia-Aubi"). Schliesslich kann das Bundesverwaltungsgericht - geleitet durch den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG - eine eigene Erheblichkeitsprüfung hinsichtlich der AGB vornehmen. Entsprechend dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen kann das Bundesverwaltungsgericht auch eine Beschwerde aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid im Ergebnis mit einer anderen Begründung bestätigen. Es hat demzufolge das Recht zur freien Rechtsfindung und zur freien Prüfung der Rechtslage (BVGE 2009/61 E. 6.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 1.54; VwVG Praxiskommentar-HÄBERLI, Art. 62 Abs. 4 VwVG N 42 f. und 48). Demnach wird im Folgenden die Erheblichkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 1 KG) zu den AGB-Empfehlungen durchgeführt. Dies entspricht auch dem Gebot der Prozessökonomie (vgl. mutatis mutandis BGE 147 II 72 E. 7.1 "Pfizer II"). Damit kann im vorliegenden Zusammenhang auch offen bleiben, ob die Rügen der Beschwerdeführer so zu verstehen sind, dass bereits auf formaler Ebene die mangelhafte Begründung beanstandet wird.

### **9.2 Allgemeine Aussagen zur Erheblichkeitsprüfung der AGB-Empfehlungen (Art. 5 Abs. 1 KG)**

In Bezug auf die die Erheblichkeitsprüfung der AGB-Empfehlungen kann auf die allgemeinen Ausführungen in Erwägung 6 bzw. 6.1 bis 6.3 zum selbständigen Informationsaustausch (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) verwiesen werden. Namentlich können die Ausführungen betreffend das Zusammenwirken der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit übernommen werden (vgl. E. 6.3.2 hiervor). Dasselbe gilt betreffend die Feststellung, dass in Bezug auf bezweckte Abreden keine Auswirkungen zu prüfen sind (vgl. E. 6.3.3 hiervor). Besondere Themen betreffend die AGB-Empfehlungen, namentlich in Bezug auf den Befolgungsgrad (vgl. E. 9.3 hiernach) sowie die qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit (vgl. E. 9.4 und 9.5 hiernach), werden gesondert aufgegriffen. Zudem werden in Erwägung 9.7 die Rechtfertigungsgründe behandelt. Da die Handlungen betreffend die AGB-Empfehlungen anders als der selbständige Informationsaustausch ausgestaltet waren, rücken die Horizontalleitlinien in Bezug auf die AGB-Empfehlungen tendenziell in den Hintergrund (vgl. auch E. 7 hiervor).

### **9.3 Befolgungsgrad**

Das Gericht hat festgestellt, dass der Befolgungsgrad aufgrund der vorliegend zu beurteilenden Konstellation nicht schon im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist (vgl. E. 7.1.4.1 und E. 7.1.4.7.2 hiervor). Damit stellt sich die Frage, wie es sich in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 KG verhält.

Der "Befolgungsgrad" von Empfehlungen wird ermittelt, indem festgestellt wird, wie viel Prozent der in Frage kommenden Empfehlungsempfänger eine Empfehlung befolgt haben (vgl. etwa in Bezug auf Preisempfehlungen BGE 147 II 72 "Pfizer II" sowie ESTERMANN, S. 220 f.). Dabei spielt es in Bezug auf die dargestellte Methode keine Rolle, ob der Befolgungsgrad im Rahmen einer

abgestimmten Verhaltensweise schon auf Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG oder im Falle einer Vereinbarung erst auf Stufe von Art. 5 Abs. 1 KG relevant wird.

Um die Rügen der Beschwerdeführerin zum Befolgungsgrad anschaulicher darzustellen, sind an dieser Stelle die Ausführungen der Vorinstanz zum Befolgungsgrad voranzustellen.

### 9.3.1 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz fügte die verschiedenen Versionen der AGB-Vorgaben von ASCOPA (Jahre 2000, 2001, 2004 und 2007) sowie die AGB von jedem einzelnen ASCOPA-Mitglied - ebenfalls in allen Versionen - in einer tabellari-schen Übersicht in Anhang II der angefochtenen Verfügung zusammen. In Abbildung 13 (Rz. 232) der angefochtenen Verfügung (gleich anschliessend wiedergegeben als Abbildung 4) fasst die Vorinstanz ihre Auswertungen von Anhang II zusammen:

**Abbildung 4**  
**(entspricht Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung)**

	AGB-Klausel vorhanden:	AGB-Klausel unverändert übernommen:	AGB-Klausel mit Abweichung übernommen:
Minimalbestellung:	20	13	7
Lieferkosten:	33	11	22
Rücksendungen:	23	16	7
Zahlungsbedingungen:	27	14	13

### 9.3.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die AGB-Empfehlungen ausreichend befolgt wurden (Beschwerde Rz. 63 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d, 20a). Zudem werden auch die sachverhaltlichen Feststellungen der WEKO in Frage gestellt. So hätte die Vorinstanz den Befolgungsgrad der AGB in Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung nicht nachvollziehbar dargestellt. So würden 27 (und nicht 20) Klauseln eine Bestimmung über Minimalbestellungen enthalten. Hiervon hätten 16 (und nicht 13) ASCOPA-Mitglieder die Klausel übernommen. Zudem würden 47 AGB-Bestimmungen (und nicht 33) Vorgaben über die Lieferkosten enthalten. Hiervon hätten 12 (und nicht 11) AGB-Bestimmungen die ASCOPA-Empfehlung übernommen. Mit Bezug auf Rücksendungen würden sich gesamthaft 31 (und nicht 23) Bestimmungen finden, wovon 16 Bestimmungen den Klauseln von ASCOPA entsprechen. Hinsichtlich der Zahlungsbedingungen würden sich 45 (und nicht 27) Bestimmungen finden, wovon 16 (und nicht 14) die ASCOPA-Klauseln unverändert übernommen hätten. Nicht nachvollziehbar sei zudem die Formulierung in Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung: "ASCOPA-Klausel mit Abweichung übernommen" (Beschwerde Rz. 66). Die Beschwerdeführerin rügt zudem, dass die AGB-Empfehlungen von ASCOPA keineswegs grossmehrheitlich befolgt worden seien, sondern dass der Befolgungsgrad äusserst gering gewesen sei. So hätten nur vier ASCOPA-Mitglieder von den insgesamt aufgeführten 55 Verwendungen in Anhang II die AGB-Vorgaben von ASCOPA unverändert (alle vier Klauseln) übernommen (Beschwerde Rz. 65, 67, 80; angefochtene Verfügung Anhang II; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a).

Zudem legt die Beschwerdeführerin dar, sie selbst habe nur einen Punkt der AGB-Empfehlungen übernommen, nämlich die Zahlungsbedingung "30 Tage netto". Dieser sei ohnehin in der Schweiz usus. Allerdings hätte sie noch einen Verzugszins von 1 % pro Monat hinzugefügt. Somit

habe ihre Klausel zu den Zahlungsbedingungen gar nicht genau den ASCOPA-Empfehlungen entsprochen (Beschwerde Rz. 68).

Die Beschwerdeführerin will zudem auf eine Bagatelle schliessen, da nur wenige ASCOPA-Mitglieder die AGB-Empfehlungen unverändert übernommen hätten und keine Verpflichtung der ASCOPA-Mitglieder bestanden hätte, die AGB-Empfehlungen unverändert zu übernehmen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a mit Hinweis auf Rz. 63 ff. der Beschwerde).

Um zu überprüfen, ob diesen Rügen stattzugeben ist, muss zuerst festgestellt werden, inwiefern der Befolgungsgrad Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ist.

### 9.3.3 Ist der Befolgungsgrad Prüfungsvoraussetzung der Erheblichkeit?

**9.3.3.1** Vorliegend wird zuerst der Frage nachgegangen, ob der Befolgungsgrad in der vorliegenden Konstellation (Prüfung einer Empfehlung in Vereinbarungsform nach Art. 5 Abs. 1 KG) im Rahmen der quantitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen ist (vgl. E. 9.3.3.2 gerade unten). Sodann wird in Erwägung 9.3.3.3 erörtert, ob der Befolgungsgrad als Teilgehalt der qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu verstehen ist. In Erwägung 9.3.3.4 wird schliesslich darauf eingegangen, ob der Befolgungsgrad separat im Rahmen der Frage nach dem Bagatelldarakter zu prüfen ist.

#### 9.3.3.2 Befolgungsgrad als Teil des Prüfprogramms betreffend die quantitativen Elemente der Erheblichkeit

**9.3.3.2.1** Um zu ermitteln, ob der Befolgungsgrad Prüfungsbestandteil der quantitativen Elemente der Erheblichkeit von Empfehlungen in Vereinbarungsform nach Art. 5 Abs. 1 KG ist, sind nochmals die Voraussetzungen derselben zu beleuchten. Der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt bildet das entscheidende Kriterium der quantitativen

Elemente der Erheblichkeit (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"; vgl. E. 6.3.3.3.6, 6.5.1.1 hiervor, 9.5 hiernach). Demnach geht es also bei den quantitativen Elementen der Erheblichkeit nicht um die direkte Beurteilung von Auswirkungen, sondern um die Marktanteile von den an der Wettbewerbsabrede Beteiligten (STRAUB, AJP 2016, S. 574). Relevant ist insoweit die Summe der Marktanteile aller ASCOPA-Mitglieder (vgl. dazu auch E. 9.5 hiernach). Im Gegensatz dazu betrifft der Befolgungsgrad nur diejenigen ASCOPA-Mitglieder, welche die AGB-Empfehlungen im Gesamten oder einzelne Klauseln davon übernommen haben. Demnach ist das Feld des Befolgungsgrads enger als das der quantitativen Erheblichkeit gesteckt. Sein Spektrum ist also kleiner und entspricht in gewisser Weise einer Erfolgsanalyse, was zumindest für eine gewisse Nähe auch zur Prüfung von Auswirkungen spricht. Auswirkungen müssen allerdings im Kontext mit den quantitativen Elementen der Erheblichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG nicht geprüft werden (vgl. dazu E. 6.3.3.3.6 hiervor). Das spricht eher dafür, dass der Befolgungsgrad nicht Gegenstand des quantitativen Aspekts von Art. 5 Abs. 1 KG ist. Richtig ist indessen auch, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Bekanntmachung "Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen" vom 4. Mai 1998 (RPW 1998/2, S. 351 ff., nachfolgend: Kalkulationshilfen-Bekanntmachung bzw. Kalkulationshilfen-BM) festgehalten hat, dass die Tatsache, dass nur ein Teil der Branche die Kalkulationshilfen verwendet habe, als Anhaltspunkt dafür zu werten sei, dass Innen- und Aussenwettbewerb nicht beeinträchtigt seien ("Kalkulationshandbuch des Schweizerischen Optikerverbands"; RPW 1997, S. 146; vgl. BSK KG-2010-NEFF/THEUERKAUF, Kalkulationshilfen-BM N 13).

**9.3.3.2.2** In diesem Kontext ist ausserdem zu erwähnen, dass der vorliegende Fall anders gelagert ist als die Fälle der "Freiburger Fahrlehrer" und "USPI-Neuchâtel", welche noch vor dem Urteil "Gaba" des Bundesgerichts (BGE 143 II 97) beurteilt worden sind. Zwar liegen diesen beiden Fällen auch Empfehlungskonstellationen, welche auf Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG beruhen, zugrunde. Allerdings sind in diesen Fällen Preisempfehlungen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG Prüfungsgegenstand. Beide Fälle ziehen den Befolgungsgrad aber ebenfalls in die Beurteilung der quantitativen Erheblichkeit mit ein ("Freiburger Fahrlehrer" WEKO, RPW 2000/2 S. 167 ff, S. 172, Rz. 29a, S. 177 Rz. 54 ff.; "Freiburger Fahrlehrer" REKO/WEF, RPW 2001/1 S. 200 ff. S. 205 f., S. 207 f. E. 2.1, E. 3 ff.; "USPI-Neuchâtel", RPW 2012/3 S. 657 ff. S. 659 f. Rz. 32 f., S. 662. Rz. 56 f. unter dem Titel "concurrency actuelle"). Demnach ging die Verwaltungspraxis damals davon aus, dass der Befolgungsgrad - soweit dies nach den Urteilen "Gaba", und "BMW" (vgl. "BGE 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 "BMW") noch notwendig ist - im Rahmen der quantitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen ist. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen (insb. E. 9.3.3.4) letztlich offen bleiben.

**9.3.3.3** *Befolgungsgrad als Teil des Prüfprogramms betreffend die qualitativen Elemente der Erheblichkeit*

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil "Pfizer II" den Befolgungsgrad gemäss Art. 5 Abs. 4 KG geprüft (BGE 147 II 72 E. 6.4.4. f. "Pfizer II"). Damit stellt sich die Frage, ob der Befolgungsgrad im Rahmen der qualitativen Elemente der Erheblichkeit abzuhandeln ist. Der vorliegende Fall hat jedoch keine harte Kartellabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG, sondern eine weiche Kartellabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG zum Gegenstand. Zudem wurden die AGB-Empfehlungen in casu als Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert (vgl. E. 7.1 hiervor), wohingegen es sich beim Urteil "Pfizer II" des Bundesgerichts um abgestimmte Verhaltensweisen und nicht um eine Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG handelte (BGE 147 II 72 E. 4.4.1 und 5.7 "Pfizer II"). Daher ist der vorliegende Fall anders gelagert. Die Prüfung des Befolgungsgrades in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG im Urteil Pfizer des Bundesgerichts kann demnach nicht "tel-quel" auf die vorliegende Konstellation übertragen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin eine grossmehrheitliche Befolgung der AGB-Empfehlungen verlangt (Beschwerde Rz. 65 in fine), können aus dem Urteil "Pfizer II" des Bundesgerichts durchaus Schlussfolgerungen hergeleitet werden. Denn im Urteil "Pfizer II" des Bundesgerichts wurden bereits Befolgungsgrade von 72.8 % im Jahr 2005 bzw. 70.6 % im Jahr 2006 bei den selbstdispensierenden Ärzten als im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG ausreichend betrachtet, um eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG anzuerkennen. Bei den Apotheken handelte es sich um Befolgungsgrade von 63.5 % im Jahr 2005 und 63.4 % im Jahr 2006 (BGE 147 II 72 E. 6.4.4.1, 6.4.4.2 und 6.4.5 "Pfizer II"). Demzufolge ist ersichtlich, dass nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Befolgungsgrad von 63.5 % für das Bejahen einer Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 4 KG ausreicht. Ein Befolgungsgrad von 63.5 % kann jedoch nicht mit dem Charakteristikum "grossmehrheitlich" umschrieben werden. 63.5% sind gerade mal 13.5 % mehr als die Hälfte (50 %). Es ist der Beschwerdeführerin zwar zuzugestehen, dass die Frage nach den Anforderungen an den Befolgungsgrad in der Lehre generell strittig ist (vgl. dazu mutatis mutandis die Meinungsübersicht zum Befolgungsgrad im Rahmen der Beurteilung von abgestimmten Verhaltensweise bei BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 177). Indessen kann es nicht sein, dass an Art. 5 Abs. 1 KG, nach welchem weiche Kartelle zu beurteilen sind, höhere Anforderungen als in Bezug auf die Beurteilung harter Kartelle nach Art. 5 Abs. 4 KG gestellt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob der Befolgungsgrad im Rahmen der quantitativen oder der qualitativen Elemente der Erheblichkeit oder im Sinne eines dritten Gesichtspunkts zu beurteilen ist. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls bei zweckten Abreden in Empfehlungsförm im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG weniger hohe Anforderungen an den Befolgungsgrad zu stellen sind als bei Art. 5 Abs. 4 KG nach der Pfizer-Rechtsprechung. Daher überspannt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, welche eine grossmehrheitliche Befolgung verlangt, jedenfalls die Anforderungen; dies auch unter der Voraussetzung, dass diese im Rahmen der qualitativen Elemente der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen sind.

Zusammenfassend ergibt sich insbesondere, dass aus dem Bundesgerichtsurteil "Pfizer II" abgeleitet werden

kann, dass der Befolgungsgrad nach bundesgerichtlicher Beurteilung eher Thema der qualitativen als der quantitativen Elemente der Erheblichkeit ist. Dies kann indessen mit Blick auf die nachfolgende Erwägung 9.3.3.4 letztlich offen bleiben.

#### 9.3.3.4 Befolgungsgrad als separates Erfordernis zur Bejahung der Erheblichkeit?

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob der Befolgungsgrad neben den qualitativen und quantitativen Elementen der Erheblichkeit als separates Erfordernis zu prüfen ist. In diesem Zusammenhang ist vorab auf den Begriff der Bagatelle einzugehen.

Bei Bagatellen geht es in einem ersten Schritt darum, die unerheblichen von den erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuscheiden; denn die Wettbewerbsbehörden sollen sich nicht mit Bagatellen beschäftigen müssen. Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzes soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Die Bagatellklausel stellt ein Aufgreifkriterium dar (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., 554 Ziff. 231.1; BGE 143 II 297 "Gaba" E. 5.1.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 "Hallenstation-Ticketcorner").

Die Beschwerdeführerin will auch aufgrund des ihrer Ansicht nach geringen Befolgungsgrades auf eine Bagatelle schliessen. Es habe ihrer Ansicht nach auch keine Verpflichtung bestanden, die AGB-Klauseln zu übernehmen (vgl. Beschwerde, Rz. 63 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a mit Hinweis auf Rz. 63 ff. der Beschwerde).

Es gibt gute Gründe, vollkommen ignorierte Empfehlungen in Vereinbarungform, welche wie die vorliegenden AGB-Empfehlungen ausgestaltet wären, als Bagatelle zu

beurteilen. Im vorliegenden Fall geht die Beschwerdeführerin selbst von vier ASCOPA-Mitgliedern aus, welche die AGB-Empfehlungen vollkommen übernommen haben (Beschwerde Rz. 65). Zudem legt die Beschwerdeführerin in Rz. 66 ihrer Beschwerde ihre eigenen Berechnungen und Zählweise dar, welche vom Anhang II und Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung abweichen. Auf diese ist im Folgenden näher einzugehen.

So wäre nach der Zählweise der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 66) durch 16 AGB-Klauseln (nicht 13) von den 27 (und nicht 20) AGB-Klauseln die Formulierung der AGB-Empfehlung zu den Minimalbestellungen übernommen worden. Dies macht einen Befolgungsgrad von 59 % (abgerundet) aus. In Bezug auf die Lieferkosten hätten sich 47 AGB-Klauseln (und nicht 33) gefunden, wovon 12 (und nicht 11) die ASCOPA-Empfehlung übernommen hätten. Dies macht einen Befolgungsgrad von 25 % (abgerundet) aus. In Bezug auf die Rücksendebedingungen legt die Beschwerdeführerin dar, dass sie 31 Bedingungen (und nicht 23) zu dieser Thematik gefunden habe und 16 Mal die diesbezügliche ASCOPA-Klausel übernommen worden sei. Dies macht einen Befolgungsgrad von 51 % (abgerundet) aus. Was die Zahlungsbedingungen betrifft, so hätte die Beschwerdeführerin 45 AGB-Klauseln (und nicht 27) zu dieser Thematik gefunden. Sie zählte hingegen nur 16 (und nicht 14) unveränderte Übernahmen der diesbezüglichen ASCOPA-Empfehlung. Dies macht einen Befolgungsgrad von 35 % (abgerundet) aus (vgl. Abbildung 5 im Folgenden). Mithin geht die Beschwerdeführerin in diesen Berechnungen je nach Klausel von Befolgungsgraden von 25-59 % aus, was sie als eine nur sehr beschränkte Befolgung beurteilt (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d).

**Abbildung 5**  
(vgl. Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung mit Anhang II und Rz. 66 der Beschwerde)

	AGB-Klausel vorhanden:	AGB-Klausel unverändert übernommen:	Befolgungsgrad	AGB-Klausel vorhanden nach Zählweise der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 66):	AGB-Klausel unverändert übernommen nach Zählweise der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 66):	Befolgungsgrad
	Beruht auf Tabelle 13 der angefochtenen Verfügung			Rz. 66 der Beschwerde		
Minimalbestellung:	20	13	65 %	27	16	59 %
Lieferkosten:	33	11	33 %	47	12	25 %
Rücksendungen:	23	16	69 %	31	16	51 %
Zahlungsbedingungen:	27	14	51 %	45	16	35 %
<b>Durchschnittlicher Befolgungsgrad</b>						ca. 40.%

Im Folgenden wird sich zeigen, dass auch die von der Beschwerdeführerin zugrunde gelegten Zahlen nicht zu einem anderen Ergebnis führen als diejenigen der Vorinstanz. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sind Befolgungsgrade von 25-59 % als Bagatelle zu qualifizieren. Ausserdem hat nach der Darstellung der Beschwerdeführerin auch keine Verpflichtung bestanden, die AGB-Klauseln zu übernehmen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a mit Hinweis auf Rz. 63 ff. der Beschwerde).

Vorliegend beruhten die von der Beschwerdeführerin selbst berechneten Befolgungsgrade (vgl. Beschwerde Rz. 66) auf 25-59 % bzw. auf deren Durchschnitt von 40 %. Es braucht im vorliegenden Kontext nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob ein Befolgungsgrad von 25 % bereits hinreichend wäre. Vielmehr sind die Empfehlungen als Gesamtsystem zu sehen, womit der durchschnittliche Befolgungsgrad von ca. 40 % massgebend ist, der schon als solcher nicht zur Qualifikation als Bagatelle führt (vgl. zur diesbezüglichen Diskrepanz zwischen Behördenpraxis und Lehre etwa ESTERMANN, S. 220 ff.). Vor diesem Hintergrund ist auch nicht näher darauf einzugehen, welche Bedeutung denjenigen AGB der ASCOPA-Mitglieder zukommt, die die empfohlenen AGB nicht exakt, sondern mit Abweichungen übernommen haben (vgl. Beschwerde Rz. 66 mit Bezug auf Tabelle 13 der angefochtenen Verfügung [Rz. 232]; vgl. zum Ganzen immerhin illustrativ in Bezug auf Preisempfehlungen den Fall "Fahrlehrer Graubünden", RPW 2003/2 S. 271 ff., 280 Rz. 37).

Nicht zu vernachlässigen ist ausserdem der Umstand, dass die AGB-Empfehlungen mit einem unselbständigen Informationsaustausch (Mitsenden der eigenen AGB mit den jeweiligen Bruttopreislisten; vgl. E. 7.1.4.5.1, 7.1.4.7.1 und E 6.2.3 hiervor) verbunden waren und ausserdem erwiesenermassen Beschlüsse der ASCOPA erwirkt werden konnten, welche den ASCOPA-Mitgliedern in Bezug auf Verhandlungen mit den Händlern den Rücken gestärkt haben. Auch mit Blick auf diese qualitativen Aspekte (vgl. dazu E. 9.3.3.3 hiervor und E. 9.4 hiernach) kann vorliegend nicht von einer Bagatelle ausgegangen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass vorliegend unbestrittenermassen weder Druck noch Zwang ausgeübt worden sind.

Nach dem Gesagten erübrigen sich deshalb weitere Ausführungen in Bezug auf die Zähl- und Berechnungsweise der Beschwerdeführerin. Denn die Befolgungsgrade, wie sie die Beschwerdeführerin errechnet hat, reichen schon aus, um eine Bagatelle zu verneinen. Lediglich der Vollständigkeit halber ist demnach zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin, wenn sie von "55 Anwendungen" spricht, auf die verschiedenen Versionen der ASCOPA-AGB (Versionen 2000, 2001, 2004, 2007) und nicht auf die 31 ASCOPA-Mitglieder abgestellt hat und die verschiedenen Bestimmungen pro AGB-Version (2000, 2001, 2004, 2007) einzeln gezählt hat.

Da die AGB-Empfehlungen vorliegend in ihrem Gesamtkontext zu beurteilen sind, wonach nicht der niedrigste,

sondern der durchschnittliche Befolgungsgrad zu berücksichtigen ist, erübrigen sich auch weitere Ausführungen zur Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie selbst bloss

die Zahlungsbedingungen übernommen habe und dass die Klausel "30 Tage netto" noch um den Aspekt von einem Verzugszins von 1 % pro Monat ergänzt worden ist. Im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung geht es im Rahmen horizontaler Empfehlungen in Vereinbarungsform um die Handlungen aller Marktakteure, die einerseits - wie die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall - an der Abrede beteiligt und andererseits im Rahmen der Ermittlung der massgebenden Marktanteile zu berücksichtigen sind (vgl. mutatis mutandis BGE 129 II 18, E. 5.2.1 "Buchpreisbindung I"; vgl. auch E. 6.3.3.3.6, 6.5.1.1 hiervor).

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht aufgrund einer ihrer Ansicht nach unzureichenden Befolgungsgrade auf eine Bagatelle bzw. fehlende Erheblichkeit schliessen kann. Dies unabhängig davon, ob der Befolgungsgrad im Rahmen der quantitativen oder der qualitativen Elemente der Erheblichkeit oder separat zu prüfen ist. Des Weiteren waren - worauf in Erwägung 9.5 näher einzugehen sein wird - alle ASCOPA-Mitglieder und damit der grösste Teil der Luxus- bzw. Prestigekosmetikbranche - von den AGB-Empfehlungen betroffen. In Kombination mit der Möglichkeit, im ASCOPA-Vorstand Händleranfragen betreffend bessere Konditionen zu behandeln, und dem unselbständigen Informationsaustausch betreffend die AGB der ASCOPA-Mitglieder ist eine Bagatelle jedenfalls zu verneinen. Daran ändert auch der Umstand, dass die Befolgung der Empfehlung unbestrittenermassen freiwillig war, nichts. Im Übrigen ist eine hinreichend befolgte Abrede e maiore ad minus auch gelebt bzw. umgesetzt.

#### 9.4 Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit

In Bezug auf die Grundlagen zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kann auf die Ausführungen in Erwägung 6.4.2.3 verwiesen werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in qualitativer Hinsicht die Erheblichkeitsschwelle aufgrund des Gegenstands der Abrede bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 bis 5.2.5 "Gaba"), was auch für Artikel 5 Abs. 1 KG gilt (Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.1 und 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner"). Wie bereits in E. 6.3.3.3.5 erläutert, müssen in Bezug auf die Wettbewerbsparameter nach Art. 5 Abs. 1 KG keine Auswirkungen geprüft werden. Allerdings müssen die von einer Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter auf dem Markt eine gewisse Bedeutung aufweisen (vgl. E. 6.4.2.3 hiervor mit Hinweisen).

##### 9.4.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz nicht bewiesen habe, dass die empfohlenen allgemeinen Verkaufsbedingungen auf dem relevanten Markt eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung hatten. Eine solche Wirkung einer Wettbewerbsabrede müsste grundsätzlich sowohl qualitativ wie auch quantitativ geeignet sein, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen (Beschwerde Rz. 121). Für die von ASCOPA empfohlenen allgemeinen Verkaufsbedingungen habe die Vorinstanz (in Rz. 238) selbst festgehalten, dass diese im Vergleich zum übrigen Informationsaustausch "nicht sehr stark ins Gewicht" fallen. Damit habe die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerin bestätigt, dass die fraglichen Empfehlungen - soweit überhaupt von einer Wettbewerbsabrede auszugehen sei - zumindest nicht als erhebliche

Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren seien. Die Vorinstanz habe es denn auch unterlassen, anzugeben, in welcher Hinsicht die empfohlenen allgemeinen Verkaufsbedingungen der ASCOPA eine erhebliche Wirkung auf den Wettbewerb gehabt haben sollten (Beschwerde Rz. 122; vgl. ebenfalls Replik Rz. 80).

#### **9.4.2 Würdigung**

**9.4.2.1** Die Rügen, welche Auswirkungen der AGB-Empfehlungen auf den Wettbewerb und einen Beweis diesbezüglich verlangen (Beschwerde Rz. 121 f.), stossen ins Leere. Denn weder der Beeinträchtigungsbegriff (vgl. E. 6.3.3.3.7 ff.) noch die qualitativen (E. 6.3.3.3.5 hiervor) bzw. quantitativen Aspekte (vgl. E. 6.3.3.3.6 hiervor) verlangen eine Auswirkungsprüfung (vgl. E. 6.3.3 hiervor).

**9.4.2.2** Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz selber festgestellt hat, dass die AGB-Empfehlungen weniger stark ins Gewicht fallen als der Informationsaustausch (angefochtene Verfügung Rz. 238), lässt sich nicht die Schlussfolgerung ableiten, dass aus diesem Grund die ausgetauschten AGB-Empfehlungen aus qualitativer Sicht von vornherein unbedeutend sind. Die AGB-Empfehlungen sind daher im Folgenden in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen.

**9.4.2.3** Die Bedeutung der AGB-Empfehlungen in ihrem Gesamtkontext für die betroffenen Wettbewerbsparameter

**9.4.2.3.1** Es ist unbestritten, dass Geschäftsbedingungen Wettbewerbsparameter sind (Beschwerde Rz. 71; angefochtene Verfügung Rz. 635; vgl. E. 7.2.4.2 hiervor). Bestritten ist jedoch, ob den vorliegenden AGB-Empfehlungen selbst sowie den mit ihnen verbundenen Handlungen eine hinreichende Bedeutung für die betroffenen Wettbewerbsparameter zukommt, um als qualitatives Element der Erheblichkeit genügend ins Gewicht zu fallen. In diesem Kontext ist auf die Ausführungen des Urteils "Hallenstadion-Ticketcorner" des Bundesgerichts zu verweisen, in welchem gesagt wird, dass die Summe des qualitativen und quantitativen Aspekts die Erheblichkeitsschwelle ausmache (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.3.4 "Hallenstadion-Ticketcorner"). In Bezug auf die quantitativen Elemente ist festzuhalten, dass sich sowohl die AGB-Empfehlungen wie auch die Handlungen des Informationsaustausches auf demselben Markt - nämlich dem der Luxus- bzw. Prestigekosmetik - abspielten (vgl. E. 8 i.V.m. E. 5 hiervor), weshalb grundsätzlich auf die Ausführungen zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit des Informationsaustausches verwiesen werden kann, namentlich auf die Feststellung, wonach der Markt der Luxuskosmetik stagnierte (vgl. E. 6.5, 6.5.4.4 hiervor, E. 9.5 hiernach). Da es sich ausserdem um eine weiche Kartellabrede handelt, sind auch die Anforderungen an die Erheblichkeit aus qualitativer Sicht nicht zu hoch zu setzen.

**9.4.2.3.2** Wie bereits in Bezug auf die Abredequalität erwähnt, wurden die Änderungen der AGB an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 einstimmig angenommen (vgl. E. 7.1.4.3 hiervor; act. 2, Beilage A 18, S 4 f.; angefochtene Verfügung Rz. 226). Es ist ersichtlich, dass die Gesamtheit der ASCOPA-Mitglieder teilweise vorformulierte AGB und die Empfehlungen hierzu wünschten. Das Beilegen der eigenen AGB bei den jeweiligen Bruttopreislisen (angefochtene Verfügung Rz. 230) und die

Vergleichsliste der AGB aus dem Jahr 2003 (angefochtene Verfügung Rz. 229, act. 2, Beilage G4; E. 7.1.4.5 f. hiervor) zeigen erst recht, dass den ASCOPA-Mitgliedern selbst daran gelegen war, ihre Konditionen in den AGB gegenüber ihren Konkurrenten (bzw. den anderen ASCOPA-Mitgliedern) kund zu tun. Demgegenüber lag den ASCOPA-Mitgliedern, wie es die Vorinstanz zutreffend in ihrer sachverhaltlichen Würdigung zu den AGB-Empfehlungen darlegte (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 238), nicht viel daran, den Wettbewerb in Bezug auf die von den Empfehlungen betroffenen Konditionen untereinander zu intensivieren (vgl. E. 7.3.4.2 hiervor). Die Händler waren aufgrund der dargelegten Umstände in ihren Möglichkeiten, im Rahmen der Verhandlungen gesonderte Konditionen zu erlangen, eingeschränkt. Dies ergibt sich auch aus dem Umstand, dass das ASCOPA-Komitee die Konditionen mehrfach zum Thema gemacht hat und gegenüber verschiedenen Händlern (Coop, Manor, Import) in seiner Politik sehr restriktiv war (vgl. E. 7.1.4.4 hiervor). Somit konnten sich die Händler auch nur erschwert gegeneinander in einem Wettbewerb um gute AGB-Konditionen positionieren, was im Ergebnis auch für die Endkunden ungünstig war, da durch die AGB-Empfehlungen auch der Wettbewerb zwischen den Händlern abgeschwächt war und es somit den Kunden jedenfalls insoweit nur einen beschränkten Nutzen brachte, den Händler zu wechseln. Demnach ist ersichtlich, dass das Vorgehen der ASCOPA-Mitglieder bereits im Gesamtkontext aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG zumindest indiziert.

**9.4.2.4 Die Bedeutung der einzelnen Klauseln der AGB-Empfehlungen für die betroffenen Wettbewerbsparameter**

i. Die Vorgaben zu den Minimalbestellungen in den AGB

**9.4.2.4.1** Der Minimalbestellwert war in den AGB der Jahre 2000-2004 auf Fr. 150.- und ab dem Jahr 2007 auf Fr. 250.- festgelegt (angefochtene Verfügung Rz. 228 a; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007). Es stellt sich insbesondere die Frage, inwiefern die Wettbewerbsparameter Preis und Menge auf der Stufe von Art. 5 Abs. 1 KG tangiert sind. Auch wenn es um Luxus- bzw. Prestigekosmetika geht, welche dem höheren Preissegment in der Kosmetik zuzuordnen sind, sind doch viele Produkte unterhalb des Minimalbestellwertes von Fr. 150.- bzw. 250.-, weshalb dann insbesondere kleinere Händler und damit allenfalls auch Endkunden unter Umständen gezwungen sind, mehr als notwendig zu bestellen. Neben den kleineren Händlern dürften insbesondere auch Endkunden von dieser Klausel stärker betroffen sein. Bei grösseren Händlern ist demgegenüber davon auszugehen, dass diese ohnehin grössere Produktpaletten bestellen und demnach der Mindestbestellwert erfüllt sein dürfte. Die AGB betreffen daher insoweit nicht nur den eigenständigen Wettbewerbsparameter Geschäftskonditionen, sondern wirken sich - wenn auch nicht sehr intensiv - auch auf den Wettbewerbsparameter Menge aus. Aufgrund grösserer Bestellmengen erhöhen diejenigen ASCOPA-Mitglieder, welche diese AGB-Klausel verwenden, ihren Umsatz und machen durch weniger Transaktionsaufwand pro Produkt mehr Gewinn. Das wiederum wirkt sich - wenn auch nicht ausgeprägt - auf die Preisfestsetzung der Händler

gegenüber den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten aus. Der Beschwerdeführerin ist indessen insoweit beizupflichten, dass keineswegs klar erscheint, ob der Empfehlung betreffend Mindestbestellwert allein eine hinreichende Bedeutung zukommt, um als Element der qualitativen Erheblichkeit ins Gewicht zu fallen. Dies kann indessen mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

ii. Die Vorgaben zu den Lieferkosten in den AGB

**9.4.2.4.2** Der Lieferungswert, ab welchem die Lieferkosten durch den Absender franko übernommen werden, hat in der ganzen Zeitspanne Fr. 500.- betragen. Unter dem Lieferungswert von Fr. 500.- hat die Pauschalbeteiligung an den Lieferkosten im Jahr 2000 Fr. 8.- betragen und in den Jahren 2001-2007 Fr. 12.-. Für Expresssendungen haben die AGB im Jahr 2000 Kosten von Fr. 12.- vorgesehen, ab dem Jahr 2001 sei der Beitrag für Expresssendungen auf Fr. 15.- pro Expressendung und pro Paket angestiegen (angefochtene Verfügung Rz. 228 b; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

**9.4.2.4.3** Die empfohlenen AGB statuierten für den ganzen Zeitraum einen Lieferungswert von Fr. 500.- für die Tragung der Lieferkosten durch den Absender. Dies setzt bei den Händlern - weniger demgegenüber wohl bei den Endkunden - den Anreiz, über diesem (im Ergebnis einer Mindestbestellmenge ähnlichen) Wert einzukaufen. Demzufolge wird die Einkaufsmenge beeinflusst; es wird sozusagen mehr eingekauft als - jedenfalls kurzfristig - benötigt, was nebst dem Wettbewerbsparameter Geschäftskonditionen in der besonderen Form der Lieferbedingungen (vgl. auch Beschwerde Rz. 71) auch den Wettbewerbsparameter Menge beeinflusst. Ebenfalls könnte der Frankowert beim Retailer den Anreiz setzen, die Lieferkosten auf den Endkundenpreis in einer Weise zu überwälzen, dass allenfalls vom Händler zu tragende Lieferkosten nicht von seiner Marge abgehen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass von den Lieferbedingungen in den AGB-Empfehlungen zwar primär die Geschäftskonditionen, aber in gewissem Umfang auch die Wettbewerbsparameter Menge und Preis betroffen sind. Ob dieser Klausel allein im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung genügend Bedeutung beigemessen werden könnte, kann indessen mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

iii. Die Bedingungen zu den Rücksendungen in den AGB

**9.4.2.4.4** Hinsichtlich der Rücksendungen hält die Vorinstanz fest, dass jede fakturierte Ware als verkauft galt und normalerweise nicht zurückgenommen werden konnte. Nur wenn ausnahmsweise im Voraus mit dem Lieferanten eine Vereinbarung getroffen wurde, die Ware in gutem Zustand war und keine zusätzlichen Etiketten angebracht waren, konnte die Ware zurückgenommen werden. Hierzu würden folgende Bedingungen gelten: Bis zu einem Monat könnten die Waren ohne Abzug entgegengenommen werden. Von ein bis sechs Monaten würden 20 % Abzug verlangt; von 6 Monaten bis ein Jahr würde ein Abzug von 30 % gefordert und nach dieser Frist sollte gar keine Ware mehr zurückgenommen werden (angefochtene Verfügung Rz. 228 c; act. 2, Beilagen G1-

G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

**9.4.2.4.5** Die mit erhöhten Anforderungen verbundenen Rücksendevorgaben in den AGB beeinträchtigen eine flexible Lagerhaltung der Produkte seitens der Händler. Nicht weiter einzugehen ist vorliegend auf den Umstand, dass Rz. 96 der Horizontalleitlinien das Abbauen von unnötigen Lagerbeständen als Effizienzgrund beschreibt. Auch wenn unbestrittenermassen keine Mengenabsprache vorliegt, beeinflussen die Rücksendevorgaben in den AGB nebst dem Wettbewerbsparameter Geschäftskonditionen indirekt auch den Wettbewerbsparameter Menge. Auch werden die Händler in Bezug auf die Möglichkeit, flexibel auf Nachfrageschwankungen zu reagieren, eingeschränkt. Das wiederum kann einen Anreiz setzen, dass auch die Händler gegenüber den Endkundinnen und Endkunden weniger kulant sind in Bezug auf den Umtausch von Produkten. Damit wirkt sich diese Klausel einerseits zu Lasten der Retailer, andererseits zu Lasten des Endkunden aus. Dieser Klausel kommt durchaus schon für sich allein eine gewisse Bedeutung zu, wobei auch insoweit offen bleiben kann, ob diese allein aus qualitativer Sicht als erheblich zu beurteilen wäre.

iv. Die Vorgaben zu den Zahlungsbedingungen in den AGB

**9.4.2.4.6** Gemäss den Zahlungsbedingungen sollten die Zahlungen innerhalb von 30 Tagen erfolgen. Diese Klausel blieb durch all die Jahre unverändert (angefochtene Verfügung Rz. 228 d; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

**9.4.2.4.7** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Klausel betreffend die Zahlungsbedingungen die einzige Klausel der AGB-Empfehlungen von ASCOPA sei, welche sie übernommen habe. Eine solche Klausel sei jedoch in der Schweiz üblich. Zudem hätte die Beschwerdeführerin zusätzlich noch auf einen Verzugszins von 1 % pro Monat hingewiesen. Daher hätte sie nicht genau der AGB-Vorgabe betreffend die Zahlungsbedingungen von ASCOPA entsprochen (Beschwerde Rz. 68).

**9.4.2.4.8** Zwar ist der Beschwerdeführerin in der Tat beizupflichten, dass AGB mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen in der Schweiz üblich sind. Demnach wirkt diese AGB-Klausel auf den ersten Blick nicht bedenklich. Betrachtet man sie jedoch im Kontext mit den anlässlich verschiedener Komitee-Sitzungen gemachten Aussagen, stellt dies diese AGB-Klausel in ein anderes Licht. Anhand der Protokolle der Komitee-Sitzungen ist ersichtlich, dass das Komitee Coop Aargau keine speziellen Preisnachlässe von 0.5 % Rabatt auf alle Rechnungen gewähren wollte (act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Zudem verweigerte das Komitee Manor "très vivement" einen gewünschten Diskont bei einer Bezahlung innerhalb von dreissig Tagen (act. 234, Komitee-Sitzung vom 7. Oktober 2003, S. 2; angefochtene Verfügung Rz. 233). Im Fall vom Manor wollte das Komitee sogar, dass jedes ASCOPA-Mitglied einen Brief an Manor senden sollte, indem es den verlangten Skontosatz ablehnte (act. 234, Komitee-Sitzung vom 4. Dezember 2003, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Demnach ist ersichtlich, dass diese ASCOPA-Klausel für Händler die Möglichkeit, einen

Diskont auszuhandeln, zumindest erschwerte, da diese Klausel auch so zu verstehen war, dass sie auch in Bezug auf einen Diskont nicht (durch Individualabrede) abänderlich war. Die Händler sollten also alle dieselben Zahlungsbedingungen haben und insbesondere keinen Wettbewerb über Diskonte führen. Dies wirkt sich neben den Geschäftskonditionen auch auf den Wettbewerbsparameter Preis aus. Demnach ist der Beschwerdeführerin zwar beizupflichten, wenn sie sagt, dass der empfohlenen Klausel an sich aufgrund ihrer Geschäftsüblichkeit kaum die im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfende Bedeutung zukommt. Aufgrund des Verhaltens der ASCOPA-Mitglieder und insbesondere der Mitglieder des Komitees, wozu auch die Beschwerdeführerin zählt, reduziert die Kombination von Empfehlungen und einschlägigen Komitee-Beschlüssen die Möglichkeit der Händler, von den empfohlenen AGB abweichende individuelle Kondition auszuhandeln. Darauf wird sogleich mit Blick auf die AGB-Klauseln als Gesamtsystem zurückzukommen sein. Auf die Rüge zum Verzugszins von einem Prozent ist weiter unten im Kontext mit dem Befolungsgrad (vgl. E. 9.3 hier- vor) und der Umsetzung der Abrede (vgl. E. 9.3.3.4 in fine hier- vor) einzugehen.

v. Die AGB-Klauseln als Gesamtsystem

**9.4.2.4.9** Nach dem Gesagten beziehen sich alle der zu beurteilenden AGB-Klauseln jedenfalls auf Wettbewerbsparameter, oft auch auf mehrere. Ob jede einzelne dieser Klauseln bzw. die entsprechende Empfehlung separat beurteilt aufgrund ihrer Bedeutung für die in Frage stehenden Wettbewerbsparameter in Bezug auf die qualitativen Elemente das erforderliche Gewicht zukommen würde, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Wie in Bezug auf die Beurteilung des selbständigen Informationsaustauschs aus qualitativer Sicht (vgl. dazu E. 6.4 hier- vor) gilt auch vorliegend, dass die AGB-Klauseln nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den anderen Elementen des in Frage stehenden Verhaltens, insbesondere den anderen AGB-Klauseln, zu betrachten sind. Aus qualitativer Sicht als erheblich erweisen sich diese Klauseln jedenfalls im in Erwägung 9.4.3 beschriebenen Gesamtkontext. Es geht demnach um AGB-Klauseln mit der Empfehlung, diese zu verwenden, in Verbindung mit einem unselbständigen Informationsaustausch, indem die ASCOPA-Mitglieder mit den Bruttopreislisten auch ihre aktuellen AGB ausgetauscht haben. Dies schafft Anreize im Sinne einer aus Sicht des Wettbewerbs unerwünschten Marktberuhigung. Die Dynamiken im Marktprozess können sich entsprechend verlangsamten (vgl. zur Dynamik als insoweit massgebendem Gerichtspunkt E. 6.4.2.4.27 hier- vor sowie SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, in: sic! 2016, S. 319 ff., insb. S. 327). Das gilt vor allem in Kombination mit dem Wissen darum, dass bei Bedarf - wie die Praxis zeigt - auch ASCOPA-Komitee-Beschlüsse erwirkt werden konnten, welche den ASCOPA-Mitgliedern in den Verhandlungen gegenüber den Händlern den Rücken stärkten (vgl. dazu E. 7.1.4.4.2 hier- vor). Schon allein die Möglichkeit bzw. das Erfahrungswissen in Bezug auf derartige Beschlüsse führt dazu, dass die ASCOPA-Mitglieder - nicht nur aufgrund der Übernahme empfohlener AGB - weniger Anreiz verspüren, den Händlern in Bezug auf die Geschäftskonditionen entgegenzukommen.

**9.4.2.4.10** Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass sie selbst nur einen Punkt der AGB, nämlich denjenigen betreffend die Zahlungsbedingungen, in veränderter Form übernommen hat (vgl. E. 9.3.2 hier- vor), ändert das nichts an ihrer Beteiligung an der Ausarbeitung der Empfehlungen als Mitglied des Komitees (vgl. E. 9.3.3.4 hier- vor). Es ist davon auszugehen, dass die empfohlenen AGB in der Tendenz vor allem den kleineren ASCOPA-Mitgliedern zugute kamen, während die Beschwerdeführerin im Verkehr mit den Händlern ihren AGB aufgrund ihres Marktanteils (in Verbindung mit der Markenbindung der Konsumentinnen und Konsumenten) im Zweifel auch ohne Hilfe von ASCOPA Nachachtung verschaffen konnte.

### **9.4.3 Fazit zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit**

**9.4.3.1** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, welche die Bedeutung der vorliegenden AGB-Empfehlungen für die betroffenen Wettbewerbsparameter infrage stellt, jedenfalls in Bezug auf das Gesamtsystem der Empfehlungen nicht durchdringt. Damit fallen die AGB-Empfehlungen jedenfalls in ihrem Gesamtkontext in einer Weise ins Gewicht, die aus qualitativer Sicht Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG indiziert.

## **9.5 Die quantitativen Elemente der Erheblichkeit**

Die Erheblichkeitsprüfung aus quantitativer Sicht ist eine auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 "Gaba"; Urteil des BVerG B-3938/2013 E. 16.1 "Dargaud [Suisse] SA"; Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 1532). Zu beantworten ist die Frage, wie umfassend der Markt von einer Wettbewerbsabrede tangiert ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 230). Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. "Buchpreisbindung I"; Urteil des BVerG 2C\_113/2017 E. 7.3.3 "Hallenstadion-Ticketcorner"; vgl. E. 6.3.3.3.6 und 6.5.1.1 hier- vor). An der Abrede betreffend die Beschlüsse zu den AGB-Empfehlungen beteiligt sind - wie auch in Bezug auf den Informationsaustausch - alle ASCOPA-Mitglieder. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur Abredequalität, insbesondere den einstimmigen GV-Beschluss vom 9. Mai 2001 (vgl. E. 7.1.4.3 hier- vor) zur Annahme der AGB-Empfehlungen verwiesen werden. Demnach können die Prüfungsergebnisse zur Erheblichkeit des selbständigen Informationsaustauschs aus quantitativer Sicht (vgl. E. 6.5 hier- vor) auch für die Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit der AGB-Klauseln miteinbezogen werden. Das gilt insbesondere auch für die Ausführungen zum Beweismass in Bezug auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit (vgl. E. 6.5.2 hier- vor). Im Kontext mit dieser Prüfung wird demnach im Folgenden nur auf Aspekte eingegangen, welche AGB-spezifisch sind (vgl. den Aussen- und den Innenwettbewerb in E. 9.5.1, die Stellung der Marktgegenseite in E. 9.5.2; vgl. auch E. 9.3 hier- vor zum Befolungsgrad).

### **9.5.1 Aussen- und Innenwettbewerb**

Da die AGB-Empfehlungen denselben Markt wie beim selbständigen Informationsaustausch betreffen (vgl. E. 8),



kann auf die gemachten Ausführungen zum Aussenwettbewerb (vgl. E. 6.5.4), zum aktuellen (E. 6.5.4.1) und potenziellen Wettbewerb verwiesen werden (vgl. E. 6.5.4.5 hiervor).

In Bezug auf den Innenwettbewerb rügt die Beschwerdeführerin, dass der Wettbewerb auch aufgrund Qualität, Werbung, Service, Forschung und Entwicklung, Marketing und Produkteinführung spielen könne. Die empfohlenen Verkaufsbedingungen von ASCOPA hätten auf alle diese wichtigen Wettbewerbsparameter keinen Einfluss gehabt (Beschwerde Rz. 134). Es kann hierzu im Wesentlichen auf die Erwägungen zum Innenwettbewerb in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch verwiesen werden (vgl. E. 6.5.5 hiervor). In diesem Zusammenhang hat das Gericht namentlich festgehalten, dass das Marketing im Prestige- bzw. Luxuskosmetikbereich wichtiger ist als die Innovation (vgl. E. 6.5.6.2.2-6.5.6.2.4 hiervor). Diese Feststellung reduziert auch die Bedeutung der Produktqualität (vgl. E. 6.5.6.2.6 hiervor). In Bezug auf den Service hat das Gericht insbesondere ausgeführt, dass die stagnierenden Marktanteile zum Schluss führen, dass auch der Service keinen hinreichenden Innenwettbewerb hat erzeugen können (vgl. E. 6.5.6.2.7 hiervor). In Bezug auf die Werbung ist festzuhalten, dass diese vom Informationsaustausch erfasst war, was der Wettbewerbsdynamik jedenfalls nicht förderlich war.

Auf die Aspekte der Forschung und Entwicklung wird im Kontext mit den Rechtfertigungsgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG in Erwägung 9.7.4.3 zurückzukommen sein. Des Weiteren kann auf die Erwägungen zum Innenwettbewerb in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch verwiesen werden (vgl. E. 6.5.5). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Innenwettbewerb als nicht genügend intensiv beurteilt werden kann, um gestützt auf diesen die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage zu stellen.

### **9.5.2 Stellung der Marktgegenseite**

**9.5.2.1** Kann die Marktgegenseite Druck auf die an der Abrede Beteiligten ausüben, so spricht dies aus quantitativer Sicht gegen die Erheblichkeit (vgl. mutatis mutandis Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 218 ff. "Hallenstadion-Ticketcorner"; BORER, Art. 5 N 24; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 241; vgl. E. 6.5.5 hiervor). Bei der Marktgegenseite geht es vorliegend um die Händler bzw. um die Retailer. Im Hinblick auf den selbständigen Informationsaustausch (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) hat das Gericht festgehalten, dass die Retailer zwar über eine gewisse Marktmacht verfügen, aber sich im Rahmen der Preisfestsetzung durchaus an den Bruttopreisen als Verhandlungsgrundlage orientiert haben (E. 6.5.5.3.1 f. hiervor). Damit war ihre Stellung betreffend den selbständigen Informationsaustausch nicht so ausgeprägt, dass sie Druck auf die ASCOPA-Mitglieder hätten ausüben können. Ausserdem ist die Stellung der Retailer auf dem Markt durch die Beziehungen mit den Endkonsumenten geprägt, da in Bezug auf die Endkonsumenten eine gewisse Markenbindung festzustellen ist (E. 5.3.1.4.1 ff.), was die Stellung der Retailer gegenüber den ASCOPA-Mitgliedern ebenfalls nicht stärkt.

**9.5.2.2** Ergänzend ist im vorliegenden Zusammenhang festzuhalten, dass die an die ASCOPA-Mitglieder

gerichteten AGB-Empfehlungen zwar das Verhalten derselben gegenüber den Händlern zum Gegenstand haben, aber indirekt auch die Endkunden betroffen sind, sofern Letztere ihrerseits in Bezug auf Bestellungen eingeschränkt sein können oder allfällige Risiken an diese überwältigt werden. Auch diesbezüglich ist relevant, dass eine gewisse Markenbindung der Konsumentinnen und Konsumenten besteht, die sie daran hindert, leichthin zu einem anderen Produkt zu greifen, auch wenn ihnen die mit unvorteilhaften AGB verbundenen Nachteile überwältigt werden. Zudem ist nicht zu vernachlässigen, dass innerhalb einer Marke dieselben AGB verwendet wurden (vgl. angefochtene Verfügung Anhang II). Daher haben verschiedene Retailer, welche Produkte derselben Marke verkaufen, insoweit kaum die Möglichkeit, sich in einem Wettbewerb um bessere allgemeine Geschäftsbedingungen in Bezug auf eine Marke zu positionieren. Dies wird durch Aussagen anlässlich von Komitee-Sitzungen unterstrichen: So bestand im ASCOPA-Komitee ein erheblicher Widerstand gegenüber "Sonderwünschen" von Händlern bezüglich individualisierter AGB (E. 7.1.4.4.2 und E. 9.4.2.4.9 hiervor; angefochtene Verfügung Rz. 233; act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 3; act. 234, Komitee-Sitzung vom 18. September 2002, S. 3; act. 234, Komitee-Sitzung vom 7. Oktober 2003, S. 2; act. 234, Komitee-Sitzung vom 4. Dezember 2003, S. 3). Daher ist ersichtlich, dass die AGB-Empfehlungen die Stellung der Marktgegenseite - das sind die Retailer - in nicht unbedeutendem Umfang schwächen. Damit ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen zum Informationsaustausch (vgl. E. 6.5.4.6 hiervor) und diese zugleich ergänzend festzuhalten, dass die Marktgegenseite nicht eine genügend starke Stellung inne hat, um den ungenügenden Aussenwettbewerb in einer Weise zu kompensieren, welche die quantitativen Elemente der Erheblichkeit hinreichend zu relativieren vermöchte.

### **9.5.3 Zwischenfazit**

Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der gemachten Ausführungen einerseits wie in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch auch im vorliegenden Zusammenhang, dass der Aussenwettbewerb nicht hinreichend ist, um aus quantitativer Sicht die Erheblichkeit in Frage zu stellen. Dasselbe gilt auch für den Innenwettbewerb (vgl. E. 9.5.1 hiervor). Vor allem kommt auch der Marktgegenseite keine hinreichend disziplinierende Wirkung zu, welche den nicht genügend intensiven Aussen- und Innenwettbewerb allenfalls kompensieren könnte (vgl. E. 9.5.2 hiervor).

### **9.6 Zwischenfazit zur Erheblichkeit**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die AGB-Empfehlungen in Gesamtwürdigung der qualitativen und quantitativen Elemente nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich sind. Insbesondere aufgrund eines Befolgungsgrades von durchschnittlich ca. 40 % in Verbindung mit dem unselbständigen Informationsaustausch und der Praxis des ASCOPA-Vorstands betreffend Konditionen gegenüber den Händlern sind die AGB-Empfehlungen jedenfalls nicht als Bagatelle zu werten. Damit kann offen bleiben, welche Bedeutung dem Befolgungsgrad im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG zukommt und in welchem Zusammenhang dieser zu prüfen ist. Demnach ist im Folgenden auf die Frage

einzugehen, ob allfällige Rechtfertigungsgründe die AGB-Empfehlungen rechtfertigen können.

## 9.7 Rechtfertigungsgründe

**9.7.1** Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, unzulässig. Unzulässig ist also nicht schon die erhebliche, sondern nur die Abrede, die sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (BGE 147 II 72 E. 6.1 "Pfizer II"; BGE 143 II 297 E. 5.3.1 "Gaba"; vgl. zum Ganzen E. 6.6.1.1 hiervor).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (Bst. a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (Bst. b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Die Vorinstanz hat zwar die Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) zum selbständigen Informationsaustausch geprüft (angefochtene Verfügung Rz. 794-817), nicht aber die Rechtfertigungsgründe zu den AGB-Empfehlungen, wie sie auch die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG in Bezug auf die AGB-Empfehlungen nicht geprüft hat.

Die Beschwerdeführerin bezieht sich auch in ihren Eingaben nur auf die Rechtfertigungsgründe zum allgemeinen Informationsaustausch (vgl. Beschwerde Rz. 136 ff.), nicht aber auf solche zu den AGB-Empfehlungen.

### 9.7.2 Grundlagen

**9.7.2.1** Im Kartellverwaltungsverfahren gilt auch bei den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG der Untersuchungsgrundsatz. Die Rechtsanwendungsbehörde hat den massgebenden Sachverhalt - auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen - von Amtes wegen abzuklären (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG; BGE 144 II 246 E. 13.4.2 "Altimum"; BGer 2A.430/2006 E.10.2 "Buchpreisbindung II"; Urteil des BVGer B-846/2015 "Pfizer [Viagra]" E. 10.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch RICHLI, in: SIWR V/2, S. 460; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 632; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 88a; ESTERMANN, AJP 2018, S. 530; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, Diss., S. 437; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 361 f.; vgl. zum Ganzen E. 6.6.2.3 hiervor). Die Behörde hat demnach auch entlastende Elemente von Amtes wegen zu prüfen (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269).

**9.7.2.2** Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden zur Abklärung des Sachverhaltes steht eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber (Art. 13 VwVG; BGE 144 II 246 E. 13.4.2 "Altimum"; vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer "Buchpreisbindung II" 2A.430/2006 E. 10.2; Urteil des BVGer 3938/2013 E. 17.4.1 "Dargaud [Suisse] SA"; GIGER, dRSK, Rechtfertigung, Rz. 11). Diese erklärt sich auch durch die

Beweisnähe in Bezug auf die von den Unternehmen verfolgten Effizienzziele (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269). Beweislosigkeit wirkt sich zum Nachteil der Beschwerdeführer aus (Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 "Buchpreisbindung II"; RICHLI, in: SIWR V/2, S. 454; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 13 VwVG N 6, 10; vgl. dazu E. 6.6.2.3 hiervor; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit; S. 362). Sind die Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG weder durch die Wettbewerbsbehörde noch durch die Parteien erstellt, bleibt es dabei, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt (Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 "Buchpreisbindung II"; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit; S. 361 f.). So wurden im Bundesgerichtsentscheid "Altimum" die Rechtfertigungsgründe verneint, da die Beschwerdegegnerin trotz mehrfacher Nachfrage nicht erläutern konnte, wie ein Zusammenhang zwischen Mindestpreisvorgabe und der Qualitätsverbesserung der Produkte bestehen könne (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 "Altimum"; GIGER, dRSK, Rechtfertigung, Rz. 11).

**9.7.2.3** Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sind gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 35 Abs. 1 VwVG zu begründen (E. 3.2.3 und E. 9.1 hiervor; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: VwVG-Kommentar, Art. 35 VwVG N 5). Es müssen zumindest kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; BGE 134 I 83 E. 4.1).

### 9.7.3 Würdigung

**9.7.3.1** Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die angefochtene Verfügung in Bezug auf die AGB-Empfehlungen keinerlei Begründung zu den Rechtfertigungsgründen enthält. Auch wenn die Vorinstanz der Meinung gewesen wäre, dass mangels entsprechender Ausführungen der Parteien nicht auf die Rechtfertigungsgründe einzugehen sei, hätte zumindest diese Feststellung begründungsweise Eingang in die angefochtene Verfügung finden müssen. Richtig ist aber auch, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715) in Bezug auf die AGB keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht hat. Auch die Beschwerdeschrift enthält - im Unterschied zur Argumentation betreffend den Informationsaustausch (Beschwerde Rz. 136 ff.) - keine Ausführungen betreffend die Rechtfertigung der AGB-Empfehlungen. Auch im Verlauf des Schriftenwechsels ist die Begründung diesbezüglich nicht ergänzt worden. Dies gilt auch für die Phase nach Ergehen des bundesgerichtlichen Urteils in Sachen "Gaba" (BGE 143 II 297). Die Parteien haben zwar erörtert, welche Folgen dieses Urteil in Bezug auf die Prüfung von Auswirkungen des Informationsaustauschs haben könnte, aber keine Ausführungen zur Rechtfertigung der AGB-Empfehlungen gemacht. Namentlich die Beschwerdeführerin hätte sich diesbezüglich äussern können, ohne dass sie hierzu unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs eigens angehalten werden musste (vgl. mutatis mutandis BGE 147 II 72 E. 7.1 "Pfizer"). Vor diesem Hintergrund ist das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht verpflichtet, die Rechtfertigungsgründe zu prüfen.

**9.7.3.2** Dem Bundesverwaltungsgericht kommen indessen volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tat-

sachenfragen zu (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5 f.; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 3.1 "Hallenstadion-Ticketcorner"; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2 "Siegenia-Aubi"). Daher hat es die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln (Urteil des BGer 2C\_1016/2014 E. 2.2 "Siegenia-Aubi"). Mit Blick auf die Verfahrensdauer scheint auch eine diesbezügliche Rückweisung nicht sachgerecht (vgl. mutatis mutandis BGE 147 II 72 E. 7.1 "Pfizer II"). Da die sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz zu den AGB (angefochtene Verfügung Rz. 226-238, Anhang II) vollständig sind (vgl. Erwägung 9.1), rechtfertigt es sich, im Folgenden einige Ausführungen zu möglichen Rechtfertigungsgründen betreffend AGB-Empfehlungen zu machen. In diesem Zusammenhang ist vorab aufzuzeigen, welche Anforderungen an die Prüfung der Rechtfertigungsgründe betreffend die AGB-Empfehlungen zu stellen sind.

**9.7.3.3** Die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung abschliessend (BGE 129 II 18 E. 10.3 "Buchpreisbindung I"; Urteil des BGer 2A.430/2006 E.13.2 "Buchpreisbindung II"), aber bewusst offen formuliert, damit möglichst alle objektiven Effizienzgründe berücksichtigt werden können (BGE 144 II 246 E. 13.2 "Altimum"). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (BGE 147 II 72 E. 7.2 "Pfizer II"; Urteil des BGer 2C\_147/2018 E. 7.2 "Bayer [Schweiz] AG"). Es ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 1 KG die Möglichkeit bietet, die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Verordnungen oder allgemeine Bekanntmachungen zu konkretisieren (ZÄCH, Rz. 503; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE KG, Art. 5 KG N 285; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 2). Damit die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG greifen, müssen drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein: Erstens muss einer der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe bzw. eine der in Art. 6 KG genannten Konkretisierungen vorliegen. Zweitens muss die Abrede notwendig sein und drittens darf sie keine Möglichkeit bieten, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (BGE 143 II 297 E. 7.1 "Gaba"; BGE 144 II 246 E. 13 "Altimum"; vgl. E. 6.6.1.2.3 hiervor).

**9.7.3.4** Des Weiteren kann auf die Ausführungen in Erwägung 6.6 verwiesen werden, wo bereits die Voraussetzungen zu den Rechtfertigungsgründen in Bezug auf den Informationsaustausch aufgezeigt wurden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die "Üblichkeit" von Verhalten für sich alleine kein Rechtfertigungsgrund ist (Urteil des BVer B-3618/2013 E. 409 "Hallenstadion-Ticketcorner", bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 7.4 "Hallenstadion-Ticketcorner").

#### **9.7.4 Prüfung der Rechtfertigungsgründe zu den AGB-Empfehlungen**

Die AGB-Empfehlungen von ASCOPA umfassten Bestimmungen über die Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d). Im Folgenden wird jeder Rechtfertigungsgrund in Bezug auf sämtliche Bestimmungen geprüft.

#### **9.7.4.1 Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (vgl. E. 6.6.3.1.4 hiervor)**

Es ist offensichtlich, dass die vier empfohlenen AGB-Klauseln keine Inhalte haben, welche auf die Verbesserung der von den ASCOPA-Mitgliedern gehandelten Produkte hinzielen. Solche Klauseln müssten beispielsweise Inhalte haben, wie genau mit Kosmetikmitteln umzugehen ist, dass sie eine Qualitätsförderung erfahren. Insbesondere wären in diesem Kontext Angaben zur Lagerung (z.B. eine passende Raumtemperatur für eine spezielle Produktgruppe) denkbar. Ausserdem entstehen durch die Empfehlungen keinerlei Anreize in Bezug auf das Herstellungsverfahren. Demnach greift der Rechtfertigungsgrund zur Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren nicht.

#### **9.7.4.2 Rationellere Nutzung von Ressourcen (vgl. E. 6.6.3.2.3 hiervor)**

Es ist offensichtlich, dass die Zahlungsbedingungen (30 Tage netto) keinen Bezug zum Rechtfertigungsgrund zur rationelleren Nutzung der Ressourcen aufweisen. Dasselbe ist in Bezug auf die AGB-Empfehlung zu den Lieferbedingungen zu sagen. Denn es ist nicht ersichtlich, wie sich Mindestlieferungswerte für die Lieferung franko und Paketpreise im Positiven auf eine rationellere Nutzung von Ressourcen unternehmerischer sowie ökologischer Natur mit Blick auf die Gesamtwirtschaft auswirken können. Ebenfalls gilt das Gesagte für die Vorgaben zu den Mindestbestellkosten. Soweit Transaktionsaufwand reduziert wird, handelt es sich diesbezüglich in erster Linie um eine betriebswirtschaftliche Komponente. Und die Notwendigkeit einer entsprechenden Klausel wäre selbst bei einem volkswirtschaftlichen Gehalt der Frage nach dem Transaktionsaufwand zu verneinen.

Was die AGB-Klausel zu den Rücksendebedingungen betrifft, so ist auf Rz. 96 der Horizontalleitlinien zu verweisen. Die Möglichkeit, unnötige Lagerbestände abzubauen, ist gemäss Rz. 96 der Horizontalleitlinien als Effizienzgrund zu gewichten. Betrachtet man jedoch die AGB-Klausel zu den Rücksendebedingungen, so ist ersichtlich, dass diese Klausel (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 228c) eine flexible Rücksendung erschwert und nicht unterstützend wirkt, um unnötige Lagerbestände abzubauen. Denn nach dieser ASCOPA-AGB-Klausel dürfen Rücksendungen kostenfrei nur in einem Monat erfolgen, wenn dies vorher schriftlich vereinbart wurde. Nach einem Jahr sollten keine Waren mehr zurückgenommen werden.

Demnach greift der Rechtfertigungsgrund zur rationelleren Nutzung von Ressourcen nicht.

#### **9.7.4.3 Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen (vgl. E. 6.6.3.4.3 hiervor)**

Vorliegend ist nicht ersichtlich, wie die AGB-Empfehlungen über die Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen eine Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen anstreben, da diese AGB-Klauseln keine Inhalte haben, welche sich auf kostspielige Entwicklungen, Forschungsk Kooperationen auf die Förderung von beruflichem und technischem Wissen bzw. Know-how-, Franchising- oder Lizenzverträge beziehen. Demnach

greift der Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen nicht.

#### **9.7.4.4 Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten (vgl. E. 6.6.3.3.3 hiervor)**

Alle vier AGB-Empfehlungen (Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen, vgl. angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d) beziehen sich nicht auf den Herstellungsprozess der von ASCOPA gehandelten Produkte, weshalb sich weitere Ausführungen in Bezug auf die Herstellungskosten erübrigen. Vorliegend sind daher die AGB-Klauseln nur in Bezug auf die Vertriebskosten zu prüfen.

Die AGB-Klausel zu den Zahlungsbedingungen wirkt sich nicht auf die Vertriebskosten aus, da es um die Zahlung der Produkte und nicht um deren Vertrieb geht. Namentlich ergeben sich dadurch keine Änderungen in Bezug auf das Vertriebsnetz bzw. die Vertriebsstrukturen. Soweit sich die Empfehlungen betreffend Minimalbestellungen und Lieferkosten positiv auf den Transaktionsaufwand auswirken handelt es sich diesbezüglich in erster Linie um eine betriebswirtschaftliche Komponente. Und die Notwendigkeit einer entsprechenden Klausel wäre selbst bei einem volkswirtschaftlichen Gehalt der Frage nach dem Transaktionsaufwand zu verneinen.

Mit Blick auf die AGB-Klausel zu den Rücksendebedingungen (vgl. dazu auch E. 9.7.4.2 hiervor) ist zu sagen, dass es hierbei nicht um die Senkung von Vertriebskosten geht, wenn den Händlern die Rückgabe der Ware erschwert wird. Auch hier wird kein Anreiz im Sinne eines effizienten Vertriebsnetzes geschaffen. Und auch hier gilt, dass selbst bei einem volkswirtschaftlichen Gehalt der Frage nach präziser kalkulierten Bestellmengen die Notwendigkeit zu verneinen wäre.

Daher greift der Rechtfertigungsgrund zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten nicht.

#### **9.7.4.5 Kalkulationshilfen-Bekanntmachung**

**9.7.4.5.1** Art. 6 Abs. 1 KG bietet die Möglichkeit, die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Verordnungen oder allgemeine Bekanntmachungen zu konkretisieren (ZÄCH, Rz. 503; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 285; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 2). Häufig sind Kalkulationshilfen zugleich Verbandsempfehlungen (BSK KG-NEFF/STEINER, Kalkulationshilfen-BM N 17).

Die Bekanntmachung über den Gebrauch von Kalkulationshilfen (Kalkulationshilfen-BM) hat branchenübergreifenden Charakter und kommt in sämtlichen Wirtschaftssektoren zur Anwendung (GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 119). Art. 2 Kalkulationshilfen-Bekanntmachung definiert Kalkulationshilfen als standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen. Leistungsbeschreibungen oder Katalogisierungen von Leistungen mit Tarifen oder Preisen stellen in der Regel keine Kalkulationshilfen gemäss der Kalkulationshilfen-Bekanntmachung dar, sondern werden dahingehend überprüft, ob es sich um

Preisabreden handelt (GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 123).

Nach Art. 3 Bst. c Kalkulationshilfen-Bekanntmachung lassen sich Abreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe über den Gebrauch von Kalkulationshilfen sowie entsprechende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten die Freiheit zur Bestimmung von Leistungs- oder Lieferkonditionen und Abnehmerpreisen sowie zur Gewährung von Rabatten und anderen Preisabschlägen belassen. Es ist ersichtlich, dass die Effizienzgründe von Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen zur Hauptsache auf dem Austausch von Wissen und methodischen Fähigkeiten beruhen. In diesem Sinne sind Kalkulationshilfen unbedenklich, die rein technische Rechenhilfen darstellen und bspw. auf Verbandsebene sicherstellen sollen, dass die Verbandsmitglieder ihre Kalkulation betriebswirtschaftlich korrekt durchführen (GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 125 f.). Allerdings dürfen die Beteiligten keinem Verbandsdiktat unterworfen werden (Kalkulationshilfen-Bekanntmachungs-Kommentar, RPW 1998/2 S. 351 ff., S. 360 zu Art. 3 lit. c Kalkulationshilfen-BM).

**9.7.4.5.2** Vorliegend ist zunächst festzustellen, dass reine Handelskonditionen für Kalkulationsempfehlungen insofern nicht klassisch sind, als sie kein spezifisches Know-how in Bezug auf die Offertkalkulation branchenweit zugänglich machen (vgl. GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 125 f.). Die vorliegenden AGB-Klauseln haben nicht zum Ziel, dass die ASCOPA-Mitglieder ihre Kalkulation in Bezug auf Lieferkosten, Minimalbestellungen, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen betriebswirtschaftlich korrekt durchführen. Entscheidend ist aber, dass selbst unter der Annahme, dass von einer Kalkulationshilfe auszugehen wäre, im vorliegenden Fall die AGB-Empfehlungen mit einem unselbständigen Informationsaustausch verbunden werden (Anheften der eigenen AGB an den ausgetauschten Bruttopreislisten). Bekanntlich wurden die von den ASCOPA-Mitgliedern verwendeten AGB jeweils den ausgetauschten Bruttoreislisten beigelegt und im Jahr 2003 gab es eine Vergleichsliste der verwendeten AGB (vgl. E. 7.1.4.5 hiervor). In Verbindung mit der Möglichkeit, auch ASCOPA-Komitee-Beschlüsse zu erwirken betreffend die Verteidigung von Konditionen gegenüber Händlern wird der Rahmen der Rechtfertigungsmöglichkeit gestützt auf die Kalkulationshilfen-Bekanntmachung auf jeden Fall gesprengt.

**9.7.4.5.3** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die vier AGB-Klauseln von ASCOPA (Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen, angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d) auch nicht gestützt auf die Kalkulationshilfen-Bekanntmachung nach Art. 5 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. b KG zu rechtfertigen sind.

#### **9.7.4.6 Fazit zu den Rechtfertigungsgründen betreffend die AGB-Empfehlungen**

**9.7.4.6.1** Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vier AGB-Empfehlungen von ASCOPA (Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen, angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d) nicht

aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. b KG zu rechtfertigen sind.

## 10. Gesamtfazit zur kartellrechtlichen Beurteilung

Die materielle Beurteilung hat zunächst ergeben, dass der Informationsaustausch betreffend Bruttopreise, Umsatzdaten und Werbeausgaben als Vereinbarung und damit als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu beurteilen ist (E. 4.4). Dabei handelt es sich um einen selbständigen Informationsaustausch (E. 6.2). In einem nächsten Schritt ist festgestellt worden, dass das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen ist (E. 4.6). Dasselbe gilt für die AGB-Empfehlungen (E. 7.3). Während solche nicht selten in die Nähe einer abgestimmten Verhaltensweise rücken, ist vorliegend von einer Vereinbarung auszugehen, was dazu führt, dass auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG die Frage, ob und in welchem Umfang die Abrede befolgt worden ist, keine Rolle spielt (E. 7.1.4).

Zur Erheblichkeit ist zunächst festgehalten worden, dass in Bezug auf bezweckte Abreden und weiche Kartelle die Erheblichkeitsprüfung keine Prüfung von Auswirkungen umfasst (E. 6.3.3). Betreffend die qualitativen Elemente der Erheblichkeit führt der der Marktabgrenzung (E. 5) zugrunde liegende Grundgedanke, wonach der Luxuskosmetikmarkt in Bezug auf dessen Merkmale anders zu beurteilen ist als der Kosmetikmassenmarkt, im Rahmen der materiellen Prüfung abweichend von der Beurteilung der Vorinstanz zum Schluss, dass dem Preis im Luxuskosmetikmarkt nicht die von der Vorinstanz zugeschriebene Bedeutung zukommt (E. 6.4.2.4). Aus den Aussagen der Händler ergibt sich, dass in ihrer Praxis die Bruttopreise in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Markt in einer Weise relevant sind, die aus qualitativer Sicht für eine Bejahung der Erheblichkeit des selbständigen Informationsaustauschs spricht (E. 6.4.2.4 insb. 6.4.2.4.22 ff.). Dies gilt jedenfalls für die Kombination von Informationsaustausch in Bezug auf Bruttopreislisten und Umsatzdaten (E. 6.4.2.5 und 6.4.2.5.10) und noch ausgeprägter unter Einbezug der Werbeausgaben (E. 6.4.2.6 und 6.4.3). Auch in Bezug auf die AGB-Empfehlungen hat das Gericht festgestellt, dass diese jedenfalls in Kombination aller empfohlenen AGB-Klauseln, dem damit verbundenen unselbständigen Informationsaustausch (Anheften der eigenen AGB an den ausgetauschten Bruttopreislisten) sowie der Möglichkeit, Händleranfragen in Bezug auf die Konditionen im ASCOPA-Vorstand zu diskutieren, aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit indizieren (E. 9.3). Dasselbe gilt auch für die quantitativen Elemente der Erheblichkeit sowohl betreffend den selbständigen Informationsaustausch (Bruttopreise, Umsätze und Werbekosten, vgl. E. 6.5) als auch die AGB-Empfehlungen (E. 9.5). Der Befolgungsgrad führt in Bezug auf die AGB-Empfehlungen ebenfalls nicht zur Qualifikation als Bagatelle im Rahmen der Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG (E. 9.3.3.4). Schliesslich liegen weder in Bezug auf den Informationsaustausch noch in Bezug auf die AGB-Empfehlungen Rechtfertigungsgründe vor (E. 6.6 und E. 9.7). Insgesamt liegt ein Paket von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne eines verpönten Marktberuhigungssystems vor, wobei sowohl der Informationsaustausch (vgl. dazu E. 6.5.8 hiervor) als auch die AGB-Empfehlungen unabhängig voneinander als erheblich zu beurteilen sind.

Damit ist die vorinstanzliche Verfügung in Bezug auf die materiellen Rügen im Ergebnis zu bestätigen.

## 11. Verfahrenskosten im vorinstanzlichen Verfahren

### 11.1 Verfahrenskostenberechnung in der angefochtenen Verfügung

Die Vorinstanz stützte sich in der angefochtenen Verfügung auf die Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 [Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2] und setzte die Gebühr auf insgesamt Fr. 588'414.- fest (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 819 ff., 831). Das Verfahren wurde gegenüber dem Verband ASCOPA (wegen fehlender Qualifikation als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG (vgl. E. 2.2 hiervor) und mangels Qualität als Abredepartner (angefochtene Verfügung Rz. 828 mit Hinweis auf Rz. 387; E. 4.4.3.8.2 hiervor) eingestellt. Ausserdem wurde das Verfahren gegenüber einigen Verfügungsadressaten eingestellt. Vor diesem Hintergrund wurden insgesamt Fr. 4000.- zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden, was einen Endbetrag von Fr. 584'414.- ergab. Dieser Endbetrag wurde dann auf die verbleibenden Verfügungsadressaten - so auch auf die Beschwerdeführerin - im Umfang von je Fr. 21'645.- unter solidarischer Haftung aufgeteilt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c e contrario GebV-KG, Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004, [AllgGebV, SR 172.041.0], angefochtene Verfügung Rz. 819, 824, 826-828, 830, Dispositiv Ziff. 3-5).

Der Zeitaufwand für die vorinstanzliche Untersuchung umfasste nach Angaben der Vorinstanz insgesamt 3126.6 Stunden. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von Fr. 100.- bis 400.-, welcher sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals richtet. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter brachte die Vorinstanz für 271 Stunden einen Ansatz von Fr. 120.- (Praktikanten alter Tarif), für 236.45 Stunden einen Ansatz von Fr. 130.- (Praktikanten neuer Tarif), für 2599.15 Stunden einen Ansatz von Fr. 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter), für 16.50 Stunden einen Ansatz von Fr. 250.- sowie für 5.50 Stunden einen Ansatz von Fr. 290.- zur Anwendung, was eine Gesamtgebühr von Fr. 588'414.- ergab (angefochtene Verfügung Rz. 830 f.).

### 11.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin (Beschwerde)

Die Beschwerdeführerin ist mit der Auferlegung dieser Verfahrenskosten von Fr. 21'645.- unter solidarischer Haftung nicht einverstanden. Einerseits beantragt sie, dass die angefochtene Verfügung, soweit sie von dieser betroffen ist, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz aufgehoben werden soll, da gar keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege (Beschwerde Verfahrensanhträge 1, 3; Verfahrensanhträge Replik, Verfahrensanhträge Stellungnahme zur Duplik, Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018; S. 2). Eventualiter sei die angefochtene Verfügung zumindest in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin zu tragenden Verfahrenskosten (Ziff. 5 des Dispositivs) insoweit aufzuheben, soweit diese auf unnötigerweise verursachten Aufwand der Vorinstanz zurückzuführen

seien (Beschwerde Verfahrens Antrag 2, Beschwerde Rz. 20 Lemma 2, 175 ff.; Verfahrensträge Replik, Replik Rz. 103 ff.; Verfahrensträge Stellungnahme zur Duplik).

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz "unnötigerweise Verfahrensaufwand verursacht", da der Verfügungsantrag I noch von einer harten Kartellabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausgegangen sei und - im Gegensatz zur angefochtenen Verfügung - die Sanktionierung der betroffenen Unternehmen vorgehen habe. Gegen diese offensichtliche rechtliche Fehlbeurteilung hätten sich die ASCOPA-Mitglieder unter grossen Kosten wehren müssen. So hätten die ASCOPA-Mitglieder im Ergebnis die Arbeit des Sekretariates gemacht (Beschwerde Rz. 20; 168, 178). Für den Antragsentwurf II habe das Sekretariat keine neuen Beweise beigezogen, welche es zur Schlussfolgerung geleitet hätten, dass Art. 5 Abs. 3 KG nicht (mehr) auf den Sachverhalt anwendbar wäre. Daher habe der Verfügungsantrag I bloss auf Spekulationen beruht und die hierfür aufgewendete Zeit sei nutzlos. Die damit verursachten Kosten dürften daher nicht den ASCOPA-Mitgliedern auferlegt werden (Beschwerde Rz. 178).

Auch wäre es nach Ansicht der Beschwerdeführerin niemals zu einer Eröffnung der Untersuchung gekommen, wenn die informelle Besprechung, welche von einem leitenden Mitarbeiter des Sekretariates der Vorinstanz vor Eröffnung der Untersuchung am 9. September 2008 durchgeführt wurde, korrekt protokolliert worden wäre. Vielmehr hätte eine einvernehmliche Regelung getroffen werden können (Beschwerde Rz. 20, 177).

Die Kosten der vorinstanzlichen Untersuchung von Fr. 588'414.- würden auf 3126.6 Stunden Arbeitszeit, d.h. rund zwei Mannjahre, umfassen, wobei ein wesentlicher Teil nach Ansicht der Beschwerdeführerin dieser Arbeit unnötigerweise verursacht worden sei. Deshalb dürfen diese Kosten den ASCOPA-Mitgliedern nicht auferlegt werden (Beschwerde Rz. 176). Zudem liege der Beschwerdeführerin kein Dokument vor, welches erlaube, die genaue Einschätzung der Kosten nachzuvollziehen. Das rechtliche Gehör verlange, dass detaillierte Angaben zu den vorinstanzlichen Verfahrenskosten zumindest im Rahmen des Beschwerdeverfahrens offen gelegt werden. Bis zum Vorliegen dieser detaillierten Informationen gehe die Beschwerdeführerin davon aus, dass sich angesichts der konkreten Verfahrensführung eine Reduktion der Verfahrenskosten um mindestens zwei Drittel rechtfertige (Beschwerde, Rz. 180).

### **11.3 Vorbringen der Vorinstanz in der Vernehmlassung**

Den Rügen der Beschwerdeführerin, dass der Verfügungsantrag I unverhältnismässig hohe Kosten verursacht hätte, entgegnet die Vorinstanz, dass der Verfügungsantrag einen Ausfluss des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG darstelle. Die gegenüber dem Verfügungsantrag I abweichende rechtliche Würdigung im Verfügungsantrag II zeige, dass die Vorinstanz die Anliegen der ASCOPA-Mitglieder ernsthaft prüfe. Zudem seien dem zweiten Verfügungsantrag ökonomische Analysen zugrunde gelegen, welche auf Daten beruht hätten, welche erst nach dem Verfügungsantrag I eingefordert worden seien (Vernehmlassung Rz. 70,

angefochtene Verfügung Rz. 272). Ferner sei es der Behörde überlassen, mit welchen Instrumenten sie den Sachverhalt ermittle. Die vorliegende Methode hätte für die ASCOPA-Mitglieder weitaus weniger Kosten als eine Hausdurchsuchung verursacht (Vernehmlassung Rz. 71).

Des Weiteren hätte die Beschwerdeführerin nie eine einvernehmliche Regelung vorgeschlagen. Es sei auch nicht ersichtlich, wie die Vorinstanz durch eine einvernehmliche Regelung von der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen befreit hätte werden können, und wie hierdurch Verfahrenskosten gespart hätten werden können (Vernehmlassung Rz. 69).

Des Weiteren reichte die Vorinstanz als Beilage zu ihrer Vernehmlassung eine Aufstellung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens ein (Vernehmlassung Rz. 73; Beilage 5).

### **11.4 Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Replik**

Dem entgegnet die Beschwerdeführerin in ihrer Replik, dass sich das Sekretariat der Vorinstanz beim Verfügungsantrag I geirrt habe, als es auf eine harte Kartellabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG geschlossen habe; denn der Informationsaustausch sei gar nicht auf zukünftige Preise gerichtet gewesen, da die ASCOPA-Mitglieder ihre Preise frei hätten festsetzen können. Daher seien der Beschwerdeführerin (im Eventualfall, wenn die angefochtene Verfügung nicht aufgehoben wird) zumindest die Arbeiten des Sekretariates vom 24. August 2009 bis zum 27. Mai 2010 (Zeitspanne, in welcher Verfügungsantrag I bearbeitet wurde) nicht in Rechnung zu stellen, da es sich um vermeidbare Zusatzarbeit handle (Replik Rz. 104 mit Fn. 69).

### **11.5 Vorbringen der Vorinstanz (Duplik)**

Die Vorinstanz ist hingegen der Meinung, dass sie ihre Untersuchungen gestützt auf Art. 23 i.V.m. Art 39 KG und Art. 12 VwVG durchgeführt habe und ihre Sachverhaltsabklärungen auf notwendigen Ermittlungen zur Erheblichkeit beruhen. Zudem spreche auch das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz betreffend Kostenfragen einen weiten Ermessensspielraum zu, welchen sie (die Vorinstanz) nicht überschritten habe (Duplik Rz. 88 mit Verweis auf Urteil des BVer B-2977/2007 E. 9 "Publigroupe"). Auch wären die Kosten vom 24. August 2009 bis zum 27. Mai 2010 ohnehin angefallen, da Telefonate, rechtliche Abklärungen etc. durchgeführt worden seien. Gesamthaft gehe es in dieser Zeitspanne um 541.93 Arbeitsstunden, was pro Anzahl Verfahrenskostenbelasteter (das sind 27) rund 20 Arbeitsstunden pro Partei ergebe. Der durchschnittliche Stundenansatz der Vorinstanz hätte in dieser Phase Fr. 186.20 betragen. Der Verfahrenskostenanteil der Beschwerdeführerin betrüge für diese Zeitspanne lediglich Fr. 3'738.30.- (= 20 Std. x Fr. 186.20; Duplik Rz. 89 f.).

### **11.6 Grundlagen**

Gemäss Art. 53 a Abs. 1 Bst. a KG erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26 bis 31 KG. Art. 53a KG wurde mit der KG-Revision im Jahr 2003 in das Gesetz eingefügt, um eine klare gesetzliche Grundlage für Gebühren im Kartell-

verfahren zu schaffen (DIKE-KG, BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 1; BORER, Art. 53a KG, N 2). Gemäss Art. 53a Abs. 2 KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand. Art. 53a Abs. 3 KG enthält ausserdem die Delegationsnorm für die GebV-KG. Gestützt auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung wird das Verursacherprinzip im Rahmen des Auferlegens von Verfahrenskosten durch das Unterliegerprinzip relativiert (BGE 128 II 247 E. 6.2 "BKW"; BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 34).

Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest, was auch gemäss Art. 39 KG für das Kartellrecht bzw. die Wettbewerbsbehörde gilt. Schliesslich hat das Sekretariat der Wettbewerbsbehörde in seinem Aufgabenbereich (Art. 23 KG i.V.m. Art. 39 KG und Art. 12 VwVG) hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsabklärungen auf die Erheblichkeit und Notwendigkeit der Ermittlungen abzustellen. Bei dieser Entscheidung kommt dem Sekretariat ein weites Ermessensspielraum zu. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass sich, wie die Beschwerdeführer behaupten, nicht alle ursprünglichen Vorbehalte gegen die Kartellrechtskonformität bestätigen, dann hat dies in erster Linie auf die Höhe der zu sprechenden Sanktion und weniger auf den Kostenentscheid Einfluss (Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 9 "Publigroupe"). Auch bei Vorliegen einer einvernehmlichen Regelung wird die Gebührenpflicht bejaht (BGE 128 II 247 E. 6.1 f.; DIKE-KG, BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 34 f.; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53a KG N 8; BORER, Art. 53a KG, N3).

## 11.7 Würdigung

**11.7.1** Die Argumentation der Vorinstanz, wonach diese dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 23 KG i.V.m. Art. 39 KG und Art. 12 VwVG) verpflichtet ist und ihr bezüglich der Kostenfestsetzung ein grosser Ermessensspielraum zustehe, ist nicht zu beanstanden. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich im Laufe des Verfahrens nicht alle Vorbehalte bestätigen, was in erster Linie Einfluss auf die Höhe einer allfällig zu sprechenden Sanktion und weniger auf den Kostenentscheid hat (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 9 "Publigroupe"). Durch die Verneinung eines harten Kartells wurde vorliegend von einer Sanktion abgesehen, weshalb auch die Beschwerdeführerin von Sanktionskosten befreit wurde. Nach der Rechtsprechung hat die Beschwerdeführerin demnach keinen Anspruch darauf, dass sich diese Neu beurteilung durch das Sekretariat der Vorinstanz auch auf den vorinstanzlichen Kostenentscheid auswirkt.

Das Bundesgericht hat erkannt, dass einem betroffenen Unternehmen im Rahmen der Einstellung des Verfahrens dann keine Kosten auferlegt werden dürfen, wenn sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verfahren aus besonderen Gründen, beispielsweise gestützt auf Art. 3 KG, als zulässig erweist (BGE 128 II 247 E. 6.2). Diese Rechtslage ist mit einer anderen Subsumtion innerhalb von Art. 5 KG nicht zu vergleichen. Zudem kann im vorliegenden Fall auch keine Rede von einer Verfahrenseinstellung sein. Jedenfalls mit Blick auf Stand der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie den vorinstanzlichen Arbeitsaufwand in der Zeitspanne vom 24. August 2009 bis zum 27. Mai 2010 als überflüssig beurteilt. Damit ist nicht weiter darauf

einzugehen, dass eine entsprechende Reduktion der Kosten ohnehin nur 20 Stunden pro Partei ausmachen würde, was nach Ansicht der Vorinstanz gegen eine Ermessensüberschreitung spricht (vgl. Duplik Rz. 90 f.).

Auch vermag die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass es doch leicht ersichtlich gewesen sei, dass der vorliegende Informationsaustausch nicht auf zukünftige Preise gerichtet gewesen sei, die gemachten Ausführungen nicht zu entkräften. Denn gemäss dem Gesetzestext gibt es neben der direkten Preisabsprache auch die indirekte Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 567; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 378, 403 ff.; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 409 ff.; TUCHSCHMID, AJP 2018 S. 850 f.; vgl. ebenso E. 6.4.2.4.13 hiervor). Die Ermittlung einer indirekten Preisabsprache gestaltet sich viel aufwändiger als die einer direkten Preisabsprache. Daher kann die Beschwerdeführerin nicht mit der Feststellung, dass keine direkte Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vorliegt, auf unnötig verursachten Verfahrensaufwand schliessen, da dem Sekretariat kein Vorwurf gemacht werden kann aus dem Umstand, dass es angesichts des festgestellten Sachverhalts auch das Vorliegen einer indirekten Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG untersucht hat.

Damit kann offen bleiben, welche Bedeutung der Frage zukommt, ob die Vorinstanz für den Verfügungsantrag II neue Beweise erhoben hat (vgl. dazu immerhin die angefochtene Verfügung Rz. 272 ff.; Vernehmlassung Rz. 70).

**11.7.2** Schliesslich irrt sich die Beschwerdeführerin, wenn sie meint, dass sich die unzureichende Dokumentation des Gesprächs mit einem leitenden Mitarbeiter der Vorinstanz vor Untersuchungseröffnung auf die Auferlegung der Verfahrenskosten auswirke. Es kann diesbezüglich auf die verfahrensrechtlichen Ausführungen in Erwägung 3.2.6 verwiesen werden. Das Gericht hat insoweit erkannt, dass die Beschwerdeführerin aus diesem Gespräch bzw. der Art der Protokollierung desselben nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag. Das gilt auch in Bezug auf die Verfahrenskosten. Die Frage, ob es ohne dieses Gespräch zu einer einvernehmlichen Regelung gekommen wäre, ist spekulativ. Damit erweist sich auch diese Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet. Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, ob im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung allenfalls weniger Kosten angefallen wären. Jedenfalls werden auch im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung Kosten erhoben (vgl. DIKE-KG, BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 34 f. und E. 11.6 hiervor in fine).

## 11.8 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, dass die Vorinstanz, indem sie die Verfahrenskosten nicht wegen unnötigem Verfahrensaufwand reduziert habe, den ihr zustehenden Ermessensspielraum überschritten habe, nicht durchdringt. Damit ist die angefochtene Verfügung auch im Kostenpunkt nicht zu beanstanden.

## 12. Verfahrenskosten und Parteientschädigung vor Bundesverwaltungsgericht

Am 6. November 2017 reichte die Beschwerdeführung auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin ihre

Kostennote (nachfolgend: Kostennote) ein. Gesamthaft beantragt die Beschwerdeführerin in ihrer Kostennote eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 420'891.30. In dieser sind Anwaltshonorare von Fr. 222'211.- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer), sechs Rechnungen von RBB-Economics in der Höhe von insgesamt Fr. 187'224.30, Übersetzungskosten in der Höhe von Fr. 6'456.- und die Zurückerstattung des bereits geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 5'000.- enthalten.

Am 4. Dezember 2017 reichte die Vorinstanz ihre Stellungnahme zur Kostennote (nachfolgend: Erste Stellungnahme zur Kostennote) ein. Mit Eingabe vom 18. Januar 2018 reichte die Beschwerdeführerin ihre Standpunkte hierzu ein (nachfolgend: Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote). Dazu nahm die Vorinstanz wiederum am 12. Februar 2018 Stellung (Zweite Stellungnahme zur Kostennote). Auf die Gelegenheit, eine weitere Stellungnahme einzureichen, verzichtete die Beschwerdeführerin.

## 12.1 Verfahrenskosten

### 12.1.1 Grundlagen zur Bemessung der Verfahrenskosten

**12.1.1.1** Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die im Endentscheid auferlegten Kosten müssen betragsmässig nicht dem Kostenvorschuss entsprechen (BVGE 2010/14 E. 8.1.5; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.38).

**12.1.1.2** Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> 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]).

**12.1.1.3** Betreffend die Festsetzung der Spruchgebühr ist zunächst festzustellen, ob es sich um eine Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse handelt. Ist ein Vermögensinteresse zu bejahen, so bemisst sich der Streitwert nach der in Art. 4 VGKE aufgestellten Skala von Fr. 200.- bis 50'000.-. In Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 200.- bis 5'000.- (Art. 3 Bst. b VGKE).

### 12.1.2 Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse

**12.1.2.1** Als nicht vermögensrechtlich sind Streitigkeiten über ideelle Inhalte zu betrachten, über Rechte, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können. Es muss sich um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden sind. Dass die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt aber nicht, um eine Streitsache als nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Ein Vermögensinteresse besteht nicht nur, wenn direkt die Leistung einer bestimmten Geldsumme umstritten ist, sondern schon dann, wenn der Entscheid unmittelbar finanzielle Auswirkungen zeitigt

oder mittelbar ein Streitwert konkret beziffert werden kann; in diesen Fällen werden von den Betroffenen letztlich wirtschaftliche Zwecke verfolgt (BGE 139 II 404 E. 12.1; BGE 135 II 181 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine vermögensrechtliche Streitigkeit liegt somit schon dann vor, wenn mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Es ist nicht notwendig, dass die Anträge die Bezahlung einer Geldsumme zum Gegenstand haben (vgl. BGE 139 II 404 E. 12.1 mit Hinweisen). So hat das Bundesgericht im Bereich der internationalen Amtshilfe in Steuerfragen in Bezug auf die Übermittlung von Informationen an ausländische Steuerbehörden eine vermögensrechtliche Angelegenheit angenommen, da ein Zusammenhang zwischen den zu übermittelnden Informationen und der Steuerschuld der betroffenen Personen besteht (BGE 139 II 404 E. 12.3).

**12.1.2.2** Kartellrechtliche Rechtsmittelentscheide betreffend Sanktionen sind offensichtlich Streitigkeiten mit Vermögensinteresse (vgl. statt vieler B-807/2012 E. 13.2.1 f. "Erne"). Vorliegend waren eine kartellrechtliche Rechtswidrigkeitsfeststellung und Auflagen betreffend das künftige Verhalten unter Androhung indirekter Sanktionen zu beurteilen. Damit ist die Fallkonstellation insofern mit dem vom Bundesgericht beurteilten Amtshilfefall vergleichbar, als es mangels direkter Sanktionen nicht um die Auszahlung einer Geldsumme geht, in Bezug auf welche der Streitwert leicht festzustellen wäre. Jedoch heisst dies nach der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, dass auf eine Streitigkeit ohne Vermögensinteresse geschlossen werden kann. Entscheidend ist vielmehr der mit dem kartellrechtlich relevanten Verhalten verfolgte wirtschaftliche Zweck. Die Beschwerdebegehren hatten nebst der Beseitigung der Rechtswidrigkeitsfeststellung namentlich zum Ziel, jede behördliche Einschränkung in der wirtschaftlichen Betätigung zu verhindern. Daher ist der vorliegende Fall analog zum die Amtshilfe in Steuersachen betreffenden Bundesgerichtsentscheid (BGE 139 II 404 E. 12.1) als eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse zu beurteilen. Die Gerichtsgebühr ist demnach innerhalb des Rahmens von Art. 4 VGKE i.V.m. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG anzusetzen.

### 12.1.3 Kostenfestsetzung und -verlegung

**12.1.3.1** In Bezug auf die Kostenfestsetzung sind die weiteren Kriterien von Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE, wie insbesondere Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, die Art der Prozessführung und die finanzielle Lage der Parteien (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.14, 4.17; BEUSCH, in: VwVG-Kommentar, Art. 63 VwVG N 33 ff., BEUSCH//MOSER/KNEUBÜHLER, ZBI 109/ 2008 S. 29) heranzuziehen.

**12.1.3.2** Angesichts des grossen Aktenumfangs, der aufwändigen Instruktion und des erheblichen Begründungsaufwands in der Hauptsache ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 30'000.- festzusetzen

**12.1.3.3** Die Kostenverlegung hängt jeweils vom Ausmass des Obsiegens bzw. Unterliegens ab, das anhand des gestellten Rechtsbegehrens zu bestimmen ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.43; MICHAEL BEUSCH, in: VwVG-Kommentar, Art. 63 VwVG N 13). Obsiegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten entsprechend dem Anteil am Unterliegen auferlegt (VwVG Praxiskommentar-MAILLARD, Art. 63 VwVG N 14;



VwVG-MICHAEL BEUSCH, in: VwVG-Kommentar, Art. 63 VwVG N 11). Das Bundesgericht schreibt dem Bundesverwaltungsgericht bezüglich der Beurteilung des Verhältnisses zwischen teilweise und vollständigem Obsiegen einen Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.2.2 in fine "Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk").

**12.1.3.4** Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin materiell in allen Punkten. Die Handlungen des Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) sowie die AGB-Empfehlungen werden - wie es die Vorinstanz in Ziffer 1 des Dispositives der angefochtenen Verfügung festgestellt hat - als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG beurteilt. Dem Antrag 1 der Beschwerde, die angefochtene Verfügung sei - soweit sie die Beschwerdeführerin betrifft - aufzuheben, wird nicht stattgegeben. Ausserdem wird dem Antrag 2 der Beschwerde, die von der Beschwerdeführerin zu tragenden vorinstanzlichen Verfahrenskosten insoweit aufzuheben, als diese auf unnötig verursachten Verfahrensaufwand der Vorinstanz zurückzuführen sind, nicht stattgegeben (vgl. E. 11 hiavor). Indessen hat das Bundesverwaltungsgericht namentlich in Bezug auf die Begründungspflicht Mängel der angefochtenen Verfügung festgestellt (vgl. insb. die Erheblichkeitsprüfung zu den AGB-Empfehlungen in E. 9). Die Vorinstanz hat insoweit Kosten verursacht, die nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden dürfen (vgl. B-807/2012 E. 13.2.1 "Erne"). Damit kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht in Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der AGB-Empfehlungen spezifisch gerügt hat (vgl. E. 9.1 in fine hiavor). Was die Kosten der im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens nachgeholten Akteneinsicht betrifft, so ist festzuhalten, dass diese für die Verfahrenskosten vor Bundesverwaltungsgericht nicht von Relevanz sind, da diese Akteneinsicht von der Vorinstanz organisiert und in deren Räumlichkeiten durchgeführt wurde (vgl. zur Parteientschädigung E. 12.2 hiernach). Anschliessend wurde das Akteneinsichtsbegehren zurückgezogen. Damit ist die Heilung der Gehörsverletzung zwar im Beschwerdeverfahren, aber ohne nennenswerten Aufwand des Bundesverwaltungsgerichts erfolgt.

Zusammenfassend rechtfertigt es sich, die der Beschwerdeführerin aufzuerlegende Gerichtsgebühr trotz Unterliegens in Bezug auf die materielle Beurteilung mit Blick auf die teilweise mangelhafte Begründung der angefochtenen Verfügung um Fr. 5'000.- zu ermässigen. Demnach hat die Beschwerdeführerin Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 25'000.- zu tragen. Unter Berücksichtigung des Kostenvorschusses von Fr. 5000.- hat die Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils Fr. 20'000.- zu bezahlen.

## 12.2 Parteientschädigung und Kostennote

**12.2.1** Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG kann das Bundesverwaltungsgericht einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Nach Art. 7 VGKE haben Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.3.1 "Swisscom

Terminierungspreise im Mobilfunk"; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.6). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Zu den Kosten der Vertretung zählt in erster Linie das Anwaltshonorar (Art. 9 Abs. 1 lit. a VGKE), welches sich nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters und nach einem Stundenansatz von mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- berechnet (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE; BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.3.1 "Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk").

**12.2.2** Da die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht unterliegt, ist im Folgenden nur noch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in Bezug auf die in den Räumlichkeiten der Vorinstanz nachgeholte Akteneinsicht am 29. Mai 2012 und damit verbundene Kostenpunkte (RBB-Gutachten und Übersetzungskosten) eine Parteientschädigung und gegebenenfalls Auslagen geltend machen kann, da diese nachgeholte Akteneinsicht als Heilung einer leichten Gehörsverletzung beurteilt wurde (vgl. E. 3.2.4.6 hiavor) und daher trotz materiellen Unterliegens im Kostenpunkt zu berücksichtigen ist. Was als einschlägiger Aufwand anzuerkennen ist, ist zwischen den Parteien umstritten.

### 12.2.3 Im Rahmen der nachgeholten Akteneinsicht entstandener Aufwand

#### 12.2.3.1 Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin

**12.2.3.1.1** Strittig ist, ob das Akteneinsichtsbegehren betreffend die am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren gestellt hätte werden können, da in diesem Fall keine Parteientschädigung hätte ausgerichtet werden müssen (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 7 Lemma 2, S. 4 unten).

**12.2.3.1.2** So legt die Vorinstanz dar, dass sie die Beschwerdeführerin schon im Begleitschreiben zum zweiten Antrag vom 20. Mai 2011 aufgefordert hatte, ein allfälliges Akteneinsichtsgesuch (im vorinstanzlichen Verfahren) jetzt zu stellen (vgl. 3.2.4.5.1 hiavor). Dies habe die Beschwerdeführerin indessen nicht getan, weshalb es sich in der Kostennote betreffend die nachgeholte Akteneinsicht am 29. Mai 2012 um Kosten handle, welche im erstinstanzlichen Verfahren nicht entschädigungsfähig gewesen seien und bei pflichtgemässen Handeln der Beschwerdeführerin nicht entstanden wären (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 7 Lemma 2, S. 4 unten; Zweite Stellungnahme zur Kostennote Rz. 10-12). Daher handle es sich in der Kostennote betreffend die nachgeholte Akteneinsicht am 29. Mai 2012 um unnötige Kosten gemäss Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 VGKE, welche nicht zu erstatten seien (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 7 Lemma 2; Zweite Stellungnahme zur Kostennote Rz. 9 -12).

**12.2.3.1.3** Im Gegensatz dazu will die Beschwerdeführerin die Kosten der nachgeholten Akteneinsicht vom 29. Mai 2012 erstattet haben (vgl. Kostennote Bst. A S. 2; Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote Rz. 6).

### 12.2.3.2 Grundlagen

**12.2.3.2.1** Mangels Gesetzesgrundlage im VwVG bzw. soweit eine spezialgesetzliche Grundlage fehlt, kann in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und damit auch im kartellrechtlichen Verfahren vor der Vorinstanz keine Parteientschädigung gesprochen werden. (BGE 132 II 47 E. 5.2 mit Hinweisen "Swisscom Fixnet AG-ComCom"; VwVG PRAXISKOMMENTAR-MARANTELLI/HUBER, Art. 6 VwVG N 45; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.87).

**12.2.3.2.2** Heilt das Bundesverwaltungsgericht eine vorinstanzliche Gehörsverletzung, ist diesem Umstand im Kostenpunkt Rechnung zu tragen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.114a; PATRICK SUTTER, in: VwVG-Kommentar, Art. 29 VwVG N 26), was auch bei Entschädigungsfolgen angemessen zu beachten ist (BGE 107 Ia 1 E. 1 in fine). So dürfen einer Partei bei einer Heilung des rechtlichen Gehörs keine Kosten auferlegt werden, wenn sie "nur" Verfahrensmängel geltend macht. Macht sie daneben materielle Punkte geltend und unterliegt sie in diesen materiellen Punkten, gilt es, ihr Obsiegen im Punkt des gerügten Verfahrensfehlers (durch Feststellung der Rechtswidrigkeit) zu berücksichtigen (BENJAMIN SCHINDLER, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten: Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht - ein Abschied von der überflüssigen Figur der "Heilung", ZBl 106/2005 S. 193).

**12.2.3.2.3** Auch ist eine Verletzung der Mitwirkungspflichten gemäss Art. 13 VwVG bei der Bemessung der Verfahrenskosten gemäss Art. 63 Abs. 3 VwVG zu berücksichtigen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.123, Rz. 4.52). Dies gilt auch für die Bemessung der Parteientschädigung gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG, da eine Parteientschädigung notwendig sein muss (Art. 7 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 8 Abs. 2 VGKE). Wirkt sich die Mitwirkung zugunsten einer Partei aus, dürfen an die Partei höhere Anforderungen betreffend deren Mitwirkung gestellt werden (vgl. VwVG Praxiskommentar-WALDMANN/OESCHGER, Art. 13 VwVG N 49).

### 12.2.3.3 Würdigung

**12.2.3.3.1** Bereits in Erwägung 3.2.4.6 hat das Gericht festgestellt, dass die Verhaltensweise der Vorinstanz als eine leichte Gehörsverletzung zu werten ist, welche mit der nachgeholten Akteneinsicht vom 29. Mai 2012 geheilt worden ist. Gestützt auf diese Erwägungen hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich Anspruch auf Parteientschädigung.

**12.2.3.3.2** Gleichzeitig stellt sich jedoch die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihren Mitwirkungspflichten ausreichend nachgekommen ist, da eine Verletzung der Mitwirkungspflichten auch bei der Entschädigung eine Rolle spielt. Vorliegend handelt es sich bei den strittigen Akten um die Daten, welche den ökonomischen Analysen zugrunde lagen (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79). Mithilfe dieser Daten wollte die Beschwerdeführerin die ökonomischen Analysen der Vorinstanz zumindest überprüfen bzw. infrage stellen. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht erkannt hat, dass die Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG keiner Auswirkungsanalyse bedarf (vgl. E. 6.3.3 hiervor), ist gleichwohl festzuhalten, dass der Einblick in die fraglichen Daten der Beschwerdeführerin

zumindest mehr ihrer Rechtsauffassung entsprechendes "Argumentationsmaterial" geliefert hätte. Damit hatte sie insoweit jedenfalls Anspruch auf Akteneinsicht. Zugleich hätte sich eine frühere Mitwirkung der Beschwerdeführerin im Sinne eines Nachhakens vor Ergehen der angefochtenen Verfügung zu ihren Gunsten ausgewirkt. Daher ist die Beschwerdeführerin, da sie ihr Akteneinsichtsbegehren nicht in den Verfahrensanträgen ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 in Antragsform, sondern diese Anträge lediglich im Rahmen der Begründung gestellt hatte (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) und nach dem Untätigbleiben der Vorinstanz auch nicht nachgefragt hat, ihrer Mitwirkungspflicht nicht ausreichend nachgekommen. Indessen ist auch das Verhalten der Vorinstanz insofern beanstandet worden, als das Begleitschreiben zum zweiten Antrag vom 20. Mai 2011 (vgl. E. 3.2.4.5.1 hiervor) keine Klausel enthielt, wonach Stillschweigen als Verzicht auf eine weitergehende Akteneinsicht gelte. Dies wiederum hat unter Berücksichtigung der weiteren Kommunikation zwischen der Parteien zur Folge, dass die Vorinstanz nicht von einem stillschweigenden Verzicht auf Akteneinsicht ausgehen durfte (vgl. E. 3.2.4.6 hiervor).

**12.2.3.3.3** Aufgrund der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin eine Entschädigung zuzusprechen ist, welche jedoch - da die Beschwerdeführerin auch ihren Mitwirkungspflichten gemäss Art. 13 VwVG nicht ausreichend nachgekommen ist - um die Hälfte zu reduzieren ist.

### 12.2.3.4 Berechnungsweise und Vorgehen

**12.2.3.4.1** Die Beschwerdeführerin nennt keinen konkreten Betrag in Bezug auf die Parteientschädigung der am 29. Mai 2012 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz nachgeholten Akteneinsicht, weshalb all ihre Begehren (Anwaltshonorare, RBB-Gutachten und Übersetzungskosten) mit Blick auf die am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht zu würdigen sind. In Erwägung 12.2.3.5 wird in diesem Sinne auf die geltend gemachten Anwaltshonorare eingegangen. In Erwägung 12.2.3.6 wird geprüft, ob die Beschwerdeführerin in Bezug auf die nachgeholte Akteneinsicht eine Entschädigung für die gutachterliche Tätigkeit von RBB und das Erstellen von Auslagen fordern kann. Auch die Mitarbeiter von RBB Economics begleiteten die Rechtsvertreter am 29. Mai 2012 zur Akteneinsicht und erstellten diesbezüglich einen Bericht. Das RBB-Gutachten vom 27. September 2012 steht ebenfalls im Kontext mit der nachgeholten Akteneinsicht vom 29. Mai 2012 (vgl. Replik Rz. 2). Ausserdem erscheinen Übersetzungskosten in der Kostennote. Es stellt sich auch die Frage, inwiefern diese für die nachgeholte Akteneinsicht von Relevanz sind und ob diese überhaupt zu entschädigen sind (vgl. E. 12.2.3.7 hiernach).

**12.2.3.4.2** Die Kostennote weist zwischen dem 23. März 2012 und dem 20. September 2012 verschiedene Punkte auf, welche einen Bezug zur Akteneinsicht am 29. Mai 2012 aufweisen (vgl. Kostennote S. 2, Beilagen 1a und 1b). Allerdings lässt die Aufstellung betreffend den mit der nachträglich verbundenen Akteneinsicht verbundenen Aufwand die gewünschte Detailliertheit betreffend Zeit- und Kostenangaben vermissen, da jeweils ein summenmässiger Betrag nur pro Datum und pro Person erfolgte,

ohne dass der Aufwand für die Akteneinsicht separat ausgewiesen worden wäre.

### **12.2.3.5 Anwaltshonorare in Bezug auf die Akteneinsicht - Beizug externer Drittbereiter**

**12.2.3.5.1** Das Bundesverwaltungsgericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 1 VGKE). Bei Fehlen einer solchen werden die Kosten aufgrund der Akten festgesetzt (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das gilt auch im vorliegenden Fall insoweit, als der Aufwand für die Akteneinsicht nicht separat ausgewiesen worden ist. Dass beim Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung auf der Basis der in der Kostennote des Prozessvertreters abgerechneten Stunden bemessen wird (Art. 10 und 14 VGKE), heisst aber noch nicht, dass diese unbesehen übernommen werden muss (Urteil des BGer 8C\_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 2.2 mit Hinweisen). Vielmehr ist nur der notwendige Aufwand zu entschädigen (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VGKE; BGE 137 II 199, nicht publizierte Erwägung E. 8.3.4 "Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk"). Ausserdem sind Beratungsdienstleistungen von Anwälten, welche die Parteien nicht vor Gericht vertreten, grundsätzlich nicht zu vergüten (Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 808 "Preispolitik Swisscom ADSL II"). Die urteilende Instanz hat ausgehend von den konkreten Umständen des Einzelfalles und der jeweiligen Prozesslage frei zu würdigen, ob und in welcher Höhe eine Parteientschädigung geschuldet ist (Urteil des BGer 8C\_329/2011 E. 6.1).

Im Folgenden ist nun auf die geltend gemachte Parteientschädigung mit Blick auf die Anwaltskosten betreffend die nachgeholte Akteneinsicht einzugehen.

#### i. Vorbringen der Beschwerdeführerin (Kostennote)

**12.2.3.5.2** In Bezug auf die Anwaltskosten macht die Beschwerdeführerin für die zwei mit der Vollmacht ausgestatteten Anwälte sowie für ihren Rechtskonsulenten einen Stundensatz von Fr. 400.- geltend. Zudem merkt die Beschwerdeführerin an, dass sie ihre in der Kostennote dargelegten Stundenansätze den Vorgaben von 10 Abs. 2 VGKE angepasst habe, da die beiden mit Vollmacht ausgestatteten Anwälte sowie der Rechtskonsulent jeweils höhere Stundenbeträge als die in der VGKE vorgegebenen Fr. 400.- von ihren Klienten einfordern würden (Kostennote S. 3 f.). Ausserdem legt die Beschwerdeführerin mit Hinweis auf das Urteil des BVGer B-7633/2009 "Preispolitik Swisscom ADSL II" (E. 808) Wert darauf, dass die Kosten und Auslagen betreffend den Beizug der zusätzlichen juristischen Berater vom vorliegenden Begehren nicht erfasst werden (Kostennote S. 6).

#### ii. Erste Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote

**12.2.3.5.3** Die Vorinstanz ist mit der Kostennote der Beschwerdeführerin nicht einverstanden. Sie geht davon aus, dass das seitens der Beschwerdeführerin geltend gemachte Honorar nicht notwendige Kosten enthält. Auch wenn die Beschwerdeführerin die Stunden der externen Anwälte selbst nicht in der Kostennote aufgelistet habe, verrechne die Beschwerdeführerin trotzdem die Zeit, in welcher sie selbst externe Beratungsleistungen (z.B. E-Mails, Telefonkonferenzen, studieren der externen Stellungnahmen) in Anspruch genommen habe. Es stehe zwar der Beschwerdeführerin frei, mit externen Beratern

Rücksprache zu nehmen. Jedoch sei diese Zeit als unnötiger Aufwand im Sinne der VGKE zu werten und nicht erstattungsfähig. Da in der vorliegenden Kostennote die einzelnen Arbeitsschritte an den jeweiligen Daten nicht mit einer separierten Zeitangabe aufgeführt wurden, lasse sich die Zeit, in welcher die Beschwerdeführerin Beratungsleistungen von externen Anwälten beansprucht habe, nicht genau eruieren. Die Vorinstanz beantragt, die Stundeneinträge, in welchen externe Anwälte aufgeführt seien, zu streichen (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 5-7).

#### iii. Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote

**12.2.3.5.4** Die Beschwerdeführerin geht demgegenüber davon aus, dass es sachgerecht gewesen sei, Berater externer Kanzleien herbeizuziehen. Der vorliegende Fall betreffe juristisches Neuland, weshalb sich schon aus rechtsvergleichender Sicht der Beizug internationaler Experten aufgedrängt habe. Erstmals sei ein Informationsaustausch im Rahmen eines gewerblichen Verbandes Gegenstand eines kartellrechtlichen Verfahrens in der Schweiz. Die im Verfügungsantrag I angedrohte Sanktion von Fr. 25'449'270.- sei für die Beschwerdeführerin bedrohlich gewesen, weshalb sie die Hilfe von Experten benötigt habe. Ausserdem wäre ohne die externen Berater der Aufwand vor Gericht der beiden mit Vollmacht ausgestatteten Anwälte deutlich höher ausgefallen. Da jedoch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 806 "Preispolitik Swisscom ADSL II") nur Entschädigungen der Anwälte, die gegenüber dem Gericht auftreten, zulässt, habe die Beschwerdeführerin die Stunden, welche diese externen Anwälte selbst arbeiteten, nicht in die Kostennote aufgenommen (Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote Rz. 4 f.).

#### iv. Zweite Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote

**12.2.3.5.5** Diesen Ausführungen entgegnet die Vorinstanz, dass es vorliegend bloss um die Parteientschädigung vor Bundesverwaltungsgericht und nicht um die im Verfügungsantrag I angedrohte Sanktion gehe. Daher könne das Heranziehen von externen Anwälten nicht durch die damals angedrohte, aber nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildenden Sanktion gerechtfertigt werden (Zweite Stellungnahme zur Kostennote Rz. 8).

#### v. Würdigung

**12.2.3.5.6** Vorliegend ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin für denjenigen Aufwand entschädigt werden kann, welchen ihre Rechtsvertretung für den Austausch mit externen Beratern geltend macht. Dies gilt auch für die verschiedenen geltend gemachten Aufwandpositionen in Bezug auf die am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht. Demnach ist zu prüfen, ob der diesbezüglich geltend gemachte Aufwand unverhältnismässig hoch ist, da unnötiger Aufwand gemäss Art. 8 Abs. 2 VGKE nicht entschädigt wird.

**12.2.3.5.7** Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die angefochtene Verfügung keine Sanktion zum Gegenstand hat, was auch für die nachgeholte Akteneinsicht gilt, da das ursprünglich gestellte Akteneinsichtsbegehren (Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli

2011, act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) auf dem Verfügungsantrag II beruhte, welchem keine Sanktion mehr zugrunde lag. Da die Arbeit von Anwälten, welche nicht die Partei im Rahmen des Verfahrens vor Gericht vertreten (Urteil des BVer B-7633/2009 E. 808 "Preispolitik Swisscom ADSL II") bzw. externer Berater nicht zu vergüten ist, könnte sich daraus durchaus ableiten lassen, dass auch die Zeit, in welcher die Rechtsvertreter Leistungen von externen Anwälten beanspruchten (E-Mails, Telefonkonferenzen, studieren der externen Stellungnahmen), nicht zu vergüten ist. Da dieser Aufwand im vorliegenden Kontext, das heisst im Zusammenhang mit der Akteneinsicht, vernachlässigbar klein ist, wird indessen im Rahmen der ermessensweisen Festlegung der Parteientschädigung darauf verzichtet, dafür einen Abzug zu machen.

### **12.2.3.6 Ersatzforderungen für die Kosten der RBB-Gutachten (Parteigutachten)**

**12.2.3.6.1** Die Parteientschädigung umfasst gemäss Art. 8 Abs. 1 VGKE die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei, wobei unnötiger Aufwand nicht entschädigt wird (Art. 8 Abs. 2 VGKE i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE und Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Kosten der Vertretung umfassen gemäss Art. 9 Abs.1 Bst. b VGKE die Auslagen, namentlich die Kosten für das Kopieren von Schriftstücken, die Reise-, Verpflegungs- und Unterkunftskosten, die Porti und die Telefonspesen. Diese Aufzählung in Art. 9 Abs.1 Bst. b VGKE ist nicht abschliessend formuliert. So können auch die Kosten von Parteigutachten Gegenstand der in Art. 9 Abs. 1 Bst. b VGKE genannten Auslagen sein. Entschädigungen von Parteigutachten werden jedoch nur ausnahmsweise gewährt, sofern sie eine wichtige Grundlage für den Entscheid bilden und sich die Arbeit der beigezogenen Fachperson(en) als nützlich erweist (Urteil BGer 2A.191/2005 E. 5.2 m.w.H. "Swisscom Fixnet AG-Gesuch um gemeinsamen Zugang"; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.80; VwVG Praxiskommentar-MAILLARD, Art. 64 VwVG N 39). Zudem muss sich ein Parteigutachten, damit es entschädigt werden kann, mit rechtlich relevanten Fragen auseinandersetzen und es soll nicht auf unnötigen Untersuchungen beruhen (vgl. BGE 115 V 62 E. 5d).

**12.2.3.6.2** Im vorliegenden Fall liegt der Kern der Falllösung in der Marktabgrenzung und in der Dogmatik zur Erheblichkeitsprüfung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Das ist aber nicht der Fokus der im vorliegenden Fall erstatteten Privatgutachten, womit diese schon aufgrund des Beweisthemas nicht zu entschädigen sind. Folgerichtig sind auch der Beizug von Gutachtern im Rahmen der Akteneinsicht und die damit verbundenen Spesen nicht zu entschädigen. Das gilt erst recht für den übrigen Aufwand aufgrund des materiellen Unterliegens der Beschwerdeführerin. Nach dem Gesagten ist auch nicht näher auf den Beweiswert eines Privatgutachtens einzugehen.

### **12.2.3.7 Ersatzforderungen für Übersetzungskosten**

Die Beschwerdeführerin beantragt Übersetzungskosten von Fr. 6456.- (EUR 5255.68), da sie die angefochtene Verfügung ins Englische hätte übersetzen lassen müssen, um den ökonomisch beigezogenen Experten von RBB sowie dem Rechtsdienst der Beschwerdeführerin, welcher in New York domiziliert sei, Aufschluss über den Inhalt der angefochtenen Verfügung zu geben. Zudem sei

die Beschwerdeführerin hundertprozentig in den Konzern von Estée Lauder integriert, wo das Englische Umgangssprache sei. Daher sei es nicht relevant, ob Englisch Amtssprache in der Schweiz sei. Vielmehr handle es sich um notwendige Kosten (Kostennote, S. 6; Standpunkte zur Kostennote Rz. 12). Dazu ist zunächst festzuhalten, dass nach Art. 33a Abs. 1 VwVG das Verfahren in einer der vier Amtssprachen geführt wird. Daraus ergibt sich, dass die Parteien in der Regel keinen Anspruch auf Übersetzung haben (THOMAS PFISTERER, in: VwVG-Kommentar, Art. 33a VwVG N 56). Wie es sich diesbezüglich im vorliegenden Fall verhält, kann indessen offen bleiben, da die Übersetzung in weitaus überwiegendem Umfang der materiellen Beschwerde und nur ganz beiläufig der Klärung der Akteneinsicht gedient hat, womit diesbezüglich kein separates Betreffnis auszuscheiden und der Beschwerdeführerin demnach kein Ersatz für Auslagen zuzusprechen ist.

## **12.3 Fazit**

Vorliegend dringt die Beschwerdeführerin insoweit mit ihren Anträgen auf Kostenerstattung durch, als dass ihr die anwaltlichen Kosten in Bezug auf die in den Räumlichkeiten der Vorinstanz am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht mitsamt Vorbereitungsarbeiten und Auswertung grundsätzlich zu erstatten sind. Nicht zu berücksichtigen sind demgegenüber die weiteren geltend gemachten Kosten. Dies ergibt einen Gesamtbetrag für anwaltlichen Aufwand von Fr. 28'000.- (70 Stunden). Aufgrund der Ausführungen zur Mitwirkungspflicht (vgl. E. 12.2.3.3.2 f. i.V.m. E. 3.2.4.5.1 und 3.2.4.6 hiervor hiervor) ist dieses Betreffnis indessen um die Hälfte zu reduzieren, was ein zu entschädigendes Honorar von Fr. 14'000.- ergibt. Spesen werden keine geltend gemacht.

Der von der Beschwerdeführerin geforderte Mehrwertsteuerzuschlag von 8 % ist der gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE nicht zuzusprechen, da einer Partei nicht Kosten zugesprochen werden, obwohl diese nicht entstehen beziehungsweise diese die betroffene Partei wirtschaftlich nicht belasten, da sie von deren eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer in Abzug gebracht werden können (Urteil des BGer 4A\_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3). Denn vorliegend sind sowohl die beiden vor Bundesverwaltungsgericht auftretenden Rechtsvertreter wie auch die Beschwerdeführerin im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

##### **2.1**

Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

##### **2.2**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 25'000.- auferlegt. Dieser Betrag wird dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 20'000.- ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30

---

Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 14'000.- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF

[Rechtsmittelbelehrung]

---

B 4

**Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

B 4

**1. Urteil vom 14. September 2022 – Sanktionsverfügung, Unterlassungsanordnung, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 9. August 2021 (B-5161/2019)**

*Urteil 2C\_782/2021 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtlichen Abteilung, vom 14. September 2022 in Sachen A. AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen Wettbewerbskommission – Gegenstand Sanktionsverfügung, Unterlassungsanordnung, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 9. August 2021 (B-5161/2019)*

**Sachverhalt:**

**A.**

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission gegen die A. \_\_\_\_\_ AG und mehrere weitere Unternehmen eine Untersuchung im Sinne /von Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) wegen Verdachts auf Wettbewerbsverstösse. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. November 2012 (vgl. BBI 2012 8999).

**A.a.** Das Sekretariat hielt in der Publikation fest, es habe 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 Kenntnis erlangt. Es würden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Abreden über die Koordination von Submissionen und die Aufteilung von Bauprojekten sowie von Kunden unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellten. Die Untersuchung könne auf weitere Unternehmen ausgedehnt werden, die an den beschriebenen Abreden beteiligt gewesen seien.

**A.b.** Am 1. November 2012 reichte die A. \_\_\_\_\_ AG einen Marker für eine Selbstanzeige ein. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilte das Sekretariat der A. \_\_\_\_\_ AG mit, dass deren Selbstanzeige zuerst eingegangen sei und es die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass einer allfälligen Sanktion als gegeben erachte. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 wurde der A. \_\_\_\_\_ AG 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 A. \_\_\_\_\_ AG sei Partei in der Untersuchung "22-0457: Bauleistungen Graubünden".

**A.c.** Im Rahmen der Untersuchungen stellte die WEKO zwei Sachverhaltskomplexe fest, die sie einer rechtlichen Würdigung unterzog: Die A. \_\_\_\_\_ AG habe sich von 2004 bis Mai 2010 mit weiteren Unternehmen an regelmässigen Zuteilungssitzungen zusammengefunden. Dabei habe Konsens bestanden, die in Nord- und Südbünden vom Kanton Graubünden und von dessen Gemeinden vergebenen Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Die Zuteilung sei anhand von Anteilsquoten erfolgt. Die designierte Zuschlagsempfängerin sollte dabei die niedrigste, die übrigen anbietenden Unternehmen höhere Angebotssummen einreichen. Diesen Sachverhalt würdigte die WEKO als unzulässige Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und lit. c KG. Ausserdem habe sich die A. \_\_\_\_\_ AG im Zeitraum von 2006 bis 2012 zusammen mit drei weiteren Unternehmen an regelmässigen "Club Quattro"-Sitzungen über ihre Interessenlage mit Blick auf die im Churer Rheintal vergebenen Hochbauprojekte ausgetauscht und diese Informationen bei der Erstellung der Offerten berücksichtigt. Diesen Sachverhalt würdigte die WEKO als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG.

**B.**

In der Folge erliess die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) der A. \_\_\_\_\_ AG die Sanktion vollständig und verfügte am 19. August 2019 im Verfahren "22-0457: Bauleistungen Graubünden" mit Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5, was folgt:

"1.

Der [...] A. \_\_\_\_\_ 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 [...] A. \_\_\_\_\_ 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 A. \_\_\_\_\_ AG trägt CHF 77 279.

-.]".

Gegen die Verfügung vom 19. August 2019 erhob die A. \_\_\_\_\_ AG am 3. Oktober 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, es seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 in Bezug auf die A. \_\_\_\_\_ AG aufzuheben und es seien die in der Dispositiv-Ziffer 5.7 der A. \_\_\_\_\_ AG auferlegten Verfahrenskosten auf maximal Fr. 67'196.20 zu reduzieren. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 in Bezug auf die A. \_\_\_\_\_ AG in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht eingeschränkt anzuordnen. Die Beschwerdeführerin begründete die Anträge im Wesentlichen damit, die Massnahmen seien unzulässig, unverhältnismässig und würden gegen das Bestimmtheitsgebot sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen. Zudem sei die Kosten zuteilung auf das vorliegende Verfahren unverhältnismässig und der Abzug der vom Staat zu tragenden Kosten zu gering.

Mit Urteil vom 9. August 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

**C.**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. Oktober 2021 gelangt die A. \_\_\_\_\_ AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils vom 9. August 2021 und der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung vom 19. August 2019 in Bezug auf die A. \_\_\_\_\_ AG. Eventualiter sei die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 19. August 2019 in Bezug auf die A. \_\_\_\_\_ AG 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 Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 19. August 2019 in Bezug auf die A. \_\_\_\_\_ AG 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. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur Neu Beurteilung an die WEKO zurückzuweisen.

Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt die WEKO, die Beschwerde sei abzuweisen und die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung vom 19. August 2019 seien in Bezug auf die Beschwerdeführerin zu bestätigen. Die Beschwerdeführerin repliziert mit Eingabe vom 25. November 2021.

**Erwägungen:**

**1.**

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet des Kartellrechts (Art. 83 BGG). Soweit mit der Beschwerde die Aufhebung des Urteils vom 9. August 2021 verlangt wird, richtet sie sich gegen ein verfahrensabschliessendes (Art. 90 BGG) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet hingegen die Verfügung der WEKO vom 19. August 2019. Die Verfügung vom 19. August 2019 ist im Umfang der vorinstanzlich umstrittenen Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5.7 durch das angefochtene Urteil vom 9. August 2021 ersetzt worden (vgl. auch E. 2.2 des angefochtenen Urteils). Die Verfügung gilt in diesem Umfang als mitangefochten (Devolutiveffekt; vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4). Insoweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung vom 19. August 2019 zur Wehr setzt, ist auf die Beschwerde daher nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten, soweit sie sich gegen das Urteil vom 9. August 2021 richtet.

**2.**

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Der Verletzung von Grundrechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106

Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

### 3.

Das Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

**3.1.** Die Umsetzung dieses Zwecks erfolgt durch Regelungen zu Abreden (vgl. Art. 5 KG), zu Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (vgl. Art. 7 KG) sowie zu Unternehmenszusammenschlüssen (vgl. Art. 9 f. KG) und hauptsächlich in der Form des Verwaltungsrechts sowie im Zuge eines Verwaltungsverfahrens (vgl. Urteil 2C\_148/2018 vom 8. Dezember 2021 E. 3.1). Das Kartellrecht als Verwaltungsrecht auferlegt seinen Adressaten zahlreiche Pflichten. Zur Sicherstellung der Erfüllung dieser Pflichten hat der Gesetzgeber präventive und repressive Verwaltungsmassnahmen sowie Verwaltungsanktionen (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG; Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 50 KG), aber auch Strafsanktionen (vgl. Art. 54 f. KG) vorgesehen.

**3.2.** Im zweiten Abschnitt des vierten Kapitels zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens bestimmt Art. 30 Abs. 1 KG (Entscheid), dass die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet.

**3.2.1.** Die Bestimmung von Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahre 1994 zurück (vgl. AS 1996 546 ff., S. 554; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff. [nachfolgend: Botschaft 1994], S. 604 f.; vgl. auch I-ZUMI/KRIMMER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, N. 2 zu Art. 30 KG; DUCREY/CARRON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 1 f. zu Art. 30 KG). Sie blieb seither im Wortlaut unverändert. Sie war insbesondere nicht von der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 betroffen, die am 1. April 2004 in Kraft trat (vgl. AS 2004 1385 ff., S. 1390). Diese Gesetzesrevision führte in Art. 49a Abs. 1 KG die Möglichkeit direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen ein, um die Präventivwirkung des Kartellgesetzes zu erhöhen (vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 ff. [nachfolgend: Botschaft 2001], S. 2023; vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl. 2022, N. 1 ff. zu Art. 49a KG; ROTH/BOVET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 1 ff. zu Art. 49a KG).

**3.2.2.** Vor der Gesetzesrevision im Jahr 2003 konnten die Wettbewerbsbehörden Unternehmen nur verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen. Erst im Wiederholungsfall - mithin bei der Verletzung einer Verfügung der WEKO - waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen zulässig. Diese Regelung gilt heute für alle in Art. 49a Abs. 1 KG nicht genannten Verstösse gegen das Kartellgesetz fort sowie für jene Fälle des Art. 49a Abs. 1 KG, bei denen die Wettbewerbsbehörden in der Sache bereits entschieden haben (vgl. BGE 135 II 60 E. 2.1; Urteil 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 4.3, nicht publ. in: BGE 148 II 25). Im Zuge der Revision wurde neben der Einführung direkter Sanktionen auch Art. 50 KG entsprechend angepasst (vgl. AS 2004 1385 ff., S. 1387 f.; vgl. auch AS 1996 546 ff., S. 559; MOREILLON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 50 KG.).

### 4.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 1 BV, da die angeordneten Massnahmen unzulässig seien und die Vorinstanz diese in Verletzung des Legalitätsprinzips bestätigt habe.

**4.1.** Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die Anordnung von Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG nur in gewissen Situationen zulässig sei. Der Zweck von Art. 30 Abs. 1 KG - nämlich die Durchsetzung des Kartellrechts und die Verhinderung eines wiederholt kartellrechtswidrigen Verhaltens mittels indirekter Sanktionen - erlaube die Anordnung von Massnahmen nur dann, wenn keine direkte Sanktion möglich sei oder das kartellrechtswidrige Verhalten noch andauere. Demnach sei die Anordnung von Massnahmen bei direkt sanktionierbaren Tatbeständen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG lediglich zulässig, um zum Verfügungszeitpunkt andauernde Verstösse zu beseitigen. Bei der Wiederholung von beendetem Verhalten könne und müsse die WEKO dagegen ein neues Verfahren eröffnen und das entsprechende Verhalten direkt sanktionieren. Vorliegend seien diese Voraussetzungen nicht gegeben, da das kartellrechtswidrige Verhalten nicht mehr andauere und der von der Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 19. August 2019 erfasste Tatbestand direkt sanktionierbar sei. Die angeordneten Massnahmen seien mangels gesetzlicher Grundlage deshalb unzulässig.

**4.2.** Die Vorinstanz erwog, für die zu treffenden Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG bestehe ein weiter Ermessensspielraum, was mit der inhaltlich offenen Formulierung der Bestimmung angezeigt werde. Die Bestimmung schränke weder den Inhalt möglicher Massnahmen ein noch werde die Möglichkeit der Anordnung einer Massnahme auf bestimmte Fallkonstellationen beschränkt (vgl. E. 4.2 des angefochtenen Urteils). Nach Auffassung der Vorinstanz kann es im Hinblick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs sachgerecht sein, eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme nach Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden. Massnahmen in Form von Unterlassungsanordnungen könnten, so die Vorinstanz weiter, auch mit dem Zweck angeordnet werden, einer drohenden erneuten Kartellrechtsverletzung vorzubeugen (vgl. E. 4.3 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz hielt zusammen-



fassend fest, eine Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG sei zulässig, wenn ein Wettbewerbsverstoss nicht sanktionierbar sei oder wenn er sanktionierbar sei, aber eine Wiederholungsgefahr bestehe. Eine Massnahme könne - wie vorliegend - auch angeordnet werden, wenn sie an die Stelle einer Sanktion trete und zukunftsgerichtet einen erneuten Verstoss gegen Wettbewerbsrecht verhindern sollte, solange sie erforderlich, verhältnismässig und klar bestimmt sei (vgl. E. 4.5 des angefochtenen Urteils).

**4.3.** Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG, demgemäss die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheidet, inhaltliche Einschränkungen kennt oder durch die Möglichkeit, eine direkte Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG auszusprechen, beschränkt wird.

**4.3.1.** Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Insbesondere bei jüngeren Gesetzen sind auch die Gesetzesmaterialien zu beachten, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Gericht damit weiterhelfen (vgl. BGE 146 II 201 E. 4.1; 144 III 100 E. 5.2; 141 III 155 E. 4.2).

**4.3.2.** Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Kompetenz der WEKO, Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG anzuordnen, sei ein "Überbleibsel" aus der Zeit der indirekten Sanktionen vor dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 (vgl. E. 3.2 hiervor). Zunächst ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG lediglich die Kompetenz der WEKO, auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen zu entscheiden. Eine inhaltliche Einschränkung der möglichen Massnahmen oder eine Beschränkung auf gewisse Konstellationen oder Tatbestände kann der Bestimmung nicht entnommen werden. Auch aus den Materialien lässt sich zur Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG - namentlich zum Verhältnis zu den (später eingeführten) direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG - nichts entnehmen (vgl. Botschaft 2001, S. 2022 ff.; vgl. auch E. 4.2.2 des angefochtenen Urteils). Insbesondere wurde Art. 30 Abs. 1 KG im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 im Gegensatz zu Art. 50 KG nicht angepasst (vgl. E. 3.2.1 und E. 3.2.2 i.f. hiervor; vgl. auch AS 2004 1385 ff., S. 1387 f.). Eine Absicht des Gesetzgebers, die Anordnung von Massnahmen inhaltlich einzuschränken oder auf gewisse Konstellationen zu beschränken, ist weder vor noch nach der Einführung der Möglichkeit, direkte Sanktionen auszusprechen, zu erkennen.

**4.3.3.** Auch aus der systematischen Stellung von Art. 30 Abs. 1 KG ist eine Einschränkung nicht ersichtlich: In systematischer Hinsicht regelt Art. 30 Abs. 1 KG mit dem Antrag des Sekretariats und dem anschliessenden Entscheid der Wettbewerbskommission lediglich den Abschluss der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (2. Abschnitt) im Zuge des verwaltungsrechtlichen Verfahrens (4. Kapitel). Im Weiteren bringt die Beschwerdeführerin zwar zutreffend vor, dass das Kartellgesetz bis zur Revision im Jahre 2003 lediglich die Möglichkeit von indirekten Sanktionen gekannt habe (vgl. E. 3.2.1 f. hiervor). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergeben sich in systematischer Hinsicht jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Massnahme unzulässig wäre, wenn sie (neuerdings) neben einer direkten Sanktion ausgesprochen wird, zumindest solange sie zukunftsgerichtet angeordnet wird (vgl. auch Art. 30 Abs. 3 KG). Namentlich beschränkt sich die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG nicht auf die Fälle, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfügung noch besteht und beseitigt werden muss.

**4.3.4.** Gerade mit Blick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs kann es angezeigt sein, eine (direkte) Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden. Dies gilt insbesondere, wenn - wie vorliegend (vgl. E. 5.3 hiernach) - eine Wiederholungsgefahr besteht. Diesfalls vermag eine ausdrückliche Unterlassungsanordnung als Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG die Präventivwirkung des Kartellgesetzes zu erhöhen, was im Einklang mit dem Sinn und Zweck des Kartellgesetzes steht (vgl. Art. 1 KG; vgl. auch E. 3.2.1 i.f. hiervor). Eine solche Anordnung lässt sich im Hinblick auf den Einzelfall ausgestalten und konkreter fassen als der Gesetzestext. Damit ist es möglich, die (künftigen) Verhaltens- und Unterlassungspflichten mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt der festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigung zu präzisieren, sodass die Wettbewerberin ihr Verhalten danach richten kann (vgl. auch MOREILLON, a.a.O., N. 7 zu Art. 50 KG). Ausserdem besteht bei Eintritt des Wiederholungsfalls die Möglichkeit, die Verletzung der angeordneten Massnahmen gestützt auf Art. 50 KG zu sanktionieren, da ein Verstoss gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden vorliegt. Dies vereinfacht das (neuerliche) Sanktionsverfahren, da die verletzte Verfügung an sich in diesem Verfahren im Grundsatz nicht mehr zu überprüfen ist (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 20 zu Art. 50 KG; TSCHUDIN, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/ Spühler [Hrsg.], Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, N. 6 zu Art. 50 KG; MOREILLON, a.a.O., N. 2 zu Art. 50 KG).

**4.4.** Art. 30 Abs. 1 KG lässt nach dem Gesagten auch Massnahmen zu, die präventiv und zukunftsgerichtet ausgesprochen werden, jedenfalls solange diese darauf abzielen, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu verhindern. Diesfalls stehen die Massnahmen mit dem Zweck des Kartellgesetzes gemäss Art. 1 KG im Einklang, wonach volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen. Die Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes war denn auch die Absicht des Gesetzgebers bei der

Einführung der Möglichkeit, direkte Sanktionen auszusprechen (vgl. E. 3.2.1 i.f. hiervor; Botschaft 2001, S. 2023 ff.). Folglich ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Anordnung von Massnahmen grundsätzlich auch bei eingestellten und direkt sanktionierbaren Tatbeständen zulässig, zumindest wenn eine Wiederholungsgefahr besteht.

## 5.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 2 BV, da die angeordneten Massnahmen unverhältnismässig seien und die Vorinstanz diese in Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bestätigt habe. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln verhältnismässig sein, d.h. sich im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und zumutbar erweisen (vgl. BGE 146 I 157 E. 5.4). Beim in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten Verhältnismässigkeitsgrundsatz handelt es sich nicht um ein verfassungsmässiges Recht, sondern um einen Verfassungsgrundsatz. Dieser Grundsatz kann im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten direkt und unabhängig von einem Grundrecht angerufen werden (vgl. BGE 141 I 1 E. 5.3.2; 139 II 7 E. 7.3).

**5.1.** Die Beschwerdeführerin tut dar, es liege keine ausreichende Gefahr für ein wiederholt kartellrechtswidriges Verhalten vor. Die monierten Verstösse - so auch die vorliegend beurteilten Verhaltensweisen - lägen mehr als zehn Jahre in der Vergangenheit. Die Massnahmen seien daher nicht erforderlich (vgl. E. 5.3 hiernach). Ausserdem seien die angeordneten Massnahmen in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht unverhältnismässig: In sachlicher Hinsicht verbiete die WEKO der Beschwerdeführerin unter anderem kartellrechtlich zulässiges Verhalten. Die WEKO ordne auch Massnahmen an, die keinen hinreichenden Bezug zum vorliegenden Verfahren hätten (vgl. E. 5.4 hiernach). Überdies beträfen die Massnahmen in persönlicher Hinsicht Bauherrschaften in Strassen- und Hochbauprojekten im Allgemeinen, obwohl die Verstösse nur bei Projekten festgestellt worden seien, die von den Gemeinden des Kantons Graubünden und dem Kanton Graubünden vergeben worden seien. In räumlicher Hinsicht träfen die angeordneten Massnahmen die Beschwerdeführerin in der ganzen Schweiz. Eine allfällige Wiederholungsgefahr könne jedoch höchstens für diejenigen Gebiete angenommen werden, in denen die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen stattgefunden hätten (vgl. E. 5.5 hiernach). Ferner seien die angeordneten Massnahmen zeitlich unbeschränkt. Es lasse sich nicht rechtfertigen, der Beschwerdeführerin kartellrechtliche Verfehlungen zeitlich unbegrenzt entgegenzuhalten, zumal auch die Wiederholungsgefahr im Verlaufe der Zeit abnehme (vgl. E. 5.6 hiernach). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin seien die Massnahmen unverhältnismässig und daher unzulässig. Eventualiter seien sie in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht einzuschränken.

**5.2.** Nach Auffassung der Vorinstanz sind die durch die WEKO angeordneten Massnahmen in sachlicher, persönlicher, räumlicher sowie in zeitlicher Hinsicht genügend eingeschränkt und mit Blick auf das im öffentliche Interesse angestrebte Ziel erforderlich (vgl. E. 5.4 des angefochtenen Urteils). Die Massnahmen seien für die

Beschwerdeführerin sodann zumutbar. Das öffentliche Interesse am reibungslosen Funktionieren des Wettbewerbs und der Verhinderung erneuter Verstösse gegen kartellrechtliche Pflichten sei gewichtig. Demgegenüber sei das Interesse der Beschwerdeführerin, dass die Massnahmen nicht erlassen würden, eher geringfügig. Die Kartellrechtspflichten, die kraft Gesetzes gälten, würden durch die Massnahmen individuell konkretisiert. Verhalte sich die Beschwerdeführerin in Zukunft kartellrechtskonform, so die Vorinstanz, habe sie nichts zu befürchten. Der Eingriff wiege nicht schwer und sei durch das übergeordnete Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs gerechtfertigt (vgl. E. 5.5 des angefochtenen Urteils).

**5.3.** Mit Blick auf die umstrittene Wiederholungsgefahr bestreitet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Feststellung nicht, wonach sie bereits mehrmals an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt gewesen sei. Die Vorinstanz berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin mit Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 bereits wegen Submissionsabsprachen im Kanton Aargau sanktioniert worden ist. Ebenfalls sei die Beschwerdeführerin Adressatin der Verfügung vom 8. Juli 2016 im Kartellsanktionsverfahren in Sachen Bauleistungen See-Gaster. Auch ihre mittlerweile aufgelöste Tochtergesellschaft B. \_\_\_\_\_ SA habe sich gemäss Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 kartellrechtswidrig verhalten. Zudem zähle die Beschwerdeführerin mit den beiden Verfügungen der WEKO vom 2. Oktober 2017 selbst weitere Verfahren im Kanton Graubünden auf, in die sie involviert sei und die ebenfalls Submissionsabsprachen beträfen (vgl. E. 5.4.2 des angefochtenen Urteils).

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die monierten Verstösse lägen mehr als zehn Jahre in der Vergangenheit, ist, soweit im Zeitpunkt der vorliegend massgebenden Verfügung vom 19. August 2019 überhaupt zutreffend, nicht ausschlaggebend. In Anbetracht der Vielzahl von kartellrechtlichen Verfahren, in die die Beschwerdeführerin involviert gewesen ist, darf ohne Weiteres ein gewisses Risiko angenommen werden, dass sie sich in Zukunft wieder kartellrechtswidrig verhält. Die Vorinstanz geht demnach zu Recht von einer Wiederholungsgefahr aus. Damit scheidet eine Unterlassungsanordnung als Massnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht von vornherein aus.

**5.4.** Nach Auffassung der Beschwerdeführerin bestätigt die Vorinstanz in gesetzeswidriger Weise das angeordnete Verbot von kartellrechtlich zulässigem unilateralem Verhalten (vgl. E. 5.4.1 und E. 5.4.2 hiernach), das angeordnete Verbot von kartellrechtlich zulässigem Informationsaustausch (vgl. E. 5.4.3 hiernach) sowie von Massnahmen, die keinen Bezug zu den vorliegenden Kartellrechtsverstössen hätten (vgl. E. 5.4.4 hiernach). Die angeordneten Massnahmen gingen in sachlicher Hinsicht über das erforderliche Mass hinaus.

**5.4.1.** Die Beschwerdeführerin kritisiert, die WEKO verbiete ihr in der Dispositiv-Ziffer 1.1, um Schutz, Stützofferten oder um Verzicht einer Offerteingabe anzufordern oder derartiges anzubieten. Damit pönalisieren die WEKO auch kartellrechtlich zulässiges unilaterales Verhalten.

Dieser Vorwurf stösst ins Leere: Dass das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten und Eingabeverzichten nach Auffassung der Beschwerdeführerin bei einseitigem, unilateralem Verhalten nicht zwingend kartellrechtswidrig sein muss, ist nicht massgebend. 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 (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Dass die Dispositiv-Ziffer 1.1 nicht ausdrücklich erläutert, das Anfragen und Anbieten von Schutz, Stützofferten und Eingabeverzichten müsse im Zusammenhang mit einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG stehen, ist nicht zu beanstanden. Es ergibt sich bereits aus Art. 2 Abs. 1 KG zum Geltungsbereich des Kartellgesetzes, dass das Gesetz für die Beschwerdeführerin unter anderem (nur) gilt, wenn sie eine Wettbewerbsabrede trifft. Die Anordnung kann damit nur in diesem Kontext gelesen und verstanden werden, womit auch kein Verbot zulässigen (unilateralen) Verhaltens vorliegt. Im Übrigen ist das Dispositiv eines Entscheids jeweils im Lichte seiner Begründung zu lesen (vgl. auch Urteil 4C.361/2005 vom 22. Februar 2006 E. 3.7; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 8b zu Art. 50 KG).

**5.4.2.** Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, die WEKO verbiete in der Dispositiv-Ziffer 2 den Austausch von Informationen über die Interessenlage. Damit pönalisieren die WEKO ebenso kartellrechtlich zulässiges unilaterales Verhalten.

Auch diese Rüge geht fehl: Eine Abrede kann sich zunächst durch eine Vereinbarung im Sinne einer übereinstimmenden Willensäusserung ergeben (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1). Darüber hinaus gelten aber 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 (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3 und E. 3.4.1). Unter bestimmten Voraussetzungen kann daher auch bereits das Anbieten von Informationen über die Interessenlage, wie es die WEKO in ihrer Unterlassungsanordnung mit Dispositiv-Ziffer 2 verbietet, eine Wettbewerbsabrede darstellen. Auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens kann dazu führen, dass Wettbewerberinnen gestützt auf die erhaltenen Informationen ihr Marktverhalten anpassen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.2 und E. 3.4.4). Damit erfasst die Anordnung in der Dispositiv-Ziffer 2 ein potenziell kartellrechtswidriges Verhalten. Auch bei dieser Anordnung handelt es sich um eine Massnahme im Geltungsbereich des Kartellgesetzes, womit das Verbot der Verhaltensweise (offenkundig) im Kontext einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung stehen muss (vgl. Art. 2 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG). Es liegt kein Verbot zulässigen (unilateralen) Verhaltens vor.

**5.4.3.** Die Beschwerdeführerin kritisiert sodann, die WEKO verbiete in der Dispositiv-Ziffer 1.2 den Austausch über Offertpreise, Preiselemente sowie den Austausch über die Zu- und Aufteilung von Kunden, Kundinnen und Gebieten. Damit pönalisieren die WEKO auch den kartellrechtlich zulässigen Informationsaustausch.

Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: Auch diesbezüglich gilt, dass der Informationsaustausch im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG zu lesen ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist nicht der Informationsaustausch an sich verboten, sondern nur, wenn damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Die WEKO verbietet den Informationsaustausch überdies nicht gesamthaft, sondern schränkt das Verbot massgeblich ein. Das Verbot betrifft unter anderem nur den Austausch im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen und gilt lediglich vor Ablauf der Frist zur Offerteingabe. Weiter wird die Massnahme sachlich auf den Informationsaustausch über Offertpreise, Preiselemente sowie über die Zu- und Aufteilung von Kunden, Kundinnen und Gebieteneingeschränkt. Ausserdem sind Ausnahmen definiert. Der Informationsaustausch wird folglich weder als solcher noch gesamthaft verboten und das Verbot betrifft lediglich den kartellrechtswidrigen Informationsaustausch.

**5.4.4.** Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner, die WEKO verbiete in der Dispositiv-Ziffer 1.2 den Austausch über die Zu- und Aufteilung von Gebieten. Damit ergreife die WEKO eine Massnahme, die keinen Bezug zu den vorliegend festgestellten Kartellrechtsverstössen habe.

Die Rüge ist unbegründet: Die WEKO verbietet neben dem Austausch über die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen auch den Austausch über die Zu- und Aufteilung von Gebieten. Es ist unter den Verfahrensbeteiligten dabei unbestritten, dass der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren keine Aufteilung von Märkten nach Gebieten vorgeworfen wird. Die Unzulässigkeit einer Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten bildet jedoch einen gesetzlichen Abredetypus, der in Art. 5 Abs. 3 lit. c KG geregelt wird. Die Anordnung, dass auch die Aufteilung nach Gebieten untersagt wird, wiederholt nur, was bereits kraft Gesetzes gilt. Sie 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 im Lichte der bereits festgestellten Kartellrechtsverstösse (vgl. E. 5.3 hiervor) - nicht zu beanstanden ist.

**5.4.5.** Nach dem Dargelegten sind die angeordneten Massnahmen in sachlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

**5.5.** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die angeordneten Massnahmen seien in räumlicher und persönlicher Hinsicht überschüssig. Die festgestellten Kartellrechtsverstösse bezögen sich nur auf den Kanton Graubünden und seien - wenn überhaupt - räumlich darauf einzuschränken. Überdies seien nur von Bündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden vergebene Strassenbauprojekte Abredeobjekte des Strassenbaukartells gewesen. Die Anordnung der WEKO gehe in persönlicher Hinsicht aber über solche Bündner Bauherrschaften hinaus. Zu den Strassenbauleistungen, die beispielsweise der Bund, Private oder andere Kantone und Gemeinden nachfragten, fehle ein hinreichender Bezug. Der räumliche und persönliche Anwendungsbereich der Anordnungen sei unverhältnismässig.

**5.5.1.** Wie die Vorinstanz feststellt, ist die Beschwerdeführerin gesamtschweizerisch tätig. Die Wiederholungsgefahr besteht damit für die gesamte Schweiz, zumal die Beschwerdeführerin auch in Kartellrechtsverfahren ausserhalb des Kantons Graubünden involviert war (vgl. E. 5.3 hiervor). Eine räumliche Begrenzung der Massnahmen, wie eventualiter beantragt (vgl. Bst. C hiervor), musste die Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht vornehmen.

**5.5.2.** Gleiches gilt mit Blick auf die von den Anordnungen erfassten Bauherrschaften. Die Bauherrschaften, mit denen die Beschwerdeführerin zusammenarbeitet, sind nicht bloss die Bündner Gemeinden (ohne Misox), der Kanton Graubünden oder die öffentlichen und privaten Bauherren im Gebiet des Wirtschaftsraums zwischen Reichenau und Landquart auf einer Strecke von 25 km entlang des Rheins. Sie sind in der ganzen Schweiz zu finden. Das Risiko, dass die Beschwerdeführerin erneut gegen das Kartellgesetz verstösst, beschränkt sich somit nicht auf die im Eventualantrag aufgezählten Bauherrschaften. Die vorinstanzlich bestätigten Anordnungen der WEKO halten folglich auch in persönlicher Hinsicht dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz stand.

**5.6.** Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, eine zeitliche Beschränkung der Massnahmen sei unabdingbar. Sowohl die Erforderlichkeit als auch die Wiederholungsgefahr nehme mit dem Lauf der Zeit ab. Eine festgestellte Verfehlung könne der fehlbaren Person nicht zeitlich unbegrenzt vorgehalten werden. Dies müsse insbesondere bei Verstössen gelten, die ohnehin von Gesetzes wegen verboten seien.

Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, die Massnahmen ergingen aufgrund der in der Vergangenheit festgestellten Verstösse gegen das Kartellgesetz und verböten gleiche Verstösse für die Zukunft. Die Unterlassungsanordnung würde bloss kartellrechtliche Pflichten konkretisieren, die sich aus dem Kartellgesetz ergäben, wo sie ebenfalls unbefristet gälten. Eine Befristung sei deshalb nicht erforderlich (vgl. E. 5.4.5 des angefochtenen Urteils). Die vorinstanzliche Auffassung ist zu bestätigen. Wie im Rahmen des kritisierten sachlichen Anwendungsbereichs der Unterlassungsanordnung ausgeführt (vgl. E. 5.4 hiervor), betreffen die Massnahmen lediglich kartellrechtswidriges Verhalten, das von Gesetzes wegen verboten ist. Insofern zielt der Vorwurf der Beschwerdeführerin ins Leere, wonach eine festgestellte Verfehlung der fehlbaren Person nicht zeitlich unbegrenzt vorgehalten werden könne. Die Unterlassungsanordnung hält der Beschwerdeführerin keine vergangene Verfehlung entgegen, sondern konkretisiert zukunftsgerichtet das gesetzlich vorgesehene, kartellrechtswidrige Verhalten (vgl. E. 4.3.3 f. hiervor). Sie ist unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit auch diesbezüglich nicht zu beanstanden.

**5.7.** Nach dem Dargelegten ist im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Unterlassungsanordnung bestätigt hat. Es besteht eine ausreichende Wiederholungsgefahr und die Massnahmen erweisen sich in sachlicher, räumlicher, persönlicher sowie in zeitlicher Hinsicht als verhältnismässig.

**6.**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 KG, Art. 7 EMRK und Art. 5 Abs. 1 BV, da die angeordneten Massnahmen nicht hinreichend bestimmt seien und die Vorinstanz diese in Verletzung des Bestimmtheitsgebots bestätigt habe.

**6.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die nach Art. 30 Abs. 1 KG (im Dispositiv) angeordneten Massnahmen müssten hinreichend bestimmt und so präzise wie möglich sein. Das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV gebiete, dass das verlangte und verbotene Verhalten hinreichend klar umschrieben werde, sodass die betroffenen Unternehmen erkennen könnten, welche Verpflichtungen und Unterlassungen ihnen auferlegt würden. Das Dispositiv der Verfügung vom 19. August 2019 enthalte jedoch inhaltsoffene Begriffe wie "Schutz", "Stützofferten" oder "unabdingbare" Informationen. Die unbestimmte Formulierung und die daraus resultierende ausufernde Auslegung der angeordneten Massnahmen verunmögliche eine wirksame Überwachung der Einhaltung durch die Beschwerdeführerin. Die angeordneten Massnahmen seien operativ nicht umsetzbar.

**6.2.** Die Vorinstanz erwägt, das Bestimmtheitsgebot verlange nicht, dass die Massnahmen im Dispositiv bis ins letzte Detail zu umschreiben seien. Eine gewisse Abstraktheit der Formulierung der verbotenen Verhaltensweisen sei hinzunehmen. Die Unterlassungsanordnungen bezögen sich spezifisch auf Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Strassen- und Hochbau. Die Verbote hätten einen unmittelbaren Bezug zu den von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall begangenen Wettbewerbsverstössen. Mit Blick auf den von der WEKO festgestellten Sachverhalt, den die Beschwerdeführerin derart akzeptiert habe, sei damit hinreichend klar, welche Verhaltensweisen die Vorinstanz zukünftig verhindern wollte. Unter diesem Aspekt seien die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Begrifflichkeiten nach Treu und Glauben auszulegen. Unter diesen Umständen, so die Vorinstanz folgernd, seien die von der WEKO angeordneten Massnahmen genügend bestimmt (vgl. E. 6.3 des angefochtenen Urteils).

**6.3.** Zunächst ist festzuhalten, dass in der vorliegenden Angelegenheit keine Sanktion im Sinne von Art. 49a KG zur Diskussion steht. Den angeordneten Massnahmen fehlt der strafrechtsähnliche Charakter. Art. 7 EMRK, der den Grundsatz "nulla poena sine lege" verankert, findet daher von vornherein keine Anwendung (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.2; 146 II 217 E. 8.1; 144 II 194 E. 5.1). Sodann vermag die Beschwerdeführerin keine Verletzung des Bestimmtheitsgebots aufzuzeigen. Es ist unter den Verfahrensbeteiligten zunächst unbestritten, in welchem Sachverhaltskontext und aufgrund welcher festgestellter Verhaltensweisen die Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG ergriffen wurden (vgl. auch Bst. A.c hiervor). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist in diesem Kontext ohne Weiteres bestimmbar, was mit den Begriffen "Schutz", "Stützofferten" oder "unabdingbare" Informationen zu verstehen ist. Überdies ist an dieser Stelle erneut darauf hinzuweisen, dass die Unterlassungsanordnung im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG sowie der Begründung der Unterlassungsanordnung zu lesen ist (vgl. auch E. 5.4 hiervor).

Die Massnahmen beschreiben und konkretisieren lediglich ein kartellrechtswidriges Verhalten, das von Gesetzes wegen verboten ist. Inwiefern vor diesem Hintergrund eine wirksame Überwachung nicht möglich sei, wie die Beschwerdeführerin dartut, ist nicht nachvollziehbar. Gleiches gilt für das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die angeordneten Massnahmen seien operativ nicht umsetzbar. Die Unterlassungsanordnung ist hinreichend bestimmt. Es liegt keine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 BV sowie Art. 30 Abs. 1 KG vor.

## 7.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 8 BV und Art. 29 Abs. 1 BV, da die angeordneten Massnahmen eine Ungleichbehandlung zur Folge hätten und die Vorinstanz diese in Verletzung des Gleichbehandlungsgebots bestätigt habe.

**7.1.** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die angeordneten Massnahmen gingen über die sanktionierbaren Tatbestände des Kartellrechts hinaus und verböten damit kartellrechtlich zulässiges Verhalten. Diese nur für die Beschwerdeführerin geltende Ausweitung des Kartellrechts führe im Ergebnis zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung auf unbestimmte Zeit gegenüber anderen Wettbewerberinnen, da ihr Verhaltensweisen verboten würden, die anderen Unternehmen erlaubt seien. Es bestünde ausserdem kein objektiver oder sachlicher Grund für eine derart gravierende Benachteiligung gegenüber anderen Wettbewerberinnen, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.

**7.2.** Die Beschwerdeführerin begründet ihre Rüge, wonach die angeordneten Massnahmen eine Ungleichbehandlung zur Folge hätten und das Gleichbehandlungs-

gebot verletzten, mit der Annahme, ihr werde - im Gegensatz zu ihren Konkurrentinnen und Konkurrenten - auch kartellrechtlich zulässiges Verhalten verboten. Diese Annahme trifft nach dem Ausgeführten jedoch nicht zu (vgl. E. 5.4 hiervor). Die Rüge einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV stösst daher ins Leere. Inwiefern sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ein Recht auf Gleichbehandlung ergibt, begründet die Beschwerdeführerin nicht hinreichend (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG). Das vorinstanzliche Urteil ist auch diesbezüglich nicht zu beanstanden.

## 8.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird. Diesem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

#### 2.

Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

#### 3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, mitgeteilt.

B 4

**2. Urteil vom 2. November 2022 – and Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 18. Dezember 2018 (B-831/2011)**

*Urteil 2C\_596/2019 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 2. November 2022 in Sachen 1. A. \_\_\_\_\_ AG, 2. B. \_\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerinnen, beide vertreten durch [...], gegen Wettbewerbskommission – Gegenstand Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 18. Dezember 2018 (B-831/2011).*

**Sachverhalt:**

**A.**

**A.a.** C. \_\_\_\_\_ AG und D. \_\_\_\_\_ AG waren im Bereich der Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs tätig. Die Gesellschaften gehörten der E. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in U. \_\_\_\_\_.

**A.b.** Am 20. Juli 2006 reichte die F. \_\_\_\_\_ (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA (nachfolgend: F. \_\_\_\_\_) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen die D. \_\_\_\_\_ AG wegen (angeblichen) wettbewerbswidrigen Verhaltens ein. Das Sekretariat eröffnete gestützt auf Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 2014 (KG; SR 251) am 24. Juli 2006 eine Voruntersuchung. Am 17. Januar 2007 eröffnete es durch amtliche Publikation (Art. 28 KG) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 27 Abs. 1 KG) eine Untersuchung gegen die D. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ AG betreffend Zahlkartenterminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), da die entsprechende Vorabklärung ergeben habe, dass Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 7 KG bestehen (BBl 2007 867).

**A.c.** Auf Anfang des Jahres 2008 fusionierte die E. \_\_\_\_\_ AG mit der G. \_\_\_\_\_, dem Verein H. \_\_\_\_\_ und der I. \_\_\_\_\_ AG zur heutigen A. \_\_\_\_\_ (siehe dazu die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in RPW 2007/4, 557 ff.). Der Name der D. \_\_\_\_\_ AG wurde in J. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: J. \_\_\_\_\_) und derjenige der C. \_\_\_\_\_ AG in K. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: K. \_\_\_\_\_) abgeändert. Sowohl J. \_\_\_\_\_ als auch K. \_\_\_\_\_ gehören zur A. \_\_\_\_\_ und sind Tochtergesellschaften der A. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in U. \_\_\_\_\_. Diese deckt die ganze Wertschöpfungskette der Finanzplatzinfrastruktur ab - vom Wertschriftenhandel über die Wertschriftendienstleistungen bis hin zu Finanzinformationen und zum Zahlungsverkehr.

**A.d.** Die Untersuchung des Sekretariats wurde am 8. Juni 2010 auf die A. \_\_\_\_\_ AG ausgedehnt.

**B.**

Gestützt auf die Untersuchungsergebnisse und nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zum Antrag des Sekretariats erliess die Wettbewerbskommission (Art. 30 KG) gegenüber der A. \_\_\_\_\_ AG, der J. \_\_\_\_\_ AG und der K. \_\_\_\_\_ AG am 29. November 2010 folgende Verfügung (RPW 2011/1 S. 96 ff.) :

- "1. Es wird festgestellt, dass die A. \_\_\_\_\_ AG mittels ihrer Tochtergesellschaft J. \_\_\_\_\_ AG im Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und Mastercard sowie im Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese bereits in der für den Missbrauch massgebenden Zeitperiode vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 bestand.
2. Es wird festgestellt, dass die A. \_\_\_\_\_ AG mittels ihrer Tochtergesellschaft J. \_\_\_\_\_ AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG begangen hat, indem sie sich geweigert hat, bezüglich DCC mit anderen Terminalherstellern als der K. \_\_\_\_\_ AG zusammenzuarbeiten und ihnen die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen.
3. Es wird festgestellt, dass die A. \_\_\_\_\_ AG mittels ihrer Tochtergesellschaft J. \_\_\_\_\_ AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG begangen hat, indem sie bezüglich DCC nur mit ihrer Schwes-tergesellschaft K. \_\_\_\_\_ AG zusammengearbeitet hat.
4. Es wird festgestellt, dass die A. \_\_\_\_\_ AG mittels ihrer Tochtergesellschaft J. \_\_\_\_\_ AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG begangen hat, indem sie sich geweigert hat, bezüglich DCC mit anderen Terminalherstellern als der K. \_\_\_\_\_ AG zusammenzuarbeiten und ihnen die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen.
5. Es wird festgestellt, dass die A. \_\_\_\_\_ AG mittels ihrer Tochtergesellschaft J. \_\_\_\_\_ AG vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. f KG begangen hat, indem sie bezüglich der DCC-Funktion eine technische Koppelung von Acquiring verbunden mit der DCC-Dienstleistung und Terminal vorgenommen hat.
6. Die A. \_\_\_\_\_ AG wird für das unter Ziffer 2-5 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 7'029'000.- belastet.
7. [Verfahrenskosten].
8. [Rechtsmittelbelehrung].
9. [Eröffnung]."

**C.**

Gegen diese Verfügung haben die A. \_\_\_\_\_ AG, die J. \_\_\_\_\_ AG und die K. \_\_\_\_\_ AG Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht erhoben. Per Ende 2012 fusionierten J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_, wobei J. \_\_\_\_\_ die K. \_\_\_\_\_ übernommen und neu die Firma B. \_\_\_\_\_ angenommen hat.

**D.**

Das Bundesverwaltungsgericht erliess am 18. Dezember 2018 seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv:

1. Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. November 2010 in Sachen Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) wird teilweise gutgeheissen.
2. Die Ziff. 1, 3 und 4 des Dispositivs der in Ziff. 1 bezeichneten Verfügung werden aufgehoben.
3. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
4. Der A. \_\_\_\_\_ AG und der B. \_\_\_\_\_ AG werden zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung die Gerichtskosten in Höhe von 50'000 CHF auferlegt. Diese Kosten werden nach Rechtskraft des Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von 40'000.- CHF verrechnet. Der Restbetrag in Höhe von 10'000.- CHF ist innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu bezahlen.
5. [Parteientschädigung].

[Mitteilung]."

**E.**

Vor Bundesgericht beantragen die A. \_\_\_\_\_ AG und die B. \_\_\_\_\_ AG in der Sache:

- "1. Die Beschwerde sei gutzuheissen und Dispositivziffern 1, 3, 4 und 5 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 seien aufzuheben;
2. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. November 2010 sei vollumfänglich aufzuheben und das Verfahren gegen die Beschwerdeführerinnen sei einzustellen;

eventualiter:

3. Dispositivziffern 1, 3, 4 und 5 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 seien in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen;

subeventualiter:

4. Dispositivziffern 3, 4 und 5 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 seien aufzuheben;
5. Dispositivziffer 6 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. November 2010 sei in teilweiser Gutheissung der Beschwerde abzuändern und die Sanktion sei auf einen angemessenen Betrag, höchstens aber auf CHF 1'065'000.-, zu reduzieren;
6. Dispositivziffern 2 und 5 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. November 2010 seien in teilweiser Gutheissung der Beschwerde abzuändern und die Feststellung der Widerhandlung sei auf den Zeitraum vom 11. Mai 2006 bis zum 8. Dezember 2006 zu beschränken, soweit die zeitliche Feststellung nicht von Amtes wegen vollumfänglich aufzuheben sei.

Daneben beantragten sie die aufschiebende Wirkung. Im Wesentlichen rügen sie eine Verletzung von Verfassungsrecht und von Bundesrecht (Art. 7 und Art. 49a KG).

**F.**

Die WEKO hat sich vernehmen lassen. Die Beschwerdeführerinnen haben dazu Stellung genommen, wozu sich die WEKO wiederum und auch das Bundesverwaltungsgericht erstmals geäussert haben. Dazu haben sich die Beschwerdeführerinnen nochmals geäussert.

**G.**

Antragsgemäss hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung mit Verfügung vom 19. August 2019 der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt.

**Erwägungen:****1.**

**1.1.** Die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten richtet sich gegen einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, der sich auf das Kartellgesetz stützt (Art. 82, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 2 BGG). Eine Ausnahme von der Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 83 BGG ist nicht gegeben. Beide Beschwerdeführerinnen sind nach Art. 89 Abs. 1 BGG legitimiert, da ihre Beschwerden vor Vorinstanz abgewiesen wurde. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist daher grundsätzlich einzutreten. Nicht einzutreten ist dagegen auf das Begehren (Ziff. 5 und 6 ihres Antrags), die Verfügung der WEKO zu ändern. Verfahrensgegenstand bildet nur das vorinstanzliche Urteil (Devolutiveffekt).

**1.2.** Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Bei der Prüfung wendet das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; BGE 142 I 155 E. 4.4.5) und verfügt über volle Kognition (Art. 95 BGG; BGE 141 V 234 E. 2). Die Verletzung von verfassungsmässigen Individualrechten (einschliesslich der Grundrechte) prüft das Bundesgericht nur, soweit eine solche Rüge in der Beschwerde überhaupt vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 142 I 99 E. 1.7.2).

**1.3.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Feststellungen ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich. Von den tatsächlichen Grundlagen des vorinstanzlichen Urteils weicht das Bundesgericht jedoch nur ab, wenn diese offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang zudem entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 147 I 73 E. 2.2; 142 I 135 E. 1.6).

**I. Inhaltsübersicht****2.**

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen nach Art. 49a KG zu sanktionieren sind, weil sie mit ihrem Verhalten einen der Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt haben. Bevor indes

das Verhalten der Beschwerdeführerinnen darzustellen ist (E. 4), müssen verschiedene formelle Rügen behandelt werden (E. 3). Danach sind Fragen zur Verjährung und zum Sanktionssubjekt zu beantworten, denn ein Verjährungseintritt und eine Feststellung, wonach das falsche Subjekt sanktioniert worden wäre, würde die strittige Kartellsache (bei falschem Subjekt mit Bezug auf die betreffende Partei) erledigen (E. 5 - 7). In E. 8 wird geprüft, inwiefern es sich beim Verhalten um ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG handelt. In E. 9 wird der Sachverhalt unter den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG subsumiert und E. 10 handelt schliesslich von den Rechtsfolgen (Sanktionierung). Abschliessend wird der Antrag auf Sanktionsminderung wegen überlanger Verfahrensdauer behandelt (E. 11).

## X. Formelle Rügen

### 3.

**3.1.** Die Beschwerdeführerinnen rügen zunächst, dass die Vorinstanz gegen die Begründungspflicht und das Fairnessgebot verstossen habe (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

**3.1.1.** Art. 29 Abs. 2 BV kommt hier indes höchstens im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung Bedeutung zu, denn massgebend ist das Verwaltungsrechtsverhältnis, welches durch das Kartellgesetz bestimmt wird. Dieses bildet den unmittelbaren Prüfmasstab (BGE 144 II 194 E. 4.4.2). Nach Art. 39 KG sind auf die Kartellrechtsverfahren die Bestimmungen des VwVG (SR 172.021) anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Für Fragen der Sachverhaltsfeststellung und des rechtlichen Gehörs gilt das VwVG (BGE 144 II 194 E. 4.4.2). Für das vorinstanzliche Verfahren ergibt sich die Anwendbarkeit des VwVG auch aus Art. 37 VGG (SR 173.32). Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zu begründen. Dabei kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 141 I 201 E. 4.5.2; siehe auch BGE 143 III 65 E. 5.2; 141 IV 244E. 1.2.1; 139 V 496 E. 5.1; 138 IV 81 E. 2.2).

**3.1.2.** Die Beschwerdeführerinnen machen zunächst geltend, dass das Urteil ausserordentlich umfangreich sei, wobei ein erheblicher Teil davon auf Rechtsfragen entfallen sei, die durch das Bundesgericht in BGE 139 I 72 bereits beantwortet worden seien. Die diese Rechtsfragen betreffenden Rügen hätten die Beschwerdeführerinnen im Verlauf des Verfahrens zurückgezogen. Aus dem vorinstanzlich festgestellten und unbestritten gebliebenen und somit für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt (Art. 105 Abs. 1 BGG) ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen ihre diesbezüglichen Rügen am 25. Februar 2013 zwar tatsächlich zurückgezogen, aber im September 2018 erneuert haben. Insofern tragen die Beschwerdeführerinnen ihren Teil zum ausführlichen Urteil bei. Abgesehen davon, haben sie nicht in einer durch Art. 106 Abs. 2 BGG geforderten Art und Weise dargetan (siehe oben E. 1.2), inwiefern es ihnen unmöglich

gewesen sein soll, das vorinstanzliche Urteil sachgerecht anzufechten. Dies gilt umso mehr, als sie das ganze Verfahren seit mehreren Jahren mit Eingaben und mit demselben Anwalt begleitet haben.

Ungeachtet davon ist das angefochtene Urteil mit einer Länge von 527 Seiten eindeutig zu lang ausgefallen. Das Bundesgericht fordert die Vorinstanz auf, in Zukunft solch weitschweifige Urteile zu unterlassen und sich kürzer zu fassen. Der Inhalt der eingereichten Beschwerde belegt jedoch vorliegend, dass die Beschwerdeführerinnen durchaus in der Lage waren, das Urteil sachgerecht anzufechten.

**3.1.3.** Das Gleiche gilt im Übrigen auch für ihre Rüge, wonach im vorinstanzlichen Urteil Fundstellennachweise zu den Rechtsschriften der Parteien durchwegs fehlen würden, was den Nachvollzug der Begründung des Urteils praktisch verunmöglichen würde.

**3.1.4.** Die Beschwerdeführer machen sodann geltend, dass Art. 29 Abs. 2 BV verletzt worden sei, weil die Vorinstanz in Bezug auf die Schnittstelleninformation die technische, nicht die wirtschaftliche Unerlässlichkeit geprüft habe, blinde Flecken aufweise, weil sie sich nicht mit den unterschiedlichen Konzepten der Verjährung auseinandergesetzt habe, und ihren Verfahrensanträgen in Bezug auf die Erhebung von Verkaufszahlen nicht gefolgt sei. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen hat sich die Vorinstanz mit der Schnittstelleninformation und den Konzepten der Verjährung auseinandergesetzt. Dass sie nicht deren Auffassung gefolgt ist, bedeutet nicht, dass eine Verletzung der Begründungspflicht vorliegt, sondern allenfalls eine solche des materiellen Rechts.

**3.1.5.** In Bezug auf den Antrag auf zusätzliche Beweiserhebung ist in erster Linie von den Regeln des VwVG auszugehen und nicht von Art. 29 Abs. 2 BV. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.4.2). Dies trifft hier zu: Wie die Vorinstanz ausgeführt hat, komme es auf die mit den zusätzlichen Beweisanträgen anvisierten Auswirkungen gerade nicht an. Insofern sind nach Auffassung der Vorinstanz die angebotenen Beweise für die Sachverhaltserstellung nicht relevant und die Vorinstanz hat das rechtliche Gehör somit nicht verletzt. Ob diese Auffassung zutreffend ist, ist alsdann eine Frage der Rechtsanwendung.

**3.1.6.** Inwiefern Art. 6 Ziff. 1 EMRK und das Fairnessgebot verletzt sein sollen, führen die Beschwerdeführerinnen nicht aus. Es ist deshalb nicht näher darauf einzugehen (Art. 106 Abs. 2 BGG).

### 3.2.

**3.2.1.** Die Beschwerdeführerinnen machen ferner eine Verletzung des Anspruchs auf einen unparteiischen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) geltend. Sie schliessen dies aus Formulierungen wie "irreführender Parteivortrag", "Irreführung", "irreführende



Behauptung", "widersprüchlich und unglaubwürdig" oder "Nachahmerin". Insgesamt seien im angefochtenen Urteil zahlreiche unsachliche und ungerechtfertigte Vorwürfe bezüglich ihres prozessualen Verhaltens sowie überschüssige Wertungen und herabsetzende Feststellungen in Bezug auf ihre unternehmerische Leistung enthalten.

**3.2.2.** Auf die Rügen in Bezug auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist nicht weiter einzugehen, da Art. 30 BV dieselben Garantien gewährleistet. Auch hier gilt zudem wiederum: Den Rügen der Verletzung des Art. 30 BV kommt im vorliegenden Fall höchstens im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung eine Bedeutung zu (vgl. Urteil 2C\_1156/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.1). Auszugehen ist in erster Linie vom Verwaltungsrechtsverhältnis, welches durch das VGG i.V.m. dem BGG bestimmt wird (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.4.2; Urteil 2C\_1156/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.1).

**3.2.3.** Der Ausstand vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach den Bestimmungen des BGG (Art. 38 VGG). Die Ausstandsgründe finden sich in Art. 34 BGG. Die Norm konkretisiert die aus Art. 30 Abs. 1 BV fließende Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts. Der Anschein der Befangenheit besteht, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können namentlich in einem bestimmten Verhalten des Richters begründet sein. Auf das bloss subjektive Empfinden einer Partei kann bei der Beurteilung nicht abgestellt werden. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Der Anschein der Befangenheit genügt; der abgelehnte Richter muss nicht tatsächlich befangen sein (BGE 144 I 159 E. 4.3; 139 I 121 E. 5.1; je mit Hinweisen). Die Ausstandsbestimmungen sollen gewährleisten, dass der Prozessausgang als offen erscheint (BGE 139 I 121 E. 5.1; 133 I 1 E. 6.2).

**3.2.4.** Verfahrensmassnahmen eines Richters als solche, seien sie richtig oder falsch, vermögen im Allgemeinen keinen objektiven Verdacht der Befangenheit des Richters zu erregen, der sie verfügt hat (BGE 114 Ia 153 E. 3b/bb S. 158 mit Hinweis). Dasselbe gilt für einen allenfalls materiell falschen Entscheid (BGE 115 Ia 400 E. 3b S. 404; Urteil 2C\_1156/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.2). Kein Ausdruck von Parteilichkeit liegt vor bei Ungeschicklichkeiten, einzelnen verbalen Entgleisungen, Unhöflichkeiten sowie Ungehaltenheiten, soweit es sich nicht um eine schwere Verfehlung handelt (vgl. BGE 127 I 196 E. 2d; REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 100 ff.).

**3.2.5.** Die Beschwerdeführerinnen werfen parteiliches und nicht unabhängiges Verhalten nicht einem einzelnen Mitglied oder mehreren Mitgliedern des vorinstanzlichen Spruchkörpers vor, sondern dem ganzen Spruchkörper (d.h. fünf Richtern und einem Gerichtsschreiber). Wie es sich damit rechtlich genau verhält, kann offengelassen werden. Denn in jedem Fall erwecken die Ausführungen im angefochtenen Urteil nicht den Eindruck, dass die Vorinstanz parteiisch und nicht unabhängig geurteilt hat:

**3.2.5.1.** In Bezug auf die Verwendung des Wortes "Nachahmerin" sind in den vorinstanzlichen Ausführungen keine persönlichen Abneigungen gegenüber den

Beschwerdeführerinnen oder deren Geringschätzung ersichtlich, da mit der entsprechenden Qualifikation lediglich die Frage beantwortet wurde, ob den Beschwerdeführerinnen ein Investitions- und Innovationsschutz gegenüber den anderen Terminalherstellern zukommt.

**3.2.5.2.** Mit der Verwendung des Ausdrucks "irreführend" als Adjektiv oder Adverb wird grundsätzlich keine Herabwürdigung des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen bezeichnet, sondern lediglich dargetan, dass deren Aussagen in die Irre führen, diese also für die rechtliche Beantwortung der strittigen Frage aus Sicht des Gerichts nicht zielführend sind. So sind beispielsweise Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zum relevanten Markt der Kreditkartenakzeptanz nicht zielführend, wenn sie die Marktabgrenzungen, denen sie im Rahmen der Verhandlung zu einer einvernehmlichen Regelung zugestimmt haben, nun vor Bundesverwaltungsgericht ohne besondere Gründe bestreiten. Ob die Auffassung der Vorinstanz rechtlich korrekt ist, ist wiederum eine andere Frage, spielt aber normalerweise (vgl. E. 3.2.4) - wie auch hier - für die Beantwortung der Parteilichkeit keine Rolle.

**3.2.5.3.** Auch die weiteren Formulierungen, welche die Beschwerdeführerinnen als parteiisch erachten, stellen kein parteiliches und nicht unabhängiges Verhalten dar.

**3.3.** Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, dass das Verfahren bei der Einreichung der Beschwerde bereits seit mehr als zwölf Jahren laufe. Die Dauer sei überlang und es liege damit eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV vor. Sie fordern nur eine Sanktionsreduktion, weshalb diese Rüge bei den Ausführungen zur Sanktion zu behandeln ist (vgl. E. 9).

XXV. Verhalten der Beschwerdeführerinnen

#### 4.

Im vorliegenden Verfahren steht der Vorwurf im Raum, dass die Marktmacht von einem beherrschten auf einen benachbarten Markt durch eine Behinderung der Konkurrenten auf diesem Markt übertragen wurde.

**4.1.** Im Einzelnen wird den Beschwerdeführerinnen bzw. ihren Vorgängerinnen folgendes Verhalten vorgeworfen: Die J.\_\_\_\_\_ habe ihre marktbeherrschende Stellung in den Kredit-/Debitkarten-Acquiringmärkten dazu missbraucht, die Marktstellung der K.\_\_\_\_\_ auf dem benachbarten Terminalmarkt zu stärken. Dies sei über die von der J.\_\_\_\_\_ angebotenen Währungsumrechnungsfunktion Dynamic Currency Conversion (nachfolgend DCC) erfolgt.

**4.2.** Durch DCC eröffnet sich für den Karteninhaber einer Kredit- oder Debitkarte die Möglichkeit, direkt am Terminal des Händlers zu wählen, ob er in der Lokalwährung (in der Schweiz: CHF) oder in seiner - vom Terminal automatisch erkannten - ausländischen Heimwährung (z.B. EUR, USD) bezahlen möchte. Je nachdem, ob die Fremdwährungstransaktionen beim Acquirer oder beim Issuer erfolgen, fallen für den Konsumenten bzw. Karteninhaber unterschiedliche Kosten an und ergeben sich für den Händler und Acquirer unterschiedliche Vor- und Nachteile (siehe z.B. DAVID MAURER, Einblicke in die Ökonomie der Zahlungskartensysteme, 2009 [Hrsg. Schweizerische Nationalbank], S. 10 ff.).

**4.3.** Ein Zahlungskartensystem hat mehrere Akteure. Im vorliegenden Fall bildet ein sogenanntes Vierparteiensystem, welches richtigerweise aber ein Fünfparteiensystem wäre (Einbezug auch des lizenzgebenden Unternehmens [vgl. MAURER, a.a.O., S. 9 mit FN 42]), Grundlage. Dabei sind vier Parteien über das Kartensystem, das als Plattform fungiert, miteinander verbunden. Auf jeder Seite des Marktes stehen zwei Parteien (Konsumentenseite oder Händlerseite). Auf der Konsumentenseite befinden sich die Konsumenten und die Issuer (Kartenherausgeber). Der Issuer vermittelt dem Konsumenten die Zahlungskarte und ermöglicht ihm damit den Zugang zum Kartensystem. Auf der Händlerseite sind der Händler und der Acquirer (Händler anwerbendes Unternehmen) angesiedelt. Der Acquirer pflegt die Beziehungen zum Händler und ermöglicht ihm den Zugang zum Kartensystem (vgl. MAURER, a.a.O., S. 9, 10 ff.; CORNELIA STENDEL/THOMAS WEBER, *Digitale und mobile Zahlungssysteme*, 2016, Rz. 5 ff., 10 i.V.m. 37; 157 f., 160 ff.). Je nachdem sind weitere Unternehmen in das Zahlungssystem integriert. Beispiele sind Unternehmen, welche Zahlungsterminals oder DCC anbieten. Graphisch lässt sich das hier anwendbare Vierparteiensystem wie folgt darstellen (Graphik von MAURER, a.a.O., 9; siehe auch STENDEL/WEBER, a.a.O., Rz. 159) :

**4.4.** Nachfolgende Graphik zeigt die erwähnte Fremdwährungstransaktion mit und ohne DCC (Verfügung der WEKO vom 29. November 2010, Rz. 9).

**4.5.** Damit Konsumenten beim Händler bargeldlos bezahlen können, muss dieser ein Kartenterminal besitzen. Beim Einsatz des Zahlungskartenterminals ergeben sich Schnittstellen einerseits zwischen der Zahlungskarte und dem Zahlungskartenterminal und andererseits zwischen dem Zahlungskartenterminal und der Verarbeitungsplattform des Kartenakquisiteurs bzw. des Kartenausstellers. Die Schnittstelle zwischen Karte und Terminal ist auf internationaler Ebene mit der Chip-Technologie EMV standardisiert worden. In der Schweiz werden die EMV-Spezifikationen durch die nationalen ep2-Spezifikationen ergänzt. Damit wird sichergestellt, dass jedes in der Schweiz gemäss ep2-Standard zertifizierte Zahlungskartenterminal hinsichtlich aller normierten Leistungen eines in der Schweiz tätigen Acquirers kompatibel ist. Es handelt sich mithin um eine Standardisierung der zweiten Schnittstelle. Im Rahmen der ep2-Zertifizierung werden sowohl die Hardware als auch die Software des Zahlungskartenterminals überprüft und zugelassen. Die DCC-Funktion wurde im Rahmen von ep2 nicht standardisiert. Dies hat zur Folge, dass keine einheitliche technische Struktur für die Abwicklung der Währungsumrechnung zur Verfügung steht. Acquirer und Terminalhersteller sind deshalb darauf angewiesen, technisch kompatible Schnittstellen für die Akzeptanz-Plattform und Zahlungskartenterminals bereitzustellen.

**4.6.** J. \_\_\_\_\_ war Acquirer. K. \_\_\_\_\_ war einerseits Terminalhersteller, deren Terminals mit ep2-Standard ausgerüstet waren, andererseits hat sie ein Währungsumrechnungsprogramm für ihre ep2-Terminals entwickelt und das Programm bei den internationalen Card Schemes (MasterCard, VISA; zum Begriff des Schemes siehe STENDEL/WEBER, a.a.O., Rz. 50 ff.) zertifizieren lassen. Die DCC-Funktion wurde seit März 2005 den Händlern allerdings nicht durch K. \_\_\_\_\_, sondern

durch J. \_\_\_\_\_ angeboten. Die von J. \_\_\_\_\_ angebotene DCC-Funktion konnte im relevanten Zeitraum von einem Händler nur bei Einsatz eines Zahlungskartenterminals der K. \_\_\_\_\_ genutzt werden. Insofern war ein Händler, der einen Acquiring-Vertrag mit J. \_\_\_\_\_ abgeschlossen hatte und die DCC-Funktion in Anspruch nehmen wollte, daher gezwungen, ein Terminal von K. \_\_\_\_\_ zu verwenden. Graphisch lässt sich die Situation wie folgt darstellen (vgl. Verfügung der WEKO vom 29. November 2010, Rz. 22) :

**4.7.** Zwischen Juni 2005 und März 2006 fragten mehrere Terminalhersteller J. \_\_\_\_\_ an, ob nicht die notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden könnten, um die eigenen Zahlungskartenterminals für die DCC-Funktion von J. \_\_\_\_\_ technisch aufrüsten zu können. Sämtliche Anfragen wurden durch J. \_\_\_\_\_ abschlägig beschieden. Diese Ablehnung wurde durch die J. \_\_\_\_\_ noch in ihrer Stellungnahme vom 25. August 2006 gegenüber der WEKO im Rahmen von deren Vorabklärung gerechtfertigt und bekräftigt. Die Vorinstanzen haben gestützt auf das Verhalten der J. \_\_\_\_\_ mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG als verletzt betrachtet.

XXV. Vorfagen

## 5.

Bevor geprüft werden kann, ob die Beschwerdeführerinnen sich i.S.v. Art. 7 KG unzulässig verhalten haben, sind - aus prozessrechtlichen Gründen - die Rüge der Verjährung und des falschen Sanktionssubjekts zu beurteilen. Wäre nämlich die Angelegenheit verjährt oder die Beschwerdeführerin 1 gar nicht das Sanktionssubjekt, wäre der vorliegende Streitfall (bezüglich der Beschwerdeführerin 1) erledigt. Zunächst ist jedoch festzuhalten, was nicht angefochten bzw. unbestritten ist.

**5.1.** Unbestritten ist der Sachverhalt. Dies gilt auch für die Fragen, ob sich die DCC-Funktion in einer Testphase befand und die Re-Zertifizierung einer Offenlegung der Schnittstelleninformationen nicht entgegenstand. Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgehalten, dass die DCC-Funktion einschliesslich der DCC-Terminals ab März 2005 im regulären Betrieb zum Einsatz kamen und sich nicht mehr in einer Testphase befanden und die Re-Zertifizierungsphase aus sachverhaltlicher Sicht irrelevant ist. Entsprechend der bundesgerichtlichen Bindung an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt (Art. 105 Abs. 1 BGG) und mangels einer klaren und detaillierten Rüge in der Beschwerde, wonach der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt oder die Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar ist (qualifizierte Begründungspflicht; Art. 106 Abs. 2; BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 1.5.1), ist darauf nicht weiter einzugehen (BGE 144 V 50 E. 4.2 i.f.).

**5.2.** Unbestritten sind nunmehr auch, dass kein Immaterialgüterrechtsvorbehalt nach Art. 3 Abs. 2 KG vorliegt, die Abgrenzungen der relevanten Märkte sowie das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der J. \_\_\_\_\_ nach Art. 4 Abs. 2 bzw. Art. 7 Abs. 1 KG.

## 6.

**6.1.** Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, dass - unabhängig davon, ob der Tatbestand nach Art. 7

KG und die Rechtsfolge nach Art. 49a KG erfüllt sind - die ganze Sache bereits verjährt sei, weshalb das Verfahren einzustellen sei. Sie gehen von einer Verjährungsfrist von drei bzw. vier Jahren aus und stellen im Wesentlichen auf Regelungen des VStrR (SR 313.0) oder des StGB (SR 311.0) ab. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die Verjährung gestützt auf eine analoge Anwendung des Zivilrechts noch nicht eingetreten sei.

**6.2.** Die Verjährung ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, weshalb öffentlich-rechtliche Ansprüche selbst beim Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Verjährung oder der Verwirkung unterliegen (BGE 140 II 384 E. 4.2). Allgemeine Rechtsgrundsätze kommen nur unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Regelungen zur Anwendung (vgl. BGE 144 II 384 E. 4.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 767).

**6.3.** Im vorliegenden Fall ist zu beurteilen, ob ein Sachverhalt den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Selbst wenn davon auszugehen ist, entfällt die Belastung nach Art. 49a Abs. 3 lit. b KG, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Insofern hat der Sachgesetzgeber eine ausdrückliche Regelung getroffen (so z.B. auch FELIX UHLMANN, in: KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar [nachfolgend: DIKE-KG], Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], 2018, N. 30 f. zu Art. 49a Abs. 3 KG; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl. [nachfolgend: BSK KG2], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2022, N. 239 ff. zu Art. 49a Abs. 3 KG; siehe auch JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 31 zu Art. 49a KG). In der Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, BBI 1995 I 468 [nachfolgend: Botschaft KG I], 622 Ziff. 271.4) hielt der Bundesrat fest, dass die Verjährung sich nach den üblichen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen richte (mit Hinweis auf IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl. 1976 Nr. 34), weshalb auf eine spezielle Regelung verzichtet werden könne. Der bundesrätliche Vorschlag wurde dann Gesetz. Mit der Ergänzung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 (AS 2004 1385) wurde dann allerdings mit Art. 49a Abs. 3 lit. b KG eine Verwirkungsbestimmung (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK KG2, Art. 49a KG, N. 241) eingefügt. Das lässt sich nur so interpretieren, dass mit einer Spezialregelung von den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsregeln abgewichen werden sollte. Verwaltungssanktionen wirken, wenn die Untersuchung nicht innerhalb der Frist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG eröffnet wird; ab Eröffnung der Untersuchung gilt das Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK KG2, Art. 49a KG, N. 239a). Das Bundesgericht hat Art. 49a Abs. 3 lit. b KG aufgrund der verwandten Tatbestände denn auch analog als spezialgesetzliche, den allgemeinen strafrechtlichen Verjährungsfristen vorgehende Regel auf verwaltungsrechtliche Sanktionen nach dem Spielbankengesetz angewandt (BGE 140 II 384 E. 4.3).

**6.4.** Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen ändern daran nichts:

**6.4.1.** Auch wenn die Massnahme nach Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtsähnlich ist und damit gewisse strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind, bleibt das kartellrechtliche Verfahren ein Verwaltungsverfahren (BGE 148 II 182 E. 3.3.3 mit Hinweisen). Die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze stützt sich direkt auf die EMRK und nicht auf das VStrR oder das StGB. Beide Erlasse sind deshalb vorliegend nicht anwendbar (vgl. BGE 148 II 182 E. 3.3.3). Insofern folgt daraus auch keine Pflicht, die entsprechenden Verjährungsregelungen anzuwenden.

**6.4.2.** Es ist auch nicht die Bestimmung über die Verjährung bei den Strafsanktionen (Art. 56 KG) analog heranzuziehen. Das KG hat eine Unterteilung in Strafsanktionen und Verwaltungssanktionen vorgenommen. Die Verjährung nach Art. 49a Abs. 3 lit. b KG bzw. nach Art. 56 KG ist entsprechend der Interessenlage unterschiedlich geregelt. Mit den Strafsanktionen nach Art. 54 ff. KG wird Verhalten sanktioniert, mit dem gegen zuvor von den Behörden festgelegte rechtskräftige Anordnungen verstossen wird (vgl. dazu bereits Botschaft KG I, BBI 1995 I 622 Ziff. 272.1). Das strittige Verhalten ist also der Verstoss gegen die rechtskräftig verhängten Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. auch NIGGLI/RIEDO/SCHMID, in: BSK KG2, N. 9 zu Art. 54). Mit der Verwaltungssanktion wird demgegenüber das fehlbare wettbewerbswidrige Verhalten sanktioniert. Angesichts der Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit für eine freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung in der Schweiz (vgl. Art. 1 KG und Art. 96 BV) ist offensichtlich, dass die Gewichte der Interessen von Art. 56 KG und Art. 49a Abs. 1 KG völlig verschieden sind. Davon ist der Gesetzgeber auch ausgegangen, wenn er die zeitliche Begrenzung für Art. 49a Abs. 1 KG losgelöst von der Verjährung nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsregeln legifert hat.

**6.4.3.** Schliesslich ist auch zu beachten, dass die Sachverhaltsfeststellung bei Widerhandlungen gegen Anordnungen (Art. 56 KG) relativ einfach ist, während Sachverhaltsabklärungen in Bezug auf kartellrechtswidriges Verhalten, welche sowohl durch die WEKO als auch gestützt auf Art. 29a BV (vgl. BGE 139 I 72) durch die Vorinstanz vorzunehmen sind, in der Regel sehr aufwändig sind, weshalb die Verjährungen auch unterschiedlich geregelt sind.

## 7.

Die Beschwerdeführerinnen vertreten sodann die Auffassung, dass die Beschwerdeführerin 1 nicht als Sanktionsadressatin ins Recht hätte gefasst werden dürfen.

**7.1.** Soweit sie vorbringen, die dem Urteil Publigroupe (Urteil 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3.4, nicht publiziert in: BGE 139 I 72) zugrunde liegende Auffassung, bei Vorliegen einer Unternehmenseinheit eine Kartellsanktion der (verantwortlichen) Muttergesellschaft von fehlbaren Gruppengesellschaften aufzuerlegen, sei rechtlich problematisch, ist nicht weiter darauf einzugehen. Sie bringen keine Argumente vor, welche das Bundesgericht im Entscheid Publigroupe nicht bereits direkt oder mit der Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids entschieden hat. So hat das Bundesgericht insbesondere auch den Einwand des Verstosses gegen die strafrechtlichen Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 32 BV

berücksichtigt und erkannt, dass die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, welche eine Organisationseinheit bilden, nicht überzogen werden dürfen, weil ansonsten die typischerweise auf juristische Personen anwendbare Vorschrift von Art. 49a KG ins Leere laufen würde (Urteil 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3.4, nicht publiziert in: BGE 139 I 72). Insofern kann eine Muttergesellschaft für Kartellrechtsverstösse von Konzernunternehmen - wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat - grundsätzlich ins Recht gefasst werden, was im Übrigen auch von der ganz überwiegenden Mehrheit der Lehre so gesehen wird (so z.B. PATRIK DUCREY, in: Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum KG, 2. Aufl. 1997, Art. 50 N. 8; 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., S. 60 f.; LAURENT MOREILLON, Commentaire romand, Droit de la concurrence [nachfolgend: Commentaire romand], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, Art. 50 KG N. 8; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 18; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK KG2, Art. 49a KG N. 98; teilweise Ablehnung: BORIS KASTEN, Sippenhaftung vs. Konzernprivileg? Wettbewerbsrechtliche Entscheide bei Konzernsachverhalten, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung - Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 15 ff., S. 30 ff.; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 208 ff., S. 210 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zum KG, 2007, Art. 49a KG N. 13; PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 157 ff., S. 157). Die Praxis entspricht in diesem Punkt jener der europäischen Wettbewerbsbehörden (Urteil des EuGH vom 10. September 2009 C-97/08 P Akzo, Slg. 2009 I 8237 Randnr. 58).

## 7.2.

**7.2.1.** Die Beschwerdeführerinnen sind sodann der Auffassung, dass die Vorinstanz für die Frage der Konzernzugehörigkeit sowohl zu Unrecht vom Kontrollprinzip ausgegangen sei als auch auf den falschen Zeitpunkt abgestellt habe.

**7.2.2.** Zunächst ist zu unterscheiden zwischen dem persönlichen Anwendungsbereich des KG (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG) und den Verfügungsadressaten. In Konzernsachverhalten - wie in casu - sind Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und Verfügungsadressaten nicht deckungsgleich (vgl. statt aller AMSTUTZ/GOHARI, in: BSK KG 2., a.a.O., Art. 2 KG N. 121 i.f.). Dem Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG wird das wettbewerbswidrige Verhalten des gesamten Konzerns zugerechnet. Verfügungsadressat ist demgegenüber mangels Rechtsfähigkeit nicht der Konzern, sondern wer Rechts- und Parteifähigkeit besitzt, was von den Wettbewerbsbehörden zu bestimmen ist. Dabei können neben der verantwortlichen Muttergesellschaft weitere Gesellschaften des Konzerns einbezogen werden (vgl. Urteil 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3.4 nicht publ. in: BGE 139 I 72). Die WEKO hat neben

der Beschwerdeführerin 2 auch die Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin bezeichnet.

**7.2.3.** Für die Frage, ob ein Konzern im zivilrechtlichen Sinne vorliegt, wird - vereinfacht ausgedrückt - entweder das Kontrollprinzip, wonach die Möglichkeit der Beherrschung einer anderen Gesellschaft besteht, oder das Leitungsprinzip, wonach entscheidend ist, ob eine tatsächliche Leitung ausgeübt wird (vgl. zum Ganzen anstatt aller PETER V. KUNZ, Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikationen, in: ZBJV 2012, S. 354 ff., S. 356) diskutiert. Einen kartellrechtlichen Konzernbegriff gibt es nicht; ein solcher ist auch nicht notwendig (vgl. statt aller AMSTUTZ/GOHARI, a.a.O., Art. 2 KG N. 105 und 113). Entscheidend ist der Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG (v.a. wirtschaftliche Selbständigkeit). Ob für die Qualifikation mehrerer miteinander verbundener Gesellschaften als Unternehmen die Möglichkeit der Beherrschung ausreicht, oder ob hierzu (auch) die Ausübung der tatsächlichen Leitung erforderlich ist, kann vorliegend offengelassen werden. Nach den Feststellungen der Vorinstanz ist aufgrund der konkreten Umstände ohne Weiteres von einer tatsächlichen Einflussnahme der Konzernobergesellschaft auf die Gruppengesellschaften auszugehen. In ihrer Replik werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz zwar eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung vor (Art. 97 Abs. 1 BGG). Allerdings fehlt eine entsprechende Rüge in der Beschwerde; die Rügen in der Replik sind verspätet. Abgesehen davon, mangelt es diesbezüglich auch an einer qualifizierten Begründung (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 1.5.1).

**7.2.4.** Im vorliegenden Verfahren sind während des Kartellrechtsverfahrens Umstrukturierungen erfolgt. Sachverhaltlich ergibt sich Folgendes: Die Gründung der A.\_\_\_\_\_ erfolgte im Jahre 2007 durch den Zusammenschluss der Unternehmensgruppen G.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, der L.\_\_\_\_\_ und des Vereins H.\_\_\_\_\_. Die Beschwerdeführerin 1 wurde dabei als Konzernobergesellschaft der A.\_\_\_\_\_ installiert. Die J.\_\_\_\_\_ und die K.\_\_\_\_\_ verblieben als Tochtergesellschaften der E.\_\_\_\_\_ AG auch weiterhin im Konzern. Letztere fungierte ab dem Zusammenschluss als Zwischenholding der Gruppensparte L.\_\_\_\_\_, der die J.\_\_\_\_\_ und die K.\_\_\_\_\_ angehörten.

**7.2.5.** Die Vorinstanz hat in Bezug auf verschiedene Arten von Umstrukturierungen eine Auslegeordnung vorgenommen, welche hier nicht nachgezeichnet werden muss (siehe dazu auch RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag [Hrsg. Grolimund/Kolle/Loacker/Portmann], 2018, S. 1269 ff.; siehe auch RICHARD STÄUBER, Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen, GesKR 2020, 89 ff.). Im vorliegenden Zusammenhang handelt es sich um eine sogenannte strukturerhaltende externe Transaktion, bei der eine Erweiterung der Unternehmensgruppe durch bislang externe Unternehmen oder eine andere Unternehmensgruppe erfolgt, die Konzernobergesellschaft und die fehlbare Konzerngesellschaft nach Umsetzung der Umstrukturierung aber immer noch der gleichen Unternehmensgruppe angehören. Dabei können die beiden Gesellschaften ihre Position in der Unternehmensgruppe beibehalten, verändern oder infolge einer Absorption durch andere

Gesellschaften oder einer Kombination mit diesen verlieren. Solche Umstrukturierungen führen entsprechend dem Grundsatz des flexiblen Mitgliederbestandes eines Konzerns zu keinen beachtenswerten Veränderungen. Soweit die Konzernobergesellschaft von einer neu hinzutretenden Gesellschaft absorbiert oder mit einer solchen kombiniert wird, tritt die neue Gesellschaft an die Position der bisherigen Konzernobergesellschaft, von der sie auch die herrschende Stellung gegenüber den anderen Gruppengesellschaften übernimmt. Damit wird vermieden, dass sich ein Konzern durch Umstrukturierungen einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit zu entziehen vermag. Durch die Einbringung der L. \_\_\_\_\_ in die A. \_\_\_\_\_ hat die Beschwerdeführerin 1 von der E. \_\_\_\_\_ AG das Beherrschungsverhältnis zur J. \_\_\_\_\_ und der K. \_\_\_\_\_ übernommen, das sich in Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 nach dem Zusammenschluss der J. \_\_\_\_\_ und der K. \_\_\_\_\_ fortsetzt. Für eine kartellrechtliche Beurteilung ist demzufolge - wie die Vorinstanz zu Recht entschieden hat - von einem Fortbestand des ursprünglichen Beherrschungsverhältnisses zwischen der E. \_\_\_\_\_ AG und deren Tochtergesellschaften auszugehen. Insofern stellt die A. \_\_\_\_\_ das massgebliche Kartellrechtssubjekt dar. Daran ändert entsprechend dem Grundsatz des flexiblen Mitgliederbestands nichts, dass die E. \_\_\_\_\_ AG zu einer Zwischenholding herabgestuft wurde. Angesichts dieses Umstandes ist die Beschwerdeführerin 1 als Konzernobergesellschaft zu Recht mit der Verfügung adressiert worden.

**7.2.6.** Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, vermag nicht zu überzeugen. Sie argumentieren, dass die Beschwerdeführerin 1 im sanktionsrelevanten Zeitraum nicht die Kontrolle über die heutige B. \_\_\_\_\_ AG innehatte. Eine Sanktionierung verstosse mithin nicht nur gegen das Leitungs-, sondern auch das Kontrollprinzip. Diese Argumente zielen an der Sache vorbei. Es trifft zwar zu, dass die heutige Beschwerdeführerin 1 nicht am potentiell wettbewerbswidrigen Verhalten selbst beteiligt war. Angesichts der dargestellten strukturerhaltenden externen Transaktion, wozu sich die Beschwerdeführerinnen nicht begründet geäußert haben, haben sich die massgeblichen Strukturen des Konzerns nicht verändert (siehe oben E. 5.3.2.6), weshalb die Beschwerdeführerin 1 an die Position der bisherigen Konzernobergesellschaft getreten ist, von der sie auch die herrschende Stellung gegenüber den anderen Gruppengesellschaften übernimmt. Sanktioniert nach Art. 49a Abs. 1 KG wird das Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält. Das sanktionierte Kartellrechtssubjekt ist vorliegend die A. \_\_\_\_\_. Da die Beschwerdeführerin 1 im Zeitpunkt des Sanktionsentscheids deren Obergesellschaft war, ist nicht zu beanstanden, dass sie mit der Sanktion belegt wurde.

XXV. Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG

## 8.

**8.1.** Eine Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens kann mehrere der in Art. 7 KG (in der vorliegend anwendbaren und bis am 31. Dezember 2021 gültig gewesenen Fassung; AS 1996 546) beispielhaft aufgeführten Tatbestände (vgl. BGE 146 II 217 E. 7.1)

erfüllen. Ist ein Tatbestand erfüllt, müssen andere nicht geprüft werden (Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.3). Während die WEKO in ihrer Verfügung vom 29. November 2010 mehrere Regelbeispiele geprüft und deren tatbestandsmässige Erfüllung bejaht hat, hat die Vorinstanz sich auf Art. 7 Abs. 2 lit. a und f konzentriert und deren tatbestandsmässige Erfüllung bejaht. Zunächst soll im Folgenden Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (Koppelungsgeschäfte) geprüft werden. Ist diese Norm tatbestandsmässig erfüllt, muss der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG nicht mehr geprüft werden.

## 8.2.

Nach aArt. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (zum Ganzen BGE 146 II 217 E. 4.1). Art. 7 Abs. 2 lit. f KG nennt als verpönte Verhaltensweise, die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

**8.2.1.** 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. Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn - wie aArt. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt. Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens). Gestützt darauf unterscheidet aArt. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen (BGE 146 II 217 E. 4.1) :

Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch); unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lässt sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung sowohl der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert (BGE 146 II 217 E. 4.1 mit Hinweisen).

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 aufzwingen werden. 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. 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, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird (BGE 146 II 217 E. 4.1 mit Hinweisen).

**8.2.2.** Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit aArt. 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 aArt. 7 Abs. 1 KG darstellt (BGE 146 II 217 E. 4.2). Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (zum Ganzen BGE 146 II 217 E. 4.2 m.H.). Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden. Eine pauschale Aussage genügt nicht (BGE 146 II 217 E. 4.2).

**8.2.3.** Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 115/47 vom 9. Mai 2008) geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden (BGE 146 II 217 E. 4.3 mit Hinweisen). Liegen also

gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen. Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) im dritten Erwägungsgrund aus, da "die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten" (zum Ganzen BGE 146 II 217 E. 4.3).

**8.3.** Nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG fällt insbesondere als Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen erbringen, in Betracht. Von einem Koppelungsgeschäft spricht man, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Vertragspartner dazu verpflichtet, eine zusätzliche Leistung anzunehmen oder zu erbringen, ohne dass zwischen der gewollten Hauptleistung und der Koppelungsleistung ein sachlich gerechtfertigter Zusammenhang besteht; es geht also mit anderen Worten darum, dass die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer Dienstleistung (koppelndes Gut) mit einer anderen Ware bzw. Dienstleistung (gekoppeltes Gut) verknüpft wird (vgl. Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.1 mit zahlreichen Hinweisen; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.751; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-KG, N. 489 zu Art. 7; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire romand, a.a.O., N. 262 zu Art. 7 Abs. 2 LCart). Koppelungsgeschäfte haben eine Ausbeutungs- und eine Behinderungsmissbrauchskomponente (vgl. Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.1). Damit der Tatbestand des Art. 7 Abs. 2 lit. f KG erfüllt ist, müssen neben der marktbeherrschenden Stellung die folgenden vier Tatbestandsmerkmale erfüllt sein: Getrennte Güter, Koppelung, potentiell nachteilige Wettbewerbseffekte, fehlende sachliche Rechtfertigung (vgl. Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.1).

**8.4.** Sachverhaltlich wird von den Beschwerdeführerinnen Folgendes nicht oder nicht Art. 106 Abs. 2 BGG entsprechend bestritten: Der A.\_\_\_\_\_ kommt eine marktbeherrschende Stellung auf den verschiedenen Märkten der Zahlungskartenakzeptanz (= acquiring) zu, was für die Märkte der Zusatzprodukte Zahlungskartenterminals und Währungsumrechnung nicht abgeklärt wurde. Die Händler als Kunden für die Annahme von Akzeptanz-Dienstleistungen, Zahlungskartenterminals und DCC-Dienstleistungen bilden die potentiellen Vertragspartner der A.\_\_\_\_\_ als marktbeherrschendes Unternehmen. Bei den Produkten Akzeptanzgeschäft, Zahlungskartenterminals und DCC-Dienstleistungen handelt es sich unzweifelhaft um separate Produkte, weil alle Produkte für einen unterschiedlichen Bedarf konzipiert sind und hierfür jeweils eigene Märkte mit einer eigenen Nachfrage bestehen. Strittig ist zunächst, ob eine Verknüpfung bzw. Koppelung vorliegt.

### 8.5.

**8.5.1.** Eine Koppelung liegt dann vor, wenn der Anbieter des koppelnden Gutes dessen Lieferung von der Abnahme einer zusätzlichen Leistung abhängig macht. Beim Koppelungsgeschäft werden zwei Leistungen gekoppelt,

die durch die gleiche Vertragspartei (d.h. z.B. durch den Händler) erfüllt werden müssen. Das Zusatzprodukt muss nicht durch das marktbeherrschende Unternehmen, sondern kann auch durch einen Dritten erbracht werden. Zwang ist nicht erforderlich; es genügen positive Anreize (vgl. z.B. MESTMÄCKER/SCHWEIZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 18 N. 31). Es gibt verschiedene Koppelungstechniken, wie das tying, pure bundling, mixed bundling (dazu etwa kurz und knapp STÄUBLE/SCHRANER, a.a.O., N. 497 zu Art. 7), welche durch direkte oder indirekte Koppelung erreicht wird. Die direkte Koppelung besteht in einer vertraglichen, technischen oder ökonomischen Koppelung. Indirekte Koppelung arbeitet mit Anreizen (Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.2; STÄUBLE/SCHRANER, a.a.O., N. 498 f. zu Art. 7; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.764, 2.766).

**8.5.2.** Die WEKO ist in ihrer Verfügung vom 29. November 2010 von zwei hintereinander geschalteten Koppelungen ausgegangen, weshalb schliesslich das koppelnde Gut das Acquiring verbunden mit dem DCC-Angebot der J.\_\_\_\_\_ sei, und die gekoppelten Güter seien die ep2-zertifizierten POS-Terminals der K.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass aufgrund der Ausgestaltung des Währungsumrechnungssystems der Beschwerdeführerinnen mehrere Verbindungen bestünden, bei denen diese separaten Produkte jeweils unmittelbar oder mittelbar zusammengeführt gewesen seien: erstens Acquiring-Dienstleistungen und DCC-Dienstleistungen; zweitens DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals; drittens Acquiring-Dienstleistungen und DCC-Terminals. Allerdings bestünde - entgegen der Auffassung der WEKO - keine zwingende Verbindung zwischen den Acquiring-Dienstleistungen als Hauptprodukt einerseits und der Nutzung eines DCC-Terminals als Zusatzprodukt andererseits. Denn Händler hätten im relevanten Zeitraum einen Acquiringvertrag mit den Beschwerdeführerinnen abschliessen können, ohne dabei auch einen DCC-Vertrag abzuschliessen und/oder ein DCC-Zahlungskartenterminal der Beschwerdeführerinnen zu erwerben. Vielmehr war das Hauptprodukt der Akzeptanz-Dienstleistungen auch nach Einführung der DCC-Dienstleistungen und der DCC-Zahlungskartenterminals durch die A.\_\_\_\_\_ für alle Händler weiterhin ohne Verpflichtung zur Abnahme der Zusatzprodukte DCC-Dienstleistungen und/oder DCC-Zahlungskartenterminals verfügbar. Gestützt auf diesen Befund ist die Vorinstanz dann unter Anwendung eines Sonderfalls zum Schluss gekommen, dass trotzdem eine Koppelung bestünde, was die Beschwerdeführerinnen in der Folge vor Bundesgericht rügen.

**8.5.3.** Die Vorinstanz ist in ihren Ausführungen zu Recht davon ausgegangen, dass eine unzulässige Koppelung über mehrere Schritte erfolgen kann. Denn andernfalls könnte ein marktbeherrschendes Unternehmen das Koppelungsverbot dadurch umgehen, dass es die Verknüpfung zwischen Haupt- und Zusatzprodukt nicht unmittelbar, sondern mittelbar über die Einbindung eines weiteren Zusatzprodukts ausgestalten würde.

**8.5.4.** Trotz dieser korrekten rechtlichen Einschätzung hat die Vorinstanz den Sachverhalt indes nicht darauf geprüft, sondern ist angesichts des Umstands, dass die Händler im relevanten Zeitraum einen Akzeptanzvertrag mit der A.\_\_\_\_\_ abschliessen konnten, ohne dabei auch einen DCC-Vertrag mit dieser abzuschliessen und/oder ein

DCC-Zahlungskartenterminal von dieser erwerben zu müssen, davon ausgegangen, dass keine Koppelung vorliege. Zu Unrecht: Im vorliegenden Fall liegt eine doppelte Koppelung vor. Wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG) und wie es sich auch heute noch auf der Website der Beschwerdeführerin 1 präsentiert, bietet die DCC-Funktion einen ökonomischen Anreiz zugunsten der Händler (vgl. zum ökonomischen Anreiz etwa KLING/THOMAS, *Kartellrecht*, 2. Aufl. 2016, § 6 Rz. 142), was die Vorinstanzen nicht beachtet haben. Mit der DCC-Funktion erhalten die Händler eine Provision, die deren eigene Kommission, die sie dem Acquirer schulden, reduziert. Mit anderen Worten erhalten sie bei der Übernahme der DCC-Funktion die Dienstleistung des Acquirers zu günstigeren Konditionen.

Neben diesem von der Beschwerdeführerin 1 geschaffenen ökonomischen Anreiz für den Abschluss des Acquiring-Vertrags mit DCC-Funktion bestehen zusätzliche Anreize, welche den Druck auf die Händler erhöhen: Erstens wird mit dem DCC-Report ungenutztes Sparpotential beim Händler aufgezeigt und dieser erhält Überblick über seine Umsätze. Zweitens: Mit der DCC-Funktion kann der Konsument am Verkaufspunkt entscheiden, in welcher Währung er bezahlen will und damit aufgrund des optimalen Tageskurses seine Kosten reduzieren. Selbst wenn sich der Konsument gegen eine Umrechnung am Verkaufspunkt entscheiden sollte, bringt dies für ihn trotzdem Transparenz in die sonst eher undurchsichtige Währungsumrechnung der Issuer (vgl. MAURER, a.a.O., S. 12). Da Wettbewerbsvorteile sich u.a. auch aus den Präferenzen der Konsumenten ergeben (Konsumentensouveränität: siehe dazu WOLFGANG KERBER, *Wettbewerbspolitik*, in: Apolte et al. [Hrsg.], *Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik III*, 115 ff., 118), wird durch die von der J.\_\_\_\_\_ den Konsumenten angebotene Währungsumrechnung am Verkaufspunkt Druck auf die Händler ausgeübt, sich diese zu beschaffen. Dies verstärkt den bereits genannten ökonomischen Anreiz durch Gewährung vorteilhafter Geschäftsbedingungen. Insofern liegt zwischen Acquiring-Vertrag und DCC-Funktion eine erste Teilkoppelung vor.

Angesichts der besonderen Ausgestaltung der ersten Teilkoppelung ist es daher nicht verwunderlich, dass Händler Akzeptanzverträge trotzdem ohne DCC-Funktion abschliessen konnten, allerdings - was weder die Vorinstanz noch die Beschwerdeführerinnen beachtet haben - mit damit verbundenen finanziellen Einbussen. Ökonomischer besser war offenbar der Abschluss von Akzeptanzverträgen mit DCC-Funktionen (vgl. dazu etwa MARIKE SCHOLZ, in: *Handbuch des Kartellrechts*, Wiedemann [Hrsg.], 4. Aufl. 2020, N. 123 zu § 22). Die zweite Teilkoppelung, die nahtlos an die erste anknüpft und angesichts der Zerstückelung der Koppelung in einzelne Teile notwendige Folge der ersten Teilkoppelung bildet, und - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem Markt für Acquiringverträge anzurechnen ist, ist eine technische bzw. technologische: Die DCC-Funktion funktioniert im relevanten Zeitpunkt nur im Zusammenhang mit den ep2-zertifizierten POS-Terminals der K.\_\_\_\_\_. Ausweichmöglichkeiten sind nicht gegeben. Dass diese Koppelung durch die Beschwerdeführerinnen auch angestrebt wurde, lässt sich auch aus Folgendem folgern: Nach ihrer

vor Vorinstanz geäusserten Auffassung bildet die DCC-Funktion integrierenden Bestandteil der Acquiring-Dienstleistung. Wird zudem berücksichtigt, dass andere Terminalhersteller gar nicht in den Genuss der DCC-Funktion der Beschwerdeführerinnen gelangen konnten, spricht die Vermutung dafür, dass damit der Erwerb des ep2-Terminals der K.\_\_\_\_\_ während des zu beurteilenden Zeitraums initiiert wird, worauf die Vorinstanz im Übrigen auch implizit hinwies, allerdings bei den Ausführungen zum Verschulden.

**8.5.5.** Angesichts dieses Befunds ist es nicht erforderlich, die von der Vorinstanz zur Lösung einer Koppelung beigezogene Sonderlösung zu prüfen. Da sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde darauf fokussiert haben, erübrigt sich auch eine diesbezügliche Auseinandersetzung. Rechtfertigungen (legitimate business reasons) machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend und sind auch nicht ersichtlich.

**8.6.** Die Vorinstanz ist - im Einklang mit der Rechtsprechung und Literatur betreffend das in der EU geltende Recht sowie einem gewichtigen Teil des schweizerischen Schrifttums - davon ausgegangen (siehe dazu die Aufzählung im Entscheid der Vorinstanz E. 1379 ff.), dass es im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG keines Nachweises einer in bestimmter Weise vorliegenden Wettbewerbschädigung oder einer Wettbewerbsverfälschung bedarf. Vielmehr handelt es sich nach dieser Auffassung um die unausweichliche Folge einer Kombination separater Produkte ohne Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Danach ist das Koppelungsverbot erfüllt, wenn bereits die sachwidrige, weder durch Handelsbrauch, sachlichen Zusammenhang oder andere objektive Gründe gerechtfertigte Koppelung als solche mit Art. 7 Abs. 2 lit. f KG unvereinbar ist; eine auswirkungsbezogene Analyse ist nicht erforderlich (vgl. z.B. CLERC/KELLEZI, a.a.O., N. 279 zu Art. 7 Abs. 2 LCart; ANDREAS FUCHS, in: Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, 6. Aufl. 2019, N. 287 zu Art. 102 AEUV; FRIEDRICH WENZEL BULST, in: Kartellrecht, Kommentar, Bunte [Hrsg.], Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, N. 225 i.V.m. 131 zu Art. 102 AEUV). Das Bundesgericht ist im Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 der Sache nach ebenfalls davon ausgegangen, dass eine auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich sei (E. 6.2.3), da das strittige Koppelungsgeschäft zu nachteiligen Wettbewerbseffekten führe (Ausbeutung der Marktgegenseite durch Einschränkung der Auswahlfreiheit; Verdrängungseffekt auf dem Markt für das gekoppelte Produkt). Nicht anders verhält es sich hier; es genügt die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs (vgl. z.B. BULST, a.a.O., N. 225 i.V.m. 131 zu Art. 102 AEUV), worauf die Vorinstanz zu Recht verwiesen hat. Zum einen werden die Händler in ihrer Auswahlfreiheit beschränkt durch die doppelte Koppelung, zum anderen wird durch die Koppelung die Stellung der Schwestergesellschaft von J.\_\_\_\_\_ auf dem Markt für Terminals gestärkt und dort gleichzeitig der Wettbewerb ausgeschaltet, wie die Vorinstanz zutreffenderweise festgehalten hat. Die Beschwerdeführerinnen fokussieren in ihrer Beschwerde auf den Nachweis einer auswirkungsbezogenen Analyse, welche indes - wie dargelegt - nicht erforderlich ist. Sie zielen deshalb mit ihren Rügen an der Sache vorbei, und es ist nicht weiter darauf einzugehen.

XXV. Tatbestand von Art. 49a Abs. KG und Subsumtion

## 9.

Zu prüfen ist, ob das Verhalten der Beschwerdeführerinnen einer Sanktion unterliegt.

**9.1.** Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das sich u.a. nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die Massnahme nach Art. 49a KG verfügt über einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (nulla poena sine lege) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.1 mit Hinweisen).

**9.2.** Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdeführerinnen Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) sind (dazu BGE 146 II 217 E. 8.5.1 mit Hinweisen), diese - als marktbeherrschend - sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten haben. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.1; 146 II 217 E. 8.5.1; 143 II 297 E. 9.6.1 m.w.H.).

## 9.3.

**9.3.1.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist ihr Kartellrechtsverstoss ihnen auch subjektiv zurechenbar. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.2; 146 II 217 E. 8.5.2; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 344 f. m.w.H.). Danach wird - wie das Bundesgericht nun seit mehreren Entscheidungen festgehalten hat - ein Unternehmen dann sanktionierbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich der Kartellrechtsverstoss einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt (BGE 147 II 72 E. 8.4.2; 146 II 217 E. 8.5.2 mit zahlreichen Hinweisen). Insofern zielen die gegenteiligen Ausführungen der Beschwerdeführerinnen an der Sache vorbei.

Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten: So haben marktbeherrschende Unternehmen missbräuchliches Verhalten nach Art. 7 KG zu unterlassen (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 344 f.; je mit weiteren Hinweisen). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (BGE 147 II 72 E. 8.4.2; 146 II 217 E. 8.5.2; 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345; je mit Hinweisen), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (BGE 147 II 72 E. 8.4.2; 146 II 217 E. 8.5.2; 143 II 297 E. 9.6.2).

**9.3.2.** Sachverhaltlich ergibt sich, dass - wie von den Beschwerdeführerinnen vor Vorinstanz vorgetragen - die Entwicklung eines DCC-Produkts und die Abstimmung dieses Produkts mit den DCC-Terminals der K.\_\_\_\_\_ in der Absicht herbeigeführt wurden, um im Rahmen eines Qualitätswettbewerbs zur Attraktivitätssteigerung der Kartenprodukte von K.\_\_\_\_\_ beizutragen, weil die im Kartengeschäft tätigen Gruppengesellschaften der A.\_\_\_\_\_ im internationalen Vergleich kleine



Marktteilnehmer seien, weshalb sie dementsprechend darauf angewiesen gewesen seien, die fehlenden, im begrenzten Schweizer Markt nicht erzielbaren Skaleneffekte durch entsprechenden Qualitätswettbewerb zu kompensieren. Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, bestätigen die Beschwerdeführerinnen damit, dass die Herbeiführung des wettbewerbswidrigen Zustands zur Erzielung eines Wettbewerbsvorteils zu Gunsten der eigenen Gruppengesellschaften von den Verantwortlichen bewusst herbeigeführt worden war.

**9.3.3.** Das Kartellrecht verbietet zwar 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 (vorne E. 8.2.2; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1 mit zahlreichen Hinweisen). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn - wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1 mit zahlreichen Hinweisen; siehe auch Urteil des EuGH vom 6. September 2017 C-413/14 P Intel gegen Kommission, Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, Randnr. 135). Insofern wären die Beschwerdeführerinnen gehalten gewesen, sorgfältig zu agieren und ihr Verhalten (hier: Koppelung) rechtlich abzuklären. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt wäre die Wettbewerbswidrigkeit festzustellen gewesen. Wie die WEKO im Übrigen zu Recht hervorhebt, war J.\_\_\_\_\_ bereits ab 2003 in verschiedene Kartellrechtsverfahren involviert, weshalb bereits dies Anlass gegeben hätte, ihr Verhalten rechtlich umfassend abzuklären. Demgegenüber haben die Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Koppelung ein Gebilde von zwei hintereinander geschalteten Koppelungen, welche gegenseitig voneinander abhängig sind, konstruiert. Was die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen des Verschuldens erneut beanstandete fehlende Kontrolle der Beschwerdeführerin 1 über die verantwortlichen Gesellschaften im Zeitraum des wettbewerbswidrigen Verhaltens betrifft, so kann auf die bereits erfolgten Ausführungen verwiesen werden (vorne E. 7).

XXV. Rechtsfolge von Art. 49a Abs. 1 KG: Sanktionierung

## 10.

### 10.1. Rechtliche Grundlage

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (BGE 146 II 217 E. 9.1; 143 II 297 E. 9.7.1). Die Verwaltungssanktion ist - wie vorne ausgeführt (E. 6) - vorliegend nicht verwirkt und die Belastung entfällt somit nicht (Art. 49a Abs. 3 lit. b KG).

Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1

KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2; 143 II 297 E. 9.7.1 m.H.): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) - Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte - Umsatz auf diesen - Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2 S. 203). Die Sanktion ist begrenzt; sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zumutbar ist dabei eine Sanktion grundsätzlich nur dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen. Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient. Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. zum Ganzen BGE 146 II 217 E. 9.1; 143 II 297 E. 9.7.2).

Die Berechnung der Sanktion ist eine Frage des Ermessens, welche das Bundesverwaltungsgericht frei überprüfen kann (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 lit. c VwVG), während dies dem Bundesgericht verwehrt ist (Art. 189 BV; Art. 95 und 97 Abs. 1 e contrario BGG; Urteil 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 9.1.2, zur Publikation vorgesehen; BGE 147 II 72 E. 8.5.2).

### 10.2. Sanktionsberechnung

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine unrichtige Sanktionsberechnung und beantragen deshalb eine Sanktionsreduktion:

**10.2.1.** Zunächst weisen sie darauf hin, dass eigentlich der Umsatz in den Jahren 2004 bis 2006 für die Berechnung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG heranzuziehen wäre und nicht derjenige von 2007 bis 2009, welchen die Vorinstanz bereits zugunsten der Beschwerdeführerinnen akzeptiert hat. Sie verzichten indes auf eine Rüge, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

**10.2.2.** Die Beschwerdeführerinnen beanstanden sodann, dass für die Sanktionsberechnung auf den Zeitraum vom 11. Mai 2006 bis zum 8. Dezember 2006 abzustellen sei und nicht auf die Dauer von 19 Monaten, wie die Vorinstanz festgestellt habe. Aus diesem Grund sei Art. 4 SVKG nicht anwendbar und die Erhöhung des Basisbetrags um 10% entfalle deshalb. Zur Begründung für

die kürzere Dauer verweisen die Beschwerdeführerinnen auf den Umstand, dass eine Offenlegung der Schnittstelleninformation aufgrund der Re-Zertifizierung durch Visa frühestens ab dem 11. Mai 2006 habe stattfinden müssen. Ob die Argumentation im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (essential facility) tragfähig ist, was die Vorinstanz verneint, kann offenbleiben. Jedenfalls ist die Offenlegung im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG irrelevant, da die oben dargestellte und bewertete Koppelung nicht davon abhängig ist.

**10.2.3.** Die Beschwerdeführerinnen bestreiten ferner die vorinstanzliche Auffassung, wonach der Wettbewerbsverstoss mittelschwer sei. Weder treffe dies in subjektiver noch in objektiver Hinsicht zu.

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag u.a. nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, dass der Basisbetrag nach Schwere und Art des Verstosses gebildet wird. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4 mit zahlreichen Hinweisen). Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, zu berücksichtigen sind zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4). Insofern sind die von den Beschwerdeführerinnen monierten subjektiven Elemente unbeachtlich.

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Basisbetrags bildet der Verstoss, d.h. in casu die gestaffelte Koppelung von zwei Gütern, die sachlich nicht zusammengehören (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, a.a.O., N. 489 zu Art. 7). Wie bereits erwähnt, erfolgen dadurch zweifache nachteilige Wettbewerbseffekte: Zum einen werden die Händler auf dem Markt des Marktbeherrschers in ihrer Auswahlfreiheit beschränkt; schliessen sie einen Acquiring-Vertrag ohne DCC-Funktion ab, haben sie weniger günstige Konditionen zu gewärtigen (vorne E. 8.5.4). Zum anderen wird durch die Koppelung die Stellung ihrer Schwestergesellschaft auf dem Markt für Terminals gestärkt, gleichzeitig dort der Wettbewerb ausgeschaltet und deren mögliche Konkurrentinnen vom Markt verdrängt (vorne E. 8.6). Bereits dadurch zeigt sich, dass Koppelungen besonders problematisch sind. Kommt hinzu, dass - wie bereits ausgeführt - Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ein Gefährdungstatbestand ist (vgl. vorne E. 8.2), weshalb die Rügen der Beschwerdeführerinnen, wonach die Beeinträchtigungen auf dem relevanten Markt gering wären, ins Leere zielen, was im Übrigen zu Recht bereits die Vorinstanz konstatiert hat. Auf das erhebliche Gefährdungspotential von Koppelungsgeschäften deutet auch hin, dass die Europäische Kommission die Koppelung in ihre Erläuterungen vom 5. Dezember 2008 als eine ihrer Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (nachfolgend: Prioritätenmitteilung; ABl. C 45 vom 24. Februar 2009 S. 7 ff.) aufgenommen und ausführlich behandelt hat (Rz. 2 i.V.m. 47 ff.). Mit der Prioritätenmitteilung hat die Kommission ihre Prioritäten in Bezug auf Wettbewerbsbeeinträchtigung kundgetan (vgl. hierzu bereits BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3).

10.2.4. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Rügen und Argumente nichts am vorinstanzlichen Entscheid zu ändern vermögen.

XXV. Sanktionsminderung wegen überlanger Verfahrensdauer

## 11.

**11.1.** Die Beschwerdeführerinnen werfen den Vorinstanzen vor, dass das Verfahren zu lange gedauert habe, und weisen die Begründungen der Vorinstanz zurück, wonach die lange Verfahrensdauer zum einen darauf beruhe, dass eigene Entscheide und Entscheide des Bundesgerichts in anderen Verfahren abgewartet werden mussten, und zum anderen auf das Verhalten der Beschwerdeführerinnen selbst zurückzuführen sei.

**11.2.** Als Minimalanforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV (in casu auch gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK) den Erlass eines Entscheides innerhalb einer angemessenen Frist; dies gilt auch für das Kartellrechtsverfahren, wie die Vorinstanz zutreffend und ausführlich erläutert hat. Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich nicht absolut. Sie ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit wie Umfang und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe zu beurteilen (BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4 mit Hinweisen; BGE 130 I 312 E. 5.1). Für die Rechtssuchenden ist es unerheblich, auf welche Gründe eine übermässige Verfahrensdauer zurückzuführen ist; mangelnde Organisation oder Überlastung bewahren nicht vor dem Vorwurf der Rechtsverzögerung (BGE 144 II 486 E. 3.2; 130 I 312 E. 5.2). Entscheidend ist ausschliesslich, dass die Behörde nicht oder nicht fristgerecht handelt. Bei der Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer ist daher zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen (BGE 144 II 486 E. 3.2; 125 V 188 E. 2a). Dies ist nachfolgend zu prüfen.

**11.3.** Sachverhaltlich ergibt sich in Bezug auf die Eckdaten des vorliegenden Verfahrens, dass dieses mit der Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 KG im Januar 2007 eröffnet wurde. Die Verfügung der WEKO datiert vom 29. November 2010, die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht vom 31. Januar 2011, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018. Zur Begründung führt die Vorinstanz Folgendes an: Erstens war das Verfahren vor der WEKO während rund 20 Monaten unterbrochen, weil die Beschwerdeführerinnen nach dem Ausstand des Vizedirektors erfolglos bis vor Bundesgericht (Urteil 2C\_732/2008 vom 24. März 2009) versucht hatten, im Wesentlichen das Verfahren zu wiederholen. Gleichzeitig wurden auf Veranlassung der Beschwerdeführerinnen Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung geführt, welche von der WEKO abgebrochen wurden, weil offenbar über wesentliche Punkte keine Einigung zustande kam. Zweitens habe das Verfahren zwar lange gedauert, doch könne dies gerechtfertigt werden: so seien interne Abgleichungen mit anderen Verfahren und auch solche mit dem Bundesgericht notwendig geworden, weil die Beschwerdeführerinnen

grundsätzliche Verfassungsfragen aufgeworfen hätten. Ferner hätten die Beschwerdeführerinnen insgesamt mehrere hundert Einwände gegen die Verfügung der WEKO vorgebracht, was weitreichende Abklärungen erfordert habe und sich in ihrem Urteil mit 60 bisher nicht entschiedenen Kartellrechtsfragen ausgedrückt habe. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen durch ihr eigenes Verhalten zu einer aufwändigen und äusserst zeitintensiven Bearbeitung beigetragen.

**11.4.** Zwar hat das Verfahren durchaus lange gedauert, doch lassen sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen und das Beschleunigungsgebot (vgl. vorne E. 6.3) ist nicht verletzt. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, vermag nicht zu überzeugen:

**11.4.1.** Die Beschwerdeführerinnen argumentieren für ihre Anliegen zunächst mit dem Strafrecht. Aber auch hier gilt, dass es sich trotz der Berücksichtigung strafrechtsähnlicher Grundsätze um ein Verwaltungsverfahren handelt (vgl. BGE 148 II 182 E. 3.3.3 mit Hinweisen). Die von den Beschwerdeführerinnen zitierten Strafrechtsentscheide können deshalb nicht unbesehen auf das Kartellverwaltungsverfahren übertragen werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt nämlich durchaus die Eigenheiten von Kartellrechts- und ähnlichen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Verfahren (vgl. die Hinweise in BGE 139 I 72 E. 4.4: Zulässigkeit von Abweichungen bei einer "procédure administrative" von einer "procédure pénale au sens strict du terme").

**11.4.2.** Das Bundesgericht hat im Einklang mit den Vorinstanzen im Urteil 2C\_732/2008 vom 24. März 2009 das Begehren der Beschwerdeführerinnen abgelehnt, sämtliche Instruktionshandlungen zu wiederholen. Insofern kann die Verzögerung nicht den Vorinstanzen angerechnet werden.

**11.4.3.** Die publizierte Verfügung der WEKO vom 29. November 2010 umfasst etwas mehr als hundert Seiten. Der Sachverhalt ist komplex und die WEKO hat aufgrund der Handlungen der Beschwerdeführerinnen mehrere unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 KG geprüft. In das Verfahren sind mehrere Gesellschaften involviert, während des Verfahrens erfolgten Konzernumstrukturierungen. Zu prüfen waren sodann Fragen des geistigen Eigentums, welche durch die Schnittstellenproblematik aufgeworfen wurden, und damit des Anwendungsbereichs des KG. Die entsprechenden Ausführungen der WEKO haben die Beschwerdeführerinnen durchgehend gerügt. Nicht entscheidend ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - der Umfang ihrer Beschwerde von "lediglich" 161 Seiten, sondern die vorgebrachten Rügen. Wirft man einen Blick in das Urteil der Vorinstanz, so werden zu jeder Rechtsfrage jeweils die Rügen der Beschwerdeführerinnen dargelegt und mussten dementsprechend auch behandelt werden. Insofern kann nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz Rechtsfragen behandelt hätte, die gar nicht aufgeworfen worden sind. Dies trifft im Übrigen auch auf Rechtsfragen zu, welche bereits durch das Bundesgericht in BGE 139 I 72 beantwortet worden sind, denn wie sich aus dem vorinstanzlich festgestellten, unbestritten gebliebenen und somit für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt ergibt (Art. 105 Abs. 1 BGG), haben die Beschwerdeführerinnen nach

dem Rückzug ihrer Rügen dieselben später wieder vorgebracht.

**11.4.4.** Eine Lektüre des vorinstanzlichen Urteils und auch die Eingaben ans Bundesgericht lassen erkennen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht zur Beschleunigung, sondern zur Verzögerung des Verfahrens beigetragen haben: Zu nennen sind etwa die ganzen Ausführungen zum Unternehmensbegriff, zum Verfügungsadressaten, zu unzähligen Beweisanträgen oder die vor den Vorinstanzen widersprüchlichen Angaben zum Umsatz (Art. 105 Abs. 1 BGG). In dieses Bild passt auch der Rückzug der Rügen zu Rechtsfragen, welche bereits in BGE 139 I 72 behandelt worden sind, um gegen Ende des Verfahrens vor Vorinstanz dieselben Rügen wieder vorzubringen. Dies ist den Beschwerdeführerinnen nicht zum Vorwurf zu machen; es folgt daraus aber nicht, dass die Dauer des Verfahrens deshalb den Vorinstanzen anzulasten wäre, da sich die Dauer dadurch eben rechtfertigen lässt.

**11.5.** Insgesamt ist das Verfahren zwar als lang zu bezeichnen und die Verfahrensdauer ist an der oberen Grenze, doch lässt sich diese - wie dargelegt - rechtfertigen.

## 12.

Entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis, wonach es sowohl gestützt auf das Kartellgesetz als auch des VwVG nicht zulässig ist, ohne schutzwürdiges Feststellungsinteresse einen selbständigen Feststellungsentscheid zu fällen (BGE 137 II 199 E. 6; 135 II 60 E. 3.1.3, 3.2.2; Urteil 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 14), ist das Dispositiv der Verfügung der WEKO vom Amtes wegen zu berichtigen.

XXV. Kosten und Parteientschädigung

## 13.

Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 wird bestätigt unter Vorbehalt von Ziff. 2 des Dispositivs, das von Amtes wegen wie folgt berichtigt wird:

"2. Die Ziff. 1-5 des Dispositivs der in Ziff. 1 bezeichneten Verfügung werden aufgehoben und Ziff. 6 wird wie folgt neu formuliert: 'Die A. \_\_\_\_\_ AG wird für ihre unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG mit einem Betrag von CHF 7'029'000.-- belastet.'

### 3.

Die Gerichtskosten von Fr. 60'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, mitgeteilt.

---

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
 BB Bundesbeschluss  
 BBI Bundesblatt  
 BG Bundesgesetz  
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
 BGer Bundesgericht  
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
 BR Bundesrat  
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
 BV Bundesverfassung  
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
 CE Communauté Européenne  
 CE Conseil des Etats  
 CF Conseil fédéral  
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
 CO Code des obligations  
 Cost. Costituzione federale  
 CPC Code (cantonal) de procédure civile  
 CPS Code pénal suisse  
 cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
 DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
 FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

**H**

HGer Handelsgericht  
 HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
 JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen  
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale  
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
 LF Loi fédérale / Legge federale  
 LL Legge federale sul lavoro  
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits  
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce		
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	<b>T</b>	
OR	Obligationenrecht	TA	Tribunal administratif
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TApp	Tribunale d'Appello
		TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
<b>P</b>		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>U</b>	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>Q</b>			
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>W</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)		
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>X</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Y</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	<b>Z</b>	
		ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 896, 967, 983, 988, 1002 ff., 1009, 1012, 1033, 1084, 1086, 1093, 1117
- Abrede 896 f., 916, 931, 934, 949 ff., 953, 962 f., 966 f., 971 ff., 978 f., 981, 983, 985 ff., 990 f., 993 f., 996, 1001 ff., 1008 ff., 1025, 1029 ff., 1050 ff., 1059, 1062 ff., 1066, 1071 ff., 1077 f., 1080, 1082 ff., 1095 f., 1098 ff., 1112, 1114, 1116 f., 1127
- Acquiring 1120, 1123 f., 1128 ff., 1132
- Anhörung 967, 1031
- Apotheker/innen 987
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 941, 963, 971, 974, 1049, 1082, 1125
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 1123
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 890, 1038, 1078, 1100 ff.
- Effizienzprüfung 1015, 1077 f., 1101
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 962, 966, 969, 1104
- Erheblichkeit 981 ff., 988 993 ff., 998, 1001 ff., 1006, 1011 ff., 1022, 1030, 1033 ff., 1050, 1053 ff., 1069, 1072 ff., 1076 f., 1080, 1083 f., 1086, 1088 ff., 1103 ff., 1107, 1110
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis 993
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 901, 906, 917, 927, 929, 934, 1017
- Koppelungsgeschäft 1127 f., 1130, 1132
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 1120, 1123
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 1128, 1130
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 898 ff., 902, 905, 907, 909, 912, 918 f., 927 ff., 946 f., 1021, 1120, 1123, 1127 f., 1131
- Marktgegenseite 919 f., 923, 926, 930, 938 f., 982, 992, 1008, 1010, 1017 ff., 1021 f., 1024, 1029 f., 1054, 1062 f., 1073 f., 1077, 1083, 1090, 1098 f., 1127, 1130
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 1003
- Marktzutrittsschranken 1062, 1072, 1127
- Meldepflicht 898 ff., 902 f., 907, 910, 917 ff., 929 f., 932, 934 ff., 939 ff.
- Missbrauch 935, 937, 965, 987, 1026, 1049, 1120, 1123, 1127 f., 1132
- N**
- Netzwerk 906, 921, 923 f.
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 985, 1004, 1036
- potenzieller Wettbewerb 1064, 1072 f., 1077
- Preisabrede 979, 1010, 1030 ff., 1036, 1051 ff., 1102
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 897, 933, 967, 981, 983, 1009 f., 1012, 1014, 1049, 1051 ff., 1073 f., 1102
- Reduktion der Sanktion 972, 975

**S**

Sanktionen 932 f., 942 f., 976, 979 ff., 990, 1000, 1007,  
1010, 1106, 1114 ff., 1125 ff., 1131

Senkung Herstellkosten -

Submission 950, 1032 f., 1112, 1116

Submissionskartell 1032

**T**

Tarife 933, 1102

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen 933, 935, 938

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 921 ff., 927, 933, 949, 952, 962, 964, 966 ff.,  
978 ff., 986, 988 ff., 1005, 1018, 1022, 1024, 1029 f.,  
1045, 1051 f., 1054 f., 1066, 1069 ff., 1078 f., 1089, 1100,  
1103 ff., 1110, 1112, 1114, 1120, 1125, 1132

unzulässige Wettbewerbsabrede 962, 981, 1002, 1087,  
1100, 1112

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 997, 1020

Verschulden 940 f., 1130 ff.

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 917

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X****Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -