



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

2025/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.25/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

2025/2

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.

Juli/juillet/luglio 2025

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

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

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

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Provisionsregelung für Vermittler von öV-Tickets im ZVV	242
	2. Händler- und Serviceverträge X.	248
	3. Beratung betreffend Zusammenarbeit mit Joint Ventures	256
	4. Meldepflicht Emmi AG/Mademoiselle Desserts-Gruppe	261
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Vermarktung von Verzeichnisdaten	264
	2. Netzbaustrategie Swisscom	320
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Emmi AG/Mademoiselle Desserts International SAS	454
	2. Emmi AG/HOCHSTRASSER AG LITTAU	457
	3. DOVISTA/4B	460
	4. Qatar Holding LLC/Audi AG/Sauber Holding A	463
	5. InfraVia/Iliad/OP Core	466
	6. Daimler Truck/Volvo/JV	470
	7. Hartree/ED&F Man Commodities	473
	8. BNPP/Mirova/Arkolia	474
	9. IK Partners/Sagard/Sterimed	475
	10. Carlyle/SK Capital Partners/bluebird bio	476
	11. BNP Paribas Cardif S.A./AXA Investment Managers S.A.	477
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Vernehmlassung zur Revision der Verordnung über die zentrale Bewirtschaftung des Angebots an elektrischer Energie	478
	2. Stellungnahme der WEKO vom 25. September 2023 zuhanden der Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA in Sachen Zusammenschluss UBS Group AG/Credit Suisse Group AG	486
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 26. November 2024 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht	593
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Entscheid des Bezirksrats des Kantons Zürich vom 21. März 2024 – Ausschreibung Neuvermietung Gastronomie Seebad Monopolkonzession Grundsatz der Transparenz Beteiligungsverhältnisse	610
	2. Sentenza del Tribunale cantonale amministrativo della Repubblica e Cantone Ticino del 27 febbraio 2018	614
	3. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 21. Januar 2025 – Vorsorgliche Massnahmen / kartellrechtliche Ansprüche	622
C 2	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	

1.	Urteil vom 5. Juni 2024 – Feststellungsverfügung betreffend Ausschreibungspflicht, Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht vom 1. Juni 2022	630
E	Diverses	
	Divers	
	Diversi	
1.	Rechtsgutachten im Auftrag des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO «Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM)» vom 10. Februar 2023 von Prof. Bernhard Rütsche	636
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	656
	Index (deutsch, français e italiano)	658

B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Provisionsregelung für Vermittler von öV-Tickets im ZVV

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).

A Sachverhalt

Gemäss Beratungsanfrage beabsichtige die öV-Branche im Nationalen Direkten Verkehr mit Einführung der NOVA-Nutzungsbedingungen¹ 3.2 (nachfolgend: NOVA-NB 3.2) auch die an Vermittler zu entrichtenden Provisionen neu zu regeln. Es solle im Nationalen Direkten Verkehr² ein neues öV³-Provisionsmodell verabschiedet werden, mit dem sowohl die konzessionierten Transportunternehmen (nachfolgend: KTU) und Verbünde als auch branchenfremde Unternehmen für ihre Vermittlertätigkeit entschädigt würden.

Im Regionalen Direkten Verkehr⁴ (nachfolgend: RDV) solle das öV-Provisionsmodell nicht generell gelten. Gemäss Beratungsanfrage solle im RDV vielmehr jeder Verbund als Tarifeigner für sich entscheiden, ob er das öV-Provisionsmodell übernehme oder eine alternative Provisionsregelung anwende.

Der Zürcher Verkehrsverbund (nachfolgend: ZVV) beabsichtige gemäss Beratungsanfrage, das öV-Provisionsmodell nicht zu übernehmen. Er plane stattdessen mit der Einführung der NOVA-NB 3.2 auf die Entrichtung einer Vermittlerprovision zu verzichten. Das bedeute, dass weder Zürcher KTU noch andere KTU, Verbünde oder branchenfremde Unternehmen, die im Verbundnetz des ZVV namens und im Auftrag des ZVV öV-Tickets an Reisende vermittelten, eine Entschädigung erhalten würden. Der Verzicht auf eine Provision würde damit für alle Vermittler gelten und würde diskriminierungsfrei sein.

B Fragestellung

Ist das Verhalten des ZVV der Nichtgewährung von Vermittlungsprovisionen unter dem Blickwinkel von Art. 7 KG in einer hypothetischen Situation, bei der der ZVV

eine marktbeherrschende Stellung hat und keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, kartellrechtlich zulässig?

C Beurteilung

C.1 Vorbemerkung

5. Vorliegende Beurteilung erfolgt explizit unter der hypothetischen Annahme, dass im relevanten Zusammenhang keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG bestehen und der ZVV eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.

C.2 Argumente Beratungsanfrage

6. Gemäss Beratungsanfrage würde der Verzicht des ZVV auf die Entrichtung einer Vermittlerprovision auch unter Annahme einer irgendwie gearteten marktbeherrschenden Stellung des ZVV keine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG darstellen.

7. Weil es in der Schweiz bis anhin keine Präzedenzfälle gebe, die sich mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Provisionsverzichts für Vermittlungsdienstleistungen im öffentlichen Verkehr befassen würden, verweist die Beratungsanfrage auf einen Entscheid des deutschen Bundeskartellamtes (nachfolgend: BKartA). Das BKartA habe in seinem noch nicht rechtskräftigen Entscheid B9-144/19 vom 26. Juni 2023 (nachfolgend: BKartA-Beschluss) festgestellt,⁵ dass der von der Deutschen Bahn AG (nachfolgend: DB) vorgesehene Verzicht auf eine Provision gegenüber Mobilitätsplattformen

¹ Bedingungen für die Nutzung der NOVA-Plattform. NOVA stehe gemäss Beratungsanfrage für netzweite ÖV-Anbindung für den Vertrieb von Angeboten des öffentlichen Verkehrs.

² Gemäss Beratungsanfrage: verbundübergreifende Verbindungen und Verbindungen in Gebieten ohne Verbünde.

³ Öffentlicher Verkehr.

⁴ Punkt-zu-Punkt-Verbindungen mit sowohl Startpunkt als auch Ziel sowie Gesamtverlauf innerhalb eines Verbundperimeters.

⁵ Bundeskartellamt, 26.6.2023, Beschluss B9-144/19, *Deutsche Bahn AG*.

gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV⁶ verstosse.

8. Folge man den Erwägungen des BKartA, so ergäbe sich, dass der vom ZVV beabsichtigte Provisionsverzicht nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG⁷ wäre.

9. Das BKartA habe befunden, dass die DB als vertikal integriertes und gewinnorientiertes Staatsunternehmen ihre Marktstellung auf dem Markt für Daten und Buchungsanwendungen des Schienenpersonenverkehrs als Hebel nutze, um auf dem Markt für integrierte Mobilitätsdienstleistungen den wettbewerblichen Verhaltensspielraum ihrer Wettbewerber einzuschränken und so einen Vorteil für ihre eigenen digitalen Angebote zu erlangen. Dies stelle eine unbillige Behinderung im Sinne von Art. 102 AEUV dar.

10. Ausschlaggebend für die kartellrechtliche Beurteilung des BKartA sei also gewesen, dass (1) die DB ein weitgehend vertikal integriertes und gewinnorientiertes Unternehmen sei und (2) mit ihrem eigenen Angebot von integrierten Mobilitätsdienstleistungen in einem direkten Wettbewerbsverhältnis zu anderen Mobilitätsplattformen stehe und durch die Nicht-Provisionierung von Mobilitätsplattformen einen Vorteil für ihr eigenes Angebot erlangt habe.

11. Auf den ZVV träfen diese Feststellungen nicht zu. Erstens sei der ZVV nicht in vergleichbarem Umfang wie die DB vertikal integriert, die mit ihren Tätigkeiten in den Bereichen Netzinfrastruktur, Schienenverkehr und Fahrkartenvertrieb mehrere Rollen gleichzeitig im öV einnehme. Das BKartA stelle in seinem Entscheid fest, dass die DB im Schienenpersonenfernverkehr und auch im Schienenpersonennahverkehr mit weitem Abstand Marktführerin sei. Von dieser Marktführerschaft im Schienenpersonenverkehr profitiere die DB letztlich auch im Wettbewerb zu anderen Mobilitätsplattformen: Obwohl es mehrere grössere Online-Plattformen von Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie Dritten geben würde, die Fernverkehrstickets anbieten würden, fänden im Vergleich zu diesen rund 90 % der Aufrufe über die Online-Vertriebskanäle der DB statt. Die DB nehme damit eine für den Wettbewerb bedeutende Doppelrolle ein.

12. Von Bedeutung sei gemäss BKartA auch die marktbeherrschende Stellung der DB auf dem nationalen Markt für Daten und Buchungsanwendungen des Schienenpersonenverkehrs. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der DB auf dem vorgelagerten Markt seien die Mobilitätsplattformen auf den Zugang zu Daten und Buchungsanwendungen im Schienenpersonenverkehr bei der DB angewiesen. Die DB würde ihre Marktstellung auf dem Markt für Daten und Buchungsanwendungen des Schienenpersonenverkehrs als Hebel benutzen, um auf dem Markt für integrierte Mobilitätsdienstleistungen den wettbewerblichen Verhaltensspielraum ihrer Wettbewerber einzuschränken und so einen Vorteil für ihre eigenen digitalen Angebote zu erlangen. Indem die DB sich Wettbewerbsvorteile auf dem nachgelagerten Markt für Integrierte Mobilitätsdienstleistungen verschaffen würde, könne sie letztlich ihre überragende Marktstellung im Bereich des Schienenpersonenverkehrs absichern.

13. Die Ausgangslage beim ZVV sei eine völlig andere: Der ZVV sei auf keinem plausiblen Markt marktbeherrschend und nehme anders als die DB nicht eine Vielzahl von verschiedenen Rollen im öV ein. Insbesondere habe der ZVV keine bedeutende Doppelrolle im Schienenpersonenverkehr und im Vertrieb von öV-Tickets. Im Schienenpersonenverkehr sei der ZVV gar nicht tätig. Durch eine Behinderung von Vermittlern würde er sich demnach im Unterschied zur DB von vornherein gar keinen irgendwie gearteten Wettbewerbsvorteil auf dem vorgelagerten Markt des Personenverkehrs verschaffen können.

14. Auch im Vertrieb von öV-Tickets liege keine Marktführerschaft des ZVV vor. Der geschätzte Marktanteil des ZVV liege für das Verbundsortiment lediglich bei rund [20-30] %. Betrachte man nur die digitalen Vertriebskanäle liege der geschätzte Marktanteil des ZVV gar nur bei [0-10] %. Gemäss Feststellungen des BKartA fänden in Deutschland dagegen rund 90 % der Aufrufe über die Online-Vertriebskanäle der DB statt.

15. Des Weiteren kontrolliere der ZVV weder die Netz-Infrastruktur noch die Fahrplandaten, zu denen die Vermittler Zugang hätten. Es liege schlicht keine marktbeherrschende Stellung des ZVV vor, die der ZVV als Hebel benutzen könnte, um den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der Vermittler einzuschränken.

16. Zweitens stehe der ZVV auf dem Markt für die Vermittlung von öV-Tickets in keinem Wettbewerbsverhältnis zu den Vermittlern, die für die KTU im Verbundperimeter Vermittlungsdienstleistungen erbrächten. Der ZVV selbst vermittle im Kanton Zürich keine Tickets für die leistungserbringenden KTU. Die KTU erfüllten über den ZVV vielmehr ihre gesetzliche Vertriebspflicht (Art. 19 PBG⁸ i. V. m. Art. 57 VPB⁹). Die DB stehe dagegen gemäss Feststellungen des BKartA in einem direkten Wettbewerbsverhältnis zu anderen Mobilitätsplattformen.

17. Entsprechend profitiere der ZVV auch nicht vom Provisionsverzicht. Das gelte auch für die an den ZVV angeschlossenen KTU: Die KTU des ZVV, die im Kanton Zürich auch als Vermittler von öV-Tickets tätig seien, würden ebenso wenig eine Vermittlerprovision wie KTU aus anderen Verbundperimetern oder branchenfremde Vermittler erhalten. So würden beispielsweise die Schweizerischen Bundesbahnen (nachfolgend: SBB), die über ihren Webshop ein Billett für die leistungserbringenden KTU Sihltal Zürich Uetliberg Bahn SZU und den Verkehrsbetrieben Zürich (VBZ) vermittle, für diese Vermittlung keine Provision erhalten.

⁶ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47.

⁷ Gemäss Beratungsanfrage könne gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Praxis zu Art. 102 AEUV ohne Weiteres auch für die Auslegung und Praxis von Art. 7 KG berücksichtigt werden (BGE 146 II 217, E. 4.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022, E. 8.2.3, *A AG und B AG/WEKO*).

⁸ Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1).

⁹ Verordnung vom 4. November 2009 über die Personenbeförderung (VPB; SR 745.11).

18. Anders als im Fall der DB komme es durch den Verzicht auf die Entrichtung einer Vermittlerprovision zu keiner Wettbewerbsverzerrung zugunsten des ZVV oder der an ihm angeschlossenen KTU. Der ZVV könne im Gegensatz zur DB nicht aufgrund von «nicht getätigten Ausgaben» sein Angebot für den Vertrieb oder die Vermittlung von öV-Tickets ausbauen. Die Vermittlung von öV-Tickets durch KTU oder branchenfremde Unternehmen führe beim ZVV folglich nicht zu «nicht getätigten Ausgaben», von denen der ZVV finanziell profitieren würde.

19. Eine Wettbewerbsverzerrung sei auch ausgeschlossen, weil die Vermittler nicht von einer Vermittlerprovision des ZVV abhängig seien, um am Wettbewerb teilnehmen zu können. Den Vermittlern stehe im RDV wie auch im NDV eine Vielzahl von Nachfragern von Vermittlungsdienstleistungen als Ausweichmöglichkeit zur Verfügung. Von Bedeutung sei auch, dass sich Vermittler auf die lukrativen öV-Angebote beschränken und zusammen mit weiteren Dienstleistungen (z. B. in Form von kombinierten Mobilitätsangeboten) attraktive Pakete für Reisende schnüren und damit Einnahmen erwirtschaften könnten. Die Vermittler seien nicht auf eine Provision angewiesen, um ihre Tätigkeit auszuüben.

20. Hinzu komme, dass gemäss BKartA nur wirtschaftlich werthaltige Leistungen zu vergüten seien. Gemäss BKartA würden Mobilitätsplattformen für die DB solch wirtschaftlich werthaltige Leistungen erbringen, weil die DB von der Reichweite der Mobilitätsplattformen profitieren würde und Kunden für ihre Angebote des Personenverkehrs würde gewinnen können. Dies sei beim ZVV nicht der Fall. Die von Vermittlern im Verbundperimeter des ZVV erbrachten Vermittlungsdienstleistungen seien weder für den ZVV noch für die KTU wirtschaftlich wertvoll.

21. Im Gegenteil, eine Vermittlerprovision würde aus den folgenden Gründen vielmehr zu Mehrkosten im Vertrieb in der Höhe von mehreren [...] und damit zu einer entsprechenden Erhöhung des ZVV-Defizits führen.

22. Die KTU müssten im Gegensatz zu privaten, gewinnorientierten Akteuren im Sinne des Service Public allen Kundengruppen an jeder Haltstelle den Zugang zum öffentlichen Verkehr ermöglichen. Deswegen müsse der ZVV im Rahmen des vom Kantonsrat vorgegebenen Rahmenkredit eine flächendeckende, verlässliche und wirtschaftlich effiziente Vertriebsorganisation finanzieren, bestehend u. a. auch aus den sehr kostenintensiven bedienten Verkaufsstellen vor Ort und den Ticketautomaten. Im Jahr 2019 habe der Vertrieb den ZVV insgesamt rund [...] Franken gekostet. Das seien [...] % der Einnahmen. Ohne Berücksichtigung der digitalen Kanäle und der dadurch generierten Einnahmen liege der Vertriebskostensatz gar bei [...] %. Insgesamt sei 2019 im ZVV ein Kostendeckungsgrad von 69 % mit einem Defizit von 320 Millionen Franken erzielt worden.

23. So würde bspw. die Finanzierung einer Provision in der Höhe von [...] % wie gegenwärtig im NDV vorgesehen, beim ZVV unmittelbar zu jährlichen Netto-Mehrkosten von rund [...] Franken führen. Diese Kosten kämen zu jenen des rechtlich vorgeschriebenen, nicht-digitalen Vertriebs hinzu. Im Vergleich zu heute entspräche dies einer Kostensteigerung von [...] %. Und jedes zusätzliche Provisionsprozent würde die Verkaufskosten um weitere [...] % ansteigen lassen.

24. Diese Mehrkosten würde die öffentliche Hand (über die Finanzierung des Defizits) oder die Kundschaft (über höhere Ticketpreise) tragen müssen. Die Ausbezahlung einer Provision würde im Falle des ZVV somit zusätzliche, signifikante Mehrkosten verursachen, ohne einen entsprechenden Mehrnutzen. Dies würde nicht nur den legitimen Interessen des Bestellers widersprechen, sondern hätte auch eine stärkere finanzielle Belastung von Steuerzahlern oder Reisenden zur Folge, ohne dass für sie ein Mehrnutzen generiert würde.

25. Diese Umstände würden auch im Rahmen einer Rechtfertigung zu berücksichtigen sein. Der Verzicht auf eine Vermittlerprovision sei notwendig, um die Vertriebskosten und damit das Defizit des ZVV nicht zu erhöhen und die Wirtschaftlichkeit der bestehenden Kanäle nicht weiter zu verschlechtern. Die öffentlichen Interessen an einem flächendeckenden und kosteneffizienten öV-Betrieb für alle Kundengruppen überwiegen die privaten Gewinnabsichten von Vermittlern.

26. Schliesslich habe das BKartA den Verzicht auf eine Provisionsentrichtung durch die DB insbesondere deshalb als problematisch beurteilt, weil die Gefahr bestanden habe, dass bei einem Provisionsverzicht die vom BKartA beabsichtigte Abstellung der Rabatt- und Werbeverbote der DB für Mobilitätsplattformen sowie die Zugangsverpflichtung zu Prognosedaten und die damit einhergehenden ökonomischen und technischen Umsetzungsbedingungen ins Leere hätten laufen können. Solche Umstände gebe es vorliegend nicht.

27. Es bestünden damit keine Anhaltspunkte dafür, dass ein grundsätzlicher, diskriminierungsfreier Verzicht auf eine Vermittlerprovision missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG sein könnte. Es liege insbesondere kein Diskriminierungstatbestand (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und auch kein Fall der missbräuchlichen Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) vor.

C.3 Analyse

28. Aufgrund der Angaben der Beratungsanfrage steht bei der Nichtgewährung einer Vermittlungsprovision durch den ZVV die Frage nach einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG im Vordergrund.

C.3 Analyse

29. Als potenziell missbräuchliche Verhaltensweisen gelten im Kontext von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG sachlich nicht gerechtfertigte Verweigerungen von Geschäftsbeziehungen mit einer wettbewerbslichen Behinderungswirkung. Damit sind in erster Linie Verhaltensweisen gemeint, die eine Behinderung von (potenziellen) Konkurrenten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs bezwecken. Folgerichtig ist diese Tatbestandsvariante primär dem Behinderungsmissbrauch zuzuordnen. Die Geschäftsverweigerung kann dabei sowohl von einem marktbeherrschenden Anbieter gegenüber aktuellen oder potenziellen Abnehmern (z. B. in Form einer Liefersperre) als auch von einem marktbeherrschenden

Abnehmer gegenüber aktuellen oder potenziellen Lieferanten (z. B. in Form einer Bezugssperre) ausgehen¹⁰

30. Die Geschäftsverweigerung kann sich somit richten gegen¹¹

- Mitbewerber, die selbst auf dem beherrschten Markt tätig sind resp. tätig werden möchten (aktuelle oder potenzielle Konkurrenten);
- Unternehmen, die auf einem vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt wirtschaftlich (aktuell oder potenziell) tätig sind.

31. Im vorliegenden Fall kommen beide Konstellationen der Geschäftsverweigerung zur Behinderung von Mitbewerbern sowie Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkten in Frage. Angenommen der ZVV ist auf einem Markt des Verkaufs von Tickets an Reisende marktbeherrschend, dann könnte mit der Nichtgewährung einer Provision an vermittelnde Unternehmen ein Behinderungsmissbrauch gegenüber Mitbewerbern bestehen. Dies etwa indem sich nur der ZVV als marktbeherrschendes Unternehmen eine Nichtgewährung einer Provisionszahlung erlauben könnte, wohingegen die verbleibenden Wettbewerber eine Provisionszahlung nicht verweigern könnten. Letztere hätten mithin einen Wettbewerbsnachteil, indem diese, anders als der ZVV, den Vermittlern eine Provision ausrichten müssten.

32. Betrifft die Nichtgewährung Unternehmen auf den dem beherrschten Markt vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Märkten, könnte damit eine Ausdehnung der beherrschenden Stellung vorliegen, um Wettbewerber auf diesen Märkten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.¹² Dazu sind allerdings keine weiteren Ausführungen möglich, weil dies eine detaillierte Analyse der Marktabgrenzung und der Marktstellung voraussetzen würde, was den Rahmen der vorliegenden Beratungsantwort sprengen würde.

33. Zu den Argumenten auf der Grundlage des BKartA-Beschlusses ist vorweg festzuhalten, dass im Rahmen dieser Beratung keine vertiefte Analyse erfolgen kann, inwiefern der BKartA-Beschluss auf mit hier relevanten vergleichbaren Tatsachen- und Rechtsgrundlagen beruht. Die vorliegende Beratungsantwort basiert auf der in der Beratungsanfrage dargestellten Sachlage sowie der Rechtslage in der Schweiz.

34. In Bezug auf die Argumente in der Beratungsanfrage ist als Erstes festzustellen, dass sich der ZVV, entgegen der Ansicht der Beratungsanfrage, wie ein gewinnorientiertes Unternehmen verhält beziehungsweise ein verlustminimierendes Unternehmen ist. Gewinnmaximierung beziehungsweise Verlustminimierung implizieren immer auch Kostenminimierung. So wird in der Beratungsanfrage ausgeführt, eine Vermittlerprovision würde zu Mehrkosten im Vertrieb in der Höhe von [...] und damit zu einer entsprechenden Erhöhung des ZVV-Defizits führen. Damit wären Mehrkosten verbunden und dies sei aus verschiedenen Gründen wie beispielsweise höheren Ticketpreisen unerwünscht (vgl. Rz 21 ff.).

35. Ohnehin kommt der Frage der Gewinnorientierung für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes keine Bedeu-

tung zu. Gewinnorientierung ist weder Voraussetzung zur Erfüllung des Unternehmensbegriffs gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG noch des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG. In Bezug auf den Geltungsbereich unterstehen grundsätzlich alle öffentlich-rechtlichen Strukturen, die unternehmerisch tätig sind, dem Kartellgesetz. Zu ihnen zählen neben öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen wie Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts (z. B. die SBB als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft) oder Amtsstellen der Zentralverwaltung, die zusätzlich zu ihrer hoheitlichen Aufgabe wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, auch privatrechtlich organisierte Unternehmen, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen (z. B. die RUAG oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen). Fehlende Gewinnorientierung bedeutet dabei nicht, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Kartellgesetzes vorliegt. Wirtschaftliches bzw. unternehmerisches Handeln ist vielmehr von hoheitlichem Handeln zu unterscheiden. Eine wirtschaftlich selbstständige Teilnahme am Wirtschaftsprozess ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn die handelnde Einheit über einen Handlungsspielraum verfügt, um auf Marktveränderungen seitens der Nachfrager oder Konkurrenten zu reagieren.¹³ Als hoheitlich gelten staatliche Handlungen, die durch die Erzwingbarkeit der anwendbaren öffentlich-rechtlichen Regeln und ein daraus resultierendes Subordinationsverhältnis geprägt sind. Hoheitliches Handeln bedeutet demnach einseitiges und (i. d. R.) erzwingbares Handeln staatlicher Aufgabenträger gegenüber Privaten, welche sich in Unterordnung (Subordination) zum Staat befinden. Demgegenüber liegt in der Regel kein hoheitliches Handeln vor, wenn Leistungen der Grundversorgung erbracht werden. Zwar handelt es sich bei der Grundversorgung stets um eine öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung vom Staat zu gewährleisten ist. Zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfängern besteht indessen kein Subordinationsverhältnis. Vielmehr erbringen Grundversorger Wirtschaftsleistungen, deren Inanspruchnahme freiwillig ist. Die Grundversorgung umfasst Angebote bzw. Dienstleistungen, die wie privatwirtschaftliche Leistungen Bedürfnisse von Konsumentinnen und Konsumenten abdecken.¹⁴ Allerdings besteht hier keine scharfe Trennlinie. So können etwa gemäss Literatur staatliche Angebote des Bildungs- und Gesundheitswesens, der Energieversorgung oder der Telekommunikation vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst werden, nicht jedoch der Bau von Nationalstrassen oder die Landesverteidigung.¹⁵

¹⁰ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018 (nachfolgend: DIKE-KG), Art. 7 N 194.

¹¹ DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 10), Art. 7 N 195.

¹² DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 10), Art. 7 N 195.

¹³ DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 10), Art. 2 N 28.

¹⁴ NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr, Rechtsgutachten für das Bundesamt für Verkehr, Luzern, 15 April 2020, Rz 7 f.

¹⁵ DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 10), Art. 2 N 28.

36. Dann gibt die Beratungsanfrage an, der ZVV stünde in keinem Wettbewerbsverhältnis zu den Vermittlern, die für die KTU im Verbundperimeter des ZVV Vermittlungsdienstleistungen erbrächten (vgl. Rz 16). Entsprechend profitiere der ZVV auch nicht von der Nichtgewährung. Dies gelte auch für die dem ZVV angeschlossenen KTU, weil sie ebenso wenig eine Vermittlerprovision wie KTU aus anderen Verbundperimetern oder branchenfremde Vermittler erhalten würden (vgl. Rz 17). In welchem Verhältnis der ZVV zu den Vermittlern steht, kann im Rahmen der vorliegenden Beratung nicht beantwortet werden, zumal dies von der konkreten Marktabgrenzung abhängt, welche nicht Gegenstand der Beratung ist.

37. Anzumerken ist, dass das in diesem Zusammenhang von der Beratungsanfrage vorgebrachte Argument, die Vermittler seien für eine Ausübung ihrer Tätigkeit nicht auf eine Provision angewiesen oder davon abhängig (vgl. Rz 19), nicht relevant ist. Vielmehr genügt eine blosser Behinderung; in diesem Fall der Vermittler. Für die Herausarbeitung von Wettbewerbsverfälschungen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch keine auswirkungsbezogene Analyse notwendig.¹⁶ Erforderlich, aber auch hinreichend, ist der Nachweis potenziell nachteiliger Wettbewerbseffekte.¹⁷ Diese sind im Fall einer Nichtgewährung von Provisionen zumindest nicht ausgeschlossen.

38. Weiter kann der Beratungsanfrage auch dahingehend nicht gefolgt werden, dass die Vermittlung von ZVV-Tickets wirtschaftlich wertlos sei und damit vor dem Hintergrund des BKartA-Beschlusses keine Vergütung zu leisten sei (vgl. Rz 20). Vielmehr ist davon auszugehen, dass bei einem bestehenden Angebot jedes vermittelte öV-Ticket dem ZVV einen Deckungsbeitrag leistet. Je mehr Nutzer einer öV-Dienstleistung, desto höher dürfte der Umsatz und damit auch umso geringer das Defizit ausfallen.

39. Aus den vorangehenden Ausführungen folgt, dass die Nichtgewährung einer Provision für die Ticket-Vermittlung möglicherweise ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten etwa in Form einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstellt. Dies vorausgesetzt, dass kein sachlicher Grund für die Verhaltensweise vorliegt.¹⁸ Solche Gründe liegen namentlich dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.¹⁹

40. Zu den sachlichen Gründen bringt die Beratungsanfrage vor, dass die Finanzierung einer Provision von [...] % zu jährlichen Netto-Mehrkosten von rund [...] Franken führen würde. Diese Mehrkosten hätte die öffentliche Hand über eine Defizitfinanzierung oder die Kundschaft über höhere Ticketpreise zu tragen. Die Ausbezahlung einer Provision würde im Falle des ZVV zusätzliche, signifikante Mehrkosten verursachen, ohne einen entsprechenden Mehrnutzen (vgl. Rz 22 ff.).

41. Dieses Vorbringen kann dem möglichen sachlichen Grund der Kosteneinsparungen zugeordnet werden. Hierzu ist anzumerken, dass das Bundesgericht Kosteneinsparungen als sachlichen Grund nennt.²⁰ Diese

Rechtsprechung bezieht sich erstens auf Kosteneinsparungen als sachlichen Grund auf Fälle von Diskriminierungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und auf die Einsparung von Transaktionskosten.²¹ Die vorliegend geltend gemachte Kosteneinsparung betrifft allerdings weder eine Diskriminierung noch Transaktionskosten.

42. Selbst wenn Kosteneinsparungen bei allen Verhaltensweisen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG oder sogar generell bei Art. 7 KG als sachlicher Grund in Frage kämen, ist festzustellen, dass nicht jede Kosteneinsparung einen Missbrauch ausschliesst. Die Nicht-Leistung hat zwangsläufig immer eine Kosteneinsparung zur Folge. Würde jegliche Kosteneinsparung als «legitimate business reason» angesehen, könnte ein Unternehmen eine Geschäftsverweigerung stets als kartellrechtlich zulässig begründen. Dies würde dem Sinn und Zweck sowie der Durchsetzung des Kartellgesetzes entgegenlaufen. Eine Kosteneinsparung kommt daher sinnvollerweise nur dann als sachlicher Grund für eine Geschäftsverweigerung in Frage, wenn die Mehrkosten in keinem Verhältnis zum Nutzen für das marktbeherrschende Unternehmen stehen würden. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann mit anderen Worten eine etwaige Lieferverweigerung nicht damit begründen, dass die Verweigerung zu geringeren Produktionskosten führt.

43. Zudem ist unklar, ob eine Provision zu Mehrkosten führen würde. Es ist denkbar, dass eine Provision für die Vermittlung von ZVV-Mobilitätsdienstleistungen die Nachfrage und den Umsatz erhöhen würde. Bei bestehendem Angebot wäre dann ein geringeres Defizit zu erwarten. So kann im vorliegenden Rahmen nicht beurteilt werden, inwieweit seitens des ZVV überhaupt eine Nachfrage an der Vermittlung besteht bzw. inwiefern dem ZVV durch die Vermittlung ein wirtschaftlicher Vorteil entsteht, den er durch die Provisionsverweigerung gegenüber den Vermittlern nicht abgibt.

44. Insgesamt kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass die Nichtgewährung von Vermittlungsprovisionen durch den ZVV einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstellt.

45. Vor diesem Hintergrund kann offengelassen werden, ob die Nichtgewährung einer Provision auch andere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 1 bzw. 2 KG erfüllen könnte.

¹⁶ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, *Hallenstadion*.

¹⁷ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, *Hallenstadion*.

¹⁸ BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2 m. w. H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

¹⁹ BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m. w. H., *Publigroupe*; BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*.

²⁰ BGE 139 I 72 E. 10.1.2, m. w. H., *Publigroupe*.

²¹ MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 2011, Rz 328; RPW 1999/2, 238 f. Rz 99 und 241 Rz 105, *Spitalisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 629.

C.4 Fazit

46. Das Sekretariat teilt die Auffassung der Beratungsanfrage nicht, dass das Verhalten des ZVV der Nichtgewährung von Vermittlungsprovisionen unter dem Blickwinkel von Art. 7 KG in einer hypothetischen Situation, bei der der ZVV eine marktbeherrschende Stellung hat und keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, kartellrechtlich in jedem Fall zulässig ist.

B 1.4

2. Händler- und Serviceverträge X.

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).

1. Sachverhalt

1. X. beabsichtigt, in der Schweiz per [...] einen neuen Händlervertrag (nachfolgend: X.-Händlervertrag) und einen neuen Servicevertrag (nachfolgend: X.-Servicevertrag) (der X.-Händlervertrag und der X.-Servicevertrag zusammen nachfolgend: X.-Verträge) einzuführen.¹ Für den Vertrieb von Neufahrzeugen ist ein selektives Vertriebsnetz mit zugelassenen Händlern vorgesehen.²

2. X. hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Entwürfe des X.-Händlervertrags mit Anlagen und des X.-Servicevertrags mit Anlagen eingereicht.³ Nicht eingereicht hat X. insbesondere die Anlage [...] des X.-Händlervertrags, die eine analoge Regelung zur Anlage [...] des X.-Händlervertrags enthalte,⁴ das [...], den [...] und verschiedene in den X.-Verträgen erwähnte Standards und Richtlinien.

2. Frage

3. Sind die X.-Verträge mit den Vorgaben des Kartellgesetzes⁵ und der KFZ-Verordnung⁶ verträglich?⁷

3. Beurteilung

4. Das Sekretariat behandelt nachstehend (Rz 20–82) diejenigen Bestimmungen der X.-Verträge, die seiner Auffassung nach kartellrechtlich problematisch sein könnten. Davor finden sich Ausführungen zum Geltungsbereich (Rz 5 f.), zu vorbehaltenen Vorschriften (Rz 7) und zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Rz 9–19).

3.1 Geltungsbereich

5. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

6. X. und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: X.-Gruppe) und ihre Vertragspartnerinnen – insbesondere die zugelassenen Händler und Werkstätten – können grundsätzlich den Unternehmensbegriff erfüllen und insbesondere Wettbewerbsabreden treffen (Rz 10 ff.). Die geplanten Verhaltensweisen können sich sodann grundsätzlich in der Schweiz auswirken. Das Kartellgesetz ist gegebenenfalls anwendbar.

3.2 Vorbehaltene Vorschriften

7. Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG) sind keine ersichtlich.

3.3. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen**3.3.1 Allgemeines**

8. Die X.-Verträge sind darauf hin zu prüfen, ob sie unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Das Sekretariat verfügt gestützt auf die Beratungsanfrage über keine Hinweise, wonach die X.-Gruppe über eine marktbeherrschende Stellung oder relative Marktmacht verfügen und sich gemäss Art. 4 Abs. 2 bzw. 2^{bis} i. V. m. Art. 7 KG missbräuchlich verhalten würde.⁸

9. Die nachfolgende Prüfung konzentriert sich deshalb auf unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG. Nachstehend wird in kurzer Form auf die relevanten Bestimmungen eingegangen.

3.3.2 Unzulässige Wettbewerbsabreden**3.3.1.1 Allgemeines**

10. Wettbewerbsabreden sind 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). Die X.-Verträge zwischen X. und ihren Vertragspartnerinnen stellen Vereinbarungen dar, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezwecken oder bewirken können.

11. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

¹ Art. [...] X.-Händlervertrag; Art. [...] X.-Servicevertrag.

² Art. [...] X.-Händlervertrag.

³ X., Schreiben vom [...]; X., Schreiben vom [...].

⁴ X., Schreiben vom [...], S. 2.

⁵ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶ Verordnung vom 29.11.2023 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Verordnung, KFZV; SR 251.6).

⁷ X., Schreiben vom [...], S. 2.

⁸ Vgl. in Bezug auf Serviceleistungen und den Vertrieb von Ersatzteilen die Ausführungen in RPW 2019/2, 280 Rz 238 ff., *AMAG Vertriebsnetz*.

3.3.2.2 Vertikale Wettbewerbsabreden

12. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (nachfolgend: vertikale Wettbewerbsabreden) über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz) (Art. 5 Abs. 4 KG).

13. Soweit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, sind Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen anzusehen (Art. 5 Abs. 1 und 4 KG). Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden in der Regel nicht erforderlich.⁹ Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, sind damit grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen; eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.¹⁰ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.¹¹

14. Bei Preisempfehlungen von Anbieterinnen an Wiederverkäuferinnen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine vertikale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.¹² Dabei ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Pfizer¹³ zu beachten. Entscheidend ist, ob eine Preisempfehlung den Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung; liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) und ein entsprechendes Marktverhalten (Abstimmungserfolg; Befolungsgrad). Zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ist ein Kausalzusammenhang notwendig. Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Die Abstimmung kann sich etwa durch eine besonders intensive Kommunikation der Preisempfehlungen ergeben. Eine solche Abstimmung kann vorliegen, wenn beispielsweise Preisempfehlungen von Herstellerinnen oder Lieferantinnen wiederholt in die Kassensysteme von Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen elektronisch übermittelt werden. Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG über Preisempfehlungen sind vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, wenn sich die Preisempfehlungen insbesondere infolge des Befolungsgrads oder infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken.¹⁴

15. Art. 5 Abs. 4 KG umfasst auch vertikale Wettbewerbsabreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen oder einem absoluten Gebietsschutz führen.¹⁵ Einzugehen ist auf letztere Konstellation, den indirekten absoluten Gebietsschutz. Ein indirekter absoluter Gebietsschutz umfasst sämtliche Massnahmen, mit denen

Händler dazu gebracht werden sollen, Anfragen aus bestimmten Gebieten nicht zu bedienen, z. B. durch die Verweigerung oder Reduzierung von Prämien oder Rabatten, Einstellung der Lieferung, Beschränkung oder Verringerung der Liefermengen, Drohung, die vertikale Vereinbarung zu kündigen oder nicht zu verlängern und die Berechnung höherer Händlerpreise für auszuführende Produkte. Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt werden, indem die Anbieterin Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlern auf direkt oder parallel importierten Produkten erbracht werden. Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Verlagsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.¹⁶

16. Im Bereich vertikaler Wettbewerbsabreden sind die Vertikalbekenntmachung¹⁷ und die VertBek-Erläuterungen¹⁸ zu beachten. Die Vertikalbekenntmachung sieht insbesondere vor, dass vertikale Wettbewerbsabreden vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen in der Regel nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Sie sieht weiter vor, dass vertikale Wettbewerbsabreden vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt gelten, wenn der Anteil der Anbieterin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil der Abnehmerin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (Art. 18 Abs. 2 VertBek). Die Vertikalbekenntmachung hält fest, dass bei vertikalen Wettbewerbsabreden, die nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden, sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind, wobei eine qualitativ

⁹ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, *BMW*.

¹⁰ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altium*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

¹¹ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 4, *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*; BGE 144 II 194 E. 4.3, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.3, *Altium*; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), *Diffulivre*; BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altium*; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

¹² Ziff. 8 Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

¹³ BGE 147 II 72, *Pfizer*.

¹⁴ Ziff. 8 VertBek-Erläuterungen mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Pfizer.

¹⁵ Art. 12 Abs. 2 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekenntmachung, VertBek); Ziff. 6 und 12 VertBek-Erläuterungen.

¹⁶ Ziff. 12 VertBek-Erläuterungen.

¹⁷ Vgl. Fn 15.

¹⁸ Vgl. Fn 12.

schwerwiegende Wettbewerbsabrede (Art. 15 VertBek) trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein kann und eine Wettbewerbsabrede mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen kann, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Art. 14 lit. a VertBek). Vertikale Wettbewerbsabreden einer Anbieterin mit selektivem Vertriebssystem (Rz 1) werden gemäss Vertikalbekenntmachung insbesondere dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- die Beschränkung der Gebiete oder der Kundinnen und Kunden, in bzw. an die die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen dürfen, wobei Ausnahmetatbestände (z. B. für die Beschränkung aktiver oder passiver Verkäufe an nicht zugelassene Händler in Gebieten mit Selektivvertrieb) zu beachten sind (Art. 15 lit. c[i] VertBek);
- die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 lit. c[ii] VertBek);
- die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 lit. c[iii] VertBek).

17. Im Kraftfahrzeugbereich sind hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden zudem die KFZ-Verordnung¹⁹ und die Erläuterungen zur KFZ-Verordnung²⁰ zu beachten.

3.3.2.3 Horizontale Wettbewerbsabreden

18. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG) wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (nachfolgend: horizontale Wettbewerbsabreden), über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG). Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba (Rz 13) gilt auch für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

19. Zu einer horizontalen Wettbewerbsabrede kann auch ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern führen.²¹ Eine entsprechende Prüfung erfordert umfangreiche Sachverhaltsermittlungen hinsichtlich der Marktstellung der beteiligten Unternehmen und der Wirkungen der abzuklärenden Verhaltensweisen, was stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich macht.²² Die endgültige Beurteilung eines konkreten Informationsaustausches kann daher in der Regel nicht im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG erfolgen.²³ Ist in einem Informationsaustausch eine direkte oder indirekte Preisfestsetzung (einschliesslich der Festsetzung von Preisbestandteilen) zu sehen, könnte der sanktionsbewehrte Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt sein.²⁴ Ein Austausch zwischen Wettbewerbern von Daten zu Lagerbeständen und Abverkäufen der zugelassenen Händler könnte weiter die Gefahr der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-brand-

wettbewerbs schaffen und zu Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern sowie allenfalls zu Mengenbeschränkungen führen.²⁵ Diesfalls könnte wiederum nur im Einzelfall geprüft werden, ob ein Anwendungsfall von Art. 5 Abs. 1 KG oder ein Anwendungsfall der sanktionsbewehrten Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 lit. b und c KG vorliegt. Bei zweigleisigem Vertrieb (*dual distribution*), wenn also eine Anbieterin von Waren oder Dienstleistungen auch auf der nachgelagerten Stufe tätig ist und damit mit ihren unabhängigen Händlern im Wettbewerb steht, gilt die Vertikalbekenntmachung mit ihren Safe-Harbor-Bestimmungen (Rz 16) für alle Aspekte der betreffenden vertikalen Vereinbarung, wobei dies generell auch den Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen bezüglich der Umsetzung der Vereinbarung einschliesst, wenn die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a oder b VertBek erfüllt sind. Allerdings ist nicht jeder Informationsaustausch zwischen einer Anbieterin und einer Abnehmerin in einem Szenario mit zweigleisigem Vertrieb effizienzsteigernd. Aus diesem Grund sieht Art. 10 Abs. 3 VertBek vor, dass die Ausnahmen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a oder b VertBek nicht für den Informationsaustausch zwischen Anbieterinnen und Abnehmerinnen gelten, der entweder nicht direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist oder keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt.²⁶

3.4 Prüfung des X.-Händlervertrags

3.3.3 [Fahrzeugverkäufe]

Art. [...] X.-Händlervertrag

20. Art. [...] X.-Händlervertrag sehen Folgendes vor:

«[...]»

21. Was den *Einkauf* von Fahrzeugen durch zugelassene Händler anbelangt, sieht Art. [...] X.-Händlervertrag vor, dass diese «berechtigt» sind, Fahrzeuge von X. zu erwerben. Art. [...] X.-Händlervertrag hält fest, dass zugelassene Händler Neufahrzeuge nur von X. oder einem anderen zugelassenen Händler im Europäischen Wirtschaftsraum, in der Schweiz oder im Vereinigten Königreich (nachfolgend: Vertragsgebiet) erwerben werden.

¹⁹ Vgl. Fn 6.

²⁰ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 4.12.2023 zur Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Verordnung, Erläuterungen KFZV).

²¹ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.5.8, ASCOPA; RPW 2011/4, 589 f. Rz 431 ff., ASCOPA.

²² RPW 2021/3, 620 Rz 15 f., *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

²³ RPW 2021/3, 620 Rz 15, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

²⁴ BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3., *ERNE Holding AG Laufenburg et al./Wettbewerbskommission WEKO*.

²⁵ Vgl. RPW 2021/3, 621 Rz 17, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*; RPW 2019/2, 283 VI., *AMAG Vertriebsnetz*.

²⁶ Vgl. auch Rz 94 ff. Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI C 248, 30.6.2022, S. 1–85.

Falls diese Bestimmung in dem Sinne verstanden wird, dass die zugelassenen Händler in der Schweiz die Vertragsware nur im Vertragsgebiet beziehen dürfen, könnte es sich um eine indirekte absolute Gebietsabschottung (Art. 5 Abs. 4 KG) handeln (Rz 15). Zugelassene Händler in der Schweiz sollten auch berechtigt sein, Einkaufsanfragen an zugelassene Händler ausserhalb des Vertragsgebiets zu richten («Importe») und diese sollten frei sein, solche Anfragen zu erfüllen. Art. [...] X.-Händlervertrag hält – für die umgekehrte Konstellation («Exporte») – fest, dass Passivverkäufe (also «auf un- aufgeförderte Anfragen einzelner Kundinnen und Kunden zurückgehende Verkäufe»; Art. 3 VertBek) an zugelassene Händler sowie Endkundinnen und Endkunden *ausserhalb des Vertragsgebiets* zulässig seien. Das Sekretariat geht davon aus, dass X.-Händlerverträge ausserhalb der Schweiz entsprechende Regelungen enthalten, da ein Verbot von Passivverkäufen an zugelassene Händler und Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sein könnte (Rz 12 f., 15).

22. Was den *Verkauf* von Fahrzeugen durch zugelassene Händler anbelangt, hält Art. [...] X.-Händlervertrag fest, dass diese berechtigt sind, Fahrzeuge an Endverbraucher im Vertragsgebiet (Rz 21) zu verkaufen. Dies könnte eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede darstellen, wenn aktive Verkäufe (also «die gezielte Ansprache von Kundinnen und Kunden»; Art. 2 VertBek) an Mitglieder des selektiven Vertriebsystems oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher ausserhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) beschränkt werden (Art. 15 lit. c [ii] und [iii] VertBek; Rz 16) (passive Verkäufe werden gemäss Art. [...] X.-Händlervertrag nicht beschränkt). Angesichts des aktuellen Wettbewerbs im Vertragsgebiet (Rz 21) erscheint die Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz durch eine Beschränkung solcher Aktivverkäufe jedoch gegenwärtig als unwahrscheinlich.

23. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht *Querlieferungen* nur zwischen zugelassenen Händlern innerhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) vor. Die Bestimmung könnte damit Querlieferungen von Fahrzeugen zwischen zugelassenen Händlern innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) beschränken, was eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 15 lit. c (ii) VertBek darstellen würde. Soweit damit nicht Passivverkäufe an zugelassene Händler in der Schweiz beschränkt werden (Rz 21), erscheint die Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz durch diese Regelung angesichts des aktuellen Wettbewerbs im Vertragsgebiet (Rz 21) gegenwärtig als unwahrscheinlich.

Art. [...] X.-Händlervertrag

24. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

25. Während die in Art. [...] X.-Händlervertrag vorgesehene Pflicht zur Durchführung der Auslieferungsinspektionen als Teil des Vertriebs neuer Kraftfahrzeuge betrachtet werden kann, verpflichtet Art. [...] X.-Händlervertrag zugelassene Händler zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen.

Art. [...] X.-Händlervertrag könnte eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) darstellen, wenn die Bestimmung zugelassene Händler verpflichtet, den Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen mit der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen zu verknüpfen (Art. 5 lit. a KFZ-Verordnung). Die Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit durch den zugelassenen Händler müsste freiwillig sein. Soweit die in Art. [...] X.-Händlervertrag erwähnte Möglichkeit der Weitergabe dieser Arbeiten an eine zugelassene Werkstatt in jedem Fall besteht und mithin eine Verknüpfung nie gegen den Willen eines zugelassenen Händlers stattfindet, ist die Regelung grundsätzlich nicht zu beanstanden. Da der zugelassene Händler in Art. [...] X.-Händlervertrag jedoch verpflichtet wird, die Haftung für die weitergegebenen Arbeiten zu übernehmen, stellt dies nach Auffassung des Sekretariats gleichwohl eine faktische Verknüpfung dar, wie sie der Verordnungsgeber als problematisch erachtet.

26. Art. [...] X.-Händlervertrag bezieht sich sodann in Bezug auf die Verpflichtung zu Garantie-, Kulanz- und sonstigen Instandsetzungsarbeiten nur auf X.-Fahrzeuge, die «innerhalb von Europa erstmalig verkauft» wurden. Die Bestimmung untersagt es nicht, solche Arbeiten auch an X.-Fahrzeugen, die ausserhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) erstmalig verkauft wurden, durchzuführen. Würde sie jedoch im Sinne eines solchen Verbots verstanden und würde X. beispielsweise Garantieleistungen nicht vergüten, die von Händlern auf von ausserhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) direkt- oder parallelimportierten Produkten erbracht würden, könnte dies eine indirekte Gebietsabschottung (Art. 5 Abs. 4 KG) darstellen (Rz 15).

3.4.2 [Zubehörvertrieb]

Art. [...] X.-Händlervertrag

27. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

28. Art. [...] X.-Händlervertrag stellt eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) dar, wenn er zugelassene Händler verpflichtet, den Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen mit dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen (Art. 5 lit. b KFZ-Verordnung). Die Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit durch den zugelassenen Händler müsste freiwillig sein.

Art. [...] X.-Händlervertrag

29. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

30. Art. [...] X.-Händlervertrag stellt eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) dar, wenn X. – ausserhalb von Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen – die Möglichkeit zugelassener Händler beschränkt, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder einem Händler dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden (Art. 5 lit. h KFZ-Verordnung). Wird die Bestimmung

nicht in diesem Sinn verwendet, ist sie kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

Art. [...] X.-Händlervertrag

31. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

32. Wird «sicherstellen» so verstanden, dass X. – ausserhalb von Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen – die Möglichkeit zugelassener Händler beschränkt, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder einem Händler dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden, handelt es sich um eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) (Art. 5 lit. h KFZ-Verordnung). Wird Art. [...] X.-Händlervertrag so verstanden, dass X. ihren zugelassenen Händlern lediglich eine Belieferung zusichert, ist die Bestimmung kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

3.4.3 [Internetauftritt bzw. Online-Plattform]

33. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

34. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

35. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht für sog. «[...] Fahrzeuge» Folgendes vor:

«[...]»

36. Soweit auf der von X. zur Verfügung gestellten Internetseite bzw. [auf der Online-Plattform] automatisch unverbindliche Preisempfehlungen von X. (vgl. Art. [...] X.-Händlervertrag) erscheinen, ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen Pfizer hinzuweisen (Rz 14).

37. X. ist es gemäss X.-Händlervertrag gestattet, mit ihren zugelassenen Händlern in Wettbewerb treten, etwa beim Verkauf von Zubehör (vgl. Art. [...] X.-Händlervertrag) oder von Fahrzeugen (Art. [...] X.-Händlervertrag). Daneben können auch die zugelassenen Händler zueinander im Wettbewerb stehen. Für den Fall, dass die Händler ihre Endkundenpreise oder andere wettbewerbssensible Informationen in ein von X. zur Verfügung gestelltes System eingeben, ist deshalb auf die Regeln zum Informationsaustausch (Rz 19) zu verweisen. Der X.-Händlervertrag darf weder zwischen X. und den zugelassenen Händlern noch – über X. bzw. deren Systeme – zwischen den zugelassenen Händlern zum Austausch wettbewerbssensibler Informationen unter Wettbewerbern führen. Zu begrüssen sind vor dem Hintergrund dieses Risikos Bestimmungen wie diejenige in Art. [...] X.-Händlervertrag, wo – im Kontext von [gewissen Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen] – festgehalten ist, dass X. sich verpflichtet, «alle [im Rahmen dieser Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen] erhaltenen Informationen streng vertraulich zu behandeln und nur den [direkt daran beteiligten Personen] von X. zugänglich zu machen», vorausgesetzt, diese [Personen] haben weder direkt noch indirekt die

Möglichkeit, entsprechende Informationen in kartellrechtlich problematischer Weise zu nutzen oder bekanntzugeben.

3.4.4 [Organisation]

38. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

39. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Einsichtsrechte zugunsten von X. vor. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37) verwiesen.

3.4.5 [Betriebsvergleiche]

40. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

41. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

42. Art. [...] und Anlage [...] X.-Händlervertrag sehen eine Übermittlung von Informationen der zugelassenen Händler an X. für die Erstellung von Betriebsvergleichen und für die Geschäftsplanung vor. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37) verwiesen.

3.4.6 [Vertragsbeendigung]

43. Art. [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

44. Sofern es sich um eine Kündigung bei unbefristeten Verträgen mit verkürzter Kündigungsfrist handelt, muss nicht nur die Kündigung, sondern auch die Begründung der Kündigung, schriftlich sein, andernfalls es sich um eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs handeln würde (Art. 8 lit. c KFZ-Verordnung).

3.4.7 [Systeme]

45. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

46. Das Sekretariat versteht die Passage, wonach «der [bereitgestellte] Konfigurator für die [Preisdefinition] durch den Händler genutzt werden [muss]» im Lichte von Art. [...] X.-Händlervertrag²⁷ dahingehend, dass der zugelassene Händler vorbehaltlich eines Höchstverkaufspreises seinen Endkundenpreis selbst festlegt. Soweit in dem von X. zur Verfügung gestellten Konfigurator automatisch die unverbindlichen Preisempfehlungen von X. (Art. [...] X.-Händlervertrag) erscheinen und womöglich regelmässig aktualisiert werden, wird auf die vorstehenden Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Pfizer betreffend Mindest- und Festpreise (Rz 14) verwiesen.

²⁷ Art. [...] X.-Händlervertrag: «X. kann unverbindliche Preisempfehlungen [publizieren, ändern und widerrufen] sowie [Maximalverkaufspreise] für Fahrzeuge für [Konsumentinnen und Konsumenten] festlegen. Der Händler ist frei, seine Preise und [Rabatte] selbst [festzulegen, soweit] seine Preise für Fahrzeuge [...] nicht die von X. festgesetzten [Maximalverkaufspreise] übersteigen».

47. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37) verwiesen.

3.4.8 [Datenschutz]

48. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

49. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht eine Übermittlung von Kundendaten an X. vor. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37) verwiesen. Der Hinweis folgt in Kenntnis von Anlage [...] X.-Händlervertrag, wo festgehalten ist, dass X. die Kundendaten «unter Einhaltung aller rechtlichen Bestimmungen» verarbeiten werde.

3.4.9 [Bestellungen über die Online-Plattform]

50. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

51. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht in Bezug auf «[...] Fahrzeuge» vor, dass zugelassene Händler diese zu mindestens [80–100] % über die [Online-Plattform] bestellen müssen. Falls diese Bestimmung in dem Sinne verstanden wird, dass die zugelassenen Händler in der Schweiz die Vertragsware zu mindestens [80–100] % im Vertragsgebiet beziehen müssen, könnte es sich um eine indirekte absolute Gebietsabschottung (Art. 5 Abs. 4 KG) handeln (Rz 15). Die Bestimmung könnte zudem Querlieferungen von Fahrzeugen zwischen zugelassenen Händlern innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) beschränken, was eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 15 lit. c (ii) VertBek darstellen würde.

3.4.10 [Erscheinungsbild]

52. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»²⁸

53. Soweit X. von ihren zugelassenen Händlern fordert, dass sie in ihrem Preisauszeichnungssystem die unverbindlichen Preisempfehlungen von X. aufführen und Änderungen innert 24 Stunden aktualisieren, wird auf die vorstehenden Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Pfizer betreffend Mindest- und Festpreise (Rz 14) verwiesen.

3.4.11 [Vertriebsformat]

54. Anlage [...] X.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

55. Die Verpflichtung eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Kraftfahrzeuge oder Ersatzteile konkurrierender Kraftfahrzeuganbieter nicht zu verkaufen oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge konkurrierender Kraftfahrzeuganbieter nicht zu erbringen, gilt als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 7 KFZ-Verordnung). In selektiven Vertriebssystemen können bestimmte qualitative Kriterien den Mehrmarkenvertrieb direkt oder indirekt erschweren und als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden, z. B.:

- die Verpflichtung, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in separaten Räumen zu verkaufen oder zu warten oder für verschiedene Kraftfahrzeuganbieter eigenes Verkaufs- oder Wartungspersonal zu beschäftigen;
- die Verpflichtung, eine markenspezifische Empfangstheke zu verwenden, wenn der Mangel an Raum oder andere praktische Erwägungen die Bereitstellung weiterer Empfangstheken unangemessen erschweren;
- überhöhte Anforderungen an die einem Kraftfahrzeuganbieter vorzubehaltende Ausstellungsfläche oder an die Anzahl auszustellender Kraftfahrzeuge. Verpflichtet ein Kraftfahrzeuganbieter zugelassene Händler, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in gesonderten Bereichen des Ausstellungsraums zu verkaufen, um eine Verwechslung zu vermeiden, wird dies nicht als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet (Ziff. 17 Erläuterungen zur KFZ-Verordnung).

56. X. bietet zugelassenen Händlern neben dem Vertriebskonzept «X. [Vertriebskonzept A]» (Anlage [...] X.-Händlervertrag) insbesondere auch das Vertriebskonzept «[Vertriebskonzept B]» an, welches weniger weitgehende Anforderungen vorsieht und insbesondere keine separaten Räume vorschreibt (Anlage [...] X.-Händlervertrag). Soweit sichergestellt ist, dass ein zugelassener Händler frei ist, ein anderes Vertriebskonzept als «X. [Vertriebskonzept A]» zu wählen, wenn er dessen Voraussetzungen nicht erfüllen kann oder will (insbesondere das Vertriebskonzept «[Vertriebskonzept B]»), erachtet das Sekretariat die Regelung als insgesamt kartellrechtskonform.

3.4.12 [Definitionen]

57. Anlage [...] X.-Händlervertrag enthält folgende Begriffsdefinition:

«[...]»

58. Gemäss Ziff. [...] der vorstehenden Begriffsdefinition erfüllt eine zugelassene Werkstatt («[...]») auch die Definition eines zugelassenen Händlers («[...]»). Der Hintergrund dieser Begriffsdefinition erschliesst sich aus der Beratungsanfrage nicht.²⁹ Deshalb ist beispielsweise unklar, wie zugelassene Werkstätten unter Art. [...] X.-Händlervertrag subsumiert werden können, der folgendes festhält: «X. hat in der Schweiz und [...] für den Ve[r]trieb von Neufahrzeugen von X. ein selektives Vertriebsnetz von [zugelassenen X. Händlern] auf der Basis von qualitativen und quantitativen Kriterien errichtet». Die Begriffsdefinition würde eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) darstellen, wenn sie zugelassene Werkstätten verpflichtet, die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen mit dem Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen oder mit dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen (Art. 5 lit. b KFZ-Verordnung). Die Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit durch den zugelassenen Händler müsste freiwillig sein.

²⁸ [...].

²⁹ In Anlage [...] X.-Servicevertrag wird der Begriff «[zugelassener X. Händler]» nur anhand der Ziff. [...] und [...] definiert.

3.5 Prüfung des X.-Servicevertrags

3.5.1 [Servicestandards]

Art. [...] und Anlage [...] X.-Servicevertrag

59. Art. [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»³⁰

60. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht in Ziff. [...] und Ziff. [...] Folgendes vor:

«[...]»

61. Art. [...] und Anlage [...] X.-Servicevertrag würden eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) darstellen, wenn sie zugelassene Werkstätten verpflichten, die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen mit dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen (Art. 5 lit. b KFZ-Verordnung). Die Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit durch die zugelassene Werkstatt müsste freiwillig sein.

Art. [...] X.-Servicevertrag

62. Art. [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

63. Art. [...] X.-Servicevertrag stellt eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) dar, wenn X. – ausserhalb von Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen – die Möglichkeit zugelassener Werkstätten beschränkt, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder einem Händler dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden (Art. 5 lit. h KFZ-Verordnung). Wird die Bestimmung nicht in diesem Sinn verwendet, ist sie kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

3.5.2 [Kundenbetreuung]

64. Art. [...] X.-Servicevertrag sehen Folgendes vor:

«[...]»

65. Art. [...] X.-Servicevertrag beziehen sich in Bezug auf die Verpflichtung zu verschiedenen Serviceleistungen nur auf X.-Fahrzeuge, die im Vertragsgebiet (Rz 21) verkauft wurden. Die Bestimmung untersagt es nicht, solche Arbeiten auch an X.-Fahrzeugen, die ausserhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) verkauft wurden, durchzuführen. Würde sie im Sinne eines solchen Verbots verstanden und würde X. beispielsweise Garantieleistungen nicht vergüten, die von Händlern auf von ausserhalb des Vertragsgebiets (Rz 21) direkt- oder parallelimportierten Produkten erbracht würden, könnte dies eine indirekte Gebietsabschottung (Art. 5 Abs. 4 KG) darstellen (Rz 15).

3.5.3 [Weitere Verpflichtungen]

66. Art. [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

67. X. ist es gemäss X.-Servicevertrag gestattet, mit ihren zugelassenen Werkstätten in Wettbewerb zu tre-

ten, etwa in Bezug auf X.-Teile, X.-Zubehör und Reparatur- sowie weitere Dienstleistungen (vgl. Art. [...] X.-Servicevertrag). Daneben können auch die zugelassenen Werkstätten zueinander im Wettbewerb stehen. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37) verwiesen. Zu begrüssen sind vor dem Hintergrund dieses Risikos Bestimmungen wie diejenige in Art. [...] X.-Servicevertrag, wo – im Kontext von [Betriebskontrollen] – festgehalten ist, dass X. sich verpflichtet, «alle [während Betriebskontrollen] erhaltenen Informationen streng vertraulich zu behandeln und nur den [direkt daran beteiligten Personen] von X. zugänglich zu machen», vorausgesetzt, diese Beschäftigten haben weder direkt noch indirekt die Möglichkeit, entsprechende Informationen in kartellrechtlich problematischer Weise zu nutzen oder bekanntzugeben.

3.5.4 [Betriebskontrollen]

68. Art. [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

69. Art. [...] X.-Servicevertrag sieht Prüfungs- und damit Einsichtsrechte zugunsten von X. vor. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37, 67) verwiesen.

3.5.5 [Vertragsbeendigung]

70. Art. [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

71. Sofern es sich um eine Kündigung bei unbefristeten Verträgen mit verkürzter Kündigungsfrist handelt, muss nicht nur die Kündigung, sondern auch die Begründung der Kündigung, schriftlich sein, andernfalls es sich um eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs handeln würde (Art. 8 lit. c KFZ-Verordnung).

3.5.6 [Servicestandards]

Anlage [...] X.-Servicevertrag

72. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

73. Das Sekretariat versteht Ziff. [...] Anlage [...] X.-Servicevertrag im Lichte von Art. [...] X.-Servicevertrag³¹ dahingehend, dass die zugelassene Werkstatt vorbehaltlich eines Höchstverkaufspreises ihren Endkundenpreis selbst festlegt. Soweit in einem von X. zur Verfügung gestellten System automatisch unverbindliche Preisempfehlungen von X. (Art. [...] X.-Servicevertrag) erscheinen, wobei die Teilepreisparameter gemäss Anlage [...] X.-Servicevertrag regelmässig aktualisiert werden müssen, wird auf die vorstehenden Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Pfizer betreffend Mindest- und Festpreise (Rz 14) verwiesen.

³⁰ [...].

³¹ Art. [...] X.-Servicevertrag: «[...]».

Anlage [...] X.-Servicevertrag

74. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

75. [...] Anlage [...] X.-Servicevertrag stellt eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 16) dar, wenn X. – ausserhalb von Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen – die Möglichkeit zugelassener Werkstätten beschränkt, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder einem Händler dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden (Art. 5 lit. h KFZ-Verordnung). Wird die Bestimmung nicht in diesem Sinn verwendet, ist sie kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

3.5.7 [Datenschutz]

76. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

77. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht eine Übermittlung von Kundendaten an X. vor. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37, 67) verwiesen. Der Hinweis folgt in Kenntnis von Anlage [...] X.-Servicevertrag, wo festgehalten ist, dass X.

die Kundendaten «unter Einhaltung aller rechtlichen Bestimmungen» verarbeiten werde.

3.5.8 [Betriebsvergleiche]

78. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

79. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht eine Übermittlung von Informationen der zugelassenen Werkstätten an X. für die Erstellung von Betriebsvergleichen und für die Geschäftsplanung vor. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37, 67) verwiesen.

3.5.9 [Webseite]

80. Anlage [...] X.-Servicevertrag sieht Folgendes vor:

«[...]»

81. Soweit auf der von X. zur Verfügung gestellten Internetseite automatisch unverbindliche Preisempfehlungen von X. (vgl. Art. [...] X.-Servicevertrag) erscheinen, wird auf die vorstehenden Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Pfizer betreffend Mindest- und Festpreise (Rz 14) verwiesen.

82. In Bezug auf das Risiko eines kartellrechtlich problematischen Informationsaustauschs wird auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 37, 67) verwiesen

B 1.4

3. Beratung betreffend Zusammenarbeit mit Joint Ventures

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).

A. Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage kontrolliert die [...] jeweils gemeinsam mit einer anderen Gesellschaft mehrere Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU¹ (nachfolgend: GU).

2. Einzelne wichtige GU der [...] würden gemeinsam mit Unternehmen [...] kontrolliert. Diese GU seien hauptsächlich [...] tätig, weshalb die [...] verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Konzernprivileg nach dem schweizerischen Kartellgesetz geklärt haben möchte.

3. Die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) habe dazu unlängst in ihren revidierten Horizontalleitlinien² (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien) klargestellt, dass das «Konzernprivileg» auf Abreden zwischen einer Muttergesellschaft und einem von ihr gemeinsam mit einer anderen Muttergesellschaft kontrollierten Gemeinschaftsunternehmen anwendbar sei.

4. Bis anhin habe sich die [...] im Umgang mit ihren GU stets so verhalten, als wäre das «Konzernprivileg» auf Abreden zwischen einer Muttergesellschaft und einem von ihr gemeinsam mit einer anderen Muttergesellschaft kontrollierten Gemeinschaftsunternehmen nicht anwendbar.

B. Fragestellung

5. Teilt das Sekretariat die Ansicht, dass der Inhalt von Randziffer 12 der EU-Horizontalleitlinien analog auch nach Schweizer Recht gilt und damit insbesondere – sofern die Absprachen und Verhaltensweisen während der gemeinsamen Kontrolle den Markt betreffen, auf dem die gemeinsam kontrollierten GU tätig sind –

1) der uneingeschränkte Austausch von wettbewerbs sensitiven Informationen, insbesondere über Neu- und Bestandskunden sowie Margen zwischen der [...] und ihren gemeinsam kontrollierten GU kartellrechtlich zulässig ist?

2) dass Absprachen über die abzugebenden Konditionen (Preis, Vertragsdauer, Kündigungsmodalitäten etc.) zwischen der [...] und ihren gemeinsam kontrollierten GU kartellrechtlich zulässig sind?

3) der Austausch zwischen der [...] und ihren gemeinsam kontrollierten GU über die zu bedienenden Kunden, konkret darüber, wer welche Art von Kunden anspricht, kartellrechtlich zulässig ist?

C. Beurteilung**C.1 Argumente Beratungsanfrage**

6. Gemäss Beratungsanfrage sei der Abredetatbestand gemäss Art. 5 Abs. 1 KG bzw. Art. 4 Abs. 1 KG nur bei Vorliegen von zwei oder mehreren (unabhängigen) Un-

ternehmen eröffnet. Entsprechend bedürfe es einer Auseinandersetzung mit der Frage, wann aus kartellrechtlicher Sicht zwei oder mehrere (unabhängige) Unternehmen vorlägen.

7. Das Kartellgesetz folge einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Unabhängig von der rechtlichen Struktur sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht erfasst werden. Entsprechend stelle die wirtschaftliche Selbstständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Dies bedeute, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren seien. Ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess könne sich dann nicht autonom verhalten, wenn er durch einen Dritten kontrolliert werde und daher keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen könne, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handle, die ihm vom kontrollierenden Dritten (wie z.B. einer Muttergesellschaft) – explizit oder implizit – vorgegeben werde. In einem solchen Fall liege aus kartellrechtlicher Sicht eine einzige wirtschaftliche Einheit zwischen dem kontrollierenden und kontrollierten Unternehmen bzw. Einheit vor.

8. Ob eine solche wirtschaftliche Einheit und somit ein einziges Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes auch zwischen dem GU und seinen gemeinsam kontrollierenden Muttergesellschaften vorliege, müsse demnach in erster Linie anhand der wirtschaftlichen Abhängigkeit des GU von seinen Muttergesellschaften bestimmt werden. Zumindest bei gemeinsamer Kontrolle der Muttergesellschaften über das GU sei anzunehmen, dass «die Willensbildung beim kontrollierten Unternehmen im Wesentlichen in Übereinstimmung mit den kontrollierenden Unternehmen» erfolge und das GU keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolge bzw. sein Vorgehen auf dem Markt nicht autonom bestimmen könne. Ein solches Gemeinschaftsunternehmen verfüge nach Praxis der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) über keine wirtschaftliche Selbstständigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Daher nehme die WEKO nach ständiger Praxis eine wirtschaftliche Einheit zwischen dem GU, das definitionsgemäss unter gemeinsamer Kontrolle stehe, einerseits und den Muttergesellschaften andererseits an. Die gemeinsame Kontrolle der Muttergesellschaften begründe somit einen beherrschenden Einfluss über das Gemeinschaftsunternehmen. Folglich sei das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

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

² Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259 vom 21.7.2023 S. 1 ff.

9. In diesem Sinne habe die WEKO in Sachen *Sport im Pay-TV* festgehalten, dass ein gemeinsam kontrolliertes GU aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise den jeweiligen «Unternehmenssphären seiner Muttergesellschaften zuzurechnen» sei. D. h. ein GU, das unter gemeinsamer Kontrolle stehe, bilde zumindest mit einer der Muttergesellschaften eine wirtschaftliche Einheit und somit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

10. Die beschriebene Praxis der Wettbewerbsbehörden müsse auch für den Abredetatbestand gelten, denn gemäss WEKO definiere Art. 2 KG den Unternehmensbegriff «generell». Mit anderen Worten gelte für das Kartellgesetz ein einheitlicher Unternehmensbegriff, d. h. der Begriff nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sei grundsätzlich auf den Terminus «Unternehmen» anwendbar, der in Art. 2 Abs. 1, in Art. 3 bis 8 sowie in Art. 10 KG vorkomme.

11. Offengelassen habe das Sekretariat die Frage, ob bzw. inwiefern bei einem GU analog zu Konzernrechtsverhältnissen ebenfalls das Konzernprivileg im Verhältnis zu den Muttergesellschaften Anwendung finde.

12. Das Konzernprivileg sei Ausfluss des Unternehmensbegriffs i.S. von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, der den Konzern als Ganzes erfasse, und – mangels ihrer wirtschaftlichen Selbstständigkeit – nicht die einzelnen Gesellschaften. Entsprechend sei Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KG bei konzerninternen Sachverhalten mangels Vorliegens mehrerer voneinander unabhängiger Unternehmen nicht erfüllt. Gleiches müsse in Bezug auf ein GU unter gemeinsamer Kontrolle gelten.

13. Eine andere Ansicht sei mit der bestehenden Praxis der WEKO im Zusammenhang der Frage der Haftung der Muttergesellschaft für einen von einem gemeinsam kontrollierten GU begangenen Kartellrechtsverstoss nicht vereinbar. Denn für einen solchen Kartellrechtsverstoss hafte praxisgemäss – aufgrund des Unternehmensbegriffs im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG – auch die Muttergesellschaft. Es wäre widersprüchlich, eine Vereinbarung zwischen der Muttergesellschaft und einem gemeinsam kontrollierten GU als Kartellrechtsverstoss zu ahnden und die Muttergesellschaft gleichzeitig für das Handeln dieses GU zur Verantwortung zu ziehen.

14. Die Anwendung des Konzernprivilegs auf Abreden zwischen einer Muttergesellschaft und einem von ihr gemeinsam mit einer anderen Muttergesellschaft kontrollierten GU entspreche der Praxis der EU-Kommission. Dies müsse auch in der Schweiz gelten, denn jede andere Beurteilung würde zu widersprüchlichen Ergebnissen für ein und dieselbe Verhaltensweise führen. Käme das Sekretariat nämlich zu dem Schluss, dass die Zusammenarbeit zwischen der [...] und ihren gemeinsam kontrollierten GU, anders als nach Randziffer 12 der EU-Horizontalleitlinien, eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 5 KG darstellt, würde dies dazu führen, dass ein und dasselbe Verhalten der [...] in der Schweiz verboten, in der EU dagegen zulässig wäre. Dieses Ergebnis wäre insbesondere in jenen Fällen stossend, in denen der mitkontrollierende Gesellschafter seinen Sitz in der EU habe und sich das fragliche Verhalten in der Schweiz sowie in der EU auswirke, also sowohl Schweizer als auch EU Kartellrecht anwendbar sei.

C.2 Analyse

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

16. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedarf es für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG unter anderem das Vorhandensein von zwei oder mehr Unternehmen sowie einer Wettbewerbsbeschränkung.³

17. Zum Unternehmensbegriff kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in der Beratungsanfrage verwiesen werden (vgl. vorangehende Rz 7 bis 10).⁴

18. Damit kann grundsätzlich von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem GU einerseits und den Mutterunternehmen⁵ andererseits ausgegangen werden. Es darf allerdings nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Mutterunternehmen untereinander keine wirtschaftliche Einheit bilden. Zudem unterscheidet sich die in Frage stehende Situation von einem Konzernsachverhalt, zumal bei einem GU das eine Mutterunternehmen begriffsnotwendigerweise nicht ohne Rücksichtnahme auf das andere (bzw. die anderen) mitkontrollierende(n) Mutterunternehmen agieren kann.

³ Vgl. BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2, *Dargaud (Suisse) SA / WEKO*.

⁴ Vgl. zum Ganzen auch BVerfG, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe* (bestätigt in BGE 139 I 72); RPW 2016/4, 955 f. Rz 308 ff., *Sport im Pay-TV*; RPW 2015/1, 81 f. Rz 7 ff., *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollenwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 5 ff. m.w.H.; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 7 m.w.H.

⁵ Vorliegend wird der Begriff «Mutterunternehmen» anstelle des von der Beratungsanfrage und der EU-Kommission verwendeten Begriffs «Muttergesellschaft» verwendet, da nach Schweizer Kartellrecht das Unternehmen Rechtssubjekt ist und nicht die Gesellschaft oder eine andere Rechts- oder Organisationsform des privaten oder öffentlichen Rechts.

19. Die Beratungsanfrage weist in diesem Zusammenhang auf die EU-Horizontalleitlinien hin. Darin führt die EU-Kommission aus: «Für die Feststellung der Haftung für Verstösse gegen Artikel 101 hat der Gerichtshof entschieden, dass Muttergesellschaften und ihr Gemeinschaftsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit und damit in Bezug auf das Wettbewerbsrecht und den bzw. die relevanten Märkte ein einziges Unternehmen bilden, sofern nachgewiesen ist, dass die Muttergesellschaften einen bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben. In Anbetracht dieser Rechtsprechung wird die Kommission Artikel 101 in der Regel nicht auf Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Muttergesellschaften und ihrem Gemeinschaftsunternehmen anwenden, soweit sie Verhaltensweisen auf dem bzw. den relevanten Märkten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist, und Zeiträume, in denen die Muttergesellschaften entscheidenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben, betreffen. Die Kommission wird Artikel 101 jedoch in der Regel auf die folgenden Gruppen von Vereinbarungen anwenden: a) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, b) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften zur Änderung des Tätigkeitsbereichs ihres Gemeinschaftsunternehmens, c) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften und ihrem Gemeinschaftsunternehmen zu Produkten oder geografischen Gebieten ausserhalb des Tätigkeitsbereichs des Gemeinschaftsunternehmens und d) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften ohne Beteiligung ihres Gemeinschaftsunternehmens, selbst wenn die Vereinbarung Produkte oder geografische Gebiete innerhalb des Tätigkeitsbereichs des Gemeinschaftsunternehmens betrift.»⁶

20. Dazu ist zunächst anzumerken, dass sich das schweizerische Kartellgesetz ungeachtet einer grundsätzlichen inhaltlichen Ausrichtung auf das EU-Wettbewerbsrecht, aufgrund der Statuierung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und der damit verbundenen ausdrücklichen inhaltlichen Spezifizierung eines eigenständigen Kartellrechtssubjekts durch den Gesetzgeber in diesem Punkt vom EU-Wettbewerbsrecht unterscheidet, das keine entsprechende Statuierung durch Vorschrift oder Rechtsgrundsatz vorsieht.⁷ Insofern trifft die in der Beratungsanfrage vertretende Ansicht, wonach der Inhalt von Randziffer 12 der EU-Horizontalleitlinien analog auch nach Schweizer Recht gelte (vgl. Rz 5), nicht zu.

21. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die Qualifikation des Verhältnisses zwischen Mutterunternehmen und GU auch nach Schweizer Recht davon abhängt, welchen Einfluss das Mutterunternehmen auf das GU ausübt bzw. ausüben kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in Zusammenhang mit der Befragung eines Organs eines GU mit der Frage der «konzernmässigen Verbundenheit» des GU zu seinem Mutterunternehmen auseinandergesetzt. In Anlehnung an die europäische Rechtsprechung kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass eine gemeinsame Kontrolle der Mutterunternehmen für sich allein die tatsächlich bestimmende Einflussnahme nur eines Mutterunternehmens nicht ausschliesst. Entsprechend sei eine gemeinsame Kontrolle für sich allein nicht ausreichend, um eine genü-

gend bestimmende Einflussnahme im Sinne der Haftungszurechnung zu bejahen. Für die Haftungszurechnung für Verstösse von GU komme es auf die tatsächliche Einflussnahme der Mutterunternehmen bzw. der fehlenden Autonomie gegenüber den Mutterunternehmen an. Sofern das Gemeinschaftsunternehmen unabhängig am Markt agiere, handle es sich im kartellrechtlichen Sinne um ein anderes Unternehmen, weshalb eine Haftungszurechnung ausscheide.⁸

22. Ausgehend von dieser Rechtsprechung könnte argumentiert werden, dass es auch für die Beantwortung der vorliegenden Beratungsanfrage auf die tatsächliche Einflussnahme der Mutterunternehmen ankommen würde. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Beantwortung der Frage des Verhältnisses zwischen Mutterunternehmen und GU nicht zwingend deckungsgleich mit der Beantwortung der Frage der Haftung ist, selbst wenn es um ein und denselben Unternehmensbegriff geht und damit ein innerer Zusammenhang besteht. Nachfolgend sind daher die Begriffe «Wettbewerb» und «Kontrolle» näher zu betrachten.

23. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden.⁹

24. Um den Wettbewerb beschränken zu können, muss allerdings ein solcher begriffsnotwendigerweise überhaupt erst bestehen. So hat etwa das Bundesgericht im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Swissgrid* festgehalten, dass es an der für eine Intervention erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens fehlt, sofern auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb besteht und vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten ist.¹⁰

⁶ EU-Horizontalleitlinien (Fn 2), Rz 12.

⁷ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 38, *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

⁸ Vgl. BVGer, B-6863/2018 vom 6.3.2020, E. 4.4.2.7.

⁹ Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁰ Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.4, *Swissgrid*.

25. Das Kartellgesetz definiert den Begriff des gemäss Art. 1 KG zu schützenden bzw. zu fördernden Wettbewerbs nicht. In der Praxis und Lehre wird im Allgemeinen der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» verwendet.¹¹ Die Botschaft zum KG 1995¹² führt dazu aus: «Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs hat seinen Ursprung in den "workability"-Konzepten der traditionellen Harvard-Wettbewerbschule der fünfziger und sechziger Jahre und wurde seitdem abwechselnd mit dem synonym verwendeten Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs, von fast jeder Wettbewerbschule verwendet, allerdings mit wechselndem Inhalt. Der Begriff diente lange Zeit gewissermassen als Kürzel für ein Wettbewerbsleitbild, das in pragmatischer Art und Weise die noch zulässigen Abweichungen und Unvollkommenheiten im Verhältnis zum (vermeintlichen) Ideal der vollkommenen Konkurrenz auszumachen suchte. Der Ausdruck "wirksamer Wettbewerb", wie er im Gesetzesentwurf verwendet wird, grenzt sich bewusst von diesem Begriffsinhalt ab. Wirksamer Wettbewerb steht im vorliegenden Zusammenhang für ein Wettbewerbsverständnis, das in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist. Wettbewerb ist in dieser Sicht ein vielgestaltiger, dynamischer Prozess, und Wettbewerbspolitik hat (hauptsächlich) sicherzustellen, dass die vom Wettbewerb allgemein erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt, das heisst nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen (und auch dysfunktionale staatliche Regulierungen) grundlegend beeinträchtigt werden. Wirksamer Wettbewerb soll m.a.W. die in einem Markt handelnden Unternehmen immer wieder zwingen oder doch anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Sind diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört, so kann der Wettbewerb als "wirksam" bezeichnet werden.»

26. Es ist in der Folge zu prüfen, welchen Einfluss die gemeinsame Kontrolle auf das Verhältnis zwischen Mutterunternehmen und GU hat.

27. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung, gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.

28. Eine gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn die Mutterunternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Dort, wo bei zwei vorhandenen Mutterunternehmen ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Mutterunternehmen gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidun-

gen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen. Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.

29. Entscheidend für das Vorliegen von gemeinsamer Kontrolle ist, dass keine wechselnden Koalitionen unter den Mutterunternehmen möglich sind. Wenn es in den Entscheidungsverfahren keine feste Mehrheit gibt und die Mehrheit von Fall zu Fall unter den Mutterunternehmen verschieden ausfallen kann, ist nicht davon auszugehen, dass die Mutterunternehmen das Zielunternehmen gemeinsam kontrollieren.¹³

30. Kontrolle im kartellrechtlichen Sinn kann positiv oder negativ sein. Positiv ist sie, wenn die kontrollierende Einheit ihre Vorstellungen über die Strategie der kontrollierten Einheit nach ihren Wünschen bzw. ohne Zustimmung anderer durchsetzen kann. Negativ ist die Kontrolle, wenn die kontrollierende Einheit ihre Wünsche zwar nicht allein durchsetzen kann, aber die wichtigen strategischen Entscheide der kontrollierten Einheit durch ihr Veto verhindern kann.¹⁴

31. Bei gemeinsamer Kontrolle verfügt keines der mitkontrollierenden Mutterunternehmen über positive Kontrolle. Keines der Mutterunternehmen kann mithin das Verhalten des GU allein bestimmen. Allerdings kann jedes Mutterunternehmen ein ihren Interessen zuwiderlaufendes Verhalten des GU im Rahmen der negativen Kontrolle verhindern. Das mitkontrollierende Mutterunternehmen kann also beispielsweise verhindern, dass das GU in einen Markt eintritt, in welchem das Mutterunternehmen bereits tätig ist oder für einen Markteintritt in Betracht zieht. Ein Mutterunternehmen kann auch verhindern, dass das GU seine Produktionskapazitäten ausbaut, denkbar etwa, wenn das GU auf demselben Markt tätig ist wie das Mutterunternehmen. Daraus erhellt, dass das GU nicht in der Lage ist, das Mutterunternehmen in seinem Verhalten zu disziplinieren beziehungsweise das Mutterunternehmen das GU in seinem Konkurrenzverhalten zurückbinden kann. Das Mutterunternehmen kann selbst bei «nur» negativer Kontrolle den Wettbewerbsdruck durch das GU steuern. Zwischen GU

¹¹ Vgl. bspw. BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BSK KG-BIRKHÄUSER (Fn 4), Art. 1 N 76 ff.; DIKE KG-MOECKLI (Fn 4), Art. 1 N 44.

¹² Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468, 512.

¹³ Vgl. zum Ganzen RPW 2024/1, 92 Rz 18 ff., *Meldepflicht Städtekooperation Mobility as a Service*; RPW 2006/3, 480 Rz 37, *Atel - EOSH-Aktiven*; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.02.2009, Rz 80, welche auch für die Schweizer Praxis herangezogen werden kann (vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 471, 481 und 531).

¹⁴ Vgl. zum Ganzen: RETO JACOBS/GION GIGER in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Durey/Zimmerli (Hrsg), 2. Aufl. 2023, S. 324 ff.; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 4), Art. 4 Abs. 3 N 119 ff. und N 223 ff.; DIKE KG-SÜSLÜ (Fn 4), Art. 4 Abs. 3 N 79 ff.

und Mutterunternehmen besteht somit aufgrund des Kontrollverhältnisses kein wirksamer Wettbewerb gegen den Willen des Mutterunternehmens. Es verhält sich damit gleich wie bei alleiniger Kontrolle bzw. Konzernverhältnissen.¹⁵ Daran ändert auch die Einseitigkeit des Verhältnisses – d. h. die Tatsache, dass das GU seinerseits Wettbewerbsdruck seitens eines Mutterunternehmens nicht verhindern kann – nichts. So kann auch ein Konzernunternehmen Wettbewerb durch die Konzernmutter oder ein Schwesterunternehmen nicht verhindern. Dies umso mehr, als es vorliegend um die Frage des Vorliegens einer Abrede geht, an welcher sowohl das GU als auch das Mutterunternehmen beteiligt sind. Dabei genügt es, dass aus Sicht des Mutterunternehmens kein bzw. nur bedingt (d. h. nur soweit dies seitens der Mutterunternehmen zugelassen wird) wirksamer Wettbewerb besteht.

32. Da entsprechend dem Gesagten aufgrund des Kontrollverhältnisses von Anfang an kein bzw. nur bedingt wirksamer Wettbewerb zwischen GU und Mutterunternehmen besteht, kann eine Abrede oder sonstige Verhaltensweise wirksamen Wettbewerb auch nicht beschränken.

33. Zu beachten gilt es allerdings, dass zwischen den gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen kein Kontrollverhältnis besteht. Sie bilden wie erwähnt keine wirtschaftliche Einheit (vgl. vorangehend Rz 18). Die Mutterunternehmen stehen damit grundsätzlich in einem Wettbewerbsverhältnis, mithin zwischen den Mutterunternehmen sehr wohl eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen kann.

34. Es kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine Vereinbarung zwischen einem Mutterunternehmen und dem GU auch Wirkung auf das Verhältnis zwischen den Mutterunternehmen entfalten kann. Wenn sich bspw. ein Mutterunternehmen im Rahmen eines Wettbewerbsverbots zu Gunsten des GU verpflichtet, nicht auf dem Markt tätig zu werden, auf welchem das GU tätig ist, so wirkt sich dies indirekt auch auf das andere Mutterunternehmen aus, etwa wenn dieses auf dem fraglichen Markt ebenfalls tätig ist. Denkbar wäre auch etwa eine Situation, in welcher beide Mutterunternehmen jeweils mit dem GU Preise absprechen. Dies kann indirekt auch zu einer Preisabsprache zwischen den Mutterunternehmen führen.

35. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle werden Vereinbarungen zwischen Mutterunternehmen und GU unter dem Titel Nebenabreden betrachtet.¹⁶ Solche Abreden werden in der Praxis unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachtet, selbst wenn sie indirekt auch Effekte auf das Verhältnis zwischen den Mutterunternehmen haben können.

36. Analog kann im vorliegenden Zusammenhang festgehalten werden, dass Vereinbarungen zwischen Mutterunternehmen und GU mit Wirkungen zwischen den gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen dann keine unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG darstellen, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des GU stehen und die Wirkung zwischen den gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen nur als eine unvermeidbare, unwesentliche Nebenfolge zu qualifizieren ist.

37. In jedem Fall als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zwischen den gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen sind Vereinbarungen zwischen Mutterunternehmen und GU zu werten, bei welchen das GU nur vorgeschoben ist und indirekt eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Mutterunternehmen bezweckt wird.

C.3 Fazit

38. Vereinbarungen zwischen Mutterunternehmen und GU stellen keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, sofern sie keine Wirkungen im Verhältnis zwischen den gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen haben.

39. Der Austausch von wettbewerbssensitiven Informationen, insbesondere über Neu- und Bestandskunden sowie Margen zwischen der [...] und ihren gemeinsam kontrollierten GU ist insoweit kartellrechtlich zulässig, als damit die [...] nicht über das GU entsprechende Informationen der anderen gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen erhält bzw. das GU die von der [...] erhaltenen Informationen nicht mit den anderen gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen teilt.

40. Absprachen über die abzugebenden Konditionen (Preis, Vertragsdauer, Kündigungsmodalitäten etc.) zwischen der [...] und ihren gemeinsam kontrollierten GU sind kartellrechtlich zulässig, solange das GU diese Informationen nicht an das bzw. die anderen kontrollierenden Mutterunternehmen weitergibt.

41. Der Austausch zwischen der [...] und ihren gemeinsam kontrollierten GU über die zu bedienenden Kunden, konkret darüber, wer welche Art von Kunden anspricht, ist kartellrechtlich zulässig, soweit der Austausch in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des GU steht und eine allfällige indirekte Wirkung zwischen den gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen nur als eine unvermeidbare, unwesentliche Nebenfolge zu qualifizieren ist; als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist der Austausch jedenfalls dann zu werten, wenn das GU nur vorgeschoben ist und indirekt eine Gebiets- oder Kundenaufteilung zwischen den gemeinsam kontrollierenden Mutterunternehmen bezweckt wird.

¹⁵ Vgl. dazu BSK KG-REINERT (Fn 4), Art. 4 Abs. 1 N 358 ff.; DIKE KGBANGERTER/ZIRLICK (Fn 4), Art. 4 Abs. 1 N 23.

¹⁶ Vgl. dazu bspw. RPW 2024/1, 96 Rz 55 ff., *Meldepflicht Städtekooperation Mobility as a Service*.

B 1.4

4. Meldepflicht Emmi AG/Mademoiselle Desserts-Gruppe

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

I. Sachverhalt

1. Gemäss Angaben in der Beratungsanfrage beabsichtigen die Emmi AG mit Sitz in Luzern und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (Emmi) den Erwerb der alleinigen Kontrolle im Sinne von Art. 1 VKU¹ an der Mademoiselle Desserts-Gruppe mit Sitz in Frankreich (Zielgesellschaft). Das Zusammenschlussvorhaben werde der französischen Wettbewerbsbehörde gemeldet.

2. Die Zielgesellschaft biete Premium-Desserts in Europa an, d. h. hauptsächlich tiefgefrorene Viennoiserien und Pastries und in geringerem Masse frische und tiefgefrorene Catering-Produkte. Sie vertreibe diese sowohl über die klassischen Retail-Kanäle als auch im Food-Service-Bereich, welcher z. B. das Commercial Catering und die Belieferung von Distributoren oder Systemgastonomie- und Fastfood-Ketten umfasse. Die Zielgesellschaft sei hauptsächlich in Frankreich und dem Vereinigten Königreich tätig. Der weltweite Umsatz habe 2023 rund 440 Mio. € (ca. 427,5 Mio. Fr.) betragen. Mit der Übernahme der Zielgesellschaft würde Emmi das bestehende Portfolio um französisch-inspirierte Desserts ergänzen.

3. Die Zielgesellschaft verfüge über keine Produktionsstätten in der Schweiz (sondern in Frankreich, Grossbritannien, den Niederlanden und Belgien) und exportiere nur wenige Produkte in die Schweiz, primär Tarts und Puddingkuchen, Entremets, gebrauchsfertige Basisprodukte (z. B. Gebäckböden), Muffins und US/UK-Spezialitäten, Kuchen und Fondants (Lavakuchen), Beignets und saisonale Produkte. Das Exportvolumen der Zielgesellschaft in die Schweiz sei mit rund [...] Fr. marginal. Dies entspreche in einem Gesamtmarkt für Dessertprodukte in der Schweiz schätzungsgemäss einem Anteil von weit unter [...] %. Die Verkäufe der Zielgesellschaft in der Schweiz seien damit vernachlässigbar, woran sich auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens nichts ändern würde.

II. Fragestellung

4. Gemäss den Ausführungen in der Beratungsanfrage sei der Kontrollerwerb von Emmi an der Mademoiselle Desserts-Gruppe nicht meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG. Die dem Sekretariat unterbreiteten Fragen lauten wie folgt:

1. Teilt das Sekretariat die rechtliche Beurteilung, dass das Zusammenschlussvorhaben keinen Bezug zur Schweiz gemäss Art. 2 Abs. 2 KG aufweist und darum nicht meldepflichtig ist?
2. Teilt das Sekretariat die rechtliche Beurteilung, dass das Zusammenschlussvorhaben keine vor-

bzw. nachgelagerten oder benachbarten Märkte zu den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter betrifft und folglich nicht meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ist?

III. Beurteilung**A. Zum Schweiz-Bezug des Zusammenschlussvorhabens**

5. Art. 2 Abs. 2 KG hält fest, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. In der Beratung zur *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG* hielt das Sekretariat fest, dass analog zu Art. 9 Abs. 1 KG das Auswirkungsprinzip auch in Art. 9 Abs. 4 KG konkretisiert wird. Sind somit die Aufgreifkriterien von Art. 9 Abs. 4 KG erreicht, entfällt grundsätzlich eine zusätzliche Prüfung der Auswirkungen auf den schweizerischen Markt. Ein Zusammenschluss fällt somit unter die Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG, ohne dass Auswirkungen auf den schweizerischen Markt im Einzelnen zu prüfen sind.² Grundsätzlich wird angenommen, dass das Auswirkungsprinzip erfüllt ist, wenn zumindest potenzielle Auswirkungen vorliegen. Da die Zielgesellschaft mit dem Vertrieb ihrer Produkte Umsätze in der Schweiz erzielt, bestehen zumindest potenzielle Auswirkungen. Das Sekretariat teilt somit die Auffassung nicht, dass das Zusammenschlussvorhaben keinen Bezug zur Schweiz gemäss Art. 2 Abs. 2 KG aufweist und darum nicht meldepflichtig ist.

B. Zur Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG des Zusammenschlussvorhabens

6. 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. Am 6. März 2006 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz festgestellt, dass die Emmi AG auf den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG einnimmt.³ Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen. Somit besteht eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, wenn sich die Emmi AG an einem Zusammenschluss beteiligt, der den Markt für Konsummilch, Konsumrahm oder Butter betrifft oder mindestens einen solchen, der einem dieser Märkte vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

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

² RPW 2006/4, 623 Rz 15, *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*.

³ RPW 2006/2, 290 Ziffer 1 Dispositiv, *Emmi AG/AZM*.

7. Vorliegend benötige die Zielgesellschaft zur Herstellung einiger ihrer Produkte u. a. Milch (aber keine Konsummilch), Konsumrahm und Butter.⁴ Die Zielgesellschaft stelle die Desserts und übrigen Produkte nicht in der Schweiz her. Das Sekretariat versteht die Angaben in der Beratungsanfrage dahingehend, dass die Zielgesellschaft im Jahr 2023 einen Umsatz von rund [...] Fr. mit dem Vertrieb ihrer Desserts und übrigen Produkten in der Schweiz erzielte.

8. Zu prüfen ist vorliegend, ob eine dieser Tätigkeiten der Zielgesellschaft, insbesondere der Vertrieb in der Schweiz von Desserts und übrigen Produkten, die teilweise mit Milch, Konsumrahm oder Butter hergestellt werden, dem Markt für Konsummilch, Konsumrahm oder Butter angehört oder einem dieser Märkte vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

9. Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob die Zielgesellschaft mit dem Vertrieb von Desserts und übrigen Produkten in der Schweiz auf einem Markt tätig ist, welcher zum Markt für Konsummilch, Konsumrahm oder Butter benachbart ist.

10. 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.⁵ Die Praxis der WEKO legt den Begriff des benachbarten Marktes regelmässig weit aus. Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.⁶ Nach Ansicht des Sekretariats 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.⁷

11. In der Beratung zur *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG* führte das Sekretariat aus, dass Jogurt, Quark, Dessertprodukte, Eiscreme usw. keine (nahen) Substitute zu den Produkten sind, bei denen die Emmi AG über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.⁸ Gleichzeitig nannte die Beratung mehrere Gründe, weshalb diese Märkte als benachbarte Märkte zu betrachten sind: der gemeinsame Rohstoff Milch, die teilweise vorhandene Angebotsumstellungsflexibilität, die für den Molkereisektor typische Kuppelproduktion und das Sortimentskonzept beim Vertrieb von Milchprodukten.⁹

12. In der vorläufigen Prüfung der Zusammenschlüsse *Emmi AG/Nutrifrais SA* und *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.* qualifizierte die WEKO den Markt für Dessertprodukte gestützt auf die in der Beratung zur *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG* genannten Gründe (Rz 11) als benachbart zu den Märkten, auf welchen Emmi eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.¹⁰ Für die sachliche Marktabgrenzung ging die WEKO von einem molkereitechnisch definierten Dessertproduktbegriff aus und liess offen, ob der sachlich relevante Markt für Dessertprodukte auch Produkte erfasst, die keine Frischmilchprodukte darstellen.¹¹ Räumlich grenzte die WEKO in ihrer Praxis den Markt

für Dessertprodukte zumeist national ab und liess teilweise offen, ob der relevante Markt grösser als national ist.¹²

13. In der Beratung i. S. *Meldepflicht Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.* hielt das Sekretariat zudem fest, dass zumindest ein Teil der oben genannten Gründe (Rz 11) auch für Dessertprodukte zutreffen dürfte, die nicht mehrheitlich aus Milch resp. Milchbestandteilen bestehen, d. h. für Produkte, wie sie damals von der Pasticceria Quadrifoglio-Gruppe hergestellt wurden.¹³ Somit gehören Dessertprodukte, die nicht mehrheitlich aus Milch resp. Milchbestandteilen bestehen, zu einem Markt, der benachbart ist zu zumindest einem der Märkte, auf denen Emmi eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Gestützt auf den benachbarten Charakter dieser Märkte bejahte das Sekretariat sodann die Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens nach Art. 9 Abs. 4 KG.

14. Analog zur Pasticceria Quadrifoglio-Gruppe vertreibt auch die Zielgesellschaft Dessertprodukte, welche gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage allenfalls nicht mehrheitlich aus Milch resp. Milchbestandteilen bestehen. Die Überlegungen aus der Beratung i. S. *Meldepflicht Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.* sind somit auf den vorliegenden Fall übertragbar.

15. Der Beratungsanfrage zufolge betreffe das Zusammenschlussvorhaben keinen benachbarten Markt, weil u. a. das Zusammenschlussvorhaben keine Wettbewerbseffekte zwischen den potenziell benachbarten Märkten erzeuge.¹⁴ Das Zusammenschlussvorhaben habe nämlich auch abstrakt keine relevanten Effekte auf die Märkte, welche Emmi beherrschen solle, oder auf Märkte, welche die Zielgesellschaft in der Schweiz beliefern, weil Emmi die Zielgesellschaft aus regulatorischen Gründen auch in Zukunft nicht mit Konsummilch, Konsumrahm und Butter beliefern könne. Selbst wenn die Zielgesellschaft Konsummilch, Konsumrahm oder Butter

⁴ Beratungsanfrage vom 19. Juli 2024, Rz 23 f.

⁵ 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 gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*.

⁶ RPW 2022/1, 80, *Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH/Hugger Holding GmbH/Logistic Center Villigen GmbH*.

⁷ Siehe z. B. RPW 2022/1, 80, *Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH/Hugger Holding GmbH/Logistic Center Villigen GmbH*.

⁸ RPW 2006/4, 623 Rz 10, *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*.

⁹ RPW 2006/4, 623 Rz 10, *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*; RPW 2009/3, 228 Rz 20, *Emmi AG/Nutrifrais SA*.

¹⁰ RPW 2020/1, 249 Rz 4, *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*; RPW 2009/3, 228 Rz 20 f., *Emmi AG/Nutrifrais SA*.

¹¹ Vgl. RPW 2020/1, 249 Rz 6, *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*; RPW 2009/3, 229 Rz 30 f., *Emmi AG/Nutrifrais SA*.

¹² Vgl. RPW 2020/1, 249 Rz 6 und 250 Rz 8, *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*; RPW 2020/1, 242 ff. Rz 26, 40 und 41, *Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH*; RPW 2010/3, 574 Tabelle 2, *Emmi/Fromalp*; RPW 2009/3, 234 Rz 55, *Emmi AG/Nutrifrais SA*; RPW 1999/1, 108 Rz 38 und 110 Tabelle nach Rz 51, *Toni/Santis*.

¹³ Beratungsschreiben des Sekretariats vom 27. Juni 2019 i. S. *Meldepflicht Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*

¹⁴ Beratungsanfrage vom 19. Juli 2024, Rz 17.

¹⁵ Beratungsanfrage vom 19. Juli 2024, Rz 19.

verwende, sei demnach zu berücksichtigen, dass Emmi diese Rohstoffe wegen der regulatorischen Einschränkungen faktisch gar nie an die Zielgesellschaft liefern könnte.¹⁵

16. Hierzu ist festzuhalten, dass der benachbarte Charakter der Märkte für Konsummilch, Konsumrahm und/oder Butter zu einem oder mehreren Märkten, in welchen die Zielgesellschaft tätig ist, auch aufgrund des Sortimentskonzepts beim Vertrieb von Milchprodukten bestehen kann. Vorliegend würde der Zusammenschluss für Emmi zu einer Sortimentserweiterung im Bereich Desserts führen (Rz 2). Es ist vorliegend insbesondere denkbar, dass Emmi den Absatz von Dessertprodukten und Produkten, die zu einem Markt gehören, auf welchem Emmi marktbeherrschend ist, durch Kopplung oder Bindung¹⁶ miteinander verknüpfen würde. Somit können Wettbewerbseffekte zwischen den hier relevanten Märkten nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die Herkunft der Milch, des Konsumrahms und der Butter in den Produkten der Zielgesellschaft spielt hierbei keine Rolle. Der benachbarte Charakter der Märkte ergibt sich vorliegend zumindest aufgrund des Sortimentskonzepts beim Vertrieb von Milchprodukten, welches mit der Möglichkeit von Wettbewerbseffekten zwischen den hier relevanten Märkten einhergeht.

17. Die Mademoiselle Desserts-Gruppe erzielte im Jahr 2023 einen Umsatz mit dem Vertrieb von Desserts und übrigen Produkten in der Schweiz und ist somit in der Schweiz im Markt für Dessertprodukte tätig. Dabei handelt es sich um einen Markt, welcher zum Markt für Konsummilch, Konsumrahm und Butter, in welchem die marktbeherrschende Stellung der Emmi AG rechtskräftig festgestellt wurde, benachbart ist. Für den beabsichtigten Erwerb der Mademoiselle Desserts-Gruppe durch die Emmi AG besteht deshalb eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

18. Da sich die Meldepflicht bereits infolge des Vertriebs durch die Mademoiselle Desserts-Gruppe von Desserts und übrigen Produkten in der Schweiz ergibt, wird offengelassen, ob die übrigen Tätigkeiten der Mademoiselle Desserts-Gruppe eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG begründen.

19. Somit teilt das Sekretariat die Auffassung nicht, dass das Zusammenschlussvorhaben keine vor- bzw. nachgelagerten oder benachbarten Märkte zu den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter betreffe und folglich nicht meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG sei.

IV. Fazit

20. Das Sekretariat teilt die Auffassung nicht, dass das Zusammenschlussvorhaben keinen Bezug zur Schweiz gemäss Art. 2 Abs. 2 KG aufweise und darum nicht meldepflichtig sei.

21. Beim beabsichtigten Kontrollerwerb durch Emmi an der Mademoiselle Desserts-Gruppe handelt es sich um eine nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtige Transaktion, weil die Mademoiselle Desserts-Gruppe auf einem Markt tätig ist, welcher zu den Märkten, in welchen die marktbeherrschende Stellung der Emmi AG rechtskräftig festgestellt wurde, benachbart ist. Das Sekretariat teilt somit die Auffassung nicht, dass das Zusammenschlussvor-

haben keine vor- bzw. nachgelagerten oder benachbarten Märkte zu den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter betreffe und folglich nicht meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG sei.

¹⁶ Zu den Begriffen der Kopplung und Bindung, vgl. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008/C 265/07 vom 18.10.2008, Rz 96 f.

B 2

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Vermarktung von Verzeichnisdaten

Verfügung vom 24. Juni 2024 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Vermarktung von Verzeichnisdaten wegen unzulässiger Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG, gegen

1. Swisscom Directories AG, in Zürich

2. Swisscom AG, in Bern

beide vertreten durch [...]

A Verfahren

A.1 Begriffe

1. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wurden die nachfolgenden Begriffe verwendet:

Begriff	Definition
Adressverzeichnis	Medium, über welches Verzeichniseinträge konsultiert werden können, z. B. Adressverzeichnisdienst, Telefonbuch, CD/DVD.
Adressverzeichnisdienst	Öffentlich zugängliche Online-Plattform, über welche Unternehmensinformationen in einer Darstellung, welche sich an Telefonbüchern (gelbe und weisse Seiten) orientiert, publiziert werden.
directoriesData	Geschäftsbereich von Directories, der sich mit der Verwaltung von Adressverzeichnisdaten und der Erstellung von regulierten und veredelten Verzeichnisdatsätzen beschäftigt.
Eintragungsprodukt	Einzelnes Datenfeld oder Sammlung von Datenfeldern, mittels welchen kostenpflichtig ein Verzeichniseintrag mit zusätzlichen Informationen ergänzt werden kann.
Inhaberin oder Inhaber eines Verzeichniseintrags	Natürliche oder juristische Person, auf die sich ein Verzeichniseintrag bezieht.
localsearch	Geschäftsbereich von Directories, der sich mit dem Betrieb der Websites von local.ch und search.ch beschäftigt. Daneben werden weitere Dienstleistungen im Bereich Werbung und Marketing angeboten. Ursprünglich befasste sich localsearch vor allem mit der Erstellung und Publikation von Telefonbüchern.
Nachfragerin oder Nachfrager nach einem Verzeichniseintrag	Natürliche oder juristische Person, die einen Verzeichniseintrag nachfragt oder einem Verzeichniseintrag Zusatzinformationen hinzufügen möchte.

TDA	Anbieterinnen und Anbieter des öffentlichen Telefondienstes.
Verzeichnisanbieterin oder Verzeichnisanbieter	Anbieterin oder Anbieter eines gedruckten oder online Adressverzeichnisses.
Verzeichnisdaten	Sammlung von Informationen über ein Unternehmen, wobei jede einzelne Information einen Verzeichniseintrag bildet.
Verzeichnisdatensatz	Sammlung von Verzeichniseinträgen.
Verzeichnisdienst	Synonym für Adressverzeichnisdienst.
Verzeichniseintrag	Unternehmensinformationen, die zur Veröffentlichung in einem Telefonbuch oder einem Adressverzeichnisdienst geeignet sind und zu diesem Zweck bearbeitet werden.

Tabelle 1: Begriffsverwendungen

A.2 Gegenstand der Untersuchung und Untersuchungsadressatinnen

2. Im Zentrum der Untersuchung standen Verhaltensweisen der Swisscom Directories AG (nachfolgend: Directories) bezüglich der Konditionen für Einträge von Unternehmen in deren Adressverzeichnisdienste *local.ch* und *search.ch*. Ferner ging es um die Bereitstellung von Adressverzeichnisdaten durch Directories für andere Unternehmen.

3. Die Untersuchung richtete sich gegen Directories und deren Muttergesellschaft Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom).

4. Directories ist im Bereich der Adressverzeichnisdienste in zwei Geschäftsbereichen organisiert. Diese erbringen einerseits Dienstleistungen auf der Stufe der Erstellung und Zurverfügungstellung von Verzeichnisdatensätzen (sog. *Geschäftsbereich directoriesData*) und andererseits Dienstleistungen auf der Stufe der Erstellung und Publikation von Adressverzeichnissen (sog. *Geschäftsbereich localsearch*).¹

5. Anbieterinnen des öffentlichen Telefondienstes (nachfolgend: TDA) sind gesetzlich verpflichtet, die Verzeichnisdaten ihrer Kundinnen und Kunden (Name, Adresse, Telefonnummer) zu erheben und aktuell zu halten. Directories übernimmt für zahlreiche TDA diese gesetzlich vorgeschriebene Verwaltung der Verzeichniseinträge im Auftragsverhältnis als so genannter Data-Agent (*Geschäftsbereich directoriesData*, nachfolgend auch: *directoriesData*). Weiter bietet Directories in diesem Geschäftsbereich für Unternehmen kommerzielle Verzeichnis- und Adress-Management-Dienste an.²

6. Im *Geschäftsbereich localsearch* (nachfolgend auch: *localsearch*) war Directories jahrzehntelang Herausgeberin des gedruckten Telefonbuchs in der Schweiz. Da jedoch der Umfang, die Nutzung und Relevanz der sogenannten «Weissen Seiten» über die Jahre hinweg konstant abgenommen haben, wurde der Druck des Schweizer Telefonbuchs per Ende 2022 eingestellt. *Branchenverzeichnisse* («Gelbe Seiten») sind jedoch gemäss Directories nach wie vor von hoher Relevanz.³ Auch hier wird jedoch in der Regel nicht mehr via Telefonbuch gesucht, sondern über entsprechende Online-Plattformen und MobileApps (nachfolgend: Adressverzeichnisdienste oder Verzeichnisdienste). Directories betreibt in diesem Bereich die beiden Verzeichnisdienste

local.ch und *search.ch*. Daneben bietet *localsearch* zahlreiche weitere Dienstleistungen unter anderem im Zusammenhang mit Marketing und Werbung für Unternehmen, insbesondere für KMU, an. Nebst *local.ch* und *search.ch* verfügt Directories zudem über folgende weitere Marken bzw. B2C-Verzeichnisplattformen: die Gemeinde- und Vereinsplattform *Localcities*, die Schweizer Handwerkerplattform *renovero* sowie den Branchenvergleichsdienst *anbieter-vergleich.ch*. Ziel des Produktportfolios von Directories ist es nach eigenem Dafürhalten, Unternehmen darin zu unterstützen, online gefunden zu werden, Neukunden zu gewinnen und diese langfristig zu binden.⁴ In einem Interview aus dem Jahre 2019 führte Herr [...] von Directories, in diesem Zusammenhang aus, das typische Eintragungsgeschäft sei seit 2016 stark rückläufig. Während damit im Jahr 2016 noch rund 50 % des Gesamtumsatzes erzielt worden seien, seien es im Jahr 2019 nur noch rund 15 % gewesen. Die Neuausrichtung der Produkte beinhalteten vor allem Gesamtlösungen für Schweiz KMU. Dies seien Google- und Facebook-Kampagnen, Präsenz-Management, Customer-Relationship-Management, Websites oder Cash-Management.⁵

7. «*SWISS LIST*» ist ein Produkt von Directories im Bereich *localsearch* und beinhaltet die Publikation von Unternehmensinformationen (nachfolgend auch: Verzeichniseinträge) auf *local.ch* und *search.ch* sowie weiteren Online-Plattformen wie Google und Bing. Mit der Einführung von «*SWISS LIST*» haben sich verschiedene Unternehmen bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) über Directories beschwert. Beschwerden kamen hierbei sowohl von Unternehmen, die einen Eintrag bei *local.ch* und *search.ch* nachfragen (nachfolgend: Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen oder Inserentinnen und Inserenten in Adressverzeichnisdiensten), als auch von der Wettbewerberin

¹ Vgl. act. 16, Rz 25 ff.

² Vgl. act. 16, Rz 25.

³ Vgl. Medienmitteilung von *localsearch* vom 14. September 2022 unter: <https://www.localsearch.ch/de/gedrucktes-telefonbuch-wird-eingestellt> (3.4.2023)

⁴ Vgl. unter: <https://www.localsearch.ch/de/gedrucktes-telefonbuch-wird-eingestellt> (3.4.2023).

⁵ Vgl. act. 3, Beilage 98.

ZIP.ch SA (nachfolgend: ZIP oder Anzeigerin). Hintergrund der *Beschwerden von Inserentinnen und Inserenten* war die Änderung des Dienstleistungsangebots und der Preissetzung auf den Verzeichnisdiensten von localsearch durch Directories im Frühjahr/Sommer 2019. Mit der Einführung des neuen Einheitsprodukts «SWISS LIST» bot Directories die ursprünglichen Eintragungsprodukte (kostenpflichtige Zusatz- und Folgeeinträge wie bspw. E-Mail-Adresse, zusätzliche Rubriken etc.) nicht mehr separat, sondern nur noch gemeinsam und zudem in Kombination mit einer Zusatzdienstleistung von [...] an. Diese Zusatzleistung besteht im Wesentlichen in der Synchronisation der Unternehmensinformationen mit externen Plattformen wie Google und Bing. Die Umstellung auf «SWISS LIST» ging gleichzeitig einher mit einer neuen Preisstruktur, welche für eine Vielzahl von Inserentinnen und Inserenten zu einer Preiserhöhung geführt hat. ZIP ist ebenfalls im Bereich der Adressverzeichnisdienste tätig. Einerseits bezieht sie als Nachfragerin von Directories Verzeichnisdatensätze und andererseits bietet sie als direkte Konkurrentin von Directories Adressverzeichnisdienste auf ihrer Website «zip.ch» an. ZIP reichte im September 2019 bei der WEKO wegen diverser Verhaltensweisen von Directories sowohl im Geschäftsbereich localsearch als auch im Geschäftsbereich directoriesData eine Anzeige hinsichtlich mehrerer möglicher Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung gegen Directories ein.

8. In seiner am 16. Dezember 2019 eröffneten Vorabklärung (vgl. Rz 9 ff.) gelangte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) zum Schluss, dass Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Directories sowohl im Geschäftsbereich localsearch als auch im Geschäftsbereich directoriesData bestehen würden. Im *Geschäftsbereich localsearch* stand im Zusammenhang mit der Einführung des Produkts «SWISS LIST» der Verdacht des Abschlusses von Koppelungsverträgen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG⁶ und die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen unangemessenen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG im Vordergrund. Durch die Migration sämtlicher Kundinnen und Kunden auf «SWISS LIST» bestand zudem der Verdacht, dass Wettbewerber behindert wurden. Im *Geschäftsbereich directoriesData* bestand schliesslich der Verdacht, dass Directories die Kundinnen und Kunden nach Erhalt der Informationen durch die TDA und vor Aufnahme der Daten in die öffentlich zugänglichen Verzeichnisse kontaktiert und ihnen bereits mittels Kontrollauszug Ergänzungen des Verzeichniseintrags anbietet. Hierdurch wäre es möglich, dass sich Directories in unzulässiger Weise einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Es bestanden daher Anhaltspunkte, dass Directories mit ihrem Verhalten zudem den Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt haben könnte.

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Vorabklärung

9. Im Sommer 2019 erhielt die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) von verschiedenen Nachfragerin-

nen und Nachfragern nach Verzeichniseinträgen Beschwerden betreffend das von Directories neu eingeführte Produkt «SWISS LIST».

10. Mit Schreiben vom 17. September 2019 reichte ZIP eine Anzeige bei der WEKO wegen eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegen Directories ein und beantragte den Erlass superprovisorischer Massnahmen durch die WEKO.⁷

11. Mit Schreiben vom 23. September 2019 lehnte das Sekretariat den Antrag auf superprovisorische Massnahmen ab und forderte ZIP auf, eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version ihrer Eingabe zur Übermittlung zwecks Stellungnahme an Swisscom einzureichen.⁸ Dem kam ZIP mit Eingabe vom 26. September 2019 nach.⁹

12. Mit Schreiben vom 30. September 2019 übermittelte das Sekretariat Swisscom die Anzeige von ZIP mit der Bitte um Stellungnahme.¹⁰

13. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2019 reichte ZIP eine Ergänzung zu ihrer Anzeige ein.¹¹

14. Am 22. Oktober 2019 reichte Swisscom ihre Stellungnahme zur Anzeige von ZIP und zur Frage der provisorischen Massnahmen ein.¹²

15. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2019 forderte das Sekretariat Swisscom auf, ihm ihre Eingabe an die Preisüberwachung zu übermitteln.¹³

16. Mit Eingabe vom 4. November 2019 bat Swisscom um Fristerstreckung, da das Schreiben an die Preisüberwachung noch nicht erstellt gewesen sei.¹⁴ Mit Schreiben vom 6. November 2019 genehmigte das Sekretariat die Fristerstreckung.¹⁵

17. Mit Schreiben vom 18. November 2019 reichte Swisscom ein von ihr an die Preisüberwachung gerichtetes Schreiben ein.¹⁶

18. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2019 teilte das Sekretariat Swisscom und ZIP die Eröffnung einer Vorabklärung und die Abweisung des Antrags auf provisorische Massnahmen mit.¹⁷

19. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2019 übermittelte das Sekretariat einen Fragebogen an Swisscom.¹⁸

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

⁷ Vgl. act. 1-6.

⁸ Vgl. act. 7 und 9.

⁹ Vgl. act. 8 und 10-12.

¹⁰ Vgl. act. 12.

¹¹ Vgl. act. 13-15.

¹² Vgl. act. 16-18.

¹³ Vgl. act. 19.

¹⁴ Vgl. act. 20.

¹⁵ Vgl. act. 21.

¹⁶ Vgl. act. 22.

¹⁷ Vgl. act. 23 und 25.

¹⁸ Vgl. act. 24 und 26.

20. Mit Schreiben vom 14. Januar 2020 teilte die Preisüberwachung dem Sekretariat mit, dass sie keine weiteren Schritte in der vorliegenden Angelegenheit unternehmen werde.¹⁹

21. Mit Schreiben vom 17. Januar 2020 ersuchte Swisscom um Fristerstreckung, verlangte die Verfahrenssprache auf Deutsch zu ändern und erbat weitere Auskünfte zum möglichen Ausstandsgrund eines fallbetrauten Mitarbeiters.²⁰

22. Mit Schreiben vom 23. Januar 2020 genehmigte das Sekretariat die Fristerstreckung, hielt an der Verfahrenssprache fest und erläuterte den Sachverhalt, der einen möglichen Ausstandsgrund darstellen könnte.²¹

23. Mit Schreiben vom 6. Februar 2020 verlangte Swisscom betreffend die Verfahrenssprache eine anfechtbare Verfügung und stellte betreffend den fallbetrauten Mitarbeiter ein Ausstandsbegehren.²² Gleichzeitig verlangte Swisscom die Sistierung der Frist zur Beantwortung des an sie gerichteten Fragebogens.

24. Mit Schreiben vom 6. Februar 2020 bestätigte das Sekretariat der Preisüberwachung den Empfang ihres Schreibens vom 14. Januar 2020, informierte sie über die Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung und bat sie um Übermittlung der Verfahrensakte ihres Verfahrens an das Sekretariat.²³

25. Mit Schreiben vom 26. Februar 2020 nahm ZIP zur Information betreffend die Eröffnung einer Vorabklärung Stellung und übermittelte zwei Video-Interviews des CEO von Directories.²⁴

26. Mit Schreiben vom 27. Februar 2020 teilte das Sekretariat Swisscom mit, dass es die Verfahrenssprache auf Deutsch geändert habe und sich damit die Zusammensetzung der fallbetrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ändern würde.²⁵ Damit habe sich auch das Ausstandsbegehren erübrigt. Gleichzeitig stellte das Sekretariat Swisscom den auf Deutsch übersetzten Fragebogen zur Beantwortung zu.

27. Mit Schreiben vom 28. Februar 2020 übermittelte die Preisüberwachung ihre Verfahrensakte an das Sekretariat.²⁶

28. Mit Schreiben vom 5. März 2020 reichte Swisscom eine Schutzschrift betreffend die von ihr geltend gemachte bevorstehende Beendigung des Geschäftsverhältnisses mit ZIP aufgrund nicht beglichener Rechnungen ein.²⁷

29. Mit Schreiben vom 12. März 2020 reichte Swisscom ihre Antworten zum Fragebogen ein.²⁸

30. Am 7. April 2020 übermittelte das Sekretariat an Swisscom einen weiteren Fragebogen mit Ergänzungsfragen²⁹, welche Swisscom mit Eingabe vom 15. Mai 2020 beantwortete.³⁰

31. Mit Schreiben vom 7. Mai 2020 reichte ZIP unaufgefordert weitere Informationen ein.³¹

32. Mit Schreiben vom 25. Mai 2020 bat das Sekretariat Swisscom um weitere Datenergänzungen,³² welche Swisscom mit Eingabe vom 3. Juni 2020 einreichte.³³

33. Das Sekretariat stellte Swisscom mit Schreiben vom 28. Oktober 2020 weitere Präzisierungsfragen,³⁴ welche

Swisscom mit Eingabe vom 6. November 2020 beantwortete.³⁵

34. Mit Eingaben vom 19. November 2020³⁶, 11. Dezember 2020³⁷, 10. Februar 2021³⁸ und 22. März 2021³⁹ reichte ZIP weitere Stellungnahmen und Unterlagen ein.

A.3.2 Untersuchung

35. Am 6. September 2021 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Swisscom Directories AG und die Swisscom AG (nachfolgend zusammen: die Parteien). Zugleich erhielten die Parteien Gelegenheit, zum Schlussbericht des Sekretariats vom 18. Mai 2021 (nachfolgend: Schlussbericht) Stellung zu nehmen und ihnen wurde ein weiteres Auskunftsbegleichen zugestellt.⁴⁰

36. Mit Schreiben vom 21. September 2021 wurde die Anzeigerin ebenfalls über die Untersuchungseröffnung informiert und sie wurde gebeten, in Bezug auf ihre Eingaben vom 19. November 2020, vom 11. Dezember 2020 (E-Mail), vom 10. Februar 2021 und vom 22. März 2021 mitzuteilen, ob diese vertrauliche und/oder unter das Geschäftsgeheimnis fallende Informationen enthalten würden, die vor einer allfälligen Offenlegung gegenüber den Parteien und Dritten noch zu bereinigen wären.⁴¹

37. Mit Schreiben vom 30. September 2021 teilte ZIP mit, dass die oben genannten Eingaben (vgl. Rz 36) keine vertraulichen oder unter das Geschäftsgeheimnis fallende Informationen enthalten würden.⁴²

38. Am 13. Oktober 2021 erfolgte die Publikation der Untersuchungseröffnung im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt.⁴³

¹⁹ Vgl. act. 27.

²⁰ Vgl. act. 28.

²¹ Vgl. act. 29.

²² Vgl. act. 30.

²³ Vgl. act. 31.

²⁴ Vgl. act. 33.

²⁵ Vgl. act. 32.

²⁶ Vgl. act. 35.

²⁷ Vgl. act. 36.

²⁸ Vgl. act. 37.

²⁹ Vgl. act. 38.

³⁰ Vgl. act. 48 und 50.

³¹ Vgl. act. 45.

³² Vgl. act. 52.

³³ Vgl. act. 53.

³⁴ Vgl. act. 56 und 57.

³⁵ Vgl. act. 58.

³⁶ Vgl. act. 60.

³⁷ Vgl. act. 62.

³⁸ Vgl. act. 64.

³⁹ Vgl. act. 65.

⁴⁰ Vgl. act. 69.

⁴¹ Vgl. act. 72.

⁴² Vgl. act. 76.

⁴³ Vgl. act. 76a und 76b.

39. Nach gewährter Fristerstreckung nahmen die Parteien mit Schreiben vom 8. November 2021 Stellung zum Schlussbericht und zum Auskunftsbegehren vom 6. September 2021. In ihrer Stellungnahme beantragten die Parteien die folgenlose Einstellung der Untersuchung.⁴⁴

40. Mit Schreiben vom 4. März 2022 reichten die Parteien eine weitere Stellungnahme betreffend eine weitere Marktstudie und neue Entscheide zu Google ein.⁴⁵

41. Das Sekretariat stellte mit Schreiben von 7. März 2022 jeweils ein Auskunftsbegehren an ZIP, Google Switzerland GmbH und Microsoft Schweiz GmbH als mutmassliche Konkurrentinnen von Directories im Bereich der Verzeichnisdienste.⁴⁶

42. Am 31. März 2022 fand auf deren Wunsch hin ein Treffen zwischen Vertretern von Directories und dem Sekretariat zwecks Darlegung und Klärung diverser offener Fragen statt.⁴⁷

43. Mit Schreiben vom 6. April 2022 stellte ZIP ein Gesuch um Parteistellung in der Untersuchung und bat um Akteneinsicht.⁴⁸

44. Nach teilweise gewährter Fristerstreckung nahmen ZIP mit Schreiben vom 8. April 2022⁴⁹ und vom 3. Mai 2022⁵⁰, Microsoft Schweiz GmbH mit Schreiben vom 8. April 2022⁵¹ und 3. Mai 2022⁵² und Google Switzerland GmbH mit Schreiben vom 6. Mai 2022⁵³ Stellung zum Auskunftsbegehren vom 7. März 2022.

45. Mit Schreiben vom 20. April 2022 wurden die Parteien aufgefordert zum Gesuch um Parteistellung von ZIP Stellung zu nehmen.⁵⁴

46. Mit Schreiben vom 10. Mai 2022⁵⁵ und vom 23. Mai 2022⁵⁶ stellte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an ausgewählte Unternehmen, die mutmassliche Nachfragerinnen und Nachfrager von «SWISS LIST» und anderen Verzeichniseinträgen bzw. Verzeichniseinträgen bei anderen Anbieterinnen oder Anbietern sind. Darunter befanden sich 49 Unternehmen aus der Deutschschweiz und 23 Unternehmen aus der französischsprachigen Schweiz. Dabei wurden sowohl grössere Unternehmen wie etwa die [...] als auch kleinere Unternehmen wie etwa lokale Coiffeursalons befragt. Nach diversen Fristerstreckungen haben zwischen dem 12. Mai 2022 und dem 14. November 2022 insgesamt 56 Unternehmen geantwortet.⁵⁷

47. Mit Schreiben vom 12. Mai 2022 nahmen die Parteien Stellung zum Antrag von ZIP auf Parteistellung und beantragten, sowohl das Gesuch um Parteistellung als auch das Gesuch um Akteneinsicht abzulehnen.⁵⁸

48. Mit Schreiben vom 2. September 2022 baten die Parteien um Offenlegung gewisser Antworten von Google und Microsoft zum Auskunftsbegehren und um die Einholung weiterer Informationen von Google.⁵⁹

49. Mit Schreiben vom 28. September 2022 nahmen die Parteien Stellung zu den Antworten auf das Auskunftsbegehren an die mutmasslichen Nachfragerinnen und Nachfrager von Verzeichniseinträgen und reichten drei weitere Marktstudien ein.⁶⁰

50. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 4. Oktober 2022 ein weiteres Auskunftsbegehren an Swisscom und

verlangte ein Datenupdate über fakturierte Beträge, Anzahl Kundinnen und Kunden sowie Bilanzen und Erfolgsrechnungen.⁶¹ Mit Schreiben vom 3. November 2022 reichten die Parteien die gewünschten Informationen ein.⁶²

51. Mit Schreiben vom 28. Februar 2023 reichte ZIP eine weitere Stellungnahme ein und zog dabei ihren Antrag auf Parteistellung zurück und verlangte stattdessen die Beteiligung am Verfahren als Dritte ohne Parteistellung.⁶³

52. Mit Schreiben vom 1. März 2023 folgte eine weitere Stellungnahme von ZIP.⁶⁴

53. Mit Schreiben vom 28. März 2023 teilte das Sekretariat ZIP mit, dass diese als Dritte ohne Parteistellung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG am Verfahren beteiligt werde.⁶⁵ Dies wurde gleichentags auch den Parteien mitgeteilt.⁶⁶

54. Mit Schreiben vom 17. April 2023 reichte Swisscom eine Studie zur Marktstellung von Google ein.⁶⁷

55. Mit Schreiben vom 28. April 2023 folgte eine weitere Eingabe von Swisscom zu einem Bericht der Preisüberwachung zur Marktstellung von Google.⁶⁸

56. Die Zusendung des Antrags des Sekretariats vom 21. August 2023 an die Parteien sowie die Zusendung einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version des Antrags an die Verfahrensbeteiligte ZIP zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erfolgte mit Schreiben vom 21. August 2023 respektive vom 5. September 2023.⁶⁹ Darin wurde auch mitgeteilt, dass derzeit keine Anhörungen geplant seien. Den Parteien wurde zudem eine Frist zum Stellen von Beweisanträgen gesetzt.

⁴⁴ Vgl. act. 80 und 81.

⁴⁵ Vgl. act. 94.

⁴⁶ Vgl. act. 95-97.

⁴⁷ Vgl. act. 101.

⁴⁸ Vgl. act. 108.

⁴⁹ Vgl. act. 114.

⁵⁰ Vgl. act. 121.

⁵¹ Vgl. act. 115.

⁵² Vgl. act. 120.

⁵³ Vgl. act. 127.

⁵⁴ Vgl. act. 119.

⁵⁵ Vgl. act. 128.

⁵⁶ Vgl. act. 136.

⁵⁷ Vgl. act. 130, 135, 139, 143, 144, 145, 147, 147a, 151, 152, 171, 172, 173, 174, 181, 182, 184, 185, 190, 192, 193, 194, 198, 201, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 221, 222, 225, 226, 228, 232, 237, 238, 239, 240, 244, 252a, 260, 263, 264, 265, 266, 267, 272, 274, 276, 280a, 282.

⁵⁸ Vgl. act. 129.

⁵⁹ Vgl. act. 252.

⁶⁰ Vgl. act. 271.

⁶¹ Vgl. act. 278.

⁶² Vgl. act. 281.

⁶³ Vgl. act. 287.

⁶⁴ Vgl. act. 289.

⁶⁵ Vgl. act. 290.

⁶⁶ Vgl. act. 291.

⁶⁷ Vgl. act. 296.

⁶⁸ Vgl. act. 297.

⁶⁹ Vgl. act. 298 und 301.

57. Nach beantragten und gewährten Fristerstreckungen⁷⁰ nahmen die Parteien mit Schreiben vom 20. Oktober 2023⁷¹ und ZIP mit Schreiben vom 6. November 2023⁷² Stellung zum Antrag. Die Parteien beantragten dabei, die Untersuchung antragsgemäss einzustellen. ZIP verlangte demgegenüber die Fortführung und Ausdehnung der Untersuchung und stellte drei Beweisanträge. Zudem beantragte sie, als beteiligte Dritte die gleichen Rechte zu erhalten wie die Parteien und vor der WEKO angehört zu werden. Wörtlich stellte ZIP die folgenden Anträge:

1. *La continuation de l'instruction, en particulier s'agissant du partenariat conclu entre Swisscom (SD) et Google et des contrats connexes conclus entre Swisscom et [...].*
2. *L'audition d'entreprises subissant la concurrence du partenariat formé entre Swisscom (SD) et Google, dont ZIP et la société Mylokaesuche.*
3. *L'audition de ZIP en sa qualité de tiers participant bénéficiant des mêmes droits que les parties.*
4. *La production des emails de mass-mailing marketing (newsletters de localsearch) depuis 2019 et la liste des adresses email (destinataires) de ces mass-mailing marketing.*
5. *La liste des extraits de contrôle de nouvelles inscriptions professionnelles entre 2014 et 2015 et entre 2019 et 2020.*
6. *Le respect des droits de procédure de ZIP, en sa qualité de tiers participants bénéficiant des mêmes droits que les parties, en lien avec les actes de procédure à venir et ceux déjà exécutés.*
7. *La constatation de la Violation de l'Art. 5 LCart et de l'Art. 7 al. 2 let. b, c et f LCart en conjonction avec l'Art. 7 al. 1 LCart.*
8. *L'annulation des contrats SWISS LIST et des contrats intégrant SWISS LIST dont DigitalOne.*

58. Mit Schreiben vom 15. November 2023 teilte das Sekretariat ZIP mit, dass für den 15. Januar 2024 Anhörungen geplant seien, ein Recht auf Akteneinsicht bestehe demgegenüber nicht.⁷³

59. Mit Schreiben vom 20. November 2023 stellte das Sekretariat den Parteien die Stellungnahme von ZIP zum Antrag zu und informierte über die geplanten Anhörungen vom 15. Januar 2024.⁷⁴

60. Das Sekretariat teilte den Parteien mit Schreiben vom 7. Dezember 2023 mit, dass es aus verfahrensökonomischen Gründen plane, ZIP als beteiligte Dritte Akteneinsicht zu gewähren und setzte ihnen Frist zur Geltendmachung von Geschäftsgeheimnissen. Zudem wurde die Verschiebung der Anhörung auf einen späteren Zeitpunkt mitgeteilt.⁷⁵ Gleichzeitig wurde auch ZIP über dieses Vorgehen informiert.⁷⁶

61. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2023 reichte ZIP eine weitere Stellungnahme ein.⁷⁷

62. ZIP wurde mit Schreiben vom 24. Januar 2024 Einsicht in die geschäftsgeheimnisbereinigten Akten⁷⁸ gewährt.⁷⁹

63. Mit Schreiben vom 13. Februar 2024 wurde den Parteien und ZIP mitgeteilt, dass am 10. Juni 2024 voraussichtlich Anhörungen stattfinden würden, dass keine weiteren Schriftenwechsel vorgesehen seien und dass allfällige unaufgeforderte Stellungnahmen bis zum 22. März 2024 zu erfolgen hätten.⁸⁰ Die Parteien wurden überdies gebeten, für den Fall, dass die WEKO Mitarbeitende von Directories anhören möchte, drei Personen zu nennen, die anlässlich der Anhörungen vom 10. Juni 2024 zum Arbeitsablauf vom Erstkontakt bis zum Vertragsabschluss beim Verkauf von Produkten und Dienstleistungen von localsearch für den Zeitraum von 2016 bis heute Auskunft geben könnten.

64. Mit Eingabe vom 22. März 2024 nannten die Parteien drei Mitarbeiter, die anlässlich der Anhörung Auskünfte zu den internen Arbeitsabläufen geben könnten.⁸¹

65. ZIP reichte mit Schreiben vom 22. März 2024 eine weitere Stellungnahme ein,⁸² welche den Parteien mit Schreiben vom 26. März 2024 zur Kenntnis gebracht wurde.⁸³

66. Die Parteien und ZIP wurden mit Schreiben vom 17. April 2024 darüber informiert, dass die Verfahrenshöhe mit dem Versand des Antrags samt den Stellungnahmen der Parteien und ZIP an die WEKO an diese übergegangen sei und dass am 6. Mai 2024 die Eintretensdebatte stattfinden werde. Zudem erhielten sie den Antrag des Sekretariats an die WEKO betreffend die vom Sekretariat vorgesehene Beantragung der Ablehnung der von ZIP gestellten Beweisanträge.⁸⁴

67. Auf telefonische Nachfrage hin teilten die Parteien mit E-Mail vom 22. April 2024 eine weitere Person mit, die für eine Befragung anlässlich der Anhörungen vom 10. Juni 2024 geeignet sei.⁸⁵

68. Mit Eingaben vom 3. Mai 2024 (eingegangen am Montag, 6. Mai 2024, vorab per E-Mail am Freitag, 3. Mai 2024, 22:18 Uhr) und Schreiben vom 5. Mai 2024 (eingegangen am Dienstag, 7. Mai 2024, vorab per E-Mail am Sonntag, 5. Mai 2024, 23:52 Uhr) reichte ZIP zwei weitere Stellungnahmen ein.⁸⁶ Die Eingabe vom 5. Mai 2024 beinhaltete dabei ein Ausstandsbegehren gegen die Vizedirektorin und Leiterin des Dienstes Infrastruktur des Sekretariats. Da jedoch keine Ausstandsgründe vorlagen, wurde das Ausstandsbegehren anlässlich der WEKO-Sitzung vom 6. Mai 2024 abgewiesen.

⁷⁰ Vgl. act. 302 – 308.

⁷¹ Vgl. act. 309.

⁷² Vgl. act. 310.

⁷³ Vgl. act. 314.

⁷⁴ Vgl. act. 315.

⁷⁵ Vgl. act. 316.

⁷⁶ Vgl. act. 317.

⁷⁷ Vgl. act. 321.

⁷⁸ Vgl. act. 323.

⁷⁹ Vgl. act. 324.

⁸⁰ Vgl. act. 325 und 326.

⁸¹ Vgl. act. 331.

⁸² Vgl. act. 332.

⁸³ Vgl. act. 334.

⁸⁴ Vgl. act. 335 und 336.

⁸⁵ Vgl. act. 337.

⁸⁶ Vgl. act. 339 bis 343.

69. Mit Schreiben vom 13. Mai 2023 wurden den Parteien und ZIP weitere Informationen über den Ablauf der Anhörungen und die Ablehnung des Ausstandsbegehren gegen die Vizedirektorin und Leiterin des Dienstes Infrastruktur des Sekretariats mitgeteilt.⁸⁷

70. Am 23. Mai 2024 erfolgte eine weitere Eingabe von ZIP per E-Mail.⁸⁸ Mit Schreiben vom 27. Mai 2023 nahm das Sekretariat dazu Stellung⁸⁹ und übermittelte diese Stellungnahme gleichzeitig auch den Parteien.⁹⁰

71. Sowohl die Parteien als auch ZIP teilten am 28. Mai 2024 per E-Mail ihre Delegationen für die Anhörungen vom 10. Juni 2024 mit.⁹¹

72. Am 10. Juni 2024 fanden Anhörungen vor der WEKO statt. Dabei wurden auch zwei Mitarbeiter von Directories als Zeugen einvernommen.⁹² Die Protokolle der Anhörungen wurden den Parteien und ZIP mit Schreiben vom 11. Juni 2024 zugestellt.⁹³

73. Mit E-Mails vom 11. und 16. Juni 2024 reichte ZIP deutsche Übersetzungen ihres Plädoyers vom 10. Juni 2024 sowie ihrer Stellungnahmen vom 6. November 2023 und 22. März 2024 ein.⁹⁴ Mit Eingabe vom 14. Juni 2024 erfolgte zudem eine weitere Stellungnahme von ZIP.⁹⁵ Mit Schreiben vom 17. Juni 2024 wurden all diese Eingaben den Parteien zur Kenntnis gebracht.⁹⁶

74. Mit Schreiben vom 17. Juni 2024 wurde ZIP die geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Präsentation und des Plädoyers der Parteien vom 10. Juni 2024⁹⁷ weitergeleitet.⁹⁸

75. Akteneinsicht der Parteien erfolgte mit Schreiben vom 5. Oktober 2021⁹⁹, 30. November 2021,¹⁰⁰ 6. Mai 2022,¹⁰¹ 12. Juli 2022,¹⁰² 30. August 2022,¹⁰³ 6. Dezember 2022¹⁰⁴, 12. April 2023,¹⁰⁵ 18. Dezember 2023,¹⁰⁶ 12. März 2024,¹⁰⁷ 13. Mai 2024¹⁰⁸.

76. Akteneinsicht an ZIP erfolgte mit Schreiben vom 24. Januar 2024¹⁰⁹ und 13. Mai 2024¹¹⁰.

B Sachverhalt

B.1 Allgemeines zur Sachverhaltsfeststellung

77. Bei der Feststellung des Sachverhalts gelten für die Wettbewerbsbehörden die folgenden Massgaben: Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)¹¹¹ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Kartellverwaltungsrecht ist als öffentliches Recht zwingendes Recht und muss unabhängig von der Interessenlage der Beteiligten richtig und umfassend verwirklicht werden.

78. Nach dem Untersuchungsgrundsatz sind die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, von Amtes wegen den Sachverhalt korrekt und vollständig zu ermitteln (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Sie tragen für den gesamten Tatbestand die Beweisführungslast.¹¹² Dies gilt für alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, und dabei sowohl für belastende wie auch entlastende Umstände (z.B. Rechtfertigungsgründe). Die Beweisführungslast der Behörden wird mit den Mitwirkungspflichten nach Art. 13 VwVG ergänzt,¹¹³ so namentlich, wenn das betroffene Unternehmen Umstände geltend macht, die in seinem eigenen Interesse liegen (z.B. Rechtfertigungsgründe): Verfügt es über die entsprechenden Informatio-

nen und Beweismittel (z.B. unternehmensinterne Dokumente), hat es diese von sich aus der Behörde gegenüber offen zu legen.

79. Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt für die Sachverhaltsfeststellung der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP¹¹⁴). Daraus folgt insbesondere, dass der Beweis auch mittels Indizien oder Selbstanzeigen geführt werden kann,¹¹⁵ sofern das erforderliche Beweismass (siehe dazu sogleich Rz 81 f.) erreicht wird.

80. In kartellrechtlichen Sanktionsverfahren gilt die Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV).¹¹⁶ Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen,

⁸⁷ Vgl. act. 344 und 345.

⁸⁸ Vgl. act. 346.

⁸⁹ Vgl. act. 347.

⁹⁰ Vgl. act. 348.

⁹¹ Vgl. act. 349 und 350.

⁹² Vgl. act. 353.

⁹³ Vgl. act. 354 und 355.

⁹⁴ Vgl. act. 356 und 360.

⁹⁵ Vgl. act. 359.

⁹⁶ Vgl. act. 364.

⁹⁷ Vgl. act. 357.

⁹⁸ Vgl. act. 363.

⁹⁹ Vgl. act. 78.

¹⁰⁰ Vgl. act. 83.

¹⁰¹ Vgl. act. 126.

¹⁰² Vgl. act. 211.

¹⁰³ Vgl. act. 249.

¹⁰⁴ Vgl. act. 285.

¹⁰⁵ Vgl. act. 294.

¹⁰⁶ Vgl. act. 320.

¹⁰⁷ Vgl. act. 329.

¹⁰⁸ Vgl. act. 344.

¹⁰⁹ Vgl. act. 324.

¹¹⁰ Vgl. act. 345.

¹¹¹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹¹² MARKUS SCHOTT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 39 N 58 m.w.H.; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 39 N 34.

¹¹³ Vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 m.w.H., *Buchpreisbindung*; BGE, 2C_845/2018 vom 3.8.2020 E. 4.2, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; vgl. auch BGE, 2C_145/2018 vom 7.10.2021 E. 8.2.2.2, *Hors Liste-Medikamente*; BSK KG-SCHOTT (Fn 112), Art. 39 N 59 (m.w.H.); ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Roger Zäch/Ruth Arnet/Marino Baldi/Regina Kiener/Olivier Schaller/Felix Schraner/Adrian Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 39 N 49 (m.w.H.); CR Concurrence-MARTENET (Fn 112), Art. 39 N 33.

¹¹⁴ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹¹⁵ Vgl. BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018 E. 6.5.5.6 und E. 6.5.5.8, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*; BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.4, *Türprodukte*. Siehe auch MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

¹¹⁶ Vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.3 (m.H. u.a. auf BGE 127 I 38 E. 21 und BGE 139 I 72 E. 2.2.2 in fine), *Altimum*; BGE, 2C_845/2018 vom 3.8.2020 E. 4.2 m.w.H., *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.¹¹⁷ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d. h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.¹¹⁸

81. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungs- und Bundesgerichts sind keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen, wenn ein voller Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Dies gilt insbesondere «im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang [...], zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind» und sich bei übersteigerten Anforderungen an das Beweismass praktisch nie beweisen liessen.¹¹⁹ Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte und Wirkungszusammenhänge schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (z.B. die Marktabgrenzung oder die Effizienzrechtfertigung). Hinsichtlich solcher Tatsachen genügt nach der Rechtsprechung die Überzeugung der Behörden, dass sie mit überwiegender (d.h. hoher) Wahrscheinlichkeit vorliegen.¹²⁰

82. Im Rahmen der Klärung des Sachverhaltes haben die Parteien die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen. Ob einem Beweisantrag stattzugeben ist, beurteilt sich nach Art. 33 VwVG.¹²¹ Danach nimmt die Behörde oder das Gericht die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes 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.¹²²

B.2 Geschäftstätigkeiten von Directories

83. Wie eingangs erwähnt (vgl. Rz 2 ff.), ist Directories ein Datenverarbeitungsunternehmen, welches sämtliche Wertschöpfungsprozesse der Verarbeitung von Verzeichnisdaten von der Übernahme dieser Daten von den TDA bis zur Bereitstellung von Verzeichnisdiensten gegenüber Endkundinnen und Endkunden ausübt. Der *Geschäftsbereich directoriesData* beschäftigt sich dabei insbesondere mit der Aufbereitung der von den TDA erhaltenen Verzeichnisdaten, während der *Geschäftsbereich localsearch* die aufbereiteten Verzeichnisdaten zur Bereitstellung von Verzeichnisdiensten und von sonstigen webbasierten Anwendungen gegenüber Endkundinnen und Endkunden verwendet.

¹¹⁷ Vgl. BGer, 2A.500/2002 vom 24.3.2003 E. 3.5, bestätigt in BVGE 2010/63 E. 9.2 und BVGE 2012/33 E. 6.2.1 sowie aktueller BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 5.2, *Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen*. Siehe auch DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 113), Art. 5 N 54 (m.w.H.); BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 112), Art. 5 N 617 (m.w.H.); BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 112), Art. 30 N 102; AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 115) 114–121, 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 12 VwVG N 215 m.w.H.

¹¹⁸ Vgl. BGE 124 IV 86, 87 f. E. 2a; so auch BGer 6B_249/2020 E. 2.4.2; BGer, 6B_108/2022 E. 3.1.

¹¹⁹ Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.4 (mit Hinweis auf die ausführlicheren BGE 139 I 72 E. 8.3.2 [wobei auch auf E. 9.2.3.4 hinzuweisen ist], *Publigroupe* und BGE 144 II 246 E. 6.4.4, *Altimum*), *Hors-Liste-Medikamente/Pfizer*, Vgl. zum Ganzen ausführlich BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 112), Art. 30 N 103 (m.w.H.); speziell für Abreden BSK KG-REINERT (Fn 112), Art. 4 Abs. 1 N 25; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 113), Art. 5 N 56.

¹²⁰ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 156 ff., *ADSL II*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 5.5.2, *Nikon*; vgl. auch BGE 144 II 246 E. 6.4.4, *Altimum*; BGE 139 I 72 E. 8.3.2, *Publigroupe*.

¹²¹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹²² Vgl. BGE 144 II 194 E. 4.4.2, *BMW*; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 3.1.5, *DCC*.

Geschäftstätigkeit Directories

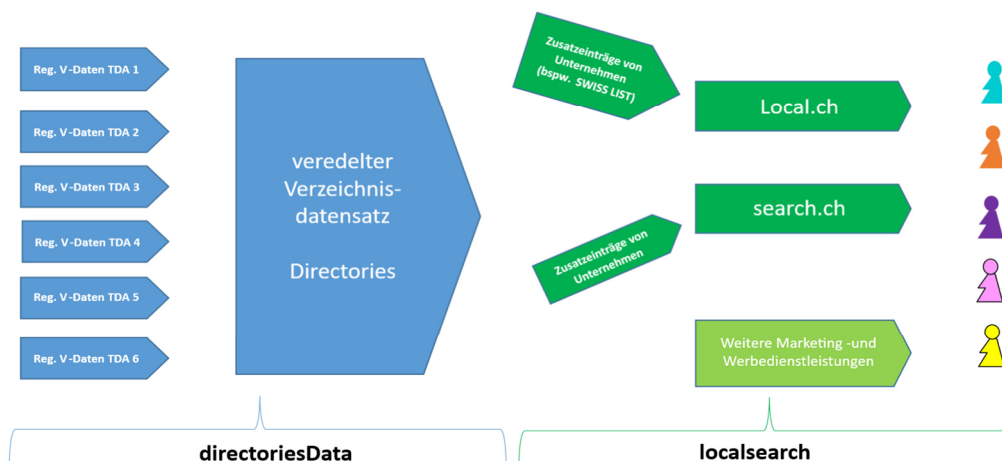


Abbildung 1: Geschäftstätigkeit Directories

B.2.1 directoriesData

B.2.1.1 Pflicht zur Erstellung und Zurverfügungstellung der regulierten Verzeichnisdaten

84. Gemäss Art. 21 Abs. 1 FMG¹²³ sind alle in der Schweiz existierenden TDA zum Führen eines Verzeichnisses über ihre Kundinnen und Kunden verpflichtet. Inhaltlich müssen dabei die sogenannten Mindestdaten gemäss Art. 11 FDV¹²⁴ wie insbesondere Name, Adresse, Telefonnummer und Werbestern erfasst werden. Diese Daten werden als *regulierte Verzeichnisdaten* bezeichnet. Dies bedeutet, dass jede TDA einen regulierten Verzeichnisdatensatz ihrer eigenen Kundinnen und Kunden erstellen muss. Die TDA sind weiter verpflichtet, ihren regulierten Verzeichnisdatensatz den Anbieterinnen und Anbietern von Diensten, die auf den Verzeichnisdaten basieren (wie z. B. der Erstellerin oder dem Ersteller eines Telefonbuches), zugänglich zu machen und zwar auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu Preisen, die sich an den Kosten für das Bereitstellen der Verzeichnisdaten orientieren (vgl. Art. 21 Abs. 2 und 3 FMG).

B.2.1.2 Erstellung und Verwaltung der regulierten Verzeichnisdaten durch Directories im Auftrag der TDA

85. Gemäss Art. 21 Abs. 5 FMG können die TDA zur Erfüllung dieser Verpflichtungen Dritte beiziehen. Directories bietet gegenüber anderen TDA die Erstellung und Verwaltung der regulierten Verzeichnisdaten im Auftragsverhältnis als *Data-Agent* an. In dieser Rolle unterstützt directoriesData die TDA bei der Erfüllung ihrer regulatorischen Pflichten im Zusammenhang mit Verzeichnisdaten (vgl. Art. 21 FMG i.V.m. Art. 31 FDV). Neben der Erstellung und Verwaltung der regulierten Verzeichnisdaten gewährt Directories Dritten im Namen, im Auftrag und auf Rechnung der jeweiligen TDA Zu-

gang zu den regulierten Verzeichnisdaten zu kostenorientierten Preisen. Der Verkauf der regulierten Verzeichnisdaten an Verzeichnisanbieter erfolgt somit, vermittelt über directoriesData, durch die jeweilige TDA (und nicht durch directoriesData), welche verantwortlich dafür sind, dass die rechtlich-regulatorischen Vorgaben hinsichtlich der Bedingungen und Modalitäten der Zugangsgewährung zu den regulierten Verzeichnisdaten eingehalten werden.¹²⁵

B.2.1.3 Erstellung und Vermarktung veredelter Verzeichnisdatensätze durch Directories

86. Directories erwirbt in einem nächsten Schritt die regulierten Verzeichnisdaten von den jeweiligen TDA zu den in Art. 21 FMG definierten Konditionen für sich selber und erstellt basierend darauf durch Konsolidierung, Anreicherung und Aktualisierung mit weiteren Datenelementen die sogenannten *veredelten Verzeichnisdaten*, welche sie anderen Verzeichnisherstellern schliesslich zu kommerziellen Konditionen zur Verfügung stellt.¹²⁶ Der veredelte Verzeichnisdatensatz besteht somit aus den regulierten Verzeichnisdatensätzen der TDA und diversen von Directories hinzugefügten Zusatzinformationen. Wichtige solche Zusatzinformationen bilden gemäss den Parteien die sogenannten Rubrikeinträge, welche insbesondere im Zusammenhang mit der

¹²³ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

¹²⁴ Verordnung über Fernmeldedienste vom 9.3.2007 (Fernmeldedienstverordnung; FDV; SR 784.101.1).

¹²⁵ Vgl. act. 81, Rz 167; act. 16, Rz 27.

¹²⁶ Vgl. act. 16, Rz 29.

Darstellung von KMU auf Verzeichnisdiensten von Relevanz seien. Die Rubrik ist eine Klassifizierung des Unternehmens hinsichtlich deren Tätigkeit (bspw. Schreinerei, Bäckerei).¹²⁷ Im Gegensatz zu den regulierten Verzeichnisdaten handelt es sich bei den veredelten Verzeichnisdaten somit um kommerzielle mit weiteren Informationen angereicherte Daten, welche von den Vorgaben der kostenorientierten Zugangsgewährung gemäss Art. 21 Abs. 3 FMG nicht erfasst sind.¹²⁸

87. Die von directoriesData betreuten und zusammengestellten veredelten Verzeichnisdaten bildeten regelmässig die Datenbasis für die Verzeichnisdienste wie local.ch, search.ch und (bis im Februar 2020) zip.ch.¹²⁹ Die Parteien betonen jedoch, dass Directories die veredelten Verzeichnisdaten nicht mit dem Ziel herstelle, diese Dritten zu verkaufen, sondern sie diese für sich selbst und für ihre eigenen Zweck herstelle. Der Verkauf an Dritte in Form von entsprechenden Verzeichnisdatensätzen sei lediglich ein Nebenprodukt, das aber kaum noch nachgefragt werde.¹³⁰ [...] ¹³¹

88. Basierend auf den veredelten Verzeichnisdaten können zudem weitere Dienstleistungen, wie beispielsweise Adressaktualisierungsdienste, Anruferkennung etc., erbracht werden. Eine relevante Kundenzahl gibt es gemäss den Parteien nur noch bei solchen Produkten, die sich an die verschiedensten Unternehmen richten und nicht von Verzeichnisdiensteanbietern genutzt würden. Die Konkurrenzprodukte seien hier entsprechende Angebote der Post und von Daten- oder Bonitäts-Anbietern.¹³²

B.2.1.4 Fazit

89. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass alle in der Schweiz existierenden TDA gesetzlich zum Führen eines Verzeichnisses ihrer Kundinnen und Kunden und deren «Mindestdaten» wie insbesondere Name, Adresse, Telefonnummer und Werbestern verpflichtet sind. Diese Daten werden als *regulierte Verzeichnisdaten* bezeichnet. Directories übernimmt die Erfüllung dieser Verpflichtung für zahlreiche TDA und erstellt und verwaltet deren Verzeichnisdaten im Auftragsverhältnis als *Data-Agent*. Neben der Erstellung und Verwaltung der regulierten Verzeichnisdaten gewährt Directories Dritten im Namen, im Auftrag und auf Rechnung der jeweiligen TDA Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten zu kostenorientierten Preisen.

90. Der *veredelte Verzeichnisdatensatz* besteht aus den regulierten Verzeichnisdatensätzen aller TDA und diversen von Directories hinzugefügten Zusatzinformationen. Wichtige solche Zusatzinformationen bilden die sogenannten Rubrikeinträge (Bezeichnung für das Unternehmen bzw. für deren Tätigkeit (bspw. Schreinerei, Bäckerei), welche insbesondere im Zusammenhang mit Werbemassnahmen für kleine und mittlere Unternehmen von Relevanz sind. Directories stellt die veredelten Verzeichnisdaten in erster Linie für ihre eigenen Zwecke her. [...].

B.2.2 Localsearch

91. Directories betreibt im Geschäftsbereich localsearch die beiden Verzeichnisdienste *local.ch* und *search.ch*. Ziel des Eintrages eines Unternehmens in einen Verzeichnisdienst wie local.ch oder search.ch oder in ein

anderes Verzeichnisdienstes ist es, Suchenden zu ermöglichen einfacher Informationen zu den eingetragenen Unternehmen zu finden. Nutzerinnen und Nutzer erhalten demgegenüber einen umfangreichen Überblick über Unternehmen, die ihrer Suchanfrage entsprechen. Bei einem Verzeichnisdienst handelt es sich dementsprechend um eine Plattform, welche diejenigen Unternehmen, welche Informationen auf der Plattform veröffentlichen, mit Nutzerinnen und Nutzern, welche nach Informationen über die auf der Plattform dargestellten Unternehmen suchen, verbindet.

92. Verzeichnisdienste über Unternehmen werden im Wesentlichen *auf zwei verschiedene Arten genutzt*.¹³³ Zum einen suchen die Nutzerinnen und Nutzer Informationen zu spezifischen Firmen, also z. B. die Telefonnummer oder Adresse «ihres» oder «seines» Coiffeurs (sog. *spezifische Suche*). Bei der spezifischen Suche wird nach einer individuellen Information (Name, Adresse, Telefonnummer etc.) eines spezifischen Unternehmens gesucht. Zum anderen suchen die Nutzerinnen und Nutzer vor allem auch nach Unternehmen, die lokale Dienstleistungen anbieten (sog. *lokale Suche* bzw. Suche nach Keywords/Rubriken). Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn jemand «irgendeine» Schreinerei in seiner Umgebung ausfindig machen will. Sucht eine Nutzerin oder ein Nutzer also bspw. auf der Online-Plattform local.ch eine «Schreinerei» in «Belp», erscheinen 20 Resultate von Schreinereien im Grossraum Belp.

¹²⁷ Vgl. act. 16, Rz 53.

¹²⁸ Vgl. act. 16, Rz 52.

¹²⁹ Vgl. act. 16, Rz 31.

¹³⁰ Vgl. act. 81, Rz 173.

¹³¹ Vgl. act. 309, Rz 32.

¹³² Vgl. act. 81, Rz 176 ff.

¹³³ Vgl. dazu auch act. 94, Beilage 1 ([...]Studie).

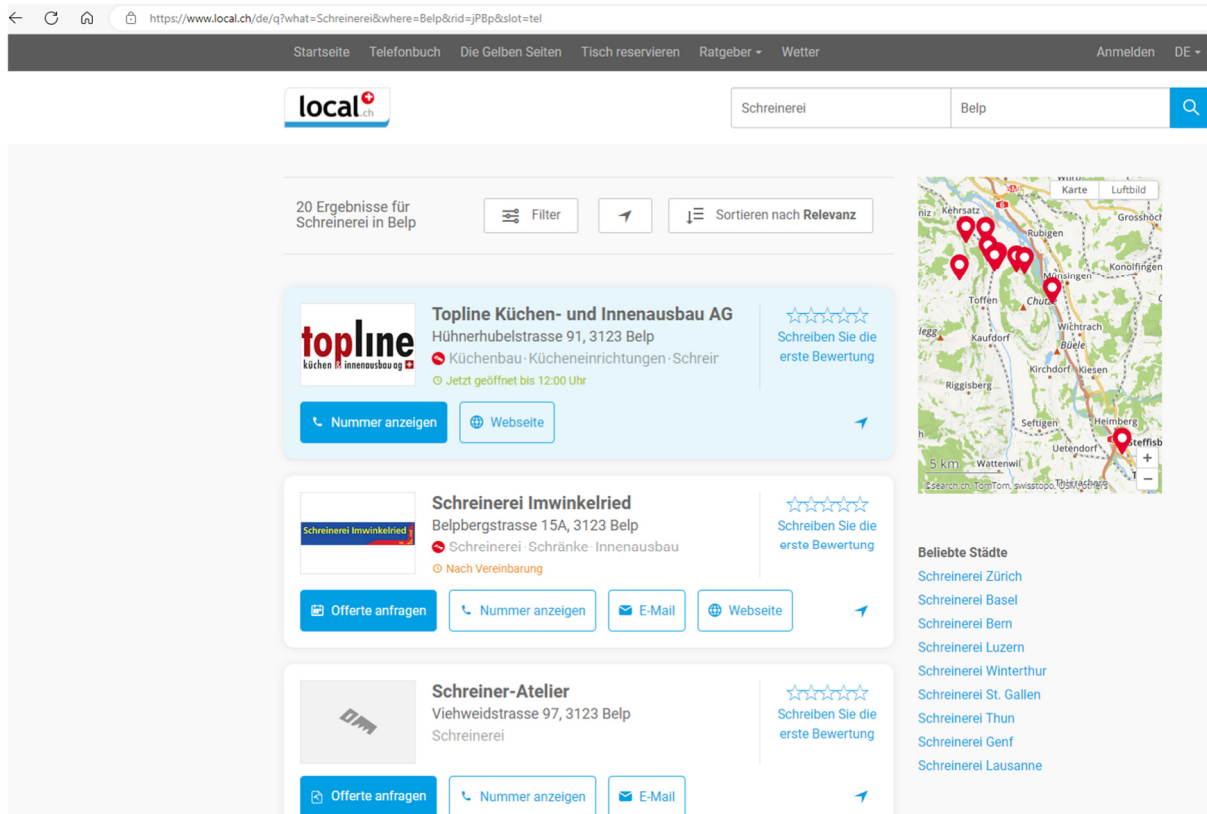


Abbildung 2: Darstellung der Unternehmenssuche auf local.ch

93. Bei der lokalen Suche wird in einem ersten Schritt somit nicht nach spezifischen individuellen Informationen eines bestimmten Unternehmens, sondern nach Gruppen gleichartiger Informationen (z. B. Rubriken wie «Schreinerei») gesucht. Die spezifischen Informationen werden danach regelmässig erst in einem zweiten Schritt relevant, nämlich dann, wenn die Nutzerin oder der Nutzer das gesuchte Unternehmen (bspw. «Schreinerei») gefunden hat und alsdann kontaktieren möchte.

94. Während die lokale Suche direkt darauf abzielen kann, als Unternehmen (neue) Kundinnen und Kunden zu akquirieren, stellt die spezifische Suche eher einen Dienst an Kundinnen und Kunden dar, um die Auffindbarkeit von Informationen über ein spezifisches Unternehmen zu erleichtern.¹³⁴

95. Wie das obige Beispiel der Suche einer «Schreinerei» in «Belp» auf local.ch in Abbildung 2 dies verdeutlicht, sind auf local.ch (aber auch auf anderen Verzeichnisdiensten) neben Adresse und Telefonnummer zusätzliche Informationen wie insbesondere E-Mail-Adresse, Link zur Unternehmenswebsite, Öffnungszeiten etc. ersichtlich.¹³⁵ Daneben werden teilweise auch weitere Dienstleistungen wie Buchungsoptionen oder weiterführende Optionen wie Wetterdaten und Kartendienste etc. angeboten.¹³⁶

96. Directories bietet im Bereich localsearch zahlreiche Produkte an, welche (u.a.) die Publikation von Unternehmensinformationen auf den von Directories betriebenen Internetplattformen sowie allenfalls weiteren Plattformen beinhalten. «SWISS LIST» ist ein solches Produkt und umfasst ein vorher definiertes Bündel an Informationen, die auf local.ch und search.ch sowie weiteren

Internetplattformen wie insbesondere Google und Bing publiziert werden.

B.2.3 Einordnung der Verhaltensweisen von Directories

97. Die für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts massgeblichen Verhaltensweisen von Directories beziehen sich auf der einen Seite auf die Verhaltensweisen gegenüber Unternehmen, die auf den von Directories betriebenen Internetplattformen local.ch und search.ch Informationen über sich veröffentlichen möchten. Hierbei ist insbesondere die Verhaltensweise von Directories bei der Einführung ihres Produkts «SWISS LIST» massgebend. Dies betrifft den *Geschäftsbereich localsearch* (vgl. dazu nachfolgend Abschnitt B.3).

98. Auf der anderen Seite wurde das Verhalten von Directories gegenüber den Nachfragerinnen und Nachfragern nach (regulierten oder veredelten) Verzeichnisdaten von Directories untersucht. Dies betrifft den *Geschäftsbereich directoriesData* (vgl. dazu hinten Abschnitt B.4).

¹³⁴ Vgl. act. 174, Antwort auf Frage 4.

¹³⁵ Vgl. Schreinerei in Belp - 19 Treffer - local.ch (30.1.23).

¹³⁶ Vgl. act. 37, S. 15.

B.3 Localsearch und «SWISS LIST»

B.3.1 Einführung von «SWISS LIST» und Erstellung der [...] -Profile

99. Im Frühjahr/Sommer 2019 hat Directories ihr Dienstleistungsangebot und ihre Preissetzung auf den Verzeichnisdiensten von localsearch grundlegend geändert und das Einheitsprodukt «SWISS LIST» eingeführt. Damit wurden die ursprünglichen Eintragungsprodukte (Zusatz- und Folgeeinträge wie bspw. E-Mail-Adresse, zusätzliche Rubriken, Öffnungszeiten, Weblink etc.) nicht mehr separat, sondern nur noch gemeinsam angeboten. Das Produkt «SWISS LIST» beinhaltet zudem automatisch die Weiterleitung der auf local.ch enthaltenen Unternehmensinformationen an zusätzliche Online-Plattformen wie Google und Bing sowie an diverse Kartendienste und Navigationssysteme. Für die Zwecke dieser Weiterleitung wird eine Dienstleistung von [...] in Anspruch genommen, die es ermöglicht, das Profil einer Informationsplattform mit anderen Informationsplattformen zu verbinden und automatisiert Unternehmensinformationen auf diesen externen Informationsplattformen (wie bspw. Google und Bing) zu veröffentlichen und zu synchronisieren.¹³⁷ Dazu wird für jeden Standort der Kundinnen und Kunden ein Standort-Profil («Listing») bei [...] eröffnet.¹³⁸ Auf diese Weise werden Mutationen von Angaben im Kundencenter von Directories automatisch für alle über [...] verbundenen Plattformen bzw. Navigationssysteme übernommen.¹³⁹

100. In technischer Hinsicht können Unternehmen bei den jeweiligen Online-Plattformen (Google, Bing etc.) ein Benutzerkonto eröffnen und die zu veröffentlichenden Informationen selbst jeweils einzeln verwalten. [...] bietet eine Dienstleistung an, mittels welcher Informationen automatisiert mit den angebundenen Informationsplattformen ausgetauscht werden können.¹⁴⁰ Hierzu werden entweder die Daten des jeweiligen Benutzerkontos bei [...] hinterlegt oder, falls noch kein Benutzerkonto bei der jeweiligen Informationsplattform vorhanden ist, wird ein solches automatisch von [...] generiert. Damit erhält [...] den Zugriff auf die jeweiligen Benutzerprofile der angebundenen Informationsplattformen. Dieser Zugriff ist in der Regel exklusiv, damit [...] gewährleisten kann, dass keine Inkonsistenzen bei den auf den jeweiligen Informationsplattformen veröffentlichten und über [...] verwalteten Unternehmensinformationen entstehen.

101. Die Einführung von «SWISS LIST» lief wie folgt ab: Im Februar 2019 kündigte Directories ihren Kundinnen und Kunden schriftlich an, dass sie ohne deren Gegenbericht die bisherigen Eintragsprodukte auf das neue Produkt «SWISS LIST» migrieren würde und hierfür einen Preis von CHF 59.90 pro Jahr für die Variante «Starter» bzw. CHF 390.– pro Jahr für die Variante «Standard» verrechnen würde.¹⁴¹ Nach der Migration am 1. April 2019 verschickte Directories für das neue Produkt «SWISS LIST» die entsprechenden Rechnungen an ihre Kundinnen und Kunden.¹⁴² Beglichen die Kundinnen und Kunden die Rechnungen nicht innerhalb der von Directories gesetzten Zahlungsfrist, so erhielten sie eine erste Zahlungserinnerung.¹⁴³ Reagierten die Kundinnen und Kunden auch nicht auf die Zahlungserinnerung, so wurden die bisherigen Eintragungsprodukte (Zusatz- und Folgeeinträge wie bspw. Öffnungszeiten,

Weblink) gekündigt und den Kundinnen und Kunden wurde nur noch der kostenlose Grundeintrag angeboten.¹⁴⁴

102. Bei der Einführung des Produkts «SWISS LIST» hat Directories vorerst sämtliche ihrer Kundinnen und Kunden auf «SWISS LIST» migriert, selbst wenn sie die Rechnung nicht bezahlt hatten. Eine Migration fand dann nicht statt, wenn die jeweiligen Kundinnen und Kunden sich dem ausdrücklich widersetzen. Erst im Februar 2020 – also rund ein Jahr nach der Einführung von «SWISS LIST» – wurden jene Kundinnen und Kunden auf den Grundeintrag zurückgesetzt, die bis anhin die Rechnungen nicht beglichen hatten.¹⁴⁵

103. Zeitgleich mit der genannten Umstellung auf «SWISS LIST» wurden auch für alle Kundinnen und Kunden die entsprechenden [...] -Profile aktiviert.¹⁴⁶ Damit führte die von Directories vorgenommene Bündelung und automatische Aktivierung eines entsprechenden Profils bei [...] dazu, dass kein anderes Unternehmen ein identisches Profil bei den über [...] angebundenen Informationsplattformen mehr erstellen und damit entsprechende Dienstleistungen an die von der «SWISS LIST» Aktivierung betroffenen Inhaberinnen und Inhaber von Verzeichniseinträgen anbieten konnte. Directories teilte den betroffenen Unternehmen im Rahmen ihres ersten Schreibens vom Februar 2019 in den Zusatzbedingungen mit, dass entsprechende Benutzerkonten bei den angebundenen Informationsplattformen entweder automatisiert erstellt oder übernommen würden.¹⁴⁷ Damit hat Swisscom mit der Aktivierung des Produkts «SWISS LIST» für sämtliche ihrer Kundinnen und Kunden bei den angebundenen Informationsplattformen Benutzerkonten erstellt oder, falls solche bereits bestanden haben, übernommen.

104. In ihrer Stellungnahme vom 6. November 2023 zum Antrag des Sekretariats macht ZIP erstmals geltend, dass zwischen Swisscom, Google und Bing mit technischer Unterstützung durch [...] eine Partnerschaft bestehe, die zum Ziel habe, den Markt betreffend Adressverzeichnisse zu verschliessen. Dadurch werde einerseits der Tatbestand der Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG und andererseits jener des Missbrauchs einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b, c und f i. v. m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt.¹⁴⁸

¹³⁷ Vgl. act. 22, S. 7; act. 81, Rz 236 ff.

¹³⁸ Vgl. act. 37, S. 5.

¹³⁹ Vgl. act. 22, S. 7; act. 81, Rz 236 ff.

¹⁴⁰ [...].

¹⁴¹ Vgl. act. 22, Bst. D a sowie Beilage 5 und Beilage 6.

¹⁴² Vgl. act. 22, Bst. D a sowie Beilage 7 und Beilage 8.

¹⁴³ Vgl. act. 22, Bst. D a sowie Beilage 9.

¹⁴⁴ Vgl. act. 22, Bst. D b.

¹⁴⁵ Vgl. act. 37, S. 7.

¹⁴⁶ Vgl. act. 37, S. 5.

¹⁴⁷ Vgl. act. 22, Bst. D a sowie Beilage 5, S. 5 Punkt 5.

¹⁴⁸ Vgl. act. 310, Rz 2 und 22; act. 332, Rz 38 f.

105. Als Beweis für diese Partnerschaft verweist ZIP auf einen Auszug der Website von «Google My Business Partnership Program», auf welchem insgesamt 36 «Partner» ersichtlich sind. Unter diesen Partnern sind auch localsearch und [...] aufgeführt.¹⁴⁹

106. Im Rahmen der geltend gemachten Vereinbarung zwischen Google und Directories habe Directories ihre gesamten veredelten Verzeichnisdaten kostenlos an Google übertragen, um das Google-Verzeichnis zu stärken. Im Gegenzug dazu habe Directories die normalerweise kostenlose Aufnahme in das «Google Business Profile»-Verzeichnis durch deren Integration in die «SWISS LIST»-Produkte kostenpflichtig gemacht.¹⁵⁰ Dies vor dem Hintergrund, dass der Markt für traditionelle, kostenpflichtige Verzeichnisse ab 2015 und 2016 aufgrund der Möglichkeit der kostenlosen Einträge bei «Google Business Profile» und der Entwicklung neuer Produkte für die Online-Referenzierung zusammengebrochen sei. Um diesem Zusammenbruch entgegenzuwirken habe Directories einen Weg finden müssen, sich auf anderen, inzwischen unumgänglichen Suchmaschinenplattformen (Google und Bing) durchzusetzen und jegliche Konkurrenz (ZIP und andere Marktteilnehmer wie Mylokalsuche) auszuschalten. Dies sei durch die Partnerschaft mit Google und [...] mit dem Produkt «SWISS LIST» erreicht worden. Im Rahmen dieser Partnerschaft habe Google Swisscom erlaubt, die Kontrolle und das Eigentum an den «Google Business Profile»-Einträgen von 300 000 bzw. mindestens 150 000 Unternehmen zu übernehmen. Daraufhin habe Directories allen Kundinnen und Kunden mit einem Eintrag in ihren Verzeichnissen einen «SWISS LIST»-Vertrag aufgezwungen. Google habe dafür ihrerseits von Directories kostenlos den Inhalt aller kostenpflichtigen Einträge in den Verzeichnissen von Directories erhalten, was zu verbesserten Inhalten, Einsparungen bei der Datenbeschaffung, einer höheren Attraktivität der Suchmaschine und damit zu höheren Werbeeinnahmen geführt habe.¹⁵¹

107. Vorliegend ist unbestritten, dass seit Einführung der «SWISS LIST»-Produkte die kostenpflichtigen Einträge von localsearch automatisch auch auf andere Plattformen wie insbesondere Google übertragen werden und dass dafür eine Dienstleistung von [...] in Anspruch genommen wird. Durch diese Übertragung der Einträge auf andere Plattformen verfügen folgerichtig auch all diese Plattformen, auf welche eine Übertragung stattfindet, über die entsprechenden Verzeichnisinformationen. Inwiefern jedoch darüberhinaus zwischen Directories, [...] und Google sowie all den anderen Plattformen kartellrechtsrelevante Partnerschaften oder Vereinbarungen bestehen sollten, wird von ZIP weder erläutert, noch sind solche gestützt auf die vorliegenden Informationen erkennbar (vgl. dazu auch hinten Rz 322 ff. und 339 ff.).

108. Anlässlich der Anhörung vom 10. Juni 2023 wurde von ZIP zudem geltend gemacht, der Antrag des Sekretariats vom 21. August 2023 stelle in diesem Punkt einen völligen Widerspruch zum Schlussbericht vom 18. Mai 2021 dar, da das Wort «[...]» in keinem Absatz mehr erwähnt werde.¹⁵² Das Sekretariat habe beschlossen, seine eigene Untersuchung ohne jegliche Erklärung zu beenden.¹⁵³ Dazu ist anzumerken, dass der Antrag den Sachverhalt rund um die Einführung von «SWISS LIST»

und die damit zusammenhängende Weiterleitung der Daten auf Google und andere Plattformen sehr wohl enthält.¹⁵⁴ Dies lediglich ohne die ausdrückliche Benennung des Unternehmens, welches die Synchronisierung der Informationen auf den verschiedenen Plattformen vornimmt. Da der Antrag zudem zum Schluss gelangt, dass Directories in diesem Bereich nicht marktbeherrschend ist,¹⁵⁵ fehlen selbstredend die diesbezüglich im Schlussbericht noch enthaltenen Ausführungen zu möglichen Anhaltspunkten für Kartellrechtsverstösse.¹⁵⁶

109. Abschliessend ist anzumerken, dass nur Swisscom und Directories vorliegend Untersuchungsadressatinnen sind und sich die Untersuchung auf die Frage nach möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG von Directories beschränkt (vgl. Rz 2 ff. und 35). Verhaltensweisen von anderen Unternehmen und damit auch allfällige Abreden nach Art. 5 KG sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Auch allfällig missbräuchliche Verhaltensweisen anderer Unternehmen als Directories und Swisscom sind im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen.

110. Insgesamt erübrigt es sich daher diese «Partnerschaft» im Rahmen der vorliegenden Untersuchung weiter zu untersuchen und Anhörungen dazu durchzuführen, wie dies seitens ZIP beantragt wird.¹⁵⁷

B.3.2 Vergleich der Produkte und Preise vor und nach der Einführung von «SWISS LIST»

111. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wurden verschiedene von Directories angebotene Eintragungsmöglichkeiten¹⁵⁸ in deren Verzeichnisdienste (local.ch und search.ch) vor und nach der Einführung von «SWISS LIST» verglichen.

B.3.2.1 Eintragungsmöglichkeiten vor der Einführung von «SWISS LIST»

B.3.2.1.1 Kostenloser Grundeintrag

112. Als Grundeintrag (auch Ersteintrag oder Basiseintrag genannt) bezeichnete Directories den kostenlosen Eintrag von Privatpersonen und Unternehmen auf den Verzeichnisdiensten local.ch und search.ch und dem damals noch existierenden gedruckten Telefonbuch. Der Grundeintrag umfasste insbesondere die gemäss Art. 11 FDV gesetzlich vorgesehenen Mindestdaten (regulierte Verzeichnisdaten) wie Firmenname, Adressen, Rufnummer, Werbestern und Preisbekanntgabe sofern es

¹⁴⁹ Vgl. act. 310, Beilage 150; act. 353, Beilage 5, Rz 2.

¹⁵⁰ Vgl. act. 353, Beilage 5, Rz 14; act. 310, Rz 7, 10 ff, 17 ff.

¹⁵¹ Vgl. act. 310, Rz 10 ff; act. 332, Rz 10 ff.

¹⁵² Vgl. act. 353, Beilage 5, Rz 13.

¹⁵³ Vgl. act. 353, Beilage 5, Rz 15.

¹⁵⁴ Vgl. act. 301 (Antrag des Sekretariats vom 21.8.2023), Rz 78 ff.

¹⁵⁵ Vgl. act. 301 (Antrag des Sekretariats vom 21.8.2023), Rz 266 ff., Rz 272 ff., Rz 286.

¹⁵⁶ Vgl. act. 69 (Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 18.5.2021) Rz 225 ff., 274 ff.

¹⁵⁷ Vgl. act. 301, Anträge 1 und 2.

¹⁵⁸ Als Eintragungsmöglichkeiten werden von Unternehmen gratis oder gegen Bezahlung an Directories abgegebene Informationen zum Zweck der Übernahme in die elektronischen Verzeichnisdienste verstanden.

sich um ein Adressierungselement eines entgeltlichen Mehrwertdienstes handelte. Daneben konnten folgende weitere Angaben ebenfalls unter dem kostenlosen Grundeintrag für Unternehmen publiziert werden: Mobile-Nummer, Faxnummer, E-Mail-Adresse, Weitere Lokalisationen wie Filialen, Geschäftsöffnungszeiten.¹⁵⁹

113. Dieser Grundeintrag wurde in den Verzeichnisdiensten von Directories (local.ch und search.ch) dann angezeigt, wenn spezifisch beispielsweise nach Name der Person bzw. des Unternehmens oder nach der Telefonnummer gesucht wurde (spezifische Suche, vgl. Rz 92). Zudem wurde der Grundeintrag zusammen mit weiteren Informationen in alphabetischer Reihenfolge in den damals noch existierenden gedruckten Telefonbüchern im Teil «Weisse Seiten» angezeigt.

114. Da die Rubrik/Kategorie nicht (mehr) Teil des Grundeintrags ist, wird der Grundeintrag auf den Verzeichnisdiensten von Directories (local.ch und search.ch) nicht angezeigt, wenn nach einer bestimmten Rubrik/Kategorie wie bspw. «Schreinerei» in «Belp» (lokale Suche, vgl. Rz 92) gesucht wird. Ebenfalls wurde der Grundeintrag nicht im Teil «Gelbe Seiten» der gedruckten Telefonbücher aufgeführt.¹⁶⁰ Nahm ein Unternehmen somit nur den kostenlosen Grundeintrag in Anspruch, wurde es nur bei der spezifischen Suche, nicht aber bei der lokalen Suche gefunden.

B.3.2.1.2 Kostenpflichtige Zusatz- und Folgeeinträge (Eintragungsprodukte)

115. Wollte ein Unternehmen (in den Verzeichnisdiensten local.ch und search.ch bzw. in den «Gelben Seiten») unter einer bestimmten *Rubrik* (z. B. «Schreinerei») von Nutzerinnen und Nutzern gefunden werden, musste es früher (für CHF 22.90) einen sogenannten *Zusatzeintrag* erwerben.¹⁶¹ Der Zusatzeintrag erlaubte es dem Unternehmen, die entsprechende Information (z. B. «Schreinerei») seinem Verzeichniseintrag hinzuzufügen, so dass die gesetzlich vorgegebenen Mindestangaben des Grundeintrags (vgl. oben Rz 112) auf den Plattformen von Directories local.ch und search.ch bei einer so genannten lokalen Suche unter der entsprechenden Rubrik gefunden sowie im Teil «Gelbe Seiten» der gedruckten Telefonbücher aufgeführt wurden. Pro hinzugefügte Rubrik musste ein Zusatzeintrag erworben werden.

116. Einträge unter Rubriken wurden zudem nur ortsgebunden eingetragen bzw. in den Suchresultaten angezeigt. Sollte der Eintrag unter derselben Rubrik an einem anderen *Ort* eingetragen werden, so musste ein weiterer Zusatzeintrag (in Form eines zusätzlichen Verzeichnissesortes) erworben werden. So konnte sich etwa eine «Zahnärztin» aus «Wetzikon» auch in «Uster» eintragen lassen. Ihr Eintrag wurde somit bei einer lokalen Suche nach einem «Zahnarzt» in «Uster» ebenfalls angezeigt.¹⁶²

117. Zusatzeinträge bestanden damit entweder im Eintrag einer weiteren Rubrik oder eines weiteren Verzeichnissesortes.

118. Hingegen wurden weitergehende Informationen wie etwa Öffnungszeiten oder E-Mailadressen, wenn sie dem Grundeintrag kostenlos hinzugefügt wurden, nur in der spezifischen Suche (und den weissen Seiten), nicht aber in den Suchresultaten der so genannten lokalen

Suche angezeigt (vgl. dazu oben Rz 113 f.). Hierzu musste pro zusätzlich einzutragende Information das Produkt *Folgeeintrag* bezogen werden. Wollte beispielsweise ein Kunde seine E-Mail-Adresse, eine weitere Telefonnummer oder einen Titel hinzufügen, so musste er für jede dieser Informationen einen Folgeeintrag für den Preis von CHF 16.90 erwerben. Unter einem Folgeeintrag versteht Directories das Hinzufügen einer zusätzlichen Information zu den Mindestangaben in einem Zusatzeintrag.¹⁶³ Für spezifische hinzuzufügende Informationen, wie insbesondere die Webadresse eines Unternehmens, musste demgegenüber beispielsweise das Produkt localLink zu einem Preis von CHF 390.– erworben werden.

119. Falls Einträge geändert werden sollten, so verlangte Directories pro Mutation eine Gebühr von CHF 30.–. Zudem wurde für den erstmaligen Eintrag eine Aufnahmegebühr von CHF 30.– verlangt.¹⁶⁴

B.3.2.2 «SWISS LIST Starter» und «SWISS LIST Standard»

120. Mit Einführung der beiden «SWISS LIST»-Produkte «SWISS LIST Starter» und «SWISS LIST Standard» änderte Directories die oben ausführenden Eintragungsmöglichkeiten und hat diese vorwiegend gebündelt angeboten.

121. In beiden «SWISS LIST»-Produkten sind bereits sämtliche *Folgeeinträge* enthalten. Dies bedeutet, dass weitere Telefonnummern, E-Mail-Adressen etc. ohne zusätzliche Kosten auf local.ch und search.ch eingetragen werden können. Weiter sind im Preis für die «SWISS LIST»-Produkte bereits sämtliche Mutationen inbegriffen. Diese werden nun nicht mehr separat mit CHF 30.– pro Mutation berechnet. Zudem entfällt die Aufnahmegebühr von CHF 30.–.¹⁶⁵

122. Ebenfalls in beiden Produkten enthalten ist die Eintragung jeweils einer *Rubrik*. Die Eintragung weiterer Rubriken ist allerdings nach wie vor zusätzlich kostenpflichtig (CHF 50.– pro zusätzliche Rubrik pro Jahr). Gleiches gilt für die Eintragung von *Verzeichnissenorten*. In den beiden Produkten von «SWISS LIST» ist jeweils nur ein Verzeichnissort enthalten, weitere Verzeichnisseorte müssen kostenpflichtig dazu gebucht werden (CHF 50.– pro zusätzlichen Verzeichnissort pro Jahr).¹⁶⁶ Dies bedeutet, dass sich eine «Schreinerei» in «Belp» mit den «SWISS LIST»-Produkten ohne zusätzliche Kosten in

¹⁵⁹ Vgl. act. 22, S. 3.

¹⁶⁰ Vgl. act. 22, S. 3 f.

¹⁶¹ Vgl. act. 22, S. 4.

¹⁶² Vgl. act. 37, S. 20.

¹⁶³ Vgl. act. 22, S. 5; act. 37, S. 20.

¹⁶⁴ Vgl. act. 22, S. 5.

¹⁶⁵ Vgl. act. 37, S. 7 und 20.

¹⁶⁶ Vgl. act. 22, S. 4; SWISS LIST - Die Basispräsenz für jedes KMU | localsearch (3.4.2023).

dieser Weise auf local.ch eintragen lassen kann. Möchte die Schreinerei auf local.ch aber auch erscheinen, wenn eine Nutzerin oder ein Nutzer eine Schreinerei in «Münsingen» sucht, muss sie zudem einen weiteren Verzeichnisort für CHF 50.– pro Jahr dazu erwerben. Will die Schreinerei zudem bspw. auch unter dem Suchbegriff «Möbelbauer» gefunden werden, muss sie eine zusätzliche Rubrik für ebenfalls CHF 50.– pro Jahr erwerben.

123. Der *Unterschied* zwischen den beiden Produkten «SWISS LIST Starter» für jährliche CHF 59.90 und

«SWISS LIST Standard» für jährliche CHF 390.– besteht darin, dass die Erstellung und Synchronisierung von Unternehmensprofilen bei «SWISS LIST Standard» nicht nur auf den Suchmaschinen von Google und Bing sowie dem Kartendienst Google Maps stattfindet, sondern zusätzlich auch auf dem Kartendienst Apple sowie den Navigationssystemen von rund dreissig Automarken. Zudem ermöglicht nur «SWISS LIST Standard» die Publikation eines Weblinks.¹⁶⁷

Navigationssysteme und Kartendienste	SWISS LIST Starter	SWISS LIST Standard
	✗	✓
Firmenprofil		
- Website-Adresse (URL) - Weitere Attribute (wie z. B. familienfreundlich)	✗	✓
- Öffnungszeiten - Weitere Telefonnummern - E-Mail-Adressen	✓	✓
Online-Plattformen		
	✓	✓
*inklusive Google Maps	ab CHF 5.– monatlich**	ab CHF 32.50 monatlich**

Abbildung 3: Unterschiede zwischen den Produkten von «SWISS LIST» Starter und Standard

B.3.2.3 Gegenüberstellung der Eintragungsmöglichkeiten vor und nach Einführung «SWISS LIST»

124. Beim Vergleich der einzelnen Eintragungsmöglichkeiten kann festgestellt werden, dass durch die Bündelung der Dienstleistungen Zusatzeintrag und Folgeeintrag zum Produkt «SWISS LIST Starter» für die Eintragung einer Rubrik an einem Ort eine jährliche Preiserhöhung von maximal CHF 37.– von CHF 22.90 auf CHF 59.90 erfolgt ist. Je nach Anzahl gebuchter Folgeeinträge kann diese Preiserhöhung tiefer ausfallen oder es könnte insgesamt auch eine Preisreduktion resultieren.

125. Die Eintragung einer zusätzlichen Rubrik oder eines weiteren Verzeichnisortes kosten zum Zeitpunkt des Antrags (bei «SWISS LIST») CHF 50.– pro Rubrik bzw. pro Verzeichnisort. Früher konnten demgegenüber sowohl eine Rubrik als auch ein Verzeichnisort als Zusatzeintrag für jeweils CHF 22.90 erworben werden.¹⁶⁸ Directories begründet dies damit, dass die Preise für Rubriken bei den Eintragungsprodukten das letzte Mal ca. im Jahr 2009 erhöht worden seien, obwohl sich die Reichweite eines Zusatzeintrages in den Online-Verzeichnissen von localsearch in den vergangenen Jahren wesentlich gesteigert habe.¹⁶⁹ Vergleicht man somit die Kosten für

eine weitere Rubrik oder einen weiteren Verzeichnisort vor und nach der Einführung von «SWISS LIST», so erfolgte eine Preiserhöhung um CHF 27.10 von CHF 22.90 auf CHF 50.– und somit um 118 %.

¹⁶⁷ Vgl. SWISS LIST - Die Basispräsenz für jedes KMU | localsearch (3.4.2023).

¹⁶⁸ Vgl. act. 37, S. 20.

¹⁶⁹ Vgl. act. 22, S. 5.

Bis Q1/2020		Ab Q2/2019	
Grundeintrag (kostenlos)		Grundeintrag (kostenlos)	
Zusatzeintrag (Rubrik, Ort)	CHF 22.90	SwissList Starter	
Schreinerei Mustermann		Schreinerei Mustermann	CHF 59.90
Musterstrasse 1		Musterstrasse 1	CHF 390.-
1234 Musterort		1234 Musterort	
071 123 45 67		071 123 45 67	
Folgeeintrag	CHF 16.90	Dipl. Ing.	
Dipl. Ing.			
Folgeeintrag	CHF 16.90	max.mustermann@mail.ch	
max.mustermann@mail.ch		Yext Profil	
Website	CHF 390.-	SwissList Standard:	
www.max-mustermann.ch		www.max-mustermann.ch	
		Zusätzl. Rubrik / Verzeichnisort	CHF 50.-

Abbildung 4: Produktevergleich vor und mit «SWISS LIST»¹⁷⁰

126. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass der Leistungsumfang des Produkts «SWISS LIST» grösser ist als derjenige von Zusatzeintrag und Folgeeintrag. Auf der einen Seite wird über die hinzugefügten Dienstleistungen von [...] ein Mehrwert erbracht. Auf der anderen Seite werden Folgeeinträge und Mutationen nicht mehr separat in Rechnung gestellt. Schliesslich ist in den beiden «SWISS LIST»-Produkten schon jeweils eine Rubrik und ein Verzeichnisort enthalten.

127. Unverändert bleibt auch mit der Einführung von «SWISS LIST» die Möglichkeit, einen kostenlosen *Grundeintrag* publizieren zu lassen.

B.3.3 Marktverhältnisse im Geschäftsbereich localsearch

B.3.3.1 Vorbemerkungen

128. Vorliegend stellt sich die Frage, wie die Märkte im Geschäftsbereich localsearch und damit im Bereich der Verzeichnisdienste abzugrenzen sind und welche Stellung Directories auf diesen Märkten hat. Zentral ist dabei, ob und inwiefern die verschiedenen Plattformen für die Inserentinnen und Inserenten sowie Nutzerinnen und Nutzer als austauschbar gelten. Dazu werden vorerst die vorliegend im Vordergrund stehenden Verzeichnisdienste von Directories, Google, Bing und ZIP anhand deren Darstellung verglichen (vgl. sogleich Abschnitt B.3.3.2) und danach die Ergebnisse der Befragung der Inserentinnen und Inserenten und möglichen Wettbewerbern von Directories im Bereich localsearch dargestellt (vgl. Abschnitt B.3.3.3). Schliesslich werden Ausführungen zum Preissetzungsverhalten und zur unternehmerischen Profitabilität von Directories gemacht (vgl. Abschnitt B.3.3.4).

129. Im Vergleich zu local.ch sind bei search.ch sowohl der Grundeintrag als auch Folge- und Zusatzeinträge kostenlos.¹⁷¹ Ein Eintrag bei local.ch beinhaltet zudem

auch immer den kostenlosen Eintrag bei search.ch.¹⁷² Da bei der vorliegenden Untersuchung Verhaltensweisen rund um die Preissetzung von «SWISS LIST» und damit in Bezug auf den Eintrag von kostenpflichtigen Zusatzinformationen auf local.ch im Vordergrund stehen, konzentriert sich die vorliegende Betrachtung vor allem auf Einträge bei local.ch.

B.3.3.2 Gegenüberstellung verschiedener Adressverzeichnisdienste

B.3.3.2.1 local.ch

130. Sucht eine Nutzerin oder ein Nutzer auf der Online-Plattform local.ch bspw. eine «Schreinerei» in «Belp», erscheinen 20 Resultate von Schreinereien im Grossraum Belp. Teilweise sind neben Adresse und Telefonnummer zusätzliche Informationen wie insbesondere E-Mail-Adresse, Link zur Unternehmenswebsite, Öffnungszeiten der einzelnen Schreinereien etc. ersichtlich.¹⁷³

¹⁷⁰ Vgl. act. 16, Rz 38; SWISS LIST - Die Basispräsenz für jedes KMU | localsearch (3.4.2023).

¹⁷¹ Vgl. act. 81, Rz 29.

¹⁷² Vgl. [tel.search.ch] Das Telefonbuch - Eintrag ändern (3.4.2023).

¹⁷³ Vgl. Schreinerei in Belp - 19 Treffer - local.ch (30.1.2023).

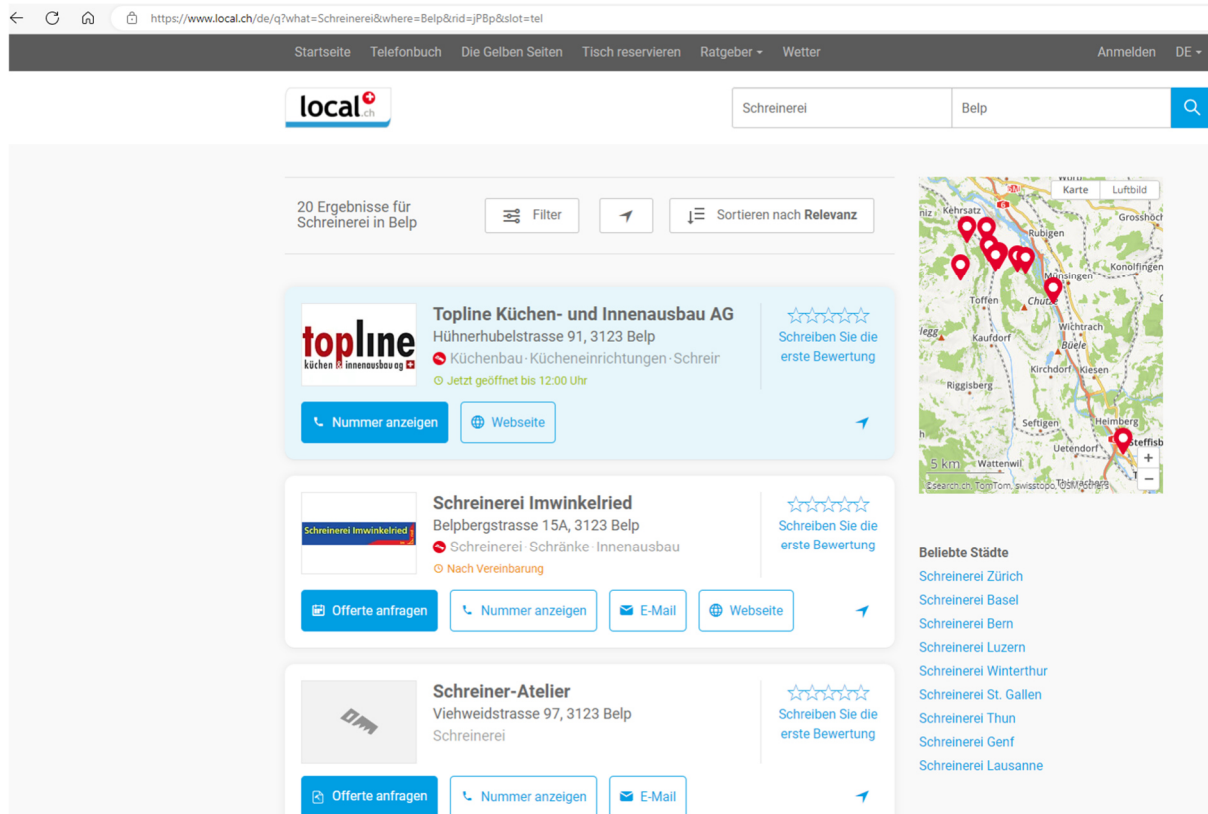


Abbildung 5: Darstellung der Unternehmenssuche auf local.ch

131. Zudem werden die einzelnen Treffer auf einer Karte angezeigt. Im Vergleich zu Google werden ausser den Verzeichniseinträgen keine weiteren Suchergebnisse abgebildet. Dafür werden weitere ähnliche Suchen angeboten wie z.B. Schreinereien in unterschiedlichen Städten. Zudem bestehen verschiedene Filter und Sortiermechanismen, die bei den Suchmaschinen Bing und Google nicht oder nur auf gewisse Bereiche eingeschränkt zur Verfügung stehen.

B.3.3.2.2 Google

132. Die gleiche Suchanfrage nach «Schreinerei» in «Belp» ergibt bei Google folgendes Resultat:

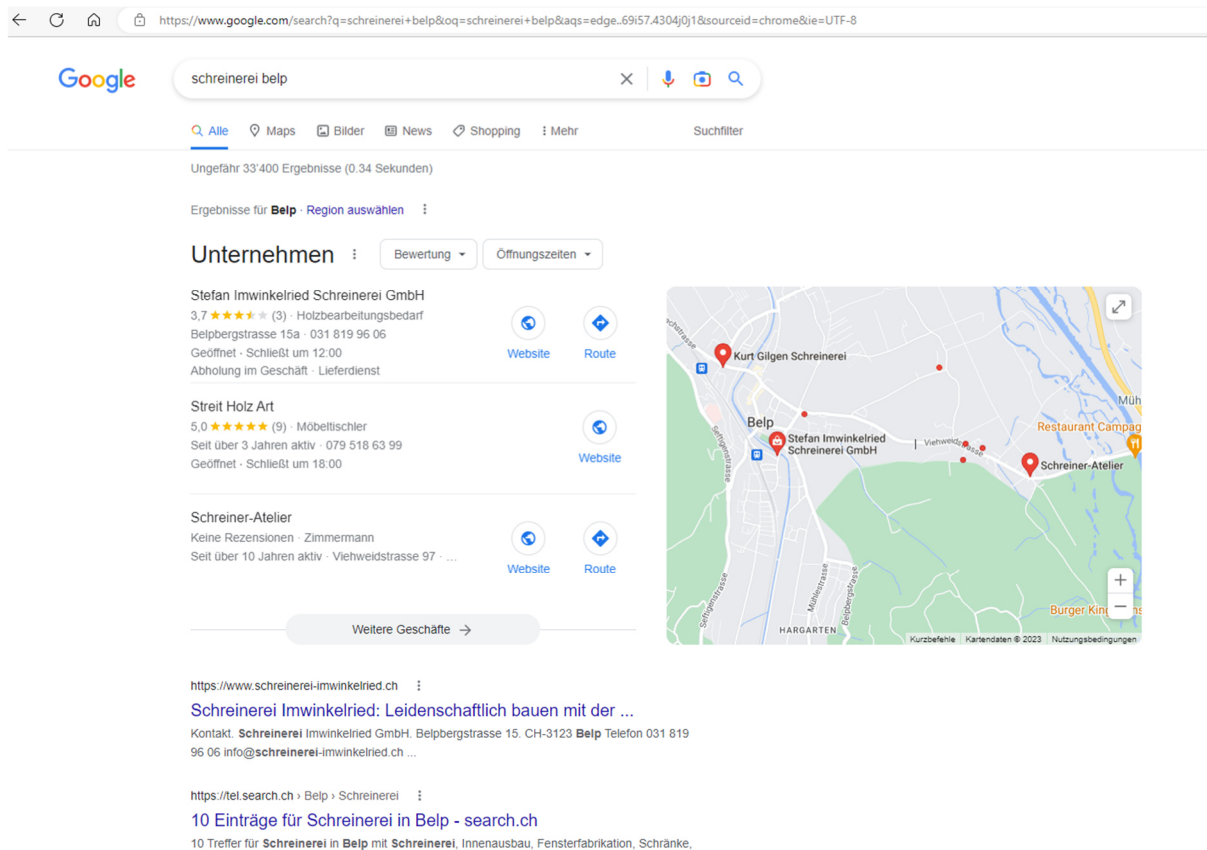


Abbildung 6: Darstellung des spezifischen Ereignisfelds bei der Google-Suche

133. Die Suchresultate der Unternehmenssuche erscheinen hier in einem separaten Ereignisfeld in Form einer Auflistung der Unternehmen, die der Suche entsprechen. Die Darstellung ist jener auf local.ch sehr ähnlich, wobei die Resultate in die Suchergebnisse in der Standardsuche von Google eingebettet werden (Ereignisfeld). Auch hier werden neben einem der Suchanfrage entsprechenden Kartenausschnitt 20 Ergebnisse angezeigt und nebst Adresse und Telefonnummer sind teilweise diverse zusätzliche Informationen wie insbesondere E-Mail-Adresse, Link zur Unternehmenswebsite, Öffnungszeiten, Route, Bewertungen etc. ersichtlich.¹⁷⁴

B.3.3.2.3 Bing

134. Die Suche nach «Schreinerei» in «Belp» führt bei Bing zu folgendem Ergebnis:

¹⁷⁴ Vgl. schreinerei belp - Google Suche (8.2.2023).

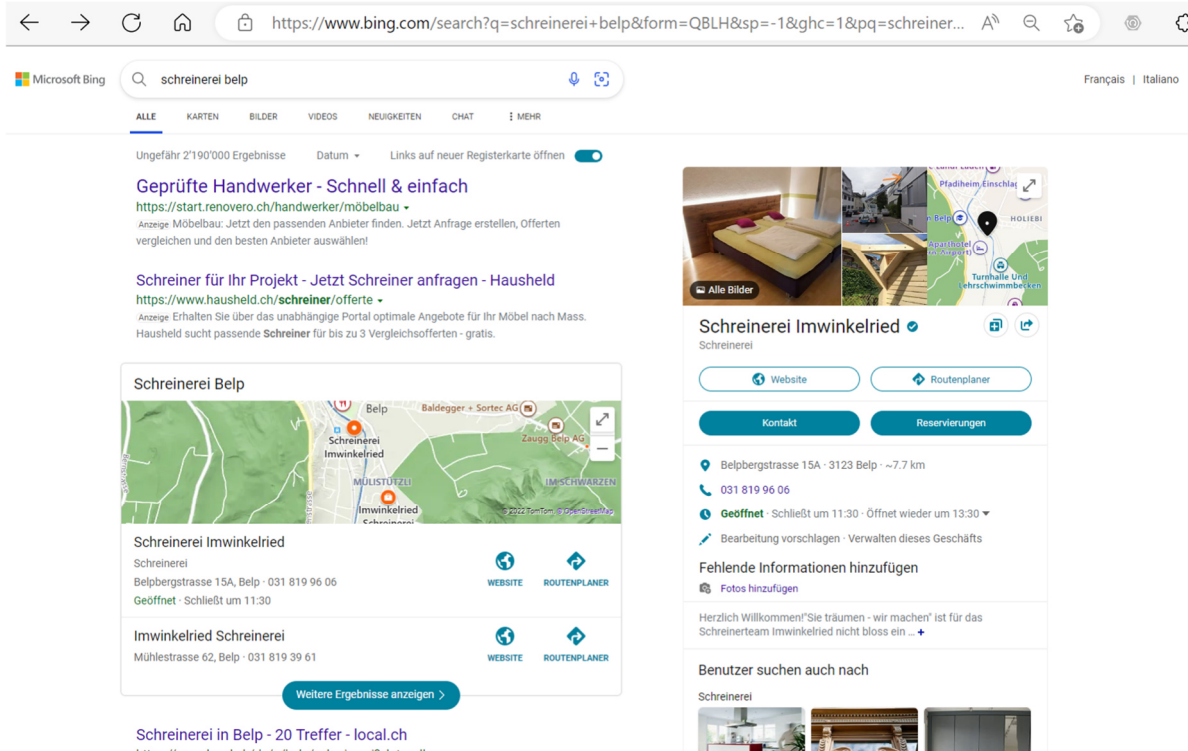


Abbildung 7: Darstellung des spezifischen Ereignisfelds bei der Bing-Suche¹⁷⁵

135. Die Darstellung der Suchtreffer ähnelt derjenigen von Google. Die Suchergebnisse werden ebenfalls in einem Ereignisfeld innerhalb der Suchergebnisse angezeigt. Die Anzahl Treffer ist aber bei bing.com mit 7 geringer als diejenige bei Google und local.ch. Weitere Informationen wie Öffnungszeiten, Angabe der Website sind selten, Bewertungen etwa gar nicht ersichtlich.

B.3.3.2.4 ZIP

136. Die Suchanfrage nach «Schreinerei» in «Belp» bei ZIP ergibt das folgende Resultat:

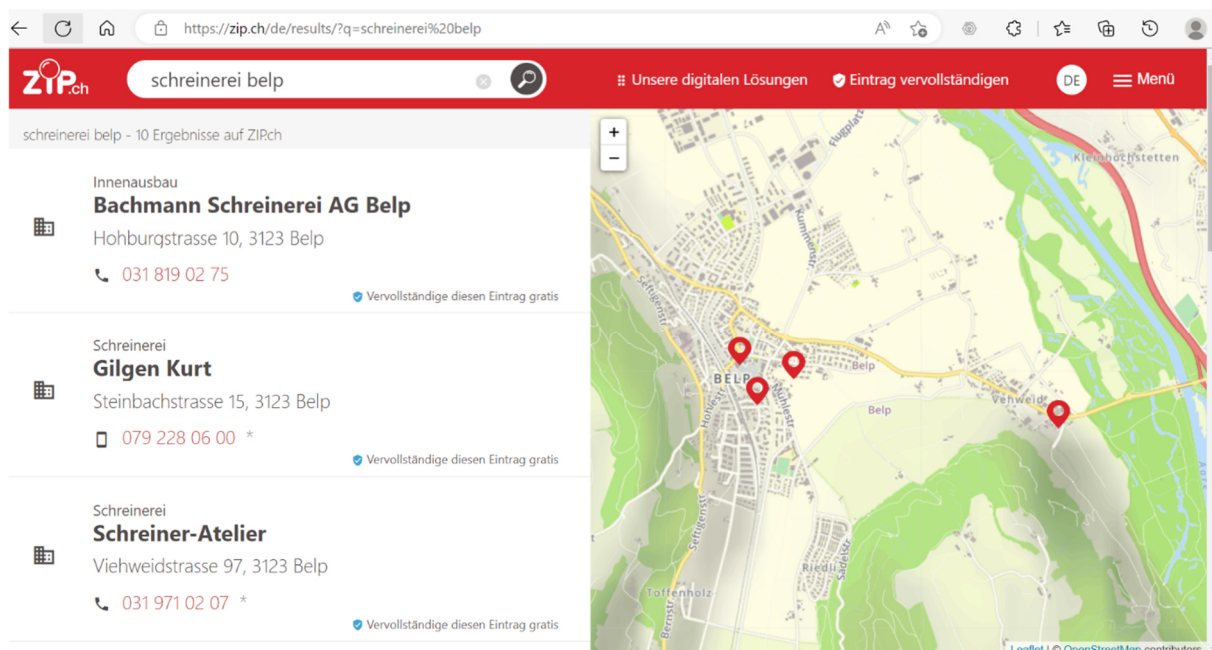


Abbildung 8: Darstellung Unternehmenssuche bei ZIP (www.zip.ch/de/telefonbuch/)¹⁷⁶

¹⁷⁵ Vgl. schreinerei belp - Suchen (bing.com) (8.2.2023).

¹⁷⁶ Vgl. ZIP.ch | schreinerei belp - 10 Ergebnisse - Seite 1 auf 1 (8.2.2023).

137. Bei ZIP ist die Darstellung der Ergebnisse im Wesentlichen die Gleiche wie bei local.ch, Google und Bing. Im Unterschied zu local.ch und Google werden hier aber weniger Ergebnisse angezeigt und es sind weniger Informationen zu den einzelnen Ergebnissen ersichtlich: Bei ZIP werden «lediglich» 10 Ergebnisse angezeigt, weitere Informationen wie Öffnungszeiten, Angabe der Website sind selten, Bewertungen etwa, gar nicht ersichtlich.

B.3.3.2.5 Fazit

138. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Darstellungsweise der Ergebnisse der Unternehmenssuche sowohl bei local.ch und ZIP als auch in den separaten Ergebnisfeldern von Google und Bing ähnlich ist. Neben einem der Suche entsprechenden Kartenausschnitt werden die Unternehmen mit Adresse und Telefonnummer aufgelistet. Dabei werden zum Teil auch verschiedene Zusatzinformationen wie E-Mail-Adresse, Link zur Website, Öffnungszeiten etc. angegeben. Die bei den verschiedenen Verzeichnisdiensteanbietern hinzufügbaren Zusatzinformationen decken sich ebenfalls weitgehend, wobei weniger Informationen auf den Verzeichnisdiensten von ZIP und Bing verfügbar sind, was darauf hindeutet, dass bei diesen Verzeichnisdiensten weniger Verzeichniseinträge nachgefragt werden.

139. Aufgrund des Erscheinungsbildes und aufgrund der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Publikation von Unternehmensinformationen erscheinen damit die Angebote der verschiedenen Verzeichnisdienste aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer, die nach solchen Informationen suchen, als weitgehend austauschbar. Der Umstand, dass bei ZIP und Bing deutlich weniger Ergebnisse publiziert sind als bei local.ch und Google, deutet darauf hin, dass andere Verzeichnisdienste als jene von Directories und Google für Schweizer Unternehmen hinsichtlich der Nachfrage nach Verzeichniseinträgen eine untergeordnete Rolle zu spielen scheinen (vgl. nachfolgend Rz 153).

B.3.3.3 Ergebnisse der Marktbefragungen

B.3.3.3.1 Vorbemerkungen zu den Marktbefragungen

140. Zur Abklärung wie die Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen die einzelnen Verzeichnisdienste wahrnehmen, wurde eine entsprechende Marktbefragung durchgeführt. Verzeichnisdienste sind Plattformen, welche die beiden Nutzergruppen Inhaberinnen und Inhaber von Verzeichniseinträgen auf der einen Seite und Suchende nach solchen Verzeichniseinträgen auf der anderen Seite zusammenbringen. Hiervon wurden allerdings für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung lediglich die Inhaberinnen und Inhaber von Verzeichniseinträgen befragt. Zudem wurden Google, Microsoft und ZIP als mögliche Wettbewerber von Directories im Bereich der Verzeichnisdienste befragt. Die Befragung hatte zum Ziel die Einschätzung der Marktteilnehmer hinsichtlich der vier genannten Verzeichnisdienste von local.ch, Google, Bing und ZIP zu erfragen und die Austauschbarkeit dieser Verzeichnisdienste für die jeweiligen Inhaberinnen und Inhaber von Verzeichniseinträgen zu beurteilen.

141. Um bei Google und Bing in dem separaten Ereignisfeld in der Auflistung der Unternehmen, die der Suche entsprechen, zu erscheinen, besteht für das Unternehmen die Möglichkeit, bei «Google Business Profile»¹⁷⁷ bzw. «Bing Places for Business» ein Unternehmensprofil zu erstellen und die zu veröffentlichten Unternehmensinformationen einzugeben (vgl. auch hinten Rz 170).

142. Beim Vergleich zwischen einem Eintrag auf Google und Bing einerseits und einem Eintrag auf local.ch andererseits ist zu beachten, dass ein Eintrag bei Google und Bing stets kostenlos ist.¹⁷⁸ Bei local.ch ist hingegen nur der Grundeintrag (Firmenname, Adressen, Rufnummer, Werbestern) und damit der Eintrag in die «Weissen Seiten» kostenlos. Der Eintrag weiterer Zusatzinformationen (Rubriken, E-Mailadresse, Website, Öffnungszeiten etc.) und damit deren Auffindbarkeit bei der lokalen Suche (in den «Gelben Seiten») ist hingegen kostenpflichtig (vgl. Rz 114 ff.). Der kostenlose Grundeintrag ist daher vom Inhalt her nicht mit einem kostenlosen Eintrag auf Google oder Bing vergleichbar. Inhaltlich sind lediglich die kostenpflichtigen Einträge bei local.ch und die kostenlosen Einträge bei Google und Bing vergleichbar.

143. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass das Produkt «SWISS LIST» auch immer einen Eintrag bei Google und Bing beinhaltet. Seit der Einführung von «SWISS LIST» existiert somit kein kostenpflichtiges Eintragungsprodukt von Directories mehr, dass nur den Eintrag auf den eigenen Verzeichnisdiensten local.ch und search.ch umfasst.

144. Als potenzielle Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen wurden 49 deutschsprachige und 23 französischsprachige Unternehmen in der Schweiz befragt. Innert (teilweise erstreckter Frist und nach teilweise erfolgten Erinnerungsschreiben) haben insgesamt 56 Unternehmen geantwortet. Damit liegt die Rücklaufquote der verwertbaren Antworten¹⁷⁹ bei 78% (vgl. vorne Rz 46).

145. Es wurden diverse Fragen gestellt, um zu eruieren, welche Bedeutung die Verzeichnisdienste von Directories für die Unternehmen haben und inwiefern andere Verzeichnisdienste wie insbesondere Google mit «Google Business Profile», Microsoft mit «Bing Places for Business», ZIP mit «zip.ch/de/telefonbuch/» oder andere (nicht namentlich genannte) Unternehmen Verzeichniseinträge anbieten, die Substitute zu einem Verzeichniseintrag auf local.ch und search.ch darstellen.

146. In einer weiteren Befragung wurden sodann ebenfalls Google, Microsoft und ZIP als potenzielle Wettbewerber im Bereich von Verzeichniseinträgen befragt.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Früher «Google my Business» genannt (vgl. act. 127, Antwort auf Frage 2).

¹⁷⁸ Vgl. act. 120 und 127, jeweils Antwort auf Frage 8.

¹⁷⁹ Die Qualität der Fragebogenantworten war sehr unterschiedlich. Teilweise waren die Antworten kaum verwertbar, da die Fragen gar nicht oder allzu pauschal beantwortet wurden. Zwei befragte Unternehmen treten zudem gar nicht gegen aussen auf und haben auf die weitergehende Beantwortung des Fragebogens verzichtet (vgl. act. 206 und 222). In drei Fällen konnte der Fragebogen bzw. das entsprechende Erinnerungsschreiben nicht zugestellt werden (vgl. act. 210, 219 und 220).

¹⁸⁰ Vgl. act. 95-97.

B.3.3.3.2 Nachfrage nach Verzeichniseinträgen

147. Die potenziellen Nachfragerinnen und Nachfrager von Verzeichniseinträgen wurden gefragt, ob sie einen kostenpflichtigen oder kostenlosen Eintrag bei local.ch und search.ch, bei «Google Business Profile», «Bing Places for Business» (Microsoft), zip.ch (ZIP) oder bei anderen nicht namentlich erwähnten Anbietern von Verzeichnisdiensten hätten.

148. Die überwiegende Anzahl der befragten Unternehmen gab an, keinen Eintrag bei «Bing Places for Business» oder zip.ch zu haben. Einträge bei Bing haben gemäss eigenen Angaben nur 8 Unternehmen¹⁸¹, Einträge bei zip.ch wurden nur von 4 Unternehmen genannt¹⁸². Einträge bei weiteren Verzeichnisdiensteanbietern wurden schliesslich nur ganz vereinzelt genannt. Demgegenüber verfügen von den befragten Unternehmen 37 Unternehmen über einen Eintrag bei «Google Business Profile». Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Unternehmen auch dann als Suchergebnis auf Google angezeigt werden kann, wenn es keine Informationen über «Google Business Profile» zur Verfügung stellt. Denn Google stellt Informationen über Unterneh-

men aus einer Reihe verschiedener Quellen (insb. Profilinformationen, Crawling, eigene Erhebungen, Eingaben von Nutzerinnen und Nutzern) zusammen und versucht dann, die massgeblichen Informationen über ein Unternehmen aus einer Analyse aller verfügbaren Datenquellen zu ermitteln. Die Verzeichniseinträge auf «Google Business Profile» sind somit nur eine mögliche Quelle in diesem Prozess (vgl. dazu unten Rz 170). Von den befragten Unternehmen gaben insgesamt 14 Unternehmen an, über keinen Eintrag bei «Google Business Profile» zu verfügen. Nur drei davon werden bei einer entsprechenden Suche auf Google aber tatsächlich nicht angezeigt. Die anderen werden demgegenüber dennoch (d.h. ohne deren Zutun) in einem spezifischen Ereignisfeld der Google-Suche angezeigt. Teilweise war den Unternehmen, die angaben, über keinen Eintrag bei «Google Business Profile» zu verfügen, auch bewusst, dass sie auch ohne Eintrag bei «Google Business Profile» bei Google gefunden werden.¹⁸³ 34 der befragten Unternehmen gaben an, dass sie einen kostenpflichtigen Verzeichniseintrag bei local.ch hatten, 14 gaben an, dass sie einen kostenlosen Grundeintrag haben.

	Eintrag auf Bing Places for Business	Eintrag auf zip.ch	Kostenloser Eintrag auf local.ch	Kostenpflichtiger Eintrag bei lo- cal.ch	Eintrag bei Google Busi- ness Profile
# Unternehm- men	8	4	14	34	37

Tabelle 2: Vergleich der Anzahl Einträge

149. Damit verfügen insgesamt zwar mehr Unternehmen über einen Verzeichniseintrag (kostenlos oder kostenpflichtig) bei local.ch als bei Google (immer kostenlos). Wie soeben erläutert, sind für die vorliegende Betrachtung jedoch in erster Linie die kostenpflichtigen Verzeichniseinträge auf local.ch relevant (vgl. Rz 128). Diesbezüglich haben mehr Unternehmen einen Verzeichniseintrag bei «Google Business Profile» als bei local.ch. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass jene Unternehmen, die über einen Verzeichniseintrag bei local.ch verfügen, aufgrund der automatischen Weiterleitung des Eintrages (u. a.) zu Google, immer auch über einen Verzeichniseintrag bei «Google Business Profile» verfügen.

150. 13 Unternehmen verfügen zudem gleichzeitig über einen kostenlosen Verzeichniseintrag auf local.ch und bei «Google Business Profile». 22 Unternehmen verfügen eigenen Angaben zufolge gleichzeitig über einen kostenpflichtigen Verzeichniseintrag bei local.ch und bei «Google Business Profile».

151. Seitens Directories wurde im Zusammenhang mit der Fragestellung nach den Verzeichniseinträgen kritisiert, dass es sich bei rund zwei Drittel der befragten Unternehmen um aktuelle Kundinnen und Kunden von Directories handle.¹⁸⁴ Damit seien die Directories-Kunden in der Befragung stark überrepräsentiert, hätte doch nur rund ein Drittel aller Unternehmen einen Zusatz-/Folgeeintrag in den Verzeichnissen von Directories. Es liege auf der Hand, dass Kunden und Kundinnen von Directories die Bedeutung deren Verzeichnis-

dienstes höher einschätzten als Unternehmen, die keine Kundinnen und Kunden von Directories seien. Dazu ist anzumerken, dass die deutschsprachigen Unternehmen unter Berücksichtigung der verschiedenen Branchen und Regionen und unabhängig davon, ob sie einen Eintrag bei local.ch haben oder nicht, ausgewählt wurden. Die französischsprachigen Unternehmen wurden allerdings aufgrund ihres Eintrages bei local.ch angefragt. Insgesamt ist es somit zutreffend, dass die Anzahl der Unternehmen, die einen kostenpflichtigen Eintrag bei local.ch haben, bei der Befragung hoch und im Verhältnis zur Gesamtsituation (vgl. Rz 152) aller Voraussicht nach zu hoch ist.

152. Von insgesamt rund 600 000 Unternehmen in der Schweiz sind gemäss Google in der Schweiz [...] Unternehmen auf «Google Business Profile» registriert (Stand 31. März 2022).¹⁸⁵ Einen kostenpflichtigen (und damit von Inhalt und Umfang vergleichbaren) Verzeichniseintrag auf local.ch hatten zum gleichen Zeitpunkt demgegenüber nur [...] Unternehmen (zur Kundenentwicklung

¹⁸¹ Vgl. act. 135, 152, 173, 194, 208, 209, 215 und 274, jeweils Antwort auf Frage 10.

¹⁸² Vgl. act. 152, 173, 265 und 274, jeweils Antwort auf Frage 14.

¹⁸³ Vgl. bspw. act. 239, 264 und 265.

¹⁸⁴ Vgl. act. 271, Rz 29.

¹⁸⁵ Vgl. act. 127, Antwort auf Frage 9.

von local.ch insgesamt vgl. Abschnitt B.3.3.4). Insgesamt haben damit (Stand März 2022) rund [...]mal mehr Unternehmen einen Verzeichniseintrag bei «Google Business Profile» als einen (kostenpflichtigen) Verzeichniseintrag bei local.ch. Unbekannt ist, wie viele der Profile bei Google durch die Unternehmen selbst oder durch Google erstellt worden sind. Bei «Bing Places for Business» sind die Zahlen für das Jahr 2022 nicht bekannt. Im Dezember 2021 hatten insgesamt [...] Unternehmen in der Schweiz einen Verzeichniseintrag bei «Bing Places for Business». [...] ¹⁸⁶ Auch bei Bing ist unbekannt, wie viele dieser Verzeichniseinträge durch die Unternehmen selbst oder durch Bing erstellt worden sind. Bei ZIP verfügten im Jahr 2022 noch insgesamt [...] Unternehmen einen über den regulierten Verzeichniseintrag hinausgehenden Verzeichniseintrag (davon hatten [...] Unternehmen einen kostenpflichtigen Verzeichniseintrag). Im Jahr 2017 waren es [...] Unternehmen (davon hatten [...] Unternehmen einen kostenpflichtigen Verzeichniseintrag). ¹⁸⁷ Gemäss eigenen Angaben hat ZIP ihr Geschäftsmodell im Jahr 2018 geändert und sich auf den Verkauf von digitalen Marketinglösungen konzentriert. ¹⁸⁸ Dies zeigt sich auch anhand der heutigen Darstellung der Website. Unter «zip.ch» erscheint der Verzeichnisdienst nicht mehr auf der Startseite, sondern ZIP wird nur noch als Marketingpartner dargestellt. ¹⁸⁹ Zum Verzeichnisdienst gelangt man erst durch drei weitere Klicks. ¹⁹⁰ Auch bei ZIP scheint daher die Führung eines Verzeichnisdienstes als Dienstleistung in den Hintergrund getreten zu sein (vgl. dazu auch Rz 4).

153. Als *Zwischenfazit* kann aus diesen Angaben insgesamt der Schluss gezogen werden, dass Verzeichnisdienste wie jene von Bing und ZIP im Verhältnis zu jenen von Directories und Google für Schweizer Unternehmen in Bezug auf Verzeichniseinträge lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Von den befragten Unternehmen verfügen insgesamt mehr über einen Verzeichniseintrag bei «Google Business Profile» als über einen kostenpflichtigen (und damit vom Inhalt her vergleichbaren) Verzeichniseintrag bei local.ch.

B.3.3.3.3 Austauschbarkeit von Verzeichnisdiensten verschiedener Anbieterinnen und Anbieter

154. Um zu eruieren, welche anderen Verzeichnisdienste von den nachfragenden Unternehmen als austauschbar zu den Verzeichnisdiensten von Directories angesehen werden, wurden die Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen Folgendes gefragt:

«Worin bestehen Ihrer Meinung nach die Unterschiede zwischen einem Eintrag bei localsearch (local.ch und search.ch), zip.ch, Google Business Profile, Bing Places for Business und den anderen von Ihnen genannten Adressverzeichnisdiensten und dem gedruckten Telefonbuch? Bitte beschreiben Sie die allfälligen Unterschiede sowohl aus Nutzersicht als auch aus Sicht des im Verzeichnis eingetragenen Unternehmens, also Ihrer Sicht.»

155. Directories kritisiert diese Fragestellung dahingehend, dass damit gezielt nach den Unterschieden der Produkte gefragt wurde, womit suggeriert werde, dass sich die Produkte unterscheiden würden. Korrekterweise hätte gemäss den Parteien auch nach den Gemeinsam-

keiten gefragt werden müssen. ¹⁹¹ Bereits aufgrund des Vergleichs der Websites von local.ch, search.ch und zip.ch mit den Firmensuchen auf Google und Bing ergeben sich weitreichende und augenscheinliche Gemeinsamkeiten, aus denen sich die Austauschbarkeit der verschiedenen Plattformen ergibt (vgl. Abschnitt B.3.3.2). Zudem werden sowohl inserentenseitig als auch nutzerseitig mit einem Eintrag der Unternehmensdaten auf den oben genannten Plattformen (local.ch, search.ch, zip.ch, Google Business und Bing Places) dieselben Zielsetzungen verfolgt (vgl. Rz 159). Daher bestand keine Notwendigkeit auch nach den Gemeinsamkeiten zu fragen.

156. Viele Unternehmen haben die Frage dahingehend beantwortet, als dass sie lediglich die Unterschiede zwischen dem gedruckten Telefonbuch und den Verzeichnisdiensten aufgeführt haben. Beim Vergleich wurden in den meisten Fällen nur die Verzeichnisdienste von Google und local.ch/search.ch genannt. ZIP wurde von keinem Unternehmen erwähnt, Bing nur selten und jeweils als direktes Substitut zu Google, wenn auch mit geringerer Bedeutung in der Schweiz. ¹⁹²

157. Kein Unternehmen führte aus, dass es sich bei den Verzeichnisdiensten local.ch/search.ch einerseits und «Google Business Profile» andererseits um grundsätzlich verschiedene Dienstleistungen handle, mit denen unterschiedliche *Ziele* verfolgt würden oder die einen anderen *Nutzen* hätten. Als Unterschied wurde hauptsächlich genannt, dass die Dienste von Google kostenlos seien, während der Verzeichniseintrag auf local.ch kostenpflichtig sei. Oftmals wurde auch ausgeführt, welcher Verzeichnisdienst aus welchen Gründen der bessere sei. So wurde Google oft als der benutzerfreundlichere und attraktivere Verzeichnisdienst beschrieben, der mehr Möglichkeiten und Interaktionen mit den Kundinnen und Kunden biete. Niemand führte aus, dass local.ch mehr Möglichkeiten biete als «Google Business Profile». Schliesslich wurde teilweise auch beschrieben, dass die Verzeichnisdienste local.ch/search.ch nur in der Schweiz von Belang seien während «Google Business Profile» auch international von Bedeutung sei. In vier Fällen ¹⁹³ wurde zudem ausgeführt, dass die Verzeichnisdienste local.ch/search.ch wohl vor allem noch von älteren Personen genutzt würden.

158. Nachfolgend werden exemplarisch Auszüge aus den Antworten aufgeführt, welche die obenstehende Analyse verdeutlichen:

[...]

[...]

[...]:

¹⁸⁶ Vgl. act. 120, Antwort auf Frage 9.

¹⁸⁷ Vgl. act. 114, Antworten zu den Fragen 7 und 8 und act. 121.

¹⁸⁸ Vgl. act. 114, Antwort zu Frage 2, S. 5.

¹⁸⁹ Vgl. ZIP.ch - Ihr Digital Marketing-Partner (myzip.ch) (15.2.2023).

¹⁹⁰ Vgl. ZIP.ch - Ihr Digital Marketing-Partner (myzip.ch) > Menu > Online Verzeichnis > Offizielles Verzeichnis (15.2.2023).

¹⁹¹ Vgl. act. 271, Rz 29.

¹⁹² Vgl. bspw. act. [...], [...], 228 und 274.

¹⁹³ Vgl. act. 201, 207, [...] und 280a.

«Bei den Plattformen *localsearch* und *zip* handelt es sich primär um Adressverzeichnisdienste. Dabei werden die einzelnen Standorte und die Öffnungszeiten angezeigt. Im Vergleich zu *Google MyBusiness* kann das Unternehmen keine kostenlosen Einträge erstellen. Ausserdem bietet der gratis Dienst von *Google MyBusiness* deutlich mehr Möglichkeiten, um die Standorte den Kund*innen attraktiv zu präsentieren (Bilder, Rezensionen, Links, News etc.). *Google MyBusiness* ist im Vergleich zu den anderen Anbietern deutlich relevanter und auch einfacher zu bedienen. Die Besucherzahlen zeigen eindeutig, dass *Google MyBusiness* die relevanteste Plattform ist.»¹⁹⁴

[...]:

«Präsenz auf *Google Business Profile* bringt viel mehr, sowohl in Bezug auf die Präsentation als auch auf das Potential neue Kunden und insb. internationale Kundenschaft zu erreichen.»¹⁹⁵

[...]:

«Google beherrscht mit 90 % Marktanteil in der Schweiz den Suchmaschinenmarkt. Verlangt kein Entgelt für die Leistung und der Dienst ist einfach, korrekt und gut zu managen. Alle anderen Plattformen, die ein Entgelt für die Leistung einfordern (*Local.ch* / *Search.ch*) sehen wir als kritisch an. Zumal diese auch nicht immer korrekt sind und auch keine Standortbewertungen haben, Besucherfrequenz Daten ausgeben oder aber Bilder des Standortes anzeigen.»¹⁹⁶

[...]:

«L'inscription au service *Google* n'offre pas uniquement un référencement. Elle permet également d'avoir une interaction avec les clients en cas de questions ou d'avis postés qu'ils soient négatif ou positif. La plateforme est plus conviviale pour l'entreprise (photo, descriptif...). De manière plus globale comme cité plus haut, à notre avis la majorité des utilisateurs passant par *Google* pour nous trouver sur internet, il est primordial d'y avoir un référencement.»¹⁹⁷

159. Als Zwischenfazit lässt sich aus der Befragung der Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen schliessen, dass der Verzeichniseintrag bei *Google* in der Wahrnehmung der Befragten ähnliche oder umfangreichere Möglichkeiten bietet als der Verzeichniseintrag bei *local.ch*. Zudem hat *Google* gemäss den befragten Unternehmen eine grössere Reichweite und die Einträge sind kostenlos. Die Ziele, die Unternehmen mit einem Verzeichniseintrag auf *local.ch*, *Google*, *Bing* und *ZIP* erreichen wollen, scheinen grundsätzlich die Gleichen zu sein. Wesentliche Unterschiede wurden von den befragten Unternehmen keine genannt.

B.3.3.3.4 Bedeutung und Nutzen der Verzeichniseinträge

160. Um zu eruieren, welche Bedeutung und welchen Nutzen Nachfragerinnen und Nachfrager in Verzeichniseinträgen sehen, ob diesbezüglich Unterschiede zwischen den verschiedenen Verzeichnisdiensten bestehen und bei welchem Verzeichnisdienst der Nutzen eines Verzeichniseintrages von den nachfragenden Unternehmen am grössten eingeschätzt wird, wurden die Unternehmen zweierlei gefragt: erstens, wie hoch der

Anteil am Kundengewinn durch die einzelnen Verzeichniseinträge geschätzt werde. Zweitens, welche Konsequenzen es für das Unternehmen haben würde, falls das Unternehmen nicht mehr auf *local.ch*., «*Google Business Profile*», «*Bing Places for Business*» bzw. *ZIP* gelistet wäre.

161. Da – wie oben aufgezeigt (vgl. Rz 139 und 153) – *Bing* und *ZIP* als Verzeichnisdienste bei den Schweizer Unternehmen eine untergeordnete Rolle spielen, werden nachfolgend nur die Ergebnisse in Bezug auf *local.ch* und *Google* dargestellt.

162. Auf die Frage, wie hoch der Anteil Kundinnen und Kunden geschätzt werde, der via *local.ch* bzw. via «*Google Business Profile*» zum befragten Unternehmen finde, konnten rund zwei Drittel der befragten Unternehmen keine Schätzung vornehmen. Die meisten Unternehmen scheinen sich demnach keine Gedanken darüber zu machen, über welchen Nutzen sie hinsichtlich der Kundengewinnung bei *local.ch* verfügen. Dies wird vor allem bei grösseren Unternehmen u. a. daran liegen, dass die Kosten für einen Verzeichniseintrag bei *local.ch* von bspw. jährlichen CHF 59.90 für «*SWISS LIST Starter*» im Verhältnis zu deren Gesamtausgaben doch relativ gering sind. Zudem kann ein möglicher Nutzen ein anderer sein als die Kundengewinnung. Hierzu gab ein Unternehmen an, dass es bezüglich seines kostenpflichtigen Verzeichniseintrags bei *local.ch* nicht primär seinen Nutzen in der Kundengewinnung sehe, sondern darin, dass das Unternehmen es seinen Kundinnen und Kunden möglichst einfach machen möchte, mit ihm in Kontakt zu treten.¹⁹⁸

163. Durch den Verzeichniseintrag wollen die Unternehmen vor allem mehr Präsenz, Sichtbarkeit und bessere Auffindbarkeit der Unternehmensinformationen erreichen. Dieser von einem Verzeichniseintrag erhoffte Nutzen ist bei allen Verzeichnisdiensten grundsätzlich der gleiche.¹⁹⁹ Dennoch konnten die meisten Unternehmen den hierdurch entstehenden möglichen Nutzen nicht quantifizieren.

164. In Bezug auf einen Vergleich, welchem Verzeichnisdienst die grössere Bedeutung zugeschrieben wird, kann Folgendes festgehalten werden: Von 25 diesbezüglich verwertbaren Antworten schätzten nur drei Unternehmen²⁰⁰, dass der Kundengewinn via *local.ch* grösser sei als der Kundengewinn via «*Google Business Profile*». 11 Unternehmen²⁰¹ gaben demgegenüber klar an, dass der Kundengewinn bzw. – nutzen via «*Google Business Profile*» grösser sei als bei *local.ch*.

¹⁹⁴ Vgl. act. 194, Antwort zu Frage 22.

¹⁹⁵ Vgl. act. 151, Antwort zu Frage 22.

¹⁹⁶ Vgl. act. 135, Antwort zu Frage 22.

¹⁹⁷ Vgl. act. 252a, Antwort zu Frage 22.

¹⁹⁸ Vgl. act. 174, S. 1.

¹⁹⁹ Vgl. z. B. act. 143, Antworten zu Frage 3 und 7; act. 151, Antworten zu Fragen 3, 7 und 9; act. 152, Antworten zu Frage 3 und 7; act. 182, Antworten zu Fragen 3 und 7; act. 185, Antworten zu den Fragen 7, 9, 22 und 24; act. 207, Antworten zu Frage 3 und 7.

²⁰⁰ Vgl. act. 190, 263 und 276.

²⁰¹ Vgl. act. 145, 151, 185, 194, 201, [...], [...], 252a, 265, 267 und [...].

165. Noch deutlicher sichtbar wird die Gewichtung der beiden Verzeichnisdienste durch die nachfragenden Unternehmen bei der Frage nach den *Konsequenzen*, falls das Unternehmen nun nicht mehr auf local.ch bzw. «Google Business Profile» gelistet wäre.

166. Von insgesamt 49 verwertbaren Antworten zu den Fragen betreffend die Konsequenzen eines fehlenden Verzeichniseintrages bei local.ch bzw. «Google Business Profile» gaben nur 14 Unternehmen²⁰² an, dass die Löschung des kostenpflichtigen Verzeichniseintrages auf local.ch negative Konsequenzen für sie haben würde. 32 Unternehmen²⁰³ gaben demgegenüber an, die Löschung des Verzeichniseintrages bei local.ch hätte keine oder kaum Konsequenzen. 6 Unternehmen²⁰⁴ gaben an, die Löschung des Verzeichniseintrages bei «Google Business Profile» habe keine oder kaum Konsequenzen.

167. 25 Unternehmen gaben an, dass die Löschung des Verzeichniseintrages bei «Google Business Profile» bedeutendere (negative) Konsequenzen hätte als die Löschung des Verzeichniseintrages bei local.ch. Nur ein Unternehmen²⁰⁵ kam umgekehrt zum Schluss, dass die Löschung des Verzeichniseintrages bei local.ch schwerwiegendere Konsequenzen für das befragte Unternehmen hätte als die Löschung des Verzeichniseintrages bei «Google Business Profile».

168. Die befragten Unternehmen nannten für die beiden Verzeichnisdienste local.ch und «Google Business Profile» im Wesentlichen die gleichen Konsequenzen eines fehlenden Verzeichniseintrags (wie insb. weniger Sichtbarkeit und schlechtere Auffindbarkeit; vgl. dazu oben Rz 163). Jedoch erachten die befragten Unternehmen einen fehlenden Verzeichniseintrag bei local.ch überwiegend als weniger gravierend als bei Google.

169. Als *Zwischenfazit* lässt sich festhalten, dass die Unternehmen grundsätzlich den gleichen Nutzen in der Publikation von Verzeichniseinträgen bei local.ch und auf Google sehen, nämlich vor allem mehr Präsenz und bessere Auffindbarkeit des Unternehmens. Bei der Gewichtung der Bedeutung der Verzeichniseinträge wird einem Verzeichniseintrag bei Google klar mehr Bedeutung zugemessen als einem Verzeichniseintrag auf local.ch.

B.3.3.3.5 Einschätzung der Wettbewerber von Directories im Bereich localsearch

170. Google selbst führt bei der Frage nach der Erläuterung ihrer Tätigkeit aus, «Google Business Profile» sei eine Schnittstelle, über die Unternehmen Informationen über ihren Betrieb an Google übermitteln können. «Google Business Profile» sei daher nicht mit Adressverzeichnissen oder Gelbe Seiten-Diensten vergleichbar.²⁰⁶ Die Informationen, die über «Google Business Profile» zur Verfügung gestellt würden, seien nicht unbedingt ausschlaggebend für die Informationen, die Google als Teil eines Suchergebnisses für ein bestimmtes Unternehmen anzeige. Vielmehr stelle Google Informationen über lokale Unternehmen aus einer Reihe verschiedener Quellen (insb. Profilinformatoren, Crawling, eigene Erhebungen, Eingaben von Nutzerinnen und Nutzern) zusammen und versuche dann, die massgeblichen Fakten über ein Unternehmen aus einer Analyse aller verfügbaren Datenquellen zu ermitteln. Die

Informationen aus «Google Business Profile» seien nur eine mögliche Quelle in diesem Prozess. Damit ein Unternehmen in den Suchergebnissen von «Google Search» und «Google Maps» erscheine, sei es nicht erforderlich, dass es Informationen über «Google Business Profile» zur Verfügung stelle. Google könne beispielsweise Ergebnisse für Unternehmen anzeigen, die es über das Crawling von Websites identifiziere. Somit sei «Google Business Profile» eine Schnittstelle, die es Unternehmen ermögliche, Google Kontaktinformationen zur Verfügung zu stellen, die Google dann – als eine Quelle unter vielen – bei der Erstellung von Suchergebnissen für Unternehmen berücksichtigen könne. Drittanbieteragenturen könnten zudem im Namen von Unternehmen Profile erstellen und verwalten.²⁰⁷

171. Auf der Website «www.google.com/business/» wird wie folgt für die Erstellung eines Unternehmensprofils geworben:

«Einfach online gefunden werden - mit Ihrem kostenlosen Unternehmensprofil auf Google: Mit einem kostenlosen Unternehmensprofil für Ihre Aussenansicht oder Ihr Einzugsgebiet können Sie Menschen, die Ihr Geschäft in der Google Suche oder auf Google Maps finden, als Kunden gewinnen. Personalisieren Sie Ihr Profil mit Fotos, Angeboten, Beiträgen und mehr.»²⁰⁸

172. Im Vergleich dazu findet sich auf local.ch dazu Folgendes:

«Als Unternehmen profitieren Sie dank Ihrer Präsenz auf local.ch von zahlreichen potenziellen Kunden. local.ch stellt sicher, dass Sie von Kunden einfach, schnell und treffsicher gefunden werden. Wir unterstützen Sie zudem mit gezielt eingesetzten Werbeprodukten, damit Sie noch mehr Aufmerksamkeit bei Ihren Kunden und bei denen, welche es noch werden, erreichen.»²⁰⁹

173. Daraus erhellt, dass Google in gleicher Weise für die Erstellung eines Unternehmensprofils wirbt wie Directories für die Erstellung eines Eintrages auf local.ch. Mit einem Unternehmensprofil bei «Google Business Profile» werden damit die gleichen Ziele verfolgt wie mit einem Eintrag auf local.ch, nämlich durch gute Auffindbarkeit des Unternehmens Kundinnen und Kunden zu gewinnen. Insgesamt sind damit in Bezug auf die von Google und Directories beschriebenen Ziele und den Nutzen, den sich die Unternehmen von einem Verzeichniseintrag versprechen, keine relevanten Unterschiede zwischen den beiden Verzeichnisdiensten auszumachen und «Google Business Profile» ist – entgegen den Ausführungen von Google (vgl. Rz 170) – durchaus mit Adressverzeichnissen- oder Gelbe Seiten-Diensten vergleichbar.

²⁰² Vgl. bspw. act. 143, 182, 276.

²⁰³ Vgl. bspw. act. 135, 171, 225.

²⁰⁴ Vgl. act. 139, 147, 181, 190, 239 und 276.

²⁰⁵ Vgl. act. 276.

²⁰⁶ Vgl. act. 127, Antwort auf Frage 16.

²⁰⁷ Vgl. act. 127, Antworten zu Fragen 2 – 4.

²⁰⁸ Vgl. Google Unternehmensprofil – bei Google gelistet werden (06.02.2023).

²⁰⁹ Vgl. local.ch - Ihre Plattform für Buchungen & Informationen (08.02.2023).

174. Somit lässt sich insgesamt feststellen, dass ein Unterschied zwischen einem Verzeichniseintrag auf local.ch und einem Verzeichniseintrag auf Google hauptsächlich darin besteht, dass der Verzeichniseintrag auf Google auch ohne Zutun des entsprechenden Unternehmens erfolgen kann. Sobald sich aber ein Unternehmen dazu entschliesst, einen Verzeichniseintrag «Google Business Profile» zu machen, um damit Unternehmensinformationen auf Google bereitzustellen, sind aus Sicht der Unternehmen in Bezug auf den Verzeichniseintrag keine bedeutenden Unterschiede mehr zwischen local.ch und bei Google auszumachen.

175. *Microsoft* («Bing Places for Business») nennt in seiner Fragebogenantwort lediglich «Google Business Profile» als Wettbewerber, ohne darauf einzugehen, weshalb andere Anbieterinnen und Anbieter von Verzeichnisdiensten nicht dazuzuzählen wären.²¹⁰

176. *ZIP* nennt auf die Frage nach den Alternativen eines Verzeichniseintrages bei zip.ch in erster Linie local.ch und search.ch und führt aus, die kostenpflichtigen Eintragungsprodukte von Directories seien viel teurer als jene von zip.ch. «Google Business Profile» sei – dank seiner Partnerschaft mit Directories – ebenfalls ein Wettbewerber, mit dem Unterschied, dass der Verzeichnisdienst von Google keine Privatpersonen umfasse. Mit «SWISS LIST» habe sich Directories mit Google verbunden und Google Daten von 100 000 bis 300 000 Unternehmen übermittelt, um einen Verzeichniseintrag auf «Google Business Profile» zu kreieren und um so gemeinsam zum dominierenden Akteur in der Online-Suche zu werden.²¹¹

177. Aus den Befragungen der Unternehmen als potenzielle Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen geht jedoch nicht hervor, dass Google zumindest zum Zeitpunkt der Befragung nur «dank» ihrer Partnerschaft mit Directories ein Wettbewerber darstellt (vgl. dazu oben Rz 160 ff.). Gemäss den Ausführungen von *Directories* ist es gar so, dass die Weiterleitung an Google notwendig sei, um dort präsent zu sein, wo die Kundinnen und Kunden suchen würden, nämlich eher auf Google als auf local.ch.²¹² *Directories* reichte zudem zwei Studien ein, die aufzeigen, dass Nutzerinnen und Nutzer heutzutage tatsächlich überwiegend auf Google Informationen zu Unternehmen suchen.²¹³

178. Als *Zwischenfazit* ist festzuhalten, dass weder Google noch *Microsoft* die Verzeichnisdienste von localsearch als Konkurrentinnen genannt haben, wobei *Microsoft* («Bing Places for Business») lediglich «Google Business Profile» als Wettbewerber erwähnte. Dies lässt sich wohl am ehesten mit der internationalen Ausrichtung von Google und *Microsoft* begründen und durch den Umstand, dass es sich bei Google und Bing in erster Linie um Suchmaschinen handelt. Zudem scheinen die Verzeichnisdienste von localsearch von Google oder *Microsoft* nicht als bedeutende Wettbewerber auf den Nuttermärkten wahrgenommen zu werden. Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Angebot von localsearch und den Angeboten von Google und *Microsoft* wurde in den Antworten aber nicht genannt. Einzig *ZIP* sieht sich als direkte Konkurrentin von localsearch und Google.

B.3.3.3.6 Fazit der Befragung

179. Die *Befragung der Unternehmen* bestätigt, dass *ZIP* und Bing für Schweizer Unternehmen als potenzielle Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Nur sehr wenige Unternehmen gaben an, Verzeichniseinträge bei Bing und *ZIP* nachzufragen. Die *Ziele*, die mit einem Verzeichniseintrag erreicht werden sollen bzw. den Nutzen, den sich die Unternehmen von einem Verzeichniseintrag versprechen, sind gemäss den Angaben der Unternehmen bei allen Verzeichnisdiensten die gleichen. Es geht dabei vor allem um eine Erhöhung der Sichtbarkeit und Präsenz des Unternehmens. Im Vergleich zu local.ch bietet der Verzeichniseintrag bei Google ähnliche oder umfangreichere Möglichkeiten. Zudem hat Google gemäss den befragten Unternehmen eine grössere Reichweite. Bei der *Gewichtung der Bedeutung* der Verzeichniseinträge bei den beiden Diensten (local.ch und Google) wird ein Verzeichniseintrag bei Google als klar wichtiger angesehen. Die Parteien kritisieren, dass bei der Marktbefragung die Bedeutung der eigenen Website und von Social-Media-Plattformen nicht erhoben worden sei, obwohl diese ebenfalls den Zweck verfolgen würden, «gefunden zu werden».²¹⁴ Die Frage, ob neben klassischen Verzeichnisdiensten auch weitere Plattformen zum selben Markt gehören, konnte vorliegend allerdings offengelassen werden (vgl. Rz 290), weshalb diesbezüglich auch keine weiteren Erhebungen nötig waren.

180. *Insgesamt* erscheinen die Verzeichnisdienste von Directories, *ZIP*, Google und *Microsoft* sowohl für Nutzerinnen und Nutzer als auch für Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen als vergleichbar.

B.3.3.4 Preissetzungsverhalten und unternehmerische Profitabilität

181. Directories hat in den Jahren 2016 bis 2022 mit den Eintragungsprodukten einen Umsatz zwischen [...] und [...]. CHF generiert, [...].

182. Mit der Produktumstrukturierung hat sich die Produkt- und Preisstruktur von 2017 auf 2018 dahingehend verändert, dass mehrere bisher einzeln verrechnete Leistungen (z. B. Eintragungsprodukte; vgl. Abschnitte B.3.2.1.1 und B.3.2.1.2) in weniger Verträge (z. B. «SWISS LIST»; vgl. B.3.2.2) gebündelt wurden.

²¹⁰ Vgl. act. 120, Antwort auf Frage 16.

²¹¹ Vgl. act. 114, Antwort auf Frage 13.

²¹² Vgl. act. 81, Rz 19, 85, 115.

²¹³ Vgl. act. 81, Beilage 1 ([...]), act. 94, Beilage 1 ([...]).

²¹⁴ Vgl. act. 309, Rz 22.

Jahr	2016 ²¹⁵	2017 ²¹⁶	2018	2019	2020	2021	2022 (Q1-3)
Fakturierte Beträge	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durchschnittliche Anzahl Vertragsabschlüsse	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Fakt. Betr. pro Anzahl Vertragsabschlüsse	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 3: Gesamtumsatz (basierend auf fakturierten Beträgen) und Vertragsabschlüsse pro Jahr.

183. [...]

184. Die Produkteumstellung und die damit einhergehende Preiserhöhung hatte insgesamt zur Folge, dass ein Teil der Kundinnen und Kunden auf «SWISS LIST» verzichtet hat, andere aber die Preiserhöhung akzeptiert haben. Ein weiterer Teil der Kundinnen und Kunden hat aufgrund der Preiserhöhung sodann neu höherwertige Produkte von Directories nachgefragt, weil diese im Verhältnis zu den Zusatz- und Folgeeinträgen günstiger geworden sind.

185. Nachfolgend zeigen zwei Abbildungen die Entwicklung der fakturierten Beträge aller kostenpflichtigen Eintragungsprodukte von Directories:

[...]

Abbildung 9: Fakturierte Beträge aller fakturierten Produkte von Directories (Jan. 2016 bis Sept. 2022)

[...]

Abbildung 10: Fakturierte Beträge aller kostenpflichtigen Eintragungsprodukte von Directories auf monatlicher Basis nach Jahren (Jan. 2016 bis Sept. 2022)

186. Aus Abbildung 9, Abbildung 10 und Tabelle 3 geht hervor, dass die Summe der fakturierten Beträge in den letzten knapp sieben Jahren [...] so dass diesbezüglich nicht von einer erfolgreichen Implementierung von «SWISS LIST» dahingehend gesprochen werden kann, dass Directories durch die «SWISS LIST»-Produkte eine kleine aber signifikante Preiserhöhung dauerhaft im Markt durchsetzen konnte.

187. Das gleiche Bild – und noch etwas deutlicher – ergibt sich aus der Anzahl Neukunden bzw. Vertragserneuerungen (vgl. dazu nachfolgende Abbildung 11 und Abbildung 12). [...]

[...]

Abbildung 11: Anzahl Neukunden und Neukundinnen und Vertragserneuerungen ohne Ausreisser (Jan. 2016 bis Sept. 2022)²¹⁷

[...]

Abbildung 12: Anzahl Neukunden und Neukundinnen und Vertragserneuerungen auf monatlicher Basis nach Jahren (Jan. 2018 bis Sept. 2022)

188. Nur bezogen auf «SWISS LIST» ergibt sich folgendes Bild:

[...]

Abbildung 13: gleitender Durchschnitt der fakturierten Beträge «SWISS LIST Starter» auf monatlicher Basis nach Jahren (Januar 2018 bis September 2022)²¹⁸

[...]

Abbildung 14: gleitender Durchschnitt der fakturierten Beträge «SWISS LIST Standard» auf monatlicher Basis nach Jahren (Januar 2018 bis September 2022)²¹⁹

189. [...]

190. Die Parteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass nur [...] der Kundinnen und Kunden zu einem Wechsel zu «SWISS LIST» habe überzeugt werden können. Demgegenüber hätten sich [...] der Kundinnen und Kunden für eine Alternative entschieden.²²⁰

191. Bei der Betrachtung der Gesamtumsätze pro Jahr bei den früheren Eintragungsprodukten und dem Nachfolgeprodukt «SWISS LIST» ergeben sich seit 2016 die nachfolgenden Umsätze:

²¹⁵ Inklusiv Grundeintrag und Aufnahme (neuer Kunden).

²¹⁶ Inklusiv Grundeintrag und Aufnahme (neuer Kunden).

²¹⁷ [...]

²¹⁸ [...]

²¹⁹ [...]

²²⁰ Vgl. act. 309, Rz 27; act. 353, Beilage 1, S. 3 und 4 zu Folie 9.

Jahr	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022 (Q1-3)
Umsatz	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]					
Vertragsabschlüsse	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]					
Umsatz pro Vertrag	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 4: Vergleich der Umsätze (basierend auf den fakturierten Beträgen) und Anzahl Vertragsabschlüsse im Bereich Eintragungsprodukte (Grund-, Zusatz- und Folgeeinträge) und dem Nachfolgeprodukt «SWISS LIST»

192. Aus der Erfolgsrechnung von Directories für die Jahre 2017 bis 2021 gehen folgende Ertrags- und Gewinnzahlen hervor²²¹:

	2017	2018	2019	2020	2021
Gesamtertrag	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EBIT	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Umsatzrendite ²²²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 5: Ertrag und EBIT von Directories in den Jahren 2017 bis 2021

193. [...]

194. [...] Directories konnte ihre Preiserhöhungen durch die Umstellung ihrer Preispolitik im Jahr 2019 nicht langfristig gewinnbringend durchsetzen (vgl. Tabelle 4 und Tabelle 5). [...] Damit ist festzustellen, dass Directories mit der Einführung der «SWISS LIST»-Produkte keine gewinnsteigernde Preiserhöhung im Markt durchsetzen konnte.

B.3.4 Fazit zu «SWISS LIST» und den Marktverhältnissen im Geschäftsbereich localsearch

195. Mit der Einführung von «SWISS LIST» im Frühjahr/Sommer 2019 hat Directories ihr Dienstleistungsangebot und ihre Preissetzung auf den Verzeichnisdiensten von localsearch grundlegend geändert. Damit wurden die ursprünglichen Eintragungsprodukte (Zusatz- und Folgeeinträge wie bspw. E-Mail-Adresse, zusätzliche Rubriken, Öffnungszeiten, Weblink etc.) nicht mehr separat, sondern nur noch gemeinsam angeboten (vgl. Rz 99). Die Eintragung einer zusätzlichen Rubrik oder eines weiteren Verzeichnisesorten kosten seit der Einführung von «SWISS LIST» CHF 50.– pro Rubrik bzw. pro Verzeichnisort. Früher konnten demgegenüber sowohl eine Rubrik als auch ein weiterer Verzeichnisort als Zusatzeintrag für jeweils CHF 22.90 erworben werden (vgl. Rz 122). Damit wird deutlich, dass mit der Einführung der «SWISS LIST»-Produkte eine Preiserhöhung vorgenommen wurde. In «SWISS LIST» bereits enthalten sind demgegenüber bereits jeweils eine Rubrik und ein Verzeichnisort sowie sämtliche Folgeeinträge und Mutatio-

nen. Unverändert bleibt schliesslich die Möglichkeit, einen kostenlosen Grundeintrag publizieren zu lassen (vgl. Rz 125 ff.). Das Produkt «SWISS LIST» beinhaltet auch automatisch die Weiterleitung der auf local.ch enthaltenen Unternehmensinformationen an zusätzliche Verzeichnisdienste wie insbesondere Google und Bing. Für die Zwecke dieser Weiterleitung wird eine Dienstleistung von [...] in Anspruch genommen (vgl. Rz 99).

196. Es gibt zwei verschiedene «SWISS LIST»-Produkte: «SWISS LIST Starter» für jährliche CHF 59.90 und «SWISS LIST Standard» für jährliche CHF 390.–. Der Unterschied besteht darin, dass die Erstellung und Synchronisierung von Unternehmensprofilen bei «SWISS LIST Standard» nicht nur auf Google und Bing sowie dem Kartendienst Google Maps stattfindet, sondern zusätzlich auch auf dem Kartendienst Apple sowie den Navigationssystemen von rund dreissig Automarken. Zudem ermöglicht nur «SWISS LIST Standard» die Publikation eines Weblinks (vgl. Rz 123).

²²¹ Vgl. act. 50, Beilage 10 und act. 281, Beilage 3.

²²² Prozentuales Verhältnis des EBIT zum Gesamtertrag.

197. Bei der Beurteilung der *Marktverhältnisse* stand die Frage im Vordergrund, ob und inwiefern die Verzeichnisdienste von local.ch, Google, Bing und ZIP für Inserentinnen und Inserenten sowie Nutzerinnen und Nutzer als austauschbar gelten. Dazu wurden diese Plattformen anhand derer Darstellung verglichen und es wurde eine Befragung von potenziellen Nachfragerinnen und Nachfragern von Verzeichnisdiensten als auch von den Verzeichnisdiensten selbst durchgeführt (vgl. 128).

198. Die *Ausgestaltung der Ergebnisanzeige* bei der Unternehmenssuche auf den Verzeichnisdiensten ist sowohl bei local.ch und ZIP als auch in den separaten Ergebnisfeldern von Google und Bing sehr ähnlich. Aufgrund des Erscheinungsbildes und aufgrund der ersichtlichen Unternehmensinformationen erscheinen die Angebote der verschiedenen Verzeichnisdienste aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer von Verzeichnisdiensten als austauschbar. Der Umstand, dass bei local.ch und Google deutlich mehr Ergebnisse bei einer Unternehmenssuche angezeigt werden als bei ZIP und Bing, deutet darauf hin, dass Letztere für Schweizer Unternehmen in Bezug auf Verzeichniseinträge lediglich eine untergeordnete Rolle spielen (vgl. Abschnitt B.3.3.2).

199. Die *Befragung der Unternehmen* als potenzielle Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen zeigte, dass die *Ziele*, die mit einem Verzeichniseintrag erreicht werden sollen, bzw. der *Nutzen*, den sich die Unternehmen von einem Verzeichniseintrag versprechen, gemäss den Angaben der Unternehmen bei allen Verzeichnisdiensten die gleichen sind. Es geht dabei vor allem um eine Erhöhung der Sichtbarkeit und Präsenz des Unternehmens. Im Vergleich zu local.ch bietet der Verzeichniseintrag bei Google ähnliche oder umfangreichere Möglichkeiten zur Publikation von Unternehmensinformationen. Zudem hat Google gemäss den befragten Unternehmen eine grössere Reichweite. Bei der *Gewichtung der Bedeutung* der Verzeichniseinträge bei den beiden Diensten (local.ch und Google) wird ein Verzeichniseintrag bei Google als klar wichtiger angesehen. *Insgesamt* erscheinen die Verzeichnisdienste von Directories, ZIP, Google und Microsoft sowohl für Nutzerinnen und Nutzer als auch für Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen als vergleichbar (vgl. Abschnitt B.3.3.3).

200. [...] Damit ist festzustellen, dass Directories mit der Einführung der «SWISS LIST»-Produkte keine gewinnsteigernde Preiserhöhung im Markt durchsetzen konnte (vgl. Abschnitt B.3.3.4).

B.4 Verarbeitung von Verzeichnisdaten

201. Wie in Abschnitt B.2.1 festgehalten, sind alle in der Schweiz existierenden TDA gesetzlich verpflichtet, Verzeichnisdaten ihrer Kundinnen und Kunden (Name, Adresse, Telefonnummer) zu erheben und aktuell zu halten sowie den Anbieterinnen und Anbietern von Diensten, die auf den Verzeichnisdaten basieren (wie z. B. der Erstellerin oder dem Ersteller eines Telefonbuchs), zugänglich zu machen (vgl. oben Rz 84 ff.). Als Data Agent erhält Directories die Verzeichnisdaten der jeweiligen TDA, für welche sie die Erhebung und Aktualisierung der regulierten Verzeichnisdaten gemäss Art. 21 Abs. 5 FMG übernimmt. In diesem Zusammenhang erhält Directories von den jeweiligen TDA die entspre-

chenden Verzeichnisdaten bevor diese anderen Unternehmen in Form von regulierten oder veredelten Verzeichnisdaten zur Verfügung gestellt werden.

B.4.1 Vorwurf von ZIP

202. Die Anzeigerin wirft Directories in ihrer Anzeige vor, dass diese durch den Überprüfungsprozess der regulierten Verzeichnisdaten im Rahmen der *Zustellung des Kontrollauszugs* als erste Zugang zur Endkundin und zum Endkunden erhalten würde und dass Directories diesen nutzen würde, um den Endkundinnen und Endkunden kommerzielle Eintragungsprodukte vor allen anderen Marktteilnehmenden anzubieten.²²³ Das heisst, Directories erhalte durch ihre Tätigkeit auf einem Vorleistungsmarkt im Bereich der Verzeichnisdatensammlung einen Vorteil als Betreiberin eines Verzeichnisdienstes und nutze diesen vor allem für den frühzeitigen Verkauf von kostenpflichtigen Verzeichniseinträgen. Konkret würde dies wie folgt ablaufen:²²⁴

- Um eine neue Telefonnummer oder eine Mutation derselben zu melden, müsse das Unternehmen dies via Telefon oder die Website von local.ch melden.
- Die Anmeldung oder Mutation werde dann an Directories weitergeleitet, welche die Änderungen kontrolliere und später bestätige.
- Bei der Anmeldung oder Meldung einer Mutation müsse der Kunde eine E-Mail-Adresse angeben, über die er einen Kontrollauszug erhalten könne.
- Directories sende den betreffenden Unternehmen nach der Meldung einer neuen Nummer oder einer Mutation einen Kontrollauszug zu, mittels welchem die Unternehmen die Änderung bestätigen müssten. Ohne Gegenbericht innerhalb von 14 Tagen gelte der Kontrollauszug ebenfalls als bestätigt.
- Die Bestätigung der Anmeldung oder Mutation erfolge somit frühestens 14 Tage nach Erhalt der Kontrollauszugs. In dieser Zeit würden die Daten weder veröffentlicht, noch Dritten zugänglich gemacht.
- localsearch sei aber in dieser Zeitspanne bereits präsent: Auf dem Schreiben mit dem Kontrollauszug befände sich eine Einladung zur Konsultation, ein Verweis auf weitere Informationen zu den local.ch Einträgen «Geschäft» und «Privat» und als Kontakt einen direkten Ansprechpartner der Verkaufsabteilung bei localsearch.
- Darüber hinaus nehme die Verkaufsabteilung tatsächlich schon lange vor Ablauf der Frist Kontakt zu den potenziellen neuen Kundinnen und Kunden auf (auch via die neue Telefonnummer) und mache mit diesen einen Termin aus, um ihnen diverse Werbe- und Marketingangebote zu unterbreiten. Dies geschehe alles bevor die neue Nummer in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen werde und vor der Weitergabe der genannten Daten an die Konkurrentinnen und Konkurrenten auf dem Markt.

²²³ Vgl. act. 1, S. 2, Rz 77 ff.

²²⁴ Vgl. act. 1, Rz 82 und Beilage 59.

203. Directories erhalte dadurch einen inakzeptablen Wettbewerbsvorteil, welcher zu einer direkten und unmittelbaren Vereinnahmung eines Grossteils des Werbebudgets aller neuen Kundinnen und Kunden führe. Dies werde verschärft durch die langen Vertragsdauern für Verzeichniseinträge von localsearch von drei Jahren und mehr. ZIP werde dadurch die Möglichkeit genommen, rechtzeitig eigene Produkte anzubieten. Dies gelte auch für alle anderen Unternehmen, die Werbe- und Marketingprodukte anbieten würden.²²⁵

204. ZIP macht ferner geltend, Directories würde die für die Zustellung des Kontrollauszugs verwendeten *Kontaktdaten* als Erstkontakt nutzen, um die Unternehmen zu kontaktieren und ihnen auf diesem Wege Eintragungsprodukte von localsearch zu verkaufen.²²⁶ Zudem würden diese Kontakt-E-Mail-Adressen für die Zustellung von Marketing- und Massenmails (Newsletters) genutzt.²²⁷

205. Schliesslich führt ZIP an, damit sie 2014 ihr kostenloses Online-Verzeichnis (ihr erstes Produkt) auf den Markt habe bringen können, sei sie auf die regulierten Verzeichnisdaten angewiesen gewesen. Trotz unterzeichneter Verträge und wiederholter Anfragen habe ZIP die vollständigen regulierten Verzeichnisdaten nie von Directories erhalten. Es hätten Hunderttausende Nutzerinnen und Nutzer gefehlt, die gemeinsame Nutzer einer Nummer seien (z. B. mehrere Ärzte, die im selben medizinischen Zentrum arbeiteten). ZIP habe aufgrund dieser systematischen Weigerung von Directories ihr Verzeichnis nicht betreiben können, was zu Verlusten in Höhe von Hunderttausenden von Franken geführt und die Glaubwürdigkeit bei den Nutzerinnen und Nutzern aufgrund der mangelnden Leistung enorm beeinträchtigt habe. Dies sei zu einem Zeitpunkt geschehen, als Swisscom 230 Millionen Franken für die Übernahme von search.ch ausgegeben habe. Directories habe sich hier absichtlich dazu entschieden, die Entwicklung von ZIP zu behindern und zu beeinträchtigen. Es sei unverständlich, weshalb diese Marktzutrittschranken vorliegend nicht thematisiert würden, obwohl dies klar einen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellen würde.²²⁸ Nachdem es aufgrund der Weigerung von Directories, die vollständigen regulierten Verzeichnisdaten zu liefern, Monate lang nicht möglich gewesen sei das Verzeichnis von ZIP zu nutzen, habe ZIP sich schliesslich gezwungen gesehen, die veredelten Verzeichnisdaten von Directories zu beziehen.²²⁹

B.4.2 Stellungnahme von Directories zum Vorwurf von ZIP

206. Directories stellt sich auf den Standpunkt, dass dies grundsätzlich unzutreffend sei.²³⁰ Ein neuer Verzeichniseintrag oder eine Mutation eines bestehenden Verzeichniseintrags erfolge gemäss Directories in den allermeisten Fällen direkt und auf dem ordentlichen Weg über die zuständige TDA. Die Behauptung der Anzeigerin, wonach ein neuer Verzeichniseintrag oder die Mutation eines bestehenden Verzeichniseintrages nur via das Kundenportal von local.ch (<https://customercenter.local.ch>) erfolgen könne, sei dementsprechend falsch. Genauso wenig könne bei Directories eine neue Telefonnummer bestellt werden. Der korrekte Prozess sehe im Regelfall wie folgt aus:

- Der Privat- oder Geschäftskunde schliesse beim TDA seiner Wahl ein öffentlichen (Sprach-)Telefoniedienst und in diesem Zusammenhang einen Vertrag ab.
- Im Rahmen des Vertragsabschlusses entscheide er oder sie sich für oder gegen einen Verzeichniseintrag.
- Die FDA übermittle die relevanten Verzeichnisdaten der Neukunden und -kundinnen (oder Mutationsdaten bestehender Kunden und Kundinnen) an seinen Data-Agent (i.d.R. die Geschäftseinheit DirectoriesData von Directories).
- DirectoriesData ergänze/modifiziere den Verzeichniseintrag im Bestand der regulierten Verzeichnisdaten des FDA der betroffenen Kunden und Kundinnen.
- Directories lasse den Kundinnen und Kunden ein automatisiertes Bestätigungsschreiben mit einem Kontrollauszug des Verzeichniseintrages zukommen, damit diese die Angaben überprüfen könnten und den fernmelderechtlichen Vorgaben Rechnung getragen werde.
- DirectoriesData integriere den neuen oder mutierten Verzeichniseintrag in den veredelten Verzeichnisdatensatz.
- Alle Bezügerinnen und Bezüger der veredelten Verzeichnisdaten (also auch localsearch und bis im Februar 2020 ZIP.ch) würden gleichentags (in einer Batch-Verarbeitung nach 'end of business') ein Datenfile mit den Neueinträgen und Modifikationen der veredelten Verzeichnisdaten erhalten.

207. Aufgrund dieses Ablaufs sei es im Ergebnis unzutreffend, dass localsearch über einen privilegierten, während einer gewissen Zeit sogar exklusiven Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten verfüge und diese Informationen unter gleichzeitiger Diskriminierung von Mitbewerbern unerlaubterweise für Zwecke der Kundenakquisition (Verkauf kommerzieller Zusatzprodukte) verwende.²³¹ Die regulierten Verzeichnisdaten würden jeweils tagesaktuell in die offizielle Datenbank der regulierten Verzeichnisdaten aufgenommen.²³²

208. Es könne aber gemäss den Ausführungen von Directories für die Vergangenheit nicht ausgeschlossen werden, dass in speziellen Konstellationen bei gewissen Prozessen Mutationen oder Neuaufnahmen genutzt worden seien, bevor diese in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen und an die (wenigen) Datenbezüger ausgeliefert worden seien. Ob und in welchem Umfang dies geschehen sei, könne heute nicht mehr rekonstruiert werden.²³³

²²⁵ Vgl. act. 1, Rz 85 ff.

²²⁶ Vgl. act. 1, Rz 41; act. 287, Rz 6; act. 289, Ziff. I.

²²⁷ Vgl. act. 310, Rz 31 ff.; act. 341, Rz 11; act. 353, Beilage 5, Rz 11.

²²⁸ Vgl. act. 353, Beilage 5, Rz 1-8; act. 332, Rz 51 f.; act. 310, Rz 37 ff.

²²⁹ Vgl. Stellungnahme vom 6.11.23, Rz 44.

²³⁰ Vgl. act. 16, Rz 114 ff.

²³¹ Vgl. act. 16, Rz 114 ff.

²³² Vgl. act. 81, Rz 192.

²³³ Vgl. act. 81, Rz 221.

209. Nachdem Directories vom Sekretariat auf diese Thematik hingewiesen worden sei, habe Directories die Prozesse überprüft und sichergestellt, dass (a) die Verkaufs- und Marketing- Mitarbeitenden des Geschäftsbereichs localsearch keinen Zugriff auf die Daten von directoriesData haben, (b) der Geschäftsbereich localsearch die veredelten Verzeichnisdaten gleichzeitig mit allen anderen Datenbezügerinnen erhält und (c) auch die automatisierten Prozesse des Geschäftsbereichs localsearch nicht früher Zugriff haben.²³⁴

210. In diesem Zusammenhang sei gemäss Directories auch zu berücksichtigen, dass es seit einigen Jahren kaum noch Bezügerinnen und Bezüger veredelter Verzeichnisdaten gebe. Die wenigen Hersteller gedruckter Telefonbücher würden – soweit bekannt – keine Rubrikeinträge/Stichworte anbieten. Das gleiche habe nach Kenntnis von Directories für die Twix AG gegolten, die ein CD/DVD-Verzeichnis herausgab. [...] Selbst wenn es also in der Vergangenheit in speziellen Konstellationen zu einer «verfrühten» Nutzung der regulierten Verzeichnisdaten durch den Geschäftsbereich localsearch gekommen sei, habe dies nach Meinung von Directories keine oder höchstens marginalste Auswirkungen gehabt.²³⁵

B.4.3 Schlussfolgerungen aus den Darstellungen von ZIP und Directories

B.4.3.1 Kontrollauszug und Informationsvorsprung

211. Die Anzeigerin hat diverse Beispiele von Kontrollauszügen und dazugehörigen Begleitschreiben eingereicht.²³⁶ Bei einem dieser Schreiben handelt es sich um einen Brief vom 10. Mai 2019 von localsearch, mittels welchem ZIP ein Kontrollauszug zugestellt wird.²³⁷ Daraus geht hervor, dass die Telefongesellschaft von ZIP deren Einträge aktualisiert habe und Directories die Einträge in den Verzeichnissen von local.ch entsprechend angepasst habe. Zur Kontrolle werde ZIP ein Überblick ihrer derzeitigen Einträge (Kontrollauszug) gesendet. Die Einträge würden in dieser Form nicht nur bei local.ch – im Internet auf Mobile Apps und im Telefonbuch – sondern automatisch auch in der Mehrheit der Schweizer Verzeichnisse und Auskunftsdienste erscheinen. Änderungen würden jederzeit gerne entgegengenommen. Ohne Gegenbericht innerhalb von 14 Tagen werde davon ausgegangen, dass ZIP mit dem Kontrollauszug einverstanden sei. Vor dem eigentlichen Kontrollauszug erscheinen dann noch folgende Zeilen:

«Auffallen zum kleinen Preis

Dank Ihrer Einträge in unseren beliebten Online- und Print-Verzeichnissen gelangen Kunden schnell und einfach zu Ihnen. Verstärken Sie Ihre Präsenz, indem Sie sich in weiteren Rubriken oder Ortschaften eintragen.

Es ist uns ein Anliegen, dass Ihre Präsenz in unseren Verzeichnissen optimal auf Ihre Bedürfnisse abgestimmt ist. Deshalb rufen wir Sie in den nächsten Tagen gerne für ein Beratungsgespräch an.»

212. Innerhalb des Kontrollauszugs selbst erscheint sodann noch folgender Hinweis:

«Weitere Informationen zu den local.ch Einträgen «Geschäft» und «Privat» in unseren Verzeichnissen finden Sie unter <http://info.local.ch/ihr-eintrag>. Alternativ können

Sie uns über die Telefonnummer 0800 86 80 86 kontaktieren.»

213. Aus diesem Schreiben wird ersichtlich, dass – wie von ZIP beschrieben – die Kommunikation rund um die Anpassung der Verzeichniseinträge im Bereich directoriesData mehrere Hinweise auf localsearch enthält. Aus dem Schreiben geht ebenfalls hervor, dass localsearch ZIP «in den nächsten Tagen» nach dem Versand des Briefes für ein Beratungsgespräch kontaktieren werde. Aus diesem Schreiben kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass erstens Directories die Daten innerhalb dieser Zeitspanne von rund 14 Tagen bereits an die Verkaufsabteilung von localsearch weitergegeben hat und dass zweitens dieses Telefonat sowie auch das Beratungsgespräch an sich noch vor dem Zeitpunkt geschehen ist, ab welchem auch Dritte Zugriff auf diese neuen Daten hatten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sämtliche Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten innerhalb eines Tages ebenfalls Zugriff auf die neuen bzw. mutierten Verzeichnisdaten haben. Damit verfügt directoriesData bereits ab diesem Zeitpunkt über keinen exklusiven Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten mehr, da sie allen Bezügerinnen und Bezügerinnen der regulierten Verzeichnisdaten ebenfalls zur Verfügung stehen. Es existieren keinerlei Hinweise, dass dieser «Vorsprung» in Wirklichkeit viel länger sei, wie dies seitens ZIP behauptet wird.²³⁸ Auch der diesbezüglich von ZIP eingereichte Vertrag für regulierte Verzeichnisdaten zwischen ZIP und Directories²³⁹ vermag diese Behauptung nicht zu belegen. Der genannte Vertrag wurde im Jahr 2014 abgeschlossen und wurde im Jahr 2015 durch den Vertrag zum Bezug der veredelten Verzeichnisdaten abgelöst.²⁴⁰ Der gewünschte Rhythmus der Datenübermittlung konnte damals ausgewählt werden und ZIP hat sich für «wöchentlich» entschieden. Unbestrittenermassen wäre es indes auch möglich gewesen, tägliche Aktualisierungen zu wählen und zu erhalten. Schliesslich sprachen auch die beiden anlässlich der Anhörungen vom 10. Juni 2024 befragten Zeugen von einem täglichen Datentransfer²⁴¹ und bestätigten damit einen maximalen Informationsvorsprung von einem Tag. Konkrete Fälle, in denen es – noch bevor die neuen bzw. mutierten Daten Dritten bekannt gegeben wurden – tatsächlich zu einem Vertragsabschluss zwischen localsearch und den betreffenden Kundinnen und Kunden gekommen ist, werden von der Anzeigerin nicht vorgebracht und wurden im Rahmen der Ermittlungen auch nicht ersichtlich. Damit ist nicht erstellt, dass regulierte oder veredelte Verzeichnisdaten innerhalb von Directories von der Abteilung directoriesData an die Abteilung localsearch weitergeleitet wurden, bevor diese Daten nicht auch allen anderen Bezügerinnen und Bezügerinnen von regulierten bzw. veredelten Verzeichnisdaten

²³⁴ Vgl. act. 81, Rz 222; act. 309, Rz 38.

²³⁵ Vgl. act. 81, Rz 224.

²³⁶ Vgl. act. 3, Beilagen 18, 19, 20, 28, 59 und 62.

²³⁷ Vgl. act. 3, Beilage 59.

²³⁸ Vgl. act. 353, Beilage 5, S. 6.

²³⁹ Vgl. Vgl. act. 310, Rz 28 mit Verweis auf act. 3, Beilage 34.

²⁴⁰ Vgl. act. 3, Beilage 58.

²⁴¹ Vgl. act. 353, Beilage 3, S. 4 und Beilage 4, S. 4.

zur Verfügung standen. Da ein möglicher Informationsvorsprung tatsächlich nur einen Tag betrug und dieser – wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. Rz 366 ff.) – als nicht wettbewerbsrelevant angesehen werden kann, konnte im Rahmen der Untersuchung auf weitere Ermittlungsmassnahmen in diesem Zusammenhang, wie etwa die Einvernahme von ehemaligen Mitarbeitenden von *localsearch*, verzichtet werden.

214. *Directories* hat zudem glaubhaft versichert, dass es zumindest seit 2021 nicht mehr möglich sei, dass Mitarbeitende des Geschäftsbereichs *localsearch* Zugriff auf Daten aus dem Geschäftsbereich *directoriesData* haben. Für die Vergangenheit könne aber gestützt auf die Ausführungen von *Directories* nicht ausgeschlossen werden, dass in speziellen Konstellationen bei gewissen Prozessen Mutationen oder Neuaufnahmen genutzt wurden, bevor diese in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen und an die (wenigen) Datenbezüger ausgeliefert worden sind (vgl. Rz 207 f.).

215. ZIP macht in diesem Zusammenhang geltend, es sei eine reine Fiktion, dass es innerhalb von *Directories* eine Trennung («Chinese Wall») zwischen ihrer technischen Einheit (*directoriesData*) und ihrer Verkaufseinheit (*localsearch*) gebe.²⁴² Dies sei auch nicht vereinbar mit dem Umstand, dass sich beide Geschäftsbereiche am gleichen Standort befinden würden.²⁴³

216. Dazu ist anzumerken, dass vorliegend keine Gründe ersichtlich sind, um an diesen Ausführungen von *Directories* zu zweifeln, wonach es zumindest seit 2021 nicht mehr möglich sei, dass Mitarbeitende des Geschäftsbereichs *localsearch* Zugriff auf Daten aus dem Geschäftsbereich *directoriesData* haben. Auch die beiden anlässlich der Anhörung vom 10. Juni 2024 durch die WEKO befragten Zeugen bestätigten, dass ein Zugriff von Mitarbeitenden von *localsearch* auf die Daten von *directoriesData* technisch seit Jahren nicht mehr möglich sei. Es handle sich technisch um zwei komplett unabhängige Systeme. Auf das jeweilige System könne nur zugreifen, wer über die entsprechenden Zugriffsrechte verfüge.²⁴⁴ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die beiden Geschäftsbereiche zum Teil an den gleichen Standorten befinden. Dass Daten zwischen den beiden Bereichen ausgetauscht werden und dadurch die Zuteilung der Zugriffsrechte umgangen wird, um damit allenfalls einen Tag früher über die entsprechenden Daten zu verfügen als die Konkurrenzunternehmen, ist in keiner Weise belegt und erscheint auch unwahrscheinlich.

217. Ferner widersprechen weder der Bericht des BAKOM, noch die Tatsache, dass auf dem Kontrollauszug die Kontaktangaben von *localsearch* vorhanden sind, dem Bestehen dieser technischen «Chinese Wall» – anders als dies seitens ZIP geltend gemacht wird.²⁴⁵ Der genannte Bericht des BAKOM «Accès aux données d'annuaires – Etat des lieux, inventaire des obstacles et propositions de mesures»²⁴⁶ stammt auch dem Jahre 2011 und ist daher für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht aussagekräftig.

218. Die Hinweise auf den Kontrollauszügen zu *localsearch* und die Angaben zur Kontaktaufnahme zwecks Vermarktung derer kommerziellen Eintragungsprodukte sind zudem zwar auf den Kontrollauszügen klar zu er-

kennen und insofern unbestritten. Daraus lassen sich jedoch keine Schlüsse in Bezug auf die technischen Vorkehrungen zur Vermeidung eines frühzeitigen Datenaustausches seitens *localsearch* auf Daten von *directoriesData* ziehen.

219. Wenn *Directories* zudem ausführt, sie ergänze/modifiziere den Verzeichniseintrag im Bestand der regulierten Verzeichnisdaten des FDA der betroffenen Kundinnen und Kunden (vgl. Rz 206), so erfolgt dies entweder durch Datenupdates seitens der TDA oder auf Wunsch der Kundin bzw. des Kunden und nach Rücksprache mit der TDA, welche die Hoheit über den Datensatz hat. Hieraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass *localsearch* bereits vor der Datenübermittlung an ZIP Produkte verkauft, wie diese in ihren Stellungnahmen geltend macht.²⁴⁷ Vielmehr kann daraus lediglich der Schluss gezogen werden, dass der Eintrag in den regulierten Verzeichnisdaten sofort nach der Mitteilung der TDA entsprechend geändert wird und nicht erst durch die Bestätigung des Kontrollauszugs.

220. Schliesslich kann auch aus dem Umstand, dass auf den Kontrollauszügen teils schon kostenpflichtige Einträge von *localsearch* aufgeführt sind, nicht ohne Weiteres gefolgert werden, *localsearch* habe diese Kundinnen und Kunden bereits vor Zustellung des Kontrollauszugs kontaktiert und ihnen zusätzliche Eintragungsprodukte verkauft und zwar zu einem Zeitpunkt, in welchem diese Möglichkeit der Konkurrenz noch nicht offen gestanden wäre.²⁴⁸ Einerseits besteht in einem solchen Fall die Möglichkeit, dass der Kontrollauszug lediglich eine Mutation zum Inhalt hatte und die kostenpflichtigen Eintragungsprodukte bereits zu einem viel früheren Zeitpunkt und damit unabhängig von der gemeldeten Mutation verkauft worden sind. Andererseits könnte sich der Kunde auch von sich aus an *localsearch* gewandt haben, wie das von ZIP aufgeführte Beispiel der [...] SA (vgl. Rz 221 nachfolgend) zeigt. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, dass es sich um einen überarbeiteten Kontrollauszug handelt, sprich dieser später mit den kostenpflichtigen Eintragungsprodukten ergänzt und erneut zugestellt wurde. Der Zeitpunkt des Versandes des Kontrollauszugs spielt sodann ohnehin nur eine untergeordnete Rolle, da die regulierten Verzeichnisdaten bereits vorher ergänzt bzw. modifiziert und den Bezügerinnen und Bezüger zur Verfügung gestellt werden (vgl. Rz 206 und 213). Relevant ist in diesem Zusammenhang lediglich, ob der Erstkontakt vor dem Zeitpunkt stattfindet vor dem auch die Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten Zugriff auf diese Daten haben und nicht, ob ein Erstkontakt vor der Zustellung des Kontrollauszuges stattfindet. Auch vor diesem Hintergrund konnte auf die von ZIP beantragte Erstellung einer Liste mit Kontrollauszügen²⁴⁹ verzichtet werden.

²⁴² Vgl. act. 310, Rz 23 ff.; act. 332, Rz 49; act. 353, Beilage 5, S. 5.

²⁴³ Vgl. act. 353, Beilage 5, S. 5.

²⁴⁴ Vgl. act. 353, Beilage 3, S. 4 und Beilage 4, S.3 f.

²⁴⁵ Vgl. act. 353, Beilage 5, S. 5.

²⁴⁶ Vgl. act. 64, Beilage 119.

²⁴⁷ Vgl. act. 310, Rz 26; act. 332, Rz 49 und act. 353, Beilage 5, S. 5.

²⁴⁸ Vgl. act. 310, Rz 27; act. 341, Rz 7 ff.

²⁴⁹ Vgl. act. 310, Antrag 5, Rz 27

Unklar ist zudem, weshalb sich dieser Beweisantrag auf die Erstellung der Liste der Kontrollauszüge auf die Jahre 2014 und 2015 sowie 2019 und 2020 beschränkt. Aufgrund der Verjährungsfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG erübrigt sich die Beweiserhebung für die Jahre 2014 und 2015 (vgl. dazu auch Rz 228). Soweit es um die Jahre 2019 und 2020 und damit um die Jahre der Produktumstellung und Lancierung von «SWISS LIST» geht, ist vorwegzunehmen, dass diesbezüglich mangels Marktbeherrschung von Directories in den entsprechenden Märkten im Bereich localsearch keine unzulässige Verhaltensweise festzustellen ist (vgl. Rz 336 f. und 339 ff.). Schliesslich ist festzuhalten, dass – wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. Rz 366 ff.) – der potentielle Wettbewerbseffekt eines Informationsvorsprungs von rund einem Tag im vorliegenden Zusammenhang nicht ausreichen würde, um eine kartellrechtsrelevante wettbewerbsschädigende Wirkung bejahen zu können.

B.4.3.2 Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten

221. Aus den Eingaben von ZIP geht hervor, dass Directories im Rahmen der Meldung einer Mutation oder Neuanmeldung ebenfalls eine E-Mail-Adresse als Kontaktadresse verlangt.²⁵⁰ Der von ZIP in diesem Zusammenhang geschilderte Sachverhalt und die dazu eingereichten Unterlagen rund um die Eintragung der [...] SA zeigen aber lediglich, dass die [...] SA, welche gemäss den Angaben der zuständigen TDA [...] vorerst keinen Verzeichniseintrag gewünscht habe, sich rund einen Monat später, am 14. Juni 2018, bei localsearch gemeldet hatte und die Aufnahme eines Verzeichniseintrages bei local.ch wünschte.²⁵¹ Aus den von ZIP eingereichten Unterlagen wird sodann ersichtlich, dass localsearch beim Kontakt mit dem Unternehmen eine E-Mail-Adresse als Kontaktadresse erfragt hat.²⁵² Die von der [...] SA bekanntgegebene E-Mail-Adresse entspricht gemäss diesen Unterlagen jener, die im Kontrollauszug enthalten ist: «contact@[...]ch». Unterzeichnet wurde dieser Kontrollauszug von einem «Sales Agent» von localsearch und verschickt wurde der Kontrollauszug per Post.²⁵³ Später (im Dezember 2018) wurde an eine andere E-Mail-Adresse der [...]SA «[...]@[...]ch» schliesslich ein Newsletter von localsearch geschickt.²⁵⁴

222. Zutreffend ist in diesem Zusammenhang die Ausführung von ZIP, dass die von directoriesData erhobenen Kontaktdaten nicht Bestandteil der regulierten Verzeichnisdaten bilden und die Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten diese Kontaktdaten somit nicht erhalten.²⁵⁵ Auch Bezügerinnen und Bezüger von veredelten Verzeichnisdaten erhalten diese Kontaktdaten nicht, wenn sie nicht mit jenen Daten übereinstimmen, die publiziert werden sollen.

223. Aus den Ausführungen von ZIP im Zusammenhang mit der [...] SA kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass eine von directoriesData erhobene Kontakt-E-Mail-Adresse für Werbezwecke im Bereich localsearch verwendet wurde. Dies vor allem weil, sich die [...] SA im genannten Beispiel direkt an localsearch wandte, da sie offenbar einen Eintrag auf local.ch wünschte (vgl. Rz 221). Gemäss den Ausführungen von ZIP habe die [...]SA in diesem Zusammenhang eine (weitere) Kontaktadresse genannt, nämlich «[...]@[...]ch».²⁵⁶ Diese Kontaktadresse, an die später auch die Newsletter

zugestellt wurden, wurde somit von localsearch selbst erfragt und wurde auch an diese abgegeben. Insgesamt kann damit nicht erstellt werden, dass für die spätere Zustellung von Newslettern eine E-Mail-Kontaktadresse benutzt wurde, die directoriesData im Rahmen der Eintragung ins öffentliche Verzeichnis erlangt hatte.

224. Auch aus den weiteren Eingaben der Anzeigerin geht nicht rechtsgenügend hervor, dass die im Rahmen der Meldung der regulierten Verzeichnisdaten angegebenen Kontaktdaten (wie insbesondere E-Mail-Adressen) von Directories – ausser teilweise für die Zustellung des Kontrollauszugs – genutzt worden wären, um potenzielle Kundinnen und Kunden direkt zu kontaktieren und ihnen Zusatzeinträge oder anderweitige Produkte im Bereich localsearch zu verkaufen.

225. In Bezug auf die Versendung der Kontrollauszüge ist überdies anzumerken, dass diese gemäss den Ausführungen der Parteien im zwischen Directories und ZIP hängigen Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Bern von einer externen Druckerei und damit per Post versendet wurden.²⁵⁷ Die jeweilige Zustellung per Post wird grundsätzlich auch durch anderweitig von ZIP eingereichte Kontrollauszüge bestätigt.²⁵⁸ Aus den eingereichten Unterlagen geht lediglich in einem Fall hervor, dass der Kontrollauszug per E-Mail versandt wurde.²⁵⁹

226. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass die im Rahmen der Tätigkeit als Data Agent von Directories erhobenen Kontaktdaten nicht zum Inhalt der regulierten und veredelten Verzeichnisdaten gehören. Diese Daten werden aber regelmässig ebenfalls als zu publizierende Daten in den veredelten Verzeichnisdaten enthalten sein. Hinweise, dass die im Rahmen des Erstkontakts zwischen Unternehmen und directoriesData angegebenen Kontaktdaten direkt an localsearch übermittelt und von dieser – ausserhalb der Zustellung des Kontrollauszugs – zu Marketing- und Sales-Zwecken verwendet wurden, fehlen.

227. Schliesslich ist festzuhalten, dass – wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. Rz 366 ff.) – der potentielle Wettbewerbseffekt von Newslettern im vorliegend seitens von ZIP geltend gemachten Zusammenhang nicht ausreichen würde, um eine kartellrechtsrelevante wettbewerbsschädigende Wirkung bejahen zu können. Dementsprechend konnte auf weitere Ermittlungsmassnahmen in diesem Zusammenhang verzichtet werden. Der von ZIP diesbezüglich gestellte Beweisantrag, betreffend die Erhebung der Marketing-Massmails und die dazu verwendeten Kontaktadressen²⁶⁰ wurde zudem auch aufgrund der mangelnden Beweiseignung abgelehnt. Dies zum einen weil die E-Mail-Adressen, die für

²⁵⁰ Vgl. act. 3, Beilagen 18 und 19.

²⁵¹ Vgl. act. 287, Beilage 148, Rz 4 ff.; act. 289, S. 2.

²⁵² Vgl. act. 287, Beilage 148, Rz 8.

²⁵³ Vgl. act. 3, Beilage 20.

²⁵⁴ Vgl. act. 3, Beilage 30, S. 3, act. 289, S. 2.

²⁵⁵ Vgl. act. 287, Rz 6.

²⁵⁶ Vgl. act. 289, Z I, iii).

²⁵⁷ Vgl. act. 287, Beilage 148, Rz 13 und 16.

²⁵⁸ Vgl. act. 3, Beilage 20, 28, 59.

²⁵⁹ Vgl. act. 3, Beilage 47.

²⁶⁰ Vgl. act. 310, Antrag 4, Rz 33.

Marketing-Massenmailings verwendet werden, in der Regel aus verschiedensten Quellen stammen und weil es zum andern unwahrscheinlich erscheint, dass insbesondere die schon bis zu fünf Jahre zurückliegenden Bezugsquellen noch eruierbar wären. Damit erscheint es im Lichte der erhebbaren Beweismittel nicht feststellbar, dass die für den Versand der Marketing Massenmails (soweit entsprechende Mailinglisten überhaupt noch vorhanden gewesen wären) verwendeten E-Mail-adressen in einem relevanten Ausmass aus den Kontrollauszügen stammen und Swisscom Directories keine anderen Bezugsquellen als diese Kontrollauszüge hatte. Folglich hätte damit nicht bewiesen werden können, dass die im Rahmen der Erstellung des Kontrollauszugs erhobenen Kontaktadressen zu Marketing-Zwecken verwendet worden sind.

B.4.3.3 Marktzutrittsschranken

228. Auf eine weitergehende Untersuchung der von ZIP geltend gemachten Marktzutrittsschranken in den Jahren 2014 und 2015 (vgl. Rz 205) konnte im Rahmen des vorliegenden Verfahrens verzichtet werden, da diesbezügliche allfällige Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund der Verjährung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht mehr sanktionierbar wären und es vorliegend auch nicht geboten wäre, Massnahmen für zurückliegendes abgeschlossenes Verhalten anzuordnen. ZIP selbst führt in diesem Zusammenhang aus, dass die Behandlung dieser Wettbewerbsbehinderung vor allem deshalb so wichtig sei, weil sie auch mit der Zahlungsklage von Directories gegen ZIP in der Höhe von [...] Franken vor dem Handelsgericht des Kantons Bern in Zusammenhang stehe. Dabei gehe es um die Aussetzung der Zahlungen von ZIP im Zusammenhang mit der Lieferung der veredelten Verzeichnisdaten und der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Vertrages aufgrund der systematischen Behinderung des Wettbewerbs.²⁶¹ Damit stellen sich in dieser Hinsicht vordergründig zivilrechtliche Fragen, die jedoch für das vorliegende kartellrechtliche Sanktionsverfahren unerheblich, und daher vorliegend nicht zu untersuchen und beurteilen sind (vgl. dazu auch Rz 253).

B.4.3.4 Fazit zur Verarbeitung von Verzeichnisdaten

229. Aufgrund des Ablaufs bei der Erfassung und Bearbeitung der regulierten und veredelten Verzeichnisdaten hat Directories gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger dieser Verzeichnisdaten einen gewissen zeitlichen *Informationsvorsprung*: Gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten beträgt dieser Vorsprung maximal einen Tag und gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger der veredelten Verzeichnisdaten wenige Tage. Konkrete Belege, dass Directories die Kundinnen und Kunden in der kurzen Zeitspanne, in welcher der Informationsvorsprung besteht, auch tatsächlich kontaktiert hat, um Zusatzeinträge auf local.ch zu verkaufen, liegen keine vor. Ferner ist auch kein Fall bekannt, in welchem es aufgrund des Informationsvorsprungs tatsächlich zu einem Vertragsabschluss kam. Directories kann jedoch für die Vergangenheit nicht ausschliessen, dass Daten in speziellen Konstellationen genutzt worden seien, bevor diese in die veredelten

Verzeichnisdaten aufgenommen und an die (wenigen) Datenbezüger ausgeliefert worden seien.

230. Die Kontrollauszüge, die Directories an die Unternehmen zur Überprüfung der vom Unternehmen oder von der betreffenden TDA gemachten Angaben sendet, enthalten mehrere *Hinweise auf localsearch* und auf deren Marketing- und Sales Aktivitäten.

231. Aus den von der Anzeigerin eingereichten Unterlagen ist zudem ersichtlich, dass Directories die zur Kommunikation übertragene E-Mail-Adresse (*Kontaktdaten*) teilweise zum Versand des Kontrollauszugs nutzt. Hinweise, dass die im Rahmen des Erstkontakts zwischen Unternehmen und *directoriesData* angegebenen Kontaktdaten direkt an *localsearch* übermittelt und von dieser – ausserhalb der Zustellung des Kontrollauszugs – zu Marketing- und Sales-Zwecken verwendet wurden, fehlen jedoch. Die Kontaktdaten bilden nicht Teil der regulierten Verzeichnisdaten und werden den Bezügerinnen und Bezüger dieser Daten daher nicht übermittelt.

232. Damit bleibt zu klären, ob durch *folgende drei Verhaltensweisen* der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt wird (vgl. dazu hinten Abschnitt C.5.2):

- allfällige Nutzung des Informationsvorsprungs, um potenzielle Kundinnen und Kunden zu kontaktieren, bevor deren Daten in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen wurden;
- Hinweise auf *localsearch* im Kontrollauszug;
- Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

233. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfragerinnen und Nachfrager oder Anbieterinnen und Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden.²⁶²

234. Die *wirtschaftliche Selbständigkeit* stellt praxisgemäss eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar.²⁶³ Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.²⁶⁴

²⁶¹ Vgl. act. 332, Rz 50 und 52.

²⁶² Vgl. BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 113), Art. 2 N 7 m.w.H.; CR Concurrence-MARTENET/KILIAS (Fn 112), Art. 2 N 21 f.

²⁶³ Vgl. etwa BGER, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, *DCC*.

²⁶⁴ Vgl. BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 113), Art. 2 N 7 m.w.H.

235. Von Bedeutung ist dies namentlich in Konzernverhältnissen. Das Kartellrecht enthält zwar keine eigene Definition des Konzernbegriffs.²⁶⁵ Aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise steht aber fest, dass ein am Wirtschaftsprozess Beteiligter autonom sein muss, um als Unternehmen zu gelten. Diese Autonomie fehlt, wenn eine rechtlich selbständige Konzerngesellschaft unter der möglichen Kontrolle durch eine Konzernobergesellschaft steht. Für Konzerne bedeutet das, dass die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen in Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Diese Betrachtung stimmt mit derjenigen des Obligationenrechts²⁶⁶ überein, auf dessen Konzernbegriff für die Beurteilung der Autonomie bzw. der Möglichkeit der Kontrolle grundsätzlich abgestellt werden kann: Nach den Rechnungslegungsvorschriften von Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie alternativ: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Insofern beschränkt sich das geltende Obligationenrecht auf das sogenannte Kontrollprinzip, d. h., es verzichtet auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips.²⁶⁷ Auch gemäss Rechtsprechung zum Kartellgesetz ist entsprechend dem Kontrollprinzip die blosse Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.²⁶⁸ Das Kontrollprinzip wird daher für die nachfolgende Prüfung zugrundegelegt. Liegt ein Konzern vor, gilt der Konzern als Ganzes als Unternehmen.²⁶⁹

236. Directories gehört als 100 %-Tochtergesellschaft der Swisscom AG und damit dem Swisscom-Konzern an, welcher als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

237. Damit ist das KG vorliegend in persönlicher Hinsicht anwendbar.

C.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

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

239. Ob vorliegend ein Unternehmen Marktmacht ausübt, ist Gegenstand dieser Verfügung. Wie die entsprechenden untenstehenden Ausführungen, auf welche verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet wird (siehe unten Rz 269 ff.), belegen, fällt das vorliegend beurteilte Verhalten unter den sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

240. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Das Verhalten von Directories wirkt sich direkt auf die Schweiz aus

und betrifft dabei insbesondere Unternehmen, die in der Schweiz Adressverzeichnisdienste nachfragen und anbieten, regulierte und veredelte Verzeichnisdaten nachfragen oder ihre gesetzlichen Pflichten zur Erstellung der regulierten Verzeichnisdaten an Directories auslagern. Das KG ist damit auch in örtlicher Hinsicht anwendbar.

C.2 Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

241. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO²⁷⁰. Danach trifft die Wettbewerbskommission (WEKO) als Ganzes die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

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

C.3 Parteien

243. Das kartellgesetzliche Rechtssubjekt ist das «Unternehmen» in Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, d. h. eine wirtschaftliche Einheit unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (vgl. Rz 233). Dieses «Unternehmen» hat nicht begriffsnotwendig Rechtspersönlichkeit im Sinne des Verwaltungsverfahrenrechts,²⁷¹ welches im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung grundsätzlich zur Anwendung gelangt (Art. 39 KG). Träger der verfahrensrechtlichen Rechte (z. B. Akteneinsichtsrecht nach Art. 26 VwVG) und Pflichten (z. B. Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG) ist vielmehr die «Partei» gemäss Art. 6 VwVG. Folge davon ist, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen i.S.d. Kartellgesetzes als materieller Normadressat und die Partei des Verfahrens bzw. die Adressatin einer Verfügung auseinanderfallen können.²⁷²

²⁶⁵ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3 m.w.H., DCC.

²⁶⁶ Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

²⁶⁷ Vgl. Botschaft vom 21.12.2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1589, 1723.

²⁶⁸ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 44, DCC; offengelassen in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, DCC.

²⁶⁹ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 48, DCC. Vgl. auch BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe*; BVGer, B-823/2016 vom 2.4.2020 E. 7.1.1 m.w.H., *Flügel und Klaviere*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3, *Nikon*; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 113), Art. 2 N 31; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 112), Art. 2 N 113 m.w.H.; CR Concurrence-MARTENET/KILIAS (Fn 112), Art. 2 N 30 f.

²⁷⁰ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

²⁷¹ Vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 113), Art. 2 N 9 ff.

²⁷² BGer, 2C_596/2019 vom 02.11.2022 E. 7.2.2, DCC; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 112), Art. 2 KG N 121.

244. Nach Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

C.3.1 Partei- und Prozessfähigkeit

245. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähigkeit. Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im Verfahren unter eigenem Namen als Partei aufzutreten; parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Die Prozessfähigkeit ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen oder als Vertreter im Verfahren rechtswirksam zu handeln. Sie ist dann gegeben, wenn die parteifähige Person auch handlungsfähig ist.²⁷³ Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 54 f. ZGB²⁷⁴.

246. Vorliegend sind die im Rubrum genannten juristischen Personen rechts- und handlungsfähig. Die Partei- und Prozessfähigkeit dieser Personen ist mithin gegeben.

C.3.2 Parteistellung und Beteiligung als Dritte

247. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung gemäss Art. 5 VwVG regeln soll (vgl. Rz 244). Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.²⁷⁵

248. Da eine Verfügung nach Verwaltungsverfahrenrecht nicht direkt Rechte und Pflichten des kartellrechtlichen «Unternehmens» regeln kann (siehe oben Rz 243), können praxisgemäss je Unternehmen jedenfalls diejenigen Personen als materielle Verfügungsadressatinnen qualifiziert werden, welche im Zeitpunkt des geprüften Verstosses Trägerinnen des Unternehmens waren.²⁷⁶ Dazu gehören namentlich die Person (i.d.R. Gesellschaft), deren Verhalten konkret auf die Vereinbarkeit mit dem Kartellgesetz hin überprüft wird (operativ handelnde Gesellschaft), sowie deren allfällige Muttergesellschaft oder die Konzernobergesellschaft.²⁷⁷

249. Vorliegend sind damit die Swisscom AG als Muttergesellschaft und die Directories AG als Parteien und Verfügungsadressatinnen zu bezeichnen.

250. Im Kartellrecht besteht sodann nach Art. 43 Abs. 1 KG die Möglichkeit, dass sich Dritte an einer Untersuchung beteiligen können. Die Verfahrensbeteiligung ist dabei nur im Untersuchungsverfahren und nicht bereits in der Vorabklärung möglich.²⁷⁸

251. Die in Art. 43 Abs. 1 KG getroffene Regelung über die Beteiligung Dritter an einer Untersuchung unterscheidet sich von Art. 6 VwVG i. V. m. Art. 48 VwVG dadurch, dass im KG der Kreis der am Untersuchungsverfahren teilnahmeberechtigten Dritten weiter gezogen ist als im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht. Weil das KG diesbezüglich vom VwVG abweicht, richtet sich die Teilnahmeberechtigung Dritter im Untersuchungsverfahren ausschliesslich nach Art. 43 Abs. 1 KG. Zudem ist die Frage nach der Teilnahmeberechtigung gemäss Art. 43 Abs. 1 KG von der Frage der Beschwerdebefug-

nis und somit der Parteistellung gemäss Art. 6 VwVG i. V. m. Art. 48 VwVG zu trennen.²⁷⁹

252. Nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG können zunächst Personen, die aufgrund einer (behaupteten) Wettbewerbsbeschränkung «in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind» ihre Beteiligung an der Untersuchung anmelden. Im Vordergrund stehen dabei Konkurrenten, Abnehmer und Lieferanten der an einer Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar beteiligten Unternehmen. Diese sind grundsätzlich auch dann zur Teilnahme am Untersuchungsverfahren befugt, wenn sie nicht erheblich bzw. besonders spürbar und damit stärker als andere Marktteilnehmer betroffen sind. Die Voraussetzungen für eine Teilnahmeberechtigung nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG unterscheiden sich demnach von den Voraussetzungen für die Erlangung der Parteieigenschaft nach Art. 6 VwVG.²⁸⁰ Nach Art. 6 VwVG müssen Konkurrenten demgegenüber einen deutlichen spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden, damit ihre Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zu bejahen ist. Ein solcher Nachteil liegt vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise im wesentlichen Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirkt, namentlich indem er eine Umsatzeinbusse erleidet. Der Konkurrent, der seine Parteistellung geltend macht, hat seine besondere Betroffenheit zu substantiieren, soweit dies nicht klar aus den Akten ersichtlich wird.²⁸¹

253. Im Rahmen der Verfahrensbeteiligung Dritter im Untersuchungsverfahren gemäss Art. 43 Abs. 1 KG ist somit zwischen verfahrensbeteiligten Dritten mit Parteistellung und solchen ohne Parteistellung zu unterscheiden.²⁸² Während der Begriff der verfahrensbeteiligten Dritten ohne Parteirechte eher weit ausgelegt werden kann, ist der Begriff der verfahrensbeteiligten Dritten mit Parteistellung eher eng auszulegen. Auf diese Weise soll die Popularbeschwerde verhindert werden und gleichzeitig ein effizientes Verfahren möglich bleiben.²⁸³ Das Bundesgericht weist zudem darauf hin, dass das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren primär der Durchsetzung öffentlicher Interessen dient, während für

²⁷³ Vgl. zum Ganzen: BGer 2C_303/2010 vom 24.10.2011 E. 2.3 und BVGer E-7337/2006 vom 11.2.2008 E. 3.2.

²⁷⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

²⁷⁵ Vgl. BGer 9C_918/2009 vom 24.12.2009 E. 4.3.1; BVGer, B-2977/2007 vom 27. April 2007 E. 4.5, *Publigroupe*.

²⁷⁶ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.1 m.w.H., *SIX/DCC*; RPW 2020/3a, 1096 Rz 1129, *See-Gaster*; RPW 2019/1, 116 Rz 212, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

²⁷⁷ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.1, E. 7.2.6 m.w.H., *SIX/DCC*; RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*.

²⁷⁸ Vgl. BSK KG-MARKUS SCHOTT (Fn 112), Art. 43 N 9.

²⁷⁹ Vgl. BSK KG-MARKUS SCHOTT (Fn 112), Art. 43 N 21 f. mit Hinweis auf BGE 139 II 328 E. 4.3.

²⁸⁰ BSK KG-MARKUS SCHOTT (Fn 112), Art. 43 N 11 ff.

²⁸¹ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.5; DIKE KG-MARKUS WYSSLING/JÜRG BICKEL (Fn 113), Art. 43 N 4.

²⁸² Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.3 f.; BSK KG-MARKUS SCHOTT (Fn 112), Art. 43 N 24 f.

²⁸³ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.4; DIKE KG-MARKUS WYSSLING/JÜRG BICKEL (Fn 113), Art. 43 N 18.

die Durchsetzung vorrangig privater Interessen der Zivilrechtsweg nach Art. 12 ff. KG offenstehe. Angesichts dieser gesetzlich vorgesehenen Gabelung des Rechtsschutzes sei zu vermeiden, dass das Verwaltungsverfahren zu stark auf private Interessen ausgerichtet werde.²⁸⁴

254. Während Dritten mit Parteistellung grundsätzlich die vollen Parteirechte zukommen, können die Rechte der beteiligten Dritten ohne Parteistellung auf das Anhörungsrecht beschränkt werden (Art. 43 Abs. 2 Satz 2 KG). Über das Minimalrecht der Anhörung hinaus kann die Behörde den Verfahrensbeteiligten weitere Rechte einräumen. Die Obergrenze bilden die Parteirechte. In Frage kommen etwa folgende Beteiligungsmöglichkeiten: Die Behörde kann den Beteiligten gewähren, an Einvernahmen teilzunehmen und Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 18 VwVG). Weiter kann sie ihnen (fortlaufend) Einblick in die Verfahrensakten gewähren (Art. 26 ff. VwVG), die Möglichkeit einräumen, sich im Rahmen einer Einvernahme mündlich zum Sachverhalt zu äussern, sowie sie an der Verhandlung der WEKO zulassen. Schliesslich steht es der Behörde frei, den Verfahrensbeteiligten die Verfügung der WEKO zur Kenntnis zu bringen.²⁸⁵

255. ZIP hatte mit Schreiben vom 6. April 2022 ein Gesuch um Parteistellung in der vorliegenden Untersuchung gestellt und zugleich um Akteneinsicht gebeten (vgl. Rz 43).

256. Mit Schreiben vom 20. April 2022 wurden die Parteien aufgefordert zum Gesuch um Parteistellung von ZIP Stellung zu nehmen (vgl. Rz 45). In ihrer Stellungnahme vom 12. Mai 2022 beantragten die Parteien sowohl das Gesuch um Parteistellung als auch das Gesuch um Akteneinsicht abzulehnen (vgl. Rz 47).

257. Auf telefonische Rückfrage des Sekretariats hin zog ZIP mit Schreiben vom 28. Februar 2023 ihren Antrag auf Parteistellung zurück und verlangte stattdessen die Beteiligung am Verfahren als Dritte (vgl. Rz 51). Dementsprechend teilte das Sekretariat ZIP und den Parteien mit, dass ZIP als Dritte ohne Parteistellung in Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG in der vorliegenden Untersuchung beteiligt werde (vgl. act. 53).

258. Nach der Einsicht in den Antrag des Sekretariats vom 21. August 2023 – der entgegen den Anträgen von ZIP zum Schluss gelangte, die vorliegende Untersuchung sei einzustellen – machte ZIP in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, sie sei nicht damit einverstanden gewesen, sich lediglich als Dritte ohne Parteirechte am Verfahren zu beteiligen. Ein solcher Verzicht wäre zudem nicht gültig gewesen, da ZIP nicht über alle Untersuchungshandlungen während der Untersuchung informiert worden sei. Auf der Grundlage der Beschwerde sei es zudem offensichtlich gewesen, dass ZIP vom Verhalten von Directories besonders betroffen sei. Anlässlich des Telefongesprächs mit dem Sekretariat sei ZIP gebeten worden, auf Akteneinsicht zu verzichten, mit der Begründung, dass die Einsichtnahme die Entscheidung aufgrund der Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen erheblich verzögern würde. Eine solche Anfrage habe nur bedeuten können, dass der Entscheidungswurf im Sinne der Anzeige von ZIP laute. Ansonsten hätte es für ZIP auch keine Dringlich-

keit gegeben. In dem Gespräch zwischen ZIP und dem Sekretariat habe ZIP zudem geltend gemacht, sie wolle auf jeden Fall ihr Recht auf Anhörung und ihr Recht auf Beschwerde ausüben, was der Ausübung der gleichen Rechte wie jener der Parteien im engeren Sinne gleichkomme. ZIP habe in ihrem Schreiben vom 28. Februar 2023 nicht geschrieben, dass sie damit einverstanden sei, in den Status eines Drittbeteiligten ohne Parteirechte versetzt zu werden.²⁸⁶ Gestützt auf diese Ausführungen verlangte ZIP sodann, dass ihr gestützt auf zukünftige und bereits durchgeführte Verfahrenshandlungen die gleichen Rechte wie den Parteien zukommen.²⁸⁷

259. In ihrer Stellungnahme vom 22. März 2024 und damit nach erfolgter Akteneinsicht machte ZIP sodann geltend, ZIP sei durch ihre Anzeige offensichtlich von Anfang an als interessierte Drittpartei bekannt gewesen, die am Verfahren habe teilnehmen wollen. Das Sekretariat hätte deswegen – wie in jedem Verwaltungsverfahren – von Amtes wegen feststellen müssen, ob ZIP die Voraussetzungen von Art. 6 VwVG erfülle. Die Verfahrensrechte von ZIP seien jedoch ignoriert worden und sie sei nicht einmal aufgefordert worden zu den Stellungnahmen von Directories Stellung zu nehmen, auch wenn diese ZIP betroffen hätten. Das Sekretariat sei dem formellen Antrag von ZIP vom 6. April 2022 nicht nachgekommen und habe ZIP für weitere 20 Monate vom Verfahren ausgeschlossen, bis am 7. Dezember 2023 entschieden wurde, ZIP Akteneinsicht zu gewähren.²⁸⁸

260. Wie in der Stellungnahme vom 6. November 2023 beschrieben, fragte das Sekretariat ZIP im Februar 2023 an, ob ZIP zur Verhinderung weiterer zeitlicher Verzögerungen auf die Parteistellung verzichten wolle. ZIP könne stattdessen die Möglichkeit eingeräumt werden, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Dabei machte das Sekretariat aber keine Angaben über den Inhalt des Antrages. Auch wenn ZIP aufgrund des Arguments der Vermeidung weiterer zeitlicher Verzögerungen selbst zum Schluss gelangte, der Antrag würde in ihrem Sinne ausfallen, kann sie daraus im vorliegenden Zusammenhang nichts zu ihren Gunsten ableiten. Schliesslich bleibt auch unklar, inwiefern eine weitere zeitliche Verzögerung des Verfahrens – auch bei vorliegendem Ausgang – im Sinne der Anzeigerin sein könnte.

261. Mit Schreiben vom 28. Februar 2023 teilte ZIP Folgendes mit: «ZIP.ch SA vous confirme qu'elle renonce à solliciter sa qualité de partie au sens de l'Art. 6 PA et requiert respectueusement de votre autorité la reconnaissance de sa qualité de participant au sens de l'Art. 43 LCart. » Entgegen den späteren Vorbringen von ZIP stellt dies klar ein Rückzug des Antrages auf Parteistellung dar. Damit verbleibt automatisch nur die Möglichkeit der Beteiligung an der Untersuchung ohne Parteistellung (vgl. Rz 251 ff.). Auch gegen die vom Sekretariat darauffolgend mitgeteilte Bestätigung, wonach die

²⁸⁴ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.4.

²⁸⁵ Vgl. DIKE KG-MARKUS WYSSLING/JÜRG BICKEL (Fn 113), Art. 43 N 5 und 29; BSK KG-MARKUS SCHOTT (Fn 112), Art. 43 N 24.

²⁸⁶ Vgl. act. 310, Rz 55 ff.

²⁸⁷ Vgl. act. 310.

²⁸⁸ Vgl. act. 332, Rz 53 ff.

C.5.1.1 Relevante Märkte

C.5.1.1.1 Allgemeine Ausführungen

272. Bei der Bestimmung des kartellrechtlich relevanten Marktes ist – in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU²⁹¹ – zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁹² Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Markt-abgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die konkrete Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die Bedeutung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können.²⁹³ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes namentlich für die Höhe einer allfälligen Sanktion von Bedeutung. Daraus folgt, dass die Markt-abgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Markt-abgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.²⁹⁴

273. Der *sachlich relevante 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 hier analog anzuwenden ist).²⁹⁵

274. Massgebend ist also, ob im konkreten Einzelfall aus Sicht der Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie von den Betroffenen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher Hinsicht austauschbar sind. Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²⁹⁶

275. Der *räumlich relevante Markt* umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁹⁷

276. *Ausgangspunkt* für die Abgrenzung der relevanten Märkte ist die zu beurteilende Geschäftstätigkeit und damit verbundene Verhaltensweise von Directories. Aus dieser lässt sich ableiten, welche Produkte und Dienstleistungen Directories anbietet und nachfragt und welches die jeweiligen Substitute zu den angebotenen und nachgefragten Produkten und Dienstleistungen sind.

277. Wie mehrfach erwähnt, ist Directories sowohl im Bereich der Erstellung von Verzeichnisdatensätzen (Geschäftsbereich *directoriesData*) als auch im Bereich der Erstellung und dem Betrieb von Adressverzeichnisdiensten tätig (Geschäftsbereich *localsearch*). Die Untersu-

chung bezog sich auf beide Geschäftsbereiche (vgl. Abschnitt B.2)

278. Die Markt-abgrenzung ist vor dem *Hintergrund der Funktionsweise eines Verzeichnisdienstes als Plattform* vorzunehmen. Dabei sind die verschiedenen Interessen aller Beteiligten zu vergegenwärtigen: Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen bzw. Inserentinnen und Inserenten wollen von Nutzerinnen und Nutzern möglichst einfach gefunden werden und diesen alle relevanten Informationen zur Verfügung stellen.²⁹⁸ Nutzerinnen und Nutzer wollen bei ihrer spezifischen oder lokalen Suche möglichst einfach jene Unternehmen und die dazu gehörigen Informationen finden, welche ihrer Suche entsprechen. Ziel der Plattformen bzw. der Verzeichnisdienste ist es sowohl für Inserentinnen und Inserenten als auch für Nutzerinnen und Nutzer eine möglichst hohe Nutzungsrate zu erzielen, um möglichst viele Verzeichniseinträge und allenfalls andere Dienstleistungen verkaufen zu können.

279. Damit ein Verzeichnisdienst eine hohe Nutzungsrate erzielt, müssen die darauf befindlichen Daten von guter Qualität, das heisst vor allem vollständig und aktuell sein. Um dem Erfordernis der Vollständigkeit gerecht zu werden ist es notwendig, über eine gute Datenbasis zu verfügen, in welcher möglichst alle Unternehmen zumindest mit den wichtigsten Kontaktdaten bereits enthalten sind. Diese Datenbasis bildet sodann die Grundlage, um den Unternehmen die Publikation weiterer Informationen, das heisst Verzeichniseinträge, verkaufen zu können. Den Verzeichnisdiensten stehen verschiedene Möglichkeiten offen, um eine solche Datenbasis zu erhalten: Sie können bspw. die regulierten Verzeichnisdatensätze der verschiedenen TDA beziehen, den veredelten Verzeichnisdatensatz von Directories oder sonstige Datensätze von anderen Anbieterinnen und Anbietern erwerben und als Grundlage nutzen. Eine weitere Möglichkeit besteht in der Vorgehensweise wie sie z. B.

²⁹³ So RPW 2017/3, 448 Rz 215 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2020/3a, 1111 Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; vgl. zum Ganzen DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 113), Art. 5 N 60 ff.; BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 112), Art. 4 Abs. 2 N 94; vgl. exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11.

²⁹⁴ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 274, *ADSL II* (m.w.H. – u.a. auch auf die EU-Praxis); so z.B. auch RPW 2020/4, 1818 Rz 440, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1111 f. Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 445 Rz 600, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 4 Abs. 2 N 25.

²⁹⁵ Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 52, *Hallenstadion*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, *ADSL II*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 4 Abs. 2 N 30.

²⁹⁶ Vgl. zum Ganzen: BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 53, *Hallenstadion*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9, *Gaba*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 4 Abs. 2 N 37 ff.

²⁹⁷ Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. .9.2, *Gaba*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 302, *ADSL II*.

²⁹⁸ Vgl. dazu auch act. 309, Rz 8; act. 353, Beilage 1, S. 1 zu Folie 3.

Google betreibt. Google stellt die Informationen über Unternehmen aus einer Reihe verschiedener Quellen wie insbesondere Profildaten, Crawling, eigenen Erhebungen und Eingaben von Nutzerinnen und Nutzer zusammen (vgl. Rz 170).

280. In der bisherigen Praxis hat die WEKO im Verzeichnisdienst Märkte für Verzeichnisdaten, für Verzeichniseinträge, für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sowie für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten abgegrenzt.²⁹⁹ An dieser Marktabgrenzung wird vorliegend im Wesentlichen festgehalten, wobei sowohl im Bereich der Verzeichnisdaten als auch im Bereich der Verzeichniseinträge eine etwas weitere Marktabgrenzung diskutiert wird. Auf die Abgrenzung eines Marktes für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten kann vorliegend verzichtet werden, da dieser für die nachfolgend vorzunehmende Beurteilung nicht von Relevanz ist (vgl. Rz 339 ff. und Abschnitt C.5.3.3).

281. Nachfolgend werden zuerst die beiden Seiten der Verzeichnisdienst-Plattformen dargestellt und es werden dabei ein Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.2) und ein Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Verzeichniseinträgen über Unternehmen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.3) abgegrenzt. Anschliessend wird auf den Bereich der Verzeichnisdaten als Grundlage eines Verzeichnisdienstes eingegangen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.4). In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist die Pflicht der TDA zur Führung eines Verzeichnisses über ihre Kundinnen und Kunden (regulierte Verzeichnisdaten) und die Möglichkeit der TDA, zur Erfüllung dieser Verpflichtung Dritte beizuziehen (vgl. Rz 84 f.). Hierzu wird auf den Markt für die Aufbereitung der regulierten Verzeichnisdaten eingegangen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.4).

C.5.1.1.2 Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen

282. Verschiedene Anbieterinnen und Anbieter von Verzeichniseinträgen bieten Möglichkeiten an, Verzeichnisdaten mit zusätzlichen Informationen (Verzeichniseinträgen) anzureichern, um diese Informationen gesamthaft öffentlich verfügbar zu machen (vgl. Rz 91 ff.). Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen (Inserentinnen und Inserenten) möchten den Nutzerinnen und Nutzern von Verzeichnisdiensten zusätzliche Informationen zur Verfügung stellen. Beispiele für solche zusätzlichen Informationen (Verzeichniseinträge) sind E-Mail-Adressen, Öffnungszeiten, Rubriken etc. (vgl. Rz 95, 115 ff. und 120 ff.). Die Marktgegenseite bilden damit Unternehmen, die den Eintrag von Unternehmensinformationen in ein Verzeichnis nachfragen.³⁰⁰

283. Grundsätzlich kann nach dem Verwendungszweck der Verzeichnisdaten durch die Anbieterin oder den Anbieter von Verzeichniseinträgen unterschieden werden. So kann es für eine Inserentin oder einen Inserenten von Verzeichniseinträgen durchaus eine Rolle spielen, ob ihre bzw. seine Unternehmensinformationen in einem gedruckten Telefonbuch, bei einer telefonischen Auskunft oder in einem Online-Verzeichnisdienst angezeigt werden. Zumindest seit 2023 werden aber so gut wie keine Telefonbuch-CD/DVDs oder gedruckten Telefon-

bücher mehr angeboten (vgl. Rz 6), so dass für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung einzig Online-Verzeichnisdienste relevant sind.

284. Ebenfalls zu unterscheiden ist zwischen Verzeichniseinträgen über Privatpersonen und solchen über Unternehmen.³⁰¹ «SWISS LIST» stellt ein Produkt für und über Unternehmen dar. Daher sind vorliegend nur Verzeichniseinträge über Unternehmen relevant.

285. Die Betreiberinnen und Betreiber von Verzeichnisdiensten bieten oft ebenfalls verschiedene Möglichkeiten an, Verzeichniseinträge mit Zusatzinformationen oder Dienstleistungen zu erweitern. Diese Zusatzinformationen sind in der Regel allerdings Plattformspezifisch und finden daher meist keinen Eingang in die Verzeichnisdaten. In der Regel sind diese angebotenen Möglichkeiten nicht substituierbar. So ist beispielsweise das Hinzufügen von Öffnungszeiten nicht mit dem Hinzufügen einer Rubrik substituierbar. Aber für sowohl für Inserentinnen und Inserenten als auch für Nutzerinnen und Nutzer sind nicht die einzelnen Kategorien, sondern das «Gesamtpaket» der Adressverzeichnisse relevant. Deshalb sind für die einzelnen Kategorien von Zusatzeinträgen keine separaten Märkte abzugrenzen. Dafür spricht auch, dass sich die einzelnen Kategorien von zusätzlichen Einträgen der verschiedenen Verzeichnisdienste nur wenig unterscheiden (vgl. Rz 138, 159, 169).

286. Ausgangspunkt für die sachliche Marktabgrenzung ist daher auf der einen Seite das Angebot, Unternehmensinformationen auf einem Verzeichnisdienst zu veröffentlichen bzw. bestehenden und gegenüber Nutzerinnen und Nutzern verfügbargemachten Verzeichnisdaten zusätzliche Informationen (Verzeichniseinträge) hinzuzufügen und auf der anderen Seite die Möglichkeit eines Unternehmens die Veröffentlichung von Unternehmensinformationen auf einem Verzeichnisdienst nachzufragen. Angebot und Nachfrage finden dabei online statt.

287. Directories bringt vor, dass der sachlich relevante Markt sehr weit zu fassen und ein Markt für «Search&Find» abzugrenzen sei. Ausschlaggebend sei, dass Unternehmen gefunden werden wollen, wenn Kundinnen und Kunden nach ihnen bzw. nach den von ihnen angebotenen Produkten/Dienstleistungen suchen würden.³⁰² Dieser Markt umfasse neben den Verzeichnissen von Directories insbesondere auch Google, Bing, Social-Media-Plattformen und auch die Unternehmenswebsites.³⁰³

²⁹⁹ Vgl. RPW 2015/3, 389 Rz 194, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³⁰⁰ Vgl. RPW 2015/3, 389 Rz 194, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³⁰¹ Vgl. dazu auch RPW 2015/3, 391 Rz 211 f., *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³⁰² Vgl. act. 81, Rz 46 ff.

³⁰³ Vgl. act. 271, Rz 1; act. 309, Rz 21.

288. Die verschiedenen Verzeichnisdienste weisen Eigenschaften eines zweiseitigen Marktes auf. So beeinflussen die Nutzerinnen und Nutzer durch ihr Suchverhalten, wo die Unternehmen präsent sein wollen bzw. müssen, um von den Nutzerinnen und Nutzern gefunden zu werden. Hierbei ist von zentraler Bedeutung, ob die Märkte für Verzeichniseinträge in der Regel die Eigenschaften von Single-Homing- oder Multi-Homing-Märkten aufweisen.

289. Die Suche nach einem entsprechenden Verzeichniseintrag kann dann als abgeschlossen angesehen werden, wenn der gewünschte Eintrag gefunden wurde. Bei der *spezifischen Suche* wird daher in der Regel nach einem einmal gefundenen Eintrag nicht das Gleiche nochmals in einem anderen Verzeichnisdienst gesucht. Ist hingegen eine Suche nicht erfolgreich, so ist es möglich, dass eine Nutzerin oder ein Nutzer andere Verzeichnisdienste aufruft.³⁰⁴ Grundsätzlich werden also Nutzerinnen und Nutzer auf der Suche nach Unternehmensinformationen eines spezifischen Unternehmens in der Regel nur einen Verzeichnisdienst besuchen, wenn die gewünschten Informationen bereits bei der ersten Suche erhältlich sind. Sind hier die Kontaktdaten oder Zusatzinformationen über ein Unternehmen (beispielsweise die Telefonnummer oder die Öffnungszeiten «meines Coiffeurs») gefunden, so benötigt man in der Regel keinen weiteren Verzeichnisdienst, beispielsweise, um die Information zu verifizieren. Ein weiterer Verzeichnisdienst wird voraussichtlich dann genutzt, wenn die gesuchten Informationen auf der besuchten Plattform nicht gefunden werden oder sich nicht als ausreichend sicher oder zufriedenstellend erweisen. Gleichwohl stehen die verschiedenen Verzeichnisdienste zueinander im Wettbewerb. Die unzufriedene Nutzerin und der unzufriedene Nutzer können auf einen anderen Verzeichnisdienst ausweichen, zumal die auf den verschiedenen Verzeichnisdiensten zur Verfügung stehenden Informationen sehr ähnlich sind (vgl. Abschnitte B.3.3.2 und B.3.3.3.3). Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass ein Unternehmen bei der spezifischen Suche auf den Verzeichnisdiensten von Directories auch dann gefunden wird, wenn es nur über einen kostenlosen Grundeintrag verfügt (vgl. vorne Rz 112 ff.).

290. Inwiefern dieses Verhalten bei der spezifischen Suche auf die *lokale Suche* übertragen werden kann, ist fraglich. In diesem Bereich ist es auch denkbar, dass eine Nutzerin oder ein Nutzer beispielsweise bei einer Suche nach einer «Schreinerei» in «Belp» von Beginn weg mehrere Plattformen nutzt und daher ihr bzw. sein Suchverhalten eher jenem im Bereich der Rubrikanzeigen ähnelt. Da im Bereich der Rubrikanzeigen auf den verschiedenen Plattformen zum Teil unterschiedliche Angebote zu finden sind, ist es bei Rubrikanzeigen oft üblich, dass Nutzerinnen und Nutzer auf der Suche nach Stellen, Immobilien, Fahrzeugen etc. mehrere Plattformen besuchen.³⁰⁵ Gerade wenn für die Nutzerin und den Nutzer eine grössere Investition zur Diskussion steht bzw. wenn die gesuchte Leistung eine grössere Tragweite aufweist, ist davon auszugehen, dass eine Nutzerin und ein Nutzer auf der Suche nach dem geeigneten Angebot mehrere Plattformen besuchen wird, um möglichst viele Angebote für das geplante Vorhaben einholen zu können. Übertragen auf Verzeichnisdienste wäre

in einem solchen Fall von Multi-Homing seitens der Nutzerinnen und Nutzer von Verzeichnisdiensten auszugehen. Ob dabei neben klassischen Verzeichnisdiensten auch weitere Plattformen in Betracht kommen, wie etwa Social-Media-Plattformen, kann vorliegend letztlich offenbleiben, da wie nachfolgend aufgezeigt wird, auch bei einer engen Marktabgrenzung in diesem Bereich im Untersuchungszeitraum nicht von einer marktbeherrschenden Stellung von Directories auszugehen ist (vgl. Abschnitt C.5.1.2.1).

291. Weist die gesuchte Information im Rahmen der lokalen Suche keine grössere Tragweite auf, sondern handelt es sich dabei eher um alltägliche Informationen wie bspw. die spontane Suche nach einer Metzgerei oder Bäckerei, stellt sich die Frage, ob eine Nutzerin oder ein Nutzer in diesen Fällen den Zusatzaufwand betreibt, mehrere Verzeichnisdienste zu nutzen. Hierbei wäre es ebenso denkbar, dass eine Nutzerin oder ein Nutzer ihre bzw. seine Suche im bevorzugten Verzeichnisdienst eingibt und sich für eines der angezeigten Ergebnisse entscheidet, ohne dabei vorgängig noch andere Verzeichnisdienste zu konsultieren. In diesem *Teilbereich der lokalen Suche* wäre somit möglicherweise von Single-Homing seitens der Nutzerinnen und Nutzer auszugehen. Aus Sicht der Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen könnte dies dazu führen, dass sie auf allen relevanten Verzeichnisdiensten präsent sein müssten (Multi-Homing seitens der Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen), um von den Nutzerinnen und Nutzern in jedem Fall gefunden zu werden. Dies hätte zur Folge, dass eine enge Marktabgrenzung vorzunehmen wäre und für jede Plattform ein eigener Markt abzugrenzen wäre. Ein Eintrag auf local.ch würde in diesem Fall somit einen eigenen Markt definieren.

292. Ob die Nachfrage nach Verzeichniseinträgen auf verschiedenen Verzeichnisdiensten aus Sicht der Nachfragerin oder des Nachfragers als austauschbar angesehen werden kann, hängt davon ab, welchen Anteil an oder – falls dies unterschieden wird – welche Kategorie von Nutzerinnen und Nutzern sie bzw. er mit ihrem bzw. seinem Verzeichniseintrag erreichen will. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Nachfragerin und ein Nachfrager mit einem Verzeichniseintrag eine für sie bzw. ihn ausreichende Reichweite erzielen will. Entsprechend wird sie bzw. er bei so vielen Plattformanbietern Verzeichniseinträge nachfragen, bis sie bzw. er die gewünschte Reichweite erreicht hat. Gemäss einer von den Parteien eingereichten Studie würden [70-80] % der Nutzerinnen und Nutzer Google kennen und [70-80] % würden Google als erste Wahl nutzen. Lediglich jeweils [0-10] % der Nutzerinnen und Nutzer würden die Plattform local.ch und [10-20] % die Plattform search.ch kennen und jeweils [0-10] % würden diese Plattformen jeweils als erste Wahl nutzen. Die restlichen Plattformen würden jeweils nur rund [0-10] % der Nutzerinnen und

³⁰⁴ Vgl. RPW 2015/3, 416 Rz 398, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³⁰⁵ Vgl. bspw. RPW 2018/4 954, Rz 130, *Tamedia/Basler Zeitung*.

Nutzer oder weniger bedienen.³⁰⁶ Daher kann die Frage gestellt werden, ob es eine Nachfragerin oder ein Nachfrager nach Verzeichniseinträgen als notwendig erachtet, auf dem Verzeichnisdienst von local.ch mit einer Reichweite von rund [0-10] % präsent zu sein, obwohl er bzw. sie davon ausgehen kann, dass die überwiegende Anzahl Nutzerinnen und Nutzer bei der lokalen Suche in der Regel mehrere Verzeichnisdienste nutzt und die Nachfragerin oder der Nachfrager nach Verzeichniseinträgen somit auch via eine andere Plattform gefunden werden kann. Keines der als Nachfragerin oder Nachfrager nach Verzeichniseinträgen befragten Unternehmen hat sich dahingehend geäußert, dass es aufgrund des Nutzerverhaltens notwendig erscheine, auf mehreren Verzeichnisdiensten und insbesondere auch auf local.ch präsent zu sein. Die durchgeführte Befragung zeigte stattdessen lediglich, dass die Verzeichnisdienste von Directories, ZIP, Google und Microsoft im Bereich der Publikation von Unternehmensinformationen sowohl für Nutzerinnen und Nutzer als auch für Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen als vergleichbar erscheinen (vgl. Rz 180).

293. *Insgesamt* ist damit festzuhalten, dass Online-Verzeichnisdienste über Unternehmen wie insbesondere jene von Directories, ZIP, Google und Microsoft grundsätzlich einen ähnlichen Inhalt aufweisen und ein Wechsel zu einem anderen Verzeichnisdienst für die Nutzerinnen und Nutzer problemlos möglich ist. Zudem wird zumindest ein Teil der Nutzerinnen und Nutzer für ihre Suchanfragen bei der lokalen Suche mehrere Verzeichnisdienste nutzen (Multi-Homing und nicht Single-Homing), womit Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen nicht auf sämtlichen Verzeichnisdiensten präsent sein müssen, um von den Nutzerinnen und Nutzern gefunden zu werden. Damit stellen Einträge auf den einzelnen Verzeichnisdiensten auch keine eigenständigen Märkte dar. Vielmehr ist für den vorliegenden Fall von einem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen auszugehen, der grundsätzlich sämtliche Verzeichnisdienstplattformen umfasst. Der *sachlich relevante Markt* umfasst daher die von Betreiberinnen und Betreibern von Verzeichnisdiensten angebotenen Eintragungsmöglichkeiten.

294. Verzeichnisdienste werden in aller Regel schweizweit und nicht nur regional angeboten. Da sich die Verhältnisse auf den verschiedenen regionalen bzw. lokalen Märkten nicht unterscheiden, kann der Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen in *räumlicher Hinsicht* praxisgemäss schweizweit abgegrenzt werden.³⁰⁷

C.5.1.1.3 Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen

295. Betreiberinnen und Betreiber von Verzeichnisdiensten bieten Suchmöglichkeiten nach Unternehmensinformationen auf ihren Verzeichnisdiensten für Nutzerinnen und Nutzer an. Die Marktgegenseite der Betreiber von Verzeichnisdiensten auf dem Nutzermarkt von Adressverzeichnisdiensten sind Privatpersonen und Unternehmen, welche abgerufene Daten und Informationen als Endabnehmer und Endabnehmerinnen nachfragen und verwenden.³⁰⁸ Hierfür fragen die Nutzerinnen und Nutzer von Verzeichnisdiensten einzelfallweise Verzeichnisa-

ten ab, indem sie eine *spezifische Suche* (vgl. Rz 92) oder eine *lokale Suche* (vgl. Rz 92) durchführen. Während bei der Suche nach Unternehmen sowohl die spezifische als auch die lokale Suche zur Anwendung kommt, kommt bei der Suche nach Kontaktinformationen von Privatpersonen lediglich die spezifische Suche zum Einsatz. So bieten beispielsweise Google oder Bing in der Suche in ihrem Ereignisfeld lediglich die Suche nach Unternehmen an. Eine allfällige Suche nach Privatpersonen auf Google und Bing erfolgt lediglich über die von ihnen angebotene Suchmaschine. Folglich ist zu unterscheiden zwischen der Nutzung von Verzeichnisdiensten über Privatpersonen und solchen über Unternehmen.³⁰⁹ «SWISS LIST» beinhaltet nur Verzeichniseinträge über Unternehmen. Daher sind vorliegend nur die Adressverzeichnisdienste für und über Unternehmen relevant, weshalb lediglich die Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen Gegenstand des Verfahrens sind. Auf dem Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen suchen Nutzerinnen und Nutzer somit nach Verzeichniseinträgen über Unternehmen.³¹⁰

296. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO Suchmaschinen, die Verzeichniseinträge eines Unternehmens bzw. eine Auflistung von Unternehmen als separates Suchergebnis in spezifischen Ereignisfeldern darstellen, ebenfalls dem Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen zugeordnet.³¹¹ Hieran ist auch für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung festzuhalten.

297. Der *sachlich relevante Markt* umfasst daher die Bereitstellung von Verzeichnisdiensten über Unternehmen für Nutzerinnen und Nutzer.

298. Der *räumlich relevante Markt* ist praxisgemäss schweizweit abzugrenzen.³¹²

³⁰⁶ Vgl. act. 81, Rz 56.

³⁰⁷ Vgl. RPW 2015/3, 393 Rz 238, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³⁰⁸ Vgl. RPW 2015/3, 397 Rz 274 sowie 399, Rz 293, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³⁰⁹ Vgl. RPW 2015/3, 399 Rz 289 f., *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³¹⁰ Vgl. RPW 2015/3, 399 Rz 293, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³¹¹ Vgl. RPW 2015/3, 400 Rz 298, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³¹² Vgl. RPW 2015/3, 400 Rz 299, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

C.5.1.1.4 Märkte im Bereich der Verzeichnisdaten als Grundlage eines Verzeichnisdienstes

299. Wie oben erwähnt (vgl. Rz 279) muss ein Verzeichnisdienst über eine gute Datenbasis verfügen, um auf den soeben beschriebenen Märkten Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.2) und Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.3) erfolgreich auftreten zu können. Diese Datenbasis kann bspw. in den regulierten Verzeichnisdatensätze der verschiedenen TDA, dem veredelten Verzeichnisdatensatz von Directories, sonstigen Datensätzen von anderen Anbieterinnen und Anbietern oder in anderen Quellen bestehen. Darauf wird im Abschnitt (ii) näher eingegangen.

300. In diesem Zusammenhang ist die Pflicht der TDA zum Führen eines Verzeichnisses all ihrer Kundinnen und Kunden (regulierte Verzeichnisdaten) und die Möglichkeit der TDA, zur Erfüllung dieser Verpflichtung Dritte beizuziehen (vgl. Rz 84 f.) vorgängig zu beleuchten. Dazu wird praxisgemäss ein Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten abgegrenzt [vgl. den folgenden Abschnitt (i)].

(i) Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten

301. Wie oben aufgezeigt haben TDA die gesetzliche Pflicht, ihre Kundendaten so aufzubereiten, dass sie beispielsweise für Telefonbücher oder Verzeichnisdienste verwendet werden können (vgl. Rz 308). Ebenfalls gesetzlich bereits vorgesehen ist die Möglichkeit, zur Erfüllung dieser Verpflichtung «Dritte» beizuziehen (vgl. dazu Rz 84). Für die Aufbereitung der Kundendaten zu Verzeichnisdaten bieten «Dritte» wie Directories in der Rolle als *Data Agent* die Dienstleistung der Aufbereitung dieser Kundendaten an, so dass sie den gesetzlichen Anforderungen an die regulierten Verzeichnisdaten entsprechen.

302. Auf der Angebotsseite stehen daher Unternehmen, die Dienstleistungen zur Aufbereitung der von den TDA gelieferten Kundendaten und zur Erstellung und zur Verfügungstellung der Verzeichnisdaten entsprechend den gesetzlichen Anforderungen anbieten. Die Marktgegenseite bilden TDA, die von einem Data Agent die Aufbereitung der regulierten Verzeichnisdatensätze ihrer Kundinnen und Kunden – entsprechend den gesetzlichen Anforderungen des Fernmeldegesetzes – nachfragen.³¹³

303. Der *sachlich relevante Markt* umfasst daher die im Markt angebotenen Dienstleistungen der Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten für TDA, so dass sie den gesetzlichen Anforderungen entsprechen (vgl. Rz 84 ff.). In *räumlicher Hinsicht* umfasst der relevante Markt die in der Schweiz tätigen TDA, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.³¹⁴

(ii) Herstellung und Beschaffung von Verzeichnisdaten zum Betrieb eines Verzeichnisdienstes

304. Als Datenbasis zum Betrieb eines Verzeichnisdienstes kommen insbesondere regulierte und veredelte Verzeichnisdaten in Frage, welche als Vorleistungspro-

dukt für verschiedene Geschäftsbereiche eingesetzt werden können (vgl. Rz 86 ff.). Bisher grenzte die WEKO in diesem Zusammenhang einen Markt für Verzeichnisdaten ab.³¹⁵

305. Hierbei gibt es Anbieterinnen und Anbieter von Verzeichnisdatensätzen, welche die in ihrem Bestand befindlichen Verzeichnisdaten nach den entsprechenden Bedürfnissen der Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichnisdaten aufbereiten und anbieten. Typischerweise verwenden Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichnisdaten diese weiter, indem sie hieraus entweder einen erweiterten (z. B. veredelten) Verzeichnisdatensatz erstellen oder den (regulierten oder veredelten) Verzeichnisdatensatz als Grundlage für das Angebot weiterer Dienstleistungen (z. B. Verzeichnisdienste) nutzen.³¹⁶ Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden als Marktgegenseite somit Unternehmen betrachtet, die Verzeichnisdaten nachfragen, um diese als Grundlage für das Angebot eines Verzeichnisdienstes zu nutzen.

306. Für Bezügerinnen und Bezüger von Verzeichnisdaten spielt die Qualität der Daten eine grosse Rolle. Diese bestimmt sich weitgehend nach deren Vollständigkeit und Aktualität. Ferner sind die Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichnisdaten darauf angewiesen, diese möglichst in einer Form beziehen zu können, welche ihnen eine leichte und effiziente Weiterverarbeitung ermöglicht.³¹⁷

307. *Veredelte Verzeichnisdatensätze* umfassen in der Regel die Verzeichnisdaten mehrerer bzw. der Mehrheit der TDA und können daher als vollständige und sämtliche in der Schweiz befindlichen Privatpersonen und Unternehmen, die im Telefonbuch aufgeführt werden wollen, umfassende Verzeichnisdatensätze bezeichnet werden. In der Vergangenheit hat Directories die regulierten Verzeichnisdaten bei den einzelnen TDA bezogen, diese mit weiteren Informationen angereichert und hieraus einen umfassenden veredelten Verzeichnisdatensatz erstellt. Diesen veredelten Verzeichnisdatensatz bietet Directories zum Kauf an. Gemäss Aussagen von Directories fragt [...]. Directories gibt an, den veredelten Verzeichnisdatensatz vorwiegend nur noch für sich selbst zu erstellen und diesen für verschiedene von ihr angebotenen Dienstleistungen zu verwenden (vgl. Rz 86 ff.). Vor dem Hintergrund der quasi inexistenten Nachfrage nach veredelten Verzeichnisdatensätzen ist

³¹³ Vgl. RPW 2015/3, 390 Rz. 201, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³¹⁴ Vgl. RPW 2015/3, 390 Rz. 202, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³¹⁵ Vgl. RPW 2015/3, 390 Rz. 203 ff., *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³¹⁶ Vgl. RPW 2015/3, 390 Rz. 203 ff., *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; act. 81, Rz 176 ff.

³¹⁷ Vgl. RPW 2015/3, 390 Rz. 204, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

fraglich, ob (spätestens) seit März 2020 überhaupt noch ein Markt für veredelten Verzeichnisdaten bestehen würde. Diese Frage kann vorliegend jedoch offenbleiben, da unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung in diesem Bereich kein missbräuchliches Verhalten von Directories vorliegt (vgl. Abschnitt C.5.2).

308. Möchte ein Unternehmen einen veredelten Verzeichnisdatensatz erstellen, so müsste es wiederum zuerst sämtliche *regulierten Verzeichnisdatensätze* bei den TDA erwerben. Hierbei stellen die regulierten Verzeichnisdatensätze einen Input-Faktor für den veredelten Verzeichnisdatensatz dar. Dieser Input-Faktor muss von den TDA aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung im FMG von den TDA erstellt werden.

309. Da wie oben ausgeführt (vgl. Rz 307), die Nachfrage nach (veredelten) Verzeichnisdaten sehr gering ist, stellt sich vorliegend die Frage, ob TDA unter marktwirtschaftlichen Verhältnissen die Erstellung von Verzeichnisdaten als lohnenswertes Geschäftsmodell einstufen und diese entsprechend im Markt anbieten würden oder ob die Erstellung der regulierten Verzeichnisdaten nicht ausschliesslich eine gesetzliche Pflicht der TDA darstellt. Auch diese Frage kann vorliegend allerdings offengelassen werden, weil unabhängig von der Marktabgrenzung in diesem Bereich kein missbräuchliches Verhalten im kartellrechtlichen Sinne nachgewiesen werden kann (vgl. Abschnitt C.5.2).

310. Schliesslich stellt sich die Frage, ob und inwiefern die veredelten Verzeichnisdaten und die regulierten Verzeichnisdaten für die Nachfragerinnen und Nachfrager als substituierbar gelten und ob somit zwei eigenständige Märkte oder ein Gesamtmarkt abzugrenzen wäre. Diese Frage wurde bis anhin nicht abschliessend beantwortet. Auch im *Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG* wurde die Marktabgrenzung – unter Verweis auf die diesbezüglichen Ausführungen im Entscheid der REKO/WEF in Sachen *Swisscom Directories AG/Wettbewerbskommission*³¹⁸ schliesslich offengelassen.³¹⁹ Die veredelten Verzeichnisdatensätze enthalten im Gegensatz zu den regulierten Verzeichnisdaten zusätzliche Informationen und werden nicht zu regulierten und kostenorientierten Preisen angeboten. Folglich ist fraglich, ob die regulierten Verzeichnisdaten demselben Markt wie die veredelten Verzeichnisdatensätzen zuzuordnen wären. Bei der Frage, ob umgekehrt auch die veredelten Verzeichnisdaten durch die (Gesamtheit) der regulierten Verzeichnisdaten substituiert werden könnten, wäre vor allem wiederum relevant, ob die Daten in Bezug auf die Qualität vergleichbar sind und inwiefern die in den veredelten Verzeichnisdaten enthaltenen Zusatzinformationen wie insbesondere die Rubriken für den einzelnen Nachfragerinnen und Nachfrager von Bedeutung sind. Der Umstand, dass ZIP seit März 2020 nicht mehr die veredelten Verzeichnisdaten, sondern die regulierten Verzeichnisdaten von Directories bezieht (vgl. Rz 87), kann zumindest als Hinweis für eine gewisse Austauschbarkeit gedeutet werden.

311. Es kann an dieser Stelle ebenfalls offengelassen werden, ob und inwiefern regulierte Verzeichnisdaten und veredelte Verzeichnisdaten aus Sicht der Marktgegenseite austauschbar sind. Ebenfalls offengelassen

werden kann die Frage, ob und inwiefern in der Zwischenzeit andere Bezugsquellen für Verzeichnisdaten wie etwa Profilinformationen, Crawling etc. (vgl. dazu Rz 170 und 279) als substituierbar anzusehen wären. Dies weil unabhängig von der Marktabgrenzung in diesem Bereich kein missbräuchliches Verhalten im kartellrechtlichen Sinne nachgewiesen werden kann (vgl. Abschnitt C.5.2).

C.5.1.2 Beurteilung der Marktstellung

312. Ob sich Directories im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in wesentlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht, welche sie in ihrem Verhalten diszipliniert;³²⁰ wenn also m.a.W. die Marktgegenseite zumutbare Ausweichmöglichkeiten hat.

313. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerberinnen und Kundinnen in wesentlichem Umfang nach eigenem Gutdünken festlegen. Dies setzt jedoch nicht voraus, dass sich ein Unternehmen vollständig unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann, sondern «bloss», dass es diese Möglichkeit in wesentlichem Umfang hat. Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden.³²¹ Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist dabei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen. Unerheblich für die Feststellung einer marktherrschenden Stellung sind hingegen die Gründe für deren Entwicklung.³²²

³¹⁸ Vgl. RPW 2006/4, 698 ff, insb. 717 f. E. 5.3.4., *Swisscom Directories/Wettbewerbskommission*.

³¹⁹ Vgl. RPW 2015/3, 391 Rz. 206 ff., *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; act. 81, Rz 176 ff.

³²⁰ Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 4 Abs. 2 N 172.

³²¹ BGE 139 I 72 E. 9.3.1 (m.w.H.), *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995, 468, 548 f.

³²² Vgl. BVGer, B-2798/2018 vom 16.2.2021 E. 10.2 zweitletzter Abschnitt m.w.H., *Naxoo*; vgl. auch BGE 139 I 72 E. 9.3.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995, 468, 548 f.

314. Ein hoher Marktanteil ist dabei ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.³²³ Zu beachten sind daneben sämtliche Aspekte des Einzelfalls, welche für die Kräfteverhältnisse im relevanten Markt von Bedeutung sind.³²⁴ Als solche entscheidungsmassgebenden Aspekte können neben den Marktanteilen und damit zusammenhängenden Umständen (z.B. Kapazitäten, Marktanteilsverteilung), dem potenziellen Wettbewerb und der Nachfragemacht etwa folgende Kriterien relevant werden: Die Struktur der im Markt tätigen Unternehmen (z.B. vertikale Integration), deren Fähigkeiten (z.B. Finanzkraft, Kostenstruktur, Know-how, Innovationsfähigkeit) und deren Ansehen bei den Kunden sowie das Ausmass des Substitutionswettbewerbs.³²⁵

315. Aufgrund der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen (vgl. vorne B.3 und B.4 sowie hinten Abschnitt C.5.2) ist für folgende Märkte zu prüfen, ob Directories über eine marktbeherrschende Stellung verfügt:

- Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen
- Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen
- Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten

316. Im Bereich der Herstellung und Beschaffung von Verzeichnisdaten zum Betrieb eines Verzeichnisdienstes [vgl. Abschnitt C.5.1.1.4(ii)] kann sowohl die Marktabgrenzung (vgl. Rz 311) als auch die Frage der Markstellung offengelassen werden, da – wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. Abschnitt C.5.2) – in diesem Bereich Directories kein missbräuchliches Verhalten im kartellrechtlichen Sinne nachgewiesen werden kann. Die Parteien machen in diesem Zusammenhang dennoch geltend, dass Directories sowohl im Bereich der regulierten als auch veredelten Verzeichnisdaten nicht marktbeherrschend sei. Es sei bewiesen, dass heute primär auf Google gesucht werde und Google diesen Bereich dominiere. Google nutze aber weder die regulierten noch die veredelten Verzeichnisdaten. Der unangefochtene Dominator sei somit offensichtlich nicht auf Verzeichnisdaten angewiesen. Es gebe genügend Alternativen. [...]. Die Verzeichnisdaten hätten somit ihre Bedeutung fast vollständig eingebüsst. Daher könne ein Unternehmen in diesem Bereich auch nicht marktbeherrschend sein.³²⁶ Faktisch gebe es diesen Markt heute gar nicht mehr. Auch dafür sei Google verantwortlich: Es gelinge anderen Unternehmen schlicht nicht mehr, neben Google ein tragfähiges Geschäftsmodell zu betreiben.³²⁷

C.5.1.2.1 Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen

(i) Aktueller Wettbewerb

317. Vorliegend sind auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen neben local.ch zahlreiche weitere Anbieterinnen und Anbieter von Verzeichniseinträgen vorhanden. Neben search.ch, ZIP, Bing und zahlreichen weiteren, kleineren Anbieterinnen und Anbietern von Verzeichniseinträgen ist dabei vor allem Google von grosser Bedeutung. Die als Nachfragerinnen und Nachfrager nach Verzeichniseinträgen befragten Unternehmen haben bei der Gewichtung der Bedeutung der Verzeichniseinträge bei Verzeichnisdiensten den Eintrag bei

Google insgesamt als am wichtigsten angesehen (vgl. Rz 169, 179).

318. Auch die Zahlen von Nachfragerinnen und Nachfragern nach Verzeichniseinträgen sowie Nutzerinnen und Nutzern von Verzeichnisdiensten zeigen, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass Directories auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt: Insgesamt haben (Stand März 2022) rund [...]mal mehr Unternehmen einen Verzeichniseintrag bei «Google Business Profile» als einen (kostenpflichtigen) Verzeichniseintrag bei local.ch (vgl. Rz 152). Zudem nutzen gemäss einer von den Parteien eingereichten Studie [70-80] % der Nutzerinnen und Nutzer Google und [0-10] % local.ch als erste Wahl (vgl. Rz 292) und die Unternehmen wollen dort präsent sein, wo effektiv gesucht wird.³²⁸ Gemäss den Parteien werde dies zudem auch aufgrund der Verteilung des Werbebudgets ersichtlich: Dabei würden am meisten Investitionen [...]³²⁹

319. Zum Zeitpunkt des *Zusammenschlussvorhabens betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*³³⁰ (März 2015) verfügte Directories über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Verzeichniseinträge.³³¹ Aufgrund der Angaben der vorliegend als Nachfragerinnen und Nachfrager von Verzeichnisdiensten befragten Unternehmen (vgl. Rz 160 ff.) und [...] (vgl. Rz 181 ff.) ist demgegenüber davon auszugehen, dass Directories im Jahr 2019 bei der Einführung von «SWISS LIST» und im Untersuchungszeitraum nicht mehr über eine marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt verfügte. Auch die von den Parteien eingereichten Studien bestätigten diese Schlussfolgerungen.³³²

320. Demzufolge kann vorliegend nicht zum Nachteil der Parteien hiervon ausgegangen werden und es fehlt vorliegend bereits am Tatbestandselement der marktbeherrschenden Stellung im Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen.

321. Da genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist, erübrigt sich eine Prüfung des potentiellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite.

³²³ Vgl. BGE 130 II 449 E. 5.7.2; BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.3.2, *Publigroupe*; BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.2, *Hallenstadion*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442, *DCC*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 4 Abs. 2 N 226 ff.

³²⁴ Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.1, *Hallenstadion*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 403 ff., *DCC*.

³²⁵ Vgl. etwa Nachweise bei BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 112), Art. 4 Abs. 2 N 345 ff.; CR Concurrence-CLERC/KELLEZI (Fn 112), Art. 4 II N 129 ff.

³²⁶ Vgl. act. 309, Rz 31 ff.; ferner act. 353, Beilage 1, S. 7 zu Folie 15.

³²⁷ Vgl. act. 353, Beilage 1, S. 5 zu Folie 11.

³²⁸ Vgl. dazu auch act. 353, Beilage 1, S. 2 zu Folie 4.

³²⁹ Vgl. act. 309, Rz 18; act. 353, Beilage 1, S. 3 zu Folie 8; jeweils mit Hinweis auf act. Vgl. act. 81, Beilage 2 ([...]).

³³⁰ RPW 2015/3, 375 ff., *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³³¹ Vgl. RPW 2015/3, 409 ff. Rz 356 ff., Fazit in Rz 366, *Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

³³² Vgl. act. 81, Beilage 1 ([...]) und Beilage 2 ([...]), act. 94, Beilage 1 ([...]).

322. ZIP macht seit der Einsichtnahme in den Antrag des Sekretariats hierzu geltend, Directories verfüge durch die Vereinbarung mit [...] und Google über eine kollektive Marktbherrschaft auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen. Der Hintergrund sei, dass Google durch ihr kostenloses Geschäftsmodell marktbherrschaftlich geworden sei. Um ihr eigenes (kostenpflichtiges) Geschäftsmodell zu retten, habe sich Directories mit Google zusammengeschlossen, habe ihre veredelten Verzeichnisdaten (mindestens 150 000 Einträge) kostenlos an Google übertragen und diese im Rahmen ihrer «SWISS LIST»-Produkte kostenpflichtig gemacht. Im Gegenzug dazu sei die Suchmaschine von Google verbessert worden (verbesserte Suchergebnisse, Einsparung bei der Datenbeschaffung, erhöhte Attraktivität der Suchmaschine und damit erhöhte Werbeeinnahmen). Insgesamt sei dies eine Win-Win-Vereinbarung und Directories habe erneut eine – diesmal kollektiv – marktbherrschaftliche Stellung erlangt (vgl. Rz 104). Das gleiche sei zudem auch mit den «Places for Business»-Einträgen von Bing passiert.³³³ Teilweise wird auch geltend gemacht, neben Google und Directories sei auch [...] kollektiv marktbherrschaftlich.³³⁴

323. Alleine aus der Tatsache, dass ein Unternehmen eine starke Stellung hat und mit einem anderen Unternehmen in eine Geschäftsbeziehung tritt, kann noch nicht auf eine kollektiv marktbherrschaftliche Stellung geschlossen werden. So hat ZIP ebenfalls die Dienste von [...] genutzt,³³⁵ um die bei ihr vorhandenen Daten auf den mit [...] verbundenen Plattformen zu verbreiten, ohne dass hieraus geschlossen werden kann, dass es sich um eine Wettbewerbsabrede oder eine kollektiv marktbherrschaftliche Stellung handelt. Vorliegend ist auch kein gleichgerichtetes Verhalten der Suchmaschinenbetreiber und Directories erkennbar, welches auf eine kollektiv marktbherrschaftliche Stellung hindeuten würde. Vielmehr versucht Directories die öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber für ihre Geschäftstätigkeit zu nutzen, um die Attraktivität ihrer Plattformen zu erhöhen. Nichts anderes macht ZIP oder hat dies in der Vergangenheit gemacht, als ZIP ebenfalls mit [...] zusammengearbeitet hat. Vielmehr versucht ZIP aus der Tatsache, dass Directories die öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber im Wettbewerb mit anderen Unternehmen nutzt, eine Abrede oder kollektiv marktbherrschaftliche Stellung zu konstruieren. Hierzu müsste aber ein Beleg erbracht werden, dass sich aufgrund einer solchen Verbindung die Suchmaschinenbetreiber und Directories nicht mehr wie Wettbewerber auf den jeweiligen Märkten sondern gleichgerichtet und koordiniert verhalten. Hierfür existieren aber keinerlei Anhaltspunkte.

(ii) Zwischenfazit

324. Directories kann sich gegenüber Nachfragerinnen und Nachfragern nach Verzeichniseinträgen nicht unabhängig verhalten. Es besteht durch andere Anbieterinnen und Anbieter von Verzeichnisdiensten über Unternehmen ausreichender Wettbewerb, so dass Directories im relevanten Markt keine marktbherrschaftliche Stellung einnimmt. Ob Google auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen über eine marktbherrschaftliche Stellung verfügt – wie dies seitens der Parteien³³⁶ und auch teilweise von ZIP (vgl. Rz 104 und 322) geltend

gemacht wird – kann vorliegend offengelassen werden. Für das Vorliegen einer kollektiv marktbherrschaftlichen Stellung von Directories, Google und allenfalls [...] sowie Bing und weiteren Plattformen sind vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich.

C.5.1.2.2 Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen

(i) Aktueller Wettbewerb

325. Neben den Verzeichnisdiensten von Directories stehen Nutzerinnen und Nutzern in der Schweiz mindestens die Verzeichnisdienste von Google, Bing und ZIP zur Verfügung. Es stehen Nutzerinnen und Nutzern zudem weitere Online-Dienste wie beispielsweise ZEFIX oder diejenige von Moneyhouse zur Verfügung, auch wenn die darin enthaltenen Informationen unterschiedlich sein können. Der wohl am meisten genutzte Dienst dürfte die Suchmaschine Google sein.³³⁷ Gemäss den Parteien würden Nutzerinnen und Nutzer, die heute nach lokalen Unternehmen bzw. deren Produkten suchen würden, rund [10-20]-mal häufiger Google als local.ch / search.ch nutzen. Ebenso wichtig – wenn nicht sogar noch wichtiger – sei die Feststellung der eingereichten Studie, wonach Google die Verzeichnisse von local.ch / search.ch in den letzten Jahren weitgehend aus dem sichtbaren Bereich der Google-Ergebnisseite verdrängt habe.³³⁸ Die Anbieterinnen und Anbieter all dieser Dienste konkurrieren grundsätzlich um die Aufmerksamkeit der Nutzerinnen und Nutzer und sind daher bestrebt die Suche nach entsprechenden in den Verzeichnisdiensten hinterlegten Informationen so einfach und angenehm wie möglich zu gestalten.

326. Die untersuchten Verzeichnisdienste von Directories, Google, Bing und ZIP bieten *Nutzerinnen und Nutzern* von Verzeichnisdiensten ihre Dienstleistungen kostenlos an. Es ist daher davon auszugehen, dass sie sich gegenseitig disziplinieren und sie sich daher gegenüber den Nutzerinnen und Nutzern nicht werden unabhängig verhalten können.

327. Da genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist, erübrigt sich eine Prüfung des potentiellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite.

³³³ Vgl. act. 332, Rz 17.

³³⁴ Vgl. act. 332, Rz 37.

³³⁵ Vgl. act. 332, Rz 8.

³³⁶ Vgl. act. 309, Rz 29.

³³⁷ Vgl. dazu auch die von den Parteien eingereichten Studien, Vgl. act. 81, Beilage 1 ([...]), act. 94, Beilage 1 ([...]).

³³⁸ Vgl. act. 309, Rz 14 f., unter Hinweis auf act. 94, Beilage 1 ([...]); act. 353, Beilage 1, S. 4 zu Folie 10.

(ii) Zwischenfazit

328. Directories ist daher auf dem Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen nicht als marktbeherrschend zu qualifizieren. Ob Google auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt – wie dies seitens der Parteien³³⁹ und auch teilweise von ZIP (vgl. Rz 104 und 322) geltend gemacht wird – kann vorliegend offengelassen werden. Für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Directories, Google und allenfalls [...] sowie Bing und weiteren Plattformen sind vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich (vgl. Rz 322 ff.).

C.5.1.2.3 Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten

(i) Aktueller Wettbewerb

329. Auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten ist aktuell einzig Directories tätig. Directories hat damit einen Marktanteil von 100 %. Es ist daher derzeit kein aktueller Wettbewerb auf diesem Markt vorhanden.

(ii) Potenzieller Wettbewerb

330. Da vorliegend im relevanten Zeitraum nicht genügend aktueller Wettbewerb bestand, um Directories hinreichend zu disziplinieren, ist zu prüfen, ob und inwiefern Directories mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert ist beziehungsweise war. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrentinnen und Konkurrenten in den relevanten Markt eintreten können oder hätten eintreten können. Eine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Marktteilnehmern als Konkurrentinnen und Konkurrenten rechtfertigt sich nur dann, wenn von diesen ein spürbarer Einfluss ausgehen würde, der den Verhaltensspielraum des jeweiligen Unternehmens einzuengen und dessen Verhalten zu beeinflussen vermag.³⁴⁰ Im Vordergrund steht vorliegend die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.³⁴¹

331. Als Data Agent kommen Unternehmen in Frage, die über das notwendige prozessuale Wissen verfügen, um Verzeichnisdatsätze zu erstellen und um diese entsprechend den Anforderungen des FMG für Dritte zur Verfügung zu stellen. Theoretisch könnten sämtliche Software-Entwicklungs-Unternehmen solche Dienstleistungen erbringen soweit sie zusätzlich über Wissen hinsichtlich der Vervollständigung von Verzeichnisdaten verfügen. Aufgrund der zu erzielenden Skaleneffekte ist jedoch fraglich, ob diese preislich wettbewerbsfähig sein könnten, wenn nicht eine gewisse kritische Grösse erreicht wird. Directories als Tochterunternehmen von Swisscom erreicht aufgrund der von Swisscom bereitgestellten Verzeichnisdaten die kritische Grösse, mittels welcher sie die Dienstleistungen günstiger anbieten kann als kommerzielle Drittunternehmen, die ihre Kosten auf eine kleinere Anzahl Kundinnen und Kunden umlegen müssten.

332. Die TDA können die regulierten Verzeichnisdaten zudem selbst herstellen und verwalten. Allerdings ist hierbei ungewiss, ob und inwieweit die eigenständige Herstellung und Zurverfügungstellung von regulierten Verzeichnisdaten für die TDA tatsächlich eine Alternative darstellt.

333. Es kann vorliegend offengelassen werden, ob auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten hinreichend potenzielle Konkurrenz vorhanden ist.

(iii) Stellung der Marktgegenseite

334. Die Marktgegenseite von Directories auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten bilden TDA, die von einem Data Agent die Aufbereitung der regulierten Verzeichnisdatsätze ihrer Kundinnen und Kunden – entsprechend den gesetzlichen Anforderungen des Fernmeldegesetzes – nachfragen (vgl. Rz 302). Die TDA sind gesetzlich verpflichtet, Dritten die regulierten Verzeichnisdaten (zu kostenorientierten Preisen) zugänglich zu machen (vgl. Rz 86). Directories ist zurzeit die einzige Anbieterin in diesem Bereich, so dass die Marktgegenseite lediglich die Wahl hat zwischen dem Outsourcen und der Selbsterbringung der Datenaufbereitung. Dennoch kann sich Directories aufgrund der Möglichkeit die Aufbereitung selbst zu erbringen nicht vollständig unabhängig verhalten. Directories kann sich daher nur insoweit unabhängig verhalten, wie Directories die Aufbereitungsdienstleistungen effizienter erbringen kann als die jeweilige TDA. Damit können die TDA eine gewisse disziplinierende Wirkung auf Directories in diesem Markt ausüben.

(iv) Zwischenfazit

335. Directories ist im Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten keinem aktuellen Wettbewerb ausgesetzt. Zwar sind Markteintritte und die Eigenherbringung dieser Leistungen durch TDA technisch grundsätzlich möglich. Es ist jedoch nicht abschätzbar, wie realistisch solche Szenarien sind und inwiefern die Marktgegenseite in der Lage ist, auf Directories einen disziplinierenden Einfluss auszuüben. Es kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung jedoch offengelassen werden, ob Directories auf diesem Markt marktbeherrschend ist, da wie nachfolgend aufgezeigt wird, in diesem Bereich kein kartellrechtswidriges Verhalten festgestellt werden konnte (vgl. Abschnitt C.5.2).

C.5.1.3 Fazit

336. Auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen kann sich Directories nicht in wesentlichem Umfang von Wettbewerbern unabhängig verhalten. Directories ist daher nicht als marktbeherrschend zu qualifizieren (vgl. Abschnitt C.5.1.2.1).

³³⁹ Vgl. act. 309, Rz 29.

³⁴⁰ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442., *Sanktionsverfügung – DCC*.

³⁴¹ Vgl. RPW 2020/4a, 1821 Rz 461, *Strassenbau Graubünden*; RPW 2017/3, 421 Rz 233, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 112), Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

337. Auf dem Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen ist ebenfalls ausreichend aktueller Wettbewerb vorhanden. Directories ist daher nicht als marktbeherrschend zu qualifizieren (vgl. Abschnitt C.5.1.2.2).

338. Beim Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten kann vorliegend offengelassen werden, ob Directories auf diesem Markt marktbeherrschend ist, da in diesem Bereich kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt [vgl. Abschnitt C.5.1.1.4(i) und C.5.2].

C.5.2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen auf den Verzeichnismärkten

339. Der in Abschnitt B.3 beschriebene Sachverhalt betreffend localsearch und die Einführung von «SWISS LIST» betrifft den Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen und den Markt für Nutzerinnen und Nutzer von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen. Da es in diesen Bereichen bereits an einer marktbeherrschenden Stellung von Directories fehlt (vgl. Abschnitt C.5.1.2.1 und C.5.1.2.2), erübrigt sich hier die Prüfung eines Missbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.

340. Auch wenn die Kundenmigration auf «SWISS LIST» und die damit verbundene Datenübertragung an [...] bzw. Google einerseits aus Sicht der Kundinnen und Kunden und andererseits aus Sicht der Wettbewerber allenfalls nicht zu deren Zufriedenheit ablief, erübrigt es sich vor dem Hintergrund der fehlenden Marktbeherrschung auf die von ZIP geltend gemachten unzulässigen Verhaltensweisen wie insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen und Koppelung (Art. 7 Abs. 2 Bst. c und f i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG)³⁴² näher einzugehen. Auch allfällige Verstösse gegen das UWG³⁴³ oder StGB³⁴⁴ – wie dies seitens ZIP geltend gemacht wird³⁴⁵ – sind für das vorliegende Verfahren nicht relevant.

341. Zudem sind gestützt auf die vorliegenden Informationen keine Anhaltspunkte für eine Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG zu erkennen (vgl. Rz 104 ff.). Als Beispiel für eine angebliche Abrede reichte ZIP Geschäftsbedingungen von Google ein, aus welchen ersichtlich werde, dass nur Directories in der Lage gewesen sei, die quantitativen Anforderungen für eine Partnerschaft mit Google zu erfüllen, das heisst, die Mindestanzahl der an Google zu übertragenden oder zu erstellenden Registrierungen.³⁴⁶ Es wird jedoch nicht erläutert und ist auch in keiner Weise erkennbar, inwiefern durch die einseitig von Google diktierte Geschäftsbedingung ein Abredetatbestand erfüllt werden könnte. Nur weil Directories diese Mindestanzahlkriterien offenbar erfüllte und ZIP nicht, resultiert hieraus keine unzulässige Kartellrechtsabrede zwischen Google und Directories.³⁴⁷ Gleiches gilt für die von ZIP geltend gemachte Abrede zwischen Directories und [...].³⁴⁸ Nur weil sich [...] bei der Wahl zwischen mehreren Geschäftspartnern für einen entscheidet, liegt noch keine Abrede vor. Der diesbezügliche Unmut von ZIP ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass [...] bis im März 2019 – bis zur Zusammenarbeit mit Directories – offenbar mit ZIP zusammengearbeitet hat.³⁴⁹

342. Darüberhinaus macht ZIP allgemein geltend, die «Partnerschaft» zwischen Directories und Google sowie

[...] sei insgesamt eine Abrede. Das Bestehen dieser Partnerschaft im Sinne der Weiterleitung der Einträge von localsearch auf Google und weitere Plattformen via [...] sowie der damit verbundene Austausch von Daten ist soweit unbestritten (vgl. Rz 99 ff.). Hierbei nutzt Directories für ihre Geschäftstätigkeit die öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber wie Google. Auch ZIP wie auch unzählige andere Unternehmen nutzen diese und andere öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber. Hierbei ist aber nicht erkennbar, dass bzw. inwieweit es sich bei der Nutzung der öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber um einen Abredetatbestand handeln könnte. Vielmehr steht der Lebenssachverhalt hinter der Verhaltensweise, wonach eine Kundin bzw. ein Kunde von Directories die Verbreitung seiner Informationen, durch welche er seine Aufmerksamkeit erhöhen will, koordinieren lässt. Hierzu nutzt Directories die Dienstleistungen von [...], wofür letztere auf die öffentlich zugänglichen Funktionen der Suchmaschinenbetreiber zurückgreift. ZIP verfolgt genau dasselbe Geschäftsmodell. Wenn nun ein Unternehmen entscheidet, diese Dienstleistung bei Directories oder bei ZIP nachzufragen, entsteht hierdurch nicht automatische eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen Directories oder ZIP und dem jeweiligen Suchmaschinenbetreiber, weil der Suchmaschinenbetreiber auch im Bereich der Adressverzeichnisse über Unternehmen tätig ist. Vielmehr verfolgt der Suchmaschinenbetreiber das Ziel, durch die öffentlich zugänglichen Funktionen Daten zur Verbesserung der Suchergebnisse zu erhalten. Er bezweckt oder bewirkt damit gerade keine Wettbewerbsbeschränkung. Damit fehlt es schon an diesen Tatbestandselementen.

343. Überdies ist hier in allgemeiner Weise anzumerken, dass nur Swisscom und Directories vorliegend Untersuchungsadressatinnen sind und sich die Untersuchung auf die Frage nach möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG auf Directories beschränkt (vgl. Rz 2 ff. und 35). Verhaltensweisen von anderen Unternehmen und damit auch Abreden nach Art. 5 KG sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Auch unter diesem Aspekt sind einseitige Verhaltensweisen wie Geschäftsbedingungen von Google oder das Verhalten von [...] im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen, selbst wenn diese Verhaltensweisen Dritter im Nebeneffekt für Directories allenfalls günstige Auswirkungen haben.

³⁴² Vgl. act. 310, Rz 7, 14 f., 17 ff., 22; act. 332, Rz 20 ff.

³⁴³ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (UWG; SR 241).

³⁴⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB, SR 311.0).

³⁴⁵ Vgl. act. 310, Rz 19, 22; act. 332, Rz 25, 26, 30 f.; act. 353, Beilage 5, Rz 14, 19.

³⁴⁶ Vgl. act. 310, Rz 16 und Beilage 151.

³⁴⁷ Zur Erfüllung von Mindestvoraussetzungen vgl. zudem RPW 2023/2 606 ff, inbs. 615 Rz 93 ff. und 616 Rz 103 f. Google News.

³⁴⁸ Vgl. dazu act. 310, Rz 21.

³⁴⁹ Vgl. act. 332, Rz 8.

³⁵⁰ Vgl. act. 310, Rz 21 f.

C.5.3 Keine unzulässigen Verhaltensweisen auf den Märkten im Bereich der Verzeichnisdaten

344. Somit bleibt einzig der Sachverhalt rund um den zeitlich privilegierten Zugang zu Verzeichnisdaten (vgl. Abschnitt B.4) kartellrechtlich zu beurteilen. Die dabei zur Diskussion stehenden Verhaltensweisen würden den Bereich der Verzeichnisdaten als Grundlage eines Verzeichnisdienstes und somit den Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten und den oder die Märkte im Bereich der Herstellung und Beschaffung von Verzeichnisdaten zum Betrieb eines Verzeichnisdienstes betreffen (vgl. Abschnitt C.5.1.1.4). Hierbei wurde die konkrete Marktabgrenzung [vgl. C.5.1.1.4(ii)] bzw. die Frage der Marktbeherrschung (vgl. Abschnitt C.5.1.2.3) allerdings offengelassen, da wie nachfolgend aufgezeigt wird, selbst bei Vorliegen einer Marktbeherrschung vorliegend kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden könnte. Auswirken würden sich die Verhaltensweisen auch auf den Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen. Auf diesem Markt verfügt Directories jedoch über keine marktbeherrschende Stellung (vgl. Abschnitt C.5.1.2.1).

345. Wie in Abschnitt B.4 erläutert wurde, stehen folgende Verhaltensweisen zur Diskussion:

- allfällige Nutzung des Informationsvorsprungs, um potenzielle Kundinnen und Kunden zu kontaktieren, bevor deren Daten in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen wurden;
- Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug;
- Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten.

346. Diese Verhaltensweisen könnten vor allem zu einer Behinderung anderer Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG führen. Zu prüfen ist dabei jeweils insbesondere die Tatbestandsvariante der Diskriminierung von Handelspartnern in Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1.

347. In einem ersten Schritt werden nachfolgend die Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG und die Tatbestandsvariante der Diskriminierung von Handelspartnern in Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b in allgemeiner Weise erläutert (vgl. Abschnitte C.5.3.1 und C.5.3.2). In einem zweiten Schritt werden die drei genannten Verhaltensweisen (vgl. Rz 345) darunter subsumiert (vgl. Abschnitt C.5.3.3).

C.5.3.1 Generalklausel Art. 7 Abs. 1 KG

348. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sogenannten Behinderungsmissbrauch und einem sogenannten Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.³⁵¹

349. Das KG verbietet demnach eine marktbeherrschende Stellung nicht und eine solche ist für sich alleine auch nicht missbräuchlich. Vielmehr besteht der Sinn und Zweck des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum erfolgreich zu sein. 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. 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, konkurrenzierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite.³⁵²

350. Massstab, ob ein zulässiges oder unzulässiges Verhalten vorliegt, ist der Institutionen- und Individualschutz gemäss dem KG. Der Zweck des KG besteht darin, die volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb (als Institution) und die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen vor Missbrauch und Verfälschung zu schützen, kurz einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Es ist aber nicht Aufgabe des KG, Unternehmen, welche sich primär aufgrund des eigenen Verhaltens auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit den Mitteln des KG zu schützen.³⁵³

351. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrentinnen und Konkurrenten, in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auswirkt. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrentinnen und Konkurrenten oder Handelspartnerinnen und Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.³⁵⁴

³⁵¹ Vgl. zum Ganzen: BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe*; BGE 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.2, *Sport im Pay-TV*; BGE 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.1 ff., *Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung*; BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *SIX/DCC*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569; CR Concurrence-CLERC (Fn 112), Art. 7 I N 91 ff.

³⁵² Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1; BGE 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.1., *Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung*.

³⁵³ Vgl. BGE 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.1., *Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung*, m. w. H.

³⁵⁴ Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *SIX/DCC*; Vgl. BGE 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.2., *Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569.

352. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser z.B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder ungewollte Produkte aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch «ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung».³⁵⁵

353. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht³⁵⁶, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.³⁵⁷

354. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.³⁵⁸ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.³⁵⁹

355. Wie es das Bundesgericht wiederholt³⁶⁰ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten, namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung in Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.³⁶¹ Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.³⁶²

356. Folgendes ist hinsichtlich des ersten Schritts, der Herausarbeitung der Wettbewerbsverfälschungen, zu präzisieren: Gemäss der Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt eine Behinderung, welche den wirksamen Wettbewerb einschränkt.³⁶³ Demzufolge ist es für das Vorliegen des Kriteriums einer Wettbewerbsverfälschung bereits ausreichend, dass sich gewisse nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ergeben können.³⁶⁴ Für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 KG ist es auch nicht erforderlich, dass die

nachteiligen Folgen auf den Wettbewerb durch das missbräuchliche Verhalten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten.³⁶⁵

357. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist hierfür eine auswirkungsbezogene Analyse nicht notwendig.³⁶⁶ Erforderlich, aber auch hinreichend, ist der Nachweis *potenziell* nachteiliger Wettbewerbseffekte.³⁶⁷ Es ist also nicht der Eintritt des missbilligten Erfolgs selbst nachzuweisen, d.h. eine effektiv eingetretene Wettbewerbsverfälschung, sondern nur, aber immerhin, «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs».³⁶⁸ Gemäss Bundesgericht handelt es sich mit anderen Worten um einen «Gefährdungstatbestand».³⁶⁹ Indem das Bundesgericht im selben Urteil zugleich betont, dass aber allemal massgebend sei, «dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsbeschränkung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird»³⁷⁰, hat es auch klargestellt, dass «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs» im konkreten Einzelfall dargetan sein muss. Es ist beim ersten Schritt nur, aber immerhin, nachzuweisen, dass

³⁵⁵ BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe*; Vgl. BGE 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.2., *Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung*; BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *SIX/DCC*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569.

³⁵⁶ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 7 N 86 und 133; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique*.

³⁵⁷ BGE 139 I 72, E. 8.2.3 und E. 10.1.2, *Publigroupe*; RPW 2016/1, 123 Rz 440, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; trotz Bezugnahme in der Rechtsprechung erfolgt die konkrete Beurteilung stets anhand des Konzepts der *legitimate business reasons*.

³⁵⁸ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 570.

³⁵⁹ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72, E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGE 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.3, *Sport im Pay-TV*; Vgl. BGE 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.4., *Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 570.

³⁶⁰ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *SIX/DCC*; BGE 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.3, *Sport im Pay-TV*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

³⁶¹ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; BGE 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.3, *Sport im Pay-TV*; Vgl. BGE 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.4., *Sanktionsverfügung - Swisscom WAN-Anbindung*; BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *SIX/DCC*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

³⁶² BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 (m.H. auf BGE 139 I 72 E. 10.1.2).

³⁶³ Vgl. RPW 2016/4, 1002 Rz 652, *Sport im Pay-TV*.

³⁶⁴ Vgl. dazu auch BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1156, *Sanktionsverfügung - DCC*.

³⁶⁵ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1146, *Sanktionsverfügung - DCC*.

³⁶⁶ Vgl. BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*, unter Hinweis auf BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, *Hallenstadion*.

³⁶⁷ Vgl. BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, *DCC*, unter Hinweis auf BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, *Hallenstadion*.

³⁶⁸ Vgl. BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*.

³⁶⁹ Vgl. BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *DCC*.

³⁷⁰ Vgl. BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*, unter Hinweis auf BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

im spezifischen Fall eine Gefahr der Wettbewerbsverfälschung besteht.³⁷¹ Dasselbe Erfordernis, d.h., dass im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung nachzuweisen ist, wird teilweise auch mit etwas anderen Begrifflichkeiten charakterisiert.³⁷² So etwa, wenn die WEKO in einem Entscheid ausführt, zur «Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die *Wahrscheinlichkeit* massgebend, dass die zu beurteilende [Verhaltensweise] zu einer Wettbewerbsverfälschung führt»³⁷³, oder wenn sie nach der Beurteilung des spezifischen Einzelfalls festhält, die beurteilte Verhaltensweise «ist deshalb *geeignet, den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu verfälschen*»³⁷⁴. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte auch der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts entsprechen.³⁷⁵ Es genügt somit der Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung, durch die zumindest ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten,³⁷⁶ wobei die wettbewerbsschädigende Wirkung *nicht rein hypothetischer Natur* sein darf.³⁷⁷

C.5.3.2 Diskriminierung von Handelspartnern

358. Als unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht. Der kartellrechtlich unzulässige Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:³⁷⁸

- *Ungleichbehandlung*: Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt.
- *Handelspartner*: Die Diskriminierung betrifft Handelspartner.
- *Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung der Marktgegenseite*: Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.
- *Keine sachlichen Gründe*: Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

359. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handelspartner bei gleichem Sachverhalt ungleich behandelt oder bei ungleichem Sachverhalt gleichbehandelt.³⁷⁹ Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch, sondern lediglich gleichwertig sein. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Ungleichbehandlung auf gleichartige Produkte oder Dienstleistungen bezieht und sich die zu vergleichenden Geschäfte hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden.³⁸⁰

360. Handelspartner sind insbesondere Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind.³⁸¹ Dabei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich reali-

siert wird oder ob es aufgrund der Ungleichbehandlung bereits in der Anbahnungsphase scheitert.³⁸² Entsprechend ist zu verlangen, dass der Handelspartner darlegt, dass er eine Aushandlung der vom Marktbeherrscher auferlegten Bedingungen vergebens angestrebt hat.³⁸³

³⁷¹ In dieselbe Richtung geht die Rechtslage in der EU. Siehe Überblicksartig dazu und mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR/JOHANNES HOLZWARTH/DAVID KOVO/MARIE LAGRUE/EDOUARD LEDUC/LUCA MANIGRASSI/JORGE MARCOS RAMOS/ISABEL PEREIRA ALVES/VERA POZATO/PINELOPI STAMOU, A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 f. Erforderlich, aber auch hinreichend, sind «potential effects». Blosser «hypothetical effects» genügen noch nicht, während «actual anticompetitive effects» nicht erforderlich sind. Zu berücksichtigen sind bei dieser Beurteilung die konkreten Umstände des Einzelfalls.

³⁷² Ähnlich wiederum die Situation in der EU, wo z.B. von «likely», «capable», «potential» und «probable» effects die Rede ist und dabei stets dasselbe gemeint ist (für Nachweise dazu siehe die Fundstelle in der vorangehenden Fn).

³⁷³ So die Formulierung in WEKO, 6.12.2021, Rz 670, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 18.8.2023), Hervorhebung nicht im Original.

³⁷⁴ So die Formulierung in WEKO, 6.12.2021, Rz 675, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 18.8.2023), Hervorhebung nicht im Original.

³⁷⁵ Vgl. die Formulierungen in Rz 1202 ff. von BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, DCC, und vor allem die Ausführungen zum Beweismass in Rz 1214 ff. hinsichtlich des «Nachweis[es] einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb». Das Bedürfnis dieses Nachweises existiert nur, wenn es ein Tatbestandsmerkmal gibt, dessen Beurteilung entsprechender Sachverhaltsfeststellungen bedarf. Das kann in vorliegendem Kontext nur heissen, dass das BVGer von einem konkreten Gefährdungsdikt ausgeht, bei dem im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung als Erfolg nachzuweisen ist. Denn bei einem Tätigkeitsdelikt, insbesondere in Form eines abstrakten Gefährdungsdikts, wäre kein irgendwie gearteter Erfolg nachzuweisen, die Tätigkeit alleine wäre Tatbestandsmerkmal. Präzisierend ist anzufügen, dass das BVGer in Rz 1198 mit «Erfolgsdikt» eigentlich «Verletzungsdikt» meinen dürfte, das Gegenstück zum in dieser Rz genannten «Gefährdungsdikt».

³⁷⁶ Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, *Post Danmark II*, Ziff. 66; EuGH, EU:C:2011:83, *TeliaSonera Sverige*, Rz 64.

³⁷⁷ Vgl. EuGH, EU:C:2015:651, *Post Danmark II*, Ziff. 65.

³⁷⁸ Vgl. BGer 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 11.2.2., *Sport im Pay-TV*; RPW 2020/2, 572 Rz 844 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 7 N 291.

³⁷⁹ Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁸⁰ Vgl. RPW 2016/1, 195 Rz 459, *Swisscom WAN-Anbindung*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 KG N 300 ff. Die Frage, ob die ungleich behandelten Handelspartner oder Handelspartnerinnen im Wettbewerb zueinanderstehen, wird bei der Beurteilung des Vorliegens einer Behinderung oder Benachteiligung berücksichtigt (Drittes Tatbestandsmerkmal, Rz 358, dritter Spiegelstrich), nicht aber bei der Beurteilung, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt.

³⁸¹ Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob auch Unternehmen, die im gleichen Markt wie das marktbeherrschende tätig sind, unter den Begriff des Handelspartners subsummiert werden können (verneinend z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 N 293 ff.; bejahend z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 852 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*).

³⁸² Vgl. RPW 2016/1, 195, Rz 460, *Swisscom WAN-Anbindung*, DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 113), Art. 7 N 298.

³⁸³ Vgl. RPW 2016/4, 1012 Rz 735, *Sport im Pay-TV*, bestätigt durch BGer 2C_561/2022 vom 23.4.24; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 N 309.

361. Eine Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs liegt insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine in vor- oder nachgelagerten Märkten tätigen Handelspartner ungleich behandelt und dadurch der Wettbewerb in diesen vor- oder nachgelagerten Märkten verfälscht wird.³⁸⁴ Zur Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die Wahrscheinlichkeit massgebend, dass die zu beurteilende Ungleichbehandlung zu einer Wettbewerbsverfälschung führt. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen ist hingegen nicht erforderlich (vgl. dazu auch Rz 357).³⁸⁵

362. Eine Ungleichbehandlung ist nur dann unzulässig, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann.³⁸⁶ Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend substantiiert werden.³⁸⁷

C.5.3.3 Subsumtion der drei Verhaltensweisen

C.5.3.3.1 Allfällige Nutzung des Informationsvorsprungs, um potenzielle Kundinnen und Kunden zu kontaktieren, bevor deren Daten in die veredelten Verzeichnisdaten aufgenommen wurden

363. Im Vordergrund steht vorliegend die Prüfung der Tatbestandsvariante der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Dieser Tatbestand wird erfüllt, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, welche Handelspartner betrifft und welche zu einer Wettbewerbsbehinderung oder einer Benachteiligung der Marktgegenseite führt sowie wenn keine legitime business reasons vorliegen (vgl. Rz 358).

364. Die *Ungleichbehandlung* wäre hier darin zu sehen, dass Directories die veredelten Verzeichnisdaten früher an localsearch übermittelt als an die übrigen Bezügerinnen und Bezüger der veredelten Verzeichnisdaten. Wie in Abschnitt B.4.3.1 ausgeführt, hat Directories allerdings glaubhaft versichert, dass es zumindest seit 2021 nicht mehr möglich ist, dass Mitarbeitende des Geschäftsbereich localsearch Zugriff auf Daten aus dem Geschäftsbereich directoriesData haben. Für die Vergangenheit kann aber gestützt auf die Ausführungen von Directories nicht ausgeschlossen werden, dass in speziellen Konstellationen bei gewissen Prozessen Mutationen oder Neuaufnahmen genutzt wurden, bevor diese in die veredelten Verzeichnisdatensätze aufgenommen und an die (wenigen) Datenbezüger ausgeliefert worden sind (vgl. Rz 214). Konkrete Fälle, in denen es – noch bevor die neuen bzw. mutierten Daten Dritten bekannt gegeben wurden – tatsächlich zu einem Vertragsabschluss zwischen localsearch und den betreffenden Kundinnen und Kunden gekommen ist, werden von der Anzeigerin nicht vorgebracht und wurden im Verlauf der Untersuchung auch nicht ersichtlich. Der WEKO sind damit keine konkreten Fälle über das Ausnützen eines solchen Informationsvorsprungs bekannt. Wie Directories jedoch selbst zugibt, kann für den Zeitraum vor 2021 nicht ausgeschlossen werden, dass es in Einzelfällen zu einer Nut-

zung der Verzeichnisdaten durch localsearch gekommen ist, bevor diese auch den Bezügerinnen und Bezüger der regulierten und veredelten Verzeichnisdaten zur Verfügung standen. Diesfalls könnte von einer Ungleichbehandlung ausgegangen werden.

365. Für solche Einzelfälle wäre auch das Tatbestandselement der *Handelspartnerin* erfüllt: ZIP als Bezügerin der veredelten Verzeichnisdaten stand in einem geschäftlichen Kontakt mit Directories und war auf einer nachgelagerten Marktstufe tätig. Allerdings könnte aufgrund der nachfolgend aufgeführten Gründe nicht davon ausgegangen werden, dass die Ungleichbehandlung zu einer *Wettbewerbsbehinderung oder zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite* geführt hätte.

366. Aufgrund des Ablaufs bei der Erfassung und Bearbeitung der regulierten und veredelten Verzeichnisdaten, hat Directories in ihrer Tätigkeit als Data Agent gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger dieser Daten zwar einen gewissen zeitlichen Informationsvorsprung. Dieser beträgt gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten maximal einen Tag und gegenüber den Bezügerinnen und Bezüger der veredelten Verzeichnisdaten mehrere Tage (vgl. oben Rz 206 ff.). Hierbei ist aber darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerber von Directories (und Bezügerinnen bzw. Bezüger von veredelten Verzeichnisdaten) die Möglichkeit haben, ebenfalls regulierte Verzeichnisdaten zu erwerben, um geänderte beziehungsweise neue Verzeichniseinträge in den regulierten Verzeichnisdaten tagesaktuell zu erhalten. Da innerhalb eines Tages auch alle anderen Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten Zugang zu den neuen bzw. mutierten Daten haben, kann zudem bereits ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von einem exklusiven Informationsvorsprung von Directories gesprochen werden. Damit hätte Directories in ihrer Funktion als Data Agent einen Informationsvorsprung von höchstens einem Tag, wenn davon ausgegangen werden müsste, dass der Geschäftsbereich localsearch bereits vor Aufnahme in den regulierten Verzeichnisdatensatz Zugriff auf diese Informationen hat, wovon zumindest seit dem Jahr 2021 nicht mehr ausgegangen werden kann.

³⁸⁴ Das Bundesgericht hält im Entscheid «Publigroupe» sinngemäss fest, dass der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darin bestehe, in vor- oder nachgelagerten Märkten tätige Handelspartner davor zu schützen, dass ihre Stellung im Wettbewerb durch Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen beeinträchtigt werde. BGE 139 I 72 E. 10.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, mit Verweis vor allem auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 112), Art. 7 KG N 204.

³⁸⁵ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1207, *Six Group AG, SIX Payment Services AG/WEKO*; vgl. betreffend Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG auch BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *SIX/DCC*.

³⁸⁶ Für weitere mögliche sachliche Gründe vgl. z.B. RPW 2014/4, 687 Rz 124, *Preispolitik SDA*.

³⁸⁷ Vgl. BGE 146 II 217 228 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*, m.w.H.

367. Weiter ist die offenkundig abnehmende Relevanz der veredelten Verzeichnisdaten zu berücksichtigen: Erstens bezog ZIP nur bis im [...] die veredelten Verzeichnisdaten und ab diesem Zeitpunkt die regulierten Verzeichnisdaten und zweitens gibt es zumindest seit [...] keine Verzeichnisanbieter mehr, welche die veredelten Verzeichnisdaten beziehen (vgl. Rz 87). Auch Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten gibt es gemäss den Parteien nur noch ganz wenige.³⁸⁸

368. Bei der Meldung von Mutationen ist schliesslich zu berücksichtigen, dass ein solches Unternehmen bereits aufgrund der bisherigen, bereits bekannten Kontaktdaten für Marketingzwecke hätte kontaktiert werden können und der Zeitpunkt der Bekanntgabe der neuen Daten in diesem Zusammenhang kaum entscheidend sein kann.

369. ZIP macht im Zusammenhang mit dem Informationsvorsprung geltend, ein Vorsprung von mehreren Tagen sei ein erheblicher Vorteil.³⁸⁹ Wenn das Verkaufsteam von ZIP über das Interesse einer potentiellen Kundin bzw. eines potentiellen Kunden informiert werde, werde diese bzw. dieser in der Praxis innerhalb von wenigen Stunden kontaktiert. Es sei schwer vorstellbar, dass Directories, die über mehrere hundert Mitarbeitende habe, nicht in der Lage sei, innerhalb derselben Zeit zu handeln. Daher sei eine Verzögerung von einigen Tagen objektiv gesehen ein unüberwindbarer Vorteil. Es sei insgesamt unhaltbar keinen unfairen wesentlichen Wettbewerbsvorteil für Directories anzunehmen. Heute werde dieser Vorteil genutzt, um «SWISS LIST» und «Digital One» zu verkaufen.³⁹⁰

370. Dieser von ZIP geltend gemachten Ansicht kann nicht gefolgt werden. In erster Linie ist dazu in Erinnerung zu rufen, dass Directories tatsächlich höchstens einen Tag lang über einen exklusiven Informationsvorsprung verfügen könnte, da ab diesem Zeitpunkt auch alle Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten Zugang zu den neuen bzw. mutierten Daten haben (vgl. Rz 366). Ein Informationsvorsprung von einem Tag – sofern er denn von Directories überhaupt ausgenutzt worden sein sollte – vermag im vorliegenden Zusammenhang keine kartellrechtsrelevante Wettbewerbswirkungen zu erzeugen. So müsste innerhalb dieser kurzen Zeitspanne der gesamte Prozess vom Erstkontakt bis zum Vertragsabschluss durchlaufen werden. Da es sich bei den Eintragungsprodukten in der Regel nicht um einen «Spontankauf» handelt, sondern Investitionen in solche Eintragungsprodukte einen Teil der Marketing-Strategie der jeweiligen Unternehmen darstellen, erscheint auch ein möglicherweise um einen Tag früherer Erstkontakt keine entscheidende Wettbewerbswirkung zu entfalten. Dies würde selbst dann gelten, wenn der Informationsvorsprung tatsächlich mehrere Tage betragen würde (veredelte Verzeichnisdaten, vgl. Rz 206 ff. und 366).

371. Auch die von ZIP eingereichten schriftlichen Ausführungen eines ehemaligen Mitarbeiters von localsearch (und seit 2018 Mitarbeiter von ZIP) bestätigen, dass die erstmalige Kontaktaufnahme in der Regel nicht ausreicht, um einen Vertrag abzuschliessen. Vielmehr ist gemäss den Ausführungen des genannten Mitarbeiters stets eine mehrmalige Kontaktaufnahme geplant bzw.

notwendig. Ziel der Kontaktaufnahmen sei dabei auch stets gewesen, einen persönlichen Termin mit den potenziellen Kundinnen und Kunden zu vereinbaren.³⁹¹ Durch diese Ausführungen wird bestätigt, dass im Rahmen einer ersten telefonischen Kontaktaufnahme in der Regel keine Verträge abgeschlossen werden. Somit verbleibt während der Dauer des gesamten Verkaufsprozesses für Konkurrentinnen und Konkurrenten genügend Zeit, um den potentiellen Kundinnen und Kunden ebenfalls ihre Angebote unterbreiten zu können.

372. Vor diesem Hintergrund kann – selbst für den Fall, dass es vor 2021 in Einzelfällen zu einer frühzeitigen Verwendung der Daten durch localsearch gekommen wäre – insgesamt nicht davon ausgegangen werden, dass diese Verhaltensweise zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG geführt haben könnte. Damit fällt ein Verstoss gegen Art. 7 KG ausser Betracht. Eine Prüfung von Rechtfertigungsgründen erübrigt sich vor diesem Hintergrund.

C.5.3.3.2 Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug

373. In Bezug auf diese Verhaltensweise steht ebenfalls die Tatbestandsvariante der Diskriminierung von Handelspartnern in Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG im Fokus.

374. Directories erhält im Rahmen der Auftragsdatenbearbeitung in ihrer Rolle als Data Agent durch die Zustellung des Kontrollauszugs an Endkunden und Endkundinnen und den damit verbundenen Hinweisen auf die Dienstleistungen von localsearch einen Erstkontakt. Indem zwar localsearch auf dem Kontrollauszug als Anbieterin von Verzeichnisdiensten erscheint, nicht aber ZIP als Wettbewerberin von Directories in diesem Bereich, könnte eine Ungleichbehandlung seitens Directories vorliegen. ZIP ist wie Directories (mit dem Geschäftsbereich localsearch) auf der dem Geschäftsbereich directoriesData nachgelagerten Wirtschaftsstufe im Bereich der Verzeichnisdienste tätig. Da ZIP bis im [...] die veredelten Verzeichnisdaten und später die regulierten Verzeichnisdaten von Directories bezog (vgl. Rz 87), könnte sie insofern als Handelspartnerin von Directories angesehen werden. ZIP macht allerdings nicht geltend, dass sie bspw. versucht habe, mit Directories einen Vertrag auszuhandeln, mittels welchem sie ebenfalls die Möglichkeit erhalten würde, auf dem Kontrollauszug zu erscheinen. Entsprechend kann «der Handelspartner» – ZIP – vorliegend nicht darlegen, dass er eine Aushandlung der vom Marktbeherrscher – Directories – auferlegten Bedingungen vergebens angestrebt hat (vgl. Rz 360). ZIP macht hier geltend, dass Directories dem Ersuchen nie zugestimmt hätte, ZIP ebenfalls auf dem Kontrollauszug aufzuführen.³⁹² Dies ändert jedoch nichts

³⁸⁸ Vgl. act. 309, Rz 32.

³⁸⁹ Vgl. act. 310, Rz 29 f.; act. 341, Rz 8.

³⁹⁰ Vgl. act. 310, Rz 29 f.

³⁹¹ Vgl. act. 359, Beilage 158.

³⁹² Vgl. act. 310, Rz 34.

darán, dass ZIP Directories gegenüber zumindest hätte zu erkennen geben müssen, dass sie mit der Ausgestaltung des Kontrollauszugs in dieser Form nicht einverstanden ist, um von einem «Aushandeln» und damit «Handelspartner» sprechen zu können. Das zweite Tatbestandselement wird vorliegend somit nicht erfüllt. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eigentlich die Prüfung der weiteren Tatbestandselemente. Nachfolgend wird aber dennoch aufgezeigt, dass auch das dritte Tatbestandselement – jenes der Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung der Marktgegenseite – vorliegend nicht gegeben wäre. Dies um zu erläutern, dass mangels Erfüllung der Grundvoraussetzung von Art. 7 Abs. 1 KG die Hinweise im Kontrollauszug auch kein anderweitiges missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 darstellen.

375. Bei der Beurteilung, ob die Nutzung des Kontrollauszugs, um Hinweise auf localsearch zu platzieren, geeignet ist, den Wettbewerb im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG zu behindern, stellt sich die Frage, ob bereits solche blossen Hinweise zu einem nicht zu vernachlässigenden Wettbewerbsnachteil der Konkurrentinnen und Konkurrenten wie ZIP führen können. Wesentlich für diese Beurteilung ist, ob Konkurrentinnen und Konkurrenten in den Verzeichnismärkten in zumutbarer Weise die Möglichkeit hatten, auf gleichwertige Weise in Erscheinung zu treten. Dabei sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen, wie etwa für welche Dienstleistung geworben wird, über welchen Zeitraum sowie in welcher Art und in welchem Ausmass die Werbung betrieben wurde.

376. Indem sämtliche Mutationen und Neuansmeldungen den Versand eines Kontrollauszugs nach sich ziehen, wird dadurch eine beträchtliche Anzahl potenzieller Kundinnen und Kunden erreicht. Vorliegend fällt ebenfalls ins Gewicht, dass der Inhalt des Kontrollauszugs einen direkten Zusammenhang zur beworbenen Leistung aufweist. Insbesondere jene, welche die Aufnahme der Daten ins «öffentliche Verzeichnis» wünschen (was bei Unternehmen in der Regel der Fall sein wird), werden grundsätzlich auch weitere Verzeichniseinträge in Erwägung ziehen. Mit anderen Worten betreffen die Hinweise nicht irgendwelche sachfremden Dienstleistungen, sondern hängen direkt mit dem Inhalt des Kontrollauszugs zusammen.

377. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Qualität der auf dem Kontrollauszug enthaltenen Werbung für localsearch. Insgesamt sind im Kontrollauszug bzw. in dessen Begleitschreiben folgende Hinweise enthalten (vgl. Rz 211):

«Auffallen zum kleinen Preis

Dank Ihrer Einträge in unseren beliebten Online- und Print-Verzeichnissen gelangen Kunden schnell und einfach zu Ihnen. Verstärken Sie Ihre Präsenz, indem Sie sich in weiteren Rubriken oder Ortschaften eintragen.

Es ist uns ein Anliegen, dass Ihre Präsenz in unseren Verzeichnissen optimal auf Ihre Bedürfnisse abgestimmt ist. Deshalb rufen wir Sie in den nächsten Tagen gerne für ein Beratungsgespräch an.»

«Weitere Informationen zu den local.ch Einträgen «Geschäft» und «Privat» in unseren Verzeichnissen finden Sie unter <http://info.local.ch/ihr-eintrag>. Alternativ können

Sie uns über die Telefonnummer 0800 86 80 86 kontaktieren.»

378. Daraus wird ersichtlich, dass mittels Kontrollauszug keine Bewerbung bestimmter Produkte betrieben wird und den Unternehmen auch keine spezifischen Angebote unterbreitet werden. Vielmehr bleibt es bei Hinweisen auf die Möglichkeit zur Verstärkung der Präsenz der Unternehmen. Dies verbunden mit der Mitteilung, dass das angeschriebene Unternehmen in den nächsten Tagen für ein Beratungsgespräch kontaktiert werde. Vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass die Hinweise im Kontrollauszug eher als Ankündigung des bevorstehenden Telefonats zu deuten ist als als direkte Werbung, gestützt auf welche sich das angeschriebene Unternehmen bereits für konkrete Produkte entscheiden könnte. Entsprechend scheint der Kontrollauszug bzw. die darin enthaltenen Hinweise für sich alleine gesehen noch nicht geeignet, einen spürbaren Wettbewerbsnachteil für Wettbewerber zu verursachen, auch wenn Directories sich beim nachfolgenden telefonischen Kontakt auf den Versand des Kontrollauszugs berufen kann und damit möglicherweise für die spätere Akquise eines Auftrags Vorteile hat. Relevant ist vorliegend, dass Directories nach dem Versand des Kontrollauszugs erneut mit der potenziellen Kundin oder dem potenziellen Kunden in Kontakt treten muss und dies auch tut, um tatsächlich Produkte verkaufen zu können (vgl. dazu auch oben Rz 370). Genau diese Möglichkeit steht aber ZIP ebenso zur Verfügung. Als Bezügerin der regulierten Verzeichnisdaten verfügt sie gleichzeitig ebenfalls über die Telefonnummer der Unternehmen und erhält dadurch in gleicher Weise die Möglichkeit, Telefonmarketing zu betreiben.

379. Potenzielle Kundinnen und Kunden werden sich somit nicht rein aufgrund der im Kontrollschreiben enthaltenen Hinweise für ein Produkt von localsearch entscheiden. Es sind zumindest keine hinreichenden Hinweise bekannt, dass Kundinnen und Kunden der Wettbewerber aufgrund der Zustellung des Kontrollauszugs zu localsearch abgewandert wären oder sich deswegen gegen ein Produkt einer Konkurrentin oder eines Konkurrenten entschieden hätten. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass der Hinweis auf den Kontrollauszügen in Einzelfällen die nachfolgende Kundenakquise erleichtern könnte, dennoch könnte eine entsprechende Erleichterung genauso gut auf die bessere Bekanntheit oder höhere Reichweite von localsearch im Vergleich zu anderen Verzeichnisdiensten, die kostenpflichtige Verzeichniseinträge anbieten, zurückgeführt werden. ZIP macht in diesem Zusammenhang geltend, dass durch die Hinweise bzw. Werbung auf dem Kontrollauszug der Eindruck vermittelt werde, dass localsearch «offiziellen» oder «quasi-staatlichen» Charakter aufweise. Die vollständige Integration der Marke und des Brandings von localsearch habe einen erheblichen Einfluss und wirtschaftlichen Wert.³⁹³ Die Bekanntheit und der geltend gemachte quasi-staatliche Charakter von localsearch dürfte jedoch – falls ein solcher überhaupt vermittelt wird

³⁹³ Vgl. act. 310, Rz 34.

– vor allem dem Umstand geschuldet sein, dass es sich bei Directories um eine Tochtergesellschaft von Swisscom und damit eines bundesnahen Unternehmens handelt. Eine mögliche wettbewerbsschädigende Wirkung der Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug bleibt damit insgesamt *hypothetischer Natur*. Der mögliche Wettbewerbsvorteil, sich im Rahmen der Akquise auf den Kontrollauszug beziehen zu können, ist vorliegend nicht ausreichend, um zu einer Bejahung einer kartellrechtlich relevanten Behinderung bei Wettbewerbern zu führen. Damit werden die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG nicht erfüllt (vgl. Rz 357).

380. Zusammenfassend kann damit nicht aufgezeigt werden, dass das konkrete Verhalten von Directories geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Entsprechend fällt der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ausser Betracht und das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 ist insgesamt zu verneinen. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Prüfung weiterer Tatbestandsvarianten.

C.5.3.3.3 Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten

381. Solange Directories von ihr erhobene Kontaktdaten (insbesondere E-Mail-Adressen) ausschliesslich für ihre Tätigkeit als Data Agent verwendet, beispielsweise um den Kontrollauszug zuzustellen, ist dagegen aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden. Aus kartellrechtlicher Sicht auch nicht zu bemängeln ist, wenn localsearch Kontaktdaten, die von localsearch ausserhalb ihrer Rolle als Data Agent erhoben wurden, dazu verwendet, Kundinnen und Kunden für Sales- und Marketingzwecke in diesem Bereich zu kontaktieren. Darin ist keine missbräuchliche Verhaltensweise ersichtlich.

382. Kartellrechtlich kritisch wäre demgegenüber allenfalls die Nutzung der als Data Agent erhobenen oder von den TDA übermittelten Kontaktdaten im Bereich localsearch in einem Zeitpunkt, in welchem localsearch diese Daten (noch) nicht aufgrund des Bezugs der regulierten Verzeichnisdaten und auch nicht aufgrund der bereits anderweitig bei ihr vorhandenen Daten zur Verfügung stehen. Dies könnte allenfalls eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen. Für eine solche Verhaltensweise liegen aber keine Hinweise vor (vgl. Rz 221 ff.). Alleine durch die Nutzung der Kontaktdaten im beschriebenen Rahmen ist denn auch kein anderweitiges missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG seitens Directories ersichtlich.

383. Fraglich wäre zudem jeweils der potentielle Wettbewerbseffekt solcher Marketing-Massenmails bzw. der Wert einzelner hierzu benötigter E-Mail-Adressen. ZIP macht dazu geltend, dass die Identität und persönliche E-Mail-Adresse einer Person, die für die Kommunikation innerhalb eines Unternehmens verantwortlich sei, einen bedeutenden Wettbewerbsvorteil darstelle und wirtschaftlichen Wert aufweise.³⁹⁴

384. Hierzu ist in erster Linie anzumerken, dass sich potentielle Kundinnen und Kunden kaum einzig aufgrund eines Newsletters für ein Produkt von localsearch ent-

scheiden würden. Relevanter dürfte in solchen Fällen die bereits zuvor bestehende Beziehung oder Verbindung zu potentiellen Kundinnen und Kunden bzw. die Bekanntheit und Reichweite von localsearch im Vergleich zu anderen Verzeichnisdiensten sein. Dabei ist auch die allgemeine Bedeutung bzw. Wirkung von Newslettern zu berücksichtigen: Im Allgemeinen geben sogenannte Öffnungs- und Klickraten Auskunft darüber, wie erfolgreich eine E-Mail-Kampagne ist. Die Öffnungsrate sagt dabei aus, wie viele der zugestellten Newsletters geöffnet wurden und die Klickrate beschreibt das Verhältnis von zugestellten Newslettern zu getätigten Klicks auf klickbare Inhalte (z. B. Buttons oder Links).³⁹⁵ Durchschnittliche Öffnungsraten liegen bei rund 25 %, durchschnittliche Klickraten bei rund 3.5 %.³⁹⁶ Selbst wenn sodann die Empfängerin oder der Empfänger eines Newsletters ausnahmsweise auf einen darin enthaltenen Link klickt, hat dies noch längst nicht einen Vertragsabschluss zur Folge. Im – für die Absenderin bzw. den Absender besten Fall – stellt dies lediglich einer von vielen Faktoren dar, die den Entscheidungsprozess der Empfängerin oder des Empfängers in Richtung Kauf lenken könnte. Der Umstand, dass die grosse Mehrheit von Empfängerinnen und Empfängern Newsletter im Allgemeinen gar nicht öffnet, geschweige denn auf einen darin enthaltenen Link klickt, zeigt weiter, dass es eine immense Anzahl an Empfängerinnen und Empfängern braucht, um damit überhaupt irgendeinen Effekt erzielen zu können. Die Zustellung einzelner Newsletter bzw. die Erlangung einzelner oder weniger E-Mail-Adressen zwecks Zustellung von Newslettern vermag somit auch vor diesem Hintergrund keine kartellrechtsrelevanten Wirkungen aufzuweisen.

385. Schliesslich ist es auch nicht so, dass den Wettbewerbern durch das Verhalten von Directories die Möglichkeit zum Versand von Newslettern verwehrt würde. Kontaktadressen können auf diverse Weise beschafft werden. Insbesondere können sie auch eingekauft werden. Oft werden Kontaktadressen von verantwortlichen Personen zudem auf den Unternehmens-Websites publiziert.

386. Insgesamt konnte damit dem (nicht belegten, vgl. Rz 221 ff.) Sachverhalt, dass bestimmte E-Mail-Adressen zum Versand von Newslettern genutzt wurden und diese E-Mail-Adressen den Wettbewerbern nicht ebenfalls zur Verfügung standen, keine rechtsgenügende wettbewerbsschädigende Wirkung zugemessen werden. Damit fehlte es an einer Behinderung von Wettbewerbern oder Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG. Eine Prüfung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen erübrigt sich damit.

³⁹⁴ Vgl. act. 310, Rz 33.

³⁹⁵ Vgl. bspw. <https://mailchimp.com/de/help/about-open-and-click-rates/>; <https://www.brevo.com/de/blog/klickraten-oeffnungsraten-newsletter-benchmark/>; <https://www.agntas.de/die-10-wichtigsten-kennzahlen-im-e-mail-marketing/#> (zuletzt besucht: 2.7.2024).

³⁹⁶ Vgl. bspw.: <https://www.brevo.com/de/blog/klickraten-oeffnungs-raten-newsletter-benchmark/>; <https://www.inxmail.de/blog/detail/e-mail-marketing-benchmark-2024-newsletter-kennzahlen-aus-15-branchen-fuer-b2b-und-b2c/>; <https://www.inxmail.de/ressourcen/knowledge-base/tracking-und-reporting> (zuletzt besucht: 2.7.2024).

387. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass in der Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes³⁹⁷ zu Art. 21 Abs. 2 Folgendes festgehalten wurde:

«Bei der Erhebung der zwingenden Mindestangaben für die Verzeichniseinträge können die Anbieterinnen des öffentlichen Telefondienstes (oder ggf. auch ein Dritter gemäss Abs. 5) vorsehen, mehr Daten zu sammeln als das obligatorische Minimum, wenn der Bundesrat ein solches festgelegt hat (vgl. Art. 12d Abs. 2). In diesem Fall müssen sie den Anbieterinnen von Verzeichnisdiensten den Zugang zu sämtlichen Verzeichnisdaten (zwingende Mindestangaben und zusätzliche Daten) ihrer Kundschaft ermöglichen und sie ihnen elektronisch zugänglich machen (Abs. 2). Diese Regelung ist die einzige tatsächliche Änderung gegenüber dem 2004 eingeführten Modell und soll die Gleichbehandlung der Anbieterinnen von Verzeichnisdiensten, die mit Anbieterinnen des öffentlichen Telefondienstes wirtschaftlich verknüpft sind, und den anderen von diesen unabhängigen Anbieterinnen garantieren. Die Praxis hat gezeigt, dass eine Anbieterin des öffentlichen Telefondienstes oder ihre Beauftragte, insbesondere wenn diese gleichzeitig Herausgeberin eines Verzeichnisses ist oder in direkter Verbindung mit einem solchen Akteur steht, einen eindeutigen Vorteil bei der Beschaffung von Informationen hat, die zusätzlich zu den zwingenden Mindestangaben bei den Kundinnen und Kunden gesammelt werden, insbesondere wenn die Mindestangaben und die Zusatzinformationen gleichzeitig erhoben werden.»³⁹⁸

388. Daraus erhellt, dass zumindest die mit der Revision des Fernmeldegesetzes betraute Behörde es als notwendig erachtet hat, dass Directories Kontaktdaten, die sie gleichzeitig mit den regulierten Verzeichnisdaten erhebt, den Bezügerinnen und Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten ebenfalls zur Verfügung stellt. Der diesbezügliche Gesetzestext ist aber nicht in dieser Form in Kraft getreten, was aus Sicht des Wettbewerbs bedauerlich ist. Vielmehr verlangt der heutige Art. 21 Abs. 1 FMG nur, dass der Zugang zum Mindestinhalt der Verzeichnisdaten gewährt wird (vgl. Rz 84).

C.5.3.3.4 Gesamtbetrachtung

389. ZIP macht geltend, dass die verschiedenen Verhaltensweisen von Directories als Data Agent nicht isoliert betrachtet werden dürften, sondern die Wirkungen auch in ihrer Gesamtheit zu prüfen seien.³⁹⁹

390. Auch wenn die drei geprüften Verhaltensweisen (Allfällige Nutzung eines Informationsvorsprungs [vgl. Abschnitt C.5.3.3.1], Hinweise auf localsearch im Kontrollauszug [vgl. Abschnitt C.5.3.3.2], Erhebung und Nutzung von Kontaktdaten [vgl. Abschnitt C.5.3.3.3]) im Sinne einer Gesamtbetrachtung zusammen beurteilt werden, ändert dies nichts daran, dass es dabei an einer kartellrechtsrelevanten Wettbewerbsschädigung fehlt. Die Gründe, warum sich potentielle Kundinnen und Kunden für ein Produkt von localsearch entscheiden, werden hauptsächlich im Produkteangebot und dessen konkreten Bewerbung, der Reichweite der Plattformen von localsearch, der Bekanntheit als Tochtergesellschaft von Swisscom etc. liegen und nicht in den drei untersuchten Verhaltensweisen, welche im Wesentlichen nur eine

erste unverbindliche Kontaktaufnahme betreffen. Diese drei Verhaltensweisen vermögen hier – auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung – höchstens eine untergeordnete und rein hypothetische Rolle zu spielen. Abschliessend bleibt zu erwähnen, dass ZIP in ihrer Stellungnahme vom 22. März 2023 in anderem Zusammenhang schreibt, dass sich zwischen 2015 und 2019 (bis zur Einführung von «SWISS LIST») eine zunehmende Wettbewerbssituation zwischen den verschiedenen Marktteilnehmern wie Directories, Google sowie den kleinen Marktteilnehmern wie ZIP und Mylokalsuche entwickelt habe.⁴⁰⁰ Die vorliegend untersuchten Verhaltensweisen im Bereich directoriesData standen der zunehmenden Wettbewerbsentwicklung – auch in Bezug auf die dazumal neu in den Markt eingetretene ZIP – selbst nach Auffassung von ZIP somit offenbar nicht entgegen.

C.5.3.4 Fazit

391. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Bezug auf die *allfällige Nutzung des Informationsvorsprungs*, um potenzielle Kundinnen und Kunden zu kontaktieren, keine Nachweise vorliegen und auch nicht davon auszugehen ist, dass diese Verhaltensweise vorliegend zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben könnte (vgl. Abschnitt C.5.3.3.1).

392. Die Nutzung des Kontrollauszugs, um *Hinweise auf localsearch* zu platzieren ist vorliegend nicht geeignet den wirksamen Wettbewerb zu behindern. Im Kontrollauszug werden keine konkreten Produkte beworben und den Unternehmen werden auch keine spezifischen Angebote unterbreitet. Vielmehr bleibt es bei Hinweisen auf die Möglichkeit zur Verstärkung der Präsenz der Unternehmen. Dies verbunden mit der Mitteilung, dass das angesprochene Unternehmen in den nächsten Tagen für ein Beratungsgespräch kontaktiert werde. Potenzielle Kundinnen und Kunden werden sich nicht rein aufgrund der im Kontrollschreiben enthaltenen Hinweise für ein Produkt von localsearch entscheiden. Es sind zumindest keine hinreichenden Hinweise bekannt, dass Kundinnen und Kunden der Wettbewerber aufgrund dieser Schreiben zu localsearch abgewandert wären oder sich deswegen gegen ein Produkt einer Konkurrentin oder eines Konkurrenten entschieden hätten. Eine solche Möglichkeit bleibt daher *rein hypothetischer Natur*. Relevant ist vorliegend vielmehr die Telefonakquise und diese Möglichkeit steht ZIP in gleicher Weise zur Verfügung, mit dem Unterschied, dass ZIP sich nicht auf den versandten Kontrollauszug berufen kann. Damit lässt sich insgesamt nicht feststellen, dass sich Directories durch die in den Kontrollauszügen enthaltenen Hinweise missbräuchlich verhalten hat und dadurch den Wettbewerb in den nachgelagerten Verzeichnismärkten behindert hat (vgl. Abschnitt C.5.3.3.2).

³⁹⁷ Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017 6559 ff.

³⁹⁸ Vgl. Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017 6627.

³⁹⁹ Vgl. act. 310, Rz 35; act. 341, Rz 14.

⁴⁰⁰ Vgl. act. 332, Rz 5.

393. Alleine durch die *Erhebung und Nutzung der Kontaktdaten* im vorliegend beschriebenen Rahmen ist kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG seitens Directories ersichtlich (vgl. Abschnitt C.5.3.3.3).

D Ergebnis

394. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum nachfolgenden Ergebnis:

395. Im Rahmen der Untersuchung konnte nicht nachgewiesen werden, dass Directories im massgeblichen Zeitraum der Einführung von «*SWISS LIST*» auf dem Markt für Verzeichniseinträge über Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte und diese im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte (vgl. Rz 317 ff.).

396. Im Geschäftsbereich *directoriesData* konnte Directories durch die allfällige Nutzung eines Informationsvorsprungs, durch im Kontrollauszug enthaltene Hinweise auf *localsearch* und durch die Erhebung und Nutzung der Kontaktdaten insgesamt kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG nachgewiesen werden.

E Kosten

397. Nach Art. 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung KG⁴⁰¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

398. Die Gebührenpflicht entfällt für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn bestehenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Nachdem das gegen Swisscom und Directories eröffnete Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt für sie die Gebührenpflicht. ZIP sind als Anzeigerin ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 2 Abs. 2 Bst. a GebV-KG).

399. Die Verfahrenskosten von rund 330 000 Franken gehen somit zu Lasten des Bundes. Eine Parteientschädigung ist im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht zu entrichten.

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die Untersuchung 32-0268: Vermarktung von Verzeichnisdaten gegen die Swisscom Directories AG und Swisscom AG wird ohne Folgen eingestellt.
2. Die Verfahrenskosten gehen zulasten des Bundes.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Swisscom Directories AG, Förrlibuckstrasse 60/62, 8005 Zürich
 - Swisscom AG, Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern
- beide vertreten durch [...]

Die Verfügung geht in Kopie an:

- ZIP, Avenue de la Gare 33, 1003 Lausanne

vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

⁴⁰¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 2.2

2. Netzbaustrategie Swisscom

Verfügung vom 4. Dezember 2023 in Sachen Untersuchung 32-0274 gemäss Art. 27 KG betreffend Netzbaustrategie Swisscom wegen unzulässiger Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG gegen

Swisscom (Schweiz) AG, in Bern, vertreten durch [...]

Verwendete technische Abkürzungen und Begriffe

Abkürzung	Bedeutung
ALO	Access Line Optical. Glasfaser Layer 1-Angebot von Swisscom.
AON	Active Optical Network. Glasfasernetzwerk, welches in Sternstruktur aufgebaut ist. Oft wird AON deshalb als Synonym für eine P2P-Netzarchitektur verwendet. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird der Begriff AON verwendet, wenn damit Datenübertragungstechnologien, die P2P-Netzwerke voraussetzen, beschrieben werden.
Anschlussnetz	Das Anschlussnetz umfasst den Netzabschnitt zwischen Hauptverteiler und den Teilnehmeranschlüssen.
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation.
BBCS	Broadband Connectivity Service. Als BBCS bezeichnet Swisscom ihre Layer 3 Vorleistungsdienstleistung zur Herstellung einer IP-basierten Verbindung vom Netz der FDA zum Endkunden.
BEP	Building Entry Point. Gebäudeeinführungspunkt.
Bitstrom-Zugang	Gemäss Art. 3 Bst. d ^{ter} aFMG wird unter dem schnellen Bitstrom-Zugang die Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten verstanden.
Backbone-Netz	Das Backbone-Netz umfasst den Kernbereich eines Telekommunikationsnetzes, mit welchem die Hauptstandorte miteinander verbunden sind.
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission.
COSMOS	Internes Berechnungsmodell von Swisscom zur Planung der Netzarchitektur und Berechnung der voraussichtlichen Kosten des Netzausbaus.
CPE	Customer Premises Equipment. Bezeichnung für das dem Endkunden zur Verfügung gestellte Teilnehmernetzgerät (z.B. DSL-Modem), mittels welchem die Datenübertragung zum Endkunden stattfindet.
DMF	Distribution Mainframe. Elektrischer oder optischer Hauptverteiler in der Anschlusszentrale, mittels welchem der Datenaustausch mit den Nutzungseinheiten realisiert wird.
DOCSIS	Data Over Cable Service Interface Specification. Datenübertragungsstandard für Kabelnetze.
Drop	Die Kabelleitung (Hauseinführungskabel) vom Strassenschacht zum Gebäudeeingang.
EVU	Elektrizitätsversorgungsunternehmen.
FANS	Fixed Access Network Sharing. Ein neuer Datenübertragungsstandard, der auf einer P2MP-Netzarchitektur eine virtuelle Entbündelung ermöglicht.
FDA	Fernmeldedienstanbieterin.
FLL	Fibre Local Loop. Glasfaser Layer 1-Angebot der EVU.
FTTB	Fibre to the Basement. Bezeichnung für den Anschluss einer Nutzungseinheit mit einer von der Anschlusszentrale bis zum Gebäudeeingangspunkt durchgehenden Glasfaserleitung, wobei vom Gebäudeeingangspunkt bis zur Nutzungseinheit Kupferkabel verwendet wird.
FTTH	Fibre to the Home. Bezeichnung für den Anschluss einer Nutzungseinheit mit einer von der Anschlusszentrale bis in den Haushalt (Nutzungseinheit) durchgehenden Glasfaserleitung.
FTTH on Demand	Angebot von Swisscom für Eigentümerschaften von Liegenschaften, die einen Glasfaseranschluss (FTTH) vorbeziehen möchten, bevor Swisscom den regulären Rollout durchführt.

Abkürzung	Bedeutung
FTTS	Fibre to the Street. Bezeichnung für den Anschluss einer Nutzungseinheit mit einer von der Anschlusszentrale bis zum Strassenschacht durchgehende Glasfaserleitung, wobei vom Strassenschacht bis zur Nutzungseinheit Kupferkabel verwendet wird.
FTTx	Bezeichnung für die verschiedenen Ausbaustufen (FTTS, FTTB, FTTH) beim Netzausbau mit Glasfaserkabel.
Feeder	Hauptkabelleitung von der Anschlusszentrale bis zum Strassenschacht. In diesem Bereich werden die Kabel zusammen durch Kabelkanalisationen geführt, bevor sie auf die einzelnen «Drop»-Leitungen verzweigt werden.
Fibrespot	Von Swisscom verwendeter Begriff für die Erschliessung eines Neubaus mit einer Vielzahl an Nutzungseinheiten mit Glasfaserkabel.
G.FAST	Ein DSL Datenübertragungsstandard der auf dem Kupferkabel eine sehr hohe Datenrate ermöglicht.
G-PON	Gigabit Passive Optical Network. Standard für PON-Netzwerke mit einer symmetrischen Datenübertragung von 1 Gbit/s.
HFC-Netzwerk- infrastruktur	Hybrid Fibre Coaxial-Netzwerkinfrastruktur. Koaxialkabelnetzwerkinfrastruktur, bei welcher ein Teil der Datenübertragung über Glasfaser stattfindet, um höhere Bandbreiten zu ermöglichen.
IP	Internetprotokoll. In Computernetzen wie Internet weit verbreitetes Netzwerkprotokoll.
IRU	Indefeasible Right of Use. Nicht entziehbare Nutzungsrechte (IRU-Vereinbarung), welche anderen FDA die langfristige Miete einer unbeleuchteten Faser oder eines Kontingents von Fasern (20-50 Jahre) ermöglicht, bei der die Kosten in der Regel einmalig abgegolten werden.
ISP	Internet Service Provider. Anbieterin von Internetdiensten.
ITU	International Telecommunication Union bzw. Internationale Fernmeldeunion.
Inhouse	Die Kabelleitung vom Gebäudeeingang zum Hausanschluss/OTO-Dose (Gebäude- und Wohnungsverkablung).
Interkonnektion	Art. 3 Bst. e FMG: Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird.
KOL	Kollokation. Miete von Raum innerhalb einer Anschlusszentrale einer Netzbetreiberin.
LWL	Lichtwellenleiter. Glasfaser.
Layer 1	Physical Layer im ISO-OSI Referenzmodell (vgl. Rz 100). Physikalische Schicht, Übertragung von Bitfolgen in Form elektromagnetischer Signale über Kupferkabel, Koaxialkabel, optische Lichtwellenleiter (Glasfaser), Funk, etc.
Layer 1-Zugang	Zugang zur Leitungsinfrastruktur, wie Kupferkabel oder unbeleuchtete Glasfaser (vgl. Rz 101 und 124).
Layer 2	Data Link Layer im ISO-OSI Referenzmodell (vgl. Rz 100). Netzzugangsschicht, Transport und Zugang zwischen direkt verbundenen Geräten (Modem-Modem, Router-Router, Computer zum Netz, etc.; vgl. Rz 102).
Layer 3	Network Layer im ISO-OSI Referenzmodell (vgl. Rz 100). Internetschicht, Vermittlung und Leitweglenkung (Routing) von Datenpaketen im gesamten Netzwerk zwischen Endgeräten (Internetprotokoll – IP; vgl. Rz 103).
Muffe	Verbindungs- und Schutzelement für Rohre und Kabel.
NG-PON2	Next Generation Passive Optical Network 2 (auch bekannt als TWDM-PON). Ein Datenübertragungsstandard, zur Nutzung einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur.
ODF/OMDF	Optical Distribution Frame/Optical Main Distribution Frame. Optischer (Haupt-)Verteiler. Verteilerstation, mittels welcher Datensignale auf verschiedene Fasern aufgespalten werden können.
OLT	Optical Line Termination bzw. Terminal. Gerät, welches die Datensignale in die vorgesehenen Lichtwellen umwandelt, um diese dann über Glasfaserleitungen zu übertragen.
ONU	Optical Network Unit. Empfangsmodem für Endkunden, welches die über die Glasfaser ausgetauschten Lichtsignale in elektrische Signale umwandelt, so dass sie von Endgeräten genutzt werden können.
OTO	Optical Termination Outlet. Optische Telekommunikationssteckdose, Glasfasersteckdose beim Endkunden.
P2MP	Punkt-zu-Multipunkt Topologie. Baumstruktur (auch Punkt-zu-Mehrpunkt, Point-to-Multipoint, PtMP).
P2P	Punkt-zu-Punkt Topologie. Sternstruktur (auch Point-to-Point, PtP).

Abkürzung	Bedeutung
PON	Passive Optical Network. Glasfasernetzwerk, welches in Baumstruktur aufgebaut ist und dessen Bauelemente (Splitter) ohne aktive Stromversorgung auskommen. PON wird oft als Synonym für eine P2MP-Netzarchitektur verwendet. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird der Begriff PON verwendet, wenn damit Datenübertragungstechnologien, die in einem P2MP-Netzwerk eingesetzt werden können, beschrieben werden.
POP	Point of Presence. Verteilknotenpunkt; z.B. Swisscom Zentrale.
Rollout	Von Swisscom verwendeter Begriff für den regulären Glasfaserausbau (FTTH) in einer Gemeinde bzw. einem Anschlussnetz.
Runder Tisch	Der Runde Tisch zu Glasfasernetzen wurde 2008 von der ComCom ins Leben gerufen, um Fragen zur Erschliessung der Haushalte mit Glasfasernetzen zu erörtern. Die ComCom zielte darauf ab, die Entstehung von Monopolen, die den Zugang für andere Telekommunikationsanbieter erschweren und den Wettbewerb in diesem Bereich behindern, zu verhindern. Gleichzeitig sollte der Netzaufbau möglichst effizient stattfinden, indem parallele Netzinfrastrukturen vermieden werden, um volkswirtschaftlich sinnvolle Investitionen zu erlauben.
Schacht / Strassenschrank	Im Schacht (manhole) bzw. Strassenschrank (cabinet) kommen das Hauptkabel («Feeder») und das Hauseinführungskabel («Drop») zusammen.
Splitter	Optischer Splitter (optisches Prisma), der durch das Glasfasernetz übermittelte Lichtsignale in mehrere identische Lichtsignale aufteilt. Auf diese Weise kann eine einzelne Faser mit einer grösseren Anzahl von Fasern verbunden werden, um so die aus der einen Faser ankommenden Lichtsignale an mehrere Fasern gleichzeitig weiterzuleiten.
Splitting-Verhältnis	Verhältnis zwischen den über einen oder mehrere Splitter am Übergang vom Bereich «Feeder» auf den Bereich «Drop» aggregierten bzw. verzweigten Glasfaserleitungen. Standardmässig werden Splitter mit 1:16, 1:32, 1:64 Ports verbaut.
Switch	Gerät, das Datenpakete zwischen Netzwerksegmenten (meist Anschlussnetz und Backbone-Netz) filtert und weiterleitet.
TAL	Vollständig entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Der vollständig entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist in Art. 3 Bst. d ^{bis} FMG definiert und umfasst die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung.
T-TAL	Teilabschnitt-Teilnehmeranschlussleitung. Der Teilabschnitt der TAL, der sich zwischen dem Strassenschacht und dem Endkundenanschluss befindet.
TWDM	Time and Wavelength Division Multiplex. Zeit- und Wellenlängen-Multiplex.
WDM	Wavelength Division Multiplex. Wellenlängen-Multiplex.
xDSL	Digital Subscriber Line. Unter DSL wird die digitale Datenübertragung nach bestimmten Übertragungsstandards für Breitbanddatenverkehr über die Kupferkabelnetzinfrastruktur bezeichnet. Dabei lassen sich die verschiedenen Varianten Asymmetric (ADSL), Symmetric (SDSL), Very high Speed (VDSL), Very High Bit Rate (VDSL2) und G.FAST unterscheiden.
XGS-PON	X (10) Gigabit Symmetrical Passive Optical Network. Datenübertragungsstandard über Glasfasernetze mit einer symmetrischen Datenübertragung von 10 Gbit/s.

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 6. Februar 2020 hat die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom oder SCS) im Rahmen einer Medienkonferenz ihre neue Netzbaustrategie bis Ende 2025 vorgestellt. Demnach solle bis Ende 2025 die Glasfaserabdeckung in Haushalten und Geschäften (Fibre to the Home, FTTH) gegenüber 2019 verdoppelt werden.¹

2. Im Unterschied zum bisherigen Ausbau des Glasfasernetzes in der Schweiz (typischerweise als Kooperation zwischen regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen [nachfolgend: EVU] und Swisscom) nach dem Vierfasermodell mit offenem Netzzugang plante Swisscom dabei künftig auf eine Punkt-zu-Multipunkt Netzarchitektur (nachfolgend: P2MP-Netzarchitektur

oder P2MP) zu setzen. Damit sollte der Netzausbau künftig in einer so genannten Baumstruktur anstatt in der bisher angewendeten Sternstruktur weitergeführt werden (vgl. Abbildung 1). Dies insbesondere in Regionen, in denen Swisscom selbstständig baut.

¹ Vgl. Swisscom, Medienmitteilung vom 6. Februar 2020, <www.swisscom.ch/de/about/news/2020/02/06-netzausbaustrategie-von-swisscom.html>, <www.swisscom.ch/de/about/news/2020/02/06-results-2019.html> (15.1.2024).

3. Beim Vierfasermodell (auch Mehrfasermodell² genannt) mit offenem Netzzugang wurde bisher eine Punkt-zu-Punkt Netzarchitektur (nachfolgend: P2P-Netzarchitektur oder P2P) eingesetzt und für jeden angeschlossenen Haushalt bzw. für jede angeschlossene Geschäftseinheit mindestens eine dedizierte Glasfaserleitung ab der Anschlusszentrale zur Verfügung gestellt.

4. Bei der P2MP-Netzarchitektur wird die Kapazität der Glasfaser von der Anschlusszentrale bis zu einem Knotenpunkt für die Versorgung mehrerer Nutzungseinheiten

gemeinsam genutzt (häufig im Feederbereich) und der Datenverkehr wird dann mithilfe von sogenannten Splittern den jeweiligen Nutzungseinheiten übermittelt. Optische Splitter im Schacht bzw. im Gebäudeeinführungspunkt (nachfolgend auch: BEP) erlauben dabei die Aufteilung des gemeinsamen Signals von einer Glasfaser (z.B. von der Anschlusszentrale kommend) auf mehrere Glasfasern (z.B. an die Haushalte). Abbildung 1 zeigt schematisch die Erschliessung von Haushalten ab der Anschlusszentrale mit einer P2P-Netzarchitektur und einer P2MP-Netzarchitektur.

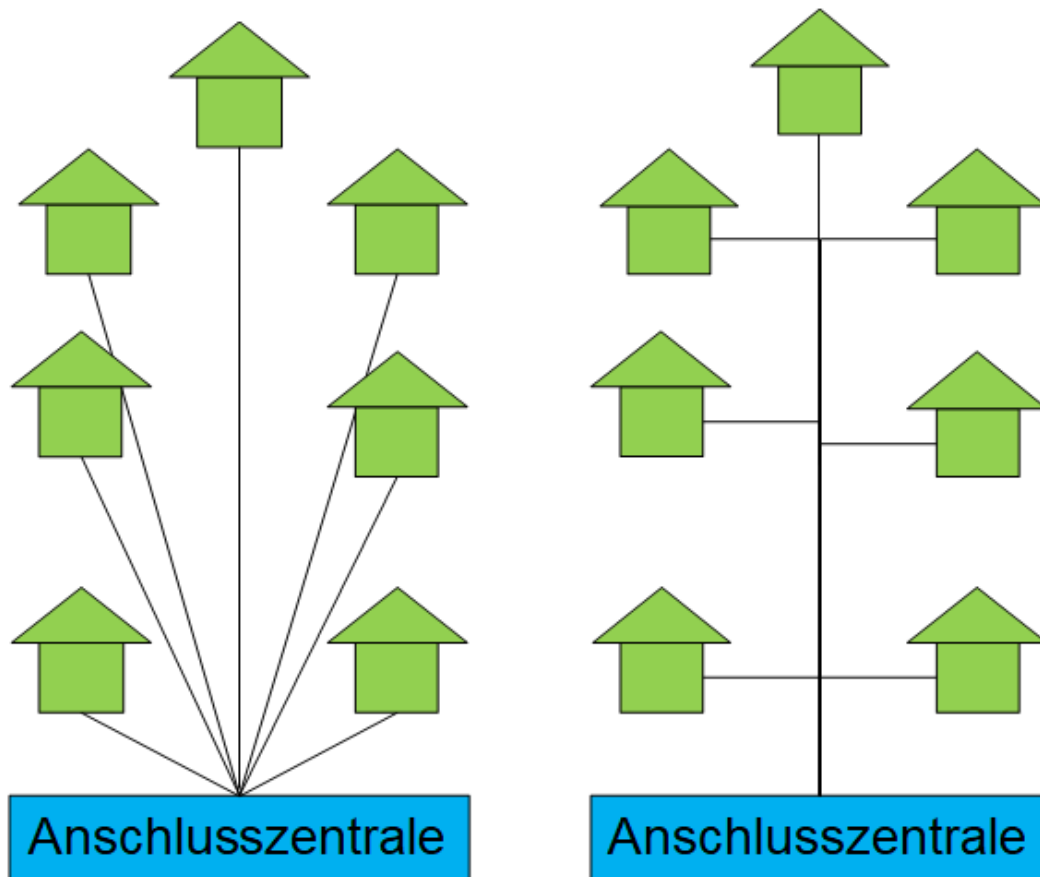


Abbildung 1: Gegenüberstellung P2P-Netzarchitektur (links) und P2MP-Netzarchitektur (rechts)

5. Wie aus Abbildung 1 ersichtlich, können bei einer P2MP-Netzarchitektur anderen Fernmeldedienstanbieterinnen (nachfolgend: FDA) keine einzelnen durchgehenden Glasfasern überlassen werden, da jeweils mehrere Nutzungseinheiten über einen Splitter mit einer von der Anschlusszentrale wegführenden Glasfaser verbunden sind. Mit einer solchen P2MP-Netzarchitektur verunmöglicht Swisscom anderen Fernmeldedienstanbieterinnen FDA den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur (Layer 1) in den Gebieten, in welchen Swisscom das FTTH-Netz mit einer P2MP-Netzarchitektur alleine ausbaut.

6. Aus wettbewerblicher Sicht und insbesondere im Zusammenhang mit den Zugangsmöglichkeiten für Dritte hat eine P2MP-Netzarchitektur gegenüber einer P2P-Netzarchitektur einen wesentlichen Nachteil. Dieser besteht darin, dass alternative FDA keinen Zugang zu einzelnen Glasfasern mehr erhalten können (vgl. nach-

folgend Abbildung 2) und daher die Glasfasernetzinfrastruktur nicht mehr selbst betreiben und damit unmittelbar benutzen können. Vielmehr können alternative FDA ohne physischen Zugang zu einem Glasfasernetz nur noch die von der Netzbetreiberin zu ihrem Preis angebotenen Datenübertragungsdienstleistungen an ihre Kunden weiterverkaufen. Auf diese Weise können Dritte die Glasfasernetzinfrastruktur nur mittelbar benutzen. Damit erhält die Betreiberin einer solchen Netzinfrastruktur die ausschliessliche Nutzungsgewalt über das Glasfasernetz und kann damit sämtliche für den Betrieb relevanten Parameter (verwendete Übertragungstechnologie, angebotene Bandbreite, Vorleistungs- und Endkundenpreise, etc.) festlegen. In Regionen, in denen Swisscom

² Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-29395.html> (15.1.2024).

alleine über ein Glasfasernetz mit P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte verfügt, kann sie dementsprechend quasi die gesamten Marktgegebenheiten bestimmen. Ein weiterer wichtiger Unterschied zur P2P-Netzarchitektur besteht darin, dass sich sämtliche an einem Glasfaserstrang (Baumstruktur) angebotenen Nutzer die zur Verfügung stehende Bandbreite teilen (vgl. nachfolgend Rz 118 f.). Dies bedeutet, dass, sobald mehr als ein Nutzer gleichzeitig Bandbreite in Anspruch nimmt, diesen Nutzern nicht die volle Kapazität der durchleitbaren Bandbreite zur Verfügung steht.

7. In den Gebieten, in welchen das FTTH-Netz bereits mittels einer P2MP-Netzarchitektur ausgebaut wurde, bietet Swisscom Dritten keinen Zugang mehr zu einzel-

nen unbeleuchteten Glasfasern an (nachfolgend: Layer 1-Zugang; Zugang zur physischen Infrastruktur). Dritten stehen – soweit sie keinen Zugang zu einer separaten Glasfasernetzinfrastruktur haben – in diesen Regionen nur noch Vorleistungsdienstleistungen (Layer 2- und Layer 3-Angebote) von Swisscom wie BBCS (Broadband Connectivity Service) zur Verfügung, welche sie dann an ihre Endkunden weiterverkaufen können. Dies gilt auch, wenn eine parallele Koaxialkabelnetzwerkinfrastruktur besteht, da die entsprechenden Kabelnetzbetreiberinnen Dritten im für die vorliegende Untersuchung massgeblichen Zeitraum keine Vorleistungsprodukte angeboten haben und es nicht wahrscheinlich ist, dass sie als potenzielle Vorleistungsanbieterinnen in naher Zukunft in den Markt eintreten werden.³

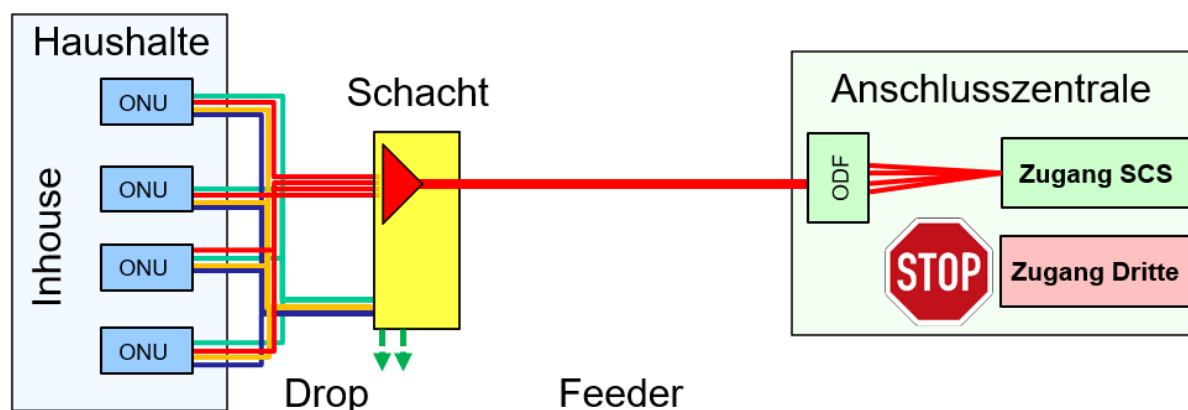


Abbildung 2: Schematische Darstellung Modell Alleinbau Swisscom ohne Layer 1-Zugang

8. Im Rahmen der Untersuchung wurde ermittelt, ob Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten im FTTH Alleinbauggebiet marktbeherrschend ist und ob sie ihre Marktstellung durch die Verweigerung eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) gegenüber nachfragenden FDA missbraucht.

A.2 Verfahrensgeschichte

A.2.1 Marktbeobachtung

9. Im Anschluss an die Ankündigung der neuen Netzbaustategie bis Ende 2025 von Swisscom (FTTH-Ausbau) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Marktbeobachtung. Mit Schreiben vom 26. Februar 2020 forderte das Sekretariat Swisscom auf, Auskünfte im Zusammenhang mit ihrer Netzbaustategie zu erteilen und informierte über die Eröffnung einer Marktbeobachtung zur Netzbaustategie von Swisscom bis 2025.⁴ Zudem nahm das Sekretariat erste Abklärungen bei Swisscom und der DANET Datennetzgesellschaft Oberwallis AG (nachfolgend: Danet) vor.⁵

10. Am 11. September 2020 reichte die Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7) beim Sekretariat eine Anzeige gegen Swisscom betreffend das Rollout XGS-PON und die Änderung Netztopologie ein. Das Sekretariat räumte Swisscom bis am 16. Oktober 2020 Gelegenheit zur

Stellungnahme zur Anzeige und insbesondere zu den darin beantragten vorsorglichen Massnahmen ein.⁶

A.2.2 Vorsorgliche Massnahmen

11. Am 14. Dezember 2020 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG⁷ gegen Swisscom und beschloss vorsorgliche Massnahmen. Die WEKO ordnete an:

«Swisscom wird mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer 1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten».⁸

³ Vgl. RPW 2020/2, 227 Rz 467, Sunrise/Liberty Global sowie RPW 2021/1, 245 Rz 127, Netzbaustategie Swisscom.

⁴ Vgl. act. 1.

⁵ Vgl. RPW 2021/1, 231 f. Rz 9 ff., Netzbaustategie Swisscom.

⁶ Vgl. act. 9, 10, 11, 12 und 13.

⁷ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁸ Vgl. RPW 2021/1, 227 Rz 1 ff. und Rz 9 ff. für den detaillierten Verfahrensverlauf sowie Rz 262 für das Dispositiv, Netzbaustategie Swisscom.

12. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2020 liess das Sekretariat Init7 das Dispositiv der Verfügung zukommen und mit Schreiben vom 28. Januar 2021 eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Entscheidungsbegründung.⁹

13. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2020 stellte Swisscom ein Erläuterungsgesuch zu den angeordneten vorsorglichen Massnahmen der WEKO. Mit Schreiben vom 5. Januar 2021 wies das Sekretariat darauf hin, dass das Dispositiv der Verfügung klar und eindeutig formuliert sei und keine weitergehenden Erläuterungen notwendig seien.¹⁰

14. Die Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 wurde von Swisscom mit Beschwerde vom 13. Januar 2021 angefochten.¹¹ Das Bundesverwaltungsgericht wies den superprovisorischen Antrag von Swisscom auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Im Parallelverfahren beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht gleichzeitig auch mit der Beschwerde von Init7 gegen die von der WEKO verfügten vorsorglichen Massnahmen. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens fand am 25. März 2021 eine Instruktions- und Vergleichsverhandlung mit Init7 als beigeladene Partei statt.¹²

15. Mit Urteil vom 30. September 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Swisscom ab und bestätigte die angeordneten vorsorglichen Massnahmen der WEKO zur Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs beim Ausbau des FTTH-Netzes durch Swisscom. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wurde infolgedessen gegenstandslos und abgeschrieben.¹³

16. Am 4. November 2021 reichte Swisscom gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 2021 beim Bundesgericht Beschwerde ein.¹⁴

17. Mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2021 wies das Bundesgericht den Antrag von Swisscom, ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ab.¹⁵

18. Im Parallelverfahren wurde mit Abschreibungsentscheid vom 16. Dezember 2021 des Bundesverwaltungsgerichts die Beschwerde von Init7 infolge Beschwerderückzugs abgeschrieben.¹⁶

19. Mit Urteil vom 2. November 2022 wies das Bundesgericht die Beschwerde von Swisscom ab und bestätigte die angeordneten vorsorglichen Massnahmen der WEKO zur Sicherstellung eines Layer 1-Zugangs beim Ausbau des FTTH-Netzes durch Swisscom.¹⁷

A.2.3 Untersuchung

20. Mit Erlass der vorsorglichen Massnahmen (vgl. Rz 11) eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG gegen Swisscom.¹⁸ Die Untersuchungseröffnung wurde am 19. Januar 2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt (BBL) bekannt gegeben.¹⁹

21. Mit Schreiben vom 28. Januar 2021 meldete die Swiss Fibre Net AG (nachfolgend: SFN) ihre Beteiligung an der Untersuchung im Sinne von Art. 43 KG an. Per E-

Mail vom 21. Dezember 2020 hatte SFN bereits zuvor Informationen mit einem Vergleich der Zugangsprodukte und P2MP-Netzarchitekturen von Swisscom und SFN eingereicht. Auf das Schreiben des Sekretariats vom 12. Februar 2021 mit der Bitte um Klarstellung präzisierte SFN mit Schreiben vom 18. Februar 2021, dass SFN eine Verfahrensbeteiligung ohne Parteistellung beantrage mit dem Vorbehalt, gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt Parteistellung geltend zu machen.²⁰

22. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 26. Februar 2021 ein Auskunftsbegleichen an Swisscom. Auf dieses Auskunftsbegleichen antwortete Swisscom mit Schreiben vom 26. April 2021 und vom 10. Mai 2021.²¹

23. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 12. März 2021 ein Amtshilfegesuch an das Bundesamt für Kommunikation BAKOM bezüglich der Möglichkeiten eines Layer 1-Zugangs auf einem FTTH-Netz. Mit Schreiben vom 22. März 2021 beantwortete das BAKOM das Amtshilfegesuch.²²

24. Ab Mitte Mai 2021 erhielt das Sekretariat von verschiedenen Unternehmen und Bürgern Hinweise, dass Swisscom möglicherweise mittels P2MP erschlossene Anschlüsse trotz Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO weiterhin in Betrieb nehme.²³

25. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2021 beantragte die green.ch AG (nachfolgend: Green) ihre Position im Rahmen der Untersuchung zu berücksichtigen.²⁴

26. Mit E-Mail vom 7. Februar 2022 reichte Swisscom dem Sekretariat ergänzende Informationen zur Reservierung bei Kabelkanalisationen und mit Schreiben vom 17. Februar 2022 ergänzende Informationen zu den Input-Parametern des COSMOS-Modells (vgl. A.3.5.1.1), weitere Kostenmodellierungen und Informationen zu bestehenden und potenziellen Kooperationen beim Glasfaserausbau ein.²⁵

27. Mit Schreiben vom 27. April 2022 stellte das Sekretariat ein weiteres Auskunftsbegleichen an Swisscom betreffend von Dritten erschlossene Anschlusszentralen und die Parametrisierung im COSMOS-Modell.²⁶

⁹ Vgl. act. 25 und 58.

¹⁰ Vgl. act. 33 und 39.

¹¹ Vgl. act. 49.

¹² Vgl. BVGer, B-161-2021 vom 30.9.2021 F.j., *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

¹³ Vgl. BVGer, B-161-2021 vom 30.9.2021 XII 832 ff., *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

¹⁴ Vgl. act. 368.

¹⁵ Vgl. act. 398, BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022, i.S. *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen, C.c.*

¹⁶ Vgl. BVGer, B-960/2021 vom 16.12.2021, *Abschreibungsentscheid*.

¹⁷ Vgl. act. 874, BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022, i.S. *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

¹⁸ Vgl. RPW 2021/1, 239 Rz 80, *Netzbaustrategie Swisscom*; SHAB 210119/2021 vom 19.1.2021, Meldungsnummer BB05-0000000063; BBL 2021 1.

¹⁹ SHAB Nr. 63 vom 19.1.2021, BBL 2021 1.

²⁰ Vgl. act. 44, 59, 78 und 83.

²¹ Vgl. act. 87, 151, 153, 189, 190, 201 und 202.

²² Vgl. act. 133, 140, 141, 155, 164 und 165.

²³ Vgl. act. 207, 212, 318, 327, 354, 385, 395 und 400.

²⁴ Vgl. act. 453 f.

²⁵ Vgl. act. 523 und 534.

²⁶ Vgl. act. 582.

28. Im Hinblick auf die Berechnung des bisher durch Swisscom erzielten Umsatzes und im Zusammenhang mit den geltend gemachten Rechtfertigungsgründen lieferte Swisscom verschiedene Datenblätter aus ihren Systemen.²⁷ Im Zusammenhang mit der Sanktionsberechnung führte das Sekretariat anschliessend die Datenblätter mit den erzielten Umsätzen und den geltend gemachten Rechtfertigungsgründen zusammen.²⁸

29. Mit Schreiben vom 10. Mai 2022 stellte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Swisscom betreffend Kooperationspartner und weitere Betreiberinnen einer Glasfasernetzinfrastruktur. Auf dieses Auskunftsbegehren antwortete Swisscom mit Schreiben vom 23. Mai 2022.²⁹

30. Mit Schreiben vom 23. Mai 2022 stellte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Swisscom betreffend die Inbetriebnahme von P2MP-Anschlüssen und den getroffenen Massnahmen im Zusammenhang mit den vorgeschlagenen Massnahmen der WEKO.³⁰

31. Im Zusammenhang mit den von Swisscom ergriffenen Massnahmen hat Swisscom dem Sekretariat einzelne Präsentationen und Auszüge [...] zukommen lassen (vgl. Rz 398). Swisscom machte geltend, dass es sich bei einzelnen Stellen um Einschätzungen und interne Entscheidungsgründe von Swisscom handle und diese deshalb nicht offengelegt werden könnten. Das Sekretariat forderte Swisscom zweimal auf, diese Informationen gegenüber den Wettbewerbsbehörden offen zu legen und eine ungeschwärzte Version der Unterlagen einzureichen. Swisscom legte mit Schreiben vom 15. März 2023 weitere geschwärzte Stellen offen, hielt jedoch an gewissen Schwärzungen in den Unterlagen unter Berufung auf den nemo tenetur-Grundsatz fest.³¹

32. Mit Schreiben vom 10. August 2022 stellte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an die Litecom AG (nachfolgend: Litecom) betreffend ihre Geschäftstätigkeit und die in der Schweiz für Diensteanbieterinnen betriebene Dienstplattform LiteXchange. Mit Schreiben vom 19. September 2022 antwortete Litecom auf das Auskunftsbegehren.³²

33. Mit Schreiben vom 19. August 2022 stellte das Sekretariat dem BAKOM ein zweites Amtshilfegesuch betreffend die Ergebnisse der damals noch nicht veröffentlichten Studie des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (nachfolgend: WIK) zur Modellierung des Investitions- und Förderbedarfs verschiedener Breitband-Ausbauziele in der Schweiz. Mit Schreiben vom 23. und 24. August 2022 beantwortete das BAKOM das Amtshilfegesuch.³³ Nach Eingang der entsprechenden Stillschweigeverpflichtung stellte das Sekretariat die Antworten des BAKOM Swisscom zu.³⁴ Mit E-Mail vom 7. November 2022 stellte das BAKOM dem Sekretariat den Entwurf und mit E-Mail vom 23. November 2022 die Endversion der im Auftrag des BAKOM erstellten WIK Studie zu.³⁵ Mit Schreiben vom 28. November 2022 stellte das Sekretariat die WIK Studie Swisscom zur Stellungnahme zu.³⁶ Mit Schreiben vom 19. Dezember 2022 nahm Swisscom zur WIK Studie Stellung.³⁷

34. Mit Schreiben vom 29. September 2022 informierte Swisscom das Sekretariat über das ab Januar 2023 für

Hauseigentümer erhältliche «FTTH on Demand» Angebot.³⁸

35. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 13. Oktober 2022 ein weiteres Auskunftsbegehren an Swisscom betreffend die WIK Kostenmodellierung. Auf dieses Auskunftsbegehren antwortete Swisscom mit Schreiben vom 4. November 2022.³⁹

36. Mit Medienmitteilung vom 27. Oktober 2022 teilte Swisscom mit, dass sie von nun an grösstenteils wieder auf die P2P-Netzarchitektur setzen und bereits bestehende P2MP-Anschlüsse teilweise in P2P umbauen würde.⁴⁰

37. Mit Schreiben vom 9. Februar 2023 stellte Swisscom den Beweisantrag, ein Sachverständigengutachten gemäss Art. 12 Bst. e VwVG zu den effektiven Mehrkosten und dem zusätzlichen Zeitbedarf beim Bau eines Glasfasernetzes mit einer P2P-Netzarchitektur im Vergleich zu einer P2MP-Netzarchitektur einzuholen.⁴¹

38. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 16. Februar 2023 ein weiteres Auskunftsbegehren an Swisscom betreffend Fragen zum Sachverhalt. Auf dieses Auskunftsbegehren antwortete Swisscom mit Schreiben vom 15. März 2023.⁴²

39. Mit Schreiben vom 23. Februar 2023 teilte das Sekretariat Swisscom mit, dass es aufgrund der Sachlage keine Notwendigkeit für ein Sachverständigengutachten erblicke.⁴³ Mit Schreiben vom 2. März 2023 drückte Swisscom ihr Bedauern aus und verwies darauf, dass die Berechnungen des WIK nach Meinung von Swisscom für die Beurteilung des Sachverhalts ungeeignet sowie fehlerhaft und unstimmig seien. Ferner könnten die von Swisscom gemachten Angaben ein Sachverständigengutachten nicht ersetzen, da es dabei gerade darum gehe, durch einen unabhängigen Experten den Sachverhalt unvoreingenommen und als verlässliches Beweismittel zu erheben.⁴⁴

²⁷ Vgl. act. 810, 937 und 1049.

²⁸ Vgl. Anhang 1 Berechnungen: Abschnitt 2.4 Massgebliche Umsätze.

²⁹ Vgl. act. N09 und 597.

³⁰ Vgl. act. 596.

³¹ Vgl. act. 777, 904 und 937, Beilagen 4–10.

³² Vgl. act. 762 und 793.

³³ Vgl. act. 730, 766, 773, 775 und 776.

³⁴ Vgl. act. 787, 790 und 792.

³⁵ Vgl. WIK-Bericht, Modellierung des Investitions- und Förderbedarfs verschiedener Breitband-Ausbauziele in der Schweiz, <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesratsgeschaefte/hochbreitbandnetz_schweiz.html> (30.6.2023).

³⁶ Vgl. act. 851, 866 und 871.

³⁷ Vgl. act. 882.

³⁸ Vgl. act. 816.

³⁹ Vgl. act. 825, 826 und 849.

⁴⁰ Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/news/2022/10/27-report-q3-2022.html> (15.1.2024).

⁴¹ Vgl. act. 901.

⁴² Vgl. act. 904 und 937.

⁴³ Vgl. act. 912.

⁴⁴ Vgl. act. 927.

40. Mit E-Mail vom 8. März 2023 setzte Swisscom das Sekretariat über die Produkt-Infomail an FDA und «Internet Service Provider» in Kenntnis, wonach Swisscom abhängig von der konkreten Situation vor Ort entscheiden habe, auch P2MP-Glasfaseranschlüsse, welche heute nicht gesperrt und somit vermarktbare seien, in P2P-Netzarchitektur umzubauen.⁴⁵

41. Mit Schreiben vom 14. März 2023 setzte die Swiss4net Holding AG (nachfolgend: Swiss4net) das Sekretariat darüber in Kenntnis, dass Swisscom in mehreren Gebieten, in denen erstere ein Glasfasernetz ausbaue bzw. bereits betreibe, Hauseigentümer anschreibe mit dem Ziel eines parallelen Glasfaserausbaus. Dabei mache Swisscom gegenüber den Hauseigentümern in den betroffenen Gemeinden unrichtige bzw. jedenfalls irreführende Angaben zum eigenen Netzausbau.⁴⁶

42. Mit Eingabe vom 23. März 2023 setzte Swisscom das Sekretariat darüber in Kenntnis, dass der Vertrag der Glasfaser-Partnerschaft mit Salt neu verhandelt und an die zu P2P-Netzarchitektur geänderte Netzbauweise angepasst worden sei.⁴⁷

43. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 4. April 2023 ein weiteres Auskunftsbegehren an Swisscom betreffend Rückfragen zum Datensatz mit den P2MP-Umsätzen und den von Swisscom geltend gemachten Rechtfertigungsgründen. Auf dieses Auskunftsbegehren antwortete Swisscom mit Schreiben vom 26. April 2023.⁴⁸ Mit Schreiben vom 9. Juni 2023 forderte das Sekretariat Swisscom auf, zusätzlich eine Referenztabelle zum Datensatz einzureichen. Diese reichte Swisscom am 15. Juni 2023 in elektronischer Form ein.⁴⁹

44. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 10. Mai 2023 ein Auskunftsbegehren an Swisscom und [...]. Auf dieses Auskunftsbegehren antwortete [...] mit Eingabe vom 19. Mai 2023 und Swisscom mit Schreiben vom 31. Mai 2023.⁵⁰

45. Die Zusendung des Antrags des Sekretariats an die Parteien sowie die Zusendung einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version des Antrags und jeweils einer verfügbaren Verwendungsbeschränkung an die Verfahrensbeteiligten Init7 und SFN zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erfolgte mit Schreiben vom 18. Juli 2023 respektive vom 14. August 2023.⁵¹ Darin wurde den Parteien auch eine Frist zum Stellen von Beweisanträgen gesetzt. Zugleich wurde eine Anhörung vor der WEKO für den 20. November 2023 in Aussicht gestellt.

46. Mit Schreiben vom 1. September 2023 stellte Swisscom drei weitere Beweisanträge. Erstens sei ein Sachverständigengutachten gemäss Art. 12 Bst. e VwVG und/oder ein Amtsbericht des BAKOM zur heute in Europa vorherrschenden Topologie der Glasfasernetze einzuholen. Zweitens sei ein Sachverständigengutachten gemäss Art. 12 Bst. e VwVG zur zeitlichen Verzögerung einzuholen, welche als Folge der Pflicht entstehen würde, das bestehende Glasfasernetz in eine P2P-Topologie umzubauen und neu Glasfasernetze nur noch in einer P2P-Topologie zu bauen. Drittens sei die Anzahl Anschlüsse mit einer Bandbreite von 25 Gbit/s zu erheben, die aktuell in der Schweiz von Endkunden ge-

nutzt werden. Gleichzeitig wurde darüber informiert, dass Swisscom im vorliegenden Verfahren künftig von der Walder Wyss AG vertreten werde.⁵²

47. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2023 nahm Init7 und mit Schreiben vom 16. Oktober 2023 nahmen Swisscom und SFN zum Antrag des Sekretariats vom 18. Juli 2023 Stellung.⁵³

48. Mit Schreiben vom 8. November 2023 erhielten Swisscom, Init7 und SFN eine Einladung für die Anhörungen vor der WEKO vom 20. November 2023. Für Befragungen wurden Christoph Aeschlimann (CEO), [...], Alfred Künzler (CEO) von Init7 sowie Andreas Waber (CEO) von SFN jeweils mit Schreiben vom 8. November 2023 zur Anhörung formell vorgeladen. Gleichzeitig forderte das Sekretariat Swisscom im Namen der WEKO auf, ein Datenupdate der mit P2MP-Anschlüssen erzielten Umsätze, aktualisierte Listen der Kooperationen und einen konkreten Umsetzungsvorschlag für gestaffelte Umbaupflichten einzureichen.⁵⁴

49. Mit Schreiben vom 9. November 2023 reichte Swisscom unaufgefordert eine Studie des Beratungsunternehmens Altman Solon zum Glasfaserausbau in Europa und der dabei verwendeten Netzarchitektur sowie den regulatorischen Vorgaben ein.⁵⁵

50. Mit Schreiben und elektronischer Eingabe vom 17. November 2023 reichte Swisscom das Datenupdate der mit P2MP-Anschlüssen erzielten Umsätzen ein und unterbreitete der WEKO einen konkreten Vorschlag zum gestaffelten Umbau der P2MP-Anschlüsse.⁵⁶

51. Am 20. November 2023 fanden Anhörungen vor der WEKO statt.⁵⁷ Mit Schreiben vom 21. November 2023 reichte Swisscom nachträgliche Anmerkungen zu den Befragungsprotokollen ein.⁵⁸ Die Protokolle der Anhörungen wurden den Parteien im Rahmen der Akteneinsicht vom 18. Dezember 2023 zugestellt.⁵⁹

⁴⁵ Vgl. act. 932, Wholesale Produkt Info 01/2023.

⁴⁶ Vgl. act. 935.

⁴⁷ Vgl. act. 942.

⁴⁸ Vgl. act. 952 und 961.

⁴⁹ Vgl. act. 982 und 987.

⁵⁰ Vgl. act. 965, 966, 971 und 974.

⁵¹ Vgl. act. 999, 1008 und 1009.

⁵² Vgl. act. 1018.

⁵³ Vgl. act. 1024, 1025 und 1026.

⁵⁴ Vgl. act. 1034–1040.

⁵⁵ Vgl. act. 1041, Altman Solon, July 2023, «Pan-European Fiber Rollout: The most effective way forward», <www.altmansolon.com/de/insights/eu-fiber-rollout> (5.1.2024).

⁵⁶ Vgl. act. 1049 und 1050.

⁵⁷ Vgl. act. 1052.

⁵⁸ Vgl. act. 1054.

⁵⁹ Vgl. act. 1060.

52. Akteneinsicht erfolgte mit Schreiben vom 5. Januar 2021⁶⁰, 26. Februar 2021⁶¹, 9. März 2021⁶², 10. Mai 2021⁶³, 30. Juni 2021⁶⁴, 4. August 2021⁶⁵, 7. September 2021⁶⁶, 9. Februar 2022⁶⁷, 13. April 2022⁶⁸, 19. Juli 2022⁶⁹, 15. September 2022⁷⁰, 16. November 2022⁷¹, 30. März 2023⁷², 26. Mai 2023⁷³, 17. Juli 2023⁷⁴ und 18. Dezember 2023.⁷⁵

A.2.3.1 Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (EVR)

53. Mit Telefonat vom 16. Februar 2021 kündigte Swisscom Gesprächsbereitschaft hinsichtlich der Modalitäten der Umsetzung der von der WEKO beschlossenen vorsorglichen Massnahmen an. Daraufhin wurden die Rahmenbedingungen für Gespräche zwischen dem Sekretariat und Swisscom festgelegt und im Anschluss fanden zwischen Februar 2021 und November 2022 fortlaufend Besprechungen statt.⁷⁶

54. Mit E-Mail vom 28. April 2021 informierte Swisscom das Sekretariat sowie den damaligen Präsidenten der WEKO über die Glasfaser-Partnerschaft zwischen Swisscom und Salt.⁷⁷

55. Mit Schreiben vom 14. Mai 2021 stellte Swisscom dem Sekretariat weitere Informationen zur Lancierung des Wholesaleprodukts «C-ALO» per 1. Mai 2021 sowie Standard Projektverträge zur «Glasfaser-Partnerschaft» für Salt und Dritte zu und bat gleichzeitig im Rahmen einer einstweiligen aktualisierten Einschätzung um eine kartellrechtliche Würdigung des Sekretariats im Lichte der geänderten Ausgangslage.⁷⁸ Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 teilte das Sekretariat Swisscom mit, dass der neue Lösungsvorschlag der «Glasfaser-Partnerschaft» daraufhin geprüft werde, ob dieser hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen zielführend sei. Das Sekretariat wies darauf hin, dass für eine einvernehmliche Regelung eine zielführende Lösung notwendig sei.⁷⁹

56. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Rz 15) gelangte Swisscom mit Schreiben vom 21. Oktober 2021 an das Sekretariat und den damaligen Präsidenten der WEKO mit der Bitte um Erörterung der Situation für den Glasfasernetzausbau in der Schweiz und um Besprechung des weiteren Vorgehens.⁸⁰

57. Mit E-Mail vom 27. November 2021 reichte Swisscom dem Sekretariat Informationen zu bestehenden FTTH-Ausbaukooperationen und «FTTH On Demand» sowie Zusatzinformationen zum Lösungsvorschlag von Swisscom bezüglich eines virtuellen Layer 1-Zugangs ein.⁸¹

58. Gegen Ende der Gespräche über die von Swisscom geforderten Eckpunkte einer möglichen einvernehmlichen Regelung drängte Swisscom einerseits darauf, dass sich das Sekretariat auf eine Position festlege, und bemängelte andererseits, dass das Sekretariat trotz einer sehr breiten Informationsbasis weitere Rückfragen stelle.⁸² Gleichzeitig ersuchte Swisscom das Sekretariat um Fristerstreckung für die Beantwortung von für die Ermittlung des Sachverhalts relevanten Fragestellungen.⁸³ Swisscom vertrat die Meinung, dass die bisher zur Verfügung gestellten Daten ausreichend sein sollten, um die Eckpunkte einer einvernehmlichen Regelung definieren zu können.⁸⁴

59. Am 12. Dezember 2022 teilte Swisscom dem Sekretariat telefonisch mit, dass sich der Verwaltungsrat gegen den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ausgesprochen habe.⁸⁵

60. Im Zuge der Verhandlungen über eine mögliche einvernehmliche Regelung ist Swisscom mit verschiedenen Lösungsvorschlägen an das Sekretariat herangetreten, welche im Anschluss mithilfe von Abklärungen und Befragungen von Marktteilnehmern einer Prüfung unterzogen wurden (nachfolgend: Markttest).

A.2.3.2 Markttest Lösungsvorschlag Farbentbündelungsangebot «C-ALO»

61. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 2. März 2021 Auskunftsbegleichen an Sunrise, Salt, Init7 und SFN hinsichtlich des von Swisscom in Aussicht gestellten möglichen Layer 1-Zugangs mittels Farbentbündelung «C-ALO» und forderte Swisscom mit E-Mail vom 1. März 2021 auf, weitere Informationen zu liefern.⁸⁶ Zur Wahrung allfälliger Geschäftsgeheimnisse von Swisscom im Zusammenhang mit dem Lösungsvorschlag «C-ALO» wurden die Fragebögen vorab Swisscom zugesandt.⁸⁷

62. Die befragten FDA beantworteten die Auskunftsbegleichen mit Schreiben vom 15. März 2021 bis zum 19. März 2021.⁸⁸

63. Mit E-Mail vom 4. März 2021 und vom 9. März 2021 reichte Swisscom weitere Informationen zur Farbentbündelung ein.⁸⁹

64. Daraufhin stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 4. März 2021 weitere Auskunftsbegleichen an die Gerätehersteller Nokia, Huawei, ZTE und Adtran bezüglich der WDM (Wavelength Division Multiplexing) PON-Technologie.

⁶⁰ Vgl. act. 39, 45 und 47.

⁶¹ Vgl. act. 87.

⁶² Vgl. act. 119 und 120.

⁶³ Vgl. act. 203.

⁶⁴ Vgl. act. 308, 310 und 315.

⁶⁵ Vgl. act. 331.

⁶⁶ Vgl. act. 337.

⁶⁷ Vgl. act. 525.

⁶⁸ Vgl. act. 574.

⁶⁹ Vgl. act. 729.

⁷⁰ Vgl. act. 792 und 800.

⁷¹ Vgl. act. 864.

⁷² Vgl. act. 947.

⁷³ Vgl. act. 973.

⁷⁴ Vgl. act. 999.

⁷⁵ Vgl. act. 1060.

⁷⁶ Vgl. act. 82, 85, 89, 94, 102, 107, 113, 117, 119, 120, 127, 194 – 197, 205, 206, 208, 215, 216, 336, 342 und 583.

⁷⁷ Vgl. act. 192.

⁷⁸ Vgl. act. 205 und 206, Rz 21.

⁷⁹ Vgl. act. 208.

⁸⁰ Vgl. act. 361.

⁸¹ Vgl. act. 390.

⁸² Vgl. act. 831.

⁸³ Vgl. act. 833.

⁸⁴ Vgl. act. 843.

⁸⁵ Vgl. act. 888.

⁸⁶ Vgl. act. 89, 95, 96, 97 und 98.

⁸⁷ Vgl. act. 89.

⁸⁸ Vgl. act. 135 (Init7), act. 152 (Sunrise), act. 156 und 157 (SFN), act. 158 und 159 (Salt).

⁸⁹ Vgl. act. 102 und 123.

65. Drei der vier befragten Gerätehersteller beantworteten die Auskunftsbegleichen mit Schreiben vom 17. März 2021 bis zum 31. März 2021.⁹⁰

66. Die um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Versionen der Stellungnahmen zum Lösungsvorschlag wurden im Zuge der Akteneinsicht laufend Swisscom zur Kenntnis weitergeleitet.⁹¹

A.2.3.3 Markttest Lösungsvorschläge Farbentbündelungsangebot «C-ALO» und «Glasfaser-Partnerschaft»

67. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 19. Mai 2021 ein Auskunftsbegleichen an Salt, mit Schreiben vom 21. Mai 2021 Auskunftsbegleichen an Sunrise, SFN und Init7 sowie mit Schreiben vom 25. Mai 2021 Auskunftsbegleichen an weitere 22 FDA hinsichtlich des Farbentbündelungsangebots «C-ALO» von Swisscom und der Möglichkeit eines Layer 1-Zugangs mittels eines eigenen PON-Baums nach dem Vorbild der am 29. April 2021 bekanntgegebenen Glasfaser-Partnerschaft zwischen Swisscom und Salt.

68. Die befragten FDA beantworteten die Auskunftsbegleichen mit Schreiben vom 2. Juni 2021 bis zum 10. September 2021. Bei vier FDA wurde aufgrund spezieller Voraussetzungen auf die Beantwortungspflicht des Fragebogens verzichtet.⁹²

69. Die um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Versionen der Stellungnahmen zum Lösungsvorschlag wurden zur Akteneinsicht an Swisscom weitergeleitet.⁹³

A.2.3.4 Markttest Lösungsvorschlag «virtueller Layer 1-Zugang FANS»

70. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 13. Dezember 2021 Auskunftsbegleichen an Sunrise, Salt und 18 weitere FDA hinsichtlich eines möglichen virtuellen Layer 1-Zugangs basierend auf der FANS-Technologie.⁹⁴

71. Die befragten FDA beantworteten die Auskunftsbegleichen mit Schreiben vom 21. Dezember 2021 bis zum 14. Januar 2022.⁹⁵

72. Der Bitte von Swisscom vom 14. Dezember 2021, die Befragung auf drei weitere Unternehmen auszuweiten, wurde mit E-Mail vom 16. Dezember 2021 und der Begründung, dass diese Unternehmen gemäss Informationen von Swisscom keine Nachfrager des Layer 1-Produkts «ALO» sind, vorläufig abgelehnt.⁹⁶

73. Die um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Versionen der Stellungnahmen zum Lösungsvorschlag wurden Swisscom zur Akteneinsicht laufend weitergeleitet.⁹⁷

74. Mit Schreiben vom 28. Januar 2021 reichte Swisscom eine durch sie vorgenommene summarische Einordnung der bisher eingegangenen Fragebogenantworten und ein erstes Fazit ein, mit dem Ersuchen, die Eingabe unpräjudiziell zu behandeln und nicht zu den Akten zu nehmen.⁹⁸

75. Auf Anfrage von Swisscom teilte das Sekretariat mit Schreiben vom 12. April 2022 Swisscom mit, dass das von Swisscom angedachte FANS-Produkt «V-ALO» aktuell nicht als zielführende Lösung angesehen werde und mit dessen Umsetzung die vorsorglichen Massnahmen

men der WEKO nicht als eingehalten angesehen werden könnten.⁹⁹

A.2.3.5 Markttest Lösungsvorschlag «Geschäftskunden»

76. Das Sekretariat stellte mit Schreiben vom 1. Juni 2022 Auskunftsbegleichen an 19 FDA, welche bis auf zwei Ausnahmen Layer 1-Produkte und andere Vorleistungsprodukte von Swisscom beziehen. Inhalt der Auskunftsbegleichen war die Bedeutung des physischen Zugangs zur Netzinfrastruktur im Geschäftskunden- und im Privatkundenbereich. Die befragten FDA beantworteten die Auskunftsbegleichen mit Schreiben vom 13. Juni 2022 bis zum 20. Juli 2022, wobei von sieben der befragten kleineren FDA, für welche die Beantwortung des Fragebogens fakultativ war, zwei Stellung genommen haben.¹⁰⁰ Der Fragebogen sowie die um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Versionen der Stellungnahmen zum Lösungsvorschlag «Geschäftskunden» wurden Swisscom zur Akteneinsicht weitergeleitet.¹⁰¹

⁹⁰ Vgl. act. 103 bis 106 sowie die entsprechenden Stellungnahmen act. 144 und 145 (Nokia), act. 146 und 147 (Adtran), act. 170 und 171 (Huawei).

⁹¹ Vgl. act. 148, 160 und 172.

⁹² Vgl. Swisscom Medienmitteilung vom 29. April 2021, <www.swisscom.ch/de/about/news/2021/04/29-glasfaser-partnerschaft.html#ms-multipageStep-newsletter> (15.1.2024); vgl. act. 211, 217–220, 223, 228, 229, 235, 302, 303, 305 und 328 sowie die entsprechenden Stellungnahmen act. 237 und 238 (SFN), act. 239 (SWW), act. 243 und 244 (Init7), act. 245 und 251 (IWB), act. 247 und 248 (Quickline), act. 249 und 250 (Improware), act. 252 und 253 (Teraline), act. 254, 255 und 341 (Salt), act. 256 und 257 (CKW), act. 258 und 259 (WWZ), act. 260 und 261 (Colt), act. 262, 287 und 313 (VTX), act. 264 und 267 (Sunrise), act. 268 und 269 (GGA), act. 272 und 273 (Ticinocom), act. 274 und 275 (BSE), act. 284 und 285 (NTS), act. 290 (Leucom), act. 294 (Thenet), act. 297 und 298 (GIB-Solutions), act. 299 (Nimag).

⁹³ Vgl. act. 308 und 331.

⁹⁴ Fixed Access Network Sharing (FANS). Für weitere Informationen siehe Broadband Forum <www.broadband-forum.org/download/TR-370.pdf> und <www.broadband-forum.org/marketing/download/MR-453.pdf> (15.1.2024).

⁹⁵ Vgl. act. 430, 431, 836 bis 838 sowie die entsprechenden Stellungnahmen act. 445 (Nimag), act. 445 (GIB-Solutions), act. 447 (CKW), act. 448 (WWZ), act. 449 (Salt), act. 451 (BSE), act. 464 und 470 (Init7), act. 466 (Teraline), act. 471 (Quickline), act. 479 (iWay), act. 481 (NTS), act. 483 (SFN), act. 484 (IWB), act. 485 (GGA), act. 491 (ImproWare), act. 493 und 499 (Thenet), act. 494 (Sunrise), act. 507 (VTX), act. 842 (Colt), act. 840 (Ticinocom) und act. 841 (Leucom).

⁹⁶ Vgl. act. 415, 432 und 436.

⁹⁷ Vgl. act. 839, 450, 452, 455, 456, 468, 472, 486, 488, 495, 498, 501 und 518.

⁹⁸ Vgl. act. 512.

⁹⁹ Vgl. act. V28 und 573.

¹⁰⁰ Vgl. act. 609 bis 627 sowie die entsprechenden Stellungnahmen act. 641 (GIB Solutions), act. 642 und 698 (Green), act. 673 (CKW), act. 674 (Salt), act. 696 (NTS Workspace), act. 705 (IWB), act. 706 (Colt), act. 707 (VTX), act. 712 und 722 (Init7), act. 713 (Thenet), act. 717 und 734 (Sunrise), act. 718 (BSE), act. 724 (Teraline) und act. 727 (iWay).

¹⁰¹ Vgl. act. 600, 606, 663, 672, 684, 703, 704, 708, 709, 716, 721, 726, 728 und 735.

A.2.3.6 Lösungsvorschlag «SFN-Rangiermodell»

77. Mit Schreiben vom 2. Juni 2021 trat SFN mit einer möglichen Ausbauvariante einer Glasfasernetzinfrastruktur mit einem rangierbaren P2MP-Netz (nachfolgend: SFN-Rangiermodell) an das Sekretariat heran, worauf das Sekretariat SFN mit Schreiben vom 17. September 2021 ein Auskunftsbegleichen zustellte.¹⁰²

78. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2021 beantwortete SFN das Auskunftsbegleichen.

79. Betreffend das SFN-Rangiermodell fanden am 26. Januar 2022 ein Treffen zwischen dem Sekretariat, SFN [...] sowie ein weiteres Treffen am 15. Juni 2022 zwischen dem Sekretariat und SFN statt (vgl. Rz 85 f.).¹⁰³

80. Mit Schreiben vom 9. März 2022 reichte SFN zusätzliche Informationen und Erkenntnisse zum SFN-Rangiermodell ein und stellte als am Verfahren im Sinne von Art. 43 KG beteiligte Partei (vgl. Rz 21) nachfolgendes Rechtsbegleichen:¹⁰⁴

1. *Swisscom sei zu verpflichten, ihre FTTH-Ausbauprojekte im Rahmen von Kooperationen (Bau, Betrieb und Finanzierung) anderen Infrastruktur- und Plattformbetreibern zu öffnen.*
2. *Swisscom sei zu verpflichten, in ihren FTTH-Netzen anderen Anbietern einen physisches Layer 1 Wholesale-Netzzugang anzubieten, sofern dieser nicht von einem Kooperationspartner angeboten wird.*
3. *Zum von SFN vorgeschlagenen FTTH Ausbaumodell sei ein Markttest durchzuführen und es sei dieses hernach einer einvernehmlichen Regelung zuzuführen.*
4. *SFN sei das Recht einzuräumen, zum Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission Stellung zu nehmen.*

81. Mit Schreiben vom 9. März 2022 und vom 16. März 2022 leitete das Sekretariat die Eingaben von SFN [...] zu einer möglichen schweizweiten Branchenlösung Swisscom zur jeweiligen Stellungnahme weiter.¹⁰⁵

82. Mit Medienmitteilung vom 29. März 2022 informierte SFN die Öffentlichkeit über den Vorschlag einer schweizweiten Branchenlösung von SFN.¹⁰⁶

83. Mit Schreiben vom 29. März 2022 nahm Swisscom zum SFN-Vorschlag Stellung und beantragte, dass die Anträge von SFN abzuweisen seien. Insbesondere sei SFN keine Parteistellung einzuräumen und keine Akteneinsicht zu gewähren.

84. Mit Schreiben vom 2. Mai 2022 leitete das Sekretariat die Stellungnahme von Swisscom SFN zur Stellungnahme weiter.

85. Mit Schreiben vom 25. Mai 2022 nahm SFN Stellung dazu und bat um eine Besprechung, um dem Sekretariat ihr beabsichtigtes Geschäftsmodell vorzustellen.

86. Am 15. Juni 2022 fand diesbezüglich eine Besprechung zwischen SFN und dem Sekretariat statt.¹⁰⁷

87. Das Sekretariat beantwortete mit Schreiben vom 25. Oktober 2022 die Beratungsanfrage von SFN vom

4. Oktober 2022 betreffend das Rangiermodell von SFN und die Anforderungen eines Layer 1-Zugangs.¹⁰⁸

88. Mit E-Mail vom 8. November 2022 wurde die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Beratungsantwort Swisscom zur Kenntnis zugestellt.¹⁰⁹

89. Mit Schreiben vom 9. November 2022 reichte Init7 beim Sekretariat unaufgefordert eine Stellungnahme zum SFN-Rangiermodell ein, worauf SFN mit Schreiben vom 16. November 2022 dem Sekretariat eine Richtigstellung zur entsprechenden Medienmitteilung von Init7 zukommen liess.¹¹⁰

90. Einer möglichen Lösung im Rahmen eines rangierbaren Glasfasernetzes, wie dies von SFN in Erwägung gezogen wird, stand Swisscom zurückhaltend bzw. eher ablehnend gegenüber.¹¹¹ Der von SFN aufgeführte Vorschlag wurde von Swisscom gegenüber dem Sekretariat nie [...] ins Spiel gebracht, weshalb für diesen Vorschlag auch keine Marktbefragung durchgeführt wurde.

A.2.3.7 Anfragen von Swisscom an das Sekretariat im Rahmen der Untersuchung

91. Im Laufe der Untersuchung gelangte Swisscom mit verschiedenen Beratungsanfragen an das Sekretariat.

92. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2021 stellte Swisscom dem Sekretariat eine Beratungsanfrage betreffend die von Swisscom angebotene Erschliessungsmöglichkeit «FTTH on Demand» zu.

93. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2021 lehnte das Sekretariat die Beantwortung der Beratungsanfrage mit Verweis auf die Swisscom bereits im Zusammenhang mit früheren Bürgeranfragen mitgeteilte Einschätzung des Sekretariats sowie die laufende Untersuchung ab.¹¹²

94. Mit Schreiben vom 26. April 2022 stellte Swisscom dem Sekretariat eine Beratungsanfrage betreffend P2MP-Ausbau in Gebieten, in denen ein Layer 1-Zugang durch einen Drittanbieter angeboten wird. Mit Schreiben vom 28. Juni 2022 beantwortete das Sekretariat die Anfrage von Swisscom.¹¹³

95. Mit Schreiben vom 2. Mai 2022 stellte Swisscom dem Sekretariat eine Beratungsanfrage betreffend P2MP-Ausbau bei Neubauten. Mit Schreiben vom 12. Mai 2022 beantwortete das Sekretariat die Anfrage von Swisscom.¹¹⁴

¹⁰² Vgl. act. 237, 238 und 344.

¹⁰³ Vgl. act. 547, 359 und 657.

¹⁰⁴ Vgl. act. 544 und 545.

¹⁰⁵ Vgl. act. 546, 561 und 562.

¹⁰⁶ Vgl. SFN, Kompromiss für nationale FTTH Glasfaser-Branchenlösung vom 29.3.2022, <www.swissfibrenet.ch/fileadmin/user_upload/swissfibrenet/Medienmitteilungen/20220329_WEKO_Swisscom_Kompromiss_SF_N_V6_final.pdf> (15.1.2024).

¹⁰⁷ Vgl. act. V23, V24, 580, 584, 603 – 605 und 657.

¹⁰⁸ Vgl. RPW 2023/1, 106 ff., *Rangierbares Glasfasernetz*.

¹⁰⁹ Vgl. act. 852.

¹¹⁰ Vgl. act. 855 – 857 und 865.

¹¹¹ Vgl. act. 580.

¹¹² Vgl. act. 408 und 444.

¹¹³ Vgl. act. 403, 407, 581, 682 und 683.

¹¹⁴ Vgl. act. 585 und 591.

96. Mit Schreiben vom 30. Juni 2022 gab das Sekretariat gegenüber Swisscom eine Einschätzung zur Konstellation «Liegenschaften ohne bestehende Festnetzinfrastruktur» ab.¹¹⁵

97. Mit Schreiben vom 22. August 2022 gab das Sekretariat gegenüber Swisscom Einschätzungen zur Konstellation «Komplettsanierung eines Gebäudes» und zur Konstellation «Umleitung der Trasse im Bereich des Gebäudeanschlusses» ab.¹¹⁶

98. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2022 gab das Sekretariat gegenüber Swisscom eine Einschätzung zur Konstellation «Rückbau Kupferkabelinfrastruktur im Bereich «Inhouse» durch den Eigentümer einer Liegenschaft» ab.¹¹⁷

A.3 Relevanter Sachverhalt

99. Für die Beschreibung des vorliegend relevanten Sachverhalts werden die Bedeutung eines physischen Zugangs zur Glasfasernetzinfrastruktur sowie die Möglichkeiten, einen solchen physischen Zugang im Markt bereitzustellen, aufgezeigt.

A.3.1 Zentrale Begriffsdefinitionen

100. Das ISO-OSI¹¹⁸-Referenzmodell ist ein so genanntes offenes Protokoll, welches die logischen und physikalischen Regeln der elektronischen Kommunikation zwischen einem Sendegerät und einem Empfängergerät definiert. Das ISO-OSI-Referenzmodell ist ein sieben-schichtiges Modell, wobei die unteren (Layer 1 bis 4) transportorientierte Schichten und die oberen (Layer 5 bis 7) anwendungsorientierte Schichten darstellen.¹¹⁹ Nachfolgend werden die für die Beurteilung des Sachverhalts relevanten Schichten (Layer) des ISO-OSI Referenzmodells erläutert.

101. **Layer 1:** Als Layer 1 bezeichnet man die Bitübertragungsschicht im ISO-OSI Referenzmodell. Hierunter fallen alle mechanischen, elektrischen, optischen und alle weiteren funktionalen Hilfsmittel, um physische Datenübertragungsverbindungen zu aktivieren, sie aufrecht zu erhalten, Signale (Bits) zu übertragen und zu deaktivieren. In der Regel wird unter einem Layer 1-Zugang der Zugang zur physischen Datenübertragungsinfrastruktur (z.B. Kupferkabel oder Glasfaserkabel) verstanden, um diese mit eigenen Sende- und Empfangsgeräten zu betreiben.

102. **Layer 2:** Als Layer 2 bezeichnet man die Sicherungsschicht im ISO-OSI Referenzmodell. Auf dieser Schicht gewährleisten die jeweils über ein Übertragungsmedium (z.B. Glasfaserkabel) direkt miteinander verbundenen Geräte eine zuverlässige Datenübertragung und regeln den Zugriff auf das Übertragungsmedium. In der Regel werden unter einem Layer 2-Zugang Datenübertragungsdienste verstanden, welche bei einer Netzbetreiberin in bestimmten Ausprägungen nachgefragt werden können.

103. **Layer 3:** Als Layer 3 bezeichnet man die Vermittlungsschicht im ISO-OSI Referenzmodell. Auf dieser Schicht wird die Vermittlung der Daten über die einzelnen Verbindungsabschnitte und Netzknoten hinweg vorgenommen (Routing). Dabei kommen zur Weiterleitung der Daten verschiedene Übertragungsverfahren

und Protokolle wie etwa das Internet Protokoll (IP) zur Anwendung.

A.3.2 Gängige Glasfasernetzarchitekturen

104. Unter der Netztopologie wird die typische Anordnung und physikalische Verbindung von Geräten in einem Netzwerk verstanden.¹²⁰ Während es für gesamte Netzwerke (wie beispielsweise Unternehmensnetzwerke) eine Reihe von verschiedenen Topologien gibt, kommen für die leitungsgebundenen Glasfasernetzinfrastrukturen im Anschlussbereich, d.h. zwischen Netzan-schluss der Teilnehmer (OTO) und den einzelnen Hauptverteilern der Netzbetreiber, typischerweise lediglich die beiden Topologien bzw. Netzarchitekturen Punkt-zu-Punkt (P2P; so genannte «Active Optical Networks» AON) und Punkt-zu-Multipunkt (P2MP; so genannte «Passive Optical Networks» PON) in Frage. Dabei versteht man unter PON ein optisches Zugangsnetz zwischen der Anschlusszentrale und den Hausanschlüssen, das ohne aktive Stromversorgung auskommt. Bei einer P2P-Netzarchitektur wird zwischen dem Hauptverteiler und den Teilnehmeranschlüssen jeweils eine separate durchgehende Leitung verlegt. Dies wird auch als Sternstruktur bezeichnet. Bei einer P2MP-Netzarchitektur wird eine vom Hauptverteiler ausgehende Leitung an einem gewissen Punkt in mehrere Leitungen verzweigt und es wird lediglich ab der Verzweigung eine separate durchgehende Leitung bis zum Teilnehmeranschluss verlegt. Dies wird auch als Baumstruktur bezeichnet. Der Einfachheit halber und aus Gründen der besseren Lesbarkeit werden für die Netztopologie nachfolgend hauptsächlich die Begriffe P2P bzw. P2MP verwendet.

105. Bei P2P besteht, wie dies bei den auf Kupferkabel betriebenen Telefonnetzen früher der Fall war, eine durchgehende Leitung pro Anschluss von der Anschlusszentrale bis in den Haushalt. Auf AON basierende Übertragungstechnologien können das vollständige Potenzial (u.a. die Übertragungsgeschwindigkeit) der Glasfaserleitung für jeden einzelnen Anschluss nutzen, da dedizierte Glasfasern vorhanden sind. Zudem ist es möglich, für jeden einzelnen Anschluss individuell eine andere Übertragungstechnologie zu nutzen oder einzelne Leitungen einem Dritten zu überlassen. P2P Strukturen stellen das in der Schweiz typische durchgängige Vierfasermodell (vgl. hierzu die vereinfachte schematische Darstellung in Abbildung 3) sowie das ursprünglich von den EVU geplante Einfasermodell in Sternstruktur dar.¹²¹

¹¹⁵ Vgl. act. 691 und 692.

¹¹⁶ Vgl. act. 772.

¹¹⁷ Vgl. act. 822.

¹¹⁸ OSI ist die Abkürzung von Open Systems Interconnection Reference Modell der Internationalen Organization for Standardisation (nachfolgend: ISO).

¹¹⁹ Siehe ausführlicher dazu beispielsweise RPW 2012/2, 181 Rz 130 ff. m.w.H., *FTTH Freiburg*.

¹²⁰ Vgl. <www.elektronik-kompodium.de/sites/net/0503281.htm> (15.1.2024).

¹²¹ Vgl. etwa RPW 2012/2, 209 Rz 2, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

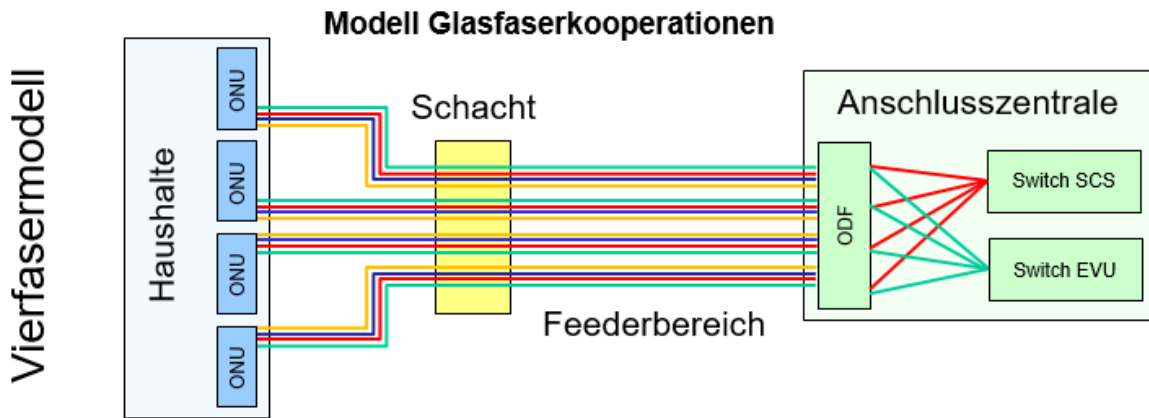


Abbildung 3: Schematische Darstellung des in Kooperationen gebauten durchgängigen Vierfasermodells

106. Bei P2MP wird für eine vorher bestimmte Anzahl von Anschlüssen nur eine Leitung von der Anschlusszentrale weggeführt und dann an verschiedenen Stellen in einzelne Leitungen aufgeteilt. Die Aufteilung erfolgt hierbei mit optischen Splittern (bzw. optischen Prismen). Bei auf PON basierenden Übertragungstechnologien teilen sich sämtliche Nutzer eines solchen Kabelbaums das Potenzial (u.a. die Übertragungsgeschwindigkeit) der Glasfaserleitung.

107. Swisscom setzt in Gebieten, in welchen sie alleine baut, spätestens seit Anfang 2020 auf P2MP bzw. eine Baumstruktur unter Verwendung der XGS-PON Technologie. Ab dem Strassenschacht bis zum Haushaltsanschluss («Drop»- und «Inhouse»-Bereich) wendet Swisscom nach eigenen Angaben weiterhin das Vierfasermodell an. Dabei werden drei der vier Glasfasern zwischen Schacht und Haushaltsanschluss lediglich als Reserve verbaut und können von Dritten nur noch ab

Schacht und nicht wie bis anhin ab der Anschlusszentrale genutzt werden. Teilweise wird der Splitter auch erst im Gebäudeeingangspunkt bzw. BEP verlegt. In dieser P2MP-Variante teilen sich sämtliche Endkunden das Potenzial (u.a. die Übertragungsgeschwindigkeit) des Kabelbaums im Feederbereich, der bis in die Anschlusszentrale reicht (vgl. Abbildung 4). Hierbei ist es nicht möglich, für einzelne Anschlüsse eine andere Übertragungstechnologie zu nutzen oder einzelne Leitungen weiteren FDA zu überlassen. Für Letztere würde zwar theoretisch die Möglichkeit bestehen, ab Schacht (bzw. BEP) eine der drei Reservefasern zu nutzen (Teilzugang ab Splitter; grün markiert). Dazu müssten die FDA allerdings vorgängig den Schacht (bzw. BEP) selbst erschliessen, was wiederum mit hohen Kosten verbunden wäre und deshalb nicht als adäquate Alternative zum physischen Zugang ab Anschlusszentrale angesehen werden kann (vgl. Rz 503).

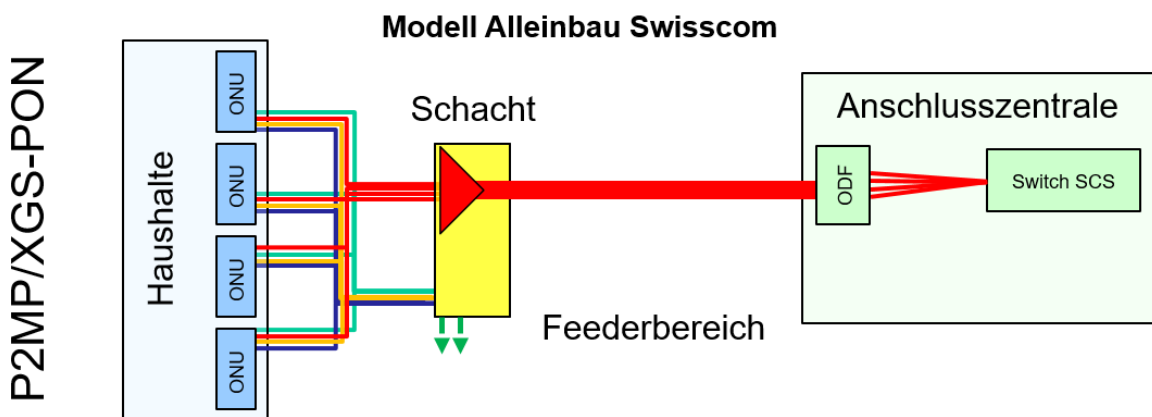


Abbildung 4: Schematische Darstellung der P2MP-Ausbauvariante mit drei Reservefasern

108. In einer P2MP-Netzarchitektur, wie sie Swisscom seit dem Wechsel der Netzbaustrategie anwendet, kann somit kein Zugang zu einzelnen Fasern des Netzwerks mehr gewährt werden. Es bestehen jedoch grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten, wie auch bei einer P2MP-Netzarchitektur der physische Zugang ab Anschlusszentrale (Layer 1-Zugang) gewährleistet werden kann (vgl. nachfolgende Abschnitte A.3.3.2.3 und A.3.3.2.4).

A.3.2.1 P2P-Netzarchitektur

109. Bei einer P2P-Verbindung besteht zwischen zwei Geräten eine einfache unverzweigte direkte physische Verbindung.¹²² Die beiden Geräte können diese Verbindung für die Kommunikation miteinander nutzen. Laufen mehrere solcher P2P-Verbindungen an einem zentralen Punkt (z.B. Switch, Server oder Distribution Mainframe) zusammen, so spricht man oft von einer Sternstruktur, bei welcher eine zentrale Netzwerkkomponente eine physische Verbindung zu allen Netzabschlusspunkten (OTO) und den daran angeschlossenen Geräten unterhält.¹²³

110. Beim Aufbau und Betrieb von Glasfasernetzwerken existiert eine Reihe von verschiedenen Standards. Hierbei ist zwischen den Übertragungsstandards und den Aufbaustandards zu unterscheiden. Die Aufbaustandards betreffen den physischen Aufbau der Glasfasernetzwerkinfrastruktur. Die Übertragungsstandards betreffen die Umwandlung der Daten in elektrische oder optische Signale, damit diese über die physischen Leitungen übertragen werden können.

111. Die Tatsache, dass jeder Nachfrager nach einem Glasfaseranschluss eine einzelne Glasfaser ab Anschlusszentrale zur Verfügung hat (vgl. Rz 105), führt zu den nachfolgenden technischen Eigenschaften von Glasfasernetzen mit P2P-Netzarchitektur:

- Einzelne Glasfasern können ab den Anschlusszentralen an Dritte vermietet werden, so dass Interessierte einen Layer 1-Zugang erhalten können.
- FDA können ihr eigenes aktives Equipment (Laser, Modem, etc.) unabhängig von der Netzbetreiberin einsetzen.
- Jedem Kunden steht die volle ungeteilte Kapazität der Glasfaserleitung zur Verfügung.
- FDA können für ihre Kunden unterschiedliche Übertragungsstandards verwenden bzw. unterschiedliche Bandbreiten anbieten unter Ausnutzung der gesamten Kapazität der zur Verfügung stehenden Glasfaserleitung.
- Bandbreitenkapazitäten und andere Übertragungsstandards können relativ einfach verändert werden, ohne dabei Anpassungen an der Netzinfrastruktur vornehmen zu müssen.
- Fehler bei der Datenübertragung können eindeutig pro Leitung identifiziert werden und entsprechend pro Kunden behoben werden, was die Fehleranfälligkeit reduziert und die Ausfallsicherheit erhöht.
- Neben den AON-spezifischen Technologien können zusätzlich auch sämtliche PON-Technologien genutzt werden.
- Die höchste derzeit in der Schweiz im Massenmarkt angebotene Bandbreite beträgt 25 Gbit/s.¹²⁴

112. Bei einem Glasfasernetz mit P2P-Netzarchitektur können PON-Technologien verwendet werden, indem die Splitter in der Anschlusszentrale verbaut werden. Neben Swisscom und Salt setzen in der Schweiz auch andere FDA die XGS-PON Technologie auf Glasfasernetzen mit P2P-Netzarchitektur ein. Dabei können die

FDA nachfrageorientiert und kostengünstig Änderungen in der Anschlusszentrale bei der bereitgestellten Bandbreite (Anpassung beim Splittingfaktor der Splitter, Einsatz verschiedener Technologien je nach Kundengruppe) vornehmen.¹²⁵

A.3.2.2 P2MP-Netzarchitektur

113. Bei der P2MP-Netzarchitektur wird für eine vorher bestimmte Anzahl von Anschlüssen nur eine Leitung von der Anschlusszentrale weggeführt und dann an einem Verteilpunkt in einzelne Leitungen aufgeteilt.¹²⁶ Die Aufteilung erfolgt hierbei mit optischen Splittern (bzw. optischen Prismen). Mittels PON teilen sich sämtliche Nutzer eines solchen Kabelbaums das Potenzial (u.a. die Übertragungsgeschwindigkeit) der Glasfaserleitung. Zudem ist es nicht möglich, für einzelne Anschlüsse eine andere Übertragungstechnologie zu nutzen oder einzelne Leitungen anderen FDA zu überlassen.

114. Die Tatsache, dass mehrere Nachfrager eines Glasfaseranschlusses eine Glasfaser ab Anschlusszentrale gemeinsam nutzen, führt zu den nachfolgenden technischen Eigenschaften von Glasfasernetzen mit P2MP-Netzarchitektur:

- Einzelne Glasfasern ab den Anschlusszentralen können nicht an Dritte vermietet werden. Allenfalls können ganze Glasfaserbäume ab den Anschlusszentralen an einzelne Dritte vermietet werden, falls solche Glasfaserbäume zur Verfügung stehen.
- Allen an einem Glasfaserbaum angeschlossenen Endkunden steht die geteilte Kapazität der Glasfaserleitung zur Verfügung.¹²⁷
- Den an einem Glasfaserbaum angeschlossenen Kunden kann jeweils nur der gleiche Übertragungsstandard unter Ausnutzung der gemeinsamen Kapazität der zur Verfügung stehenden Glasfaserleitung angeboten werden.
- Bandbreitenkapazitäten und andere Übertragungsstandards können nur dann ohne bauliche Massnahmen verändert werden, wenn hierfür die gebaute Netztopologie ausreicht. Je nach Änderung des Übertragungsstandards und der Anforderungen an die Bandbreiten (etwa eine Änderung des Splitting-Verhältnisses im Schacht) können nachträgliche bauliche Massnahmen notwendig sein.

¹²² Vgl. <www.elektronik-kompodium.de/sites/net/0503281.htm> (15.1.2024).

¹²³ Vgl. RPW 2021/1, 229 Abb. 1, *Netzbaustrategie Swisscom*.

¹²⁴ Vgl. Angebot von Init7 seit Mai 2021, <www.init7.net/de/internet/warum-init7> (15.1.2024).

¹²⁵ Siehe diesbezüglich etwa act. 851.1, S. 73.

¹²⁶ Vgl. RPW 2021/1, 229 Abb. 1, *Netzbaustrategie Swisscom*.

¹²⁷ Vgl. act. 851.1, S. 65: das WIK berechnet unter der Annahme eines Splitting-Verhältnisses von 1:64 und der «Gleichzeitigkeit der Nutzung von 20 % der angeschlossenen Nutzer zur Hauptverkehrszeit», dass auf jeden einzelnen Nutzer nur 7,8 % der Summenbandbreite entfallen, d.h. 780 Mbit/s von einer möglichen verfügbaren Kapazität von 10 Gbit/s.

- Fehler bei der Datenübertragung können nur pro Glasfaserbaum identifiziert werden. Bei Fehlern und Ausfällen können grundsätzlich alle an einem Glasfaserbaum angeschlossenen Kunden betroffen sein, auch wenn der Fehler beispielsweise nur von einem Kunden verursacht wird.
- Für die Datenübertragung stehen nur die PON-Standards zur Verfügung. AON-Standards können für die Datenübertragung nicht genutzt werden.
- Die höchste derzeit mit dem PON-Standard in der Schweiz im Massenmarkt angebotene Bandbreite beträgt 10 Gbit/s.¹²⁸
- Zumindest theoretisch besteht die Möglichkeit einer logischen Entbündelung über verschiedene Lichtfrequenzen (sogenannte Farbentbündelung, vgl. Rz 150).

115. Beim Aufbau eines Glasfasernetzes mit P2MP-Netzarchitektur sind grundsätzlich weniger Glasfaserlei-

tungen notwendig als bei einer P2P-Netzarchitektur, da ein Teil der Glasfaserleitungen (typischerweise im Bereich «Feeder») von mehreren Teilnehmern gemeinsam genutzt wird.

116. Abbildung 5 zeigt verschiedene gängige PON-Technologien (G-PON, XGS-PON und NG-PON2) und das jeweilige genutzte Farbspektrum des Laserlichts. Der XGS-PON Standard ermöglicht eine geteilte symmetrische Datenübertragung von 10 Gbit/s im Upstream und im Downstream.¹²⁹ G-PON ist der Standard für PON-Netze mit einer symmetrischen Datenübertragung von bis zu 1 Gbit/s und NG-PON2 (auch TWDM-PON¹³⁰ genannt) ist eine Weiterentwicklung dieses Standards, der eine symmetrische Datenübertragung von 40 Gbit/s sowie die parallele Nutzung verschiedener Farbspektren (Farbentbündelung) ermöglicht. Die Farbentbündelung erfolgt dabei mithilfe des Wellenlängen-Multiplexverfahrens (WDM), welches die Datenströme in Abhängigkeit von der Wellenlänge (Farbe) des Laserlichts aufteilt.

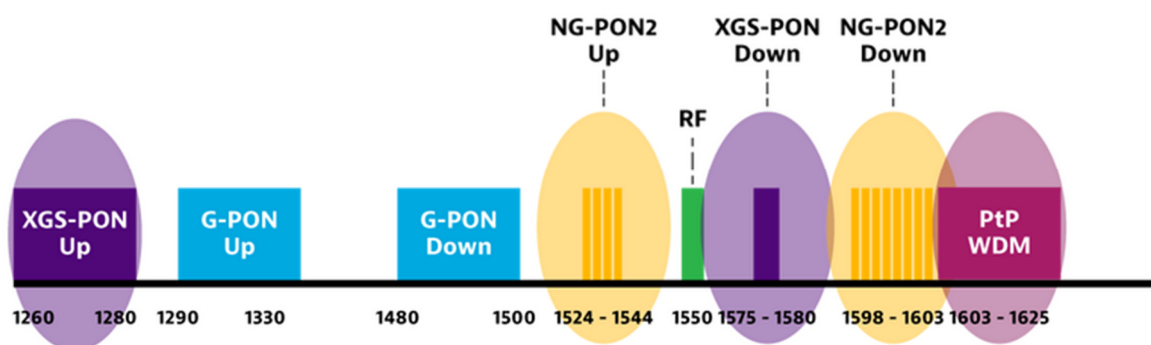


Abbildung 5: PON-Technologien: G-PON, XGS-PON und NG-PON2¹³¹

117. Aufgrund der unterschiedlichen Wellenlängen ist grundsätzlich auch eine parallele Nutzung der drei PON-Technologien auf derselben Glasfasernetzinfrastruktur möglich.

118. Im Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes werden die Gesamtdatenraten sowie die Datenraten pro Kunde für verschiedene PON-Technologien ausgewiesen.¹³² Da bei der P2MP-Netzarchitektur mehrere Kunden an einen Glasfaserbaum angeschlossen sind, ist die tatsächlich zur Verfügung stehende Datenrate geringer. Tabelle 1 zeigt dies für den Fall, dass 32 Kunden am Glasfaserbaum angeschlossen sind und von einer Gleichzeitigkeit der Nutzung von 20 % ausgegangen wird. Bei XGS-PON betragen die Datenraten pro Kunde in diesem Fall noch 1,55 Gbit/s. Auch bei noch nicht eingeführten PON-Technologien wie 50G-PON ist die tatsächliche Datenrate pro Kunde bedeutend geringer als die maximal mögliche Datenrate der PON-Technologie (Gesamtdatenraten), da den einzelnen Kunden bei der P2MP-Netzarchitektur nur die geteilte Kapazität der Glasfaserleitung zur Verfügung steht.

¹²⁸ Vgl. act. 851.1, S. 65.

¹²⁹ Vgl. <www.itu.int/rec/T-REC-G.9807.1-202302-I/en> (8.1.2024).

¹³⁰ Zeit- und Wellenlängen-Multiplex = Time and Wavelength Division Multiplex (TWDM).

¹³¹ Quelle: <www.isatel.ch/de/loesungen/passive-optische-netze> (21.6.2023).

¹³² Vgl. Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes – Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 21.3461, KfV-N, 27. April 2021 vom 28.6.2023 (nachfolgend: Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes), <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesratsgeschaefte/hochbreitbandnetz_schweiz.html> (15.1.2024).

PON-Technologie	Gesamtdatenraten Downstream / Upstream	Beispiel-Datenraten pro Kunde (32 Teilnehmer; 20 % Nutzung)
G-PON	2,5 Gbit/s / 1,25 Gbit/s	390 Mbit/s / 195 Mbit/s
XG-PON	10 Gbit/s / 2,5 Gbit/s	1,55 Gbit/s / 390 Mbit/s
XGS-PON	10 Gbit/s / 10 Gbit/s	1,55 Gbit/s / 1,55 Gbit/s
NG-PON2	40 Gbit/s / 10 Gbit/s	6,2 Gbit/s / 1,55 Gbit/s
50G-PON	50 Gbit/s / 25 Gbit/s	7,7 Gbit/s / 3,88 Gbit/s

Tabelle 1: Vergleich der Gesamtdatenraten und der Datenraten pro Kunde¹³³

119. Wird die PON-Technologie bei der P2P-Netzarchitektur eingesetzt (vgl. Rz 112), so kann das Verhältnis der Anzahl an einer Glasfaser angeschlossener Kunden flexibel an den steigenden Bandbreitenbedarf der Endkunden angepasst werden. Diese Flexibilität besteht bei einem Glasfasernetz mit P2MP-Netzarchitektur nicht, da die Splitter im Schacht verbaut sind und das Splitting-Verhältnis dementsprechend fix vorgegeben ist. Sollte sich daher bei der Nutzung der Glasfasernetzinfrastruktur herausstellen, dass diese aufgrund der zur Verfügung stehenden PON-Technologien und dem fix verbauten Splitterverhältnis nicht ausreichen sollte, so müssten bauliche Massnahmen ergriffen werden, um die Anzahl Endkunden, die über eine Feeder-Faser bzw. einen Glasfaserbaum angeschlossen sind, reduzieren zu können.

A.3.2.3 Position Swisscoms zu den gängigen Glasfasernetzarchitekturen

120. Swisscom nimmt in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2023 nicht zu den Eigenschaften der P2P- und der P2MP-Netzarchitektur Stellung. Die obigen Ausführungen bleiben daher seitens Swisscom unbestritten.

A.3.2.4 Zusammenfassung

121. Bei Glasfasernetzen wird im Wesentlichen zwischen den beiden Netztopologien Punkt-zu-Punkt (P2P bzw. AON) und Punkt-zu-Multipunkt (P2MP bzw. PON) unterschieden (vgl. Rz 104). Während bei P2P verschiedenen FDA einzelne Fasern vermietet werden können und so ein Netzzugang auf Infrastrukturebene (Layer 1-Zugang) gewährt werden kann, ist dies bei P2MP nicht der Fall (vgl. Rz 111 und 114).

A.3.3 Netzzugangsmöglichkeiten und Geschäftsmodelle

122. Damit FDA, die über keine eigene Netzinfrastruktur verfügen, im Markt gegenüber Endkunden dennoch eigene Fernmeldedienste anbieten und erbringen können, benötigen sie einen Netzzugang. Ohne eigenen Netzzugang können FDA lediglich die Fernmeldedienste einer anderen FDA (in der Regel diejenigen der Netzbetreiberin) weiterverkaufen.

123. Grundsätzlich kann zwischen verschiedenen Geschäftsmodellen unterschieden werden, welche FDA in der Schweiz anwenden können.¹³⁴ Die Arbeitsgruppe

L1B der sogenannten «FTTH-Roundtable» des BAKOM (nachfolgend: Runder Tisch) hat vereinfacht vier Geschäftsmodelle dargestellt, welche die unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten zur Glasfasernetzinfrastruktur berücksichtigen. Hierbei unterscheidet die Arbeitsgruppe zwischen den Ebenen der Bereitstellung der physischen Infrastruktur (Layer 1), der Bereitstellung von Übertragungsdiensten (Layer 2 oder 3) und der Bereitstellung von Endkundenprodukten (Retail).

124. Unter der Bereitstellung von Layer 1 versteht die Arbeitsgruppe die Bereitstellung des Zugangs zur physischen Netzwerkinfrastruktur, was bei FTTH der Glasfaserinfrastruktur entspricht und auch als «dark fibre» (also unbeleuchtete Glasfaser) bezeichnet wird. Zur Nutzung dieser Dienstleistung ist je nach Übergabepunkt eine Präsenz in den Anschlusszentralen oder in den nachgelagerten Strassenschächten notwendig.

125. Unter der Bereitstellung von Übertragungsdiensten (Layer 2 und Layer 3) versteht die Arbeitsgruppe Vorleistungsprodukte, welche für den Transport von Datenpaketen basierend auf einer physischen Infrastruktur (Layer 1) erbracht werden. Typischerweise werden auf dieser Wertschöpfungsstufe Ethernetdienste also Datenübertragungsdienste (Layer 2) oder Adressierungsdienste also IP-Dienste (Layer 3) erbracht. Zur Nutzung von IP-Diensten ist lediglich eine Präsenz an wenigen dafür vorgesehenen zentralen Zugangspunkten notwendig.

126. Unter der Bereitstellung von Endkundenangeboten (Retail) versteht die Arbeitsgruppe die letzte Wertschöpfungsstufe, welche alle Dienstleistungen umfasst, die FDA auf Basis der selbst bereitgestellten oder eingekauften Datenübertragungsdienste gegenüber Endkunden erbringen. Hierunter fallen unter anderem Marketing und Verkauf, Rechnungsstellung sowie jeglicher Kundenkontakt.

¹³³ Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes, S. 11 (Fn 132).

¹³⁴ Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe L1B zu Handen der FTTH-Roundtable vom 9.10.2009, <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf.download.pdf/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf>, S. 4 f. (15.1.2024).

127. Die Wertschöpfungsstufen in der Telekommunikation können grob unterschieden werden in die Bereiche der passiven Netzinfrastruktur (Arbeiten und Unterhalt des Errichters des Netzes; nachfolgend: Netzinfrastruktur Layer 1), der aktiven Netzinfrastruktur (Betrieb von Sende- und Empfangsgeräten, mit welchen die passive Infrastruktur genutzt wird; nachfolgend: Dienste Layer 2 u. Layer 3) sowie der Endkundenprodukte und -dienste (gegenüber Endkunden verkaufte Dienstleistungen, nachfolgend: Endkundenangebote).¹³⁵

128. Unternehmungen, die eine Netzinfrastruktur errichten und unterhalten, müssen grundsätzlich hohe Investitionskosten für die Netzinfrastruktur, deren Lebensdauer sich über mehrere Jahrzehnte erstreckt, in Kauf nehmen. Die passive Netzinfrastruktur macht in der Regel zwischen 70 % und 80 % der Gesamtkosten aus. Eigen-

tümerinnen der passiven Netzinfrastruktur können diese entweder Betreiberinnen einer aktiven Infrastruktur anbieten und/oder selbst eine aktive Netzinfrastruktur betreiben (vgl. Abbildung 8, blau dargestellt).¹³⁶ Die von Swisscom aufgebaute Glasfasernetzinfrastruktur stellt eine solche passive Netzinfrastruktur dar. Passive Netzinfrastrukturen bilden die Grundlage, mit welcher überhaupt leitungsgebundene Datenübertragungsdienstleistungen angeboten werden können. Indem FDA die Anschlusszentrale von Swisscom erschliessen, erhalten sie Zugang zur passiven Netzinfrastruktur von Swisscom (sogenannte physische Entbündelung; rot eingezeichnet) und können so eine direkte Leitung bis zum Haushalt (gelbes Haus) nutzen. Damit sind solche passiven Netzinfrastrukturen unverzichtbar für die Bereitstellung von leitungsgebundenen Datenübertragungsdiensten auf den nachgelagerten Märkten.

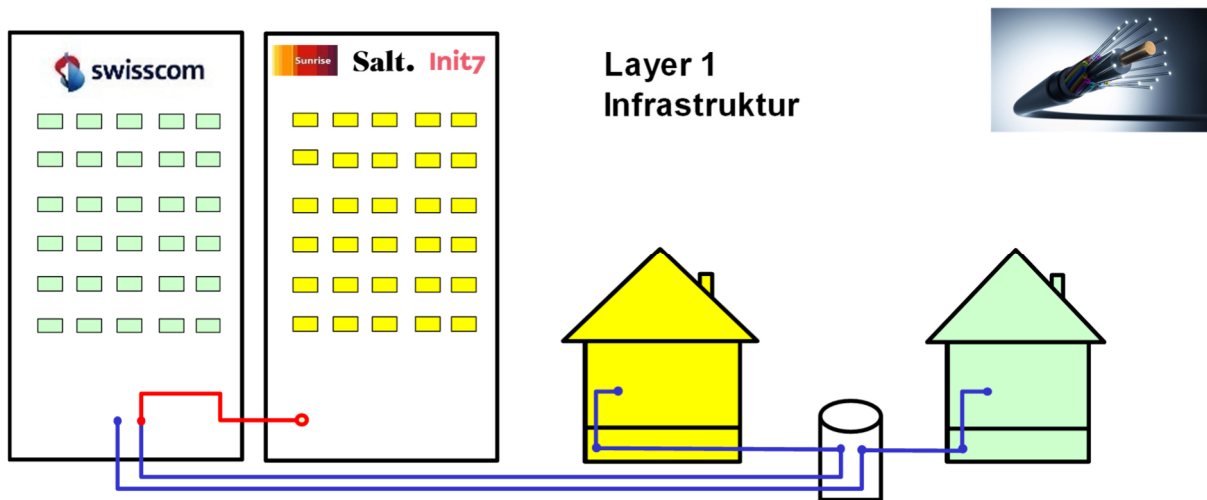


Abbildung 6: Schematische Darstellung der physischen Netzinfrastruktur

129. Betreiberinnen einer aktiven Netzinfrastruktur schliessen ihre Sende- und Empfangsgeräte (Modems) an die bestehende passive Netzinfrastruktur an und betreiben so das Netz. Sie warten die aktive Netzinfrastruktur, welche in regelmässigen Abständen den neuen technischen Gegebenheiten (verbesserte Sende- und Empfangsgeräte sowie neue Übertragungsstandards) angepasst werden muss. Die Lebensdauer der aktiven Elemente beträgt in der Regel drei bis fünf Jahre. Netzbetreiberinnen können basierend auf ihrer aktiven Netzinfrastruktur Vorleistungsprodukte oder Endkundenprodukte zur Datenübertragung anbieten (vgl. Abbildung 8). Falls eine Anschlusszentrale von Swisscom durch eine andere FDA entbündelt ist, so kann Letztere mit den eigenen Sende- und Empfangsgeräten durch die Nutzung der Netzinfrastruktur von Swisscom Haushalten leitungsgebundene Datenübertragungsdienstleistungen anbieten. Die Sende- und Empfangsgeräte in den Anschlusszentralen und den Haushalten sind rot dargestellt.

¹³⁵ Vgl. SBR-Diskussionsbeitrag 11, Vorleistungseinkauf in der Telekommunikation: Markt, White Label, Plattformen, Integration, S. 4, <www.sbr-netconsulting.com/assets/whitepapers/SBR-Diskussionsbeitrag-11-Vorleistungseinkauf-v1-0.pdf> (15.1.2024).

¹³⁶ Vgl. SBR-Diskussionsbeitrag 11, Vorleistungseinkauf in der Telekommunikation: Markt, White Label, Plattformen, Integration, S. 5, <www.sbr-netconsulting.com/assets/whitepapers/SBR-Diskussionsbeitrag-11-Vorleistungseinkauf-v1-0.pdf> (15.1.2024).

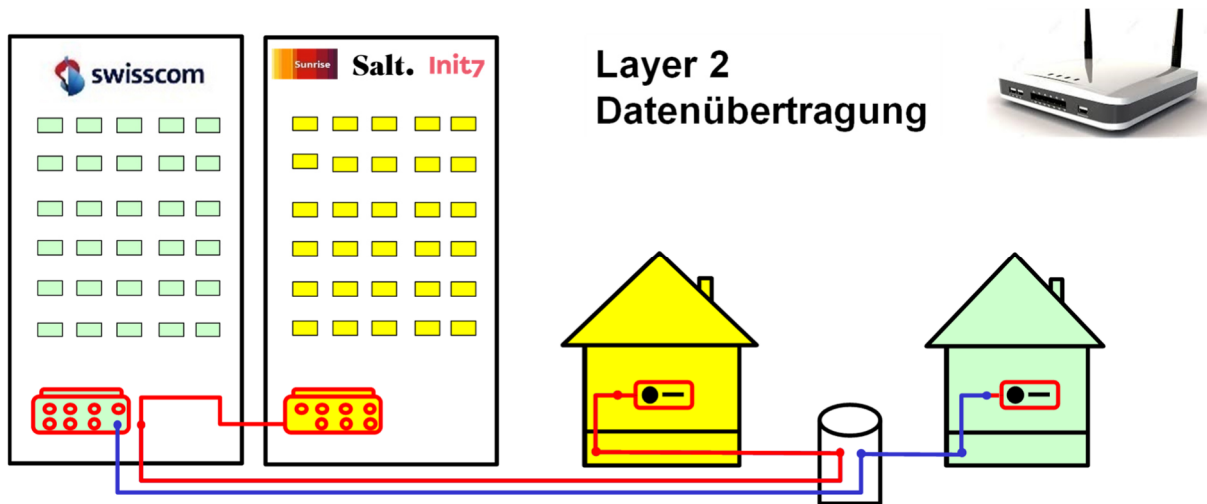


Abbildung 7: Schematische Darstellung des Betriebs der physischen Netzinfrastruktur mit eigenen Sende- und Empfangsgeräten

130. FDA bieten gegenüber Endkunden verschiedene Endkundenprodukte an. Hierzu stellen sie im Telekommunikationsbereich basierend auf verschiedenen Vorleistungsprodukten ein Produktportfolio (oft bestehend aus Breitbandinternet, Telefonie und Fernsehen) zusammen (vgl. Abbildung 8, Endkundenangebote).

131. Aus der Kombination dieser verschiedenen Wertschöpfungsstufen (vgl. Rz 127) lassen sich auf der Vorleistungsebene grundsätzlich die Geschäftsmodelle «Layer 1-Anbieterin», «Vorleistungsanbieterin» und «in-

tegrierte Vorleistungsanbieterin» sowie auf der Endkundenebene die Geschäftsmodelle «vertikal integrierte Anbieterin», «integrierte Endkundenanbieterin» und «reine Endkundenanbieterin» unterscheiden. In der Praxis sind FDA häufig in mehr als einem dieser Geschäftsmodelle tätig. So bietet etwa Swisscom – zumindest auf ihrem Glasfasernetz mit P2P-Netzarchitektur – gleichzeitig Layer 1-Angebote (vgl. Rz 486), Layer 2- und Layer 3-Dienste (z.B. BBCS) sowie eigene Endkundenangebote (z.B. blue Internet L, etc.) an.

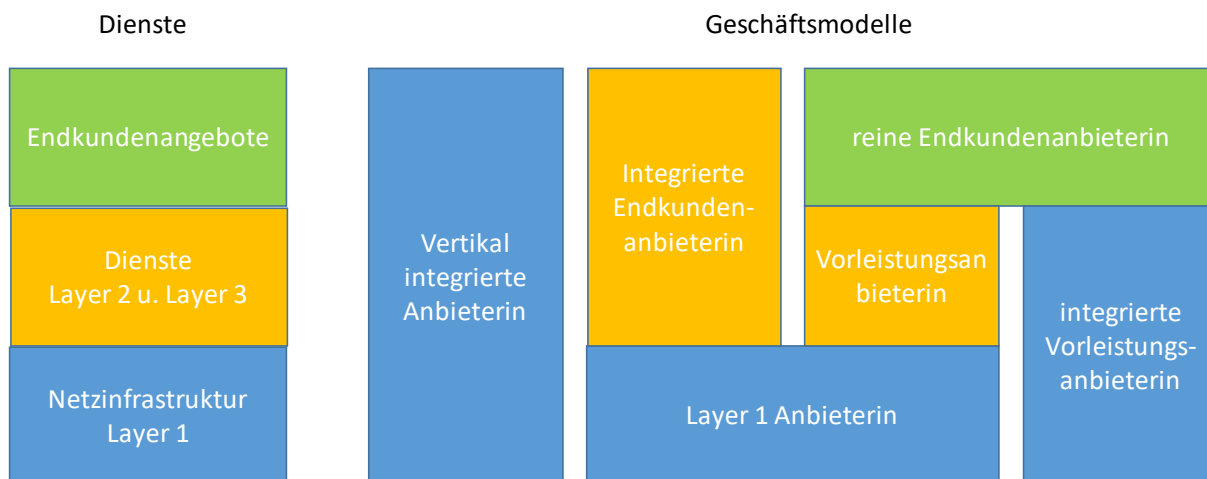


Abbildung 8: Schematische Darstellung Wertschöpfungsstufen und Geschäftsmodelle

132. Eine «vertikal integrierte Anbieterin» deckt alle Wertschöpfungsstufen ab. Sie baut eine eigene physische Netzwerkinfrastruktur, erbringt darauf aufbauend für sich selbst Vorleistungsdienste und verkauft basierend auf der selbst betriebenen Netzinfrastruktur gegenüber Endkunden Fernmeldedienste. Typische solche Anbieterinnen sind Swisscom, Sunrise und andere Kabelnetzbetreiberinnen, soweit sie ihre eigene Kabelnetzinfrastruktur nutzen.

133. Eine «Layer 1-Anbieterin» ist auf der Wertschöpfungsstufe Layer 1 tätig und bietet die von ihr errichtete

Netzinfrastruktur anderen FDA an, damit diese dort ihre Sende- und Empfangsgeräte anschliessen und Datenübertragungsdienste erbringen können. Typische Layer 1-Anbieterinnen sind neben Swisscom städtische EVU, die gemeinsam mit SFN Layer 1-Produkte anbieten oder Swiss4net. Letztere baut und betreibt in verschiedenen Schweizer Städten und Gemeinden Glasfasernetze in einer P2P-Netzarchitektur. Dabei ist Swiss4net nicht selbst als Telekomanbieterin tätig, sondern stellt interessierten FDA einen offenen, diskriminierungsfreien Netzzugang zur Verfügung. Dieser wird aktuell von den FDA

Sunrise, Salt, iWay, Init7, Colt, GIB-Solutions und Yallo genutzt.¹³⁷

134. Eine «Vorleistungsanbieterin» bietet Datenübertragungsdienste basierend auf der Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang von einer Netzbetreiberin gegenüber anderen FDA an. Eine solche Vorleistungsanbieterin ist Litecom mit der Plattform LiteXchange, die auf den Glasfasernetzen von EVU Datenübertragungsdienste und weitere Leistungen interessierten FDA bzw. «Internet Service Providern» anbietet. Litecom sieht ihre Plattform als Bindeglied zwischen Eigentümerinnen von Glasfasernetzen und verschiedenen Service Providern.¹³⁸

135. Eine «integrierte Vorleistungsanbieterin» nutzt die von ihr errichtete Netzinfrastruktur, um Datenübertragungsdienste auf Vorleistungsebene gegenüber nachfragenden FDA anzubieten. Derzeit tritt Swisscom mit Vorleistungsprodukten wie BBCS, CES, Enterprise Connect und Enterprise Connectivity Service im Markt auf. Aber auch verschiedene EVU bieten regional entsprechende Vorleistungsprodukte im Markt an.

136. Eine «integrierte Endkundenanbieterin» nutzt einen Layer 1-Zugang von einer Netzbetreiberin, um für sich selbst Dienstleistungen zu erbringen und basierend hierauf gegenüber Endkunden Fernmeldedienste anzubieten. Beispiele hierfür sind Init7, 1tv, GGA Maur, Salt, Solnet, Sunrise und VTX, soweit sie auf die Netzinfrastruktur von Swisscom oder die von anderen Layer 1-Anbieterinnen zurückgreifen.

137. Eine «reine Endkundenanbieterin» nutzt von einer anderen FDA angebotene Datenübertragungsdienste, um gegenüber Endkunden Fernmeldedienste anzubieten. Sie ist damit eine reine Wiederverkäuferin von Datenübertragungsdiensten. Typische in diesem Bereich tätige Unternehmen sind Green und iWay, welche auf der Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom das Layer 3-Produkt BBCS nachfragen.¹³⁹

A.3.3.1 P2P-Netzarchitektur

138. Auf einer P2P-Netzarchitektur können einzelne Glasfasern individuell Dritten zur Nutzung überlassen werden (vgl. Rz 109 ff.). Dabei kann die Netzbetreiberin sowohl Layer 1-Zugänge, Datenübertragungsdienste im Vorleistungsbereich als auch eigene Endkundenprodukte anbieten. Da der Netzbetreiberin damit die gesamte Wertschöpfungskette zur Verfügung steht, kann sie mit den drei Geschäftsmodellen «vertikal integrierte Anbieterin», «Layer 1-Anbieterin» und «integrierte Vorleistungsanbieterin» im Markt auftreten (vgl. Abbildung 8).

A.3.3.1.1 Layer 1-Zugang

139. Swisscom bietet unter dem Namen «Access Line Optical» (nachfolgend auch: «ALO») einen Layer 1-Dienst auf einer Glasfaser zur Erbringung von Telekommunikationsleistungen an, bei welchem der nachfragenden FDA die Glasfaserleitung zur ausschliesslichen Nutzung zur Verfügung gestellt wird. Swisscom ist dadurch mit dem Geschäftsmodell «Layer 1-Anbieterin» im Markt tätig. Soweit Swisscom ihr Glasfasernetz in Kooperation mit EVU mit einer P2P-Netzarchitektur aufgebaut hat, bieten diese ebenfalls einen Layer 1-Zugang ab ihren Hauptverteilerpunkten an (z.B. Layer 1-Angebot: «Fibre Local Loop» bzw. «FLL»).

140. In technischer Hinsicht können aufgrund der Bereitstellung einer durchgehenden Glasfaser von der Anschlusszentrale bis in die Nutzungseinheiten (nachfolgend auch: NE) sämtliche AON- und PON-Datenübertragungsstandards für die Erbringung von Endkundendienstleistungen genutzt werden. Hierbei können, um die PON-Datenübertragungsstandards zu nutzen, soweit nötig die entsprechenden passiven Netzwerkelemente (z.B. Splitter) in der Anschlusszentrale verbaut werden (vgl. zu den Möglichkeiten auch Rz 111).

141. Damit ist eine FDA in der Ausgestaltung der Datenübertragungsdienste lediglich durch die zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten der physischen Netzinfrastruktur eingeschränkt.

142. Ein solcher Layer 1-Zugang ermöglicht die Geschäftsmodelle «Vorleistungsanbieterin» und «integrierte Endkundenanbieterin».

A.3.3.1.2 Layer 2- und Layer 3-Zugang

143. Sowohl Swisscom als auch EVU bieten verschiedene Layer 2- und Layer 3-Dienstleistungen basierend auf ihren eigenen Netzinfrastrukturen bzw. ihren Layer 1-Zugängen an. Diese Datenübertragungsdienste für Dritte unterscheiden sich hinsichtlich verschiedener Parameter (wie Bandbreite, Service-Levels, etc.). Nachfrager nach Layer 2- und Layer 3-Dienstleistungen können derzeit lediglich die von Swisscom oder den EVU vorkonfigurierten Datenübertragungsdienste beziehen und diese unter eigenen Namen vermarkten und weiterverkaufen. Im Anschlussnetz, also dem Netzsegment zwischen Anschlusszentrale und Endkunden, nutzt Swisscom insbesondere den Datenübertragungsstandard XGS-PON. Dieser bildet – insbesondere im Privatkundenbereich – die Grundlage für die von Swisscom im Markt angebotenen Layer 2- und Layer 3-Dienstleistungen.

144. Wenn Swisscom anführt, dass durch die Nachfrage alternativer FDA nach Layer 2- und Layer 3-Zugängen anstelle eines Layer 1-Zugangs als Vorleistungsprodukte keinerlei Nachteile für Endkunden entstünden, da sich die Endkundenprodukte nicht unterscheiden würden,¹⁴⁰ so ist dies lediglich ein vorgeschobenes Argument. Da die alternativen FDA einzig die von Swisscom bereitgestellten Dienstleistungen an die Endkunden zu dem von Swisscom vorgegebenen Preisniveau weiterverkaufen

¹³⁷ Swiss4net betreibt aktuell P2P-Glasfasernetze in Baden, Ennetbaden, Ascona, Chiasso, Vacallo, Morbio Inferiore und Balerna. Zudem werden weitere P2P-Netze in Massagno, Morges, Pully, Unter- und Obersiggenthal sowie Wettingen gebaut. Vgl. <www.swiss4net.ch/de/#ueber-uns> und <www.baden4net.ch/de/> (8.1.2024).

¹³⁸ Vgl. act. 762 und 793, <www.litecom.ch/de/angebot/fiber-home/litexchange> (15.1.2024).

¹³⁹ Wobei iWay auf den Glasfasernetzen der Netzbetreiberin Swiss4net und SFN bzw. deren Netzpartnern auch Layer 1-Produkte nachfragt. Vgl. <www.inside-it.ch/ftth-bau-durch-swiss4net-es-gibt-keinen-haken-20220613>, <www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/dokumentation/zahlen-und-fakten/breitbandmarkt/glasfaser.html> (15.1.2024).

¹⁴⁰ Vgl. act. 1025, Rz 134.

können, stellt dies lediglich eine Simulation von Wettbewerbsbedingungen im Endkundenmarkt dar. Die dem Endkunden suggerierte Angebotsvielfalt verschleiert, dass bei Bandbreiten, die ein Glasfasernetz voraussetzen, nur Swisscom Datenübertragungsdienste eigenständig anbietet. Der Hauptanteil an der gesamten Wertschöpfung fällt damit bei Swisscom an und es gibt dementsprechend so gut wie keinen Wettbewerb zwischen Swisscom und den anderen FDA. In Gebieten, in denen Endkunden einzig über die von Swisscom errichtete Glasfasernetzinfrastruktur erschlossen sind und Dritten der physische Zugang zu dieser Netzinfrastruktur verwehrt wird, können lediglich vorkonfektionierte Dienstleistungen von Swisscom unter einem anderen Namen vermarktet und verkauft werden.

145. Solche Layer 2- und Layer 3-Zugänge ermöglichen das Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin».

A.3.3.2 P2MP-Netzarchitektur

146. Da sich auf einer P2MP-Netzarchitektur mehrere Teilnehmeranschlüsse eine Glasfaser teilen, mit welcher sie an die Anschlusszentrale angebunden sind, können aufgrund der technischen Ausgestaltung der Infrastruktur keine einzelnen Glasfasern individuell Dritten zur Nutzung überlassen werden (vgl. Rz 113 ff.). Dies wäre bei P2MP erst nach dem Splitter möglich, falls entsprechende Reservefasern zu den Nutzungseinheiten verlegt wurden. Damit kann die Netzbetreiberin nur mit den beiden Geschäftsmodellen «vertikal integrierte Anbieterin» und «integrierte Vorleistungsanbieterin» im Markt auftreten (vgl. zu den Möglichkeiten auch Rz 114). FDA, welche auf die Vorleistungsprodukte der Netzbetreiberin angewiesen sind, können zumindest hinsichtlich des Breitbandangebots nur noch mit dem Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin» im Markt tätig werden. Sie sind damit reine Wiederverkäuferinnen vorkonfektionaler Dienstleistungen, die sie von der «integrierten Vorleistungsanbieterin» nachfragen. Gegenüber Wettbewerbern können sie sich dann nur noch über Zusatzprodukte wie TV-Angebote und das Marketing der von ihnen weiterverkauften Dienstleistungen unterscheiden.

A.3.3.2.1 Anwendbare technische Standards

147. Auf einer P2MP-Netzarchitektur sind lediglich die zur Verfügung stehenden PON-Standards für die Datenübertragung einsetzbar. Datenübertragungsstandards wie die teilweise auf einer P2P-Netzarchitektur verwendeten Ethernet-Standards, welche auf eine direkte und unverzweigte Verbindung zwischen den angeschlossenen Sende- und Empfangsgeräten angewiesen sind, lassen sich auf einer P2MP-Netzarchitektur nicht einsetzen.

148. Damit sind die technischen Innovationsmöglichkeiten auf die PON-Standards beschränkt und alle Endkundenprodukte basieren auf der von der Netzbetreiberin verwendeten PON-Technologie. Swisscom nutzt in der Schweiz aktuell hauptsächlich den XGS-PON Standard um Daten im Anschlussbereich zu den Endkunden zu übertragen. Somit stehen sämtlichen «reinen Endkundenanbieterinnen» lediglich dieser eine Datenübertragungsstandard und die vorkonfektionierten Datenübertragungsdienste zum Weiterverkauf zur Verfügung.

A.3.3.2.2 Layer 2- und Layer 3-Zugang

149. Für die Layer 2- und Layer 3-Zugänge kann vorwiegend auf die Ausführungen in Rz 143 verwiesen werden. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass auf einer P2MP-Netzarchitektur lediglich die Layer 2- und Layer 3-Dienstleistungen der Netzbetreiberin nachgefragt werden können. Zudem können von der Netzbetreiberin auf einer P2MP-Netzarchitektur nur solche Layer 2- und Layer 3-Dienstleistungen angeboten werden, welche mit dem jeweils eingesetzten PON-Standard realisiert werden können. Angebote, welche höhere Datenraten erfordern oder eine P2P-Netzarchitektur voraussetzen, können damit nicht realisiert werden.

A.3.3.2.3 Farbentbündelung

150. Bei den von der International Telecommunication Union (ITU) zertifizierten PON-Datenübertragungsstandards bietet (soweit ersichtlich) im Anschlussbereich aktuell nur der NG-PON2 Standard die Möglichkeit der Farbentbündelung, wobei bereits Empfehlungen der ITU für Nachfolgetechnologien bestehen. Dieser Standard ermöglicht die Nutzung von insgesamt vier Frequenzspektren, über welche jeweils eine Datenübertragungsleistung von 10 Gbit/s erreicht werden kann.¹⁴¹ Damit besteht bei einem Glasfasernetz mit P2MP-Netzarchitektur zumindest theoretisch eine Möglichkeit, Dritten einen physischen Zugang ab der Anschlusszentrale zu ermöglichen. In der Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 sind mögliche Entbündelungsvarianten bei einer P2MP-Netzarchitektur beschrieben.¹⁴²

151. Im Rahmen der Untersuchung wurde die technische und wirtschaftliche Machbarkeit der Farbentbündelung basierend auf dem NG-PON2 Standard evaluiert.¹⁴³ Gleichzeitig hat Swisscom die von ihr als «C-ALO» bezeichnete Dienstleistung entwickelt, mittels welcher sie ein auf Farbentbündelung basiertes Vorleistungsprodukt vermarkten wollte, wobei Swisscom für eigene Layer 2- und Layer 3-Produkte sowie für ihre Endkundenprodukte weiterhin die XGS-PON Technologie eingesetzt hätte.¹⁴⁴

152. Die Marktbefragung des Sekretariats im Rahmen der Sachverhaltsabklärung hat ergeben, dass sich das Konzept der Farbentbündelung (TWDM-PON auf Basis von NG-PON2) zumindest im Bereich des Anschlussnetzes nicht im Markt durchsetzen konnte.¹⁴⁵ In der Schweiz nutzen die bedeutendsten Nachfrager nach Layer 1-Angeboten auf der Glasfasernetzinfrastruktur entweder den XGS-PON¹⁴⁶ oder den Ethernet-Standard Gigabit-Ethernet¹⁴⁷. Da die Farbentbündelung lediglich auf dem NG-PON2 Standard bereitgestellt wird, würde

¹⁴¹ Vgl. act. 145, S. 2 ff.

¹⁴² Vgl. RPW 2021/1, 227 Rz 7 f., *Netzbaustrategie Swisscom*.

¹⁴³ Vgl. act. 95, 96, 97 und 98 sowie act. 103, 104, 105 und 106.

¹⁴⁴ Vgl. act. V3 mit Beilagen.

¹⁴⁵ Vgl. act. 135, S. 3, act. 152.1, S. 3 ff., act. 156, S. 6 ff.

¹⁴⁶ Sunrise: act. 152.1, S. 3 ff. und Salt: act. 156, S. 6 ff.

¹⁴⁷ Init7: act. 135 S. 2.

das von diesen Unternehmen eine bedeutende Umstellung erfordern, welche von Salt und Init7 als nicht wirtschaftlich und von Sunrise zumindest als wirtschaftlich fraglich bewertet wird. Gleichzeitig hätte Swisscom für ihre eigenen Vorleistungs- und Endkundenprodukte weiterhin auf die XGS-PON Technologie gesetzt, was zu einer Ungleichbehandlung zwischen Swisscom und den Nachfragern von «C-ALO» geführt hätte.

153. Seitens der befragten Gerätehersteller wurden entsprechende Sende- und Empfangsgeräte zum Zeitpunkt der Befragung entweder nicht hergestellt¹⁴⁸ oder sie sind erhältlich, werden aber meist aus Kostengründen im Markt nicht nachgefragt¹⁴⁹. Da für solches Equipment derzeit kein Massenmarkt besteht, ist die Herstellung solcher Sende- und Empfangsgeräte entsprechend teurer als die derzeit im Markt verwendeten Geräte.

154. Obwohl der NG-PON2 Standard bereits vor dem XGS-PON Standard entwickelt wurde, hat er sich aufgrund verschiedener Faktoren im Markt nicht durchgesetzt und kann daher für die Verwendung im Anschlussbereich nicht als Alternative angesehen werden. Dies insbesondere aus Gründen der eingeschränkten Verfügbarkeit von Sende- und Empfangsgeräten, der vergleichsweise hohen Kosten sowie der noch geringen Marktdurchdringung und der damit weitgehend fehlenden Verbesserungszyklen bei der Massenanwendung.

155. Die EU-Kommission hatte in ihren «Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau» von 2013 im Zusammenhang mit dem Ausbau in einer P2MP-Netzarchitektur festgehalten, dass die Netzbetreiberin einen Zugang mittels Farbentbündelung bieten müsse, sobald der Zugang standardisiert und kommerziell verfügbar sei.¹⁵⁰ Damals scheint die EU-Kommission noch davon ausgegangen zu sein, dass sich die Farbentbündelung wird durchsetzen können und damit auch auf Glasfasernetzen mit einer P2MP-Netzarchitektur ein Zugang zur physischen Netzinfrastuktur realisiert werden kann. In den aktualisierten Leitlinien aus dem Jahr 2023 hat die EU-Kommission jedoch davon Abstand genommen bzw. erwähnt die Möglichkeit der Farbentbündelung nicht mehr.¹⁵¹

156. Damit erweist sich die Farbentbündelung nicht als zielführende Lösung für die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs. Diese Einschätzung wird dadurch untermauert, dass das von Swisscom zwischenzeitlich lancierte Produkt «C-ALO» aufgrund fehlender Nachfrage wieder vom Markt genommen wurde.¹⁵²

A.3.3.2.4 Zugang zu PON-Bäumen

157. Grundsätzlich ist es möglich, dass ein Unternehmen, welches ein Glasfasernetz mit einer P2MP-Netzarchitektur errichtet, entweder alleine oder in Kooperation mehrere parallele P2MP-Netze baut. Insbesondere die am «Runden Tisch» erarbeiteten Standards zum Aufbau der Glasfasernetzinfrastuktur in den Bereichen der Hauseinführungskabel und der Gebäudeverkabelung (vgl. nachfolgend: Abschnitt A.3.4.1) würden grundsätzlich den Aufbau von vier parallelen P2MP-Netzen ermöglichen.

158. Damit könnten grundsätzlich aufgrund der im Drop- und Inhouse-Bereich verlegten vier Fasern parallel bis

zu vier Unternehmen über eine eigene P2MP-Netzarchitektur verfügen, wenn die Anschlusszentrale bzw. der Verteilknotenpunkt (POP) vom Unternehmen entsprechend erschlossen ist. Hierzu müssten allerdings auch im Feederbereich die notwendigen Fasern und entsprechende Splitter im Schacht für vier parallele P2MP-Glasfasernetze aufgebaut werden. Für jedes dieser Unternehmen sowie für die anderen FDA würden aber die Einschränkungen der Abschnitte A.3.3.2.1 und A.3.3.2.2 gelten.

A.3.3.3 Vergleich der Netzzugangsmöglichkeiten und Geschäftsmodelle

159. Während auf einer P2P-Netzarchitektur auf jeder Wertschöpfungsstufe (Netzinfrastuktur und Dienste) Zugang gewährt werden kann, kann über eine P2MP-Netzarchitektur lediglich Zugang auf Ebene Dienste gewährt werden. Dies bedeutet, FDA können entsprechende Datenübertragungsdienste als Vorleistungsprodukte bei der Netzbetreiberin nachfragen und diese danach Endkunden anbieten.

160. Das schränkt die Netzbetreiberin einer P2MP-Netzarchitektur dahingehend in ihren Geschäftsmodellen ein, dass sie keine Geschäftsmodelle anbieten kann, die auf einem Layer 1-Zugang basieren. Einer Netzbetreiberin einer P2MP-Netzarchitektur stehen daher nur die beiden Geschäftsmodelle «vertikal integrierte Anbieterin» und «integrierte Vorleistungsanbieterin» zur Verfügung. Alternativen FDA ohne eigene Netzinfrastuktur steht lediglich das Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin» zur Verfügung. Sie werden damit zu Wiederverkäufern vorkonfektionierter Dienstleistungen der Netzbetreiberin.

161. In technischer Hinsicht sind die Netzbetreiberinnen bei einer P2MP-Netzarchitektur auf die PON-Datenübertragungsstandards beschränkt. Datenübertragungsstandards, für welche die physische P2MP-Netzarchitektur (z.B. aufgrund des Splitterverhältnisses oder weil eine P2P-Netzarchitektur vorausgesetzt wird) nicht geeignet ist, lassen sich nicht anwenden. Wenn beispielsweise die Nachfrage nach Bandbreite aufgrund des gewählten bzw. verfügbaren PON-Datenübertragungsstandards und des Splitterverhältnisses nicht mehr in ausreichendem Masse gedeckt werden kann, so bleibt für der Netzbetreiberin lediglich die Anpassung der physischen Netzinfrastuktur.

162. Eine solche Anpassung ist in einer P2P-Netzarchitektur nicht notwendig. Die einmal gebaute Glasfasernetzinfrastuktur kann also grundsätzlich bis zum Ende ihrer Nutzungsdauer bzw. bis zur Ablösung durch eine andere Basistechnologie (wie z.B. Kupferkabel durch Glasfaserkabel) betrieben werden.

¹⁴⁸ Huawei, act. 170, S. 8.

¹⁴⁹ Adtran, act. 147, S. 2 und Nokia, act. 145, S. 6.

¹⁵⁰ Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, (2013/C 25/01), Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Fn 118.

¹⁵¹ Mitteilung der Kommission vom 31.1.2023, (2023/C 36/01), Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen.

¹⁵² Vgl. act. 810, Rz 41.

163. Zudem können in einer P2P-Netzarchitektur andere FDA für alle Nutzungseinheiten einen physischen Zugang bei der Netzbetreiberin nachfragen, für welche sie Datenübertragungsdienste anbieten möchten. Die FDA bezieht hierfür die notwendige Anzahl Layer 1-Zugänge und setzt ihr eigenes aktives Equipment ein, um den entsprechenden Endkunden Breitbandinternet anzubieten. Dabei können verschiedene Glasfaserleitungen zwischen Anschlusszentrale und Nutzungseinheit von einer FDA flexibel zu einem eigenständigen Teilnetz zusammengeschlossen werden. Da die Glasfaserleitungen bei der P2P-Netzarchitektur durchgehend sind und einer FDA jeweils die volle ungeteilte Kapazität der Glasfaserleitung zur Verfügung steht, können eine Vielzahl an FDA eine Anschlusszentrale erschliessen und Endkunden eigene Datenübertragungsdienste anbieten. Theoretisch könnte also jede Nutzungseinheit von einer anderen FDA bedient werden. In der Realität wird diese Zahl aufgrund anderer Faktoren wie etwa dem Platzangebot in der Anschlusszentrale oder den betriebswirtschaftlichen Überlegungen der FDA geringer sein (vgl. nachfolgend Rz 227 f.). Zusammenfassend ermöglicht eine P2P-Netzarchitektur grundsätzlich einer beliebigen Anzahl der in der Schweiz aktiven FDA basierend auf dem Zugang zur physischen Netzinfrastruktur als Netzbetreiberin und damit als integrierte Endkundenanbieterin oder Vorleistungsanbieterin (vgl. Abbildung 8) tätig zu sein.

164. Bei einer P2MP-Netzarchitektur können lediglich so viele FDA mit eigenem aktiven Equipment im Markt tätig sein, wie P2MP-Netze zur Verfügung stehen. Mit dem Antrag in der Stellungnahme von Swisscom, die vorliegende Untersuchung einzustellen und die vorsorglichen Massnahmen der WEKO vom 14. Dezember 2020 sofort aufzuheben¹⁵³, möchte Swisscom erreichen, dass sie in den Alleinbaugebieten lediglich ein P2MP-Netz aufbauen darf. Dies würde dazu führen, dass Swisscom in diesen Gebieten – soweit keine alternative Netzinfrastruktur besteht – die einzige Netzbetreiberin wäre und sämtliche anderen FDA lediglich als Wiederverkäuferinnen von Swisscom-Dienstleistungen tätig sein könnten.

A.3.3.4 Stellungnahme Swisscom zu den Netzzugangsmöglichkeiten und Geschäftsmodellen

165. Die in Abschnitt A.3.3 gemachten Ausführungen zu den sich unterscheidenden Netzzugangsmöglichkeiten bei Glasfasernetzen mit P2P- und P2MP-Netzarchitektur und den entsprechenden verfügbaren Geschäftsmodellen für die Netzbetreiberin und Dritte bleiben von Swisscom unbestritten. Damit wird von Swisscom die durch eine Verweigerung eines Layer 1-Zugangs resultierende Beschränkung alternativer FDA auf die Rolle als Wiederverkäuferinnen, soweit sie keinen eigenständigen Zugang zu einer kabelgebundenen Netzinfrastruktur haben, nicht bestritten.

166. Swisscom argumentiert jedoch, dass eine P2MP-Netzarchitektur durchaus Innovationen erlauben würde. Hierzu führt sie auf, welche technologischen Entwicklungen auf einer P2MP-Netzarchitektur in der Vergangenheit stattgefunden haben und in Zukunft zu erwarten sind. Dabei verweist Swisscom darauf, dass die Hersteller Huawei und Nokia bereits Equipment basierend auf

PON-Technologien anbieten würden, mit welchem Bandbreiten von 25 Gbit/s bzw. 50 Gbit/s möglich wären und betont dabei wiederum die Möglichkeit der Farbentbündelung.¹⁵⁴

167. Diese Vorbringen von Swisscom gehen am Untersuchungsgegenstand vorbei und sind für die Beurteilung des Verhaltens von Swisscom vorliegend nicht massgeblich. Es ist unbestritten, dass sich sowohl die auf einer P2MP- als auch einer P2P-Netzarchitektur einsetzbaren Datenübertragungstechnologien mit der Zeit weiterentwickeln. Das ist aber für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts irrelevant, da für die Markteinführung solcher neuer Übertragungsstandards in der Schweiz und damit für die Einführung von Innovationen ein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur notwendig ist. Baut Swisscom ihr Glasfasernetz in einer P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte aus, so hat lediglich Swisscom einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur. Entsprechend bleibt es einzig Swisscom vorbehalten, ob und zu welchem Zeitpunkt sie solche Innovationen in der Schweiz flächendeckend einführt. Nur wenn andere FDA Zugang zur physischen Netzinfrastruktur haben, können sie technische Innovationen bei der Datenübertragungstechnik einführen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die heute auch von Swisscom standardmässig eingesetzte XGS-PON Technologie in der Schweiz als erstes von Salt – einer FDA ohne eigene Netzinfrastruktur – eingesetzt wurde (vgl. hierzu auch nachfolgend Rz 381 ff.).

168. Wenn Swisscom im Zusammenhang mit Innovationen zudem behauptet, die Schweiz würde bei einer Untersagung des Glasfaserausbaus durch Swisscom in einer P2MP-Netzarchitektur zu einer «Topologie-Insel» werden, was für Innovationen nach Meinung von Swisscom fatal wäre¹⁵⁵, stellt dies wiederum eine wahrheitswidrige Parteibehauptung dar. Auf einer P2P-Netztopologie bzw. P2P-Netzarchitektur können sowohl Ethernet-Standards, die eine P2P-Netzarchitektur voraussetzen, als auch PON-Technologien eingesetzt werden (vgl. Rz 112). Damit kann von einer innovationshemmenden «Topologie-Insel», wie dies Swisscom glaubhaft zu machen versucht, keine Rede sein.

A.3.3.5 Zusammenfassung

169. FDA, die einen Zugang zu einer physischen Netzarchitektur haben, können über den Anschluss entsprechender Sende- und Empfangsgeräte und deren Betrieb eigenständig Datenübertragungsdienste erbringen und somit eigene Dienstleistungen sowohl Vorleistungskunden als auch Endkunden anbieten. Das führt dazu, dass sie nicht an die verwendete Technologie der Netzbetreiberin gebunden sind, sondern durch andere Sende- und Empfangsgeräte oder den an diesen Geräten verwendeten Datenübertragungsstandards selbst Innovationen im

¹⁵³ Vgl. act. 1025, Antrag 1.

¹⁵⁴ Vgl. act. 1025, Rz 141 ff.

¹⁵⁵ Vgl. act. 1025, Rz 148.

Markt einführen können (vgl. Rz 129 und 134). Die Beispiele von Salt (vgl. nachfolgend Rz 381 ff.) und Init7 (vgl. Fn 124) zeigen, dass in der Vergangenheit neue Technologiestandards in der Schweiz gerade durch innovative FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur, und nicht durch Swisscom, eingeführt wurden.

170. FDA, die keinen Zugang zu einer physischen Netzinfrastruktur haben, können Datenübertragungsdienste lediglich von einer Vorleistungsanbieterin nachfragen und diese z.B. zusammen mit weiteren Zusatzleistungen Geschäftskunden oder Privatkunden anbieten.

171. Eine P2MP-Netzarchitektur bietet nur einer einzigen FDA (meist der Netzbetreiberin) den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur, so dass andere FDA, welche die Netzinfrastruktur nutzen wollen, lediglich Datenübertragungsdienste bei dieser einen Netzbetreiberin einkaufen und praktisch unverändert weiterverkaufen können. Die Wertschöpfungstiefe ist bei FDA, welche Layer 2- oder Layer 3-Produkte der Netzbetreiberin nachfragen, dementsprechend relativ gering. Das gesamte Innovationspotenzial in Bezug auf die Telekommunikationstechnik bleibt daher der Netzbetreiberin vorbehalten. Bei einer P2P-Netzarchitektur hingegen kann grundsätzlich beliebig vielen FDA der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur gewährt werden, was diesen eine grössere Auswahl an Geschäftsmodellen und die Möglichkeit technischer Innovationen, wie z.B. die Einführung neuer Übertragungsstandards, bietet (vgl. Rz 111 i.V.m. 127, Rz 163 sowie nachfolgend 492).

A.3.4 Rahmenbedingungen des Glasfaserausbau in der Schweiz

172. In der Schweiz planten EVU seit 2006 den Aufbau eines Glasfasernetzes im Anschlussbereich bis zu den Haushalten (FTTH).¹⁵⁶ Unter Vermittlung der ComCom wurde unter anderem am «Runden Tisch» zwischen EVU, FDA und Kabelnetzbetreiberinnen die Einigung erzielt, in der Schweiz ein Vierfasernetzwerk als Standard aufzubauen, das sogenannte Vierfasermodell bzw. Mehrfasermodell.¹⁵⁷

A.3.4.1 Glasfaserstandard in der Schweiz

173. Die am «Runden Tisch» vereinbarten Glasfaserstandards für die Schweiz wurden in insgesamt fünf Arbeitsgruppen erarbeitet.¹⁵⁸ Ziel war es, Doppelspurigkeiten zu vermeiden, Wettbewerb zu stimulieren, einen schnelleren und koordinierten FTTH-Ausbau zu ermöglichen, Investitionen durch Marktteilnehmer zu fördern, Netzzugang für alle Anbieterinnen sicherzustellen (open access) und einheitliche technische Standards zu erarbeiten.¹⁵⁹

174. Zwei Arbeitsgruppen (L2 und L2B) befassten sich mit den für die Industrie relevanten Punkten für den Zugang zu den Diensten und zu Layer 2.¹⁶⁰ Zwei weitere Arbeitsgruppen (L1 und L1B) befassten sich mit der FTTH-Erschliessung sowie der Frage, an welchen Punkten die FDA ihre Dienste in ein FTTH-Netz einspeisen bzw. eine Glasfaser mieten würden und welche Kosten die Netzzusammenschaltung (nachfolgend: Interkonnektion) an diesen Übergabepunkten verursachen würde. Eine weitere Arbeitsgruppe (Arbeitsgruppe 3) befasste sich mit Vertragsfragen.

175. Hinsichtlich des Ausbaus der FTTH-Infrastruktur wurde eine Regulierung erarbeitet, welche in der «technischen Richtlinie betreffend FTTH-Installationen in Gebäuden, physikalischen Medien der Schicht 1» beschrieben wird.¹⁶¹ Darin werden die technischen Standards zur Verlegung der Glasfaserkabel in den Bereichen der Hauseinführungskabel (nachfolgend: «Drop») und der Gebäudeverkabelung (nachfolgend: «Inhouse») beschrieben.

176. In den Bereichen «Drop» und «Inhouse» hat sich die Branche auf den Ausbau eines Vierfasermodells bzw. Mehrfasermodells geeinigt, was bedeutet, dass in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» mindestens vier Glasfasern pro Nutzungseinheit verlegt werden sollen.¹⁶²

177. Hinsichtlich des Zugangs zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur haben sich die Mitglieder der Arbeitsgruppe darauf geeinigt, dass FDA sowohl auf der physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) als auch auf der Ebene der Vorleistungsdienste (Layer 2 oder 3) Zugangsmöglichkeiten erwarten.¹⁶³ Zudem war sich die Arbeitsgruppe einig, dass die in die Entbündelung des Kupfernetzes getätigten Investitionen optimal weitergenutzt werden können, wenn die Entbündlerinnen ein Layer 1-Angebot mindestens ab den Swisscom Anschlusszentralen erhalten würden.¹⁶⁴ Damit waren sich die Mitglieder der Arbeitsgruppe einig, dass Dritte einen Layer 1-Zugang erhalten sollten. Mitglieder der Arbeitsgruppe waren Colt, EWZ, Groupe E, Sierre Energie, Sankt Galler Stadtwerke, Sunrise, Swisscom, Valaiscom und VTX.

¹⁵⁶ RPW 2012/2, 209 Rz 2, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

¹⁵⁷ RPW 2012/2, 209 Rz 2, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*; vgl. auch <www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/themen/festnetz/ftth.html> (3.4.2023).

¹⁵⁸ Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekomunikation/technologie/verlegung-der-glasfaser-in-der-schweiz/arbeitsgruppen-ftth.html> (15.1.2024).

¹⁵⁹ Vgl. <www.news.admin.ch/news/message/attachments/25403.pdf>, Folie 4 (15.1.2024).

¹⁶⁰ Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekomunikation/technologie/verlegung-der-glasfaser-in-der-schweiz/arbeitsgruppen-ftth.html> (15.1.2024).

¹⁶¹ Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/tc/technische_richtlinienbetreffendftth-installationengebaeudenph.pdf.download.pdf/technische_richtlinienbetreffendftth-installationengebaeudenph.pdf> (15.1.2024).

¹⁶² Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), insb. Abschnitt 4.3 i.V.m. 4.3.1 sowie Abschnitt 6, <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/tc/technische_richtlinienbetreffendftth-installationengebaeudenph.pdf.download.pdf/technische_richtlinienbetreffendftth-installationengebaeudenph.pdf> (15.1.2024).

¹⁶³ Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), S. ii, <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf.download.pdf/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf> (15.1.2024).

¹⁶⁴ Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), S. ii, <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf.download.pdf/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf> (15.1.2024).

178. Auf die Frage, wie man sicherstelle, dass ein Layer 1-Angebot sowohl im Strassenschacht als auch in der Ortszentrale/Trafostation flächendeckend (dort wo Glasfasern verlegt sind) zur Verfügung stehe, antwortete die Arbeitsgruppe, dass ein flächendeckendes Angebot nicht per se sichergestellt werden könne.¹⁶⁵ Die Firmen, die Geld in den FTTH-Netzbau investierten, würden selbst entscheiden, ob und gegebenenfalls welches Layer 1-Angebot sie machen würden. Einigkeit bestand jedoch darüber, dass es hilfreich wäre, wenn netzbauende Unternehmen in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet eine Verpflichtungserklärung abgeben würden, den Zugang auf Layer 1 anzubieten. Swisscom hatte zum damaligen Zeitpunkt eine solche Erklärung als vorstellbar bezeichnet und war bereit (auch im Sinne derjenigen EVU, die damals schon beabsichtigten, ein Layer 1-Angebot zu machen), ebenfalls ein solches bereitzustellen. In der Folge hat sich Swisscom beim Glasfaserausbau bis zur Ankündigung der Änderung ihrer Netzbaustrategie an die gemeinsame Absichtserklärung gehalten und entsprechend einen Layer 1-Zugang angeboten.

179. Hinsichtlich der Frage, wie man Infrastruktur so kostengünstig wie möglich durch eine Optimierung der Anzahl der Übergabepunkte oder unter Ausweitung der bestehenden Infrastruktur baue, bestand Einigkeit darüber, dass minimale Kosten für den Bau des Glasfasernetzes dann erreicht würden, wenn die vorhandenen Infrastrukturen optimal ausgenutzt würden.¹⁶⁶ Zudem müsse im Allgemeinen der Layer 1-Zugang an den Swisscom Ortszentralen erfolgen.

180. Die ersten flächendeckenden FTTH-Glasfasernetze wurden durch EVU in Kooperation mit Swisscom errichtet, wobei die Kooperationspartner auf das Mehrfasernetzmodell mit einer P2P-Netzarchitektur setzten.¹⁶⁷

181. Swisscom hat am 6. Februar 2020 im Rahmen der Bilanzmedienkonferenz die neue Netzbaustrategie von Swisscom bis Ende 2025 vorgestellt. Demnach solle bis Ende 2025 die Glasfaserabdeckung (FTTH) in Haushalten und Geschäften gegenüber 2019 verdoppelt werden (FTTH-Ausbau gemäss Swisscom 2019: 1,5 Millionen Wohnungen und Geschäfte). 50–60 % aller Wohnungen und Geschäfte könnten bis dann eine Bandbreite von bis zu 10 Gbit/s nutzen.¹⁶⁸ Swisscom verwendet für die Datenübertragung seit November 2019 die XGS-PON Technologie, was geteilte Bandbreiten von bis zu 10 Gbit/s ermöglicht.¹⁶⁹

182. Im Unterschied zum bisherigen Ausbau des Glasfasernetzwerkes in der Schweiz (typischerweise als Kooperation zwischen Swisscom und regionalen EVU) nach dem Vierfasernetzmodell mit offenem Netzzugang plante Swisscom den weiteren Netzausbau neu in einer P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte durchzuführen. Dies insbesondere in Regionen, in denen Swisscom selbstständig baut. Damit hat sich Swisscom von der am «Runden Tisch» gefundenen gemeinsamen Absichtserklärung, welche sich in der Folge zum Branchenstandard entwickelt hat, einseitig abgewandt.

183. Verschiedene regionale Kabelnetzbetreiberinnen und Elektrizitätsversorgungsunternehmen haben in der Schweiz ebenfalls ihr HFC-Netz auf ein FTTH-Netz umgerüstet oder auf ihrer Netzinfrastruktur zusätzlich ein

FTTH-Netz gebaut. Hierbei zeigt sich allerdings ein recht heterogenes Bild. Einige dieser zumeist regional tätigen Unternehmen haben ihr Netz in einer P2P-Netzarchitektur errichtet¹⁷⁰, andere haben ihr Netz in einer P2MP-Netzarchitektur ausgebaut.¹⁷¹ SFN hält in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2023 fest, dass die Kabelnetzunternehmen und EVU, welche ihr Netz in einer P2MP-Netzarchitektur gebaut hätten, dieses nicht nach der von Swisscom verwendeten P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte, sondern nach der P2MP-L1-Netzarchitektur bzw. nach dem Rangiermodell gebaut hätten, bei dem ein Layer 1-Zugang für Dritte möglich sei.¹⁷²

184. Es besteht daher in der Schweiz grundsätzlich keine einheitliche Netzbauweise in der einen oder anderen Netzarchitektur. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass in der Vergangenheit die grosse Mehrzahl der Anschlüsse in der P2P-Netzarchitektur erstellt wurden – insbesondere diejenigen, welche Swisscom in Kooperation mit den EVU in den grossen Schweizer Städten gebaut hat. Aufgrund der gemeinsamen Absichtserklärung am «Runden Tisch» und des bis zur Änderung der Netzbaustrategie vorangetriebenen Glasfasernetzausbaus in einer P2P-Netzarchitektur wird die P2P-Netzarchitektur auch als Branchenstandard in der Schweiz bezeichnet. Lediglich einzelne regionale Kabelnetzbetreiberinnen haben bis zum angekündigten Strategiewechsel von Swisscom ihre HFC-Netzinfrastuktur bzw. Teile davon in ein Glasfasernetz mit P2MP-Netzinfrastuktur umgebaut; wobei zu berücksichtigen ist, dass bei der P2MP-Netzarchitektur nach dem Rangiermodell ein Layer 1-Zugang für Dritte grundsätzlich in einem gewissen Umfang möglich ist.

A.3.4.2 Fernmelderechtliche Rahmenbedingungen

185. Gemäss Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen gewähren. Das betrifft gemäss

¹⁶⁵ Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), S. 6, <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf.download.pdf/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf> (15.1.2024).

¹⁶⁶ Vgl. Standards bzw. Empfehlungen der Arbeitsgruppen FTTH (FTTH-Roundtable), S. 6, <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf.download.pdf/bericht_der_arbeitsgruppe1bzuhandenderftth-roundtable.pdf> (15.1.2024).

¹⁶⁷ RPW 2012/2, 222 Tabelle 6, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

¹⁶⁸ Vgl. Swisscom, Medienmitteilung vom 6. Februar 2020, <www.swisscom.ch/de/about/news/2020/02/06-netzausbaustrategie-von-swisscom.html>, <www.swisscom.ch/de/about/news/2020/02/06-results-2019.html> (15.1.2024).

¹⁶⁹ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/ueberwholesale/aktuelles/xgspon.html> (15.1.2024).

¹⁷⁰ Vgl. z.B. <www.localnet.ch>, <www.daniken.ch/de/portrait/kommunikationsnetz> oder <www.elektra-sins.ch/sinser-glasfasernetz/> (15.1.2024).

¹⁷¹ Vgl. z.B. <www.intergga-ag.ch> oder <ewk.ch/kommunikation/ewk-kommunikation> (15.1.2024).

¹⁷² Vgl. act. 1026, S. 4 f.

Art. 11 Abs. 1 Bst. a den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung. Der Gesetzgeber hat sich gegen die Einführung einer technologieneutralen Regulierung ausgesprochen. Damit ist in der Schweiz der Zugang zur Glasfasertechnologie von der fernmelderechtlichen Spezialregulierung der Doppelader-Metalleitung ausgenommen.

186. Im Rahmen der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes wurde in der Schweiz der Schwerpunkt auf die Förderung des Wettbewerbs bei der Infrastruktur gelegt.¹⁷³ Der Gesetzgeber hat hierbei festgehalten, dass international kompetitive Dienste nur dann erbracht werden können, wenn auch ein freier Marktzugang zu den Netzen besteht. Bei einem Infrastrukturmonopol würden genau diejenigen Probleme auftreten, die bei denjenigen Datendiensten zu beobachten seien, bei welchen der mögliche Wettbewerb durch Monopoltarife der Mietleitungen erschwert werde. Der Wille des Gesetzgebers war es, die Regelungsdichte so klein wie möglich zu halten¹⁷⁴, weshalb der Schwerpunkt der Regulierung auf die Interkonnektion gelegt wurde.

187. Auch in der anschliessenden Revision des FMG im Jahr 2003 wurde der Fokus der Regulierung darauf gelegt, Dritten einen gerechten Zugang zur Infrastruktur und zu den Diensten der beherrschenden Anbieterin (gemeint ist Swisscom) zu gewähren und ihnen zu ermöglichen, in die vielversprechendsten Technologien zu investieren.¹⁷⁵ Der Gesetzgeber hat erkannt, dass es aufgrund der sehr hohen Kosten für die Errichtung der Infrastruktur für neue Anbieterinnen schwierig, wenn nicht gar unmöglich sei, der ehemaligen Monopolistin (gemeint ist wiederum Swisscom) mit gleich langen Spiessen entgegenzutreten.¹⁷⁶ Auch bei dieser Regulierung des Fernmeldemarkts hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, den Teilnehmeranschluss zu entbündeln und damit alternativen FDA den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur zu ermöglichen. Zwar wurde auch ein Zugang zum schnellen Bitstrom unter dem Interkonnektionsregime eingeführt¹⁷⁷, dieser war aber lediglich als Einstiegstechnologie gedacht und für nachfragende FDA auf einen Zeitraum von vier Jahren beschränkt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. b aFMG [Stand 1. März 2018]). In der Botschaft zum revidierten FMG wird sogar ausgeführt, dass die ComCom neben dem im Gesetz definierten entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss bei Bedarf und soweit dies technisch machbar ist auch den vollständig entbündelten Zugang und den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss auf anderen Infrastrukturen als der Doppelader-Metalleitung auferlegt, z.B. auf Kabelnetzen, Glasfaserkabeln oder Funkverbindungen wie dem WLL (Wireless Local Loop).¹⁷⁸ Ziel der Einführung der Zugangsregulierung war es für den Gesetzgeber, dass sich alternative FDA von der einseitigen Abhängigkeit vom Grosshandelsangebot der beherrschenden Anbieterin befreien, Investitionen in die aus ihrer Sicht beste Technologie tätigen und einen direkten Kontakt zu den Kunden pflegen können, indem sie ihnen eine eigene Dienstalette anbieten.¹⁷⁹ Mit anderen Worten sollte damit wirksamer Wettbewerb durch alternative FDA geschaffen werden. Wettbewerbern sollte ermöglicht werden, nicht nur als Wiederkäuferinnen der Vorleistungsprodukte von

Swisscom aufzutreten (Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin», vgl. Abbildung 8).

188. In der Botschaft aus dem Jahr 2017 zum aktuellen FMG wurden die wettbewerblichen Herausforderungen bei einer fehlenden Zugangsregulierung benannt.¹⁸⁰ So wäre nach der darin vertretenen Meinung eine Regulierung zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs oder zur Sicherstellung des erreichten Wettbewerbsniveaus mit den auf die Doppelader-Metalleitung beschränkten gesetzlichen Möglichkeiten des FMG nicht möglich. Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass in urbanen Ballungsräumen mit den FTTH-Angeboten von Gemeinde- und Stadtwerken die Anbietervielfalt teils gestiegen sei.¹⁸¹ Aufgrund der hohen versunkenen Investitionen in den Aufbau einer Netzinfrastruktur und der Tatsache, dass sich Glasfaser mittel- bis langfristig als Übertragungsmedium für kabelgebundene Teilnehmeranschlüsse durchzusetzen scheine, bestehe die Gefahr, dass sich monopolistische Flaschenhälse entwickeln würden.¹⁸²

189. Das Parlament hat in der Folge allerdings die Einführung einer expliziten gesetzlichen Grundlage zur technologieneutralen Regulierung (geplanter Art. 11c FMG) abgelehnt und diese durch eine Pflicht des Bundesrates ersetzt, alle drei Jahre einen Evaluationsbericht zu Händen der Bundesversammlung zu erstellen (Art. 3a FMG).

190. In der parlamentarischen Debatte wurde von der SVP insbesondere die damals als zu weitgehend erachtete gesetzliche Delegation der Kompetenzen auf Vorrat an den Bundesrat, sowohl was den Zugang als auch die Festlegung von Preisen betrifft, abgelehnt.¹⁸³ Insbesondere wurde die Meinung vertreten, dass ein Wettbewerb, der funktioniert, doch nicht reguliert werden müsse.¹⁸⁴

191. Die BDP lehnte die Einführung einer technologie-neutralen Regulierung mit der Begründung ab, dass die geplante Regulierung durch den Bundesrat Infrastrukturwettbewerb sowie Investitionen und damit den freien Wettbewerb schwächen würde.¹⁸⁵

192. Die FDP unterstützte die Einführung einer technologie-neutralen Regulierung.¹⁸⁶

¹⁷³ BBI 1996 III 1405, S. 1417.

¹⁷⁴ BBI 1996 III 1405, S. 1418.

¹⁷⁵ BBI 2003 7951, S. 7952.

¹⁷⁶ BBI 2003 7951, S. 7957.

¹⁷⁷ BBI 2003 7951, S. 7969.

¹⁷⁸ BBI 2003 7951, S. 7969.

¹⁷⁹ BBI 2003 7951, S. 7970.

¹⁸⁰ BBI 2017 6559, S. 6577.

¹⁸¹ BBI 2017 6559, S. 6578.

¹⁸² BBI 2017 6559, S. 6578.

¹⁸³ Votum Nationalrat MANFRED BÜHLER, AB 2018 N 1692 / BO 2018 N 1692.

¹⁸⁴ Votum Nationalrat THOMAS HÜRTER, AB 2018 N 1693 / BO 2018 N 1693.

¹⁸⁵ Votum Nationalrat BERNHARD GUHL, AB 2018 N 1698 / BO 2018 N 1698.

¹⁸⁶ Votum Nationalrat HUGUES HILTPOLD, AB 2018 N 1695 / BO 2018 N 1695, Votum Nationalrat THIERRY BURKARD, AB 2018 N 1696 / BO 2018 N 1696.

193. Die GLP unterstützte ebenfalls die Einführung einer technologieneutralen Regulierung.¹⁸⁷

194. Für die CVP stellte sich eingangs die Frage, ob mehr miteinander konkurrierende Infrastrukturen gebaut werden oder ob es auf der bestehenden Infrastruktur mehr Wettbewerb geben solle. Deshalb wolle auch die CVP, dass die Wettbewerbssituation in Zukunft mit einem für das Parlament geeigneten Instrumentarium sichergestellt werden könne, um so letztendlich weitergehende Massnahmen ergreifen zu können.¹⁸⁸ Auch für die CVP stand zum einen der Vorbehalt des Parlaments hinsichtlich der Einführung einer Regulierung im Vordergrund und zum anderen die Investitionssicherheit dahingehend, dass in ländlichen Gebieten durch Swisscom ohne Unsicherheiten investiert werden könne.¹⁸⁹ Im Ständerat hat die CVP die Meinung vertreten, dass der Gesetzgeber mit der Regulierung das Heft selbst in die Hand nehmen solle, dann würde es kein Eingreifen der WEKO brauchen.¹⁹⁰

195. Die SP sah Swisscom in der Pflicht die Investitionstätigkeit zugunsten einer leistungsfähigeren, nachhaltigeren Grundversorgung mit einem Glasfasernetz ins Haus zu verstärken.¹⁹¹ Dennoch war die SP auch der Meinung, dass es Massnahmen für den Fall brauche, dass Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung ausnützen und Mitbewerber auf den Hybrid- und Glasfaserleitungen ausbremsen sollte.¹⁹² Trotzdem sah die SP die Investitionssicherheit und damit die flächendeckende Versorgung als wichtiges Argument gegen die vorgeschlagene Regulierung mit dem geplanten Art. 11c FMG.¹⁹³

196. Die Grüne Partei sprach sich gegen eine Regulierung zugunsten von Firmen aus, die nicht selber investieren, und es sei nicht in ihrem Interesse Swisscom zu schwächen. Die Grüne Partei sprach sich gegen eine Öffnung der Netze für Dritte zu diesem Zeitpunkt und gegen eine Delegation des Entscheids an den Bundesrat aus.¹⁹⁴

197. In der Folge wurde der geplante Art. 11c FMG durch den Art. 3a FMG ersetzt, wonach der Bundesrat der Bundesversammlung alle drei Jahre Bericht über die Entwicklungen in der Schweiz erstattet und bei Bedarf der Bundesversammlung Anträge zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs stellt.

198. Soweit damit in der Schweiz im Bereich der Glasfasertechnologie keine fernmelderechtliche Regulierung besteht, kommt in diesem Bereich die Missbrauchsaufsicht durch das Kartellgesetz zum Tragen, da diese nicht aufgrund gesetzlicher Vorgaben eingeschränkt ist (vgl. nachfolgend B.4).

A.3.4.3 Stellungnahme Swisscom zu den Rahmenbedingungen in der Schweiz

A.3.4.3.1 Runder Tisch habe keinen Branchenstandard festgelegt

199. Swisscom bringt vor, dass die Ergebnisse der Arbeitsgruppe L1 des «Runden Tisches» relevant seien und diese empfohlen habe, vom Schacht bis zu den Gebäuden («Drop»-Bereich) und innerhalb des Gebäudes bis zum Endkunden («Inhouse»-Bereich) mehrere Fasern (in der Regel vier) zu verlegen.¹⁹⁵ Hingegen habe

der «Runde Tisch» keine Empfehlung und erst recht keinen Standard für den Bereich von der Anschlusszentrale bis zum Schacht («Feeder»-Bereich) verabschiedet. Deshalb könne aus den damals geführten Diskussionen nicht abgeleitet werden, dass Swisscom heute verpflichtet sei, im Feeder eine P2P-Netzarchitektur zu bauen.¹⁹⁶

200. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 177 ff. verwiesen werden. Sowohl die EVU als auch Swisscom haben die Wichtigkeit eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) anerkannt. Swisscom hat bis zum angekündigten Wechsel der Netzbaustrategie ihr Glasfasernetz in einer Weise aufgebaut, die einen solchen Zugang ermöglicht hat. Damit hat sich in der Schweiz mit der P2P-Netzarchitektur eine Netzbauweise etabliert, welche einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) erlaubt. In der Folge wurden in der Schweiz standardisierte Layer 1-Zugangsprodukte ab den Anschlusszentralen von Swisscom bzw. den Verteilungsknotenpunkten der EVU eingeführt (vgl. Rz 139 und nachfolgend Rz 486 ff.). Unabhängig von allfälligen Beschlüssen hat sich aus den Absichtserklärungen und der entsprechenden anschliessenden Umsetzung einer P2P-Netzarchitektur durch die Teilnehmer des «Runden Tisches» ein entsprechender Branchenstandard herausgebildet, von dem Swisscom mit ihrer Ankündigung, ihre Netzbaustrategie zu ändern, abgewichen ist.

A.3.4.3.2 P2MP-Netzarchitektur sei in Europa vorherrschend

201. Swisscom führt aus, dass heute in Europa – und darüber hinaus – die P2MP-Topologie dominieren würde.¹⁹⁷ Hieraus leitet Swisscom ab, dass, wenn die P2MP-Topologie in Europa primär eingesetzt werde, sie auch in der Schweiz zulässig sein müsse.

202. Dagegen ist einzuwenden, dass die Netzbauweise im europäischen Ausland auf die kartellrechtliche Beurteilung der Netzbauweise von Swisscom in der Schweiz keinen Einfluss hat. Alleine aus der Tatsache, dass sich im Ausland ein anderer Branchenstandard entwickelt hat, lässt sich nicht ableiten, dass die Netzbauweise von Swisscom im Inland kartellrechtskonform sei. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich insbesondere aufgrund der Regulierungen, der Wettbewerbssituation und des gelebten Branchenstandards im europäischen Ausland die Ausgangslage erheblich von derjenigen in der

¹⁸⁷ Votum Nationalrat JÜRGEN GROSSEN, AB 2018 N 1697 / BO 2018 N 1697.

¹⁸⁸ Votum Nationalrat THOMAS AMMANN, AB 2018 N 1694 / BO 2018 N 1694.

¹⁸⁹ Votum Nationalrat MARTIN CANDINAS, AB 2018 N 1702 / BO 2018 N 1702.

¹⁹⁰ Votum Ständerat ISIDOR BAUMANN, AB 2018 S 827 / BO 2018 E 827.

¹⁹¹ Votum Nationalrat THOMAS HARDEGGER, AB 2018 N 1696 / BO 2018 N 1696.

¹⁹² Votum Nationalrat MATHIAS AEBISCHER, AB 2018 N 1696 / BO 2018 N 1696.

¹⁹³ Votum Ständerat CLAUDE JANIAC, AB 2018 S 826 / BO 2018 S 826.

¹⁹⁴ Votum Nationalrat MICHAEL TÖNGI, AB 2018 N 1693 / BO 2018 S 1693.

¹⁹⁵ Vgl. act. 1025, Rz 46 f.

¹⁹⁶ Vgl. act. 1025, Rz 49.

¹⁹⁷ Vgl. act. 1025, Rz 52 ff.

Schweiz unterscheidet. So gelten in der EU bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die strengen Vorgaben bezüglich des Netzzugangs nicht nur für das Kupfernetz, sondern auch für das Glasfasernetz (vgl. nachfolgend Rz 347). Wie bereits erwähnt, haben sich zudem in der Schweiz dank dem Mehrfasernetzmodell bzw. dem Branchenstandard standardisierte Layer 1-Produkte etabliert. Alternative FDA haben entsprechend bereits Investitionen in die Nutzung von Layer 1-Produkten getätigt. Dies hat es ihnen ermöglicht auch ohne eigene Netzinfrastruktur mit Inhabern der Glasfasernetze direkt in Wettbewerb zu treten. So haben alternative FDA in der Vergangenheit häufig als erste neue Technologiestandards in der Schweiz eingeführt und so für Wettbewerbsdruck sowohl in preislicher als auch technologischer Hinsicht gesorgt (vgl. nachfolgend Rz 381 ff.). Deshalb können alleine aus der Tatsache, dass im europäischen Ausland gemäss Swisscom mehrheitlich in einer P2MP-Netzarchitektur gebaut wird, keine Rückschlüsse auf eine kartellrechtliche Beurteilung in der Schweiz gezogen werden. Eine empirische Analyse der Verbreitung der P2MP-Netzarchitektur im Ausland ist daher für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht massgeblich.

203. Swisscom führt weiter aus, dass ein dem Antrag des Sekretariats entsprechender Entscheid die Schweiz zu einer «Topologie-Insel» mache (vgl. Rz 168) und die Schweiz im Bereich des Glasfaserausbau technologisch ins Abseits führe.¹⁹⁸

204. Diese Ausführungen sind falsch, da mit einer P2P-Netzarchitektur ohne Weiteres sowohl sämtliche Funktionen einer P2MP-Netzarchitektur als auch sämtliche Funktionen einer P2P-Netzarchitektur realisiert werden können, wohingegen mit einer P2MP-Netzarchitektur Funktionen, die eine P2P-Netzarchitektur voraussetzen, nicht eingeführt werden können (vgl. auch Rz 168). Diese Ausführungen seitens Swisscom entbehren daher jeder Grundlage.

205. Auch die implizite Behauptung, die Schweiz würde sich mit einer P2P-Netzarchitektur vom europäischen Markt abschotten, ist wahrheitswidrig.

A.3.4.3.3 Gesetzgeber habe sich gegen eine Öffnung und Regulierung ausgesprochen

206. Swisscom bringt vor, dass der Antrag des Sekretariats und damit ein entsprechender Entscheid der WEKO in Widerspruch zum klaren Willen des Gesetzgebers stehen würde, den Zugang zum Glasfasernetz nicht zu regulieren.¹⁹⁹ Der Antrag wolle etwa erzwingen, was der Gesetzgeber abgelehnt habe.²⁰⁰

207. Dagegen ist einzuwenden, dass sich der Gesetzgeber gerade in Kenntnis der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes gegen eine Regulierung ausgesprochen hat (vgl. Abschnitt A.3.4.2). Im Wissen um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes hat er denn auch explizit keine Bestimmung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bzw. einer vorbehaltenen Vorschrift erlassen, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einschränken würde. Die Vorbringen von Swisscom zum angeblich klaren Willen des Gesetzgebers sind daher für die kartellrechtliche Beurteilung nicht massgeblich (vgl. nachfolgend auch Abschnitt B.4).

A.3.4.4 Zusammenfassung

208. In der Schweiz hat sich beim Glasfaserausbau in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» der Standard des Vierfasernetzmodells etabliert. Dies bedeutet, dass in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» jeweils vier Fasern verlegt werden und sich somit grundsätzlich verschiedene Netzbetreiber im Markt etablieren können. Zudem wurde bis zum angekündigten Strategiewechsel von Swisscom das Glasfasernetz grossmehrheitlich in einer P2P-Netzarchitektur mit einem Layer 1-Zugang in der Anschlusszentrale bzw. dem Verteilknotenpunkt unter Berücksichtigung des Vierfasernetzmodells in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» realisiert.

209. Vor dem Hintergrund der damals in der Schweiz üblichen P2P-Netzarchitektur mit Layer 1-Zugang für Dritte und dem bisher unter kommerziellen Bedingungen erfolgten Netzausbau hat das Parlament auf eine Regulierung der Glasfasernetzinfrastruktur verzichtet. Damit ist für die Sicherstellung des Wettbewerbs im Bereich der Glasfasertechnologie nur das KG anwendbar und nicht wie beim Kupferkabelnetz zusätzlich das FMG.

A.3.5 Kostenmodellierungen

210. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung stellt sich im Zusammenhang mit der Prüfung des allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Swisscom die Frage, welche Kosten die beiden für einen FTTH-Netzausbau zur Verfügung stehenden Netztopologien (P2P und P2MP) verursachen. Hierzu wurde auf der einen Seite auf die von Swisscom gelieferten Daten und ihr internes Berechnungsmodell und auf der anderen Seite auf die Modellberechnungen des WIK zurückgegriffen. Im Rahmen der Erstellung des Berichts «Hochbreitbandstrategie des Bundes» wurde WIK vom BAKOM beauftragt, ein Gutachten zu verfassen, um den Investitions- und Förderbedarf verschiedener Breitband-Ausbauziele in der Schweiz zu schätzen.²⁰¹ Die Berechnungsmodelle von Swisscom und des WIK basieren auf unterschiedlichen Grundannahmen. Weiter handelt es sich dabei um Schätzungen (der Investitionskosten), welche mit gewissen Unsicherheiten verbunden sind. Deshalb können beide Modelle grundsätzlich nur Anhaltspunkte für die Grössenordnungen der Kostenunterschiede geben. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sind die beiden Berechnungsmodelle auch nicht austauschbar. Dennoch kann mit Anpassungen und Einschränkungen eine Vergleichbarkeit der beiden Modelle hergestellt werden.

¹⁹⁸ Vgl. act. 1025, Rz 70 ff.

¹⁹⁹ Vgl. act. 1025, Rz 21, 41 ff.

²⁰⁰ Vgl. act. 1025, Rz 21, 44.

²⁰¹ Vgl. WIK-Bericht, Modellierung des Investitions- und Förderbedarfs verschiedener Breitband-Ausbauziele in der Schweiz (vgl. Fn 132).

A.3.5.1 Berechnungsmethoden

211. Bei der modellhaften Berechnung der Kostenunterschiede für die Errichtung eines Glasfasernetzes mit einer P2P-Netzarchitektur und mit einer P2MP-Netzarchitektur wurden für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung verschiedene Ausbauvarianten der jeweiligen Netzarchitektur berücksichtigt. So wurden in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» Berechnungen mit entweder einer durchgehenden Faser oder (entsprechend dem am «Runden Tisch» vereinbarten Standard) vier durchgehenden Fasern pro Nutzungseinheit für die Modellierung von P2P-Netzarchitekturen angenommen. Für die Modellierung von P2MP-Netzarchitekturen wurde in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» jeweils (entsprechend dem am «Runden Tisch» vereinbarten Standard) vier durchgehende Fasern pro Nutzungseinheit angenommen. Im Bereich «Feeder» wurden sowohl für eine P2P-Netzarchitektur als auch für eine P2MP-Netzarchitektur Berechnungen mit einer, zwei, drei oder vier Fasern pro Nutzungseinheit (im Falle einer P2P-Netzarchitektur) bzw. pro Glasfaserbaum (im Falle einer P2MP-Netzarchitektur) vorgenommen.

A.3.5.1.1 COSMOS-Modell von Swisscom

212. Swisscom nutzt nach eigenen Angaben zur Planung der Netzarchitektur und Berechnung der voraussichtlichen Kosten ein internes Berechnungsmodell mit dem Namen COSMOS. Dieses Berechnungsmodell wurde auch aufgrund zwingender gesetzlicher Verpflichtungen zum Kostennachweis im Rahmen der sektorspezifischen Zugangsregulierung konzipiert und dem BAKOM zugänglich gemacht.²⁰² Swisscom setzt die in ihrem [...] festgelegten Regeln und Informationen zur Dimensionierung der von ihr errichteten Netzinfrastruktur in COSMOS um.²⁰³ Gleichzeitig wird der aktuelle Status der Netzinfrastruktur von Swisscom ebenfalls in COSMOS abgebildet, so dass aufgrund von verschiedenen hinterlegten Preislisten die voraussichtlichen Netzbaukosten errechnet werden können. [...].

213. Im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen sowie der Verhandlungen über eine mögliche einvernehmliche Regelung stellte Swisscom jeweils auf Anfrage und basierend auf COSMOS verschiedene Kostenschätzungen zur Verfügung. Obwohl Swisscom dem BAKOM eine für den Kostennachweis im Rahmen der FMG-Regulierung angepasste Version von COSMOS zur Verfügung stellt und damit COSMOS durch das Sekretariat selbst genutzt werden könnte, erachtete Swisscom für die Wahrung der wettbewerbsrechtlichen Aufgaben und Kompetenzen der WEKO oder zur Erfüllung der gesetzlichen Auskunftspflicht (Art. 40 KG) durch Swisscom den Betrieb einer Kopie von COSMOS durch das Sekretariat als nicht erforderlich.²⁰⁴ Der Informationsaustausch in Form von (sehr detaillierten und erläuterten) Auszügen aus COSMOS durch Swisscom und einer punktuellen, durch Swisscom jeweils begleiteten Einsichtnahme in COSMOS seitens des Sekretariats seien nach Ansicht von Swisscom ausreichend. Gleichzeitig qualifizierte Swisscom die Modellergebnisse des WIK-Berichts aufgrund von nach Meinung von Swisscom offensichtlichen Unzulänglichkeiten, Unstimmigkeiten und Fehlern als untauglich, um die von Swisscom ausgewiesenen Mehr-

kosten als unzutreffend bzw. als zu hoch in Frage zu stellen (vgl. nachfolgend Abschnitt A.3.5.6).²⁰⁵

214. Da COSMOS die jeweils aktuelle Netzinfrastruktur von Swisscom zugrunde liegt, bauen sämtliche Kostenberechnungen auf dem aktuellen Status des leitungsgebundenen Fernmeldenetzes von Swisscom auf. Dies bedeutet, dass bereits getätigte Investitionen in eine Glasfasernetzinfrastruktur nicht als Mehrkosten einfließen bzw. nur dann einfließen, wenn ein Umbau erforderlich ist. Beispielsweise hat Swisscom im Rahmen des FTTS-Ausbaus in den entsprechenden Gemeinden bereits den Ausbau des P2MP-Feeders vorgenommen. Deshalb muss Swisscom bei einem P2MP-Ausbau den Feeder in den entsprechenden Anschlussnetzen nur noch punktuell an Änderungen der Nachfrage anpassen (etwa durch in der Zwischenzeit hinzugekommene Neubauten).²⁰⁶ Die bereits getätigten Investitionen werden daher von Swisscom nicht in COSMOS abgebildet. Hingegen werden die Zusatzkosten für den Umbau in einen P2P-Feeder in COSMOS voll abgebildet, auch wenn davon auszugehen ist, dass es teurer ist, zuerst einen P2MP-Feeder zu bauen und diesen dann umzubauen, als von Anfang an einen P2P-Feeder zu bauen. Dies führt dazu, dass die Kosten für den weiteren Ausbau einer P2MP-Netzarchitektur aufgrund bereits getätigter Investitionen tendenziell günstiger ausfällt und der Aus- und Umbau in eine P2P-Netzarchitektur tendenziell teurer ausfällt, als wenn die Kosten für die Netzinfrastruktur ohne Berücksichtigung des bisherigen Glasfaserausbaus berechnet würden. Gleichzeitig sind Kostenvergleiche schwierig, wenn sie sich nicht auf denselben Zeitpunkt beziehen. Damit eine Vergleichbarkeit der einzelnen von Swisscom zu unterschiedlichen Zeitpunkten gelieferten Daten gegeben ist, haben sich Swisscom und das Sekretariat darauf geeinigt, dass der Status der Netzinfrastruktur von Swisscom zum Zeitpunkt vom 9. März 2022 «eingefroren» wird.²⁰⁷

215. Swisscom modelliert basierend auf dem COSMOS-Modell nur die Kosten bis zur jeweiligen von Swisscom so genannten Wirtschaftlichkeitsgrenze (auch «wirtschaftliche Ausbaukosten»)²⁰⁸. Die von Swisscom verwendete Wirtschaftlichkeitsgrenze ist eine Berechnungsgrösse, bis zu welcher Swisscom die Erschliessung einer Nutzungseinheit über die Nutzungsdauer der Netzinfrastruktur als wirtschaftlich profitabel erachtet. Dies bedeutet, dass Swisscom im Rahmen ihrer rein kommerziellen Herangehensweise ohnehin nur diejenigen Nutzungseinheiten erschliesst, mit welchen sie die von ihr angestrebte Rendite erzielen kann. Hierzu sind im COSMOS-Modell entsprechende Wirtschaftlichkeitskriterien hinterlegt wie beispielsweise [...], ab welcher ein Ausbau aus Sicht von Swisscom als wirtschaftlich betrachtet wird (vgl. Tabelle 2).²⁰⁹

²⁰² Vgl. act. 824, S. 5.

²⁰³ Vgl. act. 513 sowie act. 513, Anhang [...].

²⁰⁴ Vgl. act. 824, S. 5.

²⁰⁵ Vgl. act. 822, S. 8.

²⁰⁶ Vgl. act. V16, Präsentation Swisscom vom 21. Januar 2022, Folie 3.

²⁰⁷ Vgl. act. V20, S. 2, Präsentation Swisscom vom 14. März 2022, Folie 9.

²⁰⁸ Vgl. act. N06, Schreiben Swisscom vom 10. März 2022, S. 3.

²⁰⁹ Vgl. act. N05, Beilage «Parameter COSMOS».

Name	Parameterwert	Einheit
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	
[...]	[...]	[...]

Tabelle 2: [...] im COSMOS-Modell für P2P und P2MP (FTTH)²¹⁰

216. Dies bedeutet, dass diejenigen Nutzungseinheiten, die besonders hohe Kosten beim Glasfasernetzausbau verursachen würden oder bei denen die entsprechende zu erwartende Rendite zu gering wäre, von einem Ausbau ausgeschlossen werden. Daraus folgt, dass diese Nutzungseinheiten weder in der Kostenberechnung berücksichtigt noch unter kommerziellen Bedingungen mit Glasfaser erschlossen werden.

217. Damit modelliert Swisscom in der Schweiz keinen Glasfaservollausbau und führt einen solchen Ausbau auch nicht durch. Insgesamt geht Swisscom von ca. 5,7 Mio. Nutzungseinheiten aus, von denen aufgrund der von Swisscom definierten Wirtschaftlichkeitskriterien ca. [5-6 Mio.] [...] als wirtschaftlich qualifiziert werden und ausgebaut werden sollen.²¹¹ Dies entspricht einem Anteil von ca. [90-100] % aller Nutzungseinheiten. Hiervon sind gemäss Angaben von Swisscom bereits [1,5-2 Mio.] Nutzungseinheiten in einer P2P-Netzarchitektur gebaut. Die von Swisscom jeweils errechneten Investitionskosten für den weiteren Ausbau bzw. Umbau bereits realisierter P2MP-Anschlüsse beziehen sich daher auf maximal [3-4 Mio.] Anschlüsse. Da für den Aufbau einer P2P-Netzinfrastruktur die Kosten pro Nutzungseinheiten etwas höher ausfallen, würde bei Anwendung der Wirtschaftlichkeitsgrenze eine geringfügige Anzahl zusätzlicher Anschlüsse unter kommerziellen Gesichtspunkten als nicht wirtschaftlich qualifiziert und entsprechend nicht mit Glasfaser erschlossen. Swisscom gibt diese Anzahl der aufgrund einer P2P-Netzinfrastruktur nicht ausgebauten Nutzungseinheiten mit [0-100'000] Nutzungseinheiten an.²¹² Dies entspricht einem Anteil von ca. [0-10] % aller Nutzungseinheiten. Damit würde der Anteil der nicht gebauten Nutzungseinheiten aufgrund einer P2P-Netzarchitektur von ca. [0-10] % auf ca. [0-10] % steigen.

218. Swisscom hat zudem erläutert, dass sie die Planungen für den FTTH-Rollout grundsätzlich pro Anschlussnetz durchführe. Deshalb haben sich das Sekretariat und Swisscom darauf geeinigt, dass Swisscom die Mehrkostenberechnungen jeweils pro Anschlussnetz liefern wird. Eine Lieferung der Daten pro Gemeinde wäre nach Aussagen von Swisscom ebenfalls möglich. Einzelne Gemeinden würden allerdings durch mehrere Anschlussnetze erschlossen und zudem würden sich die Kosten je Gemeinde innerhalb eines Anschlussnetzes aufgrund der Geografie und der Dichte der verfügbaren Infrastruktur unterscheiden, weshalb eine Aufschlüsse-

lung nach Gemeinden schwierig sei. Deshalb wurde für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung darauf verzichtet.²¹³ Derzeit betreibt Swisscom 922 Anschlusszentralen für ihr Anschlussnetz. Swisscom berechnet in COSMOS die tatsächlichen Erschliessungskosten und weist die Ausbaukosten für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung für jedes Anschlussnetz separat für verschiedene Ausbauvarianten aus.

219. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Swisscom der Berechnung der Kosten des Glasfasernetzes mit P2P-Netzarchitektur die gleichen Haushalte bzw. Nutzungseinheiten wie bei der P2MP-Netzarchitektur zugrunde gelegt hat. Damit seien gemäss Swisscom die Kosten direkt vergleichbar. Dies bedeutet, dass in den Berechnungen für eine P2P-Netzarchitektur die Wirtschaftlichkeitsgrenzen der P2MP-Netzarchitektur zur Anwendung gelangt sind. Es findet in den Modellrechnungen für den Kostenvergleich bei der P2P-Netzarchitektur also keine eigenständige Optimierung statt, welche Nutzungseinheiten am günstigsten zu erschliessen sind. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass bei der Planung eines P2P-Ausbaus andere Faktoren wichtig sind wie etwa die freien Kapazitäten im «Feeder»-Bereich, da mehr Fasern verlegt werden müssen. Entsprechend kann dies dazu führen, dass nach der Optimierung einzelne Nutzungseinheiten neu innerhalb oder ausserhalb der Wirtschaftlichkeitsgrenze liegen und sich so die Anzahl auszubauender Nutzungseinheiten in einem Anschlussnetz ändert. Da bei einem P2P-Netzausbau grundsätzlich mehr Fasern verlegt werden müssen und damit die Gesamtkosten höher sind, ist damit zu rechnen, dass bei einer P2P-Netzarchitektur mehr Nutzungseinheiten ausserhalb der Wirtschaftlichkeitsgrenze liegen als bei einem P2MP-Netzausbau.²¹⁴ Dies führt dazu, dass die von Swisscom geschätzten Kosten der P2P-Netzarchitektur basierend auf den P2MP-Ausbauplänen im Vergleich zu einer eigenständigen Optimierung eines P2P-Ausbaus tendenziell zu hoch ausfallen.

²¹⁰ Quelle: Act. N05, Beilage «Parameter COSMOS».

²¹¹ Vgl. Anhang 1, Beilage «Berechnungstool.xlsx»; Swisscom ging im Juli 2023 von 5,45 Mio. Anschlüssen aus, <www.gmx.ch/magazine/schweiz/weko-abschluss-glasfaserverfahrens-jahr-moeglich-38392624> (11.7.2023).

²¹² Vgl. act. 1025, Rz 19.

²¹³ Vgl. act. N05.

²¹⁴ Swisscom rechnet mit ca. [0-100'000] betroffenen Anschlüssen, welche bei einer P2P-Netzarchitektur nicht mehr wirtschaftlich erschlossen werden könnten (vgl. Rz 851 f.).

220. Das COSMOS-Modell berücksichtigt bei der Berechnung der Investitionskosten nur die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom. Entsprechend bilden die Schätzungen im COSMOS-Modell keine vorgesehenen Kooperationen beim Netzausbau mit Dritten ab. Baut Swisscom ihr Glasfasernetz gemeinsam mit einem Kooperationspartner aus, wie beispielsweise im Grossraum Aarau²¹⁵, so berücksichtigt COSMOS weder die bestehende Netzwerkinfrastruktur des Kooperationspartners inkl. dessen Reservekapazitäten noch, dass in diesem Fall Swisscom nur einen Teil des Glasfasernetzes baut. Dies führt dazu, dass das COSMOS-Modell die Kosten des Glasfaserausbaus überschätzt und diese von den Kooperationspartnern von Swisscom mitgetragen werden. Per September 2022 baut Swisscom ihr Glasfasernetz in [200-300] Gemeinden mit einem Kooperationspartner bzw. hat dieses bereits in Kooperation ausgebaut und für weitere [100-200] Gemeinden sind Gespräche am Laufen (potenzielle Kooperationen).²¹⁶ Per Januar 2023 hat Swisscom weitere Kooperationen abgeschlossen und baut ihr Glasfasernetz in [0-100] zusätzlichen Gemeinden zusammen mit einem Kooperationspartner. Zudem sind per Januar 2023 für [100-200] Gemeinden Gespräche hinsichtlich einer Kooperation beim Glasfaserausbau am Laufen.²¹⁷ Bis Ende Oktober 2023 kamen gemäss Swisscom Kooperationen in [0-100] weiteren Gemeinden hinzu, währenddem in [0-100] Gemeinden weiterhin Gespräche am Laufen waren und in einer Gemeinde (...) der Vertrag auf Wunsch der Gemeinde aufgehoben wurde.²¹⁸ Dabei kommen verschiedene Kooperationsvarianten zum Tragen, wobei der Ausbau durch Swisscom, durch den Kooperationspartner oder durch beide durchgeführt wird.²¹⁹ Die im COSMOS geschätzten hypothetischen Investitionskosten für diese Gemeinden bzw. Anschlussnetze sind entsprechend nicht vergleichbar mit den tatsächlich für Swisscom anfallenden Kosten des Glasfaserausbaus.

221. Hinsichtlich der Plausibilisierung der in COSMOS modellierten Kosten und der dann tatsächlich anfallenden Kosten hat Swisscom im Auftrag des Sekretariats in vier Gemeinden (...) entsprechende Berechnungen angestellt und die tatsächlichen Ausbaukosten mit den modellierten Kosten verglichen.²²⁰ Hierbei kommt Swisscom zum Schluss, dass die tatsächlichen Kosten für die vier Gemeinden zwischen [0-10] % und [10-20] % tiefer liegen als die in COSMOS modellierten Kosten. Das kann darauf hindeuten, dass das COSMOS-Modell die tatsächlichen Baukosten tendenziell überschätzt. Swisscom macht diesbezüglich geltend, dass bei den COSMOS-Modellrechnungen von einer Genauigkeit von +/- [10-20] % ausgegangen werden kann.²²¹

A.3.5.1.2 Der FTTH-Ausbau auf Stufe Anschlussnetze von Swisscom

222. Auf Stufe der Anschlussnetze verfolgt Swisscom eine Etappenplanung. Bis ins Jahr 2025 plant Swisscom bis maximal 60 % der Anschlüsse mit einem Glasfaserschluss FTTH zu erschliessen. Der entsprechend geplante Netzausbau hat einen entscheidenden Einfluss auf die mögliche Nachfrage nach einem Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur.

A.3.5.1.2.1 FTTH-Ausbauziele von Swisscom

223. Die insgesamt 922 Anschlussnetze (nachfolgend auch: AN) von Swisscom sind über die gesamte Schweiz verteilt und unterscheiden sich gerade in Bezug auf die Anzahl angeschlossener Nutzungseinheiten stark voneinander. Tabelle 3 zeigt das kleinste und das grösste AN von Swisscom. Im Anschlussnetz Zürich-Albisrieden sind gemäss den Zahlen von Swisscom [20'000-30'000] NE angeschossen. Dabei plant Swisscom [20'000-30'000] ([90-100] %) davon mit FTTH zu erschliessen. Im kleinsten AN Safien in Graubünden sind insgesamt [0-1'000] NE angeschossen. Davon sollen [0-100] ([20-30] %) mit FTTH erschlossen werden. Für die restlichen NE sollen alternative Technologien wie FTTS oder Mobilfunk zur Anwendung kommen. Im Durchschnitt sind an einem AN von Swisscom [6'000-7'000] NE angeschossen, wovon [5'000-6'000] ([90-100] %) kurz- bis mittelfristig mit FTTH erschlossen werden sollen.

224. Die grossen Unterschiede bei der Abdeckung mit FTTH in den verschiedenen Anschlussnetzen ergeben sich daraus, dass Swisscom den Glasfaserausbau jeweils nur bis zur Wirtschaftlichkeitsgrenze durchführt, also keinen Glasfaservollausbau vorsieht. Das Beispiel der kleinen Gemeinde Safien in der Region Surselva zeigt beispielhaft, dass gerade abgelegene Gebäude, die besonders hohe Kosten verursachen würden, ausserhalb der Wirtschaftlichkeitsgrenze liegen und deshalb aus kommerziellen Gründen von Swisscom mit einer alternativen Anschlusstechnologie erschlossen werden. Dementsprechend plant Swisscom von vorne herein keinen Vollausbau, ausser die entsprechenden Eigentümer bzw. die öffentliche Hand beteiligen sich an den Erschliessungskosten.

²¹⁵ Vgl. Medienmitteilung der Eniwa AG vom 20.12.2022 «Eniwa und Swisscom vereinbaren Bau von Glasfasernetz in sieben Gemeinden im Grossraum Aarau», <www.eniwa.ch/de/eniwa-und-swisscom-vereinbaren-bau-von-glasfasernetz-in-sieben-gemeinden-im-gros-_content---5--1--556.html> (15.3.2023).

²¹⁶ Vgl. act. 810, Beilagen.

²¹⁷ Vgl. act. 937, Beilage 11 und 12.

²¹⁸ Vgl. act. 1049, Beilage 5 und 6.

²¹⁹ Vgl. act. 534.

²²⁰ Vgl. act. N06, Schreiben Swisscom vom 10.3.2022, S. 3.

²²¹ Vgl. act. N06, Schreiben Swisscom vom 10.3.2022, S. 3.

	Anzahl angeschlossene NE		
	Min	Max	Durchschnitt
Anzahl NE	[0-1'000] Safien (GR)	[20'000-30'000] ZH-Albisrieden	[6'000-7'000]
Anzahl NE FTTH	[0-100] Safien (GR)	[20'000-30'000] ZH-Albisrieden	[5'000-6'000]
Abdeckung FTTH	[20-30] %	[90-100] %	[90-100] %

Tabelle 3: Übersicht Anschlussnetze von Swisscom und FTTH Ausbauziele

225. Abbildung 9 zeigt die den COSMOS-Schätzungen zugrundeliegende FTTH-Abdeckung beim Glasfaserausbau von Swisscom. In ca. [70-80] % der AN von Swisscom liegt die geplante FTTH-Abdeckung bei [90-100] % oder mehr der insgesamt angeschlossenen NE. Es zeigt sich jedoch, dass der von Swisscom geplante Ausbaugrad mit FTTH in einzelnen AN sehr viel tiefer liegt. So sollen etwa in Versam (GR) nur [60-70] % ([...]) der NE und, wie bereits erwähnt, in der Nachbargemeinde Safien sogar nur [20-30] % der NE mit FTTH ausgebaut werden. Die AN mit einer FTTH-Abdeckung unter [70-80] % sind grossmehrheitlich kleine AN mit weniger als 3'000 angeschlossenen NE.

[...]

Abbildung 9: FTTH-Abdeckung in den 922 Anschlussnetzen von Swisscom

A.3.5.1.2.2 Von Dritten entbündelte Anschlusszentralen

226. Auf Anfrage des Sekretariats hat Swisscom eine Liste derjenigen Anschlusszentralen geliefert, welche per 22. April 2022 von einer oder mehreren FDA erschlossen und entbündelt wurden.²²² Basierend hierauf wurde eine Dichtefunktion ermittelt, um zu eruieren, ab welcher Anzahl Nutzungseinheiten eine Anschlusszentrale für gewöhnlich entbündelt wird.

[...]

Abbildung 10: Dichtefunktion Anteil entbündelte Anschlusszentralen nach Anzahl NE

227. Es ist ersichtlich, dass bereits ab einer Dichte von 2'000 bis 3'000 NE pro Anschlusszentrale (nachfolgend auch: AZ) [40-50] % der AZ entbündelt wurden. Ab einer Dichte von 3'000 bis 4'000 NE pro AZ sind bereits [70-80] % der AZ von mindestens einer FDA entbündelt. Ab einer Anzahl von [7'000-10'000] Nutzungseinheiten sind alle Anschlusszentralen von mindestens einer FDA erschlossen. Im Maximum haben [10-20] FDA eine Anschlusszentrale entbündelt. Hierbei handelt es sich um die Anschlusszentrale in [...].

228. Es ist darauf hinzuweisen, dass in der Zwischenzeit weitere Anschlusszentralen von Swisscom und Verteilknutenpunkte (POPs) anderer Glasfasernetzbetreiberinnen entbündelt wurden. So gab Init7 im Rahmen der Anhörungen vom 20. November 2023 an, dass sie be-

reits 200 Verteilknutenpunkte erschlossen hätten, was einer Abdeckung von ca. 80 % entspreche. Das Ziel von Init7 sei, dass das Unternehmen im Jahr 2027/2028 eine Abdeckung von 99 % der Anschlüsse erreiche.²²³ Gemäss der Webseite von Init7 sind inzwischen 215 Zugangspunkte entbündelt und weitere 88 in Planung.²²⁴ Gemäss Angaben von Swisscom hatte Init7 im April 2022 erst 123 der Anschlusszentralen von Swisscom erschlossen. Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch künftig weitere Anschlusszentralen von FDA erschlossen werden und die Anteile der entbündelten Anschlusszentralen steigen werden.

A.3.5.1.2.3 Stand des FTTH-Ausbaus von Swisscom per März 2022

229. Da dem COSMOS-Modell die jeweils aktuelle Netzinfrastuktur von Swisscom zugrunde liegt und Swisscom den P2MP-Ausbau auch nach den vorsorglichen Massnahmen der WEKO und den Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts vorangetrieben hat, bauen die von Swisscom zu unterschiedlichen Zeitpunkten gelieferten Kostenberechnungen auf unterschiedlichen Ausbauständen des leitungsgebundenen Fernmeldenetzes von Swisscom auf. Damit eine Vergleichbarkeit der Daten gewährleistet ist, wurde vereinbart, dass bei den nachfolgenden Datenlieferungen der Status der Netzinfrastuktur von Swisscom zum Zeitpunkt vom 9. März 2022 «eingefroren» wird (vgl. Rz 214).

230. Die von Swisscom gelieferten Daten zeigen, dass der FTTH-Ausbaustand in den 922 Anschlussnetzen unterschiedlich weit fortgeschritten ist. Zudem hat Swisscom in der Mehrheit der Anschlussnetze sowohl P2P- als auch P2MP-Anschlüsse erstellt. Abbildung 11 zeigt den Stand des Glasfaserausbaus per März 2022 in den Anschlussnetzen, welche gemäss Swisscom bis 2025 mit Glasfaser erschlossen werden sollen. Die bereits erstellten P2P-Anschlüsse sind dabei grün und die erstellten P2MP-Anschlüsse rot markiert. Der Ausbaustand in den [500-600] AN liegt im Durchschnitt bei [40-50] %. Es zeigt sich, dass der FTTH-Ausbau bei den

²²² Vgl. act. V31.

²²³ Vgl. act. 1052, Befragungsprotokoll von Alfred Künzler (Init7), S. 4 f.

²²⁴ Vgl. <www.init7.net/en/business-infrastructure/fiber7-pops/> (15.1.2024).

grösseren AN weiter fortgeschritten ist. Zudem wurde bei den grossen AN mehrheitlich in P2P gebaut. So wurden etwa im AN Zürich-Albisrieden bereits [80-90] % der NE mit P2P erschlossen, jedoch nur [0-10] % mit P2MP. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass viele der AN (vgl. im rechten Bereich der Abbildung 11) in Kooperation mit den städtischen EVU ausgebaut wurden. Beim AN Männedorf ist der Ausbau mit [0-10] % weniger weit fortgeschritten und es wurden nur [0-10] % der NE in P2P erschlossen. Im AN Dagmersellen plant Swisscom [5'000-6'000] FTTH-Anschlüsse. Aktuell sind [10-20] % der NE in P2MP und [0-10] % in P2P erschlossen. Im AN Guttannen plant Swisscom [100-200] der insgesamt [200-300] NE mit FTTH zu erschliessen. In diesem AN wurde noch nicht mit dem FTTH-Ausbau begonnen.

231. In den restlichen [300-400] AN, welche gemäss Swisscom erst nach 2025 ausgebaut werden sollen, liegt der Ausbaustand von im Durchschnitt [10-20] % deutlich tiefer. Zudem handelt es sich eher um kleinere AZ. Aber auch hier zeigt sich, dass Swisscom in der grossen Mehrheit der AN bereits einen Teil der NE mit P2MP-Anschlüssen erschlossen hat.

[...]

Abbildung 11: FTTH-Ausbaustand von Swisscom (Ausbauziel bis 2025)

A.3.5.1.3 Berechnungsmodell des WIK

232. Das Berechnungsmodell des WIK baut auf einem für den Investitionsbedarf eines schweizweiten Ausbaus einer Glasfasernetzinfrastruktur für das BAKOM erstellten Modells von 2017 auf.²²⁵ Es berücksichtigt den aktuellen Versorgungsstand aus dem Schweizer Breitbandatlas. Die Berücksichtigung des aktuellen Versorgungsstandes bezieht sich allerdings nicht auf eventuell bereits getätigte Investitionen in die Infrastruktur, sondern fungiert lediglich als Auswahlkriterium, ob ein bestimmter Standort aufgrund der Modellannahmen ausgebaut wird oder nicht. Das WIK-Modell berücksichtigt in der Ausprägung «Brownfield» lediglich die bereits bestehende Leerrohrinfrastruktur und die derzeit freien Kapazitäten. Die Modellergebnisse wurden anhand eines hypothetischen «Durchschnittsanbieters» modelliert.²²⁶ Bereits gebaute Glasfasernetzinfrastruktur wird nur insoweit berücksichtigt, als diese die Leerrohrkapazitäten reduziert, was tendenziell eher zu einem leichten Überschätzen der Kosten führen kann.

233. Die Zielsetzung der WIK-Modellierung liegt in erster Linie in der Identifikation und Bestimmung von Wirtschaftlichkeitslücken, die zur Erreichung definierter Versorgungsziele durch staatliche Zuschüsse ausgeglichen werden müssten, damit der Ausbau in einem definierten Gebiet rentabel wird.²²⁷ Für die Errichtung von P2MP-Netzarchitekturen unterstellt das WIK die vier im Markt verfügbaren PON-Technologien (G-PON, XG-PON, XGS-PON und NG-PON2).²²⁸

234. Das WIK berechnet die Kosten in seinem Modell nach dem Prinzip, dass jeder (potenziell) adressierbare Anschluss auch durch das Netz erreicht wird.²²⁹ Damit geht das WIK von insgesamt ca. 6,26 Mio. (6'260'282) adressierbaren Anschlüssen aus, auf welche sich die modellierten Ausbauposten jeweils beziehen. Aufgrund

des möglichen wirtschaftlichen Einsatzes von Glasfaserkabeln über eine Distanz von bis zu 40 km geht das WIK davon aus, dass kleinere Schaltzentralen mit weniger als 1'001 Teilnehmern nur als passive Netzknoten betrieben werden.²³⁰ Das WIK geht insgesamt von 1'491 Anschlussbereichen aus.²³¹ Diese Anschlussbereiche werden 16 verschiedenen so genannten Clustern zugeordnet, welche sich nach der Anschlussdichte pro Quadratkilometer berechnen.²³² Die Netzbaukosten werden dann gesamthaft pro Cluster geschätzt. Indem die Kosten pro Nutzungseinheit mit der Anzahl der jeweiligen auszubauenden Anschlüsse multipliziert werden, werden die Gesamtinvestitionen berechnet.

235. In der Berechnungsvariante «Greenfield» geht das WIK davon aus, dass keine vorhandene Netzinfrastruktur (Gräben, Rohre) genutzt werden kann.²³³ In der Variante «Brownfield» können Teile der bereits errichteten Netzinfrastruktur genutzt werden. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden lediglich die Szenarien mit der Variante «Brownfield» herangezogen.

236. Zudem berechnet das WIK die beiden Varianten «OHNE Berücksichtigung des bestehenden Ausbaus», bei welchem davon ausgegangen wird, dass die gesamte FTTH-Infrastruktur für die identifizierten ca. 6,26 Mio. Anschlüsse errichtet werden muss. Es wird demnach in den Berechnungen angenommen, dass auch bereits bestehende FTTH-Anschlüsse nochmals mit der jeweils angenommenen technischen Ausbauvariante ausgebaut werden müssten. Bei der Variante «MIT Berücksichtigung des bestehenden Ausbaus» wird die jeweils definierte Aufgreifschwelle mitberücksichtigt. Das bedeutet, dass nur noch diejenigen Anschlüsse in die Berechnungen Eingang finden, bei welchen die in der Aufgreifschwelle definierte Mindestbandbreite typischerweise nicht erreicht wird. In einem Szenario, in welchem die Aufgreifschwelle von 10 Gbit/s verwendet wird, werden lediglich diejenigen Anschlüsse nicht ausgebaut, über welche bereits heute mittels eines FTTH-Anschlusses 10 Gbit/s verfügbar sind (vgl. nachfolgend Rz 253 f.). Das WIK geht in dieser Berechnung von 3'712'941 (entspricht ca. 59 %) zu bauenden Anschlüssen aus.²³⁴ Zur Berechnung der konkreten Kosten werden dann die Kosten pro Anschluss im jeweiligen Cluster (vgl. Rz 234) mit der Anzahl auszubauender Anschlüsse multipliziert.

A.3.5.2 Geschätzte Kosten der P2P-Netzarchitektur

237. Die Kosten für den Bau eines Glasfasernetzes mit P2P-Netzarchitektur unterscheiden sich in den beiden angewendeten Modellen voneinander. [...].

²²⁵ Vgl. act. 851.1, S. 9.

²²⁶ Vgl. act. 773.

²²⁷ Vgl. act. 851.1, S. 10.

²²⁸ Vgl. act. 851.1, S. 11.

²²⁹ Vgl. act. 851.1, S. 19.

²³⁰ Vgl. act. 851.1, S. 22 f.

²³¹ Vgl. act. 851.1, S. 67.

²³² Vgl. act. 851.1, S. 19.

²³³ Vgl. act. 851.1, S. 67 f.

²³⁴ Vgl. act. 851.1, S. 87.

A.3.5.2.1 COSMOS-Modellierungen

238. In der ersten Schätzung der Mehrkosten nahm Swisscom basierend auf den angewendeten Parametern im COSMOS-Modell für einen P2P-Netzausbau an, dass jeweils vier Glasfasern in den Bereichen «Inhouse» und «Drop» und zwei Glasfasern im Bereich «Feeder» errichtet werden («Inhouse»: 4 Fasern, «Drop»: 4 Fasern, «Feeder»: 2 Fasern; nachfolgend: P2P-442-Modell). Damit würden grundsätzlich zwei durchgehende Glasfaserleitungen pro Nutzungseinheit von der Anschlusszentrale bis zum Hausanschluss zur Verfügung stehen.

239. Daneben verlangte das Sekretariat dieselben Berechnungen für die nachfolgenden Netzarchitekturvarianten: je Nutzungseinheit jeweils vier Glasfasern in den Bereichen «Inhouse», «Drop» und «Feeder» (nachfolgend: P2P-444-Modell); jeweils vier Glasfasern in den Bereichen «Inhouse» und «Drop» und eine Glasfaser im Bereich «Feeder» (nachfolgend: P2P-441-Modell); jeweils eine Glasfaser in den Bereichen «Inhouse»,

«Drop» und «Feeder» (nachfolgend: P2P-111-Modell). Zudem wurden weitere Berechnungsvarianten von Swisscom erstellt, in welchen die Kosten für die Erschliessung von Geschäftseinheiten in einer P2P-Netzarchitektur (P2P-441-Modell) erfolgen und für die Erschliessung von Privatkunden eine P2MP-Netzarchitektur angenommen wurde.

A.3.5.2.1.1 P2P-111-Modell

240. Auf Anfrage des Sekretariats lieferte Swisscom mit Schreiben vom 7. Oktober 2022 eine Berechnung der Investitionskosten mit dem P2P-111-Modell.²³⁵ Dabei ging Swisscom von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [8-9 Mrd.] aus. Hiervon entfielen CHF [2-3 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse», und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale». Bei [3-4 Mio.] noch zu erschliessende Nutzungseinheiten (vgl. Rz 215) betrugen die Durchschnittskosten CHF [2'000-3'000] pro NE.

Bereich	Kosten in CHF (7.10.2022)
«Feeder»	[2-3 Mrd.]
«Drop»	[4-5 Mrd.]
«Inhouse»	[0-1 Mrd.]
Anschlusszentrale	[0-1 Mrd.]
Total	[8-9 Mrd.]
Kosten pro NE	[2'000-3'000]

Tabelle 4: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-111-Modells basierend auf COSMOS

241. Auffällig ist, dass sich die Kosten für das P2P-111-Modell nur [...] von den Kosten für das P2P-441-Modell unterscheiden (vgl. Rz 247). Die Differenz beträgt ca. CHF [0-100 Mio.] und macht damit ca. [0-10] % der Gesamtkosten aus.

242. Swisscom begründet die geringen Kostenunterschiede bei der Erschliessung von Gebäuden mit einer oder vier Fasern in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» damit, dass Gebäude mit einer oder zwei NE unabhängig von der Technologie und Faserzahl (1 bis 4) immer mit der kleinsten Kabelgrösse erschlossen werden. Somit würden sich für diese Gebäude keine Kostenunterschiede bezüglich der Kabelkosten im Bereich «Drop» ergeben. Bei Gebäuden mit [0-20] NE reiche in der Regel der Wechsel auf das nächstgrössere Kabel. Die Kabelkosten würden sich mithin nur geringfügig unterscheiden. Bei Gebäuden mit mehr als [0-20] NE würde sich der Splitter bei einem P2MP-Ausbau im Gebäude befinden. Bei diesen Gebäuden würden bei einem P2P-Ausbau in den Bereichen «Drop» und «Feeder» mehr Kapazitäten an Glasfasern benötigt, weshalb für diese Gebäude mithin erhebliche Mehrkosten resultierten.²³⁶

243. Gegenüber einer P2MP-Netzarchitektur mit vier Fasern in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» und zwei jeweils einzeln über je einen separaten im Schacht verbauten Splitter verbundenen Fasern im Bereich «Feeder» (nachfolgend: zwei PON-Bäume) würden gemäss COSMOS-Modellierungen insgesamt Mehrkosten in Höhe von CHF [1-2 Mrd.] anfallen (vgl. nachfolgend Tabelle 13). Diese verteilen sich auf den Bereich «Inhouse» mit CHF [0-500 Mio.], den Bereich «Drop» mit CHF [0-1 Mrd.], den Bereich «Feeder» mit CHF [1-2 Mrd.] und den Bereich «Anschlusszentrale» mit CHF [0-500 Mio.].

²³⁵ Vgl. act. 824.1, Beilage [...], sowie Anhang 1, Beilage «Berechnungstool.xlsx».

²³⁶ Vgl. act. 849, Rz 27 f.

A.3.5.2.1.2 P2P-441-Modell

244. Swisscom hat dem Sekretariat insgesamt drei Datenlieferungen des P2P-441-Modells zur Verfügung gestellt. Die erste Datenlieferung erfolgte am 17. Februar 2022.²³⁷ Swisscom ging in diesem Modell von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [8-9 Mrd.] aus. Hiervon entfielen CHF [2-3 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse». Die verbleibenden CHF [0-500 Mio.] entfielen auf notwendige Aus- und

Umbauarbeiten in den Swisscom Anschlusszentralen, also auf den Bereich «Anschlusszentrale».

245. Gegenüber der von Swisscom berechneten Ausbauvariante P2MP mit zwei PON-Bäumen machten die Mehrkosten gemäss COSMOS-Modellierungen insgesamt CHF [1-2 Mrd.] aus.²³⁸ Diese verteilen sich auf die Bereiche «Inhouse» mit CHF [5-6 Mrd.], «Drop» mit CHF [0-1 Mrd.], «Feeder» mit CHF [1-2 Mrd.] und «Anschlusszentrale» mit CHF [0-1 Mrd.].

Bereich	Kosten in CHF (17.2.2022)	Kosten in CHF (16.3.2022)	Kosten in CHF (5.8.2022)
«Feeder»	[2-3 Mrd.]	[2-3 Mrd.]	[2-3 Mrd.]
«Drop»	[4-5 Mrd.]	[4-5 Mrd.]	[4-5 Mrd.]
«Inhouse»	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Anschlusszentrale	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Total	[8-9 Mrd.]	[8-9 Mrd.]	[8-9 Mrd.]

Tabelle 5: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-441-Modells basierend auf COSMOS

246. In ihrer Datenlieferung vom 16. März 2022 ging Swisscom von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [8-9 Mrd.] aus.²³⁹ Hiervon entfielen CHF [2-3 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale». Die Mehrkosten gegenüber der von Swisscom berechneten Ausbauvariante P2MP mit zwei PON-Bäumen betrugen CHF [1-2 Mrd.] und teilten sich auf in Mehrkosten im Bereich «Inhouse» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.], im Bereich «Drop» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.], im Bereich «Feeder» in Höhe von CHF [1-2 Mrd.] und im Bereich «Anschlusszentrale» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.].²⁴⁰

247. In ihrer Datenlieferung vom 5. August 2022 ging Swisscom von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [8-9 Mrd.] aus.²⁴¹ Hiervon entfielen CHF [2-3 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale». Die Mehrkosten gegenüber der von Swisscom berechneten Ausbauvariante P2MP mit zwei PON-Bäumen betrugen CHF [1-2 Mrd.] und teilten sich auf in Mehrkosten im Bereich «Inhouse» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.], im Bereich «Drop» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.], im Bereich «Feeder» in Höhe von CHF [1-2 Mrd.] und im Bereich «Anschlusszentrale» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.].²⁴²

A.3.5.2.1.3 P2P-442-Modell

248. Am 27. Januar 2022 reichte Swisscom eine erste Datenlieferung basierend auf COSMOS für den weiteren Ausbau eines P2P-442-Modells ein.²⁴³ Dies würde gemäss Swisscom zu Gesamtkosten für den weiteren Ausbau in Höhe von CHF [9-10 Mrd.] führen. Hiervon

entfielen CHF [3-4 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale». Die Mehrkosten gegenüber der von Swisscom berechneten Ausbauvariante P2MP mit zwei PON-Bäumen betrugen CHF [2-3 Mrd.]. Diese teilten sich auf in CHF [2-3 Mrd.] für den Bereich «Feeder», CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Drop», CHF [-1-0 Mrd.] für den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Anschlusszentrale».²⁴⁴

²³⁷ Vgl. act. 534, Beilage [...], sowie Anhang 1, Beilage «Berechnungstool.xlsx».

²³⁸ Kostenschätzung der Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume vom 19.1.2022. Mit act. [...] hat Swisscom eine neue Datenbasis für die Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume (Stand 7. Oktober 2022) eingereicht, so dass sich die Mehrkosten im Vergleich zur neuen Basis verändert haben. Hierauf wird nachfolgend in Abschnitt A.3.5.3.1.1 eingegangen.

²³⁹ Vgl. act. V20, Beilage [...].

²⁴⁰ Kostenschätzung der Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume vom 16.3.2022. Vgl. Fn 238 betreffend neue Datenbasis für die Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume und die sich im Vergleich zu früheren Eingaben veränderten Mehrkosten.

²⁴¹ Vgl. act. V48, Beilage [...].

²⁴² Kostenschätzung der Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume vom 14.7.2022. Vgl. Fn 238 betreffend neue Datenbasis für die Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume und die sich im Vergleich zu früheren Eingaben veränderten Mehrkosten.

²⁴³ Vgl. act. 513, Beilage [...], sowie Anhang 1, Beilage «Berechnungstool.xlsx».

²⁴⁴ Kostenschätzung der Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume vom 19.1.2022. Vgl. Fn 238 betreffend neue Datenbasis für die Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume und die sich im Vergleich zu früheren Eingaben veränderten Mehrkosten.

Bereich	Kosten in CHF (27.1.2022)	Kosten in CHF (16.3.2022)
«Feeder»	[3-4 Mrd.]	[3-4 Mrd.]
«Drop»	[4-5 Mrd.]	[4-5 Mrd.]
«Inhouse»	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Anschlusszentrale	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Total	[9-10 Mrd.]	[9-10 Mrd.]

Tabelle 6: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-442-Modells basierend auf COSMOS

249. In ihrer Datenlieferung vom 16. März 2022 ging Swisscom von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [9-10 Mrd.] aus. Hiervon entfielen CHF [3-4 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale». Die Mehrkosten gegenüber der von Swisscom berechneten Ausbauvariante P2MP mit zwei PON-Bäumen betrugen CHF [2-3 Mrd.] und teilten sich auf in Mehrkosten im Bereich «Inhouse» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.], im Bereich «Drop» in Höhe von CHF [3-4 Mrd.], im Bereich «Feeder» in Höhe von CHF [1-2 Mrd.] und im Bereich «Anschlusszentrale» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.].²⁴⁵

A.3.5.2.1.4 P2P-444-Modell

250. In dem von Swisscom im Rahmen der Datenlieferung vom 27. Januar 2022 berechneten P2P-444-Modell

wurden Gesamtkosten für den weiteren Netzausbau in Höhe von CHF [11-12 Mrd.] veranschlagt.²⁴⁶ Diese teilen sich auf in CHF [5-6 Mrd.] für den Bereich «Feeder», CHF [5-6 Mrd.] für den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Anschlusszentrale». Die Durchschnittskosten pro noch zu erschliessende NE betrugen CHF [1'000-5'000]. Die Mehrkosten gegenüber der von Swisscom berechneten Ausbauvariante P2MP mit zwei PON-Bäumen betrugen CHF [4-5 Mrd.]. Diese teilten sich auf in CHF [3-4 Mrd.] für den Bereich «Feeder», CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Drop», CHF [5-6 Mrd.] für den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Anschlusszentrale».²⁴⁷

Bereich	Kosten in CHF (27.1.2022)	Kosten in CHF (16.3.2022)
«Feeder»	[5-6 Mrd.]	[4-5 Mrd.]
«Drop»	[5-6 Mrd.]	[4-5 Mrd.]
«Inhouse»	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Anschlusszentrale	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Total	[11-12 Mrd.]	[11-12 Mrd.]
Kosten pro NE	[1'000-5'000]	[1'000-5'000]

Tabelle 7: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-444-Modells basierend auf COSMOS

251. In ihrer Datenlieferung vom 16. März 2022 ging Swisscom von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [11-12 Mrd.] aus.²⁴⁸ Hiervon entfielen CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale». Die Durchschnittskosten pro noch zu

²⁴⁵ Kostenschätzung der Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume vom 16.3.2022. Vgl. Fn 238 betreffend neue Datenbasis für die Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume und die sich im Vergleich zu früheren Eingaben veränderten Mehrkosten.

²⁴⁶ Vgl. act. 534, Beilage [...], sowie Anhang 1, Beilage «Berechnungstool.xlsx».

²⁴⁷ Kostenschätzung der Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume vom 19.1.2022. Vgl. Fn 238 betreffend neue Datenbasis für die Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume und die sich im Vergleich zu früheren Eingaben veränderten Mehrkosten.

²⁴⁸ Vgl. act. V20, Beilage [...].

erschliessende NE betragen CHF [1'000-5'000]. Die Mehrkosten gegenüber der von Swisscom berechneten Ausbauvariante P2MP mit zwei PON-Bäumen betragen CHF [4-5 Mrd.] und teilen sich auf in Mehrkosten im Bereich «Inhouse» in Höhe von CHF[0-1 Mrd.], im Bereich «Drop» in Höhe von CHF [4-5 Mrd.], im Bereich «Feeder» in Höhe von CHF [3-4 Mrd.] und im Bereich «Anschlusszentrale» in Höhe von CHF [0-1 Mrd.].²⁴⁹

A.3.5.2.2 WIK-Modellierungen

252. Das WIK hat verschiedene Ausprägungen eines P2P-111-Modells berechnet unter dem Namen «FTTH PtoP 1 Faser» (Szenarien Nr. 1–6 und 25–30) sowie verschiedene Ausprägungen des P2P-444-Modells unter dem Namen «FTTH PtoP 4 Faser» (Szenarien 9–12).²⁵⁰

253. Das WIK nutzt zudem unterschiedliche Aufgreifschwelle für den Ausbau des FTTH-Netzes.²⁵¹ Die Aufgreifschwelle definiert die Grenze der zur Verfügung stehenden Bandbreite, bis zu welcher die bestehende Leitungstechnologie durch die Glasfasertechnologie ersetzt wird. Wird in einem Szenario beispielsweise die Aufgreifschwelle 0,3 Gbit/s verwendet, so werden sämtliche Kupferleitungen, die lediglich den Ausbaustandard FTTC haben, durch Glasfaser ersetzt. Dies bedeutet, dass entsprechend der Aufgreifschwelle nur diejenigen Anschlüsse mit FTTH erschlossen werden, die aktuell mit einem Ausbaustandard ausgebaut sind, der unterhalb der Aufgreifschwelle liegt. Im Falle der Aufgreifschwelle 0,3 Gbit/s bleiben Anschlüsse, die bereits über einen FTTS-, FTTB-, FTTH- oder DOCSIS-Anschluss verfügen, bestehen und werden nicht auf den FTTH-Standard ausgebaut. Diese Anschlüsse werden in den

Berechnungen «MIT Berücksichtigung des vorhandenen Ausbaus» entsprechend anteilmässig berücksichtigt und würden nicht mit FTTH erschlossen werden. In den Berechnungen «OHNE Berücksichtigung des vorhandenen Ausbaus» wird eine Situation angenommen, in welcher 100 % der Anschlüsse mit der jeweils angenommenen technischen Ausbauvariante (WIK Szenarien) ausgebaut würden (vgl. Rz 236).²⁵²

254. Da die Kostenmodellierungen des WIK jeweils Kosten pro Nutzungseinheit in den einzelnen Clustern ermitteln, können die Gesamtkosten für den entsprechenden restlichen Netzausbau durch Multiplikation der Kosten pro Nutzungseinheit mit der Anzahl in diesem Cluster je nach Aufgreifschwelle auszubauenden Nutzungseinheiten ermittelt werden. Für den Gesamtnetzausbau bzw. Restausbau auf FTTH sind gemäss WIK ca. 3,7 Mio. NE in den 16 Clustern auszubauen.

A.3.5.2.2.1 P2P-111-Modell Restausbau

255. Das WIK berechnete in seiner Studie in Szenario 2 den Investitionsbedarf für den weiteren Ausbau der Glasfasernetzinfrastruktur für all diejenigen Anschlüsse, welche zum Zeitpunkt der Modellierung noch nicht mit FTTH erschlossen waren. Das betrifft ca. 3,7 Mio. Anschlüsse (vgl. Rz 254).²⁵³ Bei diesem Szenario wurden vom WIK die Kabelnetzanschlüsse (auch COAX-Anschlüsse) hinzugerechnet und eine Abschätzung des Wechselverhaltens von Kunden in den Kabelausbaubieten vorgenommen (1/3 wechselt und 2/3 verbleiben auf COAX).²⁵⁴ Zudem wird deshalb auch ein anderer Ausbaustandard zugrunde gelegt.

Bereich	Kosten in CHF
Total	7'808'814'978
Kosten pro NE	2'103

Tabelle 8: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-111-Modells basierend auf WIK-Modell²⁵⁵

256. Im Vergleich mit den von Swisscom gelieferten Zahlen liegt die Kostenmodellierung des WIK um ca. CHF [0-800] Mio. (oder ca. [0-10] %) tiefer als die vergleichbare COSMOS-Modellierung (vgl. Tabelle 4). Damit liegen die basierend auf dem WIK-Modell berechneten Kosten innerhalb der von Swisscom angegebenen Schwankungsbreite von +/- [10-20] % (vgl. Rz 221). Die Szenario 2 zugrundeliegenden Annahmen führen dazu, dass die geschätzten Kosten des Glasfaserausbau in Szenario 2 der WIK-Studie tendenziell die Ausbauskosten von Swisscom unterschätzen, da Swisscom nur die eigene Netzinfrastruktur berücksichtigt und ihre FTTC- und FTTS-Anschlüsse auf FTTH ausbaut.

257. Wird hingegen Szenario 4 der WIK-Studie mit den durchschnittlichen Investitionskosten je Cluster für einen Ausbau der FTTC- und FTTS-Anschlüsse betrachtet und wird dies auf die rund 3,7 Mio. Anschlüsse unter Szenario 2 hochgerechnet (vgl. Rz 254), so ergeben sich die nachfolgenden Kosten:²⁵⁶

²⁴⁹ Kostenschätzung der Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume vom 16.3.2022. Vgl. Fn 238 betreffend neue Datenbasis für die Ausbauvariante P2MP-2-PON-Bäume und die sich im Vergleich zu früheren Eingaben veränderten Mehrkosten.

²⁵⁰ Vgl. act. 851.1, S. 48 ff., insb. Tabelle 3-6.

²⁵¹ Vgl. act. 851.1, S. 52, Aufgreifschwelle von <0.3 (down) Gbit/s, <1 (sym.) Gbit/s, <10 (sym.) Gbit/s.

²⁵² Vgl. act. 851.1, S. 57 ff.

²⁵³ Vgl. Anhang 1, Beilage «WIK.xlsx».

²⁵⁴ Vgl. act. 851.1, S. 27.

²⁵⁵ Vgl. act. 851.1, S. 89.

²⁵⁶ Vgl. Anhang 1, Beilage «WIK.xlsx».

Bereich	Kosten in CHF
Total	8'471'839'595
Kosten pro NE	2'281

Tabelle 9: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-111-Modells basierend auf WIK-Modell²⁵⁷

258. Damit liegt die Kostenmodellierung des WIK bei einer vergleichbaren Anzahl an auszubauenden Nutzungseinheiten um ca. CHF [0-800] Mio. oder ca. [0-10] % höher als die vergleichbare COSMOS-Modellierung von Swisscom (vgl. Tabelle 4). Die basierend auf dem WIK-Modell berechneten Kosten liegen damit innerhalb der von Swisscom angegebenen Schwankungsbreite von +/- [10-20] % (vgl. Rz 221).

A.3.5.2.2.2 P2P-111-Modell Gesamtausbau

259. Das WIK berechnete in seiner Studie im Szenario 2 gleichzeitig auch den Investitionsbedarf für den Ausbau der Glasfasernetzinfrastruktur für alle 6,2 Mio. Anschlüsse. Die Gesamtkosten liegen ca. CHF 3,3 Mrd. über den Kosten eines Restausbaus (vgl. Rz 257 f.). Aufgrund eines höheren Anteils an ausgebauten Anschlüssen in den profitableren Clustern sinken allerdings die Kosten pro NE entsprechend im Vergleich zur WIK-Berechnungsvariante mit Berücksichtigung des bestehenden Ausbaus (vgl. Tabelle 9).

Bereich	Kosten in CHF
Total	11'776'129'855
Kosten pro NE	1'881

Tabelle 10: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-111-Modells basierend auf WIK-Modell²⁵⁸

A.3.5.2.2.3 P2P-444-Modell Restausbau

260. Basierend auf der Ausbauvariante mit vier durchgehenden Fasern der WIK-Studie (Szenario 10) wurde

der Investitionsbedarf für den Restausbau der ca. 3,7 Mio. NE errechnet (vgl. Rz 254), die noch nicht über einen FTTH-Anschluss verfügen.

Bereich	Kosten in CHF
Total	12'583'004'983
Kosten pro NE	3'389

Tabelle 11: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-444-Modells basierend auf WIK-Modell²⁵⁹

261. Diese Kostenschätzungen basierend auf den WIK-Zahlen sind ca. CHF [0-1 Mrd.] oder ca. [0-10] % höher als die vergleichbaren Kostenschätzungen von Swisscom basierend auf dem COSMOS-Modell (vgl. Tabelle 7). Damit bewegen sie sich innerhalb der von Swisscom angegebenen Schwankungsbreite von +/- [10-20] % (vgl. Rz 221).

A.3.5.2.2.4 P2P-444-Modell Gesamtausbau

262. Gemäss dem Szenario 10 in der Variante ohne Berücksichtigung des bestehenden Ausbaus resultieren für den Ausbau von ca. 6,2 Mio. NE die nachfolgenden Kosten:

²⁵⁷ Vgl. act. 851.1, S. 89 und Anhang 1, Beilage «WIK.xlsx», Tabellenblatt «P2P 1 Ethernet V1».

²⁵⁸ Vgl. act. 851.1, S. 89.

²⁵⁹ Vgl. act. 851.1, S. 102 und Anhang 1, Beilage «WIK.xlsx», Tabellenblatt «P2P 4 Ethernet».

Bereich	Kosten in CHF
Total	18'661'984'945
Kosten pro NE	2'981

Tabelle 12: Kosten für den weiteren Ausbau eines P2P-444-Modells basierend auf WIK-Modell²⁶⁰

263. Aufgrund eines höheren Anteils an ausgebauten Anschlüssen in den profitableren Clustern sinken die Kosten pro NE entsprechend im Vergleich zur WIK-Berechnungsvariante mit Berücksichtigung des bestehenden Ausbaus (vgl. Tabelle 11).

B.3.5.2.3 Zusammenfassung

264. Für eine vergleichbare Anzahl noch auszubauender Nutzungseinheiten in einer P2P-Netzarchitektur liefern die beiden Berechnungsmodelle COSMOS und WIK vergleichbare Ergebnisse, so dass die von Swisscom angestellten Berechnungen im COSMOS-Modell grundsätzlich als verlässlich angesehen werden können.

265. Die Berechnungen von Swisscom zeigen, dass sich die Kosten für einen P2P-Ausbau mit einer durchgehenden Faser pro Nutzungseinheit in den Bereichen «Inhouse», «Drop» und «Feeder» (P2P-111-Modell) und für einen P2P-Ausbau mit vier durchgehenden Fasern pro Nutzungseinheit in den Bereichen «Inhouse» und «Drop» und einer durchgehenden Faser pro Nutzungseinheit im Bereich «Feeder» (P2P-441-Modell) nur um ca. [0-10] % unterscheiden. Im Vergleich dazu ist ein Netzausbau mit vier durchgehenden Fasern in den Bereichen «Inhouse» und «Drop» und zwei durchgehenden Fasern im Bereich «Feeder» (P2P-442-Modell) ca. CHF [1-2 Mrd.] (oder ca. [10-20] %) teurer als die P2P-441-Ausbauvariante. Eine Netzarchitektur mit vier durchgehenden Glasfasern in den Bereichen «Inhouse», «Drop» und «Feeder» (P2P-444-Modell) ist ca. CHF [2-3 Mrd.] (oder ca. [30-40] %) teurer als die P2P-441-Ausbauvariante.

A.3.5.3 Geschätzte Kosten der P2MP-Netzarchitektur

A.3.5.3.1 COSMOS-Modellierungen

266. In ihrer ersten Datenlieferung nahm Swisscom basierend auf den angewendeten Parametern im COSMOS-Modell für einen weiteren P2MP-Netzausbau in der Konfiguration an, dass standardmässig vier Glasfasern in den Bereichen «Inhouse» und «Drop» pro Nutzungseinheit gebaut würden. Jeweils eine dieser Fasern würde in Bündeln über einen Splitter (Splittingverhältnisse von 1:16, 1:32 oder 1:64) auf jeweils eine entsprechende Glasfaser im Bereich «Feeder» verbunden bzw. gespleisst (nachfolgend: ein PON-Baum). Wird zusätzlich jeweils eine zweite Glasfaser pro Nutzungseinheit über einen zusätzlichen Splitter gebündelt auf eine weitere Glasfaser im Bereich «Feeder» gespleisst, so entsteht ein zusätzlicher Glasfaserbaum (nachfolgend: zwei PON-Bäume). In ihren Modellrechnungen zum P2MP-Netzausbau hat Swisscom gemäss eigenen Angaben zwei PON-Bäume modelliert. [...] ²⁶¹ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Swisscom die Glasfa-

ser-Partnerschaft mit Salt im Herbst 2022 sistiert worden sei [...]. Die Verträge mit Salt seien inzwischen entsprechend den neuen Gegebenheiten (P2P-Netzarchitektur) angepasst worden.²⁶²

267. Bei den Modellierungen von Swisscom muss allerdings beachtet werden, dass die bereits getätigten Investitionen in den Ausbau des P2MP-Feeders im Rahmen des FTTS-Ausbaus nicht mehr in die Modellrechnungen einfließen. Swisscom gibt die bereits in die Feeder-Netzinfrastruktur für einen künftigen P2MP-Ausbau getätigten Investitionen, die in den Modellrechnungen nicht berücksichtigt werden, mit ca. CHF [0-1 Mrd.] an.²⁶³

268. Daneben verlangte das Sekretariat eine Aufstellung der Mehrkosten für die Errichtung von bis zu zwei weiteren PON-Bäumen ab der Swisscom Anschlusszentrale.

A.3.5.3.1.1 P2MP mit zwei PON-Bäumen

269. Zusammen mit der Aufstellung für das P2P-442-Modell lieferte Swisscom die Kosten für den weiteren Ausbau einer P2MP-Netzarchitektur mit zwei PON-Bäumen.²⁶⁴ Hierbei ging Swisscom von Investitionskosten in Höhe von CHF [6-7 Mrd.] aus. Diese unterteilten sich in CHF [1-2 Mrd.] für den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] für den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] für den Bereich «Anschlusszentrale».

²⁶⁰ Vgl. act. 851.1, S. 104.

²⁶¹ Vgl. act. 513, Anhang [...], S. 34, Abschnitt 8.7.1.1.

²⁶² Vgl. act. 937 und <www.salt.ch/sites/default/files/2023-03/Medienmitteilung%20-%20Salt_FYR22_24.03.2023.pdf> (24.3.2023).

²⁶³ Vgl. act. V15, Folie 3, vgl. auch act. V20, S. 4.

²⁶⁴ Vgl. act. 513, Beilage [...].

Bereich	Kosten in CHF (27.1.2022)	Kosten in CHF (16.3.2022)	Kosten in CHF (5.8.2022)
«Feeder»	[1-2 Mrd.]	[1-2 Mrd.]	[1-2 Mrd.]
«Drop»	[4-5 Mrd.]	[4-5 Mrd.]	[4-5 Mrd.]
«Inhouse»	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Anschlusszentrale	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]	[0-1 Mrd.]
Total	[6-7 Mrd.]	[6-7 Mrd.]	[6-7 Mrd.]

Tabelle 13: Kosten für den weiteren Ausbau von P2MP mit zwei PON-Bäumen basierend auf COSMOS von Swisscom

270. In ihrer zweiten Datenlieferung vom 16. März 2022 ging Swisscom von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [6-7 Mrd.] aus.²⁶⁵ Hiervon entfielen CHF [1-2 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale». Als Begründung für die Kostenreduktion führte Swisscom aus, dass bei der ursprünglichen Berechnung fälschlicherweise die aufgrund der vorsorglichen Massnahmen nicht vermarktbar Anschlüsse nicht als gebaut, sondern als erst noch zu bauende Anschlüsse berücksichtigt worden seien.²⁶⁶

271. In ihrer dritten Datenlieferung vom 5. August 2022 teilte Swisscom mit, dass bei den bisherigen Berechnungen zu viele Schachtumbauten und Schachtneubauten berücksichtigt worden seien²⁶⁷ und ging neu von Investitionskosten in Höhe von insgesamt CHF [6-7 Mrd.] aus.²⁶⁸ Hiervon entfielen CHF [1-2 Mrd.] auf den Bereich «Feeder», CHF [4-5 Mrd.] auf den Bereich «Drop», CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Inhouse» und CHF [0-1 Mrd.] auf den Bereich «Anschlusszentrale».

272. In sämtlichen dieser Kostenberechnungen sind die im Rahmen des FTTC/FTTS-Ausbaus bereits getätigten bisherigen Investitionen in die künftige «Feeder»-Infrastruktur nicht berücksichtigt. Swisscom beziffert diese auf ca. CHF [0-1 Mrd.] (vgl. Rz 267).

A.3.5.3.1.2 Zusätzliche Kosten für zwei weitere PON-Bäume

273. In einer ersten Einschätzung ging Swisscom für den Aufbau eines weiteren PON-Baumes während des jeweils laufenden Flächenausbaus bzw. Rollouts von Kosten in Höhe von ca. CHF [10] bis [100] pro Nutzungseinheit aus.²⁶⁹ Für eine nachträgliche Erschliessung eines weiteren PON-Baumes ging Swisscom von Kosten in Höhe von ca. CHF [100-200] pro Nutzungseinheit aus. Zudem würde eine nachträgliche Erschliessung nach Abschluss eines Kooperationsvertrages ca. [0-12] Monate in Anspruch nehmen.

274. Im Rahmen der Datenlieferung vom 5. August 2022 reichte Swisscom zudem pro Anschlusszentrale die zusätzlichen Kosten für die Errichtung von zwei zusätzlichen PON-Bäumen ein.²⁷⁰

	P2MP 2 PON-Bäume	Mehrkosten 2 weitere PON-Bäume	P2MP 4 PON-Bäume
Gesamtkosten	[6-7 Mrd.]	[0-1 Mrd.]	[7-8 Mrd.]

Tabelle 14: Mehrkostenvergleich zwischen zwei und vier PON-Bäumen²⁷¹

275. Diese Mehrkosten beziehen sich gemäss Angaben von Swisscom auf die [3-4 Mio.] Nutzungseinheiten, die noch ausgebaut werden müssten. Hieraus ergeben sich Mehrkosten pro Nutzungseinheit für die Erschliessung von zwei weiteren PON-Bäumen in Höhe von ca. CHF [100-200], wobei ein vierter PON-Baum nicht in jedem Fall zeitgleich gebaut werden könne und damit allenfalls bis zum Rückbau des Kupfernetzes zugewartet werden müsse.

²⁶⁵ Vgl. act. V20, Beilage [...].

²⁶⁶ Vgl. act. V20, S. 2.

²⁶⁷ Vgl. act. V48.

²⁶⁸ Vgl. act. V48, Beilage [...].

²⁶⁹ Vgl. act. V20, S. 3.

²⁷⁰ Vgl. act. V48.

²⁷¹ Vgl. act. V48, Beilage [...].

276. Gemäss Swisscom hätten anschliessende Labor-tests ergeben, dass die zusätzlichen Kosten für die zwei zusätzlichen PON-Bäume aufgrund der Komplexität höher ausfallen würden als bisher angenommen. So sei der Ausbau mit zwei PON-Bäumen vergleichsweise noch relativ einfach zu bewerkstelligen, drei PON-Bäume seien schon viel fehleranfälliger und aufwändiger und vier PON-Bäume seien nur noch mit sehr grossem Aufwand zu realisieren. Swisscom weist in diesem Zusammenhang deshalb darauf hin, dass die Installation von PON-Bäumen, spätere Fehlerbehebungen und Reparaturen im Feld bzw. vor Ort schwieriger wären und länger dauern würden als ursprünglich angenommen. Das Fehlerrisiko steige zudem insgesamt. Beim Spleissen und der Kabelvorbereitung sieht Swisscom einen zeitlichen Mehraufwand von anderthalbmal bis doppelt so lange pro Splitter gegenüber einem Ausbau mit zwei PON-Bäumen.²⁷²

A.3.5.3.2 WIK-Modellierungen

277. Das WIK berechnet in seinem so genannten «Brownfield»-Ansatz grundsätzlich zwei verschiedene Modellvarianten mit P2MP-Netzarchitektur: Auf der einen Seite eine P2MP-Netzarchitektur mit einem PON-Baum und andererseits eine P2MP-Netzarchitektur mit vier PON-Bäumen. In beiden Varianten werden PON-Bäume mit unterschiedlichen Splitterverhältnissen angenommen: 1:16 (Szenarien 14 und 20), 1:32 (Szenarien 16 und 22) sowie 1:64 (Szenarien 18 und 24).

A.3.5.3.2.1 P2MP mit einem PON-Baum Restausbau

278. Basierend auf den Szenarien 14, 16 und 18 des WIK wurde der Investitionsbedarf für den Restausbau der ca. 3,7 Mio. NE errechnet, die noch nicht über einen FTTH-Anschluss verfügen (vgl. Rz 254).²⁷³

Bereich	Kosten (Szenario 14)	Kosten (Szenario 16)	Kosten (Szenario 18)
Total	7'903'650'018	7'700'661'471	7'811'696'525
Kosten pro NE	2'129	2'074	2'104

Tabelle 15: Kosten für den weiteren Ausbau von P2MP mit einem PON-Baum basierend auf dem WIK-Modell

279. Diese Kostenschätzungen durch das WIK sind ca. CHF [0-1 Mrd.] (oder ca. [10-20] %) bis [1-2 Mrd.] (oder ca. [10-20] %) höher als die vergleichbaren von Swisscom basierend auf dem COSMOS-Modell errechneten Zahlen von Swisscom (vgl. Tabelle 13), wobei aber die von Swisscom bereits getätigten Investitionen in die Feeder-Netzinfrastruktur von ca. CHF [0-1 Mrd.] im WIK-Modell nicht berücksichtigt werden (vgl. Rz 267).

A.3.5.3.2.2 P2MP mit vier PON-Bäumen Restausbau

280. Basierend auf den Szenarien 20, 22 und 24 des WIK wurde wiederum der Investitionsbedarf für den Restausbau der ca. 3,7 Mio. NE errechnet (vgl. Rz 254), die noch nicht über einen FTTH-Anschluss verfügen.

Bereich	Kosten (Szenario 20)	Kosten (Szenario 22)	Kosten (Szenario 24)
Total	13'246'732'113	12'479'977'660	11'765'980'578
Kosten pro NE	3'568	3'361	3'169

Tabelle 16: Kosten für den weiteren Ausbau einer P2MP-Netzarchitektur mit vier PON-Bäumen basierend auf dem WIK-Modell

281. Die Kostenschätzungen durch das WIK sind mit Mehrkosten in Höhe von ca. CHF [4-5 Mrd.] bis [6-7 Mrd.] (oder ca. [70-80] bis [80-90] %) deutlich höher als die vergleichbaren von Swisscom basierend auf dem COSMOS-Modell errechnete Zahlen (vgl. Tabelle 13 und Tabelle 14).

A.3.5.4 Weitere Berechnungen

282. Im Rahmen der Untersuchung und der Verhandlungen mit Swisscom über eine einvernehmliche Regelung wurden auf Basis der von Swisscom eingereichten Zahlen noch verschiedene weitere Modellberechnungen²⁷⁴ durchgeführt. Zweck dieser Modellrechnungen war die umfassende Sachverhaltsabklärung, um im Hinblick auf den geringstmöglichen Eingriff in die Wirt-

schaftsfreiheit von Swisscom sämtliche ersichtliche Ausbauvarianten hinsichtlich den wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu prüfen. Bei diesen Varianten wurden aufgrund bestimmter wettbewerbsrelevanter Kriterien die Mehrkosten für eine Netzinfrastruktur errechnet, bei welcher der eine Teil der Anschlüsse in einer P2P- und der andere Teil der Anschlüsse mit einer P2MP-Netzarchitektur erschlossen würde.²⁷⁵ Die einzelnen analysierten Varianten waren:

²⁷² Vgl. act. 824, Rz 8 ff.

²⁷³ Vgl. act. 851.1, S. 112, 116 und 120.

²⁷⁴ Das Berechnungsmodell befindet sich in Anhang 2 der Verfügung.

²⁷⁵ Die Ergebnisse der jeweiligen Berechnungen und deren Würdigung befinden sich in Anhang 1 der Verfügung.

- Ausbau von Anschlüssen in einer P2P-Netzarchitektur, wenn die Mehrkosten pro Anschlusszentrale gegenüber einem Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur weniger als 20 % betragen.
- Ausbau von Anschlüssen in einer P2P-Netzarchitektur, wenn mehr als 2'000 NE über eine Anschlusszentrale an das Netz angebunden sind oder wenn die Mehrkosten pro Anschlusszentrale gegenüber einem Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur weniger als 20 % betragen.
- Ausbau von Anschlüssen in einer P2P-Netzarchitektur, wenn mehr als 3'000 NE über eine Anschlusszentrale an das Netz angebunden sind oder wenn die Mehrkosten pro Anschlusszentrale gegenüber einem Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur weniger als 20 % betragen.
- Ausbau von Anschlüssen in einer P2P-Netzarchitektur bis zum Erreichen von Gesamtmehrkosten gegenüber einem Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur in Höhe von 20 %.
- Ausbau von Geschäftseinheiten in der Bauzone in einer P2P-Netzarchitektur, die restlichen NE mittels P2MP-Netzarchitektur und vier PON-Bäumen.
- Ausbau von Liegenschaften in einer P2P-Netzarchitektur, soweit sich in der jeweiligen Liegenschaft eine Geschäftseinheit befindet, die restlichen NE mittels P2MP-Netzarchitektur und vier PON-Bäumen.
- Ausbau von Geschäftseinheiten in der Bauzone in einer P2P-Netzarchitektur, die restlichen NE mittels P2MP-Netzarchitektur und vier PON-Bäumen sowie Ausbau derjenigen Anschlusszentralen bei denen die Mehrkosten für einen Ausbau in einer P2P-Netzarchitektur gegenüber einem Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur weniger als 20 % betragen.
- Ausbau von Liegenschaften in einer P2P-Netzarchitektur, soweit sich in einer jeweiligen Liegenschaft eine Geschäftseinheit befindet, Ausbau der restlichen NE mittels P2MP-Netzarchitektur und vier PON-Bäumen, sowie Ausbau derjenigen Anschlusszentralen bei denen die Mehrkosten für einen Ausbau in einer P2P-Netzarchitektur gegenüber einem Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur weniger als 20 % betragen.

283. Auch diese Berechnungen haben insgesamt zu keinem Ergebnis geführt, bei welchem mit einem moderaten zusätzlichen Mitteleinsatz für einen Aufbau in einer P2P-Netzarchitektur gegenüber einem Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur eine erhebliche Verbesserung der wettbewerbsrelevanten Parameter zu erreichen gewesen wäre. Die durchgeführten Modellberechnungen haben vielmehr gezeigt, dass sich die zusätzlichen Kosten pro Nutzungseinheit für den Ausbau einer P2P-Netzinfrastruktur im Vergleich zu einer P2MP-Netzinfrastruktur nicht in einem substanziellen Ausmass verändern. So führen etwa die verschiedenen Ausbauvarianten, bei denen Geschäftseinheiten mit P2P erschlossen werden, zu vergleichsweise hohen Zusatzkosten pro Nutzungseinheit. Ein weiterer Nachteil der Ausbauvarianten, bei denen hauptsächlich Geschäftseinhei-

ten mit P2P erschlossen werden, besteht darin, dass es sich um einen statischen Ansatz handelt, der künftige Neugründungen oder Umzüge von Unternehmen nicht berücksichtigen würde. Die letzten Jahre mit fortschreitender Digitalisierung und vermehrtem Homeoffice haben zu neuen Arbeitsmodellen und einer weniger strikten Trennung zwischen Arbeitsplatz und Wohnbereich geführt. Auch eine klare Trennung zwischen Geschäfts- und Privatkunden ist nicht in jedem Fall möglich. Dies führt in der Summe dazu, dass ein solcher statischer Ansatz den heutigen und künftigen Arbeitsgewohnheiten in der Schweiz nicht mehr gerecht wird.

A.3.5.5 Konsistenzprüfung und Vergleich der Berechnungsmodelle

A.3.5.5.1 Konsistenzprüfung innerhalb der Kostenmodelle

284. Die Annahmen und Schätzungen der beiden Modelle COSMOS und WIK unterscheiden sich grundsätzlich, was einen direkten Vergleich der absoluten Zahlen erschwert. Dennoch lassen sich aus den einzelnen Modellen Tendenzen hinsichtlich der Kosten in den verschiedenen Ausbauvarianten miteinander vergleichen.

A.3.5.5.1.1 Vergleich innerhalb des COSMOS-Modells

285. Gemäss eigenen Angaben plant Swisscom den Bau ihrer Netze nach Anschlussnetzen und nicht nach einzelnen Anschlüssen,²⁷⁶ weshalb Swisscom die Daten im COSMOS-Modell nach Anschlusszentralen und nicht etwa nach Gemeinden geliefert hat (vgl. Rz 218).

²⁷⁶ Vgl. act. N05.

Datenlieferung vom	28.1.2022/ 17.2.2022 ²⁷⁷	22.3.2022 ²⁷⁸	5.8.2022 ²⁷⁹
Auszubauende NE	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]
Von P2MP in P2P umzubauende NE	n/a	[300'000- 400'00]	[300'000- 400'00]
Total	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]

Tabelle 17: Anzahl in P2P aus- bzw. umzubauender NE

286. Je nach Zeitpunkt der Datenlieferung geht Swisscom von insgesamt ca. [3-4 Mio.] bis [3-4 Mio.] auszubauenden bzw. umzubauenden NE aus. In den späteren Datenlieferungen wurden bei den Mehrkosten auch die Umrüstkosten auf P2P von bereits mit P2MP erschlossenen NE ausgewiesen. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Höhe der tatsächlichen Umrüstkosten mit dem fortschreitenden Ausbau von P2MP-Anschlüssen weiter angestiegen ist. Dies wird in

den Kostenschätzungen von Swisscom nicht vollständig berücksichtigt, da bei den Datenlieferungen vom 5. August 2022 der Ausbaustand des Netzes von Swisscom auf den Zeitpunkt vom 9. März 2022 «eingefroren» wurde.

287. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit zwei PON-Bäumen und P2MP mit vier PON-Bäumen, so ergeben sich im COSMOS-Modell von Swisscom die nachfolgenden Werte:

Datenlieferung vom	27.1.2022	16.3.2022	5.8.2022
P2MP 2 PON-Bäume	[6-7 Mrd.]	[6-7 Mrd.]	[6-7 Mrd.]
P2MP 4 PON-Bäume	n/a	n/a	[7-8 Mrd.]
Anzahl NE	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]
Mehrkosten	n/a	n/a	[0-1 Mrd.]
Mehrkosten pro NE	n/a	n/a	[100-200]

Tabelle 18: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 2 PON-Bäume und P2MP 4 PON-Bäume nach COSMOS von Swisscom

288. Es zeigt sich, dass ein Netzaufbau mit vier PON-Bäumen teurer ist als mit nur zwei PON-Bäumen, wobei die Mehrkosten für zwei zusätzliche PON-Bäume gemäss der Datenlieferung von Swisscom vom 5. August 2022 lediglich bei CHF [0-1 Mrd.] (oder [0-10] %) liegen.

289. Nachfolgend werden die geschätzten Kosten der verschiedenen P2P-Ausbauvarianten den Kosten des von Swisscom vorgesehenen Ausbaus in einer P2MP-Netzarchitektur mit zwei PON-Bäumen (Basis) gegenübergestellt und die jeweiligen Mehrkosten ausgewiesen.

290. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit zwei PON-Bäumen mit den Kosten des P2P-441-Modells, so ergeben sich im COSMOS-Modell von Swisscom die nachfolgenden Werte:

²⁷⁷ Vgl. act 513 und 534.

²⁷⁸ Vgl. act. V20.

²⁷⁹ Vgl. act. V48 und 824.

Datenlieferung vom	17.2.2022	16.3.2022	5.8.2022
P2MP-Netz (Basis)	[6-7 Mrd.]	[6-7 Mrd.]	[6-7 Mrd.]
P2P-441-Modell	[8-9 Mrd.]	[8-9 Mrd.]	[8-9 Mrd.]
Anzahl NE	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]
Mehrkosten	[1-2 Mrd.]	[1-2 Mrd.]	[1-2 Mrd.]
Mehrkosten pro NE	[400-500]	[500-600]	[500-600]

Tabelle 19: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 2 PON-Bäume und P2P-441-Modell nach COSMOS von Swisscom

291. Der Kostenvergleich zeigt, dass basierend auf dem Ausbaustand der Netzinfrastruktur von Swisscom der Aufbau eines P2P-Netzes mit einer durchgehenden Faser im «Feeder»-Bereich teurer ist, als der Aufbau eines P2MP-Netzes.

292. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit zwei PON-Bäumen mit den Kosten des P2P-442-Modells, so ergeben sich im COSMOS-Modell von Swisscom die nachfolgenden Werte:

Datenlieferung vom	27.1.2022	16.3.2022
P2MP-Netz (Basis)	[7-8 Mrd.]	[7-8 Mrd.]
P2P-442-Modell	[9-10 Mrd.]	[9-10 Mrd.]
Anzahl NE	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]
Mehrkosten	[2-3 Mrd.]	[2-3 Mrd.]
Mehrkosten pro NE	[700-800]	[800-900]

Tabelle 20: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 2 PON-Bäume und P2P-442-Modell nach COSMOS von Swisscom

293. Auch hier zeigt sich, dass der Aufbau eines P2P-Netzes mit zwei durchgehenden Fasern im «Feeder»-Bereich teurer ist als ein P2MP-Netz mit zwei PON-Bäumen. Gegenüber dem P2P-441 Modell resultieren beim P2P-442-Modell jedoch höhere Mehrkosten.

294. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit zwei PON-Bäumen mit den Kosten des P2P-444-Modells, so ergeben sich im COSMOS-Modell von Swisscom die nachfolgenden Werte:

Datenlieferung vom	17.2.2022	16.3.2022
P2MP-Netz (Basis)	[6-7 Mrd.]	[6-7 Mrd.]
P2P-444-Modell	[11-12 Mrd.]	[11-12 Mrd.]
Anzahl NE	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]
Mehrkosten	[4-5 Mrd.]	[4-5 Mrd.]
Mehrkosten pro NE	[1'000-1'500]	[1'000-1'500]

Tabelle 21: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 2 PON-Bäume und P2P 444-Modell nach COSMOS von Swisscom

295. Die Mehrkosten von CHF [1'000-1'500] (oder ca. [60-70] %) bzw. CHF [1'000-1'500] (oder ca. [70-80] %) bei der P2P-Ausbauvariante mit vier durchgehenden Fasern im «Feeder»-Bereich sind nochmals höher als bei den vorhergehenden P2P-Ausbauvarianten.

296. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit zwei PON-Bäumen mit den Kosten der P2P-Ausbauvariante mit einer durchgehenden Faser in den Bereichen «Inhouse», «Drop» und «Feeder» (P2P-111-Modell), so ergeben sich im COSMOS-Modell von Swisscom die nachfolgenden Werte:

Datenlieferung vom	7.10.2022
P2MP-Netz (Basis)	[6-7 Mrd.]
P2P-111-Modell	[8-9 Mrd.]
Anzahl NE	[3-4 Mio.]
Mehrkosten	[1-2 Mrd.]
Mehrkosten pro NE	[400-500]

Tabelle 22: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 2 PON-Bäume und P2P-111-Modell nach COSMOS von Swisscom

297. Auch dieser Vergleich zeigt, dass der Aufbau einer P2P-Netzarchitektur grundsätzlich teurer ist, als der Aufbau einer P2MP-Netzarchitektur mit zwei PON-Bäumen. Zudem ist der Aufbau des P2P-111-Modells günstiger als der Aufbau eines P2P-441-Modells, wobei allerdings der Kostenunterschied zwischen den beiden P2P-Ausbauvarianten gering ausfällt (vgl. Rz 241 f.).

298. Aus den Modellberechnungen von Swisscom ergibt sich, dass die P2MP-Netzarchitektur grundsätzlich günstiger ist als die P2P-Netzarchitektur. Im COSMOS-Modell sind die beiden P2MP-Varianten mit zwei PON-Bäumen und vier PON-Bäumen günstiger als die günstigste P2P-Variante.

[...]

Abbildung 12: Vergleich der einzelnen COSMOS-Modellvarianten nach Swisscom

299. Die von Swisscom berechneten Gesamtkosten für die P2MP-Ausbauvarianten liegen jeweils zwischen ca. CHF [6-7 Mrd.] und CHF [6-7 Mrd.], wobei die Erschliessung zweier zusätzlicher PON-Bäume (insgesamt vier PON-Bäume) gemäss Aussagen von Swisscom lediglich zu Mehrkosten von ca. CHF [0-1 Mrd.] führen würde (vgl. Tabelle 13 und Tabelle 14). Aufgrund von später durchgeführten Labortests hat Swisscom die geschätzten Mehrkosten für die zusätzlichen PON-Bäume wegen der Komplexität nach oben korrigiert (vgl. Rz 276).

300. Die Gesamtkosten für die P2P-Modellvarianten liegen zwischen ca. CHF [8-9 Mrd.] und CHF [11-12 Mrd.] Hierbei unterscheiden sich die Kosten zwischen einem P2P-111-Netzausbau und einem P2P-441-Netzausbau gemäss den Berechnungen von Swisscom nur um etwas mehr als CHF [0-100 Mio.] (ca. [0-10] %) und liegen in der Grössenordnung um CHF [8-9 Mrd.] [...].

301. Für die Erschliessung mit einer zweiten durchgehenden Glasfaser in der Modellvariante P2P-442 veran-

schlägt Swisscom Kosten von ca. CHF [9-10 Mrd.] Damit liegen die Mehrkosten bei etwas mehr als CHF [0-1 Mrd.] (oder ca. [10-20] %) gegenüber den beiden Modellvarianten P2P-111 und P2P-441. Für die Erschliessung mit vier durchgehenden Glasfasern in der Modellvariante P2P-444 veranschlagt Swisscom Kosten von ca. CHF [11-12 Mrd.] bis CHF [11-12 Mrd.]. Damit liegen die Mehrkosten bei ca. CHF [1-2 Mrd.] (oder ca. [10-20] %) gegenüber der Modellvariante P2P-442 und etwas mehr als CHF [2-3 Mrd.] (oder ca. [30-40] %) gegenüber den beiden Modellvarianten P2P-111 und P2P-441.

302. Basierend auf dem COSMOS-Modell und dem Ausbaustand der Netzinfrastruktur von Swisscom zum Zeitpunkt vom 9. März 2022 entsprechen demnach die Mehrkosten eines P2P-Ausbaus (P2P-441-Variante) im Vergleich zu einem P2MP-Ausbau mit zwei PON-Bäumen (P2MP 2 PON-Bäume) ca. CHF [1-2 Mrd.] bzw. CHF [500-600] pro NE. Ein P2P-Ausbau basierend auf dem aktuellen Ausbaustand der Netzinfrastruktur von Swisscom ist damit über alle 922 Anschlussnetze betrachtet rund [20-30] % teurer. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die von Swisscom bereits im Hinblick auf einen künftigen P2MP-Netzausbau im Rahmen des FTTS-Ausbaus getätigten Investitionen in die Feeder-Netzinfrastruktur von CHF [0-1 Mrd.] in den Vergleichsberechnungen nicht berücksichtigt werden. Dieser Betrag wäre bei der Berechnung der Mehrkosten entsprechend in Abzug zu bringen, wenn Swisscom von Anfang an mit einem P2P-Netzausbau geplant hätte.

303. Werden die relativen Mehrkosten eines P2P-Ausbaus auf Stufe der Anschlussnetze betrachtet, so zeigen sich grosse Unterschiede. Für drei Anschlussnetze ergeben sich sogar tiefere Kosten als bei einem P2MP-Ausbau, während die Mehrkosten in 19 Anschlussnetzen über [60-70] % und in 10 Anschlussnetzen über [90-100] % betragen.

Anschlussnetz		Mehrkosten P2P	Ausbaustand P2P	Ausbaustand P2MP
1	[...]	[500-600] %	[0-10] %	[80-90] %
2	[...]	[300-400] %	[0-10] %	[80-90] %
3	[...]	[100-200] %	[0-10] %	[80-90] %
4	[...]	[100-200] %	[0-10] %	[60-70] %
5	[...]	[100-200] %	[40-50] %	[40-50] %
6	[...]	[100-200] %	[0-10] %	[0-10] %
7	[...]	[100-200] %	[0-10] %	[60-70] %
8	[...]	[100-200] %	[0-10] %	[60-70] %
9	[...]	[100-200] %	[0-10] %	[50-60] %
10	[...]	[100-200] %	[0-10] %	[30-40] %

Tabelle 23: Anschlussnetze von Swisscom mit den grössten Mehrkosten

304. Gleichzeitig wird der FTTH-Ausbaustand unterschieden nach P2P- und P2MP-Ausbau angegeben. Es zeigt sich, dass mit Ausnahme des Anschlussnetzes [...] jeweils ein beträchtlicher Anteil der Nutzungseinheiten bereits mit der P2MP-Netzarchitektur erschlossen wurden, wobei es sich bei [...] um ein sehr kleines Anschlussnetz handelt, bei welchem [200-300] der [500-600] NE mit FTTH erschlossen werden sollen. In den drei Anschlussnetzen mit den höchsten Mehrkosten ([...]) hat Swisscom jeweils über 80 % der Nutzungseinheiten mit P2MP erschlossen. Mit Ausnahme der Anschlussnetze [...] ([40-50] %) und [...] ([0-10] %) liegt der P2P-Ausbau in diesen Anschlussnetzen bei [0-10] %. Wenn aber wie im Anschlussnetz von [...] nur noch [10-20] % der NE bei der P2MP-Variante auszubauen wären, sinken die absoluten Ausbaukosten für einen P2MP-Ausbau. Demgegenüber wären beim P2P-Ausbau alle NE auszubauen bzw. umzurüsten und die absoluten Ausbaukosten entsprechend höher. Die hohen relativen Mehrkosten ergeben sich, da Swisscom trotz der vorsorglichen Massnahmen der WEKO vom 14. Dezember 2020 und dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 2021 zumindest bis März 2022 den P2MP-Ausbau in diesen Anschlussnetzen weiter vorangetrieben hat (vgl. nachfolgend Abbildung 16).

305. Insgesamt stellen sich die Modellberechnungen von Swisscom als in sich konsistent dar. Die Daten zeigen in der Tendenz aber auch auf, dass die Mehrkosten, welche nach den Berechnungen von Swisscom auch die Umbaukosten der bereits errichteten Anschlüsse in einer P2MP-Netzarchitektur in eine P2P-Netzarchitektur enthalten, mit fortschreitendem Ausbau in einer P2MP-Netzarchitektur zunehmen. Auch dies ist in sich konsistent, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass die Umbaukosten nicht anfallen würden, wenn von Anfang

an mit einer P2P-Netzarchitektur geplant worden wäre bzw. die Anordnungen der WEKO vom 14. Dezember 2020 und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 2021 befolgt worden wären.

A.3.5.5.1.2 Vergleich innerhalb des WIK-Modells

306. Das WIK modelliert die Kosten für den Netzausbau basierend auf den von ihm definierten 16 Dichteclustern, die grundsätzlich keine geographische Nachbarschaft aufweisen müssen. Da Swisscom in ihrem COSMOS-Modell die Kosten für den weiteren Ausbau ihres Netzes modelliert, wird für den besseren Vergleich der jeweiligen Kostenmodelle WIK und COSMOS beim WIK-Modell neben dem Gesamtausbau auch auf den Aufbau mit denjenigen Aufgreifkriterien zurückgegriffen, bei denen jeweils alle Anschlüsse ausgebaut werden, die noch nicht über einen FTTH-Anschluss verfügen (Restausbau). Dies macht über die 16 Cluster insgesamt 3'712'941 noch zu erschliessende Anschlüsse.²⁸⁰

307. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit einem PON-Baum und P2MP mit vier PON-Bäumen, so ergeben sich im WIK-Modell die nachfolgenden Werte:

²⁸⁰ Vgl. WIK-Bericht (vgl. Fn 132), S. 46, Tabelle 3-2.

	WIK Szenario 14	WIK Szenario 16	WIK Szenario 18
P2MP 1 PON-Baum	7'903'650'018	7'700'661'471	7'811'696'525
	Szenario 20	Szenario 22	Szenario 24
P2MP 4 PON-Bäume	13'246'732'113	12'479'977'660	11'765'980'578
Anzahl NE	3'712'941	3'712'941	3'712'941
Mehrkosten	5'343'082'095	4'779'316'189	3'954'284'053
Mehrkosten pro NE	1'439	1'287	1'065

Tabelle 24: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 1 PON-Baum und P2MP 4 PON-Bäume nach WIK-Modell

308. Auffällig an diesem Vergleich ist, dass die Kosten für das Szenario 16 trotz eines ungünstigeren Splitterverhältnisses von 1:32 tiefer ausfallen als die Kosten für das Szenario 18 mit einem Splitterverhältnis von 1:64. Das WIK begründet dies mit unterschiedlichen zugrundeliegenden Netztopologien. Bei einem Splitterverhältnis von 1:64 hat das WIK eine Topologie analog zu den FTTH P2P Szenarien angenommen, während bei Splitterverhältnissen von 1:16 und 1:32 eine Topologie analog zu FTTS unterstellt wurde, wo der Schacht typi-

scherweise maximal ca. 200 Meter vom Standort des Endkunden entfernt ist.²⁸¹

309. Jedenfalls sind die Modellberechnungen in sich konsistent. Der Aufbau in einer P2MP-Netzarchitektur mit einem PON-Baum ist günstiger als der Aufbau mit vier PON-Bäumen.

310. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit einem PON-Baum und den Kosten des P2P-111-Modells, so ergeben sich im WIK-Modell die nachfolgenden Werte:

	WIK Szenario 14	WIK Szenario 16	WIK Szenario 18
P2MP 1 PON-Baum	7'903'650'018	7'700'661'471	7'811'696'525
	Szenario 4	Szenario 4	Szenario 4
P2P-111-Modell	8'471'839'595	8'471'839'595	8'471'839'595
Anzahl NE	3'712'941	3'712'941	3'712'941
Mehrkosten	568'189'577	771'178'124	660'143'070
Mehrkosten pro NE	153	208	178

Tabelle 25: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 1 PON-Baum und P2P-111-Modell nach WIK

311. Es zeigt sich, dass der Aufbau einer P2P-Netzarchitektur grundsätzlich teurer ist als der Aufbau einer P2MP-Netzarchitektur mit einem PON-Baum. Auch in dieser Hinsicht erweist sich das Berechnungsmodell als in sich konsistent.

312. Vergleicht man die Kosten für einen Ausbau von P2MP mit einem PON-Baum und den Kosten des P2P-444-Modells, so ergeben sich im WIK-Modell die nachfolgenden Werte:

²⁸¹ Vgl. act. 851.1, S. 15 und 60.

	WIK Szenario 14	WIK Szenario 16	WIK Szenario 18
P2MP 1 PON-Baum	7'903'650'018	7'700'661'471	7'811'696'525
	Szenario 10	Szenario 10	Szenario 10
P2P-444-Modell	12'583'004'983	12'583'004'983	12'583'004'983
Anzahl NE	3'712'941	3'712'941	3'712'941
Mehrkosten	4'679'354'965	4'882'343'512	4'771'308'458
Mehrkosten pro NE	1'260	1'315	1'285

Tabelle 26: Kostenvergleich für den Aufbau von P2MP 1 PON-Baum und P2P-444-Modell nach WIK

313. Die Mehrkosten der P2P-Ausbauvariante mit vier durchgehenden Fasern in den Bereichen «Inhouse», «Drop» und «Feeder» sind im WIK-Modell bedeutend höher als wenn nur eine durchgehende Faser verlegt wird.

jedem Fall günstiger ist als mit P2P-Netzarchitektur. So ist zwar P2MP mit einem PON-Baum günstiger als das P2P-111-Modell und P2MP mit vier PON-Bäumen ist günstiger als das P2P-444-Modell. Hingegen ist P2MP mit vier PON-Bäumen teurer als das P2P-111-Modell.

314. Aus den WIK-Modellberechnungen zeigt sich, dass der Glasfaserausbau in P2MP-Netzarchitektur nicht in

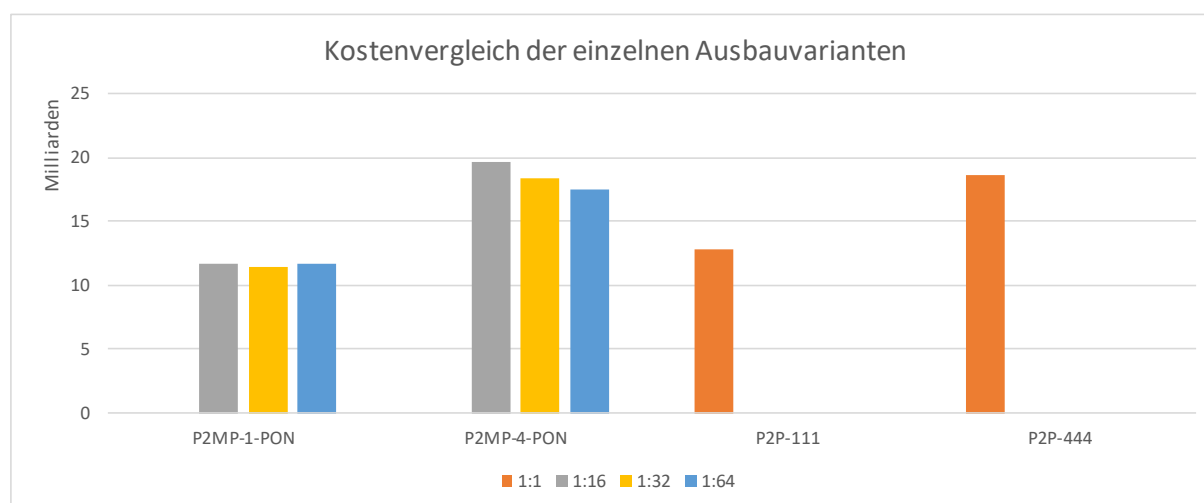


Abbildung 13: Vergleich der einzelnen WIK-Modellvarianten (Gesamtausbau)

315. Abbildung 13 zeigt die geschätzten Kosten eines Ausbaus der Glasfasernetzinfrastruktur für alle 6,2 Mio. Anschlüsse (Gesamtausbau) für die verschiedenen Ausbauvarianten. Beim P2MP-Ausbau werden jeweils Berechnungen für drei verschiedene Splitterverhältnisse (1:16, 1:32, 1:64) vorgenommen.

die unterhalb der Aufgreifschwelle FTTH liegen (vgl. Rz 236). Abbildung 14 zeigt die Kosten des Glasfaserausbaus für die verschiedenen Ausbauvarianten, wenn alle diejenigen Anschlüsse ausgebaut werden, die heute noch über keinen FTTH-Anschluss verfügen (Restausbau).

316. Ein vergleichbares Bild zeigt sich, wenn lediglich diejenigen rund 3,7 Mio. Anschlüsse ausgebaut werden,

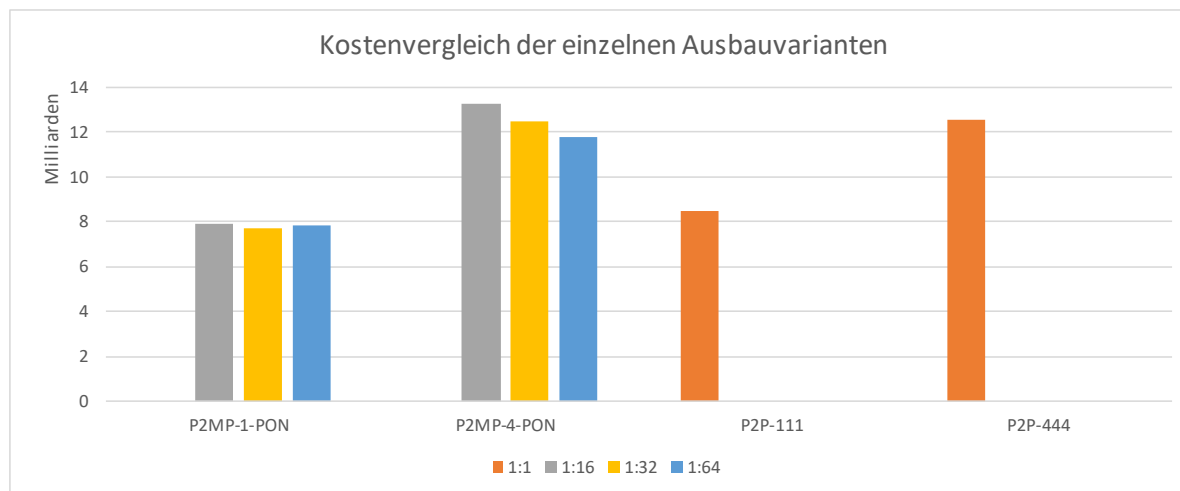


Abbildung 14: Vergleich der einzelnen WIK-Modellvarianten (Restausbau)

317. Die vom WIK berechneten Gesamtkosten für die Ausbauvarianten mit einer Glasfaser (P2MP 1 PON-Baum und P2P-111) liegen zwischen ca. CHF 7,7 Mrd. und ca. CHF 8,5 Mrd. Grundsätzlich ist der Ausbau des P2P-Modells im WIK-Modell ca. CHF 0,6 bis 0,8 Mrd. teurer als die korrespondierenden P2MP-Modelle (P2MP 1 PON-Baum). Hierbei ist zu beachten, dass die Modellberechnungen davon ausgehen, dass von Anfang an in der festgelegten Netzarchitektur gebaut wird und daher keine Umbaukosten einer P2MP-Netzarchitektur in eine P2P-Netzarchitektur entstehen.

318. Bei den Modellvarianten mit vier Glasfasern (P2MP 4 PON-Bäume und P2P 444) zeigt sich ein uneinheitliches Bild. Während der Aufbau von vier PON-Bäumen mit einem Splitterverhältnis von 1:16 um ca. CHF 0,65 Mrd. teurer ist als der Aufbau eines korrespondierenden P2P-444-Modells, ist der Aufbau von vier PON-Bäumen mit einem Splitterverhältnis von 1:32 um ca. CHF 0,1 Mrd. und mit einem Splitterverhältnis von 1:64 um ca. CHF 0,6 Mrd. günstiger als der Aufbau eines korrespondierenden P2P-444-Modells.

A.3.5.5.2 Vergleich zwischen den beiden Kostenmodellen WIK und COSMOS

319. Beim Vergleich der beiden Kostenmodelle WIK und COSMOS fällt auf, dass diese sowohl in absoluten Zahlen als auch im relativen Vergleich beim Ausbau mit einer Glasfaser bzw. zwei Glasfasern (P2MP 1 PON-Baum [WIK] und P2MP 2 PON-Bäume [COSMOS]) durchaus vergleichbare Zahlen liefern (vgl. Rz 299 und 317). Die Kosten für P2MP mit zwei PON-Bäumen liegen im COSMOS-Modell etwas tiefer, wobei die Berechnungen auf dem Ausbau von weniger NE als im WIK-Modell basieren. Zudem muss beachtet werden, dass bereits im Rahmen des FTTS/FTTB-Ausbaus getätigte Investitionen in den P2MP-Feeder in Höhe von ca. CHF [0-1 Mrd.] und der bis März 2022 getätigte P2MP-Ausbau im COSMOS-Modell nicht abgebildet sind, da der Ausbaustand des Netzes von Swisscom vom 9. März 2022 zugrunde gelegt wird (vgl. Rz 272 bzw. 286). Da sich die Modellvarianten P2P-441 und P2P-111 in den COSMOS-Berechnungen kaum unterscheiden, kann ein Vergleich mit dem P2P-111-Modell des WIK-Modells ebenfalls vorgenommen werden. Diese Zahlen

unterscheiden sich nur marginal voneinander und basieren auf einer vergleichbaren Anzahl zukünftig zu erschliessender Nutzungseinheiten.

320. WIK geht für P2MP mit einem PON-Baum bei 3'712'941 zu erschliessenden Nutzungseinheiten (vgl. Rz 254) von Kosten in Höhe von CHF 7'903'650'018 aus, während Swisscom basierend auf dem COSMOS-Modell bei insgesamt [3-4 Mio.] Nutzungseinheiten von Kosten in Höhe von CHF [6-7 Mrd.] bzw. [6-7 Mrd.] für zwei PON-Bäume ausgeht (vgl. Tabelle 13). Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Swisscom die bereits geleisteten CHF [0-1 Mrd.] für den «Feeder»-Ausbau im Rahmen des Ausbaus der FTTS/FTTB-Netzinfrastruktur nicht berücksichtigt (vgl. Rz 272). Rechnet man die im WIK-Modell berechneten Kosten auf die geringere Anzahl Nutzungseinheiten zurück und berücksichtigt die von Swisscom bereits getätigten Investitionen in die «Feeder»-Infrastruktur, so sind auch diese Zahlen durchaus vergleichbar.

321. Sowohl im COSMOS als auch im WIK-Modell sind die Kosten für eine P2MP-Netzinfrastruktur mit einem bzw. zwei PON-Bäumen geringer als der Aufbau einer P2P-Netzinfrastruktur. Berücksichtigt man in den Berechnungen des COSMOS-Modells zudem die bereits getätigten Investitionen von ca. CHF [0-1 Mrd.], ist von Kosten für eine P2MP-Netzinfrastruktur mit zwei PON-Bäumen von ca. CHF [7-8 Mrd.] auszugehen. Dem stehen Kosten für einen P2P-Netzausbau in einem P2P-441-Modell in Höhe von CHF [8-9 Mrd.] gegenüber. Wie in Rz 317 aufgeführt, geht auch das WIK-Modell von Kosten für einen P2P-Netzausbau nach dem P2P-111-Modell zwischen ca. CHF [7-8 Mrd.] und CHF [8-9 Mrd.] aus. Damit zeigen sich in beiden Modellen vergleichbare Zahlen hinsichtlich der Mehrkosten.

322. Vor diesem Hintergrund erscheinen die von Swisscom gelieferten Zahlen in COSMOS grundsätzlich verifizierbar, so dass für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung und zu Gunsten von Swisscom auf diese Zahlen abgestellt werden kann. Die Abklärungen des Sekretariats zur Plausibilisierung der in COSMOS modellierten Kosten zeigen jedoch, dass diese höher ausgefallen sind als die tatsächlichen Ausbauskosten. Swisscom selbst gibt an, dass von einer Genauigkeit

von ca. [10-20] % ausgegangen werden kann (vgl. Rz 221).

323. Während sich bei einem P2MP-Ausbau mit einem PON-Baum die von WIK geschätzten Kosten noch innerhalb der von Swisscom angegebenen Schwankungsbreite von +/- [10-20] % bewegen, sind die Kostenberechnungen des WIK für einen P2MP-Ausbau mit vier PON-Bäumen mit Mehrkosten von [60-70] % bis [80-90] % deutlich höher als die entsprechenden von Swisscom berechneten Kosten. Im Vergleich zu den von Swisscom geschätzten Kosten des P2P-441-Modells ist ein P2MP-Ausbau mit einem PON-Baum (gemäss Berechnung WIK) ca. CHF [0-1 Mrd.] bis CHF [0-1 Mrd.] (oder [0-10] % bis [10-20] %) günstiger und ein P2MP-Ausbau mit zwei PON-Bäumen (gemäss COSMOS-Berechnung Swisscom) ca. CHF [1-2 Mrd.] (oder ca. [20-30] %) günstiger. Bei den von Swisscom eingereichten Kostenberechnungen ist allerdings zu berücksichtigen, dass die von Swisscom bereits im Hinblick auf einen künftigen P2MP-Netzausbau im Rahmen des FTTS-Ausbaus getätigten Investitionen in die Feeder-Netzinfrastruktur von CHF [0-1 Mrd.] in den Vergleichsberechnungen nicht berücksichtigt werden.

A.3.5.6 Stellungnahme von Swisscom zu den WIK Ergebnissen

324. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vom 19. Dezember 2022 zum WIK-Bericht und den Modellierungsergebnissen zusammenfassend vor, dass die berechneten Mehr- oder Minderkosten bzw. Investitionen falsch seien und nicht auf Swisscom angewendet werden könnten. Erstens werde im WIK-Bericht ein hypothetischer Durchschnittsanbieter modelliert, zweitens würden die Ausbauvarianten P2MP bzw. P2P auf komplett unterschiedlichen Modellansätzen (Trassenlängen) beruhen und drittens weise der WIK-Bericht weitere offensichtliche Unstimmigkeiten und Fehler auf bezüglich der Investitionen im «Drop», «Distribution Point» und «Feeder» sowie hinsichtlich der Verfügbarkeit von Leerrohren. Weiter liessen sich die Ausbauvarianten P2MP und P2P auch nach den eigenen Feststellungen des WIK und dem Befund des BAKOM gar nicht vergleichen. Zudem sei bekannt und notorisch, dass das WIK die Position vertrete, dass einzig die P2P-Topologie den diskriminierungsfreien und technologieutralen Wettbewerb sicherstellen könne. Swisscom verweist dazu auf verschiedene Fundstellen aus von WIK erstellten Berichten und Diskussionsbeiträgen.²⁸²

325. Zum Schluss der Stellungnahme macht Swisscom WIK den Vorwurf:

«Wenn man wollte - was Swisscom aber fernliegt -, könnte man daher den Eindruck gewinnen, dass die Berechnungen der Szenarien im WIK-Bericht so aufgebaut und abgefasst wurden, dass die vom WIK offensichtlich präferenzierte P2P-Ausbauvariante im Ergebnis zugleich auch die kostengünstigste ist.»²⁸³

326. Mit Verweis auf die Aussage des WIK, ein P2P-Ausbau würde die grösste Zukunftsfähigkeit und Flexibilität bieten, kritisiert Swisscom, dass das WIK nicht aufzeige, dass diese Zukunftsfähigkeit bei einem P2MP-Ausbau nicht gegeben wäre. Vielmehr werde mit dem von Swisscom geplanten P2MP-Netz eine zukunfts-

chere Grundlage gelegt, damit bei Bedarf das Netz im «Feeder»-Bereich auch noch zu einem späteren Zeitpunkt erweitert werden könne.²⁸⁴

327. Dem ist Folgendes zu entgegnen: Eine nachträgliche Erweiterung auf P2P mit einem Layer 1-Zugang für Dritte ist grundsätzlich möglich. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Swisscom für die ökonomische Nutzungsdauer von Kanalisationsanlagen mit 40 Jahren und für Glasfaserkabel mit 30 Jahren rechnet und eine Erweiterung mit beträchtlichen zusätzlichen Investitionen verbunden wäre.²⁸⁵ Soweit keine ausreichenden Rohrkapazitäten zur Verfügung stehen, wären erneute Grabarbeiten notwendig. Auch beim Kabelzug könnte die Notwendigkeit bestehen, bereits verlegte Glasfaserkabel durch neue Glasfaserkabel zu ersetzen, welche eine höhere Kapazität aufweisen, um mit den bestehenden Rohleitungskapazitäten auszukommen. Ein bereits gebauter P2MP-Feeder könnte also grundsätzlich zu einem P2P-Feeder umgebaut werden. Der hierfür benötigte Aufwand wäre aber bedeutend höher, als wenn von Anfang an ein Feeder mit ausreichenden Kapazitäten gebaut würde. Swisscom hat diesbezüglich keine Schätzungen der Kosten für eine nachträgliche Erweiterung des gesamten Netzes abgegeben. Swisscom geht allerdings im Zusammenhang mit der geplanten Umrüstung von rund [300'000-400'000] NE bis Ende 2025 von zusätzlichen Investitionskosten von insgesamt rund CHF [100-200 Mio.] aus.²⁸⁶ Basierend auf diesen Schätzungen würden für eine Umrüstung zu einem späteren Zeitpunkt Kosten von durchschnittlich CHF [300-700] pro NE anfallen.

328. Swisscom bestreitet in ihrer Stellungnahme nicht die auf dem COSMOS-Modell und den WIK Zahlen durchgeführten Berechnungen zu den Mehrkosten.²⁸⁷ Vielmehr führt Swisscom aus, dass durch eine P2P-Netzarchitektur im Vergleich zu einer P2MP-Netzarchitektur im Feeder die Anzahl Glasfasern ca. um den Faktor 20 erhöht und ca. 3'200 km Strasse zusätzlich aufgerissen werden müssten.²⁸⁸ Weiter beziffert Swisscom die Mehrkosten auf mindestens CHF [1-2 Mrd.] und behauptet, eine Relativierung dieser Mehrkosten sei unzulässig, wenn hierzu die von Swisscom geforderten Beweise nicht eingeholt würden.

329. Die von Swisscom plakativ vorgebrachten Zahlen zu den zusätzlich benötigten Glasfasern und zusätzlich aufzureissenden Strassen sind in den Mehrkosten von CHF [1-2 Mrd.] bereits enthalten. Soweit Umbauarbeiten notwendig sind, hat dies Swisscom selbst zu verantworten, da Swisscom entschieden hat, ihre Feeder-Infrastruktur nur für eine P2MP-Netzarchitektur und nicht für eine P2P-Netzarchitektur zu dimensionieren. Hätte

²⁸² Vgl. act. 882.

²⁸³ Vgl. act. 882, Rz 48.

²⁸⁴ Vgl. act. 882, Rz 18.

²⁸⁵ Vgl. act. 849, Beilage 1.

²⁸⁶ Vgl. act. 849, Rz 32 ff.

²⁸⁷ Vgl. act. 1025.

²⁸⁸ Vgl. act. 1025, Rz 77 ff.

Swisscom ihre Feeder-Infrastruktur von Anfang an in einer P2P-Netzarchitektur dimensioniert, so würden gemäss WIK-Berechnungen die Mehrkosten ca. CHF 600 bis 800 Mio. (vgl. Rz 317) und gemäss Einschätzungen von Swisscom ca. CHF [0-1 Mrd.] (vgl. nachfolgend Rz 768) ausmachen.

330. Wenn Swisscom zudem fordert, zu den Mehrkosten sei ein Gutachten einzuholen (vgl. nachfolgend Abschnitt A.3.6.1), obwohl auf die von Swisscom gelieferten Beweismittel abgestützt wird, verhält sich Swisscom widersprüchlich.

A.3.6 Ablehnung Beweisanträge von Swisscom

A.3.6.1 Beweisantrag vom 9. Februar 2023

331. Mit Schreiben vom 9. Februar 2023 stellte Swisscom den folgenden Beweisantrag²⁸⁹:

Zu den effektiven Mehrkosten und dem zusätzlichen Zeitbedarf beim Bau eines Glasfasernetzes mit einer P2P-Topologie im Vergleich zum Bau eines Glasfasernetzes mit einer P2MP-Topologie sei gemäss Art. 12 Bst. e VwVG ein Gutachten von Sachverständigen einzuholen.

332. Swisscom bringt in ihrem Schreiben vor, es sei unbestritten, dass im vorliegenden Verfahren komplexe Glasfaser-technische und bautechnische Rahmenbedingungen bestimmen würden, wie hoch die Kosten und der Zeitbedarf für den Bau eines Glasfasernetzes je nach Netzarchitektur sei. Unbestritten sei auch, dass die Höhe dieser Kostendifferenz zentral sei, um beurteilen zu können, ob der Bau gemäss P2MP-Netzarchitektur im Sinne von Art. 7 KG missbräuchlich und/oder sachlich gerechtfertigt sei. Soweit dies für Swisscom ersichtlich sei, würden weder die mit dem Verfahren betrauten Mitarbeiter des Sekretariats noch die Mitglieder der WEKO über einen Ausbildungsabschluss in Netzbautechnik und/oder Bauingenieurwesen verfügen. Es würden auch keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Mitarbeiter des Sekretariats und/oder die Mitglieder der WEKO in den Bereichen Elektrotechnik und/oder Bauingenieurwesen über fundierte praktische Erfahrungen verfügen würden. Somit würden der WEKO und dem Sekretariat offensichtlich das notwendige Fachwissen fehlen, um das für die rechtliche Würdigung zentrale Sachverhaltselement zu erstellen. In dieser Situation reiche es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht aus, dass die Behörde versuche, sich die Fachkenntnisse durch Lektüre von Fachliteratur anzueignen. Vielmehr müsse bei dieser Konstellation ein Gutachten eingeholt werden. Dies gelte erst recht, wenn – wie im vorliegenden Fall – abhängig vom Sachverhalt u.U. sogar strafrechtsähnliche Sanktionen drohen würden. Deshalb sei der Antrag begründet und die WEKO habe gemäss Art. 12 Bst. e VwVG bei einem unabhängigen Sachverständigen ein Gutachten in Auftrag zu geben.

333. Im vorliegenden Verfahren hat das Sekretariat der WEKO keine eigenen Kostenmodellierungen oder Kostenschätzungen vorgenommen, für welche die von Swisscom geforderten Qualifikationen notwendig wären. Vielmehr hat das Sekretariat der WEKO auf die Angaben von Swisscom sowie auf das Sachverständigengutachten des WIK abgestellt. Damit ist von vorneherein keine Situation gegeben, in welcher die Mitarbeiter des

Sekretariats ohne notwendiges Fachwissen selbst technische Sachverhaltselemente erhoben hätten. Die entsprechenden Sachverhaltselemente wurden von Swisscom selbst oder den sachverständigen Autoren des WIK-Berichts erhoben.

334. Der Vergleich zwischen den von Swisscom und vom WIK bereitgestellten Sachverhaltselementen hinsichtlich der Mehrkosten für die Errichtung eines Glasfasernetzes in einer P2P-Netzarchitektur im Vergleich zu einer P2MP-Netzarchitektur hat ergeben, dass die von Swisscom eingereichten Zahlen durch die Zahlen des WIK in ihrer Grössenordnung bestätigt werden können (vgl. Abschnitt A.3.5.5.2). Es erscheint daher nicht notwendig, dass die von Swisscom eingereichten Sachverhaltselemente, welche die Grundlage für die vorliegende Verfügung bilden, nochmals durch einen weiteren externen Gutachter verifiziert werden müssten. Das Sekretariat hatte daher die Einholung eines Sachverständigengutachtens abgelehnt.²⁹⁰

335. Mit Schreiben vom 2. März 2023 hielt Swisscom an der Notwendigkeit des Einholens eines Sachverständigengutachtens fest und übte Kritik an der Kostenmodellierung des WIK als Sachverständige.²⁹¹ Gleichzeitig machte Swisscom darauf aufmerksam, dass auch die von Swisscom gemachten Angaben ein Sachverständigengutachten nicht ersetzen könnten, da es dabei gerade darum gehen würde, durch einen unabhängigen Experten den Sachverhalt unvoreingenommen und als verlässliches Beweismittel zu erheben.

336. Dies ist abzulehnen, da auf der einen Seite die von Swisscom eingereichten Sachverhaltselemente im Wesentlichen durch das für das BAKOM erstellte Sachverständigengutachten des WIK bestätigt werden und es Swisscom auf der anderen Seite ablehnt, den Wettbewerbsbehörden ihr COSMOS-Berechnungsmodell zur Verfügung zu stellen mit der Begründung, dass das Sekretariat zur Prüfung des Sachverhalts bei Swisscom Berechnungen in Auftrag geben könne.

337. Ein Abstellen auf die von Swisscom eingereichten Berechnungen erfolgt aufgrund des Grundsatzes «in dubio pro reo», weshalb in keinem Fall zu Ungunsten von Swisscom auf die von ihr selbst eingereichten Sachverhaltselemente abgestellt wird. Für die Rechtmässigkeit des vorliegenden Verfahrens ist deshalb die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens nicht notwendig.

338. Insgesamt ist daher die Notwendigkeit der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens nicht ersichtlich und wurde von Swisscom auch nicht rechtsgenügend begründet. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Ablehnung des von Swisscom gestellten Beweisantrags.

²⁸⁹ Vgl. act. 901.

²⁹⁰ Vgl. act. 912.

²⁹¹ Vgl. act. 927.

A.3.6.2 Beweisanträge vom 1. September 2023

339. Mit Schreiben vom 1. September 2023 stellte Swisscom weitere Beweisanträge. Zum einen beantragte Swisscom die Erstellung von zwei Gutachten sowie die Erhebung der Anzahl Anschlüsse mit einer Bandbreite über 10 Gbit/s. Nachfolgend werden die entsprechenden Beweisanträge zusammengefasst und beurteilt.

Gutachten zur Netztopologie in Europa

340. Zur Netztopologie in Europa stellte Swisscom folgenden Beweisantrag²⁹²:

Zu der heute in Europa vorherrschenden Topologie der Glasfasernetze (P2P-Topologie und P2MP-Topologie) sei gemäss Art. 12 Bst. e VwVG ein Gutachten von Sachverständigen und / oder ein Amtsbericht des BAKOM einzuholen.

341. Swisscom begründet dies im Wesentlichen damit, dass heute praktisch in ganz Europa beim Bau von Glasfasernetzen primär die P2MP-Topologie verwendet würde.

342. Swisscom bringt vor, dass, wenn in Europa Glasfasernetze primär in einer P2MP-Topologie gebaut würden, dies belegen würde, dass für diese Topologie sachliche (insb. technische und wirtschaftliche) Gründe sprechen würden. Da Art. 7 KG und Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nahezu deckungsgleich seien, müsste es in Europa eine Reihe analoger Kartellverfahren geben. Gemäss Swisscom spreche die Abwesenheit von entsprechenden Kartellverfahren in Europa dafür, dass eine P2MP-Topologie nicht gegen das schweizerische Kartellgesetz verstosse.

343. Mit Verweis auf die im Antrag des Sekretariats vom 18. Juli 2023 im Zusammenhang mit der Farbentbündelung zitierte Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26. Januar 2013 (2013/C 25/01)²⁹³, bringt Swisscom im Wesentlichen vor, dass diese keine Verpflichtung der Unternehmen enthalten würden, in welcher Topologie diese ihr Glasfasernetz ausbauen müssten. Zudem könne den Leitlinien nicht entnommen werden, dass der Bau eines Glasfasernetzes in einer P2MP-Topologie gegen das EU-Kartellgesetz verstossen würde.

344. Hierzu ist festzuhalten, dass der Beweisantrag nicht spezifisch genug ist, als dass daraus klar zum Ausdruck kommen würde, welche Gutachterfrage geklärt werden sollte.

345. Von der WEKO wird nicht bestritten, dass in der EU sowohl in der P2P- als auch in der P2MP-Netzarchitektur gebaut wird und dass auch die in einer P2MP-Netzarchitektur errichteten Glasfasernetze Verbreitung gefunden haben. Der zusätzliche Erkenntnisgewinn, konkrete Zahlen hierzu zu erheben, erachtet die WEKO allerdings für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts als nicht relevant. Daran ändert auch die von Swisscom am 9. November 2023 unaufgefordert eingereichte Studie des Beratungsunternehmens Altman Solon²⁹⁴ zum Glasfaserausbau in Europa nichts.

346. Im Hinblick auf das Fehlen von Verfahren nach Art. 102 AEUV wegen der Errichtung von Glasfasernet-

zen in einer P2MP-Netzarchitektur ist darauf zu verweisen, dass das Verhalten der Wettbewerbsbehörden in der EU für die kartellrechtliche Einschätzung des vorliegenden Sachverhalts in der Schweiz nicht relevant ist. Sollten Swisscom aus der Praxis der EU-Wettbewerbsbehörden oder der Rechtsprechung innerhalb der EU andere sachliche Gründe bekannt sein als diejenigen, die von ihr bisher vorgebracht oder von den Wettbewerbsbehörden ermittelt wurden und welche die mit einer Verweigerung eines Layer 1-Zugangs einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen können, so hatte Swisscom während der gesamten Verfahrensdauer und zuletzt im Rahmen der Anhörung von Swisscom durch die WEKO die Möglichkeit, diese vorzubringen. Allein die Feststellung, dass es in der EU keine Kartellrechtsverfahren aufgrund eines Technologieentscheids gebe, ein Glasfasernetz in einer P2MP-Netzarchitektur aufzubauen, stellt keinen sachlichen Grund dar.

347. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass sich die Ausgangslage und die rechtlichen Rahmenbedingungen in der EU deutlich von denjenigen in der Schweiz unterscheiden. Während in der EU bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht strenge Vorgaben bezüglich des Netzzugangs zum Glasfasernetz gelten²⁹⁵, fehlt eine solche Regulierung in der Schweiz vollständig. Daher sind entgegen den Ausführungen von Swisscom die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht mit denjenigen in der EU vergleichbar. Auch hier gilt, dass aus der Behauptung von Swisscom, es würde in der EU keine Kartellrechtsverfahren wegen dem Bau eines Glasfasernetzes in der P2MP-Netzarchitektur geführt, kein Rückschluss auf das vorliegende Verfahren gezogen werden kann.

348. Zudem ist anzumerken, dass Swisscom das Argument, wonach in Europa vorwiegend in einer P2MP-Netzarchitektur gebaut wird, schon zu Beginn des Verfahrens vorgebracht hat. Die Wettbewerbsbehörden²⁹⁶ und die Gerichte haben sich mit dieser Sachverhaltsfrage bereits eingehend auseinandergesetzt und das Argument zurückgewiesen. Von dem von Swisscom beantragten Gutachten ist daher kein massgeblicher zusätzlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten.

²⁹² Vgl. act. 1018, Beweisantrag 1, Rz 8 ff.

²⁹³ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, (2013/C 25/01), «Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau».

²⁹⁴ Vgl. act. 1041, Altman Solon, July 2023, «Pan-European Fiber Rollout: The most effective way forward», <www.altmansolon.com/de/insights/eu-fiber-rollout> (15.1.2024).

²⁹⁵ Vgl. etwa die Übersicht des BAKOM zu den regulatorischen Vorgaben in einzelnen EU-Ländern in Abhängigkeit der jeweils vorliegenden Netzarchitektur des Glasfasernetzes. Antwort auf Frage 5 des BAKOM im Rahmen des Amtshilfegesuchs des Sekretariats vom 12. März 2021 (act. 165); Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, C159/1 vom 7.5.2018.

²⁹⁶ Vgl. hierzu etwa die Vernehmlassung der WEKO vom 6. Januar 2022 im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht (act. 477).

349. Insgesamt ist daher die Notwendigkeit der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zur Netztopologie in Europa nicht ersichtlich und wurde von Swisscom auch nicht rechtsgenügend begründet. Zudem wurde von Swisscom am 9. November 2023 unaufgefordert eine Studie hierzu eingereicht (vgl. Rz 345). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Ablehnung des von Swisscom gestellten Beweisantrags.

Gutachten zur zeitlichen Verzögerung

350. Zur Frage der Verzögerung des Netzausbaus stellte Swisscom den folgenden Beweisantrag²⁹⁷:

Zur zeitlichen Verzögerung als Folge der Pflicht, das bestehende Glasfasernetz in eine P2P-Topologie umzubauen und neu Glasfasernetze nur noch in einer P2P-Topologie zu bauen, sei gemäss Art. 12 Bst. e VwVG ein Gutachten von Sachverständigen einzuholen.

351. Swisscom begründet dies im Wesentlichen damit, dass durch den Ausbau in einer P2P-Topologie eine Verzögerung entstehen würde, die mit hohen volkswirtschaftlichen Kosten bzw. Verlusten verbunden wäre, welche sich über viele Jahre erstrecken und kumulieren würden.

352. Zum Vorbringen betreffend die Verzögerung ist auf die Ausführungen in Abschnitt B.5.2.4.9 zu verweisen. Swisscom hat in den Medien bereits mehrfach erläutert, mit welchen Verzögerungen zu rechnen ist. So hat Swisscom beispielsweise in ihrer Medienmitteilung vom 27. Oktober 2022 mitgeteilt, dass aufgrund der geringeren Ausbaugeschwindigkeit bis im Jahr 2025 lediglich 50 % bis 55 % statt der ursprünglich angestrebten 60 % der Anschlüsse mit FTTH ausgebaut würden. Zudem solle bis 2030 eine FTTH-Abdeckung von 70 % bis 80 % erreicht werden.²⁹⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Teil des unveränderten jährlichen Budgets von Swisscom für Glasfaserinvestitionen auch für den Umbau von kartellrechtswidrig erstellten P2MP-Anschlüssen in P2P reserviert ist.

353. Ein Gutachten, welches die Verzögerung ermitteln soll, würde keinen weiteren Erkenntnisgewinn bringen. Ein Gutachten, welches zudem die volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer möglichen Verzögerung beim Netzausbau aufzeigen soll, wäre aus Sicht der WEKO mit grossen Unsicherheiten verbunden und müsste als spekulativ bezeichnet werden. Der Beweiswert eines solchen Gutachtens wäre daher äusserst eingeschränkt.

354. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Ablehnung des von Swisscom gestellten Beweisantrags und ein Abstützen auf die von Swisscom selbst geschätzte Dauer.

Erhebung der Anzahl Anschlüsse mit einer Bandbreite über 10 Gbit/s

355. Hierzu stellte Swisscom den folgenden Beweisantrag²⁹⁹:

Es sei die Anzahl Anschlüsse mit einer Bandbreite von 25 Gbit/s zu erheben, die aktuell in der Schweiz von Endkunden genutzt werden.

356. Swisscom begründet dies im Wesentlichen damit, der einzige Grund für die Forderung einer P2P-

Topologie liege darin, dass Init7 ein 25 Gbit/s Angebot im Markt lancieren könne, was auf der einen Seite von Endkunden nicht nachgefragt würde und auf der anderen Seite einen «Marketing-Gag» darstellen würde. Nach Meinung von Swisscom bewirke das Fehlen einer P2P-Topologie nur dann eine wettbewerblich relevante Behinderung, wenn eine substanzielle Zahl einen 25 Gbit/s Anschluss nachfragen würde.

357. Auf die möglichen Auswirkungen der P2MP-Netzarchitektur auf die Wettbewerbsverhältnisse und zum Innovationspotenzial eines Layer 1-Zugangs für Dritte wird in den Abschnitten A.3.3.1 und A.3.3.2 ausführlich eingegangen. Ohne einen solchen Layer 1-Zugang wäre etwa der damalige Markteintritt von Salt nicht möglich gewesen, welche im Jahr 2018 als erste Anbieterin auf die XGS-PON Technologie setzte und ein Glasfaserangebot mit Datenraten von 10 Gbit/s einführte (vgl. nachfolgend Rz 381). Dies gilt gleichermassen für das im Jahr 2021 eingeführte Breitbandangebot «Fiber7-X2» von Init7. An dieser Einschätzung ändert auch eine möglicherweise momentane geringe Nachfrage nach dem von Init7 lancierten 25 Gbit/s Angebot nichts. Vielmehr veranschaulichen diese Beispiele, dass die Markteinführung neuer Übertragungsstandards und damit Innovationen auf einer P2P-Netzarchitektur für alternative FDA ohne eigenes FTTH-Netz möglich sind, während dies in einer P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang nicht der Fall ist.

358. Selbst wenn in der Startphase noch keine grosse Nachfrage nach einem solchen Produkt bestehen sollte, ändert das nichts daran, dass bei der P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang eine solche Innovation im Konkreten für Init7 überhaupt nicht möglich und die Einführung technologischer Innovationen im Allgemeinen stark eingeschränkt wären. Daher erachtet die WEKO die Erhebung der Anzahl Anschlüsse mit einer Bandbreite von 25 Gbit/s nicht als notwendig.

359. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Ablehnung des von Swisscom gestellten Beweisantrags. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Swisscom im Rahmen der Anhörung von Init7 auch nicht von der Möglichkeit Gebrauch machte, die entsprechenden Zahlen direkt zu erfragen.

A.3.7 Überlegungen zur Amortisierung von Investitionen

360. Swisscom hat als Rechtfertigungsgründe für einen Glasfaserausbau mit einer P2MP-Netzarchitektur hauptsächlich die Mehrkosten eines Ausbaus mit einer P2P-Netzarchitektur sowie die schnellere Verfügbarkeit hoher Bandbreiten geltend gemacht. Im Oktober 2022 hat Swisscom bekanntgegeben, dass sie im Netzausbau neue Anschlüsse grösstenteils in der P2P-Netzarchitektur auszuführen gedenke und bereits bestehende P2MP-Anschlüsse teilweise in P2P umbauen werde. Das jährliche Budget für Glasfaserinvestitionen

²⁹⁷ Vgl. act. 1018, Beweisantrag 2, Rz 17 ff.

²⁹⁸ Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/news/2022/10/27-report-q3-2022.html> (15.1.2024).

²⁹⁹ Vgl. act. 1018, Beweisantrag 3, Rz 23 ff.

von CHF [0-1 Mrd.] bis [0-1 Mrd.] bleibe unverändert, jedoch erfolge der Ausbau etwas langsamer als ursprünglich geplant. Namentlich könnten so bis 2025 nur 50–55 % der Anschlüsse mit FTTH erschlossen werden. Swisscom werde aber auch nach 2025 weiter in den FTTH-Ausbau investieren und bis 2030 die FTTH-Abdeckung auf 70–80 % steigern.³⁰⁰ Zur Frage, inwiefern Swisscom die notwendigen Investitionen eines P2P-Ausbaus amortisieren kann, hat Swisscom lediglich vorgebracht, dass sich die Mehrkosten nicht durch Erlöse aus dem Wholesale-Geschäft mit Layer 1-Zugängen amortisieren liessen (vgl. nachfolgend B.5.2.4.8.4). Aufgrund der von Swisscom gemachten Aussagen und der verschiedenen Eingaben zum ursprünglich geplanten Netzausbau in einer P2MP-Netzarchitektur ist davon auszugehen, dass Swisscom zumindest die bisher geplanten weiteren Investitionen in Höhe von ca. CHF [6-7 Mrd.] für einen P2MP-Netzausbau wird amortisieren können (vgl. Abschnitt A.3.5.3.1.1).

361. Beim FTTH-Ausbau erschliesst Swisscom gemäss eigenen Aussagen Nutzungseinheiten bis zur Wirtschaftlichkeitsgrenze mit Glasfaser, was ca. [90-100] bis [90-100] % der Nutzungseinheiten betrifft. Teurere Einzeler-schliessungen, deren Kosten oberhalb der Wirtschaftlichkeitsgrenze liegen, würden mit anderen Zugangsmöglichkeiten realisiert. Im Zusammenhang mit der Amortisierung ist auch zu berücksichtigen, dass in den von Swisscom gelieferten Schätzungen der Mehrkosten einer P2P-Netzarchitektur die per Januar 2023 in [200-300] Gemeinden vorgesehenen Kooperationen und die in weiteren [100-200] Gemeinden geführten Gespräche mit Kooperationspartnern nicht berücksichtigt werden. Kosten, die von Kooperationspartnern getragen werden, bleiben somit fälschlicherweise unberücksichtigt bzw. werden nicht herausgerechnet. Die Meldung vom März 2023 über eine Glasfaserkooperation zwischen Swisscom und den Technischen Betrieben Glarus, im Rahmen derer Letztere bzw. die Gemeinde Glarus Investitionen von CHF 5 Mio. übernehmen, zeigt, dass nach wie vor Kooperationen abgeschlossen werden und Swisscom die Investitionskosten nicht in jedem Fall alleine trägt.³⁰¹ Daneben beteiligen sich auch viele Gemeinden mit Investitionszuschüssen am Glasfaserausbau von Swisscom. Das Bundesverwaltungsgericht erwähnt in seinem Entscheid als Beispiel den Investitionszuschuss der Gemeinde Bregaglia im Kanton Graubünden, welcher annähernd die Hälfte der angesetzten Kosten deckte.³⁰² Im Zusammenhang mit der vorgezogenen Erschliessung mit FTTH («FTTH on Demand») ist auch die Initiative des Kantons Appenzell I.Rh. zu erwähnen, der sich mit 50 % der Erschliessungskosten bis zu einem maximalen Betrag von CHF 2'500 pro Geschäftseinheit beteiligt, wenn Unternehmen einen erhöhten Bedarf an Bandbreite und ein erhebliches wirtschaftliches Potential belegen können.³⁰³ Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die zur Plausibilisierung des COSMOS-Modells für vier Gemeinden erhobenen tatsächlichen Kosten tiefer ausfielen als gemäss COSMOS-Modell erwartet wurde (vgl. Rz 221). Dementsprechend sind die tatsächlichen Kosten des Glasfaserausbaus von Swisscom und damit die zu tragenden Investitionen zumindest für diese vier Gemeinden geringer als dies im COSMOS-Modell ausgewiesen wird.

362. Gleichzeitig treibt Swisscom gemäss [...] in mehreren Gemeinden einen parallelen Glasfaserausbau voran, obwohl Swisscom in diesen Gemeinden die Möglichkeit eines Layer 1-Zugangs zum Gemeindenetzen zu diskriminierungsfreien Bedingungen hätte.³⁰⁴ Swisscom investiert demnach in mehreren Gemeinden in einen parallelen Glasfaserausbau trotz Layer 1-Zugangsmöglichkeiten und prangert gleichzeitig die Mehrkosten eines P2P-Netzausbaus an. Müsste Swisscom in ihren Wirtschaftlichkeitsberechnungen tatsächlich eine strikte Kostenkontrolle vornehmen, könnte sich Swisscom einen solchen Parallelausbau nicht leisten.

363. Grundsätzlich ist auch nicht davon auszugehen, dass Swisscom als kommerzielles Unternehmen im Falle eines P2P-Netzausbaus in Zukunft den Zugang zu einer von ihr errichteten und alleine oder gemeinsam kontrollierten Netzinfrastruktur unter Kosten an Dritte oder Endkunden anbieten wird. Soweit also die Zahlungsbereitschaft der Marktgegenseite ausreicht, was von Swisscom nie bestritten wurde, können die Mehrkosten für einen P2P-Netzausbau immer auf die Marktgegenseite überwältet werden.

364. In Anschlussnetzen, in denen die Mehrkosten von P2P besonders hoch sind und gleichzeitig nicht davon ausgegangen werden kann, dass künftig eine weitere Netzbetreiberin ihr eigenes Netz ausbaut, würde es grundsätzlich auch ausreichen, einen Layer 1-Zugang für Dritte mittels der günstigeren P2P-111-Ausbaubereitstellung bereitzustellen (vgl. auch Rz 741).

365. Das WIK kam bei seinen Berechnungen gerade in den dünner besiedelten Clustern zu unterschiedlich hohen Wirtschaftlichkeitslücken, in Abhängigkeit von der zugrundeliegenden Ausbaubereitstellung und der Aufschwelle (vgl. Rz 236 und 252 f.). Diese Ergebnisse können aus verschiedenen Gründen jedoch nicht direkt auf die Verhältnisse von Swisscom angewendet werden. Zum einen weist das WIK den Gewinn oder Verlust für den jeweiligen Cluster aus. Da Swisscom ihre Netzinfrastruktur schweizweit ausbauen möchte und zumindest bis anhin schweizweit einheitliche Preise verlangt, kann nicht direkt auf die Werte des WIK abgestützt werden. Zum andern wären zuerst noch die Investitionszuschüsse von Gemeinden und sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften abzuziehen. Sollte in einzelnen Anschlussnetzen von Swisscom tatsächlich eine Wirtschaftlichkeitslücke bestehen, so sieht der Bund ab 2028 Investitionen für den Bau eines Glasfasernetzes mit einem Layer 1-Zugang vor.³⁰⁵

³⁰⁰ Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/news/2022/10/27-report-q3-2022.html> (15.1.2024).

³⁰¹ Vgl. <www.suedostschweiz.ch/politik/schnelles-internet-konkurren-ten-bauen-in-glarus-das-glasfasernetz-gemeinsam> (15.1.2024).

³⁰² Vgl. BVGer, B-161-2021 vom 30.9.2021 Rz 546, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

³⁰³ Vgl. <www.ai.ch/themen/wirtschaft-und-arbeit/wirtschaftsfoerderung/neuigkeiten-wirtschaftsfoerderung/schnellere-breitbanderschliessung-bei-erhoehtem-bedarf> (15.1.2024).

³⁰⁴ Vgl. act. 935.

³⁰⁵ Vgl. Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes (vgl. Fn 132), S. 31.

366. Ein weiterer Punkt besteht darin, dass Swisscom ihre Anschlussnetze nicht voll ausbaut, wie dies das WIK modelliert, sondern nur bis zu der von ihr definierten Wirtschaftlichkeitsgrenze (vgl. Rz 254). Dies bedeutet, dass Swisscom Nutzungseinheiten, deren Erschliessung mit Glasfaser besonders hohe Kosten verursachen würde, nicht mit Glasfaser erschliesst. Da Swisscom ohnehin nur bis zu der von ihr definierten Wirtschaftlichkeitsgrenze ausbaut, ist davon auszugehen, dass der effektive von Swisscom durchgeführte Netzausbau basierend auf dem jeweils gewählten Ausbaustandard wirtschaftlich ist und daher in keinem Fall eine Wirtschaftlichkeitslücke für Swisscom entsteht.

367. Dementsprechend ist vorliegend davon auszugehen, dass Swisscom unter Berücksichtigung der Kooperationen und von Investitionszuschüssen den Bau eines Glasfasernetzes mit P2P-Netzarchitektur amortisieren kann. Zudem hat Swisscom im Rahmen der Untersuchung auch nicht vorgebracht bzw. schlüssig dargelegt, dass die Mehrkosten für einen P2P-Netzausbau nicht amortisiert werden könnten.

A.3.8 Marktverhältnisse

368. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass der Antrag des Sekretariats suggerieren würde, ein Layer 1-Angebot sei für die anderen FDA technisch und ökonomisch viel attraktiver als Layer 2- und Layer 3-Angebote. Ferner stellt Swisscom die Behauptung auf, dass FDA hinsichtlich der bisher rund [1-2 Mio.] in einer P2P-Netzarchitektur gebauten Glasfaseranschlüsse nur für rund [0-100 Tsd.] Anschlüsse ein Layer 1-Angebot

nutzten würden.³⁰⁶ Dies entspreche [0-10] % der Anschlüsse.³⁰⁷ In denjenigen Gebieten, in denen Swisscom alleine eine P2P-Netzarchitektur gebaut habe, würden von [400-500 Tsd.] FTTH-Anschlüssen, in denen ein Layer 1-Angebot zur Verfügung stehe, nur für [0-100 Tsd.] ein solches genutzt, was ca. [0-10] % entspreche.³⁰⁸ Swisscom schliesst daraus, dass ein flächendeckendes Layer 1-Angebot für den Wettbewerb nicht wichtig sei.³⁰⁹

369. Die von Swisscom angeführten Zahlen sind irreführend und klammern entscheidende Angaben zur schweizweiten Entwicklung der Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen aus. Die daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen sind deshalb falsch. Aus diesem Grund wird nachfolgend zuerst die Entwicklung der Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen anhand der amtlichen Zahlen des BAKOM aufgezeigt. Tabelle 27 zeigt die Marktanteile der grössten FDA nach der Anzahl Breitbandinternet-Abonnenten von 2018 bis 2022. Der Marktanteil von Swisscom war über die Jahre relativ stabil und betrug im Jahr 2022 49,2 %. An zweiter Stelle folgt Sunrise GmbH mit einem Marktanteil von 28,8 %. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Sunrise seit dem Zusammenschluss mit UPC GmbH im Jahr 2021 über ein eigenes Koaxialkabelnetz verfügt. Dennoch hatte Sunrise bereits vorher einen Marktanteil im Bereich Festnetzdienste von 12,3 %. An dritter Stelle folgt neu Salt mit einem Marktanteil von 4,4 % im Jahr 2022 nachdem ihr Marktanteil im Jahr 2017 noch 0 % betrug. Die Gesamtzahl der Internetnutzer stieg dabei von 3,89 Mio. im Jahr 2018 auf 4,13 Mio. im Jahr 2022.

Marktanteil in % am 31.12.2022	2018	2019	2020	2021	2022 prov.
Swisscom AG	52,4 %	51,2 %	50,9 %	48,8 %	49,2 %
UPC GmbH	18,1 %	16,6 %	16,2 %	a)	a)
Sunrise GmbH	11,7 %	12,3 %	12,3 %	29,8 %	28,8 %
Quickline AG	4,4 %	4,5 %	4,4 %	4,2 %	4,3 %
Salt	0,7 %	1,9 %	3,1 %	3,7 %	4,4 %
Andere	12,6 %	13,6 %	13,0 %	13,5 %	13,3 %
Total Kunden	3'887'042	4'024'037	4'015'164	4'173'986	4'132'325

Tabelle 27: Festnetzdienste – Marktanteil nach Anzahl Breitbandinternet-Abonnenten (BAKOM Tabelle FS8PM)

370. Tabelle 28 zeigt die Entwicklung der Anzahl Internetnutzer nach Anschlussart von 2018 bis 2022. Die Anzahl der Kundenverträge mit einem Internetzugang über Glasfaser ist dabei stetig angestiegen und betrug im Jahr 2022 gemäss den Zahlen des BAKOM 1'145'602 Kundenverträge. Dies entspricht einem Anteil von 28 % aller Breitbandinternet Kundenverträge im Jahr 2022, Tendenz steigend.³¹⁰

³⁰⁶ Vgl. act. 1025, Rz 98 ff.

³⁰⁷ Vgl. act. 1025, Rz 100.

³⁰⁸ Vgl. act. 1025, Rz 101.

³⁰⁹ Vgl. act. 1025, Rz 102.

³¹⁰ Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/marktstruktur-und-stellen/marktanteil-internetzugang.html> (15.1.2024).

Anzahl Internetnutzer nach Anschlussart	2018	2019	2020	2021	2022 prov.
PSTN- oder ISDN-Anschlüsse	4'839	1'517	422	1'225	6'876
Kabelmodem-Anschlüsse	1'131'234	1'126'912	1'055'896	1'056'672	1'055'638
DSL-Anlagen (b)	2'020'790	2'041'347	2'029'525	2'035'036	1'920'599
Glasfaser	720'289	844'993	925'236	1'077'066	1'145'602
Feste WiMAX	199	152	9	-	6
Andere Anschlüsse	9'691	9'116	4'076	3'987	3'604
Total	3'887'042	4'024'037	4'015'164	4'173'986	4'132'325

Tabelle 28: Festnetzdienste – Einteilung der Kundenverträge für den Internetzugang nach Art der Anschlüsse (BAKOM Tabelle FS7A)

371. Die von Swisscom vorgestellten Zahlen bezüglich Nachfrage nach Layer 1-Angeboten sind deshalb irreführend, weil Swisscom dabei lediglich die Nachfrage nach dem Layer 1-Angebot von Swisscom aufführt, also die Nachfrage nach dem von Swisscom spezifisch angebotene Produkt «ALO».³¹¹ Dass FDA in Gebieten, in denen Swisscom das Glasfasernetz zusammen mit Kooperationspartnern gebaut hat, Layer 1-Produkte auch über den Kooperationspartner beziehen können, lässt Swisscom vorliegend einfach weg. Wie nachfolgend aufgezeigt, fragt beispielsweise Sunrise mehr als [...] % ihres Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur nicht bei Swisscom nach (vgl. nachfolgend Rz 373).

372. Indem Swisscom den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur in unzulässiger Weise ausschliesslich mit dem von ihr angebotenen Layer 1-Produkt gleichsetzt und die Nachfrage nach Layer 1-Produkten bei den Kooperationspartnern nicht berücksichtigt, versucht sie den Leser ihrer Stellungnahme in die Irre zu führen.

373. So fragt Sunrise mit knapp 29 % Marktanteilen die Nummer zwei bei den Breitbandanschlüssen einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur [...] [...] nach. [...] Sunrise gibt an, dass sie Ende 2021 insgesamt [...] Layer 1-Produkte nachfragte, davon [...] bei Swisscom. Gemessen an den Layer 1-Produkten, welche Sunrise insgesamt von Dritten nachfragt, lag der Anteil von Swisscom in den Jahren 2018 bis 2021 immer unter [...] %. [...] Gemessen an der Gesamtzahl an Breitbandinternet-Anschlüssen über Glasfaser im Jahr 2021 macht die Nachfrage von Sunrise nach Layer 1-Produkten Dritter [...] % aus.

374. Sunrise gibt zudem an, dass sie wenn immer möglich eine Struktur anstrebe, welche Eigentum so nah wie möglich komme. [...] [...] Damit macht Sunrise deutlich, dass sie in ihrer Geschäftstätigkeit wenn möglich einen physischen Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur (Layer 1-Zugang) nachfragt [...]. Indem Swisscom nur auf die Anzahl nachgefragter FTTH-Anschlüsse des Layer 1-Angebots von Swisscom abstützt, lässt sie die vollständige Nachfrage von Sunrise

nach einem physischen Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur bei den Kooperationspartnern von Swisscom unter den Tisch fallen.

375. Ähnlich verhält es sich auch bei Salt, welche im Unterschied zu Sunrise keine eigene Festnetzinfrastruktur besitzt und erst seit 2018 im Festnetzbereich tätig ist. Salt gibt an, dass sie ihre Dienstleistungen in diesem Bereich ausschliesslich über einen physischen Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur (Layer 1) erbringe.³¹⁶ Hierbei bringt Salt vor, dass es für sie aufgrund des eingesetzten Datenübertragungsstandards unerheblich sei, ob sie einen physischen Zugang zu einer P2P-Netzarchitektur oder einen alleinigen Zugriff auf ein eigenständiges P2MP-Netz habe. So habe Salt sowohl bei Swisscom als auch bei EVU Kontingente von Glasfaserleitungen nach einem IRU Modell gekauft.³¹⁷ Die über das IRU Modell eingeräumten langfristigen Nutzungsrechte in Bezug auf die physische Netzinfrastruktur über die Kooperationspartner von Swisscom lässt Swisscom wiederum einfach unter den Tisch fallen, wenn sie nur auf die Nachfrage nach dem Produkt ALO abstützt.

376. Gemäss Tabelle 27 hatte Salt im Jahr 2022 einen Marktanteil im Bereich Festnetz von 4,4 %. Gemessen an der Gesamtzahl an Breitbandinternet-Anschlüssen im Jahr 2022 und da Salt ihre leitungsgebundenen Fernmeldedienste ausschliesslich über Glasfaser erbringt, entspricht dies in etwa 181 Tsd. Glasfaseranschlüssen. Werden lediglich die Glasfaseranschlüsse zugrunde gelegt, so liegt der Anteil der von Salt bedienten Glasfaseranschlüsse in der Schweiz allein schon bei ca. 16 %.

³¹¹ Vgl. act. 1025, Rz 99.

³¹² Vgl. act. 152.1, Antwort auf Frage 1 oder auch <www.sunrise.ch/de/privatkunden/internet-tv/technologie/glasfaser/partner.html#> (10.1.2024).

³¹³ Vgl. act. 717 [...].

³¹⁴ Vgl. act. 152.1, Antwort auf Frage 7b und 9; act. 164.1 Antwort auf Frage 2a.

³¹⁵ Vgl. act. 717, Antwort auf Frage 4.

³¹⁶ Vgl. act. 159, Antwort auf Frage 1.

³¹⁷ Vgl. act. 159, Antwort auf Frage 7b.

Unter der konservativen Annahme, dass die Nachfrage von Sunrise nach Layer 1-Angeboten Dritter auch 2022 dem Anteil von 2021 (vgl. Rz 373) entsprach, fragten allein die beiden FDA Salt und Sunrise bereits für [...] % aller in der Schweiz aktiven Glasfaseranschlüsse über einen physischen Zugang zur Netzinfrastruktur Dritter nach.

377. Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung wurden zudem detaillierte Angaben zu den auf dem Glasfasernetz von Swisscom nachgefragten Vorleistungsprodukten (von Swisscom) erhoben. Hierzu hat Swisscom eine Auflistung der Mengen und Umsätze der nachgefragten Vorleistungsprodukte über P2P- und P2MP-Glasfaseranschlüsse von Januar 2020 bis April 2023 eingereicht.³¹⁸ Wird nur die Nachfrage nach dem Layer 1-Produkt von Swisscom («ALO» und langfristige Nutzungsrechte «ALO IRU») und dem Layer 3-Produkt BBCS berücksichtigt, so wurden von Dritten im Januar 2020 [0-50'000] Layer 1-Produkte und [0-100'000] BBCS-Produkte über das Glasfasernetz von Swisscom nachgefragt. Gleichzeitig nutzte Swisscom im Januar 2020 [0-500'000] FTTH-Anschlüsse für eigene Endkunden.³¹⁹ Bis im April 2022 stieg die Nachfrage Dritter auf [0-100'000] Layer 1-Produkte und [100'000-200'000] BBCS-Produkte. Dabei wurden [0-50'000] BBCS-Produkte ([0-10] % der gesamten BBCS-Nachfrage) über das P2MP-Netz von Swisscom nachgefragt, bei dem keine Layer 1-Produkte nachgefragt werden können. Im April 2022 nutzte Swisscom [0-1 Mio.] FTTH-Anschlüsse für eigene Endkunden und [0-100'000] FTTH-Anschlüsse wurden von den Zweit- bzw. Drittmärkten von Swisscom (Wingo und M-Budget) vertrieben.³²⁰

378. Der Anteil der nachgefragten Layer 1-Produkte im Vergleich zum Layer 3-Produkt BBCS lag über die gesamte Zeitspanne konstant höher als [20-30] %, obwohl Swisscom in dieser Zeit den P2MP-Ausbau vorantrieb. Werden die mit den beiden Produkten erzielten Umsätze verglichen, so lag der mit Layer 1-Produkten gegenüber dem Layer 3-Produkt BBCS erzielte Umsatz zwischen [20-30] % und [30-40] %. Der tiefere Wert bei den Umsätzen ist darauf zurückzuführen, dass beim Layer 3-Produkt im Vergleich zu den Layer 1-Produkten ein grösserer Anteil der Wertschöpfung von Swisscom selbst ausgeführt wird.

379. Seit dem Jahr 2017, als die mit dem Layer 1-Produkt von Swisscom erzielten Umsätze noch unter CHF [0-10 Mio.] lagen, haben sich die Umsätze bis ins Jahr 2021 mehr als [verzwei- bis verzehnfacht] und betrugen im Jahr 2021 – bei steigender Tendenz – CHF [10-20 Mio.].³²¹ Dabei ist nochmals der [...] erfolgte Abschluss des IRU-Kontingents über [...] Anschlüsse mit [...] (vgl. Rz 374) zu erwähnen, welcher in der Nachfrage nach Layer 1-Produkten von Swisscom bis April 2022 noch nicht enthalten ist. Aufgrund der nachfolgend aufgeführten Faktoren ist davon auszugehen, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird und die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten insbesondere in den Alleinbaugebieten noch zunehmen wird. So ist der FTTH-Ausbauzustand in den Alleinbaugebieten zum jetzigen Zeitpunkt in vielen Anschlussnetzen noch relativ tief. Hinzu kommt, dass ein Teil in P2MP ausgebaut wurde und für diese Anschlüsse entsprechend kein Layer 1-Zugang besteht. Ist in einem Anschlussnetz jedoch erst

ein geringer Anteil an P2P-Anschlüssen gebaut, so lohnt sich eine entsprechende Entbündelung der Anschlusszentrale (noch) nicht und die FDA fragen alternativ erst einmal das BBCS-Produkt nach.³²² Zudem betreibt Swisscom bis zur Abschaltung des Kupfernetzes zwei parallele Netzinfrastrukturen. Ein Teil der Kunden ist noch über das Kupfernetz angeschlossen und die Migration auf Glasfaser geschieht sukzessive.³²³ Sobald das Kupfernetz jedoch abgeschaltet wird, wird in den Alleinbaugebieten nur noch die Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom zugänglich sein. Spätestens zu diesem Zeitpunkt werden Dritte auf Vorleistungsprodukte auf dem Glasfasernetz wechseln (müssen). Vor dem Hintergrund, dass die Glasfasernetzinfrastruktur für die nächsten 30 bis 50 Jahre ausgelegt ist und sich das ländliche Gebiet erst am Anfang der Migration von Kupfer auf Glasfaser befindet, ist davon auszugehen, dass die Nachfrage nach Layer 1-Produkten von Swisscom und damit die Umsätze daraus weiter steigen werden.

380. Die Behauptung von Swisscom, in der Schweiz würden FDA lediglich für [0-10] bis [0-10] % der FTTH-Anschlüsse einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) nachfragen, ist damit widerlegt. Vielmehr fragen FDA (einzig basierend auf den bekannten Zahlen von Sunrise und Salt) Stand 2022 für mindestens [20-30] % der FTTH-Anschlüsse einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur nach.

381. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass es ohne die Möglichkeit eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur nie zum Markteintritt von Salt im Festnetzbereich in der Art und Weise wie nachfolgend beschrieben gekommen wäre. Alleine schon die Marktanteilsgewinne von Salt in den Jahr 2018 bis 2022 zeigen das Wettbewerbspotenzial eines solchen Netzzugangs, welchen Swisscom nun durch bauliche Massnahmen zu verhindern versucht. Das Vorbringen von Swisscom, dass der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur für den Wettbewerb unwichtig sei, erweist sich damit als falsche Parteibehauptung.

³¹⁸ Vgl. act. 740, Beilage 13.

³¹⁹ Vgl. act. 740, Beilage 11.

³²⁰ Vgl. act. 740, Beilage 11.

³²¹ Vgl. act. 189 und 740, Beilage 13.

³²² Vgl. beispielsweise <blog.init7.net/de/rentabilitatsrechnung/> (10.1.2024).

³²³ Die Stellungnahme von Sunrise zeigt, dass Sunrise Ende 2021 [...] [...] Vgl. act. 717.

Salt.Fiber			
	Very High-End	High-End	Low-End
	Fiber only Shortest latency Apple TV 4K 5 multiscreen	 Swisscom Internet "L", TV "L", Telephony "M" Sunrise "Premium Package" UPC "Happy Home 500"	
Internet	10 Gbit/s technology	up to 1 Gbit/s	up to 40 Mbit/s
TV	300	avg. 240	avg. 160
Telephony	Unlimited in CH	Unlimited in CH	Landline connection
Monthly fee	49.95.-	140.- Save - 64%	70.- Save - 29%

As shown in the above comparison table, Salt Fiber is clearly the best offer in the market.

Abbildung 15: Abbildung aus der Medienmitteilung von Salt vom 20. März 2018³²⁴

382. Salt ist bei der Lancierung ihres Angebots mit einem monatlichen Endkundenpreis von CHF 49.95 bzw. CHF 39.95 in Verbindung mit einem Mobilfunkabonnement in den Markt eingestiegen.³²⁵ Dies stellte zum damaligen Zeitpunkt eine massive Reduktion gegenüber allen anderen im Markt angebotenen Preisen bei gleichzeitiger Erhöhung der Bandbreite dar (vgl. Abbildung 15) und war nur möglich, weil Salt als erste eine bis dahin in der Schweiz noch nicht eingeführte Datenübertragungstechnologie eingesetzt und damit eine Innovation eingeführt hat. Zu diesem Zeitpunkt lagen die Preise von Swisscom für das BBCS-Vorleistungsangebot für das Serviceprofil mit der maximalen Bandbreite von 1 Gbit/s (symmetrisch) bei CHF 44; bis Ende Februar 2018 sogar bei CHF 50.³²⁶

383. Ein solches Angebot wäre nicht möglich gewesen, wenn Salt zum damaligen Zeitpunkt nicht über einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) verfügt hätte. Dies belegen auch die Angaben von Salt, wonach die vorteilhafte Struktur mit mehreren Infrastrukturbetreibern – nämlich Swisscom einerseits und den EVU andererseits – es Dritten wie Salt ermöglichte, einen Netzzugang zu wettbewerbsfähigen Preisen auszuhandeln. Dies habe es Salt erlaubt, ihr bahnbrechendes Produkt («disruptive product») 2018 mit Bandbreiten von 10 Gbit/s auf den Markt zu bringen, welches den Konsumenten etwa das 50-fache der gängigen Bandbreite zu einem Drittel des üblichen Preises geboten habe. Diese Marktumwälzung sei nicht nur für die Konsumenten, sondern auch für Salt von Vorteil gewesen.³²⁷ Wenn Swisscom daher ausführt, dass aufgrund eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur keine tieferen Preise resultieren³²⁸ oder keine relevanten Innovationen im Markt eingeführt würden³²⁹, so ist dies ebenfalls eine unbelegte und falsche Parteibehauptung.

384. Swisscom will aus der Aussage des CEO von Sunrise sowie der des Verwaltungsratspräsidenten von Salt ableiten, dass diese keinen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur von Swisscom nachfragen würden.³³⁰ Wie bereits oben aufgeführt (vgl. Rz 373 und 375), ist dies gerade nicht der Fall.

385. Vielmehr ist bekannt, dass die beiden FDA Salt und Sunrise mittels eines Zugangs zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur auf der P2P-Netzarchitektur von Swisscom und den EVU die Datenübertragungstechnologie XGS-PON einsetzen³³¹, welche auch für eine P2MP-Netzarchitektur verwendet wird. Wenn also Salt und Sunrise zum jetzigen Zeitpunkt keine P2P-Netzarchitektur fordern, bedeutet dies nicht, dass sie keinen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) nachfragen, wie dies Swisscom glaubhaft zu machen versucht.

386. Swisscom fordert in seinem Antrag, dass es ihr erlaubt wird, eine Glasfasernetzinfrastruktur in einer Weise aufzubauen, dass niemandem ausser Swisscom ein Zugriff auf die physische Netzinfrastruktur gewährt

³²⁴ Vgl. <www.salt.ch/sites/default/files/2020-08/2_20mars_2018_Salt_SaltFiberPrice_EN.pdf> (2.11.2023).

³²⁵ Vgl. <www.salt.ch/sites/default/files/2020-08/2_20mars_2018_Salt_SaltFiberPrice_EN.pdf> (2.11.2023).

³²⁶ Vgl. Broadband Connectivity Services – Handbuch Preise, Version 1-20, gültig ab 1.7.2017 bzw. Version 1-21, gültig ab 1.3.2018.

³²⁷ Vgl. act. 1047; Übersetzung des Sekretariats aus dem englischen.

³²⁸ Vgl. act. 1025, Rz 124 ff.

³²⁹ Vgl. act. 1025, Rz 130 ff.

³³⁰ Vgl. act. 1025, Rz 105 ff.

³³¹ Salt: act. 159, Antwort auf Frage 1, Sunrise: act. 152.1, Antwort auf Frage 2.

werden kann. Hiervon sind neben Init7 auch alle anderen FDA, insbesondere Sunrise und Salt, betroffen, denen Swisscom dann einen Zugang zu ihrer physischen Netzinfrastruktur verweigern würde. Swisscom kann daher aus ihrem Vorbringen, es würde nur eine untergeordnete Nachfrage nach ihrem Layer 1-Produkt ALO geben, nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

A.3.9 Verhaltensweise von Swisscom

A.3.9.1 Im Rahmen der Marktbeobachtung

387. Bereits im Jahr 2013 kündigte Swisscom an, den Breitbandausbau über FTTS weiter voranzutreiben, um so auch Liegenschaften ausserhalb der Ballungszentren Ultrabreitbandanschlüsse zur Verfügung zu stellen.³³² Daher verfolgte Swisscom konsequenterweise ab 2012 nicht mehr einen Vollausbau mit FTTH-Glasfaserschliessungen, sondern setzte neu auch auf FTTS und FTTB.³³³ Swisscom setzte insbesondere deshalb auf einen FTTS bzw. einen FTTB-Ausbau in diesen Regionen, um die Technologie «Vectoring»³³⁴ und später die Technologie «G.FAST»³³⁵ einzusetzen. Im Zuge dieses Ausbaus der FTTS-Feeder-Infrastruktur legte Swisscom bereits den Grundstein für einen späteren P2MP-FTTH Netzausbau, indem sie die auf der Glasfasertechnologie basierende «Feeder»-Netzinfrastruktur (sog. Glasfaserreserve) nach eigenen Angaben so auslegte, dass diese nur für einen späteren Ausbau in eine P2MP-Netzarchitektur mit zwei PON-Bäumen ausreichen würde.³³⁶ Es wurden von Swisscom also nicht genügend Fasern im «Feeder»-Bereich für einen späteren Ausbau in eine P2P-Netzarchitektur verlegt. Zum damaligen Zeitpunkt ist Swisscom wohl noch davon ausgegangen, dass sich die Farbbündelung zu einer marktreifen Technologie entwickeln würde. So hat Swisscom die Farbbündelung als künftigen Evolutionsschritt der Datenübertragungstechnologien auf der PON-Netzarchitektur beschrieben, der eine logische P2P-Verbindung über unterschiedliche Wellenlängen und garantierte dedizierte Gbit/s-Bandbreiten ermögliche.³³⁷ Noch im Januar 2018 hat Swisscom versichert, dass sich mit P2MP-Netzen nichts am Zugang für Drittanbieter ändere. Dieser sei auch in Zukunft möglich, nur werde dann die Faser nicht mehr physisch, sondern entweder optisch (indem ein Drittanbieter eine eigene Wellenlänge enthält) oder über ein virtuelles System logisch auf die Infrastruktur der «Internet Service Provider» überführt. Ermöglicht würde dies vom damaligen Zeitpunkt aus betrachtet durch technologische Innovationen wie zum Beispiel TWDM-PON, wobei auf demselben Glasfaserkabel unterschiedliche Anbieter operierten, die ein unterschiedliches Farbspektrum nutzten.³³⁸ Zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen dem Entscheid, vorerst den FTTS- und FTTB-Ausbau voranzutreiben, und der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht³³⁹, muss sich Swisscom also bewusst geworden sein, dass die Farbbündelung nicht marktfähig ist.

388. Auf die ersten Fragen des Sekretariats im Rahmen seiner Marktbeobachtung gab Swisscom im März 2020 an, dass ihre Netzbaustrategie relativ langfristig angelegt sei und sie sich alleine deshalb nicht detailliert im Voraus planen lasse, Kooperationen aber weiterhin eine wichtige Rolle spielen würden und Swisscom auch eigenständig bauen werde.³⁴⁰ Eine konkrete, landesweite

Planung würde aber nicht bestehen.³⁴¹ Grundsätzlich solle der künftige FTTH-Ausbau nicht mehr in der P2P-Netzarchitektur erfolgen.³⁴² Aktuell setze Swisscom ihren Netzausbauplan 2021/22 um, mit welchem im Wettbewerb gegen die viel leistungsfähigeren Kabelnetze möglichst rasch viel Bandbreite in der Fläche ausgebaut würde.³⁴³ Der Plan beabsichtige, bis Ende 2022 alle Schweizer Gemeinden und damit 90 % aller Wohn- und Geschäftseinheiten ans Hochbreitbandnetz anzuschliessen. Swisscom habe bereits Anfang Jahr 2020 mit dem Bau und der Inbetriebnahme von Glasfaseranschlüssen basierend auf einer P2MP-Netzarchitektur begonnen.³⁴⁴ Diese Ausführungen von Swisscom erweckten zum damaligen Zeitpunkt beim Sekretariat den Eindruck, dass es sich hierbei um eine Pilotanwendung für einen zukünftigen P2MP-Netzausbau handelte. Dass zu diesem Zeitpunkt bereits mit dem Ausbau eines flächendeckenden P2MP-Glasfasernetzes begonnen worden war, wurde erst zum Zeitpunkt der Untersuchung und den entsprechenden Eingaben von Swisscom klar (vgl. Abschnitt A.3.5).

389. Ab April 2020 wurden die ersten P2MP-Anschlüsse in Betrieb genommen. Swisscom gab zudem an, dass die kommerzielle grossflächige Vermarktung im Rahmen von P2MP und der XGS-PON Technologie ab Juni 2020 erfolgte.³⁴⁵ Abbildung 16 zeigt die Entwicklung der insgesamt gebauten (graue Linie) und der davon in Betrieb genommenen P2MP-Anschlüsse (grüne Linie).³⁴⁶ Ein in Betrieb genommener Anschluss ist gemäss Swisscom ein Anschluss, der inventarisiert und technisch bereit für eine Serviceaufschaltung ist. Zusätzlich sind der Abbildung die Anzahl nachgefragter Anschlüsse aufgeschlüsselt nach Endkunden und nach Wholesale-Kunden von Swisscom zu entnehmen. Die Anzahl tatsächlich nachgefragter Anschlüsse ist dabei geringer als die Anzahl in Betrieb genommener Anschlüsse. Gemäss Angaben von Swisscom wurden bis Januar 2023 insgesamt [0-1 Mio.] P2MP-Anschlüsse gebaut³⁴⁷, wovon Ende Januar 2023 [0-500'000] Anschlüsse in Betrieb waren. Hiervon wurden rund [40-50] % bzw. [0-250'000] P2MP-Anschlüsse von Kunden nachgefragt.³⁴⁸ Ende Oktober 2023 hatte

³³² Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 12. September 2013, <www.swisscom.ch/de/about/news/2013/09/20130912_MM_Ausbau_Breitbandnetzes.html> (12.4.2023).

³³³ Vgl. act. 15, S. 8, act. 23, S. 4 f. und act. 189, Beilage 2.

³³⁴ Vgl. Präsentation zur Medienmitteilung Swisscom vom 12. Februar 2013, Folie 7, <www.swisscom.ch/dam/swisscom/de/ghq/media/MM/2013/20130912_Breitband_Praesentation_de.pdf> (15.1.2024).

³³⁵ Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 4. Mai 2015, <www.swisscom.ch/de/about/news/2015/05/20150504-MM-Netzausbau.html> (12.4.2023).

³³⁶ Vgl. act. 2, S. 3.

³³⁷ Vgl. act. 188, Beilage 3, S. 9.

³³⁸ Vgl. <www.inside-it.ch/post/bastelt-swisscom-an-einem-glasfaser-duopol-20180117> (20.3.2023).

³³⁹ Vgl. act. 49, S. 20.

³⁴⁰ Vgl. act. 2, S. 1 f.

³⁴¹ Vgl. act. 2, S. 2.

³⁴² Vgl. act. 2, S. 3.

³⁴³ Vgl. act. 15, S. 7.

³⁴⁴ Vgl. act. 2, S. 1.

³⁴⁵ Vgl. act. 188, Fragebogen, S. 3.

³⁴⁶ Vgl. act. 740, S. 5.

³⁴⁷ Bei den gebauten Anschlüssen ist jedoch zu berücksichtigen, dass dabei gemäss Swisscom nicht in jedem Fall die Installation der In-house Leitung umfasst sei, welche bei bestehenden Gebäuden regelmässig erst nach erfolgter Bestellung eines Dienstes erfolge.

³⁴⁸ Vgl. act. 740 und 810.

Swisscom [0-1 Mio.] P2MP-Anschlüsse gebaut, wovon [0-250'000] Anschlüsse von Kunden nachgefragt wurden.³⁴⁹ Obwohl Swisscom im Oktober 2022 mitteilte, dass sie von nun an wieder grösstenteils auf die P2P-Netzarchitektur setze (vgl. Rz 36), wurden gemäss den Angaben von Swisscom bis Oktober 2023 weitere [0-250'000] P2MP-Anschlüsse gebaut.

390. Abbildung 16 zeigt zudem, dass die P2MP-Anschlüsse gerade zu Beginn hauptsächlich von direkten Endkunden von Swisscom und nur zu einem geringen Anteil von Wholesale-Kunden nachgefragt wurden. Monatlich betrachtet lag der Anteil der Wholesale-Kunden zwischen [0-10] % und [20-30] %, wobei der Wert über die Zeit gestiegen ist (vgl. nachfolgend Rz 393). Da bei der P2MP-Netzarchitektur ein Layer 1-Zugang nicht möglich ist, wurde von den FDA BBS, das Layer 3-Angebot von Swisscom, mit unterschiedlichen Bandbreitenprofilen nachgefragt.

391. Ebenfalls ersichtlich ist, dass Swisscom nach dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO und nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts Massnahmen ergriffen hat. Einerseits wurden nicht mehr alle P2MP-Anschlüsse in Betrieb genommen und nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ein Teil der P2MP-Anschlüsse auf nicht vermarktbar zurückgesetzt (gesperrt).³⁵⁰

[...]

Abbildung 16: Entwicklung gebaute und in Betrieb genommene P2MP-Anschlüsse³⁵¹

392. Zusammenfassend zeigt sich, dass Swisscom seit Anfang 2020 systematisch den FTTH-Ausbau in einer P2MP-Netzarchitektur vorangetrieben hat und dieser neben dem fortgeführten FTTS-Ausbau für die gesamte Schweiz ebenfalls einen wichtigen Stellenwert einnahm. Swisscom hat auch nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen in einer P2MP-Netzarchitektur gebaute Anschlüsse in Betrieb genommen und vermarktet. Diese Anschlüsse wurden nachträglich nicht wieder deaktiviert und die entsprechend abgeschlossenen Kundenverträge nicht gekündigt.

393. Abbildung 17 und Abbildung 18 zeigen auf, wie sich die Anzahl sowie der Umsatz der in Betrieb genommenen und vermarkteten P2MP-Anschlüsse zwischen April 2020 und Oktober 2023 über die Zeit verändert haben. Die Angaben sind wiederum aufgeschlüsselt nach Endkunden und nach Wholesale-Kunden von Swisscom. Ende Dezember 2021 hatte Swisscom bereits insgesamt [0-100'000] P2MP-Anschlüsse in Betrieb genommen. Dabei handelte es sich bei [0-100'000] (rund [70-80] %) um Endkundenverträge und bei [0-100'000] (rund [20-30] %) um Wholesale-Kunden-Verträge von Swisscom. Bis Oktober 2023 haben sich die aktiven P2MP-Anschlüsse mehr als verdoppelt und sind auf insgesamt [0-100'000] Verträge angestiegen. Dabei machten die Endkundenverträge von Swisscom einen Anteil von rund [70-80] % ([0-100'000]) und die Wholesale-Kunden-Verträge rund [20-30] % ([0-100'000]) aus.³⁵²

[...]

Abbildung 17: Nachgefragte P2MP-Anschlüsse nach Endkunden und Wholesale-Kunden³⁵³

394. Hierbei ist auffällig, dass insbesondere der Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die WEKO keinen ersichtlichen Einfluss auf die von Swisscom vorgenommenen Inbetriebnahmen von aktiven P2MP-Anschlüssen hatte. Die Menge der durch Endkunden oder Wholesale-Kunden nachgefragten P2MP-Anschlüsse stieg konstant an. Erst das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hat zu einer leichten Abflachung der Kurve geführt.

395. Dies spiegelt sich ebenfalls in den durch Swisscom erzielten Umsätzen wider, die mit den P2MP-Anschlüssen realisiert wurden. Ende Dezember 2021 erzielte Swisscom einen monatlichen Umsatz von CHF [0-10 Mio.] mit aktiven P2MP-Anschlüssen, davon CHF [0-10 Mio.] mit Endkunden und CHF [0-1 Mio.] mit Wholesale-Kunden. Bis Ende Oktober stiegen die mit P2MP-Anschlüssen erwirtschafteten monatlichen Umsätze auf CHF [0-10 Mio.], davon CHF [0-10 Mio.] mit Endkunden und CHF [0-1 Mio.] mit Wholesale-Kunden von Swisscom. Von April 2020 bis Ende Oktober 2023 hat Swisscom basierend auf P2MP-Anschlüssen einen Umsatz von insgesamt CHF [0-500 Mio.] mit Endkunden und Wholesale-Kunden erwirtschaftet.³⁵⁴ Die mit aktiven P2MP-Anschlüssen erzielten Umsätze mit den Zweit- und Drittmarken von Swisscom sind dabei noch nicht berücksichtigt (vgl. nachfolgend Rz 397).

[...]

Abbildung 18: Mit P2MP-Anschlüssen erzielte Umsätze nach Endkunden und Wholesale-Kunden³⁵⁵

396. Auch hier ist auffällig, dass insbesondere der Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die WEKO keinen ersichtlichen Einfluss auf die Umsatzentwicklung von Swisscom hatte.

397. Nach Angaben von Swisscom konnten auf der Basis weiterer und aufwändiger Auswertungen und Verknüpfungen von Daten verschiedenster Systeme die Mengen und Umsätze für die Zweit- und Drittmarken von Swisscom rekonstruiert und den jeweiligen Netzarchitekturen zugeordnet werden.³⁵⁶ Abbildung 19 zeigt die Entwicklung des Umsatzes von Januar 2020 bis Oktober 2023, den Swisscom mit ihren Zweit- und Drittmarken M-Budget und Wingo mit den in Betrieb genommenen und vermarkteten P2MP-Anschlüssen erzielt hat. Im Januar 2023 hatte Swisscom über M-Budget [0-10'000] Verträge und über Wingo [0-10'000] Verträge basierend auf P2MP-Anschlüssen abgeschlossen. Über diese Zeitperiode hat Swisscom damit insgesamt einen Umsatz von CHF [0-10 Mio.] erwirtschaftet, davon CHF [0-5 Mio.] mit M-Budget und CHF [0-5 Mio.] mit Wingo. Dies macht ungefähr [0-10] % des Umsatzes aus, der während dieser Zeit insgesamt mit den Zweit- und Drittmarken mit

³⁴⁹ Vgl. act. 1049.

³⁵⁰ Vgl. act. 740.

³⁵¹ Vgl. act. 937, Beilage 7 sowie act. 1049 ergänzt um die Zeitpunkte der Verfügung der vorsorglichen Massnahmen der WEKO und des Entscheids des BVGer.

³⁵² Vgl. act. 1049, Beilage 2, Aggregation der Daten durch das Sekretariat.

³⁵³ Datengrundlage: act. 1049, Beilage 2.

³⁵⁴ Vgl. act. 1049, Beilage 2, Aggregation der Daten durch das Sekretariat.

³⁵⁵ Datengrundlage: act. 1049, Beilage 2.

³⁵⁶ Vgl. act. 937 Rz 11 f.

Glasfaseranschlüssen (P2P und P2MP) erzielt wurde, wobei der P2MP-Anteil über die Zeit gestiegen ist. Bis im Oktober 2023 hatte Swisscom bereits [0-10'000] Verträge über M-Budget und [0-10'000] Verträge über Wingo abgeschlossen und der damit erwirtschaftete Umsatz basierend auf P2MP-Anschlüssen stieg auf insgesamt CHF [0-10 Mio.].³⁵⁷

[...]

Abbildung 19: Auf der P2MP-Netzarchitektur erzielte Umsätze von M-Budget und Wingo³⁵⁸

A.3.9.2 Nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen

398. Nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO vom 14. Dezember 2020 – der Entscheid sowie die Medienmitteilung wurden Swisscom am 16. Dezember 2020 nach Börsenschluss zugestellt – [...] beschlossen die hierfür zuständigen Konzernleitungsmitglieder Sofortmassnahmen zur Umsetzung der vorsorglichen Massnahmen und trafen sich danach regelmässig im Steuerungsausschuss [...]. Der Verwaltungsrat von Swisscom wurde periodisch über den Umfang der Sofortmassnahmen und über den Stand der Umsetzung informiert.³⁵⁹

399. [...] Die beschlossenen Sofortmassnahmen seien dabei von den zuständigen Abteilungen umgesetzt und angewandt worden. [...]³⁶⁰

A.3.9.2.1 Einschätzung des Steuerungsausschusses von Swisscom im Dezember 2020

400. In der Präsentation des Steuerungsausschusses vom [...] sind die besprochenen Sofortmassnahmen und der Beschluss der Konzernleitungsmitglieder aufgeführt. [...]³⁶¹:

[...]

401. [...]³⁶²

402. [...]³⁶³

403. [...]³⁶⁴

404. [...]³⁶⁵

405. [...]³⁶⁶

406. [...]³⁶⁷

407. [...]³⁶⁸

408. [...] Demnach hat Swisscom in Gebäuden, welche vor dem 20. Dezember 2020 bis zum BEP mit Glasfaser erschlossen wurden, auch nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO bei Nachfrage eines Kunden die «Inhouse» Erschliessung vorgenommen.

A.3.9.2.2 Anwendungsfälle und Sofortmassnahmen von Swisscom ab Januar 2021

409. [...]

410. [...]³⁷⁰

411. [...]³⁷¹

412. [...]³⁷²

413. [...]³⁷³

414. [...]³⁷⁴

415. [...]³⁷⁵

416. [...]³⁷⁶

A.3.9.2.3 Anpassung der Sofortmassnahmen von Swisscom ab Mai 2021

417. Gemäss Swisscom wurden die Sofortmassnahmen sodann mit Wirkung per 1. Mai 2021 angepasst, [...]. [...]

[...]

Abbildung 20: [...]³⁷⁷

418. [...]³⁷⁸ [...]:

— [...]

— [...]

419. [...] das FTTH on Demand Angebot (Anwendungsfall 2) ab dem 1. Juli 2021 wieder auf der Webseite von Swisscom verfügbar war und auch Neubestellungen wieder möglich waren. [...]³⁷⁹

A.3.9.2.4 Übersicht der ergriffenen Massnahmen von Swisscom bis zum BVGer-Entscheid

420. [...]

[...]

Abbildung 21: [...]³⁸⁰

421. Entsprechend zeigt sich in Abbildung 16 an der grünen Linie, dass die Anzahl in Betrieb genommener Anschlüsse wieder anstieg. Swisscom hat das Sekretariat zum Zeitpunkt der Umsetzung dieser Beschlüsse weder um eine Einschätzung angefragt noch über deren Umsetzung informiert.

422. Swisscom hat sich am 5. März 2021 mit dem Sekretariat auf Rahmenbedingungen für die Verhandlung einer einvernehmlichen Regelung geeinigt und unterzeichnet.³⁸¹ Am 6. Mai 2021 fand eine Videokonferenz

³⁵⁷ Vgl. act. 1049, Beilage 4.

³⁵⁸ Datengrundlage: act. 1049, Beilage 4.

³⁵⁹ Vgl. act. 740.

³⁶⁰ Vgl. act. 740.

³⁶¹ Vgl. act. 740, Beilage 4.

³⁶² Vgl. act. 740, Beilage 4.

³⁶³ Vgl. act. 740, Beilage 4.

³⁶⁴ Vgl. act. 740, Beilage 4, S. 8.

³⁶⁵ Vgl. act. 740, Beilage 4, S. 8.

³⁶⁶ Vgl. act. 740, Beilage 4, S. 9.

³⁶⁷ Vgl. act. 740, Beilage 4, S. 10.

³⁶⁸ Vgl. act. 740, Beilage 4, S. 10.

³⁶⁹ Vgl. act. 936 und 937.

³⁷⁰ Vgl. act. 740, Rz 15 f.

³⁷¹ Vgl. act. 740, Rz 17.

³⁷² Vgl. act. 740, Rz 19.

³⁷³ Vgl. act. 740, Rz 20 f.

³⁷⁴ Vgl. act. 740, Rz 23.

³⁷⁵ Vgl. act. 740, Rz 25.

³⁷⁶ Vgl. act. 740, Rz 26.

³⁷⁷ Vgl. act. 740, Beilage 6, S. 8.

³⁷⁸ Vgl. act. 740, Beilage 7.

³⁷⁹ Vgl. act. 740, Rz 18, 22 und 24.

³⁸⁰ act. 740, S. 9.

³⁸¹ Vgl. act. 113.

mit Swisscom statt, in welcher Swisscom ihren Vorschlag für die Implementierung einer Farbentbündelungsvariante unter dem Namen «C-ALO» und die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt vorstellte.³⁸² Eine vom Sekretariat angekündigte Marktbefragung zu den von Swisscom vorgebrachten Alternativen erachtete Swisscom nicht als zwingend notwendig und schloss aus den bisherigen Fragebogenantworten der Marktakteure und dem Amtshilfegesuch des BAKOM, dass der Zugang zu einem PON-Baum für investitionsbereite Marktakteure eine (weitere) valable und zielführende Alternative darstelle, welche wirksamen Wettbewerb auch im Bereich des Baus von modernen Glasfasernetzen mittels der P2MP-Topologie ermögliche.³⁸³ Zudem fragte Swisscom gleichzeitig im Rahmen einer einstweiligen aktualisierten Einschätzung eine kartellrechtliche Würdigung im Lichte der geänderten Ausgangssituation an. Das Sekretariat führte im Anschluss daran eine Marktbefragung zu den Lösungen durch (vgl. Abschnitte A.2.3.2 und A.2.3.3). Diese ergab im Wesentlichen, dass «C-ALO» aufgrund fehlender im Markt angebotener CPE (Teilnehmer-Endgeräte wie Modems, etc.) für den Anschlussbereich und hoher Kosten nicht einsetzbar ist. Im Rahmen der Vernehmlassung der WEKO vom 30. Juni 2021 ans Bundesverwaltungsgericht äusserte sich die WEKO ausführlich zur Zugangsmöglichkeit «C-ALO». Die WEKO kam zum damaligen Zeitpunkt zum Schluss, dass das «C-ALO»-Produkt von Swisscom als nicht zielführend zu qualifizieren ist. Die WEKO hielt zudem fest, dass falls sich Swisscom entschliessen sollte, ihre Netzinfrastruktur alleine auf dem von ihr angebotenen Produkt «C-ALO» auszubauen und nur über das so neu aufgebaute Glasfasernetz Dienstleistungen an Endkunden zu erbringen, die WEKO dies als Verstoß gegen die von ihr verhängten vorsorglichen Massnahmen ansehen würde.³⁸⁴ Swisscom wurde mit der Verfügung vom 8. Juli 2021 des Bundesverwaltungsgerichts eine Kopie der Vernehmlassung der WEKO zugesandt mit der Möglichkeit, eine allfällige Stellungnahme einzureichen.³⁸⁵

423. Mit dem Entscheid der Aufhebung der Sofortmassnahmen von Swisscom und der Inbetriebnahme weiterer P2MP-Anschlüsse wurde demnach bewusst das Risiko eines Verstoßes gegen die vorsorglichen Massnahmen der WEKO in Kauf genommen (vgl. Rz 387). Auch nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 8. Juli 2021 Swisscom eine Kopie der Vernehmlassung der WEKO zukommen liess und damit spätestens dann für Swisscom klar gewesen sein musste, dass die WEKO dieses Verhalten als Verstoß gegen die vorsorglichen Massnahmen taxiert, war keine Verhaltensanpassung seitens Swisscom erkennbar.

424. Mit Eingabe vom 2. September 2021 fragte Swisscom nach einer erneuten aktuellen einstweiligen Einschätzung, welche Lösungsansätze aus Sicht des Sekretariats gestützt auf den aktuellen Verfahrensstand und im Nachgang zu den beiden Markttests als zielführend erachtet würden und mithin als potenzielle Diskussionsbasis für eine einvernehmliche Regelung der Angelegenheit in Frage kämen.³⁸⁶ Zudem wurde eine passive Zugangsgewährung im Schacht auf eine der vier durchgängigen Glasfasern, welche die Bereiche «Drop»- und

«Inhouse» umfassen, von Swisscom als weitere Alternative für einen Layer 1-Zugang angeführt.³⁸⁷

425. Im Dezember 2021 bestätigte Swisscom zudem, dass keine FDA das Angebot von Swisscom unter dem Namen «C-ALO» nachgefragt habe.³⁸⁸

A.3.9.3 Verhalten nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

426. Im Nachgang an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts fand auf Wunsch von Swisscom ein Treffen zwischen Vertretern von Swisscom unter Einbezug des CEO und dem Sekretariat unter Einbezug des Direktors statt. Hierbei wurden die Auswirkungen des Bundesverwaltungsgerichtsurteils auf das weitere Verfahren besprochen. Als weitere alternative Zugangsmöglichkeit wurde im Anschluss zwischen dem Sekretariat und Swisscom die Möglichkeit eines virtuellen Layer 1-Zugangs unter dem Namen «V-ALO» diskutiert.³⁸⁹ Aufgrund der Ergebnisse der Marktbefragungen wurde jedoch auch ein virtueller Zugang (vgl. Abschnitt A.2.3.4) nicht als zielführende Lösung angesehen.

427. Swisscom macht geltend, dass sie nach Erhalt und Analyse des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts den Ausbau und die Vermarktung von P2MP-Anschlüssen mit Wirkung per 5. Oktober 2021 wieder gestoppt hätte. Der Ausbau der «Drop»- und «Inhouse»-Fasern sei aber bautechnisch weitergeführt worden, weil «Drop» und «Inhouse» gemäss Swisscom auch Teil eines P2P-Ausbaus sein können. Dabei habe sich Swisscom dazu entschieden, Verträge (Erschliessungsverträge, Endkundenverträge und Wholesale-Kundenverträge), welche bis zum Stichtag vom 5. Oktober 2021 abgeschlossen worden waren, umzusetzen und zu erfüllen. Auch wenn diese auf P2MP basierten, habe für Swisscom in diesen Fällen die Einhaltung und Erfüllung der abgeschlossenen Verträge im Vordergrund gestanden. Nach dem Stichtag durften gemäss Swisscom keine neuen auf P2MP basierenden Verträge mehr abgeschlossen werden und solche, die fälschlicherweise doch abgeschlossen wurden, wurden nachträglich aufgelöst bzw. zurückgerufen.³⁹⁰

428. Zudem stellte Swisscom in der Folge verschiedene Beratungsanfragen zu Konstellationen, welche nicht explizit in den vorsorglichen Massnahmen geregelt wurden.³⁹¹ Diese betrafen die nachfolgenden Spezialfälle:

- Nachfrageorientierter einzelfallweiser Ausbau (sog. on-demand Ausbau);³⁹²
- Aufbau einer P2MP-Netzarchitektur, wenn ein Layer 1-Zugang durch eine andere Netzbetreiberin realisiert werden kann;³⁹³

³⁸² Vgl. act. 216, S. 1.

³⁸³ Vgl. act. 216, S. 7.

³⁸⁴ Vgl. act. 307, Rz 6 sowie den Abschnitt B.3.

³⁸⁵ Vgl. act. 316.

³⁸⁶ Vgl. act. 336.

³⁸⁷ Vgl. act. 342.

³⁸⁸ Vgl. act. 409.

³⁸⁹ Vgl. act. 390 und act. 512.

³⁹⁰ Vgl. act. 740, Rz 29 ff.

³⁹¹ Vgl. z.B.: act. 408.

³⁹² Vgl. act. 408.

³⁹³ Vgl. act. 581.

- Vorübergehende Erschliessung von Neubauten in einer P2MP-Netzarchitektur³⁹⁴ oder von Bauten, die nicht über einen Fernmeldeanschluss verfügen.³⁹⁵

429. Des Weiteren wurden im Rahmen einer Verhandlungsdelegation bestehend aus Vertretern von Swisscom und dem Sekretariat im Laufe des Jahres 2022 verschiedene Varianten eines Teilausbaus des zukünftigen FTTH-Netzes in einer P2P-Netzarchitektur diskutiert.

430. Berechnungen hinsichtlich verschiedener Kostenvarianten und der Parametrisierung für verschiedene Mischformen von P2P- und P2MP-Netzarchitekturen führte das Sekretariat weitgehend selbst durch. Solche Berechnungen wurden seitens Swisscom erst ca. drei Monate später und gegen Ende der Verhandlungen zwischen Swisscom und dem Sekretariat geliefert.³⁹⁶

431. Aufgrund der ersten Gespräche mit dem Sekretariat und den dabei erhaltenen Hinweisen seien die Massnahmen per 7. Dezember 2021 punktuell angepasst worden. Per 1. Juni 2022 nahm Swisscom nochmals Anpassungen vor.³⁹⁷

[...]

Abbildung 22: [...] ³⁹⁸

432. [...] ³⁹⁹

433. [...] ⁴⁰⁰

434. [...] ⁴⁰¹

435. [...] ⁴⁰²

436. [...] ⁴⁰³

437. [...] ⁴⁰⁴

438. [...] ⁴⁰⁵

A.3.9.4 Stellungnahme Swisscom

439. Die in Abschnitt A.3.9 gemachten Ausführungen zum Verhalten von Swisscom bleiben unbestritten.

A.3.9.5 Zwischenergebnis

440. Die Analyse des Verhaltens von Swisscom zeigt, dass Swisscom mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die WEKO die Vermarktung der bereits in P2MP gebauten Anschlüsse in einem ersten Schritt gestoppt hat. Diesen Vermarktungsstopp hat Swisscom dann ca. sechs Monate später von sich aus wieder aufgehoben, da Swisscom aufgrund einer internen Einschätzung zum Schluss kam, dass sie mit den von ihr getroffenen Massnahmen die vorsorglichen Massnahmen erfüllen würde.

441. Kurz nach der Bestätigung der vorsorglichen Massnahmen durch das Bundesverwaltungsgericht hat Swisscom die Vermarktung rückwirkend wieder gestoppt. Zu diesem Zeitpunkt bereits neu aufgeschaltete P2MP-Netzanschlüsse wurden allerdings nicht wieder deaktiviert. Swisscom hat demnach auch nach Inkrafttreten der vorsorglichen Massnahmen der WEKO P2MP-Anschlüsse in Betrieb genommen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

442. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁴⁰⁶

443. Swisscom ist ein Unternehmen nach schweizerischem Recht und ist als Anbieterin von Telekommunikations- und Informatikdienstleistungen im Wirtschaftsprozess tätig. Sie ist daher als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

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

445. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar⁴⁰⁷. Ob es sich bei Swisscom um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt.

³⁹⁴ Vgl. act. 585.

³⁹⁵ Vgl. act. 694.

³⁹⁶ Vgl. act. V48.

³⁹⁷ Vgl. act. 740, Rz 29 ff.

³⁹⁸ Swisscom, act. 740, S. 9.

³⁹⁹ Vgl. act. 740, Rz 33 ff.

⁴⁰⁰ Vgl. act. 740, Rz 36 f.

⁴⁰¹ Vgl. act. 740, Rz 38.

⁴⁰² Vgl. act. 740, Rz 20 f.

⁴⁰³ Vgl. act. 740, Rz 23.

⁴⁰⁴ Vgl. act. 740, Rz 25.

⁴⁰⁵ Vgl. act. 740, Rz 26.

⁴⁰⁶ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012, BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 3 und E. 4.1, *Publigroupe*.

⁴⁰⁷ Vgl. RPW 2021/1, 176 Rz 190, *Eishockey im Pay-TV*; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz 14.

B.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

446. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG).⁴⁰⁸ Auf Ausführungen zum örtlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da dieser offensichtlich gegeben ist.

B.2 Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

447. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO.⁴⁰⁹ Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

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

B.3 Parteien

449. Das kartellgesetzliche Rechtssubjekt ist das «Unternehmen» im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, d.h. eine wirtschaftliche Einheit unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (vgl. Rz 442). Dieses «Unternehmen» hat nicht begriffsnotwendig Rechtspersönlichkeit im Sinne des Verwaltungsverfahrenrechts, welches im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung grundsätzlich zur Anwendung gelangt (Art. 39 KG). Träger der verfahrensrechtlichen Rechte (z.B. Akteneinsichtsrecht nach Art. 26 VwVG) und Pflichten (z.B. Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG) ist vielmehr die «Partei» gemäss Art. 6 VwVG.

450. Nach Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

451. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung gemäss Art. 5 VwVG regeln soll (vgl. Rz 450). Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.⁴¹⁰

452. Da eine Verfügung nach Verwaltungsverfahrenrecht nicht direkt Rechte und Pflichten des kartellrechtlichen «Unternehmens» regeln kann (siehe oben Rz 449), können praxisgemäss je Unternehmen jedenfalls diejenigen Personen als materielle Verfügungsadressatinnen qualifiziert werden, welche im Zeitpunkt des geprüften Verstosses Trägerinnen des Unternehmens waren. Dazu gehören namentlich die Person (i.d.R. Gesellschaft), deren Verhalten konkret auf die Vereinbarkeit mit dem Kartellgesetz hin überprüft wird (operativ handelnde Gesellschaft) sowie deren allfällige Muttergesellschaft oder die Konzernobergesellschaft.⁴¹¹

453. Vorliegend kommt daher Swisscom (Schweiz) AG als operativ handelnde Gesellschaft Parteistellung zu.

B.4 Vorbehaltene Vorschriften

454. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).⁴¹² Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

455. Swisscom hat im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gegen die von der WEKO erlassenen vorsorglichen Massnahmen geltend gemacht, dass die Ablehnung des Gesetzgebers, eine Regulierung des Telekommunikationssektors im Bereich der Glasfasertechnologie einzuführen, eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG darstelle und es das Gewaltentrennungsprinzip verbiete, dass die WEKO vorliegend tätig werde.⁴¹³ Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der letzten Revision des Fernmeldegesetzes weder in das Fernmeldegesetz noch in das Kartellgesetz eine Vorschrift aufgenommen wurde, die die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen würde. Zudem war auch im Revisionsentwurf des Bundesrates keine entsprechende Vorschrift vorgesehen.⁴¹⁴ Daher stellt sich vorliegend die Frage, ob eine Gesetzeslücke als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG qualifiziert werden kann. Praxis und Lehre unterscheiden bei Gesetzeslücken grundsätzlich zwischen echten und unechten Lücken.⁴¹⁵ Eine echte Gesetzeslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts und zeichnet sich durch zwei Elemente aus: die Unvollständigkeit und die Planwidrigkeit.⁴¹⁶ Gemäss Bundesgericht liegt eine echte Gesetzeslücke dann vor, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss.⁴¹⁷ Hingegen

⁴⁰⁸ BGE 143 II 297 E. 3.2.1, *Gaba*; BGer, 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 3, *BMW*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.3, *Gaba*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.3.1, *BMW*.

⁴⁰⁹ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

⁴¹⁰ Vgl. BGer, 9C_918/2009 vom 24.12.2009 E. 4.3.1; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, 148.

⁴¹¹ RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*.

⁴¹² Vgl. dazu ausführlich BGer, 2C.75/2014 vom 28.1.2015 E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁴¹³ Vgl. act. 370.1, S. 13.

⁴¹⁴ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 37, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴¹⁵ Vgl. HEINRICH HONSELL, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), 2. Aufl. 2002 (nachfolgend: BSK ZGB I-HONSELL), Art. 1, N. 30.

⁴¹⁶ Vgl. BSK ZGB I-HONSELL (Fn 415), Art. 1, N. 27.

⁴¹⁷ BGE 138 II 1 E. 4.2.

liegt eine unechte Gesetzeslücke vor, wenn der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden hat (qualifiziertes Schweigen). In einem solchen Fall bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung.⁴¹⁸

456. Wie oben aufgezeigt (vgl. Abschnitt A.3.4.2), hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, eine Regulierung des Telekommunikationssektors im Bereich der Glasfasertechnologie einzuführen. Es handelt sich hierbei also unzweifelhaft um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers (unechte Gesetzeslücke), da dieser einen Punkt, den er hätte regeln können, bewusst ungeregelt gelassen hat.⁴¹⁹

457. In seinem Urteil vom 2. November 2022⁴²⁰ hat das Bundesgericht diesbezüglich darauf hingewiesen, es habe bereits verschiedentlich festgehalten, dass die kartell- und die fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung gelangen würden und insbesondere das Interkonnektionsregime im Fernmelderecht lediglich eine besondere sektorielle Regelung bilde, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse.⁴²¹ Gleichwohl könne bei der Anwendung des Kartellrechts die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht unbeachtet bleiben. Die beiden Rechtsordnungen stünden insoweit in einem engen Konnex und beeinflussten sich gegenseitig. Sinn ergebe daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führe.⁴²²

458. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Entscheid vom 30. September 2021 festgehalten, dass es für die Annahme einer vorbehaltenen Vorschrift aufgrund der Beratungen zur Revision des Fernmeldegesetzes im Jahre 2018 einer eindeutigen Feststellung bedürfe, dass der Gesetzgeber die Anwendung des Kartellgesetzes für den Ausbau und die Nutzung von Glasfasernetzen ausschliessen wollte.⁴²³ Das Bundesverwaltungsgericht kommt zum Schluss, dass im Rahmen der parlamentarischen Beratungen ein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes weder ausdrücklich verlangt noch ausdrücklich festgestellt wurde. Vielmehr wurde sogar explizit darauf hingewiesen, dass mangels einer Regulierung das Verhältnis zum Kartellrecht offen bleibe und demnach das Kartellgesetz Anwendung finden könne (Votum SR SCHMID, AB 218, S. 829).⁴²⁴

459. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Gesetzgeber einen Grund für den Verzicht auf eine erweiterte Zugangsregulierung nach Art. 11c E-FMG darin sah, die Investitionstätigkeit in Randregionen nicht gefährden zu wollen (Votum SR JANIÄK, AB 2018, S. 826).⁴²⁵ Dies spreche laut Bundesgericht für die Position von Swisscom, dass das Anliegen des Gesetzgebers, die Investitionstätigkeit in Randregionen nicht zu gefährden, allenfalls unterlaufen werden könnte, soweit es möglich wäre, gestützt auf das Kartellgesetz einen bestimmten Zugang im Bereich des FTTH-Netzes vorzuschreiben.⁴²⁶ Jedoch bestehen nach Meinung des Bundesgerichts keine eindeutigen Hinweise für die Annahme, dass der Gesetzgeber durch den Verzicht, Art. 11c E-FMG ins Gesetz aufzunehmen, das Verhältnis zum Kartellrecht abschliessend regeln wollte.⁴²⁷ Insbesondere bestehen gemäss Bundesgericht in der summarischen Prüfung

zumindest keine eindeutigen Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einzuschränken.⁴²⁸

460. In einem ähnlich gelagerten Fall im Rahmen des Zugangs zum Elektrizitätsnetz hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob die Ablehnung des Energiemarktgesetzes durch das Volk dazu führen würde, dass das Kartellgesetz nicht zur Anwendung kommen würde.⁴²⁹ Das Parlament und der Bundesrat hatten damals – genauso wie das Parlament bei den Beratungen zur Revision des Fernmeldegesetzes – erkannt, dass die Ablehnung des Energiemarktgesetzes dazu führen könnte, dass die Bestimmungen des Kartellgesetzes zur Anwendung kommen könnten. Hieraus hat das Bundesgericht geschlossen, dass die Bürger daher davon ausgehen mussten, dass eine Ablehnung des Energiemarktgesetzes eine Öffnung des Energiemarktes nicht verhindern würde, und dass eine solche Öffnung unkontrolliert durch das Kartellgesetz erfolgen könnte.⁴³⁰ Das Bundesgericht hat daraus gefolgert, dass mit der Ablehnung des Energiemarktgesetzes die allgemeinen Bestimmungen des Kartellgesetzes Anwendung finden. Wörtlich hat das Bundesgericht ausgeführt: « *Le rejet de la loi sur le marché de l'électricité ne peut pas avoir pour conséquence que l'accès de tiers au réseau de transport et de distribution électrique d'un concurrent ne puisse pas être imposé sur la base du droit des cartels* ». Es hat damit die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes bejaht.⁴³¹

461. Neben der Tatsache, dass dem Gesetzgeber die Problemantik des Zusammenwirkens von Fernmelde- und Wettbewerbsrecht bekannt und in den parlamentarischen Debatten bewusst war (Votum SR SCHMID, AB 218, S. 829), hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, eine vorbehaltenen Vorschrift ins Fernmeldegesetz oder ins Kartellgesetz aufzunehmen. Der Gesetzgeber hat daher im Wissen darum, dass das Kartellgesetz zur Anwendung kommen könnte bzw. kommen würde, Art. 11c E-FMG abgelehnt und darauf verzichtet, eine vorbehaltenen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu erlassen. Zwar bestand die Befürchtung, dass aufgrund

⁴¹⁸ BGE 138 II 1 E. 4.2.

⁴¹⁹ Vgl. BSK ZGB I-HONSELL (Fn 415), Art. 1, N. 32.

⁴²⁰ Vgl. BGE, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 4.3, *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴²¹ BGE 137 II 199 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen, *Mobilfunk Terminierung*.

⁴²² BGE 137 II 199 E. 5.1, *Mobilfunk Terminierung*.

⁴²³ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 41, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴²⁴ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 46, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴²⁵ Vgl. BGE, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 5.4, *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴²⁶ Vgl. BGE, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 5.5.1, *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴²⁷ Vgl. BGE, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 5.5.2, *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴²⁸ Vgl. BGE, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 5.5.3, *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴²⁹ Vgl. BGE 129 II 507 E. 3, *EEF*.

⁴³⁰ Vgl. BGE 129 II 513 E. 3.2.6, *EEF*.

⁴³¹ Vgl. BGE 129 II 514 E. 3.2.6, *EEF*.

einer erweiterten Zugangsregulierung die Investitionstätigkeit in Randregionen gefährdet werden könnte. Hierbei ist zu beachten, dass die Regulierung durch den geplanten Art. 11c E-FMG neben einer Zugangs- auch eine Preisregulierung umfasst hätte, welche sich zwangsläufig auf die Wirtschaftlichkeit von Swisscom und damit auf die Investitionstätigkeit ausgewirkt hätte. Dies ist aber nicht der einzige Grund, weshalb der Gesetzgeber auf die Aufnahme von Art. 11c E-FMG verzichtet hat. Da der Bundesrat zum Zeitpunkt der Beratungen keinen Handlungsbedarf sah, wurden der Verzicht auf eine Regulierung auf Vorrat und die Notwendigkeit, die Thematik bei der legislativen Kompetenz des Parlaments zu belassen, als weitere Argumente angeführt (Votum NR BÜHLER, AB 2018 N 1692, Votum NR TÖNGI, AB 218 N 1693).

462. Zu beachten ist zudem, dass beim bisherigen Glasfaserausbau zwischen Swisscom und den EVU nach dem Vierfasermodell mit offenem Netzzugang für Dritte die technischen Voraussetzungen für Wettbewerb auf den Glasfasernetzen gegeben sind (vgl. Rz 2). Bezeichnend ist, dass Swisscom keinen Bedarf für eine Revision des FMG sah. Neben anderen Gründen, weil es heute keine Anzeichen gäbe, dass der Netzwettbewerb in absehbarer Zeit eingeschränkt und ein staatlicher Eingriff nötig würde.⁴³² Den Entscheid von Swisscom, künftig beim Glasfaserausbau auf eine P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang zu setzen und damit die Zugangsmöglichkeiten für Dritte einzuschränken, kommunizierte Swisscom am 6. Februar 2020. Entsprechend konnte der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Revision des Fernmeldegesetzes noch nicht voraussehen, dass die Netzbaustrategie dahingehend geändert werden würde, dass ein Layer 1-Zugang nicht mehr möglich sein würde.

463. Swisscom stellt sich in ihrer Stellungnahme wiederum auf den Standpunkt, dass es nicht zutrefte, dass im Bereich des Glasfaserbaus die Missbrauchsaufsicht durch das Kartellgesetz anwendbar sei.⁴³³ Dies versucht Swisscom aus der Tatsache abzuleiten, dass sich der Gesetzgeber gegen eine Regulierung des Glasfaserbaus und der Glasfaserregulierung ausgesprochen habe und ein entsprechender Entscheid der WEKO, welcher Zugang zum Glasfasernetz anordne, Art. 3a FMG missachte.⁴³⁴

464. Weiter bringt Swisscom die Rechtsprechung⁴³⁵ zum Urteil des Bundesgerichts in Sachen *Office Connex* vor.⁴³⁶ Das Urteil des Bundesgerichts in *Office Connex* hatte zum Gegenstand, dass sich die TDC Switzerland AG als Klägerin die Nutzung des spezifischen Swisscom-Produkts BBCS im Rahmen einer privatrechtlichen Kartellrechtsklage sichern wollte. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass weder das damalige Fernmeldegesetz noch das Kartellgesetz eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellen würden, um ein spezifisches Produkt von Swisscom einfordern zu können. Hiervon ist das vorliegende Verfahren zu unterscheiden, wenn es zu beurteilen gilt, ob das Verhalten von Swisscom, welches im Wesentlichen darin besteht, durch bauliche Massnahmen Dritten einen Zugang zu ihrer Glasfasernetzinfrastruktur zu verunmöglichen und damit zu verweigern, einen Kartellrechtsverstoss darstellt. Die vom Bundesgericht im Urteil in Sachen *Office Connex* entwickelte Rechtsprechung ist daher für die

Beurteilung des vorliegenden Verfahrens nicht einschlägig.

465. Ebenso unzutreffend ist, dass sich die WEKO gesetzgeberische Kompetenzen anmassen würde, wie dies Swisscom vorbringt.⁴³⁷ Swisscom zitiert den Berichterstatter der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (KVF-SR) wie folgt: «Die Variante, welche der Nationalrat und die Mehrheit unserer Kommission bevorzugen, sieht vor, dass der Bundesrat alle drei Jahre Bericht erstattet und dabei aufzeigt, wie gut der Markt spielt. Sollte dieser aus irgendwelchen Gründen plötzlich nicht mehr funktionieren, müsste der Bundesrat Vorschläge machen, wie der Wettbewerb wirksam gefördert werden kann». Hieraus leitet Swisscom ab, dass die WEKO im Bereich Glasfaser das Kartellgesetz nicht mehr anwenden dürfe, da sie sich ansonsten gesetzgeberische Kompetenzen anmassen würde. Eine solche Schlussfolgerung kann aus der Tatsache, dass Stände- und Nationalrat die Wettbewerbssituation beobachten wollten, bevor sie regulierend eingreifen würden, nicht gezogen werden. Daher kann Swisscom aus ihren Vorbringen nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

466. In einer Gesamtbetrachtung der parlamentarischen Diskussionen (vgl. Abschnitt A.3.4.2) ist also in der Nichtaufnahme einer vorbehaltenen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in das Fernmeldegesetz oder das Kartellgesetz von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers und nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit (also einer echten Gesetzeslücke) auszugehen. Damit kann aus den parlamentarischen Diskussionen keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG abgeleitet werden, welche die Anwendung des Kartellgesetzes auf die vorliegend zu beurteilende Verhaltensweise einschränken würde. Auch der Verweis auf den *Office Connex*-Entscheid des Bundesgerichts ist aufgrund der unterschiedlichen Sach- und Rechtslage vorliegend nicht einschlägig. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es dementsprechend keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Das Kartellgesetz ist damit uneingeschränkt anwendbar.

B.5 Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens

467. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.⁴³⁸

⁴³² Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 7.9.2017, Ausbau der Regulierung fördert digitalen Stadt-Land-Graben, <www.swisscom.ch/de/about/news/2017/09/20170907-ausbau-der-regulierung-foerdert-digitalen-stadt-land-graben.html> (2.3.2023).

⁴³³ Vgl. act. 1025, Rz 166 f.

⁴³⁴ Vgl. act. 1025, Rz 168 ff. und Rz 183 ff.

⁴³⁵ Vgl. act. 1025, Rz 172 ff.

⁴³⁶ BGer, 4C.404/2006 vom 16.2.2007, *Office Connex*.

⁴³⁷ Vgl. act. 1025, Rz 179 ff.

⁴³⁸ Vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*.

B.5.1 Marktbeherrschende Stellung

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

469. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen. Marktbeherrschung kann insbesondere auch bei einem Unternehmen vorliegen, das im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügt, oder bei einem Unternehmen, von welchem andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind.⁴³⁹ Wirksamer Wettbewerb steht im vorliegenden Zusammenhang für ein Wettbewerbsverständnis, das in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist.⁴⁴⁰ Wettbewerb ist in dieser Sicht ein vielgestaltiger, dynamischer Prozess, und Wettbewerbspolitik hat (hauptsächlich) sicherzustellen, dass die vom Wettbewerb allgemein erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt werden. Das heisst, dass diese Funktionen nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen (und auch dysfunktionale staatliche Regulierungen) grundlegend beeinträchtigt werden. Wirksamer Wettbewerb soll m.a.W. die in einem Markt handelnden Unternehmen immer wieder zwingen bzw. anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Sind diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört, so kann der Wettbewerb als «wirksam» bezeichnet werden.⁴⁴¹ Das im Konzept des wirksamen Wettbewerbs zum Ausdruck kommende Wettbewerbsverständnis lehnt jeden strukturellen Determinismus ab, wonach aufgrund statischer Strukturmerkmale (Anzahl Firmen, Konzentration der Marktanteile, etc.) zwingend auf bestimmte Verhaltensweisen oder Wettbewerbsergebnisse zu schliessen wäre. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die bislang im Sinne eines Beurteilungsrahmens verwendeten Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien überflüssig geworden wären. Vielmehr sind zur Beurteilung des wirksamen Wettbewerbs sowohl Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien massgeblich.⁴⁴² Hierbei ist zu beachten, dass Marktstrukturdaten in der Regel die Rahmenbedingungen beschreiben, in welchen sich die Marktteilnehmer bewegen, und welche es ihnen ermöglichen, mit anderen Marktteilnehmern in Wettbewerb zu treten oder aber durch ihr Verhalten wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen.

470. Swisscom wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.5.1.1 Relevante Märkte

471. Allgemein wird ein Markt als das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage definiert. Von der Angebotsseite her betrachtet umfasst der Markt sämtliche Nachfrager nach einem bestimmten Produkt oder einer bestimmten Dienstleistung, die in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht dem jeweiligen Angebot gegenüberstehen. Von der Nachfrageseite her betrachtet umfasst der Markt sämtliche Anbieter, die bestimmte Produkte oder Dienstleistungen in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht anbieten, um eine bestimmte Nachfrage zu befriedigen.

472. Bei der Marktabgrenzung ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU⁴⁴³, der hier analog anzuwenden ist). Die von der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise von Swisscom im Rahmen des Ausbaus ihres Glasfasernetzes betroffene Marktgegenseite sind FDA ohne eigene physische Netzwerkinfrastruktur, welche den Zugang zu einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur bzw. einem Glasfasernetz nachfragen, um eigene Dienstleistungen auf den Vorleistungsmärkten und den Endkundenmärkten anbieten zu können. Daher ist die Marktabgrenzung nachfrageorientiert aus Sicht der FDA vorzunehmen. Als vertikal integriertes Unternehmen ist Swisscom gleichzeitig auch auf den nachgelagerten Endkundenmärkten tätig und steht mit der Marktgegenseite auf diesen Märkten in direktem Wettbewerb. Die Verhaltensweise von Swisscom hat deshalb auch Auswirkungen auf die nachgelagerten Märkte. Um die Wettbewerbswirkungen beurteilen zu können, sind daher auch die nachgelagerten Märkte abzugrenzen.

473. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO Märkte für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur sowie Vorleistungsmärkte und Endkundenmärkte für Breitbandinternet und Breitbandanbindungen abgegrenzt.⁴⁴⁴ Grundlage, um auf diesen Märkten auf der Anbieterseite tätig zu werden, ist eine eigene physische Netzwerkinfrastruktur oder der Zugang zu einer solchen.

474. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass der sachlich relevante Markt im Antrag zu eng abgegrenzt sei.⁴⁴⁵ Vielmehr müsste der relevante Markt neben einem Layer 1-Zugang zur Infrastruktur der Swisscom zusätzlich auch die Koaxial- und HFC-Netze der Kabelnetzbetreiberinnen, Layer 2 und Layer 3-Angebote sowie den physischen Zugang zum Schacht («T-ALO») umfassen.⁴⁴⁶

⁴³⁹ Vgl. Botschaft zum KG 2003, BBl 2002 2045.

⁴⁴⁰ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 512 ff.

⁴⁴¹ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 512.

⁴⁴² Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 513.

⁴⁴³ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

⁴⁴⁴ RPW 2016/1, 303 ff. S. 174 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁴⁴⁵ Vgl. act. 1025, Rz 220 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. act. 1025, Rz 192 ff., 209 ff. und 216 ff.

475. Damit würde der sachlich relevante Markt gemäss Swisscom so gut wie sämtliche in der Schweiz angebotenen Vorleistungsprodukte im Bereich Breitbanddatenübertragung als auch die Endkundenprodukte der Kabelnetzbetreiberinnen umfassen. Eine solche Marktabgrenzung widerspricht der gängigen Praxis der Wettbewerbsbehörden und Gerichte der letzten Jahrzehnte und ist, wie nachfolgend ausgeführt, abzulehnen.

476. Weiter bringt Swisscom vor, dass für die Substituierbarkeit von Vorleistungsprodukten allein die Wettbewerbsfähigkeit auf dem Endkundenmarkt relevant sei.⁴⁴⁷ Die für die Marktabgrenzung entscheidende Frage sei daher, ob ein Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz der Swisscom Voraussetzung sei, um als FDA wirksam auf den Endkundenmärkten zu konkurrieren. Swisscom verneint dies.

477. Hierzu ist anzumerken, dass, wie vorgängig aufgezeigt, die Handlungsmöglichkeiten im Markt einer FDA ohne Layer 1-Zugang weitgehend eingeschränkt sind (vgl. Rz 122 ff.) und eine FDA, die lediglich Layer 2- und Layer 3-Produkte nachfragen kann, nur noch als Wiederverkäuferin von Dienstleistungen, die von Swisscom erbracht werden, im Markt auftreten kann. Die existierenden Zugangsmöglichkeiten zum Glasfasernetz haben einen entscheidenden Einfluss auf die den nachfragenden FDA zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen im Markt und damit auf die Wettbewerbsparameter, auf welche die FDA letztlich Einfluss nehmen kann. Die Einschätzung von Swisscom, dass verschiedene substituierbare Produkte zu einem Zugang zur physischen Netzinfrastruktur existierten, die in die Marktabgrenzung einbezogen werden müssten und von denen grosser Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausgehen würde⁴⁴⁸, ist abzulehnen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

B.5.1.1.1 Märkte für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

478. Auf den Märkten für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur (Layer 1) mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten treffen anbieterseitig ein oder mehrere Betreiberinnen einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur und nachfragerseitig Nachfrager nach einem physischen Zugang zu einer solchen Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufeinander. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist der Zugang zu einzelnen Glasfasern der physischen Glasfasernetzwerkinfrastruktur ab einer Anschlusszentrale, um gegenüber einem oder mehreren bestimmten Endkunden Fernmeldedienste über diese Netzwerkinfrastruktur zu erbringen. In der Schweiz verfügen Swisscom, ihre Kooperationspartner sowie weitere regionale Netzbetreiber über eine solche Glasfasernetzwerkinfrastruktur. Hierbei bestehen regionale Unterschiede. Es existieren sowohl Gebiete, in denen Swisscom oder ein Dritter alleine bauen, als auch Gebiete, in denen Swisscom in Kooperation mit einem Dritten baut oder Swisscom und ein Dritter jeweils separat eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur betreiben. Ausgehend vom Geschäftsmodell der nachfragenden FDA, welche gegenüber Endkunden und/oder gegenüber alternativen nachfragenden FDA Fernmeldedienste erbringen, stellt sich die Frage, welche Substitutionsmöglichkeiten zum Zugang zur physischen Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur

Verfügung stehen. Hierbei ist in sachlicher und räumlicher Hinsicht zwischen den jeweils angebotenen Zugangsmöglichkeiten zu unterscheiden. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird für die Marktabgrenzung von der jeweiligen Situation bei den einzelnen Teilnehmeranschlüssen in der entsprechenden Nutzungseinheit ausgegangen. Gleichartige Situationen werden dabei jeweils zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst.

B.5.1.1.1.1 Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht

479. Die Marktabgrenzung erfolgt aus Sicht der Marktgegenseite. Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung ist daher der Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur zwischen einer Anschlusszentrale und dem Teilnehmeranschluss bzw. der OTO-Dose (FTTH-Netz). In den Vorleistungsmärkten stellen die Nachfrager nach einem Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur von Swisscom die Marktgegenseite von Swisscom dar. Typische Nachfrager sind FDA wie Sunrise, Salt, Init7, Solnet oder die Internet Group. Aus ihrer Sicht beurteilt sich, ob angemessene Substitute bestehen, die auf eine Erweiterung des Marktes schliessen lassen würden.

B.5.1.1.1.1 Koaxial- und HFC-Kabelnetze

480. Koaxial- und HFC-Kabelnetze werden grundsätzlich in einer Baumstruktur errichtet und wurden ursprünglich für die Übertragung von TV-Signalen konzipiert.⁴⁴⁹ Dementsprechend sind diese Netze nicht darauf ausgelegt, alternativen FDA einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur zu gewähren. Ein Layer 1-Zugang ist daher auf Koaxial- und HFC-Kabelnetzen aus technischer Sicht nicht möglich. Gleichzeitig setzen die Kabelnetzbetreiberinnen beim Ausbau ihrer Netzinfrastruktur und der Erschliessung von Neubauten vermehrt auf FTTH.⁴⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist zudem zu beachten, dass die HFC-Netzwerkinfrastruktur ein «Shared Medium» ist und es hinsichtlich der Kapazitätsauslastung der HFC-Netzwerkinfrastruktur trotz nominal sehr hohen angebotenen Bandbreiten durchaus zu Engpässen kommen kann (vgl. hinsichtlich des neuen Übertragungsstandards DOCSIS 4.0 die Ausführungen unter Rz 729 ff.).⁴⁵¹

481. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO dementsprechend die Koaxial- und HFC-Kabelnetze beim Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht berücksichtigt.⁴⁵² Das Bundesverwaltungsgericht hat

⁴⁴⁷ Vgl. act. 1025, Rz 195.

⁴⁴⁸ Vgl. act. 1025, Rz 195.

⁴⁴⁹ Vgl. <www.elektronik-kompodium.de/sites/kom/1510061.htm> (7.7.2023).

⁴⁵⁰ Vgl. etwa die Gemeinschafts-Antennenanlage Ossingen GAO zur Konkurrenzfähigkeit der Kabelnetztechnologie, Antwort auf Frage 5, <www.gao.ch/konkurrenzfaehigkeit-der-kabelnetztechnologie/> oder das Interview mit dem CEO von Sunrise vom 14.10.2022, <www.netzwoche.ch/news/2022-10-14/andre-krause-ueber-seine-plaene-im-kmu-geschaefte-und-die-zukunft-von-5g> (12.6.2023).

⁴⁵¹ Vgl. RPW 2021/1, 243 Rz 115 ff., *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁴⁵² Vgl. RPW 2021/1, 245 Rz 127, *Netzbaustrategie Swisscom*.

dies bestätigt und festgehalten, dass bei Kupferkabelnetzen aufgrund ihrer Leistungsfähigkeit und bei Koaxial- und HFC-Kabelnetzen aufgrund ihrer anders gearteten Netzarchitektur und den sich daraus ergebenden Bereitstellungs- und Nutzungsmöglichkeiten die Gleichwertigkeit mit Glasfasernetzen nicht in ausreichender Weise gegeben ist, um von einer Substituierbarkeit von Layer 1-Produkten auszugehen.⁴⁵³

482. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass das Netz der Kabelnetzbetreiberinnen Endkunden für lange Zeit die höchsten Bandbreiten geboten habe und erst in der jüngeren Vergangenheit mit Glasfasernetzen eine konkurrenzfähige Alternative zum Kabelnetz geschaffen worden sei.⁴⁵⁴ Auch würden die Kabelnetzbetreiberinnen ihr HFC-Netz immer weiter in Richtung FTTH-Netz mit einer P2MP-Topologie ausbauen.⁴⁵⁵ Zudem ist Swisscom der Meinung, dass FDA, die selbst Kabelnetzbetreiberinnen seien, einen physischen Zugang zum Glasfasernetz der Swisscom problemlos mit ihren eigenen Netzen substituieren könnten, um wirksam auf dem Endkundenmarkt zu konkurrieren.⁴⁵⁶ So habe Sunrise beispielsweise seit der Fusion mit UPC rund [0-100'000] Glasfaser-Anschlüsse vom Netz der Swisscom auf ihr eigenes HFC-Netz migriert.

483. Die Vorbringen von Swisscom zeigen nicht auf, dass aktuellen und künftigen Nachfragern nach einem Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur (Layer 1) von Swisscom ein entsprechendes Angebot der Kabelnetzbetreiberinnen zur Verfügung stehen würde. Vielmehr bringt Swisscom im Wesentlichen vor, dass von den Kabelnetzbetreiberinnen Wettbewerbsdruck ausgehen würde, der zu berücksichtigen sei. Hierauf wird nachfolgend in Abschnitt B.5.1.2.1.4 eingegangen.

484. Allein die Tatsache, dass Sunrise nach dem Zusammenschluss mit UPC einen Teil seiner Kunden auf die neu erworbene Kabelnetzinfrastruktur migrierte, ist kein Beleg dafür, dass Nachfragern nach einem Layer 1-Zugang eine Alternative zum Glasfasernetz von Swisscom zur Verfügung stehen würde. Zudem macht Sunrise in diesem Zusammenhang geltend, dass sie [...] habe. Diese Verpflichtung werde vor allem durch die Migration der Swisscom Layer 3-Glasfaseranschlüsse (also die nachgefragten BBSC-Angebote von Swisscom) erreicht, aber auch durch die Aufschaltung von Neukunden. Insgesamt nehme daher das Volumen an Layer 3-Anschlüssen ab, während das Volumen an Layer 1-Anschlüssen deutlich zunehme.⁴⁵⁷ Mit anderen Worten steigt die Nachfrage nach Layer 1-Anschlüssen von Sunrise und es ist insgesamt von einer Migration von Layer 3-Anschlüssen auf Layer 1-Anschlüsse auszugehen. Die vorgebrachten Argumente von Swisscom ändern daher nichts an der oben gemachten Einschätzung, dass die Kabelnetzbetreiberinnen keine Alternative zu einem Layer 1-Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom darstellen.

485. Im Zusammenhang mit den Ausbauplänen der Kabelnetzbetreiberinnen, ihre HFC-Netze zu FTTH-Netzen umzubauen, gelangt die von Swisscom zitierte Studie des Beratungsunternehmens EVU Partners⁴⁵⁸ zum Schluss, dass sich künftig bei den FTTH-Netzen der Kabelnetzbetreiberinnen eine klare Präferenz zur P2P-Netzarchitektur abzeichne, wobei aber weiterhin FTTH-

Netze in der P2MP-Netzarchitektur im Einsatz sein würden. Konkret werde die P2P-Netzarchitektur in fünf Jahren von 80 % der Netzbetreiberinnen eingesetzt. Bei den reinen FTTH-Netzbetreiberinnen fände eine klare Positionierung zur P2P-Netzarchitektur statt und die Anzahl der Netzbetreiberinnen, welche beide Netzarchitekturen im Einsatz hätten, würde massiv zurückgehen.⁴⁵⁹ Demnach setzen auch die Kabelnetzbetreiberinnen beim Ausbau ihrer HFC-Netze zu FTTH-Netzen vermehrt auf eine P2P-Netzarchitektur.

B.5.1.1.1.2 Layer 1-Produkte alternativer Netzbetreiber

486. Auf der in Kooperation zwischen Swisscom und EVU nach dem Vierfasermodell (P2P-Netzinfrastuktur) gebauten Glasfasernetzinfrastruktur wird im Markt die Überlassung einer unbeleuchteten Glasfaserleitung von Swisscom unter dem Namen «Access Line Optical» («ALO») bzw. von den EVU unter dem Namen «Fibre Local Loop» («FLL») angeboten.⁴⁶⁰ «ALO» ermöglicht in einer Anschlusszentrale von Swisscom eine Anbindung zu einem Glasfaseranschluss zur Nutzung des gesamten Farbfrequenzspektrums.

487. Ausgehend vom «ALO»-Angebot von Swisscom stellt sich die Frage, ob der sachlich relevante Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastuktur um das von den EVU angebotene Layer 1-Netzzugangsprodukt «FLL» zu erweitern ist. Soweit ein solches «FLL»-Angebot von alternativen Netzbetreibern in einer für alternative FDA nutzbaren Form zur Verfügung steht, kann dieses grundsätzlich als Alternative angesehen werden. Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass sowohl Init7⁴⁶¹ als auch Salt⁴⁶² solche Layer 1-Angebote von alternativen Netzbetreibern nachfragen, um den gewünschten Teilnehmeranschluss bzw. die OTO-Dose zu erreichen, soweit diese Angebote in räumlicher Hinsicht zur Verfügung stehen. Exemplarisch dafür kann das von Swisscom und der EVU IWB in Kooperation gebaute Basler Glasfasernetz betrachtet werden, auf dem zusätzlich die Anbieterinnen Colt, GIB Solutions, Init7, Salt, Solnet, Sunrise bzw. Yallo und VTX mit eigenen Dienstleistungen für Endkunden vertreten sind.⁴⁶³

⁴⁵³ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz. 231, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁴⁵⁴ Vgl. act. 1025, Rz 196 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. act. 1025, Rz 198.

⁴⁵⁶ Vgl. act. 1025, Rz 203.

⁴⁵⁷ Vgl. act. 717, S. 4.

⁴⁵⁸ Vgl. act. 1025, Rz 199.

⁴⁵⁹ Vgl. EVU Partners, *Telekommarkt Schweiz 2023 – Marktstudie zur Erwartungshaltung der alternativen Telekomnetzanbieter*, S.4 und 10 f., <www.evupartners.ch/de/blog/telekommarkt-schweiz-2023> (15.1.2024).

⁴⁶⁰ Vgl. <www.swisscom.ch/de/business/wholesale/angebot/anschluesse/access-line-optical.html> (13.11.2020).

⁴⁶¹ Vgl. act. 135, S. 2.

⁴⁶² Vgl. act. 159, S. 3.

⁴⁶³ Vgl. <www.glasfasernetz-basel.ch/glasfasernetz/anbieter/uebersicht.html> (7.7.2023).

B.5.1.1.1.1.3 Farbentbündelung

488. Zumindest als theoretische technische Alternative zum physischen Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur wäre der physische Zugang zur Nutzung eines Teils des Farbfrequenzspektrums bzw. mittels Farbentbündelung denkbar (vgl. Rz 150 f.). Im Rahmen eines Markttests wurde diese mögliche Alternative zu einem physischen Layer 1-Zugang analysiert (vgl. Abschnitte A.2.3.2 und A.2.3.3). Hierbei wurde festgestellt, dass die Technologie nicht marktreif ist und daher von nachfragenden FDA nicht zur Erbringung von Fernmeldedienstleistungen gegenüber Endkunden eingesetzt werden kann (vgl. Rz 117 ff. und 150 f.). Zudem weist das von Swisscom entwickelte und auf der Farbentbündelung basierende Vorleistungsprodukt «C-ALO» das Risiko einer Benachteiligung der Marktgegenseite auf. Diese Benachteiligung zeigt sich darin, dass nur der NG-PON2 Standard zur Übertragung genutzt werden kann. In der Schweiz wird aber auf P2MP-Netzinfrastrukturen von den meisten FDA der XGS-PON Standard verwendet. Das Angebot «C-ALO» von Swisscom wurde aufgrund fehlender Nachfrage wieder vom Markt genommen (vgl. Rz 152 ff.).

489. Folglich ist der relevante Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten zum jetzigen Zeitpunkt nicht um mögliche Produkte der Farbentbündelung zu erweitern.

B.5.1.1.1.1.4 Layer 2- und Layer 3-Angebote

490. Hinsichtlich einer möglichen Erweiterung des Marktes auf Layer 2- und Layer 3-Zugangsformen hat die WEKO die Marktverhältnisse bereits in der Vergangenheit untersucht und regelmässig festgestellt, dass der Zugang zur Infrastruktur (Layer 1-Zugang) und damit die Verfügungsmöglichkeiten bzw. die Freiheitsgrade hinsichtlich der Ausgestaltung der über die Glasfasernetzwerkinfrastruktur zu erbringenden Dienstleistungen nicht mit Layer 2- oder Layer 3-Angeboten vergleichbar ist.⁴⁶⁴ So unterscheiden sich insbesondere die technischen Möglichkeiten der Angebotsgestaltung und die Kostenstrukturen für die Nutzung eines Layer 2- oder Layer 3-Angebots im Vergleich zu einem Layer 1-Angebot stark.⁴⁶⁵ Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass über Koaxial- und HFC-Kabelnetze bauartbedingt kein Layer 1-Zugang gewährt werden kann (vgl. Rz 480 f.). Allenfalls können unter gewissen Umständen über HFC-Kabelnetze Layer 2 und Layer 3-Zugänge gewährt werden.

491. Wie bereits ausgeführt, steht alternativen FDA bei einem Layer 2- oder Layer 3-Zugang lediglich das Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin» zur Verfügung (vgl. Rz 122). Damit sind Nachfrager nach einem Layer 1-Zugang, wenn sie gezwungen sind, auf einen Layer 2- oder Layer 3-Zugang auszuweichen, in ihren wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt, da ihnen die Geschäftsmodelle «integrierte Endkundenanbieterin» und «Vorleistungsanbieterin» nicht zur Verfügung stehen. Hinzu kommt, dass sich Swisscom das Recht vorbehält, für das Layer 3-Produkt BBSC auf Glasfaser künftig geografisch differenzierte Preise einzuführen.⁴⁶⁶

492. Dass die früheren Marktabgrenzungen weiterhin Bestand haben, zeigen auch die beträchtlichen Unterschiede bei den Preisen für höhere Bandbreiten zwischen dem «ALO»-Angebot (Layer 1) und dem BBSC-Angebot (Layer 3) von Swisscom. Kostet das «ALO»-Angebot aktuell monatlich CHF 24, so sind für das BBSC-Angebot mit symmetrischen Bandbreiten von 1 Gbit/s CHF 32 und mit Bandbreiten von 10 Gbit/s CHF 33 zu bezahlen.⁴⁶⁷ Bei Ankündigung der Netzbaustategie 2025 Anfangs 2020 lagen die Preise für das BBSC-Angebot mit CHF 35 für symmetrische Bandbreiten von 1 Gbit/s und insbesondere mit CHF 46 bei Bandbreiten von 10 Gbit/s bedeutend höher.⁴⁶⁸ Wichtig zu betonen ist hierbei, dass eine alternative FDA bei einem Layer 1-Zugang die vollständige Kontrolle über die jeweils genutzte Glasfaserleitung zu einem fixen monatlichen Preis hat. Die Nachfragerin eines Layer 1-Angebots kann damit die zu erbringenden Dienstleistungen und damit auch die hierdurch generierbaren Erträge wesentlich beeinflussen. Dies bedeutet, dass eine FDA mit hochwertigeren Dienstleistungen bei gleichen Mietkosten für die Glasfaserleitung auch höhere Erträge generieren kann, was sich direkt auf die Höhe der Marge auswirkt. Bei Layer 2- oder Layer 3-Zugängen verlangt die anbietende Netzbetreiberin in der Regel für hochwertigere Dienstleistungen höhere Preise, so dass sich die gegenüber den Endkunden zu erbringenden Dienstleistungen mit höheren Bandbreiten nicht notwendigerweise bzw. nicht in gleicher Weise in einer vorteilhaften Marge niederschlagen. Mit einem Layer 1-Zugang können sie hingegen die gewünschte Übertragungstechnologie selbst wählen und so hochwertigere Dienstleistungen anbieten. Beispielsweise bietet Init7 unter Nutzung der Ethernet-Technologie heute garantierte Bandbreiten von bis zu 25 Gbit/s an⁴⁶⁹, während Swisscom aktuell die XGS-PON Technologie verwendet, die nur geteilte Bandbreiten von bis zu 10 Gbit/s bietet.

493. Hinsichtlich des Zugangs zur Infrastruktur betont Swisscom in einer Medienmitteilung von 2008, dass Netzbetreiber bei einer eigenen Infrastruktur verschiedene Technologien einsetzen würden. Welche Dienste und welche Netzqualität später angeboten werden könnten, hänge stark von der Wahl der eingesetzten Technologien ab. Nur wenn die Betreiberinnen das gesamte

⁴⁶⁴ RPW 2016/1, 174 f. Rz 303 ff.; *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁴⁶⁵ Vgl. etwa RPW 2016/1, 173 Rz 299 ff. und Rz 305, *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2020/2, 775 Rz 153 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

⁴⁶⁶ Vgl. *Broadband Connectivity Services – Handbuch Preise*, Version 1-28, gültig ab 1.10.2022, 2.1 Abs. 3.

⁴⁶⁷ Vgl. <www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/de/ws/documents/D_ALO-Dokumente/d_alo_handbuch-preisev2-5--gueltig-ab-01-10-2022-.pdf>, <www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/de/ws/documents/D_BBSC-Dokumente/d_bbcs_handbuch-preisev1-29--gueltig-ab-01-10-2022-.pdf> (5.12.2022).

⁴⁶⁸ Vgl. *Broadband Connectivity Services – Handbuch Preise*, Version 1-25, gültig ab 1.12.2019.

⁴⁶⁹ Vgl. <www.init7.net/de/internet/fiber7/> (22.3.2023).

Netzwerk von den Zentralen bis zum Endkundengerät überwachen und steuern würden, könnten sie sich auf dem Markt hinsichtlich Service, Qualität und technologischer Innovation differenzieren.⁴⁷⁰ Weiter hat Swisscom in der Vergangenheit keine Layer 2- oder Layer 3-Vorleistungsprodukte von EVU nachgefragt, die eine Glasfasernetzinfrastruktur errichtet haben. Vielmehr ist Swisscom mit diesen entweder eine Kooperation eingegangen oder hat eine eigene Glasfasernetzinfrastruktur errichtet, um sich so den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur zu sichern.⁴⁷¹ Dies zeigt sich auch im Verhalten von Swisscom während Kooperationsverhandlungen. So bringt Swisscom beispielsweise [...] ⁴⁷² folgenden vor:⁴⁷³

- **«Infrastrukturen und Investitionen:** Swisscom besitzt schweizweit Infrastrukturen, in deren Ausbau das Unternehmen in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten hohe Investitionen getätigt hat – seien dies Tiefbauanlagen wie Kabelkanalisationen, Swisscom Anschlusszentralen, in denen sich auch Wettbewerber einmieten, oder bereits mit Glasfaser ausgebaute Teilabschnitte. Es ist aus unternehmerischer Sicht unmöglich, diese Investitionen und Infrastrukturen, sei es auch nur überregional, abzuschreiben.
- **Abhängigkeit:** Sich in ein Drittnetz einzukaufen, drängt Swisscom in eine langfristige und einseitige Abhängigkeit, in der wir beispielsweise hinsichtlich eigener Qualitätsstandards oder Technologieinnovationen stark eingeschränkt wären.
- [...]

494. Damit erachtet auch Swisscom einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur als unumgänglich. Folglich ist auch für Swisscom ein Layer 2- oder Layer 3-Zugang nicht als Substitut für einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur anzusehen. Dies gilt ebenso für alternative FDA, welche ohne einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1-Zugang) lediglich die Vorgaben hinsichtlich Service, Qualität und technologischer Innovation des Anbieters eines Layer 2- bzw. Layer 3-Zugangs übernehmen können (Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin» vgl. Abbildung 8).

495. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde zudem unter dem Begriff «FANS» oder «V-ALO» eine Variante eines Layer 2-Zugangs als mögliches Substitut für einen Layer 1-Zugang diskutiert. Diese Variante des Layer 2-Zugangs ermöglicht, dass die Nachfragerin nach einem solchen Vorleistungsprodukt einen Grossteil der wesentlichen Parameter des Layer 2-Zugangs (z.B. Bandbreite, Priorisierung, etc.) selbst konfigurieren kann und ihr nicht nur die von der Layer 2-Anbieterin in der Regel vorgegebenen Nutzungsprofile zur Auswahl stehen. Hierbei ist die Nachfragerin nach einem solchen Layer 2-Zugang allerdings nach wie vor auf die darunterliegende Netzinfrastruktur, die darauf eingesetzte Übertragungstechnologie sowie auf die von der jeweiligen Layer 2-Anbieterin eingesetzten Sendegeräte und zugelassenen Empfangsgeräte angewiesen. Dies hat zur Folge, dass ausser den mit «FANS» oder «V-ALO» selbst konfigurierbaren Nutzungseinstellungen keine weiteren Vorteile gegenüber bereits bestehenden Layer 2-Angeboten ersichtlich sind.

496. Wie Swisscom in ihrer Medienmitteilung von 2008 richtigerweise feststellt, erlaubt gemäss heutigem Stand der Technik einzig der physische Zugang zur unbeleuchteten Glasfaser, dass FDA eigene Technologien implementieren können, indem sie die aktiven Komponenten wie Router, Switches, Transceiver, Transponder, etc. selbst wählen. Damit kann der Wettbewerb zwischen den Nachfragerinnen nach einem Zugang zur physischen Glasfasernetzwerkinfrastruktur auch auf der Technologieebene spielen und gegebenenfalls zu einer schnelleren Einführung von neuen Technologien führen. So war es denn auch Salt – eine FDA ohne eigenes FTTH-Netz – welche im Jahr 2018 als erste auf die XGS-PON Technologie setzte und ein Glasfaserangebot mit Datenraten von 10 Gbit/s einführte.⁴⁷⁴

497. Seit Mai 2021 bietet Init7 für Privat- und Geschäftskunden auf den FTTH-Netzen das Breitbandangebot «Fiber7-X2» mit symmetrischen Bandbreiten von 25 Gbit/s an.⁴⁷⁵ Diese Angebote kann Init7 nur anbieten, soweit sie über einen Layer 1-Zugang verfügt. Init7 wäre es nicht möglich, ein solches Angebot über einen Layer 2- oder Layer 3-Zugang basierend auf einem Glasfasernetz mit P2MP-Netzarchitektur anzubieten, da beispielsweise Swisscom als Netzbetreiberin die hierfür notwendigen Vorleistungsdienstleistungen mit garantierten symmetrischen Bandbreiten von 25 Gbit/s nicht anbietet.

498. Swisscom geht in ihrer Stellungnahme von einer Substituierbarkeit von einem Layer 1-Zugang durch Layer 2- und Layer 3-Zugangsformen aus und fordert, dass der Markt entsprechend zu erweitern sei. Swisscom begründet dies im Wesentlichen damit, dass es so gut wie keine Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang gebe. Gemäss den von ihr eingereichten Informationen würden in Gebieten, in denen FDA heute nur das Layer 1-Angebot von Swisscom zur Verfügung stehe, [90-100] % der angebotenen Layer 1-Zugänge nicht genutzt.⁴⁷⁶ Zudem würde in rund [90-100] % der Gemeinden, in denen sowohl das «ALO»-Produkt (Layer 1) als auch das BBSCS (Layer 3) zur Verfügung stünden, von den FDA ausschliesslich oder mehrheitlich BBSCS eingesetzt. Damit sei BBSCS die dominierende Technologie, wenn Swisscom Layer 1 («ALO») anbiete, weshalb BBSCS (Layer 3) klarerweise ein Substitut für einen Layer 1-Zugang sei.

⁴⁷⁰ Vgl. Medienmitteilung Swisscom vom 9. Dezember 2008, <www.swisscom.ch/de/about/news/2008/12/20081209_01_Mit_fibre_suisse_in_die_Glasfaserzukunft.html> (23.11.2020); Swisscom hat im Laufe des Verfahrens Medienmitteilungen, die älter als 10 Jahre sind, vom Netz genommen; der Inhalt der Präsentation und des Mediengesprächs kann aber noch unter dem folgenden Link abgerufen werden: <de.readkong.com/page/mediengesprach-mit-fibre-suisse-in-die-glasfaserzukunft-6502787?p=3> (13.7.2023).

⁴⁷¹ Vgl. act. V23, Rz 21 f. bezüglich des Glasfaserausbaus in der Gemeinde Sissach (BL), wo Swisscom plant, ein paralleles Glasfasernetz zu bauen.

⁴⁷² [...]

⁴⁷³ Vgl. act. 974, [...].

⁴⁷⁴ Vgl. Medienmitteilungen vom 20. März 2018 von Salt, <www.salt.ch/sites/default/files/2020-08/1_20mars_2018_Salt_SaltFiberSummary_DE.pdf>; <fiber.salt.ch/en/home/equipment/fiber-box> (10.11.2020).

⁴⁷⁵ Vgl. <www.init7.net/de/internet/warum-init7/> (24.3.2023).

⁴⁷⁶ Vgl. act. 1025, Rz 105 ff. und 210.

499. Swisscom versucht aktenwidrig graphisch zu untermauern, dass in nur [0-10] % der Gemeinden ausschliesslich oder mehrheitlich «ALO» und in [90-100] % der Gemeinden ausschliesslich oder mehrheitlich BBCS verwendet wird.⁴⁷⁷ Hingegen lässt sich aus den Tabellen der Stellungnahme von Swisscom ableiten, dass in den [0-1'000] Gemeinden für [0-100'000] Glasfaseranschlüsse bzw. [60-70] % das Layer 3-Produkt BBCS und für [0-100'000] Glasfaseranschlüsse bzw. [30-40] % das Layer 1-Produkt «ALO» nachgefragt wird. Hierbei ist zu beachten, dass diese Zahlen zudem noch dadurch verfälscht werden, dass in einigen Gemeinden bzw. den entsprechenden Anschlussnetzen ein Teil des Glasfaserausbaus in einer P2MP-Netzarchitektur erfolgt ist und daher kein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur nachgefragt werden kann, weshalb der aufgeführte Vergleich eine zu hohe Anzahl an BBCS-Anschlüssen berücksichtigt. Die eingereichten Zahlen zeigen entgegen den irreführenden Darstellungen von Swisscom gerade auf, dass für einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur in der Schweiz eine erhebliche und in Zukunft weiter ansteigende Nachfrage besteht (vgl. diesbezüglich auch die Ausführungen in Abschnitt A.3.8). Die Folgerung, dass BBCS die dominierende Technologie und klarerweise ein Substitut für einen Layer 1-Zugang sei, lässt sich aus den von Swisscom eingereichten Tabellen nicht ableiten. Die Vorbringen von Swisscom bleiben unbelegte Parteibehauptungen und sind damit unbeachtlich.

500. Weiter bringt Swisscom vor, dass FDA den Endkunden durch den Bezug des Vorleistungsproduktes BBCS ein Endkundenprodukt anbieten könnten, welches die heute durchschnittlich nachgefragte Bandbreite von rund 5 Mbit/s (gemeint sind wohl 80 Mbit/s) um ein Vielfaches übertreffe.⁴⁷⁸ Dies mag für FDA zutreffen, welche als reine Wiederverkäufer von Datenübertragungsdienstleistungen am Markt auftreten. Die vorgängigen Ausführungen zeigen jedoch eindeutig auf, dass dies für FDA wie Sunrise, Salt, Init7, Solnet, etc. aufgrund der beschriebenen Einschränkungen und Abhängigkeiten eines Layer 3-Zugangs gegenüber einem Layer 1-Zugangs nicht zutrifft. Dieses Vorbringen ist deshalb vorliegend nicht stichhaltig.

501. Gleiches gilt für die von Swisscom vorgebrachte Kritik an den festgestellten Preisunterschieden (vgl. Rz 492), wonach FDA zur Nutzung eines Layer 1-Zugangs eigene Investitionen tätigen müssten, auf welche sie bei der Nachfrage eines BBCS-Angebots verzichten könnten.⁴⁷⁹ Diese Vorbringen sind nicht stichhaltig, da neben den Preisunterschieden bei der Nachfrage nach einem BBCS-Angebot weitreichende Abhängigkeiten von der Netzbetreiberin entstehen. Auch aus diesen Vorbringen kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten ableiten.

502. Folglich ist der relevante Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht um ebenfalls angebotene Layer 2- und Layer 3-Angebote bzw. um «FANS» bzw. «V-ALO» zu erweitern.

B.5.1.1.1.5 «T-ALO»

503. Als weitere mögliche Alternative zum Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in der Anschlusszentra-

le von Swisscom ist die Möglichkeit des physischen Zugangs am Übergang zwischen «Feeder» und «Drop» im Strassenschacht bzw. BEP in Betracht zu ziehen (nachfolgend: «T-ALO»). Init7 macht hierzu geltend, dass eine rentable Erschliessung eines Standorts erst ab einer gewissen Anzahl Endkunden möglich sei.⁴⁸⁰ Bei der Frage, ob diese Zugangsmöglichkeit als angemessenes Substitut zu einem Layer 1-Zugang (z.B. Swisscoms «ALO»-Produkt) angesehen werden kann, ist auf das analoge Produkt beim Kupferkabel hinzuweisen, dem T-TAL. Während die Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse TAL zunächst zu einer Belebung des Wettbewerbs geführt hatte (Höchstwert von 316'551 Einheiten bzw. 8,5 % im Juni 2012 und noch 62'588 Einheiten im Juni 2020), bestand nur eine vernachlässigbare Nachfrage nach dem T-TAL.⁴⁸¹ Es zeigte sich, dass es sich für FDA generell nicht lohnte, eine eigene «Feeder»-Infrastruktur bis zu den Quartierverteilräumen/-kästen der Swisscom aufzubauen. Selbst Sunrise als grösste Nachfragerin mit einem Marktanteil von über 10 % im Endkundenbereich hat dies damals nicht in Erwägung gezogen. Die Sichtweise, dass ein solcher Zugang aus wirtschaftlichen Gründen für alternative FDA in der Regel nicht sinnvoll ist, wird in internen Dokumenten auch von Swisscom selbst geteilt.⁴⁸² Deshalb ist vorliegend der physische Zugang am Übergang zwischen «Feeder» und «Drop» im Strassenschacht bzw. BEP für die typischen Nachfrager nach einem Layer 1-Zugang nicht als angemessenes Substitut zum physischen Zugang ab der Anschlusszentrale von Swisscom (bzw. das «ALO»-Angebot) oder ab dem Verteilknotenpunkt der EVU (bzw. das «FLL»-Angebot) anzusehen.

504. Swisscom vertritt in ihrer Stellungnahme die Meinung, dass insbesondere für kleine FDA wie Init7 die Erschliessung von Schächten wirtschaftlich nicht attraktiv sei. Es sei offensichtlich das Ziel von Init7, die gesamten Investitionskosten für eine flächendeckende P2P-Topologie auf Swisscom abzuwälzen, um dann ein selektives «Cherry Picking» betreiben zu können.⁴⁸³ In einer Marktwirtschaft sollte aber auch den Wettbewerbern zugemutet werden, dass sie gewisse Investitionen tätigen, und solche Investitionen seien für grosse FDA sehr wohl tragbar. Es sei fatal, wenn ausgerechnet die WEKO die FDA von jeglichen Investitionen befreien und sie damit geradezu zum «Trittbrettfahren» animieren würde.

⁴⁷⁷ Vgl. act. 1025, Rz 105 ff.

⁴⁷⁸ Vgl. act. 1025, Rz 212.

⁴⁷⁹ Vgl. act. 1025, Rz 213 f.

⁴⁸⁰ Vgl. act. 9, S. 18.

⁴⁸¹ Vgl. BAKOM: Zugang zu Festnetzeinrichtungen und -diensten, Tabellenblatt: «Tab_ARSA1A», Z. 8, <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/festnetz/zugang-zu-festnetzeinrichtungen-und-diensten-verkauf-von-fda.html>; <www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/dokumentation/zahlen-und-fakten/breitbandmarkt/entwicklung-der-entbueenduesse.html> (25.11.2020).

⁴⁸² Vgl. act. 188, Beilage 2, S. 11.

⁴⁸³ Vgl. act. 1025, Rz 217 f.

505. Das wiederholte Vorbringen, dass Investitionen in eine «Feeder»-Netzinfrastuktur für alternative FDA zumutbar seien, da diese einen von Swisscom kommerziell angebotenen physischen Zugang zum Schacht («T-ALO») nachfragen könnten, widerspricht der Realität und bleibt eine unbelegte Behauptung von Swisscom. Denn bis heute fragt keine der grösseren FDA das «T-ALO»-Angebot von Swisscom in einer nennenswerten Menge nach. Auch die Erfahrungen mit der regulierten T-TAL haben gezeigt, dass für einen Zugang im Strassenschacht kaum eine Nachfrage besteht. Wenn dies bereits für grosse FDA wie Sunrise aus Rentabilitätsgründen nicht in Frage kommt, so ist es für kleinere FDA noch viel schwieriger, mit dem Aufbau einer eigenen «Feeder»-Netzinfrastuktur bis zu den Schächten von Swisscom, die Rentabilitätsgrenze zu erreichen.

506. Zum Vorwurf von Swisscom, wonach kleine FDA ein selektives «Cherry Picking» betreiben würden, ist darauf hinzuweisen, dass FDA, welche Layer 1-Produkte bei Swisscom, EVU oder Gemeinden nachfragen, selbst beträchtliche Investitionen tätigen, um die entsprechenden Anschlusszentralen zu erschliessen. Bei der Nutzung von Layer 1-Zugängen fallen zudem Nutzungskosten für das Vorleistungsprodukt und weitere Ausgaben für das eigene aktive Equipment an. Es trifft also nicht zu, dass FDA dank dem Layer 1-Zugang von jeglichen Investitionskosten befreit wären. Die Vorbringen von Swisscom ändern daher nichts an der in Rz 503 gemachten Einschätzung, dass «T-ALO» nicht als angemessenes Substitut zum Layer 1-Zugang gesehen werden kann.

507. Folglich ist der relevante Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastuktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht um allenfalls ebenfalls angebotene Zugänge zur physischen Netzinfrastruktur am physischen Übergabepunkt zwischen «Feeder» und «Drop» im Strassenschacht bzw. BEP zu erweitern.

B.5.1.1.1.6 Zugang zu fixen Glasfaserbäumen bzw. PON-Bäumen

508. Eine weitere mögliche Alternative zu einem Layer 1-Zugang in der Anschlusszentrale könnte der Zugang zu einem fixen Glasfaserbaum sein, mittels welchem in einer P2MP-Netzarchitektur mehrere Endkundenschlüsse erreicht und Fernmeldediene angeboten werden können (vgl. Abbildung 4). Ein solcher Zugang zu einem oder mehreren eigenständigen PON-Bäumen kann für FDA nur dann eine mögliche Alternative darstellen, wenn diese einen hohen Marktanteil anstreben bzw. bereits über einen hohen Marktanteil verfügen. Für kleinere bzw. nur in einzelnen Regionen tätige FDA kommt eine solche Glasfaser-Partnerschaft aufgrund der Ausgestaltung der Zugangsmöglichkeit, der hohen Investitionskosten, des eigenen Geschäftsmodells, der Verwendung anderer Übertragungsstandards, der Kundengruppe bzw. aufgrund geringer Marktanteile entweder nicht in Frage oder sie haben sich bisher mit dieser Zugangsmöglichkeit noch nicht im Detail befasst, weshalb eine Einschätzung diesfalls für sie nicht möglich sei.⁴⁸⁴

509. Da mit einem entsprechenden Netzzugang gerade nicht einzelne NE adressiert werden können, sondern jeweils nur ein Bündel von NE, ist ein solcher Zugang für

punktueller Einzelerbschliessungen kaum geeignet. Das im Zusammenhang mit der Glasfaser-Partnerschaft von Swisscom und Salt initiierte und auf PON-Bäumen basierende Vorleistungsangebot «T-ALO» ist zudem so ausgestaltet, dass dieses nur für einzelne grosse FDA ohne eigenes Netz in Frage kommt. So bietet Swisscom mit dem Hinweis auf die Verhinderung von «Cherry Picking» solche PON-Bäume nicht für Verbindungen zu einzelnen NE an. Vielmehr müssen mehrere PON-Bäume für eine ganze Region bzw. Gemeinde nachgefragt werden. Es ist daher im Gegensatz zu «ALO» nicht möglich, für die Bedienung einzelner Anschlüsse selektiv einzelne PON-Bäume bei Swisscom nachzufragen.

510. Weiter ist beim entsprechenden Angebot von Swisscom für interessierte FDA nur eine langfristige Investition in die vollständige «Feeder»-Netzinfrastuktur des zugrunde liegenden Gebietes («Feeder»-Bereich) sowie in den «T-ALO»-Bereich von über 20 Jahren mit der Option auf eine Verlängerung von 10 Jahren vorgesehen.⁴⁸⁵ Mit anderen Worten stellt die Miete von PON-Bäumen im Rahmen einer solchen Glasfaser-Partnerschaft eine Investition für mehrere Jahrzehnte dar (in der Regel 20 bis 30 Jahre). Solche Investitionen sind grundsätzlich nur von grösseren FDA zu bewerkstelligen, welche die finanziellen Mittel dazu haben und bereits einen hohen Marktanteil aufweisen oder einen solchen schnell erreichen können, um die nachgefragten PON-Bäume entsprechend auslasten zu können. Hinsichtlich Innovationen besteht eine weitere Einschränkung darin, dass lediglich PON-Technologien zum Einsatz kommen können. Auch die Möglichkeit, für einzelne Endkunden (z.B. Geschäftskunden) auf eine leistungsfähigere Technologie zurückzugreifen, ist eingeschränkt, da die an einem PON-Baum angeschlossenen Nutzungseinheiten fix vom Netzbetreiber vorgegeben sind. Demgegenüber muss grundsätzlich jedoch angemerkt werden, dass für einzelne, insbesondere grössere FDA der Zugang zu einem PON-Baum eine Alternative zu einem Layer 1-Zugang auf einzelne Glasfasern darstellen kann. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass Salt einen entsprechenden Kooperationsvertrag mit Swisscom unterzeichnet hatte. Sunrise als zweitgrösste FDA in der Schweiz betrachtet den Zugang zu einem PON-Baum indes nur eingeschränkt als Substitut, da Sunrise über eine eigene Netzinfrastruktur verfügt und lediglich punktuell einen Layer 1-Zugang bei Swisscom nachfragen wolle.⁴⁸⁶ Ein solcher sei mit einem Zugang zu PON-Bäumen bzw. basierend auf den Rahmenbedingungen der Glasfaser-Partnerschaft nicht notwendigerweise erreichbar.

⁴⁸⁴ Vgl. act. 257, act. 261, act. 250, act. 251, act. 239, act. 287, act. 268, act. 248, act. 273, act. 275, act. 298, act. 294 sowie act. 285, jeweils die Fragebogenantworten auf die Fragen 8 bis 15.

⁴⁸⁵ Vgl. act. 206, Beilage 6, [...].

⁴⁸⁶ Vgl. act. 264 und 267, Fragebogenantwort Sunrise.

511. Zusammenfassend kann insbesondere für kleinere FDA der Zugang zu PON-Bäumen bzw. das spezifische Angebot der Glasfaser-Partnerschaft von Swisscom nicht als Substitut zum Layer 1-Zugang zu einzelnen Glasfasern angesehen werden, weshalb der relevante Markt für den Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur nicht um den Zugang zu PON-Bäumen zu erweitern ist. Da gemäss Swisscom die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt seit letztem Herbst sistiert ist und die Verträge inzwischen entsprechend den neuen Gegebenheiten (P2P-Netzarchitektur) angepasst wurden⁴⁸⁷, kann vorliegend die Frage offengelassen werden, ob beim Zugang zu PON-Bäumen von einem eigenständigen Markt auszugehen wäre.

B.5.1.1.1.2 Fazit zur sachlichen Marktabgrenzung

512. Gemäss den obigen Ausführungen stellt in sachlicher Hinsicht lediglich ein gleichwertiger Layer 1-Zugang bei einem alternativen Glasfasernetzbetreiber ein Substitut zu einem Layer 1-Zugang in den Anschlusszentralen von Swisscom dar (vgl. Rz 487). Die weiteren geprüften Möglichkeiten sind entweder im Markt nicht verfügbar (z.B. Farbentbündelung, Rz 488 f.) oder aufgrund ihrer technischen (vgl. Layer 2- und Layer 3-Zugang, Rz 490 ff.; Koaxial- und HFC-Netz, Rz 480; Zugang zu fixen Glasfaserbäumen, Rz 508 ff.) oder ihrer kommerziellen Einschränkungen (vgl. «T-ALO», Rz 503 f.; Zugang zu fixen Glasfaserbäumen, Rz 508 ff.) nicht als Substitute anzusehen.

B.5.1.1.1.3 Räumliche Marktabgrenzung

513. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). Vorliegend stellt sich die Frage, ob den nachfragenden FDA ein entsprechendes Substitut zum Layer 1-Zugang in den jeweiligen Anschlusszentralen von Swisscom zur Verfügung steht.

514. Leitungsgebundene Telekommunikationsinfrastrukturen im Anschlussbereich sind dadurch gekennzeichnet, dass von einer zentralen Stelle (z.B. Anschlusszentrale) eine bestimmte Anzahl an ortsgebundenen Nutzungseinheiten erreicht werden kann. Ob in räumlicher Hinsicht alternative Layer 1-Zugänge von alternativen Netzbetreibern (wie beispielsweise «FLL»-Angebote der EVU) bestehen, hängt davon ab, ob von Verteilknotenpunkten alternativer Netzbetreiber die entsprechenden Nutzungseinheiten über eine Glasfaserleitung erreicht werden können. Hierbei sind aus Sicht der Nachfrager nach einem Layer 1-Zugang – wiederum ausgehend von der einzelnen Nutzungseinheit – Substitute zu berücksichtigen.

515. Da Nutzungseinheiten grundsätzlich ortsabhängig sind, kann der physische Zugang zu einer bestimmten Nutzungseinheit in einer bestimmten Anschlusszentrale von Swisscom nicht mit einer anderen Anschlusszentrale von Swisscom oder einem anderen zentralen Punkt ausserhalb des Anschlussnetzes substituiert werden. Daher stellt sich die Frage der räumlichen Substituierbarkeit jeweils nach dem Anschlussnetz, an welches eine entsprechende NE angeschlossen ist. Den FDA steht in räumlicher Hinsicht dann ein Substitut zur Verfü-

gung, wenn die entsprechende NE über ein räumlich alternatives glasfaserbasiertes Anschlussnetz erreicht werden kann (z.B. dasjenige eines EVU oder einer Kabelnetzbetreiberin). Zur Vereinfachung und zur Vermeidung, eine Vielzahl an unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten abgrenzen zu müssen, werden die räumlich relevanten Märkte in zwei Kategorien zusammengefasst.

516. Die erste Kategorie des räumlich relevanten Marktes umfasst diejenigen NE, welche lediglich an die jeweiligen glasfaserbasierten Anschlussnetze (FTTH-Netze) von Swisscom angeschlossen sind und daher nur über das Anschlussnetz von Swisscom erreicht werden können. Da Swisscom mit Ausnahme von wenigen Anschlussnetzen in allen Gebieten bereits einen gewissen Teil der NE mit FTTH erschlossen hat⁴⁸⁸, umfasst diese Kategorie grundsätzlich alle Anschlussnetze bzw. Nutzungseinheiten in Gebieten, in denen Swisscom ihr Glasfasernetz allein ausbaut und kein anderer Layer 1-Zugang über eine alternative Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten zur Verfügung steht.

517. In Alleinbaugebieten, in denen Swisscom bei der Netzarchitektur auf P2MP setzt, ist in der Regel kein alternativer Anbieter eines Layer 1-Angebots vorhanden. Die Auswahl- und Substitutionsmöglichkeiten der Nachfrager sind daher in diesen Gebieten eingeschränkt.

518. Damit ist in denjenigen Gebieten, in denen Swisscom allein ein Glasfasernetz in einer P2MP-Netzarchitektur aufbaut und die Nutzungseinheiten nicht zusätzlich an eine alternative Glasfasernetzinfrastruktur angebunden sind, aufgrund fehlender Ausweichmöglichkeiten von grundsätzlich anderen Wettbewerbsbedingungen auszugehen, weshalb sich eine separate räumliche Marktabgrenzung für diese Gebiete rechtfertigt.

519. Die zweite Kategorie des räumlich relevanten Marktes umfasst diejenigen NE, welche neben dem Anschluss an das Netz von Swisscom zusätzlich an ein anderes Anschlussnetz angebunden sind, über welches ein Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz nachgefragt werden kann.

520. Gemäss Angaben von Swisscom wird sich in Gebieten, welche Swisscom mit bisherigen Kooperationspartnern erschlossen hat bzw. bei den noch zu erschliessenden NE in diesen Gebieten, nichts an der Netzwerkarchitektur ändern und der physische Zugang zur Glasfasernetzwerkinfrastruktur bzw. dem ALO-Produkt wird weiterhin möglich sein. In diesen Gebieten bestünden aufgrund des Vierfasermodells zielführende Alternativen zum ALO-Angebot von Swisscom, so dass

⁴⁸⁷ Vgl. act. 937 und <www.salt.ch/sites/default/files/2023-03/Medienmitteilung%20-%20Salt_FYR22_24.03.2023.pdf> (24.3.2023).

⁴⁸⁸ In den nachfolgenden [0-100] Anschlussnetzen ([0-10] % der gesamten Anschlussnetze von Swisscom) wurde bisher noch kein FTTH-Anschluss gebaut (act. V31, Beilage [...]): [...]. In [0-1'000] der [0-1'000] Anschlussnetze ([60-70] %), in welchen NE bereits mit FTTH erschlossen sind, wurden auch NE mit P2P erschlossen.

unter diesen Marktverhältnissen der physische Zugang ab einer Anschlusszentrale entweder von Swisscom oder einem EVU gewährleistet werden könne. Ausnahmen bildeten gewisse kürzlich abgeschlossene Ausbaukooperationen, bei denen der Kooperationspartner den eigenen «Feeder» in einer P2P-Netzarchitektur baut und Swisscom bei ihrem «Feeder» auf eine P2MP-Netzarchitektur zurückgreift.⁴⁸⁹ In diesen Gebieten kann nur ein Layer 1-Zugang vom jeweiligen Kooperationspartner nachgefragt werden. Ein solcher Layer 1-Zugang kann als eine gleichwertige Alternative zu einem Zugang in den Anschlusszentralen von Swisscom angesehen werden, soweit dieser von alternativen FDA auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten tatsächlich genutzt werden kann. Grundvoraussetzung dafür ist, dass ein solches Layer 1-Angebot eines Kooperationspartners prinzipiell die gleichen Nutzungseinheiten eines Gebiets abdeckt und allen interessierten FDA zur Verfügung steht.

521. Zusammenfassend sind in räumlicher Hinsicht zwei Märkte abzugrenzen. Ein Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren NE lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, und ein Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren NE an mehrere FTTH-Netze angebunden sind, auf welchen mindestens ein Layer 1-Zugang angeboten werden kann.

B.5.1.1.1.4 Fazit

522. Der Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten umfasst in sachlicher Hinsicht damit lediglich leitungsgebundene Netzinfrastrukturen, die durchgehend von der Anschlusszentrale bis zum Endkunden mit Glasfaserleitungen erschlossen sind (FTTH-Netze). Dementsprechend sind FTTC, FTTS, FTTB sowie Koaxial- und HFC-Netze nicht Teil der abzugrenzenden Märkte. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher ein Markt abgegrenzt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren NE lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, und ein Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren NE an mehrere FTTH-Netze angebunden sind, auf welchen mindestens ein Layer 1-Zugang angeboten werden kann.

B.5.1.1.2 Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

523. Im Privatkundenbereich sind die Kriterien Ausfallsicherheit, Verkehrsklassen und Service Levels nicht von gleicher Bedeutung wie im Geschäftskundenbereich (vgl. Rz 534).⁴⁹⁰ Zudem konsumieren Privatkunden vorwiegend Inhalte, welche sie im Internet suchen, oder Fernsehprogramme. Aus diesem Grund sind gegenwärtig die Downloadgeschwindigkeiten für private Endkunden von grösserer Bedeutung als die Uploadgeschwindigkeiten. Auch wenn über Glasfaseranschlüsse regelmässig symmetrische Bandbreiten angeboten werden, bleibt die Downloadrate für Privatkunden somit wichtiger als die Uploadrate. Die im Wholesale-Markt für Breit-

bandinternet im Privatkundenbereich angebotenen Profile unterscheiden sich hinsichtlich Preis, Ausfallsicherheit, Verkehrsklassen und Service Levels von denjenigen im Geschäftskundenbereich, auch wenn die angebotenen Bandbreiten grundsätzlich Ähnlichkeiten aufweisen können. Daher sind Produkte, welche auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich angeboten werden, nicht dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich zuzuordnen.

524. FDA, welche einen Layer 1-Zugang beziehen, können als Anbieter in den Wholesale-Märkten für Breitbandinternet auftreten (vgl. Abbildung 8, Geschäftsmodell Vorleistungsanbieterin). Derzeit bietet aber nach aktuellem Kenntnisstand neben Swisscom keine weitere FDA entsprechende Vorleistungsprodukte schweizweit an. Regional bietet Litecom über die LiteXchange-Plattform und den Glasfasernetzen der Partner solche Vorleistungsprodukte als Alternative zum BBCS-Angebot von Swisscom an. Das Einzugsgebiet von Litecom beträgt rund [...] Haushalte.⁴⁹¹

525. In räumlicher Hinsicht werden solche Vorleistungsdienstleistungen an so genannten Service Access Points angeboten. Mit einer Anbindung an diese Service Access Points kann grundsätzlich eine schweizweite Abdeckung erreicht werden, weshalb für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.

526. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher ein schweizweiter Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich abgegrenzt.

B.5.1.1.3 Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

527. Der Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich umfasst sämtliche private Endkunden, welche einen breitbandigen Zugang zum Internet nachfragen, sowie sämtliche Anbieter, die einen Breitbandinternetzugang anbieten.⁴⁹² Zur Bereitstellung eines Breitbandinternetzugangs greifen FDA auf leitungsgebundene Technologien zurück, die entweder als Vorleistungsdienste von einer anderen FDA erbracht werden oder die sie basierend auf einem eigenen Zugang zu einer leitungsgebundenen Fernmeldenetzinfrastruktur erbringen. Gegenüber Endkunden werden allerdings lediglich Dienstleistungen in einer bestimmten Servicequalität und Bandbreite erbracht. Soweit die vom Endkunden nachgefragte Bandbreite und Servicequalität erbracht werden können, spielt es für den Endkunden in der Regel keine Rolle, über welche Technologie die Dienstleistungen erbracht werden.

⁴⁸⁹ Vgl. act. 937, Beilage 11, wonach Swisscom in [0-100] Gemeinden eine P2MP-Netzarchitektur bzw. eine P2P/P2MP-Netzarchitektur und der Kooperationspartner eine P2P-Netzarchitektur verwendet.

⁴⁹⁰ Vgl. RPW 2012/2, 241 Rz 346 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

⁴⁹¹ Vgl. act. 793, Antwort auf Frage 3.

⁴⁹² Vgl. RPW 2012/2, 241 Rz 349 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

528. So werden im Privatkundenbereich Breitbandinternetangebote sowohl auf dem Kupferkabelnetz, dem Koaxial- und HFC-Netz als auch auf dem Glasfasernetz erbracht.

529. Je nach zugrundeliegender Netzinfrastruktur gibt es, was die Übertragungsdienstleistungen anbelangt, regional unterschiedliche Angebote. Die schweizweit tätigen FDA verlangen in der Regel landesweit einheitliche Preise für ihre Breitbandinternetangebote, auch wenn sich die angebotenen Dienstleistungen regional zum Teil stark unterscheiden. Trotz dieser Unterschiede hinsichtlich Übertragungsgeschwindigkeit etc. wird für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung von einem schweizweiten Markt ausgegangen.

530. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher ein schweizweiter Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich abgegrenzt.

B.5.1.1.4 Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

531. Um Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Datenübertragung gegenüber geschäftlichen Endkunden erbringen zu können, sind FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur und ohne Zugang zu einer physischen Netzwerkinfrastruktur auf Vorleistungsprodukte von FDA angewiesen, die selbst über solch eine Infrastruktur bzw. über einen entsprechenden Zugang verfügen. FDA, die über eine eigene Netzinfrastruktur verfügen oder Zugang zu einer Netzinfrastruktur haben, können ihre Datenübertragungsdienste selbst bereitstellen und sind nicht auf Vorleistungsangebote angewiesen. Alle anderen FDA benötigen für die Erbringung von Fernmeldediensten passende Vorleistungen, welche sie entsprechend nachfragen.

532. Der Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher auf Anbieterseite sämtliche FDA, die Datenübertragungsdienste anbieten, welche zur Bereitstellung von elektronischen Datenübertragungsdiensten gegenüber Endkunden im Geschäftskundenbereich geeignet sind. Auf der Nachfrageseite umfasst der Markt sämtliche Nachfrager dieser Datenübertragungsdienste, welche diese nicht zum Eigengebrauch, sondern als Vorleistungsprodukte für die Erbringung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich nachfragen.⁴⁹³ Auf diesem Markt werden somit Fernmeldedienste als Vorleistungsprodukte angeboten und nachgefragt.

533. In der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte kann grundsätzlich zwischen sogenannten Layer 2- und Layer 3-Produkten unterschieden werden. Während für den Nachfrager die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer 2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer 3-Produkten eingeschränkter. Swisscom bietet als einzige FDA derzeit schweizweit sowohl Layer 2- als auch Layer 3-Produkte an. Hauptsächlich in den grösseren Städten bieten regionale EVU analoge Vorleistungsprodukte auf ihren FTTH-Netzen an. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine allfälli-

ge weitere Unterteilung des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verzichtet werden. Eine weitere Unterteilung würde keine zusätzlichen Erkenntnisse im Hinblick auf den zu untersuchenden Sachverhalt liefern.

534. Da Geschäftskunden im Hinblick auf Symmetrie der Down- und Upload-Geschwindigkeiten, den Service-Levels, etc. grundsätzlich höhere bzw. andere Anforderungen an die Datenübertragungsdienste stellen als Privatpersonen, unterscheiden sich die Vorleistungsprodukte entsprechend. So fragt ein Privatkunde in der Regel lediglich einen Zugang zum Internet nach. Demgegenüber fragen Geschäftskunden neben einem Zugang zum Internet oft Zusatzleistungen wie die Vernetzung ihrer Standorte oder Rechenzentren nach. Gerade für Letztere benötigen Unternehmen für gewöhnlich symmetrische Bandbreiten. Zudem verlangen Geschäftskunden regelmässig eine Ausfallsicherheit und der Geschäftstätigkeit entsprechende Garantien im Falle eines Netzausfalls («Service Level Agreement»; SLA), da sich Systemausfälle in der Regel direkt auf die Geschäftstätigkeit auswirken. Auch preislich unterscheiden sich die Angebote im Privatkundenbereich stark von denjenigen im Geschäftskundenbereich. Daher sind die Angebote im Privatkundenbereich nicht mit denjenigen im Geschäftskundenbereich austauschbar und es kann folglich zwischen einem Geschäftskunden- und einem Privatkundenbereich unterschieden werden.

535. Der sachlich relevante Markt umfasst demnach sämtliche Angebote von leitungsgebundenen Datenübertragungsdiensten, welche basierend auf einer physischen Netzwerkinfrastruktur (oder basierend auf einem Zugang zu einer solchen) als Vorleistung im Geschäftskundenbereich erbracht werden.

536. In der Schweiz sind zwar regional verschiedene alternative Glasfasernetzbetreiber tätig, die in ihrem Abdeckungsgebiet auch entsprechende Vorleistungsprodukte anbieten. In den meisten Fällen handelt es sich dabei jedoch um Kooperationspartner von Swisscom. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung stehen die Wettbewerbsverhältnisse in den Gebieten im Vordergrund, in denen Swisscom ihr Glasfasernetz allein baut. Gerade in diesen Regionen stehen alternative Layer 2- und Layer 3-Angebote meist nicht zur Verfügung, weshalb davon kein relevanter disziplinierender Einfluss auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ausgeht. Vor diesem Hintergrund kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung auf eine regionale Marktabgrenzung verzichtet werden. Da Anbieterinnen von Vorleistungsdiensten diese an zentralen so genannten Service Access Points für das gesamte von ihnen betriebene Netz bereitstellen, kann in räumlicher Hinsicht vorliegend von einem schweizweiten Markt ausgegangen werden.

537. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher ein schweizweiter Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich abgegrenzt.

⁴⁹³ Vgl. RPW 2016/1, 175, Rz 311 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2012/2, 240 Rz 339 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

B.5.1.1.5 Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

538. Im Geschäftskundenbereich werden zur elektronischen Datenübertragung in Abhängigkeit der vorhandenen Netzinfrastruktur und den Bedürfnissen der Unternehmen meist symmetrische Datenübertragungsdienste zwischen den verschiedenen Standorten der Unternehmen sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt. Hierbei spielen insbesondere die garantierte Bandbreite und die Garantie im Falle eines Netzausfalls (sog. SLA) eine wichtige Rolle, so dass die an die Breitbandanbindung gestellten Anforderungen im Geschäftskundenbereich – namentlich im Vergleich zum Privatkundenbereich – in der Regel hoch sind. Der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher sämtliche FDA, die Dienstleistungen zur elektronischen Datenübertragung anbieten, welche den Anforderungen im Geschäftskundenbereich entsprechen, sowie sämtliche Endkunden, welche diese Dienstleistungen nachfragen.⁴⁹⁴

539. Auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich treffen daher Anbieter von elektronischen Datenübertragungsdiensten aufeinander, welche die Anforderungen und Bedürfnisse von Geschäftskunden erfüllen, sowie Geschäftskunden, welche diese Angebote nachfragen.

540. In räumlicher Hinsicht kann analog zu den Ausführungen zum Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (vgl. Rz 536) von einem schweizweiten Markt ausgegangen werden.

541. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher ein schweizweiter Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich abgegrenzt.

B.5.1.2 Beurteilung der Marktstellung

542. Ob sich Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Es ist jedoch im vorliegenden Fall mit Swisscom als vertikal integriertem Unternehmen auch die Stellung auf den nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen.⁴⁹⁵

B.5.1.2.1 Märkte für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

B.5.1.2.1.1 Aktueller Wettbewerb

543. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, tritt Swisscom in denjenigen Regionen als aktuelle Anbieterin auf, in denen sie ihr Netz in einer P2P-Netzarchitektur errichtet hat oder bis zum Strategiewechsel einzelne Nutzungseinheiten mittels P2P erschlossen hat (vgl. Fn 488). In denjenigen Regionen, in denen Swisscom ihr Glasfasernetz oder Teile davon in einer P2MP-Netzarchitektur errichtet hat, tritt sie als mögliche Anbieterin auf. Swisscom verfügt daher in die-

sem Markt über einen Marktanteil von 100 %. Für nachfragende FDA ohne eigene Netzinfrastruktur besteht damit keine Ausweichmöglichkeit.

544. Dies hat zur Folge, dass sämtliche FDA, die einen Zugang zum glasfaserbasierten physischen leitungsgebundenen Datenübertragungsnetzwerk nachfragen, diesen lediglich bei Swisscom erhalten können. Eine Disziplinierung von Swisscom als einzige Anbieterin eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur ist daher auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht zu erwarten. Swisscom verfügt zudem als vertikal integrierte Anbieterin über eine breite Kundenbasis auf den nachgelagerten Vorleistungs- und Endkundenmärkten (vgl. Abbildung 8). Damit hat sie ein Interesse daran, einen möglichst grossen Anteil der Wertschöpfung selbst zu erbringen.

545. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten an mehrere FTTH-Netze angebunden sind, besteht neben Swisscom mindestens ein weiterer möglicher Anbieter eines für alternative FDA nutzbaren Layer 1-Zugangs. Da die Bereiche «Drop» und «Inhouse» in der Schweiz in der Regel gemäss dem am «Runden Tisch» ausgehandelten Branchenstandard mit jeweils vier durchgehenden Glasfasern erschlossen werden, können zumindest theoretisch bis zu vier Anbieterinnen den Bereich «Feeder» ausbauen und mit einem parallelen Glasfasernetz im Markt tätig sein. Dennoch sind in der Schweiz kaum bzw. nur in Einzelfällen Konstellationen (z.B. einzelne Überbauungen) bekannt, in denen Nutzungseinheiten an mehr als zwei Anschlussnetze angebunden sind, die nicht von oder in Kooperation mit Swisscom errichtet wurden.

546. Soweit eine alternative Glasfasernetzbetreiberin einen für nachfragende FDA nutzbaren Layer 1-Zugang anbietet, bestehen in diesen Regionen grundsätzlich Ausweichmöglichkeiten, wobei zu betonen ist, dass in der Regel lediglich eine einzige Ausweichmöglichkeit besteht.

547. Alternative Glasfasernetzbetreiberinnen sind oft städtische und regionale EVU. Diese verfügen in der Regel bei der Errichtung ihrer Glasfasernetzinfrastruktur (meist in Kooperation mit Swisscom) noch über keinen eigenen Kundenstamm und sind mit einzelnen Ausnahmen auch nicht im Endkundenmarkt tätig. Damit haben sie eher ein Interesse daran, möglichst viele FDA dazu zu bewegen, ihre Glasfasernetzinfrastruktur zu nutzen, um eine hohe Auslastung zu erreichen. Bisher wurden die in Kooperation zwischen Swisscom und EVU gebauten Glasfasernetze in der Regel in der P2P-Netzarchitektur gebaut, womit ein Layer 1-Zugang grundsätzlich gewährleistet ist. In dieser Konstellation ist ein gewisser Infrastrukturwettbewerb zwischen Swisscom und den alternativen Glasfasernetzbetreiberinnen zu erwarten und für Nachfrager besteht eine weitere Zugangsmöglichkeit.

⁴⁹⁴ Vgl. RWP 2016/1, 175 Rz 315 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*; RPW 2012/2, 242 Rz 353 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

⁴⁹⁵ Vgl. RPW 2004/2, 436 Rz 130 ff., *Swisscom ADSL*.

548. Sind die alternativen Glasfasernetzbetreiberinnen hingegen ehemalige Kabelnetzbetreiberinnen, die selbst auf den Endkundenmärkten tätig sind, so verfügen diese bereits über einen eigenen Kundenstamm. Im Gegensatz zu den meisten EVU handelt es sich bei den ehemaligen Kabelnetzbetreiberinnen, wie auch bei Swisscom, um vertikal integrierte Anbieterinnen (vgl. Abbildung 8). Auch sie haben eher ein Interesse daran, einen möglichst grossen Anteil der Wertschöpfung selbst zu erbringen und keinen Layer 1-Zugang anzubieten. Der Ausbaustand der Glasfasernetze ehemaliger Kabelnetzbetreiberinnen ist zudem sehr unterschiedlich. Während ein Teil der Kabelnetzbetreiberinnen ihr Kabelnetz zu einem FTTH-Netz mit P2MP-Netzarchitektur ausbauen, setzen andere Kabelnetzbetreiberinnen auf die P2P-Netzarchitektur (vgl. Rz 485).

549. Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden:

550. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, herrscht kein aktueller Wettbewerb und Swisscom hat auf diesem Markt einen Marktanteil von 100 %.

551. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten an mehrere FTTH-Netze angebunden sind, auf welchen mindestens ein Layer 1-Zugang angeboten werden kann, besteht neben Swisscom in der Regel mindestens ein weiterer möglicher Anbieter eines nutzbaren alternativen Layer 1-Zugangs. Soweit ein gleichwertiger alternativer Layer 1-Zugang angeboten wird, kann von (begrenztem) aktuellem Wettbewerb ausgegangen werden.

B.5.1.2.1.2 Potenzieller Wettbewerb

552. Um als Anbieter auf den Märkten für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten tätig zu sein, müssen FDA über ein Glasfasernetz im Anschlussbereich verfügen. Wie die Berechnungen von Swisscom und WIK belegen, ist die Errichtung eines Glasfasernetzes mit einem grossen finanziellen Aufwand verbunden. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass grundsätzlich nur vier verschiedene Arten von Akteuren über die Möglichkeiten verfügen, allein oder in Kooperation eine solche Glasfasernetzinfrastruktur im Anschlussbereich zu errichten. Diese sind: Swisscom als Betreiberin einer Kupferkabelnetzinfrastruktur und aktuelle Grundversorgungskonzessionärin, Kabelnetzunternehmen als Betreiberinnen einer Kabelnetzinfrastruktur, EVU sowie die öffentliche Hand (Gemeinden bzw. Gemeindewerke). Meistens kann beim Bau des Glasfasernetzes auf eine oder mehrere bestehende Netzinfrastrukturen zurückgegriffen werden. Die Berechnungen des WIK zeigen, dass der Glasfaserausbau einer bestehenden Netzinfrastruktur bedeutend günstiger ist als ein kompletter Neubau eines Glasfasernetzes («Greenfield»-Ausbau), bei dem die gesamten benötigten Trassen etc. neu erstellt werden müssen (vgl. Abschnitt A.3.5.2.2 Gesamtausbau und Restausbau).

553. Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein Glasfasernetzwerk typischerweise Netzwerkeffekte aufweist, die sich im Allgemeinen durch hohe Investitionskosten beim Bau und steigende Skalenerträge beim Betrieb charakterisieren. Die Investitionen werden wesentlich von der Anschlussdichte bestimmt, welche in ländlichen Regionen geringer ist, weshalb die Kosten pro Anschluss in diesen Regionen generell höher sind als in den Städten.⁴⁹⁶ Diese Investitionskosten müssen über die Lebensdauer des Glasfasernetzes amortisiert werden können. Hierbei spielt neben dem Preis auch die künftige Netzauslastung eine wichtige Rolle, was dazu führt, dass eine solche Infrastruktur nicht einfach dupliziert werden kann. Damit weist sie Charakteristika eines natürlichen Monopols auf. Kann beim Bau des Glasfasernetzes auf eine bestehende Netzwerkinfrastruktur wie beispielsweise bei Swisscom auf die bestehende FTTS/FTTB-Netzinfrastruktur zurückgegriffen werden, sinkt der Investitionsbedarf entsprechend.

554. Weiter ist zu beachten, dass sich die Errichtung von zwei komplett parallelen Glasfasernetzinfrastrukturen im Anschlussbereich kommerziell in der Regel nicht lohnt oder sich allenfalls nur dort lohnt, wo die Bevölkerungsdichte hoch ist.⁴⁹⁷ Das WIK schätzte im Jahr 2009, dass eine Duplizierung durch ein paralleles Glasfasernetz nur bei 16,4 % aller Anschlüsse wirtschaftlich vorstellbar sei.⁴⁹⁸ Gebiete, in denen die Bevölkerungsdichte allerdings hoch ist, wurden in der Vergangenheit – meist in Kooperation zwischen Swisscom und EVU – bereits mit einem Glasfasernetz erschlossen. Somit ist bei einer bereits gebauten Glasfasernetzinfrastruktur kaum mehr mit einem weiteren Markteintritt eines alternativen Netzbetreibers zu rechnen. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei der bestehenden Netzbetreiberin um eine vertikal integrierte Anbieterin wie Swisscom handelt, welche auf eine breite Kundenbasis auf den nachgelagerten Vorleistungs- und Endkundenmärkten zurückgreifen kann.

555. Ferner ist auf den zeitlichen Aspekt hinzuweisen. Die Erstanbieterin eines Glasfaseranschlusses hat aufgrund der Einzigartigkeit der von ihr angebotenen Produkte noch die Möglichkeit, relativ einfach Neukunden anzuwerben bzw. bestehende Kunden für die neu auf der Glasfasertechnik basierenden Angebote zu gewinnen. Sie hat einen so genannten «First-Mover-Advantage». Dieser Vorteil steht einer Zweitanbieterin nicht mehr zur Verfügung, weshalb der Anreiz sinkt, neben einer bereits bestehenden Glasfasernetzinfrastruktur eine parallele zweite Glasfasernetzinfrastruktur zu errichten. Daher sinkt mit zunehmendem Ausbau der Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom der Anreiz für eine potenzielle alternative Glasfasernetzbetreiberin, entsprechende Investitionen zu tätigen.

⁴⁹⁶ Vgl. WIK-Bericht, Modellierung der Kosten eines flächendeckenden Hochbreitbandnetzes in der Schweiz, 2017, S. 47 (vgl. Fn 132).

⁴⁹⁷ Vgl. RPW 2021/1, 246 Rz 135, *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁴⁹⁸ Vgl. WIK-Bericht, Szenarien einer nationalen Glasfaserausbaustrategie in der Schweiz, 2009, S. 4.

556. In den für die vorliegende Untersuchung relevanten Gebieten ist die Bevölkerungsdichte grundsätzlich nicht ausreichend, dass zwei komplett parallele Glasfasernetzinfrastrukturen gebaut werden. Allenfalls kann es regional zu Kooperationen mit Swisscom kommen. Kommt hinzu, dass für kleinere Marktakteure ohne eine garantierte Nachfrage das Investitionsrisiko bedeutend höher ist. Falls zudem in einem Gebiet ein Glasfasernetz bereits in Betrieb genommen wurde, ist das Investitionsrisiko für den Bau eines zweiten Glasfasernetzes zu einem späteren Zeitpunkt und ohne eine garantierte Nachfrage insbesondere für kleinere Marktakteure nochmals höher.⁴⁹⁹ Da Swisscom das am dichtesten besiedelte Drittel der Schweiz bereits alleine oder in Partnerschaft in einer P2P-Netzarchitektur erschlossen hat, bleiben für den weiteren Glasfaserausbau lediglich die weniger dicht besiedelten zwei Drittel der Schweiz übrig. Obwohl in einzelnen Gemeinden oder in gewissen Regionen auch Glasfasernetze von anderen Unternehmen wie EVU oder regionalen Kabelnetzbetreibern ausgebaut werden, ist den Wettbewerbsbehörden zum jetzigen Zeitpunkt neben Swisscom kein weiteres Unternehmen bekannt, welches seine bestehende Netzinfrastruktur grossflächig auf FTTH ausbaut. Die beiden noch übrigen Drittel der Schweiz sind deshalb mehrheitlich dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten zuzuordnen, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, soweit die entsprechende Netzinfrastruktur bereits auf FTTH ausgebaut wurden (vgl. Fn 488). Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, ist daher nicht mit Marktzutritten von Dritten zu rechnen, die sich bereits heute disziplinierend auf Swisscom auswirken.

B.5.1.2.1.3 Stellung der Marktgegenseite

557. Die Marktgegenseite sind FDA, die zur Erbringung von Fernmeldediensten den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur nachfragen. Hierbei kann zwischen den beiden Nachfragern Sunrise und Salt auf der einen Seite sowie den kleineren FDA wie Init7 auf der anderen Seite unterschieden werden.

558. Sunrise und Salt haben grundsätzlich eine etwas grössere Verhandlungsmacht als kleinere FDA. Dennoch sind sie zur Erbringung ihrer Dienstleistungen bei Nutzungseinheiten, die lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, zwingend auf die Infrastruktur und Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Allenfalls können sie aufgrund der grösseren nachgefragten Menge an Layer 1-Zugängen einen Mengenrabatt aushandeln. Dies ändert aber im Grundsatz nichts an ihrem Abhängigkeitsverhältnis gegenüber Swisscom. Sunrise und Salt können daher keinen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

559. Sunrise verfügt in bestimmten Regionen parallel zur Netzinfrastruktur von Swisscom über eine HFC-Netzinfrastruktur, so dass zumindest für Bandbreiten, die keine glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten voraussetzen, für Sunrise eine Ausweichmöglichkeit besteht. Da aber Kabelnetzanschlüsse immer weniger

nachgefragt werden und deren Marktanteil von 2017 bis 2022 von 32 % auf 25 % zurückgegangen ist⁵⁰⁰, sind die Disziplinierungsmöglichkeiten von Sunrise als gering einzustufen (vgl. auch Rz 480 und nachfolgend Rz 577).

560. Kleinere FDA wie Init7 sind für ihre Geschäftstätigkeit ebenfalls auf den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur oder auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Da sie in der Regel eine bedeutend geringere Nachfrage haben, sind zudem ihre Möglichkeiten begrenzt, einen Mengenrabatt auszuhandeln. Sie können daher keinen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

B.5.1.2.1.4 Disziplinierender Einfluss von den nachgelagerten Märkten

561. Grundsätzlich denkbar wäre, dass von den nachgelagerten Märkten, soweit darauf eine Alternative zur Netzinfrastruktur von Swisscom besteht und diese von alternativen FDA genutzt werden kann, ein disziplinierender Einfluss auf die Märkte zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ausgeht.

562. Wie nachfolgend für die Beurteilung der Marktstellung der weiteren abgegrenzten Märkte ausgeführt (vgl. Abschnitte B.5.1.2.2, B.5.1.2.3, B.5.1.2.4 und B.5.1.2.5), sind keine disziplinierenden Effekte ersichtlich, die zu einer Verneinung der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten führen würden, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind.

B.5.1.2.1.5 Zwischenergebnis

563. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, ist Swisscom die einzige (mögliche) Anbieterin. Da sich zudem der Gesetzgeber gegen die Einführung einer technologieutralen Regulierung ausgesprochen hat (vgl. Rz 189), kann sie sich nahezu vollkommen unabhängig verhalten. Dies wird sich bei künftig steigender Nachfrage der Endkunden nach höheren Bandbreiten (1 Gbit/s und höher) noch verstärken⁵⁰¹, da weder das bestehende veraltete Kupfernetz, die HFC-Netzwerkstrukturen der Kabelnetzbetreiber (Layer 1-Zugang wird nicht angeboten und ist zudem technisch fraglich) noch die mobile Netzwerkinfrastruktur als Alternative in Frage kommen.

⁴⁹⁹ Vgl. RPW 2021/1, 245 Rz 130, *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁵⁰⁰ Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/internet-service-provider.html> (23.6.2023).

⁵⁰¹ Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/internet-service-provider.html> (23.6.2023).

564. Aufgrund der hohen Investitionskosten für den Bau von Netzwerkinfrastrukturen und aufgrund derer Eigenschaften erscheint es zudem unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen ein bereits bestehendes Glasfasernetz duplizieren wird. Dies gilt umso mehr in weniger dicht besiedelten Regionen, welche bisher noch nicht ausgebaut wurden. Zudem ist nach der Übernahme von Sunrise durch UPC (Liberty Global) und dem damit verbundenen Scheitern des Joint Ventures «Swiss Open Fiber» zwischen Sunrise und Salt kein weiterer Wettbewerber ersichtlich, der in einer künftig von Swisscom allein ausgebauten Region ein bestehendes FTTH-Netz in grösserem Stil duplizieren würde. Swisscom hat demnach auch nicht zu befürchten, dass in künftig mit FTTH erschlossenen Regionen noch ein weiterer Wettbewerber mit einer eigenen FTTH-Netzwerkinfrastruktur eintreten wird. Gleichzeitig werden mit dem fortschreitenden Bau des FTTH-Netzes durch Swisscom auch alternative FTTH-Ausbaupläne zunehmend unwahrscheinlicher. Aufgrund des Wegfallens eines «First-Mover-Advantages» wird es für einen alternativen Netzbetreiber zunehmend schwieriger, eine entsprechende Auslastung seiner zu errichtenden Glasfasernetzinfrastruktur zu erreichen. Insgesamt dürfte sich der Aufbau und anschliessende Betrieb einer alternativen Glasfasernetzwerkinfrastruktur für FDA ohne eine eigene bestehende Netzwerkinfrastruktur und ohne einen grösseren Kundenstamm nicht lohnen. Daher ist ein disziplinierender Einfluss auf Swisscom durch potenzielle Wettbewerber nicht bzw. kaum vorhanden und die Marktgegenseite kann keinen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

565. Aus diesen Gründen ist Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, als marktbeherrschend einzustufen.

566. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten an mehrere FTTH-Netze angebunden sind, besteht aufgrund der möglichen Alternative zumindest eine potenzielle Ausweichmöglichkeit. Soweit die Betreiberin eines alternativen Anschlussnetzes einen für Nachfrager nutzbaren Layer 1-Zugang zu den jeweiligen Nutzungseinheiten gewährt, kann eine einzelmarktbeherrschende Stellung von Swisscom grundsätzlich ausgeschlossen werden. Je nach Konstellation kann sich auf diesem Markt die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung stellen. Diese Abklärungen sind jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann daher eine abschliessende Bewertung des Marktes für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten an mehrere FTTH-Netze angebunden sind, auf welchen mindestens ein Layer 1-Zugang angeboten werden kann, offengelassen werden; eine Einzelmarktbeherrschung durch Swisscom scheint unwahrscheinlich.

B.5.1.2.2 Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

B.5.1.2.2.1 Aktueller Wettbewerb

567. In der Schweiz verfügt Swisscom über das am besten ausgebaute Netzwerk zur leitungsgebundenen elektronischen Datenübertragung im Anschlussbereich.⁵⁰² Das leitungsgebundene Telekommunikationsnetz von Swisscom hat grundsätzlich eine schweizweite Abdeckung, was auch auf die Rolle von Swisscom als ehemalige historische Monopolistin und Grundversorgungsanbieterin zurückzuführen ist. Daneben bestehen regional Koaxialkabel- und alternative Glasfasernetze, wobei die in der Schweiz tätigen Kabelnetzbetreiberinnen grundsätzlich keine Vorleistungsprodukte anbieten. Dies unterstreicht die Feststellungen des BAKOM, dass es sich bei den Kabelnetzverbünden nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter handle.⁵⁰³

568. Damit bestehen neben Swisscom nur in einzelnen Regionen alternative Anbieterinnen von Vorleistungsprodukten. Swisscom bietet derzeit bei Vorleistungsprodukten im Privatkundenbereich schweizweit einheitliche Preise, aber technologieabhängig unterschiedliche Bandbreiten an. Damit bewirken schweizweit einheitliche Preise für Endkundenprodukte nicht, dass sich möglicher Wettbewerbsdruck in einzelnen Regionen zwangsläufig auf diejenigen Regionen auswirkt, in denen keine Vorleistungsprodukte alternativer Anbieter zur Verfügung stehen. Die Möglichkeit von Wettbewerbern, punktuell in einigen Regionen auf alternative Vorleistungsanbieter auszuweichen, erzeugt daher keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck, um Swisscom dahingehend zu disziplinieren, dass eine marktbeherrschende Stellung zu verneinen wäre.

B.5.1.2.2.2 Potenzieller Wettbewerb

569. Soweit alternative FDA einen Zugang zu einer leitungsgebundenen Netzinfrastruktur (Layer 1-Zugang) haben, ist es ihnen grundsätzlich möglich, als Anbieter im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich tätig zu sein. Nachfrager nach einem Layer 1-Zugang verfolgen meist das Geschäftsmodell des integrierten Endkundenanbieters (vgl. Abbildung 8). Sind sie zusätzlich als Vorleistungsanbieter (vgl. Abbildung 8) tätig, schaffen sie sich auf dem Endkundenmarkt womöglich weitere Wettbewerber. Daher werden Nachfrager nach einem Layer 1-Zugang sehr genau abwägen, welche wirtschaftlichen Vorteile die Verfolgung des Geschäftsmodells als Vorleistungsanbieter für sie haben wird.

570. In der Vergangenheit war dementsprechend kaum zu beobachten, dass Nachfrager nach Layer 1-Zugängen gleichzeitig als alternative Anbieter im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich in Erscheinung getreten sind. Daher ist, wenn überhaupt, nur von einem marginalen und irrelevanten potenziellen Wettbewerbsdruck auszugehen.

⁵⁰² Vgl. RPW 2016/1, 178 Rz 344 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁵⁰³ BVGer, A-109/2008 vom 12.2.2009 E. 9.4.3., *Zugang zum schnellen Bitstrom*.

B.5.1.2.2.3 Stellung der Marktgegenseite

571. Die Marktgegenseite sind FDA, die zur Erbringung von Fernmeldediensten Wholesale-Produkte von Swisscom nachfragen. Diese FDA sind in einer vergleichbaren Lage wie FDA, die einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur von Swisscom nachfragen (vgl. Rz 558 f.), weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann. Die Marktgegenseite kann folglich keinen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

B.5.1.2.2.4 Zwischenergebnis

572. Insgesamt ist im Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich schweizweit kein wirksamer aktueller und potenzieller Wettbewerb ersichtlich. Lediglich in bestimmten Regionen, in denen neben Swisscom etwa EVU entsprechende Vorleistungen anbieten, ist von anderen Wettbewerbsverhältnissen auszugehen. Für die Beurteilung der Marktstellung von Swisscom haben diese aber keine relevanten schweizweiten Auswirkungen.

573. Insbesondere geht vom Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich kein disziplinierender Effekt aus, der einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, entgegenwirkt.

B.5.1.2.3 Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich

B.5.1.2.3.1 Aktueller Wettbewerb

574. Im Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich ist eine Vielzahl von Akteuren tätig, darunter insbesondere die beiden grossen Netzbetreiber Swisscom mit ihrem Kupfer- und Glasfasernetz und Sunrise mit ihrem Kabelnetz und ihrem Zugang zur Kupfer- und Glasfasernetzinfrastruktur. Sunrise ist hierbei die einzige FDA, welche aufgrund ihres eigenen Kabelnetzes grossflächig nicht auf die Netzinfrastruktur von Swisscom angewiesen ist.

575. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich herrschen regional unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse.

576. In Regionen, in denen neben der Netzinfrastruktur von Swisscom eine Kabelnetzinfrastruktur und eine Glasfasernetzinfrastruktur besteht, kann je nach Verhalten des alternativen Netzbetreibers ausgeprägter aktueller Wettbewerb bestehen. Dies gilt insbesondere in Regionen, in denen eine Glasfasernetzinfrastruktur nach dem Vierfasermodell mit offenem Netzzugang erstellt wurde.

577. Die amtlichen Zahlen des BAKOM zur Verteilung der Breitbandinternet-Kunden nach Anschlussart und Bandbreite zeigen, dass bei Bandbreiten unterhalb von 100 Mbit/s bei den Kabelnetzen zwischen 2017 und 2022 ein starker Rückgang von 416'141 Kunden zu verzeichnen ist, wohingegen es bei Bandbreiten von über 100 Mbit/s zu einem Zuwachs von 209'605 Kunden kam. Gesamthaft beträgt der Rückgang der Nachfrage von Breitbandinternet über Kabelnetze somit 206'536 Kunden, womit der im Markt nachgefragte Anteil von Kabelnetzanschlüssen zwischen 2017 und 2022 von ca. 32 % auf ca. 25,6 % zurückgegangen ist.

	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Anzahl Kabelanschlüsse < 100 Mbit/s	613'689	488'144	387'408	307'600	258'150	197'548
Anzahl Kabelanschlüsse >= 100 Mbit/s	644'905	643'090	739'504	748'296	797'621	854'510
Anzahl Kabelanschlüsse insgesamt	1'258'594	1'131'234	1'126'912	1'055'896	1'055'771	1'052'058
Anzahl Kupferanschlüsse mit < 100 Mbit/s	1'393'790	1'191'735	990'226	759'402	481'479	345'564
Anzahl Kupferanschlüsse mit >= 100 Mbit/s	665'462	829'055	1'051'121	1'270'123	1'553'288	1'574'049

Anzahl Kupferanschlüsse insgesamt	2'059'252	2'020'790	2'041'347	2'029'525	2'034'767	1'919'613
Anzahl Glasfaseranschlüsse mit < 100 Mbit/s	118'996	157'192	110'612	101'642	73'379	64'063
Anzahl Glasfaseranschlüsse mit >= 100 Mbit/s < 1 Gbit/s	475'312	103'079	167'127	193'756	116'480	139'121
Anzahl Glasfaseranschlüsse mit >= 1 Gbit/s		460'018	567'254	629'838	884'294	941'572
Anzahl Glasfaseranschlüsse insgesamt	594'308	720'289	844'993	925'236	1'074'153	1'144'756

Tabelle 29: Verteilung der Breitbandinternet-Kunden nach Anschlussart und Bandbreite⁵⁰⁴

578. Bei den Kupferanschlüssen ist bei Bandbreiten von unter 100 Mbit/s ebenfalls ein starker Rückgang von ursprünglich 1'393'790 Kunden im Jahr 2017 auf 345'564 Kunden im Jahr 2022 zu verzeichnen, also ein Minus von 1'048'226 Kunden. In den Bandbreiten von über 100 Mbit/s ist ein fast ebenso starkes Kundenwachstum von 655'462 Kunden im Jahr 2017 auf 1'574'049 Kunden im Jahr 2022 zu beobachten, was einen Zuwachs von 918'557 Kunden bedeutet. Insgesamt ist die nachgefragte Anzahl an Kupferanschlüssen in den Jahren 2017 bis 2022 von 53 % auf 46,6 % zurückgegangen ist.

579. Bei Glasfaseranschlüssen ist bei Bandbreiten von unter 100 Mbit/s in den Jahren 2017 bis 2022 ein Rückgang der Anschlüsse von 118'996 auf 64'063 (-54'933 Anschlüsse) zu verzeichnen. Bei Glasfaseranschlüssen mit einer Bandbreite von über 100 Mbit/s und unter 1 Gbit/s ist in den Jahren 2018 bis 2022 ein Zuwachs der Kundenanzahl von 103'079 auf 139'121 (+36'042 Anschlüsse) zu verzeichnen. Bei Glasfaseranschlüssen mit Bandbreiten über 1 Gbit/s, also Bandbreiten, die mit keiner alternativen Übertragungstechnologie erbracht werden können, ist die Anzahl Anschlüsse in den Jahren 2018 bis 2022 von 460'018 auf 941'572 angewachsen, was einem Anstieg von 481'554 Anschlüssen entspricht. Die Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen mit Bandbreiten über 1 Gbit/s hat sich also mehr als verdoppelt und macht inzwischen über 82 % der Gesamtnachfrage nach Glasfaseranschlüssen aus. Auch insgesamt ist die Anzahl an nachgefragten Glasfaseranschlüssen stark angewachsen und hat sich zwischen 2017 und 2022 fast verdoppelt.

580. Der Zahlenvergleich zeigt, dass die Kabelnetze trotz höherer zur Verfügung gestellter geteilter maximaler Bandbreite von 1 Gbit/s (vgl. hinsichtlich DOCSIS-Übertragungsstandards die nachfolgenden Ausführungen unter Rz 729 ff.) überproportional stark an Kunden verlieren. Glasfaseranschlüsse mit Bandbreiten von unter 1 Gbit/s werden kaum noch nachgefragt, wohingegen

Glasfaseranschlüsse von über 1 Gbit/s ein starkes Wachstum verzeichnen. Hieraus kann Folgendes abgeleitet werden: Glasfaseranschlüsse von über 1 Gbit/s sind grundsätzlich konkurrenzlos und gewinnen zu Lasten von Kabelnetzanschlüssen und Kupferkabelanschlüssen Marktanteile.

581. Kabelnetzanschlüsse sind hierbei am stärksten unter Druck geraten und es kommt nur in den höchsten zur Verfügung gestellten Bandbreiten zu einem leichten Anstieg der Anzahl Kunden. Da gleichzeitig in den tieferen Bandbreiten ein starker Rückgang der Kabelnetzanschlüsse zu verzeichnen ist, sinkt insgesamt die Anzahl der Kabelnetzanschlüsse.

582. Bei Kupferkabelnetzen findet eine Verschiebung von tieferen Bandbreiten zu den höchsten zur Verfügung stehenden Bandbreiten statt. Insgesamt ist aber die im Markt nachgefragte Anzahl Kupferkabelnetzanschlüsse relativ konstant geblieben.

583. In der Gesamtbetrachtung zeigt sich, dass die von Swisscom betriebenen Technologien (Kupferkabelnetz und Glasfasernetz) in den jeweils höchsten Bandbreiten ein bedeutendes Wachstum verzeichnen. Hingegen verzeichnen Betreiberinnen von Kabelnetzanschlüssen in den höchsten Bandbreiten nur ein geringes Wachstum und verlieren insgesamt an Kunden. Der von den Kabelnetzen ausgehende aktuelle Wettbewerbsdruck auf die Glasfasernetze ist daher als eher gering und tendenziell abnehmend zu bezeichnen.

584. Swisscom argumentiert in ihrer Stellungnahme hinsichtlich ihrer Behauptung, sie habe in den vergangenen Jahren Marktanteile verloren, dass sie diese an die Kabelnetzbetreiber verlieren würde.⁵⁰⁵ Hieraus will

⁵⁰⁴ Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/internet-service-providers.html> (9.11.2023).

⁵⁰⁵ Vgl. art. 1025, Rz 208.

Swisscom ableiten, dass aus Endkundensicht Kabelanschlüsse sehr wohl konkurrenzfähig seien und die Kabelnetze auch weiterhin in der Lage seien, auf den Endkunden- und Vorleistungsmärkten eine disziplinierende Wirkung auf Swisscom auszuüben.

585. Diesen Schlussfolgerungen kann nicht gefolgt werden. Denn wie die Statistiken des BAKOM zeigen, werden Kabelnetzanschlüsse und Kupfernetzanschlüsse immer weniger und Glasfaseranschlüsse immer stärker nachgefragt. [...] (vgl. Rz 484). Zudem hat Salt – eine nur im Glasfaserbereich tätige FDA ohne eigene Netzinfrastruktur – in den letzten Jahren die grössten Marktanteile im Breitbandkundenmarkt hinzugewonnen. Für einen disziplinierenden Einfluss der Kabelnetzanschlüsse auf die Glasfasernetzanschlüsse besteht daher keine Evidenz. Vielmehr zeigen die Daten, dass immer mehr Kunden Glasfaseranschlüsse mit Bandbreiten nachfragen, welche über die HFC-Netzinfrastruktur nicht erreicht werden können. Es ist davon auszugehen, dass sich diese Tendenz mit dem fortschreitenden Glasfaserausbau und der Kundenmigration mittel- bis langfristig weiter verstärkt.

586. Da Swisscom sowohl die Kontrolle über die Kupferkabelnetze und in den Alleinbaugebieten auch über die Glasfasernetze hat, besteht aufgrund der Entwicklung in den letzten Jahren eine Situation, gemäss derer von den Kabelnetzen nur ein geringer und sich weiter abschwächender disziplinierender Einfluss auf Swisscom im Endkundenmarkt für Breitbandinternet ausgehen dürfte.

587. In Regionen, in denen lediglich Swisscom über eine Netzinfrastruktur verfügt, ist somit nur von wenig aktuellem Wettbewerbsdruck auszugehen.

588. In preislicher Hinsicht verlangen die meisten FDA für die von ihnen unter gleichem Namen angebotenen Fernmeldedienstprodukte schweizweit einheitliche Preise. Da sich die unter dem gleichen Namen zu erbringenden Leistungen aber je nach Regionen und zur Verfügung stehender Datenübertragungsnetzinfrastruktur unterscheiden, kann nicht von schweizweit einheitlichen Preisen ausgegangen werden. Daher ist auch die mögliche Übertragung von Wettbewerbsdruck von wettbewerbsintensiveren Regionen auf andere Regionen eingeschränkt.

B.5.1.2.3.2 Potenzieller Wettbewerb

589. Zwar können alternative FDA durch den Bezug von Vorleistungsprodukten jederzeit in den Markt eintreten und als weitere Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich tätig werden. Die Möglichkeiten, zusätzlichen Wettbewerbsdruck auf Swisscom auszuüben, sind allerdings begrenzt, soweit sie nicht über einen Layer 1-Zugang verfügen und damit eigenständig neue, innovative Übertragungstechnologien einsetzen können.

B.5.1.2.3.3 Stellung der Marktgegenseite

590. Die Marktgegenseite sind private Endkunden, die Fernmeldedienste nachfragen. Sie sind als atomistische Endkunden anzusehen und daher reine Preisnehmer. Sie haben somit keine Möglichkeit, einen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom auszuüben.

B.5.1.2.3.4 Zwischenergebnis

591. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann die Frage der Marktbeherrschung von Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich letztlich offengelassen werden. So ist das Bundesgericht in einem vergleichbaren Verfahren bereits implizit zum Schluss gekommen, dass vom Endkundenmarkt für Breitbandinternet und Breitbandanbindung kein ausreichender disziplinierender Wettbewerbsdruck ausgeht, der einen Kartellrechtsverstoss auf den Vorleistungsmärkten verhindern würde. In keinem Fall erscheint eine Konstellation ersichtlich, in welcher Wettbewerbsdruck im Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich einen für die vorliegende Untersuchung massgeblichen disziplinierenden Einfluss auf den Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ausüben würde, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind.

B.5.1.2.4 Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

B.5.1.2.4.1 Aktueller Wettbewerb

592. In der Schweiz verfügt Swisscom über das am besten ausgebaute Netzwerk zur leitungsgebundenen elektronischen Datenübertragung im Anschlussbereich.⁵⁰⁶ Insbesondere im Hinblick auf die Bereitstellung von symmetrischen Breitbandanbindungen, wie sie regelmässig im Geschäftskundenbereich nachgefragt werden, verfügt einzig Swisscom über eine entsprechende flächendeckende Infrastruktur. Regional bieten zudem alternative Glasfasernetzbetreiber (wie z.B. EVU) ebenfalls entsprechende Vorleistungsprodukte an. Aus diesem Grund ist einzig Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in der Lage, anderen FDA Vorleistungen für Breitbandanbindungen in der ganzen Schweiz flächendeckend anzubieten. Dennoch bestehen zumindest regional Alternativangebote über die bereits bestehenden alternativen Glasfasernetze. Die Möglichkeit, punktuell in einigen Regionen auf alternative Vorleistungsanbieter auszuweichen, bewirkt aber insgesamt keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck, um Swisscom dahingehend zu disziplinieren, dass eine marktbeherrschende Stellung zu verneinen wäre.

593. Zwar verfügen auch Kabelnetzbetreiberinnen über eine gewisse Anzahl an Anschlüssen zum Endkunden.⁵⁰⁷ Diese sind allerdings im Geschäftskundenbereich aufgrund ihrer technologischen Eigenschaften kaum einsetzbar. Da Kabelanschlüsse über Hubs an einer Kopfstation zusammenlaufen und die Kabelnetzarchitektur auf eine Punkt-zu-Mehrpunkt-Kommunikation ausgerichtet ist, müssen sich alle Teilnehmer an einem Hub die vorhandene Bandbreite teilen.⁵⁰⁸ Dies hat zur Folge,

⁵⁰⁶ Vgl. RPW 2016/1, 178 Rz 344 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁵⁰⁷ Vgl. RPW 2016/1, 178 Rz 345, *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁵⁰⁸ Vgl. Kabelnetz-Architektur, <www.elektronik-kompodium.de/sites/kom/1510061.htm> (27.3.2023).

dass sich sowohl symmetrische als auch garantierte Bandbreiten über die Kabelnetzinfrastruktur kaum realisieren liessen. Symmetrische und garantierte Bandbreiten sind jedoch im Geschäftskundenbereich meistens Voraussetzungen für entsprechende Angebote an Geschäftskunden. Zudem bieten die einzelnen Kabelnetzbetreiberinnen in der Schweiz ohnehin keine Wholesale-Angebote an (vgl. Rz 567).

594. Damit ist im Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich schweizweit kein wirklicher aktueller Wettbewerb ersichtlich.

B.5.1.2.4.2 Potenzieller Wettbewerb

595. Soweit alternative FDA über eine eigene Glasfasernetzinfrastruktur verfügen oder einen Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur erhalten, ist es für sie grundsätzlich möglich, als Vorleistungsanbieter im Markt tätig zu sein (vgl. Abbildung 8). Um eine bessere Auslastung zu gewährleisten und damit die Investitionen in die Entbündelung einer Anschlusszentrale zu amortisieren, kann es für eine alternative FDA unter gewissen Voraussetzungen sinnvoll sein, basierend auf einem Layer 1-Zugang solche Vorleistungsprodukte im Markt anzubieten.

596. Für FDA, die Interesse an einer künftigen Glasfaser-Partnerschaft mit Swisscom haben, indem sie beispielsweise Zugang zu einem kompletten PON-Baum in einem oder mehreren Anschlussnetzen nachfragten, könnte ein Markteintritt in den Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich eine wirtschaftlich sinnvolle Option darstellen. Voraussetzung hierzu wäre allerdings, dass ein entsprechender Zugang bestehen würde, auf dessen Basis mittels eigener aktiver Netzelemente (Sende- und Empfangsmodems) Breitbanddienste angeboten werden könnten. Im Laufe der Untersuchung wurde lediglich die Glasfaser-Partnerschaft zwischen Swisscom und Salt konkreter weiterverfolgt. Mit einem Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom wäre es Salt zumindest theoretisch möglich gewesen als Anbieterin auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich aufzutreten. Salt ist bisher aber noch nicht als Anbieterin in diesen Markt eingetreten. Die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt wurde zudem in der Zwischenzeit entsprechend den neuen Gegebenheiten (P2P-Netzarchitektur) angepasst (vgl. Rz 508).

B.5.1.2.4.3 Stellung der Marktgegenseite

597. Die Marktgegenseite sind FDA, die zur Erbringung von Fernmeldediensten Wholesale-Produkte von Swisscom nachfragen. Diese FDA sind in einer vergleichbaren Lage wie FDA, die einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur von Swisscom nachfragen (vgl. Rz 558 f.), weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.

598. Die Marktgegenseite kann somit keinen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

B.5.1.2.4.4 Zwischenergebnis

599. Zum heutigen Zeitpunkt bestehen neben den schweizweiten Wholesale-Angeboten von Swisscom lediglich regionale Wholesale-Angebote von alternativen Glasfasernetzbetreiberinnen. Zumindest in denjenigen

Regionen, in denen keine alternativen Glasfasernetzbetreiberinnen tätig sind, ist Swisscom als marktbeherrschend zu qualifizieren. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann offengelassen werden, ob auch in denjenigen Regionen, in denen alternative Glasfasernetzbetreiberinnen tätig sind, Swisscom dennoch als marktbeherrschend zu qualifizieren ist.

600. Unabhängig von der Frage, ob Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich marktbeherrschend ist, kann vorliegend eine Konstellation ausgeschlossen werden, welche eine disziplinierende Wirkung auf Swisscom hat im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind.

B.5.1.2.5 Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

B.5.1.2.5.1 Aktueller Wettbewerb

601. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich sind verschiedene FDA tätig.⁵⁰⁹

602. Wie allerdings bereits in der Analyse zur Marktstellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich dargelegt wurde, sind in Regionen, in denen keine alternative Glasfasernetzbetreiberin tätig ist, mangels alternativer Netzinfrastrukturen so gut wie sämtliche FDA auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Damit kontrolliert Swisscom in diesen Gebieten sowohl sämtliche Wettbewerbsparameter im Vorleistungsmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich und mit wenigen Ausnahmen auch im Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (vgl. Abbildung 8).

603. In Regionen, in denen alternative Glasfasernetzbetreiberinnen bestehen, können je nach Wettbewerbsverhältnissen auf den Vorleistungsmärkten durchaus Konstellationen entstehen, in denen FDA punktuell mit Swisscom in Wettbewerb treten. Dies hängt allerdings insbesondere von der entsprechenden Nachfrage der Geschäftskunden ab. Sobald Geschäftskunden Breitbandanbindungen in verschiedenen Regionen nachfragen und nicht in sämtlichen dieser Regionen alternative Glasfasernetzbetreiberinnen tätig sind, die mit Swisscom im Wettbewerb stehen, ist der aktuelle Wettbewerb eingeschränkt. Dies vor allem weil alternative FDA in Regionen, in denen kein alternatives Glasfasernetz besteht und kein Layer 1-Zugang möglich ist, zwingend auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen sind.

⁵⁰⁹ Vgl. RPW 2016/1, 182 Rz 358 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

B.5.1.2.5.2 Potenzieller Wettbewerb

604. Zwar sind neue Markteintritte auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich basierend auf den im Markt angebotenen Vorleistungsprodukten möglich. Da aber in Regionen, in denen kein alternatives Glasfasernetz zur Verfügung steht und kein Layer 1-Zugang möglich ist, lediglich die Vorleistungsprodukte von Swisscom nachgefragt werden können, besteht für alternative FDA keine Möglichkeit, durch einen Markteintritt Wettbewerbsdruck auf Swisscom aufzubauen. Da mangels Markteintritten von alternativen schweizweit tätigen Glasfasernetzbetreiberinnen keine wesentlichen Veränderungen in den Vorleistungsmärkten zu erwarten sind, erscheint ein über den bereits in Abschnitt B.5.1.2.5.1 hinausgehender Wettbewerbsdruck unwahrscheinlich.

605. In Gebieten, in denen ein Glasfasernetz mit einem Layer 1-Zugang besteht oder künftig gebaut wird, ist hingegen von geringeren Hürden für Markteintritte auszugehen.

B.5.1.2.5.3 Stellung der Marktgegenseite

606. Die Marktgegenseite sind geschäftliche Endkunden, die Fernmeldedienste nachfragen. Je nach Nachfragevolumen können sie mit FDA unter gewissen Umständen Mengenrabatte aushandeln. Diese Möglichkeiten genügen aber in keiner Weise, um eine disziplinierende Wirkung auf Swisscom auszuüben.

B.5.1.2.5.4 Zwischenergebnis

607. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann auf eine abschliessende Bewertung der Marktstellung von Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich verzichtet werden. Dies insbesondere, weil nicht davon auszugehen ist, dass von diesem Markt ein wesentlicher Wettbewerbsdruck ausgeht, der Swisscom im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, disziplinieren würde.

B.5.1.3 Fazit

608. Die Analyse der Marktstellung von Swisscom hat ergeben, dass Swisscom zumindest auf dem für die vorliegende Untersuchung relevanten Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, eine marktbeherrschende Stellung innehat.

B.5.2 Unzulässige Verhaltensweisen

B.5.2.1 Einleitung

609. Das KG verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, sondern einzig deren Missbrauch.⁵¹⁰ Eine marktbeherrschende Stellung 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. Wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält, liegt ein kartellrechtlich problematisches Verhalten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen erst dann vor, wenn zur Marktbeherr-

schung als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzukommt. Daher kommt marktbeherrschenden Unternehmen eine besondere Verantwortung für ihr Verhalten zu.

610. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.⁵¹¹

611. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt manifestiert oder auswirkt. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.⁵¹²

612. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite benachteiligt (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens), indem dieser z.B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch «ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung».⁵¹³

⁵¹⁰ BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *SIX/DCC*.

⁵¹¹ Vgl. zum Ganzen: BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *SIX/DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569; EVELINE CLERC/PRANVERA KÉLEZI, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 7 I N 91 ff.

⁵¹² BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569.

⁵¹³ BGE 139 I 72 E. 10.1.1., *Publigroupe*, m.w.H.

613. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht⁵¹⁴, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.⁵¹⁵

614. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.⁵¹⁶ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.⁵¹⁷

615. Wie das Bundesgericht wiederholt⁵¹⁸ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten. Namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. «legitimate business reasons») zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.⁵¹⁹ Solche Gründe sind insbesondere dann gegeben, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.⁵²⁰

616. Folgendes ist hinsichtlich des ersten Schritts, der Herausarbeitung der Wettbewerbsverfälschungen, zu präzisieren: Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist hierfür eine auswirkungsbezogene Analyse *nicht* notwendig.⁵²¹ Erforderlich, aber auch hinreichend, ist der Nachweis *potenziell* nachteiliger Wettbewerbseffekte.⁵²² Es ist also nicht der Eintritt des missbilligten Erfolgs selbst nachzuweisen, d.h. eine effektiv eingetretene Wettbewerbsverfälschung, sondern nur, aber immerhin, «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs».⁵²³ Gemäss Bundesgericht handelt es sich m.a.W. um einen «Gefährdungstatbestand».⁵²⁴ Indem das Bundesgericht im selben Urteil zugleich betont, dass massgebend sei, «dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsbeschränkung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird»⁵²⁵, hat es auch klargestellt, dass «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs» im konkreten Einzelfall dargetan sein muss. Somit ist – vergleichbar mit einem konkreten Gefährdungsdelikt im Strafrecht⁵²⁶ – beim ersten Schritt nur nachzuweisen, dass im spezifischen Fall eine Gefahr der Wettbewerbsverfälschung besteht, wobei die Gefahr nicht bloss theoretisch (entsprechend etwa dem abstrakten Gefährdungsdelikt im Strafrecht) sein darf.⁵²⁷ Dasselbe Erfordernis, d.h., dass im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung nachzuweisen ist, wird teilweise auch mit etwas anderen Begrifflichkeiten charakterisiert: So etwa, wenn die

WEKO in einem Entscheid ausführt, zur «Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die *Wahrscheinlichkeit* massgebend, dass die zu beurteilende [Verhaltensweise] zu einer Wettbewerbsverfälschung führt», oder wenn sie nach der Beurteilung des spezifischen Einzelfalls festhält, die beurteilte Verhaltensweise «ist deshalb *geeignet*, den *Wettbewerb* im Markt für Strassenbau *zu verfälschen*»⁵²⁸. Auch die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts dürfte der Rechtsprechung des Bundesgerichts entsprechen.⁵²⁹

617. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung in Bezug auf Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Abs. 1 KG entwickelt. Da es sich bei Abs. 2 um einen blossen Beispieldkatalog handelt und diese Beispiele stets im Zusammenhang mit Abs. 1 zu beurteilen sind (vgl. Rz 614), kann es sich bei den anderen Beispielen, bzw. bei Art. 7 KG insgesamt nicht anders verhalten. Oder anders gesagt: Dass es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt

⁵¹⁴ Vgl. RICHARD STÄUBLE/FELIX SCHRANER in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 N 86 und 133; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique*.

⁵¹⁵ BGE 139 I 72 E. 8.2.3 und E. 10.1.2, *Publigroupe*; RPW 2016/1, 123 Rz 440, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; trotz Bezugnahme in der Rechtsprechung erfolgt die konkrete Beurteilung stets anhand des Konzepts der «legitimate business reasons».

⁵¹⁶ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 570.

⁵¹⁷ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 570.

⁵¹⁸ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGer, 2C 596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

⁵¹⁹ BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C 596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

⁵²⁰ BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 (m.H. auf BGE 139 I 72 E. 10.1.2), *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁵²¹ BGer, 2C 596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *SIX/DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, *Hallenstadion*.

⁵²² BGer, 2C 596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, *SIX/DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, *Hallenstadion*.

⁵²³ BGer, 2C 596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *SIX/DCC*.

⁵²⁴ BGer, 2C 596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *SIX/DCC*.

⁵²⁵ BGer, 2C 596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *SIX/DCC*, m.w.H. auf BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁵²⁶ Vgl. etwa ANDREAS DONATSCH/GUNHILD GADENZI/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl. 2022, 104 ff.; MARTIN KILLIAS/NORA MARKWALDER/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechtzbuchs, 2017, Rz 214 ff.

⁵²⁷ In dieselbe Richtung geht die Rechtslage in der EU. Siehe überblicksartig dazu und mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen LINSEY MCCALLUM ET AL., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 f. Erforderlich, aber auch hinreichend, sind «potential effects». Blosser «hypothetical effects» genügen noch nicht, während «actual anticompetitive effects» nicht erforderlich sind. Zu berücksichtigen sind bei dieser Beurteilung die konkreten Umstände des Einzelfalls.

⁵²⁸ So die Formulierungen in RPW 2023/4, 866 Rz 670 und 675, *Be-lagswerke Bern*, Hervorhebung nicht im Original.

⁵²⁹ Vgl. die Formulierungen in Rz 1202 ff. von BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, *DCC*, und vor allem die Ausführungen zum Beweismass in Rz 1214 ff. hinsichtlich des «Nachweis[es] einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb».

handelt, bei dem die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung nachzuweisen ist, gilt für Art. 7 KG generell, nicht nur isoliert für Bst. f des Beispielkatalogs. So hat die WEKO dieses Verständnis von Art. 7 KG denn auch in Bezug auf eine Verhaltensweise angewandt, die sie unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG subsumierte.⁵³⁰

B.5.2.2 Vorbringen von Swisscom zur Art. 102 AEUV

618. Swisscom weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass in Europa Glasfasernetze primär in einer P2MP-Topologie gebaut würden und damit in Europa in aller Regel kein Layer 1-Zugang zur Verfügung stehe. Diese Bauweise sei in Europa offensichtlich kartellrechtskonform und mit Art. 102 AEUV zu vereinbaren. Andernfalls müsste es in der EU und den Mitgliedstaaten eine Reihe von Kartellverfahren geben, was nicht der Fall sei.⁵³¹

619. Swisscom bringt hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem schweizerischen Kartellrecht und dem EU-Kartellrecht vor, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das schweizerische KG materiell dem EU-Kartellrecht nachgebildet ist und daher für die Auslegung von Art. 7 KG auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 AEUV zurückgegriffen werden könne.⁵³² Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt seien, könne für die Auslegung und Praxis von Art. 7 KG deshalb ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden. Würden also gleiche Sachlagen vorliegen, so könne primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollten.⁵³³

620. Aus der Tatsache, dass in der EU primär mit einer P2MP-Netzarchitektur gebaut und kein Verfahren gegen eine entsprechende Netzbetreiberin nach Art. 102 AEUV geführt werde, könne gemäss Swisscom geschlossen werden, dass kein Verstoss gegen Art. 102 AEUV vorliege. Damit könne auch in der Schweiz kein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegen.⁵³⁴

621. Diese Sichtweise ist verkürzt. Auf der einen Seite kann rein aus der Abwesenheit eines Kartellverfahrens in der EU nicht auf eine kartellrechtliche Zulässigkeit in der Schweiz geschlossen werden. Auf der anderen Seite blendet Swisscom aus, dass sich die Ausgangslage in anderen europäischen Ländern entscheidend von derjenigen in der Schweiz unterscheidet.

622. Im Gegensatz zu den meisten anderen Staaten in der EU bleibt der Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur in der Schweiz vollständig unreguliert, weshalb mögliche Einflüsse auf den Wettbewerb aus den regulatorischen Vorgaben – anders als in der EU – in der Schweiz nicht bestehen. Vor dem Hintergrund eines vollständigen Fehlens einer sektorspezifischen Regulierung in Bezug auf die Nutzung der Glasfasernetztechnologie liegt in der Schweiz kein spezialgesetzliches Korrektiv vor, welches möglichem missbräuchlichem Verhalten marktbeherrschender FDA Einhalt gebieten und damit notwendigen kartellrechtlichen Eingriffen vorbeugen würde. Dementsprechend kommt in der Schweiz das Kartellgesetz uneingeschränkt zur Anwendung.

623. Aber auch in der EU gibt es Beispiele, die zeigen, dass die P2P-Netzarchitektur zur Anwendung kommt bzw. die nationalen Behörden Vorgaben gemacht haben, damit die Glasfasernetzinfrastruktur in einer P2P-Netzarchitektur ausgebaut wird. So wird beispielsweise die Netzinfrastruktur in Schweden in einer P2P-Netzarchitektur errichtet. Auch in Belgien hat 2018 der Sektorregulator BIPT verfügt, dass das marktbeherrschende Unternehmen Proximus Dritten einen physischen Zugang zu seinem Glasfasernetz zu gewährleisten hat.⁵³⁵ Die EU-Kommission hat zudem bei der Prüfung zweier Zusammenschlussvorhaben im Jahr 2021 zum Bau eines P2P-Netzes im nördlichen und südlichen Teil von Belgien die regulatorischen Vorgaben für Proximus, die auch für die Aktivitäten von Gemeinschaftsunternehmen gelten, berücksichtigt und die Zusammenschlussvorhaben auch aufgrund dieser Vorgaben schlussendlich zugelassen.⁵³⁶

624. Weiter ist zu beachten, dass die EU-Kommission in einem ähnlich gelagerten Fall im Gasversorgungsbereich eine Verletzung von Art. 102 AEUV durch eine Lieferverweigerung festgestellt hat. Dabei hatte es das Unternehmen ENI Spa (nachfolgend: ENI) unter anderem durch strategisch motivierte Beschränkung der Investitionen unterlassen, für Wettbewerber ausreichende Transportkapazitäten zur Verfügung zu stellen, um damit einem geringeren Wettbewerbsdruck in den nachgelagerten Märkten ausgesetzt zu sein.⁵³⁷ Insbesondere hat die EU-Kommission festgehalten, dass sich ENI bewusst gewesen war, dass zur Deckung der Nachfrage zusätzliche Transportkapazitäten bereitgestellt werden mussten und dass ENI als Inhaber einer wesentlichen Einrichtung verpflichtet war, Dritten Zugang zu gewähren sowie die Erweiterung von Kapazitäten wohlwollend zu prüfen, die Dritte, wenn überhaupt, nur zu höheren Kosten duplizieren könnten.⁵³⁸ Die EU-Kommission kam zum Schluss, dass ENI eine strikte Kontrolle über die Transportkapazitäten behalten wollte und sich der Tatsache bewusst war, dass zusätzliche, Dritten unmittelbar zugeteilte Transportkapazitäten zu mehr Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten geführt hätte.⁵³⁹ Gemäss EU-Kommission war das Ergebnis der Strategie ein Interessenkonflikt bei ENI gewesen, der sich daraus ergeben habe, dass sich einerseits die Bereitstellung von Kapazitäten für nachgelagerte Wettbewerber auf dem italienischen Markt nachteilig auf die Rentabilität des eigenen

⁵³⁰ RPW 2023/4, 866 Rz 670, *Belagswerke Bern*.

⁵³¹ Vgl. act. 1025, Rz 226 ff. bzw. 233 ff.

⁵³² Vgl. act. 1025, Rz 226 zu BGE 146 II 217 E. 4.3, *Preispolitik Swisscom ADSL* und BGE 139 I 72 E. 8.2.3, *Publigroupe*.

⁵³³ Vgl. act. 1025, Rz 226 zu BGE 146 II 217 E. 4.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁵³⁴ Vgl. act. 1025, Rz 227 ff.

⁵³⁵ Vgl. Entscheid der BIPT vom 29.6.2018, «Analysis of the broadband and television broadcasting markets 2018», <www.bipt.be/operators/topic/decision-of-29-june-2018-analysis-of-the-broadband-and-television-broadcasting-markets-2018> (10.1.2024).

⁵³⁶ Vgl. EU-KOMM, COMP/M.10070 vom 26.7.2021, Rz 126 und Rz 161, *Eurofiber/Proximus/JV*.

⁵³⁷ Vgl. EU-KOMM, COMP/39.315 vom 29.9.2010, Abschnitt 4.5.3, *ENI*.

⁵³⁸ Vgl. EU-KOMM, COMP/39.315 vom 29.9.2010, Rz 56, *ENI*.

⁵³⁹ Vgl. EU-KOMM, COMP/39.315 vom 29.9.2010, Rz 58, *ENI*.

Gasversorgungsgeschäfts ausgewirkt hätte, jedoch andererseits die Gewinne aufgrund des Ausbaus der Transportkapazitäten nur moderat gestiegen wären. Durch die strategisch motivierte Beschränkung der Investitionen wollte ENI somit zulasten der Gewinne auf Transportebene seine Gewinne auf dem nachgelagerten Markt sichern, um die Gesamtgewinne zu maximieren.⁵⁴⁰

625. Auch in einen früheren Fall bejahte die EU-Kommission bei der Flughafen Frankfurt/Main AG (nachfolgend: FAG) eine Lieferverweigerung gemäss dem damals geltenden Art. 86 des EG-Vertrags. Die EU-Kommission sah darin einen Verstoß der FAG, selbst wenn diese zur Beseitigung des angeblichen Engpasses eine Umgestaltung der vorhandenen Infrastruktur hätte vornehmen und entsprechende Investitionskosten (zwischen damals DM 35 und DM 70 Mio.) hätte aufwenden müssen. Die FAG hatte vorgebracht, dass die Umgestaltung der vorhandenen Infrastruktur nicht realisiert worden war, da die erforderlichen Investitionskosten auf die Flughafennutzer hätten umgelegt werden müssen.⁵⁴¹

B.5.2.3 Relevante Verhaltensweise von Swisscom

626. Die vorliegend zu beurteilende relevante Verhaltensweise von Swisscom liegt in der Änderung der Netzbaustrategie (vgl. Rz 1 ff.). Mit der Änderung ihrer Netzbaustrategie von einer P2P-Netzarchitektur auf eine P2MP-Netzarchitektur hat Swisscom den Entscheid getroffen, auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrasturktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, ab dem Zeitpunkt des Strategiewechsels keine Layer 1-Zugänge mehr für neu errichtete Glasfaseranschlüsse anzubieten. Swisscom verfügt in diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. Absatz B.5.1.2.1.3).

627. Durch diese Verhaltensweise können insbesondere die beiden Tatbestände der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG und die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt werden. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden nachfolgend diese beiden Tatbestände geprüft (vgl. Abschnitt B.5.2.3.1 und B.5.2.3.2). In diesem Zusammenhang wird auch geprüft, ob Swisscom durch ihre Verhaltensweise gegen Art. 7 Abs. 1 KG verstösst und damit auch die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sind. Art. 7 Abs. 1 KG umfasst den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, der zu einer Behinderung von Wettbewerbern oder zur Benachteiligung der Marktgegenseite führt. Die Voraussetzungen für einen Missbrauch wird nachfolgend jeweils unter den jeweiligen Tatbestandselementen von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und e KG geprüft. Die Prüfung der sachlichen Gründe, welche ein an sich missbräuchliches Verhalten rechtfertigen können wird im Anschluss an die beiden Missbrauchstatbestände von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und e KG gemeinsam in einem separaten Abschnitt (vgl. B.5.2.4) geprüft. Dies insbesondere, da die von Swisscom angeführten sachlichen Gründe für beide Missbrauchstatbestände in gleicher Weise geltend gemacht werden.

628. Die von Swisscom an den Tag gelegte Verhaltensweise im Rahmen der Netzbaustrategie könnte auch

unter weitere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 fallen, wie etwa eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG oder eine Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG. Die Behinderung oder Benachteiligung anderer Unternehmen ist dabei jedoch in erster Linie auf die Verhaltensweise von Swisscom zurückzuführen, ihnen den Layer 1-Zugang auf der Vorleistungsebene zu verweigern. Die weiteren in Frage kommenden Tatbestände werden folglich nicht eigenständig geprüft.

B.5.2.3.1 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

629. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.⁵⁴² Art. 7 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb erschwert oder behindert wird.

630. Um die vorliegend festgestellten Verhaltensweisen auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu prüfen, erfolgt eine Vorgehensweise anhand der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.⁵⁴³ Diese Vorgehensweise fasst die einzelnen vom BVGer genannten Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale zusammen (vgl. auch Fn 554–557).⁵⁴⁴

631. Gemäss dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV⁵⁴⁵) und der daraus abgeleiteten Vertragsfreiheit steht es Unternehmen frei, zu denjenigen Handelspartnern Geschäftsbeziehungen aufzunehmen oder aufrechtzuerhalten, welche sie für angemessene Vertragspartner halten.⁵⁴⁶ Daher unterliegt ein marktbeherrschendes Unternehmen keiner prinzipiellen Kontrahierungspflicht alleine aufgrund des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung.⁵⁴⁷ Allerdings hat die Wettbewerbspraxis aufgezeigt, dass bei Vorliegen von bestimmten Umständen die Einschränkung der Privatautonomie eines marktbeherrschenden Unternehmens im Hinblick auf eine Kontrahierungspflicht gerechtfertigt sein kann, um dadurch die Aufrechterhaltung eines ausreichenden Wettbewerbs in einem relevanten Markt sicherzustellen.⁵⁴⁸

⁵⁴⁰ Vgl. EU-KOMM, COMP/39.315 vom 29.9.2010, Rz 59, ENI.

⁵⁴¹ Vgl. EU-KOMM, IV/34.801 vom 14.1.1998, Rz 87, FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG.

⁵⁴² Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 776 f., DCC; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Auflage, 2021, Art. 7 KG N 181.

⁵⁴³ Vgl. zum Ganzen insb.: RPW 2021/1, 187 f. Rz 274, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2021/1, 248 f. Rz 150, *Netzbaustrategie Swisscom*; RPW 2020/4, 1877 f. Rz 120, *Netzzugang EGZ und ewl*; RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*; vgl. auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800, DCC; ebenso BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 216 ff.

⁵⁴⁴ Zu den Kriterien ist gemäss BVGer zu beachten, dass die Auflistung dieser Sachpunkte lediglich ihrer Bedeutung in der bisherigen Wettbewerbspraxis entspricht. Vorderhand sei dabei unbeachtlich, inwieweit einzelne der vorgenannten Kriterien unter dogmatischen Gesichtspunkten allenfalls zusammengefasst werden sollten oder nicht (BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 802, DCC).

⁵⁴⁵ Bundesverfassung vom 18.4.1999 der Schweizer Eidgenossenschaft (BV; SR 101).

⁵⁴⁶ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 514), Art. 7 KG N191.

⁵⁴⁷ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 777, DCC.

⁵⁴⁸ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 778, DCC.

632. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierbei den «Lieferabbruch», die «Lieferungsverweigerung», die «Zugangsverweigerung», die «Lizenzverweigerung», und den «Vertriebsausschluss» als Varianten der Geschäftsverweigerung identifiziert.⁵⁴⁹ Alle Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung beruhen dabei auf dem Umstand, dass mit der Ablehnung von Geschäftsbeziehungen die sich aus einer marktbeherrschenden Stellung ergebende Machtposition auf dem beherrschten Markt abgesichert oder weiter verstärkt oder sogar auf einen anderen Markt ausgedehnt werden kann, ohne dass hierzu Mittel des Leistungswettbewerbs zum Einsatz kommen.⁵⁵⁰ Soweit über den beherrschten Markt hinaus ein weiterer oder mehrere weitere Märkte von der Ablehnung einer Geschäftsbeziehung erfasst werden, ergibt sich ein Machttransfer vom beherrschten auf den weiteren Markt bzw. die weiteren Märkte.

633. Gemäss Bundesverwaltungsgericht sind hinsichtlich der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen die Tatbestandsmerkmale der «marktbeherrschenden Stellung und des massgeblichen Marktes», die «Geschäftsbeziehung», das «Eingehungsverlangen», die «Ablehnungshandlung», die «Besonderheiten im Einzelfall», die «Wettbewerbsverfälschung» sowie das «Fehlen einer Rechtfertigung» in allen Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG zu prüfen.

634. In der Literatur werden im Wesentlichen als Tatbestandsmerkmale identifiziert die Nichtaufnahme einer potenziellen Geschäftsbeziehung, welche sich dadurch realisiert, dass ein potenzieller Geschäftspartner erfolglos versucht, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen eine geschäftliche Beziehung einzugehen,⁵⁵¹ und die Unerlässlichkeit der Produkte bzw. Dienstleistungen für die wirtschaftliche Tätigkeit.⁵⁵² Diese Tatbestandsmerkmale werden durch die allgemeinen aus Art. 7 Abs. 1 KG abgeleiteten Tatbestandsmerkmale ergänzt. Demnach muss die Verhaltensweise zu einer Behinderung (wettbewerbsverdrängender Effekt) oder Benachteiligung (die Konsumentenwohlfaht beeinträchtigender Effekt) führen und zwischen dem verweigernden Verhalten und den Effekten muss ein Kausalzusammenhang bestehen.⁵⁵³

635. Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.⁵⁵⁴
- Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.⁵⁵⁵
- Die Verweigerung ist geeignet, den Wettbewerb zu behindern.⁵⁵⁶
- Für die Verweigerung liegen keine sachlichen Gründe («legitimate business reasons») vor.⁵⁵⁷

636. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt steht die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs zu der bereits errichteten bzw. noch zu errichtenden Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom auf dem Markt für den Zugang

zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in Frage, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind. Hierbei handelt es sich um eine «Zugangsverweigerung» zur leitungsgebundenen Telekommunikationsinfrastruktur von Swisscom.

637. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass sie nicht verpflichtet sei, in der Schweiz ein Glasfasernetz zu bauen und überall dort, wo ein Layer 1-Angebot möglich sei, dieses sämtlichen FDA diskriminierungsfrei anbiete. Daher würde keine Geschäftsverweigerung vorliegen.⁵⁵⁸ Vielmehr solle Swisscom durch die WEKO-Massnahmen dazu verpflichtet werden, ein heute nicht bestehendes Angebot zu schaffen.⁵⁵⁹ Hierfür würde nach Meinung von Swisscom Art. 7 KG keine Grundlage bieten, da Art. 7 KG ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht dazu verpflichten würde Produkte bzw. Angebote herzustellen, über die es aktuell noch gar nicht verfüge, damit diese von Dritten bezogen werden könnten.

638. Der von Swisscom unterstellte Sachverhalt, wonach Swisscom gezwungen würde ein bisher im Markt nicht bestehendes Angebot herzustellen, ist falsch. Swisscom errichtet eine Glasfasernetzinfrastruktur und nutzt den Zugang zu dieser Glasfasernetzinfrastruktur selbst. Damit ist Swisscom gleichzeitig Erbringerin und Nachfragerin der von ihr im Markt bereitgestellten Leistung, welche in der physischen Netzinfrastruktur besteht. Swisscom wird von den Wettbewerbsbehörden gerade nicht dazu verpflichtet eine physische Netzinfrastruktur zu errichten, wie dies Swisscom glaubhaft machen will. Swisscom wird lediglich dazu verpflichtet, Dritten in Gebieten, in denen sie marktbeherrschend ist, einen entsprechenden Zugang zur physischen Netzinfrastruktur ihres Glasfasernetzes zu gewähren.

639. Auch falsch ist die Aussage von Swisscom, dass Art. 7 KG keine ausreichende gesetzliche Grundlage darstelle, ein bisher nicht bestehendes Angebot zu schaffen. So hat beispielsweise das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht im Fall «Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen

⁵⁴⁹ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 780, DCC.

⁵⁵⁰ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 783, DCC mit Hinweisen auf die Literatur.

⁵⁵¹ Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 514), Art. 7 N 204.

⁵⁵² Vgl. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 514), Art. 7 N 207.

⁵⁵³ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 N 216.

⁵⁵⁴ Dieser Voraussetzung können die vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterien «potentielle oder bestehende Geschäftsbeziehung», «Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung», «Ablehnungshandlung» und «Besonderheiten des Einzelfalles» zugewiesen werden (vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC).

⁵⁵⁵ Zu dieser Voraussetzung können vorliegend etwa die vom BVGer genannten Kriterien «marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte» und «Unerlässlichkeit des Einsatzgutes» gezählt werden (vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC).

⁵⁵⁶ Diese Voraussetzung entspricht dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Wettbewerbsverfälschung» (vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC).

⁵⁵⁷ Diese Voraussetzung stimmt mit dem vom BVGer aufgelisteten notwendigen Kriterium «Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung» überein (vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC).

⁵⁵⁸ Vgl. act. 1025, Rz 236.

⁵⁵⁹ Vgl. act. 1025, Rz 237 f.

Währungsumrechnung (DCC)» die Pflicht eines marktbeherrschenden Unternehmens bejaht einen bisher nicht existenten Zugang zu den Schnittstelleninformationen – ein zwar der Six Group AG zur Verfügung stehendes aber im Markt bisher nicht bestehendes (Informations-)Angebot – erst zu schaffen.⁵⁶⁰ Swisscom kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

640. Gleiches gilt für das Vorbringen von Swisscom, wonach kartellrechtliche Pflichten nicht dazu führen dürften, dass der – einem marktwirtschaftlichen System immanente – Vorrang der Eigenrealisierung von Infrastrukturvorhaben unterlaufen werde, indem ein marktbeherrschendes Unternehmen (gleichgültig, ob es bereits eine Infrastruktur kontrolliere) dazu verpflichtet werde, eine neue oder andere Einrichtung zu bauen, zu der dann Zugang gewährt werden müsse.⁵⁶¹ Der Einwand ist unzutreffend. Durch die im Rahmen dieser Verfügung erlassenen Massnahmen wird der Vorrang der Eigenrealisierung von Infrastrukturprojekten nicht unterlaufen, da Swisscom nach wie vor in den Ausbau ihrer Netzinfrastruktur investiert. Dies zeigt gerade auf, dass die Eigenrealisierung von Infrastrukturprojekten nicht grundsätzlich tangiert wird. Zum anderen wird Swisscom weder dazu gezwungen eine neue noch eine komplett andere Netzinfrastruktur zu bauen. Unbestritten ist, dass Swisscom Anpassungen an der Planung und der Ausbauweise ihrer Netzinfrastruktur vornehmen und die bereits in einer kartellrechtswidrigen Weise erstellten P2MP-Anschlüsse ohne Layer 1-Zugang für Dritte anpassen muss. Die von der WEKO im Rahmen dieser Verfügung erlassenen Massnahmen erweisen sich denn auch als verhältnismässig, da die Interessenabwägung ergibt, dass das schutzwürdige Interesse von Swisscom das Interesse anderer FDA am physischen Zugang zur Netzinfrastruktur und das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung wettbewerbblicher Verhältnisse nicht überwiegt (vgl. hierzu nachfolgend Abschnitt B.5.2.3.1.4 i.V.m. B.5.2.4).

641. Auch aus der in der Stellungnahme zitierten Entscheidung des Bundeskartellamts i.S. *Fährhafen Puttgarden* kann Swisscom nichts zu ihrem Vorteil ableiten, da das Bundeskartellamt in diesem Fall einen Zugang zum Fährhafen Puttgarden gerade bejaht hat. Das Bundeskartellamt kommt zu diesem Schluss, obschon eine Mitbenutzung des Fährhafens Puttgarden bauliche Veränderungen der landseitigen Hafenstrukturen voraussetzt und damit höhere Kosten verursacht. Die Notwendigkeit baulicher Anpassungsmassnahmen sei lediglich im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.⁵⁶² Es ist an dieser Stelle nochmals zu betonen, dass Swisscom mit den Massnahmen der WEKO nicht dazu verpflichtet wird, ein Glasfasernetz zu errichten. Swisscom wird lediglich dazu verpflichtet, Dritten in Gebieten, in denen Swisscom marktbeherrschend ist, einen entsprechenden Zugang zur physischen Netzinfrastruktur ihres Glasfasernetzes zu gewähren.

642. Auch aus den allgemeinen Ausführungen des Bundesgerichts im Entscheid «L'Étivaz» kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Bundesgericht hält gerade fest, dass nur dann kein Verstoss durch eine Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG vorliegt, soweit für das Verhalten eine objektive Rechtferti-

gung vorliegt.⁵⁶³ Aus dem Bundesgerichtsurteil kann gerade nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, wonach es in Anwendung des Kartellgesetzes ausgeschlossen wäre, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen dazu verpflichtet werden könne, die Kapazitäten seiner bestehenden Einrichtungen zugunsten von Wettbewerbern zu erhöhen. Vielmehr kann aus dem zitierten Abschnitt lediglich abgeleitet werden, dass kartellrechtlich zu beurteilen ist, ob für eine Zugangsverweigerung ausreichende objektive Gründe vorliegen. Dies ist vorliegend nicht der Fall (vgl. hierzu nachfolgend Abschnitt B.5.2.3.1.4 i.V.m. B.5.2.4).

B.5.2.3.1.1 Geschäftsverweigerung

643. Wie ausgeführt (vgl. Rz 565), verfügt Swisscom auf dem Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, über eine marktbeherrschende Stellung. Dies ist auch der Markt, in welchem Swisscom für diejenigen Bereiche ihres Glasfasernetzes, welche sie in einer P2MP-Netzarchitektur baut, einen Layer 1-Zugang verweigert. Auch wenn die Verhaltensweise von Swisscom zudem Auswirkungen auf die nachgelagerten Märkte nach sich zieht (Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich, Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich und Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich), so ist die Grundkonstellation für einen möglichen Marktmachtmissbrauch bereits gegeben mit dem wirtschaftlichen Verhalten von Swisscom auf dem Markt für den physischen Zugang zur Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind.⁵⁶⁴

644. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt fragen zahlreiche FDA einen Layer 1-Zugang bei Swisscom nach. Diese FDA unterhalten bereits verschiedene Geschäftsbeziehungen mit Swisscom, indem sie Anschlusszentralen entbündeln und einen Layer 1-Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur von Swisscom dort nachfragen, wo Swisscom einen solchen anbietet, namentlich in denjenigen Regionen, in denen Swisscom eine P2P-Netzarchitektur errichtet hat und unterhält. Dabei ist zu berücksichtigen, dass viele FDA auch Anschlusszentralen entbündelt haben oder künftig entbündeln werden, bei denen der Ausbau des Glasfasernetzes noch nicht abgeschlossen bzw. erst in den nächsten Jahren vorgesehen ist. Die intendierte Geschäftsbeziehung besteht daher in der Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang. Indem diese FDA weitere Layer 1-Zugänge für NE nachfragen, verlangen sie als potenzielle Vertragspartner die

⁵⁶⁰ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, DCC sowie BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022, DCC.

⁵⁶¹ Vgl. act. 1025, Rz 239 sowie 241.

⁵⁶² Vgl. act. 1025, Rz 240; Deutsches Bundeskartellamt, Beschluss vom 21.12.1999, B9-63220-T-199/97 & T-16/98, Ziff. 7(c)(1) sowie III., *Puttgarden*.

⁵⁶³ BGE 139 II 316 E. 8, *L'Étivaz*.

⁵⁶⁴ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 818, DCC.

Ausweitung bzw. Erhaltung einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung (für den Fall, dass sie die entsprechende Anschlusszentrale bereits entbündelt haben) oder die Herstellung einer neuen Geschäftsbeziehung mit Swisscom. Damit ist vorliegend das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsbeziehung gegeben.⁵⁶⁵

645. Zumindest Init7 hat einen entsprechenden Layer 1-Zugang bei Swisscom nachgefragt, der von Swisscom jedoch abgelehnt wurde.⁵⁶⁶ Damit ist vorliegend auch die Erklärung eines potenziellen Geschäftspartners (nachfolgend: Initiator) auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung mit Swisscom vorhanden. Die verschiedenen Marktbefragungen haben zudem gezeigt, dass dies auch für weitere FDA gilt, welche das «ALO»-Produkt von Swisscom nachfragen.

646. Ebenso liegt seitens Swisscom eine Ablehnungshandlung vor, da Swisscom Init7 zu den entsprechenden Nutzungseinheiten lediglich einen Layer 2- bzw. Layer 3-Zugang, aber keinen Layer 1-Zugang anbietet. Damit ist aus objektiver Sicht davon auszugehen, dass Swisscom der Aufforderung zur Eingehung von Geschäftsbeziehungen keine Folge leisten wird.⁵⁶⁷ Gemäss Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts ist der Grund der Ablehnungshandlung und der ihr zu Grunde liegende Anlass unerheblich, da dieser erst im Hinblick auf eine allfällige Rechtfertigung der Geschäftsverweigerung Bedeutung erlangt.⁵⁶⁸ Damit ist vorliegend auch das Tatbestandsmerkmal der Ablehnungshandlung erfüllt.

647. Somit ist das erste Tatbestandselement einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (vgl. Rz 635) erfüllt, nämlich die Nichtaufnahme einer potenziellen Geschäftsbeziehung bzw. die Weigerung, eine Geschäftsbeziehung zu unterhalten.

B.5.2.3.1.2 Objektiv notwendiger Input

648. Ein weiteres Tatbestandselement bildet die Unerlässlichkeit des nachgefragten Einsatzgutes (Input) für den Nachfrager.⁵⁶⁹ Mit anderen Worten muss der Nachfrager auf den Erhalt eines Primärproduktes oder eines mit dessen Nutzung in Zusammenhang stehenden sonstigen Gutes im Rahmen der Geschäftsbeziehung durch den Initiator zur Verwendung bei einer von ihm vorgesehenen wirtschaftlichen Betätigung angewiesen sein. Es muss sich daher um einen objektiv notwendigen Input handeln.

649. Bei der inhaltlichen Beurteilung des Grades der Unerlässlichkeit sind die Möglichkeiten der Substitution des Einsatzgutes durch Alternativgüter von Bedeutung.⁵⁷⁰ Hieraus bestimmt sich, wie stark der Nachfrager auf den Erhalt des Einsatzgutes angewiesen ist. Zudem sind auch die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb hinsichtlich der Unerlässlichkeit des Einsatzgutes zu berücksichtigen.⁵⁷¹

650. In der Botschaft zum KG 1995 führt der Gesetzgeber aus, dass ein rechtlicher oder faktischer Kontrahierungszwang etwa dann gegeben ist, wenn ein Unternehmen über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen oder zur Herstellung bestimmter Produkte unerlässlich sind.⁵⁷² Die Wesentlichkeit einer Einrichtung ergibt sich aufgrund von deren Alleinstellung, wenn es sich hierbei um eine rechtlich, faktisch oder ökonomisch nicht oder nur schwer dupli-

zierbare Einrichtung handelt.⁵⁷³ Aufgrund einer solchen Alleinstellung ist sachlogisch, dass die wesentliche Einrichtung als Einsatzgut für eine vorgesehene Nutzung auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auch ohne Weiteres notwendig ist.

651. Zur Beurteilung, ob ein Einsatzgut unerlässlich ist, muss abgeklärt werden, welches Ausmass an Möglichkeiten für eine Substitution des Einsatzgutes durch Alternativgüter noch besteht. Ob die Nutzung des Einsatzgutes als unverzichtbar zu qualifizieren ist⁵⁷⁴, bemisst sich daran, ob ein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz für das Einsatzgut vorhanden ist oder nicht.⁵⁷⁵ Hierbei stellen nur gleichwertige Alternativen ein valables Substitut für ein unerlässliches Einsatzgut dar.⁵⁷⁶ Das Vorliegen nicht gleichwertiger Alternativen steht der Unerlässlichkeit nicht entgegen. Die «Gleichwertigkeit bedeutet dabei eine nahezu identische Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeit».⁵⁷⁷ Auch eine fehlende wirtschaftliche Sinnhaftigkeit für die Herstellung eines Substituts wird unter den Begriff der Unerlässlichkeit subsumiert.⁵⁷⁸ Das Bundesverwaltungsgericht sieht daher die Unerlässlichkeit dann als gegeben an, wenn die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit für den Nachfrager ohne das nachgefragte Gut nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist, weil entweder ein gleichwertiges Alternativgut nicht vorhanden ist oder potenzielle Alternativgüter keine sachlich ausreichende Gleichwertigkeit hinsichtlich ihrer Verwendungsfähigkeit aufweisen.⁵⁷⁹ Darüber hinaus darf keine Möglichkeit zur Herstellung eines gleichwertigen Alternativgutes mit sinnvollen wirtschaftlichen und/oder sachlichen Mitteln innerhalb eines angemessenen Zeitraums bestehen. Irrelevant ist hierbei, ob die vorgesehene wirtschaftliche Betätigung des Nachfragers nach dem Einsatzgut auf einem Sekundärmarkt vollständig oder teilweise verunmöglicht wird, ob die fehlende Verfügbarkeit des Einsatzgutes einen Marktaustritt zur Folge hat oder ob die Einschränkung der Wettbewerbsfähigkeit vorhersehbar war.⁵⁸⁰

652. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt muss für eine fernmeldetechnische Datenübertragung eine Glasfaserleitung als Übertragungsmedium genutzt werden, da keine gleichwertige Alternative existiert. Wie bereits aus der Marktabgrenzung ersichtlich, eignen sich für die Übertragung von Datensignalen mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (symmetrische Datenübertragungsgeschwindigkeiten von mehr als 1 Gbit/s) keine anderen Datenübertragungsmedien (vgl. B.5.1.1.1). Damit ist für die Datenübertragung zwischen

⁵⁶⁵ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 844 ff., DCC.

⁵⁶⁶ Vgl. act. 9, *Anzeige von Init7*.

⁵⁶⁷ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 902 ff., DCC.

⁵⁶⁸ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 903, DCC.

⁵⁶⁹ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 950, DCC.

⁵⁷⁰ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 974, DCC.

⁵⁷¹ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 975, DCC.

⁵⁷² Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 571.

⁵⁷³ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 978, DCC.

⁵⁷⁴ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 988, DCC.

⁵⁷⁵ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 990, DCC.

⁵⁷⁶ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 991, DCC.

⁵⁷⁷ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 991, DCC.

⁵⁷⁸ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 992, DCC.

⁵⁷⁹ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 993, DCC.

⁵⁸⁰ Vgl. BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 995, DCC.

zwei Endpunkten mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten der Zugang zu einem Glasfasernetz unabdingbar, soweit eine FDA eigene Sende- und Empfangsgeräte betreiben will und nicht als reine Wiederverkäuferin vorkonfektionierter Produkte der Netzbetreiberin auftreten möchte. Ohne Zugang zu einem Glasfasernetz stehen ihr keine Möglichkeiten zur Verfügung, eigene Sende- und Empfangsgeräte an eine Glasfasernetzinfrastruktur anzuschliessen und dadurch Datensignale von einem zum anderen Ort zu übertragen. Damit also eine FDA als integrierte Endkundenanbieterin oder als Vorleistungsanbieterin (vgl. Abschnitt A.3.3) im Markt auftreten und in dieser Rolle eigene Datenübertragungsdienstleistungen mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten anbieten kann, ist sie zwingend auf einen Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur angewiesen. Für die Geschäftsmodelle integrierte Endkundenanbieterin und Vorleistungsanbieterin für glasfaserbasierte Datenübertragungsdienstleistungen stellt der Zugang zu einer physischen Netzinfrastruktur demnach einen objektiv notwendigen Input dar.

653. Soweit eine NE lediglich an das Anschlussnetz von Swisscom angeschlossen ist, kann diese NE leitungsgebunden ausschliesslich über das Anschlussnetz von Swisscom erreicht werden (vgl. Ausführungen zur Marktabgrenzung in Abschnitt B.5.1.1.1). Damit verfügt einzig Swisscom über einen Layer 1-Zugang. Es besteht also kein Layer 1-Zugang und damit keine gleichwertige Alternative bei einer alternativen Netzbetreiberin. Wie bereits ausgeführt, stellt auch ein Layer 2- oder ein Layer 3-Zugang keine gleichwertige alternative Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeit dar. Über einen Layer 2- oder Layer 3-Zugang kann nur das Geschäftsmodell der «reinen Endkundenanbieterin» verfolgt werden (vgl. Rz 131 ff.). Die Geschäftsmodelle «Vorleistungsanbieterin» und «integrierte Endkundenanbieterin» stehen einer Nachfragerin nach einem Layer 2- oder Layer 3-Zugang nicht zur Verfügung. Zudem unterliegt die Nutzung eines Layer 2- oder Layer 3-Zugangs den Einschränkungen der von der Netzbetreiberin eingesetzten Datenübertragungstechnologie (z.B. XGS-PON; vgl. Rz 490 ff.). Es können also keine alternativen Datenübertragungstechnologien eingesetzt werden, womit auch die Innovationsfähigkeit eingeschränkt wird (vgl. zum Ganzen ebenfalls Abschnitt A.3.3).

654. Die Miete eines PON-Baumes stellt für verschiedene Nachfrager keine gleichwertige alternative Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeit dar, da ein solcher Zugang auf der einen Seite wirtschaftlich für nachfragende Unternehmen wie beispielsweise Init7 nicht tragbar ist und auf der anderen Seite den technischen Einschränkungen der PON-Technologie unterliegt. So sind Datenübertragungsstandards, welche eine P2P-Netzarchitektur voraussetzen, über einen PON-Baum nicht einsetzbar (vgl. Abschnitt A.3.2). Init7 beispielsweise setzt für die Erbringung ihrer Dienstleistungen aber gerade solche Datenübertragungsstandards ein. Zudem ist es kleineren Anbieterinnen wie Init7 nicht bzw. kaum möglich, die notwendigen Investitionen zu tätigen, um pro Anschlussnetz eine gesamte PON-Infrastruktur nachzufragen (vgl. Rz 508 ff.). Init7 und andere FDA geben zudem an, dass ihr Geschäftsmodell und ihre Geschäftstätigkeit ohne einen Layer 1-Zugang entweder

ernsthaft gefährdet oder verunmöglicht wird, was zu einem Marktaustritt führen würde.⁵⁸¹

655. Ausser Frage steht für die betroffenen FDA, dass der Aufbau einer eigenen Glasfasernetzinfrastruktur aus wirtschaftlicher Sicht ohnehin keine Alternative darstellt.⁵⁸² Ausnahmen stellen FDA dar, welche in einem Gebiet bereits über eine bestehende Netzwerkinfrastruktur verfügen, die günstig ausgebaut werden könnte.

656. Hinsichtlich derjenigen NE, welche an mehrere Anschlussnetze angebunden sind, herrschen dieselben Verhältnisse, soweit bei alternativen Netzbetreiberinnen kein für die FDA nutzbarer Layer 1-Zugang als Substitut zur Verfügung gestellt wird. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die alternative Netzbetreiberin ihr FTTH-Netz ebenfalls in einer P2MP-Netzbauweise errichtet hat.

657. In Bezug auf NE, welche an mehrere Anschlussnetze angebunden sind, können Layer 1-Zugänge bei alternativen Netzbetreiberinnen durchaus ein Substitut zu einem Layer 1-Zugang von Swisscom darstellen. Die Tatsache, dass ein Layer 1-Zugang von alternativen Netzbetreiberinnen angeboten wird, ändert aber grundsätzlich nichts an der Unerlässlichkeit eines Layer 1-Zugangs. Wird ein Layer 1-Zugang von einer alternativen Netzbetreiberin angeboten, so wird die davon betroffene NE dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten zugeordnet, deren NE an mehrere FTTH-Netze angebunden sind. Hierbei handelt es sich um einen räumlich eigenständigen Markt. Im für die vorliegende Untersuchung relevanten Markt ist, wie oben gezeigt, ein Layer 1-Zugang in den Anschlusszentralen von Swisscom unerlässlich. Das ist auch sachlogisch, da eine Nutzungseinheit grundsätzlich nur dann mit leitungsgebundenen Fernmeldediensten ab einer Anschlusszentrale bedient werden kann, wenn eine entsprechende Leitung zum Anschluss der Nutzungseinheit besteht.

658. Insgesamt ist daher auch das zweite Tatbestandselement einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (vgl. Rz 635), nämlich der objektiv notwendige Input, vorliegend gegeben.

B.5.2.3.1.3 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

659. Ungeachtet der spezifischen Tatbestandselemente von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (vgl. Rz 635) ist in jedem Fall nachzuweisen, dass gemäss Art. 7 Abs. 1 KG das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens unter Ausnutzung seiner Marktmacht zu einer Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs oder zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite führt (Tatbestandselement c).

⁵⁸¹ Vgl. act. 244, 250, 253, 285, 294 und 299.

⁵⁸² Vgl. act. 244, 250, 253, 285, 294 und 299.

B.5.2.3.1.3.1 Besondere Interessenlage von Swisscom

660. Vorliegend ist die Marktposition von Swisscom und die sich daraus ergebende besondere Interessenlage hervorzuheben. Swisscom ist ein Telekommunikationsunternehmen, welches sowohl ein Glasfaser- als auch ein Kupferkabelnetz betreibt und auf den nachgelagerten Marktstufen im Vorleistungs- wie auch im Endkundenbereich tätig ist. Sie ist daher als integriertes Unternehmen zu betrachten (vgl. Abbildung 8). Zudem wurde in verschiedenen Verfahren zum Teil rechtskräftig festgestellt, dass Swisscom in mehreren dieser Märkte über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und ihre marktbeherrschende Stellung auf verschiedenen Marktstufen und über verschiedene Marktstufen hinweg missbraucht hat.⁵⁸³

661. Als integriertes Unternehmen, welches in einzelnen seiner Tätigkeitsbereiche marktbeherrschend ist und in anderen über sehr hohe Marktanteile verfügt, hat Swisscom eine grundsätzlich andere Interessenlage eine reine Betreiberin einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur hat. Dies insbesondere, da Swisscom den Grossteil ihrer Umsätze mit Dienstleistungen für Endkunden erwirtschaftet, welche sie auf ihrer leitungsgebundenen Netzwerkinfrastruktur erbringt.⁵⁸⁴ Bereits der Gesetzgeber hat im Rahmen der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes Ende der neunziger Jahre erkannt, dass die Bereitschaft von marktbeherrschenden Telekommunikationsanbieterinnen zur Interkonnektion geringer ist, weshalb staatliche Eingriffe notwendig sind.⁵⁸⁵ An dieser grundsätzlichen Ausgangslage hat sich bis heute nichts geändert. Der Bundesrat sieht im Bericht zur Hochbreitbandstrategie des Bundes denn auch explizit ein anderes Subventionierungsregime für Netzbetreiberinnen vor, die nur im Vorleistungsbereich tätig sind.⁵⁸⁶ Swisscom hat als gewinnmaximierendes⁵⁸⁷, integriertes Unternehmen naturgemäss ein Interesse daran, die im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit generierten Umsätze mit Endkunden bestmöglich zu schützen, so dass ihr diese Ertragsbasis nach Möglichkeit erhalten bleibt oder sie diese weiter ausbauen kann. Hierbei besteht ständig ein latentes Risiko, dass Swisscom in Abweichung vom Leistungswettbewerb ihre einzigartige Markstellung als schweizweite Netzbetreiberin in den vorgelagerten Marktstufen missbraucht, um ihre Gewinne in unzulässiger Weise zu maximieren.

B.5.2.3.1.3.2 Wertschöpfung innerhalb von Swisscom als integriertes Unternehmen

662. Unternehmen erbringen entlang ihrer Wertschöpfungsketten verschiedene Leistungen und schaffen damit einen Mehrwert.⁵⁸⁸ Die Kosten für die Generierung dieses Mehrwerts (inklusive Einkaufskosten) steht den erzielbaren Erträgen für das Ergebnis am Ende der Wertschöpfungskette gegenüber und definiert so die Marge, welche ein Unternehmen generieren kann. Die einzelnen Unternehmen auf gleicher Marktstufe stehen miteinander in Wettbewerb. Der Wettbewerbsvorteil einer Unternehmung besteht im Wesentlichen darin, dass diese strategisch wichtige Aktivitäten günstiger oder besser als ihre Wettbewerber erbringen kann.⁵⁸⁹ Die Differenz zwischen den Kosten für das Durchlaufen

des Wertschöpfungsprozesses und den jeweiligen Erträgen durch den Verkauf des Ergebnisses determiniert die Marge, die ein Unternehmen auf der jeweiligen Wertschöpfungsstufe erzielt. Unternehmen, die einen effizienteren Wertschöpfungsprozess aufweisen, können unter Wettbewerbsbedingungen eine höhere Marge erzielen bzw. das Ergebnis zu tieferen Preisen anbieten. Dies führt unter Wettbewerbsbedingungen dazu, dass tendenziell weniger effiziente Marktteilnehmer aus dem Markt gedrängt werden bzw. aus dem Markt ausscheiden. Soweit Unternehmen daher keinen Einfluss haben auf die erzielbaren Erträge (z.B. über einen Einfluss auf die Marktpreise) oder auf die Vorleistungskosten (z.B. indem sie Vorleistungen günstiger erwerben können, als ihre Wettbewerber), entscheidet die wirtschaftliche Effizienz im Rahmen des Leistungswettbewerbs über die Höhe ihrer Marge und über ihre Möglichkeiten, Marktanteile zu gewinnen, indem sie Produkte oder Dienstleistungen günstiger als ihre Wettbewerber anbieten können.

663. Nimmt ein Unternehmen aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung allerdings Einfluss auf die Marktpreise oder – wie vorliegend relevant – auf die Vorleistungskosten seiner Wettbewerber (insbesondere im Verhältnis zu seinen eigenen Vorleistungskosten), so ist dieses Verhalten kein Ausfluss von Leistungswettbewerb. Soweit Swisscom daher ihre einzigartige Stellung als schweizweite Netzbetreiberin dazu nutzt, Wettbewerber von einer ganzen Wertschöpfungsstufe (Layer 1-Zugang, vgl. Abbildung 8) auszuschliessen oder die Wertschöpfungsmöglichkeiten von Wettbewerbern auf nachgelagerten Marktstufen (Dienste Layer 2 und 3, vgl. Abbildung 8) zu erschweren, etwa durch von ihr geschaffene unvorteilhafte Bedingungen (Preis, Produktgestaltung, Rahmenbedingungen, etc.), so stellt dies keinen Leistungswettbewerb dar.

B.5.2.3.1.3.3 Vermeidung des Leistungswettbewerbs

664. Eine Möglichkeit von Swisscom, sich dem Leistungswettbewerb zu entziehen, besteht darin, Wettbewerber aufgrund von Restriktionen bei der Nutzung ihrer Netzwerkinfrastruktur in ihren Wertschöpfungsmöglichkeiten einzuschränken.⁵⁹⁰ Dies kann auf verschiedenen Marktstufen erfolgen, wobei zu berücksichtigen ist, dass

⁵⁸³ BGE 146 II 217, *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 1997/2, 174 Dispositiv-Ziff. 1–4, *Telecom PTT/Blue Window*; BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021, *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁵⁸⁴ Vgl. <www.swisscom.ch/dam/swisscom/de/about/investoren/documents/2021/2021-q3-presentation-en.pdf> (15.1.2024), S. 17.

⁵⁸⁵ Vgl. Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz (FMG) vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1405, S. 1427.

⁵⁸⁶ Vgl. Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes, Abschnitt 6.2 (vgl. Fn 132).

⁵⁸⁷ Vgl. <www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/swisscom/strategische-ziele.html> (15.1.2024), 2. Finanzielle Ziele.

⁵⁸⁸ MICHAEL PORTER, *The Value Chain and Competitive Advantage*, in: Barns (Hrsg.), *Understanding Business Processes*, 2001, Routledge, S. 50 ff.

⁵⁸⁹ MICHAEL PORTER, *The Value Chain and Competitive Advantage*, in: Barns (Hrsg.), *Understanding Business Processes*, 2001, Routledge, S. 50.

⁵⁹⁰ Vgl. BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

die Gewinn- und Handlungsmöglichkeiten eines Unternehmens grundsätzlich umso grösser sind, je grösser die Wertschöpfung ist, welche das Unternehmen selbst erbringt bzw. erbringen kann. Ein integriertes Unternehmen mit entsprechenden Marktanteilen auf den nachgelagerten Märkten hat daher grundsätzlich ein Interesse daran, dass die von ihm errichtete Infrastruktur seinen eigenen Interessen genügt und nach Möglichkeit von Dritten nicht oder nur eingeschränkt mitgenutzt werden kann, damit diese dritten Unternehmen nicht auf denselben Wertschöpfungsstufen wie das marktbeherrschende Unternehmen tätig sein können⁵⁹¹ und folglich kein Leistungswettbewerb entsteht. Betrachtet man die einzelnen Wertschöpfungsstufen im Bereich der Telekommunikation (vgl. Abbildung 8), so ist bei einer Verweigerung eines Layer 1-Zugangs der Leistungswettbewerb auf einer bestimmten Netzinfrastuktur auf der Wertschöpfungsstufe auf die Dienstebene Layer 2 bzw. Layer 3 beschränkt. Die beiden Geschäftsmodelle «Vorleistungsanbieterin» und «integrierte Endkundenanbieterin» sind Dritten somit nicht mehr möglich. Es verbleiben lediglich die beiden Geschäftsmodelle «vertikal integrierte Anbieterin» für die Netzbetreiberin und «reine Endkundenanbieterin» für FDA ohne eigene Netzinfrastuktur.

665. Für ein Unternehmen, welches eine reine Betreiberin einer Glasfasernetzwerkinfrastuktur ist und nicht auf Endkundenmärkten tätig ist, besteht hingegen in der Regel eine andere Interessenslage. Da eine reine Betreiberin einer Glasfasernetzwerkinfrastuktur lediglich anderen FDA einen Layer 1-Zugang anbietet, hat sie ein Interesse, den von ihr geschaffenen Mehrwert, der in der Errichtung, dem Unterhalt und dem Zurverfügungstellen der physischen Glasfasernetzinfrastruktur besteht, bestmöglich zu kommerzialisieren. Aufgrund der einer Glasfasernetzwerkinfrastuktur inhärenten Netzwerkeffekte kann dies durch eine möglichst grosse Auslastung erreicht werden. In diesem Zusammenhang wird eine reine Betreiberin einer Glasfasernetzwerkinfrastuktur in der Regel darauf bedacht sein, dass im Gebiet ihrer eigenen Netzinfrastuktur keine parallelen Netze gebaut werden und ihre Netzinfrastuktur den Anforderungen der Nachfrager hinsichtlich eines Zugangs zur Netzinfrastuktur insoweit genügt, als damit ein positiver Deckungsbeitrag bzw. ein Gewinn generiert werden kann. Als Beispiel sind die EVU zu nennen, welche dementsprechend auf ein Open Access Modell setzen und Dritten einen physischen Zugang zur Glasfasernetzinfrastruktur gewähren.

666. Ein vertikal integriertes Unternehmen hingegen optimiert seine Erträge in der Regel über die verschiedenen Wertschöpfungsstufen hinweg. Die Wirtschaftlichkeit eines integrierten Unternehmens bemisst sich aus der Differenz der Kosten für die Errichtung, den Unterhalt, den Betrieb und die Nutzung der eigenen Netzinfrastuktur und den bei Endkunden zu erzielenden Erträgen. Bietet ein solches Unternehmen Vorleistungsprodukte an, so berücksichtigt es in Bezug auf die Gewinnmaximierung in der Regel auch die Effekte auf die nachgelagerten Endkundenmärkte. Je weniger Wettbewerbs- und Margendruck daher auf die Differenz zwischen Kosten für die Nutzung der eigenen Netzinfrastuktur und den bei Endkunden zu erzielenden Erträgen ausgeübt wird, desto einfacher kann das integrierte Un-

ternehmen eine hohe Marge erzielen bzw. aufrechterhalten, ohne einem Leistungswettbewerb auf den jeweiligen Wertschöpfungsstufen durch Wettbewerber ausgesetzt zu sein, welche von Vorleistungsprodukten des vertikal integrierten Unternehmens abhängig sind. Das kann dazu führen, dass ein integriertes Unternehmen den Zugang zu seiner Netzinfrastuktur entweder beschränkt oder nur auf eine Weise zulässt, die den Wettbewerbsdruck auf der Endkundenstufe reduziert. Dies kann unter Umständen gar zu einer tieferen Netzauslastung führen. Das daraus resultierende Marktergebnis ist nicht Ausdruck eines wirksamen Wettbewerbs.

B.5.2.3.1.3.4 Besondere Behinderungshandlung von Swisscom

667. Mit Beschluss des Verwaltungsrates von Swisscom vom 8. Juni 2012 hat Swisscom entschieden, den bereits begonnenen FTTH-Ausbau in denjenigen Gebieten, in denen Swisscom alleine baut, unter Berücksichtigung von Optimierungsmöglichkeiten mittels FTTB zu Ende zu bauen.⁵⁹² Hierbei sollte die «Feeder»-Netzinfrastuktur in der P2MP-Netzarchitektur errichtet werden.⁵⁹³ [...] ⁵⁹⁴ [...] wird ausgeführt, dass die von Kabelnetzbetreiberinnen angebotenen (Marketing-)Bandbreiten⁵⁹⁵ diejenigen von Swisscom übersteigen würden [...] ⁵⁹⁶ Es sei daher notwendig, in Gebieten mit Infrastrukturwettbewerb FTTH auszubauen.⁵⁹⁷ [...], bestehe ein erhöhtes Kündungsrisiko bei Kunden ohne FTTH, da die Bedürfnisse durch die Kabelnetzbetreiber besser befriedigt werden könnten.⁵⁹⁸ [...] ⁵⁹⁹ [...] ⁶⁰⁰ [...] ⁶⁰¹

668. [...] ⁶⁰² [...] ⁶⁰³

669. Als potenzielles Risiko wurde [...] angesehen, da die Investitionen in aktive Netzelemente im Verteilerschacht (Nutzung von «T-TAL») für alternative Anbieter in der Regel nicht sinnvoll seien. Durch die [...] sollte deshalb der [...] vermieden werden.⁶⁰⁴ Auch sollten FTTH-Partnerschaften nur noch reaktiv vereinbart werden, [...] ⁶⁰⁵

⁵⁹¹ Vgl. hierzu Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, Rz 208.

⁵⁹² Vgl. act. 189, Beilage 3, S. 1.

⁵⁹³ Vgl. act. 189, Beilage 3, S. 2.

⁵⁹⁴ Vgl. act. 189, Beilage 2.

⁵⁹⁵ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 2.

⁵⁹⁶ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 4.

⁵⁹⁷ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 5.

⁵⁹⁸ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 5 f.

⁵⁹⁹ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 6.

⁶⁰⁰ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 6.

⁶⁰¹ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 5.

⁶⁰² Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 9.

⁶⁰³ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 9.

⁶⁰⁴ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 11.

⁶⁰⁵ Vgl. act. 189, Beilage 2, S. 11.

670. Diese Ausführungen zeigen, dass neben der gemäss damaliger Einschätzung bestehenden Notwendigkeit, FTTS als Zwischenschritt zum FTTH-Ausbau zu realisieren, die Verhinderung der Investitionen in die Infrastruktur durch alternative Anbieter sowie die Vermeidung von Partnerschaften zumindest während des FTTS-Ausbaus wichtige Zielgrössen hinsichtlich der Umsetzung waren. Damit entschied sich Swisscom bereits 2012, künftig beim FTTH-Ausbau auf P2MP zu setzen, und traf etwa mit dem vorgezogenen P2MP-«Feeder»-Ausbau entsprechende Vorkehrungen, welche nun mit der Netzbaustrategie 2025 zu einer entsprechenden Einschränkung bzw. Behinderung des Wettbewerbs führen.

671. Auch wenn dies gegenüber [...] nicht explizit thematisiert wurde, musste sich Swisscom beim Entscheid, den «Feeder» für eine P2MP-Netzarchitektur auszulegen, bewusst gewesen sein, dass ein konventioneller Layer 1-Zugang für alternative Anbieter nicht mehr möglich sein würde und es auf lange Frist bei der Nutzung der FTTH-Netzinfrastruktur zu weiteren erheblichen Einschränkungen des wirksamen Wettbewerbs kommen könnte. Dies insbesondere, wenn sich die Farbentbündelung im Markt nicht durchsetzen sollte. Damit muss sich Swisscom bereits bei ihrem Entscheid im Jahr 2012 darüber im Klaren gewesen sein, dass die von ihr gewählte Netzbaustrategie zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen führen kann. Mutmasslich im Zeitraum zwischen dem Entscheid im Jahr 2012 und der Eröffnung der Untersuchung ist sich Swisscom zudem bewusst geworden, dass die Farbentbündelung keine Marktreife erreichen würde. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hat Swisscom zumindest billigend in Kauf genommen, dass durch ihre Netzbauweise der wirksame Wettbewerb erheblich eingeschränkt wird.

B.5.2.3.1.3.5 Behinderungswirkung

672. Die Auswirkungen des damaligen strategischen Entscheides und dem Wechsel der Netzbaustrategie im Jahr 2020 zeigen sich darin, dass aufgrund des in P2MP-Netzarchitektur ausgebauten «Feeder» ein Layer 1-Zugang ab den Swisscom Anschlusszentralen nicht angeboten wird bzw. nicht angeboten werden kann, soweit die «Feeder»-Netzinfrastruktur nicht entsprechend erweitert wird. Da, wie Swisscom bereits im Jahr 2012 festgestellt hat (vgl. Rz 555), die Errichtung einer eigenen «Feeder»-Netzinfrastruktur für alternative FDA wirtschaftlich nicht sinnvoll ist, führen die fehlenden Kapazitäten in der «Feeder»-Netzinfrastruktur von Swisscom dazu, dass alternativen FDA nur noch Layer 2- und Layer 3-Vorleistungsprodukte auf Basis der Datenübertragungstechnologien der P2MP-Netzarchitektur zur Verfügung stehen (vgl. Rz 114). Dies führt in zweierlei Hinsicht zu Einschränkungen in den Handlungsmöglichkeiten der Marktgegenseite. Einerseits wird der Marktgegenseite der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur und damit zu einem wichtigen Teil der Wertschöpfungsmöglichkeiten sowie die eigenständige Produktgestaltung verweigert. Andererseits wird die zur Datenübertragung genutzte Technologie auf diejenige Technologie eingeschränkt, die Swisscom verwendet. Das führt dazu, dass der Leistungswettbewerb in diesen Bereichen beseitigt ist. Indem Swisscom durch die Nichtbereitstellung eines Layer 1-Zugangs die Innovati-

onsmöglichkeiten alternativer FDA einschränkt, sind auch die Möglichkeiten dieser alternativen FDA eingeschränkt, die Anfangsvorteile von Swisscom (vgl. Rz 555) wettzumachen und mit Swisscom gleichzuziehen (vgl. Rz 469 ff.). Die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist damit nicht mehr gegeben, was sich nicht zuletzt in einem für die Gesamtwohlfahrt ungünstigen Marktergebnis (wie z.B. höhere Preise und geringere Qualität/Wahlmöglichkeiten) manifestiert. Der von Swisscom getroffene Entscheid, das Fernmeldenetz in einer P2MP-Netzarchitektur auszubauen, resultiert folglich in einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs und führt zu einem signifikanten volkswirtschaftlichen Schaden.

673. Verfügen FDA über keinen Layer 1-Zugang, sind sie aufgrund der von Swisscom im Vorleistungsbereich angebotenen Einheitstechnologie (Layer 2- und Layer 3-Angebote) in ihrer Produktwahl und Produktgestaltung eingeschränkt. Zudem haben sie keine Möglichkeiten, technologische Innovationen einzuführen. Die Glasfasernetzwerkinfrastruktur von Swisscom ist in den Alleinbaugebieten aus Sicht der FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur als wesentliche Einrichtung (vgl. Rz 650) anzusehen. Der Layer 1-Zugang stellt damit einen essenziellen Input für die Realisierung von Wertschöpfung durch die FDA dar. Neben Swisscom besteht im vorliegend relevanten Markt keine weitere Anbieterin eines Zugangs zur Glasfasernetzinfrastruktur. Zwar bietet Swisscom gegenüber Nachfragern Layer 2- und Layer 3-Produkte an. Diese sind jedoch, wie in der Marktabgrenzung aufgezeigt (vgl. Abschnitt B.5.1.1.1.4), nicht als Substitut zu einem Layer 1-Produkt anzusehen. Insbesondere deshalb, weil Layer 2- und Layer 3-Produkte im Endkundenmarkt lediglich als von Swisscom vorkonfigurierte Produkte angeboten werden können, die es nachfragenden FDA verunmöglichen, wirksamen Wettbewerbsdruck aufzubauen. Alternative FDA sind also vollständig auf die von Swisscom eingesetzten aktiven Netzelemente und die darauf betriebenen Datenübertragungsstandards angewiesen. Innovationen bei Letzteren stehen damit erst zur Verfügung, wenn Swisscom sie einführt. Dementsprechend sind Layer 2- und Layer 3-Produkte nicht geeignet, die negativen Folgen der Verweigerung eines Layer 1-Zugangs durch Swisscom auszugleichen, die insbesondere in der eingeschränkten Preisgestaltung und in den fehlenden Innovationsmöglichkeiten zu verorten sind. Die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen wirken daher mindestens für die Nutzungsdauer der passiven physischen Glasfasernetzinfrastruktur. Eine solche Glasfasernetzinfrastruktur ist für mindestens 30 bis 50 Jahre ausgelegt. Dabei ist es jedoch fraglich, ob bei einer Erneuerung der passiven Glasfasernetzinfrastruktur die Netztopologie geändert würde, da dies mit erneuten Grabungsarbeiten verbunden wäre. Damit besteht das Risiko, dass die Wettbewerbsbeschränkungen über verschiedene Generationen von passiver Glasfasernetzinfrastruktur bestehen bleiben.

674. Hieraus resultiert, dass potenziell weniger Marktteilnehmer im Markt auftreten, insbesondere jene FDA, deren Geschäftsmodell auf einem Layer 1-Zugang beruht (vgl. Rz 654). Damit wird die Marktstruktur in den entsprechenden Gebieten bedeutend konzentrierter.

Gleichzeitig zeigt das Verhalten von Swisscom, dass sie als marktbeherrschendes Unternehmen eine Strategie verfolgt, die darauf ausgelegt ist, den Wettbewerbsdruck zu minimieren, indem alternative FDA beispielsweise davon abgehalten werden, in die Netzinfrastruktur zu investieren (vgl. Rz 667). Durch den Entscheid, beim Glasfaserausbau von der P2P-Netzarchitektur abzuweichen und in eine P2MP-Netzarchitektur zu investieren, erreicht Swisscom, dass alternativen FDA der Zugang zu wesentlichen Teilen der Wertschöpfungskette entzogen wird und diese insbesondere von der Wahl der Datenübertragungstechnologie ausgeschlossen werden. Somit wird hinsichtlich der Datenübertragungstechnologie im Ergebnis ein bedeutend geringerer Wettbewerbsdruck resultieren. Gleiches gilt in Bezug auf den Preisdruck, da Swisscom aufgrund der Verweigerung eines Layer 1-Zugangs für Dritte keinem bzw. einem bedeutend geringeren Effizienzdruck bei der Erbringung der Datenübertragungsdienste ausgesetzt sein wird. Das hat zur Folge, dass Swisscom ihre beherrschende Marktstellung auf die nachgelagerten Märkte ausdehnt und damit die Marktstruktur zum eigenen Vorteil und zu Lasten anderer Marktteilnehmer verändert. Swisscom verhindert somit, dass alternative FDA auf den Wholesale-Märkten und den Endkundenmärkten mit Swisscom in wirksamen Wettbewerb treten können. Dabei verdankt Swisscom ihren Vorteil auf den nachgelagerten Märkten hauptsächlich ihrer vertikalen Integration und der Unentbehrlichkeit ihrer einzigartigen Netzinfrastruktur sowie ihrer Stellung als ehemalige Monopolistin – also historisch gewachsenen Vorteilen.

675. Durch den Entscheid von Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen, ihre Glasfasernetzinfrastruktur seit 2020 mehrheitlich in einer P2MP-Netzarchitektur auszubauen und damit im Ergebnis einen physischen Zugang zur Netzinfrastruktur für alternative FDA zu verhindern, werden Wettbewerber in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert. Die Verhaltensweise von Swisscom ist geeignet, den Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren NE lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, strukturell zu verschliessen. Dies kann auf den nachgelagerten Endkundenmärkten für Breitbandinternet bzw. Breitbandanbindung dazu führen, dass FDA, die keinen direkten Zugang zu einer eigenen (Glasfaser-)Netzwerkinfrastruktur haben, in ihrer technischen Entwicklung sowie in ihrem Innovationspotenzial und damit auch in ihrem Wachstum beschränkt werden.

676. Ohne die vorsorglichen Massnahmen der WEKO wäre der in den vergangenen Jahren aufgrund der Markteintritte der EVU sowie infolge der Regulierung zur Entbündelung auf dem Kupfernetz entstandene Wettbewerb gebremst oder sogar wieder rückgängig gemacht worden. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Anforderungen an die Bandbreite stetig wachsen und somit immer mehr Haushalte und Unternehmen in der Zukunft nur noch oder vorwiegend mit Glasfaser bedient werden. Ohne die vorsorglichen Massnahmen der WEKO wäre bei dem in der Netzbaustrategie 2025 vorgesehenen Ausbau der Glasernetzinfrastruktur in einer P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte bis Ende

2025 ca. 1/3 der Bevölkerung der Schweiz für die Lebensdauer der Glasfaserleitungen von mindestens 30 Jahren von der Wettbewerbsbeeinträchtigung betroffen gewesen.

677. Swisscom hat seit Anfang 2020 in den Alleinbaugebieten eine P2MP-Netzarchitektur errichtet. Erst als Reaktion auf die vorsorglichen Massnahmen der WEKO von Dezember 2020 hat Swisscom Ende April 2021 die mit Salt geschlossene Glasfaser-Partnerschaft bekanntgegeben, welche auf einem Zugang zu einem PON-Baum in einer P2MP-Netzarchitektur («T-ALO») basiert. Zudem hat Swisscom verlauten lassen, dass sie auch offen sei gegenüber weiteren Interessierten an einer Glasfaser-Partnerschaft. Stand Ende Juli 2022 hat Salt jedoch lediglich [0-100] «T-ALO»-Anschlüsse geschaltet und keine weitere FDA hat eine solche Glasfaser-Partnerschaft mit Swisscom abgeschlossen.⁶⁰⁶ Schliesslich sei die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt gemäss Swisscom im Herbst 2022 sistiert worden und für Salt würden generell keine Glasfaseranschlüsse mit einem PON-Baum mehr erstellt.⁶⁰⁷

678. Bisher betrieb Swisscom das in einer P2MP-Netzarchitektur errichtete Glasfasernetz weitgehend allein und gewährte Dritten, mit Ausnahme von Salt, bis im Herbst 2022 lediglich einen Layer 2- bzw. Layer 3-Zugang zur Netzinfrastruktur. Mit der Verweigerung des physischen Netzzugangs für Dritte hat Swisscom die anderen FDA in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert. Das Ausmass der Behinderung zeigt sich nicht zuletzt in der Nachfrage nach FTTH-Anschlüssen durch Haushalte und Unternehmen sowie durch FDA im Vorleistungsbereich (vgl. Rz 389 ff.).

B.5.2.3.1.3.6 Fazit zur Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

679. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Tatbestandselement der Eignung zur Behinderung des Wettbewerbs einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (vgl. Rz 536) vorliegend erfüllt ist. Swisscom hat mit ihrer Verhaltensweise andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG behindert.

B.5.2.3.1.4 Fehlen sachlicher Rechtfertigungsgründe

680. Das vierte Tatbestandselement einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (vgl. Rz 635) sieht das Fehlen sachlicher Rechtfertigungsgründe vor. Da sachliche Gründe sowohl für den Missbrauchstatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG als auch für den Missbrauchstatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG in gleicher Weise gelten und die von Swisscom angeführten sachlichen Gründe auch in gleicher Weise geltend gemacht werden, werden diese nachfolgend in einem separaten Abschnitt für beide Missbrauchstatbestände gemeinsam geprüft (vgl. Abschnitt B.5.2.4).

⁶⁰⁶ Vgl. act. 810, Rz 40.

⁶⁰⁷ Vgl. act. 937, Rz 15.

681. In Vorwegnahme des Ergebnisses der Prüfung in Abschnitt B.5.2.4 kann festgehalten werden, dass keine ausreichenden sachlichen Gründe vorliegen, welche die oben beschriebene von Swisscom an den Tag gelegte Verhaltensweise legitimieren würde.

B.5.2.3.1.5 Fazit

682. Insgesamt erfüllt die Verhaltensweise von Swisscom damit sämtliche Tatbestandselemente von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Swisscom hat folglich ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzarchitektur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an die Netzinfrastruktur von Swisscom angebunden sind, missbraucht und damit gegen Art. 7 KG verstossen.

B.5.2.3.2 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

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

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

684. Neben den allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG stehen im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten.⁶⁰⁸ Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten künstlich beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist.⁶⁰⁹

685. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stellt eine Ergänzung der übrigen spezifischen Behinderungstatbestände in Art. 7 Abs. 2 KG dar.⁶¹⁰ Dabei sollen Verhaltensweisen erfasst werden, welche die Produkte von Konkurrenten weniger attraktiv und absetzbar machen, nicht aber solche, welche zur Verbesserung der eigenen Produkte dienen.⁶¹¹ Erfasst wird eine Strategie des beherrschenden Unternehmens, eine konsumentenwohlfschädigende Produktionslimitierung zu erzeugen.⁶¹² Gemäss Bundesverwaltungsgericht ist für das Vorliegen eines Missbrauchs nicht nur ein Einschränkungssachverhalt, sondern auch eine «künstliche Verknappung» erforderlich.⁶¹³ Eine Verknappung ist gemäss Bundesgericht

dann künstlich, wenn sie nicht durch Marktveränderungen ausgelöst wird, sondern durch das Bestreben des Marktbeherrschers, die Preise in die Höhe zu treiben oder sie hoch zu halten.⁶¹⁴

686. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG umfasst verschiedene Einschränkungsverhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Die «Einschränkung der Erzeugung» bezieht sich unmittelbar auf die Produktionsinfrastruktur bzw. Produktionskapazitäten des Marktbeherrschers oder seiner Wettbewerber und betrifft die hergestellte Menge von Gütern.⁶¹⁵ Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, die Möglichkeiten der Produkt- und Dienstleistungsgestaltung von Wettbewerbern zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken. Erfasst wird dabei sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.⁶¹⁶ Die «Einschränkung der technischen Entwicklung» bezieht sich auf die Möglichkeit, mit der technischen Entwicklung Schritt zu halten und damit im Markt wettbewerbsfähig zu sein.⁶¹⁷

687. Swisscom stellt sich in ihrer Stellungnahme wiederum auf den Standpunkt, dass das Kartellgesetz und insbesondere Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG keine ausreichende Grundlage sei, um von Swisscom zu verlangen, ein neues Angebot zu schaffen, welches in einem flächendeckenden Layer 1-Angebot bestehen würde.⁶¹⁸ Damit Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG zur Anwendung gelange, müsste gemäss Swisscom eine einschränkende Verhaltensweise vorliegen und eine solche sei vorliegend nicht gegeben.⁶¹⁹ Vielmehr erweitere Swisscom die Erzeugung und den Absatz von Glasfaserzugängen seit Jahren kontinuierlich, indem sie freiwillig an ihrer schweizweiten Glasfaserinfrastruktur bauen würde. So bewirke der Entscheid von Swisscom, in Zukunft primär eine P2MP-Topologie zu verwenden, einzig, dass das Layer 1-Angebot nicht mehr stark erweitert werde. Eine Einschränkung im Sinne einer Verknappung oder eines Rückbaus würde offensichtlich nicht vorliegen.

⁶⁰⁸ Vgl. JÜRGEN BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 7 KG N 26; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 406), Art. 7 KG N 625; CR Concurrence-CLERC/KELLEZI (Fn 511), Art. 7 KG N 235 und 246.

⁶⁰⁹ Vgl. CR Concurrence-CLERC/KELLEZI (Fn 511), Art. 7 Abs. 2 KG N 235.

⁶¹⁰ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 626.

⁶¹¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 654.

⁶¹² Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 651.

⁶¹³ Vgl. BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 12.5.2, *Galenica und HCI Solutions*.

⁶¹⁴ Vgl. BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.3.1, *Naxoo*.

⁶¹⁵ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 634.

⁶¹⁶ Vgl. ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducry (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 141; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, N 688.

⁶¹⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 637.

⁶¹⁸ Vgl. act. 1025, Rz 249.

⁶¹⁹ Vgl. act. 1025, Rz 250 ff.

688. Die Argumentation von Swisscom überzeugt nicht. Jede Neuware und jede Dienstleistung, die im Markt angeboten wird, muss zuerst produziert bzw. erbracht werden. Würde die einschränkende Verhaltensweise, wie dies Swisscom vorbringt, lediglich bereits bestehende Güter oder erbrachte Dienstleistungen betreffen, wäre der Tatbestand kaum mehr anwendbar. Eine solche enge Interpretation von Erzeugung und Absatz entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, weshalb Swisscom aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Darüber hinaus zeigt der Ausbaustand des Glasfasernetzes von Swisscom von März 2022, dass das Unternehmen in der grossen Mehrheit der Anschlussnetze bereits einen Teil der Haushalte mit P2MP-Anschlüssen erschlossen hat (vgl. Abschnitt A.3.5.1.2.3). Bis Oktober 2023 hat Swisscom zusätzliche [0-1 Mio.] P2MP-Anschlüsse ohne Layer 1-Zugang für Dritte erstellt (vgl. Rz 389). Bei all diesen Glasfaseranschlüssen ist für andere FDA kein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur möglich. Entsprechend liegt sehr wohl eine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung vor, da Dritte bei diesen Glasfaseranschlüssen für die Bereitstellung von Datenübertragungsdienstleistungen keine eigenen aktiven Netzelemente einsetzen können.

689. Swisscom bringt zudem vor, dass jegliche empirische Evidenz dafür fehlen würde, wonach durch die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs die technische Entwicklung eingeschränkt würde.⁶²⁰ Vielmehr würden sich die Angebote von FDA, die einen Layer 1-Zugang nutzen, aus Sicht der Endkunden kaum von den Angeboten von FDA unterscheiden, die einen Layer 3-Zugang nachfragen.⁶²¹

690. Zu diesem Vorbringen ist auf die vorhergehenden Ausführungen betreffend Markteintritt von Salt im Festnetzbereich und der Einführung der XGS-PON Technologie zu verweisen (vgl. Rz 381 ff.). SFN macht in diesem Zusammenhang geltend, dass aufgrund des Layer 1-Zugangs in der Schweiz drei wichtige Technologiesprünge früh im Markt eingeführt werden konnten.⁶²² Dies war zum einen das Fiber7 Angebot von Init7, mit welchem im Jahr 2014 zum ersten Mal ein 1Gbit/s Angebot im Markt zu einem Preis von CHF 777 pro Jahr eingeführt wurde. Zum anderen hat Salt im März 2018 ein Festnetzangebot mit 10 Gbit/s für CHF 49.95 im Markt lanciert (vgl. Abbildung 15). Diese beiden Angebote offerierten zu einem bedeutend tieferen Preis viel höhere Bandbreiten.⁶²³ Der jüngste Innovationssprung bei den Endkundenangeboten ist schliesslich das von Init7 im Markt lancierte symmetrische 25 Gbit/s Angebot. Allen drei Offerten ist gemeinsam, dass die jeweilige Markteinführung von einer FDA ohne eigene Glasfasernetzinfrastruktur, jedoch mit physischem Zugang zur einer Glasfasernetzinfrastruktur, ausging.

691. Damit liegen drei aktenkundige Beispiele von Marktinnovationen vor, welche nur aufgrund eines Layer 1-Zugangs realisiert werden konnten. Entgegen den Behauptungen von Swisscom stellen diese Marktinnovationen empirische Evidenz für Innovationen dar, welche in der Vergangenheit in der Schweiz dank eines bestehenden Layer 1-Zugangs eingeführt wurden und von welchen die Bevölkerung des Landes profitiert hat.

692. Weiter bringt Swisscom erneut vor, die Dominanz der P2MP-Topologie in Europa impliziere, dass das auf dieser Topologie eingesetzte Equipment im Fokus der Hersteller stünde. Dies spreche dafür, dass die Innovationsrate bei der P2MP-Technologie sicher nicht eingeschränkt werde.⁶²⁴ Swisscom bringt weiter zum Ausdruck, dass die Schweiz von diesen Innovationen ausgeschlossen werde, wenn eine Verpflichtung zu einem Layer 1-Zugang bestehen würde.⁶²⁵

693. Dagegen ist einzuwenden, dass auf einer P2P-Netzarchitektur ausnahmslos auch alle Technologien eingesetzt werden können, die für eine P2MP-Netzarchitektur entwickelt wurden (vgl. hierzu Rz 112 und 168). Die Aussage von Swisscom, dass durch die Anforderung einen Layer 1-Zugang bereitstellen zu müssen, die Schweiz von Innovationen ausgeschlossen würden, die für eine P2MP-Netzarchitektur entwickelt wurden, stellt eine Falschbehauptung dar.

B.5.2.3.2.1 Einschränkung der Verhaltensweisen

694. Als erste mögliche einschränkende Verhaltensweise sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG die Einschränkung der Erzeugung vor.

695. Swisscom hat den Technologieentscheid getroffen, ihr Glasfasernetz in den Alleinbaugebieten seit Anfang 2020 von einer P2P-Netzarchitektur auf eine P2MP-Netzarchitektur umzustellen (vgl. Rz 1). Swisscom ist folglich technisch nicht mehr in der Lage, alternativen FDA einen Layer 1-Zugang auf ihrer Netzinfrastruktur zu gewähren (vgl. Rz 114). Damit hat Swisscom das entsprechende Angebot an Layer 1-Zugängen durch einen strategischen Entscheid verknappt. Zudem wurde bereits aufgezeigt, dass die Gewährung eines Zugangs zu einem PON-Baum im Rahmen der Glasfaser-Partnerschaft mit Swisscom nur für sehr wenige FDA in Frage kommt (vgl. Rz 508 ff.). Swisscom hat dadurch die Erzeugung der Dienstleistung «Layer 1-Zugang» durch einen strategischen Entscheid eingeschränkt. Damit ist das erste Tatbestandselement der Einschränkung der Erzeugung erfüllt. Diese Einschränkung erfolgte durch einen strategischen Entscheid, für welchen es keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe gibt (vgl. nachfolgend Abschnitt B.5.2.4). Es liegt somit eine künstliche Verknappung vor.

696. Die Einschränkung des Layer 1-Zugangs führt in der Folge dazu, dass dieser Inputfaktor den Nachfragern nach einem Layer 1-Zugang nicht mehr zur Verfügung steht und sie auf der Wertschöpfungsstufe, die einen Layer 1-Zugang voraussetzt, nicht mehr tätig sein können.

⁶²⁰ Vgl. act. 1025, Rz 254.

⁶²¹ Vgl. act. 1025, Rz 255.

⁶²² Vgl. act. 483, S. 3 f., Antwort auf Frage 4.

⁶²³ Vgl. Medienmitteilung Salt vom 20. März 2018, abrufbar unter: <www.salt.ch/sites/default/files/2020-08/2_20mars_2018_Salt_SaltFiBerPrice_EN.pdf> (15.12.2023).

⁶²⁴ Vgl. act. 1025, Rz 258 f.

⁶²⁵ Vgl. act. 1025, Rz 259.

697. Als weitere einschränkende Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens umfasst Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG die Einschränkung des Absatzes, welcher nicht unmittelbar die Produktionsinfrastrukturen eines marktbeherrschenden Unternehmens oder diejenigen seiner Wettbewerber, sondern die Vermarktung bzw. Vermarktungsmöglichkeiten betrifft.⁶²⁶ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine Produktionsverknappung eines notwendigen Vorleistungsgutes in der Regel zwangsläufig zu einer Einschränkung des Absatzes von Abnehmern dieses notwendigen Vorleistungsgutes führt.

698. Da Swisscom vorliegend einen Layer 1-Zugang verweigert, können alternative FDA diesen Inputfaktor nicht beziehen. Damit können sie basierend auf dem Zugang zur physischen Infrastruktur keine Datenübertragungsdienste erbringen, sondern solche nur noch bei Swisscom einkaufen, um diese dann an Endkunden weiter zu verkaufen. Ihr Angebot ist damit auf das von Swisscom im Vorleistungsmarkt angebotene Sortiment begrenzt bzw. von diesem abhängig. Sie können keine darüberhinausgehenden Angebote lancieren, wie dies bei einem Layer 1-Zugang möglich wäre. Damit werden zwangsläufig die Absatzmöglichkeiten derjenigen FDA eingeschränkt, die keinen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur erhalten.

699. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG statuiert als dritte einschränkende Verhaltensweise die Einschränkung der technischen Entwicklung. Diese umfasst sämtliche Verhaltensweisen, die «innovationsbezogene» Ressourcen – verknappen, d.h. entweder Ressourcen zur Ermöglichung von Forschung und Entwicklung oder deren Resultate.⁶²⁷ Hierbei geht es darum, Forschungs- und Entwicklungs- oder Innovationsprozesse zu vereiteln, die letztendlich wiederum eine Einschränkung der Erzeugung nach sich ziehen.

700. Die Netzbauweise in einer P2MP-Netzarchitektur führt dazu, dass lediglich die für eine P2MP-Netzarchitektur einsetzbaren Datenübertragungsstandards verwendet werden können, während über eine P2P-Netzarchitektur sowohl die Datenübertragungsstandards für eine P2P- als auch für eine P2MP-Netzarchitektur einsetzbar sind. Daraus resultiert insoweit eine technische Einschränkung, als dass Innovationen, welche eine P2P-Netzarchitektur erfordern, auf einer P2MP-Netzarchitektur nicht eingeführt werden können. Auf diese Weise kann Swisscom einem möglichen Innovationswettbewerb entgehen, was ihr Wettbewerbsvorteile verschafft.

701. Bei einem Zugang zu einem PON-Baum im Rahmen der Glasfaser-Partnerschaft könnten alternative FDA wie Salt zwar grundsätzlich auf einen anderen PON-Standard als die Netzbetreiberin setzen. Dennoch stehen solchen alternativen FDA lediglich die PON-Standards zur Verfügung. AON-Standards, die eine P2P-Netzarchitektur voraussetzen, können nicht eingesetzt werden.

702. Ein weiterer bedeutender Nachteil der P2MP-Netzarchitektur ist das fix vorgegebene Splitting-Verhältnis, da die Splitter im Schacht bzw. BEP verlegt sind. Dieser Nachteil besteht bei der P2P-Netzarchitektur nicht. Eine FDA, die auf einem P2P-Netz eine PON-Technologie wie XGS-PON verwendet, ver-

baut ihre Splitter in der Regel in der Anschlusszentrale an den optischen Hauptverteiler (OMDF) der Netzbetreiberin, wo all die durchgehenden Glasfaserleitungen zu den Nutzungseinheiten zusammenkommen. So kann die FDA bei Bedarf das Splitting-Verhältnis einfach in der Anschlusszentrale anpassen. Hierfür verbindet die FDA die entsprechenden Fasern der Nutzungseinheiten, für welche sie Breitbandangebote anbietet, mit ihren Splittern in der Anschlusszentrale zu PON-Bäumen. Auf einer P2P-Netzarchitektur können Dritte (und die Netzbetreiberin selbst) somit bei Bedarf PON-Bäume flexibel gestalten, so dass unterschiedliche PON-Standards parallel eingesetzt werden können, um beispielsweise Geschäftskunden mit höherwertigen PON-Standards auf dem für sie vorgesehenen PON-Baum zu bedienen.

703. Damit besteht die Problematik des vorgegebenen Splitting-Verhältnisses mit den in den Schächten verbauten Splittern bei einer P2P-Netzarchitektur und einem Layer 1-Zugang ab Anschlusszentrale nicht. In einer Anschlusszentrale können P2P-Verbindungen oder PON-Bäume entsprechend den Kundenbedürfnissen flexibel eingesetzt und an sich ändernde Verhältnisse angepasst werden. Deshalb wird durch die Errichtung einer P2MP-Netzarchitektur auch die technische Entwicklung eingeschränkt. Diese technischen Einschränkungen würden grundsätzlich auch dann entstehen, wenn über eine P2MP-Netzarchitektur ein Layer 1-Zugang realisiert werden könnte. Da gemäss heutigem Stand der Technik ein Layer 1-Zugang eine P2P-Netzarchitektur voraussetzt, ist eine vertiefte Analyse der technischen Einschränkung durch eine P2MP-Netzarchitektur für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung nicht massgeblich. Allerdings kann aus einer zukünftig allenfalls möglichen Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs auf einer P2MP-Netzarchitektur (z.B. infolge technischer Innovationen) nicht automatisch geschlossen werden, dass hierdurch keine technische Einschränkung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG im Vergleich zu einer P2P-Netzarchitektur bestehen würde. Dies wäre gegebenenfalls zu einem zukünftigen Zeitpunkt im Detail abzuklären.

704. Damit erfüllt die Verhaltensweise von Swisscom alle drei in Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG im Tatbestandsmerkmal a aufgeführten Einschränkungsverhaltensweisen.

B.5.2.3.2.2 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

705. Ungeachtet des spezifischen Tatbestandselements von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG (Tatbestandselement a) ist in jedem Fall nachzuweisen, dass gemäss Art. 7 Abs. 1 KG das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens unter Ausnutzung ihrer Marktmacht zu einer Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs oder zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite führt (Tatbestandselement b).

⁶²⁶ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 636.

⁶²⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 542), Art. 7 KG N 637.

706. Die Erfüllung der spezifischen Tatbestandselemente von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG ist im Wesentlichen die Folge der Verhaltensweisen von Swisscom, welche bereits im Zusammenhang mit der Prüfung einer unzulässigen Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG beschrieben wurden. Vor diesem Hintergrund führt die in Abschnitt B.5.2.3.2.1 erläuterte einschränkende Verhaltensweise von Swisscom gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG (Tatbestandselement a) zu vergleichbaren Wettbewerbsbehinderungen wie die in Abschnitt B.5.2.3.1.3 beschriebene Behinderungswirkung der Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG. Nachfolgend wird daher auf die einzelnen behindernden Verhaltensweisen nur summarisch eingegangen und auf die entsprechenden Abschnitte in den Ausführungen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG verwiesen.

707. Als integriertes Telekommunikationsunternehmen, das sowohl auf den Vorleistungs- als auch auf den Endkundenmärkten tätig ist, hat Swisscom ein besonderes Interesse daran, dass Wettbewerber weniger wettbewerbsfähig sind als Swisscom selbst (vgl. Rz 660 f.). Da die Generierung von Mehrwert vom möglichst effizienten Durchlaufen des unternehmensinternen Wertschöpfungsprozesses abhängt, hat Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen ein Interesse daran, den unternehmensinternen Wertschöpfungsprozess von Wettbewerbern einzuschränken (vgl. Rz 662 f.). Ist daher ein mit Swisscom in Wettbewerb stehendes Unternehmen von einem Teil des Wertschöpfungsprozesses ausgeschlossen, so kann es in diesem Bereich nicht mit Swisscom in Leistungswettbewerb treten (vgl. Rz 664 ff.).

708. Mit dem Entschluss des Verwaltungsrats von Swisscom, in den Alleinbaugebieten eine P2MP-Netzarchitektur zu errichten, hat Swisscom Wettbewerber von den Geschäftsmodellen «integrierter Endkundenanbieterin» und «Vorleistungsanbieterin» (vgl. Abbildung 8) ausgeschlossen, indem Swisscom einen Layer 1-Zugang verweigert (vgl. Rz 667 ff.). Alternativen FDA steht damit nur noch das Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin» zur Verfügung, welches im Wesentlichen darin besteht, verschiedene von Swisscom angebotene Vorleistungsprodukte im Bereich Breitbandinternet bzw. Breitbandanbindungen mit weiteren Dienstleistungen (wie z.B. Telefoniedienste, TV-Dienste, etc.) zu kombinieren und weiterzuverkaufen (vgl. Rz 137). Die Erstellung neuer Dienstleistungen im Bereich der Breitbanddatenübertragung oder der Einsatz anderer Übertragungstechnologien sowie die Erstellung und der Verkauf von Vorleistungsprodukten im Bereich Breitbandinternet sind ohne einen Layer 1-Zugang für alternative FDA nicht möglich (vgl. Rz 672 ff.). Damit sind alternative FDA im zentralen Wettbewerbsparameter der Angebotsgestaltung stark eingeschränkt. Im Ergebnis führt dies zu weniger Innovationen im Markt und damit zu einer geringeren Vielfalt der angebotenen Leistungen.

709. Da ein Layer 1-Zugang in der Regel zu einem Fixpreis angeboten wird, sind FDA, die einen solchen Layer 1-Zugang nachfragen, um darauf eigene Datenübertragungsdienste zu erstellen und im Markt anzubieten, in ihrer Preisgestaltung frei, soweit sie die Kosten für den Layer 1-Zugang decken können. Dies ist bei einem Layer 2- und Layer 3-Zugang nicht der Fall, da es sich bei

diesen Vorleistungsprodukten bereits um vorkonfektionierte Fernmeldedienste handelt, die je nach Eigenschaften von Swisscom unterschiedlich bepreist werden. Alternativen FDA verbleibt damit lediglich eine Marge für den Weiterverkauf des Vorleistungsproduktes, was diese zudem im zentralen Wettbewerbsparameter der Preisgestaltung stark einschränkt. Im Ergebnis führt das zu einem tendenziell höheren Marktpreis für vergleichbare Datenübertragungsleistungen.

710. Es ist daher festzuhalten, dass das zweite Tatbestandselement einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (vgl. Rz 683), nämlich die Eignung zur Behinderung des Wettbewerbs, vorliegend erfüllt ist. Swisscom hat mit ihrer Verhaltensweise andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG behindert.

B.5.2.3.2.3 Fehlen sachlicher Rechtfertigungsgründe

711. Wie bereits in der Einleitung zu den relevanten Verhaltensweisen beschrieben (vgl. Rz 637) ist das Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe sowohl für die in Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG als auch für die in Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG aufgeführten Verhaltensweisen zu prüfen.

712. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden die vorgebrachten sachlichen Rechtfertigungsgründe daher in einem separaten Abschnitt behandelt (vgl. nachfolgend B.5.2.4). In Vorwegnahme des Ergebnisses der Prüfung in Abschnitt B.5.2.4 kann festgehalten werden, dass keine ausreichenden sachlichen Gründe vorliegen, welche die oben beschriebene von Swisscom an den Tag gelegte Verhaltensweise legitimieren würde.

B.5.2.3.2.4 Fazit

713. Insgesamt erfüllt die Verhaltensweise von Swisscom sämtliche Tatbestandselemente von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Swisscom hat folglich ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzarchitektur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, missbraucht und damit gegen Art. 7 KG verstossen.

B.5.2.4 Missbräuchlichkeit bzw. Fehlen sachlicher Gründe

714. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Behinderung oder die Benachteiligung bzw. Ausbeutung vorliegt. Sachliche Gründe («legitimate business reasons») liegen insbesondere dann vor, wenn sich das Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann (z.B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners). Andere Gründe können z.B. eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe sein.

715. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bilden einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz; oder mit anderen Worten die Gewährleistung

von wirksamem Wettbewerb.⁶²⁸ Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines ansonsten bestehenden Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden.⁶²⁹ Eine pauschale Aussage genügt nicht. Sachliche Gründe sind objektive Gründe, die sich als Verhalten beschreiben lassen, welche Ausfluss von fairem Leistungswettbewerb sind.⁶³⁰ Insofern lassen sich leistungsfremde Mittel nicht als sachliche Gründe anführen, ansonsten die Anstrengungen des Kartellgesetzes, wettbewerbles Verhalten zu schützen, unterlaufen würden. Sachliche Gründe müssen zudem notwendig sein. Dies bedeutet, dass sich der bezweckte Erfolg nicht auch auf anderem, weniger wettbewerbsfeindlichen Weg erzielen lässt.⁶³¹ Zudem gilt auch im Rahmen von Art. 7 KG die Kerngehaltsgarantie, dass durch möglicherweise rechtfertigendes Verhalten wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt werden darf.⁶³²

716. Soweit sachliche Gründe vorgebracht werden oder für die Wettbewerbsbehörden ersichtlich sind, sind diese im Einzelnen zu prüfen und gesamthaft zu würdigen.

Bau in einer P2MP-Topologie in Europa

717. Swisscom bringt pauschal vor, in Europa würden Glasfasernetze primär in einer P2MP-Topologie gebaut und leitet daraus ab, dass sachliche Gründe – wirtschaftliche, technische und versorgungspolitische – für diese Topologie sprechen würden.⁶³³ Da sich Swisscom nicht anders als die meisten Netzbetreiber in Europa verhalte, müsse es Swisscom erlaubt sein, einen Layer 1-Zugang zu verweigern.

718. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz. 618 ff. verwiesen werden. So wird etwa in Schweden beim Glasfaserausbau hauptsächlich auf die P2P-Netzarchitektur gesetzt. Zudem gelten in der EU für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht strenge Vorgaben bezüglich des Netzzugangs zum Glasfasernetz (vgl. Rz 347). In diesem Zusammenhang ist wiederum das Beispiel Belgien zu erwähnen, wo der Sektorregulator dem mit beträchtlicher Marktmacht eingestuften Unternehmen Proximus auferlegt hat, Dritten einen physischen Zugang zu seinem Glasfasernetz zu gewähren. Zudem ist die Ausgangslage in der Schweiz mit dem am «Runden Tisch» vereinbarten Branchenstandard (vgl. Absatz A.3.4.1) und der fehlenden Regulierung der Glasfasernetztechnologie (vgl. Absatz A.3.4.2) eine andere als in der EU. Swisscom kann aus dem pauschalen Verweis auf allfällige Netzbauweisen im EU-Ausland daher nichts zu ihren Gunsten ableiten.

B.5.2.4.2 Zwang zur Effizienz

719. Swisscom bringt vor, dass sie im Rahmen des Infrastruktur- bzw. Plattformwettbewerbs gezwungen sei, ihren Netzausbau so (kosten- und betriebs-) effizient wie möglich zu gestalten.⁶³⁴ Das bedinge, dass die bereits heute hohe Komplexität der Netz- und Systemlandschaft überschaubar und bewältigbar bleiben müsse. Der Druck zur Effizienz würde es sodann verunmöglichen, jedes erdenklich wünschbare Feature im Netz zu implementieren oder das Netz nach den (Sonder-)Wünschen jedes einzelnen Serviceproviders bzw. Mitbewerbers auszurichten. Als (Sonder-)Wunsch hat Swisscom unter anderem einen Layer 1-Zugang bezeichnet, welchen

Swisscom beim bisherigen Glasfaserausbau mit seinem «ALO»-Produkt anbietet.

720. Der von Swisscom vorgebrachte Grund umfasst grundsätzlich die beiden Komponenten der Kosten- und Betriebseffizienz.

721. Hinsichtlich der Betriebseffizienz ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs auf die Organisation der Arbeits- und Bereitstellungsprozesse in den Alleinbaugebieten wesentlich anders auswirken sollte als in den Gebieten, in denen Swisscom in Kooperation baut. Swisscom bietet in einer Vielzahl von Anschlusszentralen heute einen Layer 1-Zugang an. [...] ⁶³⁵ Wie die von Swisscom angestellten Berechnungen in COSMOS zeigen, sind entsprechende Ausbauplanungen ohne Weiteres sowohl in einer P2P- als auch in einer P2MP-Netzarchitektur durchführbar. Gleiches gilt, wenn Swisscom in einer Region beispielsweise aufgrund einer Kooperation einen P2P-Netzausbau vornimmt.

722. Gemäss dem von Swisscom am 12. April 2022 eingereichten Manual zum Excel-Dokument der Datengrundlage für die EVR-Gespräche hätten zum damaligen Zeitpunkt Anschlussgebiete nur punktuell und manuell in P2P-Topologie umgesetzt werden können. Für eine Skalierung eines P2P-Ausbaus müsse die gesamte operative Tool-Landschaft zuerst auf die P2P-Topologie umgestellt werden (COSMOS sei nur eines von mehreren der dafür operativ eingesetzten Tools).⁶³⁶

723. Auch dieses Vorbringen erscheint als blosser Schutzbehauptung vor dem Hintergrund, dass Swisscom bereits 1,6 Mio. NE mit einer P2P-Netzarchitektur erschlossen hat und auch in Kooperationen weitere Erschliessungen in einer P2P-Netzarchitektur vornimmt. Das Vorbringen wurde denn auch nicht weiter substantiiert oder sonst wie glaubhaft gemacht. Dies bestätigt auch die Medienmitteilung von Swisscom vom 27. Oktober 2022, im Netzausbau neue Anschlüsse wieder grösstenteils in der P2P-Netzarchitektur auszuführen.⁶³⁷

724. Entgegen den Vorbringen von Swisscom sind daher keine Gründe der Betriebseffizienz ersichtlich, welche einen P2MP-Netzausbau zwingend erfordern würden. Die Vorbringen zur Betriebseffizienz können daher nicht als sachliche Gründe im Sinne des KG qualifiziert werden.

⁶²⁸ Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2 (mit weiteren Hinweisen), *Publigroupe*.

⁶²⁹ Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁶³⁰ Vgl. BGE 146 II 217 E. 5.9., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁶³¹ Vgl. BGE 146 II 217 E. 5.9., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁶³² Vgl. BGE 146 II 217 E. 5.9., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁶³³ Vgl. act. 1025, Rz 261 f.

⁶³⁴ Vgl. act. 15, S. 7.

⁶³⁵ Vgl. etwa act. N06, S. 2 f.

⁶³⁶ Vgl. act. 824.

⁶³⁷ Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/news/2022/10/27-report-q3-2022.html> (10.3.2023).

725. Hinsichtlich des weiteren Arguments der Kosteneffizienz ist darauf hinzuweisen, dass der Aufbau einer P2MP-Netzarchitektur je nach Ausgestaltung günstiger sein kann als ein P2P-Netzausbau. Hierauf wird nachfolgend eingegangen (vgl. Abschnitt B.5.2.4.7). Das Vorbringen von Swisscom, wonach weitere substanzielle Kosten- und Effizienzgewinne dadurch möglich würden, dass sich mit der XGS-PON Technologie Anschlüsse mit einer Länge von bis zu 20 km bauen liessen, wohingegen P2P nur Reichweiten von maximal 10 km erlauben würde⁶³⁸, kann hingegen als reine Schutzbehauptung qualifiziert werden. Denn wie das WIK in seinem Bericht ausführt, können Glasfasern in einer P2P-Netzarchitektur über mehr als 40 km betrieben werden.⁶³⁹

B.5.2.4.3 2-PON-Bäume seien ausreichend für wirksamen Wettbewerb

726. Im Rahmen der von Swisscom im Mai 2021 angekündigten Glasfaser-Partnerschaft mit Salt war geplant, dass Swisscom ein P2MP-Netz mit einem PON-Baum für sich und einem zweiten für Salt, also insgesamt mit zwei PON-Bäumen, errichten würde. Swisscom hatte die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt bisher erst in Gebieten umgesetzt, in welchen die Vermarktung der P2MP-Anschlüsse für Swisscom möglich war. Stand Ende Juli 2022 habe Salt [0-100] «T-ALO»-Anschlüsse aufgeschaltet.⁶⁴⁰ Schliesslich wurde die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt gemäss Swisscom im Herbst 2022 sistiert und für Salt würden generell keine Glasfaseranschlüsse mit einem PON-Baum mehr erstellt.⁶⁴¹ Damit hat Swisscom bisher in den Alleinbaugebieten, in denen sie eine P2MP-Netzarchitektur errichtet hat, hauptsächlich ihren eigenen PON-Baum in Betrieb genommen. Entsprechend stehen infrastrukturbedingt alternativen FDA grösstenteils lediglich Vorleistungsprodukte von Swisscom auf Diensteebene (Layer 2 und Layer 3) zur Verfügung.

727. Damit hat die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt letztendlich auch für Salt nicht dazu geführt, dass sie einen effektiven Zugang zu einem PON-Baum erhalten hat und somit die von ihr im Markt angebotenen Dienstleistungen gegenüber den betroffenen Endkunden nicht hätte erbringen können, ohne allfälligen Bezug von Vorleistungsprodukten von Swisscom auf Diensteebene (Layer 2 und Layer 3).

728. Selbst wenn die Glasfaser-Partnerschaft aber weitergeführt worden wäre, hätte allein die Bereitstellung eines PON-Baumes für Salt die Situation der anderen FDA nicht verändert. Sie hätten durch die Glasfaser-Partnerschaft mit Salt keinen physischen Zugang zu einem Glasfasernetz erhalten. Daher stellt auch das Bereitstellen eines PON-Baumes an Salt keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund im Sinne des Kartellgesetzes dar.

B.5.2.4.4 Durch Kabelnetze entstehe im Endkundenmarkt ausreichender Wettbewerbsdruck

729. In Regionen, in denen eine Kabelnetzinfrastruktur zur Verfügung steht, könnten bei Verwendung des neuen Übertragungsstandards DOCSIS 4.0 maximale Bandbreiten von 10 Gbit/s zur Verfügung gestellt wer-

den, wobei aufgrund der Eigenschaften als «Shared Medium» in der Schweiz effektiv wohl lediglich 1 Gbit/s angeboten würde.⁶⁴² Solche Bandbreiten werden in Kabelnetzen aber erst zukünftig mit dem neuen Übertragungsstandard DOCSIS 4.0 möglich sein. Der Übertragungsstandard DOCSIS 4.0 wurde im Jahr 2020 von verschiedenen Kabelnetzbetreiberinnen und SuisseDigital⁶⁴³ angekündigt. Der Zeitpunkt der Verfügbarkeit in der Schweiz von entsprechenden Produkten ist zum Zeitpunkt des Entscheids in vorliegender Sache jedoch nicht absehbar.⁶⁴⁴

730. Sunrise, die grösste Kabelnetzbetreiberin der Schweiz, berichtete über DOCSIS 3.1-Erweiterungen für bis zu 2.5 Gbit/s im Downstream und eine mögliche Einführung von DOCSIS 4.0 in einigen Bereichen im Jahr 2025.⁶⁴⁵ Weiter ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Kabelnetze ein «Shared Medium» sind und es hinsichtlich der Kapazitätsauslastung trotz nominal sehr hohen angebotenen Bandbreiten durchaus zu Engpässen kommen kann.⁶⁴⁶ Auch ist zumindest zum jetzigen Zeitpunkt nicht von einer sofortigen und flächendeckenden Umstellung auf DOCSIS 4.0 auszugehen. Zudem ist ein Layer 1-Zugang zu Kabelnetzen weiterhin nicht möglich.

731. Daher stellt auch die mögliche zukünftige Verfügbarkeit von Dienstleistungen seitens der Kabelnetzbetreiberinnen auf Basis des Übertragungsstandards DOCSIS 4.0 keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund dar.

732. Weiter ist zu beachten, dass Swisscom in diesem Bandbreitenbereich somit als einzige Anbieterin auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich und dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich auftritt, hat sie zum jetzigen Zeitpunkt doch die volle Kontrolle über die genannten Wholesale-Märkte und den Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich. Dies zumindest in Gebieten, in denen Nutzungseinheiten über keinen alternativen Glasfaseranschluss verfügen. Gemäss Bundesgericht gilt im Rahmen von Art. 7 KG unabhängig davon, ob Effizienzgründe geltend gemacht und berücksichtigt werden können, dass durch möglicherweise rechtfertigendes Verhalten wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt werden darf.⁶⁴⁷ Soweit Swisscom

⁶³⁸ Vgl. act. 15, S. 8.

⁶³⁹ Vgl. act. 866.1, WIK-Bericht, Modellierung des Investitions- und Förderbedarfs verschiedener Breitband-Ausbauziele in der Schweiz, S. 22 (vgl. Fn 132).

⁶⁴⁰ Vgl. act. 810, Rz 40.

⁶⁴¹ Vgl. act. 937, Rz 15.

⁶⁴² Vgl. Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes, S. 11.

⁶⁴³ Suissedigital ist der Wirtschaftsverband der Schweizer Kommunikationsnetze, dem rund 180 privatwirtschaftlich und öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen aus der ganzen Schweiz und aus dem Fürstentum Liechtenstein angehören. Vgl. <www.suissedigital.ch> (15.1.2024).

⁶⁴⁴ Vgl. <www.suissedigital.ch/suissedigital/medien/detail/10-gigabit-speed-fuer-kabelnetze-cablelabs-stellt-docsis-40-vor-1/> (12.6.2023).

⁶⁴⁵ Vgl. <www.golem.de/news/liberty-global-docsis-4-0-kommt-mit-10-gbit-s-im-downstream-nach-europa-2211-170046.html> (20.6.2023).

⁶⁴⁶ Vgl. RPW 2020/2, 827 Rz 467, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2021/1, 245 Rz 127, *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁶⁴⁷ Vgl. BGE 146 II 217 E. 5.9., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

aber die volle Kontrolle über die genannten Wholesale-Märkte und den Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich hat, ist wirksamer Wettbewerb beseitigt. Auch aus diesem Grund könnten allfällige Endkundenprodukte für Privatkunden auf Basis von DOCSIS 4.0 seitens der Kabelnetzbetreiberinnen nicht als sachliche Rechtfertigungsgründe anerkannt werden.

B.5.2.4.5 P2MP-Topologie würde den Wettbewerb mit Kabelnetzbetreiberinnen und unter den FDA intensivieren

733. Swisscom bringt vor, dass sich der Breitbandmarkt in der Schweiz durch eine hohe Wettbewerbsintensität auszeichnen würde.⁶⁴⁸ Zudem hätten die Kabelnetze gegenüber den Kupferkabelnetzen einen grossen Wettbewerbsvorteil und erst die Investitionen in den FTTS- und FTTB-Ausbau hätten es Swisscom ermöglicht, diesen Wettbewerbsnachteil zu schliessen. Mit dem FTTH-Ausbau würde Swisscom sogar über einen Wettbewerbsvorteil verfügen.⁶⁴⁹

734. Mit diesen Ausführungen bestätigt Swisscom lediglich, dass die FTTS- und FTTB-Netze mit den Kabelnetzen, die in einer Hybridbauweise unter Einsatz von Glasfaser- und Koaxialkabeln (sog. HFC-Netze) realisiert werden, in Wettbewerb stehen und die FTTH-Netze, welche Bandbreiten jenseits der Kapazitäten der HFC-Netze erlauben, ausser Konkurrenz der HFC-Netze stehen. Ein schnellerer fortschreitender FTTH-Ausbau bewirkt also vorwiegend, dass die Kabelnetze in denjenigen Regionen zu einem Auslaufmodell werden, in denen der FTTH-Ausbau voranschreitet. Damit bestätigt Swisscom gerade, dass seitens der Kabelnetze kein wirksamer Wettbewerbsdruck auf die FTTH-Netze ausgeübt wird. Dies zeigt sich auch im Verhalten der Kabelnetzbetreiberinnen, welche vermehrt ihre Kabelnetze zu FTTH-Netzen umbauen (selbst bzw. in Kooperation) oder, wie etwa Sunrise, Layer 1-Anschlüsse von Swisscom oder anderen Glasfasernetzbetreiberinnen nachfragen (vgl. Rz 484 f.).

735. Das Vorbringen von Swisscom, wonach sie im Breitbandmarkt seit Jahren kontinuierlich Marktanteile verlieren würde – primär an die Kabelnetzbetreiberinnen⁶⁵⁰ – ist dahingehend irreführend, als dass Sunrise als die grösste Kabelnetzbetreiberin für die Erbringung von Dienstleistungen in weiten Teilen auf Layer 1-Zugangsprodukte der Glasfasernetzbetreiberinnen zurückgreift. Die [...] deutet darauf hin, dass die Nachfrage von Sunrise nach Layer 1-Produkten auf den Glasfasernetzen auch in Zukunft weiter ansteigen wird. Tabelle 27 zeigt zudem, dass Salt zwischen 2018 bis 2022 am meisten neue Breitbandinternet-Abonnenten hinzugewinnen konnte. Salt besitzt keine eigene Festnetzinfrastruktur und erbringt ihre Dienstleistungen ausschliesslich über einen physischen Zugang zu Glasfasernetzen von Swisscom und den EVU (vgl. Rz 375). Die Fernmeldestatistik des BAKOM zeigt zudem, dass die Kabelnetze in den letzten Jahren einen kontinuierlichen Rückgang der Nutzerzahlen aufweisen (vgl. Tabelle 29). Swisscom kann daher aus diesen Ausführungen nichts zu ihrem Vorteil ableiten. Insbesondere stellen diese keine sachlichen Gründe dar, weshalb es für Swisscom

notwendig sein sollte, einen Layer 1-Zugang zu verweigern.

B.5.2.4.6 P2P-Netzarchitektur habe sich im Markt nicht etabliert

736. Swisscom führt weiter aus, dass sich die P2P-Netzarchitektur nicht habe etablieren können, da viele Telekom-Netzbetreiber aus technischen, vor allem aber aus Kostengründen auf die P2MP-Netzarchitektur setzten.⁶⁵¹ Dies liege insbesondere an den verwendeten Lasern, von welchen dank der Splitter weniger eingesetzt werden müssten. Im Übrigen seien die entsprechenden Laserausrüstungen allein schon durch Grösseffekte im Einkauf deutlich günstiger als die für die P2P-Übertragung benötigten Laser.

737. Auch diese Behauptung ist als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren. Entsprechend den Ausführungen des WIK werden die Kosten für die Endkundenmodems für FTTH-Ethernet (P2P) mit CHF 130 und die Kosten für die Endkundenmodems für FTTH-PON mit CHF 189 angegeben.⁶⁵² Zudem sind die Kosten für Laser im Vergleich zu den Kosten für die Investitionen in die Infrastruktur keine massgebliche Einflussgrösse und werden, zumindest was die bei Endkunden eingesetzten Modems anbelangt, teilweise auf die Endkunden abgewälzt.

738. Weiter bringt Swisscom vor, dass XGS-PON bzw. GPON europaweit üblich seien und sich als internationale Standards (neben DOCSIS für die Kabelnetze) etabliert hätten.⁶⁵³ Damit sei sichergestellt, dass die Weiterentwicklung dieses technologischen Standards auf sehr breiter Basis vorangetrieben werden könne. Die Folge davon seien immer leistungsfähigere Infrastrukturen bei gleichzeitig tendenziell sinkenden Preisen und grosser Verfügbarkeit. Swisscom könne und wolle sich ein diesbezügliches Abseitsstehen im Sinne einer Schweizer Sonderlösung, wie sie nach Meinung von Swisscom Init7 verlange, nicht erlauben.

739. Hierzu ist anzumerken, dass Swisscom die Datenübertragungstechnologie unzulässigerweise mit der Netztopologie bzw. Netzarchitektur gleichsetzt, um so den Eindruck zu erwecken, eine P2P-Netzbauweise würde zu einem Abseitsstehen im Sinne einer Schweizer Sonderlösung führen. Dem ist nicht so. Dies zeigt sich auch daran, dass Swisscom und viele andere FDA XGS-PON bzw. GPON auch in den Kooperationsgebieten einsetzen, wo die Glasfasernetze auf einer P2P-Netzarchitektur basieren.

⁶⁴⁸ Vgl. act. 1025, Rz 268.

⁶⁴⁹ Vgl. act. 1025, Rz 269.

⁶⁵⁰ Vgl. act. 1025, Rz 271.

⁶⁵¹ Vgl. act. 84, Beschwerde Swisscom, Abschnitt 5.2.

⁶⁵² Vgl. act. 866.1, WIK-Bericht, Modellierung des Investitions- und Förderbedarfs verschiedener Breitband-Ausbauziele in der Schweiz, S. 35 (vgl. Fn 132).

⁶⁵³ Vgl. act. 15, S. 8.

740. Die EU-Kommission hat in ihren «Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau» aus dem Jahr 2013 dargelegt, dass Telekommunikationsnetze der nächsten Generation (nachfolgend: NGA-Netz), deren Aufbau staatlich gefördert wird, auf einer passiven, neutralen und offenen Infrastruktur basieren sollen und allen interessierten Betreibern zugänglich sein müssen.⁶⁵⁴ Gemäss den Leitlinien sind zur Förderung eines NGA-Netzes die Voraussetzungen eines offenen Zugangs zu erfüllen.⁶⁵⁵ Betreiber müssen einen fairen und diskriminierungsfreien Zugang zu dem geförderten Netz erhalten; zudem muss ihnen die Möglichkeit einer tatsächlichen und vollständigen Entbündelung angeboten werden.⁶⁵⁶ Die EU-Kommission stellt weiter fest, dass in diesem Stadium der Marktentwicklung eine «Point-to-Point-Netzwerktopologie» tatsächlich entbündelt werden kann: «Wenn der ausgewählte Bieter ein Netz mit Point-to-Multipoint-Topologie errichtet, muss er eine tatsächliche Entbündelung per WDM (Wavelength Division Multiplexing) bieten, sobald der Zugang standardisiert und kommerziell verfügbar ist. Bis zur Verwirklichung der WDM-Entbündelung stellt der ausgewählte Bieter Zugangsinteressenten ein virtuelles Entbündelungsprodukt zur Verfügung, das der physischen Entbündelung möglichst nahekommt».⁶⁵⁷ Da sich aber die Farbentbündelung (WDM-Entbündelung) im Markt nicht durchgesetzt hat (vgl. Rz 150), verbleibt für die Bereitstellung eines physischen Zugangs damit lediglich der Aufbau eines FTTH-Netzes mit P2P-Netzarchitektur. Dementsprechend finden sich in den neuen Leitlinien der EU von 2023 keine Hinweise auf die Farbentbündelung mehr.⁶⁵⁸

741. Zur gleichen Feststellung kommt der Bundesrat im Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes, wenn er fordert, dass der staatlich unterstützte FTTH-Ausbau mit einer durchgehenden Faser vom Anschluss bis zur Zentrale (P2P) mitfinanziert werden soll, damit eine Entbündelung für Dritte ermöglicht wird, welche den Wettbewerb auf Diensteebene gewährleistet (vgl. Abbildung 8).⁶⁵⁹

742. Da sich eine P2P-Netzarchitektur sowohl für den Einsatz von Datenübertragungstechnologien, die ein P2P-Netz voraussetzen, als auch für den Einsatz von PON-Technologien eignet, kann Swisscom aus ihrem Vorbringen, international würden vorwiegend PON-Technologien zur Datenübertragung eingesetzt, nichts zu ihrem Vorteil ableiten. Das Vorbringen stellt daher keinen sachlichen Grund zur Rechtfertigung einer unzulässigen Verhaltensweise dar.

743. Weiter bringt Swisscom in ihrer Stellungnahme vor, dass durch die P2MP-Innovationen die P2P-Mehrkosten endgültig zu «sunk costs» würden, da kaum Nachfrage nach einem physischen Netzzugang bestehe.⁶⁶⁰ Dies im Wesentlichen deshalb, weil die technischen Innovationen der P2MP-Technologien den Layer 1-Zugang für die meisten FDA noch unattraktiver machen würden.

744. Das Vorbringen von Swisscom, die technischen Innovationen für eine P2MP-Netzarchitektur würden sich negativ auf die Nachfrage nach einem physischen Netzzugang auswirken, ist eine unbelegte Parteibehauptung. Dies allein schon deshalb, weil auch auf einer P2P-

Netzarchitektur Datenübertragungstechnologien eingesetzt werden können, die für eine P2MP-Netzarchitektur entwickelt wurden. Vor allem können alternative FDA, die einen Layer 1-Zugang nachfragen, neben anderen Technologien wie den Ethernet-Standards eben auch PON-Technologien für die Datenübertragung verwenden. So setzte beispielsweise Salt 2018 auf die XGS-PON Technologie, um damals neu in den Festnetzmarkt einzusteigen und Marktanteile zu gewinnen. Auch andere FDA wie Sunrise fragen Layer 1-Zugänge auf den Glasfasernetzen nach und setzen dabei die XGS-PON Technologie ein. Swisscom kann daher aus ihrem Vorbringen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

B.5.2.4.7 Nachfrage nach Layer 1-Angeboten

745. Swisscom bringt vor, dass der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) kaum nachgefragt werde und vergleicht hierfür die Nachfrage nach ihrem Layer 1-Produkt «ALO» mit der Nachfrage nach ihrem Layer 3-Produkt BBSC.⁶⁶¹ Ferner zeige die Entwicklung in Europa, dass Layer 2 und Layer 3 die Zugangsformen der Zukunft seien. Hieraus schliesst Swisscom, es sei nicht gerechtfertigt, das Unternehmen zu zwingen, eine Luxusinfrastruktur zu bauen und diese durch die Endkunden quersubventionieren zu lassen, wenn nicht damit gerechnet werden könne, dass die FDA diese Infrastruktur überhaupt nutzen werden.

746. Hierzu ist anzumerken, dass die Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang in der Schweiz bedeutend grösser ist als die bisherige Nachfrage nach dem Layer 1-Produkt ALO bei Swisscom (vgl. hierzu Abschnitt A.3.8). Insbesondere fragen die grossen FDA wie Sunrise und Salt bei verschiedenen Netzbetreibern einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur nach. Obwohl Swisscom mit der Netzbaustrategie 2025 den P2MP-Glasfaserausbau vorantrieb, lag der Anteil der bei Swisscom nachgefragten Layer 1-Produkte im Verhältnis zum Layer 3-Produkt BBSC über die gesamte Zeitspanne konstant über 30 %. Zudem ist die Nachfrage nach Layer 1-Glasfaserzugängen seit dem Jahr 2017 stark

⁶⁵⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, (2013/C 25/01), Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Rz 23; NGA-Netze werden gemäss Leitlinien als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) angesehen.

⁶⁵⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, (2013/C 25/01), Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Rz 80.

⁶⁵⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, (2013/C 25/01), Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Rz 80 a.

⁶⁵⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 26.1.2013, (2013/C 25/01), Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Fn 118.

⁶⁵⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 31.1.2023, (2023/C 36/01), Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen.

⁶⁵⁹ Vgl. Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes, S. 31, (vgl. Fn 132).

⁶⁶⁰ Vgl. act. 1025, Rz 286 ff.

⁶⁶¹ Vgl. act. 1025, Rz 283 ff.

angestiegen und es ist davon auszugehen, dass die Nachfrage auch in Zukunft weiter steigen wird (vgl. Rz 378 f.). Swisscom kann daher aus ihrer Behauptung, es bestünde keine Nachfrage nach einem physischen Zugang zur Netzinfrastruktur, nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

B.5.2.4.8 Kosteneinsparungen

747. Gemäss Angaben von Swisscom liessen sich beim Ausbau eines P2MP-Netzes im Vergleich zu einem P2P-Netz pro ausgebauter Nutzungseinheit Kosteneinsparungen von deutlich über CHF [0-1'000] erzielen.⁶⁶² Allein die «Feeder»-Kosten würden sich durch den Einsatz von P2MP/XGS-PON mehr als halbieren lassen. Zudem bringt Swisscom in ihrer Stellungnahme vor, dass eine P2P-Netzarchitektur im Vergleich zu der von Swisscom präferierten P2MP-Netzarchitektur ihrer Ansicht nach unnötige Mehrkosten von nahezu [1-2 Mrd.] verursachen würde.⁶⁶³ Die von Swisscom und dem WIK angestellten Berechnungen zeigen auf, dass ein P2P-Netzausbau je nach Ausgestaltung tatsächlich teurer sein kann als ein P2MP-Netzausbau (vgl. Abschnitt A.3.5.5.2). Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein P2MP-Netzausbau, unabhängig von der jeweiligen Ausbauvariante, bedeutende Nachteile nach sich zieht (vgl. Rz 113 ff.).

748. Nachfolgend werden die Kosteneinsparungen in den einzelnen Ausbauvarianten (vgl. auch Tabelle 18 bis Tabelle 22 und Tabelle 24 bis Tabelle 26 sowie Abbildung 12 und Abbildung 14) den jeweiligen Wettbewerbsnachteilen gegenübergestellt, um zu beurteilen, ob ein P2MP-Netzausbau sachlich gerechtfertigt werden kann. Hierbei sind die Kosteneinsparungen dem Ertragspotenzial der zu errichtenden Netzinfrastruktur gegenüberzustellen.

749. Bei der Gegenüberstellung des Ertragspotenzials und den Kosten bzw. Kosteneinsparungen ist darauf hinzuweisen, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässig verhalten darf, indem es unangemessene Preise verlangt. Das gilt sowohl auf der Grosshandels- als auch auf der Einzelhandelsebene.⁶⁶⁴ Daher ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb einem marktbeherrschenden FDA die Möglichkeit eröffnet werden sollte, einen unangemessen hohen Preis von seinen Geschäftspartnern zu verlangen, der über eine sachlich begründbare Amortisation des Netzausbaus hinausgehen würde. Hieraus ergibt sich, dass allfällige betriebswirtschaftliche Effizienzgewinne eines marktbeherrschenden Unternehmens für sich alleine keine ausreichende Rechtfertigung für ein eigentlich wettbewerbswidriges Verhalten darstellen.⁶⁶⁵ Solche Effizienzgewinne können grundsätzlich nur dann berücksichtigt werden, wenn sie auch tatsächlich an die Abnehmer weitergegeben werden.⁶⁶⁶ Hierbei müssen die weitergegebenen Effizienzgewinne die aufgrund des unzulässigen Verhaltens entstandenen Einschränkungen des wirksamen Wettbewerbs, welche eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit sämtlicher anderer Marktteilnehmer durch das marktbeherrschende Unternehmen darstellen, überwiegen. Allfällige Gewinneinbussen des marktbeherrschenden Unternehmens sind daher grundsätzlich nur dann zu berücksichtigen, wenn sie die von der Verfassung geschützten Möglichkeiten der wirtschaftlichen Tätigkeit des betroffenen marktbe-

herrschenden Unternehmens im Rahmen eines fairen Leistungswettbewerbs spürbar beeinträchtigen. Eine Reduktion eines allfälligen Übergewinns, welcher möglicherweise gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässig wäre, fällt nicht darunter.

750. Wenn also die tatsächlichen Kosten für den Ausbau eines Glasfasernetzes einschliesslich eines hierfür bedingten Mehraufwands für die P2P-Netzarchitektur mit einem Layer 1-Zugang zulässigerweise sowohl an andere Unternehmen als auch an Endkunden weitergegeben werden können, sind grundsätzlich keine konkreten wirtschaftlichen Beeinträchtigungen ersichtlich, wenn statt eines P2MP-Netzes ohne Layer 1-Zugang für Dritte ein P2P-Netz mit einem entsprechenden Layer 1-Zugang errichtet wird. Allfällige höhere Gewinne bzw. ein Übergewinn, der durch eine P2MP-Netzarchitektur im Vergleich zu einer P2P-Netzarchitektur realisiert werden könnte, kann nicht als sachlicher Grund herangezogen werden.

751. Gemäss Bundesverwaltungsgericht stellt ein tatsächlich bestehendes Einsparpotenzial aus grundlegenden Aspekten keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund dar, wenn nicht gleichzeitig der entsprechende Nachweis erbracht wird, dass der Mehraufwand aufgrund eines geringeren Absatzes zu einer verringerten Amortisationsfähigkeit führt.⁶⁶⁷

752. Nach Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts müssen für die Berücksichtigung von durch bauliche Massnahmen resultierenden Einschränkungen verschiedene Voraussetzungen gegeben sein.⁶⁶⁸ Demnach seien Kostenvergleiche auf der Grundlage eines «Greenfield»-Ansatzes durchzuführen. Bei der Berechnung der Mehrkosten seien im Einzelfall Investitionszuschüsse, die von öffentlich-rechtlichen Körperschaften zur Herstellung eines FTTH-Netzes geleistet werden, von den tatsächlich anfallenden Kosten abzuziehen. Hierbei ist gemäss Bundesverwaltungsgericht darauf zu achten, dass neben dem Alleinbau auch Baukooperationen zu berücksichtigen seien.

⁶⁶² Vgl. act. 15, S. 8.

⁶⁶³ Vgl. act. 1025, Rz 273 f.

⁶⁶⁴ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 123, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁶⁶⁵ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 474, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁶⁶⁶ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 476, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁶⁶⁷ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 559, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁶⁶⁸ Vgl. BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, Rz 560, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

B.5.2.4.8.1 Relevante Vergleichsgrösse für die Kosteneinsparungen von P2MP- gegenüber P2P-Netzausbau

753. Für einen Layer 1-Zugang wäre grundsätzlich ein P2P-111-Ausbau mit einer durchgehenden Glasfaserleitung von der Anschlusszentrale bzw. dem Verteilknotenpunkt der Netzbetreiberin bis in die Nutzungseinheiten ausreichend. Dies insbesondere in ländlichen Gebieten, in denen nur ein Telekommunikationsnetz besteht und die Wahrscheinlichkeit gering ist, dass ein weiterer FDA in der Zukunft einen eigenen «Feeder» verlegen wird.⁶⁶⁹ Gemäss Berechnungen von Swisscom sind aber die Kostenunterschiede zwischen der P2P-441-Ausbauvariante und der P2P-111-Ausbauvariante mit ca. [0-100 Mio.] CHF verschwindend gering (vgl. Rz 300), so dass für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung zu Gunsten von Swisscom die Berechnungen der P2P-441-Ausbauvariante herangezogen werden.

754. Für die Bereitstellung eines physischen Zugangs zur Glasfasernetzinfrastruktur (Layer 1-Zugang) genügt nach heutigem Stand der Technik eine P2P-Netzarchitektur mit einer durchgehenden Glasfaserleitung (P2P-111-Modell). Eine solche ist gleichzeitig nach dem derzeitigen Stand der Technik auch die minimale Netzinfrastruktur, die zur Gewährleistung eines flächendeckenden Layer 1-Zugangs notwendig ist.

755. Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung hat Swisscom auf Anfrage des Sekretariats verschiedene Beispielrechnungen hinsichtlich der Mehrkosten für einen P2P-Netzausbau geliefert (vgl. Abschnitt A.3.5.2.1). Alle diese Berechnungen beruhen bereits dahingehend auf der Wirtschaftlichkeitsüberlegung, dass Anschlüsse lediglich bis zu der von Swisscom genannten «Profitabilitätsgrenze» ausgebaut werden.⁶⁷⁰ Dies bedeutet, dass in den jeweiligen Anschlussnetzen in der Regel diejenigen NE nicht mit Glasfaser erschlossen werden, bei denen die Ausbaukosten ein bestimmtes Niveau übersteigen. Gemäss Aussagen von Swisscom trifft dies auf ca. [0-10] % der NE zu.⁶⁷¹

756. Weiter ist zu berücksichtigen, dass den Berechnungen von Swisscom ein «Brownfield»-Approach zugrunde liegt und nicht ein – wie vom Bundesverwaltungsgericht verlangter – «Greenfield»-Approach (vgl. Rz 752). Dies bedeutet, dass von der bestehenden bereits von Swisscom errichteten «Feeder»-Netzinfrastruktur ausgegangen wird, was sich bei den Berechnungen der Mehrkosten eines P2P-Netzes signifikant zu Gunsten von Swisscom auswirkt. So betragen beispielsweise die von Swisscom modellierten Mehrkosten im Bereich «Feeder» für den Umbau der bestehenden Netzinfrastruktur zwischen CHF [1-2 Mrd.] und [1-2 Mrd.] für einen P2P-441-Netzausbau bzw. ca. CHF [1-2 Mrd.] für eine P2P-111-Netzausbau. Hätte Swisscom hingegen von Anfang an den FTTS-«Feeder» für eine P2P-Netzarchitektur ausgelegt, wovon bei einem «Greenfield»-Approach auszugehen wäre, würden die Mehrkosten für den «Feeder» erheblich tiefer ausfallen, da kein nachträglicher Umbau mit aufwändigen Grabungsarbeiten mehr notwendig wäre. Sowohl Swisscom als auch das WIK schätzen die Mehrkosten auf etwa CHF [0-1 Mrd.] für eine P2P-Netzarchitektur (vgl. Rz 329

und 668). Dies entspricht Mehrkosten von ca. [10-20] % im Vergleich zu einem P2MP-Netzausbau.

757. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass mit dem fortschreitenden P2MP-Ausbau durch Swisscom die relativen Mehrkosten eines P2P-Ausbaus ansteigen. Stand Oktober 2023 hat Swisscom [0-1 Mio.] P2MP-Anschlüsse gebaut (vgl. Rz 389), obwohl Swisscom bereits ein Jahr zuvor angekündigt hatte, von nun an grösstenteils wieder auf die P2P-Netzarchitektur zu setzen. Der kontinuierliche P2MP-Ausbau von Swisscom widerspiegelt sich zumindest teilweise in den Kostenschätzungen von Swisscom, da den letzten COSMOS-Berechnungen die aktuelle Netzinfrastruktur von März 2022 zugrunde liegt (vgl. Rz 214). Hätte Swisscom den P2MP-Ausbau nicht kontinuierlich vorangetrieben, würden auch die relativen Mehrkosten eines P2P-Ausbaus entsprechend tiefer ausfallen.

758. Swisscom bringt vor, dass eine Verlegung von Reservefasern für jede einzelne Nutzungseinheit bereits im Zuge des FTTS-Ausbaus (für einen zukünftigen vollständigen FTTH/P2P-Ausbau) den FTTS-Ausbau massiv verteuert hätte.⁶⁷² Der grosse Vorteil der von Swisscom gewählten FTTS-Netzarchitektur würde aber nicht nur darin bestehen, dass sich damit kurzfristig massive Kosteneinsparungen erzielen liessen, sondern gerade auch darin, dass sich die für FTTS gebauten «Feeder» längerfristig für einen späteren FTTH-Glasfaservollausbau mittels P2MP-Netzarchitektur nutzen liessen. Die Glasfaser müsse dafür nur noch vom Schacht zu den Gebäuden weitergezogen werden, wobei das sich im Schacht befindliche Send- und Empfangsmodem (nachfolgend: mCAN) durch den Splitter ersetzt werde. Hierzu ist zu entgegen, dass ähnliches auch für einen P2P-Netzausbau gelten würde, wenn der «Feeder» entsprechend dimensioniert worden wäre und Swisscom zum damaligen Zeitpunkt mehr Fasern verlegt hätte. Der einzige Unterschied würde darin bestehen, dass nach der Entnahme des mCAN die Glasfasern des Feeders direkt und nicht durch das Zwischenschalten eines Splitters auf die Glasfasern des Bereichs «Drop» gespleisst würden.

759. Vergleicht man die Modellberechnungen von Swisscom zu einzelnen Ausbauparametern, so ist anzumerken, dass gemäss Aussagen von Swisscom die tatsächlichen Kosten für den Netzausbau – zumindest für diejenigen Anschlussnetze, die bereits entsprechend gebaut worden sind und für welche ein solcher Vergleich möglich ist – [0-10] % bis [10-20] % unterhalb der modellierten Kosten liegen (vgl. Rz 221).

⁶⁶⁹ Vgl. Hochbreitbandstrategie des Bundes, S. 28 bis 31 (Fn 132).

⁶⁷⁰ Vgl. act. V48, Beilage [...], S. 2.

⁶⁷¹ Vgl. act. V48, Beilage [...], S. 2.

⁶⁷² Vgl. act. 15, S. 8.

760. Das Abstellen auf die modellierten Mehrkosten von Swisscom wirkt sich daher auch in diesem Punkt bedeutend zu ihren Gunsten aus.

761. Auch wurde in den Berechnungen von Swisscom nicht berücksichtigt, ob und wenn ja, in welchem Umfang Swisscom finanzielle Unterstützung für den Netzausbau von der öffentlichen Hand (Kanton, Gemeinde oder möglicherweise künftig vom Bund) erhält. Zudem wurde eine allfällige Kostentragung durch Kooperationspartner in den Berechnungen ebenfalls nicht berücksichtigt (vgl. Rz 219 hinsichtlich der Kooperationen in [200-300] Gemeinden und potenziell weiteren [0-100] Gemeinden per Oktober 2023). Auch dies wirkt sich in erheblichem Masse zu Gunsten von Swisscom aus.

762. Vor diesem Hintergrund ist zu würdigen, ob die für einen P2P-Netzaufbau im Vergleich zu einem P2MP-Netzaufbau anfallenden Mehrkosten unter den Gesichtspunkten des Leistungswettbewerbs bei wirksamem Wettbewerb amortisiert werden können. Nur wenn die anfallenden Mehrkosten unter diesen Gesichtspunkten nicht amortisiert werden können, kann sich unter Umständen der Aufbau eines Glasfasernetzwerks in einer P2MP-Netzarchitektur rechtfertigen.

763. Gemäss Erfolgsrechnung 2022 erzielte Swisscom im Jahr 2022 einen Reingewinn von CHF 1'603 Mio. bei einem Umsatz von CHF 11'112 Mio. Dies entspricht einer Gesamtumsatzrendite von 14,4 %. In den Segmenten Festnetz und Wholesale erzielte Swisscom die nachfolgenden Umsätze:

Posten	Privatkunden	Geschäftskunden	Wholesale	Total
Festnetz in CHF	2'006 Mio.	840 Mio.		2'846 Mio.
Wholesale in CHF			601 Mio.	601 Mio.
Total in CHF	2'006 Mio.	840 Mio.	601 Mio.	3'447 Mio.

Tabelle 30: Ausgewählte Bereiche des Segmentergebnisses von Swisscom 2022⁶⁷³

764. Weiter zu berücksichtigen ist, dass ein Teil der Umsätze des von Swisscom so genannten Lösungsgeschäfts ebenfalls hinzuzurechnen wäre. Zu Gunsten von Swisscom wird vorliegend aber darauf verzichtet. Ausgehend von einem Umsatz von CHF 3'447 Mio. erwirtschaftet Swisscom bei einer Umsatzrendite von 14,4 % grob gerechnet einen Reingewinn von jährlich ca. CHF 497 Mio. Berücksichtigt man dagegen die Mehrkosten für den Ausbau einer P2P-Netzarchitektur in Höhe von ca. CHF [1-2 Mrd.] für einen Gesamtausbau (vgl. Tabelle 19), der sich ohne Weiteres auf die nächsten 10 Jahre erstrecken lässt, so würde dies für Swisscom jährliche Mehrkosten von ca. CHF [100-200 Mio.] ausmachen. Damit würde der jährliche Reingewinn basierend auf den Zahlen von 2022 in den Segmenten Privatkunden, Geschäftskunden und Wholesale auf ca. CHF [300-400 Mio.] zurückgehen.

765. Damit ist erstellt, dass Swisscom bei einem «Brownfield»-Ansatz auch unter äusserst konservativen Bedingungen die mit einer P2P-Netzarchitektur einhergehenden Investitionen in jedem Fall amortisieren und mindestens noch eine angemessene Rendite erwirtschaften könnte. Dabei sind Förderungen der öffentlichen Hand und Zusatzeinnahmen durch Kooperationspartner oder etwa Endkunden, die sich für einen «FTTH on Demand»-Ausbau entschieden haben, noch gar nicht berücksichtigt.

766. Unter diesen Voraussetzungen könnte für die Prüfung des Vorliegens hinreichender sachlicher Gründe auf eine Gegenüberstellung der Kostenvorteile und der möglichen Wettbewerbsnachteile einer P2MP-Netzarchitektur im Vergleich zu einer P2P-Netzarchitektur grundsätzlich verzichtet werden. Der Vollständigkeit halber wird eine solche Gegenüberstellung nachfolgend dennoch vorgenommen.

767. Die von Swisscom angegebenen geschätzten Mehrkosten für den Ausbau einer P2P-Netzarchitektur in Höhe von ca. CHF [1-2 Mrd.] (vgl. Rz 247) stellen vor diesem Hintergrund keinen sachlichen Grund für die aus dem Ausbau einer P2MP-Netzarchitektur resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen dar.

B.5.2.4.8.2 Gegenüberstellung von Mehrkosten und Wettbewerbsvorteilen

768. Die Berechnungen des WIK zeigen auf, dass ein weiterer Netzausbau in einer P2P-Netzarchitektur im Vergleich zu einer P2MP-Netzarchitektur für ca. 3,7 Mio. NE zu Mehrkosten von CHF 600 bis 800 Mio. führt (vgl. Rz 317). Auch Swisscom ging im Jahr 2012 ursprünglich von Mehrkosten von mindestens CHF [0-1 Mrd.] aus (vgl. Rz 668). Ausgehend von der heute bereits bestehenden Netzinfrastruktur geht Swisscom von Aus- und Umbaukosten für ein P2P-441-Modell von ca. CHF [1-2 Mrd.] für ca. [3-4 Mio.] NE aus (vgl. Rz 247).

769. Es ergeben sich folgende Mehrkosten für eine P2P-Netzinfrastruktur im Vergleich zu einer P2MP-Netzinfrastruktur:

⁶⁷³ Vgl. Geschäftsbericht Swisscom für das Jahr 2022, S. 115, <www.swisscom.ch/de/about/investoren/berichte.html> (24.2.2023).

	WIK	Swisscom 2012	Swisscom aktuell
Gegenüberstellung	Szenario 14 zu Szenario 4	Bericht vom 30.5.2021	P2MP-442 zu P2P-441
Mehrkosten	CHF 771'178'124	CHF [0-1 Mrd.]	CHF [1-2 Mrd.]
Nutzungseinheiten	3'712'941	[3-4 Mio.]	[3-4 Mio.]
Mehrkosten pro NE	CHF 208	CHF [200-400]	CHF [400-800]
Jährliche Mehrkosten pro NE (bei Nutzungsdauer 30 Jahre) ⁶⁷⁴	CHF 6.93	CHF [0-10]	CHF [10-20]
Monatliche Mehrkosten pro NE (bei Nutzungsdauer 30 Jahre)	CHF 0.58	CHF [0-1]	CHF [1-2]

Tabelle 31: Gegenüberstellung Mehrkosten für einen P2P-Netzausbau im Vergleich zu einem P2MP-Netzausbau

770. Sowohl die Berechnungen des WIK als auch von Swisscom zeigen, dass ein P2MP-Netzausbau günstiger ist als ein P2P-Netzausbau. Dies kann aufgrund der höheren Investitionen in die Netzinfrastruktur zu höheren Kosten für die Endkunden führen.⁶⁷⁵ Daher sind in einer Gesamtbetrachtung diese höheren Kosten den Vorteilen einer P2P-Netzinfrastruktur gegenüberzustellen.

771. Die technischen Eigenschaften der P2P- und die P2MP-Netzarchitektur sowie die jeweils möglichen Netzzugangsmöglichkeiten und Geschäftsmodelle sind ausführlich in den Abschnitten A.3.2 und A.3.3 beschrieben. Die drei wesentlichsten Vorteile einer P2P-Netzinfrastruktur gegenüber einer P2MP-Netzinfrastruktur sind:

- Eine potenziell grössere Anzahl von Wettbewerbern in den Datenübertragungsmärkten (vgl. Rz 163 f.).
- Das grössere Innovationspotenzial durch einen Layer 1-Zugang (vgl. Abschnitt A.3.3).
- Die grössere Flexibilität und Zukunftssicherheit der Netzinfrastruktur (vgl. Rz 119).

772. Während auf einer P2P-Netzinfrastruktur grundsätzlich eine unbegrenzte Anzahl Unternehmen einen Layer 1-Zugang nachfragen können, bleibt die Anzahl zusätzlicher FDA, die auf der von Swisscom geplanten P2MP-Netzinfrastruktur einen Layer 1-Zugang zu einem PON-Baum nachfragen können, auf maximal drei beschränkt. Dabei sah Swisscom lediglich vor, einer FDA flächendeckend einen entsprechenden Netzzugang zu gewähren. Der Zugang für weitere Dritte wäre mit zusätzlichen Investitionen und Verzögerungen verbunden gewesen (vgl. Rz 273 und 327). Swisscom macht geltend, dass nach der Abschaltung der Kupferkabelnetzinfrastruktur von Swisscom zu einem späteren Zeitpunkt und bei entsprechender Nachfrage eventuell einer zweiten und dritten FDA ein entsprechender Zugang zu jeweils einem PON-Baum gewährt werden könnte. Dies bedeutet, dass ein nach Gutdünken von Swisscom aufgebautes Glasfaserduopol bzw. ein Glasfaseroligopol

mit maximal vier Marktteilnehmern entstehen könnte. Neue Markteintritte wären dann nicht mehr zu erwarten. Insbesondere wäre ein Markteintritt kleiner, innovativer FDA, die mit Innovationen und tiefen Marktpreisen in den Markt einsteigen, um von den etablierten FDA Kunden abzugewinnen, in diesen Gebieten auszuschliessen. Die Vergangenheit hat jedoch gerade aufgezeigt, dass neue Technologien und innovative Produkte regelmässig von FDA ohne eigene Glasfasernetzinfrastruktur eingeführt wurden. Gleichzeitig können Produkteinführungen von kleinen FDA wie Init7 (vgl. Rz 690 f.) wie Nadelstiche wirken und dazu führen, dass etablierte FDA wie Swisscom und Sunrise auf solche Angebote entsprechend reagieren müssen und damit in ihrer Geschäftstätigkeit diszipliniert werden. Die Möglichkeit eines Layer 1-Zugangs hat zu einer rascheren Diffusion von neuen Technologien in der Schweiz geführt. Es ist davon auszugehen, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird. Hiervon profitieren schlussendlich die Endkunden.

773. So zeigen beispielsweise die von Init7 früh eingeführte Bandbreite von 1 Gbit/s und der Markteintritt von Salt mit Bandbreiten von 10 Gbit/s zu einem monatlichen Preis von CHF 49 (bzw. CHF 39 in Verbindung mit einem Mobilfunkabonnement) das Wettbewerbspotenzial von neuen Markteintritten bei einer P2P-Netzarchitektur und einem Layer 1-Zugang für Dritte auf (vgl. Rz 690 ff.). Gemäss vorliegender Einschätzung wird der hierdurch entstehende Preisdruck die Mehrkosten von maximal CHF [1-2] pro Monat und Nutzungseinheit bzw. CHF [400-800] über die gesamte Laufzeit⁶⁷⁶ mehr als kompensieren, so dass die Mehrkosten für den Aufbau einer

⁶⁷⁴ Für die Berechnung der jährlichen Mehrkosten pro NE wurden die gesamten Mehrkosten durch die Anzahl Nutzungseinheiten sowie die Anzahl Jahre geteilt.

⁶⁷⁵ Neben höheren Kosten für die Endkunden, kann ein P2P-Netzausbau auch zu Verzögerungen führen. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Abschnitt B.5.2.4.9 zu verweisen.

⁶⁷⁶ Für die Berechnung wurde eine Laufzeit von 30 Jahren zugrunde gelegt.

P2P-Netzinfrastruktur in einer gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsbetrachtung aller Wahrscheinlichkeit nach aufgewogen werden. Betrachtet man alleine die Preisreduktion von ca. CHF 100 pro Monat im Markt, welche durch die Einführung des Angebots von Salt im Jahr 2018 bewirkt wurde (vgl. Abbildung 15), so hätten sich aus Kundensicht die Mehrkosten von CHF [400-800] pro Nutzungseinheit bereits nach sechs Monaten durch die wettbewerbsbedingten Preisreduktionen aufgewogen. Dabei ist nochmals darauf hinzuweisen, dass bei den geschätzten Mehrkosten von Swisscom auch die Umbaukosten von bereits mit P2MP-Netzarchitektur erschlossenen Nutzungseinheiten enthalten sind. Hätte Swisscom beim Glasfaserausbau konsequent an einer P2P-Netzarchitektur mit Layer 1-Zugang festgehalten, so wären die monatlichen Mehrkosten bedeutend geringer ausgefallen (vgl. Tabelle 31). Zudem sind bei den Schätzungen der Mehrkosten die vorgesehenen Kooperationen und auch die Investitionszuschüsse vieler Gemeinden beim Glasfaserausbau ebenfalls nicht berücksichtigt (vgl. Rz 361).

774. Da auf einer P2P-Netzinfrastruktur zur Datenübertragung sowohl PON-Technologien als auch AON-Technologien eingesetzt werden können, ist auf einer P2P-Netzinfrastruktur neben der grösseren Anzahl von potenziellen Marktteilnehmern auch das Innovationspotenzial grösser. Von diesem Innovationspotenzial profitieren Endkunden mittel- bis langfristig durch eine grössere Vielfalt an Angeboten. Dieser mit der Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs einhergehende Nebeneffekt einer P2P-Netzinfrastruktur kann sich zudem wettbewerbsverstärkend auswirken.

B.5.2.4.8.3 Kosteneinsparungen bei weiteren Varianten eines P2MP-Netzausbaus gegenüber einem P2P-Netzausbau

775. Die grösste Kostendifferenz besteht zwischen einem P2P-441-Netzausbau und einem P2MP-Ausbau mit einem oder zwei PON-Bäumen. Folglich sind bei den weiteren Varianten des P2MP-Netzausbaus bzw. teilweisen P2P-Netzausbaus (vgl. Abschnitt A.3.5.3) die Kostendifferenzen im Vergleich zu der von Swisscom ursprünglich geplanten P2MP-Netzarchitektur geringer (vgl. Beilage 1).⁶⁷⁷ Da aber bereits die grösste Kostendifferenz keinen sachlichen Grund für die hierdurch entstehenden Wettbewerbsnachteile darstellt, gilt dies umso mehr für Varianten, welche auf der einen Seite den Wettbewerb im Vergleich zu einer durchgängigen P2P-Netzarchitektur stärker einschränken, aber dafür zu geringeren Mehrkosten führen, da Swisscom ihre Investitionen in jedem Fall amortisieren und eine angemessene Rendite erwirtschaften kann.

776. Es sind daher auch in den anderen untersuchten Varianten keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche die mit einem P2MP-Netzausbau einhergehenden Einschränkungen des wirksamen Wettbewerbs rechtfertigen würden.

B.5.2.4.8.4 Amortisierung der Mehrkosten

777. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass die Amortisierungsfähigkeit nicht nach dem gesamten Umsatz und Gewinn von Swisscom, sondern nur nach dem Wholesale-Geschäft zu bemessen sei.⁶⁷⁸ Dies, weil

der Layer 1-Zugang allein den anderen FDA zugutekommen würde und die Endkunden von Swisscom gar nichts davon hätten. Deshalb erachtet es Swisscom als unzulässig, die Mehrkosten des P2P-Ausbaus mit den Endkundengewinnen von Swisscom amortisieren zu wollen. Swisscom schätzt, dass es über 20 Jahre dauern würde, bis das Wholesale-Geschäft wieder einen Gewinn erzielen würde.

778. Wie ausgeführt, profitieren sämtliche Endkunden in der Schweiz von einer stärkeren Wettbewerbsintensität, die durch einen Layer 1-Zugang ermöglicht wird (vgl. Rz 773 f. mit weiteren Verweisen). Eine Einschränkung der Amortisierung lediglich auf die Wholesale-Umsätze ist daher der falsche Ansatz. Da die Nutzungsdauer der Glasfasernetzinfrastruktur auf mindestens 30 Jahre angegeben wird und Swisscom den Break-Even in ihrer Stellungnahme bei 20 Jahren ansetzt, geht selbst Swisscom davon aus, dass sie die Mehrkosten auch bei einer Berücksichtigung lediglich der Wholesale-Umsätze amortisieren könnte. Swisscom kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

779. Auch die Ausführungen von Swisscom, dass der Antrag des Sekretariats Swisscom dazu zwingen würde, die Mehrkosten des P2P-Netzausbaus durch ihre Endkunden quersubventionieren zu lassen⁶⁷⁹, stossen aus denselben Gründen ins Leere.

B.5.2.4.9 Schnellere Verfügbarkeit hoher Bandbreiten

780. Swisscom bringt weiter vor, dass die erheblichen Ausbauverzögerungen, die ein Festhalten an bzw. eine behördliche Verpflichtung zu einem flächendeckenden, schweizweiten P2P-Ausbau mit sich bringen würden, sich weder betriebs- noch volkswirtschaftlich rechtfertigen liessen.⁶⁸⁰ In ihrer Stellungnahme macht Swisscom geltend, dass ein P2P-Netzausbau zu gravierenden Verzögerungen führe. Durch die höheren Kosten des FTTH-Ausbaus in einer P2P-Netzarchitektur führe die Realisierung eines Layer 1-Zugangs bei jährlich gleichbleibenden Investitionen seitens Swisscom dazu, dass die Ausbaugeschwindigkeit sinke und die flächendeckende Verfügbarkeit der Glasfasernetzinfrastruktur in der Schweiz später erreicht werde. Die Rollout Geschwindigkeit sei deutlich tiefer, weswegen insbesondere periphere Gebiete erst Jahre später – bzw. gewisse Gebiete überhaupt nicht – mit FTTH erschlossen werden könnten.⁶⁸¹ Diesbezüglich ist auf die nach dem Entscheid von Swisscom angepassten Ausbaupläne zu verweisen, wieder auf die P2P-Netzarchitektur zu setzen. So hat Swisscom im Oktober 2022 nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts informiert, dass sie bis Ende 2025 eine Abdeckung von 50 bis 55 % der

⁶⁷⁷ Die Kosten der für die Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs mindestens notwendigen P2P-111-Ausbauvariante unterscheiden sich nur unwesentlich von der P2P-441-Ausbauvariante (vgl. Rz 753 f.).

⁶⁷⁸ Vgl. act. 1025, Rz 277 ff.

⁶⁷⁹ Vgl. act. 1025, Rz 280 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. act. 15, S. 8 sowie act. 1025, Rz 263.

⁶⁸¹ Vgl. act. 1025, Rz 79, 89 ff. und 399.

Bevölkerung zu erreichen plane (anstelle von 60 % in einer P2MP-Netzarchitektur). Dies entspräche circa 250'000 weniger Anschlüsse als ursprünglich kommuniziert. Zudem solle bis 2030 eine FTTH-Abdeckung von 70 % bis 80 % erreicht werden.⁶⁸² Zum Vorbringen der Verzögerung ist darauf hinzuweisen, dass der fortschreitende P2MP-Ausbau neben den höheren relativen Mehrkosten eines P2P-Ausbaus (vgl. Rz 553) ebenfalls zu einer Verzögerung geführt hat. Stand Oktober 2023 hat Swisscom [0-1 Mio.] P2MP-Anschlüsse gebaut (vgl. Rz 381). Hätte Swisscom den P2MP-Ausbau nicht kontinuierlich vorangetrieben, würde die Differenz bei den Ausbauzielen bis 2025 weit unterhalb der von Swisscom kommunizierten 250'000 Anschlüssen bzw. bei ca. 5 % liegen.

781. Weiter argumentiert Swisscom in ihrer Stellungnahme, dass es mehr als legitim und sachlich gerechtfertigt sei, wenn sie die Forderung der Politik sowie die Bedürfnisse der Bevölkerung und Unternehmen nach einem zügigen Ausbau aller Regionen höher gewichten würde als die Sonderwünsche einer Handvoll FDA.⁶⁸³ Damit stehe ihr Handeln im Einklang mit den ihr vom Bund vorgegebenen strategischen Zielen.

782. Die schnellere Versorgung der Schweizer Bevölkerung mit einer Glasfasernetzinfrastruktur, in der Form, wie sie Swisscom vorbringt, ist in erster Linie ein versorgungspolitisches Ziel und kann nur insoweit als sachlicher Grund aufgeführt werden, wie damit zwingende gesetzliche Vorgaben zu erfüllen sind. So wurde eine Breitbandanbindung von bis zu 80 Mbit/s in den Grundversorgungskatalog aufgenommen. Diese Bandbreiten können bisher über die teilweise Nutzung der Kupferkabeltechnologie (FTTC bzw. FTTS) ohne Weiteres erreicht werden. Die Grundversorgungspflicht kann daher nicht als sachlicher Grund herangezogen werden. Andere zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, welche einen entsprechenden Ausbau in einer P2MP-Netzinfrastruktur unumgänglich machen würden, sind nicht ersichtlich.

783. Die strategischen Ziele des Bundes nach Art. 6 TUG⁶⁸⁴ zwingen Swisscom in keiner Weise zu einer Verweigerung eines Layer 1-Zugangs zu Gunsten eines schnelleren Netzausbaus.⁶⁸⁵ Zudem können die strategischen Ziele des Bundes nicht als Vorwand herangezogen werden, um ein an sich kartellrechtswidriges Verhalten zu rechtfertigen. Swisscom kann daher aus ihrem Verweis auf die strategischen Ziele des Bundes nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

784. Ein schneller Aufbau eines Glasfasernetzes mit P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte könnte auf Generationen hinaus verschiedene negative wettbewerbliche Folgen nach sich ziehen (vgl. Rz 772 mit weiteren Verweisen). Auf der einen Seite würden bereits bestehenden Anschlüsse über das Kupfernetz und das Koaxial- und HFC-Kabelnetz schneller ihre Wettbewerbsfähigkeit verlieren. Zudem ist davon auszugehen, dass in der mittleren Frist das Kupferkabelnetz, welches sich im Eigentum von Swisscom befindet, abgeschaltet wird. Kabelnetzbetreiberinnen haben dann insbesondere zwei Optionen. Einerseits könnten sie sich dafür entscheiden, ihr Kabelnetz zu einem FTTH-Netz auszubauen, was zum Parallelausbau einer vollständi-

gen zweiten Glasfasernetzinfrastruktur führen würde. Dies hätte weit höhere Investitionen als die für Swisscom veranschlagten maximalen Mehrkosten von ca. CHF [1-2 Mrd.] für den Ausbau einer P2P-Netzinfrastruktur zur Folge und wäre aus der Optik der Gesamtwohlfahrt ineffizient. Andererseits könnten die Kabelnetzbetreiberinnen ihr Koaxial- und HFC-Kabelnetz aufgeben und auf das Geschäftsmodell der «reinen Endkundenanbieterin» wechseln. Da sie dann im vorliegend relevanten Markt vollständig von Swisscom als Vorleistungsanbieterin abhängig wären und ihre bestehende Netzinfrastruktur wertlos würde, käme dies einem Marktaustritt von Konkurrenten auf Ebene der Netzinfrastruktur gleich, mit beträchtlichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Ein schnellerer Aufbau einer P2MP-Netzinfrastruktur ohne Layer 1-Zugang für Dritte würde aller Voraussicht nach nicht nur generell zu bedeutenden Nachteilen in Bezug auf die Anzahl Wettbewerber, das Innovationspotenzial und die Zukunftssicherheit führen (vgl. Rz 772 ff.), sondern auch eine raschere Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse bewirken. Zusätzlich könnte dies auch negative Auswirkungen auf die langfristige Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandangeboten haben. Daher ist eine schnellere Verfügbarkeit eines Glasfasernetzes mit bedeutenden negativen Auswirkungen auf die Marktverhältnisse sowohl im Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, als auch in den nachgelagerten Märkten verbunden. Die schnellere Verfügbarkeit von Glasfasernetzanschlüssen allein stellt daher keine sachliche Rechtfertigung dar.

785. Grundsätzlich denkbar wäre die Notwendigkeit eines schnellen Aufbaus einer Glasfasernetzinfrastruktur, wenn sich Swisscom äusserem ökonomischen Druck gegenübersehen würde. Dies könnte beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein Wettbewerber parallel ein schweizweites Glasfasernetz errichten würde und Swisscom aufgrund der Verpflichtung, ihr Glasfasernetz in einer P2P-Netzarchitektur aufzubauen, einen zeitlichen Wettbewerbsnachteil hätte. Ein solcher zeitlicher Nachteil müsste dazu führen, dass Swisscom einzig aufgrund der späteren Verfügbarkeit der Glasfasernetzinfrastruktur erhebliche Kundenverluste an den Wettbewerber hinnehmen müsste, die sie in der Folge nicht ohne Weiteres wieder kompensieren könnte. Somit wäre der möglichst schnelle Aufbau einer Glasfasernetzinfrastruktur aus wirtschaftlichen Gründen angezeigt, wenn ansonsten aufgrund eines zeitlichen Technologienachteils ein gravierender Wettbewerbsnachteil entstünde, weil Swisscom bei der Vermarktung der Glasfasernetzinfrastruktur gegenüber Wettbewerbern ins Hintertreffen geraten würde.

⁶⁸² Vgl. <www.srf.ch/news/wirtschaft/400-000-anschluesse-blockiert-swisscom-gibt-im-glasfaserstreit-mit-der-weko-nach> sowie <www.swisscom.ch/de/about/news/2022/10/27-report-q3-2022.html> (15.1.2024).

⁶⁸³ Vgl. act. 1025, Rz 264 ff.

⁶⁸⁴ Bundesgesetz vom 30.4.1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11).

⁶⁸⁵ Vgl. act. 1025, Rz 265.

786. Daher ist nachfolgend zu prüfen, ob der schnellere Aufbau der Glasfasernetzinfrastruktur in einer P2MP-Netzarchitektur in Bezug auf die damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen als verhältnismässig angesehen werden kann.

787. Gemäss Aussagen von Swisscom kann die im Rahmen des FTTS-Ausbaus bereits gebaute «Feeder»-Netzinfrastruktur für den weiteren Ausbau der FTTH-Netzinfrastruktur in einer P2MP-Netzarchitektur wieder verwendet werden.

788. Hierzu ist anzumerken, dass die Kostenberechnungen von Swisscom zeigen, dass dabei zwar zusätzliche Ausbauarbeiten im «Feeder» notwendig sind, diese allerdings geringer ausfallen als bei einer P2P-Netzarchitektur, bei welcher der erstellte «Feeder» zwar auch weiterverwendet werden kann, aber aufgrund der grösseren benötigten Kapazitäten ein umfassender Ausbau notwendig ist als bei einer P2MP-Netzarchitektur. Damit ist der Ausbau in einer P2MP-Netzarchitektur grundsätzlich geeignet, einen schnelleren Netzausbau zu realisieren. Daher ist weiter zu prüfen, ob sich ein schnellerer Ausbau auch als erforderlich erweist und die Zweck-Mittel-Relation wahr.

789. Hinsichtlich der Erforderlichkeit eines schnelleren Netzausbaus sind auf der einen Seite die tatsächliche Notwendigkeit nach einer schnellen Verfügbarkeit höherer Bandbreiten und auf der anderen Seite die Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation zu beachten.

790. Derzeit können über das Kupferkabelnetz mit der G.FAST-Technologie Bandbreiten von bis zu 600 Mbit/s erreicht werden. Swisscom kann aufgrund der Virtualisierung ihrer Netze die Bandbreite von 600 Mbit/s noch mit zusätzlicher Bandbreite über das Mobilfunknetz ergänzen, so dass den jeweiligen Kunden an ihren Standorten durch die Kombination von leitungsgebundenem und mobilem Internet höhere Bandbreiten als die 600 Mbit/s angeboten werden können. Swisscom nennt diese zusätzlich zur Verfügung gestellte Bandbreite «mobile Booster».⁶⁸⁶

791. Nach kaufmännischen Grundsätzen wäre ein schneller Ausbau der Glasfasernetzinfrastruktur dann notwendig, wenn aufgrund fehlender Bandbreite Kundenverluste zu erwarten wären, weil beispielsweise Endkunden ihre Gewohnheiten ändern und etwa ihren Internetkonsum einschränken würden. Da die derzeit verfügbaren Bandbreiten mit G.FAST und Ergänzungsbandbreiten über das Mobilfunknetz für Endkunden in aller Regel mehr als ausreichend sind, bestehen keine zwingenden bei der Marktgegenseite liegenden kaufmännischen Gründe für einen schnelleren Glasfaserausbau. Swisscom hat dies auch durch ihre eigene Strategie gezeigt, indem sie bereits im Jahr 2012 entschieden hat, den FTTH-Ausbau vorerst zu sistieren, den FTTS-Netzausbau als Zwischenstufe einzuplanen und den weitergehenden FTTH-Ausbau im Zusammenhang mit Kooperationen auf frühestens ab 2020 nach hinten zu verschieben.⁶⁸⁷

792. Hinsichtlich der Wettbewerbssituation ist zu beachten, dass bei den Kabelnetzunternehmen die Migrationen auf DOCSIS 3.0 bzw. DOCSIS 3.1 weitgehend abgeschlossen sind. Auf die damit verbundenen Bandbrei-

tenerhöhungen hat Swisscom weitgehend mit dem FTTS-Ausbau reagiert, weshalb die Notwendigkeit eines besonders schnellen Glasfasernetzausbaus aufgrund des DOCSIS 3.0- und DOCSIS 3.1-Ausbaus nicht akut ist, da der bereits getätigte FTTS-Ausbau ausreicht, um im Wettbewerb mit den Kabelnetzunternehmen bestehen zu können (vgl. hierzu auch Rz 577 ff.). Eine Migration auf DOCSIS 4.0 ist gemäss den der WEKO vorliegenden Informationen, wenn überhaupt, erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehen und voraussichtlich nicht flächendeckend (vgl. Rz 729 ff.). Vor diesem Hintergrund ist es nicht notwendig, aufgrund einer möglichen Verzögerung den FTTH-Netzausbau in einer P2MP-Netzarchitektur vorzunehmen.

793. Grundsätzlich könnte der schnellere Ausbau einer FTTH-Netzinfrastruktur regional dann angezeigt sein, wenn bereits eine alternative Netzbetreiberin ein FTTH-Netz ausgebaut hat oder einen solchen Ausbau durchführt und Swisscom keinen Layer 1-Zugang zu ihrem Netz gewähren sollte. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn Kooperationsgespräche gescheitert sind oder wenn die alternative Netzbetreiberin den FTTH-Netzausbau in einer P2MP-Netzarchitektur durchgeführt hat bzw. durchführt. Dadurch könnte Swisscom ein zeitlicher Wettbewerbsnachteil entstehen, da ihr kein FTTH-Netz zur Verfügung steht, bis sie ihre eigene Netzinfrastruktur ausgebaut hat. Das wäre dann denkbar, wenn durch einen etwas langsameren FTTH-Ausbau infolge einer Verpflichtung zur Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung resultieren würde. Hierzu ist einzuwenden, dass es zwar durch die Verpflichtung zur Bereitstellung eines Layer 1-Zugangs von Swisscom insgesamt zu gewissen Verzögerungen und finanziellen Mehraufwänden kommen kann. Da aber keine andere Netzbetreiberin einen schweizweiten Glasfasernetzausbau tätigt und dabei einen zeitlichen Vorsprung gegenüber Swisscom aufweist, sind die aus dem P2P-Netzausbau resultierenden Verzögerungen vorliegend für die kartellrechtliche Beurteilung nicht von Bedeutung.

794. Zudem existiert derzeit auf regionaler Ebene nur eine beschränkte Anzahl von alternativen FTTH-Ausbauprojekten, so dass Swisscom ihren Netzausbau in diesen Regionen priorisieren könnte, um mögliche zeitliche Wettbewerbsnachteile zu verhindern. Gleichzeitig hat Swisscom bekanntgegeben, dass die Umstellung auf eine P2P-Netzarchitektur zwar zu einer Verzögerung führen würde, sich bis 2025 jedoch trotzdem 50 % bis 55 % der Anschlüsse mit FTTH erschliessen liessen (anstelle von 60 % bei einer P2MP-Bauweise).⁶⁸⁸ Es ist daher auch in Regionen, in denen bereits ein alternatives FTTH-Netz besteht oder sich im Bau befindet, nicht mit erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen für Swisscom zu rechnen. Weil also die aufgrund einer Bauweise in einer P2P-Netzarchitektur möglicherweise entstehenden Verzögerungen beim Gesamtnetzausbau

⁶⁸⁶ Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/news/2021/11/18-1gb-schweizweit.html> (9.5.2023).

⁶⁸⁷ Vgl. act. 189, Beilage 2.

⁶⁸⁸ Vgl. Swisscom Geschäftsbericht 2022, S. 24, <www.swisscom.ch/de/about/investoren/berichte.html> (24.2.2023).

regional durch entsprechende Planungen aufgefangen werden können, ist es auch in diesen Regionen nicht notwendig, den FTTH-Netzausbau in einer P2MP-Netzarchitektur vorzunehmen.

795. Da aus den möglichen Verzögerungen keine Notwendigkeit für einen P2MP-Netzausbau abgeleitet werden kann, fällt auch die Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation zu Ungunsten von Swisscom aus.

796. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass die von Swisscom vorgebrachten Verzögerungen grundsätzlich keinen ausreichenden sachlichen Grund darstellen, um einen Netzausbau in einer P2MP-Netzarchitektur vorzunehmen.

B.5.2.4.10 Weitere Rechtfertigungsgründe im Einzelfall

797. Von Swisscom wurden weitere Einzelfälle bzw. Kategorien von Einzelfällen aufgezeigt, für welche eine sachliche Rechtfertigung für eine Erschliessung in einer P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte bestehe.

B.5.2.4.10.1 Nutzungseinheiten, die nicht fernmeldetechnisch erschlossen sind

798. Mit Schreiben vom 2. Mai 2022 ist Swisscom mit einer Beratungsanfrage an das Sekretariat herangetreten, ob es zutreffe, dass Swisscom Neubauten mit Glasfaseranschlüssen in der P2MP-Bauweise anbinden könne und damit weder gegen die bestehenden vorsorglichen Massnahmen noch gegen einen für das betreffende Gebiet allenfalls einvernehmlich vereinbarten P2P-Ausbau durch Swisscom verstosse.

799. Bezüglich der Erschliessung von Neubauten an eine leitungsgebundene Netzwerkinfrastruktur – also Liegenschaften, bei denen es sich um einen Neubau handelt und welche bisher noch nicht über eine leitungsgebundene Anbindung an eine Telekommunikationsnetzwerkinfrastruktur verfügen (nachfolgend: Neubauten) – hat das Sekretariat gegenüber Swisscom die nachfolgende Meinung vertreten:

800. Gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. a FMG erbringe die Konzessionärin der Grundversorgung in ihrem Konzessionsgebiet auf dem jeweils aktuellen Stand der Technik und nachfrageorientiert den öffentlichen Telefondienst, nämlich die fernmeldetechnische Sprachübertragung in Echtzeit, einschliesslich der fernmeldetechnischen Übertragung von Daten mit Datenraten, wie sie über die Übertragungswege für Sprache geleitet werden können, sowie den Anschluss und die Zusatzdienste.

801. Swisscom sei als aktuelle Grundversorgungskonzessionärin damit gesetzlich dazu verpflichtet, nachfrageorientiert einen Anschluss im Sinne des FMG gemäss dem Stand der Technik zur Verfügung zu stellen. Bei Neubauten, in welchen noch kein Anschluss im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Bst. a FMG bestehe, umfasse die gesetzliche Verpflichtung der Grundversorgungskonzessionärin, einen solchen Anschluss bis zum Netzabschlusspunkt bereitzustellen. Ein solcher Anschluss könne sowohl über eine Doppelader-Metallleitung als auch über eine Glasfaserleitung erstellt werden. Gemäss dem heutigen Stand der Technik würden aufgrund der eingeschränkten Datenübertragungskapazitäten Dop-

pelader-Metallleitungen sukzessive durch Glasfaserleitungen ersetzt mit dem Ziel, den Nachfragern nach Breitbandinternetanschlüssen höhere Bandbreiten bereitzustellen.

802. Die zum Zeitpunkt der Beratung technisch über Doppelader-Metallleitungen bereitstellbaren Übertragungskapazitäten von bis zu 500 Mbit/s Downloadgeschwindigkeit für Privatpersonen würden gemäss dem derzeitigen Stand der Technik den Anforderungen von Privatpersonen an die verfügbaren Bandbreiten entsprechen. Um solche Bandbreiten zu erreichen, hätten Betreiberinnen eines Fernmeldenetzes jedoch bereits Teile der Doppelader-Metallleitungen insbesondere im «Feeder»-Bereich durch Glasfaserleitungen ersetzt (hybride Anschluss Technologie).

803. Gemäss eigenen Angaben baue Swisscom unabhängig von der verwendeten Netzarchitektur (P2P oder P2MP) in den Bereichen «Drop» und «Inhouse» die Glasfasernetzinfrastruktur (FTTH) gemäss dem am «Runden Tisch» vereinbarten Vierfasermodell aus. Dies bedeute, dass ab dem Strassenschacht (Übergabepunkt zwischen «Feeder» und «Drop») vier durchgängige Glasfasern je Nutzungseinheit verlegt würden. Dementsprechend sei davon auszugehen, dass dies auch bei der Erschliessung von Neubauten an die bestehende Netzinfrastruktur von Swisscom der Fall wäre. Diese Bauweise ermögliche bei einem späteren Flächenausbau beispielsweise die Umrüstung von Neubauten auf eine P2P-Netzarchitektur, welche alternativen FDA wiederum einen Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur erlaube. Gleichzeitig gehe das Sekretariat aktuell davon aus, dass ein paralleler Ausbau von Doppelader-Metallleitungen und Glasfaserleitungen zu signifikanten Mehrkosten führen würde.

804. Vor diesem Hintergrund erscheine es aus Sicht des Sekretariats wirtschaftlich nicht gerechtfertigt, aus den sichernden vorsorglichen Massnahmen für noch nicht an eine Netzwerkinfrastruktur angeschlossene Neubauten eine Verpflichtung abzuleiten, diese im Rahmen der Grundversorgung mit einer Doppelader-Metallleitung erschliessen zu müssen. Dies insbesondere deshalb, weil abzusehen sei, dass diese Doppelader-Metallleitung mit hoher Wahrscheinlichkeit später durch eine Glasfaserleitung ersetzt werde bzw. bereits heute bei Neubauten neben der Doppelader-Metallleitung parallel eine Glasfaserleitung gebaut würde, welche die Doppelader-Metallleitung längerfristig ersetzen werde.

805. Auch wenn aufgrund der Erschliessung von Neubauten, in welchen noch kein Anschluss im Sinne des FMG bestehe, mittels einer P2MP-Netzarchitektur eine Situation entstehe, in welcher alternativen FDA kein Zugang zur physischen Infrastruktur gewährt werden könne, erscheine eine solche vorübergehende Erschliessung von Neubauten mit der zukunftsträgigeren Glasfasertechnologie aus Sicht des Sekretariats verhältnismässig. Das Sekretariat teilte Swisscom jedoch mit, dass falls sich im Laufe der Untersuchung herausstellen sollte, dass sich der Glasfaserausbau in einem Anschlussgebiet mittels einer P2MP-Netzarchitektur nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liesse und als kartellrechtswidrig zu beurteilen sei, die in der Zwischenzeit in einer P2MP-Netzarchitektur er-

geschlossenen Neubauten, in welchen noch kein Anschluss im Sinne des FMG bestanden habe, zum Zeitpunkt des Flächenausbaus des jeweiligen Anschlussnetzes zu einer FTTH-Netzarchitektur so umzurüsten wären, dass alternativen FDA ein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) zur Verfügung gestellt werden könne.

806. Diese Einschätzung des Sekretariats ist weiterhin gültig. Vor dem Hintergrund, dass infolge der Grundversorgung eine Anschlusspflicht für Liegenschaften ohne Fernmeldeanschluss besteht, erscheint es unverhältnismässig, wenn solche Liegenschaften vorübergehend mit der Kupferkabeltechnologie erschlossen werden müssten und die Kupferkabeltechnologie in wenigen Jahren bei der Gesamterschliessung der Region durch die Glasfasertechnologie ersetzt würde. In einer solchen Konstellation können im Einzelfall sachliche Gründe für eine temporäre Erschliessung einzelner Liegenschaften in einer P2MP-Netzarchitektur bestehen, soweit der gebaute und in Betrieb genommene Anschluss spätestens zum Zeitpunkt des flächendeckenden FTTH-Netzausbaus in der jeweiligen Gemeinde in einer Art und Weise erschlossen wird, die einen Layer 1-Zugang für Dritte ermöglicht.

807. Damit wird ein vorübergehender P2MP-Ausbau von Neubauten bzw. Nutzungseinheiten, die noch nicht über einen Fernmeldeanschluss verfügen, aufgrund der gesetzlichen Pflicht von Swisscom als Grundversorungskonzessionärin zum jetzigen Zeitpunkt als temporärer sachlicher Grund angesehen. Diese zeitlich begrenzte Ausnahme bis zum Flächenrollout kann allerdings kartellrechtlich nicht in einer Art und Weise interpretiert werden, dass die Planung und Errichtung einer «Feeder»-Netzinfrastruktur im Hinblick auf einen zukünftigen Glasfasernetzausbau in einer P2MP-Netzinfrastruktur kartellrechtskonform gewesen sei. Vielmehr wird aus allgemeinen Verhältnismässigkeitsüberlegungen ein an sich kartellrechtswidriger Vorgang aufgrund der fernmelderechtlichen Verpflichtungen und der wirtschaftlichen Ineffizienz, eine zeitlich befristete Erschliessung mit der Kupferkabeltechnologie zu verlangen, ausnahmsweise und befristet toleriert.

B.5.2.4.10.2 Nutzungseinheiten mit Layer 1-Angebot von alternativem Netzbetreiber

808. Mit Schreiben vom 26. April 2022 fragte Swisscom das Sekretariat im Rahmen einer weiteren Beratungsanfrage an, ob es zutreffe, dass Swisscom in einem Gebiet den eigenen Glasfaserrollout in der P2MP-Bauweise vornehmen könne und damit weder gegen die bestehenden vorsorglichen Massnahmen noch gegen einen für das betreffende Gebiet allenfalls einvernehmlich vereinbarten P2P-Ausbau durch Swisscom verstosse, falls zum Zeitpunkt des Vermarktungsstarts der von Swisscom in P2MP gebauten FTTH-Anschlüsse ein Drittanbieter (z.B. ein Kooperationspartner, ein EVU oder eine Kabelnetzbetreiberin) in diesem Gebiet eigene Layer 1-Dienste anbiete.

809. Das Sekretariat hat hierzu nachfolgende Meinung vertreten:

810. Die vorsorglichen Massnahmen würden sich jeweils auf die Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang ab den Swisscom Anschlusszentralen beziehen. Stelle ein Drittanbieter (z.B. ein Kooperationspartner, ein EVU oder eine Kabelnetzbetreiberin) ein Layer 1-Angebot basierend auf einem Glasfasernetz FTTH in einem Gebiet zur Verfügung, sei grundsätzlich gewährleistet, dass Nachfrager nach einem Layer 1-Zugang Privatkunden und/oder Geschäftskunden eigene Angebote ab der Anschlusszentrale bzw. dem Verteilknotenpunkt (POP) des Drittanbieters anbieten können. Grundvoraussetzung sei, dass eine solche Glasfasernetzinfrastruktur eines Drittanbieters prinzipiell die gleichen Nutzungseinheiten eines Gebiets abdecke und das Layer 1-Angebot im Grunde allen interessierten FDA zur Verfügung stehe. In einem solchen Fall würde FDA, die einen physischen Zugang zu einer Glasfasernetzinfrastruktur nachfragen möchten, eine alternative Zugangsmöglichkeit zur Verfügung stehen. Soweit eine solche Zugangsmöglichkeit für FDA nutzbar sei und damit eine gleichwertige Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale darstelle, könnten die Voraussetzungen gegeben sein, dass sich wirksamer Infrastrukturwettbewerb einstelle.

811. Soweit ein alternatives Layer 1-Angebot basierend auf einem Glasfasernetz FTTH eines Drittanbieters in einem bestimmten Netzgebiet zur Verfügung stehe und ein solches Angebot für interessierte FDA eine gleichwertige Alternative darstelle, ging das Sekretariat davon aus, dass ein Ausbau und Betrieb des Glasfasernetzes von Swisscom in einer P2MP-Netzarchitektur keinen Verstoß gegen die bestehenden vorsorglichen Massnahmen darstelle.

812. Diese Einschätzung des Sekretariats ist auch vorliegend noch gültig. Unter der Voraussetzung, dass von einem alternativen Netzbetreiber ein gleichwertiger Layer 1-Zugang im Markt angeboten wird, besteht für nachfragende FDA ein Substitut zu einem in den Swisscom Anschlusszentralen angebotenen Layer 1-Zugang. Dies betrifft jedoch den Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren Nutzungseinheiten an mehrere FTTH-Netze angebunden sind, auf welchen mindestens ein Layer 1-Zugang angeboten werden kann (vgl. Rz 517). Vor diesem Hintergrund stellt das gleichwertige Layer 1-Angebot eines alternativen Netzbetreibers eine valable Alternative zu einem Layer 1-Zugang von Swisscom dar, weshalb zumindest zum Zeitpunkt des FTTH-Ausbaus die Einzelmarktbeherrschung von Swisscom auf diesem Markt in Frage zu stellen ist (vgl. Rz 566).

813. Der guten Ordnung halber ist darauf hinzuweisen, dass eine Änderung der Marktverhältnisse, etwa wenn die alternative Netzbetreiberin keinen Layer 1-Zugang mehr anbieten würde, zu einer anderen Einschätzung führen kann.

B.5.2.5 Zwischenergebnis

814. Die von Swisscom vorgebrachten Rechtfertigungsgründe stellen grundsätzlich keine sachlichen Gründe im Sinne des KG dar, welche den flächendeckenden Ausbau einer P2MP-Netzarchitektur rechtfertigen würden.

815. Punktuell können jedoch Sachverhaltskonstellationen vorliegen, in denen sich ein vorübergehender Ausbau in einer P2MP-Netzarchitektur und die damit möglicherweise verbundenen, zeitlich befristeten Wettbewerbseinschränkungen im Einzelfall rechtfertigen können.

816. Im Speziellen werden vorliegend zeitlich begrenzt sachliche Gründe im Sinne einer Ausnahme bejaht, soweit im Einzelfall Nutzungseinheiten noch nicht fernmeldetechnisch erschlossen sind, für die aber aus der Grundversorgungskonzession eine gesetzliche Pflicht zur fernmeldetechnischen Erschliessung besteht (vgl. Abschnitt B.5.2.4.10.1). Bei Nutzungseinheiten, für welche eine alternative Netzbetreiberin einen Layer 1-Zugang zur Verfügung stellt, ist nicht von einer einzelmarktbeherrschenden Stellung von Swisscom auszugehen (vgl. Abschnitt B.5.2.4.10.2).

817. Im Einzelfall können weitere Rechtfertigungsgründe gegeben sein, die jeweils in einer Einzelfallprüfung zu betrachten wären. Swisscom hat im Rahmen des vorliegenden Verfahrens jedoch keine weiteren Rechtfertigungsgründe im Einzelfall geltend gemacht, die von den Wettbewerbsbehörden als ausreichende sachliche Gründe zu qualifizieren wären.

B.5.3 Ergebnis

818. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Swisscom durch die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs, die sich aufgrund des Netzbaus in einer P2MP-Netzarchitektur ergibt, gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG verstossen hat.

B.6 Massnahmen

819. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn können sowohl Anordnungen zur Beseitigung und Prävention von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 820 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 882 ff.) sein.

B.6.1 Anordnung von Massnahmen

820. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Verfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁶⁸⁹

821. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann es mit Blick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs angezeigt sein, eine (direkte) Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Massnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden.⁶⁹⁰ Das gelte insbesondere bei Bestehen einer Wiederholungsgefahr. Diesfalls vermöge 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 stehe.

822. Gemäss Bundesgericht lässt sich eine solche Anordnung im Hinblick auf den Einzelfall ausgestalten und konkreter fassen als der Gesetzestext.⁶⁹¹ Damit ist es möglich, die (künftigen) Verhaltens- und Unterlassungspflichten mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt der festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigung zu präzisieren. Ausserdem bestehe bei Eintritt des Wiederholungsfalls die Möglichkeit, die Verletzungen der angeordneten Massnahme gestützt auf Art. 50 KG zu sanktionieren, da ein Verstoß gegen eine rechtskräftige Verfügung der WEKO vorliegt. Dies vereinfache das (neuerliche) Sanktionsverfahren, da die verletzte Verfügung an sich in diesem Verfahren im Grundsatz nicht mehr zu überprüfen sei.

823. Hieraus schliesst das Bundesgericht, dass Art. 30 Abs. 1 KG auch Massnahmen zulasse, die präventiv und zukunftsgerichtet ausgesprochen würden, solange diese darauf abzielten, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu verhindern.⁶⁹² Diesfalls würden die Massnahmen mit dem Zweck des Kartellgesetzes gemäss Art. 1 KG im Einklang stehen, wonach volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen. Die Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes sei bei der Einführung der Möglichkeit, direkte Sanktionen auszusprechen denn auch die Absicht des Gesetzgebers gewesen. Folglich sei die Anordnung von Massnahmen grundsätzlich auch bei eingestellten und direkt sanktionierbaren Tatbeständen zulässig, zumindest wenn eine Wiederholungsgefahr bestehe.

824. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selbst, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁶⁹³

B.6.1.1 Layer 1-Zugang für alternative FDA

825. Die WEKO hat im vorliegenden Verfahren bereits sichernde vorsorgliche Massnahmen angeordnet⁶⁹⁴, welche sowohl vom Bundesverwaltungsgericht⁶⁹⁵ als auch vom Bundesgericht⁶⁹⁶ vollumfänglich bestätigt wurden. An diesen Massnahmen ist auch nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens festzuhalten. Sie dienen dazu, dem kartellrechtswidrigen Zustand der Verweigerung eines Layer 1-Zugangs vorzubeugen. Mit dem Entscheid in der Hauptsache werden die vorsorglichen

⁶⁸⁹ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 542), Art. 30 N 58 f.

⁶⁹⁰ BGE 148 II 475 E. 4.3.4, *Bauleistungen Graubünden*.

⁶⁹¹ BGE 148 II 475 E. 4.3.4, *Bauleistungen Graubünden*.

⁶⁹² BGE 148 II 475 E. 4.4, *Bauleistungen Graubünden*.

⁶⁹³ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; BVGer, B-2157/2006 vom 3.10.2007 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

⁶⁹⁴ RPW 2021/1, 227 ff., *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁶⁹⁵ BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁶⁹⁶ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022, *Netzbaustrategie Swisscom – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

Massnahmen konsumiert. Würden keine entsprechenden Massnahmen angeordnet, könnte Swisscom bestrebt sein, bereits in einer P2MP-Netzarchitektur gebaute Anschlüsse in Betrieb zu nehmen oder bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens den Netzausbau in einer P2MP-Netzarchitektur fortzusetzen. An dieser Stelle ist zu betonen, dass Swisscom trotz der bestehenden vorsorglichen Massnahmen der WEKO im Mai 2021 begonnen hat, P2MP-Anschlüsse wieder zu vermarkten, welche nach Dezember 2020 gebaut wurden und Swisscom keine ausreichenden sachlichen Gründe geltend machen konnte (vgl. Rz 417 ff. und Abbildung 16 sowie nachfolgend Abbildung 25). Es besteht daher eine reale und ernsthafte Wiederholungsgefahr, dass Swisscom wieder FTTH-Anschlüsse vermarktet, zu denen sie einen Layer 1-Zugang verweigert. Daher rechtfertigen sich im vorliegenden Verfahren nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Massnahmen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG (vgl. Rz 821 ff.).

826. Wie bereits dargelegt wurde, führt die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs durch Swisscom zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs, indem Wettbewerber in der Aufnahme und Ausübung von Wettbewerb behindert werden (vgl. Rz 818). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Anordnung der nachfolgenden Massnahme:

«Swisscom wird, soweit keine entsprechenden sachlichen Gründe im Einzelfall bestehen, untersagt, ein Glasfasernetz im Anschlussbereich in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH im Anschlussbereich in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach einem Layer 1-Zugang verunmöglicht, einen solchen Layer 1-Zugang ab den Swisscom Anschlusszentralen zu nutzen.»

827. Die Anordnung einer Massnahme ist verhältnismässig, wenn die Massnahme geeignet ist, die Wettbewerbsbeschränkung abzuwenden, sie erforderlich ist und wenn die Zweck-Mittel-Relation gewahrt bleibt.

828. Mit der Anordnung der vorliegenden Massnahme wird für alternative FDA die Möglichkeit erhalten, einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur nachzufragen. Dies hat zur Folge, dass alternative FDA nicht auf das Geschäftsmodell «reine Endkundenanbieterin» (vgl. Abbildung 8) beschränkt sind. Vielmehr können sie das gesamte Wertschöpfungs- und Innovationspotenzial der Glasfasernetzinfrastruktur nutzen und mit den Geschäftsmodellen «Vorleistungsanbieterin» sowie «integrierte Endkundenanbieterin» (vgl. Abbildung 8) im Markt tätig sein und so für Leistungswettbewerb sorgen. Gleichzeitig ermöglicht der Layer 1-Zugang in den Anschlusszentralen von Swisscom nachfragenden FDA skalierbar Dienstleistungen über die gesamte Wertschöpfungskette vom Zugang zur physischen Netzinfrastruktur bis zum Endkundenangebot anzubieten und somit auf diesen Wertschöpfungsstufen mit andern FDA und insbesondere Swisscom als Netzbetreiberin in Leistungswettbewerb zu treten. Die angeordnete Massnahme ist daher geeignet, den Leistungswettbewerb auch auf der Glasfasernetzinfrastruktur zu erhalten und dafür zu sorgen, dass der Markt aufgrund von wirksamem Wettbewerb (vgl. Rz 469 ff.) weiterhin funktionsfähig

bleibt. Hinsichtlich der Marktstruktur wird die Möglichkeit geschaffen, dass der Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur erhalten bleibt und dass auf den Wholesale-Märkten für Breitbandinternet im Privatkundenbereich und für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich neben Swisscom als Netzbetreiberin weitere Akteure tätig sein können. Hinsichtlich des Marktverhaltens haben alternative FDA die Möglichkeit, andere Datenübertragungstechnologien als diejenigen von Swisscom zur Erbringung von Vorleistungs- und Endkundendienstleistungen einzusetzen und damit für einen funktionierenden Innovationswettbewerb zu sorgen. Zudem haben sie die Möglichkeit, das gesamte Wertschöpfungspotenzial der Glasfasernetzinfrastruktur zu nutzen und so ihre Prozesse auf diesen Wertschöpfungsstufen entsprechend eigenständig effizient zu gestalten. Damit bleibt auf dem Markt aufgrund der Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der Datenübertragungstechnologie ein konstanter Innovationsdruck erhalten. Der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur zu einem Fixpreis (z.B. der Preis für das Produkt ALO) führt dazu, dass alternative FDA die Möglichkeiten der Effizienzsteigerung für die gesamte von ihnen zwischen dem Zugang zur physischen Netzinfrastruktur und den Endkundendienstleistungen generierte Wertschöpfung dazu verwenden können, um mit Swisscom zusätzlich in Wettbewerb zu treten. Dies insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung der in den nachgelagerten Märkten angebotenen Dienste (Layer 2 und Layer 3) sowohl in Bezug auf den Leistungsumfang als auch die Preise. Vor diesem Hintergrund ist die Massnahme geeignet, die durch die Behinderung von Wettbewerbern verursachte Schädigung des wirksamen Wettbewerbs zu verhindern.

829. Wie bereits ausgeführt, wurden im Rahmen der Untersuchung verschiedene Alternativen zu einem Layer 1-Zugang analysiert (vgl. Abbildung 8 und Abschnitt B.5.1.1.1). Hierbei hat sich herausgestellt, dass keine Alternativen zu einem Layer 1-Zugang bestehen, um den wirksamen Wettbewerb zu erhalten. Wie ein Layer 1-Zugang bereitgestellt werden kann, hängt von der technischen Entwicklung ab und kann sich im Laufe der Zeit ändern. Gemäss dem jetzigen Stand der Technik ist hierfür eine P2P-Netzarchitektur und ein Zugang zu dieser P2P-Netzarchitektur in den Anschlusszentralen von Swisscom notwendig. Vor diesem Hintergrund sind keine alternativen und weniger in die Wirtschaftsfreiheit eingreifenden Massnahmen ersichtlich, mit welchen die durch die Behinderung von Wettbewerbern beim Zugang zur physischen Netzinfrastruktur verursachte Schädigung des wirksamen Wettbewerbs verhindert werden könnte. Auch von Swisscom sind keine weiteren zielführenden Alternativen zu einem Layer 1-Zugang vorgebracht worden, weshalb die angeordnete Massnahme als erforderlich anzusehen ist.

830. Wie oben dargelegt, führt die Verpflichtung von Swisscom, einen Layer 1-Zugang zu gewähren, nach dem derzeitigen Stand der Technik dazu, dass Swisscom ihr Glasfasernetzwerk in einer P2P-Netzarchitektur realisieren muss (vgl. Abschnitt B.5.1.1.1). Hierbei ist zu beachten, dass Swisscom die zusätzlichen Kosten für die Realisierung eines Layer 1-Zugangs mittels der heute zur Verfügung stehenden P2P-Netzarchitektur grundsätzlich refinanzieren und

zudem selbst unter äusserst restriktiven Annahmen noch mindestens einen angemessenen Gewinn realisieren kann (vgl. Abschnitt A.3.7 und Rz 762 ff.). Damit ist auch hier die Zweck-Mittel-Relation gewahrt. Sollte künftig eine neue Technologie oder eine andere Ausbauf orm als Alternative zur P2P-Netzarchitektur in Frage kommen, so ist sicherzustellen, dass eine entsprechende Zugangsmöglichkeit für andere FDA nutzbar ist und eine gleichwertige Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale darstellt.

831. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Massnahme als verhältnismässig zu beurteilen ist.

B.6.1.2 Abschaltung von Glasfaseranschlüssen ohne Layer 1-Zugang

832. Wie im vorliegenden Verfahren festgestellt, erweist sich die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs als kartellrechtswidrig (vgl. Abschnitt B.5.3). Swisscom hat seit dem Jahr 2020 und auch nach der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen der WEKO nicht nur P2MP-Anschlüsse ohne Layer 1-Zugang für Dritte gebaut, sondern diese zum Teil auch in Betrieb genommen (vgl. nachfolgend Abbildung 25). Durch die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs werden insbesondere Unternehmen in ihren Möglichkeiten eingeschränkt, mit Swisscom in Wettbewerb zu treten. Dieser kartellrechtswidrige Zustand hält an, soweit Swisscom keine entsprechenden Anpassungen an ihrer Netzinfrastruktur vorgenommen hat, die alternativen FDA einen Layer 1-Zugang ermöglichen.

833. Damit steht alternativen FDA lediglich das Geschäftsmodell der «reinen Endkundenanbieterin» auf Basis der von Swisscom bereitgestellten Übertragungstechnologie zur Verfügung (vgl. Rz 137 und Abbildung 8). Dies stellt eine anhaltende Behinderung von Wettbewerbern dar (vgl. B.5.2.3.1.3, insb. B.5.2.3.1.3.5 sowie Rz 698). Obwohl sich Swisscom der kartellrechtlichen Problematik des Betriebs dieser Anschlüsse bewusst ist⁶⁹⁷, hat Swisscom bis heute darauf verzichtet, den kartellrechtswidrigen Zustand zu beenden.

834. Es ist daher zu befürchten, dass Swisscom für diejenigen Kunden, deren NE nicht über einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom bzw. über einen alternativen Layer 1-Zugang erreicht werden können und gleichzeitig kein ausreichender Rechtfertigungsgrund vorliegt, in Verletzung des Kartellgesetzes trotz Sanktionsdrohung den Betrieb von P2MP-Anschlüssen weiterführt bzw. solche Anschlüsse aktiv vermarktet, und damit den kartellrechtswidrigen Zustand aufrechterhält bzw. verstärkt. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich als zusätzliche Massnahme die Anordnung der Abschaltung derjenigen Glasfaseranschlüsse, die es Nachfragern nach einem Layer 1-Angebot verunmöglicht, ein solches Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen zur Bedienung des betroffenen Glasfaseranschlusses zu nutzen.

835. Die Wettbewerbsbehörden sind sich allerdings bewusst, dass die sofortige Beseitigung des kartellrechtswidrigen Zustands zur Folge haben kann, dass diejenigen Nutzungseinheiten, für welche Swisscom im Zuge des P2MP-Ausbaus die Kupferkabelnetzinfrastruktur zurückgebaut hat, mit der Abschaltung der Glasfaser-

netzinfrastruktur über keinen leitungsgebundenen Internetanschluss mehr verfügen. Ein solcher Zustand wäre für die betroffenen Endkunden kaum zumutbar.

836. FDA, welche durch die Inbetriebnahme der kartellrechtswidrig erstellten Anschlüsse in der Aufnahme des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG durch Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen behindert wurden, haben zudem die Möglichkeit, kartellrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe mit einer Klage bei den Zivilgerichten geltend zu machen (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG).

837. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im Sinne einer Verhältnismässigkeitsabwägung, den kartellrechtswidrigen Zustand für die von Swisscom in Betrieb genommenen P2MP-Anschlüsse, für welche keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe vorliegen und bei denen gleichzeitig die Kupferkabelnetzinfrastruktur durch Swisscom zurückgebaut wurde, während einer Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2025 im Interesse der betroffenen Endkunden zu tolerieren. Dies begründet sich wie folgt:

838. Swisscom hat ihre Netzbaustrategie für den weiteren Rollout bis zum Jahr 2025 geplant, weshalb es verhältnismässig erscheint, ihr bis zum Abschluss ihrer Netzbaustrategie 2025 Zeit zu geben, die bereits in Betrieb genommenen Anschlüsse entsprechend umzurüsten oder Alternativlösungen zu implementieren, so dass die rechtswidrig betriebenen Anschlüsse abgeschaltet werden können. Zudem hat Swisscom bereits im Oktober 2022 angekündigt, dass sie von nun an grösstenteils wieder auf die P2P-Netzarchitektur setzen und bereits bestehende P2MP-Anschlüsse teilweise in P2P umbauen würde (vgl. Rz 15). Damit wird aus Sicht der Wettbewerbsbehörden die Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2025 als verhältnismässig erachtet.

839. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass aufgrund von Verhältnismässigkeitsüberlegungen eine längere Übergangsfrist zu gewähren sei.⁶⁹⁸ Insbesondere, weil der Umbau eines fertiggestellten Glasfasernetzes technisch komplex und aufwändig sei, was erst recht gelte, wenn das Netz bereits in Betrieb sei. Zudem müssten Bauarbeiten koordiniert werden, was längere Zeit in Anspruch nehme und vielfach «Grabkapazitäten» nicht zur Verfügung stünden. Daher sei der Umbau bis Ende 2025 nicht machbar. Gemäss dem von Swisscom eingebrachten konkreten Vorschlag zum gestaffelten Umbau der P2MP-Anschlüsse hätte Swisscom Ende 2025 bereits [80-90] % der Anschlüsse umgebaut. Ende 2025 blieben somit [10'000-20'000] Anschlüsse und Ende 2026 noch [0-10'000] Anschlüsse übrig.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Swisscom schaltet eine bereits in Betrieb genommene Glasfaserleitung, welche keinen Layer 1-Zugang erlaubt, bei einem Vertragswechsel oder bei einem Umzug des Kunden ab und bietet für den Nachfolgevertrag oder den neuen potenziellen Kunden in der NE keine Fernmeldedienstleistungen über die (nicht Layer 1-fähige) Glasfasernetzinfrastruktur mehr an.

⁶⁹⁸ Vgl. act. 1025, Rz 329 ff.

⁶⁹⁹ Vgl. act. 1050.

840. Stand November 2023 sind demnach [10'000-20'000] Anschlüsse betroffen, deren Umbau laut Swisscom aufgrund verschiedener Gründe (komplexe Infrastruktur, Koordinationspflichten, etc.) mehr Zeit in Anspruch nehmen würde. Seit Erlass der vorsorglichen Massnahmen im Dezember 2020 ist Swisscom bekannt, dass diese Anschlüsse je nach Ausgang der Untersuchung gegebenenfalls unzulässigerweise in Betrieb sind. Ein Teil der aktiven P2MP-Anschlüsse wurde zudem nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen in Betrieb genommen (vgl. Rz 389 ff.). Swisscom macht selbst geltend, dass sie seit Erlass der vorsorglichen Massnahmen [0-500'000] Anschlüsse gebaut habe, die nicht in Betrieb genommen werden könnten. Zudem hat Swisscom bereits im Oktober 2022 angekündigt, beim Glasfaserausbau neue Anschlüsse wieder grösstenteils in der P2P-Netzarchitektur auszuführen und bereits bestehende P2MP-Anschlüsse teilweise in P2P umzubauen.⁷⁰⁰ Es erscheint sehr unplausibel, dass Swisscom in der Zeit seit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen bzw. der eigenen Ankündigung, wieder auf die P2P-Netzarchitektur zu setzen, bis Ende 2025 keine Möglichkeit habe, die betroffenen [10'000-20'000] Anschlüsse umzurüsten. Zudem hat Swisscom die Möglichkeit, im Einzelfall sachliche Gründe vorzubringen, weshalb ein entsprechender Umbau für die entsprechenden Anschlüsse nicht bis Ende 2025 möglich sein sollte. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Vorbringen von Swisscom als unsubstantiiert und bilden grundsätzlich keine Grundlage für eine längere Übergangsfrist.

B.6.1.3 Von Swisscom beantragte abweichende Massnahmen

B.6.1.3.1 Inbetriebnahme betriebsbereiter Anschlüsse

841. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass aktuell rund [0-500'000] Endkunden-Anschlüsse mit Glasfaser erschlossen seien, die wegen der vorsorglichen Massnahmen nicht in Betrieb genommen werden können.⁷⁰¹

842. Wie Abbildung 16 zeigt, handelt es sich hierbei grossmehrheitlich um P2MP-Anschlüsse, welche von Swisscom nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die WEKO so gebaut wurden, dass über sie kein Layer 1-Zugang für Dritte gewährt werden kann.

843. Swisscom bringt vor, dass damit rund [0-500'000] Privaten und Unternehmen der Zugang zu einem Glasfaseranschluss vorenthalten würde. Die Blockierung verunmögliche ebenfalls, dass Swisscom anderen FDA einen Zugang (Anm.: gemeint ist ein Layer 2 bzw. Layer 3-Zugang) zu diesen Anschlüssen gewähren könne, was den Wettbewerb behindere und volkswirtschaftlich unverantwortlich und unverhältnismässig sei.⁷⁰²

844. Hierzu ist einzuwenden, dass mit einem Layer 2- bzw. Layer 3-Zugang, also mit Vorleistungsdienstleistungen an FDA, welche diese dann an Endkunden weiterverkaufen können, Wettbewerb lediglich simuliert wird. Die Ausführungen von Swisscom, wonach Wettbewerb behindert würde, ist daher inkorrekt. Ebenso ist es stossend und nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 und 2 ZGB⁷⁰³ vereinbar, dass Swisscom trotz der erlassenen vorsorglichen Mas-

snahmen der WEKO und des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts den Ausbau ihrer Netzinfrastruktur in der P2MP-Netzbauweise ohne Layer 1-Zugang für Dritte vorantrieb und nun nachträglich einen Anspruch ableiten möchte, diese Anschlüsse – zumindest vorübergehend – in Betrieb zu nehmen.

845. Würde man in casu Swisscom die vorübergehende Inbetriebnahme der gebauten Anschlüsse erlauben, würde das bei Swisscom (aber auch bei anderen Parteien) einen Anreiz schaffen, künftig trotz bestehen vorsorglicher Massnahmen der WEKO vollendete Tatsachen zu schaffen. Ein Unternehmen müsste nach der Logik von Swisscom dann nur noch nachweisen, dass es nach dem Erlass vorsorglicher Massnahmen durch sein Handeln Tatsachen geschaffen hat, deren Rückgängigmachung mit erheblichen Kosten verbunden sind. Anders gesagt: je weitreichendere Auswirkungen seines die Situation verschlimmernden Handelns hätte, desto mehr müsste zugunsten des Gesetzesbrechers entschieden werden. Das kann nicht Sinn und Zweck des Kartellgesetzes sein.

846. Weiter bringt Swisscom unter Wiederholung ihrer Argumente (das Layer 1-Angebot von Swisscom werde kaum genutzt und es gäbe keinerlei empirische Evidenz, dass der Preis- oder der Qualitätswettbewerb bei bestehendem Layer 1-Zugang intensiver sei) vor, dass die Inbetriebnahme keine oder nur marginalste Auswirkungen auf den Wettbewerb habe.⁷⁰⁴ Swisscom könne mit der Inbetriebnahme der heute blockierten Anschlüsse den anderen FDA ein auf FTTH basierendes Wiederverkaufsangebot machen, was nach Meinung von Swisscom zu einer Wettbewerbsintensivierung führe.⁷⁰⁵

847. Hierzu ist auf die oben gemachten Ausführungen zu verweisen (vgl. Abschnitte B.5.2.4.1, B.5.2.4.2 und B.5.2.4.7). Unzutreffend ist die von Swisscom behauptete Wettbewerbsintensivierung. Da Swisscom bei einem fehlenden Layer 1-Zugang sowohl die Preise als auch die Dienstleistungen auf Vorleistungs- sowie auf Endkundenebene kontrolliert und für nachfragende FDA so gut wie keine Möglichkeit besteht, von den Spezifikationen der Vorleistungsprodukte von Swisscom abzuweichen, stellen die von Swisscom bereitgestellten Wiederverkaufsangebote (Layer 2 und Layer 3-Angebote) lediglich eine Simulation von Wettbewerb dar, die in keiner Weise zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führt (vgl. Rz 144).

848. Damit sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, welche eine Abweichung von der in Abschnitt B.6.1.1 angeordneten Massnahme rechtfertigen würde. Swisscom kann aus ihren Vorbringen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

⁷⁰⁰ Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/news/2022/10/27-report-q3-2022.html> (10.1.2024).

⁷⁰¹ Vgl. act. 1025, Rz 336.

⁷⁰² Vgl. act. 1025, Rz 337 f.

⁷⁰³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1997 (ZGB; SR 210).

⁷⁰⁴ Vgl. act. 1025, Rz 339.

⁷⁰⁵ Vgl. act. 1025, Rz 339.

B.6.1.3.2 Inbetriebnahme betriebsbereiter Anschlüsse mit Übergangsfrist zur Umrüstung

849. Weiter beantragt Swisscom für den Fall, dass die WEKO den in Abschnitt B.6.1.3.1 beschriebenen Antrag nur mit einer Übergangsfrist zu entsprechen gedenke, eine verlängerte Übergangsfrist bis Ende 2030.⁷⁰⁶ Da die WEKO bereits die Voraussetzungen für eine vorläufige Inbetriebnahme als nicht gegeben einschätzt, erübrigt sich der von Swisscom gestellte Eventualantrag für eine Übergangsfrist bzw. ist dieser ebenfalls abzulehnen.

B.6.1.3.3 Kein Layer 1-fähiger Vollausbau

850. Swisscom bringt vor, dass insbesondere in dünn besiedelten Gebieten der Ausbau in einer P2P-Netzarchitektur wirtschaftlich schlicht unsinnig sei, während die Erschliessung in einer P2MP-Netzarchitektur noch sinnvoll sein könne.⁷⁰⁷ Swisscom daher zu zwingen, entweder in einer P2P-Netzarchitektur oder gar nicht zu bauen, sei daher weder sinnvoll noch verhältnismässig. Es müsse Swisscom gestattet werden, sich betriebswirtschaftlich sinnvoll zu verhalten.

851. Hierzu ist einzuwenden, dass gemäss Swisscom insgesamt nur für ca. [0-100'000] Anschlüsse aufgrund einer Verpflichtung, in einer P2P- anstelle einer P2MP-Netzarchitektur zu bauen, eine Erschliessung nicht wirtschaftlich wäre.⁷⁰⁸ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass diese ca. [0-100'000] Anschlüsse dann unter die Breitbandstrategie des Bundes fallen und gegebenenfalls staatlich subventioniert würden.

852. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich diese ca. [0-100'000] Anschlüsse wohl auf die verschiedenen Anschlussnetze verteilen und es daher wahrscheinlich für Swisscom nicht lohnenswert wäre, lediglich einzelne Anschlüsse in einer P2MP-Netzarchitektur zu erschliessen. Sollte es für Swisscom unter Berücksichtigung allfälliger staatlicher Subventionen dennoch wirtschaftlich nicht möglich sein, einzelne der ca. [0-100'000] Anschlüsse in einer P2P-Netzarchitektur zu erschliessen, kann dies ein Rechtfertigungsgrund im Einzelfall darstellen, der entsprechend von Swisscom zu prüfen wäre und vorgebracht werden könnte.

853. Swisscom erachtet jedoch auch eine Ausnahme im Einzelfall als offensichtlich untauglich, da es ihr nach eigenen Angaben nicht zugemutet werden könne, für jeden Anschluss eine solche Einzelfallentscheidung zu treffen.⁷⁰⁹ Swisscom bietet daher an, dass für zehn Jahre bei mindestens 80 % aller in Betrieb stehender und betriebsbereiter FTTH-Anschlüsse von Swisscom ein Layer 1-Angebot zur Verfügung gestellt werde.⁷¹⁰

854. Hierzu ist einzuwenden, dass das Kartellrecht eine Einzelfallprüfung grundsätzlich vorsieht. Zudem werden gemäss den Angaben von Swisscom die Ausbaupläne vorab den Gemeinden vorgelegt. Entsprechende Wünsche für den Ausbau weiterer Nutzungseinheiten mit FTTH würden, wenn möglich und gegebenenfalls mit einer finanziellen Beteiligung der Gemeinde, berücksichtigt. Swisscom nimmt demnach beim Ausbau ihrer Glasfasernetzinfrastruktur eine detaillierte Planung vor und schätzt die erwarteten Erschliessungskosten für einzelne Nutzungseinheiten.⁷¹¹ Da auch die einzelnen Anschlüsse jeweils im Einzelfall geplant werden müssen, kann bei

denjenigen Anschlüssen, bei welchen ein Ausbau in einer P2P-Netzarchitektur nicht mehr, in einer P2MP-Netzarchitektur aber noch wirtschaftlich möglich wäre, eine Einzelfallprüfung ohne Weiteres zugemutet werden.

855. Auf das Angebot von Swisscom, für zehn Jahre für mindestens 80 % aller in Betrieb stehender und betriebsbereiter FTTH-Anschlüsse ein Layer 1-Angebot zur Verfügung zu stellen, ist nicht weiter einzugehen. Eine solche Einschränkung würde zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen führen, ohne dass hierfür ausreichende sachliche Gründe vorliegen. Sie wäre zudem zum Zeitpunkt der Verfügung gleichbedeutend mit dem von Swisscom vorgebrachten und abzulehnenden Antrag, alle betriebsbereiten Anschlüsse in Betrieb zu nehmen, die in einer P2MP-Netzarchitektur errichtet wurden (vgl. hierzu Abschnitt B.6.1.3.1).

B.6.1.4 Entzug der aufschiebenden Wirkung

856. Da sich die beiden zuvor aufgeführten Massnahmen auf ein drohendes (vgl. Abschnitt B.6.1.1) bzw. auf ein anhaltendes wettbewerbswidriges Verhalten beziehen (vgl. Abschnitt B.6.1.2), rechtfertigt sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde.

857. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, es bestehe keine Gefahr, dass es zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs kommen würde, sollte auf den Entzug der aufschiebenden Wirkung verzichtet werden.⁷¹² Denn nach Meinung von Swisscom werde das von ihr angebotene Layer 1-Angebot ALO kaum genutzt und in Gebieten mit Layer 1-Zugang würden keine tieferen Preise angeboten als in Gebieten ohne einen solchen Zugang.

858. Wie ausgeführt, sind beide Aussagen falsch. Die Nachfrage nach einem physischen Zugang zur Netzinfrastruktur ist entgegen den Behauptungen von Swisscom in der Schweiz hoch (vgl. Abschnitt A.3.8). Die Marktverhältnisse zeigen zudem, dass der Zugang zur physischen Netzinfrastruktur dazu geführt hat, dass heute in der Schweiz hohe Bandbreiten zu vergleichsweise tiefen Preisen angeboten werden können (vgl. Rz 690 f.). Swisscom kann daher aus diesen Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

859. Auch aus den wiederholten Ausführungen zu den Mehrkosten⁷¹³ kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten ableiten.

⁷⁰⁶ Vgl. act. 1025, Rz 344.

⁷⁰⁷ Vgl. act. 1025, Rz 349.

⁷⁰⁸ Vgl. act. 1025, Rz 350.

⁷⁰⁹ Vgl. act. 1025, Rz 350.

⁷¹⁰ Vgl. act. 1025, Rz 95 f.

⁷¹¹ Vgl. etwa act. 534, S. 4 f.

⁷¹² Vgl. act. 1025, Rz 490 f.

⁷¹³ Vgl. act. 1025, Rz 493.

B.6.1.4.1 Massnahmen bezüglich Layer 1-Zugang für alternative FDA

860. Mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 hat die WEKO Swisscom mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer 1-Angeboten verunmöglicht, Privatkunden und/oder Geschäftskunden ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen anzubieten.⁷¹⁴ Die vorsorglichen Massnahmen wurden vom Bundesgericht mit Entscheid vom 2. November 2022 bestätigt.⁷¹⁵

861. Diese sichernden vorsorglichen Massnahmen verhindern, dass Swisscom mit einem FTTH-Netzausbau, der bauartbedingt einen Layer 1-Zugang ab den Swisscom Anschlusszentralen verunmöglicht, vollendete Tatsachen schafft, die im Nachhinein nicht oder nur mit erheblichem Aufwand wieder korrigiert werden können. Da sich die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs als kartellrechtswidrig erweist (vgl. Abschnitt B.5.3), sollen diese angeordneten vorsorglichen Massnahmen auch bis zum rechtskräftigen Endentscheid weiter bestehen. Andernfalls besteht bei einem möglichen Wegfallen der vorsorglichen Massnahmen durch eine Verfügung der WEKO die Gefahr, dass Swisscom bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens ihren FTTH-Netzausbau in einer Form weiterführt, die alternativen FDA einen Layer 1-Zugang in den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglichen würde. Ein solches Verhalten von Swisscom würde zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führen (vgl. Rz 689). Mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung für die in Abschnitt B.6.1.1 beschriebene Massnahme wird die Beibehaltung des derzeitigen Status bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens sichergestellt.

B.6.1.4.2 Massnahmen bezüglich Abschaltung von Glasfaseranschlüssen ohne Layer 1-Zugang

862. Der weitere Betrieb der von Swisscom widerrechtlich in Betrieb genommenen Glasfaseranschlüsse ohne Layer 1-Zugang ist ein weiter andauernder kartellrechtswidriger Zustand, der grundsätzlich sofort zu beseitigen wäre (vgl. Rz 832 f.). Da die Konsequenzen eines sofortigen Abschaltens von Anschlüssen für Endkunden allerdings unzumutbar erscheinen, wird der andauernde kartellrechtswidrige Zustand für eine begrenzte Zeit toleriert (vgl. Rz 834 ff.). Vor dem Hintergrund, dass Swisscom bis 2025 die Abdeckung mit Glasfaser verdoppeln wollte⁷¹⁶, was einer Erschliessung von ca. 300'000 Anschlüssen pro Jahr entspricht, erscheint eine Übergangsfrist von knapp zwei Jahren als angemessen. Damit erhält Swisscom ausreichend Zeit, den kartellrechtswidrigen Zustand zu beseitigen.

863. Die Anordnung der Abschaltung der widerrechtlich in Betrieb genommenen Glasfaseranschlüsse ohne Layer 1-Zugang spätestens bis zum 31. Dezember 2025 verhindert, dass Swisscom diesen kartellrechtswidrigen Zustand nicht unnötig lange aufrechterhält. Ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung für diese Massnahme besteht die Gefahr, dass Swisscom die betroffenen P2MP-Anschlüsse ohne Layer 1-Zugang bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens weiterbetreibt und

dadurch bei diesen Glasfaseranschlüssen eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs bestehen würde.

864. Damit erweist sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung vorliegend als erforderlich und geeignet, um den kartellrechtswidrigen Zustand spätestens bis zum 31. Dezember 2025 zu beseitigen. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung wahrt auch die Zweck-Mittel-Relation, da Swisscom Gelegenheit erhält, bis Ende 2025 den Kartellrechtsverstoss zu beseitigen. Im Ergebnis wahrt daher der Entzug der aufschiebenden Wirkung den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und trägt den Interessen der betroffenen Endkunden in ausreichendem Masse Rechnung.

B.6.1.4.3 Fazit

865. Aus den oben genannten Gründen rechtfertigt sich somit der Entzug der aufschiebenden Wirkung für die in Abschnitt B.6.1.1 und Abschnitt B.6.1.2 beschriebenen Massnahmen.

B.6.1.5 Nachrüstung vorübergehend in Betrieb genommener Anschlüsse

866. Wie ausgeführt, können für die vorübergehende P2MP-Erschliessung von Liegenschaften, die heute noch nicht an das Fernmeldenetz von Swisscom angeschlossen sind, aufgrund der gesetzlichen Regelungen zur Grundversorgung gemäss FMG sachlich Gründe vorliegen. Vor dem Hintergrund, dass bestehende Wettbewerbsbeschränkungen auch beim Vorliegen sachlicher Gründe dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen müssen, erscheint es angebracht, dass die vorübergehende Erschliessung einer Liegenschaft in einer Weise, die keinen Layer 1-Zugang ab der Anschlusszentrale von Swisscom zulässt, nur so lange anhält, wie dies für die Zweckerreichung des FMG notwendig ist.

867. Diese Notwendigkeit erscheint nach derzeitigem Dafürhalten nicht mehr gegeben, wenn in der betroffenen Gemeinde bzw. Region sämtliche Liegenschaft mit FTTH in einer Weise erschlossen werden, die einen Layer 1-Zugang ab der Anschlusszentrale ermöglicht. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Anordnung der Massnahme, dass Swisscom verpflichtet wird, die vorübergehend in Betrieb genommenen P2MP-Anschlüsse in Neubauten zum Zeitpunkt des flächendeckenden FTTH-Netzausbaus in einer Art und Weise umzurüsten, die einen Layer 1-Zugang für Dritte ermöglicht.

⁷¹⁴ Vgl. RPW 2021/1, 262 Dispositiv-Ziffer 1, *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁷¹⁵ Vgl. BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022, *Netzbaustrategie Swisscom – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁷¹⁶ <www.swisscom.ch/de/about/news/2020/02/06-results-2019.html> (20.6.2023).

B.6.1.6 Verhältnismässigkeit der Massnahmen

B.6.1.6.1 Geeignetheit

868. Swisscom hält in ihrer Stellungnahme die angeordneten Massnahmen für ungeeignet, da ein Layer 1-Zugang kaum genutzt werde, dieser den Preiswettbewerb nicht intensiviert habe und sich dadurch für Endkunden keine relevanten Innovationen herausgebildet hätten.⁷¹⁷

869. Wie ausgeführt wurde, kam es in der Schweiz dank eines Layer 1-Zugangs zu Markteintritten, welche den Wettbewerb in Gebieten mit einer bestehenden Glasfasernetzinfrastruktur (insbesondere in den Kooperationsgebieten) bedeutend belebt haben. Davon haben schlussendlich die Endkunden profitiert. Ohne die in der Schweiz bestehenden standardisierten Layer 1-Zugangsprodukte ab den Anschlusszentralen von Swisscom bzw. den Verteilknotenpunkten der EVU in den Kooperationsgebieten wären die Einführung des Fiber7 Angebots von Init7 und der Markteintritt von Salt im Festnetzbereich gar nicht möglich gewesen (vgl. Rz 690 f.). Diese Beispiele zeigen deutlich, dass die Massnahmen geeignet sind, den wirksamen Wettbewerb zu sichern.

B.6.1.6.2 Erforderlichkeit

870. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass der Wettbewerb im schweizerischen Breitbandmarkt funktioniere, weshalb eine Intervention der WEKO nicht notwendig sei.⁷¹⁸

871. Bei FTTH-Netzen mit einer P2P-Netzarchitektur hat sich eine grosse Nachfrage nach Layer 1-Produkten entwickelt und sich damit entsprechender Infrastrukturwettbewerb etabliert. Dies zeigen die bereits mehrfach erwähnten Beispiele von Init7 und Salt (vgl. Rz 690 f.). Ohne die Möglichkeit eines Layer 1-Zugangs für Dritte wäre der von alternativen FDA ausgehende Wettbewerbsdruck nicht möglich (vgl. Abschnitt A.3.3).

872. Weiter fordert Swisscom in ihrer Stellungnahme, dass bereits in Betrieb genommene P2MP-Anschlüsse weiterbetrieben werden können, da die Massnahmen der Stilllegungs- bzw. Umbaupflicht keine oder nur marginalsten Auswirkungen auf den Wettbewerb hätten. Denn ein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur bzw. das Layer 1-Angebot von Swisscom werde nicht oder nur in geringem Umfang genutzt.⁷¹⁹

873. Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, ist das Vorbringen von Swisscom falsch und sind die von Swisscom vorgebrachten Zahlen irreführend (vgl. Abschnitt A.3.8). Swisscom kann daher aus den von ihr vorgelegten Zahlen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

874. Damit erweisen sich die Massnahmen zur Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs in der Schweiz als erforderlich.

B.6.1.6.3 Zumutbarkeit

875. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass die angeordneten Massnahmen unverhältnismässig und damit gemäss Art. 5 Abs. 2 BV verfassungswidrig seien. Hierzu wiederholt Swisscom ihre Argumente hinsichtlich der in Europa gebauten Netzarchitekturen⁷²⁰ (vgl. Abschnitt B.5.2.4.1), den behaupteten, nicht amortisierba-

ren Mehrkosten⁷²¹ (vgl. Abschnitt B.5.2.4.7), der angeblichen Quersubventionierung⁷²² (vgl. Abschnitt B.5.2.4.8.4) und der Verzögerung⁷²³ (vgl. Abschnitt B.5.2.4.9).

876. Zu diesen Vorbringen wurde bereits in den einzelnen Abschnitten Stellung genommen, weshalb darauf verwiesen wird. Zusammenfassend kann Swisscom unter dem Blickwinkel der von ihr geltend gemachten Unzumutbarkeit der Auswirkungen der verfügbaren Massnahmen nichts zu ihrem Vorteil ableiten. Insbesondere, weil die wettbewerbsschädlichen Effekte der Verweigerung eines Layer 1-Zugangs durch Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen bedeutend schwerer wiegen als die von Swisscom vorgebrachten Rechtfertigungsgründe. Zudem wird Swisscom durch die angeordneten Massnahmen nicht im Kern ihrer Wirtschaftstätigkeit beeinträchtigt. Daher werden die angeordneten Massnahmen für Swisscom im Vergleich zu der als kartellrechtswidrig taxierten Ausbauweise des Glasfasernetzes zwar spürbar sein, aber sind von einem marktbeherrschenden Unternehmen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs hinzunehmen. Das öffentliche Interesse am Infrastrukturwettbewerb wirkt vorliegend deutlich schwerer als die Partikularinteressen von Swisscom, weshalb die Massnahmen für Swisscom zumutbar sind.

B.6.1.6.4 Interessenabwägung

877. Swisscom sieht bei der Interessenabwägung auf der einen Seite die Partikularinteressen einiger weniger FDA, die «Cherry Picking» betreiben könnten. Dem gegenüber stehen würden die Partikularinteressen von Swisscom (welche die Mehrkosten für eine Layer 1-fähige Netzinfrastruktur zu tragen habe), die Interessen ihrer Endkunden (welche die Netzinfrastruktur finanzieren müssten), das öffentliche Interesse an einer schnellen Glasfasererschliessung sowie das Interesse, dass die in Europa führende Topologie (gemeint ist die P2MP-Netzarchitektur) eingesetzt werde.⁷²⁴ Diese Interessenabwägung würde nach Meinung von Swisscom klar zu Ungunsten der verfügbaren Massnahmen ausfallen.

878. Diesen Vorbringen ist Folgendes entgegenzuhalten. Bei der Interessenabwägung sind auf der einen Seite die Partikularinteressen von Swisscom zu berücksichtigen, welche im Wesentlichen in geringeren Kosten und keiner Verzögerung beim Glasfasernetzausbau bestehen. Weiter ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass der Bau einer Layer 1-fähigen Netzinfrastruktur Mehrkosten verursacht, welche im Endeffekt von allen Netznutzern getragen werden müssen. In einer kartellrechtlichen Beurteilung nicht zu berücksichtigen sind hingegen die von Swisscom vorgebrachte schnellere Glasfasererschliessung sowie der

⁷¹⁷ Vgl. act. 1025, Rz 311 ff.

⁷¹⁸ Vgl. act. 1025, Rz 308 ff.

⁷¹⁹ Vgl. act. 1025, Rz 321 ff.

⁷²⁰ Vgl. act. 1025, Rz 294 ff.

⁷²¹ Vgl. act. 1025, Rz 297 ff.

⁷²² Vgl. act. 1025, Rz 303 f. sowie Rz 356 ff.

⁷²³ Vgl. act. 1025, Rz 205 ff.

⁷²⁴ Vgl. act. 1025, Rz 314 ff.

Einsatz einer anderen Netztopologie. Letzteres deshalb, weil mit einer P2P-Netzarchitektur sämtliche Funktionen einer P2MP-Netzarchitektur ohne Weiteres erfüllt werden können.

879. Auf der anderen Seite der Interessenabwägung steht das öffentliche Interesse an einem wirksamen Wettbewerb, der sich durch niedrige Preise und die frühere Verfügbarkeit von Innovationen für die breite Bevölkerung über die Nutzungsdauer der Glasfasernetzinfrastruktur ausdrückt. Wie die Beispiele von Init7 und Salt zeigen (vgl. Rz 690 f.), profitieren die Bevölkerung und die Privatwirtschaft der Schweiz in erheblichem Masse von einer Layer 1-fähigen Netzinfrastruktur. Dadurch fällt die Interessenabwägung eindeutig zu Ungunsten der Partikularinteressen von Swisscom aus.

B.6.1.6.5 Gleichbehandlung

880. Swisscom bringt vor, dass die beantragten Massnahmen gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV verstossen würden.⁷²⁵ Während Swisscom in der ihrer Meinung nach teuren und zeitaufwändigen P2P-Topologie bauen müsse, könnten andere FDA ihre Netzinfrastruktur beliebig errichten, z.B. in einer P2MP-Topologie. So habe die führende Kabelnetzbetreiberin Sunrise bestätigt, die ebenfalls bereits Endkunden mit Glasfaser erschlossen habe, in der Gemeinde Dielsdorf ihr Glasfasernetz jüngst in einer P2MP-Netzarchitektur gebaut zu haben. Damit würde Swisscom gegenüber anderen FDA benachteiligt. Swisscom schliesst daraus, dass die WEKO aus verfassungsrechtlichen Gründen entweder die vorliegende Untersuchung einzustellen oder das Verfahren auf alle anderen FDA auszuweiten habe (vgl. Antrag 7 von Swisscom).⁷²⁶

881. Mit dem Antrag, die Untersuchung einzustellen, fordert Swisscom eine allfällige Gleichbehandlung im Unrecht. Eine solche Forderung ist aus rechtsstaatlichen Gründen abzulehnen. Auch der Antrag 7, wonach nicht nur Swisscom, sondern allen FDA in der Schweiz untersagt werden solle, ihre Netzinfrastruktur in einer Weise auszubauen, die einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) verunmögliche, ist ebenfalls abzuweisen. Die vorliegende Untersuchung richtet sich einzig gegen Swisscom und ihre Verhaltensweisen. Entsprechend wurde lediglich der Sachverhalt hinsichtlich des Verhaltens von Swisscom abgeklärt. Dies bedeutet nicht, dass auch die Verhaltensweisen anderer FDA beim Glasfaserausbau gegen das Kartellgesetz verstossen können. Hierzu wäre aber eine separate Untersuchung durchzuführen und der entsprechende Sachverhalt zu ermitteln. Nur im Rahmen einer solchen Untersuchung könnte eine allfällige kartellrechtliche Unzulässigkeit des Verhaltens anderer FDA beurteilt werden. Dafür ist in der vorliegenden Untersuchung kein Raum, weshalb Antrag 7 abzuweisen ist.

B.6.2 Sanktionierung

882. Gemäss Art. 49a 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 von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und der

mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 49a Abs. 1 KG).

B.6.2.1 Allgemeines

883. Aufgrund ihrer *ratio legis* sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen für besonders schädliche kartellrechtliche Verstösse – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁷²⁷ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.⁷²⁸

884. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.⁷²⁹

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

885. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach wird ein Unternehmen mit einer Sanktion belastet, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält. Daraus ergeben sich folgende Strafbarkeitsvoraussetzungen:

- Es müssen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen (Rz 818);
- Die unzulässigen Verhaltensweisen müssen von einem Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes begangen worden sein (Rz 442 f.).

B.6.2.2.1 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

886. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie gemäss Art. 49a Abs. 1 KG an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt sind oder ein unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 KG an den Tag gelegt haben.

⁷²⁵ Vgl. act. 1025, Rz 361.

⁷²⁶ Vgl. act. 1025, Rz 362 ff. sowie Antrag 7.

⁷²⁷ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

⁷²⁸ BBl 2002 2022, 2034.

⁷²⁹ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2, *Publigroupe*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 14, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 12, *Gaba*.

887. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen in Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhält. Aufgrund der Sachverhaltsabklärungen ist vorliegend erstellt, dass sich Swisscom im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG (vgl. Rz 629 ff.) und Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG (vgl. Rz 683 ff.) unzulässig verhalten hat (vgl. zum Ganzen Abschnitt B.5). Das Tatbestandsmerkmal der unzulässigen Verhaltensweise gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist demnach erfüllt.

B.6.2.2.2 Unternehmen

888. Die unzulässigen Verhaltensweisen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» ausgehen.⁷³⁰ Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁷³¹ Swisscom wird von diesem Unternehmensbegriff erfasst (vgl. Rz 442 f.).

B.6.2.3 Vorwerfbarkeit

889. Die Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.⁷³² Massgebend für das Vorliegen von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere muss sich der Kartellrechtsverstoss nicht einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lassen.⁷³³

890. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeiter ohne Organisation begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁷³⁴ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁷³⁵

B.6.2.3.1 Stellungnahme von Swisscom

891. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass der von ihr vorgenommene Topologiewechsel objektiv begründet, branchenüblich und rational gewesen sei.⁷³⁶

892. Swisscom gibt an, sie habe lediglich einen europäischen Trend in Übereinstimmung mit dem europäischen Wettbewerbsrecht nachvollzogen und den Topologiewechsel keinesfalls in der Absicht unternommen, den Wettbewerb zu schädigen.⁷³⁷ Hierbei argumentiert Swisscom in Wiederholung bereits vorgebrachter Argumente, wonach sie lediglich zu den gleichen Schlussfolgerungen wie andere FDA in Europa gelangt sei, dass der weitere Ausbau der Netzinfrastruktur in einer P2MP-Netzarchitektur vorzuziehen sei. Auch hätten die europä-

ischen Wettbewerbsbehörden trotz der Vergleichbarkeit von Art. 7 KG und Art. 102 AEUV ein solches Verhalten nicht als Verstoss gegen Art. 102 AEUV qualifiziert. Daher sei es für Swisscom nicht erkennbar gewesen, dass der Wechsel zu einer P2MP-Netzarchitektur nur in der Schweiz kartellrechtswidrig sein könne.

893. Dazu ist einzuwenden, dass es in der EU durchaus Verfahren gibt, in welchen Wettbewerbsbehörden ihre Bedenken hinsichtlich dem Netzausbau in einer P2MP-Netzarchitektur durch ein marktbeherrschendes Unternehmen geäussert haben.⁷³⁸ Wenn Swisscom vorbringt, sie habe sich in Bezugnahme auf die vom Bundesgericht auferlegte «besondere Verantwortung» wegen der Parallelität von Art. 102 AEUV und Art. 7 KG über die europäische Literatur und Rechtsprechung informiert und festgestellt, dass weder europäische Literatur noch Rechtsprechung existiere, welche die in Europa dominierende P2MP-Topologie als Verstoss gegen Art. 102 AEUV qualifiziere, so stellt dies eine Verdrehung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar. Das Bundesgericht hat (potenziell) marktbeherrschenden Unternehmen nicht aufgetragen, sich über eine mögliche Zulässigkeit ihres Verhaltens in der europäischen Literatur und Rechtsprechung zu informieren. Vielmehr ist es Ausfluss der besonderen Verantwortung (potenziell) marktbeherrschender Unternehmen, sich über die mögliche Unzulässigkeit ihres Verhaltens aus verschiedenen Quellen (so u.a. auch der europäischen Literatur und Rechtsprechung) zu informieren. Vorliegend bestreitet nicht einmal Swisscom, dass die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs für nachfragende FDA zu einer Einschränkung derer Wettbewerbsfähigkeit führt bzw. führen kann. Damit war sich Swisscom bewusst, dass sie mit ihrem Verhalten Wettbewerb einschränkt. Hierbei ist unerheblich, ob Swisscom davon ausgegangen ist, dass eine solche Einschränkung kartellrechtswidrig sein kann. Swisscom hätte jederzeit ein Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 KG anstrengen können, um eine rechtliche Einschätzung der WEKO zu erlangen und sich entsprechende Rechtsicherheit zu verschaffen.

⁷³⁰ BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 542), vor Art. 49a-53 KG N 17.

⁷³¹ BGE 146 II 217 E. 8.5.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; bestätigt in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 9.2, *DCC*; ebenso bereits BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.1, *Publigroupe* (nicht publiziert in BGE 139 I 72).

⁷³² Siehe u.a. BGE 147 II 72 E. 8.4.1 f., *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 146 II 217 E. 8.5.2, *ADSL II*; BGE 143 II 297 E. 9.6.2, *Gaba*; BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.2, *Publigroupe* (in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung); BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 9.3, *DCC*; BVGer, B-4003/2016 vom 1.5.2022 E. 11.3, *Sport im Pay-TV*. Vgl. zur ganzen Thematik ausführlich BBI 2022 776, *Pekuniäre Verwaltungssanktionen*, Bericht des Bundesrates vom 23.2.2022 in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1.11.2018, 39 ff.

⁷³³ BGE 147 II 72 E. 8.4.2 m.w.H., *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 146 II 217 E. 8.5.2 m.w.H., *ADSL II*; BGer 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 9.3.1, *DCC*; BGer 2C_145/2018 vom 7.10.2021 E. 8.3.2, *Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly*.

⁷³⁴ Vgl. RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁷³⁵ Vgl. BVGer B2977/2007, E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA*; BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.2, *Publigroupe*.

⁷³⁶ Vgl. act. 1025, Rz 384.

⁷³⁷ Vgl. act. 1025, Rz 385 ff.

⁷³⁸ Vgl. EU-KOMM, COMP/M.10070 vom 26.7.2021, Rz 126 und Rz 161, *Eurofiber/Proximus/JV* und die Ausführungen unter Rz 623.

894. Weiter wiederholt Swisscom im Lichte der Unvorhersehbarkeit eines kartellrechtswidrigen Verhaltens die bereits gemachten Vorbringen zur schnelleren Erschliessung der Schweiz mit Glasfaser⁷³⁹ (vgl. Abschnitt B.5.2.4.9), zur Ablehnung einer Regulierung der Glasfasertechnologie durch den Gesetzgeber⁷⁴⁰ (vgl. Abschnitt B.4), zu den fehlenden Vorgaben des «Runden Tisches» für den «Feeder»⁷⁴¹ (vgl. Abschnitt A.3.4.3.1), zu den massiven Mehrkosten, den gravierenden Verzögerungen, den volkswirtschaftlichen Schäden und Versorgungslücken, die der Bau einer P2P-Topologie nach sich ziehen würde⁷⁴² (vgl. Abschnitte B.5.2.4.8 und B.5.2.4.9 sowie Rz 851 f.), zur geringen Nutzung des Layer 1-Angebots von Swisscom⁷⁴³ (vgl. Abschnitt B.5.2.4.7) und schliesslich, dass durch einen Layer 1-Zugang aufgrund der geringen Nutzung kein zusätzlicher Wettbewerb zu erwarten sei⁷⁴⁴ (vgl. Abschnitt A.3.8 und insbesondere Rz 381 ff.). Zu diesen Vorbringen wurde bereits in den einzelnen Abschnitten Stellung genommen, weshalb darauf verwiesen wird. Swisscom kann aus ihren Vorbringen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

895. Auch das Vorbringen, Swisscom habe aufgrund der Farbentbündelung («C-ALO»), «FANS» («V-ALO») und der PON-Bäume als mögliche Alternativen zumindest für grössere FDA nicht von einer Kartellrechtswidrigkeit ausgehen können⁷⁴⁵, stösst ins Leere. Insbesondere, weil Swisscom mit der Umstellung und Inbetriebnahme ihrer Netzinfrastruktur im Jahr 2020 keine der von ihr genannten Möglichkeiten im Markt angeboten und damit aufzeigt hat, dass Swisscom zu keinem Zeitpunkt Willens war, neben ihren kommerziellen Wiederverkaufsprodukten – zu einem früheren Zeitpunkt allenfalls noch denkbare – Alternativen zum Zugang zur physischen Infrastruktur (Layer 1) anzubieten.

896. Schliesslich kann Swisscom auch aus den Ausführungen, FTTS und FTTB seien ein wichtiger und sinnvoller Ausbauschnitt gewesen⁷⁴⁶, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Swisscom hätte beim Ausbau der FTTS und FTTB «Feeder»-Infrastruktur bereits eine ausreichende Dimensionierung für eine P2P-Netzarchitektur vornehmen können, hat dies aber in einem strategischen Entscheid bewusst abgelehnt. An dieser Stelle kann auf die Ausführungen in Rz 895 verwiesen werden.

897. Somit kann auch den Schlussfolgerungen von Swisscom nicht gefolgt werden, wonach sie nicht habe erkennen können, dass der Entscheid, ihr Glasfasernetz künftig in einer P2MP-Netzarchitektur zu bauen, als kartellrechtswidrig interpretiert werden könnte.⁷⁴⁷ Swisscom war sich mit der Änderung ihrer Netzbaustrategie bewusst, dass durch eine P2MP-Netzarchitektur kein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur möglich sein würde und hat nichts unternommen, um allfällige Abhilfe zu schaffen (vgl. Rz 895). Damit war sie sich ihres Handelns und dessen möglichen wettbewerbsschädigenden Konsequenzen vollumfänglich bewusst und kann aus ihren Vorbringen deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten.

B.6.2.3.2 Verweigerung der Geschäftsbeziehung (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

898. Der Entscheid, die Glasfasernetzinfrastruktur nicht mehr in einer P2P-Netzarchitektur zu bauen, sondern auf eine P2MP-Netzarchitektur zu wechseln, war ein

strategischer Entscheid von Swisscom (vgl. Rz 387 ff.). Die Organe von Swisscom waren sich auch bewusst bzw. mussten sich bewusst gewesen sein, dass hierdurch Dritten kein Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mehr gewährt werden kann. Damit haben die zuständigen Entscheidgremien von Swisscom die entsprechenden Einschränkungen des wirksamen Wettbewerbs mindestens billigend in Kauf genommen.

899. Mit der Eröffnung einer Marktbeobachtung zur Netzbaustrategie von Swisscom im Februar 2020 und den damit verbundenen Auskunftsbegleichen des Sekretariats an das Unternehmen gab es bereits erste Hinweise seitens der Wettbewerbsbehörden, dass es sich bei der Änderung der Netzbaustrategie um eine möglicherweise unzulässige Verhaltensweise handeln könnte (vgl. Abschnitt A.2.1). Spätestens nach dem Entscheid der WEKO, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, war Swisscom klar, welche (potenziellen) wettbewerblichen Auswirkungen dieser strategische Entscheid hatte und haben würde. Als Reaktion auf den Entscheid der WEKO hat Swisscom zwar einzelne Massnahmen ergriffen. Jedoch hat der Verwaltungsrat in Kenntnis der damit verbundenen Risiken auf einzelne Empfehlungen [...] und damit den Weiterausbau der P2MP-Netzarchitektur und die Inbetriebnahme der entsprechenden Anschlüsse fortgesetzt (vgl. Rz 418).

900. Als marktbeherrschendes Unternehmen, welches eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt, wäre Swisscom gehalten gewesen, sorgfältig zu agieren und ihr Verhalten rechtlich abzuklären.⁷⁴⁸ Dies gilt sowohl hinsichtlich der Auswirkungen des geplanten und umgesetzten Strategiewechsels als auch hinsichtlich der Umsetzung der von der WEKO angeordneten Massnahmen. Dabei hätte Swisscom auch die potenzielle Wettbewerbswidrigkeit des Glasfaserausbaus in einer P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte erkennen müssen. Es ist undenkbar, dass sich Swisscom der (potenziellen) wettbewerblichen Auswirkungen des Entscheids, ihre Netzbaustrategie zu ändern und P2MP-Anschlüsse ohne einen physischen Netzzugang für Dritte weiterzubauen, nicht bewusst war.

901. Aus diesen Gründen kommt die WEKO zum Schluss, dass Swisscom mit ihrer Netzbaustrategie im Hinblick auf die zukünftige Verweigerung der Geschäftsbeziehung mit Nachfragern nach einem Zugang zur physischen Netzinfrastruktur vorsätzlich gehandelt hat.

⁷³⁹ Vgl. act. 1025, Rz 391 ff.

⁷⁴⁰ Vgl. act. 1025, Rz 395 f.

⁷⁴¹ Vgl. act. 1025, Rz 397 f.

⁷⁴² Vgl. act. 1025, Rz 399 ff.

⁷⁴³ Vgl. act. 1025, Rz 402 ff.

⁷⁴⁴ Vgl. act. 1025, Rz 406 ff.

⁷⁴⁵ Vgl. act. 1025, Rz 409 ff.

⁷⁴⁶ Vgl. act. 1025, Rz 414 ff.

⁷⁴⁷ Vgl. act. 1025, Rz 420 ff.

⁷⁴⁸ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 9.3.3, DCC.

B.6.2.3.3 Einschränkung von Wettbewerbern (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

902. Hinsichtlich der Einschränkung von Wettbewerbern kann bezüglich der Vorwerfbarkeit grundsätzlich auf die Ausführungen in Abschnitt B.6.2.3.2 verwiesen werden. Diese gelten analog für die Einschränkung von Wettbewerbern bei der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung.

903. Aus diesen Gründen kommt das Sekretariat zum Schluss, dass Swisscom bezüglich ihrer Netzbaustrategie hinsichtlich der Einschränkung von Wettbewerbern bei der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung durch die Verunmöglichung bzw. Verweigerung eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur vorsätzlich gehandelt hat.

B.6.2.4 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

904. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer des missbräuchlichen Verhaltens miteinzubeziehen.

905. Swisscom begann Anfang 2020 ihre Glasfasernetzinfrastruktur in einer P2MP-Netzarchitektur auszubauen. Vorliegend ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG mit der Verfahrenseröffnung vom 14. Dezember 2020 (vgl. Rz 20) für alle Wettbewerbsverstösse in jedem Fall gewahrt.

B.6.2.5 Bemessung

906. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der KG-Sanktionsverordnung (SVKG)⁷⁴⁹ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG).

907. Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) begrenzt wird.⁷⁵⁰ Die Sanktion soll «schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient. Insofern soll der Busenbetrag 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».⁷⁵¹

908. Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.⁷⁵²

909. Nach den Bemessungsregeln der SVKG ist zunächst von einem Basisbetrag auszugehen (Art. 3 SVKG), der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist (Art. 4 SVKG), bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen wird (Art. 6 f. SVKG). Die Sanktion darf in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG). Im Falle einer Selbstanzeige kann die Sanktion erlassen oder reduziert werden (Art. 8 ff. SVKG).

B.6.2.5.1 Basisbetrag

910. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁷⁵³ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

B.6.2.5.1.1 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf den relevanten Märkten)

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

912. Der Umsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG wird aufgrund der Jahresrechnung der Unternehmen festgestellt. Bei Konzernsachverhalten ist der jeweilige Konzernumsatz massgebend, der sich grundsätzlich aus der Konzernrechnung ergibt. Bei der Bestimmung des Umsatzes sind Art. 4 ff. VKU sinngemäss anzuwenden.⁷⁵⁴

913. Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche «relevante Markt» dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt, weil das wettbewerbswidrige Verhalten auf diesen Markt einwirkt. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise im Einzelfall darüber hinaus auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls

⁷⁴⁹ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁷⁵⁰ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.1, DCC; vgl. auch PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

⁷⁵¹ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.1, DCC; BGE 146 II 217 E. 9.1, Preispolitik Swisscom ADSL; BGE 143 II 297 E.9.7.2, Gaba.

⁷⁵² RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

⁷⁵³ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2016/2, 428 f. Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA).

⁷⁵⁴ Vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.2.1 ff., Preispolitik Swisscom ADSL.

in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen. Massgebend für die Sanktionsbemessung ist daher nicht nur der Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Vielmehr sind auch Sekundärmärkte als vor- oder nachgelagerte Märkte sowie sonstige (Tertiär-)Märkte in die Sanktionsbemessung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere Märkte erstrecken.⁷⁵⁵ Die vorliegende Untersuchung betrifft das Verhalten von Swisscom im Rahmen des Ausbaus des Glasfasernetzes. Die für die Sanktionsberechnung relevanten Märkte sind daher der Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, deren NE lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden sind, sowie die hierzu nachgelagerten Vorleistungs- und Endkundenmärkte im Bereich der leitungsgebundenen Datenübertragung mit der Glasfasertechnologie. Für die Sanktionsbemessung wird daher auf die Abgrenzung der relevanten Märkte verwiesen (vgl. Abschnitt B.5.1.1).

914. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass der Einbezug der Endkundenumsätze unzulässig sei.⁷⁵⁶ Sie ist der Meinung, dass einzig der relevante Markt für die Berechnung der Umsätze massgeblich bzw. der Ausgangspunkt der Marktabgrenzung «der Zugang zu einzelnen Glasfasern der physischen Glasfasernetzinfrastruktur ab einer Anschlusszentrale, um gegenüber einem oder mehreren bestimmten Endkunden Fernmeldedienste über diese Netzinfrastruktur zu erbringen» sei. Es würde daher um die Nachfrage von Wiederverkäufern nach glasfasergestützten Breitbandangeboten und nicht um die Nachfrage der Endkunden nach Breitbandzugängen gehen. Die weiteren abgegrenzten Märkte seien für die Sanktionsberechnung ohne Bedeutung.

915. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden, da die Verhaltensweise von Swisscom auf den Wettbewerb in die nachgelagerten Endkundenmärkten ausstrahlt. Diese sind daher von der Wettbewerbsbeschränkung ebenfalls betroffen und folglich in die Berechnung des Basisbetrags miteinzubeziehen.⁷⁵⁷ Swisscom kann demnach aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten und die vorgelegte alternative Sanktionsberechnung ist nicht zu berücksichtigen.

916. In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass Swisscom im Jahr 2020 mit dem Bau und der Inbetriebnahme von Glasfaseranschlüssen in der P2MP-Netzarchitektur begonnen hat. Abbildung 23 zeigt die von Anfang 2020 bis Oktober 2023 gebauten P2MP-Anschlüsse aufgegliedert nach den von Swisscom angegebenen Hauptrechtfertigungsgründen. Per Dezember 2020, dem Zeitpunkt, als die WEKO die vorsorglichen Massnahmen verfügte, hatte Swisscom [0-100'000] P2MP-Anschlüsse gebaut. Per Oktober 2021, dem Zeitpunkt der Bekanntgabe des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts, hatte Swisscom bereits [0-300'000] P2MP-Anschlüsse gebaut und bis im Oktober 2023 stieg diese Zahl auf insgesamt [0-1 Mio.] P2MP-Anschlüsse, wobei ein kleiner Anteil ([0-10] %) mittlerweile auf eine P2P-Netzarchitektur umgebaut worden ist. Die Abbildung zeigt zudem, dass Swisscom auch nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO und den Ent-

scheiden der Gerichte kontinuierlich ihr Glasfasernetz in der P2MP-Netzarchitektur ausgebaut hat. Im Mai 2023 hatte Swisscom die ersten [0-500] P2MP-Anschlüsse auf P2P umgebaut. Bis im Oktober 2023 stieg diese Zahl auf [0-50'000] Anschlüsse.

[...]

Abbildung 23: Gebaute P2MP-Anschlüsse nach Rechtfertigungsgründen⁷⁵⁸

917. Abbildung 24 zeigt die aktiven P2MP-Anschlüsse aufgeschlüsselt nach den von Swisscom vorgebrachten Rechtfertigungsgründen. Über die Zeit sind die aktiven P2MP-Anschlüsse kontinuierlich auf insgesamt [0-100'000] im Oktober 2023 gestiegen, wobei ein Anteil ([0-10] %) mittlerweile auf die P2P-Netzarchitektur umgebaut wurde. Im Unterschied zu Abbildung 23 mit den gebauten P2MP-Anschlüssen sind bei den aktiven Anschlüssen im Oktober 2023 [50-60] % der Kategorie Neubau zuzuordnen. An zweiter Stelle folgen die P2MP-Anschlüsse, welche bereits vor den von der WEKO verfügten vorsorglichen Massnahmen gebaut wurden. Abbildung 24 zeigt, dass die Anzahl P2MP-Anschlüsse dieser Kategorie auch kontinuierlich gestiegen ist. Deren Anteil betrug im Oktober 2023 [20-30] %. Die aktiven P2MP-Anschlüsse, für welche Swisscom keine Rechtfertigungsgründe lieferte, sind ab Januar 2021 auf ein Maximum von [0-10'000] im März 2022 gestiegen und danach wieder leicht auf [0-10'000] Anschlüsse im Oktober 2023 gesunken. Schliesslich konnte Swisscom im Oktober 2023 insgesamt [0-1'000] aktive P2MP-Anschlüsse keinem Rechtfertigungsgrund zuordnen.

918. Obwohl Swisscom im Oktober 2022 öffentlich bekanntgab, dass sie bereits bestehende P2MP-Anschlüsse teilweise in die P2P-Netzarchitektur umbauete, waren erst im Mai 2023 die ersten Anschlüsse effektiv umgebaut. Im Oktober 2023 lag dieser Wert immerhin bei ca. [0-100'000] Anschlüssen, wovon [0-10'000] in Betrieb waren.

[...]

Abbildung 24: Aktive P2MP-Anschlüsse nach Rechtfertigungsgründen⁷⁵⁹

919. Es zeigt sich, dass Swisscom auch nach den von der WEKO verfügten vorsorglichen Massnahmen neu gebaute P2MP-Anschlüsse in Betrieb genommen hat. Selbst nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts hat Swisscom weitere P2MP-Anschlüsse in Betrieb genommen. Der Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die WEKO hatte dementsprechend keinen ersichtlichen Einfluss auf die von Swisscom vorgenommene Inbetriebnahme von P2MP-Anschlüssen. Erst

⁷⁵⁵ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1569 f. und 1573, DCC; BVGer, B-7633/2009, Rz 722 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2016/4, 1026 Rz 864, *Sport im Pay-TV*.

⁷⁵⁶ Vgl. act. 1025, Rz 426 ff.

⁷⁵⁷ Vgl. RPW 2016/1, S. 212 Rz 582 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁷⁵⁸ Datengrundlage: act. 1049, Beilage 3; eigene Darstellung.

⁷⁵⁹ Datengrundlage: act. 1049, Beilage 3; eigene Darstellung.

das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hat zu einer leichten Abflachung der Kurve geführt und fünf Monate später zu einer leichten Reduktion der aktiven P2MP-Anschlüsse. Im Oktober 2023 waren [0-100'000] solcher P2MP-Anschlüsse in Betrieb. Mit diesen Anschlüssen erzielte Swisscom allein im Oktober 2023 einen Nettoumsatz von CHF [0-10 Mio.] Ohne Berücksichtigung der mit den Zweit- und Drittmarken von Swisscom erwirtschafteten Umsätze, hat Swisscom von April 2020 bis Oktober 2023 insgesamt einen Nettoumsatz von CHF [0-100 Mio.] mit diesen P2MP-Anschlüssen erwirtschaftet.

920. Abbildung 25 zeigt schliesslich die über die Zeit erzielten Umsätze von Swisscom mit P2MP-Anschlüssen aufgegliedert nach den von Swisscom vorgebrachten Hauptrechtfertigungsgründen. Per Oktober 2023 hat Swisscom [0-1 Mio.] P2MP-Anschlüsse gebaut und über diese wurden [0-100'000] Dienste angeboten. Dabei konnte für insgesamt [0-1'000] Dienste im Oktober 2023 der generierte Umsatz keiner Nutzungseinheit (OTO-Nummer) zugordnet werden («nicht zuordbar»). Dies sei gemäss Angaben von Swisscom auf Mutationen zurückzuführen, die nicht in allen Systemen korrekt abgebildet worden seien. Bei P2MP-Anschlüssen, die vor der Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 gebaut wurden, besteht zwar kein Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen der WEKO, was jedoch für sich allein keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund darstellt. Als ausreichende Rechtfertigungsgründe zumindest für eine vorübergehende P2MP-Erschliessung werden «Neubauten» (vgl. Abschnitt B.5.2.4.10.1) und «Kopa Partner mit L 1-Zugang» (vgl. Abschnitt B.5.2.4.10.2) angesehen (blau dargestellt). Zudem waren per Oktober 2023 bereits [0-100'000] P2MP-Anschlüsse umgebaut (grün dargestellt).⁷⁶⁰

[...]

Abbildung 25: Mit P2MP-Anschlüssen erzielte Umsätze nach vorgebrachten Rechtfertigungsgründen⁷⁶¹

921. Swisscom hat im Zeitraum von April 2020 bis Oktober 2023 mit Endkunden- und Vorleistungsprodukten auf den relevanten Märkten einen Nettoumsatz von CHF [0-200 Mio.] erzielt. Über die letzten drei Jahre (November 2020 bis Oktober 2023) erzielte Swisscom einen Umsatz von CHF [0-200 Mio.]. Aufgrund der von Swisscom eingereichten Unterlagen lassen sich die von Swisscom mit Endkunden oder Vorleistungskunden erzielten Umsätze mit P2MP-Anschlüssen ermitteln, für welche keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe vorliegen.

922. Die mit Zweit- und Drittmarken (Wingo und M-Budget) zwischen Januar 2020 und Oktober 2023 erzielten Umsätze von CHF [0-10 Mio.] reichte Swisscom separat ein (vgl. Rz 397 und Abbildung 19).

923. Über die letzten drei Jahre (November 2020 bis Oktober 2023) erzielte Swisscom mit Zweit- und Drittmarken einen Umsatz von CHF [0-10 Mio.]. Systembedingt hätten diese Umsätze den «Rechtfertigungsgründen» nicht zugeordnet bzw. die Anwendungsfälle hätten nicht erfasst werden können. Swisscom machte einzig geltend, dass das Verhältnis zwischen gebauten P2MP-Anschlüssen «mit und ohne Rechtfertigungsgrund» mit demjenigen der «Swisscom-Anschlüsse» vergleichbar sei und bei den Zweit- und Drittmarken somit ein Anteil

von ca. [10-20] % «ohne Rechtfertigungsgrund» resultiere.⁷⁶²

924. Tabelle 32 zeigt die von Swisscom über die letzten drei Jahre erzielten Umsätze mit P2MP-Anschlüssen aufgegliedert nach den von Swisscom vorgebrachten Rechtfertigungsgründen.

925. Als ausreichende Rechtfertigungsgründe wurden nur diejenigen qualifiziert, welche in den Abschnitten B.5.2.4.10.1 (Nutzungseinheiten, die nicht fernmelde-technisch erschlossen sind bzw. «Neubauten») und B.5.2.4.10.2 (Nutzungseinheiten mit Layer 1-Angebot von alternativem Netzbetreiber) beschrieben wurden.

926. Die WEKO hat die Inbetriebnahme von P2MP-Anschlüssen, für welche Swisscom keine ausreichenden sachlichen Gründe vorbringen konnte, als Kartellrechtsverstoss gewertet. Wurden diese Anschlüsse erst nach den vorsorglichen Massnahmen der WEKO gebaut und in Betrieb genommen, hat die WEKO dies zudem als Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen qualifiziert.

927. Für den Teil des Nettoumsatzes von CHF 65'578'623 konnte Swisscom keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe geltend machen.

⁷⁶⁰ Vgl. act. 937, Beilage 10.

⁷⁶¹ Datengrundlage: act. 1049, Beilage 3.

⁷⁶² Vgl. act. 937 Rz 12. und Beilage 1.

Von Swisscom vorgebrachte Rechtfertigungsgründe	Nettoumsatz
Nicht zuordenbar (nicht ausreichend)	[...]
Kein Rechtfertigungsgrund (nicht ausreichend)	[...]
Gebaut vor 2020-12-20 (nicht ausreichend)	[...]
Neubauten	[...]
Kopa Partner mit L1	[...]
Umgebaut auf P2P	[...]
Total Umsatz mit Endkunden- und Vorleistungsprodukten	[...]
Zusätzlicher Umsatz mit Zweit- bzw. Drittmarken	[...]
davon ohne ausreichenden Rechtfertigungsgrund ⁷⁶³	[...]
Gesamtumsatz ohne ausreichenden Rechtfertigungsgrund	65'578'623

Tabelle 32: Umsätze Swisscom im Rahmen des Glasfaserausbaus in P2MP⁷⁶⁴

928. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Umsatzes für die Berechnung des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit CHF 65'578'623.

B.6.2.5.1.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

929. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoß zu qualifizieren ist.

930. Massgebend ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die «*objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere*», also «das abstrakte Gefährdungspotential; zu berücksichtigen sind zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten».⁷⁶⁵

931. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen.⁷⁶⁶ Gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung darf keine schematische Ansiedelung des Basisbetrags innerhalb des Sanktionsrahmens erfolgen. Eine Abstufung nach der Schwere und dem Gefährdungspotenzial der einzelnen Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 Abs. 1 KG ist generell schwierig vorzunehmen.⁷⁶⁷

932. Liegen schwere Verstösse gegen das KG vor, insbesondere marktumfassende Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Missbräuche von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG, bewegt sich der Basisbetrag gemäss den Erläuterungen zur SVKG im oberen Drittel des Rahmens.⁷⁶⁸ Das Bundesverwaltungsgericht merkt aber im Zusammenhang mit Art. 7 KG an, dass bezüglich der Behinderungs- und

Ausbeutungstatbestände die gesamte Bandbreite von bis zu 10 % des Umsatzes zur Disposition steht, um den konkreten Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.⁷⁶⁹ Entscheidend für die Frage, ob ein schwerer oder ein weniger schwerer Verstoß vorliegt, ist die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung.⁷⁷⁰

⁷⁶³ Zur Berechnung des massgeblichen Umsatzes ohne ausreichende Rechtfertigungsgründe wurde angenommen, dass der Anteil am erzielten Umsatz bei den Zweit- und Drittmarken identisch ist mit dem von Swisscom mit Endkunden- und Vorleistungsprodukten erzielten Umsätzen. Demnach machen die massgeblichen Umsätze ohne ausreichende Rechtfertigungsgründe [40-50] % des Gesamtumsatzes aus.

⁷⁶⁴ Berechnungen basieren auf den Angaben und Umsatzzahlen von Swisscom. Vgl. act. 1049, Beilage 3.

⁷⁶⁵ So BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE 144 II 194 E. 6.4, *BMW*; BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *SIX/DCC*. Vgl. auch PETER G. PICH, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 3 SVKG N 16.

⁷⁶⁶ BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2 f., *Preispolitik Swisscom ADSL*; bestätigt in BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *SIX/DCC*.

⁷⁶⁷ Vgl. zum Ganzen BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 11.4.1, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1589 ff., *DCC*; BVGer, B-2597/2017 E. 15.2.4.2, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 713, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 8.3.4, *Publigroupe*.

⁷⁶⁸ Erläuterungen SVKG, 3.

⁷⁶⁹ BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 8.3.4, *Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; siehe auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 542), Art. 49a KG N 56.

⁷⁷⁰ RPW 2010/1, 179 Rz 404, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

933. Erfüllt ein Unternehmen mit seinen missbräuchlichen Verhaltensweisen gleichzeitig mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 Bst. a–f KG, ist diese Wettbewerbsbeschränkung nicht schon aus diesem Grund als (besonders) schwerwiegend einzustufen.⁷⁷¹ Werden durch das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens mehrere Tatbestände nach Art. 7 Abs. 1 KG (Generalklausel) i.V.m. Abs. 2 Bst. a–f KG (Beispielkatalog) erfüllt, ist jedoch zu prüfen, ob verschiedene Handlungsweisen vorliegen, die separat zu beurteilen und zu sanktionieren sind.⁷⁷²

934. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme ein weiteres Mal vor, dass sie das Glasfasernetz freiwillig baue bzw. ihr Netz gar nicht ausbauen müsse.⁷⁷³ Sie führt nochmals die bereits in Abschnitt B.6.2.3.1 behandelten Argumente auf und kommt zum Schluss, dass der Wettbewerb durch den Topologie-Wechsel nur marginal tangiert werde. Daher sei höchstens ein Basisbetrag von 2 % vertretbar und verhältnismässig. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Hinsichtlich der erneut angeführten Argumente von Swisscom wird auf die Ausführungen in Abschnitt B.6.2.3.1 verwiesen. Swisscom kann hieraus auch für die Festlegung des Basisbetrags nichts zu ihren Gunsten ableiten.

935. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat Swisscom durch ihren strategischen Entscheid, die Glasfasernetzinfrastruktur in Zukunft in einer P2MP-Netzarchitektur auszubauen, versucht, den gesamten Telekommunikationsmarkt zu verändern (vgl. 387 ff.). Insbesondere hätte Swisscom mit der geplanten Netzausbauvariante, in welcher nur noch sie selbst Zugang zur physischen Netzinfrastruktur erhalten hätte, den Infrastrukturwettbewerb über Jahrzehnte hinweg ausgeschaltet; mit entsprechend weitreichenden negativen Auswirkungen sowohl auf die Endkunden- als auch auf die Vorleistungsmärkte. Damit weist die von Swisscom an den Tag gelegte Verhaltensweise gravierende volkswirtschaftliche Auswirkungen auf. Hätten die Wettbewerbsbehörden das Verhalten von Swisscom nicht mit vorsorglichen Massnahmen gestoppt, wären gemäss der Ankündigung von Swisscom zur Netzbaustrategie 2025 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens wohl mindestens 1/3 der schweizweiten Anschlüsse in einer P2MP-Netzarchitektur ohne Layer 1-Zugang für Dritte errichtet worden. Es hätte kaum eine Möglichkeit bestanden bzw. bedeutende Mehrkosten verursacht, diese Anschlüsse nachträglich noch auf eine P2P-Netzarchitektur umzurüsten. Durch die daraus resultierende Verweigerung eines Layer 1-Zugangs hätte eine jahrzehntelange Behinderung des wirksamen Wettbewerbs gedroht (vgl. Rz 128, 493 und 510).

936. Diese Verhaltensweise hätte folglich sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch hinsichtlich der Anzahl der betroffenen Unternehmen und Endkunden einen grossen volkswirtschaftlichen Schaden verursacht.

937. Zudem führt die von Swisscom gewählte Netzbaupolitik in einer P2MP-Netzarchitektur zu weitreichenden technologischen Einschränkungen; mit entsprechenden negativen Folgen für die bereitstellbare Bandbreite und die Innovationen in den von der Glasfasernetzinfrastruktur abhängigen Telekommunikationsmärkten.

938. Die Verhaltensweise von Swisscom im Rahmen der Änderung der Netzbaustrategie weist daher sowohl im Verhalten als auch in deren volkswirtschaftlichen Tragweite eine besondere Schwere auf. Dies rechtfertigt eine Maximalsanktion von 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten als Basisbetrag.

939. Der Basisbetrag beträgt daher CHF 6'557'862.

B.6.2.5.1.3 Dauer des Verstosses

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

941. Innerhalb dieses Rahmens legt die Behörde die Höhe des Dauerzuschlags unter Berücksichtigung von Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkung im Zeitverlauf fest. In der bisherigen Praxis hat die WEKO einen Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigtes Jahr für eine Dauer zwischen einem und fünf Jahren angewandt.⁷⁷⁴ Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt und unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus und des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Erhöhung des Basisbetrages um jeweils 10 % pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren als bundesrechtskonform beurteilt.⁷⁷⁵

942. Swisscom hat ihre Netzbaustrategie zum Januar 2020 geändert. Bis zum Verfügungsdatum sind rund 48 Monate vergangen, weshalb der Basisbetrag um 40 % zu erhöhen ist.

943. Swisscom bringt hierzu in ihrer Stellungnahme ohne dies zu begründen vor, dass die Busse willkürlich und unverhältnismässig sei.⁷⁷⁶ Daher sei auch der Dauerzuschlag nicht zu legitimieren, weshalb darauf verzichtet werden müsse. Die Ausführungen von Swisscom enthalten keine Begründung, warum auf den im Gesetz vorgesehenen Dauerzuschlag zu verzichten sei, und sind daher unbeachtlich.

944. Ausgehend vom Basisbetrag für die Sanktionierung der Verhaltensweise von Swisscom in der Höhe von CHF 6'557'862 führt eine Erhöhung von 40 % für die Laufzeit von 48 Monaten zu einer Erhöhung des Basisbetrags um CHF 2'623'145.

⁷⁷¹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 542), Art. 49a KG N 52.

⁷⁷² BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 542), Art. 49a KG N 52.

⁷⁷³ Vgl. act. 1025, Rz 427 ff.

⁷⁷⁴ RPW 2020/3a 1219 Rz 520, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; RPW 2014/4, 702 Rz 238, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen*.

⁷⁷⁵ BGer, 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.4, *Publigroupe* (nicht publiziert in BGE 139 I 72). BGE 146 II 217, E.9.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*. Auch möglich ist eine Erhöhung um 0,8333 % je angefangener Monat, seitdem das wettbewerbswidrige Verhalten begonnen hat; vgl. auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1600, DCC.

⁷⁷⁶ Vgl. act. 1025, Rz 431 ff.

B.6.2.5.1.4 Erschwerende und mildernde Umstände

945. In einem nächsten Schritt sind erschwerende Umstände gemäss Art. 5 SVKG zu berücksichtigen. Zu prüfen sind primär die exemplarisch in Art. 5 SVKG benannten erschwerenden Umstände. Daneben können auch weitere erschwerende Umstände berücksichtigt werden.

B.6.2.5.1.4.1 Wiederholter Verstoss

Frühere Kartellrechtsverstösse

946. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG wird der nach den Artikeln 3 und 4 SVKG gebildete Betrag erhöht, wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat. Ein wiederholter Verstoss liegt zunächst dann vor, wenn ein Unternehmen zu beurteilen ist, für welches die Wettbewerbsbehörden bereits in einem früheren Verfahren einen Kartellrechtsverstoss rechtskräftig festgestellt haben, mithin ein «Rückfall» vorliegt.

947. Es ist festzuhalten, dass Swisscom am 9. Dezember 2019 im Verfahren «Preispolitik Swisscom ADSL» rechtskräftig wegen eines Verstosses nach Art. 7 KG verurteilt worden ist.⁷⁷⁷ Swisscom hatte Wettbewerber durch die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere beim Bezug von Vorleistungsprodukten behindert, welche zum Angebot von Datenübertragungsdienstleistungen notwendig waren. Die von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten ausgesprochenen Massnahmen und Sanktionen im damaligen Verfahren scheinen bisher keine nachhaltige Wirkung auf das Verhalten von Swisscom gezeigt zu haben. Insbesondere fiel die Kommerzialisierung des in einer P2MP-Netzarchitektur errichteten Glasfasernetzes ohne Layer 1-Zugangsmöglichkeit für Dritte in die Zeit, nachdem Swisscom im besagten Verfahren rechtskräftig verurteilt worden war.

948. Zudem wurde Swisscom, als sie noch Teil der PTT war, mit Verfügung vom 5. Mai 1997 im Verfahren «Blue Window» rechtskräftig für einen Kartellrechtsverstoss verurteilt.⁷⁷⁸ Damals hat Swisscom im Rahmen von Internetzugängen ihren eigenen Dienst Blue Window gegenüber Diensten alternativer FDA bevorzugt behandelt und quersubventioniert, was zu einer Behinderung von Wettbewerbern führte.

949. Es besteht daher der Verdacht, dass sich Swisscom entweder der sich aus ihrer Marktposition ergebenden besonderen Verantwortung für den wirksamen Wettbewerb nicht bewusst ist oder das Risiko eines Kartellrechtsverstosses billigend in Kauf nimmt.

950. Swisscom ist der Meinung, dass die in Rz 947 f. unter dem Aspekt des «Wiederholungsfalls» aufgeführten Fälle im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG irrelevant seien.⁷⁷⁹ Insbesondere seien die beiden Fälle «Blue Window» und «Preispolitik Swisscom ADSL» keine gleichartigen Fälle. Swisscom würde sich in einem sich rasch bewegenden Technologiemarkt bewegen und eine Grundversorgungsverantwortung tragen. In diesem Lichte sei der Vergleich des vorliegenden Falles mit irgendwelchen früheren Fällen, welche die WEKO und die Gerichte beurteilt haben, sachlich unverhältnismässig und zutiefst unfair.

951. Hierzu ist einzuwenden, dass Swisscom in den Fällen «Preispolitik Swisscom ADSL» und «Blue Window» ihre Marktposition im Bereich der Telekommunikation als einzige Netzbetreiberin gegenüber alternativen FDA, welche Vorleistungsdienstleistungen von Swisscom nachfragen, missbraucht und diese in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert hat. Mit der Änderung der Netzbaustrategie hat Swisscom durch die Verweigerung eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur im Bereich der Telekommunikation erneut alternative FDA in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert. Dass sich die Verhaltensweise (Änderung der Netzbaustrategie mit Verweigerung des physischen Zugangs) geändert hat, um letztendlich im selben Bereich (Telekommunikation) dasselbe zu erreichen (Behinderung alternativer FDA in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs), ist für die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG irrelevant. Swisscom kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

952. Vorliegend ist somit von einem zweifach wiederholten Verstoss von Swisscom gegen das Kartellgesetz auszugehen. Daher rechtfertigt sich aufgrund der beiden rechtskräftigen Kartellverstösse von Swisscom eine weitere Erhöhung des Sanktionsmasses um 50 %.

953. Darüber hinaus wurde Swisscom von der WEKO und dem Bundesverwaltungsgericht in zwei weiteren Verfahren eines Kartellrechtsverstosses für schuldig befunden.⁷⁸⁰ Diese Verfahren sind derzeit vor Bundesgericht hängig und damit noch nicht rechtskräftig. Zudem führt das Sekretariat derzeit zwei weitere Verfahren gegen Swisscom wegen des Verdachts von Kartellrechtsverstössen.⁷⁸¹

Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen der WEKO

954. Ein wiederholter Verstoss liegt auch dann vor, wenn in einem einzigen Verfahren zugleich mehrere Verhaltensweisen – mit anderen Worten eine Handlungsmehrheit – zu beurteilen sind.⁷⁸² Auch Wettbewerbsbeschränkungen, die noch Gegenstand eines laufenden Verfahrens sind, können unter gewissen Umständen als erschwerende Umstände miteinbezogen werden⁷⁸³, sofern die Wiederholung nicht schon im Basisbetrag über die Art und Schwere berücksichtigt worden ist.⁷⁸⁴

⁷⁷⁷ BGE 146 II 217, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁷⁷⁸ RPW 1997/2, 174 Dispositiv-Ziff. 1–4, *Telecom PTT/Blue Window*.

⁷⁷⁹ Vgl. act. 1025, Rz 442 ff.

⁷⁸⁰ BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021, *Swisscom WAN-Anbindung*; BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, *Sanktion im Verfahren (...)*.

⁷⁸¹ Untersuchung gegen Swisscom wegen Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, vgl. <www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-80157.html> (23.2.2024); Untersuchung gegen Swisscom Directories wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, vgl. <www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-84996.html> (25.2.2023).

⁷⁸² So RPW 2016/4, 1029, Rz 886, *Sport im Pay-TV*.

⁷⁸³ Vgl. PICT, in: Oesch/Weber/Zäch, Art. 5 SVKG N 4.

⁷⁸⁴ Vgl. BSK KG KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 542), Art. 49a KG, N 67.

955. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, sie habe alles unternommen, um die von der WEKO verfügbaren vorsorglichen Massnahmen umzusetzen.⁷⁸⁵ Ein Präzisierungsgesuch der vorsorglichen Massnahmen seitens Swisscom sei vom Sekretariat abgewiesen worden, weshalb es treuwidrig sei, Swisscom vorzuwerfen, gegen die vorsorglichen Massnahmen verstossen zu haben. Insbesondere habe Swisscom in guten Treuen davon ausgehen können, dass Farbentbündelung («C-ALO»), «FANS» («V-ALO») und die PON-Bäume ebenfalls Layer 1-Zugänge darstellen würden, mit denen die Anforderungen der vorsorglichen Massnahmen erfüllt gewesen wären.

956. Dagegen ist einzuwenden, dass Swisscom die erwähnten Zugangsprodukte bzw. Technologien eingeführt hat, ohne den jeweiligen Markttest abzuwarten (vgl. Rz 421 f.). In diesem Zusammenhang ist nochmals zu betonen, dass die Markttests des Sekretariats ergaben, dass die geprüften Zugangsalternativen zu einem Layer 1-Zugang keine valablen und zielführenden Alternativen darstellten (vgl. beispielsweise die Ausführungen unter Rz 75 zum Markttest des «FANS»-Produkts «V-ALO»). Entsprechend hatte die WEKO im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zu den vorsorglichen Massnahmen auch festgehalten, dass sie eine Inbetriebnahme der P2MP-Anschlüsse als Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen ansehen würde (vgl. Rz 422). Mit dem Entscheid der Aufhebung der Sofortmassnahmen und der Inbetriebnahme weiterer P2MP-Anschlüsse ist Swisscom demnach bewusst das Risiko eines Verstosses gegen die vorsorglichen Massnahmen eingegangen (vgl. Rz 422 ff.). Auch nachdem das Bundesverwaltungsgericht Swisscom eine Kopie der Vernehmlassung der WEKO zukommen liess, war keine Verhaltensanpassung seitens Swisscom erkennbar. Sie konnte daher gerade nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass mit den von ihr vorgebrachten alternativen Zugangsmöglichkeiten die Anforderungen an einen Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1) erfüllt seien. Swisscom kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

957. An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die WEKO im vorliegenden Verfahren bereits im Dezember 2020 vorsorgliche Massnahmen angeordnet hat⁷⁸⁶, welche sowohl vom Bundesverwaltungsgericht⁷⁸⁷ als auch vom Bundesgericht⁷⁸⁸ bestätigt wurden. Diese Massnahmen dienen dazu, eine Inbetriebnahme von weiteren kartellrechtswidrig erstellten Glasfaseranschlüssen zu stoppen und so weitere Wettbewerbsschädigungen durch das Verhalten von Swisscom zu verhindern. Ziel der vorsorglichen Massnahmen war, dass alternative FDA einen möglichen Layer 1-Zugang ab den Swisscom Anschlusszentralen nachfragen können, ohne eine eigene «Feeder»-Infrastruktur aufbauen zu müssen.⁷⁸⁹ Damit sollen FDA die Möglichkeit erhalten, ab den Swisscom Anschlusszentralen einen Zugang zu Layer 1-Angeboten zu erhalten, welche ihnen auf den Endkundenmärkten eine eigenständige Preis- und Produktgestaltung ermöglicht, so dass diese auf den Endkundenmärkten für Breitbandinternet im Privatkundenbereich und Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich im wirksamen Wettbewerb nicht eingeschränkt

werden. Hierdurch sollten die bisherigen Marktverhältnisse gesichert werden.

958. Swisscom hat trotz der bestehenden vorsorglichen Massnahmen im Mai 2021 begonnen, in P2MP-Netzarchitektur errichtete Glasfaseranschlüsse wieder zu vermarkten (vgl. Rz 417 ff. und Abbildung 16). Dabei hatten alternative FDA keine Möglichkeit, einen Layer 1-Zugang nachzufragen, der es ihnen ermöglicht hätte, mit Swisscom auf den Vorleistungsmärkten für Breitbandanbindung sowie auf den Endkundenmärkten für Breitbandinternet in wirksamen Wettbewerb zu treten. Swisscom hat mit der Vermarktung der P2MP-Anschlüsse begonnen, ohne vorgängig bei den Wettbewerbsbehörden eine Bestätigung einzuholen, dass dieses Vorgehen kartellrechtskonform ist. Dies, obwohl das Sekretariat Swisscom auf die Notwendigkeit eines entsprechenden Markttests hingewiesen hat und die WEKO im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 30. Juni 2021 an das Bundesverwaltungsgericht das damals vorgesehene Zugangsprodukt «C-ALO» aufgrund des erfolgten Markttests als nicht zielführend erachtete und entsprechend das Verhalten von Swisscom als einen Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen wertete (vgl. Rz 422). Das Bundesverwaltungsgericht hat Swisscom per Verfügung vom 8. Juli 2021 eine Kopie der Vernehmlassung der WEKO zugesandt. Abbildung 25 zeigt jedoch, dass die mit P2MP-Anschlüssen erzielten Umsätze, für welche Swisscom keine Rechtfertigungsgründe liefern konnte, weiter bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts angestiegen sind und auch nach dem Entscheid nicht ausser Betrieb gesetzt wurden. Damit hat Swisscom gegen die bestehenden vorsorglichen Massnahmen verstossen, indem sie Glasfaseranschlüsse in einer P2MP-Netzarchitektur, für welche sie keinen für alternative FDA nutzbaren Layer 1-Zugang angeboten hat, weiterhin gebaut und in Betrieb genommen hat.

959. Die Tathandlung beim Verstoss nach Art. 50 KG gegen die vorsorglichen Massnahmen besteht darin, dass Swisscom begonnen hat, nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO gebaute P2MP-Glasfaseranschlüsse, für welche sie keinen nutzbaren Layer 1-Zugang angeboten hat, in Betrieb zu nehmen und zu vermarkten.

960. Demgegenüber liegt ein andauernder Verstoss nach Art. 49a KG darin vor, dass Swisscom bereits vor Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO gebaute P2MP-Glasfaseranschlüsse betrieben hat und/oder weiterhin betreibt, ohne dass alternativen FDA ein nutzbarer Layer 1-Zugang angeboten wird. Dieser Verstoss besteht unabhängig davon, ob diese P2MP-Anschlüsse bereits vor oder erst nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen in Betrieb gesetzt wurden. Damit liegen im fortlaufenden Betrieb der besagten Glasfaseranschlüsse (nach Art. 49a KG sanktionierbar) und im

⁷⁸⁵ Vgl. act. 1025, Rz 451 ff.

⁷⁸⁶ RPW 2021/1, 227 ff., *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁷⁸⁷ BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021, *Netzbaustrategie Swisscom (Untersuchung 31-0598) – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁷⁸⁸ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022, *Netzbaustrategie – Anordnung vorsorglicher Massnahmen*.

⁷⁸⁹ RPW 2021/1, 259 Rz 230, *Netzbaustrategie Swisscom*.

Bau sowie der Inbetriebnahme neuer Glasfaseranschlüsse trotz bestehenden vorsorglichen Massnahmen (nach Art. 50 KG sanktionierbar) zwei unterschiedliche Tathandlungen vor.

961. Zwar könnte der Verstoss nach Art. 50 KG auch in einem separaten Verfahren beurteilt und sanktioniert werden. Dies erscheint vorliegend aufgrund der sachlichen Nähe der beiden Verstösse und der Verfahrenseffizienz jedoch nicht notwendig, weshalb der Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen vorliegend im Sinne von Art. 5 SVKG als erschwerender Umstand berücksichtigt wird. Dadurch rechtfertigt sich eine Erhöhung der Sanktion um weitere 50 % für den Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen.

962. Insgesamt rechtfertigt sich daher eine Erhöhung der Sanktion um 100 %. Damit wird die Sanktion um einen Betrag von CHF 9'181'007 erhöht.

B.6.2.5.1.4.2 Mutmasslicher Gewinn

963. Ein durch das Verhalten erzielter «Normalgewinn» ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4).

964. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinn übertrifft.

965. Im Rahmen der Untersuchung wurden keine Abklärungen zu einem möglicherweise überhöhten Gewinn durch Swisscom angestellt. Dies würde eine vertiefte Abklärung der Kosten im Vergleich zu den Umsätzen erfordern und den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Aus verfahrensrechtlichen Gründen und zugunsten von Swisscom wird vorliegend auf die Ermittlung eines allenfalls unrechtmässig erzielten Gewinns verzichtet.

B.6.2.5.1.4.3 Mildernde Umstände

966. Als mildernder Umstand kommt beispielsweise die Situation in Frage, in welcher das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG, beendet. Sanktionsmildernd wären zudem weitere Massnahmen zu werten, welche die für den Wettbewerb bereits entstandenen Schäden verringern, oder die Anerkennung des Sachverhalts.⁷⁹⁰

967. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass sie im vorliegenden Untersuchungsverfahren weit mehr getan habe, als ihre Mitwirkungspflichten gemäss VwVG zu erfüllen.⁷⁹¹ Swisscom habe freiwillig umfangreiches Datenmaterial zur Verfügung gestellt und dieses auch noch mehrfach aktualisiert und ergänzt. Zudem habe Swisscom aktiv das Gespräch gesucht und immer wieder neue und konstruktive Vorschläge in die Diskussion

eingebraucht. Die Anstrengungen und der Wille von Swisscom, eine Lösung zu finden, gingen weit über das Erfüllen verfahrensrechtlicher Mitwirkungspflichten hinaus und müssten mildernd berücksichtigt werden. Auch hätten die Datenlieferungen die Verfahrensführung wesentlich erleichtert. Daher sei nach Meinung von Swisscom eine Sanktionsreduktion um mindestens 20 % angemessen.

968. Hierzu ist festzuhalten, dass sich die Vorschläge von Swisscom und entsprechenden Diskussionen vorwiegend auf Rechtfertigungsgründe bezogen haben, die ohnehin von Swisscom vorzubringen wären, um geprüft werden zu können. Swisscom kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

969. Swisscom hat ihre Netzbaustrategie weder nach Eröffnung der Marktbeobachtung noch während der Untersuchung aus eigener Initiative wesentlich angepasst. So hat Swisscom ihr Netz zunächst in der P2MP-Netzarchitektur weitergebaut und erst im Rahmen der Präsentation des Betriebsergebnisses des dritten Quartals 2022 verkündet, wieder grösstenteils auf eine P2P-Netzarchitektur zu setzen.⁷⁹² Diese Verhaltensänderungen sind deshalb auf die von der WEKO verordneten vorsorglichen Massnahmen zurückzuführen und können nicht sanktionsmildernd berücksichtigt werden. Vielmehr hat Swisscom einen Teil der bereits mutmasslich kartellrechtswidrig gebauten Glasfaseranschlüsse auch nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen in Betrieb genommen und somit aus wettbewerbswidrigem Verhalten resultierende Marktanteilsverschiebungen und damit verbundene Nachteile für Wettbewerber zumindest billigend in Kauf genommen.

970. Im Rahmen der Untersuchung hat Swisscom grundsätzlich mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert, wobei keine vollständige und uneingeschränkte Kooperation an den Tag gelegt wurde. So hat Swisscom zwar eigene Berechnungen vorgenommen, zu welchen Swisscom nicht verpflichtet gewesen wäre. Auch haben diese Berechnungen wesentlich zu einer Beschleunigung des Verfahrens geführt. Dennoch hat Swisscom die Sachlage nicht vollständig offengelegt. So ergaben sich beispielsweise im Zusammenhang mit den Berechnungen der Mehrkosten basierend auf dem COSMOS-Modell im Vergleich mit dem WIK-Modell Fragen grundsätzlicher Natur, welche Swisscom auch auf mehrmaliges Nachfragen hin nicht zufriedenstellend beantwortet hat. Weiter hat es Swisscom trotz Nachfragen unterlassen, die Schätzungen basierend auf dem COSMOS-Modell mit tatsächlichen Zahlen (beispielsweise aus der Buchhaltung) zu plausibilisieren. Erst spät im Verfahren erfuhren die Wettbewerbsbehörden durch das BAKOM, dass Letztere eine eigene Version des Berechnungsmodells COSMOS erhalten hat, welche es im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags für regulatorische Zwecke und zur Überprüfung kostenorientierter Preise nutzt. Somit erscheint es technisch möglich, dass das Sekretariat z.B. zur Durchführung eigener Sensitivitätsanalysen eine

⁷⁹⁰ RPW 2010/1, 181 Rz 420, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁷⁹¹ Vgl. act. 1025, Rz 434 ff.

⁷⁹² Vgl. <www.swisscom.ch/de/about/news/2022/10/27-report-q3-2022.html> (29.3.2023).

Version des Berechnungsmodells COSMOS hätte erhalten können. Swisscom hat sich gegen die Herausgabe von COSMOS mit dem Hinweis ausgesprochen, dass dieses vom BAKOM zu anderen Zwecken verwendet werde und das Sekretariat bei Swisscom die Berechnungen in Auftrag geben könne. Ebenfalls hat Swisscom nicht von sich aus darauf hingewiesen, dass es möglich wäre, dass die Wettbewerbsbehörden das Berechnungsmodell COSMOS selbst betreiben könnten. Es ist daher nicht von einer besonders guten Kooperation seitens Swisscom auszugehen bzw. es liegt keine über das gewöhnliche Mass hinausgehende Kooperation vor.

971. Swisscom hat bisher auch den Sachverhalt nicht anerkannt und keinen Kartellrechtsverstoss eingestanden.

972. Insgesamt haben die von Swisscom gelieferten Berechnungen die Abklärung des technisch komplexen Sachverhalts zwar dahingehend beschleunigt, dass die Wettbewerbsbehörden keine eigenen Simulationsrechnungen haben durchführen müssen. Vor dem Hintergrund, dass das Berechnungsmodell COSMOS mit vertretbarem technischem Aufwand dem Sekretariat hätte herausgegeben werden können, erweist sich die Zurverfügungstellung der von Swisscom durchgeführten Simulationsrechnungen im Nachhinein aber nicht als Ausdruck einer besonders guten Kooperation. Die von Swisscom an den Tag gelegte Kooperation im Zusammenhang mit den Kostenberechnungen ging somit nicht wesentlich über das erwartbare Mass hinaus, auch wenn die Berechnungen durch Swisscom zwar auf Wunsch der Wettbewerbsbehörden aber freiwillig durchgeführt wurden.

973. Auch die weitere Kooperation ging nicht über das erwartbare Mass hinaus. Insbesondere seit dem durch Swisscom erwirkten Abbruch der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung war die Zusammenarbeit von Fristerstreckungsgesuchen mit teils unverhältnismässig langer Zeitdauer geprägt.⁷⁹³ Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich in einer Gesamtwürdigung keine Sanktionsreduktion aufgrund besonders guter Kooperation.

B.6.2.5.1.4.4 Fazit

974. Zusammenfassend ist der Sanktionsrahmen ausgehend von CHF 9'181'007 aufgrund der erschwerenden und mangels mildernden Umstände um 100 % auf CHF 18'362'014 zu erhöhen.

975. Im Sanktionsrahmen unberücksichtigt ist die Tatsache, dass Swisscom auch nach Erlass der Verfügung P2MP-Anschlüsse ohne ausreichende Rechtfertigungsgründe betreibt, was zu einem fortgesetzten Kartellrechtsverstoss führt. Ein solcher Verstoss wäre zu einem späteren Zeitpunkt – etwa, wenn Swisscom alle P2MP-Anschlüsse umgerüstet hat – kartellrechtlich zu ahnden.

B.6.2.5.2 Maximalsanktion

976. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Massgeblich sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre.⁷⁹⁴ Der Unternehmensumsatz im Sinne

von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.

977. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten und kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen.⁷⁹⁵ Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind.

978. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

979. Im vorliegenden Fall sind die Gesamtumsätze von Swisscom in der Schweiz in den Jahren 2020, 2021 und 2022 für die Berechnung der Maximalsanktion massgebend. Der Nettoumsatz von Swisscom in der Schweiz betrug im Jahr 2020 CHF 8'614 Mio.⁷⁹⁶, im Jahr 2021 CHF 8'579 Mio.⁷⁹⁷ und im Jahr 2022 CHF 8'627 Mio.⁷⁹⁸ Dies ergibt einen Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren von CHF 25'820 Mio. Die Maximalsanktion, die Swisscom im vorliegenden Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt werden kann, beträgt daher CHF 2'582 Mio.

⁷⁹³ Vgl. etwa act. 881.

⁷⁹⁴ Vgl. Botschaft KG 2002, BBI 2002 2022, 2037; BVGer, B-4003/2016 vom 1.5.2022 E. 11.4.3, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 784 f., *ADSL II*; vgl. auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 542), Art. 49a N 12 f.; BERNHARD LAUTERBURG, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Durey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023, Rz I.23.

⁷⁹⁵ Art. 5 Abs. 1 Bst. a–d VKU.

⁷⁹⁶ Swisscom Geschäftsbericht 2020, Wertschöpfungsrechnung, S. 54, <www.swisscom.ch/de/about/investoren/berichte.html> (24.2.2023).

⁷⁹⁷ Swisscom Geschäftsbericht 2021, Wertschöpfungsrechnung, S. 61, <www.swisscom.ch/de/about/investoren/berichte.html> (24.2.2023).

⁷⁹⁸ Swisscom Geschäftsbericht 2022, Wertschöpfungsrechnung, S. 54, <www.swisscom.ch/de/about/investoren/berichte.html> (24.2.2023).

	2020	2021	2022
Umsatz in CHF	8'614 Mio.	8'579 Mio.	8'627 Mio.
Gesamtumsatz in CHF	25'820 Mio.		
Maximalsanktion in CHF	2'582 Mio.		

Tabelle 33: Relevante Umsätze von Swisscom der letzten drei Geschäftsjahre

980. Vorliegend überschreitet der Sanktionsbetrag nicht die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG.

B.6.2.5.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

981. Schliesslich muss eine Sanktion aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für das betroffene Unternehmen auch finanziell tragbar sein.⁷⁹⁹

982. Swisscom erwirtschaftete im Jahr 2022 bei einem Nettoumsatz von CHF 11'112 Mio. einen Reingewinn von CHF 1'603 Mio. Zudem verfügt Swisscom über eine Liquidität von CHF 121 Mio. und Gewinnreserven in

Höhe von CHF 12'942 Mio.⁸⁰⁰ Weiter bildete Swisscom gemäss dem Jahresbericht 2022 aufgrund der Neubeurteilung der regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Verfahren 2022 Rückstellungen von CHF 164 Mio. und verfügt Ende 2022 über einen Bestand an Rückstellungen von CHF 283 Mio.⁸⁰¹ Daher sind die festgesetzten Sanktionsbeträge für Swisscom ohne Weiteres tragbar bzw. zumutbar.

B.6.2.6 Ergebnis

983. Zusammenfassend ergibt sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktionsberechnung:

Bestandteil	Berechnung	Umsatz in CHF
Gesamtumsatz in der Schweiz		CHF 25'820 Mio.
Maximalhöhe der Sanktion (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)	10 % des Gesamtumsatzes	CHF 2'582 Mio.
Umsatz auf den relevanten Märkten		CHF 65'578'623
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten	CHF 6'557'862
Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses: Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 % der Obergrenze Basisbetrag	CHF 6'557'862
Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	+40 % des Basisbetrags	CHF 2'623'145
Mildernde und erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	100 % erschwerend	CHF 9'181'007
Total		CHF 18'362'014

984. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 18'362'014 als dem Verstoss von Swisscom gegen Art. 49a Abs. 1 KG im Rahmen der von ihr eingeschlagenen Netzbaustrategie als angemessen.

⁷⁹⁹ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁸⁰⁰ Swisscom Geschäftsbericht 2022, S. 106 f., <www.swisscom.ch/de/about/investoren/berichte.html> (24.2.2023).

⁸⁰¹ Vgl. Swisscom Geschäftsbericht 2022, 3.5 Rückstellungen und Eventualverbindlichkeiten, S. 145 f., <www.swisscom.ch/de/about/investoren/berichte.html> (24.2.2023).

C Kosten

985. Die Gebührenpflicht, die Höhe der Verfahrenskosten und die Verlegung der Kosten richten sich nach Art. 53a KG sowie der Gebührenverordnung KG.⁸⁰²

986. Die Wettbewerbsbehörden erheben nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26–31 KG. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

987. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen.⁸⁰³ Im vorliegenden Verfahren wurde Swisscom eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nachgewiesen. Folglich ist eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

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

989. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.– bis CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 4'427.20 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 3'962.03 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 792'405.10.
- 465.18 Stunden zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 134'901.90.

990. Demnach belaufen sich die Gebühren auf CHF 927'307.

991. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass ihr aufgrund der ihrer Meinung nach geringen Vorwerfbarkeit nicht die gesamten Verfahrenskosten auferlegt werden dürften, und beantragt eine Reduktion der Verfahrenskosten um 50 %.⁸⁰⁴ Die Auferlegung von Gebühren erfolgt unabhängig von der Vorwerfbarkeit und bemisst sich gemäss Art. 4 f. GebV-KG nach dem Zeitaufwand der Behörde, weshalb vorliegend keine Reduktion der Verfahrenskosten vorgenommen wird.

992. Die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt CHF 927'307 werden der Swisscom auferlegt.

D Ergebnis

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

994. Swisscom verfügt auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in Gebieten, deren NE lediglich an das FTTH-Netz von Swisscom angebunden

sind, über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 478 ff.).

995. Swisscom missbrauchte ihre marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt, indem sie einen Layer 1-Zugang für alternative FDA verweigert hat. Ohne einen Layer 1-Zugang wird zudem die technische Entwicklung von FDA ohne eigene Glasfaser-Netzinfrastruktur eingeschränkt. Swisscom hat sich deshalb nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a und e KG unzulässig verhalten (vgl. Abschnitt B.5.2). Swisscom sind daher die oben genannten Massnahmen aufzuerlegen (vgl. Abschnitt B.6.1). Zudem ist Swisscom dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Abschnitt B.6.1.2). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung von Swisscom mit einem Betrag von CHF 18'362'014 angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 983 ff.).

996. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten Swisscom aufzuerlegen (vgl. Abschnitt C).

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 1 KG:

1. Swisscom (Schweiz) AG wird verpflichtet, die vorübergehend in Betrieb genommenen P2MP-Anschlüsse in Neubauten zum Zeitpunkt des flächendeckenden FTTH-Netzausbaus in einer Art und Weise umzurüsten, die einen Layer 1-Zugang für Dritte ermöglicht.
2. Swisscom (Schweiz) AG wird, soweit keine entgegenstehenden sachlichen Gründe im Einzelfall bestehen, verpflichtet, die in Betrieb genommenen Glasfaseranschlüsse, die es Nachfragern nach einem Layer 1-Angebot verunmöglicht, ein solches Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen zu nutzen, mit einer Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2025 ausser Betrieb zu nehmen oder in einer Art und Weise umzurüsten, die einen Layer 1-Zugang für Dritte ermöglicht.
3. Swisscom (Schweiz) AG wird, soweit keine entgegenstehenden sachlichen Gründe im Einzelfall bestehen, untersagt, ein Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH im Anschlussbereich in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach einem Layer 1-Angebot verunmöglicht, ein solches Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen zu nutzen.
4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Dispositivziffern 2 und 3 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

⁸⁰² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁸⁰³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1, *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

⁸⁰⁴ Vgl. act. 1025, Eventualantrag 9 und Rz 475.

5. Swisscom (Schweiz) AG wird wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a und e KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 18'362'014 belastet.
6. Die Beweisanträge der Swisscom (Schweiz) AG werden abgewiesen.
7. Die Verfahrenskosten nach Art. 53a KG in Höhe von CHF 927'307 werden der Swisscom (Schweiz) AG auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Swisscom (Schweiz) AG, in Bern, vertreten durch [...].

Die Verfügung geht in Kopie an:

- Init7 (Schweiz) AG, in Winterthur, vertreten durch [...].
- Swiss Fibre Net AG, in Bern, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Emmi AG/Mademoiselle Desserts International SAS

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU² vom 24. September 2024

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 24. September 2024

1. Am 28. August 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi) mit Sitz in Luzern den (indirekten) Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Mademoiselle Desserts International SAS mit Sitz in Montigny-le-Bretonneux, Frankreich, und damit über die Mademoiselle Desserts-Gruppe (nachfolgend: MD-Gruppe).

2. Emmi ist die Holding-Gesellschaft der Emmi-Gruppe, der grössten Schweizer Milchverarbeiterin. Emmi ist in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig, befasst sich also insbesondere mit der Herstellung und dem Vertrieb von Molkereiprodukten (Konsummilch, Konsumrahm, Butter etc.), Molkerei-Frischprodukten (Joghurt, Quark etc.), (Milch-) Dessertprodukten, Ready-to-Drink-Kaffee, Glace, Milchpulver und Käse.

3. Die zu übernehmende MD-Gruppe stellt Konditoreiwaren (Pâtisserie, Viennoiserien) her, insbesondere tiefgefrorene Konditoreiwaren, aber auch frische und tiefgefrorene Catering-Produkte sowie Glace³. Ihre Produktionsstandorte befinden sich in Frankreich, Grossbritannien, den Niederlanden und Belgien.⁴ In die Schweiz exportiert die MD-Gruppe u. a. Tarts, Puddingkuchen, Entremets, Muffins, Kuchen, Fondants (Lavakuchen), Beignets, gebrauchsfertige Basisprodukte wie Tortenböden sowie Glace. Mit der geplanten Übernahme erweitert Emmi ihr Dessertportfolio um französisch-inspirierte Desserts.

4. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU. Die von Emmi zu übernehmende MD-Gruppe ist mit dem Vertrieb von Glace⁵ in der Schweiz in einem Markt tätig, welcher zu den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter und somit zu den Märkten benachbart ist, in welchen Emmi eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.⁶ Die MD-Gruppe vertreibt zu-

dem Dessertprodukte in der Schweiz (vgl. Rz 3), für deren Herstellung Milch resp. Milchbestandteile verwendet werden, die aber keine Dessertprodukte gemäss dem molkereitechnisch definierten Dessertproduktbegriff sind, wie er von der WEKO in ihrer Stellungnahme zu Emmi AG/Nutrifrais SA verwendet worden war.⁷ Gemäss der Beratung zur Meldepflicht Emmi AG/Mademoiselle Desserts-Gruppe gehören Dessertprodukte, die nicht mehrheitlich aus Milch resp. Milchbestandteilen bestehen – wie sie also vorliegend von der MD-Gruppe in der Schweiz vertrieben werden – zu einem Markt, der benachbart ist zu zumindest einem der Märkte, auf denen Emmi eine marktbeherrschende Stellung zukommt.⁸ Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt sowohl aufgrund des Vertriebs von Glace als auch des Vertriebs vorgenannter Dessertprodukte durch die MD-Gruppe in der Schweiz um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

5. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien in denjenigen Bereichen, in welchen sowohl Emmi als auch die MD-Gruppe tätig sind, es also zu Veränderungen der Wettbewerbssituation kommen könnte. Es sind dies die Bereiche Dessertprodukte und Glaceprodukte.

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

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

³ Mademoiselle Desserts, <www.mademoiselledesserts.com/nl-be/range/freezecakes> (20.9.2024).

⁴ Mademoiselle Desserts, <www.mademoiselledesserts.com/nl-be> (20.9.2024).

⁵ Die WEKO verwendet verschiedene Begriffe für Glace, so u. a. Ice-Cream und Speiseeis.

⁶ RPW 2006/4, 622 Rz 2 und 7 ff., *Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG*; RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113 und 157 sowie 290 Ziff. 1 des Dispositivs, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

⁷ RPW 2009/3, 229 Rz 30 f., *Emmi AG/Nutrifrais SA*. Ebenso wenig vertreibt die MD-Gruppe Produkte in der Schweiz, die unter die Zolltarifnummern 1901.9045/46/47 fallen, also Nahrungsmittelzubereitungen, die in der Regel mehr als 20 Gewichtsprozente an Milch oder Milchbestandteilen (wie Rahm oder Joghurt) enthalten.

⁸ RPW 2025/2, 261 Rz 13, *Beratung zur Meldepflicht Emmi AG/Mademoiselle Desserts-Gruppe*.

6. Gemäss der Stellungnahme der WEKO zu *Toni/Säntis* ist der Markt für Frischmilchprodukte in die Teilmärkte Joghurt, Quark, Dessertprodukte und Ice-Cream zu unterteilen.⁹ Gemäss ihrer Stellungnahme zu *Emmi AG/Nutrifrais SA* sind unter dem Begriff Dessertprodukte alle auf Milchbasis hergestellten Süssspeisen zu subsumieren, die in Becher abgefüllt werden, auf eine gekühlte Logistikkette angewiesen sind und unter dieser Voraussetzung 30 Tage haltbar sind. Offengelassen wurde in jener Stellungnahme, ob der Markt für Dessertprodukte weiter abzugrenzen wäre, indem auch Produkte erfasst würden, die keine Frischmilchprodukte darstellen.¹⁰ Bei früheren Zusammenschlussprüfungen grenzte die WEKO einen sachlich relevanten Markt für Ice-Cream ab, bei *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.* ging sie von einem sachlich relevanten Markt für industriell hergestellte Glace aus, liess die diesbezügliche genaue sachliche Marktabgrenzung aber offen.¹¹

7. Den Markt für (Milch-)Dessertprodukte grenzte die WEKO in zwei Zusammenschlussprüfungen aus den Jahren 1999 und 2009 national ab,¹² in einer weiteren Prüfung aus dem Jahr 2010 als national oder EU- plus schweizweit.¹³ In jüngeren Zusammenschlussprüfungen liess sie die genaue räumliche Marktabgrenzung offen.¹⁴ Während die WEKO den Glacemarkt im Jahr 1999 aufgrund von Zollrestriktionen national abgrenzte, verwies sie im Jahr 2002 auf einen europäischen Markt für Glaceherstellung.¹⁵ Bei weiteren Zusammenschlussprüfungen liess sie die genaue räumliche Abgrenzung des Marktes für industriell hergestellte Glace resp. für allfällige weitere Segmentierungen dieses Marktes offen.¹⁶

8. Importe gibt es sowohl bei Milchdesserts resp. Desserts, die Milchbestandteile enthalten, als auch bei Glace.¹⁷ Im Jahr 2023 importierten die Mitglieder des Verbands Schweizerischer Glaceproduzenten (Glacesuisse) 15,5 Millionen Liter Glace, dies bei einem schweizerischen Gesamtkonsum von industriell hergestellter Glace von geschätzt 57,1 Millionen Liter.¹⁸

9. Die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich (Milch-)Dessertprodukte kann vorliegend offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe ist. Des Weiteren wird von einem sachlich relevanten Markt für industriell hergestellte Glace ausgegangen, die diesbezügliche sachliche Abgrenzung kann aber offengelassen werden, weil das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe ist. Zudem kann nachfolgend offengelassen werden, ob die Märkte bezüglich (Milch-)Dessertprodukte und industriell hergestellter Glace national oder weiter, z. B. die Europäische Union (nachfolgend: EU) und die Schweiz umfassend, abgegrenzt werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe ist.

10. Im schweizweiten Markt für (Milch-)Dessertprodukte gemäss der bei *Emmi AG/Nutrifrais SA* vorgenommenen Marktabgrenzung (vgl. Rz 6) ist von beiden Zusammenschlussparteien nur Emmi tätig. Basierend auf Mengenangaben von Euromonitor für den Schweizer Markt für Chilled Dairy Desserts für das Jahr 2023 beträgt der

Marktanteil von Emmi im Markt für Milchdessertprodukte [20–30] %.¹⁹ Da Emmi auf Premium-Dessertprodukte spezialisiert ist, fällt ihr Marktanteil bei einer umsatzbasierten Gesamtmarktschätzung höher aus und wird von Emmi auf [30–40] % geschätzt.²⁰ Somit liegt bei der umsatzbasierten Betrachtung des schweizweiten Marktes für (Milch-)Dessertprodukte ein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

11. Wird ein sachlicher Markt angenommen, welcher nebst Milchdessertprodukten auch weitere Dessertprodukte enthält wie Tarts, Puddingkuchen und Muffins, so kommt es in diesem schweizweit abgegrenzten Markt durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben zu einer Marktanteilsaddition. In Anbetracht dessen, dass die MD-Gruppe im Jahr 2023 Produkte im Gesamtwert von lediglich [...] Fr. in die Schweiz lieferte, ist davon auszugehen, dass dann kein betroffener Markt vorliegt.

12. Im schweizweiten Markt für industriell hergestellte Glace kommt es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben zu einer Marktanteilsaddition auf geschätzt maximal [10–20] %, mit einem Marktanteil von Emmi von [10–20] % und einem solchen der MD-Gruppe von maximal [0–10] %.²¹ Ein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU liegt demnach bei diesem Markt nicht vor.

⁹ RPW 1999/1, 103 Rz 21, *Toni/Säntis*.

¹⁰ RPW 2009/3, 229 Rz 30 f., *Emmi AG/Nutrifrais SA*. Ebenfalls offengelassen wurde die diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung bei der folgenden Zusammenschlussprüfung: RPW 2020/1, 250 Rz 8, *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*

¹¹ RPW 1999/1, 106 Tabelle nach Rz 34, *Toni/Säntis*; RPW 2003/4, 791 Rz 26, *Emmi AG/Swiss Dairy Food AG (Standort Ostermündigen)*; RPW 2020/1, 250 Rz 8, *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*

¹² RPW 1999/1, 108 Rz 38, 110 Tabelle nach Rz 51, *Toni/Säntis*; RPW 2009/3, 232 ff. Rz 48 ff., *Emmi AG/Nutrifrais SA*.

¹³ RPW 2010/3, 574 Tabelle 2, *Emmi/Fromalp*.

¹⁴ RPW 2020/1, 242 Rz 26, 244 Rz 41, *Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH*; RPW 2020/1, 250 Rz 8, *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*

¹⁵ RPW 1999/1, 108 Rz 38 und 110 f. Tabelle nach Rz 51, *Toni/Säntis*; RPW 2003/4, 791 Rz 26, *Emmi AG/Swiss Dairy Food AG (Standort Ostermündigen)*.

¹⁶ RPW 2020/1, 242 Rz 26, 244 Rz 41, *Emmi AG/Leeb Biomilch GmbH und Hale GmbH*; RPW 2020/1, 250 Rz 8, *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.* Zur Praxis der Europäischen Kommission, vgl. RPW 2020/1, 249 Rz 7 und Fn 11 f., *Emmi AG/Pasticceria Quadrifoglio S.r.l.*

¹⁷ Die Zollansätze liegen für (diejenigen) Milchdesserts, die unter die Zolltarifnummern 1901.45/46/47 fallen, in Abhängigkeit des MilCHFettanteils bei aktuell 32–52.95 Franken je 100 kg Eigenmasse. Für Glace gilt je nach MilCHFett- und Fettgehalt ein Zollansatz von aktuell 17.65–97.65 Franken je 100 kg Eigenmasse (Zolltarifnummern mit 2105 beginnend).

¹⁸ Glacesuisse, Die schweizerische Speiseeisindustrie im Jahr 2023, <www.glacesuisse.ch/glacewetter-aktuelles> Die schweizerische Speiseeisindustrie im Jahr 2023 (20.9.2024).

¹⁹ Gemäss Euromonitor belief sich der Markt für Chilled Dairy Desserts in der Schweiz im Jahr 2023 auf 16 900 t. Bei der Gesamtmarktschätzung nicht berücksichtigt sind hierbei gemäss Emmi aber die Warenströme an den Food-Service-Kanal wie beispielsweise die Belieferung von Fast-Food-Ketten.

²⁰ Für die Schätzung des diesbezüglichen Gesamtmarktes wurde die Umsatzschätzung von Euromonitor in Höhe von 106,5 Mio. Fr. für den schweizweiten Markt für Chilled Dairy Desserts mit einem Faktor 1/1,7 von der Retail- auf die Herstellerebene zurückgerechnet und ein Umsatz von 2,4 Mio. Fr. für den Food-Service-Kanal hinzugefügt.

²¹ Zur Gesamtmarktschätzung, vgl. Rz 8 und Fn 18.

13. Gemäss der WEKO verfügt Emmi auf den nationalen Märkten für Butter, Konsumrahm und Konsummilch über eine marktbeherrschende Stellung. Weiter könnten gemäss Angaben von Emmi für das Jahr 2023 folgende Märkte betroffen sein, in welchen von den Zusammenschlussparteien lediglich Emmi tätig ist, wobei sämtliche dieser Märkte schweizweit abgegrenzt werden: die Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm, die Beschaffung von Käse für die Schmelzkäseproduktion sowie absatzseitig Vollmilchpulver, Joghurt, Quark, ein allfälliger Markt für Molkerei-Frischprodukte aus Schafmilch, Fondue und allenfalls eng abgegrenzte Märkte im Bereich Käse. Auch in einem allfälligen schweizweiten Markt für Ready-to-Drink-Kaffee, in welchen von den Zusammenschlussparteien nur Emmi ist, könnte ein betroffener Markt vorliegen.

14. Somit bestehen eine Reihe von betroffenen Märkten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, aber keine davon aufgrund einer Marktanteilsaddition. In den beiden schweizweiten Märkten mit Marktanteilsaddition ist die Marktanteilsaddition gering (vgl. Rz 11 f.). Die MD-Gruppe ist in der Schweiz mit dem Vertrieb von Dessertprodukten und Glace in Märkten tätig, die eng verwandt sind zu gewissen Märkten, auf welchen Emmi in der Schweiz einen Marktanteil von 30 % oder mehr hat. Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb sind aber durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben nicht zu erwarten, dies u. a. aufgrund der geringen schweizweiten Umsätze der MD-Gruppe bei Dessertprodukten und Glace sowie dem Umstand, dass es sich bei den in der Schweiz vertriebenen Dessertprodukten der MD-Gruppe nicht um Milchdessertprodukte gemäss dem molkereitechnisch definierten Dessertproduktbegriff handelt (vgl. Rz 4).

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

B 2.3

2. Emmi AG/HOCHSTRASSER AG LITTAU

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 30. September 2024

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 30. September 2024

1. Am 29. August 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi) mit Sitz in Luzern die Übernahme sämtlicher Aktien der HOCHSTRASSER AG LITTAU mit Sitz in Luzern.

2. Emmi ist die Holding-Gesellschaft der Emmi-Gruppe, der grössten Schweizer Milchverarbeiterin. Emmi ist in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig, befasst sich also insbesondere mit der Herstellung und dem Vertrieb von Molkereiprodukten (Konsummilch, Konsumrahm, Butter etc.), Molkerei-Frischprodukten (Joghurt, Quark etc.), Dessertprodukten, Ready-to-Drink-Kaffee (nachfolgend: RTD-Kaffee), Glace, Milchpulver und Käse.

3. Die zu übernehmende HOCHSTRASSER AG LITTAU hat zwei 100-prozentige Tochtergesellschaften: die caffè Don George Gourmetrösterei AG mit Sitz in Untervaz und die Mediato AG mit Sitz in Luzern (nachfolgend alle zusammen: Hochstrasser). Hochstrassers Hauptgeschäft ist das Rösten von Kaffeebohnen sowie der Vertrieb von gerösteten Kaffeebohnen, gemahlenem Kaffee (auch als Kaffeeportionen) und löslichem Kaffee. Im Weiteren verkauft und vermietet sie Kaffeemaschinen und verkauft eine Reihe weiterer Produkte wie Maschinenzubehör und Zusatzprodukte wie Zuckersachets, Kaffeerahmportionen und Milchpulver. Zu Hochstrassers Kunden gehören vorwiegend die Gastronomie, Vending-Anbieter, Firmen mit Kaffeemaschinen im Einsatz und Industrieunternehmen. Hochstrasser und Emmi sind bereits seit 20 Jahren Geschäftspartner. [...] ist Hochstrasser [...] Röstpartner von Emmi und röstet den von Emmi beschafften Rohkaffee. Durch das Zusammenschlussvorhaben kann Emmi ihre Lieferkette im Kaffeebereich stärken.

4. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU. Die von Emmi zu übernehmende Hochstrasser ist mit dem Vertrieb von Kaffeerahm in einem Bereich tätig, welcher dem Markt für Konsumrahm, in welchem Emmi eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat,¹ nachgelagert ist. Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.²

5. Emmi brüht selbst Kaffee und verwendet diesen für die Herstellung von RTD-Kaffee. Im Jahr 2023 liess sie den von ihr eingekauften grünen Kaffee (ungeröstete Kaffeebohnen) von [...] Hochstrasser, rösten (sog. Lohnröstung). [...] ist Hochstrasser [...] Röstpartner von Emmi (vgl. Rz 3). Von den [...] Fr. Umsatz, welche Hochstrasser im Jahr 2023 erzielte, entfielen rund [...] Fr. auf das Rösten von Kaffeebohnen, den Vertrieb von gerösteten Kaffeebohnen, gemahlenem Kaffee, Kapseln, Kaffeeportionen und löslichem Kaffee. Unter den Zusatzprodukten, die Hochstrasser von Drittanbietern bezieht, liefert Hochstrasser einzelnen Kunden auch in geringem Umfang Kaffeerahmportionen (insgesamt rund [...] Portionen), Magermilchpulver und teilentrahmtes Milchpulver. Kunden sind primär Firmen mit Kaffeemaschinen im Einsatz, welche diese Produkte zusammen mit dem Kaffee beziehen.

6. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien in denjenigen Bereichen, in denen es zu Veränderungen der Wettbewerbssituation kommen könnte. Emmi und Hochstrasser stehen im Wesentlichen in einer vertikalen Beziehung zueinander. Hochstrassers Hauptgeschäft ist das Rösten und der Verkauf von Kaffee (vgl. Rz 3), während Emmi den von ihr eingekauften grünen Kaffee im Lohnauftrag rösten lässt und diesen danach als Input für ihren RTD-Kaffee verwendet. Sowohl Emmi als auch Hochstrasser sind zudem Nachfrager von grünem Kaffee. So fokussiert sich die Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf vorgenannte Bereiche. Ein weiteres vertikales Verhältnis besteht darin, dass Hochstrasser im Rahmen ihres Verkaufs von Kaffeeprodukten im geringen Ausmass Kaffeerahmportionen sowie Milchpulver vertreibt und Emmi Hersteller solcher Produkte ist. Aufgrund der geringen Mengen, die Hochstrasser absetzt (vgl. Rz 5), kann es hierbei zu keinen Veränderungen der Wettbewerbssituation kommen, so dass auf eine diesbezügliche Analyse verzichtet werden kann.

7. Sowohl Emmi als auch Hochstrasser sind in der Beschaffung von grünem Kaffee tätig. Die WEKO ging im Jahr 2004 für den Grosshandelsmarkt für grünen Kaffee von einem globalen Markt aus, liess die Frage nach der räumlichen Marktabgrenzung schliesslich aber offen.³ Für nachfolgende Analyse wird ein Markt für die Beschaffung von grünem Kaffee abgegrenzt, welcher

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

² Anzumerken ist, dass offengelassen wird, ob die übrigen Tätigkeiten von Hochstrasser eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG begründen, da sich die Meldepflicht bereits infolge des Vertriebs von Kaffeerahmportionen durch Hochstrasser ergibt.

³ RPW 2004/4, 1123 f. Rz 11 ff. und 1124 f. Rz 19 f., *ED&F Man Group/Volcafé Gruppe*.

schweizweit oder weiter abzugrenzen ist. Schliesslich kann die genaue diesbezügliche sachliche und räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Marktabgrenzung dasselbe ist.

8. In der Schweiz gab es im Jahr 2019 rund 135 Kaffeeröstereien, mehr als die Hälfte davon Kleinbetriebe.⁴ Im Jahr 2023 wurde rund die Hälfte des in die Schweiz importierten grünen Kaffees als Röstkaffee wieder exportiert.⁵ Für nachfolgende Analyse wird ein Markt für das Rösten von Kaffee abgegrenzt, welcher schweizweit oder weiter abzugrenzen ist. Schliesslich kann die genaue diesbezügliche sachliche und räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Marktabgrenzung dasselbe ist.

9. Gemäss Emmi [...]. Emmi sieht RTD-Kaffee deshalb zum gleichen sachlichen Markt gehörend wie insbesondere Energydrinks, Mate-Getränke und Cola-Getränke. Räumlich erachtet Emmi den Markt, zu dem RTD-Kaffee gehört, als mindestens den Europäischen Wirtschaftsraum (nachfolgend: EWR), Grossbritannien und die Schweiz umfassend, dies u. a. aufgrund fehlender, nennenswerter Import- und Exportrestriktionen. So kann RTD-Kaffee aus dem Europäischen Wirtschaftsraum und Grossbritannien zollfrei eingeführt werden.⁶

10. Die WEKO hat sich bis anhin nicht explizit mit der Marktabgrenzung bezüglich RTD-Kaffee befasst. In ihrem Schlussbericht aus dem Jahr 2015 zu *[Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers]* grenzte das Sekretariat der WEKO einen sachlich relevanten Markt für den Absatz von kohlesäurehaltigen Softdrinks (nachfolgend: CSD) inkl. Eistee in den Gastronomiekanal ab und erwog eine engere Abgrenzung dieses Marktes, z. B. in einen Markt für CSD mit Cola-Geschmack, liess die genaue sachliche Marktabgrenzung aber schliesslich offen. Dabei zählte sie weder RTD-Kaffee noch Energydrinks zu diesem Markt.⁷

11. Für nachfolgende Analyse wird von einem sachlich relevanten Markt für RTD-Kaffee ausgegangen, welcher räumlich schweizweit oder weiter, z. B. den EWR, Grossbritannien und die Schweiz umfassend, abgegrenzt wird. Schliesslich kann die genaue diesbezügliche sachliche und räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Marktabgrenzung dasselbe ist.

12. Der kumulierte Marktanteil von Emmi und Hochstrasser in einem hypothetischen schweizweiten Markt für die Beschaffung von grünem Kaffee beträgt gestützt auf ihre im Jahr 2023 nachgefragten Mengen rund [0–10] %.⁸ Ein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU liegt demnach bei diesem Markt nicht vor.

13. Demgegenüber ist ein allfälliger Markt für RTD-Kaffee ein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. In diesem Markt ist von beiden Zusammenschlussparteien nur Emmi tätig, d. h. es handelt sich um einen Markt ohne Marktanteilsaddition.⁹ Im Jahr 2023 hatte Emmi in diesem Markt einen mengenbasierten

Marktanteil von schätzungsweise ≥ 30 %.¹⁰ Wird für RTD-Kaffee ein räumlicher Markt angenommen, welcher den EWR, Grossbritannien und die Schweiz umfasst, liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.¹¹

14. Mit dem Rösten von Kaffee ist Hochstrasser in einem Markt tätig, welcher dem Markt, zu dem RTD-Kaffee gehört, vorgelagert ist. Während Emmi im Jahr 2023 gemäss eigenen Angaben [...] rund [...] % ihres Kaffees durch [...] rösten liess, lässt [...] an Kaffee im Jahr 2024 durch Hochstrasser rösten. Sollte sie [...], [...] anderen Röstereien ein möglicher Kunde verschlossen. Nebst Emmi hat Hochstrasser in den letzten fünf Jahren [...] Unternehmen [...] Kaffee geröstet (insgesamt rund [...] t Kaffee) und [...]. Wird ein allfälliger schweizweiter Markt für das Rösten von Kaffee abgegrenzt, so liegt der Marktanteil von Hochstrasser gestützt auf Zahlen von 2023 bei schätzungsweise [0–10] %.¹² In Anbetracht

⁴ Procafé (Vereinigung zur Förderung von Kaffee), Die wirtschaftliche Bedeutung des Kaffees für die Schweiz, S. 3, <www.procafe.ch/wp-content/uploads/2023/01/Die-wirtschaftliche-Bedeutung-des-Kaffees-fuer-die-Schweiz_2019.pdf> (25.9.2024).

⁵ Der Export an geröstetem Kaffee betrug im Jahr 2023 rund 99 000 t, dies bei einem Nettoimport an nicht geröstetem Kaffee von rund 189 000 t und einem Import an geröstetem Kaffee von rund 13 000 t (vgl. Swiss-Impex, Zolltarifnummern 0901.1100, 0901.1200, 0901.2100 und 0901.2200, <www.bazg.admin.ch/bazg/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik.html> Datenbank Swiss-Impex [25.9.2024]). Procafé schätzt den Inlandverbrauch an Rohkaffee für das Jahr 2023 auf etwa 80 000 t (<www.procafe.ch/statistiken> [25.9.2024]).

⁶ Zolltarifnummer 2202.9990. Auch aus sämtlichen, weiteren Ländern beträgt der Zollsatz nur maximal 2 Fr. pro 100 kg.

⁷ RPW 2020/4a, 1587 Rz 69, *[Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers]*.

⁸ Im Jahr 2023 wurden rund 193 000 Tonnen grüner Kaffee in die Schweiz importiert, während rund 3700 Tonnen an grünem Kaffee exportiert wurde (vgl. Swiss-Impex, Zolltarifnummern 0901.1100 und 0901.1200, <www.bazg.admin.ch/bazg/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik.html> Datenbank Swiss-Impex [25.9.2024]). Im selben Jahr belief sich die Nachfrage von Emmi in der Schweiz auf rund [...] t und von Hochstrasser auf rund [...] t.

⁹ Zudem verfügt Emmi auf den nationalen Märkten für Butter, Konsumrahm und Konsummilch gemäss der WEKO über eine marktbeherrschende Stellung. Weiter könnten gemäss Angaben von Emmi für das Jahr 2023 folgende Märkte betroffen sein, in welchen von den Zusammenschlussparteien lediglich Emmi tätig ist, wobei sämtliche dieser Märkte schweizweit abgegrenzt werden: die Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm, die Beschaffung von Käse für die Schmelzkäseproduktion sowie absatzseitig Vollmilchpulver, Joghurt, Quark, ein allfälliger Markt für Molkerei-Frischprodukte aus Schafmilch, Fondue und allenfalls eng abgegrenzte Märkte im Bereich Käse.

¹⁰ Emmi setzte im Jahr 2023 in der Schweiz rund [...] Liter RTD-Kaffee ab und schätzt den Gesamtmarkt für RTD-Kaffee in der Schweiz für selbiges Jahr gestützt auf Daten von Euromonitor auf mindestens 30 Millionen Liter. Nicht auszuschliessen ist, dass Emmis Marktanteil bei einer umsatzbasierten Gesamtmarktschätzung höher ausfallen würde.

¹¹ Bereits im europäischen Absatzgebiet Emmis für RTD-Kaffee, nämlich einem Gebiet, welches Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, die Niederlande, Österreich, Schweden, Schweiz und Spanien umfasst, liegt kein betroffener Markt vor. In diesem kommt Emmi für das Jahr 2023 volumenbasiert auf einen Marktanteil von rund [10–20] % (Absatzvolumen von Emmi in diesem Gebiet von rund [...] Litern bei einem auf Daten von Euromonitor gestützten Gesamtmarkt von rund 330 Millionen Litern).

¹² Hochstrasser röstete im Jahr 2023 rund [...] t für sich selbst (vgl. Fn 8), rund [...] t Kaffee für Emmi und [...] t Kaffee für weitere Unternehmen, dies bei einem schweizweiten Gesamtmarkt in Höhe von rund 189 000 t (Nettoimport an grünem Kaffee gemäss Swiss-Impex, vgl. Fn 5). Anzumerken ist, dass ein beträchtlicher Teil des in der Schweiz gerösteten Kaffees exportiert wird.

dieses Marktanteils, der vorhandenen Konkurrenz an Kaffeeröstereien sowie anderweitiger Absatzmöglichkeiten, die Kaffeeröstereien in der Schweiz zur Verfügung stehen, insbesondere die Belieferung der Gastronomie und des Detailhandels, ist nicht mit diesbezüglichen Abschottungseffekten zu rechnen, die den Wettbewerb negativ beeinträchtigen.

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

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Februar 2025.

A Zusammenschlussvorhaben

A.1 Einleitung

1. Am 29. Januar 2025 erhielt die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Dieses betrifft den Erwerb der Kontrolle von DOVISTA über 4B. Bereits am 20. Januar 2025 fand im Rahmen einer vorangehenden Beratung eine Online-Besprechung zwischen Vertretern des meldenden Unternehmens und des Sekretariats der Wettbewerbskommission statt. Dazu wurde eine Gesprächsnotiz verfasst. Die nachfolgenden Ausführungen basieren im Wesentlichen auf der Meldung vom 28. Januar 2025 und der Notiz der Online-Besprechung vom 20. Januar 2025.

A.2 Beteiligte Unternehmen

A.2.1 Übernehmendes Unternehmen

2. Die DOVISTA A/S mit Sitz in Horsens/Dänemark (nachfolgend: DOVISTA) ist eine 100%-Tochtergesellschaft der VKR Holding A/S und die Muttergesellschaft der DOVISTA-Gruppe. Die DOVISTA-Gruppe ist im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Fassadenfenstern und Aussentüren tätig. Die Verkaufstätigkeit der DOVISTA-Gruppe erstreckt sich schwergewichtig auf Dänemark, Irland, Deutschland, Norwegen, Polen, die Slowakische Republik, Schweden, Finnland, Grossbritannien und die Schweiz. In der Schweiz ist die DOVISTA-Gruppe vor allem mit der Marke «EgoKiefer» für Fassadenfenster tätig (und in geringem Umfang mit der Marke «WERU».)¹

A.2.2 Zu übernehmende Unternehmen

3. Das Unternehmen 4B umfasst die Gesellschaften 4B Holding AG und 4B AG. Die 4B Holding AG ist eine klassische Holding-Gesellschaft und die 4B AG die operativ tätige Gesellschaft. Die 4B Holding AG hält 100 % der Aktien der 4B AG. 4B ist im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Fassadenfenstern (Holz/Aluminium-Fassadenfenster), Aussentüren und Fassadenbau tätig. Zudem erbringt 4B Dienstleistungen wie Beratung, Planung, Projektmanagement, Herstellung, Lieferung, Montage und Unterhalt im Zusammenhang mit den 4B-Produkten.²

4. Alle Aktien der 4B Holding AG werden von Markus Bachmann gehalten. DOVISTA beabsichtigt, diese Anteile an der 4B Holding AG und damit die alleinige Kontrolle über das Unternehmen 4B zu erwerben. Die Parteien haben am 18. Dezember 2024 den entsprechenden Aktienkaufvertrag unterzeichnet.³

A.3 Meldepflicht

5. Beim Vorhaben handelt es sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 und 2 VKU. Dieser ist meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG. DOVISTA und 4B erzielten im Jahr 2023 zusammen einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt über 500 Millionen Franken und in der Schweiz einen Umsatz von je über 100 Millionen Franken.

A Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

B.1 Einleitung

6. Nachfolgend werden diejenigen Märkte geprüft, in denen es in der Schweiz zu Marktanteilsadditionen kommt. Im Zuge der erleichterten Meldung wird nicht weiter auf Märkte eingegangen, auf denen nur die VKR-Tochtergesellschaften aktiv sind, 4B jedoch nicht. Die VKR-Gruppe hat im Markt für Dachfenster nach eigenen Angaben einen Marktanteil von über [...] %.⁴ Da dieser Markt jedoch keine relevanten vertikalen Beziehungen zur Tätigkeit von 4B aufweist, kann auf weitere Ausführungen zu diesem Markt verzichtet werden. In dieser Hinsicht sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.2 Relevante Märkte

7. Bei den folgenden Geschäftsbereichen kommt es zu Marktanteilsadditionen:

Herstellung, Vertrieb und Montage von Fassadenfenstern

8. DOVISTA und 4B stellen beide Fassadenfenster her und vertreiben und verbauen diese in der Schweiz.

¹ Erleichterte Meldung im Zusammenschlussvorhaben DOVISTA/4B vom 28.01.2025, Rz 3 ff.

² Erleichterte Meldung im Zusammenschlussvorhaben DOVISTA/4B vom 28.01.2025, Rz 15 ff.

³ Erleichterte Meldung im Zusammenschlussvorhaben DOVISTA/4B vom 28.01.2025, Rz 28 f.

⁴ Erleichterte Meldung im Zusammenschlussvorhaben DOVISTA/4B vom 28.01.2025, Rz 44.

9. Zunächst zum sachlichen Markt: Die WEKO hat 2021 im Entscheid VKR/Arbonia Fenster⁵ einen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Fassadenfenstern abgegrenzt. Dieser umschliesst nicht Dachfenster (Oberlichter), da diese kein Substitut für Fassadenfenster darstellen.⁶ Die diesbezüglichen Erwägungen der WEKO treffen weiterhin zu. Die Umstellung der Produktion von Fassadenfenstern auf Dachfenster oder umgekehrt ist nicht ohne weiteres möglich. Auch der Vertrieb funktioniert unterschiedlich, da Dachfenster standardisierte Lagerware sind, es sich bei Fassadenfenstern aber meist um ein Einzelobjektgeschäft handelt.

10. Ob eine weitere Untergliederung der Fassadenfenster nach verwendetem Material vorzunehmen ist, liess die WEKO bisher offen. Dagegen spreche laut meldendem Unternehmen, dass die Rahmenmaterialien im Allgemeinen austauschbar seien. Das zeige sich auch dadurch, dass die Fensterbauer in ihren Offerten regelmässig Varianten mit unterschiedlichen Rahmenmaterialien anbieten würden. Bei der Auswahl spiele insbesondere die Ästhetik eine Rolle und im geringeren Ausmass auch der Preis der Fenster, der bei einem Neubau jedoch weniger ins Gewicht falle. Dies zeige auch der Trend hin zu den relativ teuren Holz-Aluminium-Fenstern.⁷

11. Die Darlegungen des meldenden Unternehmens sind nachvollziehbar und überzeugend. Dennoch kann eine engere Marktabgrenzung für Fassadenfenster nach verwendetem Rahmenmaterial nicht gänzlich ausgeschlossen werden, da ein Trend hin zu einem bestimmten Rahmenmaterial (Holz-Aluminium-Fenster) für eine begrenzte Substituierbarkeit von Nachfragerseite sprechen kann. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die genaue sachliche Marktabgrenzung, insbesondere ob der Markt für Fassadenfenster in weitere Teilmärkte zu unterteilen ist, jedoch offengelassen werden, da dies keinen Einfluss auf das Ergebnis hat.

12. Der räumliche Markt bei Fassadenfenstern sah die WEKO in der Vergangenheit zumindest als national an.⁸ Gegen eine regionale Marktabgrenzung spreche aus Sicht des meldenden Unternehmens unter anderem, dass die Fassadenfenster oftmals im Ausland hergestellt und Transportkosten eine untergeordnete Rolle spielen würden. Die Transportkosten würden rund [...] % ausmachen, wobei davon ein grosser Teil durch den Transport und Import in die Schweiz anfalle. Die Kosten für den Transport innerhalb der Schweiz zum Objekt seien deutlich tiefer. Grundsätzlich böten alle Fensterbauer ihre Fenster auf dem nationalen Markt an. Beispielsweise habe ein Fensterbauer aus dem Berner Oberland einen Grossauftrag im Aargau erhalten. Die lokalen Fensterbauer hätten bei den meisten Projekten keinen Vorteil. Andererseits sei die Schweiz im Verhältnis zum Ausland ein eigener Markt. Fenster hätten je nach Land typische Eigenheiten, technische Anforderungen und Vorgaben. Zudem würden Bauherren und Architekten nicht Offerten im Ausland einholen.⁹

13. Auch diese Darlegungen des meldenden Unternehmens sind nachvollziehbar. Vorliegend kann die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offengelassen werden, da sie an der Beurteilung nichts ändert.

14. Im Gesamtmarkt für Fassadenfenster schätzt das meldende Unternehmen den kumulierten Marktanteil der Zusammenschlussparteien des Jahres 2023 auf rund [...] %.¹⁰ Damit liegen die gemeldeten Marktanteilschätzungen auf dem Gesamtmarkt für Fassadenfenster bei nationaler Betrachtung unter den Schwellen für das Vorliegen eines horizontal oder vertikal betroffenen Marktes im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Bei einer engeren Abgrenzung nach Rahmenmaterial kämen DOVISTA und 4B im Markt für Holz-Aluminium-Fenster – gemäss ihren Angaben – auf einen kumulierten Marktanteil von rund [...] %.¹¹ Damit würde es sich bei diesem Teilmarkt um einen betroffenen Markt handeln. Dafür, dass dies voraussichtlich kein Problem darstellt, spricht zum einen die grundsätzliche Substituierbarkeit mit anderen Materialien, auch wenn sich eine grösser werdende Präferenz für dieses Rahmenmaterial abzeichnen scheint. Dies kann auch bedeuten, dass der Teilmarkt für Holz-Aluminium-Fenster für Fensterbauer attraktiver wird, die bisher nicht in diesem Markt tätig sind. Dafür spricht gemäss dem meldenden Unternehmen, dass Forschung und Entwicklung, Innovation und weitere Markteintrittsschranken eine untergeordnete Rolle spielen. So sei die Herstellung relativ einfach und viele Bestandteile von Fassadenfenstern würden sowieso zugekauft. Auch sei der Markt fragmentiert und es gebe eine Reihe von Konkurrenten. Der grösste Wettbewerber im Markt für Holz-Aluminium-Fenster sei die G. Baumgartner AG mit einem geschätzten Marktanteil von [...] % im Jahr 2023. Die nächstgrösseren Konkurrenten haben nach Schätzungen des meldenden Unternehmens nur noch je [...] % Marktanteil. Zudem käme es regelmässig zu Marktzutritten. Zwar sagt das meldende Unternehmen aus, dass die Kosten eines Marktzutrittes tief seien, merkt aber auch an, dass der Aufbau einer professionellen Fertigungseinrichtung in zweistelliger Millionenhöhe läge.¹² Da aber auch kleinere Unternehmen wettbewerbsfähig sind und Substitute existieren, dürfte das Erreichen eines kumulierten Marktanteils von [...] % kein Wettbewerbsproblem bedeuten. Demnach gibt das Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Herstellung, des Vertriebs und der Montage von Fassadenfenstern keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Herstellung, Vertrieb und Montage von Aussentüren

15. Beide Zusammenschlussparteien stellen Aussentüren her und vertreiben und verbauen diese in der Schweiz.

16. Die WEKO ging bisher von einem relevanten Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Aussentürelementen aus, liess die genaue Marktabgrenzung aber offen.¹³

⁵ RPW 2021/1, 280 Rz 12 ff., VKR/Arbonia Fenster.

⁶ KOMM, CASE AT.40026 – Velux, Rz 30 ff.

⁷ Zum Ganzen Notiz der Online-Besprechung vom 20.01.2025, Abschnitt B.1.

⁸ RPW 2021/1, 281 Rz 20, VKR/Arbonia Fenster.

⁹ Zum Ganzen Notiz der Online-Besprechung vom 20.01.2025, Abschnitt 3.

¹⁰ Erleichterte Meldung im Zusammenschlussvorhaben DOVISTA/4B vom 28.01.2025, Rz 60.

¹¹ Erleichterte Meldung im Zusammenschlussvorhaben DOVISTA/4B vom 28.01.2025, Rz 62.

¹² Notiz der Online-Besprechung vom 20. Januar 2025, Abschnitt 4.

¹³ RPW 2021/1, 280 Rz 19, VKR/Arbonia Fenster.

17. Der räumlich relevante Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Aussentürelementen wurde in der bisherigen WEKO-Praxis als mindestens schweizweit abgegrenzt.¹⁴ Nach Angaben von DOVISTA werden Aussentürelemente meist mit Aussenfenstern zusammen gekauft, was auch für einen nationalen Markt spricht. Die genaue räumliche Abgrenzung kann aber vorliegend offengelassen werden.

18. Im Markt für Aussentüren belaufen sich die Marktanteile der Zusammenschlussparteien nach eigener Schätzung auf rund [...] % auf dem nationalen Markt.¹⁵ Bei einer räumlich weiteren Betrachtung ist der Marktanteil nochmals kleiner. Folglich ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

B Ergebnis

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.

¹⁴ RPW 2021/1, 280 Rz 20., VKR/Arbonia Fenster.

¹⁵ Erleichterte Meldung im Zusammenschlussvorhaben DOVISTA/4B vom 28.01.2025, Rz 69.

B 2.3

4. Qatar Holding LLC/Audi AG/Sauber Holding AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. März 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. März 2025.

1. Am 21. Februar 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Audi AG und die Qatar Holding LLC die gemeinsame Kontrolle über die Sauber Holding AG zu erwerben. Die Sauber Holding AG wird aktuell von der Audi AG alleine kontrolliert.¹ Das Zusammenschlussvorhaben bewirkt einen Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle.

2. Die **Audi AG** (nachfolgend: Audi) mit Sitz in Ingolstadt, Deutschland, gehört zur Unternehmensgruppe der Volkswagen AG. Audi ist hauptsächlich in den Bereichen Design, Herstellung, Lieferung und Vertrieb von Autos und Autoersatzteilen tätig.²

3. Die **Volkswagen AG** ist eine börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Wolfsburg, Deutschland, und die Muttergesellschaft der **VW-Gruppe**. Die VW-Gruppe ist weltweit vor allem in der Entwicklung, Herstellung, Vermarktung und dem Vertrieb von Personenwagen, leichten Nutzfahrzeugen, Lastwagen, Bussen, Reisebussen, Fahrgestellen für Busse und Dieselmotoren sowie Motorrädern, jeweils einschliesslich Ersatzteilen und Zubehör, tätig. Die VW-Gruppe ist auch im Fahrzeugvertrieb tätig. Zur VW-Gruppe gehören die Fahrzeugmarken Volkswagen, Volkswagen Personenwagen, Volkswagen leichte Nutzfahrzeuge, Porsche, Audi, Škoda, Bentley, Lamborghini, SEAT, MAN, Scania und Ducati. Die Volkswagen AG hat ausserdem vor kurzem die Tochtermarke MOIA gegründet, die in der Entwicklung und Vermarktung von Mobilitätsdienstleistungen wie Ride Hailing und Car Sharing tätig ist.

4. Darüber hinaus bietet die VW-Gruppe Finanz- und Versicherungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb und der Finanzierung ihrer Personenwagen und Nutzfahrzeuge an. Diese Tätigkeit wird hauptsächlich durch die Volkswagen Financial Services AG und ihre Tochtergesellschaften ausgeübt. Die Volkswagen Financial Services AG erbringt einzelne Dienstleistungen wie Finanzierung, Leasing, Versicherung und Versicherungsvermittlung im Zusammenhang mit Personenwagen und Nutzfahrzeugen. Durch die Volkswagen Bank GmbH, eine Tochtergesellschaft von Volkswagen Financial Services AG, bietet die VW-Gruppe auch direkte Bankdienstleistungen an.³

5. [...].⁴

6. Die **Qatar Holding LLC** (nachfolgend: Qatar Holding) ist eine 2006 gegründete globale Investmentgesellschaft mit Sitz in Doha, Qatar, und befindet sich zu 100 % im Besitz der Qatar Investment Authority. Die Qatar Holding investiert international und lokal in strategisches privates und öffentliches Beteiligungskapital.⁵

7. Die Qatar Holding betreibt kein F1-Team und kann damit auch keine Plattform für Motorsportwerbung zur Verfügung stellen oder Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Management eines F1-Teams erbringen.⁶

8. Die **Qatar Investment Authority** (nachfolgend: QIA) ist ein Staatsfonds, der 2005 gegründet wurde und zu den grössten Staatsfonds der Welt gehört. Er investiert in eine breite Palette von Anlageklassen und Regionen sowie in Partnerschaften mit Institutionen auf der ganzen Welt, um ein globales und diversifiziertes Anlageportfolio mit einer langfristigen Perspektive aufzubauen, das nachhaltige Erträge abwerfen kann.⁷

9. QIA besitzt [...] auch Qatar Airways, welche [...] einen Sponsoringvertrag mit dem BWT Alpine F1-Team unterzeichnet hat. Ausserdem ist Qatar Airways [...] und bietet Passagier- und Frachttransportdienste sowie Sponsoringleistungen an.⁸

10. Qatar ist auch Gastgeber des F1 Qatar Grand Prix und des MotoGP Qatar Grand Prix auf dem Losail International Circuit.

11. Die **Sauber Holding AG** (nachfolgend: Sauber Holding), eine 100%-ige Tochtergesellschaft von Audi, verwaltet und betreibt hauptsächlich das F1-Rennteam Stake Formel 1 Team Kick Sauber. Zu den Haupttätigkeiten der Sauber Holding gehören (i) die Teilnahme an der Fédération Internationale de l'Automobile F1-Weltmeisterschaft als Konstrukteurin und Entwicklerin von F1-Rennwagen und (ii) die Förderung der Marke des Rennteams. Sie nutzt ihre Entwicklungs-, Produktions- und Testeinrichtungen auch, um Dienstleistungen für Dritte zu erbringen. Darüber hinaus arbeitet die Sauber Holding mit F1-Fahrern auf der Grundlage verschiedener Verträge zusammen, z.B. Fahrverträge, Werbeverträge, Testverträge und andere Tätigkeitsverträge.⁹

¹ Vgl. [...]. Audi ist aktuell die einzige Aktionärin der Sauber Holding AG und hält damit 100 % der Aktien.

² Vgl. Rz 11 und Rz 20 der Meldung.

³ Vgl. Rz 11 und Rz 21 f. der Meldung.

⁴ Vgl. Rz 23 der Meldung.

⁵ Vgl. Rz 15 der Meldung.

⁶ Vgl. Rz 3 der Meldung.

⁷ Vgl. Rz 16 der Meldung.

⁸ Vgl. Rz 17 der Meldung.

⁹ Vgl. Rz 32 der Meldung.

12. Seit 1970 ist die **Sauber Motorsport AG**, eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Sauber Holding, bei einer Vielzahl von Motorsportveranstaltungen aktiv. Sie ist auch im elektronischen F1-Sport (E-Sport) und in der Ausbildung von Fahrern in ihrer Akademie tätig. Die **Sauber Technologies AG**, ebenfalls eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Sauber Holding, ist in der Forschung und Entwicklung im Motorsport tätig und bietet Dritten F1-Teams Fachwissen in den Bereichen Technik, Produktion und Aerodynamik an. Dazu gehören 3D-Druck und Windkanaltests für eine Vielzahl von Produkten und Lösungen.¹⁰

13. Gemäss Meldung biete das Zusammenschlussvorhaben der Qatar Holding die Möglichkeit in den Sektor von Motorsportveranstaltungen zu investieren.

14. Das Zusammenschlussvorhaben wurde [...] der Europäischen Kommission gemeldet. Die Europäische Kommission hat das Zusammenschlussvorhaben am 4. März 2025 ohne Auflagen genehmigt.

15. 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 KG¹¹ dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU¹²).

16. Die genannten Voraussetzungen sind gemäss Angaben in der Meldung in casu erfüllt.¹³ Die Qatar Holding und Audi werden gemeinsam die Kontrolle über die Sauber Holding erlangen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. Bst. b VKU und Art. 2 Abs. 1 VKU.

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

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2023

Unternehmen	Weltweiter Umsatz in CHF	Schweizweiter Umsatz in CHF
Audi	[...]	[...]
Qatar Holding	[...]	[...]
Sauber Holding	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien

18. 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).

19. 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.

20. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Bereiche, in welchen das künftige Gemeinschaftsunternehmen, die Sauber Holding, tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Somit geht es um die Bereiche *Automobil-sportwerbung/Sponsoring Tätigkeiten für F1-Veranstaltungen* (Rz 21 ff.) und *Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Management eines F1-Teams* (Rz 25 ff.).

Markt für Automobilsportwerbung/Sponsoring Tätigkeiten für F1-Veranstaltungen

21. Die WEKO hat im Entscheid Bridgepoint/Infront einen Markt für den Bereich Organisation und Promotion von Motorradrennen erwogen, liess aber sowohl die sachliche als auch die räumliche Marktabgrenzung letztlich offen.¹⁴

22. Im Zusammenschlussverfahren Bridgepoint Capital Group Limited/Infront Sports & Media AG stellte die Europäische Kommission fest, dass die Ergebnisse der Marktuntersuchung weder hinsichtlich des sachlich relevanten Marktes noch bezüglich des räumlich relevanten Marktes eindeutig waren. So konnte nicht abschliessend geklärt werden, ob Werbe-/Sponsoringaktivitäten im Zusammenhang mit MotoGP und Superbike zum selben Produktmarkt gehören und ob dieser Markt auch andere Motorsport- oder Nichtsportveranstaltungen umfasst. Bezüglich des räumlich relevanten Marktes gaben vier

¹⁰ Vgl. Rz 33 der Meldung.

¹¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹³ Vgl. Rz 49 ff. der Meldung.

¹⁴ RPW 2011/4, 651 Rz 1, *Bridgepoint/Infront* mit Verweis auf RPW 2011/2, 294–301, *Infront/Ringier*.

von sieben Werbetreibenden an, dass der Markt national sei, während drei der Meinung waren, dass der Markt EWR- weit oder gar grösser sei. Die Europäische Kommission liess letztlich sowohl die räumliche als auch die sachliche Marktabgrenzung offen, da der Zusammenschluss selbst bei der engst möglichen Abgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwarf.¹⁵

23. Im Zusammenschlussvorhaben Liberty Media/ Formula 1 erwog die Competition & Markets Authority einen Markt für die Bereitstellung von Werbemassnahmen für Motorsportveranstaltungen im Vereinigten Königreich.¹⁶

24. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem internationalen Markt für die Automobilsportwerbung/Sponsoring-Tätigkeiten für F1-Veranstaltungen ausgegangen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass künftig eine andere sachliche oder räumliche Marktabgrenzung angezeigt sein könnte.

Markt für die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Management eines F1-Teams

25. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben einen Markt im Zusammenhang mit dem Management eines F1-Teams abgegrenzt.

26. Im Gegensatz dazu hat sich die italienische Wettbewerbsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) bereits mit dieser Thematik befasst. Sie hat angegeben, dass der Markt für die Verwaltung bzw. das Management eines F1-Teams Folgendes umfasst: (i) die Konstruktion der Fahrzeuge, (ii) die Konstruktion und Wartung der Motoren, (iii) die Anstellung von Fahrern und (iv) die Werbung für die Marke des Teams. Sie hat auch separate sachlich relevante Märkte für jede der oben genannten Dienstleistungen erwogen. Diese Frage wurde jedoch letztlich offengelassen. In räumlicher Hinsicht ist die italienische Wettbewerbsbehörde von weltweiten Märkten ausgegangen.¹⁷

27. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird von einem weltweiten Markt für die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Management eines F1-Teams ausgegangen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass künftig eine andere sachliche oder räumliche Marktabgrenzung angezeigt sein könnte.

Keine betroffenen Märkte

28. Die Qatar Holding betreibt aktuell kein F1-Team und ist damit weder im Markt für Automobilsportwerbung/Sponsoring Tätigkeiten für F1-Veranstaltungen¹⁸ noch im Markt für die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Management eines F1-Teams tätig.¹⁹ Folglich kommt es in den beiden Märkten zu keinen Marktanteilsadditionen.

29. Die Parteien schätzen den Marktanteil der Sauber Holding auf dem internationalen Markt für Automobilsportwerbung/Sponsoring-Tätigkeiten für F1-Veranstaltungen auf unter [0- 10] %.²⁰ Auf dem internationalen Markt für die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Management eines F1-Teams schätzen die Parteien den Marktanteil der Sauber Holding auf [0-10] %.²¹ Somit liegen keine betroffenen Märkte i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

30. Überdies liegen auch keine Gründe vor, welche trotz Nichterreichens der Schwelle von 30 % zu kartellrechtlichen Bedenken führen würden. Vor diesem Hintergrund erscheint das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich.

31. 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.

¹⁵ Europäische Kommission, Case M. 6380 vom 20.12.2011, Rz 28 ff. und Rz 47 f., *Bridgepoint/Infront Sports & Media*.

¹⁶ Competition & Markets Authority, ME/6641/16 vom 6.1.2017, Rz 34 und Rz 38, *Liberty Media/Formula 1*.

¹⁷ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 7907 (C3800), *Morgan Greenfell Private Equity-Bambino Holdings/Slec Holdings*.

¹⁸ Gemäss Meldung ist die Qatar Investment Authority indirekt durch ihre [...] Tochtergesellschaft Qatar Airways als Werbetreibende und damit als Marktgegenseite von F1-Teams auf einem potenziellen Markt für Automobilsportwerbung/Sponsoring-Tätigkeiten für F1 tätig (vgl. Rz 80 der Meldung). [...].

¹⁹ Vgl. Rz 3 der Meldung.

²⁰ Vgl. Rz 79 der Meldung.

²¹ Vgl. Rz 92 der Meldung.

B 2.3

5. InfraVia/Iliad/OP Core

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. Februar 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. Februar 2025.

Sachverhalt

1. Am 31. Januar 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von InfraVia VI Invest Sàrl (nachfolgend: InfraVia) und Iliad SA (nachfolgend: Iliad) über das Zielunternehmen OP Core SAS, *société par actions simplifiée unipersonnelle* (nachfolgend: OP Core).¹

2. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 30. Januar 2025 auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet.²

Beteiligte Unternehmen

3. InfraVia sei eine bestehende nach den Gesetzen des Grossherzogtums Luxemburg gegründete *société à responsabilité limitée*. Sie werde indirekt durch InfraVia VI Invest Sàrl SICAV-RAIF von bestimmten Investmentfonds kontrolliert, die von InfraVia Capital Partners S.A.S., einer unabhängigen Investmentgesellschaft, verwaltet würden. Die Investmentfonds seien auf die Bereiche Infrastruktur und Technologie spezialisiert. Die InfraVia-Gruppe erziele über die Portfoliounternehmen Green Datacenter AG, green.ch AG, Celeste SAS und [...] Umsätze in der Schweiz.³

4. Iliad sei eine in Frankreich ansässige Aktiengesellschaft, die Telekommunikationsdienstleistungen in Frankreich, Italien und Polen anbiete. Iliad und die Iliad-Gruppe würden von der Niel Familiengruppe kontrolliert, die weitere Unternehmen, darunter Telekommunikationsunternehmen in Irland, der Schweiz, Monaco, Malta, Zypern, Senegal, Polen und den Komoren kontrolliere. Die Iliad-Gruppe erziele über die Portfoliounternehmen Salt Mobile, [...] und GAM Umsätze in der Schweiz.⁴

5. OP Core sei ein nach französischem Recht gegründetes Unternehmen in vollständigem Eigentum von Iliad. Es sei als Datacenter-Plattform mit Standorten in Frankreich (Paris, Lyon und Marseille) und Polen (Warschau, Kattowitz und Danzig) tätig. OP Core entwerfe, baue, installiere, vermarkte und biete Zugang zu Netzwerkressourcen (Verbindungs-Dienstleistungen) und Datacenter-Infrastrukturen, einschliesslich Energie- und Kühlprozesse sowie Gewährleistung von Datacenter-Sicherheit. Damit sei OP Core im Bereich der Bereitstellung von

Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter tätig (vgl. Rz 26).⁵ Zum Zeitpunkt des Zusammenschlussvorhabens weise OP Core keine Aktivitäten in der Schweiz auf; allerdings könne nicht ausgeschlossen werden, dass OP Core seine Aktivitäten in Zukunft auf die Schweiz ausweite.⁶

Das Zusammenschlussvorhaben

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecke Iliad, die Marktpräsenz und die technologischen Fähigkeiten von OP Core kollaborativ auszubauen, um der wachsenden Nachfrage nach Datacenter-Infrastrukturen besser gerecht zu werden. Für InfraVia sei die Transaktion integraler Bestandteil der Investitionsstrategie, die unter anderem auf den Infrastruktur- und Technologiesektor ausgerichtet sei.⁷

7. Am 4. Dezember 2024 gaben Iliad und InfraVia ihre künftige Partnerschaft bekannt, mit dem Ziel OP Core zu einer bedeutenden Hyperscale Datacenter-Plattform in Europa zu entwickeln. Im Rahmen der Transaktion werde InfraVia über seine Infrastrukturfonds eine Beteiligung von 50 % am Tochterunternehmen OP Core erwerben, das mit einem Unternehmenswert von EUR 860 Mio. bewertet werde. Mit der Partnerschaft solle die Entwicklung eines Datacenter mit einer Kapazität von ca. 100 Megawatt (MW) in der Region Paris und zusätzliche Erweiterungen der Kapazitäten in Europa ermöglicht werden.⁸

Erwägungen

Geltungsbereich

8. 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).

Unternehmen

9. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

¹ Vgl. Meldung, Rz 4.

² Vgl. Meldung, Rz 3 und Beilage 1.

³ Vgl. Meldung, Rz 9 f.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 13 f.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 19 f. und 48.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 2 und 58.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 37 f.

⁸ Vgl. <www.iliad.fr/media/CP_041224_Eng_174b625dab.pdf> (6.2.2025).

Unternehmenszusammenschluss

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

11. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU⁹). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.¹⁰

12. 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 dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

13. Gemäss Meldung beabsichtigen InfraVia und Iliad die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über OP Core durch den Kauf von Aktien durch InfraVia. Namentlich umfasse die Transaktion den direkten oder indirekten Verkauf von 50 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte an OP Core an InfraVia durch Iliad, die derzeit 100 % von OP Core halte.¹¹

14. Die Zusammenschlussparteien hätten zudem vereinbart, einen Aktionärsbindungsvertrag abzuschliessen. Die gemäss Meldung vorgesehenen Inhalte dieses Vertrags stellten sicher, dass sowohl InfraVia als auch Iliad einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit von OP Core ausüben werden.¹²

15. Aufgrund der Verteilung des Aktienkapitals und der Stimmrechte sowie der geplanten Governance-Struktur in Bezug auf OP Core ist damit von einer gemeinsamen Kontrolle auszugehen.¹³

16. OP Core sei ein bereits bestehendes Unternehmen mit einer eigenen, unabhängigen wirtschaftlichen Tätigkeit als Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt. Dies werde auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens der Fall sein.¹⁴ Die Voraussetzungen hinsichtlich Vollfunktionalität sind vorliegend erfüllt.¹⁵

17. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

Meldepflicht

18. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

19. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielen den nachfolgenden Umsatz:¹⁶

	Weltweit	Schweizweit
InfraVia-Gruppe	Fr. [...] Mio.	Fr. [...] Mio.
Niel Familiengruppe	Fr. [...] Mio.	Fr. [...] Mio.
OP Core	Fr. [...] Mio.	Fr. [...] Mio.

Tabelle 1: Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen

20. Die InfraVia-Gruppe und die Niel Familiengruppe erzielten damit im Geschäftsjahr 2023 einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt über 500 Mio. Franken und jeweils einzeln einen solchen von über 100 Mio. Franken. Somit sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

21. Die Zusammenschlussparteien sind der Ansicht, dass vorliegend aufgrund von fehlenden Auswirkungen in der Schweiz möglicherweise keine Meldepflicht bestehe.¹⁷ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass keine Situation vorliegt, welche ausnahmsweise zu einer Verneinung der Meldepflicht mangels Auswirkungen auf

⁹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁰ Vgl. RPW 2016/1, 263 Rz 28, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m.w.H.

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 4 und 30.

¹² Vgl. Meldung, Rz 33 f.

¹³ Vgl. RPW 2024/1, 92 Rz 18 ff., *Beratung Meldepflicht Städtekooperation Mobility as a Service*.

¹⁴ Vgl. Meldung, Rz 35.

¹⁵ Vgl. RPW 2023/2, 319 Rz 24, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/GU*.

¹⁶ Vgl. Meldung, Abschnitt 3.1.

¹⁷ Vgl. Meldung, Rz 2.

die Schweiz gemäss Randziffer 4 der Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25. März 2009¹⁸ führt. Die InfraVia-Gruppe ist über die Green Datacenter AG (nachfolgend: Green Datacenter) und über die Celeste SAS (nachfolgend: Celeste) in der Bereitstellung von Datacenter-Dienstleistungen in der Schweiz tätig. Die Zusammenschlussparteien schliessen nicht aus, dass OP Core seine Aktivitäten in Zukunft auf die Schweiz ausweiten könnte (vgl. Rz 5). OP Core ist damit zumindest als potenzielle Konkurrenz zu InfraVia auf dem oder den relevanten Märkten zu qualifizieren, welche durch das Zusammenschlussvorhaben wegfallen dürfte. M.a.W. kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben Einfluss auf die Marktstellung von InfraVia (bzw. Green Datacenter) hat. OP Core kommt grundsätzlich als potenzielle Konkurrenz in allen Regionen der Schweiz in Frage, in denen Green Datacenter tätig ist.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

22. 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).

23. 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.

24. Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse ist die Geschäftstätigkeit von OP Core (vgl. Rz 5). Im Vordergrund stehen die Bereitstellung von Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter und die diesem Tätigkeitsfeld vor- und nachgelagerten Märkte.

Relevante Märkte

25. 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).

Markt für die Bereitstellung von Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter

26. Die WEKO beschäftigte sich bisher noch nicht mit der Bereitstellung von Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter. Die Europäische Kommission versteht unter Kollokations-Dienstleistungen die Bereitstellung von Gebäude-, Strom-, Kühl-, Konnektivitäts- und Sicherheitsdienstleistungen in Datacentern (dedizierte, teilweise speziell dafür errichtete Anlagen), in denen Unternehmen IT-Ausrüstung (z.B. Server und Datenspeicher) unterbringen und betreiben, die ihre Geschäftstätigkeit unterstützt.¹⁹

27. Die Zusammenschlussparteien beabsichtigen den Bau eines sogenannten Hyperscale-Datacenters (vgl. Rz 7). Dabei handle es sich gemäss Meldung um einen generischen Branchenbegriff, der sich auf eine Kategorie von Kunden beziehe, die hohe Kapazitäten benötigten. Die bekanntesten solcher Kunden seien Amazon, Google und Microsoft für ihr jeweiliges Cloud-Geschäft (AWS, GCP, Azure). Neben der Nachfrage nach grossen verfügbaren Kapazitäten (Multimegawatt) und Erweiterungsmöglichkeiten stelle diese Kundengruppe auch erhöhte Anforderungen bezüglich Zugriffssicherheit und Standards für die technische Zuverlässigkeit. Es handelt sich bei einem Hyperscale-Datacenter demnach um ein Hochleistungs-Datacenter.

28. Aufgrund der spezifischen Anforderungen und Bedürfnisse der im Cloud- bzw. im KI-Bereich tätigen Unternehmen an Kollokations-Dienstleistungen könnte sich künftig die Frage stellen, ob solche Hyperscale- bzw. Hochleistungs-Datacenter einen separaten Markt darstellen. Wegen der aktuellen Marktverhältnisse (vgl. nachfolgend Rz 32 ff.) und dem Vorhandensein weiterer namhafter Betreiber von Hochleistungs-Datacenter in der Metropolregion Zürich²⁰ kann vorliegend offengelassen werden, ob ein separater Markt für Hochleistungs-Datacenter abzugrenzen ist.

29. Die EU-Kommission geht von einem sachlich relevanten Markt für Kollokations-Dienstleistungen aus, die von externen Datacenter bereitgestellt werden und nimmt dabei keine weitere Segmentierung z.B. nach Kundengruppen²¹ vor.

30. Der räumlich relevante Markt wird von der EU-Kommission als die jeweilige Metropolregion innerhalb eines Radius von etwa 50 km um das entsprechende Stadtzentrum abgegrenzt.²²

31. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Marktverhältnisse in der Schweiz wesentlich von denjenigen in der EU unterscheiden würden. Die WEKO sieht daher vorliegend keinen Grund, von der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung der EU-Kommission abzuweichen. Es ist somit vorliegend von relevanten Märkten für die Bereitstellung von Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter in Metropolregionen bzw. innerhalb von etwa 50 km um das jeweilige Stadtzentrum auszugehen.

¹⁸ Abrufbar unter: www.weko.ch > Rechtliches/Dokumentation > Meldeformulare > Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen.

¹⁹ Vgl. EU-KOMM, M.9843 vom 7.7.2020, Rz 18, *Colony Capital/PSP/NGD*.

²⁰ Vgl. Meldung, Rz 77. U.a. würden die Unternehmen Digital Reality, NTT, Equinix, Vantage, Stack, Swisscom, Atlas Edge, Everyware, CKW, NTW und Nlighten solche Datacenter in der Region Zürich betreiben.

²¹ Vgl. EU-KOMM, M.7678 vom 13.11.2015, Rz 11 ff., *Equinix/Telecity*.

²² Vgl. EU-KOMM, M.10875 vom 11.11.2022, Rz 22 ff., *AXA IM/Swiss Life/Morrison & Co/Lyntia Networks*, m.w.H.

32. Gemäss Meldung sei InfraVia in der Schweiz über Green Datacenter in der Metropolregion Zürich und über Celeste in den Metropolregionen Zürich, Genf, Lausanne und Basel als Anbieterin von Kollokations-Dienstleistungen präsent.²³ OP Core sei aktuell in der Schweiz nicht tätig, weshalb das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen auf den relevanten Märkten führe.²⁴

33. Da die Zusammenschlussparteien nicht ausschliessen, dass OP Core seine Aktivitäten in Zukunft auf die

Schweiz ausweitet (vgl. Rz 5), ist OP Core als möglicher künftiger Konkurrent von Green Datacenter und damit als potenzielle Konkurrenz zur InfraVia auf den vorliegend relevanten Märkten zu qualifizieren, welche durch das Zusammenschlussvorhaben wegfällt.

34. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geben die nachfolgenden Marktanteile gemessen an den Umsätzen und den Kapazitäten (in MW) an:²⁵

Märkte für die Bereitstellung von Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter		InfraVia	Iliad	Betroffener Markt	MA-Addition
Umsatz	Metropolregion Zürich	[10–20] %	0 %	Nein	Nein
	Metropolregion Basel	[0–10] %	0 %	Nein	Nein
	Metropolregion Lausanne	[0–10] %	0 %	Nein	Nein
	Metropolregion Genf	[0–10] %	0 %	Nein	Nein
Kapazität	Metropolregion Zürich	[20–30] %	0 %	Nein	Nein
	Metropolregion Basel	[0–10] %	0 %	Nein	Nein
	Metropolregion Lausanne	[0–10] %	0 %	Nein	Nein
	Metropolregion Genf	[0–10] %	0 %	Nein	Nein

Tabelle 2: Marktanteile der Zusammenschlussparteien in den Märkten für die Bereitstellung von Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter

35. Aus Tabelle 2 ist ersichtlich, dass die Marktanteilschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht werden und somit kein betroffener Markt vorliegt. Aufgrund der Marktanteile ist auch nicht davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbssituation für Green Datacenter bzw. InfraVia durch den Wegfall von potenzieller Konkurrenz durch OP Core wesentlich verändern würde.

Vor- und nachgelagerte Märkte

36. Gemäss Meldung sind InfraVia und Iliad in sehr beschränktem Umfang in den der Bereitstellung von Kollokations-Dienstleistungen durch externe Datacenter vor- und nachgelagerten Märkten für IT-Outsourcing-Dienstleistungen²⁶ und Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (Endkundenmarkt)²⁷ tätig.²⁸ Die entsprechenden Marktanteile würden maximal [0–5] % betragen.²⁹ Angesichts dieser äusserst beschränkten Aktivitäten auf diesen Märkten kann im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf weitergehende Ausführungen verzichtet werden.

Ergebnis

37. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen und keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Es entfällt zwar ein potenzieller Konkurrent im relevanten Markt. Es ist jedoch von einem bestehenden aktuellen

und potenziellen Wettbewerbsdruck durch verschiedene Anbieter auszugehen. Im Übrigen sind keine relevanten Wettbewerbseffekte in benachbarten oder vor- bzw. nachgelagerten Märkten ersichtlich. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es folglich zu keiner massgeblichen Veränderung der Marktverhältnisse.

38. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergibt demnach keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG. Daher sind die Voraussetzungen für die Einleitung einer Prüfung des Zusammenschlussvorhabens vorliegend nicht gegeben.

²³ Vgl. Meldung, Rz 59 ff.

²⁴ Vgl. Meldung, Rz 45.

²⁵ Vgl. Meldung, Rz 60 f.

²⁶ Vgl. RPW 2022/2, 438 Rz 23 ff., *BKW AG/UMB IT AG*.

²⁷ Vgl. RPW 2024/3, 811 Rz 32 f., *Fastweb/Vodafone Italia*.

²⁸ Vgl. Meldung, Rz 65 ff.

²⁹ Vgl. Meldung, Rz 67 und 71.

B 2.3

6. Daimler Truck/Volvo/JV

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 5. Mai 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 6. Mai 2025.

1. Am 23. April 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU oder Gemeinschaftsunternehmen) durch die Daimler Truck AG (nachfolgend: Daimler Truck) einerseits und die Aktiebolaget Volvo (nachfolgend: Volvo) andererseits.

2. Daimler Truck ist eine Tochtergesellschaft der Daimler Truck Holding AG mit Sitz in Leinfelden-Echterdingen (Deutschland). Sie entwickelt, produziert und vertreibt weltweit Busse und (leichte, mittelschwere und schwere) Nutzfahrzeuge. Zudem ist Daimler Truck im Bereich der Finanzdienstleistungen tätig.

3. Volvo ist eine börsenkotierte Gesellschaft mit Hauptsitz in Göteborg (Schweden) und ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Nutzfahrzeugen, Bussen, Baumaschinen, Schiffs-, Autobahn-, Strassen- und Industriemotoren sowie von Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von ihren Produkten tätig.¹

4. Das Gemeinschaftsunternehmen werde sich auf die Forschung, Entwicklung und Vermarktung einer softwaredefinierten Fahrzeugplattform (nachfolgend: SDV²-Plattform) für Nutzfahrzeuge und der entsprechenden Hardware konzentrieren. Das GU werde die Hardware zwar zusammen mit seinen Lieferantinnen entwerfen, es sei jedoch nicht geplant, die Hardware selbst herzustellen. Zudem plane das GU die Entwicklung und den Vertrieb eines Vision and Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme³.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckten Volvo und Daimler Truck (nachfolgend gemeinsam: die Parteien), über das GU die Investitionsrisiken zu senken, technische und finanzielle Ressourcen zu bündeln und Entwicklungskosten zu senken.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 16. April 2025 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.⁴

7. Die Parteien beabsichtigen, dass sie jeweils eine Beteiligung von 50 % am GU halten werden und über [...] Stimmrechte verfügen. Die Parteien werden [...] in das GU einbringen. [...] Beide Parteien werden berechtigt sein, [...] im Verwaltungsrat zu stellen. Für strategische

Entscheide ist [...]. Volvo und Daimler Truck werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU wird eine eigene Marktpräsenz haben, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Es wird seine Produkte nicht nur an die Parteien, sondern auch an Dritte verkaufen und tritt als selbständige (autonome) wirtschaftliche Einheit auf. Das GU wird über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichend Ressourcen verfügen. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt.⁵

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 Geschäftsjahr 2024 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. Schweizweit erzielten mindestens zwei der beteiligten Unternehmen jeweils einen Umsatz von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. Die Parteien sind bereits unabhängig voneinander auf Märkten tätig, welche den künftigen Aktivitäten des GU nachgelagert sind (vgl. Rz 2 f.). Konkret handelt es sich um Märkte, welche die Herstellung und Lieferung sowie den Vertrieb (auf allen Vertriebsstufen) von Fahrzeugen umfassen, zu welchen insbesondere mittelschwere und schwere Nutzfahrzeuge sowie Busse (City-Busse, Inter-City-Busse und Reisebusse) gehören.⁶ Die Parteien geben an, dass sich die (geplante) Zusammenarbeit im GU einzig auf die Forschung, die Entwicklung und den Vertrieb einer SDV-Plattform für Nutzfahrzeuge, einschliesslich der entsprechenden Hardware, beziehe (vgl. Rz 4). Die Nutzung der SDV-Plattform erfolge in ihren jeweiligen Fahrzeugen voneinander unabhängig. Zudem würden diese Fahrzeuge weiterhin getrennt voneinander entwickelt, produziert und vermarktet werden.

¹ Vgl. u.a. RPW 2021/1, 263 Rz 3, *Volvo/Daimler/JV*; RPW 2024/1, 187 Rz 2, *Volvo/Renault/JV*.

² Softwaredefinierte Fahrzeuge (SDV) sind Fahrzeuge, bei denen das Kundenerlebnis in einem Fahrzeug zunehmend von Software und nicht wie bisher hauptsächlich von der Hardware des Fahrzeugs geprägt wird. SDV ermöglichen neue Formen der Konnektivität, Automatisierung und Personalisierung.

³ Eine Vision and Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme ist eine Technologie bestehend aus einer komplexen Sammlung von Algorithmen und Programmen (Software). Diese Technologie ist ein entscheidender Bestandteil moderner Fahrerassistenzsysteme, welche es erlaubt, die Sicherheit zu erhöhen, indem die Technologie Objekte erkennt, deren Position und Bewegung verfolgt und umgehend auf potenzielle Gefahren reagieren kann.

⁴ Case COMP M.11760, *Daimler Truck/Volvo/JV*.

⁵ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

Das Zusammenschlussvorhaben werde daher keinen spürbaren Einfluss auf die Herstellung und Lieferung sowie den Vertrieb von mittelschweren und schweren Nutzfahrzeugen sowie Bussen (City-Busse, Inter-City-Busse und Reisebusse) haben.

12. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf geplante Aktivitäten des GU, die die Wettbewerbssituation ändern könnten. Konkret handelt es sich um die Entwicklung und den Vertrieb einer softwaredefinierten Fahrzeugplattform (SDV-Plattform) und die Entwicklung und den Vertrieb eines Vision und Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme (vgl. Rz 4).

13. Das GU wird gemäss Angaben der Parteien in der Entwicklung und dem Vertrieb einer softwaredefinierten Fahrzeugplattform (SDV-Plattform) tätig sein. [...].

14. Nach Ansicht der Parteien sei von einem Gesamtmarkt für die Entwicklung und den Vertrieb einer SDV-Plattform, welcher sowohl Personenfahrzeuge als auch Nutzfahrzeuge umfasse, auszugehen. [...].

15. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis bisher nicht mit der Entwicklung und dem Vertrieb einer softwaredefinierten Fahrzeugplattform (SDV-Plattform) befasst. Sie hat sich jedoch bereits mit dem IT-Sektor beschäftigt und IT-Dienstleistungen nach Funktionalität und Branche in folgende Segmente unterteilt: (i) Beratung; (ii); (vii) Versicherungen; (viii) Herstellung und Bodenschätze; (ix) Einzelhandel; (x) Transport; (xi) Energie und (xii) Grosshandel. Die WEKO hat die genaue sachliche Marktabgrenzung offengelassen.⁷

16. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Entwicklung und den Vertrieb einer softwaredefinierten Fahrzeugplattform (SDV-Plattform) ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung des Marktes kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

17. In räumlicher Hinsicht schlagen die Parteien für den Markt für die Entwicklung und den Vertrieb einer SDV-Plattform mit folgender Begründung eine weltweite Marktabgrenzung vor: [...].

18. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis zu IT-Dienstleistungen von nationalen Märkten ausgegangen, hat aber offengelassen, ob der räumlich relevante Markt auch weiter gefasst werden könne.⁸

19. Vorliegend wird für den sachlich relevanten Markt für die Entwicklung und den Vertrieb einer softwaredefinierten Fahrzeugplattform (SDV-Plattform) im Sinne einer Arbeitshypothese von mindestens europaweiten (EWR+CH-weiten) Märkten ausgegangen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

20. In ihrer bisherigen Praxis hat sich die WEKO mit einem Markt für Fahrerassistenzsysteme (ADAS)⁹ beschäftigt, wobei sie die genaue sachliche Marktabgrenzung offengelassen hat. Mit der Entwicklung und dem Vertrieb eines Vision und Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme hat sich die WEKO bisher noch nicht befasst. Die EU-Kommission hat in ihrer Praxis festgestellt, dass die Märkte für Fahrerassistenzsys-

teme und die Märkte für Fahrerassistenzkomponenten in Teilmärkte nach Fahrzeugklassen für Personenkraftwagen/leichte Nutzfahrzeuge und für (mittel)schwere Nutzfahrzeuge segmentiert werden müssen und dass die Märkte für Fahrerassistenzkomponenten in weitere Teilmärkte für einzelne Komponenten, wie beispielsweise Lidar, Radar und Software, zu segmentieren sind.¹⁰

21. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese entsprechend dem Vorschlag der Parteien von einem Markt für die Entwicklung und den Vertrieb eines Vision und Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme ausgegangen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

22. In räumlicher Hinsicht sind die WEKO bzw. die EU-Kommission in ihrer bisherigen Praxis in Bezug auf den Markt für Fahrerassistenzsysteme (ADAS) bzw. die Märkte für Fahrerassistenzsysteme und Fahrerassistenzkomponenten von europaweiten (EWR+CH-weiten) und weltweiten Märkten ausgegangen, wobei sie die genaue räumliche Abgrenzung offengelassen haben.¹¹

23. Die Parteien schlagen für den Markt für die Entwicklung und den Vertrieb eines Vision und Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme mit folgender Begründung eine weltweite Marktabgrenzung vor: [...].

24. Vorliegend wird für den sachlich relevanten Markt für die Entwicklung und den Vertrieb eines Vision und Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme im Sinne einer Arbeitshypothese von mindestens europaweiten (EWR+CH-weiten) Märkten ausgegangen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

25. Die Marktanteile für das GU auf dem europaweiten Markt für die Entwicklung und den Vertrieb einer softwaredefinierten Fahrzeugplattform (SDV-Plattform) und dem europaweiten Markt für die Entwicklung und den Vertrieb eines Vision und Perception-Software-Stacks für Fahrerassistenzsysteme betragen laut Angaben der Parteien jeweils 0 %, da das GU auf diesen Märkten noch nicht aktiv ist.

⁶ Vgl. RPW 2011/3, 439 Rz 6 f., VW/MAN; RPW 2017/4, 568 Rz 10 ff., Peugeot SA/Opel; RPW 2019/1, 148 Rz 10, AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten; RPW 2020/1, 259 Rz 12 ff., Daimler/Geely/smart Automobile; RPW 2020/4b, 1906 Rz 10 ff., Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.

⁷ Vgl. RPW 2022/2 446, Rz 13, A4nXT/Lufthansa Industry Solutions; RPW 2021/1, 285 Rz 24 ff., MHP Management- und IT-Beratung GmbH/TransnetBW.

⁸ Vgl. RPW 2022/2 446, Rz 14, A4nXT/Lufthansa Industry Solutions; RPW 2021/1, 285 Rz 27, MHP Management- und IT-Beratung GmbH/TransnetBW.

⁹ RPW 2018/3, 613, Rz 49, Continental Automotive/Alstom/EasyMile.

¹⁰ Vgl. Case COMP M.9383, Rz 279 ff., ZF/Wabco.

¹¹ RPW 2018/3, 613, Rz 57, Continental Automotive/Alstom/EasyMile; Case COMP M.9383, Rz 316 ff., ZF/Wabco.

26. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten im Tätigkeitsbereich des GU. In den Bereichen, die dem Tätigkeitsbereich des GU nachgelagert sind, kommt es durch die (bisherigen) Tätigkeiten der Parteien zu betroffenen Märkten mit und ohne Marktanteilsaddition. Es handelt sich um die Märkte für die Herstellung und Lieferung sowie den Vertrieb von mittelschweren und schweren Nutzfahrzeugen sowie Bussen (City-Busse, Inter-City-Busse und Reisebusse). Allerdings ändern sich die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen nachgelagerten Märkten nicht, da diese Tätigkeiten der Parteien auch zukünftig unabhängig voneinander fortgeführt würden (vgl. Rz 11). Zudem sind auf diesen nachgelagerten Märkten weitere etablierte Wettbewerber (wie Traton, Isuzu, Fiat, Paccar, Ford, Iveco, Solaris, Temsa) mit entsprechender Marktpräsenz und Markenbekanntheit tätig. Daher führt das Zusammenschlussvorhaben im Ergebnis zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

27. 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

7. Hartree/ED&F Man Commodities

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. März 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. März 2025.

1. Am 13. März 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der alleinigen Kontrolle durch die Hartree Partners LP (nachfolgend: Hartree) über das Zielunternehmen ED&F Man Commodities Limited (nachfolgend: ED&F Man Commodities) betrifft.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Hartree ist ein mit Hauptsitz in New York (USA) weltweit tätiges Rohstoffhandelsunternehmen, das auf Energie-, Rohstoff- und Finanzmärkte, einschliesslich Energie, Metalle, erneuerbare Energien und Wertpa-

piere, spezialisiert ist. Hartree wird von Oaktree Capital Holdings LLC kontrolliert, welches als globales alternatives und nicht-traditionelles Investment-Management-Unternehmen einen opportunistischen, wertorientierten und risikokontrollierten Ansatz für unterschiedliche Investitionen verfolgt. Oaktree Capital Holdings LLC wird indirekt gemeinsam von Oaktree Capital Group Holdings GP LLC und Brookfield Corporation kontrolliert. Brookfield Corporation bietet zudem als globaler Vermögensverwalter eine Reihe von öffentlichen und privaten Investitionsprodukten und -dienstleistungen an.

- ED&F Commodities mit Hauptsitz in Saint Helier (Jersey) ist ein globales Rohstoffunternehmen, das sich auf weiche Rohstoffe spezialisiert hat, darunter Kaffee, Zucker sowie Melasse und flüssige Produkte. ED&F Commodities wird zurzeit indirekt allein von der ED&F Man Holdings Limited kontrolliert.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

8. BNPP/Mirova/Arkolia

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Februar 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. Februar 2025.

1. Am 21. Februar 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen Arkolia Energies SAS (nachfolgend: Arkolia) durch BNP Paribas Low Carbon Transition Infra Equity Fund I S.L.P. (nachfolgend: BNPP LCTIEF) und Mirova Energy Transition 6 S.L.P. (nachfolgend: MET 6).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- BNPP LCTIEF ist ein Investmentfonds, der durch die Vermögensverwaltungsgesellschaft BNP Paribas Asset Management Europe (nachfolgend: BNPP) verwaltet wird, welche ihrerseits zur französischen Bankengruppe BNP Paribas gehört. BNPP bietet Anlage-

lösungen für Privatkundinnen und Privatkunden, Unternehmen und institutionelle Anlegerinnen an und investiert (über BNPP LCTIEF) in kohlenstoffarme Infrastrukturprojekte in verschiedenen Sektoren im Zusammenhang mit der Energiewende. Dazu gehören insbesondere die Entwicklung von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energien, der Dekarbonisierung des Verkehrs, der Kreislaufwirtschaft und der Kohlenstoffabscheidung.

- MET 6 ist ein Investmentfonds, der durch die Vermögensverwaltungsgesellschaft Mirova SA (nachfolgend: Mirova) verwaltet wird, welche ihrerseits – indirekt – zur Groupe BPCE, einer genossenschaftlichen Universalbank in Frankreich, gehört. Mirova ist auf verantwortungsbewusste Investitionen für nachhaltige Lösungen spezialisiert, insbesondere in den Bereichen Mobilität, Energie, Gebäude und Städte, Konsumgüter, Ressourcen, Gesundheit, Informations- und Kommunikationstechnologie sowie Finanzen.
- Arkolia ist ein französisches Unternehmen und entwickelt, installiert und betreibt insbesondere Anlagen für Photovoltaik, Windkraft und Methanisierung sowie auch Ladestationen für Elektrofahrzeuge.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

9. IK Partners/Sagard/Sterimed

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. April 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU² vom 24. April 2025

1. Am 9. April 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen Sterimed International SAS (nachfolgend: Sterimed) durch IK Investment Partners AIFM (nachfolgend: IK Partners), Sagard SAS (nachfolgend: Sagard) und Herrn Thibaut Hyvernat.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Sagard mit Sitz in Frankreich ist eine Portfolio Management-Gesellschaft. Die von ihr verwalteten Fonds investieren in erster Linie in kleine bis mittel-grosse Unternehmen aus allen Wirtschaftszweigen. Sagard wird indirekt durch die Power Corporation du Canada kontrolliert, eine internationale Portfolio- und Management-Gesellschaft mit Hauptsitz in Kanada, welche sich auf Finanzdienstleistungen in Nordamerika, Europa und Asien konzentriert.
- IK Partners mit Sitz in Grossbritannien ist eine Private Equity-Gesellschaft, die sich auf Anlagen in das mittlere Marktsegment (Mid-Market Segment) konzentriert. Sie investiert dabei in vier sich ergänzende Anlageklassen (Mid Cap, Small Cap, Development Capital und Partnership Fund) aus vier Bereichen (Unternehmensdienstleistungen, Konsumgüter, Gesundheitswesen und Industriewerte). IK Partners wird von Wendel S.E. kontrolliert, einer Investmentgesellschaft mit Hauptsitz in Frankreich.
- Sterimed mit Sitz in Frankreich ist eine Anbieterin von medizinischen Verpackungslösungen für Herstellerinnen von Medizinprodukten und für Einrichtungen zur Patientenversorgung (Krankenhäuser, Pflegeheime, Rehabilitationszentren usw.). Sterimed stellt verschiedene Arten von sterilisierbaren Materialien her und verarbeitet diese zu gebrauchsfertigen Produkten (z.B. Roll Stocks, Beutel, Headerbags, Sterilisationsverpackungen).

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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.

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

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

B 2.3

10. Carlyle/SK Capital Partners/bluebird bio

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. April 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 30. April 2025

1. Am 7. April 2025 hat die Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den geplanten Erwerb der indirekten gemeinsamen Kontrolle über bluebird bio, Inc. ("**Bluebird**" oder "Zielunternehmen") durch einerseits verbundene Unternehmen der The Carlyle Group, Inc. (The Carlyle Group, Inc. zusammen mit den von ihr kontrollierten Fonds und verbundenen Gesellschaften: "**Carlyle**") und andererseits durch Fonds unter der Kontrolle von SK Capital Investment VI, Ltd. ("SKCI VI"), eine mit der SK Capital Partners L.P. ("**SK Capital Partners**") verbundene Gesellschaft.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Carlyle, mit Hauptsitz in Washington DC, USA, ist ein globaler Vermögensverwalter für alternative Anlagen, der Fonds verwaltet, die weltweit in drei Anlageklassen investieren: (i) Global Private Equity (inklusive Unternehmensbeteiligungen, Immobilien und Rohstofffonds); (ii) Global Credit (inklusive liquider Kredite, illiquider Kredite und Kredite für Sachwerte); und (iii) Investment Solutions (Private-Equity-Dachfonds-Programm, das Primärfonds, Sekundärfonds und damit verbundene Co-Investment-Aktivitäten umfasst). Carlyle kontrolliert einige Portfoliounternehmen, welche in der Schweiz Umsätze erzielen.
- SK Capital Partners ist ein in den USA ansässiges privates Investmentunternehmen, das sich auf die Bereiche spezialisierte Werkstoffe, Chemie und Pharmazie konzentriert. Es wurde 2007 gegründet und hat seinen Sitz in New York, USA, sowie eine weitere Niederlassung in Miami, USA. SK Capital Partners ist über seine Portfoliounternehmen weltweit tätig, mit besonderem Fokus auf Nordamerika, dem EWR, dem Nahen Osten und Australien. Fonds der SK Capital Partners kontrollieren ebenfalls einige Portfoliounternehmen, welche in der Schweiz Umsätze erzielen.
- Bluebird ist hauptsächlich in der Entwicklung und Vermarktung von Gentherapien tätig, mit dem Ziel, die Ursachen von Krankheiten auf genetischer Ebene zu bekämpfen. Bluebird ist nicht in Europa tätig, sondern ausschliesslich in den Vereinigten Staaten.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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

11. BNP Paribas Cardif S.A./AXA Investment Managers S.A.

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 04.04.2025

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 07.04.2025

1. Am 26. März 2025 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die BNP Paribas S.A. via ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft BNP Paribas Cardif S.A. indirekt die Kontrolle über die AXA Investment Managers S.A. zu erlangen.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

BNP Paribas S.A. ist eine weltweite Anbieterin von Bank- und Finanzdienstleistungen für Retail-, Firmen- und institutionelle Kundinnen und Kunden. BNP Paribas S.A. ist eine globale Bankengruppe und insbesondere in den Bereichen Retail Banking, Asset Management sowie Corporate und Investment Banking tätig.

BNP Paribas Cardif S.A. ist eine hundertprozentige und vollständig kontrollierte Tochtergesellschaft von BNP Paribas S.A.. BNP Paribas Cardif S.A. entwirft, entwickelt, verkauft und vermarktet Spar- und Versicherungsangebote, um Personen, deren Projekte und deren Vermögenswerte zu versichern. BNP Paribas Cardif S.A. ist im Bereich für Gläubigerschutzversicherungen aktiv. BNP Paribas Cardif S.A. bietet auch Nicht-Lebensversicherungen, Krankenversicherungen, Budgetversicherungen, Einkommensschutz- und Zahlungsmittelversicherungen, Schutz vor unvorhersehbaren Ereignissen (Arbeitslosigkeit, Verletzung, Tod) und Schutz personenbezogener Daten an.

AXA Investment Managers S.A. (nachfolgend AXA IM) ist ein französisches Unternehmen, das derzeit durch AXA S.A. allein kontrolliert wird. Zusammen mit ihren Tochtergesellschaften bildet AXA IM die AXA IM Group. Diese agiert über ihre Tochtergesellschaften und ist in vier Hauptgeschäftsbereiche unterteilt:

AXA IM Core bietet eine breite Palette traditioneller Kernanlagestrategien an, darunter Fixed Income, Equities sowie Multi-Asset Capabilities. AXA IM Core hat auch eine Exchange Traded Fund Plattform, welche das Potential bietet, das gesamte Spektrum der wichtigsten Investitionsmöglichkeiten der AXA IM Group in einem einfachen und transparenten Format zu nutzen. Sie ist in Europa, Nordamerika, Asien und im Nahen Osten tätig.

AXA IM Alts ist eine alternative Investmentplattform, die Anlagestrategien und alternative Fonds über das gesamte Produktspektrum hinweg anbietet, mit den Hauptbereichen Real Estate, Private Debt, Alternative Credit, Infrastruktur und Private Equity. Sie ist in Europa, Nordamerika, Asien und im Nahen Osten tätig.

AXA IM Prime ist der Private Market Enabler und die Hedgefonds-Plattform der AXA IM Group in den Bereichen Private Equity, Infrastructure Equity, Private Debt und Hedgefonds. Durch Partnerschaften mit privaten Fondsmanagern und Institutionen bietet AXA IM Prime eine umfassende Palette an gemischten und massgeschneiderten Anlagelösungen an.

AXA IM Select ist ein spezialisierter Multi-Manager für die Einheiten von AXA. AXA IM Select ist weltweit zentraler Ansprechpartner für die Kunden und Joint-Venture-Kunden von AXA für fondsgebundene Produkte und Lösungen. AXA IM Select bietet in Belgien auch in begrenztem Umfang Wealth Management-Dienstleistungen an.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Vernehmlassung zur Revision der Verordnung über die zentrale Bewirtschaftung des Angebots an elektrischer Energie

A. Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) nimmt gemäss Art. 46 Abs. 2 KG¹ Stellung zu Entwürfen von wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes oder anderen Bundeserlassen, die den Wettbewerb beeinflussen können. Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Verordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnung über die zentrale Bewirtschaftung des Angebots an elektrischer Energie (nachfolgend: Angebotsbewirtschaftungsverordnung) am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

B. Einzubeziehende Kriterien beim Entscheid über die Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung

Antrag:

Beim Entscheid über die Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung als *ultima ratio-Massnahme zur Aufrechterhaltung der Netzstabilität* seien in der vorzunehmenden *Interessenabwägung* insbesondere der von den Stromhändlern zu tragende Schaden sowie die damit einhergehenden finanziellen Mehrbelastungen der Endkundinnen und Endkunden miteinzubeziehen. Diesen Zusatzkosten sei der voraussichtliche volkswirtschaftliche Schaden gegenüberzustellen, falls aufgrund des Verzichts von Angebotsbewirtschaftungsmassnahmen das Stromnetz abgeschaltet werden müsste. Der erläuternde Bericht sei entsprechend zu ergänzen.

Begründung:

3. Gemäss dem erläuternden Bericht soll die Angebotsbewirtschaftungsverordnung nur unter der Voraussetzung angeordnet werden, dass alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft sind, um die Netzstabilität aufrecht zu erhalten. Die Anordnung der in dieser Verordnung verankerten Massnahmen sei beispielsweise denkbar bei

einem länger *andauernden Versagen der Strommärkte* oder aufgrund von verbrauchslenkenden Bewirtschaftungsmassnahmen schlecht prognostizierbarem Landesverbrauch gekoppelt mit einem entsprechend *hohen Regelenenergiebedarf, der nicht über die Regelenenergiemärkte gedeckt werden kann*. Die in dieser Verordnung vorgesehenen Massnahmen würden weitgehende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit darstellen. Vor der Inkraftsetzung dieser Verordnung sei daher eine *umfassende* Abwägung der verschiedenen Interessen (Umwelt / Wirtschaft / Gesellschaft) erforderlich, welche vom Bundesrat vorgenommen werde.² Weitere Hinweise, unter Berücksichtigung welcher Kriterien die Verordnung angeordnet werden soll, enthält der erläuternde Bericht nicht.

4. Aufgrund der beabsichtigten Massnahmen würde die privatwirtschaftliche Marktordnung nach Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung grösstenteils ausser Kraft gesetzt. Insofern handelt es sich um einen *besonders schwerwiegenden* Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und die durch die Verfassung geschützte wettbewerbliche Ordnung (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV³). Von dieser Verordnung wären sämtliche im Elektrizitätsbereich involvierten Akteure betroffen: Produzenten, Speicherbetreiber, Netzbetreiber, Stromhändler, Endversorger sowie Endkundinnen und Endkunden. An die Rechtmässigkeit eines solchen Eingriffs werden daher *erhöhte* Anforderungen gestellt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Bundesrat in einer Strommangellage auch zahlreiche *verbrauchslenkende* Interventionsmassnahmen zur Verfügung stehen, die für die Marktordnung und die involvierten Akteure grösstenteils weniger einschneidend sind und in einer Mangellage einen wesentlichen Beitrag zur Aufrechterhaltung der Netzstabilität leisten können.

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

² BFE, Verordnung über die zentrale Bewirtschaftung des Angebots an elektrischer Energie, erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Entwurf für die 1. Ämterkonsultation (nachfolgend: erläuternder Bericht, S. 3 ff.).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

5. Die Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung würde im Wesentlichen zu einer Beseitigung des Wettbewerbs auf den inländischen Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung führen. Dadurch würden *massive* Wettbewerbsverzerrungen verursacht. Während der Geltung dieser Verordnung würde die inländische Stromversorgung zentral von der Swissgrid AG bewirtschaftet. Aufgrund der Handelseinschränkungen und des Ausfuhrverbots könnten für diese Zeitspanne keine Stromlieferverträge abgeschlossen werden. Der in der Schweiz zu liefernde Strom würde den inländischen Kraftwerksbetreibern nicht mehr zu Marktpreisen, sondern basierend auf den *Gestehungskosten* der Kraftwerke (inkl. kalkulatorischer WACC-Verzinsung) vergütet.⁴ Davon würden insbesondere jene inländischen Kraftwerksbetreiber profitieren, welche den aus ihren Kraftwerken erzeugten Strom vorgängig auf dem Terminmarkt zu schlechteren Konditionen verkauft haben. Zudem würde den inländischen Kraftwerksbetreibern die Möglichkeit genommen, in Zeiten hoher Nachfrage und eines beschränkten Angebots hohe Preise für den kurzfristigen Verkauf ihres Stroms zu erzielen. Hier von wären insbesondere die steuerbaren grossen Pumpspeicherkraftwerke betroffen, weil diese handelsoptimiert Strom ins Netz einspeisen können. Im Weiteren sollen bei Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung *sämtliche* Endkundinnen und Endkunden denselben Preis in Rp./kWh für den bezogenen Strom bezahlen, unabhängig von ihrem Leistungs- und Verbrauchsprofil.

6. Die WEKO ist daher der Auffassung, dass die Anordnung dieser Verordnung primär als *letzte Massnahme vor Netzabschaltungen* in Betracht kommt, wenn es absehbar ist, dass die bislang angeordneten Interventionsmassnahmen nicht ausreichen werden, um die Netzstabilität zu gewährleisten. Aus Sicht der WEKO stellt die Angebotsbewirtschaftungsverordnung nach temporären Netzabschaltungen den *stärksten* Eingriff in die Wirtschaftsordnung dar, da nahezu sämtliche marktbasieren Prozesse ausgesetzt werden sollen. Unter Berücksichtigung des für Eingriffe in Freiheitsrechte zentralen Grundsatzes der *Verhältnismässigkeit* (vgl. Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV) dürfen wirtschaftliche Interventionsmassnahmen nur in einem solchen Ausmass und für eine solche Dauer ergriffen werden, als dies zur Behebung einer Versorgungsstörung *unbedingt* erforderlich ist. Sofern es *mildere* Interventionsmassnahmen gibt, mittels welcher die Netzstabilität sichergestellt werden kann, *müssen* diese vorab ergriffen werden. Überdies muss der staatliche Eingriff den durch diesen tangierten Privaten *zumutbar* sein. Daher sollte die Angebotsbewirtschaftungsverordnung nur in einem absoluten *Notfall* angewendet werden, um Netzabschaltungen zu verhindern, *sofern der volkswirtschaftliche Schaden dadurch verringert werden kann*.

7. Die Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung hat aus volkswirtschaftlicher Sicht nur dann einen Mehrwert, sofern die darin vorgesehenen Massnahmen nicht zu höheren Zusatzkosten führen würden, als dies bei Netzabschaltungen der Fall wäre. Daher sollten insbesondere auch die voraussichtlichen Zusatzkosten der durch die Angebotsbewirtschaftungsverordnung tangierten Akteure bei der vor einem entsprechenden Bundes-

ratsbeschluss vorzunehmenden Interessenabwägung berücksichtigt und den voraussichtlichen volkswirtschaftlichen Kosten im Falle von Netzabschaltungen gegenübergestellt werden. Die WEKO beantragt, den erläuternden Bericht in diesem Sinne zu ergänzen und dabei die nachfolgenden Ausführungen miteinzubeziehen.

8. Bei Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung drohen *Stromhändlern und Lieferanten* erhebliche Zusatzkosten sowie Umsatzausfälle in ihrem *Kerngeschäft*. Stromhändler und Lieferanten, die nicht gleichzeitig inländische Kraftwerksbetreiber sind, können während der Geltungsdauer der Verordnung aufgrund der zentralen Bewirtschaftung durch die Swissgrid AG⁵ auf den inländischen Stromhandels- und -versorgungsmärkten *keine Gewinnmargen* mehr erzielen. Aufgrund der Handelseinschränkungen und des Ausfuhrverbots können sie während dieser Zeitdauer ebenso wenig neue Rechtsgeschäfte über in der Schweiz produzierten Strom mit ausländischen Abnehmern abschliessen.⁶ Dies läuft auf ein faktisches *Tätigkeitsverbot* hinaus und ist als *äusserst schwerwiegender* Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Teilgehalt privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit⁷) einzustufen. Gemäss den in der Verordnung angedachten Vorgaben sollen die Bilanzgruppenverantwortlichen (BGV) und Endversorger bei der Weiterverrechnung der Kosten für die Stromlieferung an inländische Endkundinnen und Endkunden Teil der Zahlungskette sein. Sie müssten somit das Ausfallrisiko tragen, falls die von ihnen ausserhalb einer Strommangellage belieferten Endkundinnen und Endkunden zahlungsunfähig werden sollten.⁸ Bei dieser Konzeption hätten Stromhändler und Lieferanten (als Verantwortliche einer Bilanzgruppe und/oder als Endversorger) somit *erhöhte Liquiditätsrisiken* zu tragen, *ohne dass sie mit der Stromlieferung Gewinn erzielen könnten* (vgl. hierzu auch nachfolgend, Rz 36 ff.).

9. Stromhändler und Lieferanten, welche mit ausländischen Abnehmern für den Zeitraum der Geltung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung im Voraus auf dem Terminmarkt Stromlieferverträge abschliessen, hätten diese Rechtsgeschäfte weiterhin zu erfüllen, sofern die ausländischen Märkte nicht zeitgleich ausgesetzt würden. Der für die ausländischen Abnehmer vorgesehene Strom aus inländischen Kraftwerken würde im Falle der Anordnung der Angebotsbewirtschaftung von der Swissgrid AG für die Inlandversorgung eingesetzt. Insofern müssten betroffene Stromhändler und Lieferanten den Strom für ausländische Abnehmer in dieser Zeitspanne auf den europäischen *Kurzfristmärkten* zu voraussichtlich sehr hohen Marktpreisen einkaufen. Gemäss dem erläuternden Bericht sollen die betroffenen Unternehmen die Kosten bei temporären Bewirtschaftungsmassnahmen der wirtschaftlichen Landesversorgung grundsätzlich selber tragen. Es sei aber eine separate Verordnung zu dieser Problematik angedacht.⁹ Es

⁴ Vgl. Art. 11 Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

⁵ Vgl. Art. 2 ff. Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

⁶ Vgl. Art. 22 ff. Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

⁷ Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.1.

⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

⁹ Vgl. erläuternder Bericht, S. 17.

ist daher nicht auszuschliessen, dass die Stromhändler und Lieferanten künftig solche Zusatzkosten – oder zumindest einen Teil davon – gestützt auf entsprechend lautende Regulierungsvorgaben an die *inländischen Endkundinnen und Endkunden* werden weiterverrechnen können, da diese den für ausländische Abnehmer vorgesehenen Strom erhalten würden. In diesem Fall würde sich die zentrale Strombewirtschaftung durch Swissgrid zum Nachteil der inländischen Endkundinnen und Endkunden massiv verteuern.

10. Weiter ist davon auszugehen, dass die inländischen Endkundinnen und Endkunden während der Geltung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung mit höheren Kosten für die Stromlieferung belastet würden, falls wie vorgesehen auf die *Gestehungskosten* von zentral bewirtschafteten inländischen Kraftwerken abgestellt und diesen eine Zusatzmarge gewährt würde (vgl. hierzu auch nachfolgend, Rz 25 ff.).

C. Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

Antrag:

In Ziffer 2 des erläuternden Berichts sei näher zu untersuchen, ob Inhalte der Angebotsbewirtschaftungsverordnung gegen die Vorgaben des *EU-Beihilferechts* verstossen könnten. Zudem sei an der entsprechenden Stelle der Erläuterungen zu thematisieren, ob es in den EU-Mitgliedstaaten *vergleichbare Angebotsbewirtschaftungsmassnahmen* in einer schweren Strommangelange gibt, welche die wettbewerbliche Marktordnung während ihrer Geltungsdauer grösstenteils ausser Kraft setzen.

Begründung:

EU-Beihilferecht

11. Gemäss dem Gesetzgebungsleitfaden des Bundes müssen nebst den Botschaften des Bundesrates an die eidgenössischen Räte auch die *Anträge für Verordnungen* ein *Europakapitel* enthalten. Bei Rechtsvorlagen mit *grenzüberschreitenden Auswirkungen* ist darzulegen, wie weit das geplante schweizerische Recht mit dem bestehenden oder in Vorbereitung befindlichen europäischen Recht, an das die Schweiz völkerrechtlich nicht gebunden ist, vereinbar ist. Ziel ist die Verhinderung von ungewollten und unnötigen Rechtsunterschieden, welche die grundsätzlich angestrebte gegenseitige Anerkennung der Rechtsvorschriften behindern würden.¹⁰

12. Ziffer 2 des erläuternden Berichts trägt die Überschrift «Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht». In diesem Kapitel wird bislang einzig ausgeführt, dass die in der Angebotsbewirtschaftungsverordnung vorgesehenen Massnahmen nicht im Widerspruch zum EU-Recht stehen würden, *da sie als ultima ratio in einer schweren Mangellage vorgesehen seien*.¹¹ Aufgrund der sehr knappen Formulierung in den Erläuterungen bleibt unklar, welche Rechtsquellen des EU-Rechts für die positive Beurteilung beigezogen wurden. Aus Sicht der WEKO kann *ohne eine vertiefte Prüfung der Anforderungen des EU-Beihilferechts* nicht a priori gesagt werden, dass die mit der Angebotsbewirtschaftungsverordnung einhergehenden Massnahmen die Vorgaben des EU-Rechts einhalten. Zudem ist es dem

WBF ein Anliegen, dass keine neuen Erlasse geschaffen werden, die im Widerspruch zu einem möglichen bilateralen Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU stehen könnten. Daher beantragt die WEKO, dass im erläuternden Bericht zu diskutieren sei, ob bestimmte Vorgaben in der Angebotsbewirtschaftungsverordnung gegen *EU-Beihilferecht* verstossen könnten; dies insbesondere unter Berücksichtigung der vorgesehenen staatlichen Vorgaben zur Preisbildung und Höhe der Margen zugunsten von inländischen Kraftwerksbetreibern sowie den zu erwartenden Gewinnsteigerungen dieser Akteure gegenüber den ausserhalb der Angebotsbewirtschaftung geltenden Preiskonditionen auf dem freien Markt und in der Grundversorgung (vgl. nachfolgend, Rz 30 f.).

Rechtsvergleich

13. Zurzeit finden sich in Ziffer 2 des erläuternden Berichts keine rechtsvergleichenden Hinweise, obwohl «Rechtsvergleich» im Titel des massgeblichen Kapitels enthalten ist. Aus Transparenzgründen ersucht die WEKO das BWL, in den Erläuterungen kenntlich zu machen, ob es in den EU-Mitgliedstaaten gestützt auf das EU-Recht die Möglichkeit gibt, vergleichbar einschneidende *Angebotsbewirtschaftungsmassnahmen* vorzusehen, welche die Marktordnung während der Geltungsdauer einer solchen Massnahme nahezu vollständig ausser Kraft setzen können. Gemäss unserem Kenntnisstand gibt es keine vergleichbaren Angebotsbewirtschaftungsmassnahmen in einem EU-Mitgliedsstaat. Sollte dies zutreffend sein, sei dies im erläuternden Bericht entsprechend festzuhalten.

D. Zentrale Bewirtschaftung von inländischen Kraftwerken bei Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung

Antrag:

Sämtliche Kraftwerke und Speicher, welche die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Angebotsbewirtschaftungsverordnung erfüllen, seien künftig zentral durch die Swissgrid AG zu bewirtschaften. Die Entwicklung der hierfür erforderlichen technischen Prozesse für Systemdienstleistungsverantwortliche (SDV) sei voranzutreiben.

Begründung:

14. Wie vorstehend dargestellt, vertritt die WEKO die Auffassung, dass Angebotsbewirtschaftungsmassnahmen lediglich als *letztes mögliches Mittel* in Frage kommen, um die Netzstabilität für die Endkundenversorgung in der Schweiz aufrecht zu erhalten (vgl. vorne, Rz 6). Im Falle der Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung in einer solchen *Extremisituation* sollte es vermieden werden, dass für auf denselben Märkten tätige Akteure *unterschiedliche* Vorgaben gelten. Fehlende Technologieneutralität könnte in einer äusserst angespannten Versorgungslage zu Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromprodukten, -verteilung und -versorgung führen.

¹⁰ Vgl. Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 5. Auflage 2025, Rz 696; Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988, BBl 1988 III 249 ff., S. 380.

¹¹ Vgl. erläuternder Bericht, S. 4.

15. Bei Anordnung der Verordnung soll ein Ausfuhr- und Handelsverbot auf *sämtliche* inländische Produktions- und Speicherkapazitäten zur Anwendung kommen. Diesbezüglich kommt es zu keinen Ungleichbehandlungen. Hingegen sollen die Vorgaben zur *zentralen Bewirtschaftung* des Stroms durch die Swissgrid AG *nicht* auf *sämtliche Kraftwerke* angewendet werden. Davon ausgenommen sein sollen insbesondere *Wärme-Kraft-Koppelungsanlagen (WKK-Anlagen)*, auch wenn diese eine Mindestleistung über 10 MW aufweisen und an das Übertragungsnetz oder die Mittelspannungsebene des Verteilnetzes angeschlossen sein sollten.¹² Ebenso wenig sollen *Speicher* – insbesondere *Batteriespeicher als potenzielle Anbieter von Regenergie* – zentral durch die Swissgrid AG bewirtschaftet werden.

16. Insbesondere der unterschiedliche Ansatz zur *Berechnung der Vergütung für den eingespeisten Strom* könnte den Wettbewerb beeinträchtigen. Die Betreiber von zentral bewirtschafteten Kraftwerken sollen für den von ihnen eingespeisten Strom eine Vergütung basierend auf den *Gestehungskosten ihres Kraftwerks* sowie allenfalls eine *Zusatzmarge* erhalten. Dabei soll die Swissgrid AG die Gestehungskosten *pro Kraftwerk* ermitteln.¹³ Nicht zentral bewirtschaftete Kraftwerke mit einer Leistung unter 10 MW und/oder einem Netzananschluss an das Niederspannungsverteilsnetz, deren Vergütung sich in einer normalen Lage nach den *Marktpreisen* richtet, sollen die von der Swissgrid AG zu berechnenden *durchschnittlichen Kosten pro kWh* als Vergütung erhalten.¹⁴ Bei dieser *Durchschnittspreisbetrachtung* sollen die *gesamten* Importkosten sowie die Gestehungskosten *sämtlicher* zentral bewirtschafteter Kraftwerke in der Schweiz miteinbezogen werden.¹⁵ Insofern werden nicht zentral bewirtschaftete Kraftwerke basierend auf diesem Durchschnittspreis eine Vergütung erhalten, die höher oder tiefer ist als ihre Gestehungskosten. Erfahrungsgemäss nehmen die Kosten pro produzierter Energieeinheit mit zunehmender Leistung tendenziell ab. Insofern ist davon auszugehen, dass die Vergütung für solche Kraftwerke mit geringer Leistung *tief* sein wird als ihre Gestehungskosten. In Bezug auf WKK-Anlagen mit einer Leistung von über 10 MW enthält die Verordnung in Bezug auf die Höhe der Vergütung keine Vorgaben. Insofern könnten die betreffenden Betreiber diesen Strom weiterhin zu *Marktkonditionen* an einen *inländischen* Abnehmer verkaufen.

17. Überdies sollen die Betreiber von nicht zentral bewirtschafteten Kraftwerken ihren Strom weiterhin selber direkt vermarkten und ihre Vertragspartner bestimmen können. Demgegenüber bestimmt die Swissgrid AG, wer in welchem Umfang und zu welchem Preis Strom aus zentral gesteuerten Kraftwerken erhält. Mangels diesbezüglicher Vorgaben in der Verordnung sowie im erläuternden Bericht kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Unternehmen, welche von nicht zentralen gesteuerten Kraftwerken mit Strom beliefert werden, während der Angebotsbewirtschaftung privilegiert werden könnten, indem sie anteilmässig mit einer grösseren Strommenge als andere in denselben Märkten tätige Unternehmen beliefert werden. Zurzeit äussern sich die Materialien nicht dazu, inwiefern bei der zentralen Stromversorgung berücksichtigt werden soll, dass be-

stimmte Endkundinnen und Endkunden bereits Strom aus nicht zentral gesteuerten Kraftwerken erhalten.

18. Aus wettbewerblicher Sicht ist nicht nachvollziehbar, dass bestimmte Kraftwerke sowie Speicher mit vergleichbarer Leistung im Rahmen der Angebotslenkung anders behandelt werden sollen als andere Technologien, die Strom produzieren oder speichern. Aufgrund der Anforderung in Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Angebotsbewirtschaftungsverordnung wird sichergestellt, dass nur solche Anlagen in den Geltungsbereich der Verordnung fallen, welche die entsprechende *Mindestleistung von 10 MW* aufweisen. Eine sachlich nicht legitimierbare Ungleichbehandlung von WKK-Anlagen und Batteriespeichern, welche die Mindestleistung von 10 MW überschreiten sowie zumindest an die Mittelspannungsverteilsnetzebene angeschlossen sind, verletzt den *Grundsatz der Technologieneutralität*. Sollte regulatorisch der Ansatz verfolgt werden, dass nur Kraftwerke und Speicher mit einer Mindestleistung von 10 MW, *die im Normalbetrieb marktdienlich eingesetzt werden*, zentral von der Swissgrid AG verwaltet werden sollen, sollte dieser Ansatz *technologieunabhängig* gelten. Auch auf anderen Technologien basierende Kraftwerke und Speicher – wie Batteriespeicher und WKK-Anlagen – könnten ausserhalb einer Strommangellage für *netzdienliche* Zwecke einer Verteilsnetzbetreiberin eingesetzt werden. Dies ist gemäss der vom BWL vorgesehenen Konzeption jedoch per se kein Grund, um solche Technologien von der zentralen Bewirtschaftung durch die Swissgrid AG auszunehmen.

19. In Bezug auf Batteriespeicher wird im erläuternden Bericht ausgeführt, dass der Einbezug solcher Anlagen in die Angebotslenkung geprüft und allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt umgesetzt werde.¹⁶ Um Kraftwerke und Speicher zentral bewirtschaften zu können, müssten für deren Betreiber technische Prozesse für SDV entwickelt werden. Um das Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen künftig zu minimieren, beantragt die WEKO, dass die Entwicklung dieser Prozesse zeitlich forciert voranzutreiben ist, damit für *sämtliche* Kraftwerke und Speicher mit vergleichbarer Leistung bei Anordnung der Angebotslenkung dieselben Vorgaben zur Vermarktung und Berechnung der Vergütung gelten.

20. Um das Potenzial von Wettbewerbsverzerrungen zu verringern, könnten *alternativ* die Vorgaben zur Berechnung der Vergütung für zentral und nicht zentral gesteuerte Kraftwerke vereinheitlicht werden. Sofern dies systembedingt möglich ist, sollte auf Marktpreise und nicht auf Gestehungskosten abgestellt werden (vgl. sogleich, Rz 21 ff.).

¹² Vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. b Angebotsbewirtschaftungsverordnung und erläuternder Bericht, S. 6.

¹³ Vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

¹⁴ Vgl. Art. 15 Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

¹⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 1 Angebotsbewirtschaftungsverordnung und erläuternder Bericht, S. 11.

¹⁶ Vgl. erläuternder Bericht, S. 6.

E. Vergütung der inländischen Kraftwerksbetreiber

Antrag:

Es sei auf regulatorische Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Vergütung für inländische Kraftwerksbetreiber zu verzichten, sofern dies für die zentrale Angebotsbewirtschaftung nicht zwingend erforderlich ist. Dies betrifft insbesondere den in inländischen Kraftwerken erzeugten Strom, der *vor* Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung für die Versorgung von inländischen Endkundinnen und Endkunden im *Markt* veräußert wurde. In einer solchen Situation sei anstelle der Gestehungskosten auf den mit den Abnehmern *vertraglich vereinbarten* Preis abzustellen. Die Angebotsbewirtschaftungsverordnung sei entsprechend anzupassen.

Auf eine regulatorisch zu verankernde *Zusatzmarge* für zentral bewirtschaftete inländische Kraftwerksbetreiber sei zu verzichten. Art. 11 *Variante 1* der Angebotsbewirtschaftungsverordnung sei zu streichen.

Begründung:

Massgeblichkeit von vertraglich vereinbarten Marktpreisen anstelle von Gestehungskosten

21. Im Verordnungsentwurf ist angedacht, dass inländische zentral bewirtschaftete Kraftwerke für den während der Geltung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung produzierten Strom eine *gestehungskostenbasierte* Vergütung erhalten sollen; dies unabhängig davon, ob der während dieser Zeitspanne erzeugte Strom vorgängig zu *Marktkonditionen* für die Versorgung von Schweizer Endkundinnen und Endkunden veräußert wurde.¹⁷ Im erläuternden Bericht wird dieser schwerwiegende Eingriff in die freie Marktordnung damit begründet, dass mittels der Angebotsbewirtschaftungsverordnung als *Folge der zentralen Bewirtschaftung* des verfügbaren Angebots an elektrischer Energie die *Marktmechanismen* in der Schweiz für Stromlieferungen während der Geltungsdauer der Verordnung *ausgesetzt* würden. Der Schweiz-interne und der grenzüberschreitende kommerzielle Handel würden eingestellt. Entsprechend *müsse* mit dieser Verordnung auf die *Preisbildung* eingewirkt werden, damit die *finanzielle Abwicklung* der Leistungen bei Einsatz der Angebotslenkung *sichergestellt* werden könne.¹⁸

22. Um die mit der Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen zu verringern, sollte auf *regulatorische* Vorgaben zur Höhe der Vergütung der inländischen Kraftwerksbetreiber für den von diesen ins Netz eingespeisten Strom möglichst verzichtet werden, sofern dies systembedingt nicht *zwingend* erforderlich ist. Basierend auf den im erläuternden Bericht zur Verfügung gestellten Informationen kann nicht nachvollzogen werden, weshalb bei zentral gesteuerten inländischen Kraftwerken *zwingend* auf die Gestehungskosten abgestellt werden muss, falls der aus diesen Kraftwerken stammende Strom vorgängig zu *Marktkonditionen* für die *Inlandversorgung* veräußert wurde.

23. Regulatorische Vorgaben zur Preisbildung braucht es zwingend für jene Konstellationen, bei denen der Strom bis zur Anordnung der Angebotsbewirtschaftungs-

ungsverordnung *nicht verkauft* wurde. In solchen Fällen mangelt es an einem vertraglich vereinbarten Preis. Anders verhält es sich hingegen, sofern der während der Geltung der Verordnung produzierte Strom längere Zeit im Voraus auf dem Terminmarkt veräußert wurde und zur Versorgung von inländischen Endkundinnen und Endkunden eingesetzt werden soll. Beispielsweise könnten industrielle Grossverbraucher Strom aus einem bestimmten Kraftwerk ausserbörslich erwerben. Zu denken ist weiter an Konstellationen, in denen Endversorger ohne eigene Kraftwerke Strom für ihre grundversorgten Endkundinnen und Endkunden zu Marktkonditionen von einem Produzenten einkaufen. In solchen Konstellationen stellt sich die Frage, ob für die Abwicklung der Finanzflüsse zwingend auf die Gestehungskosten abgestellt werden muss und die vorgängig zu Marktkonditionen vereinbarten Preise bei der Berechnung der Vergütungshöhe nicht berücksichtigt werden können. Letzteres wäre ein weniger starker Eingriff in die Vertragsfreiheit und den Wettbewerb.

24. Dass es grundsätzlich technisch möglich sein sollte, *vertraglich vereinbarte* Kosten anstelle von Gestehungskosten für die Berechnung der Vergütung der inländischen Kraftwerksbetreiber zu verwenden, illustriert die Vorgehensweise bei *Stromimporten* in die Schweiz für die während der Angebotsbewirtschaftung nicht ausgesetzten Bezugsrechte. Diesbezüglich soll auf den zwischen den ausländischen Anbietern und den Schweizer Abnehmern vereinbarten Preis für die betreffenden Bezugsrechte – und nicht auf die Gestehungskosten der Kraftwerke – abgestellt werden.¹⁹

Zusatzmarge

25. In Art. 11 *Variante 1* der Angebotsbewirtschaftungsverordnung soll für inländische Kraftwerksbetreiber eine Zusatzmarge für die Stromerzeugung vorgesehen werden. Diese soll sich nach den jährlich vom UVEK gestützt auf die EnFV²⁰ publizierten *kalkulatorischen Zinssätzen* für Förderinstrumente für erneuerbare Energien (WACC) richten. Unter Berücksichtigung der im Jahr 2024 relevante Zinssätze wurde diesbezüglich im Verordnungsentwurf ein Wert von 5,11 Prozent angenommen. Im erläuternden Bericht wird darauf hingewiesen, dass die Vergütung basierend auf den kraftwerks-scharfen Gestehungskosten berechnet werde. Diese Gestehungskosten würden allerdings bereits eine Kapitalverzinsung aufgrund des WACC beinhalten. Dennoch würden zur Berechnung der Zusatzmarge die gesamten Gestehungskosten (inkl. WACC-Verzinsung) herangezogen.²¹ Dies führt dazu, dass sich die Marge der betroffenen Kraftwerksbetreiber mehr als verdoppeln würde (vgl. nachfolgend, Rz 30).

¹⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

¹⁸ Vgl. erläuternder Bericht, S. 4.

¹⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 1 Angebotsbewirtschaftungsverordnung sowie erläuternder Bericht, S. 10.

²⁰ Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien 1.11.2017 (Energieförderungsverordnung, EnFV; SR 730.03).

²¹ Vgl. erläuternder Bericht zu Art. 10 und 11 Angebotsbewirtschaftungsverordnung, S. 9.

26. In Art. 11 *Variante 2* der Angebotsbewirtschaftungsverordnung soll auf eine regulatorische Zusatzmarge verzichtet werden. Eine Belastung der Endkundinnen und Endkunden mit einer doppelten Marge würde damit vermieden. Dieses Vorgehen ist konsistent mit der aktuell bestehenden Praxis der ElCom für die Bestimmung der anrechenbaren Energiekosten eines Verteilnetzbetreibers zur Belieferung der Grundversorgung. Die Marge der inländischen Kraftwerke besteht somit einzig aus dem WACC, welcher in den Gesteungskosten gemäss Weisung der ElCom bereits enthalten ist.²²

27. Eine regulatorisch vorgesehene Zusatzmarge zugunsten der inländischen Kraftwerksbetreiber wäre von den Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz zu bezahlen. Gemäss der in der Verordnung vorgesehenen Konzeption soll die Swissgrid AG jeweils nach Monatsabschluss die durchschnittlichen Kosten pro kWh elektrischer Energie für den vergangenen Monat gestützt auf die Vergütung der Kraftwerksbetreiber und die Kosten für die Stromimporte berechnen. Die sich hieraus ergebenden Kosten sollen *nach Massgabe des Verbrauchs* von sämtlichen inländischen Endkundinnen und Endkunden bezahlt werden.²³ Die Endkundinnen und Endkunden mit Grundversorgung bezahlen zwar vorerhand die von den Verteilnetzbetreibern vorgängig publizierten Energietarife, allerdings würden ihnen die sich ergebenden *Mehrkosten im Falle einer regulatorischen Zusatzmarge* der Kraftwerksbetreiber in den Folgejahren über die Deckungsdifferenzen *nachverrechnet*.²⁴ Überdies sollen sämtliche ausserhalb der Strommangellage im freien Markt belieferten Grosskunden unabhängig von der Höhe ihres Verbrauchs und ihrer Leistungsspitzen denselben Preis in Rp./kWh bezahlen wie die grundversorgten Endkundinnen und Endkunden. Eine regulatorische Zusatzmarge müsste somit auch von den im freien Markt belieferten Grosskunden anteilmässig mitfinanziert werden.

28. Die WEKO lehnt eine regulatorisch garantierte Zusatzmarge für Schweizer Kraftwerksbetreiber bei Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung ab. Eine Zusatzmarge würde die mit dieser Verordnung einhergehenden massiven Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung verstärken. Von dieser Zusatzmarge sollen lediglich *zentral* bewirtschaftete Kraftwerksbetreiber profitieren.²⁵ Die Betreiber von *nicht* zentral gesteuerten Kraftwerken würden diese Marge nicht erhalten. Dies betrifft beispielsweise Kraftwerke mit einer Leistung von unter 10 MW oder WKK-Anlagen, die aufgrund einer Ausnahmbestimmung in der Verordnung nicht zentral bewirtschaftet werden sollen (vgl. vorne, Rz 15).

29. Die WEKO hält es aufgrund der nachfolgenden Überlegungen für wahrscheinlich, dass die in Variante 1 vorgesehene Zusatzmarge in einer Strommangellage zu *wesentlichen Mehreinnahmen* bei den grossen Schweizer Stromproduzenten führen würde. Die Kosten für diese Mehreinnahmen würden anteilmässig anhand des Energieverbrauchs auf die Endkundinnen und Endkunden überwältzt. Verschiedene weitere Akteure der Elektrizitätswirtschaft (Bilanzgruppenverantwortliche, Lieferanten, weitere Dienstleister) als potenzielle Konkurrenten auf den Märkten für Stromhandel und -versorgung könnten während der Geltungsdauer der Ange-

botsbewirtschaftungsverordnung hingegen keine Margen mit Stromlieferungen an Endkundinnen und Endkunden erzielen, sofern sie über keine eigenen inländischen Kraftwerke verfügen (vgl. hierzu auch vorne, Rz 8).²⁶

30. Aufgrund der geltenden regulatorischen Vorgaben werden die gebundenen Endkundinnen und Endkunden bereits heute in der Grundversorgung gestehungskostenbasiert und wenn immer möglich mit Strom aus inländischen erneuerbaren Energien beliefert. Gegenüber den Tarifierungsvorgaben in der Grundversorgung könnten Verteilnetzbetreiber mit *eigenen* Kraftwerken im Falle der Gewährung einer regulatorischen Zusatzmarge ihren Gewinn für den Energieabsatz an die Grundversorgung *mehr als verdoppeln*. Hintergrund ist, dass bereits in den Gesteungskosten der inländischen Kraftwerke eine WACC-Verzinsung enthalten ist, mit welcher der angemessene Gewinn abgegolten werden soll. Im Verordnungsentwurf ist in Variante 1 angedacht, dass die Gesteungskosten inkl. dieser WACC-Verzinsung *ein weiteres Mal* mit dem WACC von aktuell 5,11 Prozent verzinst werden sollen (vgl. vorne, Rz 25).²⁷ Dadurch entstünde ein *Zinseszinsseffekt*.

31. Im erläuternden Bericht wird – soweit ersichtlich ohne nähere Marktabklärungen – die *Vermutung* aufgestellt, dass «viele» der auf dem *freien Markt belieferten* Endkundinnen und Endkunden selbst bei Gewährung einer Zusatzmarge für die inländischen Kraftwerksbetreiber einen *tieferen* Betrag pro kWh zu bezahlen hätten, als dies im betreffenden Zeitraum ohne zentrale Angebotsbewirtschaftung der Fall wäre. Für die WEKO erscheint dies zweifelhaft. Die Vielfalt der von Endkundinnen und Endkunden mit Netzzugang im freien Markt abgeschlossenen Stromlieferverträge ist gross. Sämtliche dieser Vertragskonstrukte haben gemeinsam, dass die vereinbarten Kosten pro Energieeinheit in der Regel *wesentlich tiefer* sind als die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Konditionen in der Grundversorgung. Es gibt Grosskunden, welche den Strom ausschliesslich oder weitestgehend mittels kurzfristiger Transaktionen über einen Vermittler an der Börse einkaufen. Diese Endkundinnen und Endkunden würden in einer Strommangellage in zweifacher Hinsicht profitieren. Einerseits würden sie zentral durch die Swissgrid AG beliefert und andererseits müssten sie nicht die exorbitant hohen Kosten für den Strombezug an noch funktionierenden europäischen Strombörsen bezahlen. Insbesondere in den Jahren 2022 und 2023 waren solche Unternehmen mit massiven Zusatzkosten aufgrund der hohen Marktpreise konfrontiert. Insofern ist davon auszugehen, dass sich die Anzahl solcher Vertragskonstrukte seither wesentlich verringert haben dürfte.

²² Vgl. erläuternder Bericht, S. 10.

²³ Vgl. Art. 14 Angebotsbewirtschaftungsverordnung und erläuternder Bericht, S. 11.

²⁴ Vgl. 13 Abs. 8 Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

²⁵ Vgl. Regeste von Art. 10 Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

²⁶ Vgl. erläuternder Bericht, S. 13.

²⁷ Vgl. Weisung 2/2024 der ElCom vom 5.3.2023; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen (20.2.2025).

32. Aus Gründen der unternehmerischen Planungssicherheit ist anzunehmen, dass zahlreiche Grosskunden zu einem vertraglich vereinbarten *Fixpreis* mit Strom beliefert werden, wodurch kurzfristige Marktpreisänderungen an den europäischen Strombörsen keinen Einfluss auf die von diesen zu bezahlenden Stromkosten haben. Solche Stromlieferverträge werden regelmässig mit einer Dauer von mehreren Jahren vereinbart. Zudem ist nicht auszuschliessen, dass Stromlieferverträge keine speziellen Klauseln für den Fall einer schweren Strommangellage enthalten und die vereinbarten Preise auch in einer angespannten Versorgungslage weitergelten sollen; zumindest solange Stromlieferungen physisch möglich bleiben. Daher ist zu befürchten, dass die Vorgabe in Art. 11 Variante 1 der Angebotsbewirtschaftungsverordnung bei zahlreichen netzzugangsberechtigten Grosskunden zu *erheblichen Preissteigerungen und übermässigen Erträgen der inländischen Kraftwerksbetreiber* führen würde.

33. Bedeutsame inländische Kraftwerksbetreiber wie BKW, CKW sowie die grossen Stadtwerke, die zudem als *Verteilnetzbetreiber* tätig sind, könnten ihre Mehreinnahmen aufgrund der einzuführen beabsichtigten Zusatzmarge dazu verwenden, um ihre Stellung in dem Wettbewerb unterstellten Produktions- und Dienstleistungsmärkten zum Nachteil von auf diesen Märkten tätigen Konkurrenten zu verbessern. Solche Unternehmen sind aufgrund ihrer bereits nach geltender Rechtslage überhöhten Erträge in den gesetzlichen Monopolbereichen seit dem Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung im Jahr 2008 in zahlreiche gewerbliche Märkte vorgedrungen. Insofern sollte möglichst kein zusätzliches Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil anderer Unternehmen ohne Stromnetz und eigene Produktionsanlagen durch neue Regulierungen geschaffen werden.

34. Im erläuternden Bericht wird der Bedarf einer gegenüber dem Gewinn in der Grundversorgung *mehr als doppelt so hohen* Marge für inländische Kraftwerksbetreiber damit legitimiert, dass *Fehlansätze* reduziert werden sollen. Einerseits könnten zu tiefe Preise *verbrauchsseitig* potenziell zu Mehrverbrauch führen und andererseits bewirken, dass Betreiber von *flexibel* einsetzbaren Kraftwerken und Speichern ihre noch verfügbare elektrische Energie *vor Inkrafttreten* der Angebotslenkung *soweit möglich* zu *hohen* Preisen vermarkten würden.²⁸ Diese Begründung überzeugt nicht. Auf den Verbrauch der Endkundinnen und Endkunden sollte nicht mit Angebotsbewirtschaftungsmassnahmen eingewirkt werden. Hierfür stehen stattdessen wirksame *verbrauchslenkende* Interventionsmassnahmen wie Verbote und Verbrauchsbeschränkungen oder Kontingentierungen zur Verfügung. Zu beachten ist weiter, dass die grössten Schweizer Stromproduzenten mit Ausnahme von Alpiq durch die Kantone und Gemeinden beherrscht werden. Es wäre für die Öffentlichkeit äusserst befremdend, wenn beispielsweise grosse staatlich beherrschte Pumpspeicherkraftwerke kurz vor Beginn der Strommangellage Elektrizität ins Ausland verkaufen würden, um damit ihren Gewinn zu maximieren, was zur Folge hätte, dass die inländische Bevölkerung unterversorgt wäre.

35. In Bezug auf inländische Kraftwerke, welche vor Anordnung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung für die relevante Zeitspanne Strom für die Versorgung von Schweizer Endkundinnen und Endkunden auf dem *freien Markt* verkauften, sollte somit auf den *vertraglich* vereinbarten Preis abgestellt werden. Dieser wird zugunsten der Kraftwerksbetreiber eine unter *Wettbewerbskonditionen* zu Stande gekommene Marge enthalten.

Prozesse zur Weiterverrechnung der Energiekosten auf die Endkundinnen und Endkunden

Antrag:

Es sei regulatorisch sicherzustellen, dass Stromhändler und Endversorger bei der Weiterverrechnung der Kosten für die Stromlieferung auf die inländischen Endkundinnen und Endkunden kein finanzieller Nachteil entstehen kann. Akteure, welche mit Stromlieferungen während der Angebotsbewirtschaftung keinen Gewinn erzielen können, sollen nicht für verspätete Zahlungen oder Zahlungsausfälle von ihnen nachgelagerten Endkundinnen und Endkunden rechtlich haftbar gemacht werden können.

Begründung:

36. Die Abwicklung der Vergütung der inländischen Kraftwerksbetreiber soll über die SDV erfolgen. Die Swissgrid AG soll die Kosten für den Verbrauch der zentral bewirtschafteten Energie an die Bilanzgruppenverantwortlichen (BGV) weiterverrechnen; dies mit einer Zahlungsfrist von *30 Tagen*. Die BGV sollen diese Kosten innert 5 Tagen mit einer Frist von 22 Tagen an die Lieferanten weiterverrechnen. Die Lieferanten sollen die betreffenden Kosten mit einer Zahlungsfrist 14 Tagen auf die Endkundinnen und Endkunden weiterverrechnen.²⁹

37. Es ist davon auszugehen, dass die Endkundinnen und Endkunden in einer Angebotsbewirtschaftung höhere Preise für die Stromlieferung zu bezahlen hätten als in einer normalen Versorgungslage (vgl. vorne, Rz 30 ff.), zumal eine regulatorische Zusatzmarge für inländische Kraftwerksbetreiber zur Diskussion steht (vgl. vorne, Rz 25 ff.). Überdies ist nicht auszuschliessen, dass die inländischen Endkundinnen und Endkunden für die Schäden von inländischen Stromversorgungsunternehmen aufzukommen hätten (vgl. vorne, Rz 9). Insofern ist bei einer Angebotsbewirtschaftung von einer *erheblichen finanziellen Mehrbelastung* der Endkundinnen und Endkunden auszugehen.

²⁸ Vgl. erläuternder Bericht, S. 10.

²⁹ Vgl. Art 13 Angebotsbewirtschaftungsverordnung.

38. Ohne weitere regulatorische Vorkehrungen könnten der Swissgrid AG nachgelagerte Stromversorgungsunternehmen nach Ablauf der kurz bemessenen Zahlungsfristen in Verzug gesetzt und anschliessend gemäss den Vorgaben des SchKG³⁰ betrieben werden. Je nach Kundenportfolio, der übrigen Geschäftstätigkeit sowie den finanziellen Reserven könnten diese Unternehmen in Liquiditätsprobleme geraten. Ein Ausfall von Lieferanten könnte erhebliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den inländischen Stromversorgungsmärkten haben und sollte möglichst verhindert werden. Ein beträchtliches Risiko tragen bei der vorgesehenen Konzeption insbesondere kleinere Lieferanten mit beschränkten finanziellen Reserven. Sie tragen als erstes Glied in der Zahlungskette das Ausfallrisiko, falls Endkundinnen und Endkunden ihre Stromrechnungen nicht mehr bezahlen können. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass Stromversorgungsunternehmen ohne eigene inländische Kraftwerke während der Geltungsdauer der Verordnung keinen Gewinn mit inländischen Stromlieferungen erzielen können (vgl. vorne, Rz 8). Insofern wäre es nicht sachgerecht, wenn solche Unternehmen das Ausfallrisiko tragen müssten, falls ihnen nachgelagerte Endkundinnen und Endkunden bei Geltung der Angebotsbewirtschaftungsverordnung ihre Stromrechnungen nicht bezahlen. Solche Akteure, welche die Kosten innerhalb der Zahlungskette lediglich weiterzuverrechnen haben, ohne selber einen Gewinn generieren zu können, sollten bei Zahlungsausfällen von ihnen nachgelagerten Endkundinnen und Endkunden nicht betrieben werden.

39. Insofern sollte bei verspäteten Zahlungen oder einem Zahlungsausfall von Endkundinnen und Endkunden eine *Sonderregelung* geschaffen werden, wonach vor derhand die Swissgrid AG diese Deckungsdifferenz zu tragen hat und sie zu einem späteren Zeitpunkt auf sämtliche Endkundinnen und Endkunden weiterverrechnen kann. Weiter sollte regulatorisch verankert werden, dass ausschliesslich die Endkundinnen und Endkunden die Zahlungspflichtigen für die Versorgung des von der Swissgrid AG zentral bewirtschafteten Stroms sind und die BGV und Lieferanten lediglich *administrative Hilfstätigkeiten* bei der Kostenweiterverrechnung übernehmen sowie bei einer verspäteten Zahlung oder einem Zahlungsausfall nicht haftbar gemacht werden können.

40. Im erläuternden Bericht werden die knappen Zahlungsfristen für BGV und Lieferanten damit begründet, dass diese dazu dienen würden, um *Liquiditätsengpässen* vorzubeugen. Das im Verordnungsentwurf vorgesehene System ist so konzipiert, dass der Swissgrid AG bei Einhaltung aller Zahlungsfristen keine Deckungsdifferenzen entstehen sollen. Allerdings erscheint es zweifelhaft, ob die Swissgrid AG einen derart weitreichenden Schutz zur Verhinderung eines Liquiditätsengpasses aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse effektiv benötigt. Diesbezüglich wurden, soweit im erläuternden Bericht ersichtlich, noch keine vertiefteren Abklärungen getätigt. Aufgrund der besonderen Stellung der Swissgrid AG als nationale Netzgesellschaft, welche grösstenteils von der öffentlichen Hand und insbesondere grossen Schweizer Stromproduzenten getragen wird, gilt die Swissgrid AG zudem als ausserordentlich kreditwürdig; dies insbesondere auch aufgrund des Umstands, dass sie sämtliche ihrer Kosten aufgrund der Vorgaben in der Stromversor-

gungsregulierung überwälzen kann und ihr im Bereich des Netzbetriebs ein auf dem WACC Stromnetze basierender Gewinn zugestanden wird.³¹

³⁰ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889 (SchKG; SR 281.1).

³¹ Vgl. Art. 15 StromVG sowie Art. 13 und Anhang 1 der Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (StromVV; SR 734.71).

B 2.7	2. Stellungnahme der WEKO vom 25. September 2023 zuhanden der Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA in Sachen Zusammenschluss UBS Group AG/Credit Suisse Group AG

«Die vorliegende Stellungnahme wurde der UBS Group AG vor Verabschiedung durch die WEKO nicht im Entwurf zur Vernehmlassung vorgelegt und berücksichtigt deshalb nicht die Kommentare, die UBS Group AG nach Erstattung der Stellungnahme an die FINMA im Rahmen ihres rechtlichen Gehörs im Zusammenschlussverfahren vor der FINMA einreichte.»

Stellungnahme der WEKO gemäss Artikel 10 Abs. 3 KG und Empfehlungen gemäss Artikel 45 Abs. 2 KG vom 25. September 2023 zuhandender Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, in Bern in Sachen Zusammenschluss 41-1034 gemäss Art. 32 und 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen betreffend UBS Group AG/Credit Suisse Group AG

Inhaltsverzeichnis

A Ausgangslage 487

B Sachverhalt 491

B.1 Verfahrensgeschichte 491

B.1.1 Vorbemerkungen 491

B.1.2 Verfahrensgeschichte mit Blick auf die Erstattung der Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG 491

B.2 Zu den Sachverhaltsermittlungen der WEKO für ihre Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG 497

B.2.1 Marktbefragung 497

B.2.2 Weitere Ermittlungen 498

C Erwägungen 498

C.1 Zum Geltungsbereich und zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im konkreten Fall 498

C.1.1 Geltungsbereich 498

C.1.1.1 Unternehmen 498

C.1.1.2 Unternehmenszusammenschluss 498

C.1.1.3 Örtlicher Geltungsbereich 498

C.1.2 Vorbehaltene Vorschriften 498

C.1.3 Meldepflicht 498

C.2 Zum Verfahren gemäss Art. 10 Abs. 3 KG für Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken 499

C.2.1 Zuständigkeit FINMA und Stellungnahme WEKO gemäss Art. 10 Abs. 3 KG 499

C.2.1.1 Gesetzliche Grundlagen 499

C.2.1.2 Das Vorhaben der Parteien 499

C.2.1.3 Die Sonderzuständigkeit der FINMA bei Bankenzusammenschlüssen 500

C.2.1.4 Verfahrensrechtliche Folgen der Kompetenzattraktion der FINMA 500

C.2.1.5 Die Bedeutung der Stellungnahme der WEKO 502

C.2.2 Zum Verfahren der FINMA betreffend den vorliegenden Zusammenschluss im Einzelnen 503

C.2.3 «Failing Company Defence» 505

C.2.3.1 Einleitende Bemerkung 505

C.2.3.2 Die Einwendung der Parteien 505

C.2.3.3 Das Prüfersuchen der FINMA 506

C.2.3.4 Die Praxis der WEKO zur «Failing Company Defence» 506

C.2.3.5 Zur «Failing Company Defence» im konkreten Fall 507

C.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 511

C.3.1 Rechtliche Voraussetzungen und gewähltes Vorgehen für die Beurteilung 511

C.3.2 Beseitigung des Wettbewerbs 512

C.4 Retail Banking 513

C.4.1 Relevante Märkte 513

C.4.1.1 Sachlich relevante Märkte 513

C.4.1.2 Räumlich relevante Märkte 518

C.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten 523

C.4.2.1 Retail Banking in der Schweiz 524

C.4.2.1.1 Aktueller Wettbewerb 524

C.4.2.1.2 Zwischenergebnis 531

C.4.2.2 Markt für Hypothekarkredite im Kanton Genf 531

C.4.2.2.1 Aktueller Wettbewerb 531

C.4.2.2.2 Zwischenergebnis 534

C.4.2.3 Potentieller Wettbewerb (Retail Markt Schweiz und Kanton Genf) 534

C.4.2.4 Kollektive Marktbeherrschung 534

C.4.3 Fazit 534

C.5 Private Banking 535

C.5.1 Relevante Märkte	535
C.5.1.1 Sachlich relevante Märkte	535
C.5.1.2 Räumlich relevante Märkte	538
C.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten	540
C.5.2.1 Private Banking in der Schweiz	541
C.5.2.2 Zwischenergebnis	544
C.5.3 Fazit	544
C.6 Asset Management	544
C.6.1 Relevante Märkte	544
C.6.1.1 Sachlich relevante Märkte	544
C.6.1.2 Räumlich relevante Märkte	547
C.6.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten	550
C.6.2.1 Asset Management für institutionelle Kunden	550
C.6.2.2 Fonds und fondsähnliche Produkte	552
C.6.2.3 Global Custody	554
C.6.2.4 Passives Asset Management	555
C.6.2.5 Anlageklasse Schweizer Immobilien	557
C.6.2.6 Fondsleitung für Einanlegerfonds	558
C.6.3 Fazit	559
C.7 Corporate Banking	560
C.7.1 Relevante Märkte	560
C.7.1.1 Sachlich relevante Märkte	560
C.7.1.2 Räumlich relevante Märkte	568
C.7.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten	570
C.7.2.1 Allgemeines Corporate Banking	571
C.7.2.2 Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen	576
C.7.3 Fazit	582
C.8 Gemeinschaftswerke des Finanzplatzes Schweiz	583
C.9 Schlussfolgerungen	586
C.9.1 Empfehlungen der WEKO innerhalb des Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle	586
C.9.1.1 Voraussetzungen gemäss Art. 33 KG i. V. m. Art. 10 Abs. 2 und 4 KG erfüllt	586
C.9.1.2 Die Regelung von Art. 10 Abs. 3 KG	587
C.9.2 Empfehlungen der WEKO ausserhalb des Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle	587
C.9.2.1 Keine regulatorische Verhinderung von Markteintritten	588
C.9.2.2 Sektoruntersuchung	588

C.9.2.3 Amtshilfe und Mitwirkung	590
C.9.2.4 Memorandum of Understanding zwischen Behörden und WEKO	590
C.9.3 Exkurs: Bestehende Instrumente der WEKO für die Verhaltenskontrolle	591

D Zusammenfassung der Stellungnahme 591

A Ausgangslage

1. Am 19. März 2023 hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA («FINMA») auf Antrag der beteiligten Unternehmen, UBS Group AG («UBS») und Credit Suisse Group AG («Credit Suisse»), aus wichtigen Gründen den vorzeitigen Vollzug ihres Zusammenschlusses im Wege einer Absorptionsfusion nach Art. 32 Abs. 2 i. V. m. Art. 10 Abs. 3 KG¹ und Art. 17 VKU² noch vor Eingang der Meldung des Zusammenschlussverfahrens bewilligt.³ Die UBS und die Credit Suisse haben den Zusammenschluss am 12. Juni 2023 vollzogen.⁴ Am 31. August 2023 hat die UBS die volle Integration der Credit Suisse – so namentlich auch ihrer Schweizer Geschäfts- und Rechtseinheit, der Credit Suisse (Schweiz) AG («Credit Suisse Schweiz») – in die UBS bekanntgegeben.

2. Bei Zusammenschlüssen von Banken im Sinne des Bankengesetzes⁵ kann die FINMA die fusionskontrollrechtliche Entscheidungskompetenz ausnahmsweise an sich ziehen, wenn ihr der konkrete Zusammenschluss aus Gründen des Gläubigerschutzes als notwendig erscheint (Art. 10 Abs. 3 erster Satz KG). Sie lädt diesfalls die Wettbewerbskommission («WEKO») zu einer Stellungnahme ein (Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG). Die WEKO beurteilt in ihrer Stellungnahme zuhanden der FINMA die Auswirkungen des Bankenzusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs.

3. Diese ausserordentliche materielle Beurteilungszuständigkeit der FINMA an der Stelle der WEKO begründet im Rahmen des Geltungsbereichs dieser Norm eine ausschliessliche Entscheidungskompetenz der FINMA, die sie in Anwendung und Befolgung des kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahrens ausübt und bei der sie sowohl gläubigerschutzseitige wie auch wettbewerbsrechtliche Aspekte gesamtheitlich würdigt. Sie kann bei ihrem Entscheid die Interessen der Gläubiger allerdings vorrangig berücksichtigen (Art. 10 Abs. 3 erster Satz KG). Das hat die FINMA am 19. März 2023 mit ihrem Entscheid, den vorzeitigen Vollzug dieses Bankenzusammenschlusses zu genehmigen, faktisch bereits getan.

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

² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4).

³ Act. [...].

⁴ Act. [...]; SHAB-Meldungsnummer: HR02-1005767843.

⁵ Bundesgesetz vom 8.11.1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

4. Aus kartellrechtlicher Sicht ist die Konsequenz des Handelns und des Entscheids der FINMA vom 19. März 2023, den Bankenzusammenschluss vor Eingang der Meldung des Zusammenschlussverfahrens unwiderruflich respektive definitiv zu genehmigen, die Folgende: Der Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse lässt sich nicht mehr nachträglich untersagen, auch wenn die Untersagungsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben wären. Eine finale Zulassung unter Bedingungen und/oder Auflagen bleibt aber möglich.

5. Es liegt allerdings alleine in der Kompetenz der verfahrensführenden FINMA, ob und wie sie die nachfolgende Stellungnahme der WEKO und allfällig darin geäusserte wettbewerbliche Bedenken in ihrem anstehenden Endentscheid über den Bankenzusammenschluss adressiert und berücksichtigt. Es ist primäre Aufgabe der FINMA, Anleger, Gläubiger und Versicherte zu schützen und darüber zu wachen, dass der Schweizer Finanzmarkt funktioniert.⁶ In der Literatur wird dennoch dafür gehalten, dass die FINMA den Bedenken der WEKO soweit als möglich mittels Auflagen und/oder Bedingungen Rechnung zu tragen hat.⁷ In casu hätte die Abwägung der FINMA folglich dahin zu gehen, «so viel Wettbewerb wie möglich aufrechtzuerhalten, ohne die Stabilitätsziele des Zusammenschlusses zu gefährden».⁸

6. Die Untersagung oder die Zulassung eines Zusammenschlusses nur unter Bedingungen und Auflagen setzen gemäss Art. 10 Abs. 2 KG voraus, dass i) die durch den Zusammenschluss kausal entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung ii) zusätzlich und damit kumulativ die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringt. Mithin bestehen bei der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle im Vergleich zu Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die WEKO geht, höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen. Ergibt dieser qualifizierte Marktbeherrschungstest, dass die Eingriffsvoraussetzungen erfüllt sind, ist unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes das mildeste Mittel zu wählen, welches das wettbewerbliche Problem löst. In die Privatautonomie der Parteien soll so wenig wie möglich, aber dennoch so viel wie für den wirksamen Wettbewerb nötig eingegriffen werden.⁹

7. Der Gesetzgeber formulierte damit gewollt eine hohe Interventionsschwelle für Zusammenschlusstatbestände. Zusammenschlüsse sollen nur im Falle einer sehr hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht genehmigt werden. Weiter erfordert die Formulierung von Art. 10 KG eine dynamische Betrachtungsweise. Es ist nicht alleine die im Zeitpunkt der Beurteilung entstandene Wettbewerbslage ausschlaggebend, sondern es ist die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahren mit zu berücksichtigen. Die Möglichkeit zur Beseitigung des Wettbewerbs hat neben dem aktuellen Wettbewerb auch den potentiellen Wettbewerb zu umfassen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein.¹⁰

8. Die Auswirkungen eines Zusammenschlusses müssen für jeden betroffenen Markt (s. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU) gesondert untersucht werden. Es ist daher gepflegtes Standardvorgehen der WEKO, bei Zusammen-

schlussstatbeständen zunächst eine Einzelmarktprüfung vorzunehmen. Darüber hinaus ist aber auch eine Gesamtmarktbetrachtung vorzunehmen, welche die positiven und negativen Auswirkungen auf verschiedenen sachlichen Märkten gegeneinander abwägt sowie die Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b und Art. 10 Abs. 4 KG). So kann etwa die Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit auf dem internationalen Markt eine gewisse Unternehmensgrösse erforderlich machen, durch die das Unternehmen einen für schweizerische Verhältnisse unter Umständen kritischen Konzentrationsgrad erreicht.¹¹

9. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die neue UBS im Vergleich zu der um ein Vielfaches kleineren, national tätigen Konkurrenz grundsätzlich bereits aufgrund ihrer schieren Grösse und ihrer breit gefächerten Präsenz in der Schweiz (aber auch international) von Skalenerträgen und verschiedenen Verbundvorteilen profitieren kann.¹² Dies kann zwar zu Effizienzvorteilen führen, die den Kunden zukommen können. Es bringt jedoch auch die Möglichkeit mit sich, ein antikompetitives Verhalten an den Tag zu legen und die Marktmacht zum Nachteil von Konkurrenten und/oder Kunden auf verschiedenen Märkten auszuspielen.

10. Vorliegend hat die Stellungnahme der WEKO bereits in der Phase 0¹³ des von der FINMA geführten Zusammenschlussverfahrens UBS/Credit Suisse zu erfolgen.¹⁴ Diese informelle Vorphase zu dem eigentlichen kartellgesetzlichen Zusammenschlussverfahren, das sich in eine Phase 1 (vorläufige Prüfung) und Phase 2 (vertiefte Prüfung) aufteilt, wurde von der FINMA «massvoll aufgewertet».¹⁵ Die WEKO konnte sich daher bereits in der Phase 0 erste Marktinformationen beschaffen, die ihr nachfolgend eine grundsätzliche und weitgehende, aber nicht abschliessende Einzelmarktprüfung sowie auch

⁶ www.finma.ch (18.9.2023).

⁷ MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/SANDRO TRAVAGLINI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Auflage, 2021, Art. 10 N 199 m. w. H.; FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 10 N 220 m. w. H.

⁸ Finanz und Wirtschaft vom 1.4.2023, Bangen um Export-Know-how von CS, woraus hier ein Zitat von Prof. Andreas Heinemann, bis Ende 2022 Präsident der WEKO, verwendet wird.

⁹ Vgl. zum Ganzen BGE 133 II 104 E. 6.3 und E. 9.2.2 m. w. H., *Swissgrid*.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.12.1994, BBl. 1995 I 584 («Botschaft 1994»).

¹¹ Botschaft 1994 (Fn 10), 586.

¹² Gemäss einer Analyse mit Schweizer Bankdaten von 1997–2019 gilt dies jedoch (zumindest) betreffend Skaleneffekte nicht absolut. Gerade bei den grössten (systemrelevanten) Banken hat es laut Ergebnissen der Analyse nur wenig Evidenz für Skaleneffekte gegeben. Vgl. MARC BLATTER/ANDREAS FUSTER, Scale effects on efficiency and profitability in the Swiss banking sector, *Swiss Journal of Economics and Statistics*, 12/2022, S. 158 ff.

¹³ S. hinten Rz 25 zur weiteren Differenzierung und Erklärung der Phasen 0–2 in einem Zusammenschlussverfahren in der Schweiz.

¹⁴ S. hinten Rz 50 ff., 55 f. und 61 zu den Gründen der Erstattung der Stellungnahme der WEKO in der Phase 0.

¹⁵ S. hinten Rz 55.

erste Aussagen zu einer Gesamtmarktbetrachtung erlauben. Für ein vollständiges Bild respektive eine umfassende Aussage über die positiven und negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf verschiedenen sachlichen Märkten und ihr vertieftes Abwägen gegeneinander aus Gesamtmarktsicht wären aber weitere Ermittlungen nötig, die in einer Phase 2 des Zusammenschlussverfahrens getätigt werden könnten. Bis dahin kann es sein, dass diese Stellungnahme in der Phase 0 wettbewerbliche Probleme nicht abschliessend abschätzt.

11. Nach alledem ist an der Ausgangslage aus genereller, aber auch wettbewerblicher Sicht bemerkenswert, dass sich mit der UBS und der Credit Suisse die letzten zwei international tätigen Schweizer Grossbanken zusammengeschlossen haben; die klare Nummer 1 und die Nummer 2 der Schweizer Bankenlandschaft sind nun die einzige Schweizer Grossbank.

12. Bereits vor diesem Bankenzusammenschluss war die UBS einer der grössten globalen Vermögensverwalter. Sie bietet weltweite finanzielle Beratung und Lösungen an für private, institutionelle und Firmenkunden in der Schweiz (mit einem Netzwerk von rund 200 Geschäftsstellen und 4600 Kundenberatern) und im Ausland. Die UBS mit Hauptsitz in Zürich verfügt über eine weltweite Präsenz in allen wichtigen Finanzmärkten. Die UBS besteht aus vier Unternehmensbereichen (Global Wealth Management, Personal & Corporate Banking, Asset Management und Investment Banking) und den Konzernfunktionen.¹⁶

13. Die Credit Suisse war ein international tätiges Finanzdienstleistungsunternehmen. Sie bestand und besteht nach der Übernahme durch die UBS auf Zusehen hin weiter aus den Unternehmensbereichen Wealth Management, Asset Management, Investment Banking sowie Retail- und Corporate Banking.¹⁷

14. Mit dieser Fusion und der nun beschlossenen vollständigen Integration der Credit Suisse entsteht eine neue Schweizer Grossbank, wie es sie aktuell im Verhältnis zur Grösse der Schweiz sonst in keinem anderen Land gibt.¹⁸ Die aktuelle, kombinierte Bilanzsumme nach Integration der Credit Suisse durch UBS ist mehr als doppelt so gross wie das Schweizer Bruttoinlandprodukt (BIP) von 2022. Es gibt keine Schweizer Bank mehr, die in einem nächsten Krisenfall gross genug wäre, diese neue UBS zu retten. Die im März gezogene Option einer Schweizer Privatübernahme der Credit Suisse wird es dann für die UBS nicht mehr geben. Es bleibt nur der Schweizer Staat als «Lender or Owner of Last Resort». Damit hat die UBS erst recht eine faktische Staatsgarantie.¹⁹ Eine wettbewerbliche Folge davon ist, dass sie sich am Kapitalmarkt günstiger refinanzieren kann. Zudem hat die UBS zweifellos an Komplexität und politischem Gewicht zugenommen, was deren behördliche Beaufsichtigung und Regulierung anspruchsvoller macht.²⁰ Schliesslich birgt ein so hohes Schutzniveau einen «moral hazard», also das Risiko, dass damit in bestimmten Fällen eine unsolide Geschäftsführung von Kreditinstituten gefördert wird.²¹

15. Es liegt auf der Hand, dass die UBS durch diesen Zusammenschluss ihre Marktmacht merklich und teils bedeutend erhöht. Ihre als internationale Grossbank mit

Heimbasis Schweiz bereits in zahlreichen Märkten hohen Marktanteile in der Schweiz erhöhen sich teils um zweistellige Prozentbeträge, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Dies kann Schweizer Unternehmen vor Herausforderungen stellen, weil sie bei Finanzdienstleistungen einer starken Marktstellung der UBS gegenüberstehen und ihnen die Credit Suisse als ehemalige Hauptkonkurrentin der UBS auf dem Finanzplatz Schweiz als Alternative nicht mehr zur Verfügung steht. Die unmittelbarste und folgenreichste Wirkung dieses Zusammenschlusses liegt somit im Verlust des Wettbewerbs zwischen den nun fusionierten beiden Grossbanken und sich bisherigen Wettbewerberinnen. Der Verlust dieses gegenseitigen Wettbewerbsdrucks unter Grossbanken kann zu spürbaren Preiserhöhungen führen. Es darf davon ausgegangen werden, dass die UBS als einziges Bankinstitut mit einem umfassenden Angebot an Bankdienstleistungen für Industrie- oder Privatkunden Preiserhöhungen in Märkten mit eigener grosser Marktmacht wohl durchsetzen könnte, falls sie dies in Zukunft beabsichtigt. Würde die UBS so handeln, könnte ein weiterer wettbewerblich unerwünschter Effekt eintreten: Auch die übrigen Banken auf dem Finanzplatz Schweiz, die sich für ihre eigenen Preise an der Marktführerin orientieren, könnten es einträglicher finden, ihre Preise anschliessend an die und in Linie mit der UBS zu erhöhen.

16. Wie die Ermittlungen des Sekretariats der WEKO («Sekretariat») zeigen, war die Rivalität zwischen den Grossbanken eine wichtige Antriebskraft des bisherigen Bankenwettbewerbs in der Schweiz. Viele Industriekunden begrüsst in der Vergangenheit das kompetitive Element zwischen den beiden Grossbanken UBS und Credit Suisse. Überdies trauern sie der «Unternehmerbank» Credit Suisse Schweiz nach, die das Firmenkundengeschäft wie keine andere Bank in der Schweiz verstanden und für den Wirtschaftsstandort Schweiz hervorragend geführt habe. Sie bezweifeln teils, dass die UBS das Firmenkundengeschäft im Geschäftssinne der Credit Suisse Schweiz weiterführen kann oder will und dass für sie in gewissen spezifischen Märkten valable Bankenalternativen zur kombinierten UBS bestehen.

¹⁶ Erleichterte Meldung (Entwurf) des Zusammenschlussvorhabens UBS Group AG/Credit Suisse Group AG vom 9.6.2023 (Act. V.8; «Meldungsentwurf III»), Rz 93. Weitere Informationen über die UBS finden sich auf <www.ubs.com/global/en.html> (18.9.2023).

¹⁷ Act. V.8 (Meldungsentwurf III), Rz 95. Weitere Informationen über die Credit Suisse finden sich auf <www.credit-suisse.com/ch/en.html> (18.9.2023).

¹⁸ Insoweit vergleichbar ist, aber mit deutlich kleinerer Bilanz, nur die Nordea aufgrund ihres Umzuges von Schweden nach Finnland, ein Land mit einem deutlich kleineren BIP als die Schweiz.

¹⁹ Die UBS ist aber nicht die einzige Bank, die eine faktische Staatsgarantie geniesst. Alle als systemrelevant bezeichneten Schweizer Banken geniessen eine faktische Staatsgarantie. Aktuell sind dies neben der UBS, die ZKB, Raiffeisen und PostFinance. Des Weiteren haben auch 21 der 24 Kantonalbanken gar eine rechtliche Staatsgarantie, soweit der jeweilige Kanton für ihre Verbindlichkeiten haftet, wenn die Mittel der Bank nicht ausreichen. Die Bilanzsumme bspw. der ZKB ist grösser als die Wirtschaftsleistung des Kantons Zürich.

²⁰ Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» vom 1.9.2023 («Bericht Bankenstabilität»), S. 5, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-97593.html> (18.9.2023).

²¹ Dazu JOSEPH E. STIGLITZ, Risk, Incentives and Insurance: The Pure Theory of Moral Hazard, The Geneva Papers on Risk and Insurance, 8 (No 26, Jan. 1983), S. 4 ff., 6.: «[T]he more and better insurance that is provided against some contingency, the less incentive individuals have to avoid the insured event, because the less they bear the full consequences of their actions.»

17. Für ehemalige Kunden der Credit Suisse und der nun kombinierten UBS kann es bereits dann schwierig sein, zu anderen Anbietern zu wechseln, wenn für eine nachgefragte Bankdienstleistung nur wenige Alternativen vorhanden sind oder ihnen dafür erhebliche Umstellungskosten entstehen. Der vorerwähnte qualifizierte Marktbeherrschungstest erlaubt einen Eingriff im Rahmen der geltenden Zusammenschlusskontrolle allerdings erst und nur, wenn der Wettbewerb beseitigt ist, mithin aktuell keine valablen Alternativen zur UBS bestehen und auch mittelfristig nicht erwartet werden kann, dass solche in den Markt eintreten.²²

18. Es dürfte in diesem Zusammenhang notorisch sein – und überdies weisen die Ermittlungen des Sekretariats auch dahin –, dass Unternehmen, institutionelle Kunden und grosse Privatkunden aus Risikoerwägung in aller Regel Multibank-Beziehungen pflegen. Vor diesem Hintergrund dürften derartige Kunden, insbesondere solche, die vorher Kunden der UBS und der Credit Suisse waren, ihre Bankbeziehungen neu überdenken und alternative Bankbeziehungen erwägen. Soweit valable Alternativen bestehen oder mittelfristig entstehen können, auf die gewechselt werden kann, ist die Marktmacht und allfällig gar die marktbeherrschende Stellung der UBS in gewissen Märkten aus fusionskontrollrechtlicher Perspektive grundsätzlich hinzunehmen. Der Wettbewerb mag aus dieser Sicht nicht beseitigt sein, aber es steht dennoch ausser Zweifel, dass dieser Bankenzusammenschluss den Wettbewerb auf verschiedenen relevanten Märkten erstmal beschränkt und aus Gesamtmarktsicht Bedenken weckt.

19. Die Hauptfrage für einen aus dynamischer, wettbewerblicher Sicht funktionierenden Finanzplatz Schweiz ist somit, ob inländische oder ausländische Bankkonkurrenten in die Lücke springen, welche die Credit Suisse Schweiz hinterlässt. Der Schweizer Finanzplatz ist nachfolgend vor allem dahingehend zu untersuchen, ob trotz des Wegfalls der Credit Suisse Schweiz weiterhin valable alternative Bankenanbieter zur UBS bestehen oder solche zumindest mittelfristig, d. h. in den nächsten zwei bis drei Jahren, in den Schweizer Markt eintreten könnten. Würde festgestellt, dass keine valablen Alternativen bestehen, ist der Wettbewerb beseitigt und es drängten sich Auflagen und Bedingungen für die finale Zulassung des Zusammenschlusses auf.

20. Eine Angebotslücke im Vergleich zu dem Zustand vor dem Zusammenschluss kann sich auch daraus ergeben, dass die UBS sich aus freiem Geschäftsentscheid oder wegen konsolidierter Risikoerwägungen aus gewissen Geschäftsfeldern ganz zurückzieht, welche die Credit Suisse noch besetzte, oder ihre neu «kombinierte Tätigkeit» einschränkt ($1 + 1 < 2$). Auch die vorstehend angesprochenen freiwilligen Kundenwechsel zu alternativen Banken führen dazu, dass eins plus eins nicht automatisch zwei ergibt oder zwei bleibt.

21. Vor diesem Hintergrund ist etwa bemerkenswert, dass gemäss monatlicher Bankenstatistik der Schweizerischen Nationalbank («SNB»), deren letzten Daten vom Mai 2023 stammen, das Kreditvolumen der Grossbanken (Hypothekarkredite und übrige Kredite) im Laufe des letzten Jahres insgesamt zurückgegangen ist und der Zusammenschluss an diesen, in der Tendenz sinken-

den, Marktanteilen bisher nichts geändert hat.²³ Alleine daraus lässt sich aber nicht direkt schliessen, aber auch nicht ausschliessen, dass die beiden Grossbanken seit längerem erhöhtem Wettbewerbsdruck ausgesetzt gewesen wären und dieser Umstand die neue UBS nun Marktanteile nur oder weiter verlieren lässt, weil andere Banken bestehende Geschäftsfelder stärker bedienen oder vermehrt in neue Geschäftsfelder drängen und dadurch die neue UBS erfolgreicher konkurrenzieren. Es kann auch sein, dass die Grossbanken und nun die neue UBS sich aus freier Geschäftsentscheid oder Risikoerwägungen heraus dazu entschieden haben, ihre Aktivitäten in diesen Geschäftsfeldern zu reduzieren. Ebenso wenig bedeutet eine Marktanteilsveränderung, welche Unternehmen, institutionelle Kunden und grosse Privatkunden aus vorerwählter Risikoerwägung und Diversifikationsgründen bewirken, automatisch, dass ein (höherer) Wettbewerbsdruck auf die UBS herrschen würde.

22. Ob bestehende Konkurrenten in neue Geschäftsfelder expandieren und/oder neue Markteintritte erfolgen und damit die Lücke gefüllt wird, welche die untergegangene Credit Suisse hinterlässt, und nach Zusammenschluss «so viel Wettbewerb wie möglich aufrechterhalten wird», hängt schliesslich massgeblich davon ab, wie das politische und regulatorische Umfeld auf diesen Bankenzusammenschluss reagiert und den künftigen Finanzplatz Schweiz gestalten will. Aus wettbewerblicher Sicht dürften die Schweiz und die Schweizer Unternehmen ein grosses Interesse haben, dass die Schweiz ein international attraktiver Finanzplatz und auch Standort einer global tätigen Schweizer Grossbank bleibt. Aus wettbewerblicher Sicht sind bestehende und neue Regulierungen daher stets in ihrem Gesamtzusammenhang daraufhin zu überprüfen, ob sie dazu beitragen, dass Markteintrittsbarrieren minimiert werden und sich auf dem Markt effiziente Strukturen herausbilden können. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass die in der Schweiz beheimatete neue UBS auf den internationalen Märkten mit gleich langen Spiessen wie ihre internationalen Konkurrentinnen auftreten kann.

23. Dieser Bankenzusammenschluss musste aufgrund der weltweiten Tätigkeit der beiden Schweizer Grossbanken in zahlreichen Ländern bei Wettbewerbs- und anderen Behörden gemeldet werden. Soweit ersichtlich, haben zuständige ausländische Behörden allesamt den vorliegenden Bankenzusammenschluss bereits genehmigt.²⁴ So haben bspw. das US-amerikanische Department of Justice («DoJ») durch Fristablauf am 24. April 2023 und die Europäische Kommission («EU-Kommission») während ihrer Phase 1 am 25. Mai 2023 ihre Genehmigung für diesen Zusammenschluss erteilt.

²² Demgegenüber erfolgte unter dem SIEC-Test der Eingriff bereits, wenn der Wettbewerb signifikant beschränkt ist.

²³ <www.data.snb.ch> (18.9.2023).

²⁴ Die Zusammenschlussparteien weisen in ihrem Meldungsentwurf III darauf hin, dass bis Ende Mai 2023 alle anderen Wettbewerbsbehörden ihre Genehmigung bereits erteilt hätten ([...]).

B Sachverhalt

B.1 Verfahrensgeschichte

B.1.1 Vorbemerkungen

24. Die nachfolgende Verfahrensgeschichte beschränkt sich auf relevante Ereignisse und Wiedergaben von relevanten Korrespondenzen, die zusammen schliesslich zur Erstattung der Stellungnahme der WEKO nach Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG in der Phase 0 des Zusammenschlussverfahrens geführt haben. Die vollständige Verfahrensgeschichte gibt die FINMA in ihrem Entscheid über diesen Zusammenschluss wieder.

25. Nachfolgend wird mehrfach von den Phasen 0, 1 oder 2 des kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahrens gesprochen. Als Phase 0 wird die informelle Vorphase zum eigentlichen Zusammenschlussverfahren bezeichnet, in welcher noch keine gesetzlichen Fristen laufen. Die meldenden Unternehmen nützen die Phase 0, um dem Sekretariat vorgängig zum eigentlichen Zusammenschlussverfahren einen Entwurf der beabsichtigten Meldung zur Beurteilung ihrer Vollständigkeit vorzulegen. Als Phase 1 wird die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG bezeichnet, welche die erste Stufe des zweistufigen kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahrens darstellt. Innert einem Monat hat die WEKO summarisch zu prüfen, ob das gemeldete Zusammenschlussvorhaben unbedenklich ist oder einer vertieften Prüfung bedarf. Ergeben sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, sieht das Gesetz als zweite Stufe die vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG vor. In dieser Phase 2 werden die Wirkungen des Zusammenschlussverfahrens vertieft untersucht. Diese Prüfung wird von der WEKO innerhalb von vier Monaten durchgeführt.

26. Die WEKO und ihr Sekretariat (gesamthaft: «die Schweizer Wettbewerbsbehörden») sind der Ansicht, dass die Prüfung in Zusammenschlussverfahren, für welche die FINMA gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG an die Stelle der WEKO tritt, nach derselben anwendbaren kartellrechtlichen Verfahrensordnung zu erfolgen hat.

B.1.2 Verfahrensgeschichte mit Blick auf die Erstattung der Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG

27. Am Freitagabend, 17. März 2023, 20.30 Uhr, hat der Direktor der FINMA, Urban Angehrn, den Direktor des Sekretariats, Patrik Ducrey, telefonisch informiert, dass eine Übernahme der Credit Suisse verhandelt werde und voraussichtlich bis Sonntagabend ein Entscheid vorliege und die Zuständigkeit dafür wohl gemäss Art. 10 Abs. 3 KG bei der FINMA liegen würde.

28. Später Freitagnacht und Samstagmorgen, 18. März 2023, erfolgten zwei weitere telefonische Kontakte zwischen der FINMA und dem Direktor des Sekretariats. Es wurde unter anderem gefragt, ob die WEKO, so denn ein Zusammenschluss erfolge, ihre Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 KG der FINMA bis spätestens Sonntagmorgen, 8.00 Uhr, einreichen könne auf Basis einer Verfügung, welche die FINMA dem Direktor des Sekretariats bis Samstagabend, 20.00 Uhr, zusenden würde.

Der Direktor des Sekretariats antwortete, dass dies rein verfahrenstechnisch und auch inhaltlich nicht möglich sei, da die relevanten Informationen für eine wettbewerbsrechtliche Stellungnahme nicht vorliegen würden. Er wies die FINMA während dieser Telefonate aber darauf hin, dass sich in der aktuellen Situation ein vorzeitiger Vollzug nach Art. 32 Abs. 2 KG anbieten könnte und das eigentliche Zusammenschlussverfahren diesfalls erst nachher stattfinden könne. Die FINMA kündigte daraufhin in diesen Gesprächen an, dass sie ihre Kompetenz ausüben werde, gemäss Art. 10 Abs. 3 KG den Bankenzusammenschluss zu ihrem Entscheid an sich zu ziehen.

29. Mit Schreiben vom 19. März 2023 erklärte die FINMA gegenüber dem Sekretariat, dass sie, sollte eine Übernahme der Credit Suisse durch die UBS beschlossen werden, die Zuständigkeit gestützt auf Art. 10 Abs. 3 KG beanspruchen und damit an die Stelle der WEKO treten werde. Die FINMA beabsichtige diesfalls, den Zusammenschluss gestützt auf Art. 32 Abs. 2 KG aus wichtigen Gründen vorzeitig zu bewilligen und die WEKO nachträglich zur Stellungnahme einzuladen.²⁵

30. Gleichentags brachte die FINMA der WEKO ihre Verfügung vom 19. März 2023 in Sachen UBS und Credit Suisse betreffend Bewilligung vorläufiger Vollzug des Zusammenschlusses nach Art. 32 Abs. 2 KG zur Kenntnis, in welcher sie auf Antrag der UBS und Credit Suisse (gemeinsam: «beteiligte Unternehmen», «Zusammenschlussparteien» oder «Parteien») aus wichtigen Gründen den vorzeitigen Vollzug des Zusammenschlusses nach Art. 32 Abs. 2 i. V. m. Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 17 VKU noch vor Eingang der Meldung des Zusammenschlussverfahrens bewilligte.²⁶ Die FINMA erwog darin, dass aufgrund der Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit der Credit Suisse der vorzeitige Vollzug des Zusammenschlusses dringlich und im überwiegenden Interesse der Gläubiger der Bank mit Wirkung ab dem 19. März 2023 zu bewilligen sei. Sie führte erläuternd dazu aus, dass sich die Credit Suisse in einer akuten Vertrauenskrise befinde, weshalb seit Oktober 2022 zahlreiche Kundinnen und Kunden ihre Einlagen und verwalteten Vermögen von der Credit Suisse abgezogen hätten und die Bank deswegen grosse Teile ihrer Liquiditätspuffer bereits aufgebraucht habe. Verwerfungen auf dem US-Bankenmarkt im März 2023 und die damit einhergehende Unsicherheit im Bankensektor hätten zu weiteren starken Abflüssen bei der Credit Suisse geführt. Die Credit Suisse habe sich im Markt nicht mehr ausreichend refinanzieren können und es habe damit die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit der Bank bestanden.

31. Am 20. und 21. März 2023 erfolgten erste telefonische Kontakt- und Abstimmungsmassnahmen zwischen dem Sekretariat und der FINMA auf Stufe der sich bildenden Case Teams. Auf Vorschlag der FINMA wurde ein erstes bilaterales, technisches Treffen zwischen den Case Teams der FINMA und der WEKO auf den 28. März 2023 terminiert.

²⁵ Act. [...].

²⁶ Act. [...].

32. Seither stehen das Sekretariat und die FINMA in ständigem Kontakt. Die FINMA als verfahrensführende Behörde koordiniert das weitere Verfahren betreffend diesen Zusammenschluss mit den Schweizer Wettbewerbsbehörden. Wie es sich aus der weiteren Schilderung der Verfahrensgeschichte und der Sachverhaltsermittlungen ergibt, unterstützt das Sekretariat die FINMA mit seiner Expertise zu kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahren und es erhob im weiteren Verfahrensverlauf im Namen und zuhanden der verfahrensführenden FINMA sachverhaltliche Auskünfte.

33. Am 3. April 2023 reichten die beteiligten Unternehmen die Meldung des Zusammenschlussvorhabens UBS/Credit Suisse bei der FINMA und der WEKO ein.²⁷ Die Parteien beantragten:

1. Die Transaktion sei unter Verzicht auf die Einleitung einer Prüfung gemäss Art. 33 KG für unbedenklich zu erklären;
2. Die vorliegende Meldung sei als erleichterte Meldung im Sinne von Art. 12 VKU entgegenzunehmen. Insbesondere sei den meldenden Parteien die Einreichung zusätzlicher Informationen zu erlassen.

34. Diese Anträge wurden explizit unter Bezugnahme auf ein Schreiben der Credit Suisse vom 19. März 2023 an die FINMA gestellt, in welchem bereits einerseits die Genehmigung des Zusammenschlusses unter Verzicht auf die Einleitung einer vertieften Prüfung im Sinne von Art. 33 KG und andererseits die Bewilligung des vorläufigen [sic!] Vollzugs gemäss Art. 32 Abs. 2 KG²⁸ mit Wirkung ab dem 19. März 2023 betragt worden war.

35. Im gleichen Schreiben wird ausgeführt, dass «[i]n Anbetracht der Lage von Credit Suisse UBS vom Eidgenössischen Finanzdepartement, der Schweizerischen Nationalbank und der FINMA aufgefordert wurde, die Übernahme des gesamten Geschäfts von Credit Suisse ernsthaft zu prüfen. Wie mit den Vertretern der Regierung und FINMA vereinbart, [...]»²⁹

36. Die Meldung vom 3. April 2023 enthielt auf 44 Seiten relativ ausführliche Bemerkungen zur Notwendigkeit des Zusammenschlusses aus Gründen des Gläubigerschutzes, aber nur knappe und rudimentäre Ausführungen zu den relevanten und betroffenen Märkten sowie Auswirkungen dieses Zusammenschlusses.

37. Das Sekretariat hat diese Meldung auf ihre Vollständigkeit gemäss Art. 11 VKU geprüft und der FINMA im Vorfeld des ersten trilateralen Treffens zwischen der FINMA, dem Sekretariat und den beteiligten Unternehmen folgenden, den Parteien durch die FINMA zu unterbreitenden Vorschlag bezüglich des weiteren Vorgehens mitgeteilt:³⁰

- Es ist ein ordentliches Zusammenschlussverfahren durchzuführen, wozu auch die Prüfung von Auflagen und/oder Bedingungen gehört, sollten wettbewerbliche Bedenken bei diesem vorzeitig vollzogenen Zusammenschluss bestehen. Erst auf Grundlage der ordentlichen Ermittlungen kann die FINMA die gesetzlich vorgesehene Interessenabwägung zwischen Schutz des Wettbewerbs und Gläubigerschutz durch-

führen und definitiv über den Zusammenschluss befinden.

- Meldeerleichterungen sind gemäss VKU vor dem Einreichen der Meldung einvernehmlich mit dem Sekretariat festzulegen, was auch für das vorliegende Verfahren analog gilt (Art. 12 VKU, Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben vom 5. Februar 2021³¹ Rz 5). Vorliegend wurde der Inhalt einer erleichterten Meldung nicht vorgängig mit der FINMA abgesprochen. Eine erleichterte Meldung kommt daher grundsätzlich nicht mehr in Frage, da die definitive Meldung eingereicht wurde. Die fehlenden Unterlagen für eine vollständige Meldung der Parteien sind im ordentlichen Zusammenschlussverfahren zu beschaffen.
- Die Ausführungen in der Meldung fallen wesentlich zu knapp und generell unvollständig aus. Es liegt keine vollständige Meldung vor. Die Parteien scheinen ebenfalls von der Unvollständigkeit der Meldung auszugehen, wie sich aus ihrem Antrag um erleichterte Meldung erschliesst. Die geringe Substanz der Meldung stellt auch keine Grundlage dafür dar, um, so denn man noch könnte, basierend darauf über Meldeerleichterungen einvernehmlich befinden zu können.
- Für das weitere Vorgehen sehen die FINMA und das Sekretariat zwei Optionen:
 1. Innert zehn Tagen wird der Eingang einer unvollständigen Meldung bestätigt und die Parteien werden aufgefordert, die Meldung gemäss den Vorgaben des Merkblatts und Formulars der Wettbewerbskommission, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, und der Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur Praxis bei Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 1. Oktober 2019³² zu ergänzen (Art. 14 VKU).
 2. Die Parteien ziehen ihre jetzige unvollständige Meldung zurück. Auf Grundlage eines wesentlich ergänzten Meldungsentwurfes könnte alsdann einvernehmlich über allfällige Meldeerleichterungen befunden werden.

²⁷ Act. [...].

²⁸ Gemäss der Zusammenschlusspraxis handelt es sich bei der Bewilligung nach Art. 32 Abs. 2 KG um eine definitive Vollzugserlaubnis, wofür in der Regel der Begriff «vorzeitiger Vollzug» verwendet wird. Dieser definitive vorzeitige Vollzug ist vom «vorläufigen Vollzug» gemäss Art. 33 Abs. 2 KG zu unterscheiden, der nur für die Dauer des Verfahrens resp. für die Dauer der vertieften Prüfung gemäss Art. 33 KG (oder Phase 2) gilt und mit dem Endentscheid in der Hauptsache dahinfällt.

²⁹ Act. [...].

³⁰ Act. [...].

³¹ «www.weko.admin.ch» > Rechtliches/Dokumentation > Meldeformulare (18.9.2023).

³² «www.weko.admin.ch» > Rechtliches/Dokumentation > Meldeformulare (18.9.2023).

- Waiver: Es wird erwartet, dass die Zusammenschlussparteien zeitnah umfassende Waiver-Erklärungen zugehen lassen, die es der FINMA und der WEKO erlauben, sich mit allen involvierten Behörden in der Schweiz und im Ausland frei über diesen Zusammenschluss und damit zusammenhängenden Fragen auszutauschen.

38. Am 5. April 2023 fand das erste trilaterale Treffen zwischen der FINMA, dem Sekretariat und den Parteien statt. Das Sekretariat begründete den Parteien unter anderem die Unvollständigkeit der Meldung vom 3. April 2023 und regte an, diese lediglich als Meldungsentwurf zu behandeln mit der Konsequenz und den Vorteilen, dass der Fristenlauf gemäss Art. 32 Abs. 1 KG nicht ab dem 3. April 2023 ausgelöst würde und der reduzierte Inhalt einer erleichterten definitiven Meldung nach Art. 12 VKU noch einvernehmlich festgelegt werden könnte. Weiter könnten die benötigten Informationen für eine Stellungnahme der WEKO nach Art. 10 Abs. 3 KG geordnet gesammelt werden, so etwa mittels Fragebögen an Konkurrenten und Kunden. Das Einverständnis der Parteien vorausgesetzt, könnten Fragebögen bereits in der Phase 0 des Zusammenschlussverfahrens versandt werden.

39. Mit Schreiben vom 12. April 2023 erklärten sich die Parteien einverstanden, dass die Eingabe vom 3. April 2023 durch die FINMA als Meldungsentwurf behandelt wird und basierend auf diesem Entwurf so bald wie möglich durch die UBS und Credit Suisse die definitive Meldung erarbeitet wird.³³

40. Mit Schreiben vom 13. April 2023 ersuchte das Sekretariat die FINMA, der WEKO und dem Sekretariat schriftlich Transparenz über die beabsichtigte Verfahrensführung und den damit verbundenen Einbezug der WEKO und ihrer Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 KG zu verschaffen. Das Sekretariat fragte in diesem Zusammenhang auch, ob die FINMA den Parteien bereits verbindliche Zusicherungen in Bezug auf das Verfügen oder Nichtverfügen von Auflagen und Bedingungen in diesem Zusammenschlussverfahren abgegeben hätte. Weiter wies das Sekretariat darauf hin, dass der Meldungsentwurf der Parteien zahlreiche betroffene Märkte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU aufzeigt, in welchen ihr gemeinsamer Marktanteil 20 % oder (deutlich) mehr beträgt, weswegen bereits jetzt Anhaltspunkte nach Art. 10 Abs. 1 KG bestehen, welche die Durchführung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG (Phase 2) anzeigen, damit die Marktstellung der Parteien und die Auswirkungen des Zusammenschlusses aus wettbewerblicher Sicht vertieft beurteilt werden können. Zudem wies das Sekretariat darauf hin, dass seitens der FINMA noch keine Einladung an die WEKO zur Stellungnahme in diesem Zusammenschlussverfahren nach Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG ergangen ist. Diese sollte zeitnah nach Bestätigung der Vollständigkeit der Meldung des Zusammenschlusses an die Parteien gemäss Art. 14 VKU durch die FINMA ergehen.³⁴

41. Am 14. und 17. April 2023 reichten die UBS bzw. die Credit Suisse der FINMA und dem Sekretariat die einverlangten «confidentiality waivers» für Kontakte mit der EU-Kommission und dem Justizministerium der Vereinigten Staaten, DoJ, ein.³⁵

42. Am 24. April 2023 reichten die Parteien ihren zweiten, überarbeiteten Meldungsentwurf ein.³⁶ Die Parteien halten darin an ihren beiden Anträgen unverändert fest und führen zu dem überarbeiteten Meldungsentwurf zusammengefasst Folgendes aus: Wie besprochen beschreibt dieser Meldungsentwurf ausführlicher die vom Sekretariat erwähnten Segmente (i) Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr, (ii) traditionelles Banksparen, (iii) Hypothekarkredite und (iv) Firmenkredite. Der Meldungsentwurf zeigt, dass UBS und Credit Suisse in diesen vier Segmenten seit 1998 konstant Marktanteile an ihre Konkurrenz (u. a. Kantonalbanken und Raiffeisen) verloren haben, was schon alleine zeigt, dass in jedem Fall wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Der Meldungsentwurf wurde zudem um eine Beschreibung der verschiedenen Märkte erweitert. Die Parteien baten die FINMA um Mitteilung, wo sie weitere Informationen als unerlässlich ansieht.

43. Im Auftrag der FINMA prüfte das Sekretariat den zweiten Meldungsentwurf auf dessen Vollständigkeit gemäss Art. 11 VKU.

44. Am 28. April 2023 teilte das Sekretariat der FINMA mit, dass auch der zweite Meldungsentwurf nicht vollständig ist. Dieser Mitteilung war ein Schreiben zuhänden der Parteien beigefügt, das summarisch aufzeigte, in welchen Teilen der zweite Meldungsentwurf ungenügend ist und in welchen Bereichen und Märkten das Sekretariat eine erleichterte Meldung für zulässig erachtet. Das Sekretariat empfahl der FINMA, dieses Schreiben zeitnah zu versenden, damit die Parteien ohne Verzug an der Ergänzung ihrer Meldung weiterarbeiten können. In genereller Hinsicht fügte das Sekretariat an, dass die Phase 0 beschleunigt werden kann, wenn alle Beteiligten proaktiv an der Vervollständigung der Meldung arbeiten würden. Die anwaltlich vertretenen Parteien wurden daher ersucht, die Meldung nicht bloss reaktiv bzw. auf Rückfrage der Behörden hin zu verbessern und zu vervollständigen, sondern sich proaktiv darum zu bemühen, eine in allen Aspekten und über alle fraglichen Märkte hinweg rechtsgenügende Meldung gemäss gefestigter Zusammenschlusspraxis einzureichen.³⁷

45. Am 2. Mai 2023 erkundigten sich die Parteien bei der FINMA mit Kopie ans Sekretariat nach dem Stand der Rückmeldung zum zweiten Meldungsentwurf. Zudem gaben die Parteien «aus praktischen Gründen» ihr Einverständnis, dass schon vor Einreichung ihrer definitiven Meldung respektive in der Phase 0 Fragebögen an Dritte verschickt werden dürfen, sofern sie Visibilität und Transparenz bezüglich der angesprochenen Respondenten und der gestellten Fragen haben. Die EU-Kommission sei ebenfalls transparent bezüglich der Fragebogen-Adressaten, die sie anschreibe.³⁸

³³ Act. [...].

³⁴ Vgl. zum Ganzen Act. [...].

³⁵ Act. [...] und Act. [...].

³⁶ Act. [...].

³⁷ Act. [...].

³⁸ Act. [...].

46. Am 5. Mai 2023 teilte die FINMA den Parteien die Unvollständigkeit des zweiten Meldungsentwurfs mit. Dazu leitete die FINMA die ersten Feststellungen der WEKO vom 28. April 2023 weiter mit der Bitte, den Meldungsentwurf entsprechend zu ergänzen und zu überarbeiten. Weiter teilte die FINMA den Parteien mit, dass Fragebögen in Abstimmung zwischen dem Sekretariat und der FINMA erarbeitet würden und das Sekretariat deren Versand aus verfahrensökonomischen Gründen direkt vornehmen könne.³⁹

47. Am 17. Mai 2023, anlässlich einer Telefonkonferenz, haben die FINMA, das Sekretariat und die Parteien den Stand der Dinge sowie die weiteren Schritte und den Zeitplan besprochen. Dabei wurde erneut das Begehren der Parteien besprochen, das Zusammenschlussverfahren in Phase 1 zu beenden und den Zusammenschluss unter Verzicht auf die Einleitung einer Prüfung gemäss Art. 33 KG für unbedenklich zu erklären.

48. Am 23. Mai 2023 antwortete die FINMA auf das Schreiben des Sekretariats vom 13. April 2023 (s. Rz 40).⁴⁰ Sie betonte erneut, dass die Kompetenzattraktion und die Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs des Zusammenschlusses am 19. März 2023 im Interesse des Gläubigerschutzes notwendig war, damit vom Finanzplatz Schweiz und den internationalen Finanzmärkten grösserer Schaden abgewendet werden konnte. Die FINMA hob weiter Folgendes hervor: Der Finanzplatz befand sich damals in einer ausserordentlichen Lage, die sich ab Mitte März dramatisch zuspitzte. Die Credit Suisse litt an einer schweren Vertrauenskrise, was sich in bedeutenden Abflüssen von Kundengeldern manifestierte. Es bestand die akute Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit. Darüber hinaus drohte in einem fragilen Umfeld aufgrund der nationalen und internationalen Verflechtung der Credit Suisse ein destabilisierendes Übergreifen auf das gesamte Finanzsystem. Eine rasche Lösung zur Sicherung der Finanzstabilität und zum Schutz der Schweizer Volkswirtschaft wurde unumgänglich. Dabei erwies sich der Zusammenschluss mit der UBS als der zielführendste Schritt. Zugunsten dieser Lösung sprachen vor allem die Solidität und professionelle Eignung der Übernehmerbank, was rasch zur Wiederherstellung des Vertrauens auf den Finanzmärkten beigetragen hat.

49. In ihrem Schreiben gab die FINMA hinsichtlich ihrer gesetzlichen Güterabwägung zwischen den für sie vorrangigen Gläubigerinteressen und wettbewerblichen Anliegen bekannt, dass dabei ausreichend zu würdigen ist, dass die Credit Suisse heute nicht mehr kapitalmarktfähig ist, ohne fremde Hilfe nicht überleben könnte und (retrospektiv) mit hoher Wahrscheinlichkeit vom Markt verschwunden wäre. Vor diesem Hintergrund gab die FINMA zu bedenken, dass gewisse weitreichende Auflagen wie z. B. eine rechtliche Aufspaltung des Schweizer Geschäfts sich möglicherweise als a priori nicht durchführbar erweisen. Zwischen dem Anspruch auf Wettbewerb und dem Fortbestand des Unternehmens kann daher ein Zielkonflikt nicht ausgeschlossen werden. Dabei wird die FINMA die Interessen der Bankkunden, die Transaktionssicherheit und die Stabilität des Finanzplatzes höher gewichten müssen.

50. Die FINMA schrieb weiter, dass sie das Verfahren unabhängig und unvoreingenommen führen sowie eine sorgfältige Beurteilung des Zusammenschlusses entlang des kartellrechtlich vorgesehenen Verfahrens und auf Basis einer soliden Erhebungsgrundlage vornehmen wird. Auch wenn die FINMA den Zusammenschluss im Interesse des Gläubigerschutzes unterstützt, hat sie gegenüber den Parteien keine Zusicherungen gemacht, weder in Bezug auf das Verfügen noch das Nichtverfügen von wettbewerbsrechtlichen Auflagen oder Bedingungen. Die FINMA wird sich auch nicht a priori einer ordentlichen Prüfung verschliessen. Solches innerhalb nur eines Monats ab Eingang der vollständigen Meldung in der Phase 1 zu entscheiden, erachtet die FINMA unter Berücksichtigung der Bedeutung des Falles und der Notwendigkeit der Abstimmung mit den Schweizer Wettbewerbsbehörden als zu knapp. Das Ergebnis für eine erste Beurteilung, ob eine ordentliche Prüfung erforderlich ist, sollte daher bereits in der Phase 0 sichtbar sein.

51. Die FINMA hält es aus vorstehenden Gründen daher für erforderlich, die WEKO dazu einzuladen, noch vor Abschluss der Phase 0 eine Stellungnahme im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG abzugeben, welche sich neben der Vollständigkeit der Meldung insbesondere auch materiell zu Anhaltspunkten einer marktbeherrschenden Stellung, der Notwendigkeit einer ordentlichen Prüfung sowie allfälligen Bedingungen und Auflagen äussert.

52. Am 25. Mai 2023 replizierte das Sekretariat auf das Schreiben der FINMA vom 23. Mai 2023.⁴¹ Darin bedankte es sich für die Einladung an die WEKO, eine Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG einzureichen. Weiter teilte es der FINMA mit, dass die WEKO an ihrer Sitzung vom 19. Juni 2023 entscheiden wird, ob sie bereit ist, ihre Stellungnahme der FINMA bereits in der Phase 0 abzugeben. Das Sekretariat hielt dazu fest, dass es rein formell fraglich ist, ob eine Stellungnahme der WEKO in der Phase 0, mithin vor der Einreichung der definitiven Meldung der Zusammenschlussparteien, rechtlich überhaupt möglich ist. Materiell wies das Sekretariat nochmals darauf hin, dass die Voraussetzungen für die Durchführung einer Phase 2 bereits jetzt gegeben sind, namentlich Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte. An dieser, gegenüber der FINMA bereits im Schreiben des Sekretariats vom 13. April 2023 geäusserten Einschätzung hat der ergänzte Meldungsentwurf vom 24. April 2023 nichts geändert. Ohnehin ist in grundsätzlicher Weise der Auffassung der FINMA entgegenzutreten, die WEKO habe nur eine Stellungnahme dahingehend abzugeben, ob in diesem Zusammenschlussverfahren Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung oder deren Verstärkung bestehen. In ihrer Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG hat die WEKO vielmehr die Auswirkungen des Zusammenschlusses UBS/Credit Suisse auf die Wirksamkeit des

³⁹ Act. [...].

⁴⁰ Act. [...].

⁴¹ Act. [...].

Wettbewerbs zu beurteilen und, sollte in gewissen Märkten eine qualifizierte Marktbeherrschung festgestellt werden, der FINMA Bedingungen und Auflagen zu deren Behebung vorzuschlagen. Die verfahrensführende FINMA befindet in ihrem Endentscheid über den Zusammenschluss, wie sie die Interessen der Gläubiger und die wettbewerbliche Einschätzung des Zusammenschlusses der WEKO gegeneinander abwägt.

53. Das Sekretariat schrieb weiter, dass, möchte die FINMA die Beurteilung des Zusammenschlusses ordnungsgemäss und entlang des kartellrechtlich vorgesehenen Verfahrens vornehmen, sich die gesetzlichen Prüf- und daraus folgenden Verfahrensschritte in die Phasen 1 und 2 aufteilen würden. Die FINMA beschreibt aber ein «Verfahren sui generis», mit Hilfe dessen alle notwendigen Verfahrensschritte zur Vorbereitung des Endentscheids in Phase 0 durchgeführt werden sollen. Eine erreichte Verfahrensbeendigung in der Phase 1 erspart der FINMA und den Zusammenschlussparteien eine vertiefte Prüfung (Phase 2) und die damit verbundene Publizität zufolge der in Art. 33 Abs. 1 KG vorgesehenen Veröffentlichung des wesentlichen Inhalts der Meldung des Zusammenschlusses und Fristeinräumung, innerhalb welcher Dritte zu dem gemeldeten Zusammenschluss Stellung nehmen können.

54. Das Sekretariat riet der FINMA von diesem Vorgehen ab. Es hielt allerdings auch fest, dass die Verfahrenshoheit in casu bei der FINMA ist und das Interesse der WEKO in der Erstattung einer ordnungsgemässen Stellungnahme im Sinne von Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG im von der FINMA geführten Verfahren liegt.

55. Am 7. Juni 2023 duplizierte die FINMA auf das Schreiben des Sekretariats vom 25. Mai 2023.⁴² Sie hob hervor, dass sie sich an den Regeln des Kartellgesetzes und der dortigen Verfahrensordnung orientiert. Es zeigt sich jedoch, dass die kartellrechtlichen Bestimmungen nicht durchwegs zum vorliegenden Fall passen. Insbesondere die Vorgabe von Art. 32 Abs. 1 KG, innerhalb eines Monats ab Eingang der vollständigen Meldung einen richtungsweisenden Entscheid zu fällen, ist nicht realistisch. Die FINMA erachtet es daher als sinnvoll und vertretbar, die Phase 0 «massvoll» aufzuwerten und gewisse Verfahrenselemente in dieses Stadium vorzuverlegen. Dadurch kann zusätzlicher Handlungsspielraum geschaffen, Meldungsinhalte ausserhalb des Fristenkorsetts einvernehmlich festgelegt, Marktdaten erhoben und der Prüfgegenstand auf die wesentlichen Bereiche ausgerichtet werden.

56. Die FINMA meint ferner, im weiteren Verfahrensablauf bestehe die Möglichkeit, dass die FINMA trotz Anhaltspunkten für eine Marktbeherrschung bereits nach der vorläufigen Prüfung eine finale Beurteilung fällt. Bei dieser Ausgangslage sieht die FINMA eine Notwendigkeit, der WEKO frühzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Weder Gesetz noch Materialien äusserten sich zu Inhalt und Zeitpunkt der Stellungnahme nach Art. 10 Abs. 3 KG.

57. Gemäss FINMA sollte die Stellungnahme der WEKO mindestens die folgenden Punkte abdecken:

- Auswertung der Meldung und der Fragebögen; materielle Beurteilung möglicher Anhaltspunkte für eine

marktbeherrschende Stellung oder Verstärkung einer solchen (in welchen konkreten relevanten Märkten sieht die WEKO eine Marktkonzentration, mit Erläuterungen zu Marktabgrenzung, Marktanteilen und Eintrittsbarrieren);

- Notwendigkeit einer ordentlichen Prüfung;
- Allfällige Bedingungen, Auflagen und Massnahmen, die aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als sinnvoll erachtet werden;
- Beurteilung des Argumentes der «Failing Company Defence» (vor dem Hintergrund der ausserordentlichen Lage, in der sich die Credit Suisse befand und wie im FINMA-Schreiben vom 23. Mai 2023 dargelegt wurde).

58. Am 9. Juni 2023 reichten die Parteien ihren dritten, überarbeiteten Meldungsentwurf ein («Meldungsentwurf III»)⁴³. Die Parteien halten an ihren beiden Anträgen unverändert fest und führen zu dem überarbeiteten Meldungsentwurf zusammenfassend Folgendes aus: Im stark erweiterten Meldungsentwurf werden die Fragen des Fragebogens des Sekretariats vom 5. Mai 2023 umfassend beantwortet. Aus den detaillierten Angaben des Meldungsentwurf geht hervor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt.

59. Dieser Meldungsentwurf III diene den Schweizer Wettbewerbsbehörden als Arbeitsgrundlage für die Ausarbeitung und den Versand der Fragebögen an Konkurrenten, Kunden und Verbände sowie die vorliegende Stellungnahme. Dessen Inhalt wird, soweit relevant, nachfolgend diskutiert, womit sich eine zusammengefasste inhaltliche Wiedergabe an dieser Stelle erübrigt. Das Sekretariat informierte die FINMA im Nachgang zu seiner Prüfung des dritten Meldungsentwurfs, dass mit diesem Entwurf gearbeitet werden könne, da er grundsätzlich vollständig sei, auch wenn einzelne Punkte klärungsbedürftig seien und Rückfragen nötig machen könnten.

60. Am 12. Juni 2023 teilten die Parteien der FINMA und dem Sekretariat den Vollzug der Fusion mit.⁴⁴

61. Am 19. Juni 2023 erklärte sich die WEKO trotz Vorbehalte zur Verfahrensführung, die der FINMA mit Schreiben vom 25. Mai 2023 mitgeteilt worden waren, dazu bereit, ihre Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG der FINMA ausserordentlich bereits in der Phase 0 zu erstatten. Die WEKO betonte allerdings dazu, dass sie alleine über den Inhalt dieser Stellungnahme bestimmt. Der Inhalt wird sich zwangsläufig auch danach bestimmen, wie umfassend die WEKO den Sachverhalt unter der gegebenen Verfahrensführung und den zeitlichen Vorgaben der FINMA hat ermitteln und beurteilen können.

⁴² Act. [...].

⁴³ Act. [...].

⁴⁴ Act. [...].

62. Am 21. und 22. Juni 2023 stellte das Sekretariat der FINMA bzw. den Parteien die ausgearbeiteten Fragebögen an Konkurrenten und den Fragebogen an Verbände und weitere Fachorganisationen zur Kenntnisnahme und für allfällige Bemerkungen zu.⁴⁵

63. Am 26. Juni 2023 haben die Parteien dem Sekretariat Änderungsvorschläge und Kommentare zukommen lassen.⁴⁶ Das Sekretariat hat diese geprüft und teilweise berücksichtigt.

64. Am 28. Juni 2023 versandte das Sekretariat 56 Fragebögen an Verbände und weitere Fachorganisationen. Innerhalb der bis zum 12. Juli 2023 erstreckten Frist wurden 48 Rückmeldungen verzeichnet, 42 davon versehen mit Antworten.

65. Am 29. Juni 2023 versandte das Sekretariat 106 Fragebögen an Banken und weitere Konkurrenzunternehmen. Innerhalb der bis zum 18. Juli 2023 erstreckten Frist antworteten 99 der Befragten, zwei weitere Banken haben ihre Antworten in Absprache mit dem Sekretariat Ende Juli bzw. Mitte August eingereicht.

66. Am 14. Juli 2023 stellte das Sekretariat der FINMA und den Parteien die ausgearbeiteten Fragebögen an Firmenkunden und Kunden im Bereich Asset Management zur Kenntnisnahme und für allfällige Bemerkungen zu.⁴⁷ Das Sekretariat gab ferner bekannt, dass es plane, diese Fragebögen an eine Auswahl der von der UBS und Credit Suisse angegebenen Kunden unterschiedlicher Grösse zu senden sowie ggfs. zusätzlich an ein paar Unternehmen, die sich von sich aus beim Sekretariat gemeldet haben.

67. Am 17. Juli 2023 haben die Parteien dem Sekretariat Änderungsvorschläge und Kommentare zukommen lassen.⁴⁸ Das Sekretariat hat diese geprüft und teilweise berücksichtigt.

68. Am 19. Juli 2023 versandte das Sekretariat 60 Fragebögen an 40 Firmenkunden und 20 Kunden im Bereich Asset Management. Innerhalb der bis am 10. respektive 17. August 2023 erstreckten Frist sowie auch noch in den Folgetagen gingen 53 Rückmeldungen ein.

69. Gleichentags fand eine weitere trilaterale Diskussion zwischen der FINMA, dem Sekretariat und den Parteien statt. Unter anderem wurde von den Parteien gefragt, ob sie den Antrag und Entwurf des Sekretariats für die Stellungnahme der WEKO gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG analog zu dem Vorgehen, das in Phase 2 eines Zusammenschlusses gepflegt werde, zur Stellungnahme erhalten würden. Am 25. Juli antwortete das Sekretariat, dass die FINMA das Verfahren führt und darin die Parteirechte wahrt. Die WEKO führt kein separates Verfahren zu dem FINMA-Verfahren, sondern gibt in diesem lediglich eine Stellungnahme zuhanden der FINMA ab. Die UBS hat folglich später Gelegenheit, sich im FINMA-Verfahren gegenüber der Entscheidbehörde zur Stellungnahme der WEKO zu äussern. Eine Verdoppelung dieses Vorgangs ist nicht angezeigt. Die WEKO berücksichtigt in ihrer Stellungnahme aber selbstverständlich den nahezu vollständigen Meldungsentwurf der Parteien, aus welchem die Positionen der UBS grundsätzlich vollständig hervorgehen sollten.⁴⁹ Auch die FINMA erhält nur die finale Stellungnahme der WEKO.

70. Am 23. August 2023 fragte die FINMA die Schweizer Wettbewerbsbehörden für einen Austausch auf oberster Führungsebene an, nachdem die WEKO die Stellungnahme verabschiedet hat.⁵⁰ Diesem Austausch nach dem Eingang der Stellungnahme der WEKO bei der FINMA stimmten die Schweizer Wettbewerbsbehörden gleichentags zu.⁵¹

71. Am 28. August 2023 fand ein Expertengespräch statt zwischen dem Sekretariat und Herrn Barend Fruithof, CEO der Aebi Schmidt Group und ehemaliger Leiter des Schweizer Firmenkundengeschäfts der Credit Suisse.⁵²

72. Am 31. August 2023 gab die UBS die volle Integration der Credit Suisse – so namentlich auch ihres Schweizer Geschäftsteils, der Credit Suisse Schweiz – in die UBS bekannt.⁵³

73. Am 8. September 2023 traf sich das Sekretariat mit dem Preisüberwacher und weiteren Vertretern der Preisüberwachung, um ihre Wahrnehmung des Zusammenschlusses UBS/Credit Suisse zu hören.⁵⁴ Die Preisüberwachung stellt einen deutlichen Anstieg der Beschwerden über Banken fest. So ist der Anteil der Meldungen, die den Finanzsektor betreffen, an der Gesamtzahl der schriftlichen Meldungen in diesem Jahr auf rund 8 % gestiegen. Hinzu kommen verschiedene Wirtschaftsvertreter, die das direkte Gespräch mit dem Preisüberwacher suchen, was im Bankenbereich ein völlig neues Phänomen ist.

74. Die Beschwerden von Privatpersonen zeigen gemäss Preisüberwacher, dass sie eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Bereich der Gebühren und (passiven) Zinssätze befürchten. Als Argument wird angeführt, dass die Gebühren nach der Normalisierung der Zinssätze wieder sinken sollten, da die Banken die damalige Gebührenerhöhung mit der aussergewöhnlichen Zinssituation begründet hatten. Ausserdem reagierten die Kreditzinsen auf die Anhebung der Leitzinsen nicht so schnell wie auf frühere Leitzinssenkungen. Darüber hinaus erhielt der Preisüberwacher überraschend viele Bürgermeldungen zu Schliessfächern, weshalb hier bereits eine Marktbeobachtung eröffnet wurde.

75. Laut Preisüberwacher dürften jedoch die wirklich grossen Probleme, auch in Bezug auf die Marktmacht, das Geschäft mit mittleren und grossen Kunden betreffen, die im Exportgeschäft tätig sind. Denn die Bedürfnisse kleinerer Unternehmen können in der Regel von verschiedenen Banken befriedigt werden (Kantonal- oder Raiffeisenbanken, andere lokale Banken, Migros Bank oder Bank Cler), grössere Unternehmen können

⁴⁵ Act. [...] und Act. [...].

⁴⁶ Act. [...].

⁴⁷ Act. [...] und Act. [...].

⁴⁸ Act. [...].

⁴⁹ Act. [...].

⁵⁰ Act. [...].

⁵¹ Act. [...].

⁵² Act. [...].

⁵³ UBS-Ergebnis 2. Quartal 2023, Medienmitteilung vom 31.8.2023, <www.ubs.com/global/en/media/display-page-ndp/de-20230831-2q23-quarterly-result.html> (18.9.2023).

⁵⁴ Act. [...].

auch Bankbeziehungen mit internationalen Banken unterhalten. Bei diesen mittleren und grossen Unternehmen scheinen vor allem Finanzierung und Garantien betroffen zu sein.

76. Am 18. September 2023 fand ein Expertengespräch statt zwischen dem Sekretariat und Herrn Peter Gisler, CEO, sowie Herrn Lars Ponterlitschek, Chief Insurance Officer, der Schweizerische Exportrisikoversicherung SERV.⁵⁵

77. Am 19. September 2023 versandte das Sekretariat seinen Entwurf für eine Stellungnahme der WEKO an die WEKO-Mitglieder. Die Akten wurden der WEKO bereits Ende August 2023 zugesandt. Dazu später zugegangene oder entstandene Akten wurden der WEKO fortlaufend bis zum 19. September 2023 zugesandt.

78. Am 25. September 2023 verabschiedete die WEKO die vorliegende Stellungnahme.

B.2 Zu den Sachverhaltsermittlungen der WEKO für ihre Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG

79. Die kartellrechtliche Gesetzgebung, namentlich Art. 10 Abs. 3 KG oder die VKU, äussert sich nicht dazu, wer den Sachverhalt für das FINMA-Verfahren nach Art. 10 Abs. 3 KG zu ermitteln hat. Es ist aber davon auszugehen, dass die Erstellung des Sachverhalts der verfahrensführenden und entscheidenden Behörde obliegt, mithin der FINMA. Die kartellrechtliche Gesetzgebung sieht auch kein paralleles Verfahren der Schweizer Wettbewerbsbehörden für die Ermittlung des für ihre Stellungnahme nach Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG nötigen Sachverhalts vor. Es obliegt der FINMA, die sachdienlichen Ermittlungshandlungen vorzunehmen.

80. Die Stellungnahme der WEKO gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG hat zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb zu ergehen. Die FINMA hat keine Erfahrung in der Ermittlung von kartellrechtlichen Sachverhalten. Die FINMA hat sich daher mit der WEKO dahingehend verständigt, dass sie als verfahrensführende Behörde das weitere Verfahren betreffend diesen Zusammenschluss mit den Schweizer Wettbewerbsbehörden koordiniert und das Sekretariat die FINMA mit seiner Expertise zu kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahren unterstützt. Das Sekretariat erhob in der Folge im Namen und zuhanden der verfahrensführenden FINMA sachverhaltliche Auskünfte.

81. Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat nachfolgende Sachverhaltsermittlungen vorgenommen.

B.2.1 Marktbefragung

82. Für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses aus Sicht der Konkurrenz und der Nachfrager wurden Verbände, Banken und weitere Konkurrenten sowie ausgewählte Kunden im Firmenkundengeschäft und Asset Management befragt.⁵⁶

Befragung Verbände

83. Befragt wurden 56 Verbände, darunter die Dachverbände economiesuisse und Schweizerischer Gewerbeverband, Branchen- und Interessensverbände verschiedener Wirtschaftszweige sowie eine Auswahl an Indust-

rie- und Handelskammern der wichtigsten Schweizer Wirtschaftsstandorte. Von den 56 befragten Verbänden sowie Industrie- und Handelskammern gingen insgesamt 48 Rückmeldungen ein. 42 der Befragten nahmen inhaltlich zum Zusammenschluss Stellung.⁵⁷ Der Fragebogen enthielt Fragen zum Verband, zur (geschäftlichen) Beziehung mit den beteiligten Unternehmen, zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung sowie zu den erwarteten Auswirkungen des Zusammenschlusses. Zudem wurde gefragt, welche Auflagen allfällige Probleme mildern oder beseitigen könnten und ob es bestimmte Bereiche oder Märkte gibt, in welchen die UBS und Credit Suisse durch den Zusammenschluss eine dominante Stellung erreichen oder verstärken könnten.⁵⁸

Befragung Konkurrentinnen

84. Befragt wurden 106 Banken und weitere Konkurrenzunternehmen von UBS/Credit Suisse. Die Auswahl wurde gestützt auf die Angaben der Parteien in den Meldungsentwürfen und in Koordination mit der FINMA getroffen. Befragt wurden namentlich Banken der FINMA-Aufsichtskategorie zwei und drei, um die grösseren Institute in der Schweiz abzudecken, und zusätzlich spezifische Banken und Auslandsbanken der Aufsichtskategorie vier und fünf.⁵⁹ Ziel war es, unter anderem eine ausgewogene Anzahl an Universalbanken (Kantonal-, Regional- und übrige Banken), Privatbanken und Auslandsbanken zu erhalten. Von 106 befragten Konkurrentinnen haben 79 den Fragebogen (teilweise) beantwortet. Der Fragebogen enthielt einen allgemeinen Teil sowie vier spezifische Teile. Der allgemeine Teil enthielt Fragen zum Unternehmen sowie die Schlussfrage, ob es bestimmte Bereiche oder Märkte gibt, in welchen die UBS und Credit Suisse durch den Zusammenschluss eine dominante Stellung erreichen oder verstärken könnten. Die vier spezifischen Teile enthielten Fragen jeweils für die Bereiche Retail Banking, Corporate Banking, Private Banking und Asset Management. Für jeden der vier Bereiche wurden Fragen zum sachlichen Markt, zum räumlichen Markt sowie zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gestellt.⁶⁰ Ein Grossteil der Konkurrentinnen beschränkte sich in ihren Antworten jeweils auf jene Bereiche, in denen sie selbst tätig sind. Entsprechend beantworteten 57 Konkurrentinnen den Abschnitt Retail Banking, 68 Konkurrentinnen den Abschnitt Corporate Banking, 70 Konkurrentinnen den Abschnitt Private Banking und 66 Konkurrentinnen den Abschnitt Asset Management.⁶¹

⁵⁵ Act. [...] und Act. [...].

⁵⁶ Vgl. Act. [...].

⁵⁷ Act. [...].

⁵⁸ Act. [...].

⁵⁹ Die FINMA teilt die beaufsichtigten Banken und Wertpapierhäuser in fünf Aufsichtskategorien ein gestützt auf Bilanzsumme, verwaltete Vermögen, privilegierte Einlagen und erforderliche Eigenmittel (Art. 2 Abs. 1 und Anhang 3 Bankenverordnung [BankV; SR 952.02]). Kategorie eins umfasst äusserst grosse, bedeutende und komplexe Marktteilnehmer mit sehr hohem Risiko. Kategorie zwei umfasst sehr bedeutende, komplexe Marktteilnehmer mit hohem Risiko. Kategorie drei umfasst grosse und komplexe Marktteilnehmer mit einem bedeutenden Risiko. Kategorie vier umfasst Marktteilnehmer mittlerer Grösse mit einem durchschnittlichen Risiko. Kategorie fünf umfasst kleine Marktteilnehmer mit einem tiefen Risiko.

⁶⁰ Act. [...].

⁶¹ Act. [...].

Befragung Kunden

85. Befragt wurden 60 Kunden, darunter 40 Firmenkunden und 20 Kunden im Asset Management. 53 Kunden kamen dem Auskunftsbefahren nach (33 Firmenkunden und 20 Asset Management Kunden).⁶² Die Auswahl wurde gestützt auf die Angaben der Parteien in den Meldungsentwürfen getroffen und erfolgte zudem unter Berücksichtigung der ersten eingegangenen Stellungnahmen der Verbände und Banken. Der Fragebogen für Firmenkunden enthielt Fragen zum Unternehmen, zu den Bankbeziehungen, den Auswirkungen des Zusammenschlusses sowie zur Exportfinanzierung. Der Fragebogen für Kunden im Asset Management enthielt neben den allgemeinen Fragen spezifische Fragen zum Asset Management.

B.2.2 Weitere Ermittlungen

86. Die Parteien berechneten in den Meldungsentwürfen ihre Marktanteile in den einzelnen relevanten Märkten mehrheitlich auf Grundlage des SNB-Datenportals. Da die veröffentlichten Zahlen der SNB aggregiert und beispielsweise nur nach Bankenkategorien und nicht nach einzelnen Instituten unterteilt sind, kann die Wettbewerbssituation in gewissen Fällen nur unzureichend dargestellt werden, insbesondere in Bezug auf die 24 Kantonalbanken.

87. Um die Wettbewerbssituation besser abbilden zu können und die Angaben der Parteien zu verifizieren, fragte das Sekretariat die FINMA, ob dieser von ihrer Aufsichtstätigkeit her Daten mit einer höheren Granularitätsstufe vorlägen. Die FINMA prüfte dieses Anliegen und stellte dem Sekretariat institutsspezifische Daten nach verschiedenen einzelnen Kategorien in Aussicht. In der Folge arbeiteten Mitarbeitende des Sekretariats mit Ökonomen der FINMA aus dem Datenbestand der FINMA die relevanten Informationen heraus, die neben den Angaben der Parteien als Basis für die Stellungnahme dienten.⁶³

88. Schliesslich hat sich das Sekretariat ebenfalls mit den Mitarbeitenden der FINMA ausgetauscht, die in der Vergangenheit die direkte Aufsicht (Linienaufsicht) über UBS und Credit Suisse wahrgenommen haben. Diese konnten dem Sekretariat weitere Informationen zu den Märkten liefern, mögliche Problemfelder benennen und spezifische Fragen des Sekretariats zum Funktionieren der Märkte im Bankenwesen beantworten.

C Erwägungen

C.1 Zum Geltungsbereich und zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im konkreten Fall

89. Es obliegt der FINMA als Entscheidbehörde, zu prüfen, ob das Kartellgesetz im vorliegenden Fall anwendbar ist. Die WEKO nimmt dennoch summarisch dazu Stellung:

C.1.1 Geltungsbereich

90. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmens-zusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG). Wie sich zeigt, ist das Kartellgesetz in persönlicher sachlicher und örtlicher Hinsicht anwendbar:

C.1.1.1 Unternehmen

91. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Es sind Banken, die Zusammenfassungen von mehreren Gesellschaften und in ihrer jeweiligen Zusammenfassung eine konsolidierte Einheit im Sinne des privatrechtlichen Konzernbegriffs sind. Aufgrund ihrer gelebten Konzernwirklichkeit stellen die Banken UBS und Credit Suisse in ihrer jeweiligen gesamten Zusammenfassung von Gesellschaften als Konzern das Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar.

C.1.1.2 Unternehmenszusammenschluss

92. Die WEKO erachtet die Rechtshandlung der UBS, das gesamte Geschäft von Credit Suisse im Wege einer Absorptionsfusion im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a und Art. 4 Abs. 1 Bst. a FusG zu übernehmen, als einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 und 2 VKU. Die detaillierte Beschreibung der technischen Einzelheiten und des Ablaufs des Zusammenschlusses sind für die Stellungnahme der WEKO gemäss Art. 10 Abs. 3 KG nicht weiter relevant. Die FINMA wird anhand der definitiven Meldung der Parteien die nötigen Ausführungen dazu in ihren Endentscheid einfließen lassen.

C.1.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

93. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip⁶⁴; Art. 2 Abs. 2 KG). Somit ist das Kartellgesetz auch in örtlicher Hinsicht anwendbar.

C.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

94. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

C.1.3 Meldepflicht

95. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

⁶² Act. [...].

⁶³ Act. [...].

⁶⁴ BGE 143 II 297 E. 3.2, *Gaba*; BGer, 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 3, *BMW*.

96. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind erreicht, es wird auf die Angaben der Parteien in Rz 110 f. des Meldungsentwurfs III verwiesen. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig. Die FINMA stellt dies in ihrem Endentscheid rechtsverbindlich fest.

C.2 Zum Verfahren gemäss Art. 10 Abs. 3 KG für Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken

C.2.1 Zuständigkeit FINMA und Stellungnahme WEKO gemäss Art. 10 Abs. 3 KG

C.2.1.1 Gesetzliche Grundlagen

97. Gemäss Art. 10 Abs. 3 KG können bei Zusammenschlüssen von Banken im Sinne des Bankengesetzes, die der FINMA aus Gründen des Gläubigerschutzes als notwendig erscheinen, die Interessen der Gläubiger vorrangig berücksichtigt werden. In diesen Fällen tritt die FINMA an die Stelle der WEKO.

98. Gemäss Art. 17 VKU kann die FINMA, erachtet sie einen Zusammenschluss von Banken aus Gründen des Gläubigerschutzes als notwendig, auf Ersuchen der beteiligten Banken oder von Amtes wegen in jedem Zeitpunkt des Verfahrens und nötigenfalls vor Eingang der Meldung des Zusammenschlussvorhabens den Vollzug nach Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art. 10 Abs. 3 KG bewilligen. Sie lädt vor ihrem Entscheid die WEKO zur Stellungnahme ein.

99. Gemäss Art. 10 VKU informiert die WEKO die FINMA unverzüglich über die Meldung von Zusammenschlussvorhaben von Banken im Sinne des Bankengesetzes.

100. Demnach führt Art. 10 Abs. 3 KG bei Bankenzusammenschlüssen materiell neben den ordentlichen wettbewerbsrechtlichen Beurteilungskriterien von Art. 10 Abs. 1 und 2 KG das Beurteilungskriterium des Gläubigerschutzes ausserordentlich und zusätzlich ein und übergibt dessen Beurteilung formell der Sonderzuständigkeit der FINMA. Der Gesetzgeber hat damit eine Sonderregel für bestimmte Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken eingeführt, welche die normalerweise rein wettbewerbsrechtliche Beurteilung von solchen Zusammenschlüssen nötigenfalls um die Abwägung von Gläubigerinteressen ergänzt. Denn der Gläubigerschutz an sich ist unter den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Beurteilungskriterien von Art. 10 Abs. 1 und 2 KG kein Rechtfertigungsgrund für die Zulassung eines Bankenzusammenschlusses, so denn das Vorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Sonderzuständigkeit der FINMA und das damit verbundene Abwägen von Gläubigerinteressen mit dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs ergeben sich indes nur, sofern der Bankenzusammenschluss aus Gründen des Gläubigerschutz tatsächlich notwendig ist.

101. Für die Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 KG genügt es, dass eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Bank im Sinne des Bankengesetzes ist. Es muss sich aber bei dieser um die übernommene Bank handeln.⁶⁵ Wenn vorliegend von dem «Bankenzusammenschluss» die Rede ist, wird damit nicht

vorausgesetzt, dass es dafür auch einer übernehmenden Bank bedarf, obwohl das vorliegend der Fall ist.

C.2.1.2 Das Vorhaben der Parteien

102. Am 19. März 2023 teilte die UBS der FINMA mit, das gesamte Geschäft von Credit Suisse übernehmen zu wollen. Gleichentags gewährte die FINMA auf Antrag der beteiligten Unternehmen den vorzeitigen Vollzug ihres Zusammenschlusses. Die UBS und die Credit Suisse haben den Zusammenschluss am 12. Juni 2023 vollzogen. Am 31. August 2023 gab die UBS die volle Integration der Credit Suisse, inklusive ihres Schweizer Geschäftsteils Credit Suisse Schweiz, in die UBS bekannt.

103. Die Parteien verfolgten mit der gemeldeten Transaktion das Ziel, das Kundenvertrauen in die Credit Suisse wiederherzustellen und Credit Suisse zu stabilisieren. Das diene dem überwiegenden Schutz der Gläubigerinteressen und den überwiegenden Interessen des globalen Finanzsystems.⁶⁶

104. Die Parteien erwähnen dazu weiter, es sei seitens des Eidgenössischen Finanzdepartements («EFD»), der FINMA und der SNB unbestritten, dass der Zusammenschluss aus Gründen des Gläubigerschutzes nach Art. 10 Abs. 3 KG notwendig und deshalb ohne Bedingungen und Auflagen zu genehmigen sei. Die FINMA habe am 19. März 2023 daher auch ohne Bedingungen und Auflagen die Bewilligung zum vorzeitigen Vollzug des Zusammenschlusses nach Art. 32 Abs. 2 KG erteilt.⁶⁷

105. Rückblickend führen die Parteien aus, dass die Credit Suisse das Geschäftsjahr 2022 mit einem Verlust von CHF 7,3 Mrd. abschloss und deren Aktienkurs im Jahr 2022 um zwei Drittel gefallen war. Insbesondere im Oktober 2022 führte die andauernde Vertrauenskrise bei der Credit Suisse zu einem ersten Bank Run. Kundengelder flossen in historischem Ausmass ab (CHF [...] Mrd. in drei Monaten). Bereits dieser Bank Run verbrauchte grosse Teile der Liquiditätspuffer von Credit Suisse. Im März 2023 führten Bankenzusammenbrüche in den USA zu grossen Verunsicherungen an den Finanzmärkten und zu einer akuten Verschärfung der Vertrauenskrise bei der Credit Suisse mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Liquiditätssituation der Credit Suisse. Verschärfend wirkte, dass die Saudi National Bank, die grösste Aktionärin von Credit Suisse, verlauten liess, keine weiteren Anteile an Credit Suisse zu kaufen. Der Aktienkurs der Credit Suisse geriet darauf noch stärker unter Druck (Rückgang um 30 %). Die Einlagenabflüsse erreichten CHF [...] Mrd. pro Tag. Die SNB räumte Credit Suisse deshalb am 15. März 2023 zunächst eine Liquiditätsfazilität in Höhe von CHF 50 Mrd. ein. Diese Liquiditätshilfe der SNB konnte

⁶⁵ RETO JACOBS/GION GIGER, in: SIWR V/2, Kartellrecht, Durey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Auflage, 2023, 387 N 277; BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 197; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 218; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 6/99, Kartellrecht und Bankenaufsicht, S. 270.

⁶⁶ Act. [...].

⁶⁷ Act. [...].

die Situation jedoch nur sehr kurzzeitig verbessern. EFD, FINMA und SNB sei in der Woche vom 13. bis 19. März 2023 klar geworden, dass die Credit Suisse aus eigener Kraft das Vertrauen der Märkte und der Kunden nicht mehr herstellen und damit eine Insolvenzgefahr gemäss Art. 25 BankG (sog. Point of Non-Viability) nicht mehr abwenden könne. FINMA und SNB forderten die UBS deshalb auf, ernsthaft eine Übernahme von Credit Suisse zu prüfen und entsprechende Gespräche zu führen, um eine weitere Verschlechterung der finanziellen Situation von Credit Suisse und die damit verbundenen Auswirkungen auf den schweizerischen, europäischen und globalen Finanzmärkten zu verhindern. Ohne den gemeldeten Zusammenschluss wäre eine Zahlungsunfähigkeit der Credit Suisse in der Woche vom 20. März 2023 mit ganz hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr abwendbar gewesen. Das hätte nicht nur in der Schweiz, sondern vor dem Hintergrund der ausgeprägten Nervosität am Markt auch global eine schwerwiegende Krise ausgelöst mit entsprechenden Rückwirkungen auf die Schweizer Volkswirtschaft und die Reputation der Schweiz.⁶⁸

C.2.1.3 Die Sonderzuständigkeit der FINMA bei Bankenzusammenschlüssen

106. Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken unterstehen wie alle anderen Unternehmenszusammenschlüsse den allgemeinen Fusionskontrollregeln des Kartellgesetzes (Art. 4 Abs. 3 und 9 ff. KG). Die ordentliche Zuständigkeit, über meldepflichtige Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken zu entscheiden, liegt bei der WEKO (Art. 4 Abs. 3, 9 Abs. 1 und 10 Abs. 1 KG). Dies zeigt sich auch darin, dass der Gesetzgeber in Art. 9 Abs. 3 KG spezielle Aufgreif- und Umsatzkriterien für Bankenzusammenschlüsse vorsieht. Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken müssen der WEKO gemeldet werden, wenn gemäss Art. 9 KG eine Meldepflicht besteht.⁶⁹ Sie informiert unverzüglich die FINMA über den Eingang einer Meldung eines Bankenzusammenschlusses (Art. 10 VKU).⁷⁰

107. Lediglich wenn sich der Anwendungsfall der Spezialregelung in Art. 10 Abs. 3 KG materialisiert, entsteht eine Sonderzuständigkeit der FINMA, die sie per einseitiger Erklärung gegenüber der WEKO an sich ziehen kann: Gemäss Art. 10 Abs. 3 erster Satz KG tritt die FINMA *an die Stelle* der WEKO, wenn der FINMA Zusammenschlüsse von Banken im Sinne des Bankengesetzes aus Gründen des Gläubigerschutzes als notwendig erscheinen.

108. Ob die FINMA ihre Sonderzuständigkeit beansprucht, liegt alleine in ihrer bejahenden Würdigung des Vorliegens der Voraussetzungen für ihre Kompetenzattraktion gemäss Art. 10 Abs. 3 KG, namentlich ihrer Beurteilung, ob es ihr «aus Gründen des Gläubigerschutzes notwendig erscheint», den Bankenzusammenschluss an sich zu ziehen. Darauf weist auch Art. 10 VKU hin, wonach die WEKO die FINMA unverzüglich über die Meldung von Zusammenschlussvorhaben von Banken im Sinne des Bankengesetzes informiert, damit sie ihre Kompetenz im konkreten Einzelfall wahren kann. Damit die FINMA den Fall an sich ziehen kann, reicht es mit anderen Worten aus, dass nach ihrer Einschätzung der Gläubigerschutz bei Untersagung des Zusammen-

schlusses gefährdet wäre.⁷¹ Die FINMA hat die Notwendigkeit des Zuständigkeitswechsel in ihrem Entscheid zu begründen.

109. Hat die FINMA entschieden, den Bankenzusammenschluss aus vorgenannten Gründen an sich zu ziehen, hat sie gemäss Art. 10 Abs. 3 KG alsdann in ihrem Entscheid über den Zusammenschluss zwischen dem Gläubiger- und dem Wettbewerbsschutz abzuwägen, wobei «die Interessen der Gläubiger vorrangig berücksichtigt werden [können]». Die FINMA ist aber verpflichtet, die WEKO zu einer Stellungnahme einzuladen, damit den wettbewerbsrechtlichen Aspekten des Zusammenschlusses Rechnung getragen wird und diese in den Entscheid und die Gesamtabwägung der FINMA einfließen können.⁷²

C.2.1.4 Verfahrensrechtliche Folgen der Kompetenzattraktion der FINMA

110. Art. 10 Abs. 3 KG begründet im Rahmen des Geltungsbereichs dieser Norm eine ausschliessliche und besondere materielle Beurteilungszuständigkeit durch die FINMA, welche die ordentliche Zuständigkeit der WEKO ersetzt. Die FINMA tritt für dieses Zusammenschlussverfahren an die Stelle der WEKO.

111. Diese Norm ändert aber nichts an der kartellrechtlichen Meldepflicht gemäss Art. 9 KG. Ebenso wenig schafft sie ein eigenständiges Prüfungsverfahren der FINMA. Der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 KG wie auch die Gesetzessystematik sprechen vielmehr dafür, dass die FINMA für ihr Verfahren und ihren Entscheid der vorgegebenen kartellrechtlichen Verfahrensordnung zu folgen hat.⁷³

112. Auf Ersuchen der FINMA zu Beginn ihres Verfahrens führte das Sekretariat aus, was Sinn und Zweck des Zusammenschlussverfahrens nach Kartellgesetz ist und wie die Schweizer Wettbewerbsbehörden es zu führen pflegen:

113. Das Zusammenschlussverfahren nach Kartellgesetz ist ein rasches und diskretes Verfahren. Ersteres wird erreicht durch eine zweistufige Beurteilung, eine vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG (Phase 1) und eine nötigenfalls anschliessende, vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG (Phase 2), und kurze gesetzliche Fristen (Art. 32 Abs. 1 KG, Art. 33 Abs. 3 KG) sowie dem Ausschluss von Parteirechten Dritter (Art. 43 Abs. 5 KG). Zweiteres, indem das Zusammenschlussvorhaben erst

⁶⁸ Act. [...].

⁶⁹ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 198 m. w. H.; SIWR V/2-JACOBS/GIGER (Fn 65), 387 N 277.

⁷⁰ Hat die FINMA ihren Zuständigkeitsentscheid hingegen vor Eingang der Meldung gefällt, wie in casu geschehen und der WEKO sogleich mitgeteilt, ist dafürzuhalten, dass die FINMA zufolge ihrer vorausgeübten Sonderzuständigkeit zur faktischen Meldeinstanz wird. Sie informiert die WEKO über den Eingang der Meldung und lädt sie zur Stellungnahme nach Art. 10 Abs. 3 Satz 2 KG ein.

⁷¹ SIWR V/2-JACOBS/GIGER (Fn 65), 387 f. N 278.

⁷² BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 199 m. w. H.; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 220 m. w. H.; SIWR V/2-JACOBS/GIGER (Fn 65), 388 N 279 m. w. H.

⁷³ Vgl. zum Ganzen DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 220; MEIER-SCHATZ (Fn 65), 273 m. w. H.; BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 198.

kurz vor dem Vollzug gemeldet werden muss. In der Praxis geht diesen formellen Verfahrensphasen regelmässig eine informelle Phase 0 voraus. In dieser informellen Vorphase einigen sich die Parteien und das Sekretariat anhand von Meldungsentwürfen über den notwendigen Meldungsinhalt gemäss Art. 11 VKU und die Möglichkeit einer erleichterten Meldung gemäss Art. 12 VKU, bevor das Zusammenschlussverfahren durch die Einreichung der definitiven Meldung automatisch eröffnet wird und dessen gesetzlicher Fristenlauf beginnt. Dank der Phase 0 erhalten die meldenden beteiligten Unternehmen Gewissheit, dass das Sekretariat nach Eingang der Meldung mit hoher Wahrscheinlichkeit deren Vollständigkeit bestätigen wird. Und dank dieser Gewissheit können die beteiligten Unternehmen die mutmassliche Dauer des Zusammenschlussverfahrens (Phase 1 und evtl. der Phase 2) besser abschätzen, ihr Zusammenschlussvorhaben im internationalen Kontext einfacher koordinieren und ihre Vollzugshandlungen optimaler planen. Das Sekretariat kann mit dem Einverständnis der beteiligten Unternehmen in der Phase 0 bereits mit Ermittlungshandlungen zum Zusammenschlussvorhaben beginnen, z. B. Fragebögen an Konkurrenten und Kunden verschicken. Wie lange die Phase 0 im Einzelfall dauert, hängt von der Komplexität des Zusammenschlussvorhabens, dessen möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb oder dem zeitlichen Korsett bis zu dessen vertraglich vorgesehenen Realisierung ab.

114. In der Phase 1 ist summarisch zu prüfen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass der meldepflichtige Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 1 KG). Ist dies nicht der Fall, ergeht eine Unbedenklichkeitserklärung (Art. 16 Abs. 1 VKU). Es ist kein Vollbeweis darüber zu führen, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt; die kurze einmonatige Prüfungsfrist lässt dies auch gar nicht zu. Das Sekretariat beschränkt sich in aller Regel darauf, die relevanten Märkte abzugrenzen und anhand von strukturellen Daten die Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die aus dem Zusammenschluss resultierenden Veränderungen abzuschätzen. Es prüft dabei im Wesentlichen, ob betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU bestehen, auf 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. Sind diese Schwellenwerte nicht erreicht, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden und es erübrigt sich in aller Regel eine vertiefte Prüfung.⁷⁴ Bezeichnend für diese erst vorläufige und nur summarische Prüfung ist auch, dass der Gesetzeswortlaut von Art. 10 Abs. 1 KG nicht auf Kriterien Bezug nimmt, die in der vertieften Prüfung der Phase 2 zu analysieren sind, so namentlich die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) und die Gesamtmarktbetrachtung (Art. 10 Abs. 2 Bst. b und Abs. 4 KG). Ebenso wenig lässt der Gesetzeswortlaut zu, dass die WEKO im Rahmen der Phase 1 Bedingungen und/oder Auflagen verfügt, da sich Art. 10 Abs. 2 KG ausschliesslich auf die Phase 2 bezieht.

115. Bestehen jedoch Anhaltspunkte, dass der meldepflichtige Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 1 KG), wird das den beteiligten Unternehmen mitgeteilt, es wird die Phase 2 eröffnet und es werden die Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den wirksamen Wettbewerb vertieft untersucht. Diese vertiefte Prüfung wird von der WEKO innerhalb von vier Monaten durchgeführt.

116. Im Rahmen dieser vertieften Prüfung analysieren die Wettbewerbsbehörden im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG eingehend, ob

- durch den Zusammenschluss tatsächliche eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird;
- die marktbeherrschende Stellung wirksamen Wettbewerb beseitigen kann;
- der Zusammenschluss für die Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden und für die mögliche Wettbewerbsbeseitigung kausal ist; und
- der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

117. Die tatsächlichen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den wirksamen Wettbewerb werden demnach von der WEKO erst in der Phase 2 eingehend geprüft. Sinn und Zweck dieser zweiphasigen Zusammenschlusskontrolle ist es, die Entstehung wettbewerbsgefährdender Veränderungen der Marktstrukturen frühzeitig zu erkennen und nötigenfalls – wenn wirklich die Beseitigung von wirksamem Wettbewerb durch den Zusammenschluss droht – einzugreifen.⁷⁵ Zusammenschlüsse ohne solche Auswirkungen sind hingegen ohne weiteres rasch und diskret in der Phase 1 des Zusammenschlussverfahrens zuzulassen.

118. Die WEKO hat in ihrer Stellungnahme für die FINMA die Marktstellung der Parteien und die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses zu beurteilen, damit die FINMA die Gläubigerinteressen und das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs in ihrer Prüfung nach Art. 10 Abs. 3 KG gegeneinander abwägen kann. Gegenstand der Stellungnahme der WEKO nach Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG müssen folglich die Erkenntnisse sein, welche die WEKO in einem ordentlichen Zusammenschlusskontrollverfahren zu den Wirkungen eines Zusammenschlussvorhabens auf den wirksamen Wettbewerb gewinnen würde.

119. Vor dem Hintergrund vorstehender Ausführungen und im Sinne eines raschen und diskreten Zusammenschlussverfahrens gebietet es sich für die WEKO, auch für die Erstattung ihrer Stellungnahme zuhanden der FINMA je nach dem konkreten Fall grundsätzlich zweiphasig vorzugehen:

⁷⁴ Vgl. statt vieler RPW 2017/1, 110 Rz 42, *Tech Data/Avnet TS*.

⁷⁵ Botschaft 1994 (Fn 10), 519 f.

120. Sie prüft zunächst, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG). Ist das Zusammenschlussvorhaben aufgrund dieser vorläufigen Prüfung analog der Phase 1 des ordentlichen Zusammenschlusskontrollverfahrens offensichtlich unproblematisch, kann sie der FINMA in einer Kurzstellungnahme mitteilen, dass der Zusammenschluss mangels entsprechender Anhaltspunkte aus wettbewerblichen Aspekten unbedenklich ist. Ein wohl typischer Anwendungsfall für eine solche Kurzstellungnahme wäre der Zusammenschluss Raiffeisen Schweiz/Bank Wegelin & Co./Notenstein Privatbank AG im Jahre 2012 gewesen, welchen die FINMA im Januar 2012 bewilligt hat. Die Raiffeisen übernahm damals das Nicht-US-Geschäft der aufgespaltenen Bank Wegelin.⁷⁶ Die FINMA hat die WEKO damals allerdings weder über ihre Kompetenzattraktion informiert noch zu einer Stellungnahme eingeladen.

121. Zeichnet sich hingegen ab, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG), teilt die WEKO dies der FINMA mit und erstattet ihr anschliessend eine eingehende Stellungnahme, die sich analog der Phase 2 des ordentlichen Zusammenschlusskontrollverfahrens vertiefter mit den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb befasst. Sofern sich zeigt, dass die Möglichkeit besteht, dass der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb ausschliesst, empfiehlt die WEKO der FINMA Abhilfemassnahmen bis hin zur Untersagung des Zusammenschlusses, so denn sich der Wettbewerb nicht durch Bedingungen und/oder Massnahmen ausreichend sichern lässt.⁷⁷

122. Vorliegend haben die Nummer 1 und 2 der Schweizer Bankenlandschaft zu einer Schweizer Grossbank UBS fusioniert. Die UBS hat durch diesen Zusammenschluss ihre bereits bestehende Marktmacht merklich und teils bedeutend erhöht. Ihre bereits vor dem Zusammenschluss in zahlreichen Märkten hohen Marktanteile in der Schweiz erhöhen sich teils um zweistellige Prozentbeträge, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Zudem kann der Verlust des gegenseitigen Wettbewerbsdrucks unter Grossbanken zu spürbaren Preiserhöhungen im Markt führen. Es liegt auf der Hand, dass der Zusammenschluss Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb in der Schweiz hat, die im Rahmen der Stellungnahme vertieft zu analysieren sind. In casu hat folglich eine eingehende Stellungnahme im vorgenannten Sinne zu ergehen, die sich im Detail mit den in Rz 116 genannten Eingriffskriterien auseinandersetzt sowie bei drohender Wettbewerbsbeseitigung geeignete Abhilfemassnahmen vorschlägt.

123. Die Schwierigkeit bei der Erstattung einer solchen eingehenden Stellungnahme liegt darin, dass diese nicht ohne substantielle Ermittlungshandlungen ergehen kann. Märkte sind dynamisch und verändern sich laufend. Für die eingehende Stellungnahme müssen Markt-abgrenzungen vorgenommen, die Marktstellung der beteiligten Unternehmen ermittelt, Marktstrukturen, Marktkonzentrationen, Markteintritte und Barrieren etc. beurteilt werden. Kurz: Es ist der aktuelle Wettbewerb in seiner ganzen Breite vor und nach Zusammenschluss

sowie der potentielle Wettbewerb auf allen betroffenen Märkten zu ermitteln und zu beurteilen.

124. Hat nun die FINMA den Zusammenschluss im Sinne von Art 10 Abs. 3 KG an sich gezogen, erlangt sie damit auch die ausschliessliche Verfahrenshoheit. Die WEKO kann aus eigener Kompetenz keine Ermittlungshandlungen mehr führen und instruieren, geschweige denn von der FINMA verlangen, dass sie bestimmte Instruktionshandlungen durchführt. Wie es sich im vorliegenden Fall zeigte, ist sachdienlich und zielführend, dass die FINMA an ihrer Stelle die WEKO mit den Ermittlungshandlungen betraut, die der WEKO für die Erstattung ihrer Stellungnahme nötig erscheinen.

125. Nach Auffassung der WEKO sollte das ausserordentliche Zusammenschlusskontrollverfahren der FINMA gemäss Art. 10 Abs. 3 KG der verfahrensrechtlichen Regelung des ordentlichen kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrollverfahrens folgen, da das Kartellgesetz zu dem Verfahren der FINMA keine weitere, spezifische Regelung enthält. Dafür spricht die Gesetzessystematik und die Rechtssicherheit. Folglich sollten auch die für das ordentliche Verfahren vorgesehenen Prüfungsfristen für die Phase 1 und 2 für das FINMA-Verfahren analog gelten. Wiederum ist aber zu betonen, dass nicht die WEKO, sondern die FINMA die Verfahrenshoheit und -führung innehat und hierzu die Praxis zu bilden hat.

C.2.1.5 Die Bedeutung der Stellungnahme der WEKO

126. Zieht die FINMA wie vorliegend die Kompetenz, über einen Bankenzusammenschluss zu entscheiden, an sich, wägt sie bei ihrem Entscheid über den Zusammenschluss gläubigerschutzseitige und kartellrechtliche Aspekte gegeneinander ab, wobei sie die Interessen der Gläubiger vorrangig berücksichtigen darf (Art. 10 Abs. 3 erster Satz KG). Sie lädt die WEKO zu einer Stellungnahme ein (Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG).

127. Die WEKO beurteilt in ihrer Stellungnahme zuhanden der FINMA die Auswirkungen des Bankenzusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs (s. Rz 118 ff.). Ihre Stellungnahme bindet die FINMA nicht. Die FINMA entscheidet in ausschliesslicher Kompetenz über die Zulässigkeit eines Bankenzusammenschlusses unter Art. 10 Abs. 3 KG.⁷⁸

⁷⁶ DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 221 m. w. H.

⁷⁷ Das Vorgehen zur Erstattung der Stellungnahme entweder nach Rz 116 oder 117 ergibt sich, wenn das Zusammenschlussverfahren der FINMA ordentlich entlang der Phasen 0, 1 und 2 der kartellgesetzlichen Zusammenschlusskontrolle geführt wird. Vorliegend hat die FINMA das Verfahren aber in einer «massvoll aufgewerteten» Phase 0 gehalten (s. Rz 55 und Rz 138). In Respektierung der Verfahrenshoheit der FINMA erstattet die WEKO diese Stellungnahme bereits in Phase 0 und noch vor einer definitiven Meldung zu dem Zusammenschlussverfahren (s. Rz 61). Diese Stellungnahme der WEKO erreicht damit zwangsläufig nicht dieselbe Tiefe, wie es der Fall wäre, würde dem ordentlichen kartellgesetzlichen Zusammenschlussverfahren gefolgt.

⁷⁸ MEIER-SCHATZ (Fn 65), S. 273 m. w. H.; BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 199 m. w. H.

128. Äussert die WEKO in ihrer Stellungnahme wettbewerbliche Bedenken zu dem Zusammenschlussvorhaben, ist es der FINMA anheimgestellt, ob und wie sie diese in ihrem Entscheid über den Zusammenschluss adressiert und berücksichtigt. Wie vorstehend erwähnt, kann und darf die FINMA in ihrem Entscheid über den Bankenzusammenschluss den Gläubigerschutzinteressen gegenüber wettbewerblichen Bedenken Vorrang einräumen. Die FINMA kann einen Bankenzusammenschluss folglich genehmigen, auch wenn die WEKO die Untersagungsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG im nämlichen Fall als gegeben erachtet. In der Literatur wird allerdings dafürgehalten, dass die FINMA den Bedenken der WEKO, soweit als möglich, mittels Auflagen und/oder Bedingungen Rechnung zu tragen hat.⁷⁹

129. Wie gezeigt, fasst die WEKO ihre Stellungnahme auf Basis der Regelungen zum kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahren und ihrer langjährigen Praxis zu der präventiven Zusammenschlusskontrolle sowie der einschlägigen Gerichtspraxis dazu.

130. Die WEKO und ihr Sekretariat sind das Kompetenzzentrum des Bundes in Wettbewerbsfragen und sie fördern den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (Art. 15 OV-WBF⁸⁰).

131. Sie erfüllen ihre diesbezüglichen Aufgaben unabhängig von den Bundesbehörden (Art. 19 Abs. 1 erster Satz KG), sie sind weder in die Hierarchie der Bundesverwaltung eingegliedert noch bei ihrer Aufgabenerfüllung an Weisungen des Bundesrates, der Departemente oder anderer Verwaltungsbehörden gebunden. Genauso wenig können die FINMA oder die SNB Einfluss auf die Schweizer Wettbewerbsbehörden nehmen.

132. Vorliegend hat die FINMA am 19. März 2023 den Bankenzusammenschluss vor Eingang der Meldung des Zusammenschlussverfahrens vorzeitig bewilligt. Trotzdem behält die Stellungnahme der WEKO ihre Bedeutung. Denn gemäss Kartellgesetz hat die FINMA in ihrem Endentscheid gläubigerschutzseitige und wettbewerbsrechtliche Aspekte gesamtheitlich zu würdigen und gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung konnte sie ohne die Stellungnahme der WEKO zu den wettbewerblichen Aspekten des Zusammenschlusses UBS/Credit Suisse bislang nicht durchführen, auch wenn sie mit ihrem damaligen Entscheid aus Dringlichkeitsgründen den Interessen der Gläubiger bereits faktisch den Vorrang eingeräumt hat. Die entsprechende Abwägung der FINMA hat in Einbezug und Würdigung der nun vorliegenden Stellungnahme der WEKO weiterhin dahin zu gehen, «so viel Wettbewerb wie möglich aufrechtzuerhalten, ohne die Stabilitätsziele des Zusammenschlusses zu gefährden».

133. Die Bedeutung der Stellungnahme der WEKO erschöpft sich allerdings nicht im Vorstehenden. Neben der Kernaufgabe, die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes anzuwenden und nötigenfalls mittels Verfügung durchzusetzen, überträgt das Gesetz der WEKO weitere Aufgaben und Befugnisse gegenüber anderen Behörden (Art. 45–47 KG). So kann die WEKO gemäss Art. 45 Abs. 2 KG aus eigener Initiative jederzeit und gegenüber jeder Behörde Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb abgeben, insbesondere (und somit nicht ausschliesslich) hinsichtlich der

Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften und zur Beseitigung oder Reduktion staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen.

C.2.2 Zum Verfahren der FINMA betreffend den vorliegenden Zusammenschluss im Einzelnen

134. Am 19. März 2023 erklärte die FINMA gegenüber dem Sekretariat, dass sie, sollte eine Übernahme der Credit Suisse durch die UBS beschlossen werden (was gleichentags dann geschah), die Zuständigkeit gestützt auf Art. 10 Abs. 3 KG beanspruche und damit anstelle der WEKO treten werde. Die FINMA beabsichtige diesfalls, den Zusammenschluss gestützt auf Art. 32 Abs. 2 KG aus wichtigen Gründen vorzeitig zu bewilligen und die WEKO nachträglich zur Stellungnahme einzuladen (s. Rz 29). Gleichentags erging die Verfügung, in welcher die FINMA unter anderem erwog, dass sich die Credit Suisse in einer akuten Vertrauenskrise befinde, die Bank deswegen grosse Teile ihrer Liquiditätspuffer bereits aufgebraucht habe und sich im Markt nicht mehr ausreichend habe refinanzieren können, weswegen die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit der Bank bestand. Aufgrund dieser Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit der Credit Suisse erachtete die FINMA gestützt auf Art. 10 Abs. 3 KG einerseits ihre Zuständigkeit und andererseits den wichtigen Grund als gegeben, den vorzeitigen Vollzug zu bewilligen (s. Rz 30).

135. Es ergibt sich, dass die FINMA am 19. März 2023 mit dem vorstehenden Schreiben und ihrer vorstehenden Verfügung nicht nur ihre Sonderzuständigkeit bejahete und damit das Zusammenschlussverfahren UBS/Credit Suisse verbindlich an sich zog. Darüber hinaus machte sie aus Dringlichkeitsgründen zugleich von ihrer Kompetenz gemäss Art. 17 VKU Gebrauch, auf das Ersuchen der beteiligten Banken (s. Rz 34) in jedem Zeitpunkt des Verfahrens und – wie in casu – nötigenfalls noch vor Eingang der Meldung des Zusammenschlussvorhabens, den vorzeitigen Vollzug nach Art. 32 Abs. 2 i. V. m. Art. 10 Abs. 3 KG zu bewilligen.

136. Spätestens aufgrund dieser definitiven Vollzugserlaubnis am 19. März 2023 ist evident, dass die FINMA die Interessen der Gläubiger bereits als vorrangig gegenüber wettbewerblichen Interessen berücksichtigte, zumindest prima facie. Zudem lässt sich der Bankenzusammenschluss aufgrund dieser Vollzugserlaubnis nicht mehr nachträglich untersagen, selbst wenn die Untersagungsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben wären. Eine finale Zulassung nur unter Bedingungen und/oder Auflagen bleibt aber möglich. Folglich bleibt die vorliegende Stellungnahme der WEKO zu den Auswirkungen dieses Bankenzusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb trotz der damaligen Vollzugserlaubnis und des inzwischen vollzogenen Zusammenschlusses, wie auch schon vorne ausgeführt, weiterhin fallrelevant. Die FINMA hat jedenfalls gegenüber der

⁷⁹ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 199 m. w. H.; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 220 m. w. H.

⁸⁰ Organisationsverordnung vom 14.6.1999 für das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (OV-WBF, SR 172.216.1).

WEKO betont, dass sie gegenüber den Parteien keine Zusicherungen gemacht habe, weder in Bezug auf das Verfügen noch das Nichtverfügen von wettbewerbsrechtlichen Auflagen oder Bedingungen. Die FINMA werde sich auch nicht a priori einer ordentlichen Prüfung verschliessen (s. Rz 50 und 55 f.).

137. Hinsichtlich der erfolgten Kompetenzattraktion meint die WEKO, dass die FINMA diesen Fall zu Recht an sich gezogen hat. Im Weiteren liegt es aber nicht an der WEKO, sondern an der verfahrensführenden FINMA, in ihrem Endentscheid zu begründen, wieso es ihr «aus Gründen des Gläubigerschutzes als notwendig» erschien, diesen Fall an sich zu ziehen und, weiter, welche Anwendungsfälle das Kriterium des Gläubigerschutzes umfasst, die ihr die Option der Kompetenzattraktion eröffnen. Hierzu ist die WEKO zusammen mit der herrschenden Lehre der Ansicht, dass zwar Sanierungsfusionen von Banken im Fokus von Art. 10 Abs. 3 KG stehen, aber dem Kriterium Gläubigerschutz eine eigenständige Bedeutung zukommt, die weniger eng zu fassen ist als die (echte) Sanierungsfusion.⁸¹

138. Das vorliegende Zusammenschlusskontrollverfahren der FINMA befindet sich immer noch in der Phase 0. Die verfahrensführende FINMA hat die Vollständigkeit der Meldung der beteiligten Unternehmen noch nicht bestätigt. Die FINMA gibt an, sich an den Regeln des Kartellgesetzes und der dortigen Verfahrensordnung zu orientieren, ist aber der Auffassung, dass insbesondere die Vorgabe von Art. 32 Abs. 1 KG, innerhalb eines Monats ab Eingang der vollständigen Meldung einen richtungsweisenden Entscheid zu fällen, im vorliegenden Verfahren nicht realistisch sei, da diese Vorgabe unter Berücksichtigung der Bedeutung des Falles und der Notwendigkeit der Abstimmung mit den Schweizer Wettbewerbsbehörden zu knapp sei. Die FINMA erachtet es daher als sinnvoll und vertretbar, die Phase 0 «massvoll» aufzuwerten und gewisse Verfahrenselemente in dieses Stadium vorzuverlegen. Dadurch könne zusätzlicher Handlungsspielraum geschaffen, Meldeinhalte ausserhalb des Fristenkorsetts einvernehmlich festgelegt, Marktdaten erhoben und der Prüfgegenstand auf die wesentlichen Bereiche ausgerichtet werden (s. zum Ganzen Rz 50 und 55).

139. Vor diesem Hintergrund lud die FINMA die WEKO ein, noch vor Abschluss der Phase 0 eine Stellungnahme im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG abzugeben, welche sich neben der Vollständigkeit der Meldung insbesondere auch materiell zu Anhaltspunkten einer marktbeherrschenden Stellung, der Notwendigkeit einer ordentlichen Prüfung sowie allfälligen Bedingungen und Auflagen äussert (s. Rz 51).

140. Das Sekretariat hielt dazu fest, dass es rein formell fraglich ist, ob eine Stellungnahme der WEKO in der Phase 0, mithin vor der Einreichung der definitiven Meldung der Zusammenschlussparteien, rechtlich überhaupt möglich ist. Materiell wies das Sekretariat die FINMA wiederholt darauf hin, dass die Voraussetzungen für die Durchführung einer Phase 2, namentlich die Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte, gegeben sind, mithin sich die Prüfungs- und die daraus folgenden Verfahrensschritte nach Kartellgesetz in

die Phasen 1 und 2 der Zusammenschlusskontrolle aufteilen sollten (s. zum Ganzen Rz 40 und Rz 52 f.).

141. Die FINMA als verfahrensführende Behörde hat sich allerdings dazu entschieden, ein «Verfahren sui generis» zu führen, mit Hilfe dessen alle notwendigen Verfahrensschritte zur Vorbereitung des Endentscheids, so auch die Stellungnahme der WEKO, in Phase 0 durchgeführt werden sollen. Die FINMA wies zudem darauf hin, im weiteren Verfahrensablauf bestehe die Möglichkeit, dass die FINMA trotz Anhaltspunkten für eine Marktbeherrschung bereits nach der vorläufigen Prüfung eine finale Beurteilung fälle. Bei dieser Ausgangslage sehe die FINMA eine Notwendigkeit, der WEKO frühzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (s. Rz 53 ff.).

142. Im vorliegenden Verfahren liegt das Interesse der WEKO in der Erstattung einer ordnungsgemässen Stellungnahme im Sinne von Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG. Am 19. Juni 2023 erklärte sich die WEKO, obwohl sie die Vorbehalte des Sekretariats zur Verfahrensführung der FINMA teilt, daher dazu bereit, ihre Stellungnahme gemäss Art. 10 Abs. 3 zweiter Satz KG der FINMA ausserordentlich bereits in der Phase 0 zu erstatten. Die WEKO betonte allerdings, dass sie alleine über den Inhalt dieser Stellungnahme bestimmt. Dieser wird sich aber zwangsläufig auch danach bestimmen, wie umfassend die WEKO den Sachverhalt unter der gegebenen Verfahrensführung und den zeitlichen Vorgaben der FINMA hat ermitteln und beurteilen können (s. Rz 61).

143. Vor diesem Hintergrund hielt die FINMA in ihrem Schreiben vom 7. Juni 2023 dafür, dass die Stellungnahme der WEKO mindestens die folgenden Punkte abdecken sollte:

- Auswertung der Meldung und der Fragebögen; materielle Beurteilung möglicher Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung oder Verstärkung einer solchen (in welchen konkreten relevanten Märkten sieht die WEKO eine Marktkonzentration, mit Erläuterungen zu Marktabgrenzung, Marktanteilen und Eintrittsbarrieren);
- Notwendigkeit einer ordentlichen Prüfung;
- Allfällige Bedingungen, Auflagen und Massnahmen, die aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als sinnvoll erachtet werden;
- Beurteilung des Argumentes der «Failing Company Defence» (vor dem Hintergrund der ausserordentlichen Lage, in der sich die Credit Suisse befand, und wie im FINMA-Schreiben vom 23. Mai 2023 dargelegt wurde).

144. Zu den ersten beiden Spiegelstrichen haben die Schweizer Wettbewerbsbehörden der FINMA bereits mit Schreiben vom 13. April 2023 mitgeteilt, dass der Meldungsentwurf der Parteien zahlreiche betroffene Märkte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU aufzeigt, in welchen ihr

⁸¹ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 200 m. w. H.; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 219 m. w. H.; SIWR V/2-JACOBS/GIGER (Fn 65), 388 N 278 m. w. H.; MEIER-SCHATZ (Fn 65), S. 270 m. w. H.

gemeinsamer Marktanteil 20 % oder (deutlich) mehr beträgt, und deswegen bereits jetzt Anhaltspunkte nach Art. 10 Abs. 1 KG bestehen, welche die Durchführung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG (Phase 2) anzeigen, damit die Marktstellung der Parteien und die Auswirkungen des Zusammenschlusses aus wettbewerblicher Sicht vertieft beurteilt werden können (s. Rz 40). Die damals beurteilte Notwendigkeit der ordentlichen oder vertieften Prüfung gemäss Art. 33 KG i. V. m. Art. 10 Abs. 2 und 4 KG hat sich inzwischen insoweit etwas relativiert, als die Phase 0 von der FINMA «massvoll aufgewertet» wurde und die WEKO im Namen und zuhanden der verfahrensführenden FINMA sowie für ihre Stellungnahme Sachverhaltsermittlungen tätigen konnte, namentlich Fragebögen an Konkurrenten, Verbände und weitere Fachorganisation sowie Kunden versenden und auswerten. In Abweichung zum ordentlichen kartellgesetzlichen Zusammenschlussverfahren haben sich in casu aber nur von der FINMA und dem Sekretariat ausgesuchte Dritte⁸² und nicht jegliche Dritte freiwillig zum Zusammenschluss UBS/Credit Suisse äussern können. Würde eine Phase 2 durchgeführt, wäre gemäss Art. 33 KG der wesentliche Inhalt der Meldung des Zusammenschlusses zu veröffentlichen mit Frist, innerhalb welcher Dritte zum gemeldeten Zusammenschluss Stellung nehmen können. Hinzu kommt, dass der Zeitrahmen und die Bedingungen zur Erstattung dieser Stellungnahme in der Phase 0 weitere, vertiefende Fragebogenrunden mit Nachfragen zu unklaren oder widersprüchlichen Antworten und mit neuen oder erweiterten Sachverhalts- oder Verständnisfragen, die sich aufgrund zwischenzeitlich gewonnener Erkenntnis ergeben haben oder noch hätten ergeben können, nicht zulies und somit gewisse Aspekte des Zusammenschlusses sowie seiner Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb in dieser Stellungnahme (noch) nicht abschliessend beurteilt werden konnten.

145. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die WEKO der FINMA, nach ihrer Vollständigkeitserklärung der Meldung nicht nur eine Phase 1 mit vorläufiger Prüfung zu eröffnen, sondern anschliessend eine zusätzliche Phase 2 mit vertiefter Prüfung gemäss Art. 33 KG i. V. m. Art. 10 Abs. 2 und 4 KG einzuleiten. Das erlaubt der FINMA – anders als die WEKO jetzt für ihre Stellungnahme in der Phase 0 – aufgrund und mit Hilfe der veröffentlichten Meldung mit Stellungnahmefrist an jegliche interessierte Dritte auf einer breiten und vollständigen Sachverhaltsbasis zumindest die nachfolgend aufgeführten Märkte mit bestätigten Anhaltspunkten für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung vertieft und abschliessend zu analysieren. Die WEKO ist bereit, die FINMA hierzu mit einer ergänzenden, zweiten Stellungnahme zu unterstützen.

146. Die Parteien beantragen in ihrem Meldungsentwurf III, die Meldung sei als erleichterte Meldung im Sinne von Art. 12 VKU entgegenezunehmen. Soweit der Meldungsentwurf III (betroffene) Märkte beschreibt, die nachfolgend nicht näher geprüft werden, kann die FINMA dem Parteienantrag für eine erleichterten Meldung stattgeben. Soweit die Märkte nachfolgend näher geprüft werden und/oder festgestellt wird, dass für gewisse Geschäftsbereiche, Teilmärkte oder Segmentierungen noch nicht alle Informationen für ihre abschliessende Beurtei-

lung vorhanden sind, wären vor einem Endentscheid der FINMA die fehlenden Daten für die Vollständigkeit der Meldung einzufordern. Eine alles umfassende und abschliessende wettbewerbliche Beurteilung durch die WEKO erlaubte allerdings erst eine Phase 2.

147. Im Übrigen sind die Punkte des ersten und dritten Spiegelstrichs Teil der nachfolgenden materiellen Erwägungen.

148. Ebenso wird der Punkt des vierten Spiegelstrichs behandelt (s. sogleich Abschnitt C.2.3). Denn wie vorne unter Rz 116 ausgeführt, analysiert die WEKO im Rahmen ihrer vertieften Prüfung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG unter anderem, ob der zu prüfende Zusammenschluss kausal für die Veränderung der Marktstruktur ist. Diese Prüfung umfasst auch die «Failing Company Defence».

C.2.3 «Failing Company Defence»

C.2.3.1 Einleitende Bemerkung

149. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG setzt für einen Eingriff der WEKO in den Zusammenschluss voraus, dass dieser eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Der Zusammenschluss muss folglich sowohl für das Begründen oder Verstärken der marktbeherrschenden Stellung wie auch für die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung kausal sein.⁸³ In der Praxis wird dieses Argument des fehlenden Kausalzusammenhangs in Fällen von Sanierungsfusionen in Form der sogenannten «Failing Company Defence» vorgetragen.⁸⁴

150. Bei echten Sanierungsfusionen von Banken könnte das Prüfverfahren hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb mithin bereits mit der Bejahung der «Failing Company Defence» abgeschlossen und die Fusion für unbedenklich erklärt werden, weil es an der Kausalität zwischen der Fusion und der Marktstrukturveränderung fehlt und demzufolge keine Anhaltspunkte für das Begründen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.⁸⁵

151. Die FINMA ersuchte die WEKO, die «Failing Company Defence» zu beurteilen (s. Rz 57). Auch die Parteien machen diese geltend. Es gebietet sich folglich, die «Failing Company Defence» vor den weiteren Prüfschritten gemäss Art. 10 Abs. 2 KG zu prüfen.

C.2.3.2 Die Einwendung der Parteien

152. Die Parteien halten dafür,⁸⁶ dass selbst wenn eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss begründet oder verstärkt würde (quod non), der Zusammenschluss im Übrigen hierfür nicht kausal wäre.

⁸² Soweit Fragebögen an Kunden gesandt wurden, auf Bekanntgabe und mit Erlaubnis der Parteien (Bankgeheimnis).

⁸³ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 168 f. m. w. H.; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 150 m. w. H.; SIWR V/2-JACOBS/GIGER (Fn 65), 382 N 259 ff. m. w. H.

⁸⁴ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 169.

⁸⁵ Vgl. BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 200.

⁸⁶ Vgl. zum ganzen Abschnitt C.2.3.2: Act. [...].

153. Denn wie Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter in einem Interview gegenüber SRF 1 anmerkte, wäre Credit Suisse ohne den gemeldeten Zusammenschluss «am Montag [...] in Konkurs gegangen, mit unabsehbaren Folgen für die Schweiz und das globale Finanzsystem». Auch die Botschaft über den Nachtrag IA zum Voranschlag 2023⁸⁷ hält fest: «Ohne entsprechende Massnahmen wäre eine Zahlungsunfähigkeit der Credit Suisse in der Woche vom 20. März 2023 mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr abwendbar gewesen.» Nur infolge des Zusammenschlusses mit UBS verbleibt Credit Suisse überhaupt im Markt.

154. Damit wäre selbst bei Begründung oder Verstärkung einer qualifizierten marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschluss nicht kausal hierfür. Folglich wäre auch die Eingriffsschwelle für ein behördliches Eingreifen nicht erreicht.

C.2.3.3 Das Prüfersuchen der FINMA

155. Die FINMA merkt in ihrem Schreiben vom 7. Juni 2023 an, dass die Stellungnahme auch die Beurteilung des Argumentes der «Failing Company Defence» (vor dem Hintergrund der ausserordentlichen Lage, in der sich die Credit Suisse befand und wie im FINMA-Schreiben vom 23. Mai 2023 dargelegt wurde) enthalten sollte (s. Rz 57 und 48 f.).

156. Die FINMA führte in ihrem Schreiben vom 23. Mai 2023 dazu aus: «Der Finanzplatz befand sich damals in einer ausserordentlichen Lage, die sich ab Mitte März dramatisch zuspitzte. Die Credit Suisse litt an einer schweren Vertrauenskrise, was sich in bedeutenden Abflüssen von Kundengeldern manifestierte. Es bestand die akute Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit. Darüber hinaus drohte in einem fragilen Umfeld aufgrund der nationalen und internationalen Verflechtung der Credit Suisse ein destabilisierendes Übergreifen auf das gesamte Finanzsystem. Eine rasche Lösung zur Sicherung der Finanzstabilität und zum Schutz der Schweizer Volkswirtschaft wurde unumgänglich. Dabei erwies sich der Zusammenschluss mit der UBS als der zielführendste Schritt. Zugunsten dieser Lösung sprachen vor allem die Solidität und professionelle Eignung der Übernehmerbank, was rasch zur Wiederherstellung des Vertrauens auf den Finanzmärkten beigetragen hat.»

C.2.3.4 Die Praxis der WEKO zur «Failing Company Defence»

157. Sind bei einem Zusammenschluss die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 2 KG erfüllt, kann ausnahmsweise als Rechtfertigung die «Failing Company Defence» angerufen werden. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines oder mehrerer der beteiligten Unternehmen können bei der materiellen Beurteilung eine wesentliche Rolle spielen, wenn der geplante Zusammenschluss nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur anzusehen ist (fehlender Kausalzusammenhang). Entscheidend für die Anwendung der «Failing Company Defence» ist somit ein Vergleich der Marktergebnisse mit und ohne Zusammenschluss.⁸⁸

158. Die «Failing Company Defence» basiert auf der Annahme, dass ein wirtschaftlich angeschlagenes Un-

ternehmen ohne den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in naher Zukunft aus dem Markt ausscheiden und dadurch als Wettbewerber wegfallen würde. Bei einer solchen Ausgangslage ist es möglich, dass sich die Wettbewerbsstruktur ohne den Zusammenschluss zumindest in gleichem oder gar noch in grösserem Ausmass verschlechtern würde als bei Vollzug des geplanten Zusammenschlusses. Ist dies der Fall, so ist der Zusammenschluss nicht als die eigentliche Ursache für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur in der Schweiz anzusehen.⁸⁹ In diesem Sinne ermöglicht der Rechtfertigungsgrund der (echten) Sanierungsfusion den Vollzug des geplanten Zusammenschlusses, weil dieser nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur anzusehen ist.⁹⁰

159. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis in sechs Fällen auf die «Failing Company Defence» abgestellt und die Zusammenschlüsse trotz «möglicher Beseitigung wirksamen Wettbewerbs» zugelassen.⁹¹

160. Ob die Einwendung der «Failing Company Defence» den Kausalzusammenhang zu unterbrechen vermag, prüft die WEKO anhand von drei Voraussetzungen, die *kumulativ* erfüllt sein müssen:⁹²

1. Der zu übernehmende Geschäftsbereich verschwindet ohne externe Unterstützung bzw. ohne den Zusammenschluss innert kurzer Zeit vom Markt. Die WEKO stellt hierfür vorrangig auf die finanzielle Situation ab und erachtet dieses Kriterium in der Regel als erfüllt, wenn das Unternehmen überschuldet ist⁹³ oder zumindest in einer anhaltende Liquiditätskrise steckt⁹⁴ oder aus anderen Gründen sein Konkurs droht.⁹⁵
2. Die anderen beteiligten Unternehmen würden die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Geschäftsbereichs absorbieren. Diese Bedingung ist in der Regel dann erfüllt, wenn neben den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Wesentlichen keine anderen Unternehmen auf dem Markt aktuell tätig sind, d. h., wenn durch den Zusammenschluss quasi ein Monopol entstünde. In der

⁸⁷ Botschaft über den Nachtrag IA zum Voranschlag 2023, S. 12, <www.news.admin.ch/news/message/attachments/76443.pdf> (18.9.2023).

⁸⁸ RPW 2009/3, 245 Rz 299, *Tamedia/PPSR*. In diesem Zusammenschluss ging es konkret um die «Failing Division Defence», wobei nicht das wirtschaftliche Überleben eines Unternehmens als Ganzes, aber für einen Geschäftsbereich, einer Tochtergesellschaft oder eines Produktes in Frage stand. Die «Failing Division Defence» baut auf derselben Argumentation wie die «Failing Company Defence» auf, es werden jedoch höhere Anforderungen an den Nachweis des Marktaustrittes gestellt als bei der «Failing Company Defence».

⁸⁹ Vgl. BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 169a.

⁹⁰ RPW 2009/3, 245 Rz 302, *Tamedia/PPSR*.

⁹¹ RPW 2009/3, 245 Rz 300 m. w. H., *Tamedia/PPSR*.

⁹² RPW 2009/3, 245 Rz 305, *Tamedia/PPSR*; SIWR V/2-JACOBS/GIGER (Fn 65), 387 N 262; BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 177 ff.; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 152 ff.

⁹³ RPW 2006/2, 261 Rz 177 ff., *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*; RPW 2004/2, 484 Rz 174 ff., *NZZ-Espace-Bund*; RPW 1999/1, 173 ff., *Batrec AG – Recymet SA*; RPW 1998/1, 39 Rz 72 ff., *Le Temps*.

⁹⁴ RPW 2006/2, 261 Rz 180, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

⁹⁵ RPW 2003/3, 529 Rz 90, *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)*.

Praxis bestehen Beispiele dafür, dass die «Failing Company Defence» auch in solchen Fällen Anwendung finden kann, in denen ein Restwettbewerb bestehen bleibt und daher nicht von vornherein sicher ist, wem die Marktanteile des aus dem Markt ausscheidenden Unternehmens zufallen würden. Bei dieser Beurteilung ist die Frage von Bedeutung, ob die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte ohne Zusammenschluss unweigerlich für den Markt verloren gingen.⁹⁶ Das setzt voraus, dass andere aktuelle (oder zumindest potentielle) Wettbewerber faktisch nicht in der Lage sind oder kaum Interesse haben, das ausscheidende Unternehmen zu übernehmen.

3. Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben. Eine solche weniger schädliche Lösung könnte bspw. in der Refinanzierung des scheiternden Unternehmens, in einer Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen oder in der Übernahme des scheiternden Unternehmens durch einen weniger marktmächtigen Wettbewerber bestehen.⁹⁷ Hierfür genügt, dass dieser Wettbewerber das Geschäft zumindest teilweise fortzuführen gewillt ist.⁹⁸

161. Es obliegt der Behörde, diese Voraussetzung von Amtes wegen zu prüfen, da die Kausalität des Vorhabens Tatbestandmerkmal der Eingriffsvoraussetzung von Art. 10 Abs. 2 KG

ist. Die Untersuchungsmaxime wird durch die Mitwirkungspflicht der Parteien ergänzt und relativiert (Art. 39 KG i. V. m. Art. 13 VwVG⁹⁹). Die Mitwirkungspflicht der Parteien kommt insbesondere dann zum Tragen, wenn es sich um Tatsachen handelt, welche die Parteien besser kennen als die Behörde und die ohne die Mitwirkung der Parteien gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erhoben werden können. Die Zusammenschlussparteien haben folglich nachzuweisen, dass die Voraussetzungen der (echten) Sanierungsfusion erfüllt sind und es an vorgenannter Kausalität fehlt, weil weder eine hinreichende Finanzierung noch ein geeigneter alternativer Erwerber oder eine sonstige wettbewerbsfreundlichere Alternative gefunden werden konnten – trotz entsprechender ernsthafter Bemühungen und Verhandlungen. Diese ernsthaften, aber erfolglos gebliebenen Anstrengungen haben die Parteien mittels genügender Dokumentation respektive Beweismittel nachzuweisen.¹⁰⁰

C.2.3.5 Zur «Failing Company Defence» im konkreten Fall

162. Auf Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen seitens der Parteien und der FINMA sowie aufgrund eigener Recherche zu öffentlich verfügbaren Quellen zu den Vorgängen, die seit Herbst 2022 schliesslich zur Übernahme der Credit Suisse durch die UBS am 19. März 2023 führten, erachtet die WEKO die «Failing Company Defence» vorliegend aus folgenden Gründen als nicht anwendbar:

163. Zunächst ist festzustellen, dass die Parteien ihre Ausführungen nicht mit Beweismitteln belegen, die im Sinne von vorne Rz 161 geeignet sind, zu beweisen, dass die drei Voraussetzungen der «Failing Company

Defence» mit grosser Wahrscheinlichkeit kumulativ als erfüllt anzusehen wären. Namentlich fehlen weitgehend Argumente und jegliche Dokumentation dazu, dass es keine wettbewerbsfreundlicheren Alternativen gab, wie etwa die private (Teil-)Übernahme durch einen weniger marktmächtigen Wettbewerber. Die FINMA bezeichnet den Zusammenschluss der Credit Suisse mit der UBS als den zielführendsten Schritt, um eine rasche Lösung zur Sicherung der Finanzstabilität und zum Schutz der Schweizer Volkswirtschaft zu erreichen (s. vorne Rz 156). Diese Begründung schliesst nicht aus, dass es aus Behördensicht weitere valable Alternativen gegeben hätte wie die Verstaatlichung oder die Abwicklung und Sanierung der Credit Suisse, namentlich unter dem «Too-big-to-fail-Regime» («TBTF-Regime»),¹⁰¹ welche wettbewerbsfreundlichere Lösungen hätten darstellen können als die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS.

164. Nachfolgend ist somit vor allem näher zu prüfen, ob die zweite und/oder die dritte Voraussetzung der «Failing Company Defence» erfüllt sind. Allerdings hat die WEKO dafür im Wesentlichen nur öffentlich einsehbare Informationen zur Hand, die den Sachverhalt nur unvollständig oder nicht korrekt wiedergeben können.

165. Die WEKO anerkennt als Tatsache, dass die Credit Suisse das Vertrauen ihrer Kunden in das Management und in das Geschäftsgebaren der Bank verloren hat, schleichend seit spätestens Herbst 2022 und dann beschleunigt im März 2023. Die Credit Suisse erlitt deswegen einen sich über mehrere Etappen hinziehenden und am Ende sich beschleunigenden Bank Run. Im März 2023 konnte sie sich schliesslich nicht mehr selbst stabilisieren. Wie sich nachträglich zeigte, hat die staatlich unterstützte Übernahme der Credit Suisse durch die UBS im März 2023 die Situation schnell wieder stabilisiert. Die Schweiz hat damit einen wichtigen Beitrag zur internationalen Finanzstabilität geleistet.¹⁰²

166. Die WEKO hat die damalige schwierige finanzielle Situation und fragliche wirtschaftliche Überlebensfähigkeit der Credit Suisse zwar nicht näher überprüft, aber die Behörden- und Parteiaussagen hierzu sind klar und stimmen überein: Aus eigener Kraft hätte sich die Credit Suisse nicht mehr retten können. Ohne rettende Massnahmen Dritter wäre sie höchstwahrscheinlich innert kurzer Zeit aus dem Markt ausgeschieden. Die WEKO betrachtet die erste Voraussetzung der «Failing Company Defence» ohne vertiefte Prüfung als erfüllt. Anders

⁹⁶ RPW 2006/2, 261 Rz 182 f., *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

⁹⁷ BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 177.

⁹⁸ SIWR V/2-JACOBS/GIGER (Fn 65), 382 N 262.

⁹⁹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

¹⁰⁰ Vgl. zum Ganzen RPW 2009/3, 245 Rz 348, *Tamedia/PPSR*; BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI (Fn 7), Art. 10 N 172 und 177b ff.; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 7), Art. 10 N 151.

¹⁰¹ Das TBTF-Regime steht für die Regulierung, die nach der globalen Finanzkrise von 2007/2008 entwickelt wurde (Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» vom 1.9.2023, S. 5 Fn. 6, www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-97593.html [18.9.2023]).

¹⁰² S. auch Act. [...]; Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 10.

aber sieht das Bild hinsichtlich der zweiten und dritten Voraussetzung aus, das sich die WEKO von den Vorgängen um die damalige Übernahme der Credit Suisse durch die UBS machen konnte:

167. Dass aus Sicht der genehmigenden FINMA die Übernahme durch die UBS die zielführendste Lösung für die Sicherung der Finanzstabilität und zum Schutz der Schweizer Volkswirtschaft war, schliesst andere, wettbewerbsfreundlichere Lösungen nicht aus. Selbst wenn eine andere Privatübernahme, ob ganz oder teilweise, tatsächlich nicht möglich gewesen war, so wurden von den Behörden, auch wenn die Parteien dies in Abrede stellen,¹⁰³ neben der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS zwei weitere Optionen in Betracht gezogen: Die Sanierung der Credit Suisse (u. U. unter dem vorbereiteten Schweizer Notfallplan¹⁰⁴) oder die Verstaatlichung der Credit Suisse.¹⁰⁵

168. Desgleichen schliesst die Behauptung der Parteien, dass nur infolge des Zusammenschlusses mit UBS die Credit Suisse überhaupt im Markt verblieb (s. Rz 153), nicht aus, dass es andere, wettbewerbsfreundlichere Lösungen gegeben hätte, namentlich eine (Teil-)Übernahme durch einen weniger marktmächtigen Wettbewerber. Die Credit Suisse als davon betroffenes Unternehmen wüsste darüber bestens Bescheid und es hätten ihre diesbezüglichen (ggfs. erfolglosen) Bemühungen umfassend dokumentiert werden können, was die Parteien aber unterlassen haben. Dass die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS im März 2023 staatlich unterstützt wurde oder, wie es die Parteien in ihrem Meldungsentwurf III ausführen, die UBS von der FINMA und der SNB aufgefordert wurde, ernsthaft eine Übernahme von Credit Suisse zu prüfen und entsprechende Gespräche zu führen, um eine weitere Verschlechterung der finanziellen Situation von Credit Suisse und die damit verbundenen Auswirkungen auf den schweizerischen, europäischen und globalen Finanzmärkten zu verhindern,¹⁰⁶ schliesst mit Bezug auf die zweite und dritte Voraussetzungen der «Failing Company Defence» jedenfalls nicht aus, dass es dannzumal dennoch andere, wettbewerbsfreundlichere Lösungen gegeben hätte. Zumal es sich inzwischen zeigte, dass damals bei dieser orchestrierten Übernahme wettbewerbliche Aspekte keine Rolle spielten.

169. Dies vorausgeschickt, hat die WEKO mit Bezug auf die zweite und dritte Voraussetzung für die «Failing Company Defence» – zwangsläufige Absorption der meisten Marktanteile durch die beteiligten Unternehmen, weil keine anderen, weniger marktmächtigen Wettbewerber dazu in der Lage gewesen wären – über öffentlich verfügbare Quellen vernommen, dass internationale Finanzunternehmen zumindest an einem Teilkauf der Credit Suisse ernsthaft interessiert waren, so bspw. seit Herbst 2022 die Deutsche Bank¹⁰⁷ und kurz vor der Verkündung der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS am 19. März 2023 die BlackRock.¹⁰⁸ Es wird kolportiert, dass diese ausländischen Unternehmen an einer (Teil-)Übernahme interessiert blieben, auch wenn sie hätten erkennen müssen, dass die «Schweiz AG» eine Schweizer Lösung präferierte, die schliesslich in einer privatwirtschaftlichen Übernahme durch die UBS mit Liquiditätshilfen der SNB und staatlichen Garantien mündete. Wie ernsthaft diese Avancen und allfälligen

Verhandlungen zwischen ausländischen Wettbewerbern und der Credit Suisse und/oder ggfs. Schweizer Behörden waren, kann die WEKO über ihre blossе Aussen-sicht weder erhellend klären noch abschliessend beurteilen. Aber gab es effektiv solche Interessenten für zumindest einen Teilkauf der Credit Suisse, kann aus Sicht der WEKO nicht mehr ausgeschlossen werden, dass ausländische Wettbewerber, die im Vergleich mit der UBS in der Schweiz weniger marktmächtig sind, ernsthaft Hand zu wettbewerbsfreundlicheren Lösungen geboten hätten, diese «rettenden Hände» von den Schweizer Beteiligten aber aus bestimmten Gründen, jedoch nicht wettbewerblichen, nicht berücksichtigt wurden. Die FINMA als verfahrensführende und an der Rettung der Credit Suisse beteiligte Behörde kann hierzu in ihrem Endentscheid für mehr Klarheit sorgen. Aus Sicht der WEKO jedenfalls spricht das Interesse von Wettbewerbern wie Deutsche Bank und BlackRock und anderen Interessenten, die konkret ihre Beteiligung an der Credit Suisse und ihre Refinanzierung prüften, dafür, dass die zweite und dritte Voraussetzung für die «Failing Company Defence» nicht erfüllt sind.

170. Selbst wenn eine andere Privatübernahme als durch die UBS, ob ganz oder teilweise, nicht möglich war, so gab es neben der Übernahme durch die UBS, wie schon erwähnt, mindestens zwei weitere Varianten, welche die Credit Suisse, zumindest vorübergehend, im Markt gehalten hätten: Die Sanierung der Credit Suisse gemäss dem vorbereiteten Plan oder die Verstaatlichung der Credit Suisse. In allen drei Varianten hätte die SNB Liquidität in grossem Umfang bereitstellen müssen und der Bund hätte der SNB einen Teil dieser Liquidität garantieren müssen.¹⁰⁹

171. Es ist eine Tatsache, dass die Behörden den vorbereiteten Abwicklungsplan, den das TBTF-Regime vorsieht, bei der ehemals global systemrelevanten Bank («G-SIB»)¹¹⁰ Credit Suisse nicht umgesetzt haben. Abwicklung bedeutet Sanierung oder Liquidation der Bank.

¹⁰³ Act. [...].

¹⁰⁴ S. dazu hinten Rz 175 die Erklärung der FINMA, was unter dem «Schweizer Notfallplan» zu verstehen ist.

¹⁰⁵ S. auch Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 4.

¹⁰⁶ Act. [...].

¹⁰⁷ Statt anderer finews.ch, Deutsche Bank prüfte Teilkauf der Credit Suisse, <www.finews.ch/news/ banken/55956-deutsche-bank-teilkauf-credit-suisse-christian-sewing> (18.9.2023).

¹⁰⁸ Statt anderer finews.ch, Warum Blackrock bei der CS nicht zum Zug kam, <www.finews.ch/news/ banken/56407-warum-blackrock-bei-der-cs-nicht-zum-zug-kam> (18.9.2023).

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 10.

¹¹⁰ In der Schweiz ist die UBS nun die einzig verbleibende G-SIB. Die Schweizer Bankenregulierung kennt die international tätigen (G-SIB) und die nicht international tätigen (D-SIB) systemrelevanten Banken (Art. 124a ERVb). Diese Unterscheidung ist für die Aufsichtsbehörden wesentlich, weil die Zuständigkeit für die Abwicklung einer G-SIB nicht allein bei der Aufsichtsbehörde am Ort der Holding oder des Stammhauses liegen kann, sondern eine internationale Koordination mit den jeweils zuständigen Behörden am Sitz der verschiedenen Gruppengesellschaften erfolgen muss. Entsprechend diesem internationalen Umfeld gelten jene SIB als international tätig, die durch das «Financial Stability Board» (FSB) als G-SIB bezeichnet werden (Art. 124a Abs. 1 ERV), so für die Schweiz die UBS. D-SIB oder schweizweit systemrelevant sind die ZKB, Raiffeisen und PostFinance (s. zum Ganzen Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 16).

Das Ziel besteht darin, die Weiterführung ihrer systemrelevanten Funktionen¹¹¹ und die Finanzstabilität zu gewährleisten, und dabei die öffentliche Hand so wenig wie möglich zu belasten.¹¹² Die Sanierung einer SIB, ob G-SIB oder D-SIB, hat somit zum Ziel, die Fortführung ihrer Geschäftsaktivität nach einer allfälligen Restrukturierung oder zumindest die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen sicherzustellen. Es geht nicht um die Erhaltung der Bank in ihrer aktuellen Form, sondern um die Sicherung besonders wichtiger Teile ihrer Tätigkeiten.¹¹³

172. Mit Bezug auf die Credit Suisse als ehemalige G-SIB führt der Bericht Bankenstabilität Folgendes aus:¹¹⁴ «Die Tatsache, dass die Sanierungs-Option im Fall der Credit Suisse nicht gewählt wurde, kann einerseits nicht mit einem Versagen der Abwicklungsplanung gleichgesetzt werden. Andererseits hat sie ihre praktische Tauglichkeit auch noch nicht beweisen können. Die zuständigen Behörden betonen, dass eine globale Sanierung grundsätzlich möglich gewesen wäre. Sie haben die behördlich getragene Sanierung der Credit Suisse über mehrere Monate in der sogenannten «Crisis Management Group» mit internationalen Aufsichtsbehörden vorbereitet. Die involvierten ausländischen Behörden haben im Gespräch bekräftigt, dass die Vorbereitung ausreichend war und die Durchführung der globalen Sanierung der Credit Suisse von den Mitgliedern der Crisis Management Group unterstützt und anerkannt worden wäre. EFD, FINMA und SNB weisen aber auch auf Risiken hin. Die Fusion war letztlich mit weniger Ausführungsrisiken behaftet und wurde deshalb von den Schweizer Behörden bevorzugt.»¹¹⁵

173. Dennoch hält der Bericht Bankenstabilität dafür: «Die Sanierung hätte den Vorteil gehabt, dass die Credit Suisse zunächst als funktionierende Grossbank erhalten geblieben wäre. Mit der Zeit hätten Teile verkauft werden können, die nicht zur neuen Strategie gepasst hätten. Dabei wäre nicht nur die UBS als Käuferin in Frage gekommen, sondern auch ausländische Interessenten.»¹¹⁶

174. In diesem Zusammenhang ist zusätzlich bemerkenswert, dass die FINMA jährlich die Recovery- und Resolution-Planung (Stabilisierungs-, Notfall- und Abwicklungsplanung) der systemrelevanten Finanzinstitute, so der UBS, PostFinance, Raiffeisen und Zürcher Kantonalbank («ZKB») sowie der systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen SIX x-clear und SIX SIS beurteilt, für das Jahr 2022 letztmals auch bezüglich der Credit Suisse. Die Resolution-Planung soll auf Basis der bestehenden gesetzlichen TBTF-Vorgaben zeigen, wie systemrelevante Institute saniert oder liquidiert werden können. Die in der Schweiz systemrelevanten Funktionen müssen dabei aufrechterhalten werden.¹¹⁷ Bezeichnend dafür und soweit hier von Interesse, hat die FINMA den Schweizer Notfallplan von Credit Suisse aufgrund ihrer Prüfung für das Jahr 2022, die sie im April 2023 veröffentlichte, weiterhin als umsetzbar beurteilt.¹¹⁸ Inwiefern und bis zu welchen Grad die Pläne dann im Krisenfall umgesetzt oder andere Optionen gewählt werden, so die FINMA weiter, hängt von der konkreten Krise des betroffenen Instituts, von der Konstellation und vom jeweiligen Marktumfeld ab.¹¹⁹

175. Die FINMA erklärt den Schweizer Notfallplan wie folgt: «Mit dem Notfallplan haben systemrelevante Banken den Nachweis zu erbringen, dass ihre systemrelevanten Funktionen in einer Krise ohne Unterbrechung weitergeführt werden können. Als systemrelevant gelten dabei nur Funktionen, die für die Schweizer Volkswirtschaft von grosser Bedeutung sind, vorwiegend das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft sowie der Zahlungsverkehr (systemrelevante Funktionen). Aus diesem Grund spricht man auch vom Schweizer Notfallplan. Für die global systemrelevanten Banken ist eine Auslösung des Notfallplans mit gleichzeitigem Konkurs der Gruppe als Ultima Ratio vorgesehen. Die FINMA prüft die Massnahmen des Notfallplans im Hinblick auf deren Wirksamkeit im Fall einer drohenden Insolvenz der Bank.»¹²⁰

176. Dies vorausgeschickt, ergibt sich für die WEKO in Bezug auf die Voraussetzungen zwei und drei der «Failing Company Defence» Folgendes:

177. Gemäss der FINMA hätte der Schweizer Notfallplan für die Credit Suisse funktioniert, der zumindest die systemrelevanten Funktionen der Credit Suisse Schweiz für das Gebiet der Schweiz und damit insoweit die Eigenständigkeit der Credit Suisse in der Schweiz zumindest auf Zusehen hin erhalten hätte. Wieso dessen Umsetzung schliesslich dann doch als nicht realistisch oder zu riskant beurteilt wurde, hängt wohl primär mit der damit verbundenen Konsequenz des gleichzeitigen Konkurses der internationalen Gruppe als Ultima Ratio zusammen.

¹¹¹ Eine Bank ist systemrelevant, wenn sie in der Volkswirtschaft Funktionen wahrnimmt, die für viele andere Firmen oder Personen unverzichtbar sind. Zudem muss die Bank eine gewisse Alleinstellung haben, d. h. ihre Funktionen können nicht durch einen anderen Anbieter innerhalb einer Frist ersetzt werden, die für die Volkswirtschaft tragbar ist. Diese Eigenschaften machen eine solche Bank zu wichtig, als dass ein Staat sie ohne Massnahmen in den Konkurs gehen lassen könnte (s. zum Ganzen Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 16).

¹¹² Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 4 Fn 5.

¹¹³ Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 16.

¹¹⁴ Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 18.

¹¹⁵ Bestätigend und bezeichnend der Bericht «2023 Bank Failures: Preliminary lessons learnt for resolution» des Financial Stability Board FSB vom 10.10.2023, welcher im Executive Summary festhält, dass die Schweizer Behörden entsprechende Bedenken gehabt hätten, es sich aber für das FSB trotzdem die Frage stellt, «why resolution was not the chosen path despite it being an executable alternative at that time in light of preparations made» (s. S. 1 und S. 5 ff.). Und weiter sowie schliessend: «This review reaches the conclusion that recent events demonstrate the soundness of the international resolution framework in that it provided the Swiss authorities with an executable alternative to the solution that they deemed preferable in this particular case. While the report identifies several areas for further analysis and improvements in the operationalisation and implementation of the G-SIB resolution framework, this review upholds the appropriateness and feasibility of the framework, rather than presenting issues that would question the substance of the Key Attributes themselves» (s. S. 3 und S. 8 ff.).

¹¹⁶ Bericht Bankenstabilität (Fn 20), S. 11.

¹¹⁷ Medienmitteilung vom 26.4.2023, FINMA beurteilt erneut die Recovery- und Resolution-Pläne der systemrelevanten Institute, Berichtsjahr 2022 («Medienmitteilung Recovery- und Resolution-Pläne 2023»), S. 1, www.finma.ch/de/news/2023/04/20240406-mm-resolution-berichterstattung (18.9.2023).

¹¹⁸ Medienmitteilung Recovery- und Resolution-Pläne 2023 (Fn 117), S. 2.

¹¹⁹ Medienmitteilung Recovery- und Resolution-Pläne 2023 (Fn 117), S. 4.

¹²⁰ Medienmitteilung Recovery- und Resolution-Pläne 2023 (Fn 117), S. 4 f.

Die in den ersten Monaten des Jahres 2023 virulente, aber gebietsbeschränkte Krise einer ganzen Reihe von Spezial- und Regionalbanken in den USA, wollte man nicht durch den Konkurs des internationalen Teils einer Grossbank zu einer möglicherweise weltweiten Finanzkrise eskalieren lassen.¹²¹ Das hätte unmittelbar auch grosse negative Auswirkungen für den Standort und Finanzplatz Schweiz gehabt, so wie es auch schon andere weltweite Finanzkrisen in der Vergangenheit hatten. Dies ändert aber nichts daran, dass der Vollzug des Schweizer Notfallplans der Credit Suisse für die Schweiz mittel- bis langfristig eine wettbewerbsfreundlichere Lösung hätte schaffen können, namentlich durch den möglichen Erhalt von systemrelevanten Funktionen in einer eigenständigen Credit Suisse, die für die Schweizer Volkswirtschaft von grosser Bedeutung sind, so das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft sowie der Zahlungsverkehr.

178. Weiter hält der Bericht Bankenstabilität unter Verweis auf die Äusserungen der zuständigen Behörden dafür, dass eine behördlich getragene, globale Sanierung der Credit Suisse grundsätzlich möglich gewesen wäre (s. Rz 172). In diesem Fall wäre die Credit Suisse zunächst als funktionierende Grossbank erhalten geblieben und mit der Zeit hätten ggfs. Teile verkauft werden können, die auch, aber nicht nur, an die UBS hätten fallen können, so namentlich zusätzlich an ausländische Interessenten (s. Rz 173). Bei dieser Lösung bestand somit die Option, dass Marktanteile der Credit Suisse zu einem späteren Zeitpunkt an weitere, in der Schweiz weniger marktmächtige Wettbewerber als die UBS hätten übergehen können.

179. Bezeichnend dazu auch der Bundesrat, der über das EFD kommunizieren liess, dass er neben der staatlich unterstützten Übernahme der Credit Suisse durch die UBS auch folgende andere Optionen gehabt hätte:¹²²

1. Gestützt auf Notrecht eine vorübergehende Verstaatlichung der gesamten Credit Suisse-Gruppe. Diese Option sei aber in den vorbereitenden Arbeiten aus ordnungspolitischen und rechtlichen Gründen sowie aus Risikoüberlegungen nicht im Vordergrund gestanden und sei angesichts der real bestehenden Möglichkeit einer privaten Übernahme nicht prioritär weiterverfolgt worden.
2. Sanierung der Bank gemäss TBTF-Regime, inkl. Bail-in, um die nötigen Verluste aus den darauffolgenden Restrukturierungsarbeiten zu absorbieren.
3. Konkurs mit Auslösung des Notfallplans: Der Konkurs der Finanzgruppe unter Aktivierung des Schweizer Notfallplanes zur Fortführung insbesondere der systemrelevanten Funktionen in der Schweiz.

180. Die Schweizerische Eidgenossenschaft vertreten durch das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen («SIF») hat das Schweizerische Institut für Banken und Finanzen, Universität St. Gallen, mit einer Review zur Übernahme der Credit Suisse durch die UBS im Lichte der TBTF-Gesetzgebung beauftragt.¹²³ Das Gutachten wurde am 19. Mai 2023 erstattet.

181. Gemäss Gutachten stellt die Option der Verstaatlichung einer TBTF-Bank ein zusätzliches Instrument in der «Second Line of Defense» der TBTF-Regulierung dar, wenn die primäre Resolutionsstrategie des Bail-ins oder die Auslösung des Notfallplans – aus welchen Gründen auch immer – nicht zur Anwendung kommen sollen.¹²⁴ Die Verstaatlichungsoption sei ein mächtiges Instrument, welches das Vertrauen in den Schweizer Finanzplatz und in das regulatorische Rahmenwerk wiederherstellen kann. Sie biete bei Insolvenzgefahr einen glaubwürdigen Schutz der Gläubiger und deren Einlagen, wenn alle Alternativen ausgeschöpft, nicht vertretbar oder politisch nicht erwünscht seien. Durch diese Schaffung von Sicherheit bei den Einlegern und Gläubigern könne ein Bank Run gestoppt und das Risiko einer Ausbreitung der Krise reduziert werden. Der «Owner of Last Resort» verschaffe der Bank zusätzliche Zeit. Durch die gewährte staatliche Garantie sei kein überhasteter Verkauf von Vermögenswerten zu «Firesale»-Konditionen notwendig, um die kurzfristige Zahlungsfähigkeit der Bank sicherzustellen. Die Verstaatlichungsoption verhindere somit das Auftreten einer Liquiditätsspirale, welche die finanzielle Lage der Bank und Instabilität des Finanzsystems verschärfen könnte.¹²⁵ Aufgrund des finanziellen Risikos einer Verstaatlichungsoption bedürfe es weiterer regulatorischer Vorkehrungen, um den Staat gegen Risiken während einer temporären Staatsübernahme abzusichern.¹²⁶

182. Vor diesem Hintergrund schliesst das Gutachten zur Verstaatlichungsoption, dass sie eine ergänzende Alternative zum aktuellen Resolutionsframework der FINMA darstelle. Der Hauptvorteil der Verstaatlichung mit Schutz der Kunden und Gläubiger sei das sofortige Wiederherstellen des notwendigen Vertrauens in die Bank, um allfällige Bank Runs zu stoppen. Die Verstaatlichung wahre so den «Going Concern»-Status der Bank. Zusätzlich ermögliche sie dem Staat, für die Risikoübernahme am potentiellen Erfolg der Bank beteiligt zu werden und durch die Wiederveräusserung der Bank einen Gewinn zu erzielen.¹²⁷

183. Nach alledem ergibt sich für die WEKO folgendes: Die ganzen Geschäftsbereiche der Credit Suisse hätten nicht zwangsläufig nur der UBS anwachsen müssen. Es hätte andere, auf relevanten Märkten weniger marktmächtige Wettbewerber gegeben, die das Interesse hatten und in der Lage gewesen wären, Geschäftsbereiche der Credit Suisse zu übernehmen. Darüber hinaus hätten auch die vorerwähnten staatlichen Optionen die Credit Suisse, oder jedenfalls die Credit Suisse Schweiz,

¹²¹ EFD, Übernahme der Credit Suisse durch die UBS, Fragen und Antworten, Alternative Szenarien («EFD Alternative Szenarien»), www.efd.admin.ch/efd/de/home/finanzplatz/uebernahme-credit-suisse-ubs.html#-687639820 (18.9.2023).

¹²² EFD Alternative Szenarien (Fn 121).

¹²³ Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken, Schweizerische Institut für Banken und Finanzen, Universität St. Gallen, erstattet durch Prof. Dr. Manuel Ammann/Niclas Käfer/Tobias Wiest («Gutachten Prof. Ammann»), www.unisg.ch/de/newsdetail/news/gutachten-zu-too-big-to-fail-regulierung-publiziert (18.9.2023).

¹²⁴ Gutachten Prof. Ammann (Fn 123), S. 47 ff.

¹²⁵ Gutachten Prof. Ammann (Fn 123), S. 50.

¹²⁶ Gutachten Prof. Ammann (Fn 123), S. 51.

¹²⁷ Gutachten Prof. Ammann (Fn 123), S. 53.

in der einen oder anderen Form, zumindest vorübergehend, ganz oder in Teilen im Markt gehalten und den späteren Verkauf von Credit Suisse-Geschäftsteilen an weniger marktmächtige Wettbewerber als die UBS ermöglicht. Und wie sich zeigte, wurden alle diese Optionen, obwohl am Ende zwar verworfen, behördlich als möglicherweise valabel und jedenfalls prüfenswert erachtet.

184. Die WEKO sieht daher die «Failing Company Defence» vorliegend als nicht erfüllt und damit nicht einwendbar an. Der Zusammenschluss ist kausal für die dadurch erfolgte Marktstrukturveränderung auf dem Schweizer Finanzplatz. Der Zusammenschluss ist nach Art. 10 Abs. 1 KG und den Kriterien von Art. 10 Abs. 2 und 4 KG weiter zu prüfen.

185. Abschliessend ist ergänzend Folgendes anzumerken:

186. Wie eingangs erwähnt, stützt die WEKO ihre vorstehende Beurteilung der «Failing Company Defence» vor allem auf öffentlich erhältlichen Informationen. Es ist nur den involvierten Behörden – FINMA, SNB, EFD und Bundesrat – sowie den Parteien vollständig bekannt, ob es andere, weniger marktmächtige Wettbewerber gab, die in der Lage gewesen wären, die Credit Suisse oder zumindest Teile davon zu übernehmen, aber eine ausländische Lösung nicht in Frage kam. Es ist auch nur diesen bekannt, ob es daneben realistische staatliche Optionen gab, die wettbewerbsfreundlicher gewesen wären: So die vorübergehende Verstaatlichung gefolgt von Restrukturierung, Privatisierung, Verkauf oder Abwicklung der Credit Suisse oder die direkte Sanierung der Credit Suisse oder ihr Konkurs mit Auslösung des Notfallplans, beides gemäss dem TBTF-Regime. Nur diese beteiligten Akteure können letztlich beurteilen, ob es diese Alternativen gab, welche aber, obwohl valabel, aus politischen oder anderen Gründen gar nicht erst geprüft, nicht ernsthaft verfolgt oder ernsthaft verfolgt, aber am Ende verworfen wurden zugunsten der privatwirtschaftlichen Übernahme durch die UBS mit Liquiditätshilfen der SNB und staatlichen Garantien.

187. Es wird somit Aufgabe der FINMA als hier verfahrensführende und für das TBTF-Regime verantwortliche sowie in die Vorgänge um den Untergang und die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS direkt involvierte Behörde sein, in ihrem Endentscheid abschliessend über die «Failing Company Defence» zu befinden. Sofern allerdings nicht neue, der WEKO hier noch unbekannte, wesentliche Tatsachen hinzukommen, oder aus dem vollständigen Tatsachenbild, das die WEKO möglicherweise jetzt noch nicht hatte, nicht gegenteilige Schlüsse zu ziehen wären, müsste aus Sicht der WEKO der Schluss der FINMA sein, dass die «Failing Company Defence» vorliegend nicht zum Tragen kommt.

188. Unabhängig davon untersucht die Parlamentarische Untersuchungskommission («PUK») «Geschäftsführung der Behörden – CS-Notfusion» die Geschäftsführung des Bundesrates, der Bundesverwaltung und anderer Träger von Aufgaben des Bundes im Zusammenhang mit der Notfusion der Credit Suisse mit der UBS. Hauptaufgabe der PUK wird es sein, die Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit der Geschäftsführung der zuständigen Behörden und Organe

im Kontext der CS-Krise zu untersuchen und den eidgenössischen Räten darüber Bericht zu erstatten. Aktuell stehen Anhörungen insbesondere von Vertreterinnen und Vertretern des Bundesrates, des EFD, der FINMA und der SNB an.¹²⁸ Die Arbeit der PUK mag auch noch Klärendes zum Vorstehenden beitragen.

C.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

C.3.1 Rechtliche Voraussetzungen und gewähltes Vorgehen für die Beurteilung

189. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen nach Art. 10 Abs. 1 KG der Prüfung, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

190. Nach Art. 10 Abs. 2 KG kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

191. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

192. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potentiellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potentielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

193. Für die Beurteilung der voraussichtlichen Stellung sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Danach ist zu untersuchen, ob die Bedingungen von Art. 10 Abs. 2 KG erfüllt sind.

194. Dabei umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der räumlich relevante Markt umfasst hingegen das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).¹²⁹

¹²⁸ S. für weitere Informationen: www.parlament.ch/de/organe/kommissionen/aufsichtskommissionen/puk-%20geschaeftsfuehrung-der-behoerden-im-zusammenhang-der-notfusion-credit-suisse-mit-ubs (18.9.2023).

¹²⁹ BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BGE, 2C.75/2014 vom 28.1.2015 E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*; BGE 133 II 104 E. 6.5, *Swissgrid*; BGE 2A.327/2006 vom 22.2.2007 E. 6.6, *Berner Zeitung/Tamedia AG*.

195. Es werden in der Zusammenschlusskontrolle üblicherweise 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.

196. Vorliegend schliessen sich die beiden Schweizer Grossbanken mit einer ausgeprägten internationalen Ausrichtung und Verflechtung zusammen. Die neue UBS bietet grundsätzlich alle Geschäfte einer Bank an, namentlich: Dienstleistungen für den täglichen Bedarf von Privatpersonen, Dienstleistungen für die finanziellen Bedürfnisse von Unternehmen, Verwaltung von umfassenden Vermögen von Privatpersonen, treuhänderische Verwaltung von Vermögen institutioneller Anleger, Dienstleistungen und Gegenpartei für komplexe Produkte und Finanzierungen sowie verschiedene Dienstleistungen für andere Banken. Sie bieten dabei Konten und Kredite im Bilanzgeschäft, Verwaltungs- und Beratungsmandate im Ausserbilanzgeschäft und weitere Produkte im Zahlungsverkehr, Handel und Verwahrung an.

197. Aufgrund der Vielzahl von verschiedenen betroffenen Kundengruppen, Tätigkeitsgebieten und Produkten und dem Gewicht der Grossbanken in der Schweiz ist es für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens aufgrund der gesammelten Sachverhaltserkenntnisse angezeigt, sich auf fünf Geschäftsbereiche zu konzentrieren und diese in fünf Oberkapitel zu gliedern: Das Retail Banking für die Dienstleistung an Privatpersonen (Rz 205 ff.), das Private Banking für Bankangebote an Vermögende (Rz 336 ff.), das Asset Management für institutionelle Kunden (Rz 400 ff.), das Corporate Banking für Firmenkunden (Rz 503 ff.) und die Gemeinschaftswerke der Banken (Rz 647 ff.). Es gilt jedoch zu beachten, dass es zwischen diesen Geschäftsbereichen zahlreiche Verflechtungen und Überlappungen gibt.

198. Basierend auf den getätigten Ermittlungen bestätigt sich die Frage der FINMA, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung vorliegen und ob diese Stellung den wirksamen Wettbewerb beeinträchtigen kann für gewisse Marktsegmente der vorgenannten fünf Bereiche. Bevor jedoch die eigentliche Prüfung durchgeführt wird, werden die rechtlichen Voraussetzungen für die Beseitigung des Wettbewerbs zusammengefasst.

C.3.2 Beseitigung des Wettbewerbs

199. Gemäss Bundesgericht liegt Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es müsse demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten würden. Die entstandene oder verstärkte

marktbeherrschende Stellung müsse somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setze in diesem Sinne eine mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Fusionsprojekt voraus. Gerade auf dieses Kriterium habe der Gesetzgeber grosses Gewicht gelegt. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG verwende mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die WEKO gehe, einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stelle.¹³⁰

200. Bestehe auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehle es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen seien diesfalls unzulässig. Entscheidend sei demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch – aus einer dynamischen Sichtweise – wenigstens potentieller Wettbewerb bestehe.¹³¹

201. Das heisst, dass trotz Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gemäss Definition des Bundesgerichts nur dann massgeblich ist, wenn festgestellt wird, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Folglich ist im Rahmen von Art. 33 KG zu prüfen, ob durch die allenfalls marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

202. Bereits aus der Botschaft KG 1994 geht hervor, dass im Gegensatz zu Art. 7 KG über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird. Das Kriterium «entspricht der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein.»¹³²

203. Nach der Praxis der WEKO ist aus der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu folgern, dass das bloss Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausschliesst. Danach kann wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt bereits beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können oder keinen massgeblichen disziplinierenden Einfluss im Markt etablieren können.¹³³ Auch das

¹³⁰ Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.3, *Swissgrid/WEKO*; BGer, 2A.327/2006 vom 22.2.2007 E. 6.4, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

¹³¹ Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.4, *Swissgrid/WEKO*; BGer, 2A.327/2006 vom 22.2.2007 E. 6.5, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

¹³² Vgl. Botschaft 1994 (Fn 10), 583 f. Ziff. 234.2.

¹³³ Vgl. BGer, 2A.327/2006 vom 22.2.2007 E. 6.4, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

Bundesverwaltungsgericht scheint dieser Sichtweise zu folgen.¹³⁴ Somit kann ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst bei Restwettbewerb die Möglichkeit haben, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.¹³⁵ Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussparteien beabsichtigt ist.¹³⁶

204. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist nach der Praxis der WEKO gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedenfalls dann gegeben, wenn der Zusammenschluss den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder Marktzutritte zu verhindern. Nicht erforderlich ist hingegen der Nachweis, dass dies tatsächlich (oder schon nur wahrscheinlich) erfolgen wird.¹³⁷

C.4 Retail Banking

C.4.1 Relevante Märkte

205. Retail Banking bezeichnet das standardisierte Privatkundengeschäft der Banken, welches die Basis-Bankdienstleistungen umfasst. Retail Banking kann weiter unterteilt werden in individuelle Produkte und Dienstleistungen, namentlich Zahlungsverkehr, Kontenführung, Banksparen und Vorsorgeprodukte, Hypothekarkredite, Konsumkredite und weitere Kredite.

206. Die Marktgegenseite im Retail Banking bilden demgemäss grundsätzlich Privatpersonen, die Bankdienstleistungen für den täglichen Gebrauch nachfragen. Ob weitere Differenzierungen vorzunehmen sind, wird nach dem Standpunkt der Parteien beurteilt (vgl. Rz 229).

207. Im Folgenden gilt es zu analysieren, ob es sich beim Retail Banking um einen einheitlichen Markt handelt oder ob dieser entsprechend den verschiedenen (oben aufgeführten) Bankprodukten und/oder Bankdienstleistungen in weitere Segmente zu unterteilen ist.

208. Die WEKO hat sich zum letzten Mal vor über zwanzig Jahren vertieft mit dem Retail Banking auseinandergesetzt. Seitdem haben sich die Marktbedingungen weitgehend verändert. Aus diesem Grund erfolgt eine ausführliche Darstellung und Würdigung der bisherigen Praxis (Schweiz und EU-Kommission), der Sicht der Parteien und der Marktbefragung.

C.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

i. Bisherige Praxis der WEKO

Retail Banking

209. Die WEKO hat sich im Jahr 2008 bei der vorläufigen Prüfung *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG* zum Retail Banking geäußert: Gemäss den Parteien umfasste der Begriff Retail Banking sämtliche Ban-

ken- und Kundendienstleistungen für Kunden mit Vermögenswerten unter CHF 500 000.¹³⁸ Die WEKO hat jedoch mit Blick auf diesen Schwellenwert festgehalten, dass die Grenze zwischen Retail Banking und Private Banking von Bank zu Bank unterschiedlich gezogen wird und hat insbesondere mangels öffentlich zugänglicher Daten auf eine Segmentierung nach Kundengruppen in Abhängigkeit der Höhe des Vermögens verzichtet.¹³⁹ Mit Verweis auf die vorherige Praxis wurde sodann festgehalten, dass im Bereich Retail-Banking folgende sachliche Produktmärkte unterschieden werden können:

- Traditionelles Banksparen (Sparhefte, Vorsorgeprodukte, Kassenobligationen);
- Vermögensverwaltung und Anlageberatung;
- Hypothekarkredite;
- Firmenkredite unter CHF 2 Mio.;
- Anlagefonds und fondsähnliche Produkte; und
- Depotgeschäft.¹⁴⁰

210. In noch weiter zurückgehenden vorläufigen Prüfungen hat die WEKO die Vermögensverwaltung und Anlageberatung teilweise unter der Bezeichnung Private Banking dem Retail Banking zugeordnet.¹⁴¹ In einem anderen Zusammenschlussvorhaben wurden sämtliche Dienstleistungen «bank-to-consumer» im Retail Banking zusammengefasst, insbesondere das Private Banking, das Asset Management, das schweizerische Emissionsgeschäft, derivate Finanzinstrumente, Anlagefonds, das Investment Banking, der Devisen-, Effekten- und Edelmetallhandel sowie das Global Custody-Geschäft.¹⁴² Bei sämtlichen genannten vorläufigen Prüfungen wurde die Frage der sachlichen Marktabgrenzung am Ende offen gelassen.

Einzelne Produkte und Dienstleistungen

211. Mit Blick auf die bisherige Praxis der WEKO sind vorliegend nicht bloss die zuvor aufgeführten Zusammenschlüsse zwischen (Privat-)Banken relevant, sondern auch diejenigen betreffend einzelne im Rahmen des Retail Bankings angebotenen Produkte und Dienstleistungen. Für einen Beschrieb der Praxis zu den einzelnen Bereichen kann auf die Vorbringen der Parteien

¹³⁴ Vgl. BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 1169, *Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

¹³⁵ Vgl. RPW 2015/3, 503 Rz 220, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2009/4, 405 Rz 242 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2008/1, 185 Rz 462, *Migros/Denner*.

¹³⁶ Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 244, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

¹³⁷ Vgl. RPW 2009/4, 436 f. Rz 395 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

¹³⁸ RPW 2008/1, 118 Rz 1–5, *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*.

¹³⁹ RPW 2008/1, 118 Rz 15, *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*.

¹⁴⁰ RPW 2008/1, 118 Rz 13 m. w. H., *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*.

¹⁴¹ RPW 2003/3, 551 Rz 12, *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG*.

¹⁴² RPW 2005/4, 651 Rz 20, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*.

verwiesen werden, wo mit Ausnahme des Kreditkarten- und Debitkarten-Issuing unter anderem die bisherige Praxis der WEKO wiedergegeben wird. Zu Letzteren kann festgehalten werden, dass die WEKO eine gefestigte Praxis hat, wonach sowohl das Kreditkarten-Issuing als auch das Debitkarten-Issuing jeweils separate (nationale) Märkte darstellen.¹⁴³

212. Aufgrund der gewählten Einordnung in fünf Geschäftsbereiche (s. Rz 196 f.) sind für das Retail Banking folgende Produkte und/oder Dienstleistungen relevant, die von den Parteien entlang der bestehenden, in der Vergangenheit abgegrenzten Märkte ausgewiesen wurden: (1) Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr, (2) Traditionelles Banksparen, (3) Hypothekarkredite, (4) Konsumkredite und weitere Kredite, (5) Kreditkarten-Issuing, (6) Debitkarten-Issuing und (7) Peer-to-Merchant Mobile Payment, wobei aufgrund der Tätigkeiten der fusionierenden Unternehmen und deren Bedeutung erstere drei im Zentrum der Beurteilung stehen.

213. Nicht mehr unter dem Geschäftsbereich Retail Banking behandelt werden die Märkte für Firmenkredite bis CHF 2 Mio., Anlagefonds und fondsähnliche Produkte sowie das Depotgeschäft. Ersterer wird im Rahmen des Geschäftsbereichs Corporate Banking analysiert, während die anderen beiden beim Asset Management geprüft werden. Auch nicht hier abgehandelt werden Firmenkredite generell sowie internationale Handels- und Projektfinanzierungen, welche die Parteien offenbar dem Retail Banking zuordnen.¹⁴⁴

ii. Praxis der EU-Kommission

214. Gemäss Definition der EU-Kommission umfasst das Retail Banking alle Bankdienstleistungen für Privatpersonen und Kleinstunternehmen.¹⁴⁵ In früheren Entscheidungen zum Retail Banking hat die Kommission jeweils offengelassen, ob einzelne Retail-Bankprodukte einen separaten Produktmarkt darstellen oder ob mehrere Retail-Bankprodukte Teil eines einzigen relevanten Produktmarkts bilden.¹⁴⁶ Die wettbewerbsrechtliche Würdigung in diesen Entscheidungen erfolgte auf der Grundlage von Indikatoren, die für das Retail Banking insgesamt relevant waren (insbesondere Kontokorrentverbindungen und Filialen), sowie auf der Grundlage von möglichen relevanten Produktmärkten, die gesondert betrachtet wurden.¹⁴⁷ Seitdem hat die Kommission in einer Reihe von Beschlüssen die Auffassung vertreten, dass das Retail Banking in verschiedene einzelne Produktmärkte unterteilt werden kann, nämlich persönliche Kontokorrentkonten, Sparkonten (Einlagen), Kredite (Privatkredite, Konsumentenkredite, Hypotheken etc.), Private Banking-Dienstleistungen, Investmentfonds und andere Anlageprodukte, wobei sie die genaue Marktabgrenzung jeweils offengelassen hat.¹⁴⁸

215. Im Zusammenschlussverfahren *Unicredito/HVB* brachten die Parteien vor, dass zwar technisch gesehen jedes Bankprodukt im Retail Banking unterschiedlich sei und es keine direkte Substituierbarkeit zwischen bestimmten Gruppen von Bankprodukten gebe (z. B. Kredite und Einlagen), dass aber die Trennung zwischen anderen Produkten weniger klar sei (z. B. Einlagen und Investmentfonds) und diese Produkte oft als Ganzes verkauft würden.¹⁴⁹ Die Parteien argumentierten, dass sämtliche Segmente lediglich Produktgruppen seien,

die zu einem Gesamtmarkt für Retail Banking gehören. Denn Kunden würden auf der Nachfrageseite in der Regel ein «Retail Banking-Paket» nachfragen, selbst wenn sie bestimmte Retail Banking-Produkte einzeln von anderen Quellen beziehen könnten. Komplettanbieter müssten daher sowohl mit den Angeboten anderer Komplettanbieter als auch mit den spezifischen Angeboten von Spezialanbietern konkurrieren.¹⁵⁰

216. Die Untersuchung der Kommission in dieser Angelegenheit hat ergeben, dass «Full-Service-Banken» in der Regel ein ähnliches Dienstleistungspaket für Retail-Kunden anbieten, obwohl andere Anbieterinnen auf bestimmte Produktangebote spezialisiert sind oder eine begrenztere Auswahl an Produkten haben. Einige der Befragten hätten daher mit der Auffassung der Parteien übereingestimmt, dass es einen breiteren Retail Banking-Markt gebe, der einen «Korb» von Produkten umfasse. Insbesondere Produkte wie Einlagen, Zahlungskarten, Überziehungskredite, Privatkredite und andere mit Kontokorrentkonten verbundene Dienstleistungen wie Überweisungen oder Lastschriften könnten als Teil desselben Marktes angesehen werden. Andere hätten jedoch argumentiert, dass die unterschiedlichen Zwecke und die besonderen Merkmale von Einlagen, Krediten, Hypotheken, Kreditkarten usw. zur Folge haben, dass sie als unterschiedliche Produktmärkte betrachtet werden sollten. Eine Bank könne bei einem bestimmten Produkt führend sein aber bei anderen Retail-Produkten relativ geringe Marktanteile haben. Typische Beispiele seien Investmentfonds und Hypotheken. Die Untersuchung habe auch gezeigt, dass solche Produkte isoliert gekauft und bepreist würden. Insbesondere bei Hypotheken würden die Kunden aufgrund des Transaktionsumfangs und der Tatsache, dass solche Produkte eher «einmalig» gekauft werden, den Anbieter auf Grundlage des Preises wählen, unabhängig davon, welches Unternehmen ihnen allgemeine Bankdienstleistungen anbietet. Darüber hinaus können alternative Vertriebskanäle und Vertriebsvermittler die Wettbewerbsbedingungen für bestimmte Produkte erheblich verändern.¹⁵¹ Auch in diesem Fall wurde die genaue sachliche Marktabgrenzung letztendlich offengelassen.¹⁵²

¹⁴³ Vgl. hierzu namentlich betreffend Debitkarten-Issuing RPW 2017/4, 542 ff., *Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY* sowie betreffend Kreditkarten-Issuing RPW 2015/2, 165 ff., *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*.

¹⁴⁴ Vgl. Act. [...].

¹⁴⁵ Vgl. statt vieler EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 12, *Banco Santander/Banco Popular Group*.

¹⁴⁶ EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 9, *BNP Paribas/Fortis*; vgl. ausführlich EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 9 ff., *Unicredito/HVB*.

¹⁴⁷ EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 9, *BNP Paribas/Fortis*.

¹⁴⁸ Jüngst etwa EU-KOMM, M.10378 vom 26.4.2022, Rz 41, *VUB/Slovenska Sporitelna/Tatra Banka/365.bank/CSOB/JV*; vgl. weiter EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 14 m. w. H., *Banco Santander/Banco Popular Group*.

¹⁴⁹ EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 10, *Unicredito/HVB*.

¹⁵⁰ EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 14, *Unicredito/HVB*.

¹⁵¹ Vgl. EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 16, *Unicredito/HVB*.

¹⁵² EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 17, *Unicredito/HVB*.

iii. Standpunkt der Parteien

217. Die Parteien orientieren sich an der Praxis der WEKO und weisen – soweit für die vorliegend gewählte Einordnung im Retail Banking relevant – Daten für jeweils separate sachlich relevante Märkte für Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr, traditionelles Banksparen, Hypothekarkredite, Debitkarten-Issuing, Kreditkarten-Issuing, Peer-to-Merchant Mobile Payments und Konsumkredite aus. Wie nachfolgend ausgeführt, sind sie jedoch in einzelnen Bereichen der Ansicht, dass die zugrundeliegende Praxis der WEKO nicht sachgerecht ist.

218. Den Bereich *Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr* definiere die WEKO als eigenständigen Markt und unterteile ihn nicht weiter. Der Markt umfasse Barmittelkonten und die damit zusammenhängende Abwicklung von Zahlungsaufträgen aller Art (wie etwa Bareinzahlungen, Überweisungen einschliesslich kontoübergreifender Barmittelallokation, Einzahlungsscheine, eBill- und Lastschriftverfahren) über Kundenschnittstellen, einschliesslich digitaler Plattformen zur Auslösung und Verwaltung von Zahlungsaufträgen.¹⁵³ Nach Ansicht der Parteien ist dieser Markt einem allgemeinen Markt für Zahlungsmittel zuzuordnen, der auch Zahlkarten, Bargeld, Checks, Peer-to-Merchant Mobile Payments, Kundenkarten etc. umfasst. Denn sowohl aus Nachfragesicht als auch aus Anbieterperspektive bildeten sämtliche Konten, die der Abwicklung von Zahlungsaufträgen dienten, Substitute für Barzahlungsmittel und seien deswegen in die Beurteilung einzubeziehen.¹⁵⁴

219. Eine Differenzierung nach Kundensegmenten wie Kundengrösse etc. sei aufgrund der Angebotssubstituierbarkeit nicht angebracht. Selbst wenn für einen bestimmten Endverbraucher oder bestimmte Verbrauchergruppen unterschiedliche Güter nicht substituierbar seien, würden sie dennoch einem einzigen Produktmarkt zugeordnet, sofern die meisten Anbieter in der Lage sind, die unterschiedlichen Produkte unverzüglich und ohne erhebliche Zusatzkosten anzubieten, was im Bereich Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr der Fall sei.¹⁵⁵

220. Die Parteien verneinen auch aus Sicht der Nachfrager eine weitere Segmentierung, da die im Bereich Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr angebotenen Dienstleistungen alle dasselbe Bedürfnis befriedigten, nämlich der Abwicklung des Zahlungsverkehrs und der Barmittelverwaltung. Konten und Zahlungsdienste würden entsprechend von allen Kunden im Bündel mit Debit- und Kreditkarten und Sparkonten bezogen.¹⁵⁶ Zwar würden beispielsweise Kunden, welche über hohe Barmittel verfügen oder eine hohe Transaktionsanzahl verwalten, Zusatzfunktionen nachfragen, die etwa die automatische konto- und institutsübergreifende Verschiebung liquider Mittel zwischen mehreren Konten erlauben (Cash-Pooling oder andere Cash Management-Funktionen) oder eine Anbindung an internationale bzw. angebotsübergreifende Kommunikationsplattformen herstellen (z. B. Schnittstellen zum SWIFT-Netzwerk oder zu ERP- oder Buchhaltungssystemen). Die Bedürfnisse der Kunden verändern sich allerdings laut Parteien graduell und lassen sich demzufolge nicht schematisch unterteilen.¹⁵⁷

221. Gemäss Ausführungen der Parteien spielt es weiter auch keine Rolle, ob es sich beim Kunden um einen Privat- oder Unternehmenskunden, um ein KMU oder ein Grossunternehmen handelt, da die umfassten Produkte im Kontokorrent- und Zahlungsverkehrsmarkt und deren Komponenten im Grundsatz über alle Kundengruppen dieselben bleiben. Diese Leistungen seien zudem in einem hohen Masse standardisiert. Einzelne Leistungskomponenten zur Kontoeinrichtung wie einzelne Zahlungskonditionen und -verfahren bildeten demgegenüber lediglich einen unselbstständigen Annex.¹⁵⁸

222. Den Bereich *traditionelles Banksparen* habe die WEKO in ihrer bisherigen Praxis als eigenständiges Segment des Bankgeschäfts definiert. Dieses Segment umfasse Sparkonten, Sparhefte, Kassenobligationen und Vorsorgeprodukte.¹⁵⁹

223. Im Unterschied zu Kontokorrentkonten dienen diese Produkte laut Parteien der längerfristigen Anlage von (nicht benötigten liquiden) Barmitteln. Sparkonten würden regelmässig im Bündel mit Kontokorrentkonten, Zahlungsdiensten und Debit- und Kreditkarten bezogen.¹⁶⁰

224. Die Parteien machen geltend, dass die Produkte im Massenmarkt Banksparen für alle Kundengruppen identisch seien und die gleichen Bedürfnisse abdeckten, weswegen keine weitere Segmentierung vorzunehmen sei. Einzig Freizügigkeits- bzw. Vorsorgekonten (2. Säule und 3. Säule AHV) seien auf Privatkunden zugeschnitten. Jedoch bildeten auch diese Substitute zu anderen Sparprodukten, die Geschäfts- wie Privatkunden angeboten werden, da die Säule 2 und 3a-Konten nur eine von vielen Renditekonditionen abbildeten und Kunden bei günstigerer Rendite auf andere Spar- bzw. Anlageprodukte wechseln könnten.¹⁶¹

225. Bei *Hypothekarkrediten* werde gemäss Praxis der WEKO auf eine Abgrenzung zwischen direkten und indirekten Hypothekarkrediten sowie zwischen hypothekarisch gesicherten Firmenkrediten und gewöhnlichen Firmenkrediten verzichtet. Hypothekarkredite von Banken und diejenigen von Versicherungen seien Substitute, die zusammen einen sachlich relevanten Markt bildeten.¹⁶² Der Markt für Hypothekarkredite ist laut Parteien nicht weiter zu unterteilen.¹⁶³ Davon sei praxisgemäss der Markt für die Vermittlung von Hypothekarkrediten zu unterscheiden, welcher die Vermittlung fremder Hypotheken umfasse.¹⁶⁴

226. Im *Bereich der Zahlungsmittel* (Kredit- und Debitkarten-Issuing sowie Peer-to-Merchant Mobile Payments) gehen die Parteien von einem umfassenden

¹⁵³ Act. [...].

¹⁵⁴ Act. [...].

¹⁵⁵ Act. [...].

¹⁵⁶ Act. [...].

¹⁵⁷ Act. [...].

¹⁵⁸ Act. [...].

¹⁵⁹ Act. [...].

¹⁶⁰ Act. [...].

¹⁶¹ Act. [...].

¹⁶² Act. [...].

¹⁶³ Act. [...].

¹⁶⁴ Act. [...].

Markt für Zahlungsmittel aus, da die verschiedenen Zahlungsmittel dasselbe Bedürfnis erfüllen würden und aus Sicht der Händler und Karteninhaber deshalb Substitute seien. Infolge der Annäherung der Eigenschaften von Debit- und Kreditkarten (Einsetzbarkeit auch im Ausland und im Distanzgeschäft) bildeten aber zumindest Kredit- und Debitkarten zusammen einen einheitlichen Markt.¹⁶⁵

227. Für den Bereich Konsumkredite verweisen die Parteien auf die Praxis der WEKO, wonach ein separater sachlich relevanter Markt für diese Produkte zu betrachten sei.

228. Zusammenfassend folgen die Parteien in weiten Teilen der bisherigen Praxis der WEKO, bringen jedoch insbesondere vor, dass ein *Gesamtmarkt für Zahlungsverkehr* bestehe.

iv. Beurteilung

Relevante Marktgegenseite

229. Die Produkte und Dienstleistungen im Retail Banking orientieren sich grundsätzlich an den alltäglichen finanziellen Bedürfnissen von Privatpersonen, welche in erster Linie die relevante Marktgegenseite im Retail Banking bilden. Die Abgrenzung ist indes nicht trennscharf. Es ist mit dem Meldungsentwurf davon auszugehen, dass sich hier die Bedürfnisse graduell verändern und sich nicht strikt nach Privat- und Unternehmenskunden unterscheiden lassen. So fragen etwa kleine Unternehmen die gleichen Retail-Produkte nach wie nichtvermögende Privatkunden, weswegen diese vorliegend ebenfalls als relevante Marktgegenseite herangezogen werden.¹⁶⁶ Diese Betrachtungsweise entspricht auch der Praxis der EU-Kommission.¹⁶⁷

Ergebnisse der Marktbefragung

230. Die verschiedenen Produkte und Dienstleistungen im Retail Banking decken unterschiedliche Kundenbedürfnisse ab. Während Kontoführung, Zahlungsverkehr, Kartengeschäft und Banksparen das alltägliche Banking abdecken, sind Hypothekar- und andere Kredite stärker mit bestimmten Ereignissen und Kundengruppen verbunden und entspringen speziellen Bedürfnissen. Vorsorgeprodukte wiederum sind stärker von der individuellen Lebenssituation und finanziellen Lage des Kunden abhängig im Vergleich zum alltäglichen Banking.

231. Die Marktbefragung der Wettbewerbsbehörden ergab kein eindeutiges Bild zur Frage, ob es sich beim Retail Banking gemäss der in Rz 205 gewählten Definition um einen einheitlichen Gesamtmarkt handelt oder ob dieser Markt in weitere Segmente zu unterteilen ist. Von den 106 befragten Banken und weiteren Konkurrenten haben sich 57 zu den Verhältnissen im Retail-Markt geäussert. Von diesen 57 Unternehmen waren etwas mehr als die Hälfte (32) der Ansicht, dass es einen Markt für Retail Banking gibt, der jedoch weiter zu unterteilen ist (d. h. einzelne Produkte und/oder Dienstleistungen bilden einen für sich eigenständigen Markt). Im Vergleich dazu hat eine geringere Anzahl (23) die Meinung vertreten, dass alle Basis-Bankdienstleistungen Teil desselben Marktes sind und dieser nicht weiter zu unterteilen ist.¹⁶⁸

232. Gegen einen Gesamtmarkt, der nicht zu unterteilen ist, spricht gemäss den vorgebrachten Begründungen einmal der Umstand, dass grundsätzlich jede der ange-

gebenen Dienstleistungen bzw. jedes Produkt individuell bei einem beliebigen Finanzdienstleistungsunternehmen abgeschlossen bzw. bezogen werden kann.¹⁶⁹ Einige Produkte würden dabei nicht von sämtlichen Banken angeboten (z. B. Konsumentenkredite), während andere Produkte wie etwa gewisse Vorsorgeprodukte oder Hypotheken auch von Nicht-Banken offeriert würden.¹⁷⁰ Durch den Eintritt von reinen Onlinebanken seien gewisse Teilbereiche einem stärkeren Wettbewerb ausgesetzt, dies betreffe insbesondere den Zahlungsverkehr. Bedingt durch neue Hypothekarvermittler sei auch das Hypothekargeschäft einem stärkeren Wettbewerb ausgesetzt; der Markt sei transparenter geworden.¹⁷¹ Zudem habe sich der Vorsorgebereich in den letzten Jahren mit dem Eintritt einiger spezialisierter Anbieter verselbstständigt.¹⁷²

233. In der Folgefrage, welche der Produkte und/oder Dienstleistungen im Retail Banking als eigenständigen Markt anzusehen sind, wurden Konsumkredite und weitere Kredite von den Befragten, die eine weitere Segmentierung bejahen, am häufigsten genannt (25), gefolgt von

- Vorsorgeprodukte (24),
- Hypothekarkredite (23),
- Zahlungsverkehr (12),
- Banksparen (11) und
- Kontenführung (10).

234. Letztere drei wurden hauptsächlich von den Instituten genannt, die sämtliche der genannten Produkte und/oder Dienstleistungen jeweils als eigenständigen Markt betrachten.

235. Von den Respondenten, die eine weitere Segmentierung bejahen, haben ungefähr zwei Drittel (20 zu 11) angegeben, dass alle diese Produkte und/oder Dienstleistungen als Teil eines umfassenden Produktangebots von den meisten Wettbewerbern angeboten werden. Die übrigen argumentierten im Wesentlichen, dass neben den klassischen Universalbanken, die ein umfassendes Produktangebot hätten, vermehrt Marktteilnehmer wie Neobanken, FinTechs etc. aufträten, die sich lediglich auf einzelne Segmente konzentrierten.¹⁷³ Weiter würden insbesondere Konsumkredite meist von spezialisierten Anbietern angeboten.¹⁷⁴ Und auch im Bereich Hypotheken und/oder Vorsorgeprodukte gebe es Anbieter auf dem Markt, die nur diese Leistungen anbieten würden, insbesondere Pensionskassen und Versicherungen.¹⁷⁵

¹⁶⁵ Act. [...].

¹⁶⁶ Act. [...].

¹⁶⁷ Vgl. statt vieler EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 12, *Banco Santander/Banco Popular Group*; vgl. auch RPW 2012/1, 122 Rz 15, *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA*.

¹⁶⁸ Die zwei übrigen Bankinstitute haben sich nicht eindeutig zu dieser Frage geäussert.

¹⁶⁹ Vgl. [...].

¹⁷⁰ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

¹⁷¹ Vgl. Act. [...].

¹⁷² Vgl. Act. [...]; weiter Act. [...].

¹⁷³ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

¹⁷⁴ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], [...]; Act. [...] und Act. [...].

¹⁷⁵ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

236. Als weitere potentiell eigene Segmente wurden namentlich die Vermögensverwaltung für das Retail-Segment, Angebote für Kinder und Jugendliche,¹⁷⁶ das Anlagegeschäft (v. a. Fondsgeschäft und kontinuierliches Anlagesparen)¹⁷⁷ sowie das Kartengeschäft¹⁷⁸ erwähnt.

237. Die Institute, die für einen nicht weiter zu segmentierenden Gesamtmarkt plädieren, bringen unter anderem vor, die verschiedenen Einzelprodukte seien komplementär und Teil von standardisierten Gesamtangeboten, da die Bedürfnisse der Kundengruppe sehr ähnlich seien.¹⁷⁹ Retail-Kunden erwarteten, dass sie sämtliche Basis-Bankdienstleistungen grundsätzlich aus einer Hand beziehen könnten (One-Stop-Shop). Praktisch alle bzw. die Mehrheit der Wettbewerber böten daher auch alle Retail-Dienstleistungen an.¹⁸⁰ Dies schliesse allerdings nicht aus, dass Kunden gewisse Produkte auch bei anderen Anbietern beziehen.¹⁸¹ Der Anteil an Kunden mit einer Vielzahl von Bankverbindungen (z. B. mehr als zwei Banken) für spezielle Leistungen sei jedoch äusserst gering.¹⁸² Neben der Kundenperspektive spiegle sich die Verbundenheit des Marktes zudem in Regulation und Aufsicht wider.¹⁸³

Würdigung und Schlussfolgerungen

238. Nach diesen Darlegungen überwiegen die Hinweise, wonach der Gesamtmarkt Retail Banking in weitere Subsegmente abzugrenzen ist. Allgemein anerkannt dürfte sein, dass sich Banksparen, Kontokorrentkonten und darüber abgewickelter Zahlungsverkehr, Hypothekarkredite sowie Konsumkredite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks unterscheiden und aus Sicht der Marktgegenseite nicht austauschbar sind. Dies korrespondiert im Wesentlichen mit der bisherigen Praxis der WEKO und wird auch der Tatsache gerecht, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse in diesen einzelnen Bereichen spürbar unterscheiden können. Hierzu kann beispielhaft darauf verwiesen werden, dass im Bereich Konsumkredite den klassischen Retail-Banken, sofern sie denn überhaupt solche anbieten, auf derartige Kredite spezialisierte Finanzunternehmen gegenüberstehen.

239. Die von den befragten Instituten häufig als eigenständigen Markt bezeichneten Vorsorgeprodukte wurden demgegenüber in der bisherigen Praxis der WEKO als Teilbereich des traditionellen Banksparens qualifiziert, wobei zumindest im Bereich der gebundenen Vorsorge gewichtige Unterschiede hinsichtlich der Eigenschaften (gesetzlich geregelte Steuervorteile sowie eingeschränkter Kapitalbezug) bestehen. Diese Praxis der WEKO stammt jedoch aus einer Zeit, in welcher Produkte der gebundenen Vorsorge grösstenteils über klassische Retail-Banken angeboten wurden, wohingegen heute insbesondere unabhängige Neobanken auch solche Produkte anbieten. Es erscheint denkbar, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse beim traditionellen Banksparen (Sparkonten, Kassenobligationen etc.) genügend von denjenigen im Bereich der gebundenen Vorsorge unterscheiden, so dass die Abgrenzung eines eigenständigen Markts für gebundene Vorsorgeprodukte sachgerecht wäre. Dies kann jedoch aufgrund der vorliegenden Wettbewerbssituation offenbleiben. So haben die Parteien ihre Marktanteile beim traditionellen Banksparen ba-

sierend auf Daten der SNB berechnet, welche nur das ungebundene Vorsorgekapital enthalten. Eine separate Marktanteilsberechnung für gebundenes Vorsorgekapital zeigt indes exemplarisch, dass sich in casu die Wettbewerbsverhältnisse bei gesonderter Betrachtung nur unmerklich unterscheiden (vgl. Rz 301).

240. Auch generell stehen die Parteien in den verschiedenen Teilbereichen des Retail Bankings jeweils unterschiedlichen Wettbewerbern gegenüber, was ebenfalls für eine Betrachtung von jeweils separaten sachlich relevanten Märkten spricht. Zwar bieten die Universalbanken eine umfassende Produkte- und Dienstleistungspalette an. Daneben gibt es jedoch alternative Anbieter wie Pensionskassen, Versicherungen und FinTechs, die sich spezifisch auf einzelne Produkte beschränken oder aus regulatorischen Gründen beschränken müssen. Hinzu kommt, dass die PostFinance als bewilligtes Institut nach Bankengesetz gemäss Postorganisationsgesetz¹⁸⁴ selbst keine Kredite und Hypotheken an Dritte vergeben darf.

241. In Anbetracht der bisherigen Praxis der WEKO, wonach Kontokorrentkonten und der darüber abgewickelte Zahlungsverkehr als einheitlicher Markt zu betrachten sind, und dem Argument, dass die diversen Retail-Produkte im Bündel nachgefragt bzw. angeboten werden müssten, ist anzumerken, dass das vermehrte Auftreten spezialisierter Anbieter im Retail Banking zu einer Relativierung des entsprechenden «One-Stop-Shopping»-Arguments führen könnte. So bieten einerseits Neobanken App-basierte Privatkonten und Anlagedienstleistungen an. Andererseits existieren eine Reihe von FinTechs, welche spezialisierte Dienstleistungen im Bereich Fremdwährungen und Auslandüberweisungen anbieten. Gemäss Swiss Payment Monitor 2023 der ZHAW und der Universität St. Gallen gaben 37,2 % der Befragten an, schon mindestens einmal eine neue Online-Banklösung einer Neobank genutzt zu haben. Der Anteil derjenigen, die das Angebot von Neobanken als primäres Zahlungsmittel respektive als Hauptbankverbindung nutze, sei dagegen zurückgegangen. Der Trend deute darauf hin, dass Neobanken weiterhin primär als Substitute für einen Teil der klassischen Retail Banking-Angebote dienen und die traditionelle Bankbeziehung nicht komplett ersetzen.¹⁸⁵

242. Für die Kunden haben diese neuen Angebote im Retail Banking zur Folge, dass sie aus einer vielfältigen Palette von Möglichkeiten aussuchen können und diese

¹⁷⁶ Act. [...].

¹⁷⁷ Act. [...] und Act. [...].

¹⁷⁸ Act. [...] und [...].

¹⁷⁹ Vgl. Act. [...] und Act. [...].

¹⁸⁰ Act. [...] und Act. [...], [...]; ähnlich auch Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

¹⁸¹ Act. [...] und Act. [...], [...].

¹⁸² Act. [...].

¹⁸³ Act. [...].

¹⁸⁴ Bundesgesetz vom 17.12.2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1).

¹⁸⁵ SAMUEL GRAF/NINA HEIM/MARCEL STADELMANN/TOBIAS TRÜTSCH, Swiss Payment Monitor 2023 – Wie bezahlt die Schweiz?, Ausgabe 2/2023, Universität St. Gallen/Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, www.swisspaymentmonitor.ch > Aktuelle Ergebnisse > Swiss Payment Monitor 2023 - Wie bezahlt die Schweiz?, Ausgabe 2/2023 - Erhebung Mai 2023 (18.9.2023).

zunehmend auch über verschiedene Anbieter hinweg kombinieren können. Hinzu kommt die Öffnung von Schnittstellen durch Banken, die den Datenaustausch erleichtern. So können etwa Angebote von FinTechs zunehmend mit traditionellen Bankprodukten verbunden werden.¹⁸⁶ Vor diesem Hintergrund ist denkbar, dass durch künftige Entwicklungen etwa eine Unterteilung des Marktes für Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr in Teilmärkte sachgerecht werden könnte.

243. Zur gegenwärtigen Rolle von Neobanken und z. B. auf Auslandszahlungen spezialisierten FinTechs ist jedoch nochmals zu betonen, dass diese neuen Marktteilnehmer heute noch eine verhältnismässig schwache Position einnehmen. Eine repräsentative Umfrage aus dem Payment Monitor 2022 ergab zudem, dass die grosse Mehrheit (91,4 %) der Nutzer von Neobanken die Leistungen als Ergänzung zu den Leistungen herkömmlicher Anbieter nutzt und nicht plant, in Zukunft das herkömmliche Angebot aufzugeben (62,6 %). Somit erfolgt die Nutzung derzeit vorwiegend komplementär.¹⁸⁷ Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein gewisser Wettbewerbsdruck dieser neuen Marktteilnehmer auf Produkte und Dienstleistungen klassischer Retail-Banken ausgeht. Es erscheint jedoch unwahrscheinlich, dass Produkte von Neobanken und FinTechs derzeit als vollwertige Substitute tauglich sind. Am Ende kann diese Frage allerdings im Rahmen der vorliegenden Beurteilung offengelassen werden, zumal diese keine wesentlichen Auswirkungen auf die Schlussfolgerungen betreffend die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb hat.

244. Zurückzuweisen ist schliesslich das Vorbringen der Parteien, wonach ein Gesamtmarkt für Zahlungsverkehr bestehe, welcher neben dem Zahlungsverkehr über ein Kontokorrentkonto insbesondere auch Barzahlungen, Debitkarten-Issuing, Kreditkarten-Issuing und Mobile Payments umfasse. Es hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass Endkunden die verschiedenen Zahlungsmittel komplementär zueinander einsetzen. Darüber hinaus besteht im Bereich der Zahlkarten eine gefestigte Praxis, welche im Übrigen auch der Praxis der EU-Kommission und weiterer ausländischer Wettbewerbsbehörden entspricht, gemäss der von getrennten Märkten für das Debit- und das Kreditkartengeschäft auszugehen ist.¹⁸⁸ Ebenso praxisgemäss ist eine Betrachtung von separaten sachlich relevanten Märkten für Peer-to-Peer Mobile Payments, wie beispielsweise Zahlungen zwischen Endkundinnen und Endkunden via TWINT sowie des vorliegend relevanten Marktes für Peer-to-Merchant Mobile Payment, welcher entsprechende Zahlungen bei einem Händler umfasst.¹⁸⁹ Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von dieser Praxis rechtfertigen würden.

v. Zwischenergebnis

245. Gestützt auf die bisherige Praxis der WEKO, die Erkenntnisse aus der Marktbefragung, die Informationen aus dem Meldungsentwurf sowie in Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission werden nachfolgend im Bereich Retail Banking die folgenden separaten sachlich relevanten Märkte betrachtet, wobei die sachliche Marktabgrenzung letztendlich offengelassen werden kann:

- Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr;
- Traditionelles Banksparen (inkl. Vorsorgeprodukte);
- Hypothekarkredite;
- Konsumkredite;
- Kreditkarten-Issuing;
- Debitkarten-Issuing; und
- Peer-to-Merchant Mobile Payment.

C.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

i. Bisherige Praxis der WEKO

246. Wie auch bei den sachlich relevanten Märkten im Bereich Retail Banking hat die WEKO die definitive Abgrenzung der entsprechenden räumlich relevanten Märkte zuletzt offengelassen.¹⁹⁰ In früheren – mittlerweile über 20 Jahre – zurückliegenden Fällen hat sie für die vorliegend betrachteten möglichen sachlich relevanten Märkte im Bereich Retail Banking folgende räumlichen Abgrenzungen erwogen:

- Bezüglich *Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr* ging die WEKO in früheren Entscheiden von räumlich relevanten Märkten aus, welche als regional,¹⁹¹ überregional¹⁹² respektive kantonale bzw. grösser als kantonale¹⁹³ ausgewiesen wurden. Später wurde jedoch (ohne weitere Begründung) von einem nationalen Markt ausgegangen.¹⁹⁴
- Im Bereich *traditionelles Banksparen* kann eine ähnliche Entwicklung der Praxis der WEKO beobachtet werden wie bei Kontokorrentkonten, indem in den 1990er-Jahren von regionalen,¹⁹⁵ überregionalen,¹⁹⁶ kantonalen bzw. grösser als kantonalen Märkten ausgegangen wurde,¹⁹⁷ danach jedoch von mindestens nationalen.¹⁹⁸

¹⁸⁶ Vgl. <https://publications.swissbanking.ch/swiss-banking-trends-de/retail-banking> (18.9.2023).

¹⁸⁷ SAMUEL GRAF/NINA HEIM/MARCEL STADELMANN/TOBIAS TRÜTSCH, Swiss Payment Monitor 2022 – Wie bezahlt die Schweiz?, Ausgabe 1/2022, Universität St. Gallen/Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, www.swisspaymentmonitor.ch > Archiv > Swiss Payment Monitor 2022 - Wie bezahlt die Schweiz?, Ausgabe 1/2022 - Erhebung November 2021 (18.9.2023).

¹⁸⁸ Vgl. statt vieler RPW 2016/4, 1068 Rz 48 m. w. H., *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

¹⁸⁹ RPW 2016/4, 1069 Rz 57 und 1070 Rz 73, *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

¹⁹⁰ RPW 2008/1, 118 Rz 14, *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*.

¹⁹¹ RPW 1997/4, 517 f. Rz 14, *Valiant Holding/Bank in Langnau*.

¹⁹² RPW 1997/4, 527 Rz 18, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

¹⁹³ RPW 1997/4, 527 Rz 17 und 19, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

¹⁹⁴ RPW 2003/2, 378 Rz 14, *Crédit Agricole/Crédit Lyonnais*.

¹⁹⁵ RPW 1997/4, 517 f. Rz 14, *Valiant Holding/Bank in Langnau*; RPW 2002/4, 610 Rz 25, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner*.

¹⁹⁶ RPW 1997/4, 527 Rz 18, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

¹⁹⁷ RPW 1997/4, 527 Rz 17 und 19, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*; RPW 2002/4, 610 Rz 25, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner*.

¹⁹⁸ RPW 2003/3, 551, Rz 13, *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG*.

- Bezüglich *Hypothekarkredite* ist die WEKO in der bisherigen Praxis – im Gegensatz zu den anderen Bereichen im Retail Banking – in keinem Entscheid von einem nationalen Markt ausgegangen. So erwog sie im Hypothekargeschäft stets eine engere Abgrenzung. Sie begründete diese regionale Beschränkung des Angebots und der Nachfrage mit der Bedeutung des Kundenkontakts im Hypothekarkreditwesen und dem Erfordernis von Kenntnissen der lokalen Immobilienmärkte, was wiederum eine regionale Präsenz erfordere.¹⁹⁹ Die WEKO ist in verschiedenen Entscheiden von regionalen,²⁰⁰ überregionalen,²⁰¹ kantonalen bzw. grösser als kantonalen²⁰² Märkten ausgegangen.
- Bei *Kreditkarten-Issuing*,²⁰³ *Debitkarten-Issuing*²⁰⁴ sowie *Peer-to-Merchant Mobile Payments*²⁰⁵ ging die WEKO in der Vergangenheit stets von nationalen Märkten aus.
- Bezüglich *Konsumkredite* hat die WEKO in der Vergangenheit nationale Märkte angenommen.²⁰⁶

ii. Praxis der EU-Kommission

247. Die EU-Kommission hat in ständiger Praxis die Ansicht vertreten, dass der räumlich relevante Markt in Bezug auf das Retail-Geschäft der jeweilige nationale Markt der einzelnen Mitgliedsstaaten sei. Sie begründete diese Abgrenzung insbesondere mit den unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten und der Bedeutung eines Filialnetzes.²⁰⁷ In jüngeren Fällen erwähnte die Kommission je nach den Merkmalen der betroffenen Staaten neben der nationalen Marktabgrenzung auch die Möglichkeit einer regionalen Abgrenzung, wobei sie die definitive Abgrenzung letztlich offenliess.²⁰⁸

iii. Standpunkt der Parteien

248. Die Parteien gehen für die vorliegend für das Retail Banking relevanten sachlichen Märkte von nationalen Marktabgrenzungen aus. Einzig für das Kreditkarten-Issuing, welches sie allerdings in erster Linie als Teilsegment eines einheitlichen Marktes für Zahlungsmittel verstehen, gehen sie von einer geographischen Dimension «weiter als national» aus.²⁰⁹

249. Die Parteien stellen sich auf den Standpunkt, dass eine engere Marktabgrenzung nicht mehr den heutigen Marktgegebenheiten entsprechen würde. Diese Sichtweise beruhe nicht zuletzt auf Fällen der WEKO, die mittlerweile mehr als zwanzig Jahre zurückliegen würden.

250. Für eine nationale Marktabgrenzung im Bereich *Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr* spricht laut Parteien erstens, dass die darin verorteten Dienstleistungen schweizweit vertrieben werden. Zum Ausdruck komme dies beispielsweise auch darin, dass die WEKO einen nationalen Markt für Sparprodukte und deren Vermittlung annehme.²¹⁰ Der Vertrieb und die Neukundenakquise verschiebe sich zunehmend auf schweizweite digitale Kanäle. Zahlreiche Banken (darunter auch Kantonalbanken) böten mittlerweile vollständig digitalisierte, schweizweit zugängliche Kontoeröffnungsverfahren an, mit denen sie Kunden in der ganzen Schweiz ansprechen würden. Die Parteien betonen, dass just das

Kontokorrent- und Zahlungsverkehrsgeschäft damit vom Filialnetz entkoppelt sei. Das sei darauf zurückzuführen, dass Kunden aufgrund der Standardisierung keiner individuellen Beratung bedürften.²¹¹

251. Zudem würden die Vertriebsstrukturen der Zusammenschlussparteien stark voneinander abweichen und seien nicht durch kantonale Untergliederungen geprägt. Auch sei etwa die organisatorische Einteilung der UBS in zehn Regionen über alle Produktmärkte hinweg nicht den Gegebenheiten des Marktes geschuldet, sondern Folge historisch gewachsener Strukturen. Neben den Zusammenschlussparteien zeigten sich auch weitere Banken schweizweit präsent, namentlich die PostFinance, die Migros Bank, Bank Cler, Valiant oder Raiffeisen, und auch die Kantonalbanken seien zunehmend über die eigenen Kantons Grenzen hinweg tätig.²¹²

252. Zweitens argumentieren die Parteien, das Filialnetz habe an Bedeutung verloren und sei keine Voraussetzung mehr für den Vertrieb, was unter anderem der erfolgreiche Markteintritt der Neobanken in den Bankmarkt belege. Bankgeschäfte würden heute vorwiegend digital vorgenommen und Banken stellten dafür ihren Kunden Schnittstellen oder Bedienungsoberflächen im Web oder per App bereit (Digital und/oder Mobile Banking). Zur Verdeutlichung verweisen die Parteien auf eine Studie vom Institut für Finanzdienstleistungen (IFZ) der Hochschule Luzern sowie auf eine Befragung von Bitkom e. V. (der Branchenverband der deutschen Informations- und Telekommunikationsbranche), wonach die Filiale im Alltagsbanking kaum mehr eine Rolle spiele bzw. digitale Angebote wichtiger als eine Filiale seien. Diese Entwicklung widerspiegle sich auch in den fortgesetzten Filialschliessungen in den letzten zehn Jahren (gemäss SNB-Statistik ca. 600 Filialen, vor allem Grossbanken und Raiffeisen).²¹³

¹⁹⁹ Vgl. RPW 1998/2, 283 Rz 26 ff., UBS/SBV.

²⁰⁰ RPW 1997/4, 517 f. Rz 14, *Valiant Holding/Bank in Langnau*; RPW 2002/4, 610 Rz 25, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner*.

²⁰¹ RPW 1997/4, 527 Rz 18, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

²⁰² RPW 1997/4, 527 Rz 17 und 19, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*; RPW 2002/4, 610 Rz 25, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner*.

²⁰³ RPW 2015/2, 177 Rz 99, *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*; RPW 2006/1, 93 Rz 219 ff., *Kreditkarten – Interchange Fee*.

²⁰⁴ RPW 2012/4, 804 Rz 362, *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*; RPW 2006/4, 611 Rz 86 f., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG (Maestro-Schlussbericht)*.

²⁰⁵ RPW 2016/4, 1069 f. Rz 60 ff., *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.

²⁰⁶ RPW 2019/2, 547 Rz 18 m. w. H., *Santander Consumer Bank AG/Hyundai Capital Services Inc.*

²⁰⁷ Vgl. statt vieler EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 41, *Unicredito/HVB*; ferner EU-KOMM, COMP/M.5811 vom 27.05.2010, Rz 17 m. w. H. (regional angedeutet), *Erste Bank/ASK*.

²⁰⁸ Vgl. EU-KOMM, M.10378 vom 26.4.2022, Rz 47, *VUB/Slovenska Sporitelna/Tatra Banka/365.bank/CSOB/JV*; EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 16, *Banco Santander/Banco Popular Group*.

²⁰⁹ Act. [...].

²¹⁰ Act. [...].

²¹¹ Vgl. Act. [...].

²¹² Vgl. Act. [...].

²¹³ Vgl. Act. [...].

253. Gemäss den Ausführungen der Parteien ist drittens von Relevanz, dass die zentralen Dienstleistungen wie Überweisungen, eBill, LSV etc. standortunabhängig per Onlinebanking und Apps in Anspruch genommen werden (können). Zudem verlagerten sich etwa auch ehemals papierbasierte bzw. physische Prozesse in digitale Geschäftsabläufe. Selbst Kundenberatung und Kontoverwaltung erfolgten zunehmend mittels Fernkommunikation und/oder automatisch im Self-Service ohne Intervention natürlicher Personen aufseiten der Bank.²¹⁴

254. Laut Parteien führt die Verlagerung auf digitale Prozesse nicht nur dazu, dass Kunden sich auf Webseiten niederschwellig informieren und Angebote anbieterübergreifend vergleichen, sondern hat auch einen schweizweiten Markt eröffnet und die Ausdehnung des Geschäfts über die ehemals regionalen Strukturen hinweg auf die ganze Schweiz ermöglicht.²¹⁵

255. Hinzu komme schliesslich, dass Retail-Produkte von den Anbietern mit national einheitlichen Eigenschaften zu national einheitlichen Konditionen angeboten würden. Es bestünden keine kantonalen oder regionalen Unterschiede in der Produkt- oder Preisgestaltung.²¹⁶

256. Gemäss Parteien ist die enge Marktabgrenzung der WEKO im *Markt für Hypothekarkredite* überholt: Die Notwendigkeit eines physischen Kundenkontakts vor Ort und damit einhergehend eines Filialnetzes sei ebenso wenig erforderlich wie eine lokale physische Präsenz zur Bewertung der Liegenschaften. Diese Voraussetzungen relativierend habe die WEKO bereits festgehalten, dass die räumliche Dimension der Vermittlung von Hypotheken national sei. Im Einzelnen gelte:

- Hypothekarkredite würden zunehmend im Distanzgeschäft über Onlineplattformen und Remote-Kommunikation vertrieben. Am Beispiel der UBS demonstriert seien im Jahr 2022 bereits [...] % (CHF [...] Mio.) aller Neuhypotheken der UBS auf Online-Plattformen entfallen. Aus der Hypothekenvermittlung stammten derweil [...] % der Neuhypotheken (CHF [...] Mio.). Das Hypothekarbuchvolumen des Remote Sales & Advisory (RSA) der UBS, das Kunden remote betreut, macht nach Angaben der Parteien derzeit [...] % des Gesamtvolumens an Privatkundenhypotheken aus. Zudem habe die UBS im Jahr 2022 auf ihrer proprietären Plattform Key4 ein Hypothekarvolumen von CHF [...] Mio. und im Jahr 2021 von CHF [...] Mio. abgeschlossen (inkl. Fremd- und Eigenvertrieb).²¹⁷
- Dieser Trend sei auch anhand der Entwicklungen anderer Online-Plattformen sichtbar. So vermittele etwa die im Bereich Immobilienfinanzierung führende Online-Plattform MoneyPark pro Jahr ein Hypothekarvolumen von CHF 3,4 Mrd.²¹⁸
- Die Parteien argumentieren weiter, dass das Einzugsgebiet einer Filiale für die Marktabgrenzung keine massgebliche Grösse sei. Gemäss Verteilung des Privatkunden-Hypothekarbuches der UBS haben nur [...] % der Privatkunden (gemessen am Volumen) ihren Hypothekenvertrag im Einzugsgebiet²¹⁹ ihrer Geschäftsstelle abgeschlossen, [...] % des Hypothekarvolumens lagen ausserhalb des Einzugsgebiets,

[...] % des Hypothekarvolumens entfallen auf Remote-Abschlüsse und [...] % auf das Ausland.²²⁰

- Die Parteien hätten zwar ihre organisatorischen Einheiten in verschiedene Regionen unterteilt und alloziert, jedoch weder entlang der Kantonsgrenzen noch einheitlich. Diese organisatorischen Vertriebsstrukturen bilden gemäss Parteien indes keine Marktgrenzen ab.²²¹ Auch beschränkten Banken mit traditionell regionalem Tätigkeitsgebiet ihre Tätigkeit nicht auf «ihren» Kanton, sondern böten Hypothekarkredite zunehmend auch ausserhalb ihres Kantons an.²²² Hinzu kämen weitere Banken, die originär ein nationales Einzugsgebiet hätten und Hypotheken schweizweit vertrieben.²²³
- Für eine nationale Abgrenzung spreche ebenfalls, dass die Preise national nach derselben Preissetzungsmethodik festgesetzt und gesteuert würden. Die Preissetzungskompetenz liege auch nicht mehr wie früher bei den einzelnen Filialen, sondern bei regionalen bzw. zentralen Einheiten. Zudem würden Kreditkonditionen einem ausserkantonalen Wettbewerb unterliegen, da Kunden typischerweise Vergleichsofferten anderer inner- wie ausserkantonalen Banken einholten. Selbst wenn also tatsächlich ca. [80–90] % der Hypotheken innerhalb des Wohnkantons der Kreditnehmer vergeben würden, würde das aufgrund dieser Umstände keine Rolle spielen.²²⁴

257. Was die Bewertung der Liegenschaft betrifft, so erfolge diese heute anhand hedonischer Berechnungsmodelle²²⁵ von Wüest Partner, IAZI oder ähnlichen Anbietern. Zusätzliche Evidenz über den Zustand einer Liegenschaft könne mittels Fotos, Rechnungen oder anderen Belegen beigebracht werden, weswegen ein Vorortbesuch durch einen Kundenberater in der Regel nicht erforderlich sei und auch weitgehend nicht erfolge.²²⁶

²¹⁴ Vgl. Act. [...].

²¹⁵ Act. [...].

²¹⁶ Act. [...].

²¹⁷ Act. [...].

²¹⁸ Vgl. Act. [...].

²¹⁹ Das Einzugsgebiet der Geschäftsstelle bildet dabei gemäss Definition der UBS alle Postleitzahlen der Wohnanschriften der Hypothekarkunden, die der jeweiligen Geschäftsstelle zugeordnet sind.

²²⁰ Act. [...].

²²¹ Act. [...].

²²² Act. [...].

²²³ Act. [...], etwa die PostFinance mit Valuu, die Migros Bank, die Bank Cler, die Valiant, die Baloise Bank, Bank BSU, BPS Suisse sowie gewisse Privatbanken.

²²⁴ Act. [...].

²²⁵ Bei der hedonischen Methode wird der sogenannte Verkehrswert der Immobilie anhand einer Datenbank von Verkaufspreisen vergleichbarer Objekte ermittelt. Dafür ist eine Vielzahl von Faktoren wie insbesondere die Lage relevant. Diese Tools bilden gemäss UBS nur einen Ausgangspunkt der Bewertung; auf ihnen setzt der Bewertungsspielraum der ausgebildeten Experten auf. Folglich könne das Bewertungsergebnis bei den verschiedenen Marktteilnehmern unterschiedlich ausfallen.

²²⁶ Act. [...].

iv. Beurteilung

Ergebnisse der Marktbefragung

258. Auf die Frage nach der räumlichen Dimension für das Retail Banking und allfälliger Marktsegmente davon («wo findet der Wettbewerb statt und wo herrschen ähnliche Wettbewerbsbedingungen») antwortete eine grosse Mehrheit der Respondenten (33) mit national. Die übrigen erachteten den Wettbewerb als regional (9), kantonal (4), je nach infrage stehendem Produkt/infrage stehender Dienstleistung unterschiedlich (2) und andere (5).

259. Die nationale Marktabgrenzung wird namentlich damit begründet, dass eine lokale Präsenz oft nicht mehr notwendig sei.²²⁷ Die Entwicklung digitaler Lösungen wie E-Banking oder Videokonferenzlösungen habe die Bedeutung der Nähe im Bankkundengeschäft verringert,²²⁸ womit ein Wandel von einem regionalen zu einem nationalen Markt hin stattgefunden habe.²²⁹ Regionale bzw. kantonale Unterschiede seien marginal und maximal durch regional/kantonal agierende Regional- und Kantonalbanken unterscheidbar.²³⁰ Angebote von regionalen oder kantonalen Anbietern seien heutzutage national oder gar international verfügbar.²³¹

260. Gegen eine internationale Abgrenzung spreche – trotz Konkurrenz durch Neobanken aus dem Ausland (z. B. Revolut) – unter anderem das regulatorische Umfeld.²³²

261. Trotz dieser *prima facie* klaren Ausgangslage finden sich in den Begründungen Hinweise, die in gewissen Segmenten eine engere Abgrenzung denkbar erscheinen lassen.²³³

262. Die Institute, die für eine regionale oder kantonale Marktabgrenzung argumentieren, begründen dies neben der regionalen oder kantonalen Ausrichtung des Angebots insbesondere damit, dass die persönliche bzw. räumliche Nähe bei der Wahl einer Bank nach wie vor eine Rolle spiele.²³⁴ Gerade anspruchsvollere Entscheidungen wie Finanzierungen, Anlagen und Vorsorgen würden nach wie vor überwiegend mit persönlicher Beratung getroffen.²³⁵

Würdigung und Schlussfolgerungen

263. Es hat sich gezeigt, dass die Frage, inwieweit die persönliche bzw. räumliche Nähe für das Retail Banking in der heutigen Zeit (noch) relevant ist, konträr beantwortet wird. Im Hinblick auf die Antworten zur räumlichen Marktabgrenzung ist es wichtig, zu beachten, dass die befragten Institute mehrheitlich nicht aus Sicht der Nachfrageseite argumentieren, sondern sich darauf konzentrieren, in welchem geographischen Gebiet sie ihre Produkte und/oder Dienstleistungen anbieten und in welchem Umkreis sie mit Konkurrenz von anderen Anbietern konfrontiert sind. Das Gebiet, in welchem die Produkte und/oder Dienstleistungen angeboten werden, kann jedoch nur indirekt Aufschluss über den räumlich relevanten Markt geben.

264. Der Schweizer Bankenplatz ist geprägt von einer Vielzahl an Banken mit einem räumlich unterschiedlichen Tätigkeitsgebiet. Neben den Grossbanken UBS und Credit Suisse gibt es weitere Institute, die schweizweit tätig sind, während eine grosse Anzahl an Regio-

nalbanken und Sparkassen hauptsächlich regional konzentriert ist. Hinzu kommen die 24 Kantonalbanken mit einer engen Bindung zu ihrem jeweiligen Kantonsgebiet und übrige Banken, die in unterschiedlichstem räumlichem Umkreis tätig sind. Digitale Entwicklungen und Möglichkeiten haben es seit geraumer Zeit zunehmend geschafft, diese Grenzen zu verschieben. Neobanken sind mit rein digitalen Angeboten in den Retail-Markt eingetreten und ermöglichen es, gewisse Bankdienstleistungen und -produkte grundsätzlich standortunabhängig zu beziehen.

265. Das Erfordernis eines breiten Filialnetzes hat bei dieser Entwicklung zweifellos an Bedeutung verloren, was sich exemplarisch am starken Rückgang in den letzten Jahren beobachten lässt. Die Parteien verweisen dafür unter anderem auf eine Studie vom IFZ, wonach Filialen im Alltagsbanking keine Rolle mehr spielten (vgl. Rz 252). Diese Studie hat indes ebenfalls zu Tage gebracht, dass die persönliche Beratung in der Filiale von einem Grossteil der Kunden immer noch als wichtig oder gar sehr wichtig angesehen wird. Dabei sticht die Bedeutung des Touchpoints Filiale für die tendenziell komplexeren und mit stärkeren finanziellen Auswirkungen über einen längeren Zeithorizont einhergehenden Bankdienstleistungen wie Hypotheken oder Anlage-Vorsorgeberatung hervor. Während im Bereich Konten und Karten die anderen Kanäle «via Telefon», «via E-Mail oder Chat» und «Website und E-Banking» in Sachen Wichtigkeit ungefähr gleichaufliegen, liegen sie bei den Vorgenannten zurück.²³⁶

266. Weiter gilt es anzumerken, dass die Filialdichte trotz einem starken Rückgang in den vergangenen Jahren gerade in ländlichen Gebieten weiterhin hoch ist.²³⁷

267. Wie einleitend ausgeführt, erwog die WEKO im Hypothekarkreditgeschäft anders als bei den anderen Bereichen im Retail Banking bisher nie eine nationale räumliche Abgrenzung.

268. Die Parteien erachteten diese Praxis als überholt, da eine lokale Präsenz keine Voraussetzung mehr für den Vertrieb sei; der Trend in Richtung Online-Kanäle sei sichtbar. Hierzu ist relativierend festzuhalten, dass die von den Parteien ausgewiesenen Zahlen von UBS und Credit Suisse im tiefen zweistelligen Prozentbereich

²²⁷ Act. [...].

²²⁸ Act. [...] und Act. [...].

²²⁹ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

²³⁰ Act. [...]; vgl. auch Act. [...] und Act. [...].

²³¹ Act. [...]; vgl. auch Act. [...].

²³² Act. [...] und Act. [...].

²³³ Vgl. etwa Act. [...], Act. [...], Act. [...].

²³⁴ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...]; obwohl im Grundsatz von einer nationalen Abgrenzung ausgehend, ferner Act. [...] und Act. [...], [...].

²³⁵ Act. [...].

²³⁶ ANDREAS DIETRICH ET AL., Covid-19, Attraktivität von Neobanken-Kunden oder die Bedeutung der Filiale: Erkenntnisse aus der neuen Banking Trends-Studie, 18.3.2021, <<https://hub.hslu.ch/retailbanking/covid-19-attraktivitaet-von-neobanken-kunden-oder-die-bedeutung-der-filiale-erkenntnisse-aus-der-neuen-banking-trends-studie>> (18.9.2023).

²³⁷ Vgl. BAK Economics AG, Volkswirtschaftliche Bedeutung des Schweizer Finanzsektors, Studie im Auftrag der Schweizerischen Bankiervereinigung SBVg und des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV, 2019, <www.swissbanking.ch/_Resources/Persisentent/e/9/e/8/e9e8bcfc174530_8163d9287eb322bdf38103260b/BAK_Economics_Bedeutungsstudie_Finanzsektor_2019.pdf> (18.9.2023).

liegen. Zudem lassen auch das im Jahr 2022 neu abgeschlossene Hypothekarvolumen auf der digitalen Key4-Plattform von UBS in der Höhe von CHF [...] Mio. und das pro Jahr vermittelte Hypothekarvolumen des führenden Vermittlers MoneyPark von CHF 3,4 Mrd. gegenüber einem jährlichen Wachstum 2022 von CHF 39 Mrd. auf ein Gesamtvolumen von über CHF 1200 Mrd. nicht unmittelbar der Schluss zu, dass Filialen zum heutigen Zeitpunkt keine Voraussetzung für den Vertrieb von Hypotheken mehr sind. Laut einer Studie von e.foresight und dem IFZ betrug der Marktanteil von online vergebenen Hypotheken gerade einmal 3,9–4,1 % des gesamten privaten Hypothekarvolumens. Damit fristen sie nach wie vor ein Nischendasein, obwohl diverse Online-Möglichkeiten bereits seit zehn Jahren existierten. Im Vergleich zu der Wachstumsrate des Hypothekarkreditvolumens von privaten Haushalten verzeichneten sie aber auch im Jahr 2021 weiterhin überproportionale Wachstumsraten, wenngleich langsamer als im Jahr zuvor.²³⁸

269. Für eine engere Abgrenzung spricht auch die Tatsache, dass gemäss Zahlen der UBS [eine massgebliche Zahl] der Privatkunden ihren Hypothekarvertrag nur schon im Einzugsgebiet ihrer Geschäftsstelle abschliessen. Die Wahl, einen Hypothekarkredit in der nächsten Filiale abzuschliessen, bildet zwar für sich alleine noch kein Anzeichen für einen regionalen Markt, da Kunden bei gleichwertigen Angeboten grundsätzlich immer das nächstgelegene Angebot wählen dürften. Nicht publizierte Zahlen der SNB (Hypothekarforderungen Inland per 31.12.2021, unterteilt nach Instituten pro Kanton) lassen jedoch zusätzlich indikativ den Schluss zu, dass der Hauptteil der Hypotheken innerhalb des jeweiligen Kantonsgebiets vergeben wird. Das dürfte zwar einerseits damit zusammenhängen, dass Kantonal- und Regionalbanken Hypotheken hauptsächlich in ihrem Kerntätigkeitsgebiet vertreiben, andererseits wird jedoch auch sichtbar, dass Nachfrager bislang nicht in grossem Umfang auf ferne Angebote ausweichen. Diese Nähe zwischen Bank und Kunde wird auch in einer Analyse der Universität St. Gallen aus dem Jahr 2016 hervorgehoben²³⁹ und deckt sich mit Erkenntnissen der Marktbefragung, wonach Produkte und Dienstleistungen, welche einer persönlichen Beratung bedürfen, eher eine räumliche Nähe voraussetzen. Gerade bei dieser Art Produkte darf auch das Vorhandensein von Sprachbarrieren in der Schweiz nicht unberücksichtigt bleiben.

270. Vor diesem Hintergrund ist eine kantonale Abgrenzung nach wie vor denkbar, in gewissen Fällen auch eine regionale bzw. überregionale Abgrenzung (z. B. bei Kantonen ohne Kantonalbanken). In diesem Zusammenhang kann angefügt werden, dass auch die Parteien im Privatkundenbereich in zehn (UBS) bzw. elf (Credit Suisse) regionale Einheiten organisiert sind.²⁴⁰ Auch wenn interne Vertriebsstrukturen keine Marktgrenzen abbilden, kann dies – entgegen der Ansicht der Parteien – zumindest als Indiz herangezogen werden. Bei näherer Betrachtung wird dann auch sichtbar, dass sich die organisatorischen Vertriebsstrukturen der beiden Parteien nicht wesentlich voneinander unterscheiden.

271. Im Lichte dieser nicht-abschliessenden Beurteilung bestehen für einen Teil der Produkte und Dienstleistungen des Retail-Geschäfts sowohl Hinweise für eine

schweizweite wie auch für eine engere Abgrenzung, wobei die genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offenbleiben kann. Auf Aufforderung der FINMA und des Sekretariats von den Parteien eingereichte kantonale Zahlen machen deutlich, dass auch bei einer engeren kantonalen Betrachtung keine ernsthaften Bedenken bestehen, da in allen Kantonen genügend Konkurrenz existiert.

272. Im Bereich des Hypothekargeschäfts gibt es derzeit noch starke Indizien für eine kantonale bzw. teilweise regionale Nachfrage, weshalb nachfolgend im Grundsatz – nicht zuletzt aufgrund der Verfügbarkeit von entsprechenden SNB-Statistiken – von kantonalen Märkten ausgegangen wird. Im Rahmen der Analyse werden zwecks Gesamtübersicht die vorhandenen Daten auf nationaler Ebene ausgewiesen, da die nähere Betrachtung der Verhältnisse in den einzelnen Kantonen auf jeweils ähnliche Verhältnisse schliessen lässt.

273. Zum Schluss ist hervorzuheben, dass die vorliegende Annahme von nationalen Märkten (ausser im Markt für Hypotheken) auch aufgrund der Tatsache sachgerecht erscheint, dass sich im vorliegenden Einzelfall die *zwei einzigen Grossbanken mit flächendeckenden Aktivitäten in allen Kantonen der Schweiz* zusammenschliessen. Hingegen könnte bei einem hypothetischen zukünftigen Zusammenschluss von ausschliesslich kantonal oder regional tätigen Banken eine engere räumliche Marktabgrenzung angezeigt sein.

v. Zwischenergebnis

274. Nach dem Gesagten bestehen Anhaltspunkte, dass einzelne Segmente räumlich enger abgegrenzt werden könnten. Zum Zweck der vorliegenden Stellungnahme kann die räumliche Abgrenzung jedoch offenbleiben, da sich die Konkurrenz in sämtlichen Kantonen ähnlich präsentiert. Es ist für die Beurteilung von folgenden Märkten auszugehen:

- Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr: national;
- Traditionelles Banksparen (inkl. Vorsorgeprodukte): national;
- Hypothekarkredite: kantonal;
- Konsumkredite: national;
- Kreditkarten-Issuing: national;
- Debitkarten-Issuing: national; und
- Peer-to-Merchant Mobile Payment: national.

²³⁸ Vgl. ANDREAS DIETRICH/MARCO ZOLLINGER, Der Online-Hypothekarmarkt Schweiz wächst weiter – aber langsamer, 26.9.2022 <<https://hub.hslu.ch/retailbanking/der-online-hypothekarmarkt-schweiz-waechst-weiter-aber-langsamer>> (18.9.2023).

²³⁹ Vgl. MARTIN BROWN/MATTHIAS HOFFMANN, Hypothekarmarkt Schweiz: Starke Bindungen zwischen Bank und Kunde. *Die Volkswirtschaft*, 25.5.2016. Zu dieser Analyse ist anzumerken, dass sie auf einer Erhebung Deutschschweizer Haushalte aus dem Jahr 2011 beruht.

²⁴⁰ Act. [...].

C.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

275. Betroffen sind folgende Märkte, wobei der Übersicht halber auch für den kantonal abzugrenzenden Markt für Hypothekarkredite die nationalen Daten ausgewiesen werden:²⁴¹

Tabelle 1: Überblick – Betroffene Märkte im Retail Banking Schweiz

Schweiz	Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr ²⁴²		Traditionelles Banksparen (inkl. Vorsorgeprodukte) ²⁴³		Hypothekarkredite ²⁴⁴		Konsumkredite ²⁴⁵	
	CHF Mrd.	Anteil ²⁴⁶	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mio.	Anteil
UBS	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[0–10] %
Credit Suisse	[...]	[10–20] %	[...]	[0–10] %	[...]	[10–20] %	[...]	[20–30] %
Zusammen	229	29,3 %	74	22,5 %	299	24,4 %	[...]	[20–30] %
Von total	782	100,0 %	328	100,0 %	1223	100,0 %	7840	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

276. Bei der (sachgerechten) Betrachtung kantonalen Hypothekarmärkte resultieren zudem in 13 von 26 Kantonen betroffene Märkte, jeweils mit einem geschätzten konsolidierten Marktanteil der fusionierten Unternehmen von (in aufsteigender Reihenfolge):²⁴⁷ SO (20,8 %), ZG (23,1 %), BL (23,6 %), GR (24,4 %), NE (25,4 %), BE (26,1 %), BS (26,5 %), TI (27,1 %), VS (27,9 %), ZH (28,5 %), AG (29,9 %), VD (34,2 %), GE (46,3 %).

277. Bei näherer Begutachtung zeigt sich, dass in den betroffenen Märkten Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr, traditionelles Banksparen (inkl. Vorsorgeprodukte) und Hypothekarkredite national wie kantonal vergleichbare Verhältnisse vorliegen, insbesondere was die Stärke der Kantonalbanken sowie in geringerem Masse der Raiffeisenbanken betrifft. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, obwohl von kantonalen Hypothekarmärkten ausgegangen wird, eine schweizweite Bewertung dieser Märkte gemeinsam vorzunehmen und dabei falls notwendig marktspezifische Besonderheiten zu erwähnen. Aufgrund der sehr hohen kumulierten Marktanteile wird der Hypothekarmarkt im Kanton Genf separat betrachtet.

278. Im Markt für Konsumkredite ist die Credit Suisse über ihre Tochtergesellschaft Bank-now AG tätig. Demgegenüber ist die UBS im Bereich der Konsumkredite nur geringfügig aktiv. UBS bietet keine direkten Konsumkredite an, sondern vergibt diese lediglich in Form von Teilzahlungsoptionen bei Kreditkarten.²⁴⁸ Aufgrund der nur marginalen Marktanteilsaddition kann vorliegend auf eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Markt verzichtet werden.

279. Bei den Zahlungsmitteln zeigt sich folgende Situation:

²⁴¹ Zahlen gemäss Angaben der Parteien.

²⁴² Zahlen ausgewiesen für 2022. Bei Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr ergibt sich das Total des Segments aus einer Addition der Spalten «Auf Sicht/Total Übertragbarkeit» sowie «Kündbar/übertragbar» der «Kundeneinlagen ohne gebundene Vorsorgegelder» gemäss SNB-Statistik.

²⁴³ Zahlen ausgewiesen für 2022. Beim traditionellen Banksparen ergibt sich das Total des Segments aus der Summe der Kundeneinlagen ohne gebundene Vorsorgegelder abzüglich der Callgelder.

²⁴⁴ Zahlen ausgewiesen für 2022. Im Bereich Hypothekarkrediten wird die Grösse des totalen Segments wie folgt berechnet: Ausgegangen wird vom Total der Hypothekarforderungen gemäss SNB-Statistik. Dieses Total enthält indessen die Zahlen der Pensionskassen und Versicherungen nicht. Diese werden gestützt auf Schätzungen der Hochschule Luzern auf ca. 5,4 % veranschlagt.

²⁴⁵ Zahlen ausgewiesen für 2021. An ZEK gemeldete Kredite gemäss <www.zek.ch/getattachment/Uber-uns/Jahresbericht-Statistiken/ZEK-Jahresbericht-2022.pdf.aspx> (18.09.2023). Für UBS und Credit Suisse waren die ZEK-Zahlen 2023 und 2022 gemäss Meldungsentwurf III nicht kurzfristig erhältlich. Deshalb wurden von den Parteien die Zahlen für die Jahre 2019–2021 geliefert.

²⁴⁶ Die Zahlen basieren auf der Einlagenhöhe. Die Parteien weisen darauf hin, dass diese Zahlen die Stellung der PostFinance nur unzureichend reflektieren würden. Berücksichtige man die Anzahl Transaktionen, habe PostFinance einen Marktanteil von gut 60 %, Credit Suisse dagegen ca. [0–10] % (Avenir Suisse, Postalische Grundversorgung im digitalen Zeitalter, 2019, 44, <www.avenir-suisse.ch/publication/postalische-grundversorgung-im-digitalen-zeitalter> [18.9.2023]).

²⁴⁷ Zahlen 2021 gemäss Angaben der Parteien (Act. [...]).

²⁴⁸ Vgl. [...].

Tabelle 2: Betroffene Märkte Zahlkarten in der Schweiz²⁴⁹

Schweiz	Debitkarten-Issuing (Anzahl Karten) ²⁵⁰		Debitkarten-Issuing (Transaktionsvolumen) ²⁵¹		Kreditkarten-Issuing (Anzahl Karten) ²⁵²		Kreditkarten-Issuing (Transaktionsvolumen) ²⁵³	
	Karten	Anteil	CHF Mio.	Anteil	Karten	Anteil	CHF Mio.	Anteil
UBS	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[20–30] %	[...]	[20–30] %
Credit Suisse	[...]	[0–10] %	[...]	[0–10] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %
Zusammen	[...]	[10–20] %	[...]	[20–30] %	[...]	[30–40] %	[...]	[30–40] %
Von total	13 802 855	100,0 %	122 592	100,0 %	8 512 424	100,0 %	739 539	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

280. Nachfolgend kann auf weitere Ausführungen zu den betroffenen Märkten im Bereich Zahlkarten verzichtet werden. So sind im vorliegenden Fall die Wettbewerbsverhältnisse im Markt für Debitkarten-Issuing mit denjenigen auf dem Markt für Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr vergleichbar, zumal die Herausgabe von Debitkarten eng mit der Zurverfügungstellung von Dienstleistungen in diesem nachfolgend näher betrachteten Markt verbunden ist und die Schlussfolgerungen betreffend den Markt für Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr ohne weiteres auf den Markt für Debitkarten-Issuing übertragen werden können.

281. Ebenfalls verzichtet werden kann auf eine vertiefte Betrachtung des Marktes für Kreditkarten-Issuing. So war dieser Markt einerseits bereits Gegenstand verschiedenster Verfahren der WEKO. Basierend auf den daraus gewonnenen Erkenntnissen gibt es zumindest *prima facie* keine unmittelbaren Bedenken hinsichtlich dieses Marktes. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass das Kreditkarten-Issuing der Credit Suisse im Rahmen eines 50:50-Joint Ventures mit American Express, der Swisscard AECS, vorgenommen wird. Auf dem Markt verbleiben zudem weitere starke, etablierte Issuer wie Viseca, Cornèr Banca und Cembra Money Bank sowie neue Player wie etwa Revolut. Darüber hinaus ist das Kreditkarten-Issuing aus Sicht von Endkunden nicht an die gleichzeitige Führung eines Kontokorrentkontos bei der Issuing-Bank gebunden, was die Substitutionsmöglichkeiten im Vergleich zum Markt für Debitkarten-Issuing nochmals deutlich erleichtert.

282. Schliesslich kann nachfolgend auch auf weitergehende Ausführungen zum mutmasslich betroffenen Markt für Peer-to-Merchant Mobile Payment verzichtet werden. Mangels öffentlich verfügbarer Informationen zum Gesamtvolumen haben die Parteien nur Angaben zu Anteilen im Segment der TWINT-Zahlungen ausgewiesen. Diese machen laut Swiss Payment Monitor 49,4 % der mobilen Zahlungen aus.²⁵⁴ Bei einer Betrachtung von ausschliesslich der Transaktionen über TWINT kommen die Parteien gemäss Angaben im Meldungsentwurf III auf einen kumulierten Marktanteil von [20–30] %. Auch diese Transaktionen sind eng mit der gleichzeitigen Führung eines Kontokorrentkontos verbunden (ca. 78 % der TWINT-Zahlungen sind nach

Payment Monitor mit einem Konto verknüpft), so dass wiederum auf die Ausführungen zum Markt für Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr verwiesen werden kann. Zwar ist unklar, ob die Betrachtung von anderen mobilen Bezahlösungen zu wesentlich abweichenden Marktanteilen führen würde. Unabhängig davon ist jedoch davon auszugehen, dass die Ausführungen und Schlussfolgerungen zum Markt für Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr die Wettbewerbsverhältnisse auch diesfalls hinreichend abbilden können.

C.4.2.1 Retail Banking in der Schweiz

C.4.2.1.1 Aktueller Wettbewerb

i. Standpunkt der Parteien

283. Die Parteien machen geltend, dass die gemeinsamen Marktanteile von UBS und Credit Suisse in den Märkten, die hier zusammen analysiert werden (vgl. Rz 277), in der Schweiz [20–30] % (Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr), [20–30] % (Hypothekarkredite) sowie nur [20–30] % (traditionelles Banksparen) liegen. Dabei sei zu beachten, dass der kombinierte Anteil von UBS und Credit Suisse zu hoch dargestellt werde, da er auf Daten aus den Jahren 2021 und 2022 basiere, womit die gravierende Verschlechterung der Finanzlage von Credit Suisse und die damit einhergehende Kundenabwanderung im Jahr 2023 bzw. 2022 nicht reflektiert würden. Zudem werde der kombinierte Anteil von UBS und Credit Suisse im Nachgang des Zusammenschlusses nicht der Summe des aktuellen individuellen Anteils entsprechen, sondern kleiner sein. Kunden, die sowohl bei

⁴²⁹ Zahlen gemäss Angaben der Parteien.

²⁵⁰ Zahlen ausgewiesen für 2022. Basierend auf SNB-Zahlen nach Anzahl Debitkarten.

²⁵¹ Zahlen ausgewiesen für 2022. Basierend auf inländischem Transaktionsvolumen gemäss SNB.

²⁵² Zahlen ausgewiesen für 2022. Basierend auf SNB-Zahlen nach Anzahl Kreditkarten.

²⁵³ Zahlen ausgewiesen für 2022. Basierend auf inländischem Transaktionsvolumen gemäss SNB.

²⁵⁴ Swiss Payment Monitor (Fn 185). Demnach sind TWINT-Zahlungen (nach Anzahl Transaktionen) in den letzten zwei Jahren um ca. 30 % zurückgegangen, insbesondere zugunsten von Apple Pay.

der UBS als auch bei der Credit Suisse ein Konto haben, würden aus Diversifikationsgründen nicht ohne weiteres beide Konten bei ihren bisherigen Banken belassen, sondern das eine Konto zu einer dritten Bank verlegen.²⁵⁵

284. Die Parteien argumentieren, dass das fusionierte Unternehmen in sämtlichen Bereichen des Retail Bankings dem Wettbewerbsdruck starker, etablierter Konkurrenten ausgesetzt sei. In den Märkten Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr sowie Banksparen vor allem durch die Kantonalbanken, die Raiffeisenbanken oder die Migros Bank. Besonders hervorzuheben sei aufgrund ihrer Bedeutung im Zahlungsverkehr die PostFinance. Im Hypothekenmarkt seien zusätzlich vor allem die Regionalbanken, Bank Cler, Versicherungen und Pensionskassen zu nennen. Zudem erwähnen die Parteien wiederum die PostFinance als bedeutende Wettbewerberin im Hypothekenmarkt, welche zwar selbst keine Hypotheken vergeben dürfe, diese aber auf ihrer Website und über ihre Plattform Valuu anbiete. Sie trete gegenüber Kunden, die eine «Gelbe Hypothek» abschliessen, als Vertragspartei auf, auch wenn die Hypotheken durch die Valiant Bank oder die Münchener Hypothekenbank als Partnerinnen refinanziert würden.²⁵⁶

285. Die Parteien heben weiter die hohe Wettbewerbsdynamik im Retail Banking hervor. Die gemeinsamen Anteile von UBS und Credit Suisse seien die letzten 25 Jahre in den hier relevanten Märkten stark zugunsten von Konkurrenten zurückgegangen.²⁵⁷ Das allein zeige, dass der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründe oder verstärke.²⁵⁸

286. Multibankbeziehungen führen gemäss den Parteien ebenfalls zu einer Intensivierung des Wettbewerbs. Kunden hätten bereits heute in der Schweiz durchschnittlich mit rund 2,2 Banken eine Beziehung, womit sie im hypothetischen Fall eines suprakompetitiven Verhaltens des fusionierten Unternehmens schnell zu anderen Konkurrenten wechseln könnten. Sodann bestehe potentieller Wettbewerb vor allem in Form von sogenannten «digital attackers» wie Neobanken, ausländischen Banken und branchenfremden Unternehmen wie etwa BigTech.²⁵⁹

287. Speziell im Hypothekenmarkt trage auch der Umstand, dass die Onlinevermittler von Hypothekarkrediten stark boomten und deren Wachstumspotenzial weiterhin gross sei, zur Wettbewerbsdynamik bei. Die Vermittler würden vielen alternativen Investoren den Zugang zu Direktinvestitionen in Schweizer Hypotheken erleichtern, Markteintrittsschranken senken und so zu einem intensivierten Wettbewerb beitragen. Ausserdem hätten Intermediäre und Online-Vergleichsplattformen die Transparenz für Hypothekarkreditnehmer erhöht.²⁶⁰

288. Schliesslich ist gemäss Parteien auch die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung ausgeschlossen. Es bestünden weder Anreize zu kollusivem Verhalten noch wäre ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft.²⁶¹

ii. Beurteilung

Ergebnisse der Marktbefragung

289. Zu den *generellen Auswirkungen* des Zusammenschlussvorhabens äusserte in der Marktbefragung die Mehrheit der befragten Wettbewerber im Retail Banking die Ansicht, dass auch nach dem Zusammenschluss ausreichend Wettbewerb bestehen wird. Bereits vor dem Zusammenschluss wurde eine hohe Wettbewerbsintensität von den Befragten wahrgenommen. Auf der im Fragebogen vorgegebenen Skala von 1 (kein oder praktisch kein Wettbewerb) bis 5 (sehr starker Wettbewerb mit vielen Wettbewerbern und hohem Wettbewerbsdruck) resultierte eine durchschnittliche Einschätzung der Wettbewerbsintensität von 4,2.²⁶² Für den Zeitraum nach dem Zusammenschluss gehen beinahe drei Viertel der befragten Unternehmen im Bereich Retail Banking (41) davon aus, dass das fusionierte Unternehmen genügend Wettbewerbsdruck ausgesetzt sein wird. Demgegenüber ist eine kleinere Anzahl an Respondenten der Ansicht, dass es nach der Fusion nicht genügend Wettbewerb geben wird (11); die übrigen (6) haben eine andere bzw. differenzierte Einschätzung abgegeben.

290. Begründet wurde diese Gesamteinschätzung unter anderem mit der vielfältigen und kompetitiven Banklandschaft und der starken etablierten Konkurrenz im Retail-Geschäft vor allem durch Kantonal- und Raiffeisenbanken. Zudem gebe es neue Wettbewerber, die den Markt oder Teilbereiche erfolgreich bearbeiteten würden (z. B. FinTechs). Dagegen wurde namentlich vorgebracht, dass das fusionierte Unternehmen in bestimmten Marktsegmenten sehr hohe Marktanteile (über 30 %) auf sich vereine und nach der Umstrukturierung von Skaleneffekten profitieren könne.²⁶³ Kein anderer Akteur mit einer nationalen Dimension verfüge derzeit über die notwendige Stärke, um mit der neuen Einheit konkurrieren zu können.²⁶⁴

291. Im Fragebogen wurden die Konkurrenten zusätzlich gebeten, den Grad des Wettbewerbsdrucks zu bewerten, den verschiedene Anbieter im Retail Banking in der Schweiz auf andere Anbieter ausüben (Skala von 1 *kein oder sehr schwacher Wettbewerbsdruck* bis 5 *sehr starker Wettbewerbsdruck*). Es resultierten folgende durchschnittlichen Einschätzungen:

²⁵⁵ Act. [...].

²⁵⁶ Act. [...].

²⁵⁷ Act. [...].

²⁵⁸ Act. [...].

²⁵⁹ Act. [...].

²⁶⁰ Act. [...].

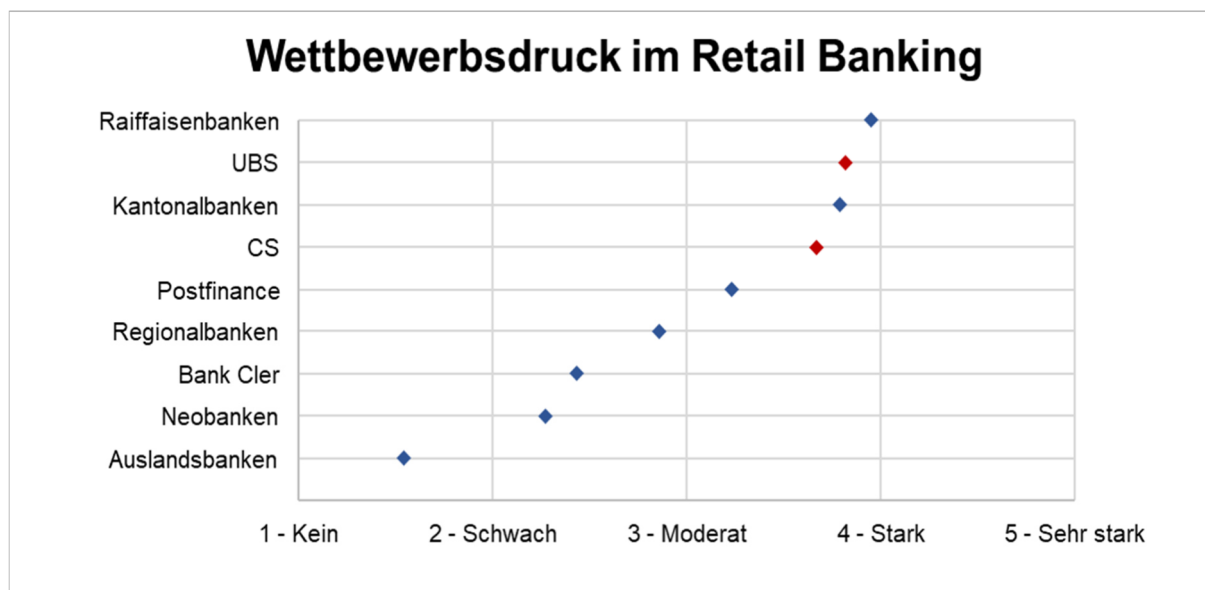
²⁶¹ Act. [...].

²⁶² Skalenwerte: 5 sehr starker Wettbewerb (21), 4 starker Wettbewerb (28), 3 moderater Wettbewerb (7), 2 wenig Wettbewerb (1), kein oder praktisch kein Wettbewerb (0).

²⁶³ Act. [...]; vgl. auch Act. [...].

²⁶⁴ Act. [...]; vgl. auch Act. [...], Act. [...], Act. [...].

Abbildung 1: Einschätzung Wettbewerbsdruck im Retail Banking



(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

292. Diese Auswertung macht deutlich, dass sich die Parteien sowie insbesondere die Raiffeisenbanken und die Kantonalbanken in ähnlichen Sphären bewegen. Die Vorrangstellung der Raiffeisenbanken dürfte vor allem der Tatsache geschuldet sein, dass sie aufgrund ihrer ausgeprägt schweizweiten Präsenz Wettbewerbsdruck auf alle befragten Konkurrenten ausüben können, während die Kantonalbanken fragmentierter auftreten und darüber hinaus nicht in allen Kantonen der Schweiz eine eigene Kantonalbank existiert.

293. Nahezu alle Wettbewerber (48), die sich zum Retail Banking geäußert haben, gehen davon aus, dass es keine bestimmten Produkte und/oder bestimmte Dienstleistungen gibt, welche das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss anbietet, ohne dass ausreichend alternative Angebote auf demselben Markt verfügbar sind. Zwar gibt es einige wenige Wettbewerber (9), die gewisse Produkte/Dienstleistungen als nicht ausreichend verfügbar bezeichnet haben. Diese betreffen jedoch nicht unmittelbar das Retail-Geschäft gegenüber Bankkunden, weswegen sie an dieser Stelle nicht weiter zu thematisieren sind.²⁶⁵

294. Schliesslich erwarten etwas mehr als die Hälfte der Wettbewerber (32), die sich hierzu haben vernehmen lassen, dass der vollzogene Zusammenschluss keinen oder kaum Einfluss auf Preise oder Qualität von Produkten und Dienstleistungen im Retail Banking haben wird. Demgegenüber geht eine geringere Anzahl (22) von negativen Auswirkungen (höhere Preise, eingeschränkte Auswahl, schlechtere Qualität und/oder weniger Innovation) aus, wobei mehrheitlich auf eine Begründung verzichtet wurde. Mangels einer weiteren Fragebogenrunde war es nicht möglich, in der Phase 0 detaillierter in Erfahrung zu bringen, aus welchen spezifischen Gründen und in welchem Ausmass negative Auswirkungen erwartet werden. Schliesslich erhofft sich eine marginale Anzahl (3) positive Auswirkungen durch den Zusammenschluss.

Würdigung und Schlussfolgerungen

295. Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann würdigend festgehalten werden, dass die durchgeführte Marktbefragung keine grösseren Probleme identifiziert. Trotz Zusammengehens der zwei grössten Banken in der Schweiz werden die Auswirkungen des Zusammenschlusses für das Retail Banking von den Konkurrenten mehrheitlich als überschaubar beurteilt.

296. Als nächstes wird die Situation in den einzelnen betroffenen Märkten analysiert.

297. Auf dem Markt für *Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr* haben die Parteien und ihre Wettbewerber in der Schweiz folgende geschätzten Anteile. Anhand dieser Tabelle zeigt sich deutlich, dass die Parteien in den letzten Jahren kontinuierlich Anteile verloren haben (in den letzten drei Jahren vor allem Credit Suisse, während UBS ihr Niveau ungefähr halten konnte):

²⁶⁵ Act. [...] (internationaler Zahlungsverkehr); Act. [...] (Unternehmensfinanzierungen); Act. [...] («Bank-to-Bank»-Dienstleistungen, Clearing- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen, Handels- und Aussenhandelsfinanzierungen, Kapitalmarkttransaktionen, Konsortial-, Fusions- und/oder Umstrukturierungsfinanzierungen); Act. [...] (Gegenpartei Repo-Geschäfte, Edelmetalle, Devisenmarkt); Act. [...] (Korrespondenzbank USD-Zahlungsverkehr).

Tabelle 3: Marktanteile Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr in der Schweiz gemäss Angaben der Parteien²⁶⁶

Schweiz	2022		2021		2020		1998	
	CHF Mrd.	Anteil ²⁶⁷	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil
UBS	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	n/a	n/a
Credit Suisse	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	n/a	n/a
Zusammen	229	29,3 %	266	32,1 %	256	33,2 %	74	45,3 %
Kantonalbanken	226	29,0 %	222	26,8 %	201	26,0 %	47	28,8 %
Raiffeisenbanken	91	11,6 %	86	10,4 %	78	10,1 %	2	1,4 %
Regionalbanken	46	5,8 %	44	5,3 %	36	4,6 %	12	7,1 %
Ausl. Banken	35	4,5 %	44	5,4 %	37	4,8 %	7	4,0 %
Übrige	155	19,8 %	165	19,9 %	163	21,1 %	22	13,5 %
Total	782	100,0 %	828	100,0 %	772	100,0 %	164	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

298. Zu diesen Daten ist anzumerken, dass sie sämtliche Kundengruppen enthalten, also auch Kontokorrentkonten- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen, die gegenüber grösseren Unternehmen erbracht werden. Diese sind vorliegend jedoch nicht Teil der relevanten Marktgegenseite, da die vorliegend betrachteten standardisierten Basis-Bankdienstleistungen für deren Ansprüche in der Regel unzureichend sein dürften (vgl. dazu Abschnitt C.7). Betrachtet man hingegen nur die Daten der Schweizer Privathaushalte, welche die überwiegende Mehrheit der Marktgegenseite im Bereich Retail Banking darstellt, liegen die gemeinsamen Anteile der Parteien der letzten drei Jahren aufgrund der starken Präsenz von UBS und Credit Suisse im Unternehmenskundengeschäft zwischen 3–5 % tiefer.²⁶⁸

299. Im Markt für *traditionelles Banksparen (inkl. Vorsorgeprodukte)* zeigt sich anhand der durch die Parteien angegebenen Zahlen folgendes Bild:

²⁶⁶ Bei Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr ergibt sich das Total des Segments nach Berechnung der Parteien aus einer Addition der Spalten «Auf Sicht/Total Übertragbarkeit» sowie «Kündbar/übertragbar» der «Kundeneinlagen ohne gebundene Vorsorgegelder» gemäss SNB-Statistik.

²⁶⁷ Die Zahlen basieren auf der Einlagenhöhe. Die Parteien weisen darauf hin, dass diese Zahlen die Stellung der PostFinance nur unzureichend reflektieren würden. Berücksichtige man die Anzahl Transaktionen, habe PostFinance einen Marktanteil von gut 60 %, Credit Suisse dagegen ca. [0–10] %; mit Verweis auf, Avenir Suisse, Postalische Grundversorgung im digitalen Zeitalter, 2019, S. 44, «www.avenir-suisse.ch/publication/postalische-grundversorgung-im-digitalen-zeitalter» (18.9.2023).

²⁶⁸ Vgl. dazu die Tabelle in Act. [...].

Tabelle 4: Marktanteile Traditionelles Banksparen (inkl. Vorsorgeprodukte) in der Schweiz gemäss Angaben der Parteien²⁶⁹

Schweiz	2022		2021		2020		1998	
	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil
UBS	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	n/a	n/a
Credit Suisse	[...]	[0–10] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	n/a	n/a
Zusammen	74	22,5 %	102	27,8 %	104	27,3 %	77	42,8 %
Kantonalbanken	110	33,6 %	119	32,5 %	119	31,3 %	58	32,4 %
Raiffeisenbanken	75	22,8 %	76	20,7 %	73	19,3 %	5	2,7 %
Regionalbanken	20	6,1 %	20	5,5 %	25	6,5 %	23	12,9 %
Übrige	49	14,9 %	49	13,5 %	59	15,6 %	16	9,1 %
Total	328	100,0 %	828	100,0 %	772	100,0 %	164	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

300. Auch hier wird sichtbar, dass die Parteien mit den Jahren grundsätzlich Marktanteile verloren haben. Vor dem starken Rückgang bei der Credit Suisse lässt sich in den letzten drei Jahren jedoch teilweise auch eine Zunahme beobachten. Wiederum gilt anzumerken, dass die gesonderte Betrachtung der Einlagen von Schweizer Privathaushalten (erneut wegen der höheren Anteile bei Unternehmenskunden) in den letzten drei Jahren bei

den Parteien zusammen zu einer weiteren Senkung führt (2022: 20,9 %, 2021: 21,7 % und 2020: 22,3 %).

301. Nicht in diesen Daten enthalten sind gebundene Vorsorgegelder (Freizügigkeitskonten 2. Säule und gebundene Vorsorge Säule 3a). Eine separate Berechnung macht indes deutlich, dass die Anteile dort in einem ähnlichen Bereich liegen:

Tabelle 5: Marktanteile Gebundene Vorsorgegelder in der Schweiz gemäss Berechnungen der WEKO²⁷⁰

Schweiz	2022		2021		2020		1998	
	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil
Grossbanken	19,6	21,3 %	20,8	22,0 %	22,4	23,1 %	12,3	40,8 %
Kantonalbanken	28,7	31,2 %	28,9	30,6 %	29,4	30,4 %	10,5	34,9 %
Raiffeisenbanken	20,7	22,6 %	21,1	22,3 %	21,0	21,7 %	2,3	7,8 %
Regionalbanken	7,3	7,9 %	7,6	8,0 %	7,8	8,1 %	3,9	12,8 %
Übrige	15,7	17,0 %	16,6	17,1 %	16,4	16,7 %	1,0	3,7 %
Total	92	100,0 %	95	100,0 %	97	100,0 %	30	100,0 %

(Quelle: SNB-Datenportal, Darstellung durch das Sekretariat).

²⁶⁹ Beim traditionellen Banksparen ergibt sich das Total des Segments nach Berechnung der Parteien aus der Summe der Kundeneinlagen ohne gebundene Vorsorgegelder abzüglich der Callgelder.

²⁷⁰ Die Zahlen basieren auf dem Segment «Gebundene Vorsorgegelder» der SNB-Statistik, [\(https://data.snb.ch/de/warehouse/BSTA/cube7/BSTA@SNB.JAHR_U.BIL.PAS.VKE.GVG?fromDate=1998&toDate=2022&dimSel=KONSOLIDIERUNGSSTUFE\(U\),INLANDAUSLAND\(T,I\),WAEHRUNG\(T,CHF\),BANKENGRUPPE\(A30,G10,G15,G20,G25,G35,G45,A10,A25,G65,G70,S10\)\)](https://data.snb.ch/de/warehouse/BSTA/cube7/BSTA@SNB.JAHR_U.BIL.PAS.VKE.GVG?fromDate=1998&toDate=2022&dimSel=KONSOLIDIERUNGSSTUFE(U),INLANDAUSLAND(T,I),WAEHRUNG(T,CHF),BANKENGRUPPE(A30,G10,G15,G20,G25,G35,G45,A10,A25,G65,G70,S10)) (18.9.2023).

302. Die zugrundeliegenden SNB-Daten enthalten nur die Kundeneinlagen bei Banken. Weil auch verschiedene Versicherungen gebundene Vorsorgeprodukte anbieten, dürften die Marktanteile bei einer separaten marktspezifischen Beurteilung noch einmal tiefer ausfallen.

303. Für den *Hypothekenmarkt* weisen die Parteien auf nationaler Ebene die nachfolgenden Zahlen aus. Hierzu ist in Erinnerung zu rufen, dass vorliegend von kantonalen Märkten für Hypotheken ausgegangen wird, so dass die nachfolgenden Ausführungen nur dem allgemeinen Überblick dienen. Da die SNB-Statistik nur Zahlen von Banken enthält, haben die Parteien Schätzungen der Hochschule Luzern herangezogen. Gemäss Auszug aus

der IFZ Retail Banking Studie 2020 vereinten Pensionskassen und Versicherungen im Jahr 2019 5,4 % des Hypothekarmarkts auf sich.²⁷¹ Diesen Anteil haben die Parteien dem SNB-Total hinzugerechnet, um das Marktvolumen für die Jahre 2020, 2021 und 2022 zu erhalten.²⁷² Eine aktuelle Studie von MoneyPark zeigt, dass dieser Wert auch für das Jahr 2022 noch sachgerecht erscheint.²⁷³

304. Unter Berücksichtigung dieser Hinzurechnung ergibt sich über die Jahre folgende Marktanteilsentwicklung auf nationaler Ebene, die sich analog in den Kantonen widerspiegelt:

Tabelle 6: Marktanteile Hypothekarmarkt Schweiz gemäss Angaben der Parteien²⁷⁴

Schweiz	2022		2021		2020		1998	
	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil
UBS	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[30–40] %
Credit Suisse	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[20–30] %
Zusammen	299	24,4 %	300	25,3 %	297	25,9 %	183	37,5 %
Kantonalbanken	441	36,1 %	420	35,5 %	401	35,1 %	173	35,4 %
Raiffeisenbanken	204	16,7 %	196	16,6 %	190	16,6 %	10	2,1 %
Regionalbanken	87	7,1 %	83	7,0 %	79	6,9 %	53	10,8 %
Übrige Banken	126	10,3 %	119	10,1 %	114	10,0 %	29	6,0 %
SNB-Total Banken	1157	94,6 %	1118	94,6 %	1082	94,6 %	447	91,8 %
Pensionskassen/ Versicherungen	66	5,4 %	64	5,4 %	62	5,4 %	40	8,2 % ²⁷⁵
Total	1223	100,0 %	1182	100,0 %	1144	100,0 %	487	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

305. Diese Daten enthalten erneut sämtliche Kundengruppen. Wird nur die Kundengruppe der privaten Haushalte herangezogen, resultieren leicht höhere Anteile der Parteien:

²⁷¹ CHRISTOPH LENGWILER/SIMON AMREIN, Markt für Immobilienfinanzierungen in der Schweiz, Ein Auszug aus der IFZ Retail Banking Studie 2020, https://investrends.ch/site/assets/files/29308/hypothekarmarkt-schweiz_retail-banking-studie-2020_auszug.pdf (18.9.2023).

²⁷² Act. [...].

²⁷³ MoneyPark, Der Schweizer Hypothekenmarkt 2022, 26.7.2023, https://mpcdn.ch/media/pdf/press_releases/MoneyPark_Hypothekarmarktstudie_2022.pdf (18.9.2023).

²⁷⁴ Ausgegangen wird vom Total der Hypothekarforderungen gemäss SNB-Statistik. Dieses Total enthält indessen nicht die Zahlen der Versicherungen der Pensionskassen und Versicherungen.

²⁷⁵ Gemäss IFZ Retail Banking Studie 2020 (Fn 271) betrug der Anteil im Jahr 2023 rund 8,2 %. Dieser Prozentsatz wird von den Parteien der Berechnung für das Jahr 1998 zugrunde gelegt.

Tabelle 7: Marktanteile Hypothekarmarkt Schweiz (Private Haushalte) gemäss Angaben der Parteien

Schweiz	2022		2021		2020		2008 ²⁷⁶	
	CHF Mio.	Anteil	CHF Mio.	Anteil	CHF Mio.	Anteil	CHF Mio.	Anteil
Zusammen	228 494	26,9 %	228 361	27,6 %	225 341	28,0 %	176 159	33,2 %
Von total	850 972	100,0 %	828 407	100,0 %	804 175	100,0 %	530 320	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

306. Beide Tabellen zeigen auf, dass die Parteien auch im Hypothekargeschäft auf nationaler Ebene Anteile verloren haben, in einer ersten Phase vor allem an die Raiffeisenbanken. Die Kantonalbanken konnten dagegen ihren damaligen Marktanteil halten und ihren in den letzten Jahren erlangten Vorsprung ausbauen. Gemäss der zuvor erwähnten Studie von MoneyPark spiegelt sich diese Tendenz auch im Hypothekarwachstum 2021 vs. 2022 wider: Während die Kantonalbanken mit 5,1 % erneut über Markt gewachsen sind, haben die Grossbanken als einzige Bankenkategorie kein Wachstum verzeichnet. Aufgrund der Grossbankenfusion wird von MoneyPark auch für 2023 ein weiterer Rückgang um rund 2 % erwartet.²⁷⁷

307. In diesem Zusammenhang ist hinsichtlich der in der Tabelle dargestellten Marktanteile in Erinnerung zu rufen, dass die in den SNB-Statistiken gesamthaft aufgeführten Kantonalbanken 24 eigenständige Unternehmen sind. Jede dieser Banken hat einen unabhängigen Marktauftritt, einschliesslich Produkt- und Preisgestaltung. Es gibt jedoch gemeinsame Kerndienstleistungen, von denen sie profitieren, wie zum Beispiel im Bereich Kredit- und Debitkarten oder im Bereich Anlagefonds.

308. Die starke Bindung der Kantonalbanken an ihr Kerngebiet führt jedoch dazu, dass die einzelnen Kantonalbanken in nahezu allen Kantonen im Verhältnis zum fusionierten Unternehmen eine stärkere oder gleichermassen starke Kraft darstellen.²⁷⁸ Ausnahmen davon bilden in Bezug auf die Marktanteile die Kantone Aargau, Genf, Waadt und Tessin sowie die Kantone Appenzell Ausserrhoden und Solothurn ohne heimische Kantonalbanken. Aufgefangen wird dies dort namentlich durch die Raiffeisenbanken und Kantonalbanken aus Nachbarkantonen, die ein starkes Gegengewicht zur neuen UBS bilden.

309. Gesamthaft betrachtet kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss die mit Abstand grösste schweizweit tätige Bank im Bereich Retail Banking entsteht, welche über einen einheitlichen Marktauftritt verfügt und aufgrund von Skaleneffekten über entsprechende Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Banken verfügen dürfte.

310. Bei einer übergreifenden nationalen Betrachtung des Hypothekarmarkts vereint das fusionierte Unternehmen nach diesem Zusammenschluss stand 2022 ungefähr ein Viertel des Schweizer Hypothekarvolumens auf sich und überholt damit den bisherigen nationalen Primus Raiffeisen. Die grösste Kantonalbank ZKB ver-

fügt demgegenüber nur über einen Anteil von [0–10] %. Auch zur Raiffeisen ist jedoch relativierend hinzuzufügen, dass es sich hierbei, wie bei den Kantonalbanken, nicht um ein einziges Unternehmen mit einem einheitlichen Marktauftritt handelt, sondern um einen Verbund von unabhängigen regional tätigen Genossenschaften, welche unter der Dachmarke «Raiffeisen» auftreten. So umfasst die Raiffeisen Schweiz aktuell 220 rechtlich selbständige Raiffeisenbanken.²⁷⁹

311. Weitere relevante Wettbewerber im Bereich Retail Banking sind verschiedenste ebenfalls unabhängige Regionalbanken (insbesondere Bank Baloise und Valiant) sowie die Migros Bank und die Bank Cler. Im Hypothekarmarkt sind von den Nicht-Banken-Anbietern insbesondere die Pensionskassen zu nennen, die zwar heute nur einen kleinen Marktanteil aufweisen, in den letzten Jahren aber überproportional gewachsen sind. Laut Studie von MoneyPark sind mittlerweile rund zwei Drittel aller grossen Pensionskassen in Hypotheken investiert.²⁸⁰ In diesem Zusammenhang sind Vermittlungs- und Vergleichsplattformen zu nennen, welche die Transparenz für Hypothekarnnehmer erhöht haben und alternativen Investoren einen besseren Zugang zum Hypothekarmarkt ermöglicht haben. Wie im Rahmen der Marktabgrenzung dargelegt, sind die Marktanteile solcher Online-Kanäle derzeit noch klein. Der Blick über die Grenze zeigt jedoch, dass sie ein grosses Wachstumspotenzial besitzen. Gemäss der bereits zitierten Studie des IFZ und e.foresight beträgt heute der Anteil des vermittelten Hypothekenvolumens in Deutschland rund

²⁷⁶ Für die Marktanteile «Private Haushalte» stellen die Parteien nicht auf Daten von 1998, sondern 2008 ab, vgl. Act. [...]. So oder anders lässt sich herauslesen, dass (1) die Marktanteile insgesamt im Laufe der Zeit zurückgegangen sind und (2) die Marktanteile nur bei Betrachtung von Privathaushalten leicht über dem Total an vergebenen Hypotheken liegen.

²⁷⁷ MoneyPark, Der Schweizer Hypothekenmarkt 2022, 26.7.2023, <https://mpcdn.ch/media/pdf/press_releases/MoneyPark_Hypothekarmarktstudie_2022.pdf> (18.9.2023).

²⁷⁸ Analyse anhand der nicht publizierten Zahlen der SNB (Hypothekarforderungen Inland per 31.12.2021, unterteilt nach Instituten pro Kanton), von der FINMA erhalten (vgl. Rz 87).

²⁷⁹ Berichterstattung 2022, <<https://report.raiffeisen.ch/de/struktur-der-raiffeisen-gruppe>> (18.9.2023).

²⁸⁰ MoneyPark, Der Schweizer Hypothekenmarkt 2022, <https://mpcdn.ch/media/pdf/press_releases/MoneyPark_Hypothekarmarktstudie_2022.pdf> (18.9.2023).

30 bis 40 %, gemäss der Studie von MoneyPark sogar 60 %.²⁸¹

312. Über den gesamten Zeitraum betrachtet sank der Marktanteil der Parteien in allen drei Segmenten von ehemals über 40 % im Jahr 1998 (bzw. 35,5 % im Hypothekengeschäft) auf unter 30 % im Jahr 2022. Dieser Trend hat sich auch in den letzten drei Jahren fortgesetzt. Im gleichen Zeitraum haben die Kantonalbanken ihre Marktanteile halten und sogar steigern können. Ein grosses Wachstum verzeichneten zudem die Raiffeisenbanken. Ebenfalls hervorgehoben werden kann die Entwicklung der «übrigen Banken», die in erster Linie auf die Kundengewinne der Migros Bank und PostFinance zurückzuführen ist. Zur PostFinance ist jedoch einschränkend festzuhalten, dass sich diese Entwicklung in erster Linie auf den Markt für Kontokorrentkonten und Zahlungsverkehr bezieht, da sie aufgrund des gesetzlich verankerten Kreditverbots selbst keine Hypotheken und sonstige Kredite anbieten darf und in diesem Bereich ausschliesslich als Vertriebspartnerin tätig sein kann (vgl. Rz 240).

313. Nicht unerwähnt bleiben dürfen Neobanken, FinTechs etc. wie Revolut, neon oder Wise. Diese bieten heute einen Grossteil der Produktpalette einer Universalbank rein digital an, wobei aktuell nicht davon auszugehen ist, dass derartige Dienstleistungen vollwertige Substitute zu entsprechenden Produkten etablierter Banken darstellen. Darüber hinaus sind auch etablierte Banken in der Lage, entsprechende digitale Produkte auf den Markt zu bringen, so etwa die UBS mit UBS key4, Credit Suisse mit CSX oder die Bank Cler mit Zak. Dementsprechend ist derzeit nicht davon auszugehen, dass Neobanken, FinTechs, etc. die bestehende starke Bindung zu den etablierten Banken in naher Zukunft ersetzen dürften und zu einer starken Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse führen (vgl. Rz 241 ff.).

C.4.2.1.2 Zwischenergebnis

314. Im Lichte dieser Ausführungen kann festgehalten werden, dass der Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse zu beachtlichen Marktanteilsadditionen in diesen Segmenten führt, und in diesen die in verschiedenster Hinsicht führende Bank im Bereich Retail Banking entsteht. Allfällige negative Auswirkungen auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation sind denkbar und werden von einer nicht unbedeutenden Anzahl von Wettbewerbern aufgeführt. Dennoch machen die obenstehenden Ausführungen deutlich, dass in den meisten Märkten das fusionierte Unternehmen zumindest hinreichend aktuellen Wettbewerb ausgesetzt ist.

C.4.2.2 Markt für Hypothekarkredite im Kanton Genf

Aufgrund des hohen Marktanteils und der verhältnismässig schwachen Stellung der heimischen Kantonalbank im Hypothekarmarkt in Genf haben die FINMA und das Sekretariat nähere Informationen zur Marktsituation verlangt, auf die nachfolgend kurz eingegangen wird.

C.4.2.2.1 Aktueller Wettbewerb

i. Standpunkt der Parteien

315. Die Parteien machen geltend, dass der gemeinsame Anteil von UBS und Credit Suisse im Hypothekarge-

schäft auch in Genf in den letzten Jahren zurückgegangen sei. Der höhere Anteil von UBS sei historisch begründet. Die relativ schwächere Stellung der Genfer Kantonalbank lasse sich damit erklären, dass sich diese noch nicht vollständig vom hohen Kundenverlust Ende der 1990er Jahre erholt habe, als sie vom Kanton gerettet werden musste.²⁸² Genf sei als Stadt-Kanton mit kleinem Gebiet eng mit den umliegenden Gebieten und teilweise dem Ausland vernetzt und infolgedessen dem Wettbewerb ausgesetzt. Aufgrund der geographischen Nähe zu Frankreich sowie der bedeutenden französischen Wohnbevölkerung in Genf konkurrierten die Parteien neben zahlreichen etablierten Wettbewerbern aus dem Inland insbesondere mit namenhaften französischen Banken.²⁸³

ii. Beurteilung

Ergebnisse der Marktbefragung

316. Hinsichtlich der Marktbefragung kann im Wesentlichen auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden, da sich die Wettbewerber im Grossen und Ganzen nicht spezifisch zu den Verhältnissen im Kanton Genf geäussert haben (vgl. Rz 283 ff.). Die Genfer Kantonalbank als überwiegend lokal tätiges Unternehmen beurteilte die Wettbewerbsverhältnisse vor dem Zusammenschluss mit Blick auf Kundschaft in der Schweiz als sehr stark. Die Frage nach genügend Wettbewerbsdruck nach dem Zusammenschluss beantwortete das Institut hingegen mit Nein. Begründet wurde dies damit, dass der Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse je nach Marktsegment mehr als ein Drittel der Marktanteile oder sogar mehr ausmache. Sie werde unter anderem von einem Vorteil in Form von Skaleneffekten profitieren sobald die Umstrukturierung abgeschlossen sei. Insgesamt erwartet die Genfer Kantonalbank eine Akzentuierung der dominanten Wettbewerbsposition des fusionierten Unternehmens.

317. Die Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG), welche unter anderem ungefähr 1100 Mikrounternehmen (1 bis 9 Beschäftigte) repräsentiert, hat in ihren Antworten das Hypothekengeschäft als potentielles Problem benannt. Die CCIG geht grundsätzlich davon aus, dass bei kleinen Hypotheken mit der Kantonalbank, den Raiffeisenbanken und verschiedenen Versicherungsgesellschaften ein ausreichendes Angebot besteht. Demgegenüber sei das Angebot bei grösseren Hypotheken gering. Dort konkurrierten derzeit Crédit Agricole und BNP Paribas mit der UBS und der Credit Suisse, wobei der Wettbewerbsdruck von diesen als moderat bezeichnet wird. Die Konzentration könnte sich negativ auswirken.

²⁸¹ MoneyPark, Der Schweizer Hypothekenmarkt 2022, <https://mpcdn.ch/media/pdf/press_releases/MoneyPark_Hypothekarmarktstudie_2022.pdf> (18.9.2023). Wie bereits vorne (vgl. Rz 267) festgehalten, hat sich das Wachstum dieser Kanäle verlangsamt. Es zeigt sich, dass das aktuelle Marktumfeld und der Zinsanstieg für die Vermittler eine Herausforderung darstellen und die überwiegende Mehrheit der Schweizer nach wie vor eine Hypothek direkt bei der Bank abschliesst.

²⁸² Act. [...].

²⁸³ Act. [...].

Würdigung und Schlussfolgerungen

318. Die Marktanteilsverteilung und -entwicklung präsentiert sich im Kanton Genf nach Berechnungen der Parteien gemäss obenstehender Methodologie (vgl. Rz 303) wie folgt:

Tabelle 8: Marktanteile Hypothekarkredite Kanton Genf gemäss Angaben der Parteien

Genf	2021		2020		2019		2002	
	CHF 1 000	Anteil	CHF 1 000	Anteil	CHF 1 000	Anteil	CHF 1 000	Anteil
UBS	[...]	[20–30] %	[...]	[20–30] %	[...]	[20–30] %	n/a	n/a
Credit Suisse	[...]	[20–30] %	[...]	[20–30] %	[...]	[20–30] %	n/a	n/a
Zusammen	28 170 743	46,3 %	27 302 817	47,3 %	26 797 193	47,7 %	13 002 319	51,4 %
Kantonalbanken	12 746 912	20,9 %	11 884 830	20,6 %	11 470 286	20,4 %	6 021 116	23,8 %
Raiffeisenbanken	4 674 322	7,7 %	4 375 178	7,6 %	4 341 645	7,7 %	1 003 226	4,0 %
Regionalbanken	704 697	1,2 %	602 119	1,0 %	649 024	1,2 %	30 871	0,1 %
Börsenbanken	1 554 431	2,6 %	1 496 835	2,6 %	1 530 985	2,7 %	288 654	1,1 %
Ausl. Banken	4 247 777	7,0 %	3 942 798	6,8 %	3 727 792	6,6 %	708 123	2,8 %
Übrige Banken	5 486 638	9,0 %	4 976 497	8,6 %	4 601 730	8,2 %	2 158 557	8,5 %
SNB-Total Banken	57 585 520	94,6 %	54 581 075	94,6 %	53 118 653	94,6 %	23 212 866	91,8 %
Pensionskassen/ Versicherungen	3 287 123	5,4 %	3 115 622	5,4 %	3 032 143	5,4 %	2 073 480	8,2 % ²⁸⁴
Total	60 872 643	100,0 %	57 696 697	100,0 %	56 150 796	100,0 %	25 286 346	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

319. Die Parteien weisen darauf hin, dass die kantonalen Zahlen insoweit mangelhaft sind, als sie nicht zwischen den einzelnen Kantonalbanken unterscheiden, weil die SNB-Statistik geographisch nach Kundendomizil zugeordnet werde. Zudem falle das Total pro Kanton zu klein aus, da es die Zahlen der Privatbankiers und Filialen ausländischer Banken nicht enthalte.²⁸⁵

320. Aus der Tabelle lässt sich erkennen, dass die Parteien auch im Kanton Genf über die Jahre Marktanteile verloren haben und sich dieser Trend in den letzten drei Jahren fortgesetzt hat. Dennoch wird das fusionierte Unternehmen nach vollzogenem Zusammenschluss mit Abstand stärkste Kraft im Kanton, vor den Kantonal- und Raiffeisenbanken. Die Aufschlüsselung der einzelnen Bankenkategorien macht den erheblichen Vorsprung gegenüber den Wettbewerbern deutlich. Neben der relativen Schwäche der heimischen Kantonalbank zeigt sich zudem, dass Raiffeisen im kantonalen Vergleich unterdurchschnittlich vertreten ist. Dies dürfte unter anderem auf die Besonderheit des Kantons Genf als Stadtkanton zurückzuführen sein. Denn die Raiffeisenbanken sind in urbanen Gebieten generell weniger stark vertreten.

321. Aus der nachfolgenden Tabelle sind die zehn stärksten Institute im Markt ersichtlich:

²⁸⁴ Gemäss IFZ Retail Banking Studie 2020 (Fn 271) betrug der Anteil im Jahr 2023 rund 8,2 %. Dieser Prozentsatz wird von den Parteien der Berechnung für das Jahr 1998 zugrunde gelegt.

²⁸⁵ Act. [...].

Tabelle 9: Marktanteile Hypothekarkredite im Kanton Genf aufgeschlüsselt gemäss Berechnungen der WEKO²⁸⁶

2021	Parteien zusammen	BCGE	Raiffeisen	[...]	[...]	[...]
CHF 1 000	28 170 743	[...]	4 674 322	[...]	[...]	[...]
Anteil	46,3 %	[10–20] %	7,7 %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	[...]	[...]	[...]	[...]	Rest Banken	Pensionskassen/ Versicherungen
CHF 1 000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	3 287 123
Anteil	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	5,4 %
Total	60 872 643 (in CHF 1 000) / 100 %					

(Quelle: Hypothekarforderung Inland per 31.12.2021, unterteilt nach Instituten pro Kanton, Darstellung durch das Sekretariat).

322. Ein Marktanteil von 50 % stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung dar.²⁸⁷ Je geringer die Marktanteile der vorhandenen Konkurrenten sind und umso grösser der Abstand zwischen dem Marktanteil des Unternehmens zum Marktanteil des nächsten Konkurrenten dadurch ausfällt, umso eher ist eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben.²⁸⁸ Je nach Situation (z. B. Zersplitterung der Konkurrenz) können auch Marktanteile von weniger als 50 % für die Qualifizierung einer marktbeherrschenden Stellung ausreichen.²⁸⁹

323. Der konsolidierte Marktanteil von UBS und Credit Suisse liegt bei einer kantonalen Betrachtung im Kanton Genf nur knapp unterhalb der kritischen Schwelle,²⁹⁰ die zur Vermutung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung führt. Neben dem fusionierten Unternehmen gibt es drei weitere Banken, die einen Marktanteil von mehr als 5 % aufweisen, wobei die Abstände zwischen dem fusionierten Unternehmen und der zweitstärksten bzw. dritt- und viertstärksten Kraft als eher hoch einzuschätzen sind. Trotzdem gibt es mit der Genfer Kantonalbank und Raiffeisen zwei relativ starke Anbieter. Daneben gibt es eine hohe Anzahl an Banken und anderen Anbietern, die geringfügige Aktivitäten im Kanton Genf aufweisen.

324. Bereits im Lichte dieser Tatsachen kann würdigend festgehalten werden, dass gestützt auf die vorliegenden Informationen keine hinreichenden Anhaltspunkte vorliegen, wonach der Zusammenschluss im Hypothekarmarkt im Kanton Genf zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Daher kann auch die Frage offengelassen werden, ob der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG führt.

325. Gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG spricht zumindest die Tatsache, dass die Parteien in den letzten Jahren stetig Marktanteile gegenüber der Konkurrenz verlo-

ren haben. Diese Entwicklung ist auf ein geringeres Wachstum als gewisse Konkurrenten zurückzuführen, wobei mit Blick auf das primäre (und wiederholte) Vorbringen der Parteien anzumerken ist, dass alleine sinkende Marktanteile eines Unternehmens die Feststellung einer Marktbeherrschung nicht ausschliessen, wenn der Marktanteil noch immer hoch bleibt.

326. Während die Raiffeisenbanken und die Genfer Kantonalbank in den letzten fünf Jahren ihre Marktanteile im Kanton Genf weitgehend gehalten oder marginal ausgebaut haben, konnten vor allem die Kategorien der «anderen Banken» und der Auslandsbanken zulegen, was auf vorhandene Dynamik im Markt schliessen lässt. Weiter ist der flächenmässig kleine Stadtkanton Genf sehr eng mit den umliegenden Gebieten vernetzt, womit die Kunden auch auf ausserkantonale Alternativen ausweichen könnten. Umgekehrt dürfte es für Anbieter in der Region ohne grosse Hindernisse möglich sein, ihr Angebot auszuweiten.

327. Dennoch ist festzuhalten, dass die Marktanteile im Kanton Genf gerade verglichen mit der Situation in den übrigen Kantonen sehr hoch sind. Vor diesem Hintergrund wäre eine nähere Prüfung angezeigt, die jedoch im gesetzten Rahmen dieses Verfahrens nicht erfolgen

²⁸⁶ Berechnung anhand der nicht publizierten Zahlen der SNB (Hypothekarforderungen Inland per 31.12.2021, unterteilt nach Instituten pro Kanton), von der FINMA. Mangels nicht aggregierter Zahlen für das Jahr 2022 wurden die Berechnungen auf Grundlage der Zahlen 2021 durchgeführt.

²⁸⁷ Vgl. BGE 130 II 449 E. 5.7.2; BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.3.2, *Publigroupe*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.2, *Hallenstadion*; BGE, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 9.1, *Supermédia*.

²⁸⁸ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 444, *Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

²⁸⁹ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 445 m. w. H., *Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

²⁹⁰ Würde man zusätzlich von einem konservativeren Marktanteil (Annahme für Berechnung = 5,4 %) der Pensionskassen und Versicherungen im Kanton Genf ausgehen, läge der Anteil noch höher.

kann. Namentlich wäre zu untersuchen, welche (potentiellen) Konkurrenten tatsächlich – wie von den Parteien vorgebracht – in der Lage wären und gewillt sind, ihre Tätigkeit auszuweiten bzw. neu in den Markt einzutreten. Zudem kann abschliessend der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen werden, dass seitens Unternehmenskundinnen eine sich abzeichnende Lücke bei grösseren Hypotheken genannt wurde (vgl. Rz 317), wobei dies vor allem den Corporate-Bereich betrifft. So oder anders gilt es, die Situation im Kanton Genf in Bezug auf ihre weitere Entwicklung zu beobachten, insbesondere, ob sich der Trend des Marktanteilsverlusts weiter fortsetzt, oder ob das fusionierte Unternehmen durch die Marktanteilsaddition in der Lage versetzt wird, seine starke Position auf dem Markt zu zementieren.

C.4.2.2.2 Zwischenergebnis

328. Mangels Anzeichen für die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann vorliegend offengelassen werden, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG im Hypothekarmarkt im Kanton Genf begründet oder verstärkt wird.

C.4.2.3 Potentieller Wettbewerb (Retail Markt Schweiz und Kanton Genf)

329. Ist die aktuelle Konkurrenz ausreichend gross, gibt es also keine Anzeichen auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG, kann auf die Prüfung der potentiellen Konkurrenz und der Stellung der Marktgegenseite verzichtet werden, da deren Berücksichtigung den aktuellen Wettbewerb nur noch weiter verschärfen, nicht aber mildern würde.²⁹¹

330. Wie die Ermittlungen bestätigt haben, besteht im Bereich Retail Banking (ohne Hypothekarmarkt im Kanton Genf) in sämtlichen betrachteten Märkten zumindest hinreichender aktueller Wettbewerb. Auf dem abgegrenzten Hypothekarmarkt im Kanton Genf bestehen Anhaltspunkte, die eine weitergehende Analyse und Beobachtung nahelegen würden, wobei die Fragestellung betreffend das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung mangels Wettbewerbsbeseitigung im Rahmen dieser Zusammenschlusskontrolle offengelassen werden kann. Somit kann auf weitergehende Ausführungen zum potentiellen Wettbewerb verzichtet werden. Es kann vorliegend aber immerhin darauf hingewiesen werden, dass der Bereich des Retail Bankings, zumindest mit Blick auf traditionelle Banken, in den vergangenen Jahren eher von Marktaustritten als von Markteintritten geprägt war. In der jüngeren Vergangenheit gab es hingegen verschiedene Markteintritte von FinTechs, Neobanken etc. Es kann davon ausgegangen werden, dass diese neuen Anbieter weiter an Bedeutung gewinnen werden. Indes ist nicht davon auszugehen, dass es in naher Zukunft aufgrund derer zu grossen Marktanteilsverschiebungen kommt.

331. In Bezug auf die Situation im Kanton Genf kann resümierend festgehalten werden, dass das fusionierte Unternehmen zumindest auf nicht absehbare Zeit hin eine dominante Position einnehmen wird, die es weiter zu beobachten gilt.

C.4.2.4 Kollektive Marktbeherrschung

332. Angesichts der vorhergehenden Ausführungen, insbesondere betreffend den heterogenen Marktauftritt der Vielzahl voneinander unabhängiger Kantonal- sowie Raiffeisenbanken, kann auf die Prüfung einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung verzichtet werden.

C.4.3 Fazit

333. Die obenstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass auch nach dem Zusammenschluss in den betrachteten Retail-Märkten (ohne Hypothekarmarkt im Kanton Genf) zumindest hinreichender aktueller Wettbewerb herrscht. So spricht die Tatsache, dass die Parteien gerade in der jüngeren Vergangenheit in den analysierten Segmenten des Retail Bankings Marktanteile an Konkurrenten verloren haben, grundsätzlich dafür, dass in diesen Bereichen gleichwertige Alternativen zur Verfügung stehen. Die Marktbefragung bestätigte dies. Angesichts der beschriebenen Wettbewerbsverhältnisse erscheint es unwahrscheinlich, dass sich das fusionierte Unternehmen in diesen Märkten in erheblichem Masse unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. Auf die Prüfung der kollektiven Marktbeherrschung kann vorliegend verzichtet werden. Daher dürfte ausgeschlossen werden können, dass der zu beurteilende Zusammenschluss auf nationaler Ebene eine individuelle marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

334. Offenbleiben kann, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Hypothekarkredite im Kanton Genf begründet oder verstärkt wird, da die Prüfung keine Anzeichen für die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs hervorgebracht hat.

335. Dass im Retail Banking im Bereich Kontenprodukte (Lohnkonto, Sparkonto, Wertpapierdepotkonto, Freizügigkeitskonto, Konto 3a) Wettbewerb herrscht, hat auch der Preisüberwacher in seiner Marktbeobachtung zu den Gebühren von Schweizer Bankkonten vom 25. August 2022 festgestellt. Verbesserungen der Zugänglichkeit und Transparenz von Produkt- und Preisinformationen wurden seit der letzten Marktbeobachtung im Jahr 2015 wahrgenommen.²⁹² Trotzdem gebe es weiterhin Hemmnisse im Markt und eine Mitteilung des Preisüberwachers an das Sekretariat im Rahmen dieses Verfahrens macht deutlich, dass sich die Kundenbeschwerden im Bereich des Retail-Geschäfts erhöht haben (vgl. Rz 73). Da durch den Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse die grösste Retail Bank in der Schweiz entsteht, empfiehlt die WEKO dem Preisüberwacher, diese Entwicklungen weiter zu beobachten.

²⁹¹ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 2 N 232.

²⁹² RPW 2022/5, 1154 f., Bankgebühren.

C.5 Private Banking

C.5.1 Relevante Märkte

336. Private Banking respektive Wealth Management umfasst Dienstleistungen wie die Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundenen Dienstleistungen für die Privatkundschaft (namentlich Privatpersonen und Familien).

337. Der Begriff Private Banking fasst somit eine Vielzahl von diversifizierten und individualisierten Bankdienstleistungen bzw. Bankprodukten gegenüber der Privatkundschaft (Privatpersonen und Familien) zusammen. Im Meldungsentwurf wie auch in den Stellungnahmen zur Marktbefragung der Konkurrentinnen wird dafür teilweise der Begriff «Wealth Management» verwendet.²⁹³ Dieser Begriff wurde sodann auch im Entscheid der EU-Kommission in vorliegender Sache verwendet. Die EU-Kommission verwendet die Begriffe Wealth Management und Private Banking dabei grundsätzlich gleichbedeutend und damit austauschbar: Wealth Management enthält gemäss EU-Kommission die Anlageberatung, Finanzplanung, Steuerplanung, Nachlassplanung und andere damit verbundene Dienstleistungen.²⁹⁴ Auch die Parteien sowie andere im Private Banking tätige Finanzinstitute bieten ihren Kundinnen und Kunden derartige ergänzende (Beratungs-)Dienstleistungen im Rahmen ihres Private Banking in der Schweiz an.

338. Dienstleistungen im Private Banking unterscheiden sich von den im Bereich Asset Management gegenüber institutionellen Kunden erbrachten spezialisierten Dienstleistungen. Die Abgrenzung von Private Banking und Asset Management beruht auf den unterschiedlichen Bedürfnissen von institutionellen Kunden sowie Unternehmen und Privatpersonen. Diese Abgrenzung entspricht sowohl der Praxis der WEKO²⁹⁵ als auch der EU-Kommission.²⁹⁶ Betreffend Asset Management kann auf die Ausführungen in Abschnitt C.6 verwiesen werden.

339. Ebenso unterscheiden sich die individuell massgeschneiderten Private Banking-Dienstleistungen von im Rahmen des Retail Bankings erbrachten standardisierten Bank-Basisdienstleistungen. So sind Private Banking-Dienstleistungen üblicherweise erst ab einer gewissen Höhe des Vermögens zugänglich und unterscheiden sich zudem, wie nachfolgend aufgezeigt, nach Höhe des Kundenvermögens.

340. Nachfolgend wird geprüft, ob es einen einheitlichen Markt für Private Banking gibt, oder ob dieser weiter zu segmentieren ist. Falls sich im Bereich Private Banking eine Unterteilung in verschiedene Marktsegmente anbietet, gilt es ferner zu beurteilen, ob diese im Sinne von Teilmärkten als jeweils eigene sachlich relevante Märkte zu beurteilen sind.

C.5.1.1 Sachlich relevante Märkte

i. Bisherige Praxis der WEKO

341. Die WEKO definierte in ihrer frühen Praxis einen Markt für Anlageberatung und Vermögensverwaltung (Private Banking).²⁹⁷ Sie ging in der Folge jeweils von einem Markt für Private Banking aus, welcher die Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundene Dienstleistungen umfasst.²⁹⁸ Dabei wurden im Bereich Private Banking

vereinzelt auch zwei sachliche Märkte unterschieden: Private Banking (Kundenvermögen) und Private Banking (Treuhandanlagen).²⁹⁹ In *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG* hat die WEKO Dienstleistungen gegenüber Privatpersonen im Bankengeschäft und somit unter anderem auch das Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundene Dienstleistungen) unter dem Begriff «Retailbanking» zusammengefasst.³⁰⁰ Später in *Barclays/ABN AMRO* findet sich die Bezeichnung des Bereichs Asset Management (i. w. S.), welcher unter Verweisung auf die frühere Praxis in das Private Banking einerseits und das Asset Management (i. e. S.) andererseits zu unterteilen ist. Ersteres – das Private Banking – erfasste gemäss dortiger Definition die Subsegmente Vermögensberatung und Anlageberatung, Treuhandanlagen, Hypothekar- und Lombardkredite, das Depotgeschäft, das Einlagengeschäft (v. a. Spareinlagen, Kontokorrent- und Lohn[spar]konten) sowie Anlagefonds und fondsähnliche Produkte für die Privatkundschaft.³⁰¹ In später folgenden Zusammenschlussprüfungen wurde das Private Banking dann wieder dem Retail Banking zugeordnet.³⁰² Im Fall *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG* haben die Parteien, in Abgrenzung zum Private Banking, dem Begriff Retail Banking sämtliche Banken- und Kundendienstleistungen für Kunden mit Vermögenswerten unter CHF 500 000 zugeordnet.³⁰³ In der späteren Praxis nach 2012 ging die WEKO wieder von einem Markt für Private Banking aus, ohne diesen dem Retail Banking zuzuordnen oder weiter zu umschreiben.³⁰⁴

²⁹³ Act. [...].

²⁹⁴ Act. [...].

²⁹⁵ RPW 2012/1, 122 Rz 23 f., *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA*; RPW 2007/4, 546 Rz 20, *Barclays/ABN AMRO*; RPW 1997/4, 526 Rz 13, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

²⁹⁶ EU-KOMM, M.10499 vom 24.2.2022, Rz 45, *State Street/BBH (Investor Services Business)*; EU-KOMM, M.10102 vom 12.8.2021, Rz 40, *VIG/Aegon CEE*; EU-KOMM, COMP/M.5728 vom 22.12.2009, Rz 32, *Crédit Agricole/Société Générale Asset Management*; EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 59 und 73, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, COMP/M.4844 vom 3.10.2007, *Fortis/ABN AMRO Assets*.

²⁹⁷ RPW 1997/4, 526 f. Rz 13, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

²⁹⁸ RPW 2003/2, 378 Rz 11, *Crédit Agricole/Crédit Lyonnais*; RPW 2002/4, 609 Rz 17, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG*; RPW 2001/2, 336 f., *Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt, und Bayrische Landesbank Girozentrale, München*; RPW 2001/1, 127 f., *The Chase Manhattan Corporation et J.P. Morgan & Co. Incorporated*; RPW 2001/1, 119, *Hypo- und Vereinsbank AG München und Bank Austria AG Wien*; RPW 2000/3, 455, *Dai-ichi Kangyo Ltd., Tokyo, Fuji Bank Ltd., Tokyo, und The Industrial Bank of Japan Ltd. Tokyo*; RPW 2000/3, 452, *HSBC Holdings plc und Crédit Commercial de France*.

²⁹⁹ RPW 2001/3, 528 Rz 13, *Allianz AG und Dresdner Bank AG Group*.

³⁰⁰ RPW 2002/4, 609 Rz 17, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG*.

³⁰¹ RPW 2007/4, 546 Rz 20, *Barclays/ABN AMRO*.

³⁰² RPW 2012/1, 122 Rz 15, *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA*; RPW 2008/1, 118 Rz 13, *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*; RPW 2003/3, 551 Rz 12, *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG*.

³⁰³ RPW 2008/1, 118 Rz 1–5, *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*.

³⁰⁴ RPW 2018/3, 599 Rz 8, *Vontobel Holding AG/Notenstein La Roche Privatbank AG*; RPW 2015/2, 328 Rz 9, *UBP/partie de l'entreprise Coultts*; RPW 2014/3, 514 Rz 28, *LGT Bank Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank SA*.

342. Eindeutig geht aus der ständigen Praxis hervor, dass das Private Banking vom Asset Management im Sinne des Depotgeschäfts für institutionelle Kunden abzugrenzen ist. Somit kann aufgrund der Praxis der WEKO von einem Markt für Private Banking, welcher die Verwaltung des Vermögens von Privatpersonen und sämtliche damit verbundene Dienstleistungen erfasst, ausgegangen werden.

ii. Praxis der EU-Kommission

343. Die EU-Kommission hat den Markt für Private Banking bislang nicht abschliessend definiert.³⁰⁵ Sie unterteilte in ihrer Praxis den Bankensektor zunächst in drei Hauptbereiche: Retail Banking, Corporate Banking und Financial Market Services. Retail Banking erfasst dabei alle Produkte bzw. Dienstleistungen für private Personen.³⁰⁶ Bezüglich der einzelnen Dienstleistungen bzw. Produkte des Retail Bankings stellte die EU-Kommission in *Fortis/ABN AMRO Assets* fest, dass die Produkte des Private Bankings gegenüber jenen des Retail Bankings für die breite Masse bestimmte diversifizierte Merkmale aufweisen.³⁰⁷ Auf diese Praxis verwies die EU-Kommission sodann in *Deutsche Bank/Sal. Oppenheim* und erwog eine mögliche Unterteilung des Private Bankings in Dienstleistungssegmente abhängig von der Grösse des Kundenvermögens.³⁰⁸ Die Ausführungen der Parteien im einschlägigen Entscheid stellten eine mögliche Unterteilung in die drei Einzelmärkte nach der Grösse des betreuten Kundenvermögens «Affluents» (auch «Affluent Individuals»), «High-Net-Worth Individuals» («HNWI») und «Ultra-High-Net-Worth Individuals» («UHNWI») in den Raum. Gestützt darauf zog die Kommission eine mögliche Segmentierung von Private Banking-Dienstleistungen in liquide Vermögen von EUR 0,3–1 Mio., EUR 1–25 Mio. und über EUR 25 Mio. in Betracht.³⁰⁹ Schliesslich liess die Kommission wie auch in vorherigen Entscheiden offen, ob die einzelnen Produkte bzw. Dienstleistungen innerhalb des Retail Bankings für sich als einzelne sachliche Märkte zu betrachten sind oder der Markt weiter abzugrenzen ist. Die EU-Kommission nahm die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sodann jeweils für den Gesamtmarkt wie auch für die einzelnen möglichen Märkte vor, darunter das Private Banking.³¹⁰ In *Banco Santander/Banco Popular Group* benannte die EU-Kommission dann unter Verweis auf ihre bisherige Praxis im Bankensektor die Märkte Retail Banking, Corporate Banking, Investment Banking, Leasing, Factoring, Payment Cards, Financial Market Services und Asset Management. Unter Retail Banking subsumierte sie sämtliche Bankdienstleistungen für private Personen, anerkannte aber, dass innerhalb des Retail Bankings weitere einzelne sachliche Märkte abgegrenzt werden können, darunter namentlich auch das Private Banking.³¹¹

iii. Standpunkt der Parteien

344. Die Parteien gehen gestützt auf die Praxis der WEKO von einem Markt für Private Banking aus. Dieser umfasst gemäss Angaben der Parteien die Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Treuhandanlagen und Lombardkredite sowie sämtliche damit verbundenen Dienstleistungen für Privatkunden.³¹² Die Parteien äussern sich im Meldungsentwurf nicht zu einer allfälligen Segmentierung im Bereich Private Banking. In der An-

meldung des Zusammenschlusses an die EU-Kommission argumentieren die Parteien, dass die Dienstleistungen im Wealth Management, die verschiedenen Kundenkategorien angeboten werden, sich im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) nicht materiell unterscheiden und oft in Form eines Paketes angeboten würden. Eine Reihe von Dienstleistungen würde dabei sowohl HNWI wie auch UHNWI angeboten und seien kunden- und produkteübergreifend ähnlich. Ausserdem wird darauf hingewiesen, dass die Parteien keine «Affluent Individuals» ausserhalb der Schweiz bedienen, da sie ausserhalb der Schweiz nicht im Retail Banking tätig seien.³¹³

iv. Beurteilung

Relevante Marktgegenseite

345. Marktgegenseite von Banken bei individualisierten Private Banking-Dienstleistungen sind vermögende Privatkunden, welche über Basisdienstleistungen einer Bank hinausgehende Anlagebedürfnisse haben.

346. Seitens Banken werden beim Private Banking gegenüber verschiedenen Kundengruppen jeweils spezifische individualisierte Dienstleistungen angeboten. So wird typischerweise zunächst nach Vermögenshöhe der Kunden unterschieden, ansteigend von Affluent Individuals zu HNWI bis UHNWI.³¹⁴ Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist das Kundendomizil, wobei unterschieden werden kann zwischen Kundinnen und Kunden mit Domizil in der Schweiz und solchen mit Domizil im Ausland. Darüber hinaus werden Private Banking-Dienstleistungen spezifisch auf beispielsweise vermögende Familien, Führungskräfte, Unternehmer, Finanzintermediäre, etc. ausgerichtet.

347. Die Frage, inwiefern eine Segmentierung gemäss den genannten Dimensionen angezeigt ist, wird nachfolgend im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung analysiert.

Ergebnisse aus der Marktbefragung

348. Von 106 befragten Konkurrentinnen haben 70 den Teil Private Banking des Fragebogens³¹⁵ (teilweise) beantwortet. Von diesen erbringen 61 Private Banking-Dienstleistungen.

³⁰⁵ Zuletzt in EU-KOMM, M.10378 vom 26.4.2022, Rz 47, *VUB/Slovenska Sporitelna/Tatra Banka/365.bank/CSOB/JV*.

³⁰⁶ EU-KOMM, M.4844 vom 3.10.2007, Rz 12, *Fortis/ABN AMRO Assets*.

³⁰⁷ EU-KOMM, M.4844 vom 3.10.2007, Rz 36, *Fortis/ABN AMRO Assets*.

³⁰⁸ EU-KOMM, M. 5726 vom 29.1.2010, Rz 16, *Deutsche Bank/Sal. Oppenheim*.

³⁰⁹ EU-KOMM, M. 5726 vom 29.1.2010, Rz 16 und Fn 9, *Deutsche Bank/Sal. Oppenheim*.

³¹⁰ EU-KOMM, M. 5726 vom 29.1.2010, Rz 11, *Deutsche Bank/Sal. Oppenheim*; vgl. auch EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 9, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, M.4844 vom 3.10.2007, Rz 40 f., *Fortis/ABN AMRO Assets*; siehe auch EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 15 ff., *Unicredito/HVB*.

³¹¹ EU-KOMM, M.10378 vom 26.4.2022, Rz 41, *VUB/Slovenska Sporitelna/Tatra Banka/365.bank/CSOB/JV*; EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 11 ff. m. w. H., *Banco Santander/Banco Popular Group*; EU-KOMM, M.4844 vom 3.10.2007, Rz 12, *Fortis/ABN AMRO Assets*.

³¹² Act. [...].

³¹³ Act. [...].

³¹⁴ Vgl. Act. [...].

³¹⁵ Act. [...].

349. Von den 70 Konkurrentinnen, die sich zum Private Banking geäußert haben, sind 19 der Auffassung, dass es einen Gesamtmarkt für Private Banking gibt, welcher nicht weiter zu unterteilen ist. 51 Konkurrentinnen vertreten hingegen die Meinung, dass der Markt weiter zu unterteilen ist, da einzelne Dienstleistungen einen für sich eigenständigen Markt bilden können.³¹⁶

350. 47 Konkurrentinnen – darunter 46 Konkurrentinnen, die den Gesamtmarkt Private Banking weiter unterteilen würden – geben in der Folgefrage³¹⁷ an, dass Private Banking für Schweizer Kundschaft als eigenständiger Markt zu betrachten ist. 45 Konkurrentinnen bejahen einen eigenständigen Markt für Private Banking für ausländische Kundschaft. Ungefähr zwei Drittel aller hier berücksichtigten Antworten und die überwiegende Mehrheit, welche den Markt weiter unterteilen würden, sprechen sich demnach für eigenständige Märkte im Private Banking abhängig vom Domizil der Kundschaft aus.

351. Begründet wird die Abgrenzung nach Kundendomizil mehrfach mit den länderspezifischen regulatorischen Vorgaben.³¹⁸ Die regulatorischen Vorgaben führen gemäss Aussagen der Konkurrentinnen dazu, dass abhängig vom Domizil der Kundschaft nicht dieselben Dienstleistungen erbracht werden können und dürfen.³¹⁹ Den Ausführungen der befragten Konkurrentinnen ist zudem zu entnehmen, dass die Wettbewerber im Private Banking für Schweizer Kundschaft sich von jenen für ausländische Kundschaft unterscheiden, da einige Konkurrentinnen nur Schweizer Kundschaft bedienen.³²⁰ Als Gründe für einen separaten Markt für Private Banking für ausländische Kundschaft nennen die Konkurrentinnen unter anderem auch die wirtschaftlichen Risiken, welche das internationale Geschäft mit sich bringen würde.³²¹ Weiter gäbe es auch steuerliche Besonderheiten.³²² Die Konkurrentinnen differenzieren insbesondere ferner zwischen Onshore und Offshore Private Banking.³²³

352. 34 Konkurrentinnen geben an, dass es einen eigenständigen Markt für Private Banking für HNWI gibt. 36 Konkurrentinnen betrachten Private Banking für UHNWI als eigenständigen Markt. Gesamthaft würde rund die Hälfte der Konkurrentinnen eigenständige Märkte im Private Banking abhängig vom Kundenvermögen definieren.

353. Begründet wird die separate Betrachtung von Private Banking für HNWI und Private Banking für UHNWI unter anderem damit, dass im Geschäft für UHNWI zusätzliche und anspruchsvollere Dienstleistungen und Produkte nachgefragt würden.³²⁴ Als solche wurden beispielsweise Spezialfinanzierungen, Philanthropie, strukturierte Kredite oder der Zugang zu Private Markets genannt.³²⁵ Zudem würden UHNWI Strukturierungskompetenzen erwarten, die nur einige Banken anbieten könnten.³²⁶

354. Neben HNWI und UHNWI werden als weitere Vermögensgruppe Affluent Individuals genannt.³²⁷ Affluent Individuals werden von einer Konkurrentin als Privatkundschaft mit einem Vermögen zwischen CHF 100 000 und CHF 500 000 bezeichnet.³²⁸ Eine andere Konkurrentin gibt an, dass es sich beim Private Banking für die Schweizer Kundschaft meistens um das Affluent-Geschäft handle, d. h. um die Kundschaft, welche trotz

gewissem Vermögen immer noch auf externes Einkommen angewiesen sei. Das Segment HNWI und UHNWI erfasse hingegen Kunden, welche grundsätzlich ihren Lebensunterhalt vom eigenen Vermögen bestreiten können.³²⁹ Die Marktbefragung deutet folglich auf drei Segmente in Abhängigkeit des Kundenvermögens hin.

355. Neben den vorgeschlagenen oben erwähnten Marktsegmenten, nennen die Konkurrentinnen teilweise externe Vermögensverwaltungsunternehmen mit Bedarf an spezifischen Depotbank-Dienstleistungen als weitere Kundengruppe des Private Banking.³³⁰ Diese Dienstleistungen für externe Vermögensverwaltungsunternehmen werden in dieser Stellungnahme im Bereich Asset Management abgedeckt (Rz 400 ff.).

356. Der Marktbefragung kann entnommen werden, dass verschiedene Kategorien von Kundinnen und Kunden des Private Bankings existieren, deren Bedürfnisse unterschiedlich sind. Entsprechend fragt die Kundschaft des Private Bankings vor allem je nach Domizil und Vermögen in der Regel unterschiedliche Dienstleistungs- bzw. Produktpakete nach. Für diese Nachfrage eignen sich sodann nicht alle Konkurrentinnen als Anbieterinnen gleichermaßen.³³¹

357. Die Argumente der Konkurrentinnen gegen eine weitere Unterteilung des Private Bankings und für einen einheitlichen Gesamtmarkt beziehen sich mehrheitlich auf die nachgefragten Dienstleistungen bzw. Produkte und nicht auf die Kundengruppen.³³² Vereinzelt wird davon ausgegangen, dass sich Angebot und Kundschaft im Private Banking nicht unterscheiden.³³³ Eine der 19 Konkurrentinnen, die den Markt nicht weiter unterteilen würde, sagt dennoch aus, dass das Marktsegment Schweizer Kundschaft als eigenständiger Markt zu betrachten sei. Sie begründet dies damit, dass einige Banken, insbesondere Kantonalbanken, im Private Banking tätig seien, jedoch nur Dienstleistungen für in der Schweiz wohnhafte Personen erbringen würden.³³⁴ Zudem beantworteten drei Konkurrentinnen, die den Markt nicht weiter unterteilen würden, die Frage,³³⁵ ob Dienstleistungen für Schweizer Kundschaft, ausländische Kundschaft, HNWI und UHNWI als Teil eines

³¹⁶ Act. [...].

³¹⁷ Act. [...].

³¹⁸ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³¹⁹ Act. [...], [...].

³²⁰ Act. [...]; Act. [...]; Act. [...], [...]; Act. [...].

³²¹ Act. [...]; Act. [...].

³²² Act. [...]; Act. [...].

³²³ Act. [...]; Act. [...].

³²⁴ Act. [...]; Act. [...].

³²⁵ Vgl. beispielsweise Act. [...].

³²⁶ Act. [...].

³²⁷ Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

³²⁸ Act. [...].

³²⁹ Act. [...].

³³⁰ Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³³¹ Siehe z. B. Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³³² Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³³³ Act. [...].

³³⁴ Act. [...].

³³⁵ Act. [...].

umfassenden Produktangebots von den meisten Wettbewerbern angeboten werden, mit Nein.³³⁶ Eine dieser Konkurrentinnen begründet dies mit dem marginalen Geschäft mit im Ausland domizilierten Personen und eine andere mit dem auf Gross- und Privatbanken beschränktem Angebot für HNWI und UHNWI.³³⁷

Würdigung und Schlussfolgerungen

358. Gestützt auf die vorhergehenden Ausführungen wird nachfolgend diskutiert, ob und inwiefern der Bereich Private Banking in separate sachlich relevante Märkte, namentlich nach der *Höhe der Kundenvermögen* (Affluent, HNWI respektive UHNWI), gemäss dem *Domizil* (Schweiz gegenüber ausländischen Staaten) sowie eventuell zusätzlich anhand der *individuellen Situation* (Familien, Führungskräfte, etc.) und/oder nach *einzelnen Dienstleistungen bzw. Produkten* (wie Depotdienstleistungen, Lombardkredite, etc.) zu unterteilen ist.

359. Zur Frage einer möglichen Unterteilung des Private Bankings *nach Kundevermögen* ist darauf hinzuweisen, dass dies auch die EU-Kommission bereits erwogen hat (vgl. Rz 343). Im Entscheid in vorliegender Sache bezeichnet die EU-Kommission unter Verweisung auf die Praxis die Zielgruppen des Private Bankings als Affluent, HNWI und UHNWI.³³⁸ Gleiches geht auch aus der durchgeführten Marktbefragung hervor. Folglich ist die Kundschaft im Private Banking in sogenannte Affluent Individuals, HNWI und UHNWI zu unterteilen.

360. Weiter könnte eine Segmentierung von Private Banking Dienstleistungen und Produkten gemäss dem Domizil der Kundinnen und Kunden angezeigt sein. Erstens fragt die eine Kundenkategorie Private Banking Dienstleistungen bzw. Produkte in ihrem eigenen Domizilland nach («Onshore Private Banking»). Vorliegend betrifft dies Private Banking für die Schweizer Kundschaft. Zweitens gibt es ausländische Kundschaft, welche Private Banking-Dienstleistungen und Produkte ausserhalb des Domizilland nachfragt («Offshore Private Banking»).³³⁹

361. Die Marktbefragung lässt tatsächlich annehmen, dass sich die Nachfrage nach Dienstleistungen und Produkten im Private Banking zwischen in- oder ausländischer Kundschaft unterscheidet. Die Vermögensverwaltung der ausländischen Kundschaft bedarf anderer Kompetenzen und Risikobereitschaft und unterliegt auch anderen regulatorischen Rahmenbedingungen. So spricht insbesondere auch die Tatsache, dass eine Reihe von Banken auf Offshore-Aktivitäten, d. h. Private Banking in der Schweiz für ausländische Kunden, verzichten, für entsprechend unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse in diesem Bereich.

362. Zusammenfassend ist neben der Unterteilung des Private Bankings nach Kundenvermögen eine weitere Unterteilung nach Domizil angezeigt, namentlich in Kundschaft mit Domizil Schweiz gegenüber Kundschaft mit Domizil Ausland.

363. Das Private Banking könnte zudem nach einzelnen Produkten weiter segmentiert werden, zu nennen sind gemäss bestehender Praxis insbesondere Lombardkredite³⁴⁰ und das Depotgeschäft.³⁴¹ In der vorliegenden Stellungnahme wird darauf verzichtet, da aufgrund der bisherigen Ermittlungen keine Hinweise dafür bestehen,

dass eine weitere Segmentierung zu anderen Ergebnissen führen würde.

364. Schliesslich kann für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme auch auf eine Unterteilung gemäss der individuellen Situation der Kundinnen und Kunden (d. h. Familien, Führungskräfte, Unternehmer, Finanzintermediäre, etc.) verzichtet werden, da einstweilen gestützt auf die vorliegenden Informationen keine hinreichenden Anhaltspunkte für wesentlich unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse aus Sicht von Kundinnen und Kunden entlang einer solchen Kategorisierung vorliegen.

v. Zwischenergebnis

365. Aufgrund der vorherigen Ausführungen kann für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme von folgenden sachlich relevanten Märkten ausgegangen werden:

- Private Banking Affluent Individuals Domizil Schweiz;
- Private Banking Affluent Individuals Domizil Ausland;
- Private Banking High-Net-Worth Individuals (HNWI) Domizil Schweiz;
- Private Banking High-Net-Worth Individuals (HNWI) Domizil Ausland;
- Private Banking Ultra-High-Net-Worth-Individuals (UHNWI) Domizil Schweiz; und
- Private Banking Ultra-High-Net-Worth-Individuals (UHNWI) Domizil Ausland.

366. Vorliegend ist jedoch anzumerken, dass die Parteien gemäss Meldungsentwurf III keine Private Banking-Dienstleistungen gegenüber Affluent Individuals mit Domizil Ausland erbringen. Weitere Ausführungen zu diesem Markt erübrigen sich somit.

C.5.1.2 Räumlich relevante Märkte

i. Praxis der WEKO

367. Die WEKO hat den räumlichen Markt für Private Banking nicht abschliessend definiert. Regelmässig ging sie (mindestens) von einem nationalen Markt aus, liess

³³⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³³⁷ Act. [...] und Act. [...].

³³⁸ Act. [...].

³³⁹ Hierzu ist anzumerken, dass Schweizer Banken auf ausländischen Märkten unter Umständen auch durch Präsenz vor Ort tätig sein können, indem sie Niederlassungen im jeweiligen Land betreiben. Das Onshore Geschäft von Schweizer Banken auf ausländischen Märkten wird vorliegend nicht berücksichtigt. Mittelbare Wirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz sind jedoch denkbar: So können Onshore-Aktivitäten im Ausland bei der Akquisition von ausländischen Kunden für in der Schweiz erbrachte Dienstleistungen hilfreich sein. Auch ist denkbar, dass die Parteien im Wettbewerb in der Schweiz vom Onshore-Geschäft im Ausland profitieren könnten (Skaleneffekten und Synergien).

³⁴⁰ RPW 2003/2, 378 Rz 11, *Crédit Agricole/Crédit Lyonnais*.

³⁴¹ RPW 2003/3, 523 Rz 43, *Credit Suisse/Bank Linth*.

aber die genaue Marktabgrenzung letztlich offen.³⁴² In der Praxis wurde sowohl eine engere räumliche Marktabgrenzung³⁴³ wie auch eine internationale Marktabgrenzung in Erwägung gezogen.³⁴⁴ In *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen* wurde festgestellt, dass der Markt für das Vermögensverwaltungsgeschäft für internationale Kundschaft international ist.³⁴⁵ Unter Verweis auf *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen* erwog die WEKO, dass einzelne Märkte im Bankgeschäft national wie auch international sein könnten. Welche Märkte international sind, hat sie bislang nicht abschliessend definiert.³⁴⁶ In *Barclays/ABN AMRO* wurde unter Verweis auf die Praxis festgehalten, dass der Markt für Private Banking bisher national und teilweise gar regional abgegrenzt wurde und es fraglich ist, ob Privatkunden ihr Vermögen ins Ausland transferieren und dort Private Banking-Dienstleistungen in Anspruch nehmen würden.³⁴⁷

ii. Praxis der EU-Kommission

368. Ohne den räumlichen Markt abschliessend abzugrenzen, ging die EU-Kommission für das Retail Banking, welchem sie auch das Private Banking zuordnete, regelmässig von einem nationalen oder regionalen Markt abhängig vom jeweiligen Mitgliedsstaat aus.³⁴⁸ In *Deutsche Bank/Sal. Oppenheim* wurde erwogen, dass im Falle einer weiteren Abgrenzung innerhalb des Private Bankings nach Vermögensklassen, der Markt für UHNWI (Vermögen über EUR 25 Mio.) räumliche weiter abzugrenzen sein könnte, da solches Vermögen über nationale Grenzen hinaus gestreut werde.³⁴⁹

iii. Standpunkt der Parteien

369. Die Parteien vertreten die Auffassung, dass der Markt im Private Banking international bzw. mindestens europaweit (Schweiz, EWR und UK) abzugrenzen sei. Ihrer Ansicht nach würden im Bereich Private Banking der Kundschaft diversifizierte Anlageportfolios angeboten, die ein breites Spektrum an Vermögenswerten in der ganzen Welt umfassen. Zudem hätten viele Anbieter im Private Banking einen globalen Kundenstamm. So habe eine weltweit zunehmende Zahl an HNWI und UHNWI ihren Wohnsitz oder ihr Vermögen in mehreren Ländern und Regionen. Deshalb sei es notwendig, dass Anbieterinnen den Bedürfnissen dieser Personen in verschiedenen Ländern und Regionen gerecht werden. Die Parteien und ihre wichtigsten Konkurrenten wie auch grosse Vermögensverwalter erbringen gemäss Meldungsentwurf III ihre Dienstleistungen weltweit.³⁵⁰

iv. Beurteilung

Ergebnisse der Marktbefragung

370. Die Marktbefragung ergab kein einheitliches Bild zur räumlichen Dimension des Private Bankings in der Schweiz.

371. Gefragt wurde, wie die Konkurrentinnen die räumliche Dimension für Private Banking und allfällige Marktsegmente betrachten, d. h. wo der Wettbewerb stattfindet und wo ähnliche Wettbewerbsbedingungen herrschen.³⁵¹ Ein Grossteil der Konkurrentinnen begründet ihre Antwort aus der eigenen Perspektive, spricht aus Sicht der Anbieterin und nicht aus Sicht der Marktgegenseite. Demgemäss geben sie an, dass der Markt

national, international oder regional sei, je nach der eigenen Tätigkeit im entsprechenden Gebiet.³⁵²

372. 27 Konkurrentinnen betrachten die räumliche Dimension im Private Banking als weltweit. Neben der Begründung der eigenen weltweiten Tätigkeit nennen die Konkurrentinnen die gegenseitige internationale Abhängigkeit, die Konkurrenz zwischen den internationalen Finanzplätzen sowie den offenen Marktzugang für ausländische Banken.³⁵³ Mehrere Konkurrentinnen betonen, dass insbesondere für die Kundinnen und Kunden ab einem gewissen Vermögen (UHNWI) der Wettbewerb international spiele.³⁵⁴

373. Einige Konkurrentinnen geben zwar an, dass der Markt für Private Banking weltweit ist, erwähnen aber auch, dass ein Teil der Kundschaft je nach Vermögen (HNWI und Affluent Individuals) oder je nach Domizil (Schweizer Kundinnen und Kunden) hauptsächlich national bedient wird bzw. ein inländischer Wettbewerb besteht.³⁵⁵ Die Konkurrentinnen, welche die räumliche Dimension im Private Banking national einschätzen, begründen dies hauptsächlich mit der auf die Schweiz beschränkten eigenen Tätigkeit und der entsprechenden Konkurrenzsituation.³⁵⁶

³⁴² RPW 2018/3, 599 Rz 8, *Vontobel Holding AG/Notenstein La Roche Privatbank AG*; RPW 2014/3, 514 Rz 32, *LGT Bank Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank SA*; RPW 2002/4, 610 Rz 25, *Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG*; RPW 2001/2, 336 f., *Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt, und Bayrische Landesbank Girozentrale, München*; RPW 2001/1, 127 f., *The Chase Manhattan Corporation et J.P. Morgan & Co. Incorporated*; RPW 2001/1, 119, *Hypo- und Vereinsbank AG München und Bank Austria AG Wien*; RPW 2000/3, 455, *Dai-ichi Kangyo Ltd., Tokyo, Fuji Bank Ltd., Tokyo, und The Industrial Bank of Japan Ltd. Tokyo*; RPW 2000/3, 452, *HSBC Holdings plc und Crédit Commercial de France*; RPW 1997/4, 527 Rz 17, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

³⁴³ RPW 2012/1, 123 Rz 32, *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA*; RPW 2009/1, 92 Rz 24 ff., *Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd.*; RPW 2008/2, 285, Rz 21 ff., *BSI SA/Banca del Gottardo*.

³⁴⁴ RPW 2015/2, 328 Rz 10, *UBP/partie de l'entreprise Coutts*; RPW 2014/3, 514 Rz 31, *LGT Bank (Switzerland) Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank (Suisse) SA*.

³⁴⁵ RPW 1997/4, 528 Rz 20, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

³⁴⁶ RPW 2003/2, 379 Rz 14, *Crédit Agricole/Crédit Lyonnais*; vgl. auch RPW 1997/4, 528 Rz 20, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

³⁴⁷ RPW 2007/4, 546 Rz 26, *Barclays/ABN AMRO*.

³⁴⁸ EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 16, *Banco Santander/Banco Popular Group*; EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 71, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, COMP/M.4844 vom 3.10.2007, Rz 85, *Fortis/ABN AMRO Assets*.

³⁴⁹ EU-KOMM, M.5726 vom 29.1.2010, Rz 17, *Deutsche Bank/Sal. Oppenheim*.

³⁵⁰ Act. [...].

³⁵¹ Act. [...].

³⁵² Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁵³ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁵⁴ Act. [...].

³⁵⁵ Act. [...] und Act. [...].

³⁵⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

374. Eine Minderheit gibt an, dass die räumliche Dimension des Private Bankings regional (vier Konkurrentinnen) oder kantonal (zwei Konkurrentinnen) ist. Diese Argumentation wird von Regional- und Kantonalbanken vertreten und in den Begründungen teilweise relativiert.³⁵⁷ Gegen eine regionale oder kantonale Marktabgrenzung sprechen sodann auch die Antworten einiger Konkurrentinnen, wonach der Wettbewerb im Private Banking vor allem in urbanen Zentren spiele und die Kundschaft sich ab Kategorie Affluent überregional orientiere.³⁵⁸

375. Würdigung und Schlussfolgerungen

376. Gestützt auf die Antworten der Konkurrentinnen in der Marktbefragung resultieren aus der Segmentierung der Kundinnen und Kunden im Private Banking (Affluent Individuals, HNWI, UHNWI respektive Domizil Schweiz gegenüber Domizil Ausland) auch mögliche Unterschiede mit Blick auf die räumliche Marktabgrenzung. Einerseits wird entsprechend dem Domizil von einem nationalen Markt im Private Banking für Schweizer Kundschaft (Onshore) und weltweiten Markt für ausländische Kundschaft (Offshore) ausgegangen.³⁵⁹ Andererseits spielen das Vermögen der Kundschaft eine Rolle für die räumliche Abgrenzung des Marktes.³⁶⁰

377. Die Annahme, dass nationale Märkte für Private Banking bestehen, wird dadurch gestützt, dass gerade in der Schweiz eine Vielzahl ausländischer Privatbanken Kundinnen und Kunden mit Domizil Schweiz sowie Domizil Ausland mit einer in der Schweiz als Bank zugelassenen Niederlassung bedienen. Auch die Aussage der Parteien, dass Vermögende an mehreren Orten domiziliert sind und deshalb an mehreren Orten Private Banking nachfragen, widerspricht einer nationalen Marktabgrenzung für das Private Banking für Schweizer Kundschaft nicht. Zusammenfassend kann für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme von nationalen Märkten im Bereich Private Banking für Kundinnen und Kunden mit Domizil Schweiz ausgegangen werden.

378. Bezüglich Kundinnen und Kunden mit Domizil Ausland ist auf die lokale Präsenz ausländischer Privatbanken in der Schweiz hinzuweisen sowie auf Anhaltspunkte,

wonach namentlich Kundinnen und Kunden mit einem sehr hohen Vermögen Private Banking-Dienstleistungen in verschiedenen Jurisdiktionen komplementär zueinander beziehen. Auch wurde verschiedentlich auf die Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz hingewiesen, was zumindest die Möglichkeit eröffnet, dass eine spezifische Nachfrage für Private Banking-Dienstleistungen besteht, welche in der Schweiz erbracht werden. Somit wäre der Markt für Kundinnen und Kunden mit Domizil Ausland mindestens schweizweit abzugrenzen. Eine definitive Marktabgrenzung kann jedoch vorliegend unterbleiben.

v. Zwischenergebnis

379. Für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme wird für sämtliche der nachfolgend aufgeführten Märkte von nationalen Märkten ausgegangen:

- Private Banking Affluent Individuals Domizil Schweiz;
- Private Banking High-Net-Worth Individuals (HNWI) Domizil Schweiz;
- Private Banking High-Net-Worth Individuals (HNWI) Domizil Ausland;
- Private Banking Ultra-High-Net-Worth-Individuals (UHNWI) Domizil Schweiz;
- Private Banking Ultra-High-Net-Worth-Individuals (UHNWI) Domizil Ausland.

C.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

380. Wie sich aus der untenstehenden Tabelle ergibt, verfügen die Parteien nach eigenen Angaben über einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 20 % im gesamten Bereich Private Banking. Somit ist von betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. D VKU auszugehen. Nachfolgend sind daher die Wettbewerbsverhältnisse im Private Banking näher zu untersuchen, wobei einschränkend festzuhalten ist, dass Marktanteile zu einzelnen relevanten Märkten wie gerade eben abgegrenzt nicht vorliegen.

Tabelle 10: Marktanteile Private Banking in der Schweiz gemäss Angaben der Parteien³⁶¹

Schweiz	2022		2021		2020	
	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil
UBS	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %	[...]	[10–20] %
Credit Suisse	[...]	[0–10] %	[...]	[0–10] %	[...]	[0–10] %
Zusammen	[...]	[20–30] %	[...]	[20–30] %	[...]	[20–30] %
Total	747,5	100,0 %	852,4	100,0 %	704,4	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

³⁵⁷ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁵⁸ Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁵⁹ Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁶⁰ Act. [...] und Act. [...].

³⁶¹ Die Datenbasis bilden die Wertschriftenbestände («Assets under Management») in Kundendepots von nicht institutionellen Kundinnen und Kunden.

C.5.2.1 Private Banking in der Schweiz

i. Standpunkt der Parteien

381. Die Parteien machen geltend, dass es im Bereich Private Banking keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss gebe.³⁶² Unter anderem, da die Kundschaft im Private Banking eine Diversifizierung bevorzuge und Beziehungen zu mehr als einer Bank zu pflegen. Die Erfahrung der UBS zeige, dass sich die Kundenabwanderung im Private Banking nach einem Zusammenschluss im zweistelligen Prozentbereich bewege. Der Abschmelzverlust von Assets unter Management bei vergleichbaren Transaktionen betrug in der Vergangenheit 13–50 %. Das Private Banking der Credit Suisse sei zudem sehr stark von Kundengeldabflüssen und Kundenabwanderung betroffen. Die Netto-Mittelabflüsse der Credit Suisse im Wealth Management beliefen sich gemäss Pressemitteilung der Credit Suisse³⁶³ im ersten Quartal 2023 bereits auf 9 % des per Ende des vierten Quartals 2022 ausgewiesenen verwalteten Vermögens.³⁶⁴ Weiter bringen die Parteien hinsichtlich der nationalen Marktanteile vor, dass diese aufgrund der internationalen Dimension des Private Bankings zu hoch seien, da der kombinierte Marktanteil der Parteien in Europa (Schweiz, EWR und UK) lediglich [0–10] % und weltweit [0–10] % betrage.³⁶⁵ Zudem würden nach dem Zusammenschluss genügend schlagkräftige Wettbewerber verbleiben. In der Schweiz nennen die Parteien als wichtigste Wettbewerber Julius Bär, Vontobel, Pictet, Goldman Sachs, Safra, ZKB und die anderen Kantonalbanken, Raiffeisen und J.P. Morgan.³⁶⁶

ii. Beurteilung

Ergebnisse der Marktbefragung

382. Eine überwiegende Mehrheit der 67 Konkurrentinnen, welche die Frage³⁶⁷ beantwortet haben, beurteilt die Wettbewerbsverhältnisse im Private Banking vor dem Zusammenschluss als mindestens stark, 29 Konkurrentinnen als sehr stark. In den Begründungen geben sie an, dass grundsätzlich zahlreiche Wettbewerber im Private Banking existieren³⁶⁸ und auch ausländische Banken hinreichend Zugang zum Schweizer Markt haben,³⁶⁹ mithin der Wettbewerb gesamthaft funktioniere.³⁷⁰ Es wird allerdings betont, dass aufgrund der Komplexität und den regulatorischen Vorgaben im Geschäft mit der ausländischen Kundschaft nicht alle Schweizer Banken diese Kundschaft bedienen können.³⁷¹

383. Schwächer stufen einige Konkurrentinnen den Markt für UHNWI ein, da nicht alle Konkurrentinnen die Möglichkeit haben, diese zu bedienen.³⁷² Eine Konkurrentin beurteilt den Wettbewerb jeweils als schwächer, je höher die Vermögensklasse ist.³⁷³ Relativiert wird das allerdings bei einer internationalen Betrachtung des Markts für UHNWI. Das bestätigt auch die Aussage einer Konkurrentin, welche die Kundschaft des UHNWI Segments als naturgemäss viel internationaler und dynamischer beschreibt.³⁷⁴

384. Die Frage,³⁷⁵ ob nach dem Zusammenschluss im Private Banking genügend Wettbewerb mit Blick auf die Kundschaft in der Schweiz herrschen wird, bejahten 50 von 69 Konkurrentinnen, welche die Frage beantwortet

haben. Acht Konkurrentinnen verneinten die Frage und 11 Konkurrentinnen gaben eine andere Antwort.

385. Den Begründungen ist zu entnehmen, dass grundsätzlich auch nach dem Zusammenschluss genügend Wettbewerber auf dem Markt sind.³⁷⁶ Zudem wird einzeln angegeben, dass der Wettbewerbsdruck durch den Zusammenschluss gar steigen könnte.³⁷⁷ Gemutmasst wird unter anderem, dass durch den Zusammenschluss eine Neuverteilung stattfinden könnte, wovon Privat-, Kantonal-, Regional- und allenfalls auch Nebobanken profitieren könnten.³⁷⁸ Eine solche Umverteilung sei bereits festgestellt worden.³⁷⁹

386. Bezüglich der Teilmärkte HNWI und UHNWI lässt sich der Marktbefragung entnehmen, dass die Konkurrentinnen bereits vor dem Zusammenschluss von weniger Wettbewerb in den höheren Vermögensklassen ausgehen. Aufgrund des Diversifikationsbedürfnis sehen hier allerdings Konkurrentinnen nach dem Zusammenschluss Wachstumschancen für kleinere Wettbewerber.³⁸⁰ Bedenken werden vor allem im Bereich UHNWI geäußert. So sieht eine Konkurrentin die Gefahr, dass für das fusionierte Unternehmen die Möglichkeit aufgrund des neuen Kundestamms besteht, dienstleistungsübergreifend Produkte und Dienstleistungen zu verkaufen und die Kosten für die Kundenakquise zu senken. Das Geschäft würde dadurch widerstandsfähiger und schwieriger zu konkurrenzieren. Zudem äussert sie Bedenken, dass das fusionierte Unternehmen aufgrund seiner Grösse als Bank mit faktischer Staatsgarantie angesehen werden könnte und deshalb attraktiver für UHNWI sei, welche auf Stabilität und Sicherheit Wert legen.³⁸¹ Auch andere Banken erwarten, dass für sehr wohlhabende Kundinnen und Kunden das Angebot durch den Zusammenschluss eingeschränkt wird und melden Bedenken an, ob andere Schweizer Banken eine gleichartige Vielzahl an Dienstleistungen wie beispielsweise komplexere strukturierte Finanzierungs- und Kreditlösungen aus einer Hand anbieten können.³⁸² Allerdings wird hierzu von einigen Konkurrentinnen angemerkt, dass bezüglich des Private Bankings für UHNWI die Wettbewerbssituation wohl anders zu interpretieren ist, wenn ein weltweiter Markt und somit internationaler Wettbewerb angenommen wird.³⁸³

³⁶² Act. [...].

³⁶³ <www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/about-us/media/media-release/2023/04/q1-23-pressrelease-de.pdf> (18.9.2023).

³⁶⁴ Act. [...].

³⁶⁵ Act. [...].

³⁶⁶ Act. [...].

³⁶⁷ Act. [...].

³⁶⁸ Siehe z. B. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁶⁹ Act. [...].

³⁷⁰ Act. [...].

³⁷¹ Act. [...] und Act. [...].

³⁷² Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁷³ Act. [...].

³⁷⁴ Act. [...].

³⁷⁵ Act. [...].

³⁷⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁷⁷ Act. [...].

³⁷⁸ Act. [...].

³⁷⁹ Act. [...].

³⁸⁰ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

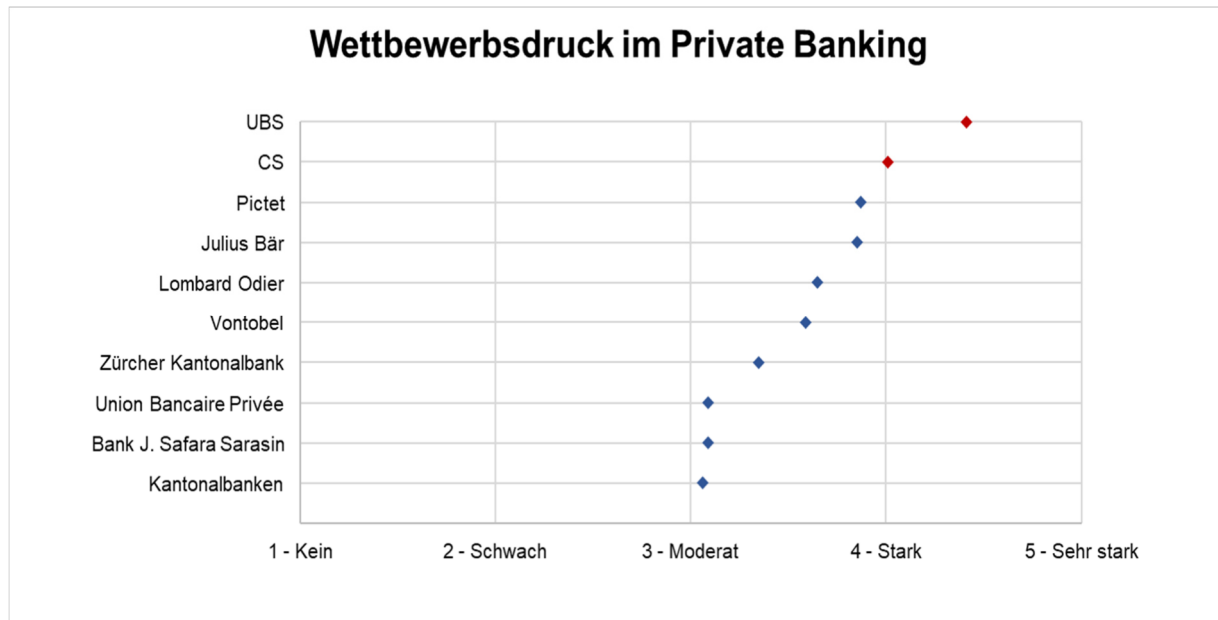
³⁸¹ Act. [...].

³⁸² Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁸³ Vgl. Act. [...] und Act. [...].

387. Insgesamt beurteilen die Konkurrentinnen den Wettbewerbsdruck, welcher von ausgewählten Anbieterinnen im Private Banking auf Konkurrentinnen ausgeht, als hoch. Der Druck ausgehend von der UBS und der Credit Suisse wurde am höchsten bewertet (Mittelwert 4,41 für die UBS und 4,01 für die Credit Suisse auf einer Skala von 1–5).³⁸⁴

Abbildung 2: Einschätzung des Wettbewerbsdrucks im Private Banking



(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

388. Als grössere Konkurrentinnen für die Schweiz kommen beispielsweise die Pictet, Julius Bär, Vontobel, weitere Privatbanken oder auch Kantonalbanken, darunter insbesondere die ZKB, in Frage. Tendenziell scheint gemäss Angaben der Konkurrentinnen mehr Wettbewerbsdruck im Private Banking in der Schweiz von inländischen als von ausländischen Banken auszugehen.

Qualität (6/16) und weniger Innovation (8/16) werden demgegenüber weniger oft erwartet.

389. Die Frage,³⁸⁵ ob es bestimmte Produkte und/oder bestimmte Dienstleistungen gibt, welche das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss anbietet, ohne dass ausreichende alternative Angebote verfügbar sind, verneinten schliesslich eine Mehrheit von 57 von 69 Konkurrentinnen, welche die Frage beantwortet haben. Im Vordergrund der Begründungen der 12 Konkurrentinnen, welche hinsichtlich gewisser Dienstleistungen und/oder Produkte eine mangelnde Alternative sehen, stehen vor allem spezielle Dienstleistungen wie beispielsweise spezielle oder strukturierte Finanzierungen für die sehr vermögende Kundschaft, insbesondere UHNWI.³⁸⁶ Ob es sich hierbei tatsächlich um einen Problemereich handelt, kann nur durch weitere Ermittlungen in Rahmen einer vertieften Prüfung der Phase 2 abgeklärt werden.

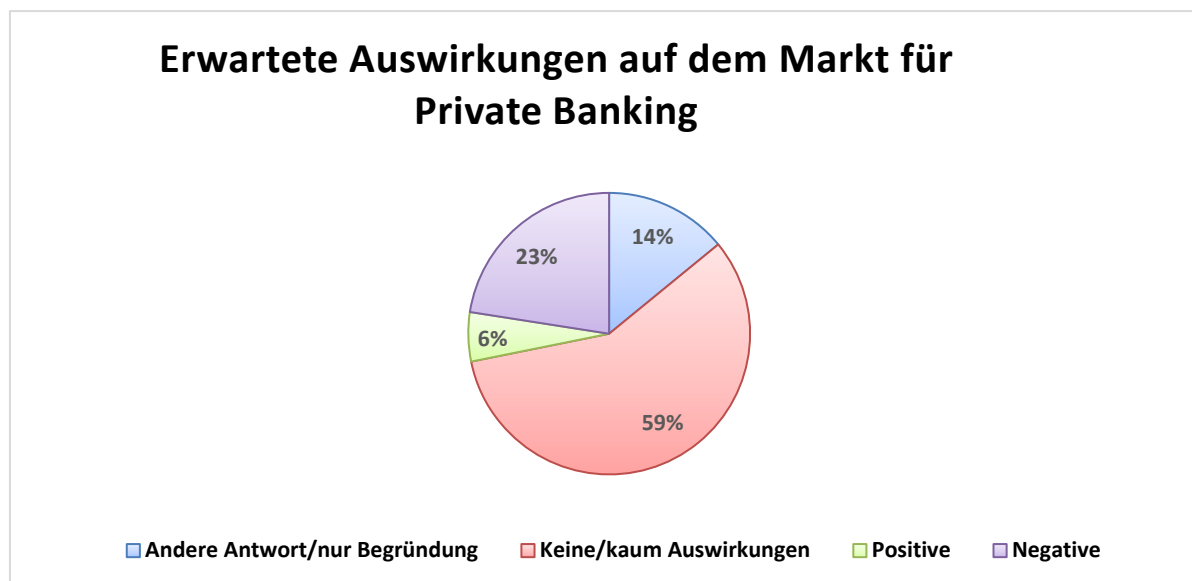
390. Mehr als die Hälfte der Konkurrentinnen erwarten keine Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt für Private Banking. Die Mehrheit der negativen Erwartungen bezieht sich auf höhere Preise (13/16) und eine eingeschränktere Auswahl (15/16). Schlechtere

³⁸⁴ Act. [...].

³⁸⁵ Act. [...].

³⁸⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

Abbildung 3: Erwartete Auswirkungen auf den Markt für Private Banking



(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

391. Aufgrund der von den Konkurrentinnen angenommenen Konzentration im Private Banking für UHNWI gehen einige Konkurrentinnen zudem von fehlender Konkurrenz aus der Schweiz im internationalen Kontext aus und stellen allfällige negative Konsequenzen für den Schweizer Markt in Aussicht.³⁸⁷ UBS und Credit Suisse hätten die breiteste und komplexeste Produktpalette angeboten, was eine gewisse Dominanz in den Segmenten UHNWI und ausländische Kundschaft nach dem Zusammenschluss erwarten lässt. Dies wiederum könne zu höheren Preisen und weniger Innovation führen.³⁸⁸ Trotz vermuteter Zunahme an Dominanz erwarten die Konkurrentinnen, dass genügend Alternativen und Wettbewerber verbleiben.³⁸⁹

392. Von der Konkurrenz werden in gewissen Bereichen Wettbewerbsvorteile für das fusionierte Unternehmen erwartet. Ein Aspekt ist hierbei die Möglichkeit des fusionierten Unternehmens, ein umfassendes dienstleistungsübergreifendes Angebot auch ausserhalb des Private Bankings anzubieten. Im Privater Banking für Affluent Individuals und HNWI profitiere das fusionierte Unternehmen zudem von der Möglichkeit, potentielle Kundschaft bereits früh im Retail Bereich anzuwerben und zukünftig sich der Kundenerhaltung und nicht Kundengewinnung zu widmen.³⁹⁰

Würdigung und Schlussfolgerungen

393. Vorab ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass der Meldungsentwurf lediglich summarische Angaben zu den Marktanteilen der Parteien auf einem nationalen Gesamtmarkt sowie bei einer europaweiten respektive weltweiten Betrachtung enthält. Ebenso können dem Meldungsentwurf keine Angaben zu individuellen Marktanteilen aktueller Konkurrenten entnommen werden. Auch fehlen konkreten Angaben zu einzelnen Kundensegmenten (Affluent Individuals, HNWI, UHNWI respektive Domizil Schweiz versus Domizil Ausland). Der Meldungsentwurf III bildet demnach keine hinreichende Grundlage für eine abschliessende Beurteilung betref-

fend die zuvor identifizierten relevanten Märkte. Hierzu wären detaillierte Informationen zu diesen einzelnen Märkten notwendig, die in einer Phase 2 beschafft werden könnten. Die nachfolgenden Ausführungen stellen demnach lediglich eine summarische Würdigung der vorliegenden Informationen dar.

394. Der aktuelle Wettbewerb im Private Banking scheint prima facie ausreichend zu sein. Im Private Banking für Kundinnen und Kunden mit Domizil Schweiz wird das fusionierte Unternehmen mit zahlreichen Schweizer Banken wie auch ausländischen Banken mit Zweigniederlassungen in der Schweiz konkurrieren. Das fusionierte Unternehmen wird dabei die grösste Marktteilnehmerin sein. Im Private Banking für Kundinnen und Kunden mit Domizil Ausland führt der Zusammenschluss zu einer vergleichsweise stärkeren Konzentration in der Schweiz in den Segmenten HNWI und umso mehr im Segment UHNWI.

395. Generell kann festgehalten werden, dass auch gemäss der Einschätzung der Wettbewerber zum Wettbewerbsdruck die Parteien bereits vor dem Zusammenschluss die beiden stärksten Wettbewerber im Bereich Private Banking waren. Es ist davon auszugehen, dass sich die Stellung des fusionierten Unternehmens zusätzlich verstärken wird. Als einzige verbleibende Grossbank in der Schweiz, welche im Gegensatz zu spezialisierten Konkurrentinnen in sämtlichen Geschäftsfeldern in der Schweiz eine führende Rolle einnehmen wird und über erhebliche weltweite Aktivitäten verfügt, wird das fusionierte Unternehmen darüber hinaus über Skalenerträge

³⁸⁷ Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁸⁸ Act. [...].

³⁸⁹ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

³⁹⁰ Act. [...] und Act. [...].

sowie Verbundvorteile verfügen. Der Zusammenschluss kann aufgrund von Risiko- und Diversifizierungsüberlegungen der Kundinnen und Kunden aber auch zu einer gewissen Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von kleineren Wettbewerberinnen führen.

396. Vorliegend kann ausserdem mangels hinreichender Informationen nicht ausgeschlossen werden, dass das Angebot an einzelnen Dienstleistungen innerhalb des Private Bankings durch den Zusammenschluss abnehmen wird. Dies könnte der Fall sein, wenn die Credit Suisse gewisse Dienstleistungen in grösserem Umfang angeboten hat als die UBS und letztere unter Umständen das Angebot nicht gleichermassen übernimmt.

397. In der Marktbefragung zum Geschäftsbereich Private Banking wurde zusätzlich auf möglicherweise entstehende Probleme beim Bezug von Dienstleistungen durch die Konkurrentinnen selbst hingewiesen (Bank-to-Bank-Dienstleistungen). Da nationale Wettbewerberinnen des fusionierten Unternehmens für ihre Bankendienstleistungen auf Vorleistungen der neuen UBS als internationale Grossbank zurückgreifen, könnten aufgrund des Zusammenschlusses wettbewerbliche Probleme entstehen (vgl. dazu auch Rz 539 Fn 569).

C.5.2.2 Zwischenergebnis

398. Zusammenfassend erlauben die Informationen aus dem Meldungsentwurf III keine abschliessende Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses der zuvor identifizierten nationalen Teilmärkte. Die summarischen Informationen zu einem (hypothetischen) nationalen Gesamtmarkt für Private Banking lassen jedoch den Schluss zu, dass der aktuelle Wettbewerb auch nach dem Zusammenschluss ausreichend sein sollte, um eine mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs als unwahrscheinlich erscheinen zu lassen. Dem Meldungsentwurf sowie den Stellungnahmen der Konkurrentinnen zur Marktbefragung kann entnommen werden, dass im Bereich Private Banking aktuell viele Wettbewerben aktiv sind. Gemäss den vorliegenden Informationen wird das fusionierte Unternehmen jedoch in sämtlichen betrachteten nationalen Teilmärkten die mit Abstand stärkste Wettbewerberin sein und gewisse Wettbewerbsvorteile gegenüber kleineren Banken mit Aktivitäten im Private Banking haben.

C.5.3 Fazit

399. Aufgrund der vorherigen Ausführungen sind prima facie keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Zusammenschluss im Bereich Private Banking zur Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

C.6 Asset Management

C.6.1 Relevante Märkte

400. Als Asset Management wird vorliegend die Verwaltung von Vermögensteilen und damit verbundene Beratungsdienstleistungen für institutionelle Anlegerinnen bezeichnet. Die Marktgegenseite besteht namentlich aus Pensionskassen, Versicherern, Banken, Asset Managern und unabhängigen Vermögensverwaltern. Nicht in den Bereich Asset Management fällt das Private Banking, also die Vermögensverwaltung für Privatpersonen.

401. Damit wird mit Asset Management eine vielfältige Palette an Produkten und Dienstleistungen zusammengefasst, wie etwa kollektive Kapitalanlagen, Verwaltungs- und Beratungsmandate für institutionelle Kunden, Custody-Dienstleistungen usw. Daher wird zunächst geprüft, welche sachlich relevanten (vgl. Rz 402 ff.) und welche räumlich relevanten Märkte bestehen (vgl. Rz 424 ff.). Diese Märkte werden anschliessend dahingehend geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der vorliegende Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt wird (vgl. Rz 451 ff.).

C.6.1.1 Sachlich relevante Märkte

i. Bisherige Praxis der WEKO

402. In der bisherigen Praxis prüfte die WEKO sachliche Märkte für Asset Management für institutionelle Kunden³⁹¹ sowie die Teilmärkte Fonds und fondsähnliche Produkte³⁹² und Global Custody³⁹³.

ii. Praxis der EU-Kommission

403. In der Zusammenschlusspraxis der EU-Kommission wurde sowohl ein Gesamtmarkt für Asset Management als auch eine Segmentierung nach Kundengruppen und einzelnen Teilleistungen erwogen. So erwog die EU-Kommission etwa eine Segmentierung nach aktivem und passivem Asset Management, einen separaten Markt für Kollektivanlagen, eine weitere Untersegmentierung nach offenen Fonds (d. h. ohne Einschränkung für die Anzahl Investoren) und geschlossenen Fonds (spezifisch auf eine limitierte Gruppe von Investoren zugeschnitten) oder Dienstleistungsmärkten im Asset Management wie Global Custody. Letztlich liess die EU-Kommission die Frage offen, ob das Asset Management sachlich einen Gesamtmarkt darstellt oder in weitere sachliche Teilmärkte aufzugliedern ist.³⁹⁴

iii. Standpunkt der Parteien

404. Der Meldungsentwurf grenzt separate Märkte für Asset Management für institutionelle Kunden³⁹⁵ sowie Märkte für Fonds und fondsähnliche Produkte³⁹⁶ und Global Custody³⁹⁷ ab.

iv. Beurteilung

405. Gestützt auf die bisherige Praxis wird in einem ersten Schritt von sachlichen Märkten für das Asset Management für institutionelle Kunden, Fonds und fondsähnliche Produkte sowie Global Custody ausgegangen.

³⁹¹ RPW 2015/1, 102 Rz 21 ff., *Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG*; RPW 2006/4, 679 ff. Rz 30 ff., *GE/CSFBPE/GIMP*.

³⁹² RPW 2019/4, 1180, Rz 16, *Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group*; RPW 2015/1, 102 Rz 23, *Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG*; RPW 2006/4, 679 ff. Rz 29 ff., *GE/CSFBPE/GIMP*.

³⁹³ RPW 2005/4, 652 Rz 27, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*.

³⁹⁴ Vgl. EU-KOMM, M.10102 vom 12.8.2021, Rz 40 m. w. H., *VIG/Aegon CEE*; EU-KOMM, M.10499 vom 24.2.2022, Rz 45 m. w. H., *State Street/BBH (Investor Services Business)*.

³⁹⁵ Act. [...].

³⁹⁶ Act. [...].

³⁹⁷ Act. [...].

Diese werden sogleich beschrieben. In einem zweiten Schritt wird gestützt auf die Erkenntnisse aus der Marktbefragung eine weitere Segmentierung des Asset Managements geprüft.

406. Der sachlich relevante Markt für Asset Management für institutionelle Kunden umfasst die Verwaltung von Vermögensteilen und damit verbundenen Beratungsdienstleistungen für institutionelle Kunden.³⁹⁸

407. Die Praxis der WEKO grenzt von der Vermögensverwaltung den sachlich relevanten Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte ab.³⁹⁹ Begründet wird diese Praxis damit, dass die Dienstleistung der Verwaltung und nicht das Produkt des Anlagefonds im Vordergrund steht. Im Gegensatz zum Vermögensverwalter oder Anlageberater steht die Fondsleitung nicht in direktem Kontakt mit dem Anleger. Die Fondsleitung verwaltet einzig den Anlagefonds.⁴⁰⁰

408. Beim sachlich relevanten Markt für Global Custody handelt es sich um eine Dienstleistung an institutionelle Anleger, welche Anlagen in verschiedenen Ländern und in verschiedenen Rechtsordnungen halten. Diese Anlagen können von verschiedenen Vermögensverwaltern betreut werden. Sie sind jedoch bei einem einzigen Global Custodian zentral verwahrt. Der Global Custodian seinerseits lässt die Wertschriften in den einzelnen Rechtsordnungen nach den dort geltenden Rechtsvorschriften durch sogenannte Sub-Custodians verwalten.⁴⁰¹ Global Custody-Mandate umfassen mehrere Dienstleistungen wie Konto- und Depotführung, Transaktionsabwicklungen, Steuerrückforderungen, Wertschriftenverwahrung, Investment Reporting, Monitoring von Guidelines, Wertschriftenbuchhaltung usw.⁴⁰²

Weitergehende Segmentierung

409. In der Marktbefragung wurden 106 Konkurrentinnen und 20 Kundinnen im Bereich Asset Management für institutionelle Kunden befragt. Von den befragten Konkurrentinnen haben 66 den Teil Asset Management für institutionelle Kunden des Fragebogens⁴⁰³ beantwortet. Alle institutionellen Kunden beantworteten den Fragebogen. Nachfolgend sind die Ergebnisse zur Marktsegmentierung aus der Befragung dieser Marktteilnehmer zusammengefasst.

410. Eine deutliche Mehrheit der Konkurrenten ist der Ansicht, dass ein Gesamtmarkt für Asset Management für institutionelle Kunden besteht, der weiter zu segmentieren ist.⁴⁰⁴ Die Befragten gaben jeweils mehrheitlich an, dass folgende Segmente einen eigenständigen Markt darstellen: Asset Management für Pensionskassen, Fonds und fondsähnliche Produkte, Portfoliomanagement, Middle Office und Back Office-Dienstleistungen, Custody Services in Bezug auf das Asset Management sowie aktives und passives Asset Management.

411. Den Begründungen ist zu entnehmen, dass sämtliche Anbieter im Bereich Asset Management eine Form der Vermögensverwaltung anbieten,⁴⁰⁵ wenn auch teilweise lediglich spezialisiert auf eine Nische.⁴⁰⁶ Verschiedene Befragte sehen einen grundlegenden Unterschied zwischen der eigentlichen Vermögensverwaltung und den ergänzenden Dienstleistungen für Dritte, wie Fondsleitung, Global Custody, Global Execution Services und/oder Middle/Back Office Services.⁴⁰⁷ Aufgrund des

hohen Aufwands, technischen Anforderungen und Skalenvorteilen werden das passive Asset Management und Global Custody Services nur von wenigen Marktteilnehmern angeboten.⁴⁰⁸ Weiter wurde drauf hingewiesen, dass die Vermögensverwaltung mit Immobilien⁴⁰⁹ sowie die Asset Liability Management (ALM)-Beratung⁴¹⁰ und einzelne Assetklassen⁴¹¹ eigenständige Märkte bilden könnten. Als weitere mögliche Segmentierung nach Kundengruppen wurde die Unterscheidung zwischen Asset Management-Dienstleistungen für Endkunden wie Pensionskassen und Dienstleistungen für Intermediäre wie andere Finanzinstitute genannt.⁴¹²

412. Nach Ansicht der befragten Kunden ist der Markt weiter zu unterteilen.⁴¹³ Hinsichtlich Segmentierungen sehen die Kundinnen Global Custody als einen vom Asset Management getrennten Markt an.⁴¹⁴ Weiter wurden die Fondsleitung (u. a. für Einanlegerfonds)⁴¹⁵ sowie Beratung für das Gesamtportfolio (inkl. ALM)⁴¹⁶ als getrennte Märkte benannt und es wurde auf die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Asset Management hingewiesen.⁴¹⁷ Im Bereich der Assetklassen wurden Immobilienanlagen⁴¹⁸ herausgehoben.

413. Basierend auf den Antworten bestehen Hinweise, dass im Bereich Asset Management für institutionelle Kunden der Markt in weitere Segmente zu unterteilen ist. Vorliegend wird offengelassen, ob sämtliche der vorgebrachten Segmente einen eigenständigen Teilmarkt bilden. Die Marktabgrenzung wird im Folgenden nur für diejenigen Märkte genauer betrachtet, für welche verdichtete Hinweise auf eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien bestehen.

³⁹⁸ RPW 2015/1, 102 Rz 21 ff., *Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG*; RPW 2006/4, 679 ff. Rz 30 ff., *GE/CSFBPE/GIMP*.

³⁹⁹ RPW 2019/4, 1180, Rz 16, *Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group*; RPW 2015/1, 102 Rz 23, *Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG*; RPW 2006/4, 679 ff. Rz 29 ff., *GE/CSFBPE/GIMP*.

⁴⁰⁰ Vgl. RPW 2006/4, 680 f. Rz 38 f., *GE/CSFBPE/GIMP*.

⁴⁰¹ RPW 2005/4, 652 Rz 27, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*.

⁴⁰² Vgl. z. B. Act. VII.191; EU-KOMM, M.10499 vom 24.2.2022, Rz 8, *State Street/BBH (Investor Services Business)*.

⁴⁰³ Act. [...].

⁴⁰⁴ Die Frage, ob ein Gesamtmarkt für Asset Management für institutionelle Kunden besteht, der weiter zu unterteilen ist, bejahten 42 Konkurrenten während 20 Konkurrenten es verneinten.

⁴⁰⁵ Vgl. insbesondere Act. [...], [...]; Act. [...].

⁴⁰⁶ Vgl. insbesondere Act. [...], [...]; Act. [...]; Act. [...] und Act. [...].

⁴⁰⁷ Vgl. insbesondere Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁴⁰⁸ Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁴⁰⁹ Vgl. Act. [...].

⁴¹⁰ Vgl. Act. [...].

⁴¹¹ Vgl. Act. [...]; Act. [...].

⁴¹² Vgl. Act. [...]; Act. [...].

⁴¹³ Von den befragten Kunden gaben 13 an, der Markt sei weiter zu unterteilen. 5 gaben an, ein Gesamtmarkt für Asset Management für institutionelle Kunden sei nicht weiter zu unterteilen.

⁴¹⁴ Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁴¹⁵ Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁴¹⁶ Act. [...].

⁴¹⁷ Act. [...]; Act. [...].

⁴¹⁸ Act. [...]; Act. [...].

414. Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung wird geprüft, ob passives Asset Management, die Assetklasse Schweizer Immobilien und die Fondsleitung für Einanlegerfonds eigenständige sachlich relevante Märkte darstellen.

Passives Asset Management

415. Passives Asset Management bezeichnet die Strategie, einen Benchmark durch Auswahl und Gewichtung von Anlagen weitestgehend nachzubilden. Demgegenüber werden im aktiven Asset Management die Anlagen auf Basis von Prognosen und Analysen gewählt, um eine über dem Benchmark liegende Performance zu erreichen. Dadurch ist das aktive Management kostenintensiver, was sich im Preis niederschlägt. Nach Angaben der Parteien wiesen aktiv verwaltete Fonds mit Domizil Schweiz im Jahr 2020 eine vermögensgewichtete Fondsgebühr von 1,04 % auf, die passiv verwalteten Fonds eine Gebühr von 0,13 %.⁴¹⁹

416. Aufgrund dieser unterschiedlichen Eigenschaften von aktivem und passivem Asset Management ist von einem separaten sachlich relevanten Markt auszugehen.

Anlageklasse Schweizer Immobilien

417. Mehrere Befragten gaben an, dass eine weitergehende Segmentierung nach einzelnen Assetklassen, insbesondere Schweizer Immobilien, angebracht sei (vgl. Rz 411 f.).⁴²⁰ Daher wird geprüft, ob ein eigenständiger sachlich relevanter Markt für Schweizer Immobilien abzugrenzen ist.

418. Assetklassen unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Performance und des Risikoprofils. So gelten etwa Aktien als im Durchschnitt ertragreicher als Obligationen, aber auch als riskanter. Andere Formen haben Ausprägungen in spezifischen Eigenschaften. So können Immobilienfonds etwa einen besseren Kapitalschutz aufweisen oder einen teilweisen Inflationsschutz bieten.⁴²¹ Portfolios beinhalten oft verschiedene Assetklassen, weil durch die einzelnen Komponenten das Gesamtrisiko gesenkt werden kann. Assetklassen sind daher in einem gewissen Ausmass als Komplemente anzusehen und stellen keine vollständigen Substitute dar.

419. Institutionelle Anleger wie Pensionskassen verwalten Vermögen, um Renten in Schweizerfranken auszu zahlen. Die Eigenschaften und das Risikoprofil der angelegten Vermögen müssen daher auf die langfristige Ent richtung der Renten ausgerichtet sein. Schweizer Immobilienfonds können einen eigenständigen Baustein hinsichtlich dieses Bedarfs bilden.⁴²²

420. Angebotsseitig kann grundsätzlich von einer hohen Umstellungsflexibilität ausgegangen werden. Asset Manager oder Fondsleitungen können die Verwaltung verschiedener Assetklassen anbieten und tun dies auch. Das spricht für einen einheitlichen Markt für Asset Management über die Assetklassen hinweg. Da die Assetklassen letztlich Finanzierungsinstrumente bzw. Kapitalbeschaffungsprodukte für Unternehmen sind, kann der Zugang zu dieser Marktseite die Möglichkeiten der Angebotsumstellung einschränken. Vorliegend haben Banken in der Schweiz einen einfacheren Zugang zu Unternehmen in der Schweiz (vgl. Rz 623). Gesetzliche

Schranken wie die Bewilligungspflicht beim Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Art. 2 BewG⁴²³) bilden eine weitere Marktzutrittsschranke, wenn der Sitz im Ausland liegt (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BewG) oder eine Beherrschung im Ausland vorliegt (Art. 6 Abs. 4 BewG). Immobilienfonds umfassen ein diversifiziertes Portfolio an physischen Immobilien, welche von erfahrenen Experten verwaltet werden. Die Produktion von Immobilienfonds erfordert eine Präsenz auf dem Immobilienmarkt des Landes, in welchem die jeweiligen Gebäude stehen. Lokale Marktkenntnisse, die räumliche Nähe zur Verwaltung der Immobilien und die Bewilligungspflicht stellen anbieterseitig Markteintrittshürden dar. Für Schweizer Immobilienfonds ist damit von einem eingeschränkten Anbieterkreis auszugehen.

421. Gesamthaft ist damit von einem eigenständigen sachlich relevanten Markt für Schweizer Immobilienfonds auszugehen.

Fondsleitung für Einanlegerfonds

422. Mehrere Befragte gaben an, die Fondsleitung unter anderem für Einanlegerfonds stelle einen eigenen sachlich relevanten Markt dar (vgl. Rz 411 f.). Eine Fondsleitung verwaltet den Anlagefonds auf Rechnung der Anlegerinnen und Anleger und entscheidet insbesondere über die Anlagen. Sie unterliegt der Bewilligungspflicht. Bei einem Einanlegerfonds handelt es sich um eine kollektive Kapitalanlage, bei der das Vermögen von einem einzigen Anleger aufgebracht wird (Art. 5 KVV⁴²⁴). Der Einanlegerfonds wird auf den jeweiligen Kunden zugeschnitten und die Fondsleitung übernimmt das Risikomanagement und die Due Diligence der Asset Manager. Vorteile liegen in der Effizienzsteigerung beim Anleger in der Wertschriftenbuchhaltung und Administration. Aufgrund von Skaleneffekten können Kosteneinsparungen erzielt werden. Weiter sind steuerliche Einsparungen möglich.⁴²⁵ Aus Sicht der institutionellen Anleger verfügen Einanlegerfonds damit über andere Eigenschaften als alternative Fonds oder fondsähnliche Produkte. Es ist von einem eigenständigen sachlich relevanten Markt auszugehen.

⁴¹⁹ Vgl. Act. [...]. Untersucht wurden insgesamt 12 271 Fonds, davon hatten 963 Fonds ihr Domizil in der Schweiz. Untersucht wurden zehn Aktien-Fondskategorien und zwei Rentenfondskategorien.

⁴²⁰ Vgl. Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁴²¹ Vgl. etwa den Prospekt des UBS (CH) Property Fund – Direct Residential vom August 2023, <www.ubs.com/ch/de/assetmanagement/capabilities/real-estate/direct-residential.html> (18.9.2023).

⁴²² Immobilien bilden die dritt wichtigste Assetklasse bei Pensionskassen. Dabei zeigt sich ein ausgeprägter «Home Bias» im Bereich der Immobilien. Weiter liegt seit 2016 der Anteil indirekter Immobilienanlagen über dem Anteil direkter Immobilienanlagen. Vgl. Swisscanto, Schweizer Pensionskassenstudie 2023, 2023, 36 ff.

⁴²³ Bundesgesetz vom 16.12.1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41).

⁴²⁴ Verordnung vom 22.11.2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311).

⁴²⁵ Vgl. CHRISTIAN WEHINGER/MATHIAS ROHR, Pooling als Erfolgsrezept für Sammelstiftungen, in: B2B Schweizerisches Magazin für kollektive und strukturierte Investments, 12/2021, S. 30 ff. Vgl. auch Medienmitteilung der Finanzverwaltung des Kantons Zürich vom 27.6.2012, BVK reduziert ihre Kosten weiter, <www.zh.ch/de/newsuebersicht/medienmitteilungen/2012/06/155_bvk_kostenreduktion.html> (18.9.2023).

v. Zwischenergebnis

423. Zusammengefasst ist somit von einem Gesamtmarkt für Asset Management für institutionelle Kunden auszugehen. Die Marktsegmente Fonds und fondsähnliche Produkte, Global Custody für institutionelle Kunden, passives Asset Management und Schweizer Immobilienfonds und die Fondsleitung für Einanlegerfonds stellen eigenständige sachlich relevante Märkte dar.

C.6.1.2 Räumlich relevante Märkte

i. Bisherige Praxis der WEKO

424. In räumlicher Hinsicht wurde der Markt für Asset Management international abgegrenzt, mit Ausnahme des Asset Managements für Schweizer Pensionskassen. Das Subsegment Fonds und fondsähnliche Produkte wurde als national abgegrenzt. Es wurde jedoch in Erwägung gezogen, dass es sich allenfalls auch um einen internationalen Markt handeln könnte.⁴²⁶ Die räumliche Abgrenzung von Custody-Dienstleistungen für institutionelle Kunden wurde bislang offengelassen.⁴²⁷

ii. Praxis der EU-Kommission

425. Hinsichtlich der räumlichen Dimension erwog die EU-Kommission im Bereich Asset Management globale, EWR-weite und nationale Märkte. Letztlich liess sie die räumliche Marktabgrenzung offen.⁴²⁸

426. In Bezug auf die Fondsverwaltung erwog die EU-Kommission nationale sowie internationale Marktabgrenzungen, liess die räumliche Dimension aber jeweils offen. In einem jüngeren Zusammenschlussverfahren zeigte die Marktuntersuchung, dass die Kunden weltweit bezogene Offerten vergleichen. Die Befragten gaben jedoch weiter an, dass sie manchmal nach lokalen Kenntnissen und Fachwissen suchen.⁴²⁹

427. Bei Global Custody Services erwog die EU-Kommission globale, EWR-weite und nationale Märkte, liess die Abgrenzung aber jeweils offen. In einem kürzlich erfolgten Zusammenschlussverfahren befand sie, dass die Ergebnisse der Marktuntersuchung auf eine nationale Marktabgrenzung hinweisen. Zwar gab eine knappe Mehrheit der von der Kommission Befragten an, dass sie weltweit Offerten für Global Custody Services verglichen. Die grosse Mehrheit der Kunden gab aber an, sie verlangten eine Präsenz im eigenen Land, unter anderem aufgrund regulatorischer Anforderungen. Für die Analyse des Wettbewerbs unterstellte die EU-Kommission daher national abgegrenzte Märkte.⁴³⁰

iii. Standpunkt der Parteien

428. In räumlicher Hinsicht erachten die Parteien das Asset Management für institutionelle Kunden als internationalen Markt, da ein Drittel der Assets unter Management ausländischen Ursprungs sind.⁴³¹ Zwar gäbe es offenbar Pensionskassen, die sich selbst auf Schweizer Anbieter einschränken. Diese Einschränkung sei jedoch zum einen selbst gewählt und könne bei mangelndem Wettbewerb in der Schweiz jederzeit rückgängig gemacht werden.⁴³²

429. Der Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte sei europaweit zu definieren, da Fonds international aufgelegt und vertrieben würden. Die Schweizer Anleger fragten eine hohe Anzahl an ausländischen kollektiven

Kapitalanlagen nach. Das zeige auch das Volumen der in der Schweiz genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen. Die Parteien schätzen, dass etwa die Hälfte der in der Schweiz verkauften Fondsvolumina ausländische Fonds sind.⁴³³

430. Global Custody weise praxisgemäss eine internationale Dimension auf.⁴³⁴ Grundsätzlich würden die Aufträge international ausgeschrieben, was durch spezialisierte Beratungsfirmen organisiert werde. Die Tatsache, dass J.P. Morgan die Aufträge für grosse öffentlich-rechtliche Schweizer Vorsorgewerke wie die Pensionskasse des Bundes (Publica) und die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) erhielt, belege dies.⁴³⁵

431. In Bezug auf die Märkte passives Asset Management, Schweizer Immobilienfonds und die Fondsleitung für Einanlegerfonds liegen keine Angaben der Parteien vor.

iv. Beurteilung

Asset Management für institutionelle Kunden

432. In der bisherigen Praxis wurde das Asset Management für institutionelle Kunden grundsätzlich international abgegrenzt. Beim Asset Management für Pensionskassen wurde in der Vergangenheit allerdings von einem nationalen Markt ausgegangen. Die Parteien gehen von internationalen Märkten aus.

433. Die befragten Kunden im Bereich Asset Management gaben mit einer Ausnahme an, die Dienstleistungen grundsätzlich weltweit zu beziehen. Sie erachten ausländische Anbieter für die meisten Anlagekategorien als eine gleichwertige oder teilweise gar bessere Alternative. Daher schreiben sie die Verwaltung in der Regel international aus. Ausnahmen können sich allerdings bei spezifischen Schweizer Anlageklassen ergeben. Eine befragte Kundin gibt hierzu an: «Es ist zwecklos, ein Mandat im Bereich CHF-Obligationen oder Schweizer Immobilienfonds international auszuschreiben. Da kommen nur in der Schweiz ansässige Finanzdienstleister in Frage.»⁴³⁶ Lokale Spezifikationen schränken die internationale Nachfrage teilweise weiter ein. So weist eine befragte Kundin darauf hin, dass die steuerlichen Aspekte eine grosse Rolle für die Effizienz im Produkte-Setup spielen würden, gerade bei Fonds und Anlagestiftungen

⁴²⁶ Vgl. RPW 2019/4, 1180 Rz 16 m. w. H., *Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group*.

⁴²⁷ Vgl. RPW 2005/4, 653 Rz 34, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*; RPW 2007/4, 578, Rz 140, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

⁴²⁸ Vgl. EU-KOMM, M.10499 vom 24.2.2022, Rz 48 und 50, *State Street/BBH (Investor Services Business)*.

⁴²⁹ Vgl. EU-KOMM, M.10499 vom 24.2.2022, Rz 41 ff., *State Street/BBH (Investor Services Business)*.

⁴³⁰ Vgl. EU-KOMM, M.10499 vom 24.2.2022, Rz 19 ff. und 54 ff., *State Street/BBH (Investor Services Business)*.

⁴³¹ Act. [...].

⁴³² Act. [...].

⁴³³ Act. [...].

⁴³⁴ Act. [...].

⁴³⁵ Act. [...].

⁴³⁶ Vgl. Act. [...].

für steuerbefreite Investoren.⁴³⁷ Als weitere Ausnahme von einer weltweiten Nachfrage wird Global Custody genannt.

434. Die Konkurrenten wurden nach der räumlichen Dimension des Wettbewerbs gefragt, d. h. wo der Wettbewerb stattfindet und wo ähnliche Bedingungen herrschen. Eine räumliche Dimension Schweiz oder kleiner gaben 24 Befragte an. Gemäss 24 anderen Unternehmen sei die räumliche Dimension hingegen europa- oder weltweit. 10 gaben an, die Dimension sei nach Segmenten zu differenzieren. Dabei wird der Wettbewerb grundsätzlich als weltweit gesehen. Aber bei einzelnen Dienstleistungen (z. B. Custody Services oder passive Vermögensverwaltung) finde der Wettbewerb wiederum national statt da die räumliche Nähe zum Kunden wichtig ist und/oder aufgrund von regulatorischen Bedingungen.

435. Die institutionellen Kunden als Marktgegenseite der Zusammenschlussparteien fragen die Dienstleistungen in internationalen Ausschreibungen nach. Das Asset Management für institutionelle Kunden ist damit grundsätzlich als internationaler Markt abzugrenzen. In Bezug auf Teilmärkte des Asset Managements, namentlich Schweiz-basierte Anlageklassen, ist hingegen von einem nationalen Markt auszugehen, da sich die Nachfrage der Kunden auf die Schweiz bezieht oder nur Anbieter in der Schweiz tätig sind.

Fonds und fondsähnliche Produkte

436. In der bisherigen Praxis wurde der Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte national abgegrenzt. Aus Sicht der Parteien ist für den Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte von der bisherigen Praxis nationaler Märkte abzuweichen. Kern des Arguments ist, dass die Fondsprodukte international bezogen würden. Teilweise wird dieses Argument in der Marktbefragung gestützt.⁴³⁸ Kundinnen weisen darauf hin, dass sie auch ausländischen Anbietern von Fonds bei Ausschreibungen den Zuschlag geben würden.⁴³⁹

437. Demgegenüber wies ein Wettbewerber darauf hin, dass der Markt für Fonds mit Schweizerischem Domicil eher klein ist und vor allem von institutionellen Kunden aus der Schweiz nachgefragt wird. Grund dafür seien Vorteile im Bereich der Stempelsteuer und Einschränkungen, die Fonds ausserhalb der Schweiz zu vertreiben.⁴⁴⁰ Eine Kundin wies weiter darauf hin, dass kollektive Anlagen nach Schweizer Recht nur in der Schweiz verfügbar seien.⁴⁴¹ Diese Einschätzungen decken sich mit einer von [einem führenden Beratungsunternehmen im Bereich Investment Consulting für institutionelle und private Anleger] zum Zusammenschluss erstellten Präsentation für die Kundengruppe der Pensionskassen:

Abbildung 4: Vergleich Steuervorteile von Schweizer Fonds mit ausländischen Fonds

An implementation with Swiss funds comes with a tax advantage, whereas foreign funds are less efficient from a tax point of view.

- Why do **Swiss pension funds prefer Swiss index funds** compared to foreign funds (e.g., Luxembourg SICAV structure or Exchange-Traded-Funds (ETFs))?

	Swiss funds	Foreign funds (FCP, SICAV)
General tax advantages	No Swiss stamp duty on subscriptions and redemptions	0.15% Swiss stamp duty on subscriptions
Specific tax advantages for Swiss pension funds	Specific funds that are exempt from foreign withholding taxes in certain countries (e.g., US) due to double taxation agreements	No funds available that take advantage of the preferential tax status of Swiss pension funds
Regulation	Subordination to Swiss law (Collective Investment Schemes Act (CISA)) and Swiss regulation (FINMA supervision)	Subordination to foreign law and foreign regulation (e.g., CSSF supervision)
ESG	Exclusions according to SVVK-ASIR are also applied in passive funds	Exclusions according to SVVK-ASIR are sometimes implicitly considered

14

(Quelle: [...]).⁴⁴²

⁴³⁷ Vgl. Act. [...].

⁴³⁸ Vgl. Act. [...].

⁴³⁹ Vgl. Act. [...] und Act. [...].

⁴⁴⁰ Vgl. Act. [...].

⁴⁴¹ Vgl. Act. [...], [...].

⁴⁴² Vgl. Act. [...].

438. Gesamthaft bestehen Hinweise, dass Kunden Fonds und fondsähnliche Produkte international nachfragen. Das spricht für einen internationalen Markt für Asset Management für institutionelle Kunden. Dennoch verbleiben Hinweise, dass der Anbieterkreis bei Fonds mit Schweizerischem Domizil aufgrund von Steuervorteilen auf Anbieter in der Schweiz beschränkt ist. Hinsichtlich der Fonds für Schweiz-basierte Anlageklassen dürfte sich der Anbieterkreis ebenfalls auf einen nationalen Markt einschränken. Es liegen damit Hinweise vor, dass die Kunden einen Teil der Produkte des sachlich relevanten Marktes international und einen anderen Teil davon national nachfragen. Mit einer *tel quel* internationalen Marktabgrenzung würde die Stellung der Zusammenschlussparteien hinsichtlich Produkte mit einer auf das Gebiet der Schweiz begrenzten Nachfrage daher unterschätzt. Das würde dem Ziel der vorliegenden Stellungnahme widersprechen, *Anhaltspunkte* für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung zu identifizieren. Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme ist es daher angebracht, weiterhin von der bisherigen räumlichen Marktabgrenzung auszugehen. Ob nicht doch ein räumlich umfassenderer Markt vorliegt, wäre im Rahmen einer vertieften Prüfung der Phase 2 zu klären. Nach dem Gesagten überwiegen die Argumente für einen nationalen Markt. Der Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte ist somit als mindestens schweizweit abzugrenzen.

Global Custody

439. Die räumliche Marktabgrenzung von Global Custody für institutionelle Kunden wurde bislang offengelassen.

440. Die Parteien sind mit Verweis auf die Praxis der Ansicht, es handle sich um einen internationalen Markt. Im von den Parteien eingereichten ökonomischen Gutachten wird vorgebracht, die Aufträge würden grundsätzlich international ausgeschrieben. Ein klarer Beleg für die internationale Ausdehnung sei, dass J.P. Morgan Aufträge für die Pensionskasse des Bundes (Publica) und der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) gewann.⁴⁴³

441. Mehrere Kunden gaben an, dass sie Global Custody in der Schweiz nachfragen bzw. Anbieter aus der Schweiz bevorzugen.⁴⁴⁴ Begründet wurde dies mit dem Bedarf einer lokalen Präsenz und der Nähe zum Anbieter, welche das Verständnis für spezifische Bedürfnisse und das Setup einer Schweizer Anlagestiftung hätten.⁴⁴⁵ Vermögenswerte bei ausländischen Custodians seien nicht oder nur eingeschränkt mit der Versicherungsregulierung vereinbar.⁴⁴⁶ Die Vergabe eines Custody Mandates an ausländische Dienstleister sei eher schwierig,⁴⁴⁷ weil unter anderem die Anforderungen aus operativen wie regulatorischen Gründen höher seien.⁴⁴⁸ Aufgrund der Kenntnisse der Steuergesetzgebung wird eine weltweite Ausschreibung von Custody-Dienstleistungen als wenig geeignet erachtet.⁴⁴⁹ Da die Sicherheit der verwahrten Vermögen oberste Priorität im Custody-Geschäft habe und kein Risiko ausländischer Sanktionen eingegangen werden solle, werde kein ausländischer Custodian gewählt.⁴⁵⁰ Eine grosse Pensionskasse wies aber darauf hin, dass es globale Anbieter wie J.P. Morgan oder State Street gäbe, wodurch es für grössere

Pensionskassen auch im Global Custody genügend Anbieter gäbe.⁴⁵¹

442. Gesamthaft zeigt die Befragung, dass die Marktgegenseite Global Custody in der Schweiz nachfragt bzw. Anbieter aus der Schweiz bevorzugt. Daher sind die Marktverhältnisse in der Schweiz vom Zusammenschluss betroffen. Es würde keinen Sinn ergeben, für die Marktanteilsberechnung die Nachfrage bzw. die Vermögen in Custody im Ausland miteinzubeziehen. Vielmehr ist auf die Nachfrage der institutionellen Kunden in der Schweiz abzustellen. Soweit diese, wie die grossen Pensionskassen der SBB oder des Bundes, Dienstleistungen bei Banken mit Sitz im Ausland nachfragen, werden diese bei den Marktanteilen in der Schweiz miteinbezogen. Der räumlich relevante Markt ist damit als schweizweit abzugrenzen.

Passives Asset Management

443. Aus der Marktbefragung liegen nur wenige Angaben zum räumlich relevanten Markt vor. Ein Marktteilnehmer gibt ohne Begründung an, dass der Wettbewerb im passiven Asset Management in einem internationalen Markt stattfindet.⁴⁵² Demgegenüber sagt eine Bank aus, dass bei der passiven Vermögensverwaltung ein nationaler Wettbewerb vorherrscht. Grund dafür seien regulatorische Anforderungen und die örtliche Nähe.⁴⁵³ Diese Begründung wird durch die Aussage einer Kundin bestätigt. Sie erachtet eine weltweite Ausschreibung von passiven Anlagen aufgrund fehlender Kenntnisse der Steuergesetzgebung als wenig geeignet.⁴⁵⁴ Eine grosse Pensionskasse macht zum Wettbewerb differenzierte Angaben. Sie weist darauf hin, dass für grosse Pensionskassen eine internationale Konkurrenz bei aktiven und passiven Anlagelösungen (globale Aktien und Obligationenprodukte) zur Verfügung stehe. Bei Schweizer Aktien und Obligationen benennt sie lediglich Schweizer Anbieter.⁴⁵⁵

444. In der Präsentation [von einem führenden Beratungsunternehmen im Bereich Investment Consulting für institutionelle und private Anleger] findet sich die Aussage, dass kleinere und mittlere Schweizer Pensionskassen vor allem Fonds nutzten, um eine Assetklasse passiv zu implementieren.⁴⁵⁶ Aufgrund steuerlicher Vorteile (vgl. Rz 437) kommen dabei für kleinere und mittlere Pensionskassen vor allem diejenigen Fonds in Frage, welche in der Schweiz domiziliert sind. Damit fragen diese Kunden passives Asset Management in der Schweiz nach.

⁴⁴³ Act. [...].

⁴⁴⁴ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]. Vgl. dazu auch die Angaben der Konkurrenten in Act. [...] und Act. [...], [...].

⁴⁴⁵ Vgl. Act. [...].

⁴⁴⁶ Vgl. Act. [...], [...].

⁴⁴⁷ Vgl. Act. [...].

⁴⁴⁸ Vgl. Act. [...].

⁴⁴⁹ Vgl. Act. [...].

⁴⁵⁰ Vgl. Act. [...].

⁴⁵¹ Vgl. Act. [...].

⁴⁵² Vgl. Act. [...].

⁴⁵³ Vgl. Act. [...].

⁴⁵⁴ Vgl. Act. [...].

⁴⁵⁵ Vgl. Act. [...].

⁴⁵⁶ Vgl. Act. [...].

445. Zusammenfassend zeichnet sich ein dem Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte vergleichbares Bild. Grundsätzlich kann passives Asset Management von in- und ausländischen Anbietern bezogen werden. Bei inländischen Anbietern werden die Vorteile eines angepassten Angebots gesehen und gewisse Kundengruppen ziehen einen steuerlichen Vorteil aus Produkten aus der Schweiz vor. Daher ist für das passive Asset Management von einem mindestens schweizweiten Markt auszugehen.

Anlageklasse Schweizer Immobilien

446. Gemäss den Angaben der Kunden aus der Marktbefragung⁴⁵⁷ wird die Assetklasse Schweizer Immobilien aufgrund der Vorteile einer lokalen Präsenz und der rechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich nur von Anbietern aus der Schweiz angeboten (vgl. Rz 419). Für die Assetklasse Schweizer Immobilien ist somit von einem schweizweiten Markt auszugehen.

Fondsleitung für Einanlegerfonds

447. Von den Parteien liegen keine Angaben zum räumlich relevanten Markt für die Fondsleitung für Einanlegerfonds vor.

448. Mehrere der befragten Kunden gaben an, dass sie für die Fondsleitung von Einanlegerfonds ausländische Anbieter nicht als Alternative sehen. Eine lokale Präsenz und die Nähe zum Anbieter seien sehr wichtige Kriterien, und für die Erbringung der Dienstleistung sei das Verständnis für spezifische Bedürfnisse und Setup einer Schweizer Anlagestiftung nötig.⁴⁵⁸ Namentlich spielten lokale steuerliche Aspekte eine grosse Rolle für ein effizientes Produkte-Setup für steuerbefreite institutionelle Investoren.⁴⁵⁹ Schliesslich fehle aktuell ein (eigenständiges) Angebot ausländischer Anbieter.⁴⁶⁰

449. Damit ist von einem schweizweiten Markt für die Fondsleitung von Einanlegerfonds auszugehen.

v. Zwischenergebnis

450. Nach dem Gesagten ist von folgenden sachlich und räumlich relevanten Märkten auszugehen:

- Einem nationalen und internationalen Markt für Asset Management für institutionelle Kunden;
- einem mindestens schweizweiten Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte;
- einem schweizweiten Markt für Global Custody;
- einem mindestens schweizweiten Markt für das passive Assetmanagement;
- einem schweizweiten Markt für die Anlageklasse Schweizer Immobilien; und
- einem schweizweiten Markt für die Fondsleitung von Einanlegerfonds.

C.6.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

451. Die UBS und die Credit Suisse verfügen über eine starke Stellung in der Schweiz. Bei sämtlichen in Rz 450 genannten Märkten mit Ausnahme eines internationalen Markts für Asset Management für institutionelle Kunden verfügen die Parteien gemeinsam über einen Marktanteil

von mehr als 20 %. Es handelt es sich damit um vom Zusammenschluss betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Nachfolgend wird daher die voraussichtliche Stellung in diesen Märkten geprüft.

C.6.2.1 Asset Management für institutionelle Kunden

452. Die institutionellen Kunden im Asset Management geben an, ihre Aufträge im Rahmen von Ausschreibungen zu vergeben. Sie pflegen Geschäftsbeziehungen mit mehreren Asset Managern, da sie aus Risikoüberlegungen und im Sinne einer gebietsweisen Besten-Auswahl diversifizieren. Die Anbieter im Asset Management stehen damit einer starken Marktgegenseite gegenüber.

453. Der aktuelle Wettbewerb geht von Anbietern im gleichen Markt aus. Im Bereich Asset Management für institutionelle Kunden sind dies eine Vielzahl von Anbietern. Die Parteien schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil im Asset Management in der Schweiz für das Jahr 2022 auf [20–30] %, in Bezug auf den Marktanteil in der Schweiz für Pensionskassen auf [30–40] %. In Europa (Schweiz, EWR und UK) schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil auf [0–10] %. Die Marktanteile von 2022 bilden nach Auffassung der Parteien die aktuelle Stärke nur ungenügend ab. Aufgrund von Kundengeldabflüssen und einem erwarteten Abschmelzverlust bei Institutionen, welche Kunden bei beiden Banken waren, sei von geringeren Marktanteilen auszugehen.⁴⁶¹

454. Ausgehend von diesen Marktanteilen ist eine starke gemeinsame Stellung der UBS und Credit Suisse zu erwarten. Es ist jedoch, basierend auf den vorhandenen Informationen, von genügendem Wettbewerbsdruck auszugehen.

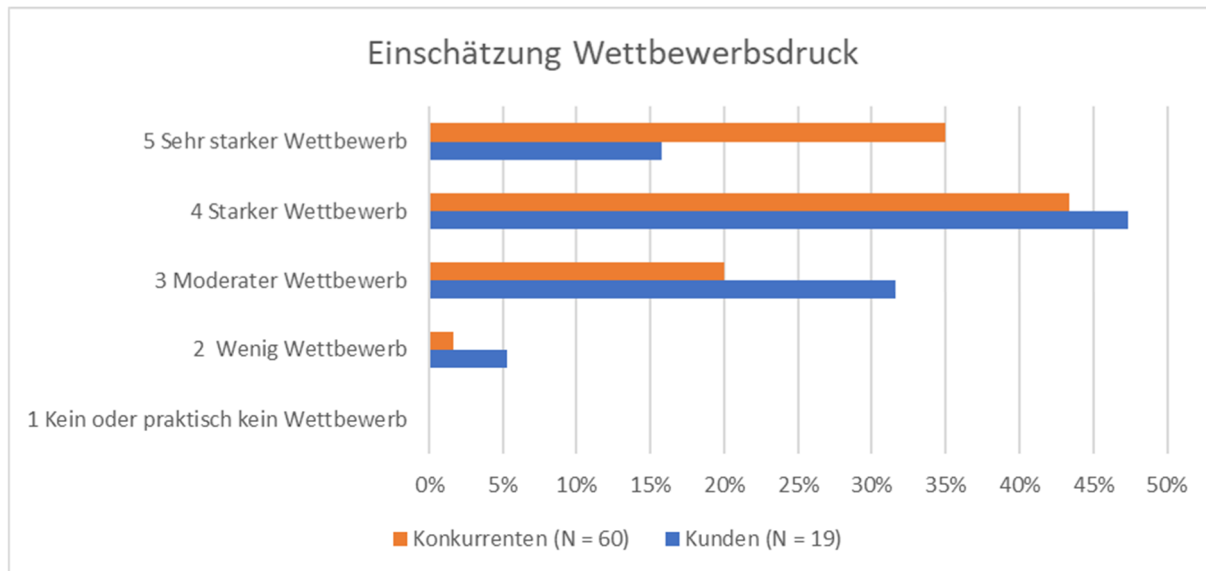
⁴⁵⁷ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁴⁵⁸ Vgl. Act. [...].

⁴⁵⁹ Vgl. Act. [...].

⁴⁶⁰ Vgl. Act. [...].

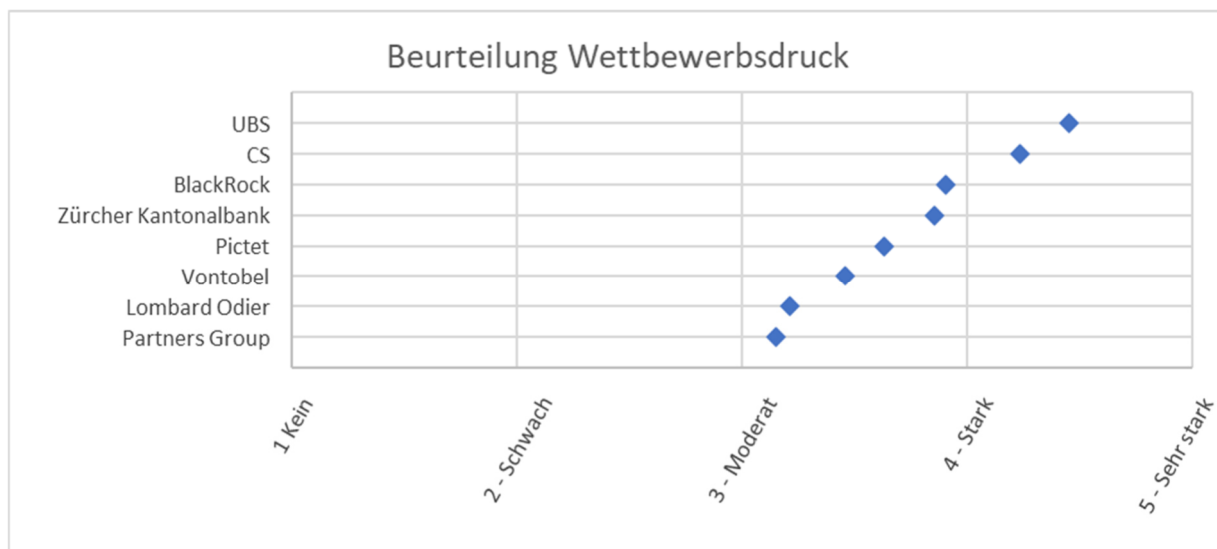
⁴⁶¹ Vgl. Act. [...].

Abbildung 5: Einschätzung des Wettbewerbsdrucks vor dem Zusammenschluss

(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

455. Das von den Marktanteilen gezeichnete Bild bestätigt sich in der Befragung der Marktteilnehmer. Kunden und Konkurrenten schätzen den Wettbewerbsdruck vor dem Zusammenschluss als stark ein (vgl. Abbildung 5). Dabei werden die UBS und Credit Suisse von den Konkurrenten als die stärksten Marktteilnehmer in der Schweiz wahrgenommen (Gefragt nach einer Beurteilung auf einer Skala von 1 bis 5 schätzen sie im Durchschnitt den Wettbewerbsdruck seitens UBS und Credit Suisse mit «stark» bis «sehr stark» ein.). Bei den sechs nächsten Konkurrenten (BlackRock, ZKB, Pictet, Vontobel, Lombard Odier und der Partners Group) erachten die Konkurrenten den Wettbewerbsdruck durchschnittlich als «moderat» bis «stark» (vgl. Abbildung 6).

lung auf einer Skala von 1 bis 5 schätzen sie im Durchschnitt den Wettbewerbsdruck seitens UBS und Credit Suisse mit «stark» bis «sehr stark» ein.). Bei den sechs nächsten Konkurrenten (BlackRock, ZKB, Pictet, Vontobel, Lombard Odier und der Partners Group) erachten die Konkurrenten den Wettbewerbsdruck durchschnittlich als «moderat» bis «stark» (vgl. Abbildung 6).

Abbildung 6: Einschätzung des Wettbewerbsdrucks der Marktteilnehmer

(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

456. Kunden und Konkurrenten wurden weiter gefragt, ob die fusionierten Unternehmen in bestimmten Bereichen, Märkten oder Segmenten aufgrund des Zusammenschlusses eine dominante Stellung erreichen oder der Zusammenschluss diese verstärken kann. Die grosse Mehrheit der Kunden bejahte dies (16 von 19). Genannt wurden vor allem Custody-Dienstleistungen (9), Immobilienfonds (8), die Fondsleitung (7) und das passi-

ve Asset Management (5). Bei den Konkurrenten geht die grosse Mehrheit davon aus, dass durch den Zusammenschluss eine dominante Stellung erreicht oder verstärkt wird (59 bejaht, 21 verneint, 1 differenziert). Im Bereich Asset Management benennen die Konkurrenten das Global Custody (5), die Fonds bzw. das Fondsleistungsgeschäft (5), sowie Schweizer Wertschriften und Immobilienfonds (3). Insgesamt weist dies auf eine star-

ke Stellung von UBS und Credit Suisse im Bereich Asset Management hin. Anhand der Begründungen ist jedoch davon auszugehen, dass die Marktteilnehmer zwar für bestimmte Teilmärkte des Asset Managements von einer dominanten Stellung ausgehen, aber nicht für das Asset Management für institutionelle Kunden insgesamt.

457. Die Marktteilnehmer wurden auch hinsichtlich der mittelfristigen Auswirkungen des Zusammenschlusses befragt, insbesondere auf Preise, Qualität, Auswahl und Innovation. Werden negative Auswirkungen erwartet, weist dies darauf hin, dass wirksamer Wettbewerb bisher vor allem zwischen der UBS und der Credit Suisse bestand und dieser aufgrund des Zusammenschlusses nun wegfällt. Werden positive oder neutrale Auswirkungen erwartet, weist dies auf einen vorhandenen Wettbewerbsdruck durch die übrigen Marktteilnehmer hin.

458. Mehrheitlich erwarten die Kunden mittelfristig negative Auswirkungen wie höhere Preise (10), weniger Auswahl (9), eine schlechtere Qualität (6) und eine verringerte Innovation (7). Eine Minderheit der Kunden geht davon aus, dass sich mittelfristig keine relevanten Auswirkungen ergeben werden (3). Teilweise werden auch tiefere Preise (4), eine bessere Qualität (2) und mehr Innovation (1) erwartet. Negative Auswirkungen werden damit begründet, dass der Wettbewerb, der zwischen UBS und Credit Suisse bislang ausgeprägt war, wegfällt⁴⁶² und dass es in einzelnen Bereichen deswegen (derzeit) an wählbaren Anbietern fehlt.⁴⁶³ Neutrale und positive Auswirkungen werden mit dennoch bestehendem Wettbewerb begründet.

459. Demgegenüber erwarten die Konkurrenten mehrheitlich, dass der Zusammenschluss grundsätzlich keine Auswirkungen im Bereich Asset Management für institutionelle Kunden hat (30) aufgrund weiterhin bestehenden Wettbewerbs. Eine grosse Minderheit (24) erwartet trotzdem negative Auswirkungen wie höhere Preise (15) oder eine geringere Auswahl (22). Begründet wird dies mit dem vor dem Zusammenschluss bestehenden, nahen Wettbewerbsverhältnis zwischen der UBS und Credit Suisse⁴⁶⁴ oder durch fehlende Konkurrenz oder der Abhängigkeit von den Leistungen der fusionierten Bank⁴⁶⁵.

460. In einer Gesamtbetrachtung bestehen Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb im Asset Management für institutionelle Kunden schwächt. Denn die UBS und Credit Suisse stellten vor dem Zusammenschluss die stärksten Marktteilnehmer dar und nehmen in der Schweiz eine bedeutende Stellung ein, so die Einschätzung der Mehrheit der Kunden und einer Minderheit der Konkurrenten. Trotzdem ist festzuhalten, dass weiterhin starke Konkurrenten bestehen, welche eine Alternative zur fusionierten Grossbank darstellen. Die Kunden verfügen ihrerseits über eine starke Stellung und können Wettbewerb zwischen den in- und ausländischen Anbietern schaffen. Aufgrund dieser Stellung der Marktgegenseite und dem weiterhin bestehenden aktuellen Wettbewerb bestehen (gestützt auf die vorliegenden Informationen) keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG im Bereich für Asset Management für institutionelle Kunden begründet oder verstärkt.

C.6.2.2 Fonds und fondsähnliche Produkte

461. Die Parteien machen geltend, dass der Wettbewerb bei Fonds und fondsähnlichen Produkten intensiv ist. Als Beleg verweisen sie auf die sinkenden Fondsgebühren. Gemäss einem Beitrag in der Neue Zürcher Zeitung NZZ zeigt eine Auswertung von Morningstar einen fallenden Trend bei den Gebühren. Beispielsweise sind die vermögensgewichteten Fondsgebühren von aktiv verwalteten Fonds mit Schweizer Domizil von 1,66 % im Jahr 2014 auf 1,04 % im Jahr 2020 gefallen. Bei passiv verwalteten Fonds mit Schweizer Domizil sanken die Gebühren im gleichen Zeitraum von 0,53 % auf 0,13 %.⁴⁶⁶

462. Das mag zwar durchaus zeigen, dass der Wettbewerb in der Vergangenheit intensiv war, weil die damals grössten Anbieter UBS und Credit Suisse sich untereinander im Wettbewerb befanden. Dieser fällt nun in Zukunft aber weg. In den Worten einer Konkurrentin ausgedrückt: «UBS und CS waren jene zwei Unternehmen mit jeweils dominanter Stellung, welche sich gegenseitig «in Schach gehalten» haben. Nun fällt einer dieser beiden Player weg und die UBS wird noch dominanter.»⁴⁶⁷ Für sich genommen spricht der aus der Gebührenentwicklung ersichtliche bisherige Wettbewerb noch nicht für einen genügenden zukünftigen Wettbewerb.

463. Nach Angabe der Parteien verfügten sie 2022 über einen gemeinsamen Marktanteil von 40 % im Bereich Fonds und fondsähnliche Produkte in der Schweiz (vgl. Tabelle 11).⁴⁶⁸ Die restlichen Marktanteile verteilen sich auf mehrere Anbieter. Nach dem Zusammenschluss wird Swisssanto als zweitgrösster Anbieter etwa vier Mal kleiner sein als die fusionierte Grossbank. Es bestehen jedoch mehrere verbleibende Anbieter. Die Marktkonzentration kann anhand des Herfindahl-Hirschman-Index⁴⁶⁹ (nachfolgend: HHI) eingeschätzt werden. Die Marktkonzentration im Jahr 2022 gemessen am HHI lag

⁴⁶² Vgl. Act. [...].

⁴⁶³ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]. Ein Kunde erachtet dies als lediglich temporäres Phänomen, vgl. Act. [...].

⁴⁶⁴ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁴⁶⁵ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...] und Act. [...].

⁴⁶⁶ Vgl. Act. [...] und NZZ vom 5.3.2021, Fondsgebühren in Europa im Sinkflug – und in der Schweiz? <www.nzz.ch/finanzen/fonds/fondsgebuehren-in-europa-im-sinkflug-und-in-der-schweiz-ld.1603151> (18.9.2023).

⁴⁶⁷ Vgl. Act. [...].

⁴⁶⁸ Vgl. Act. [...].

⁴⁶⁹ Der HHI ist ein Konzentrationsmass, welches aus der Summe der quadrierten Marktanteile der in einem Markt tätigen Unternehmen berechnet wird. Je höher der HHI ist, desto stärker ist der Markt konzentriert. Bei einem Monopol (100 % Marktanteil) eines einzelnen Unternehmens beträgt der HHI 10 000.

bei 1065 Indexpunkten. Mit einer fusionierten Grossbank liegt der Indexwert bei knapp 1800, was auf einen moderat konzentrierten Markt hindeutet.⁴⁷⁰ Die Veränderung des HHI ist mit 735 Punkten als sehr hoch zu werten. Der Marktanteil, die Veränderung des HHI und das Niveau des HHI weisen demnach auf Anhaltspunkte einer

Begründung einer marktbeherrschenden Stellung in einem nationalen Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte hin. Soweit es sich um internationale Märkte handelt, ist jedoch von einem unkritischen Zusammenschluss auszugehen.

Tabelle 11: Marktanteile Fonds und fondsähnliche Produkte in der Schweiz gemäss Angaben der Parteien

Schweiz	2022		2021		2020	
	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil	CHF Mrd.	Anteil
UBS	341	25,7 %	352	26,6 %	343	25,9 %
Credit Suisse	189	14,3 %	208	15,7 %	211	15,9 %
Zusammen	530	40,0 %	560	42,3 %	554	41,8 %
Swisscanto	126	9,5 %	115	8,7 %	115	8,7 %
BlackRock	98	7,4 %	95	7,2 %	86	6,5 %
Pictet	73	5,5 %	63	4,8 %	67	5,1 %
Übrige	499	37,7 %	492	37,1 %	502	37,9 %
Total	1325	100,0 %	1325	100,0 %	1324	100,0 %

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

464. Die Zusammenschlussparteien führen dazu an, dass der gemeinsame Marktanteil von UBS und Credit Suisse im Bereich von Fonds und fondsähnlichen Produkten sinken wird, da bei Kunden wie Pensionskassen Konzentrationsgrenzen bestehen die eine Anlage in Fonds nur eines Anbieters begrenzen. Entsprechend gehen die Parteien von einem Abschmelzverlust von [20–30] % aus. Diese Einschätzung eines sinkenden Marktanteils wird von einem Konkurrenten⁴⁷¹ und der Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen (KGAST)⁴⁷² geteilt. Somit ist damit zu rechnen, dass aufgrund interner oder gesetzlicher Diversifikationsbestimmungen der aktuelle hohe Marktanteil der neuen UBS in Zukunft tatsächlich sinken wird.

465. Ein fallender Marktanteil rein aufgrund von Konzentrationsgrenzen bei Kunden ist aber nicht einem Wettbewerbsdruck gleichzusetzen, welcher gegen eine marktbeherrschende Stellung der neuen UBS spricht. Denn wird die Konzentrationsgrenze eines Kunden überschritten, dürften auch bessere Konditionen der UBS nicht verhindern, dass die Mittel zu einer Konkurrentin abfliessen. Im Ergebnis wird der Handlungsspielraum der neuen UBS auf dem Markt nicht eingeschränkt und sie könnte sich trotzdem unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten.

466. Gegen die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung spricht hingegen die Stellung der Marktgegensseite. Diese besteht aus institutionellen Anlegern, welche durch Ausschreibungen und Geschäftsbeziehungen mit mehreren Anbietern ein Gegengewicht schaffen können.

⁴⁷⁰ Die EU-Kommission (EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004, S. 5 ff.) erachtet einen HHI von unter 1000 als grundsätzlich unbedenklich; ein HHI bis 2000 wird als unbedenklich angesehen, wenn die Änderung des HHI durch das Zusammenschlussvorhaben weniger als 250 Punkte beträgt; ein HHI von über 2000 wird als unbedenklich angesehen, wenn die Änderung des HHI durch das Zusammenschlussvorhaben weniger als 150 Punkte beträgt. Das US DoJ und die Federal Trade Commission (U. S. Department of Justice/Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, Washington 2010, Kapitel 5.3) sprechen von unkonzentrierten Märkten bei einem HHI unter 1500, von moderat konzentrierten Märkten bei einem HHI zwischen 1500 und 2500 und von hochkonzentrierten Märkten bei einem HHI über 2500. Die 2023 Draft Merger Guidelines des US Department of Justice und der Federal Trade Commission vom 19.7.2023 sprechen auf S. 6 f. bereits bei Märkten ab einem HHI von 1800 von einem hochkonzentrierten Markt.

⁴⁷¹ Vgl. Act. [...]: «Although the merged entity has a very high market share regarding Swiss-domiciled funds (especially Index Mutual Funds), we believe there are still enough alternatives available for investors. Also, given that many institutional investors have concentration limits to the respective asset managers this will automatically in some cases lead to a diversification away from the merged entity.»

⁴⁷² Vgl. Act. [...]: «[D]er Zusammenschluss der Banken führt allenfalls zu einem Zusammenschluss der Anlagestiftungen (UBS/CS-Anlagestiftungen). Dadurch werden gewisse kollektive Anlagen zusammengeführt, das Angebot für die Investoren bei Anlagestiftungen wird kleiner. Kommt dazu, dass die zusammengelegten oder neu von einem Institut gemanagten Vermögen für gewisse Investoren wohl zu «Breaches» der gesetzlichen/internen Diversifikationsbestimmungen führen. Die betroffenen Investoren werden sich überlegen, ihre Vermögen bei Konkurrenten anzulegen.»

467. Gesamthaft gesehen schliessen sich die beiden grössten Anbieter von Fonds und fondsähnlichen Produkten zusammen. Sie erreichen mit 40 % einen hohen gemeinsamen Marktanteil. Das spricht dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen wird. Aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage bleibt es ungewiss, ob die Stellung der Marktgegenseite ausreichend ist, um zu verhindern, dass sich die neue UBS in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Dies wäre im Rahmen einer Phase 2-Prüfung vertiefter zu analysieren. Somit ist von Anhaltspunkten für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen, aber der wirksame Wettbewerb scheint prima facie nicht beseitigt.

C.6.2.3 Global Custody

468. Für das Global Custody sind den Parteien keine Marktanteile bekannt. Sie gehen von einem gemeinsamen europäischen Marktanteil von weniger als [0–10] % aus.⁴⁷³ Da es sich um einen schweizweiten Markt handelt, ist der aktuelle Wettbewerb in der Schweiz massgebend und nicht, welche Alternativen ausländischen Nachfragern im Ausland zur Verfügung stehen. Die angegebenen [0–10] % unterschätzen damit den zugrunde zu legenden Marktanteil wesentlich.

469. Die befragten Konkurrenten gaben an, dass das Global Custody nur von wenigen Marktteilnehmern angeboten wird. Eine Bank führt dazu aus: «Für klassische Custody-Dienstleistungen (Global Custody Services) braucht es eine entsprechende Infrastruktur und entsprechende Volumen, um diese Plattformen zu betreiben. Aus diesem Grund wird es im grossen Stil nur von wenigen Anbietern in der Schweiz professionell angeboten (primär UBS, CS und teilweise ZKB oder Pictet).»⁴⁷⁴ Der aktuelle Wettbewerb kommt somit nur von wenigen Anbietern. Dabei wird nach Aussage mehrerer Konkurrenten der Wettbewerb durch den Zusammenschluss stark eingeschränkt.⁴⁷⁵

470. Für die Bestimmung der Marktanteile wird vorliegend auf eine Präsentation [eines führenden Beratungsunternehmens im Bereich Investment Consulting für institutionelle und private Anleger] abgestützt (vgl. Abbildung 7). Sie gehen basierend auf ihrer Marktübersicht davon aus, dass grob die Hälfte der Assets von Schweizer Pensionskassen bei der Credit Suisse und UBS in Custody sind. Damit ist von einem Marktanteil von 50 %, also einem gewichtigen Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, auszugehen.

Abbildung 7: Assets in Custody

Credit Suisse and UBS together hold roughly half of Swiss pension assets in custody

Assets under Custody for Swiss Pension Funds in % of Total Assets of Swiss Pension Funds



Source: Estimate based on [redacted]

12

(Quelle: [...]).

471. Für die Prüfung, ob bei einem Marktanteil von 50 % noch genügend Aussenwettbewerb besteht, kann auf die Angaben der Kunden abgestützt werden. Von den befragten Kunden im Bereich des institutionellen Asset Management benannten 12 von 19 Global Custody als Bereich, in welchem keine genügenden Alternativen zu den fusionierten Grossbanken bestehen. In der Begründung wurde benannt, dass nur noch ausländische Full-Service-Provider als Konkurrenz bestehen würden.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Act. [...].

⁴⁷⁴ Vgl. Act. [...]. Vgl. auch Act. [...] und Act. [...], [...].

⁴⁷⁵ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...].

⁴⁷⁶ Act. [...] und Act. [...].

Eine grosse Pensionskasse bemerkte zum Global Custody: «Hier wird es in Zukunft nur einen grossen lokalen Player (UBS/CS) geben. Die Konkurrenz durch globale Anbieter (z. B. JPM, State Street) ist da und für grosse PKs sollte es auch in Zukunft genügend Wettbewerber geben. Es ist aber zu befürchten, dass die Preise aufgrund des fehlenden Konkurrenzdruckes zwischen UBS und CS steigen werden.»⁴⁷⁷ Die Erwartung von steigenden Preisen im Bereich Global Custody wird auch von anderen Marktteilnehmern geteilt.⁴⁷⁸

472. Die hohe Anzahl Kunden, welche Global Custody als einen Bereich benannten, für welchen keine genügenden Alternativen bestehen, ist ein gewichtiges Indiz für das Fehlen eines disziplinierenden Aussenwettbewerbs. Ebenso zeigt die Erwartung von steigenden Preisen im Bereich Global Custody, dass der nun weggefallene Wettbewerb zwischen der UBS und der Credit Suisse die beiden Banken bis anhin disziplinierte. Auch durch diesen Umstand reduziert sich der Aussenwettbewerb. Die anderen bestehenden Anbieter können nicht genügend Wettbewerbsdruck auf die fusionierte Grossbank ausüben.

473. Aufgrund des hohen Marktanteils von 50 %, der aus Nachfragesicht eingeschränkten Alternativen und der erwarteten Gefahr eines Preisanstiegs bestehen Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung im Markt für Global Custody in der Schweiz.

474. Trotz der Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung lässt sich aber festhalten, dass mit der ZKB und Pictet weiterhin Anbieter und Alternativen aus der Schweiz bestehen sowie J.P. Morgan und State Street als weitere (potentiell starke) Wettbewerberinnen genannt werden. Es ist anzunehmen, dass diese Wettbewerberinnen zumindest einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die neue UBS werden ausüben können. Die nach Aktenlage zu erwartende Konzentration ist mit einem Marktanteil von 50 % auch nicht als «extrem hoch» im Sinne der Anforderungen für eine qualifizierten Marktbeherrschung in der Zusammenschlusskontrolle⁴⁷⁹ zu werten. Es bestehen damit zwar Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet, aber der wirksame Wettbewerb dürfte – basierend auf den der WEKO vorliegenden Informationen – nicht beseitigt sein.

C.6.2.4 Passives Asset Management

475. Das passive Asset Management ist ein Volumengeschäft.⁴⁸⁰ Die Anbieter erzielen tiefe Margen auf dem verwalteten Vermögen. Daher müssen sie im Wettbewerb niedrige Durchschnittskosten aufweisen, welche durch operationelle Effizienz und die Skalierung auf ein hohes Volumen erreicht werden. Dies zeigt sich darin, dass nur die grössten Anbieter im Asset Management (Assets unter Management von mehr als CHF 50 Mrd.) ein substanzielles Volumen in passiven Produkten verwalten.⁴⁸¹ Insgesamt ist der Markt daher auf wenige Anbieter konzentriert.

476. Zur Einschätzung der Marktanteile kann die Asset Management Study 2022 herangezogen werden. Diese gibt ein Ranking der Top 5 Asset Manager gemessen an den in der Schweiz passiv gemanagten Assets wieder

(vgl. Abbildung 8). Für deren Interpretation sind zwei Einschränkungen zu beachten: Erstens ist es eine produktionsseitige Betrachtung. Es wird nur die «Produktion» in der Schweiz erfasst, d. h. die Investitionsentscheidungen müssen in der Schweiz getroffen werden. Im Ausland produzierte, aber in der Schweiz angebotene passive Lösungen sind nicht erfasst. Zweitens stammen die Daten von einer Umfrage mit freiwilliger Bereitstellung der Daten. Die Unternehmen müssen zudem der Veröffentlichung ihrer Namen im Ranking zugestimmt haben.⁴⁸² Es ist somit möglich, dass Angaben fehlen oder nicht ganz korrekt sind.⁴⁸³ Da dem Ranking eine werbende Wirkung bei der Kundschaft zukommt, ist jedoch grundsätzlich anzunehmen, dass das Ranking weitgehend vollständig ist.

⁴⁷⁷ Act. [...].

⁴⁷⁸ Act. [...]; Act. [...] und Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Vgl. auch Act. [...], welche dies als temporäres Phänomen betrachtet.

⁴⁷⁹ Vgl. Rz 202.

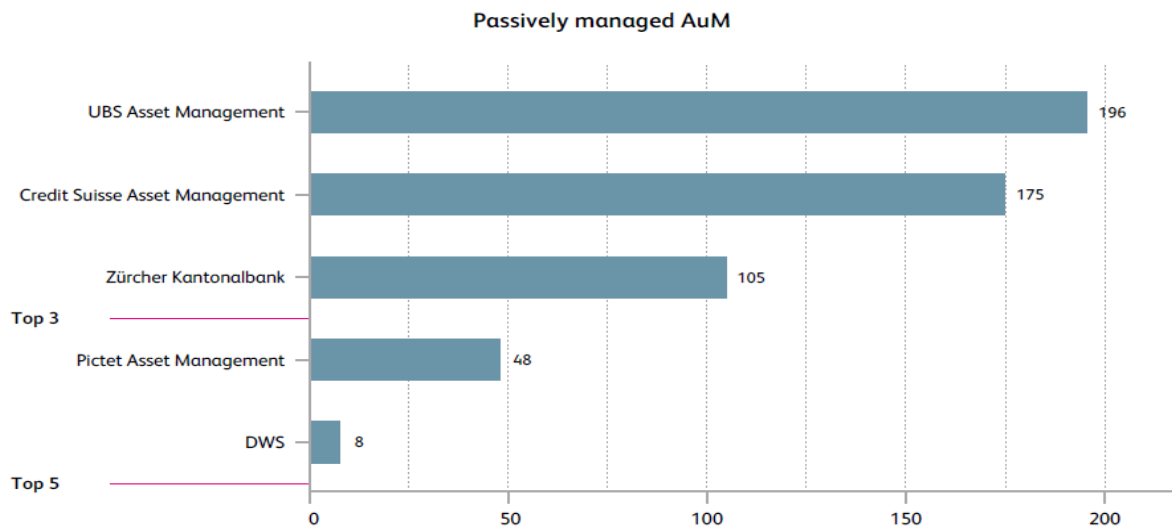
⁴⁸⁰ Vgl. z. B. Act. [...].

⁴⁸¹ Vgl. JÜRIG FAUSCH/MORENO FRIGG/TATIANA AGNESENS, Asset Management Study 2022, S. 28, «www.hslu.ch/en/lucerne-university-of-applied-sciences-and-arts/about-us/media/medienmitteilungen/2022/08/23/asset-management-studie-2022/» (18.9.2023); Act. VII.32, Act. VII.81, Act. [...], Frage 39.

⁴⁸² Asset Management Study 2022 (Fn 481), S. 38.

⁴⁸³ Z. B. fehlt die Credit Suisse in der Asset Management Study 2023 im Ranking. Aufgrund der Umstände des vorliegenden Zusammenschlusses erscheint es möglich, dass diese Sondersituation spezifisch für das Jahr 2023 zu einem Verzicht auf Angaben führte. Solche Umstände sind für das Jahr 2022 und andere Anbieter nicht ersichtlich.

Abbildung 8: Passiv verwaltete Assets under Management in der Schweiz 2022



(Quelle: Asset Management Study 2022 [Fn 481]).

477. Gesamthaft verwalteten die Top 5 der Asset Manager im Jahr 2022 Assets in der Höhe von CHF 532 Mrd. passiv. Da insgesamt nur wenige Anbieter im passiven Management bestehen, welche jeweils weniger Vermögen als die fünfplatzierte DWS verwalten, dürfte das Gesamtmarktvolumen nicht viel höher sein. Eine Einschätzung der Marktanteile basierend auf dem Anteil an verwalteten Volumen der Top 5 Rangierten ist daher eine präzise, wenn auch geringfügig überhöhte Einschätzung der Marktanteile.

478. Für die UBS ist mit CHF 196 Mrd. verwaltetes Vermögen von einem Marktanteil von 37 % auszugehen.

Die Credit Suisse verfügt über einen Marktanteil von 33 %. Die fusionierte UBS wird daher über einen sehr hohen Marktanteil von etwas weniger als 70 % verfügen.

479. Hinsichtlich der einzelnen Assetklassen bestehen weitere Hinweise, dass je nach Assetklasse die Zahl der Wettbewerber gering ist. Eine Übersicht von [einem führenden Beratungsunternehmen im Bereich Investment Consulting für institutionelle und private Anleger] zeigt, dass bei mehreren passiven in der Schweiz domizilierten Fonds lediglich ein oder zwei weitere Asset Manager über ein Angebot verfügen (vgl. Abbildung 9).

Abbildung 9: Alternativen zur neuen UBS in Schweizer Fonds

In many asset classes, there are few alternatives to the «new» UBS to passively implement an asset class with a Swiss fund

Asset Class	Index	CS	UBS	# of CH funds of other asset managers
CHF Bonds	SBI Total AAA - BBB	Yes	Yes	4
CHF Government Bonds	SBI Domestic Swiss Government	No	Yes	1
CHF Corporate Bonds	SBI Corporate	Yes	Yes	2
Global Bonds (hedged in CHF)	Bloomberg Global Aggregate (hedged in CHF)	Yes	Yes	1
Global Government Bonds (hedged in CHF)	FTSE WGBI ex CHF (hedged in CHF)	Yes	Yes	2
Global Corporate Bonds (hedged in CHF)	Bloomberg Global Aggregate Corporates (hedged in CHF)	Yes	Yes	1
Emerging Markets Bonds (HC, hedged in CHF)	JPM EMBI Global Diversified (hedged in CHF)	Yes	Yes	2
Swiss Equities	SPI Index	Yes	Yes	6
Swiss Equities Large Cap	SPI 20 Index	Yes	Yes	2
Swiss Equities Small Cap	SPI Extra Index	Yes	Yes	2
Global Equities ex. CH	MSCI World ex CH	Yes	Yes	5
Global Equities Small Cap ex. CH	MSCI World Small Cap ex CH	Yes	Yes	4
Emerging Market Equities	MSCI Emerging Markets	Yes	Yes	5
Swiss Real Estate	SXI Real Estate Funds	Yes	Yes	3
Global Real Estate (hedged in CHF)	FTSE / EPRA NAREIT DM Global (hedged in CHF)	Yes	Yes	1

Source: [redacted]

(Quelle: [...]).

480. Durch den Zusammenschluss vereinen sich die beiden grössten Anbieter im passiven Asset Management, was ein gewichtiges Indiz darstellt, dass der wirksame Wettbewerb sich stark reduzieren wird. Daher wird geprüft, ob es Anzeichen gibt, dass der Wettbewerbsdruck der verbleibenden Anbieter genügt, um eine marktbeherrschende Stellung, welche den Wettbewerb beseitigt, zu verhindern.

481. Hinsichtlich des verbleibenden Wettbewerbs im passiven Asset Management äussern sich die Marktteilnehmer unterschiedlich. Nach Ansicht von 3 Konkurrenten verbleibt nach dem Zusammenschluss ein moderater bis starker Wettbewerb.⁴⁸⁴ 2 grosse Pensionskassen sehen im Bereich des passiven Asset Management genügend Wettbewerbsdruck von in- und ausländischen Anbietern. Eine der beiden schränkt ihre Einschätzung in Bezug auf kleinere Pensionskassen ein, für welche sie aufgrund des wegfallenden Wettbewerbs steigende Preise erwartet.⁴⁸⁵ 6 Konkurrenten benennen das passive Asset Management als einen Bereich, in welchem nicht ausreichende Alternativen auf dem Markt bestehen.⁴⁸⁶ Aus Sicht von 5 Pensionskassen werden die UBS und Credit Suisse im passiven Asset Management eine dominante Stellung einnehmen.⁴⁸⁷

482. In der Marktbefragung finden sich somit mehr Stimmen, welche von ungenügenden Alternativen ausgehen. Aus der Begründung ist ersichtlich, dass für grosse Pensionskassen auch ausländische Anbieter eine Alternative darstellen können. Bei den kleineren und mittleren Pensionskassen beschränkt sich der Wettbewerb jedoch auf in der Schweiz domizilierte Anbieter (vgl. auch Rz 437 f.). Sie verfügen zudem über weniger Verhandlungsmacht, weswegen zumindest von einer Marktteilnehmerin explizit erwartet wird, dass sie sich einem Preisdruck nicht werde entziehen können. Es fehlt damit an Anzeichen, dass der Wettbewerbsdruck der verbleibenden Anbieter genügt, um die fusionierten Grossbanken zu disziplinieren.

483. Aufgrund der sehr hohen Marktanteile der fusionierten Grossbank und den eingeschränkten Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite bestehen somit Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im schweizweiten Markt für passives Asset Management für institutionelle Kunden begründet.

484. Im passiven Asset Management wird der Marktanteil der fusionierten Grossbank bei geschätzten 70 % liegen.⁴⁸⁸ Für sich genommen besteht damit eine extrem hohe Konzentration, aufgrund welcher eine Beseitigung des Wettbewerbs in Betracht gezogen werden muss. Dieser hohe Marktanteil wird jedoch dadurch relativiert, dass das passive Asset Management als grundsätzlich sehr kompetitiv gilt und aufgrund geringer Margen erst profitabel wird, wenn hohe Volumen erzielt werden. Mit der ZKB und Pictet bestehen zudem bereits Wettbewerberinnen, die als Alternativen in der Schweiz gelten können. Auch international gibt es sehr starke Anbieter, von welchen zumindest BlackRock mit einem Angebot in der Schweiz bereits präsent ist. Die institutionellen Kunden schreiben ihre Aufträge grundsätzlich international aus. Dies sind zusammengefasst gute Bedingungen für in- und ausländische Konkurrenten, um ihr Angebot aus-

zubauen oder mit neuen Angeboten in den Markt einzutreten. Vor diesem Hintergrund ist prima facie davon auszugehen, dass der Zusammenschluss zumindest keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet, die auch den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte.

C.6.2.5 Anlageklasse Schweizer Immobilien

485. Bei der Assetklasse Schweizer Immobilien ist der räumliche Markt auf die Schweiz beschränkt (vgl. Rz 446). Mehrere Marktteilnehmer weisen darauf hin, dass der gemeinsame Marktanteil von UBS und Credit Suisse bei Immobilienfonds über 50 % liegt.⁴⁸⁹ Nach einer Präsentation von [einem führenden Beratungsunternehmen im Bereich Investment Consulting für institutionelle und private Anleger] verfügten die Grossbanken per 31. März 2023 über einen gemeinsamen Marktanteil von 51,3 % bei den gelisteten Immobilienfonds.⁴⁹⁰ (vgl. Abbildung 10) Ein Marktanteil von 50 % stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung dar.⁴⁹¹

⁴⁸⁴ Vgl. Act. [...], Act. [...]; Act. [...].

⁴⁸⁵ Vgl. Act. [...]; Act. [...].

⁴⁸⁶ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...].

⁴⁸⁷ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁴⁸⁸ Vgl. Rz 478.

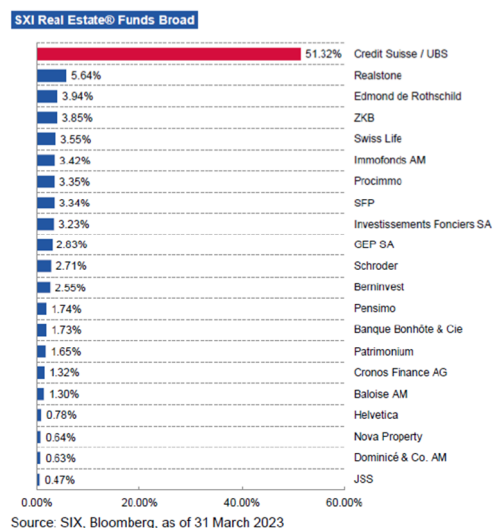
⁴⁸⁹ Vgl. Act. [...]; Act. [...] und Act. [...].

⁴⁹⁰ Vgl. Act. [...].

⁴⁹¹ Vgl. BGE 130 II 449 E. 5.7.2; BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.3.2, *Publigroupe*; BGE, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.2, *Hallenstadion*; BGE, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 9.1, *Supermédia*.

Abbildung 10: Volumenanteil der neuen UBS an Schweizer Immobilienfonds

UBS and Credit Suisse together manage more than half the volume of listed Swiss real estate funds



- Cumulative share in the index:
 - Credit Suisse: 20.6%
 - UBS: 30.7%
 - Credit Suisse / UBS: 51.3%
- Additionally, Credit Suisse is preparing to list another fund on the stock exchange:
 - Credit Suisse 1a Immo PK
 - Market capitalisation: CHF 3.7 billion
 - Expected weight in the index: 6%

17

(Quelle: [...]).

486. Vor dem Zusammenschluss verfügte die Credit Suisse über einen Marktanteil von 20,6 % und die UBS über einen Marktanteil von 30,7 %. Gemeinsam verfügten sie über die fünf grössten einzelnen Fonds des SXI Swiss Real Estate Funds Index.⁴⁹² Die beiden Grossbanken waren im Bereich der Immobilienfonds mit Abstand die Nummer 1 und Nummer 2. Dies stellt ein gewichtiges Indiz dar, dass der wirksame Wettbewerb vor allem zwischen den beiden Grossbanken spielte, der durch den Zusammenschluss nun wegfällt.

487. Die Stellung der Marktgegenseite ist wie im Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte eigentlich als stark einzuschätzen (vgl. Rz 466). Im Gegensatz zu anderen Fonds oder fondsähnlichen Produkten bestehen jedoch Hinweise, dass es nur beschränkt alternative Anbieter gibt. Die Marktteilnehmer wurden gefragt, ob es bestimmte Produkte oder Dienstleistungen gibt, welche das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss anbietet, ohne dass ausreichende alternative Angebote auf demselben Markt verfügbar sind. Von den 19 Antworten benannten 8 Schweizer Immobilienfonds als ein solches Produkt. Bei den befragten Konkurrenten erwähnten 7 von 66 die Schweizer Immobilienfonds als ein Produkt, bei welchem ungenügende Alternativen zur fusionierten Grossbank bestehen. In Ermangelung an Alternativen ist die Stellung der Marktgegenseite somit nicht ausreichend stark, um eine marktbeherrschende Stellung der fusionierten Grossbank zu verhindern.

488. Aufgrund des hohen Marktanteils von 50 %, der starken Marktanteilsaddition und der Aussagen von Marktteilnehmern zu fehlenden Alternativen für Schweizer Immobilienfonds ergeben sich damit Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss in der Anlageklasse Schweizer Immobilie eine marktbeherrschende Stellung der UBS begründet. Allerdings gibt es künftig neben der

UBS weiterhin eine Anzahl an Schweizer Immobilienfonds von verschiedenen Anbietern. Und gewisse Kunden werden auch hier aufgrund bestehender Konzentrationsgrenzen bestrebt sein, auf bestehende alternative Anbieter auszuweichen oder neue zu finden. Auch in diesem Markt herrschen Bedingungen, die bestehende Anbieter ihr Angebot ausbauen und neue Anbieter in den Markt eintreten lassen. Trotz der Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, wird der wirksame Wettbewerb prima facie nicht beseitigt.

C.6.2.6 Fondsleitung für Einarbeiterfonds

489. Hinsichtlich der Fondsleitung für Einarbeiterfonds liegen von den Parteien keine Angaben zu den Marktanteilen vor. Daher ist der aktuelle Wettbewerb anhand der Aussagen in der Marktbefragung zu ermitteln. Hierzu stehen zwei ausführlichere Aussagen von Pensionskassen im Vordergrund.

490. Eine grosse Pensionskasse gab auf die Frage, welche Auswirkung sie auf ihr Unternehmen durch den vollzogenen Zusammenschluss erwartet, an: «Fondsleitung für CH-Einarbeiterfonds (kein eigentliches AM Geschäft). Hier wird die UBS/Credit Suisse eine dominante Position einnehmen. Es wäre sinnvoll, wenn die heutige Fondsleitung der Credit Suisse ausgelagert würde (z. B. Verkauf an globalen Anbieter). Nur so kann ein genügender Wettbewerb entstehen. Sicher 2/3 (nicht gemessen) aller Einarbeiterfonds werden heute wohl durch die UBS/CS administriert.»⁴⁹³

⁴⁹² Vgl. Act. [...].

⁴⁹³ Vgl. Act. [...].

491. Diese Pensionskasse schätzt damit den Marktanteil der zusammengeschlossenen UBS und Credit Suisse bei Einanlegerfonds grob auf mindestens 66 % ein. Dies führt aus ihrer Sicht dazu, dass aufgrund des Zusammenschlusses zu wenig Wettbewerber verbleiben.

492. Eine andere Pensionskasse führte zur gleichen Frage nach den Auswirkungen auf ihr Unternehmen durch den vollzogenen Zusammenschluss aus: «Bei der Fondsleitung würde die UBS bei einer Integration der CS Funds AG eine Vormachtstellung erhalten, da die restlichen Fondsleitungen in der Schweiz mehrheitlich nicht über das Know-how (z. B. Anlageklasse Loans oder Immobilien Ausland), die Kapazität, notwendige Systeme, etc. verfügen. Diesen Wettbewerbsvorteil spielt die UBS Asset Management (wo aktuell deren Fondsleitung angeordnet ist) bereits aus, was für Drittanbieter von Depotbankdienstleistungen ohne eigene Fondsleitung eine konkurrenzfähige Offertstellung verunmöglicht. Obige Aussagen basieren unter anderem auf unseren gemachten Erfahrungen im Rahmen der diesjährigen Ausschreibung der Global Custody und Einanlegerfonds Ausschreibung, welche zusammen mit [einem führenden Beratungsunternehmen im Bereich Investment Consulting für institutionelle und private Anleger] durchgeführt wurde.» Bei der Frage nach weiteren Bemerkungen ergänzte sie: «Wir möchten zudem nochmals einen potentiellen Wegfall der CS Funds AG (Fondsleitung) hervorheben. Aktuell gäbe es unserer Meinung nach keinen adäquaten Konkurrenten zur UBS Fundmanagement AG (Fondsleitung) und [...] entsteht hier ein gewisse Monopolstellung.»⁴⁹⁴

493. Diese Pensionskasse berichtet von ihren Erfahrungen bei einer aktuellen Ausschreibung dieser Dienstleistungen, bei welcher sie sich durch eine spezialisierte Beratungsfirma begleiten liess. Es scheint sich nicht nur zu zeigen, dass die weiteren Anbieter nicht über das Know-how, die Kapazität oder die Infrastruktur verfügen, mithin keine adäquaten Alternativen darstellen, [...].

494. Diese Angaben werden durch die Antworten weiterer Marktteilnehmer gestützt.⁴⁹⁵ Sie sehen in Bezug auf die Fondsleitung keine ausreichenden alternativen Angebote auf dem Markt. Der Schweizerische Versicherungsverband SVV fasst die Rückmeldungen seiner Mitglieder dabei wie folgt zusammen: «Neben der UBS und der CS gibt es keinen Anbieter von Fondsleistungs-Dienstleistungen mit vergleichbarem Preis-Leistungsverhältnis und nach der Fusion dürfte die UBS aufgrund ihres hohen Marktanteils und der wenigen und wenig konkurrenzfähigen Mitbewerbern eine starke Preissetzungs-Macht besitzen.»⁴⁹⁶ Immerhin wird Swisscanto als weitere Wettbewerberin für die Fondsleitung benannt.⁴⁹⁷

495. Basierend auf den Angaben der Marktteilnehmer ist von einem hohen Marktanteil der fusionierten Grossbank auszugehen. Der verbleibende Wettbewerbsdruck reicht nicht aus, um die fusionierte Grossbank zu disziplinieren. Damit bestehen Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der UBS und Credit Suisse im Markt für die Fondsleitung von Einanlegerfonds begründet.

496. Es fehlen aber belastbare Angaben zum Marktanteil der fusionierten Grossbank im Geschäft für Fondsleitung für Einanlegerfonds, weswegen eine abschliessen-

de Aussage, ob der Zusammenschluss zu einer Marktbeherrschung führt, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen kann, nicht möglich ist. Einstweilen ist von einer zwar hohen, aber noch nicht «extrem hohen Marktkonzentration» im Sinne der Anforderungen an eine qualifizierte Marktbeherrschung in der Zusammenschlusskontrolle⁴⁹⁸ auszugehen. Genauer wäre im Rahmen einer vertieften Prüfung zu ermitteln. Immerhin zeigt sich, dass mit Swisscanto eine alternative Fondsleitung auf dem Markt präsent ist. Die Marktgegenseite kann sich mittels Ausschreibungen und unter Zuhilfenahme von spezialisierten Experten einen Überblick über den Markt verschaffen und wird möglicherweise neu entstehende Angebote aufgreifen können.

C.6.3 Fazit

497. Mit der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS fusionieren die beiden stärksten Anbieter im Geschäftsbereich Asset Management für institutionelle Kunden in der Schweiz. Das führt zu einem Anstieg der Marktkonzentration und einer Schwächung des wirksamen Wettbewerbs. Aber in Bezug auf das aktive Asset Management verbleiben jedoch genügend alternative Anbieter, welche für einen ausreichenden Wettbewerbsdruck sorgen, so dass keine marktbeherrschende Stellung über den Gesamtmarkt hinweg begründet wird. In den nachfolgenden Bereichen ist der Verlust an Wettbewerb jedoch schwerwiegender.

498. In einigen Segmenten des Asset Managements bestand der wirksame Wettbewerb vor allem zwischen der UBS und der Credit Suisse. Dieser entfällt durch den Zusammenschluss und kann durch die weiteren Marktteilnehmern zumindest temporär nur ungenügend aufgefangen werden. In den Märkten für Fonds und fondsähnliche Produkte, Global Custody, Fondsleitung von Einanlegerfonds, die Anlageklasse Schweizer Immobilien und das passive Assetmanagement in der Schweiz bestehen Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung. Aufgrund der verbleibenden Konkurrenz (und basierend auf den vorhandenen Informationen) bleibt aber insgesamt fraglich, ob dadurch auch der wirksame Wettbewerb beseitigt wird.

499. Auf die Frage, ob Massnahmen getroffen werden können, welche allfällige wettbewerbliche Probleme mildern könnten, äusserten sich die Befragten unterschiedlich. Ein Teil der Kunden erachtet Auflagen und/oder Bedingungen für nicht nötig, da die Probleme durch den Markt geregelt würden.⁴⁹⁹ Andere sehen keine möglichen Massnahmen, welche die Nachteile einer Vollintegration für die jeweiligen Bereiche mildern könnten.⁵⁰⁰ Mehrere würden dennoch in der eigenständigen

⁴⁹⁴ Vgl. Act. [...].

⁴⁹⁵ Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...]; Act. [...], Act. [...]; Act. [...] in Bezug auf White Label Fonds; Act. [...]; Act. [...] in Bezug auf White Label Lösungen. Vgl. auch Act. [...], in welchem Schätzungen von Marktanteilen in der Höhe von 80 % bzw. 90 % geäussert aber nicht belegt wurden.

⁴⁹⁶ Vgl. Act. [...].

⁴⁹⁷ Act. [...]. Eine Stiftung sieht zudem Pictet, Lombard Odier, Caceis und Gërifonds als schwache bis sehr schwache Wettbewerberinnen (Act. [...]).

⁴⁹⁸ Vgl. Rz 202.

⁴⁹⁹ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...]. Vgl. auch die Stellungnahmen der Verbände in Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁵⁰⁰ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...]. Vgl. auch Act. [...].

Weiterführung der Credit Suisse eine wirksame Massnahme sehen.⁵⁰¹ Einige sehen immerhin in der Abspaltung des Schweizer Fondsgeschäfts bzw. der Fondsleitung eine Abmilderung der wettbewerblichen Probleme.⁵⁰² Zwei äusserten den Vorschlag von Beschränkungen bei Preisen, Gebühren und der Einführung von Preiskontrollen durch einen staatlichen Überwacher.⁵⁰³ Eine Unternehmung meint, «dass die UBS Fondsleitung auch mit externen Depotbanken zusammenarbeiten muss. [...]»⁵⁰⁴

500. Angesichts des hier gezogenen prima facie-Fazits, dass im Geschäftsbereich Asset Management zwar Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen, aber der wirksame Wettbewerb dadurch wohl nicht beseitigt wird, sind die Unternehmen an die Verhaltenskontrolle im Rahmen des Kartellgesetzes zu erinnern (Art 7 KG). Der Missbrauch einer marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung ist unzulässig, so bspw. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen müssen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), sofern keine sachlichen Gründe dafür vorliegen.

501. Spezifisch in Bezug auf die vorgeschlagenen Preiskontrollen durch einen staatlichen Überwacher ist festzuhalten, dass es die Aufgabe des Preisüberwachers ist, die Preisentwicklung zu beobachten (Art. 4 PÜG⁵⁰⁵). Diese Preisüberwachung erfolgt aber in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen. Bei Krediten handelt der Preisüberwacher insbesondere nach eingehender Konsultation mit der SNB und der FINMA (Art. 5 PÜG).

502. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die WEKO der FINMA, die Preise und Gebühren für Dienstleistungen im Markt für Global Custody zu verfolgen und Auffälligkeiten dem Preisüberwacher zu melden. Beobachtet der Preisüberwacher Auffälligkeiten im Bereich Global Custody und in den Bereichen Fondsleitung von Einanlegerfonds, Anlageklasse Schweizer Immobilien und passives Assetmanagement, empfiehlt die WEKO der FINMA, mit dem Preisüberwacher zusammenzuarbeiten und diesem die verfügbaren Daten bereitzustellen.

C.7 Corporate Banking

C.7.1 Relevante Märkte

503. Corporate Banking bezeichnet das Unternehmenskundengeschäft von Banken, welches nach Auffassung der WEKO Folgendes umfasst: Finanzierungsdienstleistungen, transaktionsbezogene Dienstleistungen und Kapitalmarktgeschäft. Während ein Grossteil der Banken im Unternehmenskundengeschäft Kredite und Zahlungsverkehr anbietet, dürften spezifische Angebote wie Factoring, strukturierte Finanzierung oder das Kapitalmarktgeschäft auf wenige Anbieterinnen konzentriert sein. Die Bedürfnisse der Unternehmenskundinnen dürften sich unterscheiden: Basisangebote wie bspw. Zahlungsverkehr dürften von allen genutzt werden, während andere Angebote spezifisch auf Exportunternehmen, Handelsunternehmen oder Grossunternehmen zugeschnitten sein dürften.

504. Es stellt sich die Frage, ob im Corporate Banking von einem einheitlichen Markt auszugehen ist oder dieser zu unterteilen ist.

C.7.1.1 Sachlich relevante Märkte

i. Bisherige Praxis

505. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis das Corporate Banking noch nicht definiert und sachliche Märkte darunter subsumiert. Zum Zwecke dieser Stellungnahme werden folgende bereits einmal abgegrenzten sachlichen Märkte im Rahmen des Corporate Bankings behandelt:

- Firmenkredite unter CHF 2 Mio.;
- Firmenkredite über CHF 2 Mio.;
- Devisenhandel und Geldmarkt;
- Emissionsgeschäft; und
- Internationale Handels- und Projektfinanzierungen.

506. Bereits vor dem Zusammenschluss *UBS/SBV* wurde ein eigenständiger Markt für *Firmenkredite* erwogen.⁵⁰⁶ Im Zusammenschluss *UBS/SBV* ist die WEKO weiterhin von einem eigenständigen Markt für Firmenkredite ausgegangen. Als potentielle Substitutionsprodukte wurden das Investitionsgüterleasing, das Factoring sowie die Vermittlung von Risikokapital geprüft, wobei die Substitutionsmöglichkeit bei allen Vorschlägen in Frage gestellt und schliesslich offengelassen wurde.⁵⁰⁷ Als Firmenkredite definiert wurden für eine bestimmte Dauer gewährte Vorschüsse oder Darlehen (Investitionskredite) sowie Kontokorrentkredite (Betriebskredite), welche von Banken an im Handelsregister eingetragene Unternehmen gewährt werden.⁵⁰⁸ Ob die Kredite auf einen Schlag (Festkredite) oder in vereinbarten Raten gewährt werden, wurde als nicht relevant für die Marktdefinition eingestuft. Es wurde auch nicht zwischen kurz-, mittel- und langfristigen Firmenkrediten unterschieden. Der Grund für den Kredit, die Deckung, die juristische Form des Unternehmens und die Tätigkeit des Kunden wurden allesamt nicht berücksichtigt, da dadurch nur die Kreditkonditionen beeinflusst werden, nicht aber die Eigenschaften der Firmenkredite.⁵⁰⁹

507. Aufgrund der Überlegungen zum räumlich relevanten Markt (siehe Rz 553 f.) hat die WEKO schliesslich für den sachlichen relevanten Markt eine Grenze von CHF 2 Mio. festgelegt, wodurch zwei sachliche Märkte entstanden; Firmenkredite unter CHF 2 Mio. und Firmenkredite von CHF 2 Mio. und mehr.⁵¹⁰

⁵⁰¹ Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁵⁰² Vgl. Act. [...], Act. [...], Act. [...]. Vgl. auch die Stellungnahme der Verbände in Act. [...] und Act. [...].

⁵⁰³ Vgl. Act. [...]; Act. [...].

⁵⁰⁴ Act. [...].

⁵⁰⁵ Preisüberwachungsgesetz vom 20.12.1985 (PÜG; SR 942.20).

⁵⁰⁶ RPW 1997/4, 526 Rz 13, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

⁵⁰⁷ RPW 1998/2, 285 Rz 35 ff., *UBS/SBV*.

⁵⁰⁸ RPW 1998/2, 285 Rz 36 m. w. H. *UBS/SBV*.

⁵⁰⁹ RPW 1998/2, 285 Rz 37, *UBS/SBV*.

⁵¹⁰ RPW 1998/2, 292 Rz 59, *UBS/SBV*.

508. Nach besagtem Zusammenschluss wurde diese Unterscheidung von Firmenkrediten unter CHF 2 Mio. und Firmenkrediten über CHF 2 Mio. in ständiger Praxis der WEKO beibehalten, wobei der Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. teilweise explizit dem Retail Banking zugeordnet wurde.⁵¹¹

509. Beim Zusammenschluss *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA* erwähnte die WEKO das Corporate Banking, welches sich an mittlere und grosse Unternehmen richtet. Die Dienstleistungen seien quasi identisch mit denen des Retail Bankings. Die von der Marktgegenseite nachgefragten Produkte seien jedoch operativer und/oder investitionsorientiert.⁵¹²

510. Im Zusammenschluss *Barclays/ABN AMRO* spricht die WEKO von einem Markt für *Devisenhandel*, welcher Vereinbarungen über den Tausch von Devisen zu einem bestimmten Datum und Kurs erfasst sowie einem Geldmarkt, welcher kurzfristige Finanzierungen (An- und Ausleihen einschliesslich Treasury Bills und Commercial Paper) von Banken und Unternehmen erfasst.⁵¹³

511. In demselben Zusammenschluss erwähnt die WEKO das *Emissionsgeschäft*, welches die Ausgabe von Wertpapieren wie Anleihen, Aktien, Optionen und Derivate umfasst.⁵¹⁴

512. Im Zusammenschluss *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen* hat die WEKO erstmals von einem Markt der *Handelsfinanzierung und der Projektfinanzierung* gesprochen, welchem weiter auch das Investment Banking, die M&A-Beratung und das Vermögensverwaltungsgeschäft für internationale Kundenschaft angehören.⁵¹⁵

ii. Praxis der EU-Kommission

513. Die EU-Kommission grenzt im Bankensektor in mittlerweile ständiger und gefestigter Praxis folgende separaten sachlich relevanten Märkte ab: (i) Retail Banking, (ii) Corporate Banking, (iii) Investment Banking,⁵¹⁶ (iv) Leasing, (v) Factoring, (vi) Zahlungskarten, (vii) Finanzmarktdienstleistungen sowie (viii) Asset Management.⁵¹⁷ Bemerkenswert ist, dass die EU-Kommission die Märkte für Leasing und für Factoring als vom Corporate Banking separate Märkte abgrenzt.

514. Dabei umfasst der Corporate Banking-Markt gemäss Definition der EU-Kommission eine breite Palette von Bankdienstleistungen, die allgemeinen Unternehmenskundinnen angeboten werden. Unter «allgemeinen Unternehmenskundinnen» versteht die EU-Kommission grosse Unternehmenskundinnen (*large corporate clients, LCC*) einerseits sowie kleinere Unternehmenskundinnen (wie KMU) andererseits.⁵¹⁸ Nicht Teil des Corporate Banking-Marktes sind gemäss Kommission Bankdienstleistungen zwischen Finanzinstituten. Aufgrund der grundlegenden Unterschiede der Marktteilnehmerinnen und des Wettbewerbsumfelds grenzt die EU-Kommission Bank-to-Bank-Dienstleistungen als vom allgemeinen Corporate Banking separate Märkte ab.⁵¹⁹ Gegenparteien der Banken im Corporate Banking-Markt sind nach der Marktabgrenzung der EU-Kommission demnach KMU einerseits und grosse Unternehmenskundinnen andererseits, aber keine anderen Finanzinstitute und auch keine «sehr kleinen Unternehmen».⁵²⁰

⁵¹¹ RPW 2001/3, 528 Rz 13, *Allianz AG und Dresdner Bank A*; RPW 2002/4, 609 Rz 17 f., *Valiant Holding IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG*; RPW 2003/2, 378 Rz 11, *Crédit Agricole/Crédit Lyonnais*; RPW 2003/3, 549 Rz 20, *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG*; RPW 2008/1, 118 Rz 13 f., *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*.

⁵¹² RPW 2012/1, 122 Rz 16, *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA*; RPW 2015/1, 102 Rz 26, *Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG*.

⁵¹³ RPW 2007/4, 546 Rz 22, *Barclays/ABN AMRO*; RPW 2005/4, 652 Rz 21, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*.

⁵¹⁴ RPW 2007/4, 547 Rz 28, *Barclays/ABN AMRO*; RPW 2005/4, 653 Rz 33, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*.

⁵¹⁵ RPW 1997/4, 528 Rz 20, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*; RPW 2000/3, 452 f., *HSBC Holdings plc und Crédit Commercial de France*; RPW 2001/3, 528 Rz 13, *Allianz AG und Dresdner Bank A*.

⁵¹⁶ Die EU-Kommission grenzte den räumlich relevanten Markt für Investment Banking in der Vergangenheit weltweit ab, wobei gemäss der Kommission einzelne Marktsegmente auch national abgegrenzt werden könnten (EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 78, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 42, *Unicredit/HVB*; EU-KOMM, COMP/M.4155 vom 28.3.2006, Rz 25, *BNP Paribas/BNL*). Der Zusammenschluss UBS/Credit Suisse wurde auch von der EU-Kommission geprüft. Die Kommission hat im Rahmen dieser Prüfung auch die Investment Banking-Aktivitäten der beiden Banken untersucht. Die Kommission hat dabei erwogen, dass der räumlich relevante Markt für Investment Banking-Dienstleistungen EWR-weit oder global abzugrenzen ist, für einzelne Dienstleistungen allenfalls auch national (EU-KOMM, M.11111 vom 25.5.2023, Rz 51, *UBS/Credit Suisse*). Dies konnte anhand der Ergebnisse der von der EU-Kommission durchgeführten Marktbefragung bestätigt werden, welche darauf hindeuten, dass der Markt für Investment Banking weiter als national und zumindest EWR-weit, abzugrenzen ist (EU-KOMM, M.11111 vom 25.5.2023, Rz 53, *UBS/Credit Suisse*). Die WEKO ging aufgrund der Ergebnisse ihrer eigenen Marktbefragung ebenfalls davon aus, dass ein Markt für Investment Banking tendenziell international abzugrenzen wäre und damit – gerade vor dem Hintergrund der in diesem Bereich sehr präsenten ausländischen Grossbanken und US-Investmentbanken – kein wettbewerbsrechtlich problematischer Markt vorliegt. Allerdings konnte die Frage nach dem räumlich relevanten Markt aufgrund der spärlichen Rückmeldungen der Befragten und der beschränkten Zeit, die der WEKO für ihre Ermittlungen zur Verfügung stand, nicht abschliessend geklärt werden. So blieb insbesondere die Frage offen, ob es auf einem Markt für Investment Banking Segmente oder Dienstleistungen gibt, für die der räumlich relevante Markt schweizweit abzugrenzen wäre. Der Markt für Investment Banking-Dienstleistungen und insbesondere dessen räumliche Dimension sollten deshalb in einer allfälligen Phase 2 der Prüfung vertieft analysiert werden.

⁵¹⁷ Statt vieler EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 11 m. w. H., *Banco Santander/Banco Popular Group*.

⁵¹⁸ EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 12, *Banco Santander/Banco Popular Group*; EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 11, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, M.8414 vom 14.9.2017, Rz 25, *DNB/Nordea/Luminor Group*; EU-KOMM COMP/M.5726 vom 29.1.2010, Rz 21, *Deutsche Bank/Sal. Oppenheim*.

⁵¹⁹ EU-KOMM, COMP/M.873 vom 11.3.1997, Rz 17, *Bank Austria/Creditanstalt*; EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 18, *Unicredit/HVB*.

⁵²⁰ Bankdienstleistungen gegenüber «very small enterprises» sind gemäss EU-Kommission Teil des Retail Banking-Marktes und nicht des Corporate Bankings (EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 12, *Banco Santander/Banco Popular Group*; EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 9, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, M.8414 vom 14.9.2017, Rz 15, *DNB/Nordea/Luminor Group*).

515. In ihrer bisherigen Praxis prüfte die EU-Kommission die Möglichkeit getrennter Produkt-märkte für bestimmte Unternehmenskundensegmente, d. h. getrennte sachlich relevante Märkte für Grosskundinnen auf der einen und für kleinere Unternehmenskundinnen, einschliesslich KMU, auf der anderen Seite.⁵²¹ Dass diese beiden Kundensegmente im Einzelfall separate sachlich relevante (Teil-)Märkte im Corporate Banking darstellen können, darf aufgrund der konstanten Praxis der Kommission als erstellt gelten,⁵²² wobei die Kommission aber selbst eingeräumt hat, dass es keinen offensichtlichen einzigen Parameter gibt, anhand dessen Unternehmen als Grosskundinnen oder KMU eingestuft werden können.⁵²³ In *Fortis/ABN Amro Assets* erwog die Kommission die von den Parteien vorgebrachte Umsatzschwelle von EUR 250 Mio. als valables Abgrenzungskriterium für den konkreten zu beurteilenden Fall, weil es den Geschäftspraktiken beider Parteien entsprach, Unternehmen mit einem Umsatz mit relevanten Produkten bis EUR 250 Mio. als KMU zu betreuen.⁵²⁴ In *Banco Santander/Rainbow* folgte die Kommission für den konkreten Fall ebenfalls den Vorbringen der Parteien, wonach die Umsatzschwelle für die Unterscheidung zwischen KMU und Grosskundinnen bei GBP 25 Mio. anzusetzen sei, weil auch in diesem Fall beide Parteien für sich selbst die Abgrenzung bei dieser Umsatzschwelle vornahmen.⁵²⁵

516. Im Ergebnis kommt es auf den Einzelfall an, anhand welcher Parameter und bei welchen Schwellen die Kommission die Abgrenzung zwischen KMU und Grosskundin im konkreten Fall vornimmt. Dass diese beiden Kundensegmente unterschiedliche Märkte darstellen, konnte die Kommission mittlerweile mehrfach anhand eigener Ermittlungen bestätigen, obwohl Parteien auch vor der Kommission wiederholt und mit unterschiedlichen Argumenten versucht hatten, dies in Abrede zu stellen. Die Gründe dafür sieht die Kommission darin, dass KMU-Kundinnen und Grosskundinnen unterschiedliche Bedürfnisse haben und die Banken häufig entsprechend eingerichtet sind – beispielsweise mit eigenen Teams oder Abteilungen – um diesen Bedürfnissen Rechnung zu tragen.⁵²⁶

517. Zusätzlich hat die EU-Kommission in ihrer Praxis bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es Anzeichen gibt, wonach innerhalb des Unternehmenskundengeschäfts – nebst der Segmentierung nach Grösse der Unternehmenskundinnen – getrennte sachliche Märkte abgegrenzt werden könnten für (i) domestischen Zahlungsverkehr («domestic payment services»), (ii) grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr («foreign payment services»), (iii) Cash Management-Dienstleistungen («cash management services») (iv) Kredite («loans») und (v) Spareinlagen («savings»). Sie hat die Frage aber letztlich offengelassen.⁵²⁷

518. In *DNB/Nordea/Luminor Group* hat die EU-Kommission geprüft, ob die Märkte für *corporate loans* und für *corporate deposits* separate Märkte darstellen. Die von der Kommission durchgeführten Marktbefragungen bestätigten das, weshalb die Kommission die Märkte für *corporate loans* einerseits und für *corporate deposits* andererseits im konkreten Fall als separate Märkte abgrenzte, die sich von anderen Produktmärkten des Unternehmenskundengeschäfts unterscheiden.⁵²⁸

iii. Standpunkt der Parteien

519. Gemäss den Parteien gehört die Vermittlung von Risikokapital ebenfalls zum sachlich relevanten Markt der *Firmenkredite*, da nur circa ein Drittel aller KMU Bankkredite oder Kreditrahmen nachfragen und im Übrigen auf andere verfügbare Finanzierungsquellen zugreifen würden.⁵²⁹ Die Parteien lehnen eine Differenzierung nach Kundensegmenten wie Unternehmensgrösse, Branche, Produkt und Kreditsumme ab und vertreten die Meinung, dass alle Firmenkredite Teil desselben Marktes seien:⁵³⁰

- *Keine Produktsegmente*: Gemäss den Parteien richten sich die Konditionen aller Firmenkredite nach dem Risiko und den Kapitalanforderungen der Kunden. Alle Kreditformen würden Substitute bilden, da die gewählten Kreditparameter jeweils Ergebnis einer Kosten-/Nutzenanalyse bilden und sich die Parameter je nach Kostenkonditionen verschieben würden. Auch die Zinskosten würden primär auf den individuellen Kapitalkosten und Risiken beruhen.⁵³¹
- *Keine Segmentierung nach Branchen*: Einzelne Branchen würden weder in zeitlicher Hinsicht noch bankenübergreifend feste Grenzen darstellen und die Kreditkonditionen seien nicht branchenspezifisch homogen. Bei der Credit Suisse würden als Teil der individuellen Risikobeurteilung statistische branchenbezogenen Ausfallwahrscheinlichkeiten berücksichtigt, wobei diese Branchenbewertung dynamisch sei. Bei der UBS gäbe es Risikobranchen, in denen abhängig von der jeweiligen Branchenanalyse für Kreditinteressenten strengere Kriterien für die Kreditvergabe gelten als in anderen Branchen.⁵³²

⁵²¹ Vgl. dazu ausführlich EU-KOMM, COMP/M. 4844 vom 3.10.2007, Rz 13 ff., *Fortis/ABN Amro Assets*; EU-KOMM, COMP/M.2567 vom 8.11.2001, Rz 9 ff., *Nordbanken/Postgirot* sowie EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 19 ff., *Unicredito/HVB*.

⁵²² Vgl. dazu jüngst z. B. EU-KOMM, M.10378 vom 26.4.2022, Rz 42, *VUB/Slovenska Sporitelna/Tatra Banka/365.bank/CSOB/JV*. Hingegen hat die EU-Kommission in EU-KOMM, M.8414 vom 14.9.2017, Rz 25 ff., *DNB/Nordea/Luminor Group* für den konkreten Fall offengelassen, ob der Markt für Unternehmenskunden in Produkte für Grosskunden einerseits und KMU andererseits zu segmentieren ist, da dies in casu keinen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung hatte.

⁵²³ EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 11, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, M.8414 vom 14.9.2017, Rz 26, *DNB/Nordea/Luminor Group*.

⁵²⁴ EU-KOMM, COMP/M.4844 vom 3.10.2007, Rz 15 ff., *Fortis/ABN Amro Assets*.

⁵²⁵ EU-KOMM, COMP/M.5948 vom 15.10.2010, Rz 11 f., *Banco Santander/Rainbow*.

⁵²⁶ Vgl. dazu vorab EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 19 ff., *Unicredito/HVB*; ferner die Ausführungen betreffend «Deposits» in EU-KOMM, COMP/M.2567 vom 8.11.2001, Rz 10, *Nordbanken/Postgirot*.

⁵²⁷ EU-KOMM, M.10378 vom 26.4.2022, Rz 42, *VUB/Slovenska Sporitelna/Tatra Banka/365.bank/CSOB/JV*; EU-KOMM, COMP/M.5384 vom 3.12.2008, Rz 12, *BNP Paribas/Fortis*; EU-KOMM, COMP/M. 4844 vom 3.10.2007, Rz 26, *Fortis/ABN Amro Assets*.

⁵²⁸ EU-KOMM, M.8414 vom 14.9.2017, Rz 40 und Rz 50, *DNB/Nordea/Luminor Group*, wobei die Kommission in casu offenliess, ob die Märkte weiter nach Grösse der Unternehmenskunden zu segmentieren wären.

⁵²⁹ Act. [...].

⁵³⁰ Act. [...].

⁵³¹ Act. [...].

⁵³² Act. [...].

- *Keine Segmentierung nach Unternehmensgrösse:* Die Parteien haben keine einheitlichen Kundengruppen definiert. Die Gruppierung habe weiter ausschliesslich auf der Kundenberatungsebene, nicht aber auf die Kreditvergabeentscheidung Einfluss.⁵³³ Die UBS vergebe Kredite gemessen an ihren Kosten und Risiken.⁵³⁴ Bei der Credit Suisse würden auf der Kundenberatungsebene bestimmte Kredite nach Unternehmensgrösse und Kreditsumme gruppiert, womit der Beratungsbedarf der Kundinnen gespiegelt werde. Die Entscheidung über die Kreditvergabe erfolge allerdings unabhängig von der Unternehmensgrösse.⁵³⁵
- *Keine Segmentierung nach Kreditsumme:* Die uneinheitliche Definition und Handhabung der Kreditvolumenschwellen in den Kreditvergabeverfahren der Parteien unterstreiche das Fehlen einer Segmentierung nach Kreditsumme.⁵³⁶

520. Die Parteien sehen die bisherige Praxis der WEKO, Firmenkredite bei einer Grenze von CHF 2 Mio. in unterschiedliche sachliche Märkte abzugrenzen, als obsolet an. Regionalbanken würden auch über dieser Schwelle Firmenkredite vergeben und die übrigen in diesem Bereich tätigen Banken wie Kantonalbanken, Raiffeisen, Valiant etc. würden sowieso höhere Firmenkredite vergeben. Weiter müsste die Schwelle ohnehin inflationsbereinigt und damit angehoben werden. Schliesslich entspräche auch die kantonale Marktabgrenzungspraxis der WEKO, aufgrund welcher die Schwelle von CHF 2 Mio. überhaupt erst entstanden sei, nicht mehr den aktuellen Gegebenheiten. Aus Sicht der Parteien seien alle Firmenkredite Teil desselben Marktes.⁵³⁷

521. Gemäss Parteien weisen der *Devisenhandel* und der *Geldmarkt* gemeinsame Merkmale auf, dazu gehörten Marktteilnehmer, Liquidität, aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen und Wirtschaftsindikatoren wie Inflationsraten, BIP-Wachstum und Zinssätze.⁵³⁸ Im *Devisenhandel* unterscheide sich das Angebot für Privat- und Unternehmenskundinnen gemäss Parteien nicht voneinander.⁵³⁹ Der *Geldmarkt* eigne sich gemäss den Parteien in der Regel nicht für Privatkunden, da diese nicht über die entsprechende Liquidität verfügten.⁵⁴⁰

522. Laut den Parteien ist das *Emissionsgeschäft* kein eigener Produktmarkt, sondern gehört einem übergeordneten einheitlichen Markt für Investment Banking an. Das Emissionsgeschäft beinhalte vor allem die Emission von Aktien und Anleihen.⁵⁴¹

523. *Internationale Handelsfinanzierungen* dienen gemäss Parteien der Unterstützung des internationalen Handels und umfassen Sicherungsinstrumente wie Zahlungsgarantien, Akkreditive sowie Exportkredite.⁵⁴² Gemäss den Parteien unterscheiden sich Handelsfinanzierungen weder nach der Unternehmensgrösse noch besteht eine unterschiedliche Behandlung von Exportkrediten aufgrund einer Branche. Es handle sich um ein sehr kleines Segment, wodurch auch bankenintern organisatorisch eine Unterteilung nicht sinnvoll sei.⁵⁴³

524. Die *internationale Projektfinanzierung* umfasse die gezielte Finanzierung von grossen Projekten im Ausland. Es gehe um Kreditvergaben, bei welchen die Bedingungen vom Erreichen des Projektzwecks und der

Projektziele abhängen.⁵⁴⁴ Auch bei der internationalen Projektfinanzierung sei eine Unterteilung nach Unternehmensgrösse oder Branche nicht angebracht und organisatorisch nicht sinnvoll.⁵⁴⁵

iv. Beurteilung

525. Corporate Banking umfasst Leistungen, die an Unternehmenskundinnen erbracht werden. Aus diesem Grund stellen grundsätzlich Unternehmen, die Bankdienstleistungen nachfragen, die Markgegenseite zur Bestimmung der relevanten Märkte dar. Ganz allgemein geht die WEKO für den Geschäftsbereich Corporate Banking davon aus, dass die Gegenparteien der Banken, d. h. die Unternehmen, professionell organisiert sind. Diese professionelle Markgegenseite trägt damit auch eine Verantwortung, ihre eigenen Risiken zu diversifizieren und sich nicht in die Abhängigkeit einer einzelnen Bank zu begeben.

526. «Unternehmen» ist aber ein heterogener Begriff. Unternehmen können einzelunternehmerisch organisierte (Kleinst-)Unternehmen, KMU aber auch SMI-Gesellschaften verschiedenster Branchen sein. Die Annahme, dass nicht alle diese Unternehmen dieselben Bedürfnisse haben und bei den Banken dementsprechend auch nicht dieselben, allenfalls nicht austauschbaren, Dienstleistungen nachfragen, liegt daher nahe. Aus diesem Grund stellt sich zunächst die Frage, ob vorliegend die Markgegenseite einerseits eingegrenzt, beispielsweise sehr kleine Unternehmen nicht als Markgegenseite im Corporate Banking-Bereich betrachtet werden sollten, und ob es andererseits angezeigt erscheint, die Markgegenseite «Unternehmen» in weitere Teilgruppen aufzuteilen.

527. Naheliegender erscheint beispielsweise eine Segmentierung anhand der Grösse der Unternehmen, wobei die Kriterien, anhand derer die «Grösse» eines Unternehmens geprüft werden soll, zu definieren wären.⁵⁴⁶ Es erscheint nachvollziehbar, dass kleinere Unternehmen bei den Banken nicht dieselben Dienstleistungen nachfragen wie grosse Unternehmenskundinnen. Dieselben Überlegungen können – *mutatis mutandis* – auf Unternehmen übertragen werden, die spezielle Bedürfnisse haben und deshalb spezifische Dienstleistungen bei den Banken nachfragen, etwa Unternehmen, die international ausgerichtet sind oder Unternehmen, die auf Zugang zum Kapitalmarkt angewiesen sind. Dabei besteht wohl insofern eine gewisse Überschneidung zwischen diesen Kategorien, als dass Unternehmenskundinnen, die spezifische Dienstleistungen nachfragen, sich ohnehin an die grösseren Bankinstitute wenden (müssen), da nur diese oder gar nur Grossbanken in der Lage sind, ihre Bedürfnisse zu befriedigen.

⁵³³ Act. [...].

⁵³⁴ Act. [...].

⁵³⁵ Act. [...].

⁵³⁶ Act. [...].

⁵³⁷ Act. [...].

⁵³⁸ Act. [...].

⁵³⁹ Act. [...].

⁵⁴⁰ Act. [...].

⁵⁴¹ Act. [...].

⁵⁴² Act. [...].

⁵⁴³ Act. [...].

⁵⁴⁴ Act. [...].

⁵⁴⁵ Act. [...].

528. Von den 106 befragten Konkurrentinnen von UBS und Credit Suisse haben 68 die Fragen zum Corporate Banking beantwortet. Dabei haben sich 64 Konkurrentinnen zum allgemeinen Corporate Banking geäussert, 65 zum Corporate Banking für Grossunternehmen und 63 zum Corporate Banking für bestimmte Kunden. Von den 40 befragten Unternehmenskundinnen haben 33 den Fragebogen beantwortet. Von diesen 33 Unternehmenskundinnen haben neun auch die spezifischen Fragen zu Exportfinanzierungen beantwortet.

529. Die Marktbefragung der Wettbewerbsbehörden hat ergeben, dass fast sämtliche befragten Banken (45 von 66) der Ansicht sind, dass es in der Schweiz einen Corporate Banking-Markt gibt, der weiter zu segmentieren ist.⁵⁴⁷ Dabei hat wiederum die überwiegende Mehrheit der befragten Banken angegeben, dass Bankdienstleistungen an kleine und mittlere Unternehmen (41 von 47) einerseits und Bankdienstleistungen an Grossunternehmen (45 von 47) andererseits je separate Teilmärkte darstellen.⁵⁴⁸ Begründet wurde dies in erster Linie damit, dass die unterschiedlichen Unternehmen, auf deren Sichtweise als Marktgegenseite es bei der Definition der relevanten Märkte ankommt, auch ganz unterschiedliche Bedürfnisse haben und dementsprechend auch unterschiedliche Dienstleistungen bei ihren Banken nachfragen.⁵⁴⁹ Ein Institut fasst dies anschaulich zusammen, wenn es ausführt, der Markt für Corporate Banking sei entlang der Kundenbedürfnisse zu unterteilen. KMU seien von den Bedürfnissen her ähnlich wie Retail-Kunden und es gebe eine sehr hohe Anzahl Banken, welche diese Bedürfnisse adressieren könnten. Grosskundinnen seien dagegen ein eigenständiger Markt mit eigenständigen Dienstleistungen und Kundenbedürfnissen, so insbesondere mit Bezug auf das transaktionsbezogene Geschäft (Handel, Kapitalmarkt, Zahlungsverkehr etc.).⁵⁵⁰

530. Eine Bank führte zudem aus, dass das Segment der Grosskundinnen im Corporate Banking anhand der Unternehmensgrösse in mindestens zwei weitere Teilmärkte zu teilen sei, und zwar in «grosse Unternehmen» («*large corporates*») mit einem Jahresumsatz zwischen CHF 250 Mio. und CHF 1 Mrd. und sehr grossen Unternehmen («*very large corporates*») mit einem Jahresumsatz von mehr als CHF 1 Mrd.⁵⁵¹ Ob dies taugliche Abgrenzungskriterien darstellen, die übernommen werden sollten, kann vorliegend offenbleiben.⁵⁵² Eine weitere Segmentierung des Teilmarktes Corporate Banking für Grosskundinnen erscheint jedoch angezeigt.⁵⁵³ Dabei ist evident, dass jeder schematischen Segmentierung ein gewisses arbiträres Element inhärent ist und jeweils auf die Umstände des konkreten Einzelfalls abzustellen ist.

531. Da für die Definition der relevanten Märkte stets von den Bedürfnissen der Marktgegenseite auszugehen ist, ist es angezeigt, die unterschiedlichen Marktpositionen und Bedürfnisse dieser oben vorgeschlagenen Segmente nach Grösse der Unternehmen zu vergleichen.

532. Bei den *sehr grossen* Unternehmen dürfte es sich in aller Regel um global agierende Unternehmensgruppen handeln. Bei derartigen Konstellationen sind Bedarf nach internationalen Dienstleistungen bereits in der Struktur des Unternehmens angelegt. Derartige Unter-

nehmen fragen Dienstleistungen in denjenigen Jurisdiktionen nach, wo es ihnen opportun erscheint. Ganz allgemein dürfte der Umfang der Dienstleistungen, die sehr grosse Unternehmenskundinnen nachfragen, erheblich sein – sei es im Zusammenhang mit Finanzierungen, Cash Management, Fremdwährungen und FX-Geschäften oder auch bei der Abwicklung von (internationalen) Transaktionen wie beispielsweise der Ausschüttung einer Dividende.⁵⁵⁴ Weiter dürfte der Zugang zum Kapitalmarkt für sehr grosse Unternehmenskundinnen zentral sein, womit diese Unternehmen auch auf sämtliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Kapitalmarkt angewiesen sind. Sehr grosse Unternehmenskundinnen werden überdies weder zögern noch Probleme haben, Dienstleistungen bei ausländischen Banken einzukaufen, wenn diese für sie das beste Angebot bereithalten.

533. Dies trifft für *grosse* Unternehmen nicht in demselben Masse zu. Diese dürften bisher häufig Beziehungen zu beiden Schweizer Grossbanken gepflegt haben und wohl auch mit beiden Banken Finanzierungsverträge gehabt haben, da der Kapitalbedarf grosser Unternehmenskundinnen unter Umständen höher ist, als eine Grossbank alleine das Risiko dafür tragen kann oder will, oder um das eigene Risikoexposure zu diversifizieren. Dabei dürften die grossen Unternehmenskundinnen weit mehr noch Bankdienstleistungen national nachgefragt haben oder nachfragen als die sehr grossen Unternehmenskundinnen, sei dies, weil sie aufgrund ihrer Bedürfnisse (Grösse und Ausrichtung) einen nationalen Partner bevorzugen, oder weil sie von den Auslandsbanken nicht bedient wurden oder werden, da Beziehungen mit grossen Schweizer Unternehmenskundinnen für Auslandsbanken volumen- und margenmässig nicht attraktiv genug sind.⁵⁵⁵ Zudem dürfte es etliche grosse

⁵⁴⁶ Als Kenngrössen würden sich nach Ansicht der WEKO in erster Linie die Anzahl FTE (Full Time Equivalent bzw. die Arbeitszeit eines Mitarbeiters in Vollzeit) oder buchhalterische Finanzkennzahlen anbieten.

⁵⁴⁷ Act. [...].

⁵⁴⁸ Act. [...].

⁵⁴⁹ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...], [...].

⁵⁵⁰ Act. [...], [...].

⁵⁵¹ Act. [...].

⁵⁵² Im Zuge der Ermittlungen wurden den Wettbewerbsbehörden auch weitere Segmentierungsmöglichkeiten vorgeschlagen, wiederum basierend auf den unterschiedlichen Bedürfnissen grosser Unternehmenskundinnen, z. B. a) mehr als CHF 1 Mrd. Jahresumsatz mit an einer Börse gelisteten Papieren, b) mehr als CHF 1 Mrd. Jahresumsatz, aber ohne kotierte Papiere, c) Jahresumsatz zwischen CHF 200–800 Mio. und keine kotierten Papiere, d) «klassische» KMU. Zudem wurde in den Gesprächen darauf hingewiesen, dass die internationale Ausrichtung eines Unternehmens erheblichen Einfluss auf diese Einteilung haben kann.

⁵⁵³ Dass eine solche Segmentierung angezeigt erscheint, ergibt sich nicht zuletzt auch aus den Ausführungen der Zusammenschlussparteien selbst sowie denjenigen im ökonomischen Gutachten von swiss economics, wo den Wettbewerbsbehörden die Organisation des jeweiligen Customer Relationship Managements (CRM) der beiden Parteien betreffend Firmenkredite erläutert wird (Act. [...]; Act. [...]) [...].

⁵⁵⁴ Vgl. dazu Act. [...].

⁵⁵⁵ Die Marktbefragung der WEKO hat das insofern bestätigt, als mit der Grösse des Unternehmens tendenziell sowohl die Anzahl an Bankbeziehungen als auch die der nachgefragten Dienstleistungen zunimmt.

Schweizer Unternehmenskundinnen geben, deren Geschäft – primär oder ausschliesslich – auf den nationalen Markt ausgerichtet ist und die aus diesen Gründen keine Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem internationalen Geschäft nachfragen.⁵⁵⁶

534. Die Marktbefragung der WEKO hat ergeben, dass die internationale Ausrichtung⁵⁵⁷ eines Unternehmens – grundsätzlich unabhängig von dessen Grösse⁵⁵⁸ – einen wesentlichen Einfluss auf die nachgefragten Bankdienstleistungen hat. Sowohl bei international ausgerichteten KMU als auch bei grossen Unternehmenskundinnen zeigt ein Vergleich mit Unternehmen gleicher Grösse, die aber primär den nationalen Markt bedienen, dass jene andere – oder präziser zusätzliche – Dienstleistungen⁵⁵⁹ nachfragen.

535. Dieselben Überlegungen können – *mutatis mutandis* – auf weitere spezifische Dienstleistungen übertragen werden, allen voran Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Kapitalmarktgeschäft. Die Marktbefragung hat gezeigt, dass die befragten kleinen Unternehmen bei ihren Banken typischerweise allgemeine Dienstleistungen im Corporate Banking, Betriebsmittel- und allenfalls Hypothekarkredite sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit domestischem und allenfalls internationalem Zahlungsverkehr nachfragen. Üblicherweise nicht nachgefragt werden Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Kapitalmarktgeschäft.⁵⁶⁰ Betreffend die mittelgrossen befragten Unternehmenskundinnen zeigt sich in der Marktbefragung ein ambivalentes Bild. Während einzelne mittelgrosse Unternehmen angaben, alleine für das Währungsmanagement auf Kapitalmarktdienstleistungen ihrer Banken zurückzugreifen,⁵⁶¹ gaben andere Unternehmen an, eine breitere Palette von Kapitalmarktdienstleistungen zu beziehen.⁵⁶²

536. Zwangsläufig stellt sich damit die Anschlussfrage, ob alle Banken sämtliche von den Marktteilnehmerinnen nachgefragten Dienstleistungen erbringen. In diesem Zusammenhang hat die Marktbefragung der WEKO ergeben, dass lediglich 14 von 55 der befragten Banken das bejahen. 41 von 55 Banken sind hingegen der Ansicht, dass nicht sämtliche Bedürfnisse durch die Wettbewerberinnen abgedeckt werden. Die Ergebnisse der Marktbefragung legen nahe, dass die meisten Banken sämtliche von KMU nachgefragten Dienstleistungen erbringen können.⁵⁶³ Sehr häufig wird aber erwähnt, dass spezifische und komplexe Angebote, wie etwa Factoring, Leasing, strukturierte Finanzierungen, das Kapitalmarktgeschäft und das internationale Geschäft nur von wenigen Banken angeboten werden. Die Marktbefragung hat ergeben, dass diese Angebote nur von den beiden Grossbanken, der ZKB und – je nach in Frage stehender Dienstleistung – allenfalls auch von den Raiffeisenbanken oder den grösseren Kantonalbanken mit einem gut ausgebauten Korrespondenzbankennetz, allenfalls punktuell ergänzt durch die Auslandsbanken, erbracht werden können.⁵⁶⁴ Zudem geht der Markt davon aus, dass alleine die UBS und die Credit Suisse ein umfassendes Angebot aufrechterhielten, also nur diese beiden Institute sämtliche Dienstleistungen anboten.⁵⁶⁵ Spezialisierte Dienstleistungen können demnach nur von der UBS, der Credit Suisse oder aber von Instituten erbracht werden, die sich auf die Erbringung derartiger Dienstleistungen spezialisiert haben. Dies liegt daran,

dass mit Zunahme der Transaktionssumme und der Komplexität der Transaktion immer weniger Banken kumulativ über das dafür notwendige Know-how, die notwendige Bilanzgrösse und Kapitalisierung, die notwendige Infrastruktur, die notwendige internationale Vernetzung und Platzierungskraft sowie den entsprechenden Risikoappetit verfügen.⁵⁶⁶

537. Diese Erkenntnisse decken sich auch mit den Antworten, welche die WEKO im Rahmen der Marktbefragung von Unternehmenskundinnen erheben konnte. Tendenziell unterhielten die KMU eine Hauptbankbeziehung zu mindestens einer der Schweizer Grossbanken und zusätzlich nur einzelne zusätzliche Bankbeziehungen zu anderen Banken, wenn überhaupt. Mit Zunahme der Unternehmensgrösse, der Anzahl und der Komplexität der nachgefragten Dienstleistungen oder einer internationalen Ausrichtung nehmen auch die zusätzlichen Bankbeziehungen tendenziell zu. Zudem unterhalten die Unternehmen häufig zu beiden Grossbanken eine Bankbeziehung.⁵⁶⁷

538. Basierend auf den Ergebnissen der Marktbefragung bestehen also Anhaltspunkte, wonach der Markt für Corporate Banking aufgrund der unterschiedlichen Bedürfnisse der Marktteilnehmer in mehrere sachliche Teilmärkte zu unterteilen ist. Naheliegender erscheint, einen separaten Markt für KMU abzugrenzen. Darüber hinaus erschiene denkbar, einerseits den verbleibenden Markt für grosse Unternehmenskundinnen und Kundinnen mit spezifischen Bedürfnissen entlang dieser Unter-

⁵⁵⁶ Gemäss Ergebnissen aus der Marktbefragung trifft dies beispielsweise zu auf die [...] und die [...].

⁵⁵⁷ Darunter sind alleine in der Schweiz domizilierte, exportorientierte Unternehmen einerseits und international an mehreren Standorten tätige Unternehmen andererseits zu verstehen. Die Ergebnisse der Marktbefragung zeigen, dass es sich bei Unternehmen, die international an mehreren Standorten tätig sind, überwiegend um grosse Unternehmen handelt. Nur zwei mittelgrosse ([...] und [...]) und [...] haben angegeben, international an mehreren Standorten tätig zu sein. Ihren Tätigkeitsbereich als «exportorientiert» bezeichneten zwei mittelgrosse ([...] und [...]) und zwei grosse befragte Unternehmen ([...] und [...]).

⁵⁵⁸ Die Marktbefragung der WEKO hat gezeigt, dass sich einzig betreffend die sehr grossen Unternehmenskundinnen keine weitere Segmentierung ergäbe, da diese allesamt international ausgerichtet sind und diese Dienstleistungen ohnehin bereits nachfragen. Betreffend kleine, mittlere und grosse Unternehmenskundinnen ergibt sich jedoch potentiell ein weiterer Teilmarkt.

⁵⁵⁹ Die im internationalen Geschäft erforderlichen Dienstleistungen, wie Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem internationalen Zahlungsverkehr, dem dokumentären Auslandsgeschäft, Exportfinanzierungen oder dem Währungsmanagement. Vgl. dazu eine Konkurrentin in Act. VII.49, Frage 18, die von einem Markt für «large globalised corporates» und einem Markt «smaller and domestically focused corporates» einen Markt für «medium sized globalised corporates» abgrenzt. Dieser letztgenannte Markt sei deshalb speziell, weil in diesem Segment nicht alle Auslandsbanken aktiv und die Kantonalbanken nicht ausreichend global ausgerichtet seien.

⁵⁶⁰ Act. [...], Act. [...], Act. [...], [...].

⁵⁶¹ Z. B. Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁵⁶² Z. B. Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁵⁶³ Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁵⁶⁴ Act. [...].

⁵⁶⁵ Act. [...] und Act. [...]; Act. [...].

⁵⁶⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁵⁶⁷ Vgl. auch Act. [...] und Act. [...].

scheidung abzugrenzen und andererseits einen weiteren sachlich relevanten Markt für sehr grosse Unternehmenskundinnen zu definieren. Für die vorliegende Stellungnahme kann diese Frage aber offenbleiben, wie nachfolgend ausgeführt.

539. Eine Segmentierung anhand einzelner Branchen erscheint auf den ersten Blick nicht angezeigt, da grundsätzlich sämtliche Unternehmen aller Wirtschaftszweige auch sämtliche Dienstleistungen der Banken nachfragen können. Einzig im Hinblick auf den Markt für Bank-to-Bank-Dienstleistungen, wenn die Marktgegenseite also aus anderen Banken besteht, ist eine branchenspezifische Segmentierung denkbar. Denn bei Bank-to-Bank-Dienstleistungen handelt es sich um einen spezifischen Markt mit grundlegenden Unterschieden in Bezug auf das Wettbewerbsumfeld, die Marktteilnehmerinnen und die von diesen nachgefragten Dienstleistungen.⁵⁶⁸ Aus diesem Grund wird der Markt für Bank-to-Bank-Dienstleistungen vorliegend als ein vom Corporate Banking separater Teilmarkt betrachtet.⁵⁶⁹

540. Dasselbe gilt vorliegend für eine Segmentierung nach bestimmten Dienstleistungen. Möglich wäre beispielsweise eine Abgrenzung entlang unterschiedlicher Formen von Firmenkrediten. Auch die SNB unterscheidet in ihrer monatlichen Bankenstatistik bei den Inlandkrediten für Unternehmen vorab Hypothekarkredite von «übrigen Krediten».⁵⁷⁰ Ob die Hypothekarkredite für Unternehmen demselben sachlichen Markt zuzuordnen sind wie Firmenkredite gemäss obenstehender Definition, kann vorliegend offenbleiben und wäre im Einzelfall abzuklären. Jedenfalls hat die WEKO bereits früher darauf hingewiesen, es gelte die von einer Hypothek gedeckten Firmenkredite von den Hypothekardarlehen zum Kauf von Immobilien zu unterscheiden; zweitgenannte stellten keine Firmenkredite dar, sondern seien dem Markt für Hypothekarkredite zuzuordnen.⁵⁷¹

541. Die «übrigen Kredite» werden weiter unterteilt in «gedeckte» und «ungedekte Kredite». Dabei unterscheiden sich gedeckte und ungedeckte Kredite im Wesentlichen dadurch, dass ein gedeckter Kredit zusätzlich gesichert ist.

542. Zu einem Firmenkredit wird ein solcher Kredit, wenn er an eine im Handelsregister eingetragene Einheit gewährt wird. Die WEKO grenzte in der Vergangenheit einen separaten Markt für Firmenkredite ab. Dieser umfasst sämtliche für eine bestimmte Dauer gewährten Vorschüsse oder Darlehen (Investitionskredite) sowie Kontokorrentkredite (Betriebskredite), welche von Banken an im Handelsregister eingetragene Unternehmen gewährt werden (vgl. Rz 506).⁵⁷² Dabei wurde alleine anhand der Kreditsumme eine Segmentierung des Marktes vorgenommen. Alle übrigen Faktoren wie Laufzeit, Grund für die Kreditvergabe, Deckung, juristische Form des Unternehmens und dessen Tätigkeit wurden von der WEKO allesamt nicht berücksichtigt, da diese alleine die Kreditkonditionen beeinflussen, nicht aber deren Eigenschaft als Unternehmenskredit.⁵⁷³ Diese Erkenntnisse können auch für die vorliegende Stellungnahme so beibehalten werden.

543. Ob, wie von den Parteien vorgebracht, weitere Finanzierungsformen respektive Formen der Kapitalbeschaffung wie das Investitionsgüterleasing, das Facto-

ring und die Beschaffung von Risikokapital ebenfalls dem Markt für Firmenkredite zuzurechnen sind, hat die WEKO bisher offengelassen.⁵⁷⁴ Diese Frage kann für die vorliegende Stellungnahme ebenfalls offenbleiben. Allerdings sind – mit den Ausführungen der WEKO in UBS/SBV – angesichts der Eigenschaften und Verwendungszwecke der vorgebrachten Finanzierungsformen Zweifel an deren Substituierbarkeit mit Firmenkrediten angebracht.⁵⁷⁵

544. Damit ist für die vorliegende Stellungnahme grundsätzlich davon auszugehen, dass der Firmenkreditmarkt branchenbezogen nicht weiter zu segmentieren ist. Immerhin sind zwei Bereiche von Firmenkrediten hervorzuheben: syndizierte Finanzierungen einerseits und internationale Handels- und Projektfinanzierungen andererseits.

545. *Syndizierte Kredite* oder *Konsortialfinanzierungen* bezeichnen Kredite für grossvolumige Investitionen, die nicht von einem einzelnen Bankinstitut, sondern von einem Bankenkonsortium (Syndikat) gewährt werden. Dabei gibt es eine führende Bank, den *Underwriter* oder *Leader*, und weitere teilnehmende Banken. Im Rahmen des syndizierten Kredits verpflichtet sich die Underwriting-Bank, der Kreditnehmerin den gesamten Betrag zur Verfügung zu stellen. Für die weitere Kreditabwicklung innerhalb des Konsortiums ist sie zuständig. Einzelne Banken beteiligen sich an solchen Finanzierungen entweder aus Gründen der Risikosteuerung oder aufgrund der begrenzten Finanzierungskraft eines einzelnen Instituts.

⁵⁶⁸ Das konnte anhand der von den Wettbewerbsbehörden durchgeführten Marktbefragung insofern bestätigt werden, als die befragten Banken auf die Frage, welche Dienstleistungen sie bei UBS und Credit Suisse beziehen, andere Angaben machten als die befragten Unternehmenskundinnen. Vgl. dazu auch Act. [...].

⁵⁶⁹ Ob es sich bei einem so abzugrenzenden Markt für Bank-to-Bank-Dienstleistungen um einen problematischen Markt handelt und, falls ja, bei welchen Dienstleistungen die anderen Banken besonders auf die neue UBS angewiesen wären, liess sich basierend auf den Ergebnissen der Marktbefragung nicht abschliessend klären. Aufgrund der beschränkten der WEKO zur Verfügung stehenden Zeit für Ermittlungen konnten zu dieser Frage keine präziseren Abklärungen durchgeführt und den Befragten insbesondere keine Anschlussfragen gestellt werden. Der Markt für Bank-to-Bank-Dienstleistungen sollte deshalb in einer allfälligen Phase 2 der Prüfung vertieft analysiert werden, da einzelne Konkurrentinnen darauf hingewiesen haben, dass sie für ihre eigenen Angebote auf Dienstleistungen der UBS und der Credit Suisse angewiesen sind, insbesondere wenn es um Zugang zu spezifischen Bankdienstleistungen geht, die es sich für kleinere Bankinstitute nicht aufzubauen und anzubieten lohnt (vgl. dazu Rz 397).

⁵⁷⁰ Interessanterweise sind Hypothekarkredite bei Mikrounternehmen und KMU im Verhältnis mit übrigen Krediten sehr beliebt. Beispielsweise beträgt die ausstehende Summe an Hypothekarkrediten für Mikrounternehmen Ende Juni 2023 rund das sechsfache der ausstehenden Summe der «übrigen Kredite». Bei Unternehmen mit 50–249 Mitarbeitern ist das Verhältnis relativ ausgeglichen. Erst bei den Grossunternehmen besteht wieder eine erhebliche Diskrepanz, hier zugunsten der «übrigen Kredite», wo die ausstehende Kreditsumme immerhin noch rund viermal so gross ist (vgl. dazu monatliche Bankenstatistik der SNB, Inlandkredite [Benützung und Limiten] nach Unternehmensgrösse für ausgewählte Bankengruppen – Monatlich, [https://data.snb.ch/de/topics/banken/cube/bak_redbetgrbm?fromDate=2022-06&toDate=2023-06&dimSel=D1\(KC5A,KC5B,KC5C,KC5D,KC5E\),D2\(H,T2\),D3\(F,B\),D0\(AV1\)](https://data.snb.ch/de/topics/banken/cube/bak_redbetgrbm?fromDate=2022-06&toDate=2023-06&dimSel=D1(KC5A,KC5B,KC5C,KC5D,KC5E),D2(H,T2),D3(F,B),D0(AV1))) [18.09.2023]).

⁵⁷¹ RPW 1998/2, 286 Rz 37, UBS/SBV.

⁵⁷² RPW 1998/2, 285 Rz 36 m. w. H., UBS/SBV.

⁵⁷³ RPW 1998/2, 285 Rz 37, UBS/SBV.

⁵⁷⁴ RPW 1998/2, 288 Rz 45, UBS/SBV.

⁵⁷⁵ RPW 1998/2, 286 ff. Rz 38 ff., UBS/SBV.

546. Die WEKO hat in der Vergangenheit den Bereich der *internationalen Handels- und Projektfinanzierungen* als eigenen Markt abgegrenzt.⁵⁷⁶ In die Kategorie der internationalen Handelsfinanzierungen fallen diverse Finanzprodukte (verschiedene Kredite, Akkreditive und Zahlungsgarantien), denen gemeinsam ist, dass ein Schweizer Unternehmen einen Kredit oder eine Zahlungsgarantie für die Finanzierung eines internationalen Geschäfts nachfragt. Im Gutachten von swiss economics wird unter Verweis auf die Studie zur Finanzierung der KMU in der Schweiz 2021 ausgeführt, dass es sich dabei im Wesentlichen um spezifische Finanzierungsangebote für Unternehmenskundinnen mit internationalen Beziehungen handle, die damit grundsätzlich dem Firmenkreditmarkt zuzurechnen seien.⁵⁷⁷ Dasselbe führen die Parteien im Meldungsentwurf aus, da es bei Exportkrediten – wie bei Firmenkrediten – um die Befriedigung eines Liquiditätsbedürfnisses gehe.⁵⁷⁸ Ob dies zutrifft, kann vorliegend offenbleiben.

547. Allerdings hat der Staat als Instrument zur Förderung der Schweizer Exportwirtschaft die Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV) geschaffen. Primäres Ziel der SERV ist es, nicht marktfähige Risiken zu decken. Darunter fallen wirtschaftliche und politische Risiken wie beispielsweise Delkreder- oder Transferrisiken, aber auch Ausfälle aufgrund von Kriegausbrüchen. SERV-gedekte Produkte werden primär von KMU in Anspruch genommen, grössere Unternehmen können aber ebenfalls von der staatlichen Versicherung profitieren.⁵⁷⁹ Im Gutachten von swiss economics wird ausgeführt, dass der Markt für Exportfinanzierungen stark von der Präsenz der SERV geprägt sei. Dadurch könnten in diesem Bereich, in dem aufgrund der sehr spezifischen Risiken ansonsten nur spezialisierte Anbieterinnen tätig sein könnten, grundsätzlich alle Banken Kreditprodukte anbieten, da die Risiken über die SERV abgesichert werden können. Damit erlaube es die SERV den Banken, als Teil ihres Unternehmenskundenportfolios Produkte anzubieten, die ansonsten aufgrund des damit verbundenen Risikos nicht zur Verfügung stehen würden. Damit sei davon auszugehen, dass alle Banken, die internationale Unternehmenskundinnen betreuen, Exportfinanzierungen anbieten könnten.⁵⁸⁰

548. Es sei jedoch angemerkt, dass selbst wenn alle Banken solche Dienstleistungen anbieten *könnten*, dies lange nicht alle tun. Die Marktbefragung hat ergeben, dass die Konkurrentinnen von UBS und Credit Suisse tendenziell davon ausgehen, dass Exportfinanzierungen nur von wenigen grossen Finanzinstituten angeboten werden.⁵⁸¹ Anhand von geführten Expertengesprächen konnten diese Aussagen bestätigt werden.⁵⁸² Zwar wäre es vom rechtlichen Rahmen her für die meisten Banken möglich, eine Versicherung bei der SERV für eine Exportfinanzierung zu erhalten. Faktisch sind es jedoch die Schweizerischen Grossbanken, in kleinerem Umfang die ZKB und zudem die grossen Auslandsbanken mit Niederlassung in der Schweiz, die von der SERV versicherte Trade Finance-Dienstleistungen erbringen. Die Ermittlungen der WEKO haben gezeigt, dass es sich bei Trade Finance-Dienstleistungen tendenziell um grosse, komplexe und internationale Dienstleistungen handelt. Dabei verhält es sich in diesem Zusammenhang nicht anders als bei den übrigen Corporate Banking-Dienstleistungen:

Ab einer gewissen Dimension des Geschäfts sind nur noch die Grossbanken in der Lage, entsprechende Dienstleistungen anzubieten, da es den übrigen Banken an den notwendigen finanziellen Mitteln, dem Know-how und der internationalen Vernetzung fehlt. Zudem übernimmt die SERV mit der Sicherung dieser Finanzierungsdienstleistungen selbst Risiken aus Exportfinanzierungsgeschäften. Auch ihr Gegenparteienrisiko muss verwaltet werden, was dazu führen kann, dass die SERV entweder einzelne Geschäfte oder Geschäfte mit einzelnen Banken nicht absichert. Zudem kann von den SERV-gedeckten Trade Finance-Produkten nicht auf den gesamten Exportfinanzierungsmarkt geschlossen werden, da – verglichen mit dem Gesamtvolumen an Exportfinanzierungen – nur ein sehr geringer Teil von der SERV gedeckt sind.⁵⁸³ Wenn, dann würde sich auch im Bereich der Exportfinanzierungen eine Segmentierung nach Unternehmensgrösse anbieten, da der Umfang der nachgefragten Trade Finance-Produkte mit zunehmender Unternehmensgrösse ebenfalls wächst und je grösser und/oder komplexer die Finanzierungen sind umso weniger Banken diese Finanzierungen anbieten können. Vor diesem Hintergrund wäre denkbar, nach den Dienstleistungen internationale Handelsfinanzierungen und internationale Projektfinanzierungen zu segmentieren.

549. Für die vorliegende Stellungnahme ist dennoch nicht von separaten sachlichen Märkten für syndizierte Kredite einerseits und Exportfinanzierungen andererseits auszugehen.⁵⁸⁴ Beide Bereiche werden dem sogleich abzugrenzenden sachlichen Markt Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen sowie für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen zugeordnet. Denn die Marktbefragung hat ergeben, dass syndizierte Finanzierungen primär von Grossunternehmen und internationale Handels- und Projektfinanzierungen alleine von Grossunternehmen oder aber von exportorientierten KMU nachgefragt werden. Dennoch wird auf die Wettbewerbssituation in diesen beiden Bereichen weiter unten detaillierter eingegangen, da die Marktbefragung auch ergeben hat, dass in diesen beiden Bereichen allenfalls eine dominante Stellung der fusionierten Bank erwartet wird.

⁵⁷⁶ RPW 2001/3, 528 Rz 13, *Allianz AG/Dresdner Bank AG*; RPW 1997/4, 528 Rz 20, *Crédit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

⁵⁷⁷ Act. [...].

⁵⁷⁸ Act. [...].

⁵⁷⁹ Im Jahr 2022 betrug der Anteil der KMU-Kredite 76 %, vgl. SERV Geschäftsbericht 2022, <https://report.serv-ch.com/2022/de/category/front_de> (18.9.2023).

⁵⁸⁰ Zum Ganzen Act. [...].

⁵⁸¹ Z. B. Act. [...]; vgl. dazu ferner die Ausführungen weiter unten, wonach im Bereich der Exportfinanzierungen eine dominante Stellung des fusionierten Unternehmens erwartet wird.

⁵⁸² Act. [...].

⁵⁸³ Vgl. dazu Act. [...].

⁵⁸⁴ Die Marktbefragung ergab in dieser Hinsicht keine eindeutigen Resultate, wobei doch Anhaltspunkte dafür bestehen, diese beiden Bereiche als separate Märkte zu betrachten: Von den 45 Banken, die geantwortet haben, der Corporate Banking Markt sei in weitere Märkte zu unterteilen, gaben 30 an, Exportfinanzierungen stellten einen separaten Markt dar. Betreffend strukturierte Finanzierungen antworteten 29 Banken, hierbei handle es sich um einen eigenständigen Markt.

v. Zwischenergebnis

550. Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass Corporate Banking keinen Gesamtmarkt darstellt, sondern in weitere Teilmärkte zu segmentieren ist. Anhand welcher Kriterien welche Teilmärkte präzise abzugrenzen wären, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden, weil die bisherigen Ermittlungsergebnisse der WEKO in Phase 0 dafür nicht ausreichen. Nachfolgend ist für die vorliegende Stellungnahme daher einstweilen von den folgenden separaten sachlich relevanten Teilmärkten auszugehen:

- *Allgemeines Corporate Banking*, d. h. Corporate Banking-Dienstleistungen für KMU;
- *Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen sowie für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen*, wobei darunter primär international ausgerichtete Unternehmen sowie Unternehmen mit Bedarf zum Zugang zum Schweizer Kapitalmarkt zu verstehen sind.

551. Ob das Corporate Banking, insbesondere der zweite hier vorläufig abgegrenzte sachliche Markt für *Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen sowie für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen* nicht doch noch in weitere Teilmärkte zu segmentieren wäre, könnte durch weitere Ermittlungen in Rahmen einer vertieften Prüfung der Phase 2 geklärt werden. Dabei könnte beispielsweise den Fragen weiter nachgegangen werden, ob die beiden erwähnten Bereiche – grosse Unternehmenskundinnen einerseits sowie Unternehmenskundinnen mit speziellen Bedürfnissen andererseits – je separate sachliche Märkte darstellen und/oder ob von diesem Markt – wie das von einzelnen Adressaten der Marktbefragung teilweise vorgebracht wurde – ein sachlicher Markt für sehr grosse Unternehmen separat abgegrenzt werden müsste.

C.7.1.2 Räumlich relevante Märkte

i. Bisherige Praxis

552. Vor dem Zusammenschluss *UBS/SBV* hat die WEKO erwähnt, dass der sachliche Markt für *Firmenkredite* regional, höchstens kantonal abzugrenzen ist.⁵⁸⁵ Die WEKO hat sich vorbehalten, von einem räumlich weiteren Markt auszugehen mit dem Argument, dass zumindest Grossbanken auch gesamtschweizerisch zur Absorption einer regional oder kantonal entstehenden Nachfrage in der Lage sind, selbst wenn sie zu diesem Zeitpunkt in einem bestimmten räumlichen Markt nicht vertreten sind.⁵⁸⁶

553. Die WEKO anerkannte schliesslich im Zusammenschluss *UBS/SBV*, dass der räumlich relevante Markt für *Firmenkredite* stark von den spezifischen Bedürfnissen der einzelnen Nachfragerinnen abhängt, wobei die Bedeutung des Kundenkontaktes, der Prüfung der Bonität der Kundin und der Wirtschaftslage in ihrer Region und Branche, sowie die Tatsache, dass *Firmenkredite* grösstenteils in einem begrenzten Gebiet gewährt werden, für eine regionale Abgrenzung der *Firmenkredite* sprachen.⁵⁸⁷ Die enge Abgrenzung des Marktes für *Firmenkredite* war nicht nur die Folge des Nachfrageverhaltens, sondern hat auch dem Verhalten der Banken entsprochen. Im *Firmenkundengeschäfte* haben die Banken ihre

Angebote auf spezielle Wirtschaftszonen begrenzt.⁵⁸⁸ Die WEKO betonte jedoch, dass das Verhalten einer Unternehmenskundin von ihrer Grösse, ihrer Finanzlage und ihrem Tätigkeitsbereich abhängt. Grössere Unternehmen seien meist über die Kantons- oder Landesgrenzen hinaus tätig. Solche Unternehmen würden eine grössere Produktpalette nachfragen und die Nähe der Bank spiele eine weitaus kleinere Rolle.⁵⁸⁹

554. Aufgrund der gemachten Ausführungen zum räumlich relevanten Markt hat die WEKO schliesslich für den sachlich relevanten Markt eine Grenze von CHF 2 Mio. festgelegt, unterhalb welcher die Märkte für *Firmenkredite* regional und kantonal definiert werden.⁵⁹⁰ Damit hat die WEKO einen Markt für *Firmenkredite unter CHF 2 Mio.* regional bzw. kantonal abgegrenzt,⁵⁹¹ wobei die Marktabgrenzung letztlich offengelassen werden konnte, da die Parteien gewissen Auflagen zugestimmt haben.⁵⁹² Die WEKO deutet ausserdem an, dass der räumlich relevante Markt für *Firmenkredite über CHF 2 Mio.* zumindest national, wenn nicht gar international ist.⁵⁹³

555. Der Markt für *Devisenhandel* sowie der *Geldmarkt* dürften gemäss der WEKO international zu betrachten sein.⁵⁹⁴

556. Den Markt für *Emissionsgeschäfte* hat die WEKO bisher national abgegrenzt.⁵⁹⁵

557. Im Zusammenschluss *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen* hat die WEKO den Markt für *Handelsfinanzierung und Projektfinanzierung* als internationalen Markt bezeichnet.⁵⁹⁶

ii. Praxis der EU-Kommission

558. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung hat die EU-Kommission in ihrer bisherigen Praxis den Markt für Bankdienstleistungen, die an KMU erbracht werden, national abgegrenzt, während der Markt für Dienstleistungen an Grosskundinnen sowohl national als auch

⁵⁸⁵ RPW 1997/4, 527 Rz 17, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

⁵⁸⁶ RPW 1997/4, 527 Rz 19, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

⁵⁸⁷ RPW 1998/2, 288 Rz 46, *UBS/SBV*.

⁵⁸⁸ RPW 1998/2, 291 Rz 57, *UBS/SBV*.

⁵⁸⁹ RPW 1998/2, 291 Rz 58, *UBS/SBV*.

⁵⁹⁰ RPW 1998/2, 292 Rz 59, *UBS/SBV*.

⁵⁹¹ RPW 1998/2, 293 Rz 64, *UBS/SBV*; RPW 2002/4, 610 Rz 25, *Valiant Holding IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG*.

⁵⁹² RPW 1998/2, 293 Rz 65, *UBS/SBV*.

⁵⁹³ RPW 1998/2, 292 Rz 59 ff., *UBS/SBV*; RPW 2000/3 497 ff., 503 und 505, GUGLER PHILIPPE, NYDEGGER THOMAS: OECD Mini-Roundtable on Mergers in Financial Services – Contribution of Switzerland.

⁵⁹⁴ RPW 2007/4, 547 Rz 28, *Barclays/ABN AMRO*; RPW 2005/4, 653 Rz 33, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*.

⁵⁹⁵ RPW 2005/4, 653 Rz 31, *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*; RPW 1997/4, 527 Rz 17, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

⁵⁹⁶ RPW 1997/4, 528 Rz 20, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*; RPW 2000/3, 452 f., *HSBC Holdings plc und Crédit Commercial de France*; RPW 2001/3, 528 Rz 13, *Allianz AG und Dresdner Bank A*.

weiter als national abgegrenzt wurde. Letztendlich hat die Kommission diese Frage aber bisher offengelassen.⁵⁹⁷

iii. Standpunkt der Parteien

559. Gemäss den Parteien ist der Markt für *Firmenkredite unter CHF 2 Mio.* schweizweit abzugrenzen.⁵⁹⁸ Für die Gewährung des Kredits seien primär die Finanzkennzahlen des betreffenden Unternehmens und das Risiko entscheidend, wobei eine Risikoanalyse nicht regional stattfinde. Firmenkredite würden oft zur Erweiterung des Geschäftsfeldes bei schweizweitem bzw. überregionalem Wachstum aufgenommen.⁵⁹⁹ Weiter sei die Nähe des kreditnachfragenden Unternehmens zu einer Filiale nicht entscheidend. Es komme in erster Linie auf den Kontakt zum Kundenberater an, welcher auch online oder per Telefon stattfinden könne.⁶⁰⁰ Die Kreditvergabe erfolge vereinheitlicht, zentralisiert und faktenbasiert. Keinen Einfluss habe das räumliche Tätigkeitsgebiet eines Unternehmens.⁶⁰¹ Die regionale Untergliederung diene alleine dem Beratungsbedarf der Kunden und habe ihren Grund nicht in regionalen Produktmärkten.⁶⁰² Die Vergabestufe entscheide über die Kreditvergabe unabhängig vom Standort der Kundinnen.⁶⁰³ Unternehmenskundinnen könnten problemlos auf ausserkantonale Angebote ausweichen.⁶⁰⁴ Schliesslich sei die Preispolitik national geregelt.⁶⁰⁵

560. Die Parteien grenzen den Markt für *Firmenkredite über CHF 2 Mio.* im Einklang mit der Praxis der WEKO national ab, da Firmenkredite von Unternehmen beansprucht würden, welche national tätig und weder örtlich noch regional gebunden seien.⁶⁰⁶

561. Die Parteien grenzen ferner den Markt für *Devisenhandel und Geldmarkt* und den Markt für das *Emissionsgeschäft* im Einklang mit der WEKO-Praxis international ab.⁶⁰⁷

562. Schliesslich tragen die Parteien vor, die internationale Dimension der *internationalen Handelsfinanzierung* rühre daher, dass es um die Finanzierung eines internationalen Geschäfts gehe, womit Banken des Export- und Importlandes involviert seien.⁶⁰⁸

iv. Beurteilung

563. Die Markbefragung der Wettbewerbsbehörden hat ergeben, dass eine beträchtliche Zahl der befragten Banken (22 von 54) von einem nationalen Markt für Corporate Banking ausgehen. Eine kleinere Zahl der befragten Banken geht von einem kleineren kantonalen (6 von 54) oder regionalen Corporate Banking-Markt (6 von 54) aus. Bezeichnend ist, dass kleinere Banken, deren Tätigkeiten regional oder national ausgerichtet sind, regelmässig auch von einem engeren räumlichen relevanten Markt ausgehen. Hingegen spricht sich ein Teil der befragten Banken – vorab die Auslandsbanken – für einen grösseren räumlich relevanten Markt aus. Rund 7 der 54 befragten Banken geben an, es sei von einem europa-weiten Markt auszugehen. Schliesslich differenzieren ebenso viele Banken die räumliche Dimension des Corporate Bankings für (internationale) Grossunternehmen und sprechen sich dort für einen weltweiten Markt aus.⁶⁰⁹

564. Einzelne der befragten Banken gehen je Grösse der Unternehmenskundin⁶¹⁰ oder der nachgefragten Dienstleistung⁶¹¹ von unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten aus.

565. Ein Grossteil der kleinen (1–49 Beschäftigte) und mittleren befragten Unternehmen (50–250 Beschäftigte) haben einzig oder vorwiegend eine nationale Ausrichtung (9 von 13). Nur wenige der befragten KMU sind international oder exportorientiert tätig (4 von 13).⁶¹² Der Teilmarkt allgemeines Corporate Banking wäre folglich höchstens national abzugrenzen. Laut einem national tätigen Institut stellt die regionale Nähe der Dienstleistung bei KMU-Kundinnen einen wichtigen Faktor dar.⁶¹³ Diese Einschätzung wird von einer grossen Kantonalbank bestätigt; für KMU sei eine lokale Bankbeziehung wichtig.⁶¹⁴ Auch auf Stufe Regionalbank spricht sich ein

⁵⁹⁷ EU-KOMM, M.10378 vom 26.4.2022, Rz 47, *VUB/Slovenska Sporitelna/Tatra Banka/365.bank/CSOB/JV*; EU-KOMM, M.8553 vom 8.8.2017, Rz 21, *Banco Santander/Banco Popular Group*; EU-KOMM, COMP/M.3894 vom 18.10.2005, Rz 41, *Unicredito/HVB*; EU-KOMM, COMP/M.2567 vom 8.11.2001, Rz 37, *Nordbanken/Postgirot*.

⁵⁹⁸ Act. [...].

⁵⁹⁹ Act. [...].

⁶⁰⁰ Act. [...].

⁶⁰¹ Act. [...].

⁶⁰² Act. [...].

⁶⁰³ Act. [...].

⁶⁰⁴ Act. [...].

⁶⁰⁵ Act. [...].

⁶⁰⁶ Act. [...].

⁶⁰⁷ Act. [...].

⁶⁰⁸ Act. [...].

⁶⁰⁹ Act. [...].

⁶¹⁰ Eine Bank geht beispielsweise von einem regionalen Markt für kleine Unternehmenskundinnen, einem nationalen Markt für mittelgrosse Unternehmen und einem weltweiten Markt für grosse Unternehmen aus (Act. [...]). Ein weiteres Institut gibt an, dass die Kunden mit zunehmender Unternehmensgrösse aktiv nach Anbietern im Markt suchen würden und dabei der Standort der Anbieterin – abgesehen allenfalls von Sprachbarrieren – unbedeutend sei (Act. [...]). Eine befragte Konkurrentin gibt an, es sei zwischen KMU und grossen Unternehmen zu unterscheiden; der Markt für KMU sei regional oder kantonal, derjenige für Grosskundinnen national oder sogar international (Act. [...]). Eine weitere Bank geht für CH-Unternehmen von einem regionalen bis nationalen Markt aus, für Grosskundinnen von einem internationalen Markt (Act. [...]). Eine Konkurrentin gibt an, der Wettbewerb finde auf einer nationalen Ebene statt, ausser bei Grosskundinnen (Act. [...]). Eine Unternehmenskundin gibt an, der Wettbewerb bei KMU finde auf nationaler Ebene, für grössere KMU allenfalls europa-weit, statt, derjenige im Corporate Banking für Grossunternehmen weltweit (Act. [...]). Ferner: Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶¹¹ Ein Institut grenzt die räumliche Dimension grundsätzlich regional ab, ergänzt aber, dass für bestimmte Segmente von einem kantonalen Markt auszugehen ist (Act. [...]). Eine weitere Bank geht grundsätzlich von einem nationalen Markt aus, gibt aber an, dass die Dimension für Trade Finance international sei (Act. [...]). Eine weitere befragte Bank führt aus, dass der räumlich relevante Markt je nach Geschäftstätigkeit des Unternehmens und seinen Bedürfnissen lokal bis global sein kann (Act. [...]). Ferner: Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]. Unklar [...], wenn sie angibt, «prestations de base» würden ausschliesslich innerhalb der Kantons-grenzen erbracht (Act. [...]); Act. [...].

⁶¹² Act. [...].

⁶¹³ Act. [...], [...].

⁶¹⁴ Act. [...].

Institut für eine regionale Abgrenzung aus, da Regionalität, Kundennähe und Verlässlichkeit verlangt seien.⁶¹⁵ Die Banken seien zurückhaltender mit Unternehmenskundenbeziehungen ausserhalb des Geschäftsrays, da diese mit einem gewissen Risiko verbunden seien.⁶¹⁶ Eine Kantonalbank differenziert und geht bei kleinen Unternehmen von einem regionalen Markt aus und bei mittleren Unternehmen von einem nationalen.⁶¹⁷ Diverse weitere Stimmen sprechen sich bei KMU für eine regionale und/oder kantonale bis maximal nationale räumliche Dimension aus.⁶¹⁸

566. Auch die Parteien erklären im Bereich Firmenkredite unter CHF 2 Mio., dass eine regionale Untergliederung alleine dem Beratungsbedarf der Kunden diene und ihren Grund nicht in regionalen Produktmärkten hätte.⁶¹⁹ Damit bestätigen die Parteien implizit, dass die Marktgegenseite die Dienstleistungen regional nachfragt.

567. Für einen internationalen Markt des Corporate Bankings für Grossunternehmen spricht auch der Unternehmenstätigkeitsbereich der befragten Grosskundinnen (Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten), wo 12 von 18 international an mehreren Standorten tätig sind und weitere zwei exportorientiert arbeiten, gesamthaft also 14 von 18 eine internationale Ausrichtung pflegen.⁶²⁰ Dabei hat die Marktbefragung ergeben, dass einzelne kleinere Grosskundinnen ihre Bankdienstleistungen tendenziell bei Schweizer Banken nachfragen.⁶²¹ Das gilt selbst dann, wenn diese Unternehmen international oder exportorientiert tätig sind; für international tätige KMU gilt im Wesentlichen dasselbe.⁶²² Laut Raiffeisen und ZKB spielt die räumliche Nähe bei Grosskundinnen keine oder nur eine untergeordnete Rolle.⁶²³ Auch die Aargauische, Basler und Berner Kantonalbanken sowie die Société Générale Private Banking (Suisse) SA und weitere sprechen sich bei Grossunternehmen für eine internationale räumliche Dimension aus.⁶²⁴

v. Zwischenergebnis

568. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass der räumliche Markt zumindest zwischen kleinen und mittleren Unternehmen einerseits sowie grossen Unternehmen andererseits differenziert werden sollte. Zum Zwecke dieser Stellungnahme wird von zwei räumlich relevanten Märkten ausgegangen, wobei eine klare Abgrenzung und eine mögliche weitere Unterteilung offengelassen wird.

569. Zum einen wird für KMU von einem Bereich *allgemeines Corporate Banking* gesprochen, der möglicherweise kantonal oder regional abzugrenzen wäre, maximal aber national.

570. Zum anderen wird für grosse Unternehmenskundinnen von einem Bereich *Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen* gesprochen, welcher – zumindest für sehr grosse Unternehmenskundinnen – für zahlreiche in diesem Markt erbrachte Dienstleistungen wohl international abzugrenzen wäre, aber möglicherweise für gewisse Bereiche – insbesondere für das gesamte Geschäft mit kleineren Grosskundinnen, das Geschäft mit KMU und kleineren Grosskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen sowie für gewisse klar schweizbezogene spezifische Bedürfnisse – auch national. Zur nachfolgenden Prüfung wird für diese beiden

Bereiche – Geschäft mit kleineren Grosskundinnen und das Geschäft mit KMU und kleineren Grosskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen – vom engeren, national räumlichen Markt ausgegangen, um mögliche kartellrechtliche Bedenken zu adressieren.

571. Aus der Marktbefragung ergaben sich zahlreiche Hinweise, dass ein allfälliger *Corporate Banking-Markt für sehr grosse Unternehmenskundinnen* international abzugrenzen wäre. Dieser potentielle Teilmarkt wird nachfolgend nicht weiter vertieft, da die international abzugrenzenden Märkte nicht zu einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt führen. Ob auf diesem mutmasslich international abzugrenzenden Markt allenfalls Teilsegmente bestehen, die national abzugrenzen wären, wäre anhand einer vertieften Prüfung in Phase 2 abzuklären.

C.7.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

572. All jene relevanten Teilmärkte, welche national oder gar regional und/oder kantonal abgegrenzt wurden, werden nachfolgend einer vertieften Analyse unterzogen, da der Zusammenschluss zu betroffenen Märkten führt:

- *Allgemeines Corporate Banking*: Die allgemeinen Corporate Banking-Dienstleistungen werden von KMU-Kundinnen nachgefragt. Der Umsatz von UBS im KMU-Bereich beläuft sich 2022 schweizweit auf CHF [...], derjenige von Credit Suisse auf CHF [...]. Zusammen bewirtschafteten die UBS und Credit Suisse im KMU-Bereich 2022 schweizweit CHF [...], was einem Marktanteil von 37 % entspricht.⁶²⁵ Damit liegt ein betroffener Markt vor.
- *Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen*: Der Umsatz von UBS im Bereich der grossen Unternehmen beläuft sich 2022 schweizweit auf CHF [...], derjenige von Credit Suisse auf CHF [...] Zusammen haben die UBS und Credit Suisse im Bereich der grossen Unternehmen 2022 schweizweit CHF [...] bewirtschaftet, was einem Marktanteil von 34 % entspricht.⁶²⁶ Damit liegt ein betroffener Markt vor.

⁶¹⁵ Act. [...].

⁶¹⁶ Act. [...].

⁶¹⁷ Act. [...].

⁶¹⁸ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶¹⁹ Act. [...].

⁶²⁰ Act. [...].

⁶²¹ Z. B. Act. [...], Act. [...], Act. [...], wobei das betreffende Unternehmen ausschliesslich in der Schweiz aktiv ist, vgl. Act. [...].

⁶²² Z. B. Act. [...] und Act. [...]. Die befragte Unternehmenskundin gab zwar an, einzig in der Schweiz aktiv zu sein; ihr Zweck ist aber [Maschinenimport], womit ein internationaler Bezug gegeben erscheint; vgl. Act. [...] und Act. [...].

⁶²³ Act. [...] und Act. [...].

⁶²⁴ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶²⁵ Act. [...]. Das Total der Segmente ergibt sich gemäss Parteien aus der Addition der Spalten «Übrige Kredite gedeckt (Total)» und «Übrige Kredite ungedeckt (Total)» der SNB-Statistik.

⁶²⁶ Act. [...]. Das Total der Segmente ergibt sich gemäss Parteien aus der Addition der Spalten «Übrige Kredite gedeckt (Total)» und «Übrige Kredite ungedeckt (Total)» der SNB-Statistik.

573. Bevor nachfolgend die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz im Geschäftsbereich Corporate Banking näher betrachtet werden, ist in Erinnerung zu rufen, dass der Zusammenschluss die beiden grössten Anbieterinnen im Corporate Banking fusionierte. Beide Banken hatten schon eine bedeutende Stellung im Corporate Banking inne, als sie noch unabhängig waren. Sie waren nicht nur die mit Abstand stärksten Marktakteure, sondern sie übten im Markt zugleich auch schweizweit den stärksten Wettbewerbsdruck auf die jeweils andere Bank aus. Dieser gegenseitige, disziplinierende Wettbewerbsdruck ist nun weggefallen. Das stellt ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass sich der bisherige Wettbewerb, zumindest vorübergehend, stark reduzieren wird. Darüber hinaus vereinnahmte die neue UBS für ihr Corporate Banking die «Unternehmerbank» Credit Suisse, deren Firmenkundengeschäft von der Marktgegenseite als das beste im Schweizer Markt gelobt wurde.⁶²⁷ Das alles spricht dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung des fusionierten Unternehmens begründen kann oder wird. Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob die verbleibenden Wettbewerbsstellungen der Konkurrenten und/oder der Marktgegenseiten ausreichend stark sind, um zu verhindern, dass sich die neue UBS im Corporate Banking oder Teilen davon in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann.

C.7.2.1 Allgemeines Corporate Banking

i. Aktueller Wettbewerb

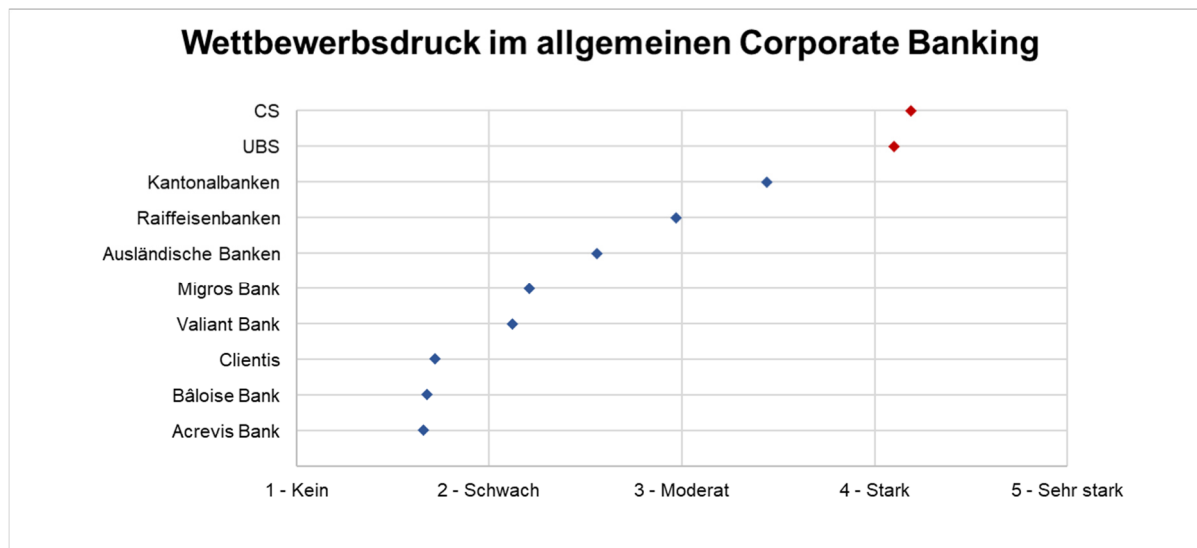
574. Eine überwiegende Mehrheit der befragten Banken beurteilt vor dem Zusammenschluss im allgemeinen Corporate Banking den Wettbewerb als stark bis sehr

stark (48 von 60).⁶²⁸ Aus der Kundenbefragung geht hervor, dass 7 von 11 der befragten KMU vor dem Zusammenschluss einen starken Wettbewerb wahrgenommen haben.⁶²⁹

575. Im allgemeinen Corporate Banking sieht die Mehrheit der Banken auch nach dem Zusammenschluss genügenden Wettbewerbsdruck (36 von 63). Argumentiert wird damit, dass die Kantonalbanken, Raiffeisenbanken und Regionalbanken den Wettbewerbsdruck im lokalen Markt sicherstellen würden. Dagegen erwarten 20 von 63 der Banken nach dem Zusammenschluss keinen genügenden Wettbewerb. Es wird insbesondere argumentiert, dass mittelgrosse Banken und Unternehmen auf Geschäftsbeziehungen mit grossen Schweizer Banken angewiesen sind, da sie zu gross für die lokalen Banken, gleichzeitig aber zu klein und daher uninteressant für die Auslandsbanken sind. Weiter werden Auswirkungen auf die Preise und Kreditkonditionen befürchtet. Die restlichen Antworten (7 von 63) segmentieren teilweise nach Grösse oder Bereichen und sprechen sich je nachdem für einen genügenden oder ungenügenden Wettbewerbsdruck aus.⁶³⁰

576. Die Kundenbefragungen haben ergeben, dass 9 der 13 befragten KMU nach dem Zusammenschluss von einem genügenden Wettbewerbsdruck auf dem Markt ausgehen. Das deckt sich mit den Erwartungen der Banken und der Prämisse, dass KMU vorwiegend allgemeine Corporate Banking-Dienstleistungen nachfragen, für welche in der Schweiz genügend Alternativen zum zusammengeschlossenen Unternehmen bestehen.⁶³¹

Abbildung 11: Wettbewerbsdruck im allgemeinen Corporate Banking



(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

⁶²⁷ Das ergibt sich u. a. auch aus der Statistik der SNB, wonach die Credit Suisse Ende 2022 bei sämtlichen Unternehmensgrössen – ausser bei den Mikrounternehmen, wo die UBS ein grösseres Gesamtkreditvolumen vergeben hat – [ein Mehr] an Firmenkrediten der UBS ausgegeben hatte.

⁶²⁸ Act. [...].

⁶²⁹ Act. [...].

⁶³⁰ Act. [...].

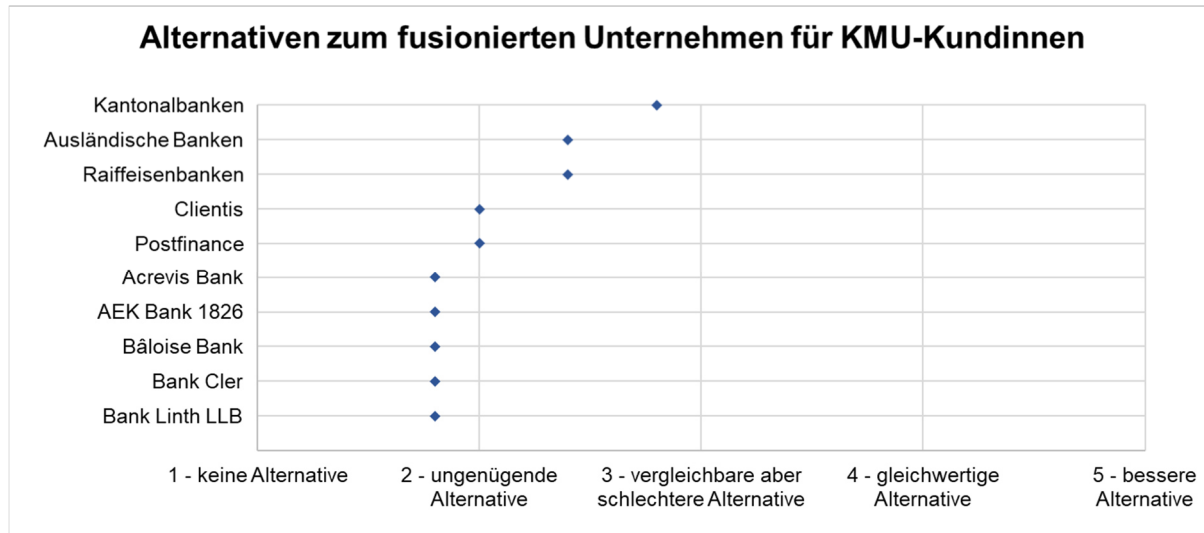
⁶³¹ Act. [...].

577. Von den Konkurrenten werden insbesondere die Kantonalbanken und die Raiffeisenbanken als starke (Kantonalbanken: 32 von 63; Raiffeisenbanken: 17 von 63) oder moderate Wettbewerberinnen (Kantonalbanken: 24 von 63; Raiffeisenbanken: 31 von 63) wahrgenommen. Auch die ausländischen Banken, die Migros Bank und die Valiant werden vielfach als moderate Wettbewerberinnen genannt (ausländische Banken: 20 von 61; Migros Bank: 25 von 58 und Valiant Bank: 15

von 58).⁶³² Aus Abbildung 11 wird ersichtlich, dass die Kantonalbanken durchschnittlich moderat bis stark bewertet wurden, die Raiffeisenbanken werden nur knapp als moderate Konkurrentinnen eingestuft. Von allen übrigen Banken wird ein ungenügender Wettbewerbsdruck erwartet.

578. Die Alternativen zum fusionierten Unternehmen werden wie folgt ausgewiesen:

Abbildung 12: Alternativen zum fusionierten Unternehmen für KMU-Kundinnen



(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

579. 6 von 14 der befragten KMU-Kundinnen bewerten die Kantonalbanken als gleichwertige bis bessere Alternativen zum fusionierten Unternehmen, ebenso viele bewerten sie als vergleichbare aber schlechtere Alternativen. Die Raiffeisenbanken werden als gleichwertige (3 von 12) oder als vergleichbare aber schlechtere (6 von 12) Alternativen wahrgenommen. Die ausländischen Banken werden etwas weniger stark bewertet. Nur 2 von 12 der KMU-Kundinnen bewerten sie als gleichwertige bis bessere und 3 von 12 als vergleichbare aber schlechtere Alternativen.⁶³³ Abbildung 12 macht jedoch deutlich, dass Kantonalbanken durchschnittlich nur gerade knapp als vergleichbare aber schlechtere Alternativen erwartet werden. Alle weiteren abgefragten Alternativen werden durchschnittlich eher als ungenügende Alternativen gewertet.

580. Die erwarteten Auswirkungen durch den vollzogenen Zusammenschluss im Markt für Corporate Banking werden von der überwiegenden Mehrheit der befragten Banken als negativ eingeschätzt (51 von 65). Es werden insbesondere eine eingeschränkte Auswahl der Dienstleistungen (46 von 51) und höhere Preise (29 von 51) erwartet. Ein geringerer Teil der Banken erwartet weniger Innovation (14 von 54) und schlechtere Qualität (7 von 51).⁶³⁴ Insbesondere der etwas umfangreichere und komplexe Zahlungsverkehr wird wohl nur in beschränktem Umfang von mittleren und kleineren Banken durchgeführt, welche somit kaum eine Alternative zu den Parteien bieten.⁶³⁵

581. Ein vergleichbares Bild zeigt sich bei den befragten Kundinnen, wo 24 von 30 negative Auswirkungen durch den vollzogenen Zusammenschluss im Markt für Corporate Banking erwarten. Ebenfalls werden vorwiegend eine eingeschränkte Auswahl der Dienstleistungen (19 von 24), höhere Preise (20 von 24) und weniger Innovation (11 von 24) erwartet. Eine geringere Anzahl Kundinnen rechnet mit schlechterer Qualität der Dienstleistungen (7 von 24). 6 von 30 der befragten Kundinnen erwarten keine Auswirkungen.⁶³⁶

⁶³² Act. [...].

⁶³³ Act. [...].

⁶³⁴ Act. [...].

⁶³⁵ Act. [...]; Act. [...].

⁶³⁶ Act. [...].

582. Es liegen lediglich nationale Zahlen der SNB zu Firmenkrediten vor, welche herangezogen werden, um die Verhältnisse auf dem Markt für allgemeines Corporate Banking zu beschreiben. Wie erwähnt, belaufen sich die Marktanteile von UBS und Credit Suisse für KMU im Jahr 2022 zusammen auf 37 %. Die Kantonalbanken verfügen in diesem Bereich über einen gemeinsamen Marktanteil von 34 %. Damit kann allerdings nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die Kantonalbanken eine nahezu gleichwertige Konkurrentin für die neue UBS darstellen würden. Die Kantonalbanken sind nicht Teil einer Unternehmensgruppe, sondern es handelt sich dabei um 24 rechtlich und wirtschaftlich selbstständige Bankinstitute, die keine gemeinsame Strategie verfolgen und teilweise auch untereinander im Wettbewerb stehen. Deshalb ist es den Kantonalbanken eben gerade nicht möglich, als Unternehmensgruppe aufzutreten, so Skaleneffekte zu realisieren und auf Augenhöhe mit dem UBS-Konzern zu konkurrieren. Die Raiffeisenbanken bewirtschaften 6 % der Firmenkredite der KMU und die Regionalbanken 3 %.⁶³⁷ Damit dürfte das fusionierte Unternehmen die mit Abstand grösste Anbieterin von allgemeinen Corporate Banking-Dienstleistungen geworden sein.⁶³⁸

583. Die Grösse einer Bank ist für das Angebot von Dienstleistungen des allgemeinen Corporate Bankings indes nicht allein entscheidend. Vielmehr hat sich gezeigt, dass nahezu sämtliche von KMU nachgefragten Dienstleistungen auch von kleineren Instituten wie Regionalbanken abgedeckt werden können.⁶³⁹ Selbst wenn also die neue UBS im Markt für allgemeines Corporate Banking über einen bedeutenden Marktanteil verfügt und damit Anzeichen für eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, stehen mit den einzelnen Kantonalbanken, den Raiffeisenbanken, den Regionalbanken und teils auch mit den Auslandsbanken, die bereits in der Schweiz tätig sind, Wettbewerberinnen bereit, die für einen gewissen Wettbewerb sorgen könnten. Jedenfalls lässt sich aufgrund der vorhandenen Informationen feststellen, dass der Wettbewerb im Markt für allgemeines Corporate Banking nicht beseitigt ist.

584. Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Marktbefragung kein einheitliches Bild zeichnet. Einerseits gehen insbesondere die KMU-Kundinnen und die Konkurrentinnen davon aus, dass im Bereich des allgemeinen Corporate Bankings sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss ausreichender Wettbewerb besteht und mit den einzelnen Kantonalbanken, Banken der Raiffeisengruppe und unter Umständen auch den Regionalbanken sowie insbesondere für grössere KMU mit Umsätzen zwischen CHF 100 Mio. und CHF 1 Mrd. im Jahr unter Umständen auch mit den Auslandsbanken⁶⁴⁰ Konkurrentinnen bereitstehen, welche die durch den Wegfall der Credit Suisse entstandene Lücke im allgemeinen Corporate Banking füllen könnten.

585. Trotzdem erwarten fast sämtliche befragten Konkurrentinnen und Unternehmenskundinnen negative Auswirkungen durch den Zusammenschluss, vorab höhere Preise, ein reduziertes Angebot an Dienstleistungen und eine verstärkte Verhandlungsposition des zusammengeschlossenen Unternehmens, da mit dem Wegfall der Credit Suisse kein anderes Schweizer Bankinstitut mehr dieselbe breite Palette an Produkten und

Dienstleistungen anbietet.⁶⁴¹ Selbst wenn die bereitstehenden Konkurrentinnen im allgemeinen Corporate Banking genügenden Wettbewerbsdruck auf die neue UBS ausüben könnten – was aufgrund der unterschiedlichen Antworten aus der Marktbefragung nicht ohne Weiteres als gegeben angesehen werden kann – darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass keine der Konkurrentinnen ein vollwertiges Äquivalent zur Credit Suisse darstellt, selbst wenn die übrigen Banken die meisten von KMU nachgefragten Dienstleistungen des allgemeinen Corporate Bankings ebenfalls abdecken. So befürchtet denn auch beinahe der gesamte Markt, dass der Zusammenschluss negative Auswirkungen zur Folge haben wird.⁶⁴²

586. Da bei diesem Ergebnis unklar ist, ob genügend aktueller Wettbewerb besteht, wird in einem nächsten Schritt geprüft, ob auf dem Markt für allgemeines Corporate Banking ausreichender potentieller Wettbewerb vorhanden ist, um eine disziplinierende Wirkung auf das fusionierte Unternehmen auszuüben.

ii. Potentieller Wettbewerb

587. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten oder zu produktmässigen Markterweiterungen etablierter Unternehmen kommt, die Zutritte oder produktmässigen Markterweiterungen rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von 2–3 Jahren) und diese genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat das keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann⁶⁴³ und kaum zusätzlicher Wettbewerbsdruck im Markt entsteht. Ebenso führt der Umstand, dass Unternehmen aus Risikodiversifikation alternative Bankbeziehungen eingehen, zwar zu einer Umverteilung und

⁶³⁷ Act. [...]. Das Total der Segmente ergibt sich gemäss Parteien aus der Addition der Spalten «Übrige Kredite gedeckt (Total)» und «Übrige Kredite ungedeckt (Total)» der SNB-Statistik.

⁶³⁸ Das nächst grössere Einzelinstitut dürfte vermutungsweise entweder die ZKB oder die PostFinance sein. Welches das ist, lässt sich nicht genau bestimmen, da die nächsten kleineren Marktanteile von den Parteien, basierend auf den Daten der SNB, nur für die Kantonalbanken einerseits und den übrigen Banken andererseits gemeinsam angegeben und nicht für die einzelnen Bankinstitute aufgeschlüsselt wurden.

⁶³⁹ Vgl. z. B. Act. [...]; Act. [...], [...].

⁶⁴⁰ Betreffend Auslandsbanken sei erneut angemerkt, dass sie bisher nur Unternehmenskundinnen ab einer gewissen Grösse betreuen und diesen auch nicht sämtliche «Basisdienstleistungen» des allgemeinen Corporate Bankings aus einer Hand anbieten. Dafür war das Geschäft mit den kleineren Unternehmenskundinnen für die Auslandsbanken bisher nicht attraktiv genug (vgl. aber sogleich unten Rz 590).

⁶⁴¹ In den Antworten auf die Fragebögen wurde denn auch mehrfach darauf hingewiesen, dass mit dem Wegfall der Credit Suisse bei Verhandlungen mit der UBS das Argument wegfällt, man werde sich nötigenfalls nach einem Angebot bei der Credit Suisse umsehen.

⁶⁴² Immerhin sei darauf hingewiesen, dass einzelne Preiserhöhungen, sollten sie denn erfolgen, nicht alleine im Ermessen der UBS liegen. Gerade im Bereich von Krediten, wenn die UBS also Risiken von der Credit Suisse übernimmt, könnten alleine die dadurch wachsenden Risikopositionen und die damit verbundenen notwendigen Vorkehrungen zu höheren Preisen führen.

⁶⁴³ RPW 2011/1, 129 Rz 217, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

Unternehmenskundinnen im Wesentlichen dieselben Dienstleistungen nachfragen wie Retail-Kunden, dürften insbesondere Firmenkredite für kleine Unternehmen tendenziell standardisierte Dienstleistungen darstellen, die von vielen Banken angeboten werden.

594. Ein KMU gibt an, dass neben dem zusammengeschlossenen Unternehmen die Kantonalbanken, Raiffeisenbanken und Regionalbanken einen Grossteil der Dienstleistungen abdecken können, lediglich für grössere Finanzierungen werde die Auswahl kleiner.⁶⁵⁵ Ein weiteres KMU erwähnt, dass der Markt es erlaube, in den Bankbeziehungen breit aufgestellt zu sein. Ferner schätze es den Schweizer Markt als dynamisch ein, womit der Wettbewerb mittel- bis langfristig allfällige Defizite im Markt beheben werde.⁶⁵⁶ Der Schweizer Markt stelle einen weit entwickelten Bankenmarkt mit sehr hoher lokaler Verfügbarkeit dar.⁶⁵⁷ Eine KMU-Kundin meint, der Wettbewerb dürfte bei den von anderen Instituten angebotenen Dienstleistungen gross bleiben; Preissteigerungen würden lediglich in den Bereich erwartet, wo das zusammengeschlossene Unternehmen eine Alleinstellung habe.⁶⁵⁸ Diese Auswahl an Antworten zeigt, dass die unternehmensseitig erwarteten negativen Auswirkungen differenziert zu betrachten sind und im Bereich des allgemeinen Corporate Bankings nicht allzu stark ins Gewicht fallen dürften.

595. Aufgrund der vom breiten Markt zunächst erwarteten negativen Auswirkungen durch den Zusammenschluss wurde der potentielle Wettbewerb geprüft. Da bereits diverse Alternativen auf dem Markt für das allgemeine Corporate Banking vorhanden sind, wurde indes primär die Möglichkeit von Marktausweitungen durch bereits auf den Märkten etablierte Bankinstitute und deren Möglichkeiten geprüft, die befürchteten negativen Auswirkungen zu verringern oder zu beheben. Diverse Banken nehmen bereits einen Zuwachs im Corporate Banking wahr und diese Umverteilung scheint noch immer im Gange zu sein.⁶⁵⁹

596. Durch diese bereits laufenden Marktveränderungen wird eine Stärkung des Wettbewerbs erwartet, wodurch auch die befürchteten negativen Auswirkungen abgefedert werden können. Nichtsdestotrotz verschwindet mit der Fusion von UBS und Credit Suisse die stärkste Konkurrentin der UBS im allgemeinen Corporate Banking vom Markt. Dass sich die Wettbewerbsdynamik und Konditionen auf dem Markt in einer derartigen Situation verändern, ist nicht überraschend. Allerdings ist aus kartellrechtlicher Sicht für die Zusammenschlusskontrolle alleine entscheidend, ob mit dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG entsteht oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Dies scheint aufgrund der zahlreichen Banken, die den Markt für allgemeines Corporate Banking bearbeiten oder bearbeiten könnten, sowie basierend auf den verfügbaren Informationen nicht der Fall zu sein.

iii. Zwischenergebnis

597. Die Marktbefragung hat für den Bereich des aktuellen Wettbewerbs ergeben, dass sowohl aus Konkurrenz- als auch Kundensicht auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt des allgemeinen Corporate Bankings diverse valable Alternativen zur Verfügung

stehen. Nichtsdestotrotz befürchten mehrere Konkurrentinnen als auch Unternehmenskundinnen negative Auswirkungen aufgrund des Zusammenschlusses, insbesondere höhere Preise, ein reduziertes Angebot an Dienstleistungen und eine verstärkte Verhandlungsposition des zusammengeschlossenen Unternehmens.

598. Die Ergebnisse der Marktbefragung zeigen, dass einzelne Schweizer Banken, die allesamt allgemeine Corporate Banking-Dienstleistungen anbieten, bereits einen Zuwachs an Corporate Banking-Unternehmenskundinnen verzeichnen, wobei es sich dabei um einen noch anhaltenden Prozess handelt. Der Kundenstamm der Alternativen zum zusammengeschlossenen Unternehmen könnte sich infolgedessen ausweiten, unter anderem aufgrund von Diversifikationsüberlegungen der Unternehmenskundinnen. Ohne externen Druck dürften insbesondere die KMU ihre Hausbankbeziehung allerdings kaum wechseln.⁶⁶⁰ Ähnlich den Gegebenheiten im Asset Management sind fallende Marktanteile rein aufgrund interner (oder externer) Diversifikationsüberlegungen oder Risk Management-Vorschriften nicht mit Wettbewerbsdruck gleichzusetzen, der gegen eine marktbeherrschende Stellung der neuen UBS sprechen würde. Wenn interne oder externe Vorschriften überschritten werden, und die Unternehmenskundinnen aus diesem Grund wechseln müssen, dürften auch bessere Konditionen der UBS nicht verhindern, dass die Unternehmenskundinnen Vertragsbeziehungen mit einer Konkurrentin eingehen. Im Ergebnis wird der Handlungsspielraum des fusionierten Unternehmens auf dem Markt dadurch nicht eingeschränkt und die neue UBS könnte sich trotzdem unabhängig von den anderen Marktteilnehmerinnen verhalten.

599. Dennoch sind an sich viele Konkurrentinnen auf dem Markt vorhanden, die Dienstleistungen für das allgemeine Corporate Banking anbieten könnten. Das spricht gegen eine Wettbewerbsbeseitigung zufolge des Zusammenschlusses. Aus der Perspektive des Wettbewerbs wäre dennoch wünschenswert, dass diese Konkurrentinnen ihr Angebot an Corporate Banking-Dienstleistungen für KMU-Kundinnen ausbauen würden. Dafür bestehen im Markt grundsätzlich ausreichend Geschäftsoportunitäten.

⁶⁵⁵ Act. [...].

⁶⁵⁶ Act. [...], [...].

⁶⁵⁷ Act. [...].

⁶⁵⁸ Act. [...].

⁶⁵⁹ So auch FuW vom 13.9.2023 (Fn 652), mit Bezug auf Aussagen von Prof. Andreas Dietrich von der HSLU, der mit «spürbaren Marktverschiebungen» rechnet und davon ausgeht, dass die Kantonalbanken im KMU-Geschäft am meisten profitieren werden.

⁶⁶⁰ Vgl. <<https://hub.hslu.ch/retailbanking/das-sind-die-wichtigsten-banken-fuer-die-schweizer-kmu>> (24.9.2023).

600. Die Ergebnisse der Marktbefragung sprechen weiter dafür, dass auf dem Markt für allgemeines Corporate Banking bereits zahlreiche Konkurrenzinstitute aktiv sind, welche entsprechende Dienstleistungen ebenfalls erbringen oder aber ihr Angebot mit verhältnismässig geringem Aufwand ausbauen könnten, um diese Dienstleistungen anbieten zu können. Die Befürchtungen fast sämtlicher Befragten, dass sich der Zusammenschluss negativ auf die Konditionen verschiedener Dienstleistungen des allgemeinen Corporate Bankings auswirken wird, sind allerdings zu berücksichtigen. Da die UBS und die Credit Suisse vor dem Zusammenschluss starke gegenseitige Konkurrentinnen waren, dürfte der Zusammenschluss zunächst zu einem erheblichen Verlust an Wettbewerb führen. Das heisst nicht automatisch, dass der Zusammenschluss kartellrechtlich problematisch ist. Allerdings liegen die Marktanteile des fusionierten Unternehmens auf dem Markt für allgemeines Corporate Banking um die 40 %, was dafür spricht, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen kann. Basierend auf der aktuellen Aktenlage lässt sich nicht abschliessend klären, ob die Stellung der Marktgegenseite, aktuell oder potentielle zukünftige Marktzutritte oder Angebotsausweitungen ausreichen, um zu verhindern, dass sich die neue UBS auf dem Markt für allgemeines Corporate Banking in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Für einen Eingriff der Behörden wäre allerdings zusätzlich notwendig, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf diesem Teilmarkt beseitigen kann. Das scheint vorliegend aber nicht der Fall zu sein, da bereits zum jetzigen Zeitpunkt etliche Banken präsent sind, die allgemeine Corporate Banking-Dienstleistungen anbieten. Es ist zudem damit zu rechnen, dass Banken, welche dies aktuell noch nicht tun (insbesondere Auslandsbanken) oder bereits im Corporate Banking tätig sind (insbesondere Kantonalbanken, namentlich die ZKB), ihre Angebote hier künftig ausbauen werden. Der wirksame Wettbewerb erscheint damit auf diesem Markt nicht beseitigt.

C.7.2.2 Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen

i. Aktueller Wettbewerb

601. Bei den Wettbewerbsverhältnissen im Corporate Banking für Grossunternehmen vor dem Zusammenschluss zeigt sich ein uneinheitliches Bild:

602. Allgemein gehen die Konkurrentinnen zu einem beträchtlichen Teil von einem starken Wettbewerb (21 von 56) aus, 9 der 56 befragten Konkurrentinnen haben den Wettbewerb sogar als sehr stark empfunden. 17 von 56 haben den Wettbewerb als moderat eingestuft und 9 von 56 haben nur wenig Wettbewerb wahrgenommen.⁶⁶¹

603. Nur 2 von 51 Konkurrentinnen haben den Wettbewerb im Corporate Banking für bestimmte Kundinnen, wie Export-, Handels-, Versorgungs- und Infrastrukturunternehmen, vor dem Zusammenschluss als sehr stark, 21 von 51 als stark und 20 von 51 als moderat eingestuft. Demgegenüber haben 6 von 51 Konkurrentinnen wenig Wettbewerb wahrgenommen und 2 von 51 sind von keinem/praktisch keinem Wettbewerb ausgegangen.⁶⁶²

604. Aus der Kundenbefragung geht hervor, dass 8 von 17 der befragten grossen Unternehmenskundinnen vor dem Zusammenschluss einen starken Wettbewerb wahrgenommen haben, 6 von 17 bezeichneten den Wettbewerb als moderat.⁶⁶³

605. Dieses bereits vor dem Zusammenschluss uneinheitliche Bild kehrt sich weiter ins Negative, wenn nach den erwarteten Auswirkungen des vollzogenen Zusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb gefragt wird. Es wird deutlich, welcher Wettbewerbsdruck von der UBS wegfällt, weil sie ihre ehemals stärkste und – je nach in Frage stehender Dienstleistung – einzige ebenbürtige Wettbewerberin im Corporate Banking vereinnehmen konnte.

606. Im Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen besteht nach dem Zusammenschluss nach überwiegender Ansicht der Banken kein genügender Wettbewerbsdruck (34 von 64).⁶⁶⁴ Das wird insbesondere mit fehlenden Alternativen und fehlender Konkurrenz begründet. Umfassende Dienstleistungen würden sodann nur noch von einer Schweizer Grossbank angeboten und es fehle die Aussicht auf neue Anbieterinnen mit der Möglichkeit und der Risikobereitschaft für grosse Finanzierungen.⁶⁶⁵ Demgegenüber stehen diejenigen Banken, welche noch immer von einem genügenden Wettbewerbsdruck nach dem Zusammenschluss ausgehen (22 von 64). Sie erwarten, dass andere Banken für den notwendigen Wettbewerbsdruck sorgen werden, beispielsweise die Kantonalbanken und sich neu auf dem Schweizer Markt etablierende ausländische Banken.⁶⁶⁶

607. Die Kundenbefragungen haben ergeben, dass 15 der 18 befragten Grosskundinnen nach dem Zusammenschluss von einem ungenügenden Wettbewerb auf dem Markt ausgehen.⁶⁶⁷ Das verstärkt die vorerwähnten Bankenerwartungen. Als Problempunkte werden insbesondere das Kreditgeschäft und Dienstleistungen für international tätige Unternehmen sowie die fehlenden Alternativen für Dienstleistungsanbieterinnen aus einer Hand genannt.⁶⁶⁸

608. Im Bereich Corporate Banking für bestimmte Kundinnen, wie Export-, Handels-, Versorgungs- und Infrastrukturunternehmen, erwarten 29 von 58 Banken nach dem Zusammenschluss keinen genügenden Wettbewerbsdruck, wobei in diesem Bereich dieselben Argumente genannt wurden wie im Bereich Corporate Banking für Grossunternehmen. 20 von 58 Banken gehen von einem genügenden Wettbewerbsdruck aus und 9 von 58 segmentieren nach gewissen Tätigkeitsgebieten oder lassen es offen, da sie sich dazu nicht äussern könnten.⁶⁶⁹

⁶⁶¹ Act. [...].

⁶⁶² Act. [...].

⁶⁶³ Act. [...].

⁶⁶⁴ Act. [...].

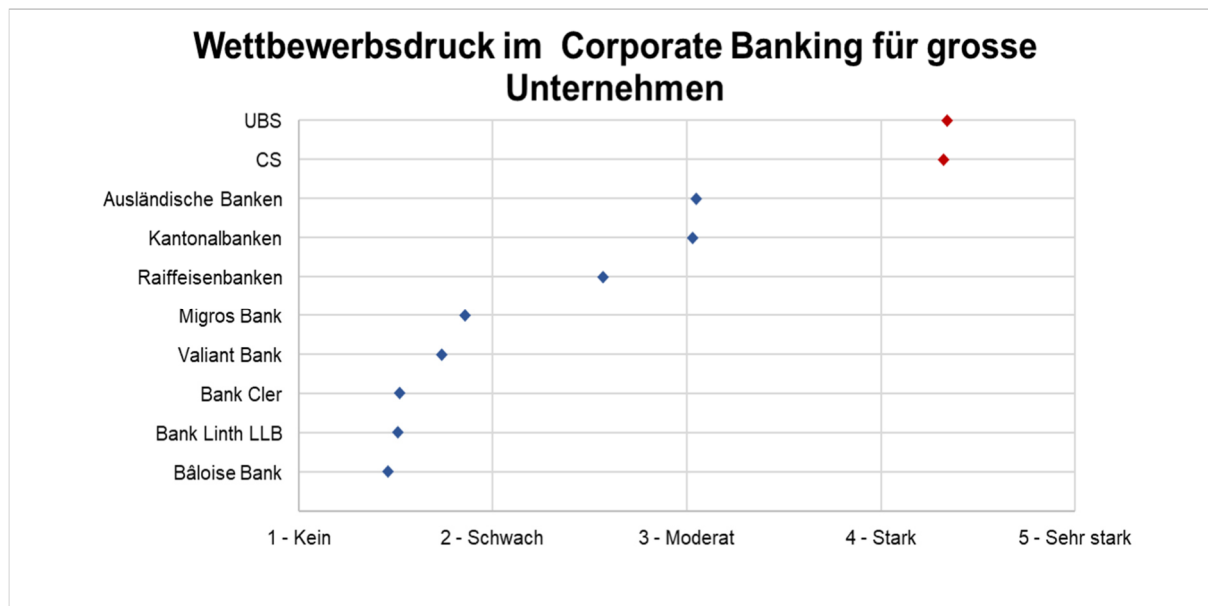
⁶⁶⁵ Act. [...], [...].

⁶⁶⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶⁶⁷ Act. [...].

⁶⁶⁸ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

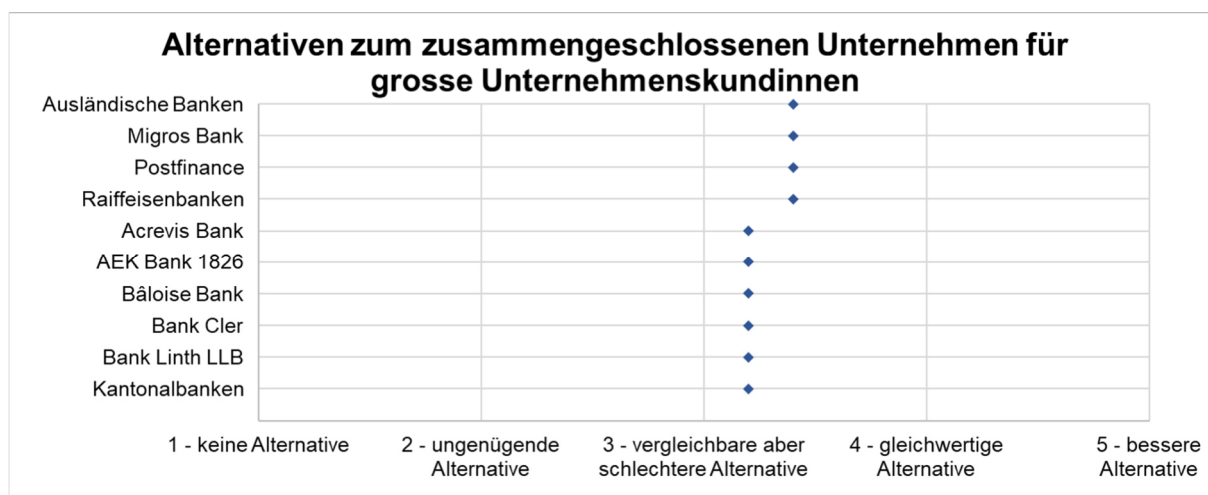
⁶⁶⁹ Act. [...].

Abbildung 13: Wettbewerbsdruck im Corporate Banking für grosse Unternehmen

(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

609. Im Bereich Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen kommen aus Sicht der Banken die Kantonalbanken und weniger die Raiffeisenbanken sowie ausländische Banken als starke bis sehr starke (Kantonalbanken: 15 von 59; Raiffeisenbanken: 7 von 60 und ausländische Banken: 18 von 57) oder moderate Wettbewerberinnen (Kantonalbanken: 31 von 59; Raiffe-

isenbanken: 26 von 60 und ausländische Banken: 21 von 57) in Frage.⁶⁷⁰ Die erwartete Stellung der Kantonalbanken ist insofern zu relativieren, als diese von den Konkurrentinnen als Ganzes bewertet wurden, obwohl sie gerade keine Unternehmensgruppe sind (vgl. Rz 582).

Abbildung 14: Alternativen für grosse Unternehmenskundinnen

(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

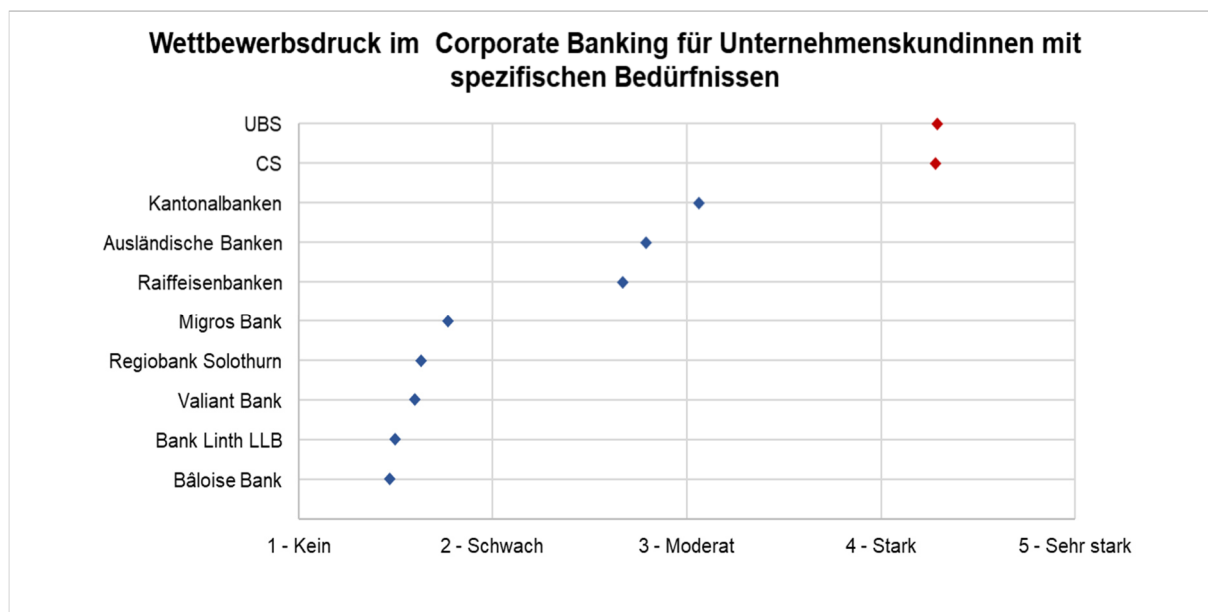
610. Die Kantonalbanken werden von lediglich 1 von 16 der grossen Unternehmenskundinnen als gleichwertige Alternative zum fusionierten Unternehmen erwartet. 10 von 16 bewerten sie als vergleichbare aber schlechtere Alternative. Die ausländischen Banken werden von 4 der 17 befragten grossen Unternehmenskundinnen als gleichwertige Alternative und von 10 der 17 befragten als vergleichbare aber schlechtere Alternative erwartet. Die Raiffeisenbanken werden deutlich weniger stark

bewertet. Sie werden lediglich von 2 der 17 befragten grossen Unternehmenskundinnen als vergleichbare aber schlechtere Alternative eingeschätzt.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Act. [...].

⁶⁷¹ Act. [...].

Abbildung 15: Corporate Banking für Kundinnen mit spezifischen Bedürfnissen



(Quelle: Marktbefragung, Darstellung durch das Sekretariat).

611. Im Bereich Corporate Banking für bestimmte Kundinnen geht eine wachsende Zahl an Konkurrentinnen davon aus, dass die ausländischen Banken stärker als Anbieterinnen auf dem Markt auftreten werden, der Wettbewerbsdruck wird allerdings nur von 3 der 52 Konkurrentinnen als sehr stark, von 13 der 52 als stark und von 16 der 52 als moderat erwartet. Weiterhin werden wiederum die Kantonalbanken und weniger die Raiffeisenbanken als starke bis sehr starke (Kantonalbanken: 14 von 53; Raiffeisenbanken: 7 von 54) oder moderate Wettbewerberinnen (Kantonalbanken: 25 von 53; Raiffeisenbanken: 27 von 54) eingestuft.⁶⁷² Die erwartete Stellung der Kantonalbanken ist auch hier wiederum zu relativieren, als diese von den Konkurrentinnen als Ganzes bewertet wurden (vgl. Rz 582).

612. Eine knappe Mehrheit der befragten Banken (31 von 53) und gar alle befragten Unternehmenskundinnen (20 von 20) gehen davon aus, dass das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss bestimmte Produkte und/oder bestimmte Dienstleistungen anbietet, ohne dass ausreichende alternative Angebote auf demselben Markt verfügbar sind.⁶⁷³ Insbesondere für nachfolgende Produkte und Dienstleistungen scheinen Alternativen zu fehlen:

- strukturierte Konsortialfinanzierungen und Projektfinanzierungen;⁶⁷⁴
- Restrukturierungen;⁶⁷⁵
- Export- und Trade-Finance-Produkte (Akkreditive; strukturierte Exportfinanzierungen);⁶⁷⁶
- (internationale) Kapitalmarkttransaktionen; Bond Business; IPO;⁶⁷⁷
- (internationale; börsennotierte) Mitarbeiterbeteiligungsprogramme; Management Buyouts;⁶⁷⁸
- komplexe Zins- und Devisengeschäfte;⁶⁷⁹

- Geldmarktdienstleistungen/internationaler Zahlungsverkehr/Cash Management;⁶⁸⁰
- Factoring;⁶⁸¹ und
- Leasing.⁶⁸²

613. Bei diesen Produkten und Dienstleistungen, für welche die Marktbefragung ergeben hat, dass mit dem Wegfall der Credit Suisse aktuell überhaupt keine oder jedenfalls keine gleichwertige Alternative mehr zur neuen UBS besteht, gibt es vier Bereiche, bei denen der Markt erwartet, dass das fusionierte Unternehmen eine dominante Stellung im Markt haben könnte:

- *Firmenkredite/strukturierte Konsortialfinanzierungen;*
- *Exportfinanzierungen;*
- *(internationaler) Zahlungsverkehr; und*
- *Bonds in Schweizer Franken – Kapitalmarkt (Debt Capital Market).*

⁶⁷² Act. [...].

⁶⁷³ Act. [...]; Act. [...].

⁶⁷⁴ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...]; Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...].

⁶⁷⁵ Act. [...].

⁶⁷⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶⁷⁷ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶⁷⁸ Act. [...], Act. [...], Act. [...], [...].

⁶⁷⁹ Act. [...], [...].

⁶⁸⁰ Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶⁸¹ Act. [...].

⁶⁸² Act. [...] und Act. [...].

614. Es ist zu schliessen, dass durch den Zusammenschluss nur noch die UBS mit einer umfassenden Dienstleistungspalette und einem gut ausgebauten globalen Netzwerk zur Auswahl steht, welche ein umfassendes Angebot von Corporate Banking-Dienstleistungen aus einer Hand anbietet und vor allem auch komplexe, nationale und internationale Finanzdienstleistungen anbieten und ausführen kann.⁶⁸³

615. Von dem zusammengeschlossenen Unternehmen wird auch erwartet, dass es nicht mehr gleich hohe Kredite sprechen wird oder kann, wie ein Grossunternehmen bis anhin durch *Firmenkredite* von der UBS und der Credit Suisse zusammen erhalten konnte ($1 + 1 \neq 2$). Diese Lücke kann aktuell durch Konkurrentinnen nicht ohne Weiteres ausgefüllt werden. Für grosse Unternehmenskundinnen fehlen somit aktuell Alternativanbieterinnen zur neuen UBS, welche grössere Kreditvolumen alleine finanzieren würden. Für Kredite solcher Grössenordnung bedarf es eines substantiellen Fundings, entsprechenden Know-hows und einer gewissen Risikofähigkeit,⁶⁸⁴ mithin eine gewisse Banken- und Bilanzgrösse, welche die überwiegende Zahl der in der Schweiz konkurrierenden Banken nicht erfüllen. Gerade bei Kantonalbanken können auch kantonale Regulierungen Grosskrediten entgegenstehen.⁶⁸⁵

616. Bei den *Konsortialkredit* entsteht gar eine zweifache Lücke, da zum einen eine starke Anbieterin und Leaderin verschwindet und mit der neuen UBS nur noch eine im Marktvergleich vollwertige Anbieterin im Markt verbleibt. Zum anderen wird erwartet, dass die UBS – und auch die übrigen Banken aufgrund ihrer jeweils eigenen Risikopolitik – nicht das Kreditvolumen von beiden Banken übernehmen (können) wird, womit sich das konsolidierte Risikoexposure gegenüber den Gegenparteien reduziert.⁶⁸⁶ Es liegt auf der Hand, dass nach dem Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse die Verfügbarkeit und der Erhalt solcher sehr grosser Finanzierungen, die vor dem Zusammenschluss für jede Grossbank UBS oder Credit Suisse alleine zu gross waren und deswegen gemeinsam, d. h. von einer Bankengruppe, getragen wurden, nun im Volumen und in der Summe zwangsläufig kleiner ausfallen, weil sie nicht mehr auf zwei Schweizer Grossbanken verteilt werden können.⁶⁸⁷ Kantonalbanken werden in diesem Bereich nur bedingt einspringen können. Die Credit Suisse war bei Konsortialkrediten zudem oft als Lead Bank tätig. Es kann gut sein, dass die UBS diese Dienstleistung nicht im gleichen Masse übernimmt. Für diese zweifache Lücke bleiben, sofern überhaupt Anbieter vorhanden sind, nur ausländische Institute und bis zu einer gewissen Grössenordnung allenfalls die ZKB.⁶⁸⁸

617. Aufgrund der Diversifikation und/oder eines möglichen maximalen Risikoexposure pro Bank, welche Unternehmen zur Risikominimierung einhalten müssen, ist zu erwarten, dass eine beträchtliche Anzahl von Kundinnen alternative Bankbeziehungen auf- oder ausbauen müssen. Neue Anbieterinnen dürften diese sich öffnenden Marktchancen erkennen und Markteintritte oder eine Marktbearbeitungsausweitung erwägen, was eine Chance für den Wettbewerb einerseits und die Konkurrentinnen der UBS andererseits darstellt.⁶⁸⁹

618. Auch von Kundenseite wird mit einer limitierten Anzahl von Anbieterinnen im Kreditgeschäft gerechnet, was in Verbindung mit einer höheren Renditeerwartung der ausländischen Banken zu höheren Kreditmargen führe.⁶⁹⁰ Da eine Konkurrentin wegfällt, wird ausserdem mit einer signifikant stärkeren Verhandlungsposition der UBS gerechnet.⁶⁹¹

619. Es liegen lediglich nationale Zahlen der SNB zu Firmenkrediten vor, welche herangezogen werden können, um die Marktverhältnisse ansatzweise zu beschreiben. Wie bereits erwähnt, belaufen sich die Marktanteile von UBS und Credit Suisse im Corporate Banking für Grossunternehmen im Jahr 2022 zusammen auf 34 %. In diesem Bereich sind die Kantonalbanken gemeinsam mit 29 % vertreten, wobei die Zahlen, wie in Rz 582 erläutert, mit Vorsicht zu betrachten sind. Raiffeisenbanken bewirtschaften 4,8 % der Firmenkredite der Grosskundinnen und die Regionalbanken 1,4 %.⁶⁹²

620. Die Angaben zu den Firmenkrediten können nicht ohne Weiteres in Marktanteile auf dem Markt für grosse Unternehmenskundinnen und Kundinnen mit spezifischen Bedürfnissen übertragen werden. Nichtsdestotrotz kann aus diesen Zahlen geschlossen werden, dass das fusionierte Unternehmen im Markt für grosse Unternehmenskundinnen und Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen über einen massgeblichen Marktanteil verfügt. Gerade weil es kein auch nur annähernd so grosses Einzelinstitut gibt, das der neuen UBS Konkurrenz machen könnte, besteht die Gefahr, dass das fusionierte Unternehmen hier die Möglichkeit erhält, sich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

621. Im Bereich der *Exportfinanzierung* bestand schon vor dem Zusammenschluss lediglich geringer Wettbewerb.⁶⁹³ Durch den Zusammenschluss werden zwei wichtige Akteure zu einem, womit die Anbieterseite stärker konsolidiert wird.⁶⁹⁴ Einzelne exportorientierte Unternehmenskundinnen gehen davon aus, dass nach der Integration der Credit Suisse nur noch die UBS die benötigten Dienstleistungen erbringen könne, da die meisten anderen Banken nicht über das notwendige Know-how oder die für Exportfinanzierungen notwendige

⁶⁸³ Act. [...].

⁶⁸⁴ Act. [...], [...].

⁶⁸⁵ So schreibt beispielsweise § 4 des Zürcher Kantonalbankgesetzes (Kantonalbankgesetz vom 28. September 1997 [Kantonalbankgesetz ZH; LS 951.1]) vor, dass das Grundkapital der ZKB aus dem Dotationskapital besteht, welches der Kanton der Bank zur Verfügung stellt. Den Rahmen desselben festzusetzen obliegt dem Kantonsrat (§ 11 Abs. 2 Ziff. 2 Kantonalbankgesetz ZH). Daher ist es der ZKB nicht möglich, nach Belieben zu wachsen und Eigenkapital aufzunehmen, beispielsweise über die Finanzmärkte. Damit geht u. U. eine Limitierung bei der Vergabe umfangreicher Kredite einher.

⁶⁸⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁶⁸⁷ Act. [...] und [...].

⁶⁸⁸ Act. [...], [...].

⁶⁸⁹ Act. [...], [...].

⁶⁹⁰ Act. [...] und Act. [...].

⁶⁹¹ Act. [...].

⁶⁹² Act. [...] Das Total der Segmente ergibt sich gemäss Parteien aus der Addition der Spalten «Übrige Kredite gedeckt (Total)» und «Übrige Kredite ungedeckt (Total)» der SNB-Statistik.

⁶⁹³ Act. [...].

⁶⁹⁴ Act. [...]; vgl. auch Act. [...]: «[...]».

Grösse verfügen.⁶⁹⁵ Dadurch erwarten einzelne Marktteilnehmerinnen zunächst eine eingeschränktere Auswahl und höhere Preise.⁶⁹⁶ Als mögliche Konkurrenz zu einem fusionierten Unternehmen werden nur die ZKB und einzelne Auslandsbanken erwähnt, die aber keine vollen Äquivalente zu einer selbstständigen Credit Suisse darstellen.⁶⁹⁷

622. Im Bereich des umfangreichen, teils *internationalen Zahlungsverkehrs* führt der Zusammenschluss ebenfalls zu einer Verengung auf Anbieterseite. Für komplexe Transaktionen mit hohen Zahlungsauftragsvolumen bedarf es einer Grossbank mit entsprechender Infrastruktur (IT, Personal etc.), Know-how und Bilanzgrösse, dem Zugang zu Liquidität auch in internationalen Märkten sowie einem internationalen Netzwerk von Korrespondenzbanken.⁶⁹⁸ Aktuell sind Banken rar, die den Wegfall der Credit Suisse in diesem Bereich kompensieren könnten.⁶⁹⁹ Aus der Marktbefragung geht hervor, dass dies im Bereich des internationalen Zahlungsverkehrs, wenn überhaupt, nur zu Teilen der ZKB und allenfalls Auslandsbanken zugetraut wird. Allerdings gilt auch hier, dass weder die ZKB noch einzelne Auslandsbanken dasselbe umfassende Angebot offerieren, wie es die Credit Suisse getan hat.

623. Auch im Bereich *Debt Capital Markets*, d. h. im Zusammenhang mit der Aufnahme von Fremdkapital an den Finanzmärkten, sind die UBS und die Credit Suisse die wichtigsten Akteure für Dienstleistungen wie vor allem der Emission von Anleihen in Schweizer Franken.⁷⁰⁰ Unternehmen, welche entsprechenden Zugang zum Kapitalmarkt benötigen, können zumindest in einer ersten Zeit nach dem Zusammenschluss in der Schweiz nur noch beim fusionierten Unternehmen aus einer Hand einen umfassenden Zugang zum Kapitalmarkt nachfragen.⁷⁰¹ Weitere Universalbanken mit breitem Produktportfolio, globaler Vernetzung und dem nötigen Investorenportfolio fehlen, und der Aufbau einer entsprechenden Infrastruktur – soweit überhaupt möglich – dauert eine nicht zu unterschätzende Zeit.⁷⁰² Bei der Emission von CHF-Bonds arbeiteten die grossen Unternehmen oftmals mit beiden Grossbanken zusammen.⁷⁰³ Aufgrund der Platzierungsstärke der beiden Banken verfügen gemäss Ergebnissen der Marktbefragung beide Grossbanken über eine dominante Stellung in diesem Bereich.⁷⁰⁴ Andere Schweizer Banken und ausländische Banken verfügen nicht über dieselbe Platzierungsstärke wie UBS und Credit Suisse. Kleine und mittelgrosse Institute dürften gemäss Angaben der Banken diese Dienstleistungen nicht anbieten können.⁷⁰⁵ Die Unternehmenskundinnen gaben an, dass es für – nationale und ausländische – Wettbewerberinnen schwierig sein dürfte, die Lücke zu füllen, welche die Credit Suisse in diesem Bereich hinterlässt.⁷⁰⁶ Dementsprechend geht der Markt davon aus, dass die UBS bei der Platzierung von CHF-Bonds zumindest vorübergehend über eine marktbeherrschende Stellung verfügen wird,⁷⁰⁷ was zu einer Einschränkung des Angebots und zu einer Erhöhung der Gebühren in diesem Zusammenhang führen könnte.⁷⁰⁸ Es dürften zwar Alternativen bestehen bleiben (grosse Kantonalbanken, Auslandsbanken), aber diese dürften eher eingeschränkt sein und keine vollen Äquivalente für eine unabhängige Credit Suisse darstellen.⁷⁰⁹

624. Zusammenfassend gibt es aus Sicht der Marktgegenseite und der Konkurrentinnen auf dem Teilmarkt Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen aktuell keine vollwertigen Alternativen zum zusammengeschlossenen Unternehmen. Diverse Dienstleistungen und/oder Produkte werden nicht oder nicht im nachgefragten Umfang von alternativen Playern angeboten. Es ist davon auszugehen, dass der neuen UBS insoweit eine marktbeherrschende Stellung zukommt, so denn der einstweilen abgegrenzte Markt für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen weiter zu segmentieren wäre (vgl. Rz 538 ff). Zu prüfen bleibt, ob der wirksame Wettbewerb auch potentiell beseitigt ist.

ii. Potentieller Wettbewerb

625. Bei der Beurteilung der potentiellen Konkurrenz spielen die Marktzutrittsschranken eine entscheidende Rolle. Dabei sind dieselben Faktoren als Markteintrittshindernisse zentral, welche auch die Expansion der aktuellen Wettbewerber behindern (Expansionshindernisse).⁷¹⁰ Im Rahmen der Analyse der aktuellen Konkurrenz wurde in den Rz 601 ff. vertieft auf das Corporate Banking für Grossunternehmen und das Corporate Banking für Unternehmen mit spezifischen Bedürfnissen eingegangen und dargelegt, dass mehrere Faktoren vorliegen, welche erhebliche tatsächliche oder rechtliche Hindernisse für Angebotsausdehnungen bereits etablierter Unternehmen, aber auch Marktzutrittsschranken für potentiell neu in den Markt eintretende Unternehmen darstellen können.

626. Es besteht die Möglichkeit, dass gewisse Kantonalbanken, an erster Stelle die ZKB, ihre Geschäftstätigkeit kontinuierlich ausbauen können, um so einen weiteren Teil der von Grossunternehmen nachgefragten Dienstleistungen und/oder Produkte und deren nachgefragtes Kreditvolumen zu absorbieren. So ist jüngsten Medienberichte zu entnehmen, dass die ZKB beabsichtigt, ihre

⁶⁹⁵ Act. [...].

⁶⁹⁶ Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...].

⁶⁹⁷ Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...].

⁶⁹⁸ Act. [...], [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁶⁹⁹ Act. [...].

⁷⁰⁰ Die Emission von Anleihen in Fremdwährungen erfolgt häufig über internationale Banken (vgl. z. B. Act. [...]).

⁷⁰¹ Act. [...].

⁷⁰² Act. [...].

⁷⁰³ Act. [...], Act. [...], Act. [...]; Act. [...].

⁷⁰⁴ Dabei hatte die Credit Suisse eine besonders starke Position. Dies zeigt sich u. a. dadurch, dass Grossunternehmen, die ihr Anleiengeschäft nicht bei beiden Grossbanken diversifizierten, es häufig bei der Credit Suisse hatten (Act. [...] und Act. [...], [...]).

⁷⁰⁵ Act. [...].

⁷⁰⁶ Act. [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁷⁰⁷ Act. [...] und Act. [...], [...]; Act. [...]; Act. [...].

⁷⁰⁸ Act. [...] und Act. [...]; Act. [...].

⁷⁰⁹ Act. [...]; Act. [...].

⁷¹⁰ RPW 2011/1, 129 Rz 218, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

Aktivität im Bereich der Konsortialkredite auszubauen. Dem Vernehmen nach ist die ZKB gewillt, in diesem Bereich mit anderen Kantonalbanken zusammenzuarbeiten, wobei die ZKB die Rolle der Lead Bank übernehmen könnte. Diese Ambitionen bestätigte einerseits die ZKB selbst. Andererseits belegen dies auch öffentlich verfügbare Zahlen, da das Volumen von Konsortialkrediten bei der ZKB von CHF 8 Mrd. im Jahr 2021 auf CHF 9 Mrd. im Jahr 2022 zugenommen hat. Zudem hat die ZKB bereits in der Vergangenheit erfolgreich Finanzierungen zwischen CHF 50 und 400 Mio. bei Midcaps durchgeführt.⁷¹¹

627. Allerdings könnten die ZKB und auch ein Konsortium an Kantonalbanken vor gewissen Problemen stehen. Die ZKB könnte bei Finanzierungstickets für sehr grosse Unternehmen wie Roche oder Novartis aufgrund der Dimension der Finanzierung nicht als Leaderin antreten. Dafür verfügt die ZKB nicht über ausreichend finanzielle Kapazitäten.⁷¹² Die ZKB geht davon aus, dass sie gemeinsam mit anderen Partnerbanken wohl ein Kreditvolumen von maximal rund CHF 1 Mrd. stemmen könnte.⁷¹³ Darüber hinaus können kantonale Vorschriften (bspw. Kapitalvorschriften) andere Kantonalbanken von vornherein von einer Marktausweitung oder einem Markteintritt abhalten. Der CEO der ZKB Urs Baumann liess dazu verlauten, bei den Unternehmenskundinnen werde es schwierig, die ZKB habe eine begrenzte Aufnahmekapazität und könne die entstandene Lücke nicht füllen. Der ZKB seien auch aufgrund der Kapitalvorschriften des Eigentümers Kanton Zürich Grenzen gesetzt.⁷¹⁴

628. Möglicherweise kann es auch den Raiffeisenbanken dank ihrer nationalen Präsenz gelingen, ihr Unternehmenskundengeschäft auszubauen, wobei diese zurzeit gemäss den Ergebnissen der Marktbefragung noch keine starke Konkurrenz zum fusionierten Unternehmen darstellen. Der Aufbau eines Corporate Banking-Geschäfts wäre daher mit einem erheblichen zeitlichen, finanziellen und insbesondere auch personellen Aufwand verbunden. Raiffeisen-Chef Heinz Huber beabsichtigt derzeit nicht, den Kreditrahmen für Firmenkredite auszuweiten. Auch bei Syndikatskrediten wolle Raiffeisen nicht als Lead Bank agieren.⁷¹⁵

629. Ebenfalls über eine nationale Präsenz verfügt die PostFinance. Im Bereich des Zahlungsverkehrs verfügt sie bereits über ein breites Know-how. Würde die PostFinance als vollwertige Bank auf dem Markt etabliert, könnte sie im Bereich des umfangreichen, teils internationalen, von grossen Unternehmen und Unternehmen mit spezifischen Bedürfnissen nachgefragten Zahlungsverkehrs Fuss fassen. Mit der heutigen Organisationsstruktur (die PostFinance ist zu 100 % in den Händen der Post AG, Eigentümerin letzterer ist der Bund) dürfte die Option einer PostFinance als vollwertige Bank, welche die UBS national und im Zahlungsverkehr international konkurrenzieren könnte, ohne politische Kehrtwenden allerdings illusorisch sein.

630. Im Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen wird von Kundenseite mit Blick auf den potentiellen Wettbewerb insbesondere erwartet, dass ausländische Banken die entstehenden Lücken

schliessen werden.⁷¹⁶ Diese sind von ihrer Infrastruktur, der internationalen Vernetzung, ihrem Funding und dem Know-how am stärksten aufgestellt, um die Nachfrage möglichst zeitnah zu decken, allerdings bestehen für sie im Vergleich zu Schweizer Banken spezifische Eintrittsbedingungen (bspw. zusätzliche Angaben zum Erhalt von FINMA-Bewilligungen). Weiter wird im Markt befürchtet, dass ausländische Banken trotz Markteintritt nicht sämtliche Geschäftsfelder abdecken werden, sondern nur gerade jene Unternehmenskundinnen abholen, welche ihnen wirtschaftliche Vorteile (hohe Margen) verschaffen können, und kein Interesse an der Abdeckung der breiten Nachfrage und generell niedermargiger Geschäftsvorfälle haben werden (Gefahr von «cherry picking»). Zudem wird es nicht zuletzt auch auf die Bereitschaft der Schweizer Unternehmenskundinnen ankommen, sich auf Bankverbindungen mit Auslandsbanken einzulassen (vgl. Rz 590).

631. Bei allen genannten möglichen Alternativen bestehen wenigstens Anhaltspunkte dafür, dass sie das Potential entwickeln könnten, künftig als moderate bis teils auch starke Konkurrentinnen zum fusionierten Unternehmen im Bereich Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen auftreten zu können. Jedoch bestehen bei allen genannten Playern unterschiedliche Hürden, die dem Markteintritt oder ihrer Marktausweitung entgegenstehen. Nicht bei allen genannten potentiellen Konkurrentinnen ist deshalb der rasche Zutritt zu den problematischen Bereichen der Teilmärkte gleichermassen zu erwarten, da der Aufbau dieser Geschäfte unter Umständen eine mehrjährige Umsetzung bedarf.

iii. Zwischenergebnis

632. Im Bereich des aktuellen Wettbewerbs gibt es auf dem Teilmarkt Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen aus Sicht der Marktgegenseite keine vollwertige Alternative zum zusammengeschlossenen Unternehmen. Diverse Dienstleistungen und/oder Produkte werden nicht oder nicht im nachgefragten Umfang von alternativen Banken angeboten. Weiter fehlen auch Alternativen, welche die Gesamtheit der Dienstleistungen und Produkte aus einer Hand anbieten.

⁷¹¹ Handelszeitung vom 14.9.2023 (Fn 652).

⁷¹² Handelszeitung vom 14.9.2023 (Fn 652).

⁷¹³ FuW vom 13.9.2023 (Fn 652).

⁷¹⁴ Tippingpoint vom 8.9.2023, Wer soll die neue UBS herausfordern? ZKB und Raiffeisen wollen lieber klein bleiben, <www.tippingpoint.ch/artikel/76918/wer_soll_die_neue_ubs_herausfordern_zkb_und_raiffeisen_wollen_lieber_klein_bleiben.html#:~:text=neue%20UBS%20herausfordern%3F-,ZKB%20und%20Raiffeisen%20wollen%20lieber%20klein%20bleiben,auch%20Kalk%C3%BCI%20hinter%20der%20Selbstverzweigung> (18.09.2023).

⁷¹⁵ Tippingpoint vom 8.9.2023 (Fn 714).

⁷¹⁶ Handelszeitung vom 14.9.2023 (Fn 652).

633. Nach dem Gesagten sind gewisse potentielle Konkurrentinnen denkbar. Jedoch stehen allen diesen Konkurrentinnen unterschiedliche, nicht unwesentliche Hürden entgegen, um sich auf dem Markt des Corporate Bankings für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen zu etablieren. Dem Markteintritt oder der Marktausweitung stehen unter anderem kantonale Vorschriften bei Kantonalbanken, Eintrittshürden für ausländische Banken und bei der PostFinance der Umstand, dass sie keine vollwertige Bank ist, entgegen. Übergreifende Probleme stellen die benötigten zeitlichen, finanziellen und personellen Ressourcen dar sowie die Tatsache, dass Markteintritte in diesen Bereichen ein jahrelanges Projekt darstellen und nicht von heute auf morgen umgesetzt werden können. Nicht zuletzt könnten auch die aktuell geführten politischen Diskussionen betreffend (teils massiver) Verschärfungen der Eigenkapitalanforderungen für Banken ein weiteres Hemmnis darstellen, weil derartige Auflagen einerseits Kredite allgemein verteuern und andererseits indirekt die Eintrittshürde für ausländische Bankinstitute erhöhen. Letztere werden sich überlegen, ob es sich anstatt im kleinen Markt Schweiz nicht eher lohnt, in anderen Ländern in Markteintritte oder -ausweitungen zu investieren.

634. Wie bereits dargelegt, bestehen im Teilmarkt Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und für Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen zumindest in gewissen Untersegmenten klare Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der neuen UBS. Aktueller Wettbewerb ist in diesen Bereichen momentan kaum vorhanden. Es gibt allerdings einige Banken, die zumindest das Potential hätten, der neuen UBS auch in diesen Bereichen Konkurrenz zu machen. Jedoch sehen sich alle diese Unternehmen – vorab die ZKB, die Auslandsbanken und die PostFinance – Hürden gegenüber.

635. Damit bestehen auch für den gesamten hier zu analysierenden Teilmarkt Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung des fusionierten Unternehmens, alleine schon infolge des durch die massgebliche Marktanteilsaddition erreichten hohen Marktanteils des fusionierten Unternehmens und dem fehlenden Wettbewerbsdruck durch andere Marktakteure. Aktuelle Konkurrenz ist insbesondere in den vier als besonders problematisch identifizierten Bereichen kaum vorhanden und der Eintritt potentieller Konkurrenz ist zwar nicht ausgeschlossen, aber dennoch nicht von heute auf morgen zu erwarten. Es ist damit nicht davon auszugehen, dass die Marktgegenseite aktuell oder in naher Zukunft eine ausreichende disziplinierende Wirkung auf die neue UBS ausüben kann. Das wäre in einer Phase 2 mit weiteren Ermittlungen vertiefter abzuklären. Immerhin stehen bei allen Dienstleistungen dieses Teilmarktes vereinzelt Wettbewerberinnen bereit, welche diese Dienstleistungen anbieten oder ihr Angebot ausbauen könnten.

636. Damit dürfte zwar eine marktbeherrschende Stellung der neuen UBS vorliegen, der wirksame Wettbewerb erscheint aber prima facie basierend auf den verfügbaren Informationen nicht beseitigt.

C.7.3 Fazit

637. Zum Zwecke der vorliegenden Stellungnahme wurde im Bereich des Corporate Bankings zwischen zwei sachlich relevanten Teilmärkten unterschieden und es wurde, weil weitere Ermittlungen dafür notwendig gewesen wären, die innerhalb der Phase 0 nicht mehr durchgeführt werden konnten, darauf verzichtet zu beurteilen, ob insbesondere der zweite Teilmarkt noch weiter zu unterteilen wäre.

638. Die räumlich relevanten Märkte wurden anhand der Unternehmensgrösse differenziert betrachtet, wobei aus gleichen Ermittlungsgründen auf eine definitive Abgrenzung verzichtet wurde.

639. Im Teilmarkt *allgemeines Corporate Banking* haben UBS und Credit Suisse zusammen einen Marktanteil von 37 %, womit ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vorliegt. Es stehen aktuell aber bereits valable Alternativen, unter anderem Kantonalbanken, Regionalbanken, Raiffeisenbanken und für gewisse Bereiche die PostFinance, zur Verfügung. Trotzdem befürchten diverse Konkurrentinnen und Unternehmenskundinnen eine Verschlechterung der Konditionen aufgrund des Zusammenschlusses (höhere Preise, reduziertes Angebot von Dienstleistungen, verstärkte Verhandlungsposition des zusammengeschlossenen Unternehmens).

640. Nach der Fusion verfügen die Parteien über einen gemeinsamen Marktanteil von nahezu 40 %. Dies stellt ein Indiz dar, dass mit dem Zusammenschluss im Markt eine dominante Stellung begründet wird. Ob die Stellung der Marktgegenseite aktuell ausreicht, um eine disziplinierende Wirkung auf das fusionierte Unternehmen auszuüben, konnte aufgrund der aktuellen Aktenlage nicht abschliessend geklärt werden. Die Prüfung hat aber auch gezeigt, dass auf dem Markt bereits etliche Anbieterinnen vorhanden sind, die allgemeine Corporate Banking-Dienstleistungen anbieten können und dass ein Ausbau für bisher noch weniger aktive Banken möglich wäre. Damit erscheint der wirksame Wettbewerb auf dem Markt für allgemeines Corporate Banking prima facie nicht beseitigt. Trotzdem führt das Verschwinden der Credit Suisse zu einem erheblichen Rückgang an disziplinierendem Wettbewerbsdruck für die UBS und kann so trotz bestehendem Wettbewerb schlechtere Konditionen für Unternehmen bedeuten.

641. Im Teilmarkt *Corporate Banking für grosse Unternehmenskundinnen und Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen* haben UBS und Credit Suisse zusammen einen Marktanteil von 34 %, womit ebenfalls ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vorliegt. Es wurden vier besonders betroffene Problembereiche erkannt in welchen, müsste dieser Teilmarkt, was durchaus angezeigt sein könnte, weiter segmentiert werden, erheblich höhere Marktanteile der UBS resultieren könnten bis hin zu ihrer zumindest temporären Quasi-Alleinstellung:

- *Firmenkredite*: Entstehende Lücke insbesondere für grössere Kredite mit gewissem Risiko und Ressourcenaufwand,
- *Exportfinanzierung*: Weitere Konsolidierung auf Anbieterseite,

- *(internationaler) Zahlungsverkehr*: Komplexe Transaktionen mit hohem Zahlungsauftragsvolumen verlangen nach entsprechender Infrastruktur und Bilanzgrösse sowie Zugang zu Liquidität auch in internationalen Märkten und in einem internationalen Netzwerk, und
- *Bond – Kapitalmarkt (Debt Capital Market)*: Bedarf eines breiten Produkteportfolios, globale Vernetzung und entsprechendes Investorenportfolio.

642. Im Teilmarkt des *Corporate Bankings* für grosse Unternehmenskundinnen und Unternehmenskundinnen mit spezifischen Bedürfnissen stehen aktuell keine vollwertigen Alternativen zum zusammengeschlossenen Unternehmen zur Verfügung. Diverse nachgefragte Dienstleistungen und/oder Produkte werden nicht oder nicht im nachgefragten Umfang von alternativen Instituten angeboten. Es fehlen auch Alternativen, welche die Gesamtheit der nachgefragten Dienstleistungen und Produkte aus einer Hand anbieten und dadurch Synergien anbieten können. Der aktuelle Wettbewerb ist folglich nicht im erforderlichen Ausmass gegeben. Als potentielle Konkurrentinnen kommen die Kantonalbanken, insbesondere die ZKB, in gewissen Bereichen die Raiffeisenbanken und ausländische Banken in Betracht. Dem Marktzutritt oder der Marktausweitung dieser potentiellen Konkurrentinnen stehen zurzeit aber unter anderem kantonale Vorschriften bei Kantonalbanken und Eintrittshürden für ausländische Banken entgegen. Übergreifende Probleme stellen die benötigten zeitlichen, finanziellen und personellen Ressourcen dar sowie eine lange Umsetzungsdauer. Ein wenigstens schwacher potentieller Wettbewerb scheint prima facie somit vorhanden. Aus diesem Grund sollte zumindest darauf verzichtet werden, diesen potentiellen Konkurrentinnen in den Bereichen, in denen Anzeichen für eine marktbeherrschende Stellung des fusionierten Unternehmens bestehen, den Markteintritt oder die Marktausweitung zusätzlich zu erschweren.

643. Die Marktbefragung hat indes ergeben, dass selbst in diesen als besonders heikel identifizierten Bereichen gewisse erste Konkurrenz vorhanden ist, wenn auch (noch) nicht in wünschenswertem Ausmass. Daher kann in diesen Bereichen von einer sehr mächtigen oder gar beherrschenden Stellung des fusionierten Unternehmens ausgegangen werden. Anzeichen, dass damit der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, so wie das Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG verlangt, bestehen prima facie hingegen nicht.

644. Trotzdem wird aufgrund der untergegangenen bzw. von der UBS übernommenen Credit Suisse am Markt in vielerlei Hinsicht eine Lücke entstehen, die zu teilweise erheblichen Veränderungen der Wettbewerbsdynamik führen dürfte. Deshalb ist darauf zu achten, dass die UBS ihre Dominanz oder gar erreichte marktbeherrschende Stellung nicht zu Lasten des zumindest vorübergehend beschränkten Wettbewerbs im Markt für Corporate Banking für Grossunternehmen und Corporate Banking für Unternehmen mit spezifischen Bedürfnissen oder Untersegmenten davon in unzulässiger Weise ausnutzt.

645. Im Corporate Banking wurde von zahlreichen Marktteilnehmern ausgeführt, dass sie steigende Preise

erwarten. Auf die Frage, wie dem allenfalls begegnet werden könnte, wurden in der Marktbefragung und in den geführten Expertengesprächen Preiskontrollen und Margenüberwachungen vorgeschlagen. Es ist die Aufgabe des Preisüberwachers, die Preisentwicklung zu beobachten (Art. 4 PÜG). Die Preisüberwachung erfolgt aber in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen. Bei Krediten handelt der Preisüberwacher insbesondere nach eingehender Konsultation mit der SNB und der FINMA (Art. 5 PÜG). Der FINMA kommt aus ihrer Tätigkeit damit nicht nur besondere Kenntnisse im Bereich der Banken und Versicherungen zu. Die FINMA ist zumindest für Kredite auch explizit als interessierter Kreis für die Preisüberwachung aufgeführt.

646. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die WEKO, die Preise und Gebühren für Dienstleistungen im Zusammenhang mit Firmenkrediten, Exportfinanzierungen, internationalem Zahlungsverkehr und der Platzierung von (insbesondere) CHF-Bondprodukten zu verfolgen und Auffälligkeiten dem Preisüberwacher zu melden. Betreffend den Teilbereich der Firmenkredite empfiehlt die WEKO zusätzlich zur Überwachung der absoluten Preise und Gebühren auch eine Kontrolle der Margen, insbesondere ob sich in den fünf Jahren vor dem Zusammenschluss im Vergleich mit der aktuellen und zukünftigen Situation auffällige Diskrepanzen ergeben. Die WEKO empfiehlt FINMA und SNB aus diesem Grund, die Entwicklung von Preisen, Gebühren und Margen – insbesondere betreffend die vier genannten Dienstleistungen Firmenkredite und Exportfinanzierung, internationaler Zahlungsverkehr sowie Platzierung von Bonds in Schweizer Franken – näher zu beaufsichtigen und bei Auffälligkeiten mit dem Preisüberwacher zusammenzuarbeiten und diesem die verfügbaren Daten zur Verfügung zu stellen.

C.8 Gemeinschaftswerke des Finanzplatzes Schweiz

647. Die Gemeinschaftswerke der Schweizer Bankwirtschaft wurden gegründet, um eine gemeinsame Branchen- und Netzinfrastruktur zu betreiben und den Banken gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Sie sind hauptsächlich in den Bereichen Zahlungstransaktionen und Wertschriftendienstleistungen tätig. Eigentümerinnen der Gemeinschaftswerke sind die Banken.⁷¹⁷

⁷¹⁷ Vgl. RPW 2005/2, 411 Rz 23 ff., Bericht zur Nachprüfung der Auflagen betreffend Zusammenschluss UBS/SBV.

648. Seit dem Zusammenschluss SWX Group/SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG sind die wichtigsten Gemeinschaftswerke in der SIX Group AG («SIX Group») zusammengefasst.⁷¹⁸ Wichtige Geschäftsbereiche der SIX Group sind die Schweizer Börse (SIX Swiss Exchange), die SIX SIS AG als Zentralverwahrerin des Schweizer Finanzmarktes (CSD, Central Securities Depository) und das von der SIX betriebene Zahlungssystem Swiss Interbank Clearing (SIC). SIX bietet aber über die gesamte Wertschöpfungskette hinweg zahlreiche weitere Dienstleistungen an, welche hauptsächlich von Banken nachgefragt werden in so unterschiedlichen Bereichen wie Clearing Services, Issuing Processing für Debitkarten oder Dienstleistungen rund um die Bancomat-Infrastruktur.

649. Der Fragebogen an die konkurrierenden Unternehmen enthielt zwei offene Fragen, welche nicht auf einen bestimmten Markt fokussiert waren. Die Banken wurden generell gefragt, in welchen Bereichen oder Märkten die UBS und Credit Suisse durch den Zusammenschluss eine dominante Stellung erreichen oder ihre dominante Stellung verstärken könnten. Zudem wurde den Banken Gelegenheit eingeräumt, weitere Bemerkungen oder Informationen anzufügen, die für das Zusammenschlussverfahren von Bedeutung sein könnten.

650. Auf diese beiden Fragen wurde unter anderem die Position der neuen Bank in den Gemeinschaftswerken, namentlich in der SIX Group, als problematisch qualifiziert. Im Einzelnen hat das Sekretariat folgende Voten dazu erhalten:

- [...]: «Bankinfrastrukturanbieter wie z.B. die SIX und weitere dürften sehr stark von der UBS geprägt werden. Die Abhängigkeiten der einzelnen Banken von der UBS wird sich vergrössern.»
- [...]: «Im Servicebezug von für den Finanzplatz zentraler Lieferanten hatten beide Grossbanken bis anhin eine sehr starke Marktposition, die sich durch diesen Zusammenschluss nochmals verstärkt. Hierzu zählen u.a. alle von der SIX Group AG erbrachten Services. Die Preisgestaltung erfolgt in Volumenstaffeln und führt so bei beiden Grossbanken (zukünftig nur noch ein Anbieter) zu starken Preisvorteilen gegenüber allen anderen Kunden. Da gewisse Services exklusiv von der SIX Group AG für den Finanzplatz angeboten werden, gibt es keine Bezugsalternativen.»
- [...]: «[...] ist der Ansicht, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die UBS eine dominante Stellung in den folgenden Bereichen oder Märkten erhalten bzw. eine solche Stellung verstärken könnte: [...].
 - Interbanken-Institutionen: Mit der Fusion erreichen UBS und CS eine noch dominantere Stellung in den Interbank-Institutionen wie bspw. SIX, SIC, PaCoS, Schweizerische Bankiervereinigung und können den Finanzplatz betreffende Fragestellungen (z.B. im Zahlungsverkehr) allein entscheiden und somit auch ihre Lösungen allen anderen Banken aufzwingen. Diese Gremien stellen heute die Weichen für den Schweizer Finanzplatz von morgen. Es besteht die Gefahr, dass die entsprechenden Weichenstellungen nur noch die Interes-

sen der fusionierten UBS/CS reflektieren. Hier ist durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der übrigen Banken, einschliesslich [...], in diesen Gremien auch zukünftig hinreichend gewahrt werden können.

Insbesondere mit Blick auf die SIX lässt sich das Folgende festhalten: Die UBS und die CS sind bisher beide im Verwaltungsrat der SIX vertreten. Wie die Zusammensetzung des SIX-Verwaltungsrats nach dem Zusammenschluss geregelt sein wird, ist (zumindest [...]) noch nicht klar. Sowohl die Zusammensetzung des Verwaltungsrats als auch die Ernennung und Wahl neuer Mitglieder unterliegen dem geltenden Aktionärsbindungsvertrag. Die Übertragung von Aktien bedarf der Genehmigung des Verwaltungsrats.»

- [...]: «Wichtige geschäftliche Verbindungen bestehen zudem in den folgenden Gremien: SIX-Group, SIC, TWINT. In diesen Gremien waren UBS und CS bereits vor der Transaktion stark vertreten. Der Einfluss der neuen UBS dürfte auf diese Gremien noch weit aus grösser sein, so dass sicherzustellen ist, dass die Interessen der übrigen Teilnehmer, insbesondere [...], trotzdem noch gewahrt werden können. Dies ist insbesondere auf Stufe von diversen Arbeitsgruppen, wo CS und UBS mit sehr vielen Spezialisten vertreten sind, der Fall. Für [...] ist wichtig, dass allfällige regulatorische Verschärfungen im Hinblick auf die neue UBS nicht unbesehen auf sämtliche andere Banken angewendet werden. Dies könnte Grössen- und andere Wettbewerbsnachteile der im Vergleich zur UBS wesentlich kleineren Bankinstitute noch weiter verstärken und damit ungewollt den Wettbewerb zusätzlich beschränken. Nebst einer differenzierten Regulierung ist daher sicherzustellen, dass in sämtlichen relevanten Gremien (SIX-Group, SIC, TWINT) nebst den Interessen von UBS auch die Interessen der übrigen Banken weiterhin Gehör finden, insbesondere auf Ebene verschiedener Arbeitsgruppen. Ansonsten drohen mittelfristig negative wettbewerbliche Auswirkungen (Marktverschluss etc.).»
- [...]: «Im B4B Bereich (Services für Banken) wird die UBS/CS insbesondere im Execution für Cash Equities, ETD und Bonds einen sehr grossen Marktanteil in der Schweiz haben (Schätzung: über 30%). Ebenfalls wird im Global Custody Bereich zusammen mit der SIX die Marktführerrolle ausgebaut. Dies führt dazu, dass die neue UBS bei den Einstandspreisen bei der SIX (Börsengebühren und Global Custody) klare Wettbewerbsvorteile gegenüber [...] und kleineren Anbietern hat. In diesem Fall ist die Prüfung des SIX Pricings (unsere Einstandspreise) auf der folgenden Seite für Execution empfehlenswert: <https://www.ser-ag.com/dam/downloads/regulation/trading/directives/loc-tr-de.pdf> und auf der folgenden Seite für Global Custody: <https://www.six-group.com/dam/download/securities-services/custody-and-settlement/info-center/clients/pricing/scu-fees-221201-international-de.pdf>.»

⁷¹⁸ Vgl. RPW 2007/4, 557 ff., SWX Group/SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG.

- [...]: Auf die Frage in welchen Bereichen/Märkten eine dominante Stellung droht: «Insbesondere im Thema Asset Management (Verwaltung von grossen Volumen, etc.) und Infrastruktur für Banken (bspw. SIX, die v.a. von den Banken gehalten wird – wichtigste Eigentümer sind UBS und CS).»

651. Neben den Banken gehen auch zwei Verbände auf die Thematik ein:

- [...]: «Ein Bankenmitglied erwartet: Auch in Bezug auf die Gemeinschaftswerke, namentlich dem Infrastruktur-Anbieter SIX, stellen sich Fragen. UBS wird aufgrund des Zusammenschlusses voraussichtlich eine dominierende Hauptaktionärin der SIX sein. Dadurch könnte die UBS eine bedeutende Einflussnahme auf die Strategie/Governance von SIX ausüben mit potenziell negativen Auswirkungen für kleinere Aktionäre.»

- [...]: «Auch in Bezug auf die Gemeinschaftswerke, namentlich dem Infrastruktur-Anbieter SIX, stellen sich Fragen. UBS wird aufgrund des Zusammenschlusses voraussichtlich eine dominierende Hauptaktionärin der SIX sein. Dadurch könnte die UBS eine bedeutende Einflussnahme auf die Strategie/Governance von SIX ausüben mit potenziell negativen Auswirkungen für kleinere Aktionäre.»

652. Vor dem Hintergrund dieser Bedenken gilt es erstens zu klären, wie der Einfluss der neuen UBS auf die Gemeinschaftswerke, namentlich die SIX Group, in Bezug auf Beteiligungen, Stimmrechte und Einsitz im Verwaltungsrat ausgestaltet ist. Zweitens stellt sich die Frage nach preislichen Vorteilen beim Bezug von Leistungen der Gemeinschaftswerke.

653. Aus der nachfolgenden Tabelle geht hervor, wie die Beteiligung an der SIX Group ausgestaltet ist:

Tabelle 12: Beteiligungsverhältnisse SIX Group

Firma	Geschäftstätigkeit/Zweck	Beteiligung Parteien	Andere Aktionäre	Vertretung im Verwaltungsrat (Parteien)
SIX Group AG	Gemeinschaftswerk schweizerischer Finanzinstitutionen für das Halten und Verwalten von Beteiligungen an Unternehmen im Börsen-, Banken-, Finanzinfrastruktur- und Finanzdienstleistungsbereich.	UBS: [...] % Credit Suisse: [...] % Zusammen: 34,49 %	Handels- und Investmentbanken: 17,6 % Auslandsbanken: 15,1 % Kantonalbanken: 14,3 % Raiffeisen/Regionalbanken: 8,5 % Andere Banken: 4,1 % Privatbanken: 2,8 % Eigene Aktien: 3,1 %	Zwei Verwaltungsräte im insgesamt zehnköpfigen Verwaltungsrat.

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat).

654. Bei der Beurteilung des Einflusses der neuen UBS auf die SIX Group ist zu berücksichtigen, dass ein Aktionärsbindungsvertrag (ABV) besteht,⁷¹⁹ welcher unter anderem folgende relevante Bestimmungen enthält:

- [...].
- [...].

655. Zusammenfassend verfügt die neue UBS weder über eine *Mehrheit* der Stimmrechte als Aktionärin noch über eine Mehrheit im Verwaltungsrat. Sie hat weiter weder durch ihre Stimmrechte als Aktionärin noch durch ihre Vertretung im Verwaltungsrat Sperr- oder Vetomöglichkeiten, um Entscheide der SIX Group AG oder Abänderungen des ABV zu blockieren. Vor diesem Hintergrund sind keine Massnahmen gegenüber der UBS erforderlich.

656. Bezüglich der von den Banken angesprochenen Problematik des Pricings der Dienstleistungen der Gemeinschaftswerke für die Banken ist festzuhalten, dass diese – je nach Ausgestaltung der Grössenvorteile bei den Tarifen – zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der anderen Banken führen könnten. Tatsächlich sind diverse Gebühren der Gemeinschaftswerke volumenabhängig. Zur Illustration seien Folgende genannt:

- *Börse*: Die Gebührenordnung zum Handelsreglement der SIX Swiss Exchange AG sieht vor, dass sich die Transaktionsgebühren für den Handel an der Börse im Auftragsbuch nach «Commitment Levels» bestimmen. Grundsätzlich gelten als Commitment Levels monatlich definierte Mindestgebührenvolumina (Ziff. 7.4.3 der Gebührenordnung).⁷²⁰

- *Custody*: Die Preisliste der SIX SIS International Services sieht bei den Custody Services ein Volumen-Rabattmodell für internationale Settlement-Transaktionen vor (vgl. Ziff. 2.1). Gleiches gilt bei der Depotverwahrung (vgl. Ziff. 2.6. der Preisliste). Für die Gewährung der Volumenrabatte werden sämtliche relevanten Volumen einer Gruppe herangezogen. Eine Gruppe liegt vor, wenn Institute in einem Mutter-/Tochterverhältnis zueinanderstehen oder Teil einer Holdinggesellschaft sind und eine Konsolidierung der Beteiligung in der Konzernrechnung stattfindet (Ziff. 1.1).

⁷¹⁹ Act. [...].

⁷²⁰ SIX, Gebührenordnung zum Handelsreglement vom 17. Mai 2023, <www.ser-ag.com/dam/downloads/regulation/trading/directives/loc-trade.pdf> (18.9.2023).

- **Zahlungsverkehr:** SIX betreibt das Zahlungssystem Swiss Interbank Clearing (SIC). «Das wichtigste Zahlungssystem in der Schweiz ermöglicht auch Transaktionen zwischen Banken weltweit: Finanzinstitute rund um den Globus wickeln nahezu alle ihre Interbankverpflichtungen in Schweizer Franken über SIC ab».⁷²¹ Die aktuellen Preise für die teilnehmenden Instituten hängen vom monatlichen Transaktionsvolumen ab.⁷²²

657. Diese Tarife werden nicht durch die Zusammenschlussparteien festgesetzt, so dass sie gar nicht direkt Adressatinnen allfälliger Massnahmen sein könnten. Es stellt sich die Frage, ob der Zusammenschluss nicht Anlass dafür sein sollte, dass die dafür zuständigen Behörden die Tarife daraufhin überprüfen, ob sie angesichts der neuen Situation nach dem Zusammenschluss und der Ausgestaltung allfälliger volumenabhängiger Preise oder Rabatte zu Wettbewerbsverzerrungen führen können.

658. Die Schweizer Finanzmarktinfrastrukturen werden durch die FINMA beaufsichtigt. Die gesetzlichen Grundlagen dazu finden sich unter anderem im Finanzmarktinfrastukturgesetz⁷²³ und in der Finanzmarktinfrastukturverordnung.⁷²⁴ Art. 18 FinfraG sieht einen diskriminierungsfreien und offenen Zugang zu den Dienstleistungen der Finanzmarktinfrastuktur vor. Art. 17 Abs. 1 FinfraV konkretisiert dies in Bezug auf die Gebühren. «Ein diskriminierungsfreier Zugang ist insbesondere dann nicht gewährleistet, wenn [...] überhöhte Preise für die Nutzung der angebotenen Dienstleistungen verlangt werden. Gebührenstrukturen dürfen keine Marktstörungen begünstigen.»

659. Neben der FINMA nimmt auch die SNB Überwachungsfunktionen in Bezug auf systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen wahr (Art. 19 Nationalbankgesetz [NBG; SR 951.11]). Art. 24 Nationalbankverordnung (NBV; SR 951.131) verpflichtet die Betreiber einer solchen Finanzmarktinfrastuktur zur Gewährung eines diskriminierungsfreien und offenen Zugangs zu ihren Dienstleistungen. Gemäss Art. 23a NBV sind die Preise und Gebühren der Dienstleistungen, einschliesslich der Bedingungen für die Gewährung von Rabatten, zu publizieren. Bei der SIC nimmt die SNB zudem Einsitz in den Verwaltungsrat und verfügt auch so über die Möglichkeit, auf das Pricing dieses Zahlungssystems Einfluss zu nehmen.

660. In diesem Zusammenhang kann zusätzlich auf Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG verwiesen werden, wonach die gemäss einer bundesrechtlichen Vorschrift zur Überwachung von Preisen eines marktmächtigen Unternehmens zuständige Behörde den Preisüberwacher über die von ihr vorzunehmenden Preisbeurteilungen orientiert.

661. Die WEKO empfiehlt der FINMA und der SNB, die Preise und Gebühren der Betreiber von Finanzmarktinfrastrukturen im Rahmen ihrer gesetzlichen Möglichkeiten auf Wettbewerbsverzerrungen hin zu überprüfen, die sich aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses ergeben könnten, und nötigenfalls Anpassungen durchzusetzen. Die WEKO empfiehlt weiter, die Preise und Gebührenentwicklung näher zu beaufsichtigen und gegen Anpassungen einzuschreiten, welche die Position

der neuen UBS noch weiter stärken könnten. Über allfällige Anpassungen ist der Preisüberwacher zu informieren.

C.9 Schlussfolgerungen

C.9.1 Empfehlungen der WEKO innerhalb des Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle

662. Zusätzlich zu den vorstehenden Empfehlungen im Zusammenhang mit Preisen, Gebühren und Margen zu den einzelnen Märkten (Rz 335, 502, 646 und 661) hat die WEKO die folgenden weiteren Empfehlungen innerhalb des Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle:

C.9.1.1 Voraussetzungen gemäss Art. 33 KG i. V. m. Art. 10 Abs. 2 und 4 KG erfüllt

663. Wie vorangehend dargelegt, haben sich aus Sicht der WEKO die Anhaltspunkte bestätigt, dass in folgenden Märkten eine marktbeherrschende Stellung der fusionierten UBS begründet oder verstärkt wird:

- Fonds und fondsähnliche Produkte (Rz 467);
- Global Custody (Rz 473 f.);
- Passives Asset Management (Rz 467, 473 f., 483 f., 488, 495, 634 ff.);
- Anlageklasse Schweizer Immobilien (Rz 488);
- Fondsleitung für Einanlegerfonds (Rz 495);
- Corporate Banking für grosse Unternehmen und Unternehmen mit spezifischen Bedürfnissen (Rz 634 ff.).

664. Bestehen wie vorliegend Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben, ist dieses in einer zweiten Phase einer (vertieften) Prüfung zu unterziehen (Art. 10 Abs. 1 KG). Dabei wird beurteilt, ob sich die Anhaltspunkte bestätigen und ob durch die Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit geschaffen wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.⁷²⁵

665. Eine Phase 2 böte sich vorliegend zusätzlich auch deswegen an, weil sie der WEKO eine genauere Beurteilung von Geschäftsbereichen oder Teilmärkten und ihrer Segmentierung ermöglichte, die aufgrund der bisher erhältlich gemachten Informationen in der Phase 0 so noch nicht möglich war. Für ein vollständiges Bild respektive eine umfassende Aussage über die positiven

⁷²¹ www.six-group.com/de/products-services/banking-services/interbank-clearing/sic.html (18.9.2023).

⁷²² www.six-group.com/de/products-services/banking-services/interbank-clearing/sic.html#scrollTo=eigene_kundenzahlungenaus-bzwein gehend (18.9.2023).

⁷²³ Bundesgesetz vom 19.6.2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzinfrastrukturgesetz, FinfraG; SR 958.1).

⁷²⁴ Verordnung vom 25.11.2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturverordnung, FinfraV; SR 958.11).

⁷²⁵ In der Praxis verzichteten die Wettbewerbsbehörden teilweise aus verfahrensökonomischen Gründen auf eine vertiefte Prüfung. Namentlich dann, wenn umfangreiche Ermittlungen oder vertiefte Marktkennntnisse aus vorangegangenen Prüfungen von Zusammenschlüssen im selben Markt antizipieren lassen, dass eine Beseitigung des Wettbewerbs durch den neuen Zusammenschluss ausgeschlossen werden kann (RPW 2023/1, 344 Rz 181 f., *Phoenix/Voigt*; RPW 2022/3, 669 Rz 78–82, *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*).

und negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf verschiedenen sachlichen Märkten und ihr vertieftes Abwägen gegeneinander aus Gesamtmarktsicht wären weitere Ermittlungen nötig, die in einer Phase 2 des Zusammenschlussverfahrens getätigt werden könnten.

666. Die WEKO empfiehlt der FINMA, nach ihrer Vollständigkeitserklärung der Meldung nicht nur eine Phase 1 mit vorläufiger Prüfung zu eröffnen, sondern anschliessend eine zusätzliche Phase 2 mit vertiefter Prüfung gemäss Art. 33 i. V. m. Art. 10 Abs. 2 und 4 KG einzuleiten. Die WEKO behält sich diesfalls vor, ihre Stellungnahme im Rahmen der Phase 2 und ermöglichen, vertiefter Recherchen sowie Nachfragen zu ergänzen.

667. Soweit der Meldungsentwurf III vorstehend näher geprüft wurde und in dieser Stellungnahme der WEKO in Phase 0 zusätzlich darauf hingewiesen wurde, dass für genauere und/oder definitive Schlussfolgerungen der WEKO hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb zu gewissen Geschäftsbereichen und/oder Teilmärkten weitere, vertiefte Ermittlungen im Rahmen einer Phase 2 nötig wären, wären seitens der FINMA im Rahmen einer solchen Phase 2 in Abstimmung mit der WEKO weitere Informationen auch von den Parteien einzufordern, die den Meldungsentwurf III ergänzen.

C.9.1.2 Die Regelung von Art. 10 Abs. 3 KG

668. Beschliesst die FINMA die Kompetenz gemäss Art. 10 Abs. 3 KG bei einem Bankenzusammenschluss auszuüben und lädt sie die WEKO zu einer Stellungnahme ein, ergeben sich gerade in solchen komplexen Zusammenschlüssen, wie die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS einer ist, zwangsläufig formelle und materielle Fragen zum Zusammenwirken zwischen den Behörden. Das vorliegende Verfahren hat die Verfahrensmängel von Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 17 VKU deutlich aufgezeigt.

669. De *lege lata* besteht das Problem hauptsächlich darin, dass Art. 10 Abs. 3 KG das im Anschluss an die Kompetenzattraktion der FINMA zu befolgende Verfahren nicht weiter definiert. Weiter ist zu bemängeln, dass Art. 10 VKU – gegengleich zur Benachrichtigung der FINMA durch die WEKO – nicht vorsieht, dass die FINMA die WEKO über Zusammenschlussvorhaben informiert, die ihr angezeigt oder gemeldet werden, obwohl der Grundsatz gilt, dass jeder Zusammenschluss (auch zwischen Banken) zuerst der WEKO gemeldet werden muss. Dies gilt umso mehr im gesetzlichen Anwendungsfall von Art. 17 VKU, gemäss welchem die FINMA auf Ersuchen oder von Amtes wegen in jedem Zeitpunkt des Verfahrens und nötigenfalls gar vor Eingang der Meldung den vorzeitigen und definitiven Vollzug verfügen kann und dafür vor ihrem Entscheid die WEKO zu einer Stellungnahme einladen sollte.

670. Wie der vorliegende Fall exemplarisch zeigte, kann die Dringlichkeit der Vollzugsbewilligung durch die FINMA so hoch sein, dass eine rechtzeitige Stellungnahme der WEKO gar nicht mehr eingeholt werden kann. Im konkreten Fall hätte sie, ohne jegliche materielle Informationen zum Zusammenschluss, innert Stunden zur Verfügung der FINMA vom 19. März 2023 Stellung

nehmen müssen. Eine Stellungnahme der WEKO ist in einer vergleichbaren Situation und der ohnehin grundsätzlichen Dringlichkeit von Bankenzusammenschlüssen nach Art. 10 Abs. 3 KG nur möglich, wenn sie frühzeitig informiert wird, d. h., sobald die Banken der FINMA ein Zusammenschlussvorhaben ankündigen und/oder sich ein verfügter Zusammenschluss aus Gründen des Gläubigerschutzes abzeichnet.

671. De *lege ferenda* ist die WEKO daher der Ansicht, dass der Gesetzgeber

- präzisieren sollte, dass das in Art. 32 ff. KG und in der VKU vorgesehene zweistufige Verfahren auch für die FINMA gilt, wenn sie bei Zusammenschlüssen von Banken im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG an die Stelle der WEKO tritt. Darauf weist im Übrigen bereits Art. 17 VKU hin, welcher der FINMA beide Arten von Vollzugsbewilligungen zuspricht, nämlich den vorzeitigen Vollzug nach Art. 32 Abs. 2 KG in Phase 1 oder gar Phase 0 sowie den vorläufigen Vollzug nach Art. 33 Abs. 2 KG in Phase 2;
- genauer definiert, was unter dem Begriff des «Gläubigerschutzes» im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 17 VKU zu verstehen ist;
- in Art. 17 VKU in einem zweiten Absatz hinzufügt, dass die FINMA die WEKO unverzüglich zu informieren hat, wenn eine Bank, die von einem Zusammenschluss im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG betroffen sein könnte, die FINMA kontaktiert, spätestens dann, wenn diese um die Genehmigung des vorzeitigen Vollzugs ersucht.

C.9.2 Empfehlungen der WEKO ausserhalb des Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle

672. Die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS fusioniert die beiden Schweizer Grossbanken zu der mit Abstand grössten Bank in der Schweiz. Dies führt in mehreren Märkten zu einem Verlust an Wettbewerb, der eine breite Kundschaft betrifft. Im Retail Banking sind negative Auswirkungen auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation denkbar, wie von einer nicht unbedeutenden Anzahl von Wettbewerbern geltend gemacht wird.⁷²⁶ Im Corporate Banking erwarten die Firmenkunden und Wettbewerber mehrheitlich, dass die Preise steigen und die Auswahl an Dienstleistungen eingeschränkt wird.⁷²⁷ Eine nicht unerhebliche Zahl institutioneller Kunden (Pensionskassen und Versicherungen) sowie Anbieter im Bereich Asset Management sehen für einen Teil der Dienstleistungen ebenfalls die Gefahr steigender Preise, abnehmender Qualität, von weniger Auswahl und einer verringerten Innovation.⁷²⁸ Mithin zeigt sich in mehreren Märkten, dass der Zusammenschluss zu einer sehr marktmächtigen oder gar marktbeherrschenden Stellung der UBS führt oder führen kann.⁷²⁹ Aber selbst in den Märkten, in welchen der UBS eine marktbeherrschende Stellung zukommen kann,

⁷²⁶ Vgl. Rz 314.

⁷²⁷ Vgl. Rz 580 f.

⁷²⁸ Vgl. Rz 456.

scheint, soweit für die WEKO im Rahmen dieser Stellungnahme prima facie erkenn- und absehbar, ein gewisser Restwettbewerb zu bestehen. Der wirksame Wettbewerb wird durch den Zusammenschluss zwar aktuell beschränkt, dürfte aber nicht komplett beseitigt sein. Der WEKO verbleibt nur, aber immerhin, der nachträgliche Eingriff nach Art. 7 KG, sollte es zu einem Missbrauch einer durch den Zusammenschluss neu geschaffenen marktbeherrschenden Stellung kommen.

673. Dass die durch den Zusammenschluss dennoch entstehende Wettbewerbsbeschränkung nicht verhindert werden kann, stellt aus Sicht der WEKO kein befriedigendes Ergebnis dar. Es ist jedoch Sache des Gesetzgebers, die der Zusammenschlusskontrolle zugrundeliegenden Bestimmungen vorzugeben und ggfs. anzupassen, sofern sie überholt oder nicht mehr zeitgemäss im Vergleich mit den Entwicklungen und Standards in der internationalen wettbewerbsrechtlichen Gesetzgebung wären. Die WEKO darf weder von den geltenden Normen abweichen, noch darf sie diese durch eine extensive Auslegung ausdehnen.

674. Der primäre Auftrag der WEKO ist, die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes mittels Verfügungen durchzusetzen, namentlich, indem sie gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorgeht. Daneben haben die WEKO und ihr Sekretariat die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten laufend zu beobachten und nehmen zudem präventiv in der Form von Empfehlungen, Stellungnahmen und Gutachten Einfluss auf die Ausgestaltung von Massnahmen, die den Wettbewerb tangieren können (vgl. Art. 45 ff. KG). Namentlich darf die WEKO anderen Behörden Empfehlungen zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs unterbreiten, etwa hinsichtlich Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Art. 45 Abs. 2 KG). Das vorliegende Zusammenschlussverfahren und die gewonnenen Erkenntnisse der WEKO im Rahmen ihrer Stellungnahme in Phase 0 haben diverse Unzulänglichkeiten regulatorischer Art aufgezeigt. Diese sind zu adressieren, namentlich auch dadurch, dass Aufsichtsbehörden den neuen Marktverhältnissen im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeit auch in wettbewerbslicher Hinsicht hinreichend Beachtung schenken. Daher enthält die vorliegende Stellungnahme nachfolgend auch erste Empfehlungen ausserhalb des Verfahrens der Zusammenschlusskontrolle.

C.9.2.1 Keine regulatorische Verhinderung von Markteintritten

675. Da es nur noch eine Schweizer Grossbank mit einem umfassenden Dienstleistungsangebot und ausgeprägter internationaler Ausrichtung in der Schweiz gibt, vermindert sich die Angebotsvielfalt im Markt und es entsteht Preisdruck. Davon betroffen sind insbesondere Firmenkunden mit internationaler Ausrichtung, institutionelle Kunden im Bereich Global Custody und andere Finanzinstitute. Dieser Verlust würde gemindert, wenn nationale oder ausländische Anbieter ihr bestehendes Angebot in der Schweiz zügig ausbauen und/oder neue Anbieter mit internationaler Ausrichtung leicht in den Schweizer Markt eintreten können. Ob bestehende Anbieter ihre Geschäftstätigkeit ausbauen oder gar neue Markteintritte erfolgen und damit die Lücke gefüllt werden kann, welche die untergegangene Credit Suisse

hinterlässt, hängt massgeblich davon ab, wie das politische und regulatorische Umfeld auf diesen Bankenzusammenschluss reagiert und den künftigen Finanzplatz Schweiz gestalten will. Es zeigte sich, dass Schweizer Unternehmen aus wettbewerbslicher Sicht ein grosses Interesse haben, dass die Schweiz ein international attraktiver Finanzplatz und auch Standort einer global tätigen Schweizer Grossbank bleibt. Dabei ist aber darauf zu achten, dass die aktuell grosse Marktmacht der neuen UBS in der Schweiz deswegen nicht perpetuiert wird. Gleichzeitig erscheint im internationalen Kontext wichtig, dass die UBS auf den internationalen Märkten weiter mit gleich langen Spiessen wie ihre internationalen Konkurrentinnen auftreten kann.

676. Aus Sicht der WEKO ist es daher empfehlenswert, Markteintritte oder Marktausweitungen von Banken in die Schweiz nicht zu behindern. Förderlich für den wirksamen Wettbewerb wäre eine zügig gewährte Bewilligung für Auslandsbanken. Das sollte insbesondere für Institute gelten, welche über ein vergleichbares internationales Netzwerk wie die UBS und die bisherige Credit Suisse verfügen und Schweizer Kunden Dienstleistungen anbieten könnten, die andere Schweizer Banken als die UBS nicht, nicht in naher Zukunft, nicht in vollem Ausmass oder nicht in der Produktvielfalt anbieten können wie bislang die UBS oder die Credit Suisse. Sollten regulatorische Hürden bestehen, welche Auslandsbanken gegenüber Inlandsbanken benachteiligen, sind diese zu beseitigen.⁷³⁰ Aus wettbewerbslicher Sicht sind bestehende und neue Regulierungen daher stets in ihrem Gesamtzusammenhang daraufhin zu überprüfen, ob sie dazu beitragen, dass Markteintrittsbarrieren minimiert werden und sich auf dem Markt effiziente Strukturen herausbilden können. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass neue oder angepasste Regulierungen, die in Reaktion auf diesen Zusammenschluss ggfs. erlassen werden, weder die grosse Marktmacht der neuen UBS in der Schweiz perpetuieren noch die UBS darin behindern, auf den internationalen Märkten mit gleich langen Spiessen wie ihre internationalen Konkurrentinnen aufzutreten.

C.9.2.2 Sektoruntersuchung

677. Der vorliegende Zusammenschluss führt auf verschiedenen Märkten dazu, dass für unterschiedlichste Kunden der Wettbewerb, zumindest aktuell und bis in mittelfristiger Zukunft, beschränkt ist. Es wird sich zeigen müssen, ob Markteintritte neuer Anbieter die Lücke füllen können, welche die Credit Suisse hinterlässt, und ob die UBS ihre Marktmacht, die den ganzen Finanzplatz beschlägt, ausspielt und andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, z. B. mit Preiserhöhungen. Erhebliche, andauernde oder wiederholte Störungen des wirksamen Wettbewerbs sind deswegen in den nächsten Jahren möglich. Im jetzigen Zeitpunkt

⁷²⁹ Vgl. Rz 663.

⁷³⁰ Vgl. dazu auch die Vorschläge der Wirtschafts- und Branchenverbände *economiesuisse*, Schweizerischer Gewerbeverband *sgv*, *Swissmem*, Verband der Auslandsbanken in der Schweiz (VAS), Verband Schweizerischer Wertpapierhäuser, Vereinigung Schweizerischer Assetmanagement- und Vermögensverwaltungsbanken VAV (Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...], Act. [...]).

und im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle mit dem dafür geltenden qualifizierten Marktbeherrschungstest sind präventive Eingriffe allerdings kaum möglich, da dafür der Wettbewerb durch den Zusammenschluss beseitigt werden müsste. Wie bereits erwähnt, verbleibt der WEKO nur, aber immerhin der nachträgliche Eingriff über die Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG, sollte es zu einem Missbrauch einer durch den Zusammenschluss neu geschaffenen marktbeherrschenden Stellung kommen (s. Rz 672 in fine und 697 f.). Gerade mit Bezug auf die allfällige ex post Ahndung einer unzulässigen Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) sind gemäss Rechtsprechung die gesetzlichen Hürden für einen Eingriff der WEKO besonders hoch. Es gäbe ein Instrument, welches diese erkannten Nachteile und bestehenden Lücken im Schweizer Kartellgesetz für solche Zusammenschlussverfahren mit erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb, aber keiner daraus resultierenden Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, im Nachhinein anders adressieren und abschwächen kann:

678. Wettbewerbsbehörden, welche über das wirksame Instrument einer Sektoruntersuchung verfügen, können Märkte mit eingeschränktem Wettbewerb verdachtsunabhängig, umfassend und eingehend untersuchen sowie allenfalls notwendige verhaltensorientierte oder strukturelle Massnahmen erarbeiten, die den wirksamen Wettbewerb fördern.

679. Im gegenwärtigen Kartellgesetz steht der WEKO demgegenüber nur das informelle und niederschwellige Verfahren der Marktbeobachtung zur Verfügung, gemäss welchem sie laufend die Wettbewerbsverhältnisse beobachtet (Art. 45 Abs. 1 KG). In der Marktbeobachtung verfügen die Schweizer Wettbewerbsbehörden insbesondere über keine (durchsetzbaren) Ermittlungsinstrumente, so dass vertiefte Abklärungen der Marktverhältnisse in verschiedener Hinsicht ausgeschlossen sind. Weder mit Hilfe der Marktbeobachtung noch mit einer Vorabklärung oder Untersuchung kann die WEKO das künftige Marktverhalten der UBS breit überwachen, geschweige denn «aktiv» eng begleiten. Die Sektoruntersuchung nach europäischem Vorbild wäre hingegen ein bewährtes und geeignetes Instrument, um die Wettbewerbsverhältnisse in einem bestimmten Wirtschaftssektor vertieft zu analysieren.

680. Andere Länder kennen das Instrument der Sektoruntersuchung und setzen dieses erfolgreich ein. Die Sektoruntersuchung gibt der Behörde mit der (durchsetzbaren) Auskunftspflicht die nötigen Instrumente zur Informationsbeschaffung an die Hand und erlaubt der Behörde je nach Land zusätzlich den Eingriff, wenn der Wettbewerb nicht oder nur eingeschränkt funktioniert. Beispielsweise untersuchte die britische Competition and Markets Authority (CMA) in einem sogenannten Market Inquiry das Retail Banking und formulierte im Jahr 2017 Massnahmen zur Stärkung des Wettbewerbs.⁷³¹ Andere Länder wie Deutschland sind daran, ihr Instrument der Sektoruntersuchung zu stärken und im Anschluss an eine Sektoruntersuchung Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden vorzusehen, auch ohne Kartellrechtsverstoss eines oder mehrerer Unternehmen.⁷³²

681. Wenn der WEKO die Option gegeben werden soll, gegen eingeschränkten Wettbewerb im Bankenmarkt oder in anderen konzentrierten Märkten (so z. B. in Teilmärkten des Gesundheitsmarktes oder in der Lebensmittelbranche) vorzugehen, stünde dem Gesetzgeber mit der Einführung der Sektoruntersuchung nach europäischen Vorbildern ein bewährtes und geeignetes Instrument zur Verfügung. Er müsste folglich die Schweizer Wettbewerbsbehörden mit der Kompetenz zur Durchführung von Sektoruntersuchungen ausstatten und ihnen die notwendigen Ressourcen dafür zur Verfügung stellen.

682. Bei komplexen Zusammenschlüssen wie dem vorliegenden, der Auswirkungen auf den ganzen Schweizer Finanzplatz hat, wäre die Sektoruntersuchung ein erfolgversprechendes Instrument, um im Nachgang zum Zusammenschluss dessen Auswirkung auf den wirksamen Wettbewerb umfassend zu untersuchen und mit allfälligen Massnahmen Verbesserungen des wirksamen Wettbewerbs zu erreichen. Gerade auch deswegen, weil die FINMA den Zusammenschluss vorzeitig definitiv bewilligte und in ihrem finalen Entscheid zu der Zusammenschlusskontrolle Gläubigerinteressen den Vorrang geben darf, was sie vorliegend mit ihrer vorzeitigen Vollzugsbewilligung faktisch bereits getan hat. Hätten die Schweizer Wettbewerbsbehörden das Instrument der Sektoruntersuchung jetzt schon zur Verfügung, hätten sie direkt im Anschluss an den 19. März 2023 eine solche eröffnen können. Ab Tag eins hätten sie damit die Auswirkungen des vollzogenen Zusammenschlusses auf den wirksamen Wettbewerb verdachtsunabhängig und umfassend untersuchen können, dies gerade in der nun folgenden, für den wirksamen Wettbewerb sehr sensiblen Zeit auf dem Finanzplatz Schweiz. Damit ist eine Stellungnahme der WEKO gemäss Art. 17 VKU, die in der Regel unter höchster Dringlichkeit erstattet werden muss, weil die FINMA vorzeitig oder vorläufig die Vollzugsbewilligung erteilen will, schlicht nicht vergleichbar.

683. Aus vorgenannten Gründen würde die WEKO die Einführung der Sektoruntersuchung in das Schweizer Recht nach europäischem Vorbild begrüssen.

684. In diesem Zusammenhang weist die WEKO auf das Postulat 23.3444: «Zusammenschluss von UBS und CS. Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen und volkswirtschaftlichen Bedeutung» hin, zu dem der Bundesrat am 5. April 2023 wie folgt Stellung genommen hat: «Zusammen mit der Sonderbotschaft hat der Bundesrat eine gründliche Aufarbeitung der Ereignisse sowie eine umfassende Evaluierung des TBTF-Regelwerks beschlossen. Im Rahmen dieser Analysearbeiten werden auch die Implikationen des Zusammenschlusses von UBS und Credit Suisse für die Stabilität des Finanzplatzes und der Volkswirtschaft, sowie ein möglicher, sich daraus ergebender, gesetzlicher Anpassungsbedarf eruiert.

⁷³¹ Vgl. die Übersicht zur Retail Banking Market Investigation, <www.gov.uk/cma-cases/review-of-banking-for-small-and-medium-sized-businesses-smes-in-the-uk> (18.9.2023).

⁷³² Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, 11. GWB-Novelle: Mehr Wettbewerb auf vermachteten Märkten, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik, September 2023, 7 ff., <www.bmwk.de/Redaktion/DE/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2023/09/03-11-gwb-novelle.html> (18.9.2023).

Der Bundesrat wird dabei auch wettbewerbspolitische Aspekte inkl. prozedurale Erfahrungen der FINMA und der Wettbewerbsbehörden analysieren (Kompetenzen, Rollenverteilung und Ressourcenausstattung FINMA/WEKO).»

685. Auf diesem Bericht verweist der Bundesrat auch die Interpellation 23.3469 Sophie Michaud Gigon, «Crédit Suisse/UBS, nouvelle méga banque: comment adapter notre législation pour garantir la concurrence? », die ihn danach fragt, was er davon halte, ein in Europa bekanntes Instrument, nämlich eine Sektoruntersuchung bei den Wettbewerbsbehörden WEKO und dem Preisüberwacher, in das Schweizer Recht einzuführen, die über das hinausgehe, was de lege lata bereits möglich sei.

686. Es darf damit erwartet werden, dass dieser in Erarbeitung stehende Bericht des Bundesrates das Instrument der Sektorüberwachung für die Wettbewerbsbehörden prüft.

687. Der Preisüberwacher beobachtet Preisentwicklungen (Art 4 Abs. 1 PÜG). Gemäss Art. 17 PÜG müssen Unternehmen dem Preisüberwacher Auskünfte erteilen. Das ist, wie erwähnt, bei der Marktbeobachtung gemäss Art. 45 KG nicht der Fall. Der Preisüberwacher hat folglich schon ein Instrument «Sektoruntersuchung light» zur Verfügung. Die Sektoruntersuchung ist dem Schweizer Gesetzgeber damit nicht komplett unbekannt.

688. Die «Sektoruntersuchung light» gemäss PÜG hat allerdings einen gewichtigen Nachteil für die Preisüberwachung. Gemäss Art. 17 Abs. 1 zweiter Satz PÜG sind Dritte zur Offenbarung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen nicht verpflichtet. Um dem Preisüberwacher eine wirksamere «Sektoruntersuchung light» zu ermöglichen, wäre dieser Satz de lege ferenda aus dem Gesetz zu streichen oder auch für die Preisüberwachung die Einführung einer Sektoruntersuchung nach europäischem Vorbild zu prüfen.

C.9.2.3 Amtshilfe und Mitwirkung

689. Art. 41 KG sieht vor, dass Amtsstellen des Bundes und der Kantone verpflichtet sind, an den Abklärungen der Wettbewerbsbehörden mitzuwirken und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Diese Norm erscheint auf den ersten Blick umfassend. Es hat sich jedoch in der Vergangenheit gerade im Bereich des Finanzmarktes gezeigt, dass sich andere Behörden trotzdem weigern können, die einverlangten Daten herauszugeben. So verfügt die SNB beispielsweise über umfangreiche Finanzmarktdaten, gibt aber unter Berufung auf das Statistikgeheimnis keine individualisierten Daten an die Wettbewerbsbehörden heraus, obwohl eine Herausgabe gemäss einem Gutachten des EDÖB zulässig wäre.⁷³³ Auch die Amtshilfe durch die FINMA gestaltete sich in der Vergangenheit in mehreren Fällen schwierig. Die FINMA ist gemäss Art. 39 FINMAG befugt, aber nicht verpflichtet, anderen inländischen Aufsichtsbehörden nicht öffentliche Informationen zu übermitteln, welche diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigen. Und gemäss Art. 40 FINMAG verfügt die FINMA zusätzlich über Verweigerungsgründe, welche sehr weit gefasst sind. So kann sie die Bekanntgabe verweigern, wenn dies die «Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigen würde» (Art. 40 Bst. b FINMAG). Als solche Beein-

trächtigung wird zuweilen ins Feld geführt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen der FINMA und den beaufsichtigten Banken leiden könnte, würde sie Informationen an andere Behörden herausgeben.

690. Sollen die Wettbewerbsbehörden in Zukunft effizient auf den Finanzmärkten gegen mutmassliche Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen können, etwa solchen, die eine unzulässige Verhaltensweise der neuen UBS als möglicherweise marktbeherrschendes Unternehmen darstellen könnten, so ist ein rascher und barrierefreier Zugang zu den bereits durch die FINMA und SNB gesammelten Daten erforderlich.

691. Das Ziel der Stärkung des Amtshilfeanspruchs der Wettbewerbsbehörden könnte gesetzgeberisch auf unterschiedliche Weise umgesetzt werden. Prima facie kommt entweder eine Anpassung des Kartellgesetzes oder der entgegenstehenden Spezialgesetze in Frage. Ersteres scheint die einfachere Lösung zu sein, zumal nicht ausgeschlossen werden kann, dass weitere Gesetze vergleichbare Hindernisse für die Amtshilfe an die Wettbewerbsbehörden enthalten. Art. 41 KG könnte durch den folgenden Passus ergänzt werden: «Diese Bestimmung geht entgegenstehenden spezialgesetzlichen Verweigerungsgründen vor».

692. Die WEKO empfiehlt der FINMA und der SNB, die Bestimmungen im FINMAG und Nationalbankgesetz amtshilfefreundlich auszulegen. Gemäss dem Gutachten des EDÖB und Art. 41 FINMAG ist Amtshilfe jeweils grundsätzlich möglich. Bei der Güterabwägung ist der mit dem Amtshilfebegehren gemäss Art. 41 KG beabsichtigte Schutz des wirksamen Wettbewerbs hoch zu gewichten, namentlich wenn es um den Wettbewerb auf den Finanzmärkten geht.

C.9.2.4 Memorandum of Understanding zwischen Behörden und WEKO

693. Neben der formalisierten Amtshilfe und Mitwirkung zwischen Behörden regt die WEKO als weiteres, aber informelles Instrument für eine effiziente Zusammenarbeit zwischen Behörden ein Memorandum of Understanding zwischen Aufsichtsbehörden des Bundes im Bereich Finanzdienstleistungen, Amtsstellen und dezentralen Verwaltungseinheiten an. Dadurch könnten Behörden wie die FINMA, SNB, EFD, SIF, der Preisüberwacher und die WEKO ihr Know-how und ihre Daten gegenseitig für sich nutzbar machen und in Zeiten der Dringlichkeit den fachlichen Austausch vereinfachen. Diese informelle Zusammenarbeit sowie ihr Gegenstand, Inhalt und zeitlicher Rhythmus des Austauschs könnten in einem Memorandum of Understanding geregelt werden. Nach fünf Jahren wäre eine Bilanz zu ziehen.

694. Der vorerwähnte, derzeit in Erarbeitung stehende Bericht des Bundesrates zu dem «Zusammenschluss von UBS und CS. Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen und volkswirtschaftlichen Bedeutung» könnte auch dieses informelle Instrument erwägen und, bejahendenfalls, die beteiligten Behörden mit der Ausarbeitung eines solchen Memorandum of Understanding beauftragen.

⁷³³ Vgl. RPW 2007/3, 510, Stellungnahme des EDÖB vom 3.6.2007 zum Verhältnis zwischen dem Amtshilfeanspruch der WEKO und dem notenbankrechtlichen Statistikgeheimnis.

695. Ein konkreter Anwendungsfall, der als Teil eines solchen Memorandum of Understanding geregelt werden könnte, ist zum Beispiel die Verfahrensinstruktion von Art. 10 Abs. 3 KG und deren Verteilung zwischen FINMA und WEKO. Als Inspiration kann das Memorandum of Understanding vom Juli 2019 zwischen der britischen Competition Market Authority (CMA) und der Financial Conduct Authority (FCA) dienen.⁷³⁴

696. Die WEKO regt die Ausarbeitung eines Memorandum of Understanding zwischen den auf dem bzw. für den Finanzmarkt tätigen Eidgenössischen Behörden und der WEKO an, um die Zusammenarbeit und den fachlichen sowie datenbezogenen Austausch dieser Behörden zu fördern.

C.9.3 Exkurs: Bestehende Instrumente der WEKO für die Verhaltenskontrolle

697. Die Ermittlungen weisen in verschiedenen Märkten auf eine grosse Marktmacht der UBS hin, vereinzelt gar auf eine marktbeherrschende Stellung. In der Marktbefragung wurden der WEKO Hinweise gegeben, dass Unternehmen auf Geschäftsbeziehungen mit der UBS und Credit Suisse angewiesen waren, wenn sie mit ihren Finanzbedürfnissen zu gross für die kleineren Schweizer Banken aber zu klein für die grossen Auslandsbanken sind.⁷³⁵ Nun haben sie nur noch die neue UBS, die vom vormaligen Wettbewerbsdruck ihrer nahe Wettbewerberin Credit Suisse entlastet ist. Firmenkunden sind in einem solchen Fall Preiserhöhungen besonders ausgesetzt, und aufgrund des Zusammenschlusses können sie sich mangels Alternativen schlechter vor Preiserhöhungen schützen. Das kann insbesondere auf Firmenkunden zutreffen, die vor dem Zusammenschluss Geschäftsbeziehungen mit der Credit Suisse und der UBS pflegten. Sie können nicht mehr um einen günstigeren Preis für die Dienstleistung verhandeln oder eine Finanzierung erhalten die von der UBS oder der Credit Suisse alleine nicht getragen worden wäre.

698. Das Kartellgesetz verbietet es marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Unternehmen, ihre Stellung zu missbrauchen und andere Unternehmen in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen (Art. 7 KG). Die fusionierte UBS ist sich ihrer eigenen herausragenden Marktstellung zweifellos bewusst und kann einschätzen, in welchen Bereichen Abhängigkeitsverhältnisse bereits bestehen oder aufgrund ihrer neuen Grösse noch entstehen können. Es ist an ihr, darauf zu achten, diese Stellung nicht zu missbrauchen und sich unzulässig zu verhalten.⁷³⁶ Marktbeherrschende Unternehmen tragen eine besondere Verantwortung, mit ihren Verhaltensweisen den bereits geschwächten Wettbewerb nicht weiter zu beschränken. Die WEKO wird im Rahmen ihrer Missbrauchskontrolle darauf achten.

D Zusammenfassung der Stellungnahme

699. Auf Grundlage ihrer vorstehenden Analyse fasst die WEKO ihre Erkenntnisse und Empfehlungen wie folgt zusammen:

Vertiefte Prüfung

Die WEKO empfiehlt der FINMA, nach ihrer Vollständigkeitserklärung der Meldung nicht nur eine Phase 1 mit

vorläufiger Prüfung zu eröffnen, sondern anschliessend eine zusätzliche Phase 2 mit vertiefter Prüfung gemäss Art. 33 i. V. m. Art. 10 Abs. 2 und 4 KG einzuleiten. Die fWEKO behält sich diesfalls vor, ihre Stellungnahme im Rahmen der Phase 2 und dadurch ermöglichter, vertiefter Recherchen sowie Nachfragen zu ergänzen.

Retail Banking

Im Retail Banking herrscht im Bereich Kontenprodukte (Lohnkonto, Sparkonto, Wertpapierdepotkonto, Freizügigkeitskonto, Konto 3a) grundsätzlich Wettbewerb. Trotzdem gebe es weiterhin Hemmnisse im Markt und eine Mitteilung des Preisüberwachers an das Sekretariat im Rahmen dieses Verfahrens macht deutlich, dass sich die Kundenbeschwerden im Bereich des Retail-Geschäfts erhöht haben. Da durch den Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse die grösste Retail Bank in der Schweiz entsteht, empfiehlt die WEKO dem Preisüberwacher, diese Entwicklungen weiter zu beobachten.

Asset Management

Die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS fusioniert die beiden stärksten Anbieterinnen im Asset Management für institutionelle Kunden in der Schweiz, führt zu einer Konzentration und Schwächung des Wettbewerbs und eröffnet in gewissen Segmenten Raum für Margenausweitung. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die WEKO der FINMA, die Preise und Gebühren für Dienstleistungen im Markt für Global Custody zu verfolgen und Auffälligkeiten dem Preisüberwacher zu melden. Beobachtet der Preisüberwacher Auffälligkeiten im Bereich Global Custody und in den Bereichen Fondsleitung von Einanlegerfonds, Anlageklasse Schweizer Immobilien und passives Assetmanagement, empfiehlt die WEKO der FINMA, mit dem Preisüberwacher zusammenzuarbeiten und diesem die verfügbaren Daten bereitzustellen.

Corporate Banking

Im Corporate Banking stehen für diverse Kundensegmente aktuell keine vollwertigen Alternativen zur fusionierten UBS zur Verfügung, was in diesen Segmenten Raum für Margenausweitung eröffnet. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die WEKO der FINMA und SNB, die Preise, Gebühren und Margen für Dienstleistungen und deren Entwicklung im Zusammenhang mit Firmenkrediten, Exportfinanzierungen, internationalem Zahlungsverkehr und der Platzierung von (insbesondere) CHF-Bondprodukten zu beaufsichtigen und bei Auffälligkeiten mit dem Preisüberwacher zusammenzuarbeiten und

⁷³⁴ «www.gov.uk/government/publications/cma-and-fca-memorandum-of-understanding» (18.9.2023).

⁷³⁵ Vgl. vorne Rz 575. Mehrere Banken haben darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht eine Abhängigkeit im Angebot von Leistungen besteht, vgl. z. B. Act. [...] und Act. [...], [...]; Act. [...] und Act. [...], [...]; Act. [...].

⁷³⁶ Gemäss der [...] bestehen derzeit keine Anzeichen, dass die verstärkte Abhängigkeit z. B. über eine Selbstbevorzugung oder signifikant schlechtere Konditionen zu Wettbewerbsnachteilen führen könnte. Sie weist aber im Bereich Asset Management darauf hin, dass teilweise notwendige Vorleistungen bei der neuen UBS bezogen werden müssen (Act. [...], [...]). [...] (Act. [...]) [...]. Es ist einstweilen davon auszugehen, dass die Grossbank das Recht kennt und darauf achtet, das Recht nicht zu verletzen.

diesem die verfügbaren Daten zur Verfügung zu stellen. Betreffend den Teilbereich der Firmenkredite empfiehlt die WEKO zusätzlich zur Überwachung der absoluten Preise und Gebühren auch eine Kontrolle der Margen, insbesondere ob sich diesbezüglich in den fünf Jahren vor dem Zusammenschluss im Vergleich mit der aktuellen und zukünftigen Situation auffällige Diskrepanzen ergeben.

Gemeinschaftswerke

Die WEKO empfiehlt der FINMA und der SNB, die Preise und Gebühren der Betreiber von Finanzmarktinfrastrukturen im Rahmen ihrer gesetzlichen Möglichkeiten auf Wettbewerbsverzerrungen hin zu überprüfen, die sich aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses ergeben könnten, und nötigenfalls Anpassungen durchzusetzen. Die WEKO empfiehlt weiter, die Preise und Gebührenentwicklung näher zu beaufsichtigen und gegen Anpassungen einzuschreiten, welche die Position der neuen UBS noch weiter stärken könnten. Über allfällige Anpassungen ist der Preisüberwacher zu informieren.

Regulatorische Rahmenbedingungen

Die Aufsichtsbehörden und der Gesetzgeber sollten dafür sorgen, dass Markteintritte oder Marktausweitungen in die Schweiz nicht behindert werden. Förderlich für den wirksamen Wettbewerb wäre eine zügig gewährte Bewilligung für Auslandsbanken. Das sollte insbesondere für Institute gelten, welche über ein vergleichbares internationales Netzwerk wie die UBS und die bisherige Credit Suisse verfügen und Schweizer Kunden Dienstleistungen anbieten könnten, die andere Schweizer Banken als die UBS nicht, nicht in naher Zukunft, nicht im vollen Ausmass oder nicht in der Produktvielfalt anbieten können wie bisher die UBS oder die Credit Suisse. Sollten regulatorische Hürden bestehen, welche Auslandsbanken gegenüber Inlandsbanken benachteiligen, sind diese zu beseitigen. Aus wettbewerblicher Sicht sind bestehende und neue Regulierungen daher stets in ihrem Gesamtzusammenhang daraufhin zu überprüfen, ob sie dazu beitragen, dass Markteintrittsbarrieren minimiert werden und sich auf dem Markt effiziente Strukturen herausbilden können. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass neue oder angepasste Regulierungen, die in Reaktion auf diesen Zusammenschluss ggfs. erlassen werden, weder die grosse Marktmacht der neuen UBS in der Schweiz perpetuieren noch die UBS

darin behindern, auf den internationalen Märkten mit gleich langen Spiessen wie ihre internationalen Konkurrentinnen aufzutreten.

Weitere spezifische Empfehlungen an den Gesetzgeber

Das vorliegende Zusammenschlussverfahren hat folgenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufgezeigt:

Zusammenschlusskontrolle

Er sollte präzisieren, dass das in Art. 32 ff. KG und in der VKU vorgesehene zweistufige Verfahren auch für die FINMA gilt, wenn sie bei Zusammenschlüssen von Banken im Sinne von Art. 10 Abs 3 KG an die Stelle der WEKO tritt.

Er sollte genauer definieren, was unter dem Begriff des «Gläubigerschutzes» im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 17 VKU zu verstehen ist.

Er sollte in Art. 17 VKU in einem zweiten Absatz hinzufügen, dass die FINMA die WEKO unverzüglich zu informieren hat, wenn eine Bank, die von einem Zusammenschluss im Sinne von Art. 10 Abs. 3 KG betroffen sein könnte, die FINMA kontaktiert, spätestens dann, wenn diese um die Genehmigung des vorzeitigen Vollzugs ersucht.

Sektoruntersuchung

Der Gesetzgeber sollte das Instrument der Sektoruntersuchung nach europäischem Vorbild sowohl im Kartell- wie auch im Preisüberwachungsgesetz einführen.

Amtshilfe

Art. 41 KG ist durch folgenden Passus zu ergänzen: «Diese Bestimmung geht entgegenstehenden spezialgesetzlichen Verweigerungsgründen vor.»

Weitere Empfehlungen an Behörden

Der FINMA und der SNB wird bei Amtshilfeersuchen der WEKO empfohlen, die Bestimmungen im FINMAG und Nationalbankgesetz amtshilfefreundlich auszulegen.

Die WEKO regt die Ausarbeitung eines Memorandum of Understanding zwischen den auf dem Finanzmarkt tätigen Eidgenössischen Behörden und der WEKO an, um die Zusammenarbeit und den fachlichen sowie datenbezogenen Austausch dieser Behörden zu fördern.

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 26. November 2024 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht

Urteil 2C_64/2023 vom 26. November 2024 der II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Sachen A._____ und B._____, Beschwerdeführerinnen, beide vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission WEKO betreffend Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. November 2022 (B-747/2014).

(Hinweis: In der Angelegenheit sind insgesamt fünf, über weite Strecken identische Urteile ergangen [2C_64/2023, 2C_65/2023, 2C_68/2023, 2C_75/2023 und 2C_81/2023]. Aus Platzgründen wird vorliegend nur eines davon [2C_64/2023] publiziert. Sämtliche Urteile sind auf der Internetseite des Bundesgerichts «www.bger.ch» abrufbar.)

Sachverhalt:

A.

Am 23. Dezember 2005 reichte die C._____ AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Selbstanzeige ein. Diese ergänzte sie in der Folge mündlich. Am 13. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung zu Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht (Untersuchung 81.21-0014). Die Untersuchung richtete sich zuerst gegen den (als einfache Gesellschaft konstituierten) D._____, die E._____ AG und die F._____ AG. Später umfasste sie folgende 14 Luftfahrtunternehmen bzw. -konzerne als Untersuchungsadressaten:

1. G._____ mit der C._____ AG und deren Tochtergesellschaften E._____ AG, F._____ AG und H._____ AG;
2. I._____;
3. J._____ und deren Tochtergesellschaft K._____;
4. L._____;
5. M._____;
6. N._____ und deren Tochtergesellschaft O._____;
7. P._____ und deren Tochtergesellschaft B._____;
8. Q._____ und deren Tochtergesellschaften R._____ und S._____;
9. T._____ und deren Tochtergesellschaft A1._____;

10. B1._____ Limited und deren Tochtergesellschaft C1._____;
11. D1._____ Limited;
12. E1._____ S.A.;
13. F1._____;
14. G1._____ SA und deren Tochtergesellschaften H1._____ SA und I1._____.

Am 14. Februar 2006 fanden diverse Hausdurchsuchungen statt. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 2. März 2006 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 7. März 2006 im Bundesblatt (vgl. BBI 2006 2707) publiziert. In der Folge reichten fünf weitere Unternehmen Selbstanzeigen ein. Am 8. November 2012 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressaten seinen Antrag zu einer Sanktionsverfügung zur Stellungnahme zu. In der Folge fanden am 9. September 2013 sowie am 16. September 2013 vor der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) Anhörungen statt.

B.

In einer 412-seitigen Verfügung vom 2. Dezember 2013 untersagte die WEKO allen Untersuchungsadressaten, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbands bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen oder entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt sei oder im Rahmen einer Allianz erfolge, für die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliege (Dispositiv-Ziffer 1). Elf Luftfahrtunternehmen, nicht aber der G._____, dem der Sanktionsbetrag infolge Bonusregelung ganz erlassen worden war, wurden mit unterschiedlich hohen Beträgen von insgesamt rund Fr. 11'000'000.-- sanktioniert (Dispositiv-Ziffer 2). Im Übrigen wurde das Verfahren eingestellt (Dispositiv-Ziffer 3). Die WEKO auferlegte, mit Ausnahme von T._____ (Fr. 57'987.--), den Untersuchungsadressaten Verfahrenskosten von je Fr. 96'588.-- (Dispositiv-Ziffer 4).

B.a. Am 9. Januar 2014 versendete die WEKO die Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 an alle Untersuchungsadressaten. Am 10. Januar 2014 veröffentlichte sie auf ihrer Website eine Medienmitteilung ("WEKO büsst mehrere Fluggesellschaften"), die den Untersuchungsadressaten vorab zur Kenntnis gebracht worden war. Gleichzeitig wurde eine neun Seiten umfassende Darstellung der Sanktionsverfügung (mit dem

Titel "81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht Presse-
rohstoff") öffentlich aufgeschaltet.

B.b. Am 12. Februar 2014 erhoben die P._____ und die B._____ gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragten, die Dispositiv-Ziffern 2 und 4 der Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 seien, soweit es sie betreffe, aufzuheben und die Untersuchung sei ohne Folgen für sie einzustellen. Die Dispositiv-Ziffer 1 sei teilweise aufzuheben, soweit darin jeder Informationsaustausch zu Preiselementen und Preisfestsetzungsmechanismen untersagt werde. Eventualiter sei die Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 in Bezug auf die gegen sie verhängte Sanktion aufzuheben.

B.c. Mit Urteil vom 16. November 2022 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, soweit es darauf eintrat (Dispositiv-Ziffer 1). Es hob die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 2. Dezember 2013 auf, soweit diese sich auf die P._____ und die B._____ bezog (Dispositiv-Ziffer 1.1). Die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 2. Dezember 2013 fasste es mit Bezug auf die der P._____ und der B._____ auferlegte Sanktion wie folgt neu (Dispositiv-Ziffer 1.2) :

"P._____, wird für ihre Beteiligung an zwei - nach Art. 8 LVA CH-EU in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a KG unzulässigen - Preisabreden (1) betreffend Treibstoffzuschlägen sowie (2) betreffend die Verweigerung der Kommissionierung von Zuschlägen (je erfolgt bis Februar 2006) gestützt auf Art. 49a KG mit einem Verwaltungssanktionsbetrag von Fr. 1'509'233.-- belastet."

Die Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 2. Dezember 2013 wurde mit Bezug auf die der P._____ und der B._____ auferlegten Verfahrenskosten wie folgt neu gefasst (Dispositiv-Ziffer 1.3) :

"Die Verfahrenskosten von Fr. 922'463.--, bestehend aus einer Gebühr von Fr. 912'723.-- und Auslagen von Fr. 9'740.--, werden folgendermassen auferlegt: P._____, Fr. 53'125.--, unter solidarischer Haftung für Fr. 318'750.--."

Im Übrigen wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab (Dispositiv-Ziffer 1.4).

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 31. Januar 2023 gelangen A._____ (vormals: P._____) und B._____ an das Bundesgericht. Sie beantragen die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 1.2 sowie der Dispositiv-Ziffer 1.3 des Urteils vom 16. November 2022.

Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt die WEKO die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werde. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung lässt sich nicht vernehmen.

Mit Verfügung vom 3. Mai 2023 hat die Präsidentin der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen.

Erwägungen:

I. Eintreten und Kognition

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) mit Bezug auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen, LVA; SR 0.748.127.192.68) respektive auf dem Gebiet des Kartellrechts (vgl. Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]), womit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist (Art. 83 BGG). Die Beschwerdeführerinnen sind bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Parteien beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nur betreffend die Aufhebung der Unterlassungsanordnung vollständig durchgedrungen (Dispositiv-Ziffer 1.1 des angefochtenen Urteils). Ausserdem sind sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt, da die Vorinstanz ihre gegen die Sanktion (Dispositiv-Ziffer 1.2 des angefochtenen Urteils) und die Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 1.3 des angefochtenen Urteils) gerichteten Anträge nur teilweise gutgeheissen hat. Sie sind somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und lit. b 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 147 I 73 E. 2.1; 142 I 135 E. 1.5). Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten 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 149 I 105 E. 2.1; 143 I 1 E. 1.4).

II. Überblick über das Verfahren und den Streitgegenstand

3.

Gegenstand der Untersuchung 81.21-0014 war im Kern die Frage, ob sich international tätige Luftfahrtunternehmen und -konzerne von anfangs der 2000er-Jahre bis im Februar 2006 zu Treibstoffzuschlägen, Kriegsrisikozuschlägen, US-Zollabfertigungszuschlägen, Frachtraten und zur Kommissionierung von Zuschlägen abgesprochen hätten. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2013 auf-

erlegte die WEKO den Beschwerdeführerinnen eine Sanktion in der Höhe von Fr. 2'085'486.-- und überband ihnen die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 96'588.-- unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.--. Im Zuge des vorinstanzlichen Verfahrens gelangte die Vorinstanz alsdann zum Schluss, dass die WEKO sich in beträchtlichem Ausmass in Sachverhaltsschilderungen verloren habe, für welche sie nach ihren eigenen Feststellungen nicht zuständig sei oder bei denen die fraglichen Geschehnisse vor dem für die Sanktionierung massgeblichen Zeitraum liege (vgl. E. 8.3 des angefochtenen Urteils). Ausserdem hielt die Vorinstanz lediglich die Abreden zu den Treibstoffzuschlägen sowie zur Kommissionierung von Zuschlägen für entscheidungsrelevant (vgl. E. 8.4.8 des angefochtenen Urteils). Mit Blick auf diese beiden Abreden anerkannte die Vorinstanz das Vorliegen von unzulässigen Preisabreden im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA sowie Art. 4 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG (vgl. E. 10-13 des angefochtenen Urteils). Es reduzierte entsprechend die Sanktion auf Fr. 1'509'233.-- sowie die Verfahrenskosten auf Fr. 53'125.-- (vgl. E. 14 und E. 16 des angefochtenen Urteils). Vor Bundesgericht verlangen die Beschwerdeführerinnen erneut das vollumfängliche Absehen von einer Sanktionierung mangels Sanktionskompetenz der WEKO und mangels kartellrechtswidrigen Verhaltens sowie den Verzicht auf die Auferlegung von Verfahrenskosten. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens sind demnach die Fragen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen zu Recht mit einem Betrag von Fr. 1'509'233.-- sanktionierte (vgl. Dispositiv-Ziffer 1.2 des angefochtenen Urteils) und ihnen die Verfahrenskosten von Fr. 53'125.--, unter solidarischer Haftung für den Betrag von Fr. 318'750.--, auferlegte (vgl. Dispositiv-Ziffer 1.3 des angefochtenen Urteils).

III. Anwendbares Recht und Kompetenzen der schweizerischen Behörden nach dem Luftverkehrsabkommen

4.

Die Schweiz sowie die (damalige) Europäische Gemeinschaft haben das Luftverkehrsabkommen gemäss dessen Präambel vereinbart unter anderem vom Wunsche geleitet, Regeln für die Zivilluftfahrt innerhalb des Gebiets der Gemeinschaft und der Schweiz aufzustellen, die unbeschadet der im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft enthaltenen Regeln und insbesondere unbeschadet der bestehenden Befugnisse der Gemeinschaft nach den Art. 81 f. EG-Vertrag und der daraus abgeleiteten Wettbewerbsregeln gelten, sowie in Anbetracht ihrer Übereinstimmung, dass diesen Regeln die in der Gemeinschaft zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens geltenden Rechtsvorschriften zu Grunde gelegt werden sollen.

4.1. In diesem Sinne legt das Luftverkehrsabkommen für beide Vertragsparteien Regeln für die Zivilluftfahrt fest (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 LVA). Betroffen davon sind die Bereiche der Liberalisierung des Luftverkehrs, des Wettbewerbs, der technischen Harmonisierung, der Flugsicherheit, der Luftsicherheit, des Flugverkehrsmanagements, der Umwelt sowie des Lärm- und Verbraucherschutzes (vgl. Anhang LVA). Im Rahmen dieser Ab-

kommensbereiche sowie der im Anhang genannten Verordnungen und Richtlinien gelten die europäischen Regeln auch in der Schweiz (vgl. BGE 138 II 42 E. 2.1; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 LVA; Art. 32 LVA), wobei die europarechtlichen Bestimmungen nach dem Willen der Vertragsparteien grundsätzlich auch in der Schweiz direkt angewendet werden sollen (vgl. BGE 144 II 376 E. 9.4.1; 138 II 42 E. 3.1). Somit wird im "Unterschied zu den anderen Abkommen [...] beim Luftverkehrsabkommen das bestehende relevante EG-Recht auf die Schweiz ausgedehnt. Die Schweiz übernimmt in der Substanz etwa die gleichen Bestimmungen wie im Falle eines EU-Beitritts, allerdings mit einer Einschränkung im Bereich der Verkehrsrechte, die den schweizerischen Fluggesellschaften etappenweise zugestanden werden" (Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG [nachfolgend: Botschaft Bilaterale I], BBl 1999 6128 ff., S. 6150).

4.2. Beim Luftverkehrsabkommen handelt es sich mithin um einen "partiellen Integrationsvertrag" (Botschaft Bilaterale I, S. 6157; vgl. Urteil 2C_950/2012 vom 8. August 2013 E. 2.2 ["Teilintegrationsabkommen"]). Die Schweiz übernimmt in diesem Bereich nicht nur das gesamte relevante Gemeinschaftsrecht, sondern überträgt den Gemeinschaftsinstitutionen die Kontrolle sowie die Überwachung der Wettbewerbsregeln (vgl. Botschaft Bilaterale I, S. 6158; vgl. auch KRAUS/JAAG/UMBRICHT, *L'Union européenne, Ses institutions et ses relations avec la Suisse*, 2009, S. 154; GLASER, *Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz*, in: Glaser/Langer [Hrsg.], *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation*, 2015, S. 131-161, S. 150 f.). Das Luftverkehrsabkommen führt aus luftrechtlicher Sicht zu einer weitgehenden Integration der Schweiz in den europäischen Binnenmarkt (vgl. DETTLING-OTT, *Das sektorielle Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Aspekte der Anwendbarkeit und eine erste Bilanz*, ZSR 125/2006 S. 3-15, S. 11). Entsprechend wird in der Botschaft ausdrücklich auf den "aussergewöhnlichen Charakter des Luftverkehrsabkommens" mit der Europäischen Union (EU) hingewiesen und erwähnt, dass das Abkommen "die Gesamtheit der anwendbaren Bestimmungen der EU in diesem Bereich in gemeinsame Regeln der Vertragsparteien überführt. Das betreffende schweizerische Recht wird lediglich noch auf Verhalten anwendbar sein, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben" (Botschaft Bilaterale I, S. 6158; vgl. COTTIER et al., *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, 2014, Rz. 142).

4.3. EU-Verordnungen sind im Gegensatz zu den Richtlinien verbindliche, generell-abstrakte, in jedem Mitgliedsstaat unmittelbar geltende Regelungen. Es ist regelmässig weder nötig noch zulässig, sie in einem Erlass des innerstaatlichen Rechts umzusetzen. Die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied hat vorliegend die entsprechenden Verpflichtungen staatsvertraglich übernommen (vgl. BGE 138 II 42 E. 3.1). Die bilateralen Abkommen und die darin als verbindlich erklärten Anhänge werden aufgrund des monistischen Systems mit ihrer Ratifikation automatisch Teil der schweizerischen Rechtsordnung

(vgl. BGE 147 I 308 E. 4.3; 138 II 42 E. 3.1; Urteil 2C_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 5.2.1). Gleich wie in den EU-Staaten sind somit alle entsprechenden einschlägigen europäischen Verordnungsvorschriften für die Schweiz verbindlich (vgl. BGE 144 II 376 E. 9.4.1). Sie bedürfen, falls sie wie Art. 8 f. LVA hinreichend konkretisiert sind, um im Einzelfall direkt angewendet werden zu können ("self-executing"; vgl. E. 4.4.1 i.f. hier-nach), keiner besonderen Umsetzung im nationalen Recht (vgl. BGE 146 V 87 E. 4.1; 140 II 185 E. 4.2). Das staatsvertraglich übernommene EU-Verordnungsrecht entspricht national einer Regelung auf formeller Gesetzesstufe (vgl. BGE 138 II 42 E. 3.1).

4.4. Für die vorliegende Angelegenheit bedeutet dies, wie bereits die Vorinstanz zutreffend und unbestrittenmassen anführt, dass nach Massgabe des Luftverkehrsabkommens in der Schweiz im Grundsatz das europäische Kartellrecht gilt (vgl. E. 3.1 i.f. des angefochtenen Urteils).

4.4.1. Mit dem Luftverkehrsabkommen unvereinbar und verboten sind laut Art. 8 Abs. 1 LVA alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (lit. a), die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen (lit. b), die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen (lit. c), die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (lit. d) oder die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (lit. e). Art. 9 Abs. 1 LVA erklärt die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens oder in einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen, als mit diesem Abkommen unvereinbar und verboten. Art. 8 f. LVA entsprechen inhaltlich Art. 81 f. EG-Vertrag und sind, wie bereits ausgeführt, "self-executing" (vgl. JANUTTA/STEHMANN, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 1600; ZURKINDEN/BAUDENBACHER, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 3093 f.; DETTLING-OTT, Das bilaterale Luftverkehrsabkommen der Schweiz und der EG, in: Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals [Hrsg.], Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU, 2007, S. 491 ff., Rz. 29).

4.4.2. Gemäss Art. 32 LVA ist der Anhang Bestandteil dieses Abkommens. Änderungen des Anhangs werden erst mit Beschluss des Gemischten Ausschusses geltendes Recht (vgl. Art. 23 Abs. 4 LVA; Urteil 2C_950/2012 vom 8. August 2013 E. 2.2). Ziffer 2 des

Anhangs (Wettbewerbsregeln) in der für den vorliegenden Untersuchungszeitraum massgebenden ursprünglichen Fassung des Luftverkehrsabkommens hält zunächst fest, dass Verweise in den folgenden Rechtsakten auf Artikel 81 und 82 EG-Vertrag als Verweise auf Artikel 8 und 9 dieses Abkommens zu verstehen sind (vgl. AS 2002 1705 ff., S. 1720 ff.). In der Folge wird beispielsweise auf die Verordnung Nr. 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 des EWG-Vertrags in der durch Verordnung Nr. 59, Verordnung Nr. 118/63/EWG und Verordnung [EWG] Nr. 2822/71 geänderten und ergänzten Fassung) sowie auf die Verordnung Nr. 141/62 des Rates vom 26. November 1962 über die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 17 des Rates auf den Verkehr (geändert durch die Verordnungen Nr. 165/65/EWG und 1002/67/EWG) Bezug genommen.

4.4.3. Die Organe der Gemeinschaft wenden die Artikel 8 und 9 an und kontrollieren Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen gemäss den im Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, wobei dem Erfordernis einer engen Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen wird (vgl. Art. 11 Abs. 1 LVA). Die schweizerischen Behörden entscheiden gemäss den Artikeln 8 und 9 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern (vgl. Art. 11 Abs. 2 LVA). Laut Art. 10 LVA unterliegen lediglich Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht und der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden.

5.

Unter den Verfahrensbeteiligten ist zwar unbestritten, dass auf die vorliegende kartellrechtliche Untersuchung das europäische Kartellrecht (nach Massgabe von Art. 8 LVA) anwendbar ist. Umstritten ist jedoch, ob ein mit Art. 8 LVA allenfalls unvereinbares und damit kartellrechtswidriges Verhalten sanktioniert werden kann. Die Beschwerdeführerinnen rügen namentlich eine Verletzung von Art. 164 Abs. 1 lit. c BV und Art. 7 Abs. 1 EMRK, da die Vorinstanz ohne Sanktionskompetenz Art. 49a Abs. 1 KG zur Anwendung gebracht habe.

5.1. Vorab ist auf die Ausgangslage einzugehen, damit die einzelnen Standpunkte der Verfahrensbeteiligten sowie die Frage, ob allfällige Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 8 Abs. 1 LVA im relevanten Zeitraum zwischen 1. April 2004 bis (spätestens) Februar 2006 sanktionierbar sind, verständlich gewürdigt werden können. Es ist zu Recht unbestritten, dass sich im Luftverkehrsabkommen selbst keine Norm findet, welche zur Sanktionierung einer allfälligen Verletzung der statuierten Verbote nach Art. 8 LVA die Erhebung von Geldbussen ermöglicht. Gleichermassen ist nicht strittig, dass die Vorinstanz für den fraglichen Sanktionszeitraum nicht

zur Sanktionierung ermächtigt gewesen wäre, wenn ausschliesslich das Luftverkehrsabkommen anwendbar ist. Auch die WEKO räumt ein, dass gestützt auf das Luftverkehrsabkommen allein nur ein Verbot, aber keine Sanktionen ausgesprochen werden dürften. Denn beim Inkrafttreten des Luftverkehrsabkommens waren die wettbewerbsrechtlichen Regelungen massgebend, die nach Art. 32 LVA als Anhang Bestandteil des Abkommens waren. Die dort aufgeführten EU-Verordnungen, wie auch das damals geltende Schweizer Recht, enthielten keine Sanktionskompetenz. Erst mit Beschluss Nr. 1/2007 des Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 5. Dezember 2007 wurde eine Sanktionskompetenz in den Anhang des Abkommens aufgenommen (vgl. Verordnung Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, S. 1 ff.). Diese Änderung des Luftverkehrsabkommens trat für die Schweiz am 1. Februar 2008 in Kraft - d. h. rund zwei Jahre nach der Beendigung der untersuchten (angeblichen) Wettbewerbsabreden (vgl. AS 2008 391 ff.). Im Landesrecht wurde die Sanktionierbarkeit unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Kartellgesetzrevision von 2004 mit der Inkraftsetzung von Art. 49a KG am 1. April 2004 eingeführt (vgl. AS 2004 1385 ff., S. 1387 f. und S. 1390).

5.2. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, es sei unbestritten, dass das Luftverkehrsabkommen in den zum Untersuchungszeitraum gültigen Fassungen keine gesetzliche Grundlage für die Sanktionierung der Untersuchungsadressaten enthalten habe, da weder die Europäische Gemeinschaft noch die Schweiz im Zeitpunkt des Abschlusses des Luftverkehrsabkommens eine Sanktionsbestimmung gekannt hätten. Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz im Anwendungsbereich des bilateralen Luftverkehrsabkommens kein Raum für die parallele Anwendung des Schweizer Kartellgesetzes bestehe. Die Schweiz habe sich beim Abschluss des Luftverkehrsabkommens zur Übernahme des damaligen europäischen Kartellrechts und zu dessen ausschliesslichen Anwendbarkeit verpflichtet. Das Schweizer Kartellrecht finde laut Art. 10 LVA "ausdrücklich" nur noch Anwendung, so die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, soweit sich die darin genannten Verhaltensweisen nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken könnten. Indem die Vorinstanz gestützt auf die vorliegend nicht anwendbare Bestimmung des Schweizer Kartellgesetzes - Art. 49a Abs. 1 KG - dennoch eine Sanktion ausgesprochen habe, verletze sie den Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz".

5.3. Die Vorinstanz erwägt, das Luftverkehrsabkommen sei auszulegen. Die Frage nach dem anwendbaren Sanktionsrecht sowie der Sanktionskompetenz bleibe bei einer Auslegung nach dem Wortlaut und der Systematik offen. Die vertragszielorientierte Auslegung ergebe indes, dass die Anwendung innerstaatlicher Vorschriften den "effet utile" nicht gefährde, weshalb die Anwendung des Schweizer Kartellrechts - namentlich Art. 49a Abs. 1 KG - nicht durch das Luftverkehrsabkommen ausgeschlossen werde. Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden laut

Art. 11 Abs. 2 LVA über die Zulässigkeit von Vereinbarungen und anderen abgestimmten Verhaltensweisen gemäss den Art. 8 f. LVA entscheide. Während Art. 11 Abs. 2 LVA somit eine reine Kompetenzzuweisungsregel darstelle, lege Art. 8 LVA den materiell-rechtlichen respektive kartellrechtlichen Beurteilungsmassstab fest (vgl. E. 5.2 ff. des angefochtenen Urteils).

5.4. Die WEKO gibt im Rahmen der bundesgerichtlichen Vernehmlassung zu bedenken, dass das Luftverkehrsabkommen durchaus Raum für die Anwendung des Kartellgesetzes, insbesondere seiner innerstaatlichen Sanktionsordnung und der in Art. 30 Abs. 1 KG vorgesehenen Massnahmen, belasse. Zu Recht, so die WEKO, führe die Vorinstanz aus, dass sich aber die Auslegung der in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten Tatbestandsmässigkeit - der Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG - an Art. 8 Abs. 1 LVA zu orientieren habe. In materieller Hinsicht könne nach dem Luftverkehrsabkommen zulässiges Verhalten nicht nach dem Kartellgesetz verboten oder nach dem Luftverkehrsabkommen verbotenes Verhalten nicht gestützt auf das Kartellgesetz gerechtfertigt werden. Es liege daher keine Spaltung des anwendbaren Rechts vor. Das Luftverkehrsabkommen als partieller Integrationsvertrag sehe zwar eine vollständige Übernahme des "acquis communautaire" vor, aber nur bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die danach erlassenen relevanten europäischen Regelungen seien durch einen Beschluss des Luftverkehrsausschusses zu überführen. Damit werde sichergestellt, dass beide Vertragsparteien sich über Neuerungen des Luftverkehrsabkommens einigen könnten. Mit der Übernahme der Verordnung Nr. 1/2003 in den Anhang LVA sei sichergestellt, dass auch die EU-Kommission einen Verstoß gegen das Luftverkehrsabkommen im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 LVA sanktionieren könne.

5.5. Unter den Verfahrensbeteiligten ist zu Recht unbestritten, dass die vorliegend zu beurteilenden Luftfrachttransporte in sachlicher Hinsicht den Luftverkehr betreffen und damit in den Geltungsbereich des Luftverkehrsabkommens fallen (vgl. Art. 2 LVA; zum räumlichen Geltungsbereich siehe Art. 34 LVA). Sodann erwägt die Vorinstanz zutreffend, dass die WEKO gemäss Art. 11 Abs. 2 LVA für die Untersuchung in Bezug auf (Flug-) Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern zuständig gewesen ist (vgl. E. 4.6 des angefochtenen Urteils). Umstritten ist demgegenüber das Verhältnis des durch das Luftverkehrsabkommen übernommenen europäischen Kartellrechts zum Schweizer Kartellrecht samt der Sanktionsbestimmung von Art. 49a Abs. 1 KG. Ob die vorliegend beanstandeten Verhaltensweisen ausschliesslich nach dem Luftverkehrsabkommen oder auch nach dem Kartellgesetz zu beurteilen sind, was erst einen Rückgriff auf die kartellgesetzliche Sanktionsordnung - namentlich Art. 49a Abs. 1 KG - erlauben würde, hängt davon ab, ob Art. 11 Abs. 2 LVA sowie Art. 10 LVA das in der Sache anwendbare Recht abschliessend regeln. Diese Frage ist durch eine Auslegung des Luftverkehrsabkommens zu klären.

5.5.1. Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge richtet sich nach den Regeln des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK;

SR 0.111). Diese Regeln gelten auch für das Luftverkehrsabkommen, auch wenn die EU nicht Partei dieses Übereinkommens ist (vgl. BGE 146 II 150 E. 5.3.1; vgl. auch Urteil 2C_534/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.2.4 f., nicht publ. in: BGE 146 II 145).

5.5.1.1. Nach Art. 31 Abs. 1 VRK haben die Vertragsstaaten eine zwischenstaatliche Übereinkunft nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, ihren Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte ihres Ziels und Zwecks auszulegen. Neben dem Zusammenhang (vgl. Art. 31 Abs. 2 VRK) sind gemäss Art. 31 Abs. 3 VRK in gleicher Weise jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen (lit. a), jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht (lit. b), sowie jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz (lit. c) zu berücksichtigen. Die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses sind nach Art. 32 VRK ergänzende Auslegungsmittel und können herangezogen werden, um die nach Art. 31 VRK ermittelte Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Art. 31 VRK die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt (vgl. Art. 32 lit. a VRK) oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt (vgl. Art. 32 lit. b VRK).

5.5.1.2. Art. 31 Abs. 1 VRK bestimmt eine Reihenfolge der Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungselemente, ohne dabei eine feste Rangordnung unter ihnen festzulegen. Den Ausgangspunkt der Auslegung völkerrechtlicher Verträge bildet jedoch die gewöhnliche Bedeutung ihrer Bestimmungen. Diese gewöhnliche Bedeutung ist nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs und des Ziels und Zwecks des Vertrags zu bestimmen (vgl. BGE 148 II 491 E. 5.3.2; 146 II 150 E. 5.3.2; 143 II 202 E. 6.3.1). Ziel und Zweck des Vertrags ist dabei, was mit dem Vertrag erreicht werden sollte. Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben stellt die teleologische Auslegung den "effet utile" des Vertrags sicher. Der auszulegenden Bestimmung eines völkerrechtlichen Vertrags ist unter mehreren möglichen Interpretationen demnach derjenige Sinn beizumessen, welcher ihre effektive Anwendung gewährleistet und nicht zu einem Ergebnis führt, das dem Ziel und Zweck der eingegangenen Verpflichtungen widerspricht (vgl. BGE 147 II 13 E. 3.3; 144 II 130 E. 8.2.1; 143 II 136 E. 5.2.2). Ausserdem sind die Vertragsstaaten nach Treu und Glauben gehalten, jedes Verhalten und jede Auslegung zu unterlassen, mittels welcher sie ihre vertraglichen Pflichten umgehen oder den Vertrag seines Ziels und Zwecks entleeren würden (vgl. BGE 148 II 491 E. 5.3.2 i.f.; 146 II 150 E. 5.3.2; 142 II 161 E. 2.1.3).

5.5.2. Auf den ersten Blick ist in grammatikalischer Hinsicht unklar, ob Art. 11 Abs. 2 LVA die Frage nach dem anwendbaren Recht beantwortet. Im Gegensatz zu Art. 10 LVA, demzufolge wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht unterliegen, ergibt sich aus Art. 11 Abs. 2 LVA das an-

wendbare Recht nicht gleichermassen deutlich. Allerdings lässt sich aus der Formulierung, wonach die schweizerischen Behörden "gemäss den Artikeln 8 und 9 über die Zulässigkeit [entscheiden]", darauf schliessen, dass es sich bei Art. 8 f. LVA um das anwendbare Recht handelt. Auch die französische und italienische Fassung der Bestimmung lassen ein solches Verständnis zu ("Les autorités suisses, conformément aux art. 8 et 9, statuent sur l'admissibilité [...]"; "Le autorità svizzere regolano, in conformità delle disposizioni degli articoli 8 e 9, l'ammissibilità [...]"). Insofern kann Art. 11 Abs. 2 LVA so verstanden werden, dass die schweizerischen Behörden "gemäss" diesen zwei Bestimmungen (Art. 8 f. LVA) zu "entscheiden" haben. Damit wird in grammatikalischer Hinsicht allerdings nicht zweifelsfrei festgehalten, dass alle anderen Bestimmungen - insbesondere solche des Landesrechts - auszublenden sind.

5.5.3. Aus einer systematischen Betrachtung von Art. 11 Abs. 2 LVA ergibt sich, dass die darin genannten Bestimmungen - Art. 8 LVA (Wettbewerbsabreden) und Art. 9 LVA (missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung) - das materielle Wettbewerbsrecht deckungsgleich mit den damals massgebenden Art. 81 EG-Vertrag und Art. 82 EG-Vertrag regeln. Sie verankern den materiell-rechtlichen Beurteilungsmassstab. Demgegenüber handelt es sich bei Art. 10 LVA und Art. 11 LVA um Kollisions- und Zuständigkeitsnormen. Dabei äussert sich Art. 10 LVA sowohl zum anwendbaren (schweizerischen) Recht als auch zur Zuständigkeit der schweizerischen Behörden. Es ist vor diesem Hintergrund naheliegend, dass die Vertragsparteien auch in Art. 11 LVA das anwendbare Recht (Art. 8 f. LVA i.V.m. Art. 81 f. EG-Vertrag) sowie die Zuständigkeit der Organe der Gemeinschaft einerseits (Abs. 1) und der schweizerischen Behörden andererseits (Abs. 2) bestimmt haben. Die drei Regelungen - Art. 10 LVA, Art. 11 Abs. 1 LVA und Art. 11 Abs. 2 LVA - weisen einen identischen Aufbau auf, indem sie zuerst auf das anwendbare materielle Recht verweisen (Verweisungs- oder Kollisionsrecht) und sodann die Zuständigkeit bestimmen. Der Unterschied zwischen den Formulierungen "anwenden" in Art. 11 Abs. 1 LVA und "entscheiden" in Art. 11 Abs. 2 LVA ist in diesem Lichte nicht weiter bedeutsam. Dass Art. 11 Abs. 2 LVA im Gegensatz zu Art. 11 Abs. 1 LVA zusätzlich den Begriff der "Zulässigkeit" verwendet, ist vor dem Hintergrund zu lesen, dass beide Vertragsparteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens keine Sanktionsbestimmung kannten und entsprechend nur die (Un-) Zulässigkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens feststellen konnten (vgl. E. 5.1 hiavor). Aus dem Aufbau der Normen und deren Systematik lässt sich allerdings nicht unmittelbar darauf schliessen, dass dem Landesrecht von vornherein die Anwendung zu versagen ist.

5.5.4. Im Rahmen einer historisch-teleologischen Betrachtung ist von Bedeutung, dass das Luftverkehrsabkommen die Schweiz partiell in den europäischen Binnenmarkt integriert und die Schweiz im Ergebnis "luftrechtlich von einem Drittland zu einem Binnenland" wird (DETLING-OTT, Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU, a.a.O., Rz. 17).

5.5.4.1. Nach der Präambel des Luftverkehrsabkommens waren die Vertragsparteien "vom Wunsche gelei-

tet, die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugleichen" und "Regeln für die Zivilluftfahrt innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft und der Schweiz aufzustellen" (vgl. E. 4. hiervor). Aus dem schweizerischen Verständnis, das sich unter anderem aus den Materialien ergibt, sollte die Anwendung des schweizerischen Rechts auf die Konstellation von Art. 10 LVA beschränkt werden (vgl. Botschaft Bilaterale I, S. 6158; vgl. auch E. 4.2 i.f. hiervor). Die Betrachtung der durch das Luftverkehrsabkommen vorgenommenen Integration in den europäischen Rechtsraum bloss aus der Perspektive der Schweiz - d. h. nur aus der Sicht einer Vertragspartei - greift jedoch zu kurz. Vielmehr ist die zu klärende Auslegungsfrage gleichermassen aus europarechtlicher Sicht zu prüfen.

5.5.4.2. Aus der Perspektive der Gemeinschaft ist ausschlaggebend, dass sich Art. 11 Abs. 2 LVA, der die Flüge "auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern" der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden unterstellt, mit der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Luftverkehrsabkommens geltenden europäischen Regelung deckt. Der Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittländern fiel - im Gegensatz zum Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft - (noch) nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU-Kommission, sondern in jenen der Behörden der Mitgliedstaaten (vgl. Urteile des EuGH Rs. 66/86 vom 11. April 1989 Rz. 19 ff.; Rs. 209-213/84 vom 30. April 1986 Rz. 46 ff.; SCHRÖTER, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 72 f.; JANUTTA/STEHMANN, a.a.O., S. 1596). Nach dem Inkrafttreten des Luftverkehrsabkommens entsprach die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden mit Bezug auf die Flugstrecken zwischen der Schweiz und Drittländern - aus der Perspektive der Gemeinschaft - somit jener der Behörden der Mitgliedsstaaten im Hinblick auf Flugstrecken zwischen dem jeweiligen Mitgliedsstaat und Drittländern. Die EU-Kommission war demgegenüber nur für die Flugstrecken zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Schweiz zuständig.

5.5.4.3. Das Verhältnis der einzelnen Mitgliedstaaten zu Drittländern war namentlich Gegenstand des damals geltenden Art. 88 EWG-Vertrag. Demgemäss entschieden die Behörden der Mitgliedstaaten bis zum Inkrafttreten der gemäss Artikel 87 erlassenen Vorschriften im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen der Artikel 85, insbesondere Absatz (3), und 86 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt. Es ist somit festzuhalten, dass in der Gemeinschaft "die Behörden der Mitgliedstaaten [...] im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen" des europäischen Kartellrechts den Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittländern beurteilten (Urteil des EuGH Rs. 209-213/84 vom 30. April 1986 Rz. 53 f.; zur weiterhin möglichen Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 siehe PUFFER-MARIETTE, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 1061 ff.).

5.5.4.4. Nach dem Gesagten sind aus europarechtlicher Sicht die in Art. 11 Abs. 2 LVA geregelten Konstellationen analog zur Regelung in Art. 88 EWG-Vertrag zu behandeln. Dieses (europarechtliche) Verständnis ist für das Auslegungsergebnis zentral, da mit der "luftrechtlichen" Integration der Schweiz eine Harmonisierung der Regeln für die Zivilluftfahrt angestrebt wurde (vgl. E. 4.1 hiervor). Die Schweiz gilt "luftrechtlich" als europäisches Binnenland, womit die schweizerischen Behörden parallele Zuständigkeiten und Kompetenzen wie die Behörden der Mitgliedstaaten erhalten sollten. Daraus ergibt sich, dass die schweizerischen Behörden - gleich wie die Behörden der Mitgliedstaaten - "im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen" des europäischen Kartellrechts entscheiden (Art. 88 EWG-Vertrag). Im Ergebnis wird die Anwendung des Landesrechts daher nicht ausgeschlossen, soweit dieses dem europäischen Kartellrecht nicht entgegensteht.

5.6. Die Auslegung von Art. 11 Abs. 2 LVA ergibt somit, dass die Bestimmung im Sinne einer Kollisionsnorm das anwendbare Recht - d. h. die verbotenen Verhaltensweisen nach Art. 8 f. LVA als materiell-rechtlichen Beurteilungsmassstab - bezeichnet sowie die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden in Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern verankert. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen schliesst die Norm allerdings die Anwendung des Landesrechts nicht aus, soweit das innerstaatliche Recht der Durchsetzung von Art. 8 f. LVA dient und es den Regelungen des Luftverkehrsabkommens samt dem damit übernommenen europäischen Kartellrecht nicht widerspricht (vgl. Art. 88 EWG-Vertrag). Dieses Auslegungsergebnis entspricht im Übrigen der Vorschrift von Art. 17 LVA, wonach die Vertragsparteien alle geeigneten Massnahmen allgemeiner oder besonderer Art treffen, um die Erfüllung der sich aus diesem Abkommen ergebenden Verpflichtungen zu gewährleisten, und sich aller Massnahmen enthalten, die die Erreichung der mit diesem Abkommen verfolgten Ziele gefährden (vgl. auch E. 5.5.1.2 i.f. hiervor). Folglich belässt das Luftverkehrsabkommen Raum für die Anwendung von schweizerischem Recht - namentlich des Kartellgesetzes und von Art. 49a Abs. 1 KG.

5.7. Soweit die Beschwerdeführerinnen durch die Anwendung von Art. 49a KG eine Verletzung des Grundsatzes "keine Strafe ohne Gesetz" im Sinne von Art. 7 EMRK sehen, da Art. 49a Abs. 1 KG nur für unzulässige Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG eine Belastung vorsehe, nicht aber für mit Art. 8 Abs. 1 LVA unvereinbares und verbotenes Verhalten, ist ihnen nicht zu folgen (zum strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter der Sanktionen im Sinne von Art. 49a KG und zur diesbezüglichen Anwendbarkeit der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 7 EMRK siehe BGE 143 II 297 E. 9.1; 139 I 72 E. 2.2.2; vgl. auch E. 12.2 hiernach). Die vorliegend relevanten, verbotenen Verhaltensweisen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA sind mit Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG inhaltlich deckungsgleich (vgl. E. 6.1 hiernach). Insofern hat eine allfällige Sanktionierung eine hinreichende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 7 EMRK und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV, ohne dass eine ausdrückliche Nennung von Art. 8 f. LVA in Art. 49a Abs. 1 KG erforderlich wäre.

IV. Wettbewerbsabreden im Allgemeinen

6.

Mit diesem Abkommen unvereinbar und verboten sind laut Art. 8 Abs. 1 LVA alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens bezwecken oder bewirken.

6.1. In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.) überein (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1). Bei Art. 101 AEUV handelt es sich um die Nachfolgebestimmung von Art. 81 EG-Vertrag (vgl. Schröter, a.a.O., S. 46; Anhang LVA in der aktuellen Fassung vom 1. Februar 2024 [AS 2024 26, S. 3], wonach alle "Bezugnahmen in den folgenden Rechtsvorschriften auf die Artikel 81 und 82 EGV oder auf die Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [...] als Bezugnahmen auf die Artikel 8 und 9 dieses Abkommens zu verstehen" sind; vgl. auch JANUTTA/STEHMANN, a.a.O., S. 1600; ZURKINDEN/BAUDENBACHER, a.a.O., S. 3093 f.). Art. 8 LVA entspricht inhaltlich Art. 81 EG-Vertrag (vgl. E. 4.4.1 i.f. hiervor). Somit decken sich die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen auch im Verhältnis zwischen Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 8 Abs. 1 LVA.

Im Weiteren ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Auslegung und Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG die Rechtsprechung und Literatur zum parallelen europäischen Kartellrecht zu berücksichtigen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1 i.f.; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 6.2.3; 137 I 72 E. 8.2.3). Liegen im Wesentlichen gleiche Sachlagen vor, kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.3; 139 I 72 E. 8.2.3; Urteile 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 6.4; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4; 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.2.3). Dementsprechend kann für die Anwendung von Art. 8 Abs. 1 LVA - zumindest dem Grundsatz nach - auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 KG sowie Art. 5 KG Bezug genommen werden.

6.2. Wettbewerbsabreden sind laut 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. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken (vgl. BGE 148 II 521 E. 6.2; 147 II 72 E. 3.1; 144 II 246 E. 6.4.1). Abreden sind sowohl Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte

Verhaltensweisen. Sie sind die Mittel der Verhaltenskoordination (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2; 129 II 18 E. 6.3). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt (vgl. BGE 148 II 521 E. 6.2.1; 144 II 246 E. 6.4.1; 129 II 18 E. 6.3). Abreden laufen dem Selbstständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszu-schliessen. Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2; 129 II 18 E. 6.3).

6.3. Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer Intensität oder Ausdrucksform (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.1).

6.3.1. Eine Vereinbarung verlangt einen gemeinsamen Willen. Sie setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus. Die Willensäusserung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1). Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff der Vereinbarung erfasst sind (sogenannte Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) - wie Art. 4 Abs. 1 KG klar festhält. Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3).

6.3.2. Die abgestimmte Verhaltensweise bleibt immer im Vorfeld einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise besteht aus zwei Elementen: Die Abstimmung einerseits und das darauf gestützte Verhalten andererseits (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.1). Insofern ist auch klar, dass zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten ein Kausalzusammenhang notwendig ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.4).

6.3.2.1. In der Regel beruht eine (Verhaltens-) Abstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustauschs unter den Marktteilnehmern verfügbar sind. Dabei ist das Medium des Informationsaustauschs unerheblich. Beim Informationsaustausch handelt es sich um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen respektive Rückschlüsse darauf zulassen. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2).

6.3.2.2. Das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise bedarf neben der unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) sodann eines entsprechenden Marktverhaltens. Die Fühlungnahme allein genügt somit nicht. Hinzu kommen muss ein korrespondierendes Marktverhalten der Unternehmen. Während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Die Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern in dem anschliessenden Marktverhalten der Parteien. Erforderlich ist somit auch ein Abstimmungserfolg, der sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigt (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.3).

6.4. 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.

6.4.1. Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann direkt nachgewiesen werden oder sich auch aus den gesetzlichen Vermutungstatbeständen von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG ergeben (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1 und E. 6.5; 143 II 297 E. 4.1). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird namentlich bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet (vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG; Urteil 2C_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5.6.1). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist in diesem Fall ausgeschlossen (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1). Führt die Abrede zu keiner Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, ist indes zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5).

6.4.2. Die Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.1). Aus der Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit folgt, dass bei der Bestimmung deren materiellen Gehalts qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind. Nach Auffassung des Gesetzgebers sind die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgrund ihres Gegenstands erheblich, sodass jedenfalls eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn die Vermutung einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt wird. Denn die nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG besonders schädlichen Abreden behalten ihre Schädlichkeit auch nach der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. In der Regel sind daher keine quantitativen Kriterien mehr notwendig, um zu bestimmen, ob die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erheblich ist (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.2).

6.4.3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt somit, dass die in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgeführten Abreden im Grundsatz die Erheblichkeitsschwelle

erreichen und somit das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5; 143 II 297 E. 5.2.5 und E. 5.6). Ferner soll bei der Beurteilung der Frage, ob der Wettbewerb durch die Abrede beeinträchtigt wird, auch der potenzielle Wettbewerb geschützt werden. Denn mit der Vereinbarung und nicht erst mit der Umsetzung oder der Praktizierung der Abreden wird "ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit" geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können. Auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung kommt es nicht an (BGE 143 II 297 E. 5.4.2; vgl. auch BGE 144 II 194 E. 4.3.2).

6.4.4. Beeinträchtigt eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5 i.f.; 144 II 194 E. 4.4.1 i.f.; 143 II 297 E. 5). Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a und lit. b KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) 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 (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird. Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 147 II 72 E. 7.2; 143 II 297 E. 7.1).

V. Abreden über die Treibstoffzuschläge sowie zur Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen im Besonderen

V.I. Massgebender Sachverhalt

7.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung zum Informationsaustausch im Rahmen der Treffen des D. _____ (nachfolgend nur: "K1. _____") über die Treibstoffzuschläge sowie über die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen.

7.1. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, sie seien zwar ab dem 17. Januar 2001 Mitglied im "K1. _____" gewesen. Ein Mitarbeitender von L1. _____ habe gelegentlich an den Sitzungen des "K1. _____" teilgenommen. Er habe allerdings L1. _____ mit Wirkung per 1. April 2004 verlassen, sodass die Beschwerdeführerinnen ab diesem Zeitpunkt nicht mehr an den Treffen des "K1. _____" vertreten gewesen seien. In der Folge, so die Beschwerdeführerinnen weiter, seien sie entgegen der vorinstanzlichen Beweiswürdigung nicht durch die M1. _____ AG im "K1. _____" vertreten gewesen. Die M1. _____

AG habe im relevanten Zeitraum eine andere Airline vertreten. Mangels Vertretung im "K1._____" könne ihnen bereits in tatsächlicher Hinsicht - ab dem 1. April 2004 - keine Beteiligung an den Treffen und den dabei allenfalls getroffenen Abreden über die Treibstoffzuschläge nachgewiesen werden. Im Weiteren bringen die Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen vor, die Vorinstanz konstruiere aufgrund eines einzigen Ereignisses die Teilnahme der Beschwerdeführerinnen an dieser zweiten Abrede. Dieser Sachverhalt stehe im Zusammenhang mit N1._____, und betreffe den Zeitraum zwischen dem 30. Mai 2005 und 15. Juni 2005. In diesem Zeitraum seien sie, wie bereits dargelegt, nicht mehr mit einem Mitarbeitenden im "K1._____" vertreten gewesen. Im Übrigen habe die EU-Kommission das parallele Verfahren gegen die Beschwerdeführerinnen eingestellt, da es keine Beweise für eine Teilnahme an den (beiden) Abreden gegeben habe. Die Vorinstanz hätte diesen Umstand in ihre Sachverhaltswürdigung miteinbeziehen müssen.

7.2. Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Der festgestellte Sachverhalt kann nur erfolgreich gerügt sowie berichtigt oder ergänzt werden, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 149 II 337 E. 2.3; 142 I 135 E. 1.6). Die Sachverhaltsfeststellung oder die Beweismittelwürdigung erweist sich als offensichtlich unrichtig, wenn das Gericht den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt lässt oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen zieht (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (vgl. BGE 148 V 366 E. 3.3; 147 I 73 E. 2.2).

7.3. Die Vorinstanz beschränkt ihre Sachverhaltsermittlung in der vorliegenden Angelegenheit auf die für die Beschwerdeführerinnen einzig relevante Drittlandstrecke zwischen U._____ und V._____ (vgl. E. 11.2 des angefochtenen Urteils). Sie stellt fest, dass allen Mitgliedern des "K1._____" im Nachgang zu den diversen ausgewerteten "Informationsrunden" die Protokolle der "K1._____"-Treffen über deren Internetseite grundsätzlich zugänglich gewesen seien (vgl. E. 11.2.1-11.2.10 des angefochtenen Urteils). Beim "K1._____" handle es sich, ohne dass die Beschwerdeführerinnen dem widersprächen, um eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR, die gemäss den Statuten unter anderem bezwecke was folgt: "To anticipate, prevent and if necessary, solve air cargo related problems, that have a general relevance to members of the partnership" (vgl. E. 11.4.3 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerinnen seien im "K1._____" mit einem Mitarbeitenden vertreten gewesen und stellten nicht in Abrede, dass sie als Mitglieder des "K1._____" gewusst hätten, dass die Proto-

kolle der Treffen ab Oktober 2001 auf der Internetseite einsehbar gewesen seien (vgl. E. 11.2.12 des angefochtenen Urteils).

Die Vorinstanz stellt zudem fest, dass dem Mitarbeitenden der Beschwerdeführerinnen im Rahmen des vom "K1._____" organisierten Informationsaustauschs sowohl vor dem 1. April 2004 als auch danach bis am 6. Juni 2004 die Änderungen der Treibstoffzuschläge per E-Mail zugestellt worden seien (vgl. E. 11.2.12 des angefochtenen Urteils). Im darauffolgenden Zeitraum seien die Beschwerdeführerinnen durch ihren Generalverkaufsagenten - die M1._____ AG - im "K1._____" vertreten gewesen (vgl. E. 11.4.2. des angefochtenen Urteils). Mit Bezug auf die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen berücksichtigt die Vorinstanz überdies, dass N1._____, der Verband O1._____, am 30. Mai 2005 verschiedene Luftverkehrsunternehmen angeschrieben habe, um Kommissionen auf Zuschlägen zu fordern, und dass der "K1._____" am 6. Juni 2005 alle Mitglieder, darunter auch die Beschwerdeführerinnen über ihren Generalverkaufsagenten, für den 17. Juni 2005 zu einer informellen Besprechung zu dieser Thematik eingeladen habe. Daraufhin seien diverse E-Mail versendet worden, in deren Verteiler auch der Generalverkaufsagent der Beschwerdeführerinnen aufgeführt gewesen sei (vgl. E. 12.1.4 des angefochtenen Urteils).

7.4. Es ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen die vorinstanzlichen Feststellungen zu den Inhalten der "Informationsrunden", der Protokolle der "K1._____"-Treffen und den vorinstanzlich gewürdigten E-Mails nicht hinreichend bestreiten. Sie stellen auch den Umstand, dass sich die Mitglieder des "K1._____" zu den Treibstoffzuschlägen und zur Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen ausgetauscht haben, nicht substantiiert infrage. Sie vertreten bloss die Ansicht, dass ihnen aufgrund der Teilnahme ihres eigenen Mitarbeitenden im Zeitraum vor dem 1. April 2004 ohnehin keine Sanktion auferlegt und im darauffolgenden Zeitraum das Verhalten ihres Generalverkaufsagenten nicht zugerechnet werden könne. Beide Aspekte betreffen indes nicht den Sachverhalt, sondern sind im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu beurteilen (vgl. E. 8.4 hiernach).

7.4.1. In tatsächlicher Hinsicht stellen die Beschwerdeführerinnen somit nicht hinreichend in Abrede, dass sie bei den "K1._____"-Treffen vor dem 1. April 2004 mit einem Mitarbeitenden teilgenommen haben und dass dieser die vorinstanzlich gewürdigten E-Mails erhalten hat. Ebenso ist nicht zu erkennen, dass sie die vorinstanzliche Feststellung rechtsgenügend bestreiten, wonach sie von den Protokollen der "Informationsrunden" nach dem 1. April 2004 Kenntnis genommen haben. Vor diesem Hintergrund ist der Umstand, dass die EU-Kommission das Verfahren gegen die Beschwerdeführerinnen mangels Beweisen eingestellt hat, nicht von Belang. Aus diesem Umstand ergibt sich jedenfalls kein hinreichend begründeter Anhaltspunkt, dass die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt hat.

7.4.2. Soweit die Beschwerdeführerinnen vortragen, im Zeitraum ab dem 1. April 2004 sei die M1._____ AG als Generalverkaufsagent einer anderen Airline in Erscheinung getreten, vermögen die Beschwerdeführerinnen

nen ebenfalls keine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung aufzuzeigen: Die Vorinstanz kommt in einer umfassenden Würdigung der Beweismittel zum Schluss, dass die M1._____ AG als Generalverkaufsagent sowohl für eine andere Airline als auch für die Beschwerdeführerinnen gehandelt habe (vgl. E. 11.4.2 des angefochtenen Urteils; zur Rechtsfrage der Zurechenbarkeit dieses Handelns siehe E. 8.4 hier-nach). Der Umstand, dass ein Generalverkaufsagent gemäss den Statuten des "K1._____" nur eine Luftverkehrsgesellschaft vertreten könne, vermag entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als willkürlich erscheinen lassen, zumal die Beschwerdeführerinnen damit nicht aufzeigen, dass diesem Grundsatz auch tatsächlich nachgelebt worden ist.

7.5. Nach dem Dargelegten ist in tatsächlicher Hinsicht für das Bundesgericht verbindlich erstellt (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), dass die Beschwerdeführerinnen ab Mitte Januar 2001 Mitglieder des "K1._____" waren, an den "K1._____"-Treffen bis zum 1. April 2004 mit ihrem Mitarbeitenden direkt sowie ab dem 1. April 2004 über ihren Generalverkaufsagenten zumindest indirekt teilnahmen und von den Protokollen der "Informationsrunden" mit den Angaben zu den Änderungen der Treibstoffzuschläge Kenntnis nehmen konnten. Ferner bleibt unbestritten, dass der Generalverkaufsagent im Verteiler der E-Mail betreffend die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen aufgeführt war.

V.II Rechtliche Würdigung

8.

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren die vorinstanzliche Würdigung, wonach es sich beim Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen sowie zur Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG handle.

8.1. Die Beschwerdeführerinnen tragen vor, die Handlungen der M1._____ AG könnten ihnen nicht zugerechnet werden. Die M1._____ AG habe in der Funktion des Generalverkaufsagenten für die Beschwerdeführerinnen zwar Dienstleistungen in den Bereichen Verkauf, Marketing, Frachtreservation und Abwicklung erbracht. Dabei habe sie die Beschwerdeführerinnen während des fraglichen Zeitraums jedoch nicht im "K1._____" vertreten. Die M1._____ AG sei überdies eine unabhängige Drittpartei mit unabhängiger Geschäftsführung und habe eine Vielzahl von Fluggesellschaften vertreten. Die von der Vorinstanz vorgenommene Zurechnung der Handlungen und Unterlassungen der M1._____ AG an die Beschwerdeführerinnen setze indes voraus, dass die Beschwerdeführerinnen und die M1._____ AG eine "wirtschaftliche Einheit" bildeten. Eine solche Einheit liege aber nur vor, wenn die Beschwerdeführerinnen die Kontrolle über die M1._____ AG inne hätten und die M1._____ AG kein wirtschaftliches Risiko für die Tätigkeit trage, die sie zugunsten der Beschwerdeführerinnen ausübe. Weder die WEKO noch die Vorinstanz hätten den Beweis dafür erbracht, dass die M1._____ AG als Generalverkaufsagent kein wirtschaftliches Risiko für die die Beschwerdeführerinnen betreffenden Tätigkeiten getragen

habe. Im Übrigen habe die M1._____ AG an den "K1._____"-Treffen zwar teilgenommen. Sie sei aber lediglich passive Empfängerin des jeweiligen Informationsaustauschs gewesen und habe, wenn überhaupt, bereits öffentlich bekannte Informationen den Beschwerdeführerinnen mitgeteilt. Bei den wenigen einseitigen Mitteilung durch den Generalverkaufsagenten fehle es an der nötigen Gegenseitigkeit, um eine abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen.

8.2. Die Vorinstanz erwägt, aufgrund der Tatsache, dass der Austausch von Informationen und deren Verbreitung institutionalisiert im Rahmen einer einfachen Gesellschaft - im "K1._____" - stattgefunden habe, sei primär von einer bezüglich des systematischen Informationsaustauschs getroffenen Vereinbarung und lediglich sekundär von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen (vgl. E. 11.4.5 f. des angefochtenen Urteils). Dabei sei den Beschwerdeführerinnen das Verhalten ihres Mitarbeitenden anzulasten sowie ab dem 1. April 2004 die Handlungen des Generalverkaufsagenten zuzurechnen (vgl. E. 11.4.2 des angefochtenen Urteils). Der Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen im Rahmen des "K1._____" sei den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen. Trotzdem hätten sie es unterlassen, sich davon zu distanzieren. Wie die Beschwerdeführerinnen im Rahmen des Untersuchungsverfahrens noch eingestanden hätten, habe der Generalverkaufsagent die Vertretung der Beschwerdeführerinnen in der Schweiz wahrgenommen und sich weiterhin am Informationsaustausch beteiligt. Auch dies sei den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen, zumal jedenfalls bis Mitte 2004 ihr Mitarbeitender sowie der Generalverkaufsagent gleichzeitig am Informationsaustausch im Rahmen des "K1._____" teilgenommen hätten. Eine nach aussen hin klar kommunizierte Distanzierung vom Informationsaustausch zur Frage der Treibstoffzuschläge liege nicht vor (E. 11.4.4 des angefochtenen Urteils). Gleich verhalte es sich, so die Vorinstanz weiter, mit der Abrede zur Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen (vgl. E. 12.2 des angefochtenen Urteils).

8.3. Die WEKO entgegnet im Rahmen der Vernehmlassung, dass die beiden Beschwerdeführerinnen unbestrittenermassen im gesamten Zeitraum Mitglieder des "K1._____" gewesen seien. Selbst wenn die Beschwerdeführerinnen nach dem 1. April 2004 nicht mehr an den "K1._____"-Treffen mit einem Mitarbeitenden oder einem anderen Vertreter teilgenommen hätten, hätten sie als "K1._____"-Mitglieder nach wie vor Zugriff auf die Protokolle gehabt. Den Beschwerdeführerinnen sei die Implementierung des Informationsaustauschs im Rahmen des "K1._____" bekannt gewesen. Trotzdem hätten sie es unterlassen, sich davon zu distanzieren. Insofern sei es irrelevant, ob der Generalverkaufsagent die Beschwerdeführerinnen formell oder informell im "K1._____" vertreten habe. Die Beschwerdeführerinnen, so die WEKO weiter, stellten nicht in Abrede, dass die M1._____ AG sie zumindest ausserhalb des "K1._____" als Generalverkaufsagent vertreten habe. Den Beschwerdeführerinnen sei bekannt gewesen, dass ihr Generalverkaufsagent auch nach dem 1. April 2004 weiterhin am Informationsaustausch teilgenommen habe.

8.4. Zunächst ist auf die Mitgliedschaft der Beschwerdeführerinnen im "K1._____" sowie auf die Form ihrer Teilnahme an den "K1._____"-Treffen einzugehen. Diesbezüglich ist ausschlaggebend, dass die Beschwerdeführerinnen ab Mitte Januar 2001 Mitglieder des "K1._____" waren und an den "K1._____"-Treffen durch einen Mitarbeitenden vertreten waren. Die Vorinstanz stellt für das Bundesgericht verbindlich fest, dass diesem Mitarbeitenden die Angaben zu den Änderungen der Treibstoffzuschläge jeweils per E-Mail zugestellt wurden (vgl. E. 7.4 hiervor). Im Übrigen bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht, dass sie aufgrund der auf der Internetseite des "K1._____" zugänglichen Protokolle über die Ergebnisse der "K1._____"-Treffen Bescheid wussten. Auch der Umstand, dass die M1._____. AG an den "K1._____"-Treffen beteiligt war, stellen die Beschwerdeführerinnen nicht in Abrede. Sodann räumen die Beschwerdeführerinnen selbst ein, dass die M1._____. AG sie in diversen Belangen als Generalverkaufsagenten vertreten habe.

8.4.1. Vor diesem Hintergrund ist die von den Beschwerdeführerinnen geäußerte Kritik an der Zurechenbarkeit der Handlungen der M1._____. AG unbegründet. Die Beschwerdeführerinnen waren ab Mitte Januar 2001 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit ihrem Mitarbeitenden direkt am Informationsaustausch beteiligt, kannten infolgedessen die Funktionsweise des "K1._____" und waren namentlich über die Zugänglichkeit der Protokolle im Bilde. Ab dem 1. April 2004 waren die Beschwerdeführerinnen weiterhin Mitglieder des "K1._____" und über ihren Generalverkaufsagenten, möglicherweise nicht formell, zumindest aber informell im "K1._____" vertreten. Es ist unbestritten, dass der Generalverkaufsagent auch nach dem 1. April 2004 weiterhin am Informationsaustausch des "K1._____" teilnahm (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) und die Beschwerdeführerinnen, wie sie selber einräumen, in verschiedensten Bereichen vertrat. Sie hatten entsprechend Zugang zu den Ergebnissen der "K1._____"-Treffen und waren somit auch nach dem 1. April 2004 (indirekt) am Informationsaustausch beteiligt. Angesichts der direkten Beteiligung des Mitarbeitenden der Beschwerdeführerinnen bis mindestens zum 1. April 2004 hätten sich die Beschwerdeführerinnen, wie die WEKO zu Recht vernehmlassungsweise vorbringt, in der Folge aktiv vom Informationsaustausch distanzieren müssen (vgl. Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363, wonach "zu beachten [ist], dass ein Unternehmen, wenn es solche Informationen erhält, ohne sich offen von der in Rede stehenden Initiative zu distanzieren oder sie bei den Verwaltungsbehörden anzuzeigen, die Fortsetzung der Zuwiderhandlung begünstigt und ihre Entdeckung verhindert"; vgl. auch E. 11.4.4 des angefochtenen Urteils). Dies unterliessen sie indes. Mangels Distanzierung wirkte die vormalige direkte Beteiligung des Mitarbeitenden der Beschwerdeführerinnen auch in der Phase ab dem 1. April 2004 nach, da sie den Informationsaustausch weiterhin guthiessen und unbestrittenermassen Zugang zu dessen Ergebnissen hatten.

8.4.2. Nach dem Gesagten ist den Beschwerdeführerinnen sowohl das Verhalten ihres Mitarbeitenden (bis zum 1. April 2004) als auch die Handlungen und Unterlassungen des Generalverkaufsagenten (ab dem 1. April

2004) zuzurechnen. Die Beschwerdeführerinnen waren im gesamten Zeitraum (bis spätestens Februar 2006) am Informationsaustausch beteiligt, indem sie Mitglieder des "K1._____" waren und Zugang zu den Ergebnissen der "K1._____"-Treffen hatten. Soweit die Beschwerdeführerinnen eine "wirtschaftliche Einheit" mit der M1._____. AG verlangen ist ihnen nicht zu folgen: Die Beschwerdeführerinnen lassen ausser Acht, dass die zunächst direkte Beteiligung durch die aktive Teilnahme ihres Mitarbeitenden an den Treffen (bis zum 1. April 2004) auf die nachfolgende Phase der indirekten - möglicherweise passiven - Beteiligung am Informationsaustausch ausstrahlt. Insofern ist es nicht massgebend, ob die M1._____. AG die Beschwerdeführerinnen formell oder informell vertreten hat oder ob sie zusammen eine "wirtschaftliche Einheit" bilden. Entsprechend stösst auch das Vorbringen ins Leere, wonach die M1._____. AG und daher auch die Beschwerdeführerinnen lediglich passive Empfängerinnen des jeweiligen Informationsaustauschs gewesen seien.

8.5. Im Weiteren steht der Vorwurf im Raum, dass die Vorinstanz den Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen zu Unrecht als Abrede im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG beurteilt hat.

8.5.1. Die Vorinstanz geht primär davon aus, dass der Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen eine Vereinbarung darstellt (vgl. E. 11.4.5 des angefochtenen Urteils). Im Sinne einer Eventualbegründung hält die Vorinstanz auch die Variante der abgestimmten Verhaltensweise als erfüllt (vgl. E. 11.4.6 des angefochtenen Urteils). Wie sich nachfolgend zeigen wird, kann vorliegend offenbleiben, ob der Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen lediglich im Vorfeld einer Vereinbarung bleibt (vgl. dazu E. 6.3.2 hiervor). Jedenfalls liegt eine abgestimmte Verhaltensweise vor.

8.5.1.1. Gemäss den Statuten des "K1._____" bezweckt die einfache Gesellschaft "[to] anticipate, prevent and if necessary, solve air cargo related problems, that have a general relevance to members of the partnership" (vgl. E. 7.3 hiervor; E. 11.4.3 des angefochtenen Urteils). Der Wortlaut der Statuten allein lässt zwar noch nicht auf eine Vereinbarung oder Abstimmung schliessen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2; vgl. auch E. 6.2 hiervor). Aus der unbestrittenen vorinstanzlichen Sachverhaltsermittlung zeigt sich jedoch, dass sich die fraglichen Unternehmen - d. h. die Mitglieder des "K1._____" - über Informationen ihrer Wettbewerberinnen generell austauschen wollten und dies, wenn Anlass dazu bestand, jeweils auch taten, um auf diesem Weg über die geplanten oder bereits vollzogenen Schritte der Konkurrenz informiert zu sein. Die Mitglieder respektive deren Vertreter trafen sich nicht nur informell, vielmehr organisierten sie den Informationsaustausch im "K1._____", in dessen Rahmen unter anderen Informationen zu Treibstoffzuschlägen systematisch gesammelt und verbreitet wurden. Auch wenn jeweils nicht konkrete Preisniveaus - vertraglich - vereinbart wurden, reduzierten die Mitglieder des "K1._____" durch ihre Teilnahme am Informationsaustausch ihre Geschäftsrisiken, da sie "die Ungewissheit hinsichtlich des künftigen Verhaltens" der Wettbewerber beseitigten (Urteil des EuG T-324/17 vom

30. März 2022 Rz. 363). In Anbetracht der Institutionalisierung des Informationsaustauschs im Rahmen des "K1._____" ist jedenfalls von einer Verhaltensabstimmung auszugehen. Ob darüber hinaus auch ein hinreichender Bindungswille der Mitglieder vorliegt, der zwar rechtlich möglicherweise nicht erzwingbar ist, aber rechtsprechungsgemäss als Vereinbarung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 (1. Teilsatz) LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 (1. Teilsatz) KG gilt, kann dahingestellt bleiben (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3; 144 II 246 E. 6.4.1).

8.5.1.2. Aus den vorinstanzlichen Sachverhaltsdarstellungen ist die Umsetzung der Abstimmung ohne Weiteres zu erkennen: Beispielsweise gab die E._____
AG am 20. September 2004 eine Anhebung der Zuschläge ab dem 4. Oktober 2004 bekannt. Der "K1._____" reichte diese Information an seine Mitglieder weiter, erwähnt gleichzeitig, dass "D1._____" und "B1._____" der Anhebung folgten, und forderte die Luftfahrtunternehmen und Generalverkaufsagenten auf, die erhöhten Beträge und Stichtage bekannt zu geben. In der Folge teilte der Generalverkaufsagent der Beschwerdeführerinnen die geplante Zuschlagserhöhung samt Stichtag mit (vgl. E. 11.2.3 des angefochtenen Urteils). Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Behauptung, wonach sie die Zuschläge bereits zuvor einseitig erhöht hätten, vermag die Kausalität zwischen der Abstimmung und deren Umsetzung nicht infrage zu stellen. Insbesondere bleibt der Umstand bestehen, dass die Beschwerdeführerinnen ihrerseits den Mitgliedern des "K1._____" die Beträge und Stichtage über ihren Generalverkaufsagenten mitteilten und auf diese Weise zur Umsetzung der Abstimmung beitrugen. Der Abstimmungserfolg zeichnet sich insofern dadurch aus, dass er auf Gegenseitigkeit beruhte, unabhängig davon von welchem Mitglied des "K1._____" die Zuschlagsänderung initiiert wurde. Es liegt somit ein Marktverhalten vor, das von der gegenseitigen Abstimmung beeinflusst war (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.3). Dass die Beschwerdeführerinnen die abgestimmten Treibstoffzuschläge in der Folge ihren Kundinnen und Kunden nicht verrechneten, machen sie im Übrigen nicht geltend.

8.5.1.3. Angesichts des Umstands, dass - wie im Wettbewerbsrecht generell (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4.3.1) - auch bei Abreden die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.4; 144 II 246 E. 6.4.4), ist das angeführte Beweisergebnis für den Nachweis einer tatsächlich umgesetzten Abstimmung ausreichend. Der Austausch zu den Treibstoffzuschlägen zwischen den zueinander in einem horizontalen Konkurrenzverhältnis stehenden Mitglieder des "K1._____" im Rahmen der Treffen erfüllt damit den ersten Teil des Tatbestands von Art. 8 Abs. 1 (1. Teilsatz) LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 (1. Teilsatz) KG.

8.5.2. Zu prüfen bleibt, ob mit dem Informationsaustausch in Gestalt einer abgestimmten Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde (vgl. Art. 8 Abs. 1 [2. Teilsatz] LVA i.V.m. Art. 4 Abs. 1 [2. Teilsatz] KG).

8.5.2.1. In diesem Zusammenhang vermag das von den Beschwerdeführerinnen angeführte Argument, wonach der Austausch der Informationen ohne wettbewerbsrelevanten Einfluss gewesen sei, von vornherein nicht zu überzeugen: Die Verhaltensabstimmung beruhte auf der Verwertung von Information, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustauschs unter den Marktteilnehmern im Rahmen der "K1._____"-Treffen verfügbar waren (vgl. auch BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2). Dabei ist das Medium des Informationsaustauschs unerheblich (vgl. Urteil des EuGH C-74/14 vom 21. Januar 2016 Rz. 44). Der Informationsaustausch bezog sich auf Informationen, die die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber zu den Treibstoffzuschlägen betrafen oder Rückschlüsse darauf zulies. Ihre Kenntnis verminderte oder beseitigte die ansonsten bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbsliche Verhalten (vgl. auch BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2).

8.5.2.2. Vor diesem Hintergrund waren die Kontakte im Rahmen der "K1._____"-Treffen zumindest geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung bei der Einführung und den betragslichen Änderungen von Treibstoffzuschlägen zu bezwecken, wenn nicht gar zu bewirken. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, erfolgte mit dem Informationsaustausch eine gegenseitige Bestätigung der Änderungen der Treibstoffzuschläge, was auch bei bereits öffentlich angekündigten geplanten Änderungen eine gegenseitige Absicherung hinsichtlich des künftigen Handelns erlaubte (vgl. E. 11.4.3 des angefochtenen Urteils). Die Rügen der Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf die teilweise öffentlich verfügbaren Informationen und der einseitig getroffenen Änderungen der Treibstoffzuschläge vermögen deshalb nicht zu überzeugen. In diesem Lichte bezweckte oder bewirkte die abgestimmte Verhaltensweise über die Treibstoffzuschläge eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs respektive eine Wettbewerbsbeschränkung. Somit ist auch der zweite Teil des Tatbestands von Art. 8 Abs. 1 [2. Teilsatz] LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 [2. Teilsatz] KG erfüllt.

8.6. Gleich verhält es sich mit dem Austausch über die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen. Von Bedeutung ist auch diesbezüglich der erfolgte Informationsaustausch zwischen diversen Luftfahrtunternehmen im Rahmen des "K1._____" und die vom "K1._____" unter anderem an den Generalverkaufsagenten der Beschwerdeführerinnen versendeten E-Mails. Der vorinstanzlich festgestellte und von den Beschwerdeführerinnen auch nicht in Abrede gestellte Ablauf der Ereignisse im Nachgang an die Anfrage von N1._____
vom 30. Mai 2005 belegt den erfolgten Informationsaustausch zur strittigen Frage der Kommissionierung von Zuschlägen und der Verweigerung einer solchen hinreichend (vgl. E. 7.3 i.f. hiavor; E. 12.1.4 des angefochtenen Urteils). Wie bereits dargelegt (vgl. E. 8.4 hiavor), lassen sich die Handlungen und Unterlassungen des Generalverkaufsagenten den Beschwerdeführerinnen zurechnen. Im Übrigen wird ebenfalls diesbezüglich eine nach aussen hin klar kommunizierte generelle Distanzierung vom Meinungsaustausch von den Be-

schwerdeführerinnen nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Wie bei den Treibstoffzuschlägen und aus denselben Gründen ist somit ebenso in Bezug auf die Verweigerung der Kommissionierung auf eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zumindest in Gestalt einer abgestimmten Verhaltensweise zu schliessen. Dass die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen in der Folge nicht wie abgestimmt umgesetzt wurde, wird ebenso nicht geltend gemacht (vgl. E. 8.5.1.2 hiervor). Der kartellrechtliche Abredebegriff erfasst auch eine Abrede zwischen Luftfahrtunternehmen, in den jeweiligen Vertragsverhältnissen mit ihren Spediteuren, Letzteren einen bestimmten Preis (teilweise) nicht zu bezahlen (vgl. Urteil 2C_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5.4 f. [betreffend die Verweigerung von Preisnachlässen in Form maximaler Rabatte]). Auch die Übereinkunft, eine Kommissionierung zu verweigern, verminderte die strategische Ungewissheit der Unternehmen und erhöhte die Wahrscheinlichkeit eines wirksamen Kollusionsergebnisses stark, weshalb auch diesbezüglich von einer bezweckten oder bewirkten Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs respektive Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden kann (vgl. auch E. 8.5.2 hiervor). Somit ist der Tatbestand von Art. 8 Abs. 1 LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG auch hinsichtlich der Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen erfüllt.

8.7. Im Ergebnis geht die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen am Informationsaustausch des "K1._____" beteiligt gewesen sind und dieser Austausch von Informationen eine Abrede im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG darstellt. Aufgrund aller Umstände, insbesondere der Tatsache, dass der Informationsaustausch und deren Verbreitung institutionalisiert im Rahmen einer einfachen Gesellschaft stattgefunden hat, ist sowohl betreffend die Abrede zu den Treibstoffzuschlägen als auch betreffend die Abrede zur Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen zumindest von abgestimmten Verhaltensweisen auszugehen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs respektive eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt haben.

9.

Die Beschwerdeführerinnen rügen sinngemäss eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG.

Es ist unter den Verfahrensbeteiligten zu Recht unbestritten, dass es sich bei den Treibstoffzuschlägen sowie bei der Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen um Elemente des Preises im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handelt (vgl. auch Urteil 2C_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5.5). Die beiden den Beschwerdeführerinnen rechtsgenügend nachgewiesenen Abreden im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG stellen daher beide besonders schädliche horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar, womit die Beseitigung des Wettbewerbs zu vermuten ist. Im Übrigen läge auch in beiden Fällen das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein aufgrund des preisbezogenen

Gegenstandes vor, ohne dass eine quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der Abreden vorgenommen werden müsste (vgl. E. 6.4.2 f. hiervor; Urteil 2C_758/2022 vom 16. April 2024 E. 5.6.3). Die fraglichen Abreden würden daher auch die Erheblichkeitsschwelle im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erreichen. Allerdings sind Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG von vornherein nicht ersichtlich und werden von den Beschwerdeführerinnen auch nicht begründet angerufen. Insofern braucht nicht abschliessend geprüft zu werden, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Im Ergebnis liegen zwei mit dem Luftverkehrsabkommen unvereinbare und verbotene respektive unzulässige (Preis-) Abreden im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA und Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG vor.

VI. Sanktion

10.

Mit Blick auf die auferlegte Sanktion machen die Beschwerdeführerinnen den Eintritt der Verjährung geltend.

10.1. Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Ansicht, dass infolge Verjährungseintritts keine Sanktion gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG verhängt werden dürfe. Die Untersuchungsverjährung sei eingetreten. Da es sich bei den kartellrechtlichen Strafsanktionen um Übertretungen handle, gelte entweder eine Verjährungsfrist von drei Jahren gemäss Art. 109 StGB oder eine Verjährungsfrist von vier Jahren nach Art. 11 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) in Verbindung mit Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB.

10.2. Die Verjährung ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, weshalb öffentlich-rechtliche Ansprüche selbst bei Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Verjährung oder der Verwirkung unterliegen (vgl. BGE 140 II 384 E. 4.2). Allgemeine Rechtsgrundsätze kommen indes nur unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Regelungen zur Anwendung (vgl. BGE 144 II 384 E. 4.2; Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.2). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht unlängst entschieden, dass die Frist von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG als verwaltungsrechtliche Spezialregelung zu verstehen ist (vgl. Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 5.3; 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.3 f.). Verwaltungssanktionen verwirken, wenn die Untersuchung nicht innerhalb der Frist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG eröffnet wird. Ab Eröffnung der Untersuchung gilt das Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV; Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.3; vgl. auch E. 12 hiernach).

10.3. Die Vorinstanz erwägt daher zu Recht, die Verjährung sei nicht eingetreten (vgl. E. 14.2.1 des angefochtenen Urteils). Die WEKO hat die Untersuchung innert der Frist von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG eröffnet (vgl. Bst. A hiervor). Die von den Beschwerdeführerinnen angeführten strafrechtlichen Normen finden keine Anwendung: Auch wenn die Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter hat und damit gewisse strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind, bleibt das kartellrechtliche Verfahren ein Verwaltungsverfahren. Die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze stützt sich direkt auf die EMRK

und nicht auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht oder das Strafgesetzbuch. Beide innerstaatlichen Erlasse sind deshalb vorliegend nicht anwendbar (vgl. BGE 148 II 182 E. 3.3.3; Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 5.3; 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.4.1). Somit besteht auch keine Veranlassung, die entsprechenden Verjährungsregelungen anzuwenden.

10.4. Nach dem Dargelegten scheitert die Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht am Verjährungseintritt.

11.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden eine rechtsfehlerhafte Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG.

11.1. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Vorinstanz habe zwar den für den Basisbetrag angenommenen Prozentsatz von 8 % auf 5 % reduziert. Der Prozentsatz hätte aber weiter gesenkt werden müssen, da die Beschwerdeführerinnen, wenn überhaupt, aufgrund der indirekten Beteiligung ihres Generalverkaufsagenten bloss passiv an den Abreden teilgenommen hätten. Auch die pauschale Erhöhung des Basisbetrags um xxx % wegen der Dauer des Verstosses sei nicht gerechtfertigt. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist die Sanktion nach Ermessen des Bundesgerichts erheblich zu reduzieren.

11.2. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und 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. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. 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 Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (vgl. Art. 49a Abs. 1 Satz 3 f. KG; BGE 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2; 143 II 297 E. 9.7.1; vgl. auch Urteile 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.2; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.1; 2C_39/2020 vom 3. August 2022 E. 9.1, nicht publ. in: BGE 148 II 521) : Ermittlung des Basisbetrags (vgl. Art. 3 SVKG); Anpassung an die Dauer des Verstosses (vgl. Art. 4 SVKG); Erhöhung oder Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (vgl. Art. 5 f. SVKG). 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 (vgl. Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG).

11.3. Der für die Sanktionsberechnung heranzuziehende massgebliche Umsatz (auf der relevanten Strecke) von

Fr. xxx ist unbestritten und kann ohne Weiteres der Sanktionsberechnung zugrunde gelegt werden.

11.3.1. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, dass der Basisbetrag nach der Schwere und der Art des Verstosses gebildet wird. Unter Schwere ist die objektive, d. h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotenzial. Zu berücksichtigen sind zudem der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der beteiligten Personen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.4.4).

11.3.2. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist der Prozentsatz des Basisbetrags von 5 % - unbesehen der bereits vorgenommenen Reduktion durch die Vorinstanz - nach wie vor unverhältnismässig hoch und deshalb zu reduzieren. Ihnen ist nicht zu folgen: Die Vorinstanz berücksichtigt zugunsten der Beschwerdeführerinnen bereits hinreichend, dass der Preiswettbewerb nur mit Bezug auf einen untergeordneten Teil des Frachtpreises - d. h. die Summe aller Preiselemente, wie Frachtraten und Einzelzuschläge - beeinträchtigt war. Darüber hinaus beachtet die Vorinstanz zu Recht, dass die Beschwerdeführerinnen mit Ausnahme weniger Ereignisse nur passiv im wettbewerbswidrigen Informationsaustausch involviert waren. Vor diesem Hintergrund erweist sich die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion des Prozentsatzes von 8 % auf 5 % jedenfalls als bundesrechtskonform. Eine weitergehende Reduktion drängt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht auf.

11.3.3. Auch mit Blick auf die Erhöhung des Basisbetrags um xxx % wegen der ermittelten Dauer des Verstosses ist keine Verletzung von Bundesrecht zu erkennen (vgl. Art. 4 SVKG; E. 14.2.4 des angefochtenen Urteils). Die sanktionsrelevante Dauer betrifft immerhin den Zeitraum zwischen dem 1. April 2004 bis Februar 2006. Gleich verhält es sich mit der vorinstanzlichen Würdigung, wonach die Teilnahme der Beschwerdeführerinnen an zwei Abreden als erschwerenden Umstand gelte, weshalb die Erhöhung des Sanktionsbetrags um xxx % nicht zu beanstanden sei (vgl. Art. 5 SVKG; E. 14.2.5 des angefochtenen Urteils). Der Umstand, dass zwei unabhängige Elemente des Preises abgesprochen wurden, kann ohne Weiteres als erschwerenden Umstand betrachtet werden.

11.4. Nach dem Dargelegten ist die vorinstanzliche Sanktionsbemessung und -berechnung nicht zu beanstanden. Der korrekt errechnete Sanktionsbetrag von Fr. 1'509'233.-- ist, wie sogleich zu zeigen sein wird, dennoch zu reduzieren.

12.

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung des Beschleunigungsgebots gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

12.1. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe eine Verletzung des Beschleunigungsgebots geprüft und im Ergebnis verneint. Inzwischen sei auch die Dauer des Beschwerdeverfahrens beim Bun-

desverwaltungsgericht zu berücksichtigen und hinzurechnen. Seit der Eröffnung der Untersuchung am 13. Februar 2006 bis zur Fällung des angefochtenen Urteils am 16. November 2022 seien fast 17 Jahre verstrichen. Dabei habe das bundesverwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren länger gedauert als das Untersuchungsverfahren der WEKO. Die Verfahrensdauer sei unzumutbar und die Sanktion entsprechend zu reduzieren.

12.2. Als Minimalanforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleisten Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Erlass eines Entscheids innerhalb einer angemessenen Frist (zur Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in der vorliegenden Angelegenheit siehe E. 5.7 hiervor). Dies gilt auch für das Kartellrechtsverfahren (vgl. Urteile 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2; 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6.1, nicht publ. in: BGE 148 II 321). 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 (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4; 130 I 312 E. 5.1). Für die rechtssuchende Person ist es unerheblich, auf welche Gründe eine übermässige Verfahrensdauer zurückzuführen ist. Mangelnde Organisation oder Überlastung bewahren nicht vor dem Vorwurf der Rechtsverzögerung (vgl. 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 (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2; 125 V 188 E. 2a).

12.3. Am 13. Februar 2006 hat das Sekretariat eine Untersuchung zu Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht (Untersuchung 81.21-0014) eröffnet. Die Verfügung der WEKO datiert vom 2. Dezember 2013. Die Vorinstanz führt zur Dauer des Untersuchungsverfahrens zunächst aus, dass die fast achtjährige Untersuchungsdauer in der Verfahrensführung der WEKO zweifellos ein Novum darstelle, wenn als Vergleichsmassstab bisherige Sanktionsverfahren mit einer durchschnittlich deutlich kürzeren Prozessdauer beigezogen würden (vgl. E. 14.2.2 des angefochtenen Urteils). Zu Recht relativiert die Vorinstanz die lange Verfahrensdauer sodann mit Hinweis auf den Umstand, dass die WEKO nicht nur ein Verfahren gegen ein Unternehmen oder einen Konzern, sondern ein komplexes Untersuchungsverfahren gegen vierzehn Luftfahrtunternehmen bzw. Luftfahrtkonzerne (mit je spezifischen Eigenheiten) habe bewältigen müssen. Die WEKO weist in der bundesgerichtlichen Vernehmlassung zudem darauf hin, dass bereits die (internationalen) Beurteilungszuständigkeiten aufgrund der erstmaligen Anwendung der kartellrechtlichen Bestimmungen des Luftverkehrsabkommens lange Zeit unklar gewesen seien. Die Differenzen bei den Auffassungen der Verfahrensbeteiligten zum Regelungsgehalt des Luftverkehrsabkommens zeigen sich im Übrigen auch noch vor Bundesgericht (vgl. E. 5.1- 5.4 hiervor). In

diesem Lichte ist mit Bezug auf das Untersuchungsverfahren der WEKO keine Verletzung des Beschleunigungsgebots zu erkennen. Entsprechend sind die Verfahrenskosten des Untersuchungsverfahrens - über die von der Vorinstanz bereits vorgenommene Reduktion hinaus - nicht zu kürzen.

12.4. Anders verhält es sich mit Blick auf das über acht Jahre dauernde vorinstanzliche Beschwerdeverfahren.

12.4.1. Gegen die Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 reichten die Beschwerdeführerinnen am 12. Februar 2014 Beschwerde bei der Vorinstanz ein. Wie sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, war der vorinstanzliche Schriftenwechsel mit der Einreichung der Duplik am 2. Oktober 2014 abgeschlossen (vgl. Bst. E des angefochtenen Urteils). Rund 4.5 Jahre später erkundigte sich die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 14. Mai 2019, ob die Beschwerdeführerinnen an ihrem Antrag um Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung festhielten, woraufhin die Beschwerdeführerinnen am 14. Juni 2019 ihren Verzicht erklärten (vgl. Bst. F und Bst. G des angefochtenen Urteils). Daraufhin dauerte es wiederum 3.5 Jahre bis die Vorinstanz das Urteil vom 16. November 2022 fällte (vgl. Bst. B.b f. hiervor). Es ist demnach festzuhalten, dass die Vorinstanz während über acht Jahren (2. Oktober 2014 bis 16. November 2022) keine erkennbaren (wesentlichen) Verfahrenshandlungen vornahm. Die Vorinstanz verzichtet im Rahmen des bundesgerichtlichen Verfahrens auf eine Vernehmlassung und äussert sich nicht zur Verfahrensdauer. Demgegenüber hält sie bereits im Rahmen des angefochtenen Urteils den Beschwerdeführerinnen entgegen, diese hätten sie nicht zu einer raschen Behandlung der Angelegenheit aufgefordert oder eine Rechtsverweigerung geltend gemacht. Das passive Verhalten der Beschwerdeführerinnen stehe somit einem Erlass oder einer Reduktion der Sanktion entgegen (vgl. E. 14.2.2 S. 134 des angefochtenen Urteils).

12.4.2. Diese Auffassung der Vorinstanz greift zu kurz: Zwar hat das Bundesgericht unlängst festgehalten, dass der rechtssuchenden Person ihr passives Verhalten angelastet werden kann, wenn sie die zuständige Behörde nie zu einer raschen Behandlung der sie betreffenden Angelegenheit auffordert (vgl. Urteil 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6.2 f., nicht publ. in: BGE 148 II 321). Die Vorinstanz lässt allerdings ausser Acht, dass die beschwerdeführende Person im referenzierten Verfahren die Dauer des Untersuchungsverfahrens der WEKO nicht kritisiert, sondern lediglich die Dauer des Beschwerdeverfahrens beanstandet hat ("Se plaignant uniquement de la durée de la procédure devant le Tribunal administratif fédéral, [...]"). Demgegenüber haben vorliegend diverse Untersuchungsadressaten bereits in den zeitgleich eingereichten Beschwerden gegen die Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 eine Verletzung des Beschleunigungsgebots ausdrücklich gerügt und bei der Vorinstanz geltend gemacht, dass die Untersuchungsdauer von rund acht Jahren unzulässig lange gewesen sei (vgl. Urteile des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2; B-761/2014 vom 16. November 2022 E. 13.2.2; B-786/2014 vom 16. November 2022 E. 14.2.2; B-787/2014 vom 16. November 2022 E. 14.2.2). Ausserdem haben sich die Beschwerdeführerinnen am 12. November 2015 (act. 21), am 14. Februar

2020 (act. 31) sowie am 25. August 2020 (act. 32) bei der Vorinstanz nach dem Verfahrensstand erkündigt. Vor diesem Hintergrund ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach die Beschwerdeführerinnen nicht um eine rasche Behandlung der Angelegenheit ersucht hätten und sie die Vorinstanz ausdrücklich darauf hätten hinweisen müssen, die Verfahrensdauer unter acht Jahren zu halten, nicht nur unzutreffend, sondern auch sachfremd.

12.4.3. Im Übrigen ist den Beschwerdeführerinnen nicht vorzuwerfen, dass sie durch ihr eigenes Verhalten zu einer aufwändigen und äusserst zeitintensiven Bearbeitung beitrugen (vgl. Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.3 i.f.). Auch der Hinweis der Vorinstanz, die WEKO habe sich in Sachverhaltsschilderungen verloren, bei denen die fraglichen Geschehnisse vor dem für die Sanktionierung massgeblichen Zeitraum liege (vgl. E. 3 hiervor), vermag eine Verfahrensdauer von über acht Jahren nicht objektiv zu rechtfertigen. Der Sachverhalt vor dem 1. April 2004 war aus der Optik der WEKO durchaus relevant, da die WEKO ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Luftverkehrsabkommens gestützt auf Art. 8 Abs. 1 LVA die Unzulässigkeit des festgestellten Verhaltens im Dispositiv hätte verfügen können (vgl. E. 5.1 und E. 5.5.3 i.f. hiervor). Eine solche Unzulässigkeitsfeststellung wäre namentlich zur Diskussion gestanden, wenn sie nicht auf die Sanktionsbestimmung von Art. 49a Abs. 1 KG hätte zurückgreifen dürfen (vgl. auch Urteil 2C_62/2023 vom 24. Juli 2024 E. 3.6).

12.5. Im Lichte des Gesagten sind trotz der erforderlichen Koordination der verschiedenen Beschwerdeverfahren keine objektiven Gründe ersichtlich, die eine Verfahrensdauer von mehr als acht Jahren rechtfertigen könnten. Unter Berücksichtigung der kartellrechtlichen Rechtsprechung, der zufolge sich - ausserhalb von ausserordentlichen Umständen - eine Beschwerdeverfahrensdauer von sechs Jahren am obersten Limit bewegt (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.7), ist in Anbetracht der vorliegend massgebenden achtjährigen vorinstanzlichen Verfahrensdauer eine Kürzung der Sanktion im Umfang von 25 % (2/8) vorzunehmen. Der von der Vorinstanz korrekt errechnete Sanktionsbetrag von Fr. 1'509'233.-- ist somit auf Fr. 1'131'925.-- zu reduzieren.

VII. Ergebnis und Kosten

13.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde mit Blick auf die Verletzung des Beschleunigungsgebots begründet, weshalb sie teilweise gutzuheissen ist. Die Dispositiv-Ziffer 1.2 des angefochtenen Urteils ist aufzuheben und die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegende Sanktion von Fr. 1'131'925.-- entsprechend neu zu fassen. Die Angelegenheit ist zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen

des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 BGG).

Bei diesem Verfahrensausgang tragen die Beschwerdeführerinnen die um 25 % reduzierten Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG). Der WEKO sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG; vgl. Urteil 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 12.3). Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen im Umfang ihres (teilweisen) Obsiegens für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG). Der WEKO ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffer 1.2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. November 2022 wird aufgehoben.

2.

Die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 wird mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen wie folgt neu gefasst:

"P. _____ wird für ihre Beteiligung an zwei - nach Art. 8 Abs. 1 LVA in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG unzulässigen - Preisabreden (1) betreffend die Treibstoffzuschläge sowie (2) betreffend die Verweigerung der Kommissionierung von Zuschlägen (je erfolgt bis Februar 2006) gestützt auf Art. 49a KG mit einem Verwaltungssanktionsbetrag von Fr. 1'131'925.-- belastet."

3.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

4.

Die Angelegenheit wird zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

5.

Die Gerichtskosten von Fr. 10'500.-- werden den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

6.

Die WEKO hat die Beschwerdeführerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'500.-- zu entschädigen.

7.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, mitgeteilt.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Entscheid des Bezirksrats des Kantons Zürich vom 21. März 2024 – Ausschreibung Neuvermietung Gastronomie Seebad Monopolkonzession Grundsatz der Transparenz Beteiligungsverhältnisse

Entscheid GE.2023.56 des Bezirksrats des Kantons Zürich vom 21. März 2024 – Ausschreibung Neuvermietung Gastronomie Seebad Monopolkonzession Grundsatz der Transparenz Beteiligungsverhältnisse. Verwendete Erlasse: Art. 2 Abs. 7 BGBM § 22 SVO Art. 26 NBR

Zusammenfassung (verfasst von der Staatskanzlei)

Thema des Rekurses ist die Rechtmässigkeit des Ausschreibungsverfahrens zur Neuvermietung des Gastronomiebetriebs in einem städtischen Seebad. Die Rekurrentin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass es nicht zulässig sei, den ausgeschriebenen Vertrag mit einem anderen Rechtssubjekt abzuschliessen und damit den faktischen Zuschlag einer Drittperson zu erteilen, die sich weder an der Ausschreibung beworben habe noch im Rahmen der Ausschreibung beurteilt wurde und auch den formellen Zuschlag nicht erhalten habe. Im Ergebnis erweist sich das Ausschreibungsverfahren als rechtmässig, der Rekurs wird daher abgewiesen.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

Sachverhalt:

1.

1.1

Seit der Badesaison 2012 wurde der Gastronomiebetrieb im städtischen Seebad X von A (Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Rekurrentin) geführt. Das Mietverhältnis zwischen der Rekursgegnerin und A endete am 31. Oktober 2022. Die Neuvermietung wurde im Mai 2022 ausgeschrieben. A reichte im Namen der Rekurrentin eine Bewerbung ein. Nach Durchführung des Auswahlverfahrens ging der Zuschlag mit Vergabeentscheid des Abteilungsleiters Badeanlagen vom 20. September 2022 an B und C für die zu gründende D AG, während die Rekurrentin eine Absage erhielt. Einem Neubeurteilungsbegehren wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Am 24. Oktober 2022 stellte die Rekurrentin ein Gesuch um Neubeurteilung des Vergabeentscheids. Mit Zwischenentscheid vom 14. Dezember 2022 wies der Stadtrat das Gesuch der Rekurrentin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um vorsorglichen Abschluss eines auf zwei Badesaisons befristeten Mietvertrags mit der Rekurrentin ab. Stattdessen

ermächtigte er das Sportamt, mit der D AG für die Sommersaison 2023 einen ab 1. April 2023 laufenden und auf ein Jahr befristeten Mietvertrag abzuschliessen und diesen bei Bedarf zu verlängern bis zur Rechtskraft des Vergabeentscheids oder, falls die Rechtskraft nach dem letzten Februartag, aber vor dem darauffolgenden Ende der Badesaison eines Jahres eintritt, bis zum Ende dieser Badesaison. Mit Beschluss vom 30. August 2023 wies der Stadtrat das Begehren um Neubeurteilung ab. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- auferlegte er der Rekurrentin.

1.2

Gegen diesen Beschluss hat die Rekurrentin mit Eingabe vom 9. Oktober 2023 (Postaufgabe gleichentags) Rekurs beim Bezirksrat Zürich mit den folgenden Anträgen erhoben:

«1. Der Entscheid über den Zuschlag sei zu widerrufen; der Zuschlag sei der Rekurrentin (Geschäftsführerin A) zu erteilen.

2. Eventualiter sei das gesamte Ausschreibungsverfahren zu wiederholen.

3. Es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (keine weitere befristete Unterzeichnung des Mietvertrags D AG) bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

Während der Dauer des Verfahrens darf kein weiterer Vertrag mit der D AG abgeschlossen werden.

Während der Dauer des Verfahrens sei das Sportamt anzuweisen eine angemessene Zwischenlösung zu suchen.

4. Es sei die Stadtkanzlei anzuweisen das Aktenverzeichnis einzureichen samt Bezeichnung derer Aktenstücke, welche der Rekurrentin aus Gründen der Vertraulichkeit / Geheimnisschutz nicht offengelegt wurden.

5. Der Kostenentscheid des angefochtenen Stadtratsbeschlusses sei aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»

Mit Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2023 wurde der Rekursgegnerin Frist angesetzt, um zum Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen Stellung zu neh-

men und die Rekursantwort einzureichen. Mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 reichte die Rekursgegnerin ihre Stellungnahme/Rekursantwort ein. Sie beantragt die Abweisung des Antrags auf vorsorgliche Massnahmen sowie des Rekurses, soweit darauf einzutreten ist. Mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 erstattete die Rekurrentin ihre Replik. Die Rekursgegnerin reichte mit Eingabe vom 22. Januar 2024 eine Duplik ein. Diese wurde der Rekurrentin schliesslich mit Präsidialverfügung vom 23. Januar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt.

2.

[Prozessvoraussetzungen]

Erwägungen:

3.

3.1

Die Rekurrentin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass es nicht zulässig sei, den ausgeschriebenen Vertrag mit einem anderen Rechtssubjekt abzuschliessen und damit den faktischen Zuschlag einer Drittperson zu erteilen, die sich weder an der Ausschreibung beworben hat noch im Rahmen der Ausschreibung beurteilt wurde und auch den formellen Zuschlag nicht erhalten hat. Die Monopolausschreibung falle unter das Binnenmarktgesetz, das Submissionsrecht sei jedoch analog für punktuelle und grundsätzliche Fragestellungen anzuwenden. Es spiele keine Rolle, ob die Bewerberinnen in Aussicht gestellt hätten, eine Gesellschaft zu gründen. Der ganze Vorgang sei unzulässig. Die D AG habe keine Bewerbung eingereicht. Auch nicht als AG in Gründung. Daher qualifiziere sie für den Vertragsabschluss nicht. Das Ersetzen des Anbieters sei willkürlich, vergaberechtlich unzulässig und stehe auch in krassem Widerspruch zum Transparenzerfordernis. Das Aktionariat der D AG sei nicht offengelegt worden. Der Stadtrat habe es unterlassen, den grundlegenden Sachverhalt abzuklären, nämlich, wer an der Ausschreibung teilnehme. Mit der willkürlichen Einschaltung von Betriebsgesellschaften ohne klare Regelungen dazu, wie, wann, ob und unter welchen Voraussetzungen diese von den Bewerbern zu gründen sind, sei eine transparente und willkürfreie Vergabe nicht möglich.

3.2

Die Rekursgegnerin hält dagegen, dass gemäss Ausschreibungsunterlagen als Zuschlagskriterien die Attraktivität der Gastronomie, die Wirtschaftlichkeit des Betriebs, Innovationskraft/Betriebskonzept und Gastronomieerfahrung der Schlüsselpersonen definiert worden seien. Der Fokus sei auf dem Betrieb i.e.S., also auf den Schlüsselpersonen, gelegen: Betriebsleitung, Kontinuität der Schlüsselpersonen und deren Referenzen. Die juristische Form sei weder vorgegeben gewesen noch bewertet worden, etwa mit Bezug auf die Beteiligung der Schlüsselpersonen an einer (Betriebs-)Gesellschaft. Auch die Rekurrentin sei nicht als GmbH, sondern über ihre Schlüsselperson/Wirtin A bewertet worden. B und C hätten von Beginn weg darauf hingewiesen, dass sie beim Zuschlag die D AG gründen würden. Die Beteiligung der E GmbH mit 30% sei für die Bewertung der Bewerbung nicht relevant und nicht schädlich und sei

deshalb auch nicht thematisiert oder vorgängig abgeklärt worden.

3.3

Auf weitere Vorbringen der Parteien ist – soweit erforderlich – nachfolgend genauer einzugehen.

4.

4.1

Die Vermietung des Gastronomiebetriebs im städtischen Seebad X qualifiziert als Übertragung der Nutzung eines faktischen kommunalen Monopols an Private nach Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) (vorliegend nicht mehr umstritten). Gemäss dieser Bestimmung hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

Eine öffentliche Ausschreibung umfasst eine Publikation zur geplanten Übertragung (z.B. im jeweiligen Amtsblatt) und die Möglichkeit zur Teilnahme für die interessierten Personen. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung setzt die Möglichkeit der Einreichung eines Angebots mit gleichen Chancen und eine transparente und unparteiische Bewertung dieses Angebots voraus, was beispielsweise bei Benachteiligungen ortsfremder Unternehmen nicht gegeben ist (MATTHIAS OESCH, STEFAN RENFER, in: Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch, Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., N. 7 zu Art. 2 BGBM).

Art. 2 Abs. 7 BGBM führt nicht zur Anwendung der Gesamtheit der für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Vorschriften. Zu beachten sind jedenfalls die allgemeinen Verfahrensgarantien, insbesondere die Gebote der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie der Grundsatz der Transparenz (BGer, 17. August 2020, 2C_335/2019 E. 6.2.1; BGE 145 II 303 E. 6.4.1; MATTHIAS OESCH, STEFAN RENFER, a.a.O., N. 7 zu Art. 2 BGBM). Bei der Übertragung der Nutzung eines Monopols befindet sich das Gemeinwesen im Gegensatz zum öffentlichen Beschaffungswesen, wo es als Verbraucher auftritt, in der Rolle des Anbieters. Ein Anspruch auf die Erteilung einer Monopolkonzession besteht nicht, da es der öffentlichen Hand freisteht, die Tätigkeit selbst auszuüben. Diese Unterschiede rechtfertigen es, dem Gemeinwesen bei der Wahl der Kriterien, welche der Konzessionär zu erfüllen hat, sowie der Bedingungen, die er bei der Nutzung des Monopols erfüllen muss, eine grössere Freiheit einzuräumen als bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (vgl. dazu BGE 145 II 303 E. 6.4.1 und BGE 143 II 120 E. 6.3.3).

4.2.1

Die Rekursgegnerin hat sich im angefochtenen Entscheid ausführlich mit der von der Rekurrentin aufgeworfenen Frage nach der Zulässigkeit des Zuschlags an B und C für die zu gründende D AG auseinandergesetzt. Sie ist zum Ergebnis gekommen, dass keine Ausschlussgründe vorliegen bzw. das gewählte Vorgehen rechtmässig war. Auf die überzeugenden Erwägungen der Rekursgegnerin kann hier zunächst verwiesen werden.

4.2.2

Die Rekursgegnerin definierte in den Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien: Attraktivität der Gastronomie für die Gäste, Wirtschaftlichkeit inklusive Eventumsätze und Nachvollziehbarkeit der Umsätze und Aufwände, Innovationskraft/Umsetzung des Betriebskonzeptes und Gastronomieerfahrung. Darüber hinaus stellte die Rekursgegnerin keine besonderen Anforderungen für den Fall, dass der Kiosk im Seebad X von einer Betriebsgesellschaft geführt werden sollte (wie beispielsweise eine Mehrheitsbeteiligung der Betriebsleitung zur Sicherstellung der Kontinuität). Das BGBM schreibt dem Gemeinwesen nicht vor, für die Bewerber Eignungskriterien festzulegen (anders § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003, in Kraft bis 1. Oktober 2023 [SVO; LS 720.11]). Auch macht es keine Vorgaben bezüglich der Zuschlagskriterien wie sie im Submissionsrecht gelten. Demzufolge durfte die Rekursgegnerin darauf verzichten, für den Betrieb des Kiosks durch eine Betriebsgesellschaft Vorgaben über die Beteiligungsverhältnisse zu machen.

4.2.3

Die Rekurrentin bringt vor, dass gemäss Ziff. 2.12 der Ausschreibungsunterlagen folgende Angaben gemacht werden mussten: «Bei Bewerbern mit mehreren Betrieben ist die Eigenständigkeit innerhalb des Unternehmens und die Einbindung in die Unternehmung aufzuzeigen, Konzept zur Sicherstellung der «Kontinuität der Schlüsselfunktionen»». Daraus leitet sie ab, dass Angaben zu den Beteiligungsverhältnissen verlangt waren und diese hätten geprüft werden müssen.

Das Sportamt – so die Rekursgegnerin – habe mit diesem Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen nicht die Beteiligungen an juristischen Personen oder die Höhe solcher Beteiligungen angesprochen. Es habe vielmehr Kenntnis darüber erlangen wollen, wer «wirten» würde und wie viel Zeit die «Wirtin» für den Betrieb aufbringen könnte.

Die Rekurrentin zitiert die abzugebenden Unterlagen unvollständig. Die Rekursgegnerin verlangte Unterlagen zur «Person »Betriebsleitung« resp. deren Anforderungsprofil. Bei Bewerbern mit mehreren Betrieben ist die Eigenständigkeit innerhalb des Unternehmens und die Einbindung in die Unternehmung aufzuzeigen, Konzept zur Sicherstellung der «Kontinuität der Schlüsselfunktionen»».

Die Rekursgegnerin verlangte Unterlagen zur Einbindung bzw. Eigenständigkeit in der Unternehmung und zur Kontinuität von Schlüsselfunktionen. Gleichzeitig stellte die Gastronomieerfahrung – gemeint sein kann nur jene des Wirts bzw. der Schlüsselfunktionen – ein Zuschlagskriterium dar. Daraus ist abzuleiten, dass die Führung des Betriebs durch eine Person mit Erfahrung in der Gastronomie sichergestellt werden sollte und insofern ein Zuschlagskriterium darstellte. Die Rekursgegnerin begnügte sich bei der zu gründenden D AG mit der Zusicherung von B und C, dass sie den Betrieb selbst führen würden, wobei B oder ihre Stellvertretung die Betriebsleitung auf Platz übernehmen werde. Ob die Geschäftsführerinnen an der zu gründenden D AG eine Mehrheitsbeteiligung haben würden, prüfte sie hingegen

nicht. Gleichermassen unberücksichtigt liess sie den Umstand, dass A als Geschäftsführerin der Rekurrentin im Zeitpunkt der Bewerbung keine Mehrheitsbeteiligung an der Rekurrentin hatte. Ob sie damit ihre eigenen Zuschlagskriterien wirksam umgesetzt hatte, kann hier offengelassen werden. Im Lichte der anwendbaren Verfahrensgrundsätze, insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung, entscheidend ist, dass die Rekursgegnerin sowohl für die Bewerberinnen B und C bzw. die zu gründenden D AG als auch für die Rekurrentin auf eine Überprüfung der Beteiligungsverhältnisse und weitere Zusicherungen über die Geschäftsführung verzichtete, mithin für beide dieselben Voraussetzungen und derselbe Beurteilungsmassstab galten. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Rekursgegnerin die Beteiligungsverhältnisse der zu gründenden D AG nicht weiter überprüfte und sich keine weiteren Zusicherungen hinsichtlich der Geschäftsführerinnen geben liess.

4.2.4

Was sodann den Grundsatz der Transparenz betrifft, ist Folgendes auszuführen: Der Grundsatz der Transparenz bezieht sich auf das Ausschreibungsverfahren, die Festlegung der Auswahlkriterien und die Wahl des Konzessionärs (BGE 145 II 303 E. 6.41). Soweit die Beteiligungsverhältnisse in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich als Zuschlagskriterium aufgeführt waren und in der Folge denn auch beim Zuschlag für die Bewerber und Bewerberinnen gleichermassen unberücksichtigt gelassen wurden, wird der Grundsatz der Transparenz nicht verletzt.

4.2.5

Hinsichtlich der behaupteten unzulässigen Änderung des Anbieterkreises beruft sich die Rekurrentin auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (Urteil vom 18. Juni 2003, VB.2003.00032, E. 2), wonach wesentliche Veränderungen in der Zusammensetzung des Anbieters eine unzulässige Änderung des Angebots darstellen würden. Diesbezüglich ist einerseits festzuhalten, dass sich dieser Entscheid auf die Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997, welche nicht mehr in Kraft ist, bezog, und andererseits die vom Verwaltungsgericht zur Begründung angeführte besondere Formstrenge des Submissionsrechts im Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM gerade nicht zur Anwendung gelangt.

4.2.6

Die Rekurrentin stört sich daran, dass die E GmbH, welche 30 Prozent der Aktien an der D AG hält, über gesellschaftsrechtliche Beteiligungen nunmehr mit dem Seebad X und dem Seebad Y (Betrieb durch F GmbH, deren Gesellschafter 50 % der Anteile an der E GmbH halten) bereits zwei der prominentesten Seebad-Gastronomien betreibe. Einen Verstoß gegen den Grundsatz der Transparenz macht die Rekurrentin jedoch weder substantiiert geltend noch ist ein solcher aufgrund der Ausschreibung, welche derartige Beteiligungen nicht ausschliesst, ersichtlich.

4.2.7

Im Ergebnis erweist sich das von der Rekursgegnerin zur Neuvermietung der Gastronomie im Seebad X

durchgeführte Ausschreibungsverfahren als rechtmässig. Der Rekurs ist daher abzuweisen.

5.

5.1

Die Rekurrentin beantragt, dass dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Rekursgegnerin für die Dauer des Verfahrens zu untersagen sei, weitere befristete Mietverträge mit der D AG abzuschliessen. Stattdessen sei die Rekursgegnerin anzuweisen, eine angemessene Zwischenlösung zu suchen. Sie begründet die Anträge damit, dass der Vertragsabschluss mit der D AG unzulässig sei.

5.2

Die Rekurrentin bezweckt mit ihren Anträgen die Abänderung des Beschlusses des Stadtrats vom 14. Dezember 2022, mit welchem dieser das Sportamt ermächtigte, während der Dauer des Verfahrens mit der D AG befristete Mietverträge abzuschliessen. Die Rekurrentin legt aber insbesondere nicht dar, inwiefern sie ohne die Abänderung der bestehenden Massnahmen einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erleidet. Insbesondere ist kein Interesse der Rekurrentin dargetan oder ersichtlich, den Mietvertrag selber abzuschliessen, dies umso weniger, als sie zwischenzeitlich einen anderen Gastrobetrieb führt. Ihre Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen sind daher abzuweisen. Es gilt demnach weiterhin die vom Stadtrat mit Beschluss vom 14. Dezember 2022 angeordnete vorsorgliche Massnahme.

5.3

Was die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung anbelangt, ist anzumerken, dass die Rekursgegnerin dem Rekurs die aufschiebende Wirkung nicht entzogen hat, d.h. dass das vorliegende Rekursverfahren den Abschluss eines Mietvertrags im Sinne des Vergabeentscheids vom 20. September 2022 weiterhin verhindert.

6.

6.1

Die Rekurrentin rügt den Kostenentscheid der Rekursgegnerin als willkürlich. Es handle sich um eine «Abstrafung» dafür, dass sich die Rekurrentin (auch mit politischen Mitteln) gegen das intransparente Vorgehen der Stadt Zürich zur Wehr gesetzt habe.

6.2

Die Rekursgegnerin legte die Gebühr von Fr. 600.-- innerhalb des zulässigen Gebührenrahmens von maximal Fr. 700.-- fest (Art. 26 des Neubeurteilungsreglements vom 10. November 2021 [NBR; AS 172.150]). Indem sie die Gebühr der Rekurrentin als der unterliegenden Partei auferlegte, geschah dies in Anwendung des Verursacherprinzips. Von Willkür bei der Festsetzung oder Verteilung der Kosten des Neubeurteilungsverfahrens kann deshalb keine Rede sein.

7.

7.1

Unter Berücksichtigung des Verfahrensumfangs ist die Staatsgebühr für das Rekursverfahren gestützt auf § 5 und § 9 Abs. 1 der Gebührenordnung für die Verwaltungsbehörden (GebVO; LS 682) auf Fr. 800.-- festzusetzen, zuzüglich einer Schreibgebühr und den Portikosten.

7.2

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Rekurrentin aufzuerlegen (§ 13 Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 [VRG; LS 175.2]).

7.3

Dem obsiegenden Gemeinwesen ist gemäss Rechtsprechung grundsätzlich keine Parteientschädigung nach § 17 VRG zuzusprechen (vgl. dazu PLÜSS, in: Kommentar VRG, N. 50 ff. zu § 17). Besondere Umstände, die eine Ausnahme rechtfertigen würden, liegen nicht vor. Die Rekurrentin hat dem Ausgang des Verfahrens entsprechend keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Es sind daher keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

8.

Die Rekurrentin ersuchte um ein nachgeführtes Aktenverzeichnis der Rekursgegnerin samt Bezeichnung derer Aktenstücke, welche der Rekurrentin aus Gründen der Vertraulichkeit/Geheimnisschutz nicht offengelegt wurden. Die Rekursgegnerin ist diesem Ersuchen nachgekommen. Soweit ersichtlich wurde der Rekurrentin bislang jedoch nur das Beilagenverzeichnis zur Vernehmung zugestellt, nicht aber das Aktenverzeichnis des Sportamts aus dem Neubeurteilungsverfahren, aus welchem die geheim gehaltenen Unterlagen hervorgehen. Dies ist nachzuholen.

C 1

2. Sentenza del Tribunale cantonale amministrativo della Repubblica e Cantone Ticino del 27 febbraio 2018

Sentenza 52.2016.592 del Tribunale cantonale amministrativo della Repubblica e Cantone Ticino del 27 febbraio 2018 concernente il ricorso 22 novembre 2016 della RI 1 contro la decisione 13 settembre 2016 della commissione di vigilanza sulle imprese artigianali, con la quale è stata iscritta all'albo delle imprese artigianali la ditta CO 1, _____, per la categoria professionale "opere da falegname";

In fatto

A. La CO 1 è una ditta con sede a _____, nel Canton Lucerna, attiva principalmente nei settori della fabbricazione di finestre, gelosie, porte, nonché della realizzazione di opere di falegnameria in generale.

Il 16 giugno 2016 essa ha inoltrato alla commissione di vigilanza sulle imprese artigianali (nel seguito: CV-LIA), una domanda d'iscrizione all'albo delle imprese istituito dalla legge sulle imprese artigianali del 24 marzo 2015 (LIA; RL 7.1.5.4), per la categoria professionale "opere da falegname".

Mediante decisione del 13 settembre 2016, la CV-LIA ha accolto la domanda, ponendo a carico della ditta istante le relative tasse e spese di procedura.

B. Il 12 ottobre 2016, la RI 1 ha interpellato la CV-LIA, invitandola a fornirle informazioni in merito allo stato e all'esito delle procedure di autorizzazione riguardanti le domande di iscrizione all'albo delle imprese artigianali presentate da ditte con sede in Svizzera, al di fuori del Cantone Ticino.

In risposta a questo scritto, il 20 ottobre 2016 la CV-LIA ha trasmesso alla RI 1 copia delle decisioni riguardanti 16 domande di iscrizione di imprese extracantonali, tra cui anche quella concernente la CO 1.

C. Preso atto di ciò, il 22 novembre 2016 la RI 1 è insorta davanti al Tribunale cantonale amministrativo avverso quest'ultima risoluzione per chiedere che sia accertato che la medesima limita in modo illecito l'accesso al mercato della ditta in questione. La ricorrente si duole in sostanza della violazione della legge federale sul mercato interno del 6 ottobre 1995 (LMI; RS 943.02) da parte della CV-LIA. Innanzitutto sostiene che l'obbligo previsto dalla LIA di iscriversi ad un albo professionale per poter esercitare in Ticino un'attività nel settore artigianale costituisce, ad essa sola, una restrizione del libero accesso al mercato. Oltretutto la procedura e i requisiti materiali previsti dalla LIA per poter ottenere l'iscrizione all'albo delle imprese impongono un carico amministrativo oneroso ed elevato, che ritarda e rende più complessa e dispendiosa l'offerta di servizi e prestazioni di lavoro da parte delle ditte artigianali con sede fuori Cantone. Afferma quindi che nel Canton Lucerna, dove ha sede, la CO 1 non è tenuta ad ottenere alcuna autorizzazione per poter offrire le proprie prestazioni e men che meno il suo titolare deve dimostrare di disporre di specifici titoli di

studio o di una particolare esperienza professionale minima. In base al principio del luogo di origine, sancito dall'art. 2 cpv. 1 e 3 LMI, la CO 1 ha dunque il diritto di svolgere temporaneamente la propria attività in Ticino in base alle prescrizioni vigenti nel Canton Lucerna, senza dover dimostrare, come ha fatto, di adempiere i requisiti professionali di cui agli art. 6 cpv. 1 LIA e 5 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge sulle imprese artigianali del 20 gennaio 2016 (RLIA; RL 7.1.5.4.1). Anche il fatto di esigere che essa adempia i requisiti personali di cui all'art. 7 LIA e disponga di una copertura assicurativa violerebbe il suddetto principio, visto che nel suo Cantone d'origine la CO 1 non soggiace all'adempimento di simili condizioni. Alla stessa stregua, la RI 1 sostiene che la ditta in questione è tenuta soltanto al rispetto di quei contratti collettivi di lavoro che dovessero sussistere nei suoi settori di attività nel Canton Lucerna, sempre che ne sia firmataria o che gli stessi abbiano carattere obbligatorio generale. La ricorrente si duole poi anche della tassa di iscrizione che è stata posta a carico della CO 1 e di quella annuale di tenuta a giorno dell'albo che le sarà richiesta in avvenire, le quali costituirebbero a loro volta una restrizione del libero accesso al mercato. Secondo la RI 1, inoltre, la CV-LIA non avrebbe sovvertito la presunzione legale di equivalenza delle normative cantonali in gioco, sancita dall'art. 2 cpv. 5 LMI. L'insorgente contesta pure che in concreto siano date le condizioni previste dall'art. 3 cpv. 1 e 2 LMI per poter ammettere una restrizione del principio del libero accesso al mercato. A questo proposito rileva come i motivi di politica economica perseguiti dalla LIA non costituiscano un interesse pubblico preponderante e, quand'anche lo fossero, le condizioni imposte da questa legge per poter svolgere un'attività artigianale in Ticino sarebbero in ogni caso del tutto sproporzionate. Infine la ricorrente si duole anche della violazione dell'art. 3 cpv. 4 LMI, non avendo potuto la CO 1 beneficiare di una procedura d'autorizzazione semplice, rapida e gratuita.

D. All'accoglimento del gravame si è opposta la CV-LIA, adducendo una serie di argomentazioni di cui si dirà, per quanto necessario, in seguito.

Dal canto suo la CO 1, seppur invitata ad esprimersi, è rimasta silente.

E. In sede di replica e di duplica le parti hanno ribadito e sviluppato le loro opposte tesi, riconfermandosi nelle rispettive conclusioni e domande di giudizio.

in diritto

1.

1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data e discende dall'art. 23 LIA.

1.2. La legittimazione della RI 1 a ricorrere è pacifica. A questo proposito occorre infatti rilevare che, giusta

l'art. 89 cpv. 2 lett. d della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (LTF; RS 173.110), hanno diritto di interporre ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale le persone, le organizzazioni e le autorità legittimate in virtù di un'altra legge federale. Un simile diritto spetta alla RI 1 in virtù dell'art. 9 cpv. 2^{bis} LMI. Essa può in effetti inoltrare ricorso per far constatare che una decisione limita in modo inammissibile l'accesso al mercato. Nella misura in cui detta autorità è legittimata a ricorrere davanti al Tribunale federale, essa può anche avvalersi dei rimedi di diritto previsti dal diritto cantonale e, in quanto ne faccia richiesta, partecipare ai procedimenti davanti alle autorità cantonali (art. 111 cpv. 2 LTF).

1.3. Ne discende che il gravame, tempestivo poiché inoltrato entro trenta giorni dalla notifica alla RI 1 della decisione impugnata (art. 68 cpv. 1 legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmM; RL 3.3.1.1), è ricevibile in ordine e può essere evaso sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 LPAmM).

2.

2.1. La LMI garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). Essa ha, tra le altre cose, lo scopo di facilitare la mobilità professionale e gli scambi economici in Svizzera (art. 1 cpv. 2 lett. a LMI). Sebbene i concetti di "domicilio" e di "sede" non siano specificati dalla legge, la giurisprudenza ha già avuto modo da tempo di chiarire che con i medesimi vanno intesi il domicilio e la sede commerciali (DTF 125 I 276 consid. 4b).

2.2. La CO 1 è una ditta con sede sociale a _____, dove si trovano pure i suoi uffici e il suo stabilimento di produzione. Da oltre 70 anni essa esercita dunque nel Canton Lucerna la propria attività nei settori della fabbricazione di finestre, gelosie, porte, nonché della realizzazione di opere di falegnameria in generale. In questo Cantone dispone pertanto di un domicilio, rispettivamente di una sede, ai sensi della LMI. Pacifica appare quindi l'applicabilità di questa legge alla presente fattispecie, la quale denota una chiara connotazione intercantonale, considerato come la CO 1 offra i propri servizi anche nel Cantone Ticino.

3.

3.1. L'art. 2 LMI sancisce il principio del libero accesso al mercato, giusta il quale ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel Cantone o nel comune di domicilio o di sede (cpv. 1). L'offerta di merci, servizi e prestazioni di lavoro, soggiunge la norma (cpv. 3), è retta dalle prescrizioni del Cantone o del comune di domicilio o di sede dell'offerente. Inoltre, chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e, fatto salvo l'art. 3 LMI, di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio, anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio (cpv. 4). Nell'applicazione dei principi appena esposti le normative cantonali o co-

munali concernenti l'accesso al mercato sono considerate equivalenti (cpv. 5).

La libertà d'accesso al mercato costituisce un diritto individuale o soggettivo, che può essere invocato da ogni persona fisica o giuridica che esercita un'attività lucrativa, a condizione naturalmente che, come già visto sopra (consid. 2.1), abbia il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera (MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [a cura di], *Droit de la concurrence*, 2a ed., Basilea 2013, n. 12 e segg. ad art. 2 I-VI LMI).

3.2. Alla luce delle norme che precedono e dei principi che ne scaturiscono, la CO 1, alla stessa stregua di qualsiasi altra impresa artigianale con sede in Svizzera, dispone dunque in linea di principio del diritto, conferitole dall'ordinamento federale, di offrire i suoi servizi e le sue prestazioni di lavoro al di fuori del suo Cantone di origine, nonché, se lo volesse, di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio nazionale con delle proprie rappresentanze e di operare attraverso le medesime, in base alle prescrizioni vigenti nel luogo in cui si trova la sua sede principale, vale a dire il Canton Lucerna. In questo senso essa dovrebbe dunque poter essere attiva in Ticino, secondo le regole che disciplinano la sua attività nel suo Cantone di sede, dove, alla stessa stregua di quanto avviene nel resto della Confederazione Svizzera, per quanto attiene al settore artigianale qui in discussione, non vige alcun regime autorizzativo, né sono previste particolari condizioni o restrizioni legali per poter svolgere questo genere di professione. Pertanto, nella misura in cui nel Canton Lucerna la CO 1 può esercitare liberamente la sua attività aziendale, la stessa cosa dovrebbe in linea di principio valere automaticamente anche in Ticino. Contrariamente a quanto rilevato dalla CV-LIA nei suoi allegati, il semplice fatto che nel Canton Lucerna il settore artigianale in cui è attiva la CO 1 non sia assoggettato ad alcuna specifica regolamentazione non influisce in nessun modo sul suo diritto di offrire le proprie prestazioni anche in Ticino e di esercitare tale attività in base alle condizioni vigenti nel luogo d'origine (THOMAS ZWALD, *Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch [a cura di], *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2a ed., Basilea 2007, pag. 423, n. 48; NICOLAS F. DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem*, Zurigo/San Gallo 2016, n. 1231 con riferimenti; BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 83 ad art. 2 I-VI LMI; STF 2C_844/2008 del 15 maggio 2009 consid. 3.1 e segg., la quale conferma la STA 52.2008.175-185 del 10 ottobre 2008 pubblicata in RDAT II-2000 n. 45). La libertà d'accesso al mercato è infatti sottoposta alla sola condizione che l'attività svolta dall'offerente esterno nel suo Cantone d'origine sia lecita per rapporto all'ordinamento lì vigente (BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 25 ad art 2 I-VI LMI).

Le differenti condizioni poste dai regimi normativi vigenti nei Cantoni di Lucerna e del Ticino per quanto attiene all'esercizio di un'attività artigianale nel settore delle opere da falegname vanno prese in considerazione unicamente per verificare se nel caso specifico sia valida o meno la presunzione di equivalenza - sancita dall'art. 2 cpv. 5 LMI - tra le legislazioni cantonali in parola, in modo tale da stabilire se alla ditta interessata possano eventualmente essere imposte delle restrizioni al princi-

pio del libero accesso al mercato sotto forma di oneri o di condizioni, così come previsto dall'art. 3 LMI (vedi in seguito consid. 4.2).

Il richiamo della resistente alla DTF 125 I 322 consid. 4 per cercare di sostenere il contrario non è pertinente, in quanto omette di considerare che tale giudizio è stato emanato allorquando non era ancora stata adottata la profonda revisione a cui è stata sottoposta il 16 dicembre 2005 la LMI, la quale ha per l'appunto comportato l'estensione al domicilio professionale del principio - sancito dal suo art. 2 cpv. 1 - del libero accesso al mercato secondo le disposizioni del luogo d'origine. In ogni caso nella presente fattispecie non è in discussione la libertà di stabilimento sancita dall'art. 2 cpv. 4 LMI, bensì la libertà di prestare i propri servizi sancita dai combinati cpv. 1 e 3 della medesima norma.

Nemmeno dalla DTF 128 I 92, pure citata dalla CV-LIA, può essere dedotto alcunché a sostegno delle tesi avanzate da quest'ultima. Tale decisione riguarda infatti una fattispecie, sprovvista di qualsiasi connotazione intercantonale, in materia di controllo astratto di una normativa cantonale, che non affronta assolutamente la questione dell'accesso al mercato di un offerente esterno, limitandosi unicamente a rilevare come dalla LMI non possa essere dedotto alcun obbligo per il legislatore cantonale di tener conto delle regolamentazioni previste dagli altri Cantoni quando si tratta di definire le condizioni per il rilascio di una prima autorizzazione all'esercizio di una determinata professione. Secondo l'Alta Corte federale, non spetta infatti al diritto interno cantonale, ma alla LMI, disciplinare le questioni relative alla libera circolazione all'interno della Svizzera. Da questa sentenza, contrariamente a quanto sostenuto dalla CV-LIA, non può quindi affatto essere dedotta, nemmeno indirettamente, la regola - peraltro contraria allo spirito della LMI - secondo cui, se nel Cantone d'origine è assente ogni regolamentazione, allora di conseguenza nel Cantone di destinazione gli offerenti esterni sono assoggettabili alle norme professionali qui vigenti.

Infine si deve rilevare che è vero che, come mostra anche il caso in esame, la legge sul mercato interno potrebbe portare un allentamento dei requisiti necessari per esercitare talune professioni, imponendo o comunque favorendo un allineamento alle condizioni richieste dai Cantoni meno rigorosi (cfr. BU 2005 CN 874 [intervento Nordmann]). Questi effetti sono tuttavia inevitabilmente conseguenti all'espressa volontà del legislatore di favorire l'accesso libero e non discriminato al mercato su tutto il territorio della Confederazione (art. 1 cpv. 1 LMI), tenendo conto delle esigenze poste dai singoli Cantoni soltanto - come si vedrà meglio in seguito (considerando 4) - entro i limiti dell'art. 3 LMI ed impedendo così restrizioni che costituiscono barriere dissimulate all'accesso al mercato, ai sensi dell'art. 3 cpv. 3 LMI, volte a favorire interessi economici locali (STF 2C_844/2008 del 15 maggio 2009 consid. 4.5).

3.3.

3.3.1. A differenza di quanto avviene nel Canton Lucerna, in Ticino l'esercizio di talune attività artigianali, tra le quali rientra pure quella svolta dalla CO 1 (cfr. cifra 2 dell'allegato RLIA), è disciplinato dalla LIA. Questa legge è stata adottata a larga maggioranza dal Gran Consiglio

della Repubblica e Cantone Ticino il 24 marzo 2015, il quale ha così dato seguito ad un'iniziativa parlamentare che era stata presentata il 5 novembre 2012 nella forma elaborata dal deputato _____ e cofirmatari, ed è poi entrata in vigore il 1° febbraio 2016. Dai materiali legislativi emerge in particolare che tale normativa è stata introdotta con l'obiettivo di *"aumentare il controllo dello Stato nel settore dell'artigianato e migliorare in tal modo la qualità dei lavori e la prevenzione degli abusi"* (Messaggio n. 6999 dell'11 novembre 2014 sull'iniziativa parlamentare 5 novembre 2012 presentata in forma elaborata da _____ e cofirmatari per una nuova legge sull'esercizio della professione di imprenditore nel settore artigianale, pag. 1). Il legislatore cantonale ha quindi in questo modo inteso rispondere *"alla necessità di tutelare la qualità dei lavori delle imprese artigianali che operano sul nostro territorio nonché al manifesto bisogno di assicurare maggiori controlli in un settore, come quello delle imprese artigianali, che a tutt'oggi soffre in modo particolare il massiccio afflusso di lavoratori frontalieri, fornitori di prestazioni indipendenti esteri e lavoratori distaccati"* (Messaggio cit., pag. 2), sottolineando al contempo che *"la necessità di avere nell'ambito delle imprese artigianali una chiara regolamentazione è mirata ad assicurare un adeguato controllo pubblico in un settore ove sono sempre più richiesti elevati standard di sicurezza e qualità del lavoro"* (Rapporto n. 6999R del 4 marzo 2015 della Commissione della legislazione, pag. 2).

3.3.2. Per quanto d'interesse ai fini della presente vertenza, va rilevato che, giusta l'art. 1 LIA, la legge in parola si prefigge di favorire la qualità dei lavori delle imprese artigianali che operano sul territorio cantonale, di migliorare la sicurezza dei lavoratori e di prevenire gli abusi nell'esercizio della concorrenza. A garanzia di questi scopi, la stessa istituisce un albo delle imprese artigianali (art. 3 LIA). Giusta l'art. 4 cpv. 1 LIA, le imprese artigianali hanno diritto a essere iscritte a tale albo se dispongono dei requisiti professionali e personali stabiliti dagli art. 6 e 7 LIA. I requisiti professionali per l'iscrizione delle imprese artigianali sono definiti dal Consiglio di Stato in base ai vigenti percorsi formativi federali e cantonali (art. 6 cpv. 1 LIA). Il Consiglio di Stato può sostituire l'esigenza di determinati titoli di studio con una sufficiente esperienza lavorativa come pure richiedere, in aggiunta, un'adeguata pratica professionale quale dirigente di cantiere (art. 6 cpv. 2 LIA). Al fine di concretizzare quanto disposto da quest'ultima norma, l'art. 5 RLIA stabilisce che i requisiti professionali (titoli di studio e pratica professionale) richiesti per l'iscrizione all'albo ai sensi dell'art. 6 della legge nonché i titoli di studio minimi per la partecipazione alle procedure libere o selettive previste dalla legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 7.1.4.1) sono stabiliti in un allegato allo stesso regolamento (cpv. 1). Ai fini dell'iscrizione, soggiunge il cpv. 2 della norma, può essere considerato titolare o membro dirigente effettivo soltanto colui che partecipa effettivamente alla gestione della società mediante una presenza di almeno il 50% della normale durata del lavoro, la rappresenta e ne garantisce l'adempimento degli obblighi di cui all'art. 9 LIA. Per la pratica professionale sono computati gli anni di lavoro effettivamente svolti nella categoria professionale interessata a far tempo dal conseguimento del titolo di stu-

dio richiesto; in casi particolari possono essere ammesse delle deroghe, segnatamente quando un detentore del titolo di studio richiesto dimostri adeguate conoscenze imprenditoriali e del contesto economico cantonale (cpv. 3). I titolari dei requisiti di cui all'art. 6 LIA devono inoltre adempiere le condizioni personali stabilite dall'art. 7 LIA, ovvero avere l'esercizio dei diritti civili (lett. a), non avere subito, in Svizzera o all'estero, condanne penali per atti contrari alla dignità professionale (lett. b), godere di ottima reputazione (lett. c), non essere gravati da attestati di carenza beni e non essere stati, negli ultimi cinque anni, dichiarati in fallimento (lett. d) e non essere stati oggetto, negli ultimi cinque anni, di decisioni di revoca dell'autorizzazione a esercitare la professione da parte delle competenti autorità (lett. e).

A titolo di norma transitoria, l'art. 24 cpv. 1 LIA prevede che il diritto all'iscrizione di cui all'art. 4 LIA è pure conferito alle imprese artigianali attive all'entrata in vigore di questa legge che dimostrano di ossequiare i requisiti previsti dall'art. 7 LIA e di esercitare in Svizzera la medesima attività da almeno cinque anni.

In caso di violazione di tali disposizioni sono comminati l'ammonimento, la sanzione pecuniaria sino a fr. 30'000.- oppure la sospensione o la radiazione dall'albo, rispettivamente, in caso di esercizio abusivo della professione senza preventiva iscrizione all'albo delle imprese, la multa sino a un importo massimo di fr. 50'000.- (art. 20 e 22 LIA).

Il regolamento di applicazione stabilisce poi che unicamente le imprese che svolgono lavori artigianali nei settori professionali indicati nel suo allegato sono assoggettate alla LIA (art. 1 RLIA). La richiesta d'iscrizione dev'essere corredata da una serie di documenti e certificati meglio specificati agli art. 4 e 5 RLIA. Infine, ogni impresa iscritta all'albo è tenuta a presentare annualmente alla CV-LIA un ulteriore articolato documento a comprova segnatamente del pagamento degli oneri sociali, del rispetto del contratto collettivo di lavoro certificato dalla competente commissione paritetica e delle coperture assicurative per le conseguenze della responsabilità civile professionale dell'impresa (art. 9 RLIA).

L'art. 19 cpv. 1 LIA prevede quindi che le iscrizioni, le modifiche e la tenuta a giorno dell'albo sono soggette a una tassa secondo le modalità stabilite nel regolamento. Per le iscrizioni e le modifiche la tassa può ammontare al massimo a fr. 2'000.-, per la tenuta a giorno a fr. 500.- all'anno. L'art. 11 RLIA stabilisce quindi che dette tasse ammontano per l'iscrizione a fr. 600.- e per la tenuta a giorno a fr. 400.- all'anno per categoria professionale (cpv.1), ritenuto che, per le imprese che chiedono di essere iscritte all'albo in più categorie, la tassa di iscrizione corrisponde all'importo di base di fr. 600.- più fr. 300.- per categoria (cpv.2). Rimangono riservati, soggiunge il cpv. 2bis della medesima norma, i disposti della LMI, nel senso che è possibile prescindere dal prelievo delle tasse di iscrizione e di tenuta a giorno per i richiedenti aventi sede o domicilio in un altro Cantone, nella misura in cui gli stessi sono abilitati ad operare nel loro Cantone di origine e rispettano i requisiti degli art. 6 e 7 LIA.

3.4. Ora, da quanto precede emerge in modo del tutto evidente che la LIA contempla una serie di restrizioni al principio del libero accesso al mercato, alle quali la CO 1, in quanto ditta con sede nel Canton Lucerna, ha dovuto assoggettarsi al fine di ottenere la qui avversata decisione di iscrizione all'albo delle imprese artigianali, così da poter svolgere la sua attività imprenditoriale in quest'ultimo Cantone (art. 2 cpv. 3 LMI), senza incorrere in sanzioni. A questo proposito occorre in effetti convenire con la commissione ricorrente sul fatto che già il semplice obbligo, previsto dall'art. 4 cpv. 1 LIA, di iscriversi con effetto costitutivo e non semplicemente dichiarativo (cfr. art. 7 RLIA) ad un albo al fine di ottenere l'autorizzazione ad esercitare una determinata professione in ambito artigianale, pena in caso contrario l'avvio di un procedimento penale (art. 22 LIA), ha certamente ostacolato la CO 1 nella sua libertà di circolazione. Limitazione che appare poi ancor più evidente se si considera che tale iscrizione ha potuto avere luogo solo previa presentazione su apposito modulo di un'istanza alla quale la richiedente ha dovuto allegare i numerosi documenti esatti dall'art. 4 RLIA. Se raffrontati alle condizioni di assoluta libertà con cui la CO 1 è legittimata ad operare nel suo Cantone d'origine, anche i severi requisiti professionali e personali imposti dagli art. 6 LIA e 5 RLIA nonché dall'art. 7 LIA, che essa ha dovuto dimostrare di ossequiare, costituiscono, a non averne dubbio, delle restrizioni d'accesso al mercato ticinese per questa ditta (NICOLAS F. DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit*, in: *Recht* 2015, pag. 209 e segg. e in particolare pag. 212 e segg.). Analoghe conclusioni si impongono anche per quanto attiene all'obbligo previsto dall'art. 9 lett. c LIA di rispettare le disposizioni dei CCL vigenti nel Cantone Ticino, ritenuto che, in base al principio del luogo d'origine, la CO 1 dovrebbe di massima tener conto per la propria attività sull'intero territorio svizzero unicamente di eventuali CCL che dovessero vigere nel Canton Lucerna, sempre che ne sia firmataria o che agli stessi sia stato conferito carattere obbligatorio generale, ai sensi della relativa legge federale del 28 settembre 1956 (RS 221.215.311). Nella misura in cui la CO 1 esercita poi la propria attività nel suo Cantone di sede senza dover versare alcuna tassa d'autorizzazione, anche il fatto che essa abbia dovuto versare alla CV-LIA un importo di fr. 3'400.- (recte: fr. 600.-) soltanto per ottenere la propria iscrizione all'albo delle imprese artigianali e poter quindi fornire i propri servizi in Ticino costituisce un chiaro ostacolo alle libertà sopra menzionate, scaturenti dalla LMI. Sempre in quest'ottica la ricorrente rileva anche il carattere limitativo dell'obbligo di disporre di una sufficiente copertura assicurativa. Sennonché nel caso di specie la questione appare superata dalle circostanze, poiché sotto questo profilo non si pone in concreto alcun problema. A prescindere dal fatto che il requisito in questione desta non pochi interrogativi dal punto di vista del rispetto del principio della legalità, visto che è contemplato unicamente a livello di regolamento (art. 4 cpv. 2 lett. d e 9 cpv. 2 lett. c RLIA) senza che nessuna norma nella LIA vi faccia il minimo accenno, si deve infatti considerare come la CO 1, sebbene non sia obbligata da nessuna disposizione vigente nel suo Cantone d'origine, disponga comunque su base volontaria di una assicurazione responsabilità civile per le imprese con una copertura di fr. 10'000'000.-.

4.

4.1. Il principio del libero accesso al mercato, sancito dall'art. 2 LMI, non è assoluto. Come sopra accennato, l'art. 3 LMI prevede infatti la possibilità di eccezionalmente limitare il medesimo, sempre che naturalmente la presunzione di cui all'art. 2 cpv. 5 LMI, secondo cui le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato sono equivalenti, sia stata confutata. In questi casi agli offerenti esterni non può comunque semplicemente venir negato il diritto di accedere liberamente al mercato. Eventuali limitazioni devono essere adottate sotto forma di condizioni e oneri a patto che si applichino nella stessa misura anche agli offerenti locali, risultino indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e siano conformi al principio di proporzionalità (cpv. 1). Quest'ultimo, soggiunge il cpv. 2 dell'art. 3 LMI, è da ritenere violato se le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (lett. a), se i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti (lett. b), se il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione (lett. c) e se la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (lett. d).

Le restrizioni ammissibili secondo il capoverso 1 non devono in alcun caso costituire una barriera dissimulata all'accesso al mercato, volta a favorire interessi economici locali (art. 3 cpv. 3 LMI).

4.2. In concreto non può sussistere alcuna ombra di dubbio sul fatto che non vi sia equivalenza, ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI, tra le normative dei Cantoni di Lucerna e del Ticino per quanto attiene alle disposizioni relative all'accesso al mercato nel settore artigianale qui in discussione. È vero che nella decisione con cui è stata accolta la domanda di iscrizione all'albo della CO 1 la CV-LIA non si è minimamente chinata sulla questione. Laddove però, come NEL caso di specie, si è in presenza da un lato di un Cantone d'origine che per l'esercizio di una determinata professione non prevede particolari regole o condizioni e dall'altro di un Cantone di destinazione dove invece vige per il medesimo ambito un regime autorizzativo piuttosto restrittivo, come quello previsto dalla LIA, il sovvertimento della suddetta presunzione di equivalenza non necessita di particolari argomenti (STA 52.2008.175-185 del 10 ottobre 2008 confermata dal Tribunale federale mediante giudizio 2C_844/2008 del 15 marzo 2009 consid. 4.2; in questo senso si veda anche: NICOLAS F. DIEBOLD, *Freizügigkeit*, n. 1318). Il divario esistente tra i due sistemi normativi a confronto è infatti manifesto. Questa circostanza da sola non permette comunque ancora di affermare, come fa la CV-LIA, che nel Canton Lucerna non vi sia alcuna protezione degli interessi pubblici in gioco per il semplice fatto non è previsto un regime autorizzativo come quello instaurato dalla LIA.

4.3. Chiarito questo aspetto, si tratta a questo punto di esaminare se siano adempiute le condizioni di cui all'art. 3 LMI per poter ritenere che le varie restrizioni al

mercato previste dalla LIA, e di cui si è detto sopra (cfr. consid. 3.3), siano comunque legittime.

4.3.1. A questo proposito occorre innanzitutto rilevare che le restrizioni in questione si applicano sia agli offerenti locali, che agli offerenti esterni, per cui tra queste due categorie di amministratori non viene a crearsi alcuna disparità di trattamento, lesiva di quanto prescritto dall'art. 3 cpv. 1 lett. a LMI.

4.3.2. Assai più delicata risulta per contro la questione di sapere se tali restrizioni siano pure indispensabili al fine di tutelare interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI) e se, oltre a ciò, rispettino il principio della proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI). A questo proposito occorre rilevare come entrambe queste condizioni siano strettamente legate alle nozioni di interesse pubblico e di proporzionalità sancite dall'art. 36 cpv. 2 e 3 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101), ritenuto comunque che i termini "*preponderante*" e "*indispensabile*" impiegati dal legislatore federale all'art. 3 cpv. 1 lett. b LMI impongono un'interpretazione più restrittiva del concetto di interesse pubblico rispetto a quando si tratta di valutare la legittimità di una limitazione della libertà economica ex art. 27 Cost. (DIEBOLD, *Freizügigkeit*, n. 194). Inoltre, occorre rammentare che il principio della proporzionalità impone in particolare che la misura restrittiva scelta sia idonea a raggiungere lo scopo d'interesse pubblico ricercato (regola dell'idoneità) e che quest'ultimo non possa essere raggiunto scegliendo una misura meno incisiva (regola della necessità). Inoltre, esso vieta qualsiasi limitazione che ecceda lo scopo perseguito ed esige un rapporto ragionevole tra detto interesse e gli interessi pubblici o privati compromessi (principio della proporzionalità in senso stretto; DTF 141 I 20 consid. 6.2.1; STF 2C_121/2015 dell'11 dicembre 2015 consid. 9.1; BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 41 ad art. 3 LMI).

4.3.2.1. Innanzitutto, si deve escludere che la garanzia della "*qualità dei lavori artigianali*", a cui si richiama l'art. 1 LIA, possa giustificare l'istituzione di un regime autorizzativo, sul modello di quello previsto da quest'ultima legge, che impone in modo indistinto il rispetto di tutta una serie di requisiti personali e professionali a numerose categorie d'attività assai diverse tra loro e peraltro definite solo a livello di regolamento e non in una legge in senso formale. In genere, si deve infatti considerare che i prodotti e i servizi offerti in ambito artigianale non implicano, a differenza di quanto avviene ad esempio per le professioni in ambito sanitario, legale o eventualmente finanziario, la necessità di tutelare in modo particolarmente accresciuto quegli ambiti - quali segnatamente la salute, la sicurezza, l'ordine, la quiete o la moralità pubblici, oppure la buona fede nei rapporti commerciali - che, secondo il Tribunale federale, potrebbero giustificare una restrizione della libertà economica da parte del legislatore cantonale al punto da legittimare l'introduzione di un obbligo autorizzativo improntato sul rispetto delle severe condizioni sopra esposte (in questo senso si veda anche STA 52.2016.569 del 20 novembre 2017 consid. 5.4 riferita per l'appunto al settore delle opere da falegname qui in esame).

Si deve inoltre considerare che di norma le attività di natura artigianale non sono minimamente paragonabili, per quanto attiene soprattutto alle esigenze di tutela del pubblico dai rischi da esse generati, ai lavori di edilizia e genio civile assoggettati alla legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione del 1° dicembre 1997 (LEPICOSC; RL 7.1.5.3), per i quali il Tribunale federale ha ammesso la possibilità di introdurre delle restrizioni alla libertà economica attraverso l'istituzione di un sistema autorizzativo a protezione del pubblico e dei committenti (cfr. STF 2C_81/2014 dell'11 agosto 2014 consid. 4.2).

Ben diverso rispetto a quello qui in discussione è inoltre il settore professionale disciplinato dalla legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto del 24 marzo 2004 (LEPIA; RL 7.1.5.1), a cui la resistente fa impropriamente riferimento. In quest'ultimo caso trattasi infatti di due professioni liberali che presuppongono l'acquisizione di conoscenze tecniche e scientifiche presso una scuola universitaria o di rango equivalente, per cui, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, si giustifica disciplinare l'accesso a tali professioni già per motivi di sicurezza legati all'esercizio delle medesime (STF 2C_41/2010 del 17 maggio 2010 consid. 6; DTF 116 la 355 consid. 3a con riferimenti).

Nemmeno la tutela dei consumatori di fronte alla difettosa esecuzione dei lavori commissionati ad un artigiano costituisce un interesse sufficientemente preponderante e indispensabile a giustificare le limitazioni imposte dalla LIA. In questi casi i committenti di opere artigianali non si trovano infatti confrontati con dei pregiudizi irreparabili e hanno comunque sempre la possibilità di fare valere, anche in sede giudiziaria, le pretese di garanzia che spettano loro in virtù del diritto contrattuale (NICOLAS F. DIEBOLD/FRÉDÉRIC BERTHOUD, *Das Tessiner Handwerksgesetz im Lichte des Freizügigkeitsrechts*, in: *Zeitschrift für Europarecht [EUZ]*, n. 6/2017, pag. 142 e segg. e in particolare pag. 145).

Dal profilo poi del principio della proporzionalità, si deve rilevare come i requisiti personali previsti dall'art. 7 LIA non siano nemmeno adeguati a garantire la qualità dei lavori. Non è in effetti dato di vedere come il fatto che il titolare di una ditta disponga dell'esercizio dei diritti civili, goda di buona reputazione o sia solvibile possa avere un qualsiasi influsso, anche solo indiretto, su tale aspetto. Diverso potrebbe essere il discorso per quanto attiene ai requisiti professionali previsti dagli art. 6 LIA e 5 RLIA (di parere contrario: Diebold/Berthoud, op. cit., pag. 145), i quali però, come rettamente evidenziato dalla ricorrente, non possono essere ancora considerati indispensabili e necessari per il raggiungimento dello scopo perseguito.

4.3.2.2. Per quanto riguarda l'altro obiettivo a cui fa riferimento l'art. 1 LIA, vale a dire *"la sicurezza dei lavoratori"*, si deve considerare che a questo proposito è dato in linea di principio un interesse pubblico che potrebbe giustificare delle limitazioni d'accesso al mercato. Senonché, a tale proposito occorre rilevare come la LIA non contenga nessuna norma materiale autonoma in questo ambito, limitandosi semplicemente a rinviare a quanto già previsto in materia di diritto del lavoro dall'ordinamento federale vigente. La LIA prevede comunque

in caso di infrazioni alla legge stessa delle sanzioni disciplinari che possono arrivare sino al divieto di lavorare per un periodo imprecisato (art. 20 cpv. 1 lett. c). Siccome però nel nostro Paese la messa in atto del diritto del lavoro è disciplinata in modo esaustivo dalle relative leggi esistenti a livello federale, tra cui in particolare la legge federale sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio del 13 marzo 1964 (LL; RS 822.11) con le relative ordinanze, nonché dalla legge federale concernente le misure collaterali per i lavoratori distaccati e il controllo dei salari minimi previsti nei contratti normali di lavoro dell'8 ottobre 1999 (legge sui lavoratori distaccati; LDist; RS 823.20), ai Cantoni non rimane in pratica più alcuno spazio per poter prevedere ulteriori misure sanzionatorie o d'esecuzione in questo specifico ambito (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 145; DTF 143 I 403 consid. 7.5.2 con numerosi riferimenti giurisprudenziali).

A prescindere da questo aspetto, si deve poi aggiungere che, dal profilo della sicurezza dei lavoratori, le restrizioni imposte dalla LIA, pur contribuendo ad aumentare il controllo in questo settore, non appaiono ancora indispensabili, così come preteso dall'art. 3 cpv. 1 lett. b LMI. Come giustamente evidenziato dall'insorgente nei suoi allegati di causa, il diritto federale - e in particolare la LL, la LDist, la legge federale concernente i provvedimenti in materia di lotta contro il lavoro nero del 17 giugno 2005 (LLN; 822.41) - prevede già tutta una serie di strumenti e di istituti destinati sia alla tutela dei lavoratori, sia a combattere i fenomeni del dumping salariale e del lavoro nero. Spetta quindi in primo luogo alle autorità preposte all'applicazione di tali normative, e segnatamente in Ticino all'Ufficio dell'ispettorato del lavoro (UIL), all'Ufficio per la sorveglianza del mercato del lavoro e alla Commissione tripartita in materia di libera circolazione delle persone, fare uso di questi mezzi al fine di reprimere le situazioni irregolari senza che si renda necessario erigere degli ostacoli volti a preventivamente limitare le possibilità d'accesso al mercato delle ditte provenienti da fuori Cantone.

Certo, nella misura in cui, come visto sopra (cfr. consid. 3.4), in base al principio del luogo d'origine, la CO 1 dovrebbe di massima tener conto per la propria attività sull'intero territorio svizzero unicamente degli eventuali CCL in vigore nel Canton Lucerna, vi è il rischio che, in quanto offerente esterna, possa magari risultare favorita per rapporto agli offerenti locali, qualora il costo sociale delle merci o dei servizi da essa proposti dovesse risultare inferiore per effetto delle diverse prescrizioni in materia di protezione dei lavoratori vigenti nel Cantone di sede. Atteso come la LMI non debba avere per scopo di incoraggiare il dumping salariale, resta però il fatto che l'imposizione agli offerenti esterni delle prescrizioni sociali vigenti nel luogo di destinazione della prestazione non si giustifica in modo sistematico. In questo senso, l'obbligo fatto anche agli offerenti esterni dall'art. 9 lett. c LIA di rispettare i CCL in vigore in Ticino non può avere una portata generale (cfr. DTF 124 I 107). L'applicazione agli offerenti esterni delle disposizioni in materia di condizioni di lavoro vigenti nel luogo di destinazione potrebbe entrare in linea di conto soltanto se dovesse essere dimostrato che le prescrizioni del luogo d'origine sono tali da generare un indebito vantaggio in ragione di una

minor protezione sociale dei lavoratori. Evenienza, questa, che comunque all'interno del mercato svizzero dovrebbe risultare molto rara (cfr. Bianchi della Porta, op. cit., n. 26 ad art. 3 LMI).

4.3.2.3. Sempre in base al suo art. 1, la LIA dovrebbe inoltre servire *"a prevenire gli abusi nell'esercizio della concorrenza"*.

La protezione della buona fede nelle relazioni commerciali costituisce a sua volta un interesse pubblico, suscettibile di giustificare delle restrizioni alla libertà economica e alla libertà di accesso ai mercati (DTF 125 I 335 consid. 2a con riferimenti). Sennonché, come già per le norme a tutela dei lavoratori, anche a questo proposito la LIA non contiene nessuna disposizione autonoma, limitandosi ad enunciare all'art. 9 lett. f un generico divieto di praticare una concorrenza sleale. Ancora una volta non ci si può dunque esimere dal rilevare come le sanzioni applicabili in questo ambito siano esaustivamente previste dagli art. 23 e segg. della legge federale contro la concorrenza sleale del 19 dicembre 1986 (LCSI; RS 241), di modo che pure in questo ambito ai Cantoni non è data alcuna competenza di prevedere delle ulteriori misure, come, ad esempio, vietare ad una ditta di svolgere la propria attività, secondo quanto sancito dall'art. 20 cpv. 1 lett. c LIA, in aggiunta a quelle esaustivamente contemplate dagli art. 23 e segg. LCSI (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 145).

Secondo la resistente, il sistema instaurato dalla LIA servirebbe ad esercitare un controllo effettivo sul pagamento dei contributi sociali e paritetici da parte delle ditte attive nel settore artigianale, ciò che impedirebbe alle imprese morose di operare sul mercato in un regime di concorrenza sleale, contribuendo nel contempo a meglio tutelare i lavoratori. Sennonché, in linea con quanto appena esposto, il Tribunale federale in una sua sentenza del 13 marzo 2000 (pubblicata in RDAT II 2000 n. 45), statuendo su di una vertenza in materia di LEPICOSC, ha chiaramente indicato che lo stralcio dall'albo delle imprese di costruzione di una ditta in mora con il pagamento dei contributi sociali, dei premi assicurativi obbligatori e degli oneri fiscali, con il conseguente divieto per la stessa di continuare a svolgere la propria attività, costituiva un provvedimento lesivo del principio della forza derogatoria del diritto federale, che regola in modo esaustivo queste materie e priva così i Cantoni di qualsiasi competenza per quanto attiene all'emanazione di ulteriori disposizioni volte ad assicurare il versamento di questo genere di oneri da parte dei datori di lavoro. I principi enunciati in questa sentenza - la quale, tra l'altro, non è stata minimamente recepita dal legislatore cantonale che ha sino ad ora tralasciato di apportare i necessari correttivi alla normativa sulle imprese edili - valgono per analogia anche nel presente ambito, visto come la LIA e la LEPICOSC prevedano a questo proposito delle disposizioni praticamente identiche (art. 9 lett. e, 18 e 20 cpv. 1 LIA, art. 6 lett. e, 13 e 16 cpv. 1 LEPICOSC). Ne consegue pertanto che per essere rispettosa del diritto di rango superiore l'attività di controllo che la CV-LIA si prefigge di esercitare in questo ambito non potrebbe dar luogo a nessun provvedimento sanzionatorio o inibitorio, fondato sul diritto cantonale, nei confronti di quelle ditte che non dovessero risultare in regola con il pagamento degli oneri sociali e tributari. Circostanza, questa, che fa

apparire le limitazioni contemplate da questa stessa legge non adeguate al raggiungimento degli scopi prefissati dalla LIA in materia di lotta contro la concorrenza sleale.

4.3.2.4. Si deve pertanto ritenere che a sostegno delle restrizioni al libero accesso al mercato previste dalla LIA restano unicamente dei motivi intesi a proteggere le imprese locali da una concorrenza, soprattutto estera, ritenuta sconveniente, figurando questa tra le ragioni che il legislatore cantonale ha esplicitamente indicato nei materiali legislativi per giustificare l'adozione di questa normativa (cfr. supra consid. 3.3). Ciò costituisce tuttavia un'illecita interferenza nella libera concorrenza tra imprese che non può essere ammessa. Si tratta, in effetti, di un fine avente carattere marcatamente dirigista, volto a favorire certe imprese a discapito di altre (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 145 e 146; STA 52.2016.569 del 20 novembre 2017 consid. 5.4, pag. 12) e, in quanto tale, chiaramente contrario sia alla libertà economica, garantita dall'art. 27 Cost., sia alla libertà di circolazione all'interno della Svizzera, sancita dall'art. 95 cpv. 2 Cost., la quale costituisce un vero e proprio diritto di rango costituzionale (cfr. DTF 119 la 35 consid. 1), volto ad assicurare non solo la reciproca riconoscenza dei diplomi, ma in modo più generale l'accesso indiscriminato ad una professione, come pure a vietare un aggravio eccessivo e non giustificato da ragioni obiettive dell'esercizio di una professione, così come potrebbe risultare dalle diverse regolamentazioni cantonali (DTF 130 I 26 consid. 7.1; 125 II 56 consid. 3a; 123 I 259 consid. 2b; 122 I 109 consid. 4b).

Ne discende pertanto che, alla luce dello scopo sostanzialmente protezionistico perseguito dalla LIA, le restrizioni previste da questa legge, oltre a non adempiere i criteri previsti dall'art. 3 cpv. 1 lett. b e c LMI, si rivelano pure lesive dell'art. 3 cpv. 3 LMI in quanto costituiscono per le ditte aventi sede al di fuori del Cantone Ticino delle barriere dissimulate per quanto attiene all'accesso al mercato nei settori artigianali regolati dalla suddetta legge.

5.

5.1. Giusta l'art. 3 cpv. 4 LMI, le decisioni in materia di restrizioni del libero accesso al mercato devono essere prese con una procedura semplice, rapida e gratuita.

Secondo la ricorrente, anche questa norma sarebbe stata nell'occasione disattesa dalla CV-LIA.

5.2. La critica è sicuramente fondata. La procedura che la CO 1 ha dovuto seguire per ottenere l'iscrizione all'albo delle imprese artigianali non può essere considerata semplice nel senso inteso dalla suddetta norma. La ditta ha dovuto riempire due moduli d'iscrizione, allegando ai medesimi numerosi documenti, parte dei quali ottenibili presso terzi solo previo pagamento dei relativi emolumenti. Il dispendio di tempo e l'onere amministrativo che ne sono derivati non possono assolutamente essere considerati trascurabili.

Non permette di sovvertire questa conclusione la semplice cir-costanza che, come sostenuto dalla CV-LIA, la quasi totalità della documentazione che la CO 1 ha dovuto produrre per potersi iscrivere all'albo delle imprese artigianali è costituita dalla documentazione standard

che le ditte devono regolarmente produrre per poter partecipare alle procedure di concorso in ambito di commesse pubbliche. Anche su questo punto occorre in effetti convenire con la ricorrente sul fatto che, se un offerente esterno vuole accedere al mercato ticinese per esercitare la propria attività in ambito artigianale, questo non significa ancora che quest'ultimo intenda automaticamente partecipare alle procedure in materia di commesse pubbliche indette in questo Cantone. Per cui non è perché il diritto delle commesse pubbliche esige l'adempimento di determinati requisiti professionali e personali al fine di attestare l'idoneità di una ditta artigianale a partecipare ad una procedura di concorso, che allora la stessa cosa si giustifica anche per poter semplicemente offrire delle prestazioni professionali al di fuori di questo specifico settore in un Cantone diverso da quello di sede.

Dal profilo dei tempi di evasione della domanda, occorre poi rilevare che tra il momento in cui la CO 1 ha presentato la sua istanza e quello in cui le è stata rilasciata l'autorizzazione richiesta sono trascorsi tre mesi. Il che disattende il principio di celerità prescritto dall'art. 3 cpv. 4 LMI. È pur vero comunque che sui tempi di evasione della pratica ha verosimilmente influito la grande mole di richieste di iscrizione che la CV-LIA ha dovuto esaminare in concomitanza con l'entrata in vigore della LIA.

Infine si deve rilevare che il fatto che la CO 1 abbia dovuto versare fr. 600.- (e non fr. 3'400.- come erroneamente indicato dalla ricorrente) a titolo di tasse d'iscrizione è chiaramente lesivo del principio di gratuità della procedura, sancito dalla medesima norma (cfr. DIEBOLD/BERTHOUD, op. cit., pag. 146).

Il fatto che nel Canton Lucerna la CO 1 non debba pagare alcun emolumento per poter esercitare la propria attività aziendale è del tutto irrilevante e non giustifica affatto l'imposizione nei suoi confronti di un simile obbligo in Ticino. Valesse il contrario, come sostenuto dalla CV-LIA, il principio di gratuità verrebbe svuotato di qualsiasi contenuto.

Così come pure non è assolutamente dirimente qualificare dal profilo giuridico l'onere finanziario che è stato addebitato nell'occasione alla CO 1 dall'autorità di prime cure. La giurisprudenza ha infatti già avuto modo di sottolineare che i Cantoni non hanno il diritto di prelevare nessun genere di tributo in questo ambito. In un caso concernente un avvocato zurighese al quale era stata rilasciata l'autorizzazione per poter esercitare la sua professione nel Cantone di Appenzello Interno, il Tribunale federale ha considerato lesivo del principio della gratuità della procedura il fatto che le autorità di quest'ultimo Cantone avessero messo a carico del richiedente una tassa di cancelleria pari a fr. 50.- (DTF 123 I 313 consid. 5). In questo modo è stato chiarito che la gratuità della procedura sancita dalla LMI dev'essere assoluta, nel senso che i Cantoni non hanno neppure il diritto di recuperare i costi generati dal procedimento d'ammissio-

ne stesso. Una deroga a questa regola può entrare in linea di conto soltanto in situazioni eccezionali, qualora dovesse risultare che l'istante ha agito in maniera contraria al principio della buona fede oppure è venuto meno al suo dovere di collaborazione, cagionando in questo modo dei costi inutili alle autorità. Da notare che il principio della gratuità non concerne soltanto i casi in cui la procedura verte sul riconoscimento di un certificato di capacità in senso stretto, ma anche quelli in cui la validità di una simile attestazione non è in discussione, ma si tratta di valutare se sussistano altri motivi per limitare l'accesso al mercato di un offerente esterno (DTF 123 I 313 consid. 5; 125 I 276 consid. 6 non pubblicata; sull'argomento cfr. anche: MATTEO CASSINA, Legge federale sul mercato interno: principi fondamentali e note in merito alla giurisprudenza del Tribunale federale, in: RDAT I-2000, pag. 99 e segg. e in particolare pagg. 106 e 107).

In quest'ottica, quanto previsto dall'art. 11 cpv. 2^{bis} RLIA in materia di emolumenti a carico delle ditte aventi sede o domicilio in un altro Cantone non è pertanto rispettoso dei principi della LMI appena esposti, nella misura in cui fa dipendere la gratuità dell'iscrizione dal fatto che le stesse siano abilitate ad operare nel loro Cantone di origine e che rispettino i requisiti posti dagli art. 6 e 7 LMI.

6.

6.1. Alla luce di tutto quanto precede, si deve pertanto concludere che il ricorso della RI 1 deve essere accolto nel senso che è accertato che la decisione 13 settembre 2016 della CV-LIA, con la quale la CO 1, _____, è stata iscritta all'albo delle imprese artigianali per la categoria professionale "*opere da falegname*" limita l'accesso al mercato di tale ditta in modo lesivo dei principi scaturenti dalla LMI.

6.2. Dato l'esito, si prescinde dal prelievo di tasse e spese (art. 47 LPAm) e non si assegnano ripetibili (art. 49 LPAm).

Per questi motivi,

dichiara e pronuncia:

1. Il ricorso è accolto.

§. Di conseguenza è accertato che la decisione 13 settembre 2016 della commissione di vigilanza sulle imprese artigianali, con la quale la CO 1, _____, è stata iscritta all'albo delle imprese artigianali per la categoria professionale "*opere da falegname*" limita l'accesso al mercato di tale ditta in modo lesivo dei principi scaturenti dalla LMI.

2. Non si prelevano né tasse, né spese.

3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110).

C 1	3. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 21. Januar 2025 – Vorsorgliche Massnahmen / kartellrechtliche Ansprüche

Entscheid 430 24 229 des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 21. Januar 2025 – Zivilprozessrecht / Kartellrecht. Anwendbarkeit einer Gerichtsstandsklausel im Sinne von Art. 17 ZPO für einen Anspruch eines im Wettbewerb Behinderten gegenüber dem Verursacher der Wettbewerbsbehinderung auf Abschluss marktgerechter oder branchenüblicher Verträge (Art. 4 sowie Art. 7 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. a und Art. 13 lit. b KG).

A. ____ AG, vertreten durch [...] und/oder [...], Gesuchstellerin gegen B. ____ AG, vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin

Gegenstand: vorsorgliche Massnahmen / kartellrechtliche Ansprüche

A. Mit einem gegen die B. ____ AG (CHE-XXX.XXX.XXX; Gesuchsgegnerin), mit Sitz in Y. ____, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Sandro Visini, gerichteten Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gelangte die A. ____ AG (CHE-XXX.XXX.XXX; Gesuchstellerin) mit Sitz in Z. ____ BL, vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Patrick L. Krauskopf und/oder Rechtsanwalt Dr. Markus Wyssling, am 5. September 2024 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, (Kantonsgericht) und stellte folgende Rechtsbegehren:

«1. Die Gesuchsgegnerin sei für den Zeitraum ab 1. April 2025 bis zur rechtskräftigen Erledigung des ordentlichen Prozesses über den Abschluss eines marktgerechten Servicevertrages für die Marke «B. ____» zu verpflichten:

- a. der Gesuchstellerin den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes der Gesuchsgegnerin zu gewähren, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. ____ als autorisierter Händler der Gesuchsgegnerin erforderlich sind;
- b. die Gesuchstellerin mit sämtlichen Originalersatzteilen zu den für alle autorisierten Händler der Gesuchsgegnerin gültigen Konditionen zu beliefern, die für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. ____ als autorisierter Händler der Gesuchsgegnerin erforderlich sind;
- c. der Gesuchstellerin sämtliche Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen, die für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. ____ als autorisierter Händler der Gesuchsgegnerin erforderlich sind;
- d. der Gesuchstellerin weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer Werkstatt für die Marke B. ____ als autorisierter Händler der Gesuchsgegnerin notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren;

- e. der Gesuchstellerin sämtliche Eintragungen in das physische Serviceheft von Personenfahrzeugen der Marke B. ____ zu gewähren, die für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. ____ als autorisierter Händler der Gesuchsgegnerin erforderlich sind;
 - f. der Gesuchstellerin entgeltliche Service- und Reparaturanweisungen anzubieten, die für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. ____ als autorisierter Händler der Gesuchsgegnerin erforderlich sind;
 - g. der Gesuchstellerin bei der Lösung von technischen Problemen sämtliche entgeltliche Unterstützung zu gewähren, die für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. ____ als autorisierter Händler der Gesuchsgegnerin erforderlich sind;
 - h. der Gesuchstellerin die Durchführung von Gratis-Service und Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) an Fahrzeugen der Marke B. ____ zu gewähren und vollumfänglich zu entschädigen;
 - i. der Gesuchstellerin die in Ausführung von Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) gebrauchten Ersatzteile vollumfänglich zu entschädigen.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin ab sofort und bis zur rechtskräftigen Erledigung des ordentlichen Prozesses zu verbieten,
- a. Kunden der Gesuchstellerin dahingehend zu informieren, dass die Gesuchstellerin ab dem 1. April 2025 kein autorisierter Händler mehr sei;
 - b. Kundendaten der Gesuchstellerin an Dritte, insbesondere andere aktuelle oder künftige autorisierte Händler der Gesuchsgegnerin, weiterzuleiten.
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin.»

Zur Begründung ihres Gesuchs liess die Gesuchstellerin im Wesentlichen ausführen, die Gesuchsgegnerin sei exklusive Generalimporteurin der Marke «B. ____». Als solche sei sie die einzige Anbieterin von Originalersatzteilen und Dienstleistungen zur Wartung und Instandsetzung von B. ____-Fahrzeugen. Insbesondere sei nur die Gesuchsgegnerin zur Abwicklung von Garantiearbeiten berechtigt. Einzig diese könne Händler in der Schweiz als offizielle Markenwerkstatt für die Marke B. ____ zulassen. Die Gesuchsgegnerin sei damit marktbeherrschend i.S.v. Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [KG]; SR 25). Darüber hinaus sei sie relativ marktmächtig i.S.v. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG gegenüber der

Gesuchstellerin: Letztere betreibe ein Familienunternehmen, welches seit 1950 exklusiv für Fahrzeuge der Marke «B. _____» als autorisierte Händlerin tätig sei. Da nur die Gesuchsgegnerin in der Lage sei, diese Leistungen in der Schweiz anzubieten, habe sie keine Ausweichmöglichkeiten. Auf andere Fahrzeug-Marken zu wechseln, sei für die Gesuchstellerin keine Option. Dies befriedige nicht die Interessen ihres über Jahrzehnte aufgebauten Kundenstamms. Selbst wenn Ausweichmöglichkeiten bestünden, wären sie für die Gesuchstellerin insbesondere wegen getätigter Investitionen und hohen Umstellungskosten unzumutbar. Die Gesuchsgegnerin weigere sich, mit der Gesuchstellerin einen Servicevertrag ab 1. April 2025 abzuschliessen. Dies, obwohl die Gesuchstellerin die Standards der Gesuchsgegnerin für autorisierte Werkstätten erfüllen würde. Die Gesuchsgegnerin könne keine sachlichen Gründe für diese Verweigerung der Geschäftsbeziehung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG vorbringen. Sie behindere die Gesuchstellerin damit in der Ausübung des Wettbewerbs als autorisierte B. _____-Werkstatt ab 1. April 2025, weshalb sie gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 13 lit. b KG Anspruch auf Beseitigung der Behinderung durch gerichtliche Verpflichtung der Gesuchsgegnerin auf Abschluss eines marktgerechten bzw. branchenüblichen Vertrages habe.

Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Kantonsgerichts sei vorliegend relevant, dass um vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit einem kartellrechtlichen Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages ersucht werde. Das für die Hauptsache zuständige Gericht sei auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig (Art. 13 lit. a ZPO). Für Klagen aus unerlaubter Handlung sehe Art. 36 ZPO eine Zuständigkeit des Gerichts am Sitz der geschädigten Person – hier also Basel-Landschaft – vor. Allfällige Gerichtsstandsklauseln seien vorliegend nicht einschlägig. Die Klage in der Hauptsache stütze sich nicht auf einen bestehenden Vertrag, sie richte sich auf Abschluss eines noch nicht bestehenden Vertrags. Am Schutz im Wettbewerb behinderter Individuen durch den Zivilrichter bestehe ein öffentliches Interesse. Vorliegend gehe es um den Schutz eines basellandschaftlichen Unternehmens und des regionalen Wettbewerbs durch das Kantonsgericht Basel-Landschaft. Sinn und Zweck des Kartellgesetzes sei es, die volkswirtschaftlichen und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 2 KG). Das Kartellgesetz wolle somit einerseits den Wettbewerb als Institution – die freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung – und andererseits das Individuum vor Kartellgesetzesverstössen schützen. Gemäss Kartellgesetz bestehe also ein öffentliches Interesse am Schutz der gesamten Volkswirtschaft und damit einhergehend am Schutz der Rechte des Individuums, das in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werde (Art. 12 Abs. 1 KG).

Kartellrechtsverstösse, die sich gegen ein einzelnes Unternehmen richteten, seien unerlaubte Handlungen im Sinne der "Ersten Abteilung", Erster Titel, zweiter Abschnitt des Obligationenrechts bzw. widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR. Gemäss Kartellgesetz

würden sich marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen unzulässig verhalten, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs benachteiligen würden (Art. 4 Abs. 2 und Abs. 2^{bis} i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Eine solche Behinderung in der Aufnahme des Wettbewerbs könne darin liegen, dass ein marktbeherrschendes oder relativ marktmächtiges Unternehmen einem anderen eine Geschäftsbeziehung verweigere, oder anders ausgedrückt sich weigere einen Vertrag mit einem anderen Unternehmen abzuschliessen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Das Kartellgesetz durchbreche damit den ansonsten im Schweizer Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit (vgl. Art. 19 f. OR, Art. 10, 13 und 27 BV), indem es unter diesen Umständen das marktmächtige Unternehmen oder das relative marktmächtige Unternehmen verpflichte, mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen (Art. 13 lit. a KG).

Vor diesem Hintergrund schützten die Wettbewerbsbehörden den wirksamen Wettbewerb insgesamt (Art. 23 i.V.m. Art. 18 KG und Art. 10, 19 f. Geschäftsreglement WEKO 8). Die Zivilgerichte seien hingegen verpflichtet, über die individuellen Ansprüche, die sich aus einer Verletzung des Kartellgesetzes ergeben würden (Art. 12 KG), zu urteilen. D.h., sie schützten unter anderem den Wettbewerb in ihrem örtlichen Zuständigkeitsgebiet. Aus diesem Grund verweise die WEKO Private zur Geltendmachung individueller Ansprüche gestützt auf das Kartellgesetz an den örtlich zuständigen Zivilrichter.

Vorliegend gehe es um den Abschluss eines neuen Vertrages zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin und nicht um die Auslegung eines bereits bestehenden Vertrages, mit welcher der allfällige hypothetische Wille der Parteien zu ermitteln wäre, und damit auch nicht um die Auslegung einer bereits bestehenden Gerichtsstandsklausel.

Die Gesuchstellerin habe gestützt auf das Kartellgesetz Anrecht auf den Abschluss eines Vertrages. Ferner gehe es darum, dass das Gericht dem öffentlichen Interesse am Schutz des Wettbewerbs in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich – also hier im Kanton Baselland – zum Durchbruch ver helfe. Dazu gehöre auch der Schutz eines einzelnen basellandschaftlichen Unternehmens, wie die Gesuchstellerin, vor einem Missbrauch der Gesuchsgegnerin. Es sei auch daher zentral, dass die örtliche Zuständigkeit nicht nach einer Gerichtsstandsvereinbarung ausgelegt werde.

Gemäss Art. 13 lit. a ZPO sei das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben sei, für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig (alternativ zum Gericht am Vollstreckungsort nach Art. 13 lit. b ZPO). Für Klagen aus unerlaubter Handlung sei gemäss Art. 36 ZPO (alternativ zu anderen Gerichtsständen) das Gericht am Sitz der geschädigten Person zuständig. Als Klagen aus unerlaubter Handlung würden auch Klagen betreffend kartellrechtliche Ansprüche, wie Klagen auf Abschluss von marktüblichen bzw. branchenüblichen Verträgen i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 13 lit. b KG, gelten.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass, selbst wenn man vorliegend von der Einschlägigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung ausgehen würde, nur dann eine andere örtliche Zuständigkeit bestehen könnte, wenn die hier dargelegte unerlaubte Handlung gleichzeitig auch eine Vertragsverletzung darstellen würde oder wenn eine Verbindung zwischen den unerlaubten Handlungen und dem Gegenstand des Vertrages bestünde. Gemäss Bundesgericht bestehe keine solche Verbindung zwischen Vertrag und unerlaubten Handlungen bei Ansprüchen, die sich aus einem noch nicht abgeschlossenen neuen Vertrag ergeben würden. Dies gelte selbst dann, wenn der noch nicht abgeschlossene Vertrag einen identischen Inhalt aufweisen soll, wie der Vertrag, der die fragliche Gerichtsstandsvereinbarung enthalte. Auch kein solcher sachlicher Zusammenhang sei ein bloss zeitlicher Zusammenhang. Selbst ein Gesuch, das wirtschaftlich auf die nahtlose Weiterführung eines bestehenden Vertragsverhältnisses abziele, begründe keinen solchen sachlichen Zusammenhang.

Die Gesuchstellerin stelle das vorliegende Gesuch im Hinblick auf eine noch einzureichende Klage gegen die Gesuchsgegnerin. Für das Gesuch sei das Gericht zuständig, das auch für die einzuklagenden Ansprüche zuständig sei. Mit der Klage werde die Gesuchstellerin Ansprüche auf Abschluss von marktüblichen bzw. branchenüblichen neuen Verträgen i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 13 lit. b KG infolge eines (relativen) Marktmachtmissbrauchs der Gesuchsgegnerin geltend machen. Dies, nachdem die Gesuchsgegnerin ihr den Abschluss neuer Verträge verweigere. Dieser Anspruch würde sich ausschliesslich aus Kartellrecht ergeben. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass, selbst wenn vorliegend eine Gerichtsstandsvereinbarung auszulegen wäre, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein sachlicher Zusammenhang zwischen den alten Verträgen und dem Anspruch auf Abschluss von neuen Verträgen bestünde. Die vorliegend dargelegte Kartellrechtsverletzung sei nämlich nicht zugleich eine Vertragsverletzung, zudem gehe es um den Abschluss neuer Verträge. Die Hauptsache sei folglich eine Klage aus unerlaubter Handlung nach Art. 36 ZPO. Die Gesuchstellerin mache geltend, geschädigt zu sein und habe ihren Sitz im Kanton Basel-Landschaft.

B. Die Gesuchsgegnerin bestreitet in ihrer Stellungnahme vom 21. Oktober 2024 die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts im Wesentlichen mit folgender Begründung: Die Gesuchstellerin stelle sich auf den Standpunkt, das angerufene Gericht sei gestützt auf Art. 36 ZPO örtlich zuständig und «allfällige Gerichtsstandsklauseln» seien «vorliegend nicht relevant». Dabei verschweige sie, dass die Parteien vorliegend im von ihnen im Jahre 2016 abgeschlossenen Vertreter-Vertrag explizit einen Gerichtsstand für alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesem Vertrag, seiner Durchführung und/oder seiner Beendigung am Sitz von B. ____ AG, zurzeit Y. ____, vereinbart hätten. Gemäss Art. 36 ZPO sei für Klagen aus unerlaubter Handlung zwar das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder Erfolgsort zuständig. Diese Gerichtsstände seien allerdings nicht zwingend (vgl. Art. 9 ZPO), weshalb die Parteien einen

anderen Gerichtsstand vereinbaren dürften. Die vorliegend durch die Parteien getroffene Vereinbarung sei grundsätzlich zulässig. Ob dieselbe die vorliegende Streitsache inhaltlich umfasse, beurteile sich in erster Linie nach dem Parteiwillen. Aufgrund des Wortlauts des im 2016 abgeschlossenen Vertrags lasse sich als tatsächlicher Wille ableiten, dass die Parteien alle Streitigkeiten, die auf diesem Vertrag beruhen würden, am selben Ort beurteilt wissen wollten. Darunter würden auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung fallen, wenn diese Handlungen gleichzeitig eine Vertragsverletzung darstellen oder eine Konnexität zwischen diesen und dem Gegenstand des Vertrags bestehen würden. Folglich umfasse die Gerichtsstandsklausel nach dem tatsächlichen Willen der Parteien auch kartellrechtliche Ansprüche, die im Zusammenhang mit dem Vertreter-Vertrag stehen würden. Obwohl die Gesuchstellerin um diese Gerichtsstandsklausel gewusst habe, habe sie es unterlassen, Ausführungen zum tatsächlichen Parteiwillen zu machen. Folglich sei vorliegend vom vorstehend behaupteten und ermittelten tatsächlichen Parteiwillen auszugehen, wonach die Gerichtsstandsklausel in Artikel 30 des Vertreter-Vertrags aus dem Jahr 2016 auch die Geltendmachung von kartellrechtlichen Ansprüchen umfasse. Allfällige neue Ausführungen der Gesuchstellerin dazu wären nunmehr verspätet. Die Argumentation der Gesuchstellerin, es gehe vorliegend nicht um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Vertreter-Vertrag, sondern um den Abschluss eines neuen Vertrags, weshalb Gerichtsstandsklauseln in anderen Verträgen nicht zur Anwendung gelangen würden, überzeuge nicht. Im Kern gehe es selbst um eine Streitigkeit, die durch die Kündigung und damit die Beendigung des Vertreter-Vertrags überhaupt erst entstanden sei, was als Regelungsgegenstand explizit von Artikel 30 des Vertreter-Vertrags erfasst werde. Dass auch die Gesuchstellerin dieser Auffassung sei, würde sich aus der von dieser selbst eingereichten vorprozessualen Korrespondenz ergeben, wo davon die Rede gewesen sei, dass die Kündigung nicht akzeptiert werde, diese rechtswidrig bzw. kartellrechtswidrig sei oder wo um Rückzug der Kündigung gebeten oder Rücknahme derselben zur Beseitigung des kartellrechtlich unzulässigen Zustands aufgefordert werde. Es handle sich demnach um eine klassische Kündigungsstreitigkeit, auf welche Art. 30 des Vertreter-Vertrags anwendbar sei. Konkret stehe die Frage im Raum, ob sich die Gesuchsgegnerin mit der Kündigung des Vertreter-Vertrags missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhalten habe. Träfe dies zu, wäre die Kündigung, wie von der Gesuchstellerin in der vorprozessualen Korrespondenz stets explizit geltend gemacht, rechtswidrig (nichtig) und es bestünde ein Anspruch auf - in den eigenen Worten der Gesuchstellerin - "Weiterführung der Geschäftsbeziehung". Es gehe also um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit der "Beendigung des Vertrages". Dafür hätten die Parteien in Artikel 30 des Vertreter-Vertrages explizit einen Gerichtsstand am Sitz der Gesuchstellerin vereinbart. Die Vereinbarung einer Gerichtsstandsklausel sei vorliegend nicht nur zulässig, sondern auch gültig und auf das Gesuch der Gesuchstellerin anwendbar. Folglich sei das Gericht am Sitz der Gesuchsgegnerin, nicht aber das angerufene Gericht örtlich zuständig. Die Gesuchsgegnerin erhebe hiermit vor diesem Hintergrund formell die Einrede der

örtlichen Unzuständigkeit. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin sei deshalb nicht einzutreten.

C. Mit Verfügung vom 19. November 2024 wies die Präsidentin der Abteilung Zivilrecht am Kantonsgericht die Parteien darauf hin, dass im summarischen Massnahmeverfahren grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel stattfinde und der Aktenschluss nach der schriftlichen Gesuchsantwort eintrete. Dementsprechend schloss sie den Schriftenwechsel mit dem Hinweis, dass eine freiwillige Replik möglich bleibe, allerdings neue Tatsachen und Beweismittel nur noch insoweit berücksichtigt werden könnten, als dass diese die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen würden und eine Stellungnahme nach Aktenschluss nicht der blossen Nachbesserung des Massnahmegesuchs dienen dürfe. Schliesslich stellte die Abteilungspräsidentin ihren Entscheid gestützt auf die Akten in Aussicht.

D. Die Gesuchstellerin erstattete mit Eingabe vom 4. Dezember 2024 ihre freiwillige Replik und führte aus, die Gesuchsgegnerin übersehe, dass es vorliegend nicht um die Auslegung einer Gerichtsstandsklausel in einem gekündigten Vertrag, sondern vielmehr darum gehe, ob die Gesuchstellerin gestützt auf das Kartellrecht Anspruch auf den Abschluss eines (neuen) Vertrags habe. Mit Blick auf den Wortlaut der Gerichtsstandsklausel tangiere der Anspruch der Gesuchstellerin auf Abschluss eines neuen Vertrages weder die Durchführung, noch die Beendigung des Vertrags. Demnach frage sich vorliegend also einzig, ob der Abschluss eines neuen Vertrags als «im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stehend zu betrachten sei. Die Anwendung des Missbrauchstatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG – die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung – stehe in keinem Zusammenhang mit der Frage, ob vorher ein Vertrag zwischen der missbrauchenden Partei (hier: die Gesuchsgegnerin) und der missbrauchten Partei (hier: die Gesuchstellerin) bestehen würde. Das Bundesgericht habe konkret im Kontext des Nichtabschlusses von neuen Verträgen festgestellt, dass bei noch nicht abgeschlossenen neuen Verträgen kein Zusammenhang zwischen Vertrag und unerlaubter Handlung bestehe. Auch bei einem Gesuch, welches wirtschaftlich auf die nahtlose Weiterführung eines bestehenden Vertragsverhältnisses abziele, werde kein solcher sachlicher Zusammenhang begründet. Mangels sachlichen Zusammenhangs zum aufgelösten Vertrag werde der kartellrechtliche Anspruch der Gesuchstellerin auf Abschluss eines neuen Vertrags von der Gerichtsstandsvereinbarung nicht umfasst. Das angerufene Gericht sei deshalb für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmegesuchs örtlich zuständig. In ihrer freiwilligen Duplik vom 20. Dezember 2024 blieb die Gesuchsgegnerin dabei, dass es vorliegend um eine Kündigungsstreitigkeit gehe mit der Folge, dass die Gerichtsstandsvereinbarung gelte. Dementsprechend hielt sie an der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit fest. Bis zum vorliegenden Entscheid vom 21. Januar 2025 ging eine weitere freiwillige Eingabe der Gesuchstellerin ein (Triplik vom 14. Januar 2025), mit welcher diese sich zur Zuständigkeitsfrage allerdings nicht mehr äusserte.

E. Für die weitergehenden Begründungen der Parteistandpunkte in den Rechtsschriften insbesondere zum

relevanten Sachverhalt und zu den für das Massnahmeverfahren einschlägigen Gesetzesbestimmungen (Art. 261 ff. ZPO) wird – soweit sie nicht in den nachstehenden Erwägungen wiedergegeben werden – auf die Akten verwiesen.

Erwägungen

1. Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 ZPO). Ob diese erfüllt sind, prüft das Gericht von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Nachdem die Gesuchsgegnerin die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ausdrücklich bestritten hat und somit Einlassung auf das Verfahren von vornherein ausscheidet (Art. 18 ZPO e contrario), ist vorab darüber zu befinden, ob das Kantonsgericht für die Beurteilung des Gesuchs der Gesuchstellerin um vorsorgliche Massnahmen vom 5. September 2024 örtlich zuständig ist.

2. Gemäss Art. 13 lit. a ZPO ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig (alternativ zum Gericht am Vollstreckungsort nach Art. 13 lit. b ZPO). Mit dem vorliegenden Gesuch beantragt die Gesuchstellerin im Rahmen des schnellen Rechtsschutzes gemäss Art. 261 ff. ZPO die Anordnung zahlreicher Massnahmen, welche die Gesuchsgegnerin mit Wirkung ab 1. April 2025 bis zur Erledigung des ordentlichen Prozesses über ihren behaupteten kartellrechtlichen Anspruch auf Abschluss eines marktgerechten Servicevertrages der Marke «B. _____» zu erfüllen habe, wie bspw. die Gewährung des Zugangs zum IT-System des gesuchsgegnerischen Werkstattnetzes, die Belieferung der Gesuchstellerin mit Originalersatzteilen zu den für alle autorisierten Händler der Gesuchsgegnerin gültigen Konditionen, das zur Verfügung stellen der für die Wartung von B. _____-Personenfahrzeugen erforderlichen Spezialwerkzeuge und Diagnosegeräte etc. (vgl. im Einzelnen die Rechtsbegehren des Gesuchs vom 5. September 2024, wiedergegeben unter lit. A hievor). Sie stützt ihren sicherzustellenden Hauptanspruch auf Art. 4 sowie Art. 7 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. a und Art. 13 lit. b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und behauptet, eine Behinderung in der Wettbewerbsausübung als autorisierte B. _____-Werkstatt, indem sich die marktbeherrschende bzw. relativ marktmächtige Gesuchsgegnerin ohne sachliche Gründe weigere, ab 1. April 2025 einen Servicevertrag mit ihr abzuschliessen. Deshalb habe sie Anspruch auf Beseitigung der Behinderung durch gerichtliche Verpflichtung der Gesuchsgegnerin auf Abschluss eines marktgerechten bzw. branchenüblichen Vertrages. Für Klagen aus unerlaubter Handlung sieht Art. 36 ZPO unter anderem eine Zuständigkeit des Gerichts am Sitz der geschädigten Person vor. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist hier weit zu verstehen. Art. 36 ZPO umfasst nach einhelliger Meinung in Lehre und Rechtsprechung neben den im Obligationenrecht geregelten Tatbeständen insbesondere auch Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen nach Kartellrecht (statt vieler HEINRICH HEMPEL, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung [BSK-ZPO], Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 4. Aufl. 2024, Art. 36 ZPO N 7 mit Hinweisen). Die Gerichtsstände für unerlaubte Handlungen

sind nicht zwingend (Art. 9 und 36 ZPO e contrario), so dass die Parteien frei über den Gerichtsstand verfügen können und insbesondere auch der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung vor oder nach dem schädigenden Ereignis möglich und zulässig ist (Art. 9 und 17 ZPO).

3.1 Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand erhoben werden. Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 17 ZPO). Wie bereits erwogen, bestehen für deliktische Ansprüche keine zwingenden gesetzlichen Gerichtsstandsbestimmungen. Die Gesuchsgegnerin beruft sich zur Begründung ihrer Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Kantonsgerichts auf den zwischen den Parteien am 21. November 2016 bzw. 6. Dezember 2016 abgeschlossenen Vertreter-Vertrag. Nach Artikel 30 auf Seite 17 dieses als Gesuchsbeilage 12 eingereichten, schriftlichen und von den Parteien unterzeichneten Vertreter-Vertrags haben diese unter dem Titel «Anwendbares Recht und Gerichtsstand» folgendes vereinbart:

«Dieser Vertrag unterliegt schweizerischem Recht. Der ausschliessliche Gerichtsstand für alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag, seiner Durchführung und/oder seiner Beendigung ist am Sitz von B. ____ AG, zurzeit Y. _____. Davon ausgenommen ist der Markenlizenz- und Unter-Lizenzvertrag (Anhang E), der stets v. ____ischen Recht und der ausschliesslichen Zuständigkeit der Gerichte V's. ____ unterliegt.»

Unstrittig ist unter den Parteien – nach Ansicht des Kantonsgerichts zurecht – dass die Gerichtsstandsklausel in Artikel 30 des Vertreter-Vertrags grundsätzlich den Formerfordernissen und den inhaltlichen Anforderungen nach Art. 17 ZPO genügt (im einzelnen vgl. DOMINIK INFANGER, in: BSK-ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 4. Aufl. 2024, Art. 17 ZPO N 7 mit Hinweisen Art. 17 ZPO N 12 ff. und 26 ff.). Somit ist festzuhalten, dass die Parteien eine rechts- und formgültige Gerichtsstandsklausel verabredet haben.

3.2.1 Damit bleibt im Zusammenhang mit der Frage der örtlichen Zuständigkeit zu beurteilen, ob diese Gerichtsstandsklausel im vorliegenden Massnahmeverfahren anwendbar ist. Die Gesuchstellerin verneint diese Frage hauptsächlich mit der Begründung, der vorliegende Hauptsachenanspruch auf Abschluss eines neuen Vertrages gründe ausschliesslich auf Kartellrecht und bestehe unabhängig davon, ob die Parteien bereits vorgängig in einem (rechtsgültigen) Vertragsverhältnis zueinander gestanden hätten. Die Anwendung des Missbrauchstatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG – die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung – stehe in keinem Zusammenhang mit der Frage, ob vorher ein Vertrag zwischen der missbrauchenden Partei (hier: die Gesuchsgegnerin) und der missbrauchten Partei (hier: die Gesuchstellerin) bestehen würde. Das Bundesgericht habe konkret im Kontext des Nichtabschlusses von neuen Verträgen festgestellt, dass bei noch nicht abge-

schlossenen neuen Verträgen kein Zusammenhang zwischen Vertrag und unerlaubter Handlung bestehe. Es gehe somit nicht um die Auslegung eines bereits bestehenden Vertrages, mit welcher der allfällige hypothetische Wille der Parteien zu ermitteln wäre und damit auch nicht um die Auslegung einer bereits bestehenden Gerichtsstandsklausel. Aufgrund der kartellrechtlichen Natur des geltend gemachten Anspruchs appelliert die Gesuchstellerin an das Kantonsgericht, dem öffentlichen Interesse am Schutz des Wettbewerbs in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich – also hier im Kanton Basel-Stadt – zum Durchbruch zu verhelfen. Dazu gehöre auch der Schutz eines einzelnen basellandschaftlichen Unternehmens, wie die Gesuchstellerin, vor einem Missbrauch der Gesuchsgegnerin. Es sei auch daher zentral, dass die örtliche Zuständigkeit nicht nach einer Gerichtsstandsvereinbarung ausgelegt werde. Demgegenüber sieht die Gesuchsgegnerin im Rechtsstreit der Parteien nichts anderes als eine Streitigkeit über die Rechtsgültigkeit der Vertragskündigung, so dass diese in den Anwendungsbereich der vorliegenden Gerichtsstandsklausel falle.

3.2.2 Nach Ansicht des Kantonsgerichts verkennt die Gesuchstellerin in ihrer Argumentation, die vorliegende Gerichtsstandsklausel bedürfe keiner Auslegung, weil sie von vornherein nicht anwendbar sei, zunächst einmal, dass die sachliche Reich- oder Tragweite einer Gerichtsstandsvereinbarung immer durch Auslegung ermittelt werden muss, sofern der tatsächliche übereinstimmende Parteiwille nicht feststeht. Dabei ist gestützt auf die gängigen Auslegungsmittel, wie den Wortlaut, den Vertragszweck, die Begleitumstände des Vertragschlusses oder die Interessenlage der Parteien, sowie anhand der anwendbaren Auslegungsregeln in der konkreten Situation auf den entsprechenden hypothetischen Parteiwillen vernünftiger und redlicher Vertragspartner zu schliessen (exemplarisch: BGer 4A_112/2020 E. 4.2.5). Ebenso wenig teilt das Kantonsgericht die implizit geäusserte Ansicht der Gesuchstellerin, dass der Schutzzweck des Kartellrechts generell danach verlange, dass nur die Gerichte an einem bestimmten Markttort über den Schutz des betreffenden Wettbewerbs befinden müssten. Dies wäre nur dann der Fall, wenn ein zwingender Gerichtsstand vorgeschrieben wäre, was für kartellrechtliche Ansprüche, wie bereits erwogen, gerade nicht zutrifft. Vielmehr ist generell bzw. im Zweifel bei Gerichtsstandsklauseln keine restriktive Auslegung angezeigt, weil davon auszugehen ist, dass die Parteien einem prorogierten Gerichtsstand eine umfassende Entscheidungskompetenz zuweisen wollten (BGE 147 III 153 E. 5.1; DANIEL FÜLLEMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Brunner/Schwander/Vischer [Hrsg.], DIKE-Komm. ZPO; 3. Aufl. 2025, Art. 17 ZPO N 13). Im Rahmen der Auslegung kann sich bspw. ergeben, dass von einer Gerichtsstandsklausel in einem Vertrag auch Streitigkeiten aus Verträgen erfasst sein sollen, die mit dem die Klausel enthaltenden Vertrag in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen bzw. mit diesem ein «sinnvolles Ganzes» ergeben. Eine Formulierung, wonach die Gerichtsstandsvereinbarung «für sämtliche Ansprüche aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag» gelte, erfasst sodann grundsätzlich nicht nur sämtliche Ansprüche aus dem Vertrag selbst, sondern auch die Frage der Gültigkeit sowie alle weite-

ren Ansprüche, die sich aus einer allfälligen Nichtigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung ergeben. Ebenso eingeschlossen sind Ansprüche aus unerlaubter Handlung, wenn sie zugleich eine Vertragsverletzung darstellen oder mit dem Vertrag in einem sachlichen Zusammenhang stehen (DANIEL FÜLLEMANN a.a.O. mit Hinweis auf BGer 4C.142/2006; BGE 147 III 153 E. 5.1).

Welche Streitigkeiten nach dem effektiven Parteiwillen die Gerichtsstandsklausel gemäss Vertreter-Vertrag vom 21. November 2016 bzw. 6. Dezember 2016 im Einzelnen umfassen sollte, ist weder substantiiert behauptet worden, noch ergibt sich dieser unmittelbar aus dem Wortlaut von Artikel 30. Genauso wenig ist ein Parteiwille behauptet worden, geschweige denn erkennbar, nach welchem konkret kartellrechtliche Ansprüche von der Prorogationsvereinbarung explizit ausgeschlossen werden sollten. Aus dem Umstand, dass nach Artikel 30 markenrechtliche bzw. lizenzvertragliche Streitigkeiten nach v.____ischem Recht an einem ausschliesslichen Gerichtsstand in V. ____ ausgetragen werden sollten, und damit von der allgemeinen Gerichtsstandsvereinbarung eines schweizerischen Gerichtsstandes am Sitz der Gesuchsgegnerin für alle (übrigen) Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertreter-Vertrag ausgenommen wurden, ist umgekehrt zu schliessen, dass die Parteien für möglichst alle anderen rechtlichen Differenzen, welche im Zusammenhang mit dem Vertreter-Vertrag entstehen könnten, einen einheitlichen schweizerischen Gerichtsstand zu wählen beabsichtigten. Im Weiteren spricht auch die Wortwahl von Artikel 30 gegen eine restriktive Auslegung und Geltung der vorliegend zu beurteilenden Gerichtsstandsklausel. So wählten die Parteien keine Fachbegriffe. Vielmehr wurden im Vertragswortlaut allgemeine Formulierungen verwendet. Anstatt von Vertragsabschluss oder Vertragserfüllung, ist von «Durchführung des Vertrags» und anstatt von Auflösung, Kündigung oder Rückabwicklung des Vertrags von der «Beendigung des Vertrags» die Rede.

Zusammenfassend lässt sich im Grundsatz folgendes festhalten: Liegt wie im vorliegenden Fall keine restriktive Auslegung nahe, wird umgekehrt jeder Anspruch, also auch ein solcher aus unerlaubter Handlung, von der Prorogationsklausel mitumfasst, wenn er in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Vertreter-Vertrag steht.

3.2.3 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei einer Gerichtsstandsklausel um einen prozessrechtlichen, vom Hauptvertrag losgelösten, rechtlich selbständigen Vertrag (BGE 121 III 499; Urteil des Bundesgerichts 4C.73/2000 vom 22. Juni 2000, E. 3c). Mangels eigener prozessrechtlicher Regelungen kommen bezüglich der Vertragsauslegung einer Gerichtsstandsvereinbarung die Vorschriften des OR analog zur Anwendung (DANIEL FÜLLEMANN a.a.O. N 2 mit Hinweisen). Für die Auslegung massgebend ist im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR zunächst, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Lässt sich der wirkliche Wille der Parteien nicht feststellen, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt eine Willenserklärung hat. Die Erklärung ist danach so ausulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (zum Ganzen vgl. BGE 132 III 268 E. 2.3.2).

3.2.4 Wie erwähnt ist der wirkliche übereinstimmende Parteiwille zur Frage, ob kartellrechtliche Ansprüche von der vorliegend zu beurteilenden Gerichtsstandsklausel gemäss Vertreter-Vertrag umfasst sind oder nicht, nicht feststellbar. Vom Wortlaut her, werden diese jedenfalls nicht ausgeschlossen. Hier unterscheidet sich der vorliegende Fall von demjenigen gemäss einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, welchen die Gesuchstellerin ins Feld geführt hat. Dass dieser für den vorliegenden Fall nicht einschlägig sein kann, ergibt sich direkt aus den dortigen Erwägungen. In jenem Entscheid hatte das Obergericht eine Klausel zu beurteilen, welche deutlich restriktiver formuliert war («Ausschliesslicher Gerichtsstand für Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Vertrags sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag ist Dielsdorf.»). Das Obergericht liess zudem durchblicken, dass über die Frage, ob bei Formulierungen, wonach Streitigkeiten «im Zusammenhang mit dem Vertrag» auch kartellrechtliche Ansprüche unter eine solche Gerichtsstandsklausel fallen, möglicherweise anders zu entscheiden wäre (zum Ganzen vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern HG 18 19 vom 26. März 2018, publ. in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW], 2018/2, S. 482 ff.).

3.2.5 Eine Auslegung der Gerichtsstandsklausel in Artikel 30 des Vertreter-Vertrags nach dem Vertrauensprinzip ergibt sodann keine von der allgemeinen Rechtsprechung abweichende Tragweite, wonach nebst vertraglichen Forderungen auch ausservertragliche Ansprüche, mithin auch kartellrechtliche, umfasst werden, soweit sie zugleich eine Vertragsverletzung bedeuten oder mit dem Vertreter-Vertrag, dessen Durchführung und Beendigung in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Entsprechendes ergibt sich aus den Umständen und nach Treu und Glauben, wie die Gesuchstellerin den Wortlaut von Artikel 30 verstehen durfte und auch musste. Wie die Gesuchstellerin einleitend in ihrem Gesuch vom 5. September 2024 selber ausgeführt hat, betreibt sie ihre Autogarage als Familienunternehmen bereits seit den 1950er Jahren und seit jeher exklusiv und ununterbrochen als Händlerin für Fahrzeuge der Marke «B. ____». Aufgrund ihrer langjährigen Branchenkenntnis musste ihr dementsprechend bekannt sein, dass in ihrem Geschäftsfeld mit exklusiven Markenvertretungen Absprachen und Vereinbarungen zu Geschäftsbeziehungen getroffen werden, welche wettbewerbs- und damit auch kartellrechtlich relevant sein können. Im Weiteren wird im Nachtrag 1 zum Vertreter-Vertrag (Beilage 12 zum Gesuch vom 5. September 2024), welchen die Parteien vereinbart haben, unter Ziffer 2.1.1.2 ausdrücklich die Pflicht zur Einhaltung von Wettbewerbsgesetzen (auch als «Kartellgesetze» bezeichnet) festgehalten, so dass auch unter diesem Gesichtswinkel die Gesuchstellerin die Reichweite der zu beurteilenden Gerichtsstandsvereinbarung auf kartellrechtliche Ansprüche nicht als überraschende Rechtsanwendung trifft. Für das Kantonsgericht unerheblich ist dabei, ob die Gesuchstellerin sich bei Abschluss der Prorogationsklausel im Klaren war, dass ihr das Kartellrecht möglicherweise einen klagbaren Anspruch auf Vertragsabschluss zu marktgerechten Konditionen gemäss Art. 13 lit. b KG einräumen könnte. Aus dem Wortlaut der Gerichtsstandsklausel in Artikel 30 besteht das Abgrenzungskriterium für deren Anwendbarkeit allein darin, ob der Anspruch im sachlichen

Zusammenhang mit dem Vertreter-Vertrag steht oder nicht.

3.2.6 Ob der vorliegend geltend gemachte Hauptsachenanspruch im Sinne von Art. 4 sowie Art. 7 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. a und Art. 13 lit. b KG in einem solchen sachlichen Zusammenhang zum Vertreter-Vertrag steht, ist nach Ansicht des Kantonsgerichts zu bejahen. Dass der Anspruch auf Abschluss eines marktgerechten und branchenüblichen Vertrags gemäss Art. 13 lit. b KG nicht zwingend den Vorbestand eines Vertrages zwischen dem Verursacher der Wettbewerbsbehinderung und dem behinderten Wettbewerbsteilnehmer voraussetzt und in diesem Sinne ausschliesslich kartellrechtlicher Natur ist, wie die Gesuchstellerin ausgeführt hat, trifft zwar zu. Voraussetzung für den Kontrahierungszwang ist, dass das behinderte Unternehmen nicht auf alternative Anbieter ausweichen kann. Dies setzt eine marktbeherrschende Stellung des anderen Unternehmens voraus. Voraussetzung für einen Kontrahierungszwang ist weiter, dass die Verweigerung des Vertragsschlusses kartellrechtswidrig ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich allein nach den materiellen Bestimmungen des KG und nicht originär nach Art. 13 KG (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar Kartellgesetz [BSK-KG], Amstutz/Reinert, 2. Aufl. 2022, Art. 13 KG N 8). Dementsprechend muss der Anspruch auf Abschluss eines neuen Vertrages auf ein im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG rechtswidriges Verhalten eines marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmens zurückgehen, welches vom Gesetzgeber unter anderem in der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. durch Liefer- oder Bezugssperre) erblickt wird (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Unter dem Begriff der Geschäftsverweigerung wird dabei nicht nur die Verweigerung, neue Geschäftsbeziehungen mit potenziellen Handelspartnern aufzunehmen, sondern auch der Abbruch sowie die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen mit bisherigen Handelspartnern verstanden (AMSTUTZ/CARRON, in: Basler Kommentar Kartellgesetz [BSK-KG], Amstutz/Reinert, 2. Aufl. 2022, Art. 7 KG N 183). Der Abbruch einer Geschäftsbeziehung wiederum kann auch durch Kündigung eines bestehenden Vertrags herbeigeführt werden.

Mit der Kündigung durch die Gesuchsgegnerin vom 15. März 2023 und der dadurch mit Wirkung per 31. März 2025 herbeigeführten Auflösung des Vertreter-Vertrags wird überhaupt erst die Ursache für die Geltendmachung des kartellrechtlichen Anspruchs nach Art. 13 lit. b KG gesetzt. Darin ist ein Abbruch der Geschäftsbeziehung der Parteien durch die Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zu erblicken, welcher unter den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen die kartellrechtlichen Folgen von Art. 12 bzw. 13 KG nach sich ziehen kann. Daraus ergibt sich, dass zwischen dem durch die Gesuchstellerin angerufenen Anspruch auf Abschluss eines neuen Vertrages und der Auflösung des Vertreter-Vertrags durch Kündigung nicht nur ein zeitlicher, sondern auch ein sachlicher Zusammenhang besteht. Dieser ist zudem unabhängig von der Frage der Gültigkeit der Kündigung gegeben.

Ein sachlicher Zusammenhang ergibt sich auch aus dem Umstand, dass es der Gesuchstellerin beim Anspruch auf Abschluss eines neuen Vertrags inhaltlich um die Weiterführung der bisherigen Geschäftsbeziehung geht.

Dies ergibt sich aus der Gesuchsbegründung, wo etwa von mit dem vorliegenden Massnahmengesuch beantragten Leistungen und Konditionen die Rede ist, wie sie die Gesuchsgegnerin ihren autorisierten Händlern ihres selektiven Vertriebssystems, zu welchen bisher auch die Gesuchstellerin zu zählen war, unterschiedslos anbietet (vgl. Ziffer 12 auf Seite 7 des Gesuchs vom 5. September 2024).

4. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass der vorliegend geltend gemachte kartellrechtliche Hauptsachenanspruch in einem sachlichen Zusammenhang zum Vertreter-Vertrag zwischen den Parteien steht. Die vorliegende Streitigkeit wird dementsprechend von der Gerichtsstandsklausel nach Artikel 30 erfasst. Ein besonderer Schutzanspruch der Gesuchstellerin, sich an ihrem Sitz gegen kartellrechtswidrige Wettbewerbsbehinderungen zur Wehr setzen zu können, besteht nach Ansicht des Kantonsgerichts im vorliegend zu beurteilenden Binnenverhältnis zwischen den Parteien nicht. Anders wäre diese Frage allenfalls zu beurteilen gewesen, wenn ein internationaler Sachverhalt vorliegen würde oder wenn sich die im Wettbewerb behinderte Partei gegenüber mehreren Wettbewerbsbrechern behaupten müsste. Daraus folgt, dass nicht das angerufene Kantonsgericht, sondern das zuständige Gericht am Sitz der Gesuchsgegnerin in Y. ____ für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmengesuchs örtlich zuständig ist. Dementsprechend tritt das Kantonsgericht auf das Gesuch der Gesuchstellerin vom 5. September 2024 nicht ein.

5. Abschliessend ist über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Verfahrenskosten von der unterliegenden Partei zu tragen, wobei bei Nichteintreten die klagende Partei als unterliegend gilt. Demzufolge sind die Prozesskosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Diese hat die Gerichtskosten zu tragen und der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu entrichten. Gestützt auf § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. a und § 3 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif, GebT; SGS BL 170.31) ist die Entscheidegebühr im vorliegenden Fall auf CHF 4'000.00 festzusetzen. Gemäss § 18 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO, SGS BL 178.112) ist die Honorarrechnung in erstinstanzlichen Verfahren wie dem vorliegenden spätestens in der Hauptverhandlung einzureichen. Im vorliegenden summarischen Verfahren ist gemäss Art. 261 i.V.m. Art. 248 lit. d und Art. 256 ZPO nicht zwingend eine mündliche Parteiverhandlung durchzuführen. Die Parteien wurden sodann darüber in Kenntnis gesetzt, dass der Entscheid im vorliegenden Verfahren aufgrund der Akten und damit ohne Parteiverhandlung ergehen werde (Verfügung vom 19. November 2024), so dass es dem Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin freigestanden hätte, bis zum Entscheid eine Honorarnote einzureichen. Bis zum 21. Januar 2025 ging keine Honorarrechnung ein. Bei Verzicht auf Einreichung einer solchen ist die Parteientschädigung gemäss § 18 Abs. 1 TO von Amtes wegen nach Ermessen festzusetzen. Gemäss § 2 Abs. 1 TO ist die Parteientschädigung im vorsorglichen Massnahmeverfahren nach Zeitaufwand zu berechnen. Der Aufwand des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin für Instruktion, Aktenstudium und

Ausarbeitung der Rechtsschriften und freiwilligen Stellungnahmen im vorliegenden Fall wird insgesamt auf rund 45 Stunden geschätzt. Gemessen an der Bedeutung sowie der Komplexität der Streitsache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht rechtfertigt sich der oberste Honoraransatz von CHF 350.00 pro Stunde (vgl. § 3 Abs. 1 TO). Auslagenersatz wird mangels Parteiantrags und detaillierter Rechnungsstellung gemäss kantonsgerichtlicher Praxis nicht hinzugeschlagen. Ebenso wenig gilt es – einerseits mangels eines entsprechenden Antrags, andererseits aufgrund der Annahme, dass die Gesuchsgegnerin ohnehin vorsteuerabzugsberechtigt ist – für die Parteientschädigung einen Mehrwertsteuerbetrag hinzuzurechnen (vgl. dazu ausführlich Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 400 2022 67 E. 11 mit Hinweis auf 400 19 196 E. 10.2). Daraus folgt, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 15'750.00 (= 45 h x CHF 350.00; ohne Auslagen und exkl. MWSt) zu bezahlen hat.

6. Im Sinne eines Nachtrags sei der Vollständigkeit halber angemerkt, dass der Gesuchstellerin die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 23. Januar 2025 «zur Triplik» zusammen mit der vorliegenden Entscheidbegründung zur Kenntnisnahme zugestellt wird. Diese wurde bei der Entscheidungsfindung nicht mehr berücksichtigt, weil sie beim Gericht erst eingegangen ist, nachdem

der vorstehende Entscheid vom 21. Januar 2025 bereits gefällt worden war. Dem Gehörsanspruch der Gesuchstellerin ist damit Genüge getan. Für die Gesuchsgegnerin besteht an der Berücksichtigung der erwähnten Eingabe kein Rechtsschutzinteresse, nachdem das Verfahren zu ihren Gunsten ausgeht. Schliesslich hätte selbst deren Berücksichtigung nichts am Ausgang des Verfahrens geändert, zumal die dortigen Ausführungen der Gesuchsgegnerin die Frage der örtlichen Zuständigkeit ohnehin nicht tangieren.

1. Auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 5. September 2024 wird mangels örtlicher Zuständigkeit nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr für das kantonsgerichtliche Verfahren von CHF 4'000.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt.

Die Forderung des Staates wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'500.00 verrechnet. Demzufolge wird der Gesuchstellerin nach Rechtskraft CHF 3'500.00 aus der Gerichtskasse zurückbezahlt.

3. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 15'750.00 (ohne Auslagen und exkl. MWSt) zu bezahlen.

C 2

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

C 2

1. Urteil vom 5. Juni 2024 – Feststellungsverfügung betreffend Ausschreibungspflicht, Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht vom 1. Juni 2022

Urteil 2C_983/2022 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 5. Juni 2024. Verfahrensbeteiligte A.A._____ AG, B.A._____ AG, C.A._____ ag, Beschwerdeführerinnen, gegen Schweizerische Rheinhäfen, in Birsfelden, Beschwerdegegnerin. Gegenstand: Feststellungsverfügung betreffend Ausschreibungspflicht, Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vom 1. Juni 2022 (810 20 248).

Sachverhalt:
A.

Das Projekt Gateway Basel Nord beinhaltet die Planung und Errichtung eines trimodalen Terminals und die Erweiterung des Hafens um ein drittes Hafenbecken für den Umschlag von Gütern zwischen Strasse, Schiene und Rheinschifffahrt im nördlichen Raum Basels. Während der trimodale Terminal auf privatem Grundeigentum der B._____ AG mit Sitz in U._____ errichtet wird, ist das dritte Hafenbecken auf dem unmittelbar angrenzenden Hafengebiet geplant. Das Hafengebiet steht im Grundeigentum der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft und wird durch die öffentlich-rechtliche Anstalt "Schweizerische Rheinhäfen" mit Sitz in Birsfeld (Kanton Basel-Landschaft) verwaltet.

Die A._____ -Gruppe - dazu gehören die A.A._____ AG und die C.A._____ ag je mit Sitz in V._____ sowie die B.A._____ AG mit Sitz in U._____ (nachfolgend auch: A._____ -Gruppengesellschaften) - ist als Betreiberin der trimodalen Containerumschlagterminals in den Häfen W._____, X._____ und Y._____ (Elsass) eine Konkurrentin der B._____ AG.

B.

Mit Blick auf das Projekt Gateway Basel Nord gelangten die drei A._____ -Gruppengesellschaften mit Schreiben vom 17. Juli 2018 an die Schweizerische Rheinhäfen. Sie ersuchten Letztere, ihre Auffassung zu widerrufen, wonach im Zusammenhang mit dem Projekt Gateway Basel Nord keine öffentliche Ausschreibung erfolgen müsse. In jedem Fall habe sie darüber aber eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

B.a. Am 16. August 2018 erhoben die A.A._____ AG, die C.A._____ ag und die B.A._____ AG eine Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Kantonsge-

richt Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, mit dem Antrag, die Schweizerische Rheinhäfen sei anzuweisen, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, in der sie sich umfassend dazu äussere, ob und wie sie bezüglich des Projekts Gateway Basel Nord ihrer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) nachkomme oder alternativ begründe, warum und gestützt auf welche Rechtsgrundlage sie von dieser Ausschreibungspflicht ausgenommen sei.

Mit Urteil vom 20. Februar 2019 trat das Kantonsgericht mangels schutzwürdigen Interesses am Erlass der beantragten Verfügung auf die Beschwerde nicht ein. Die von den drei A._____ -Gruppengesellschaften gegen den Nichteintretensentscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht mit den Urteilen 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 gut. Es erwog, die A._____ -Gruppengesellschaften hätten angesichts der spezifischen, faktisch-räumlichen Verhältnisse ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung. Entsprechend wies es die Angelegenheit an die Schweizerische Rheinhäfen mit der Anweisung zurück, mittels Verfügung über das Bestehen einer Ausschreibungspflicht im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu entscheiden.

B.b. Mit Schreiben vom 10. Februar 2020 ersuchten die A._____ -Gruppengesellschaften die Schweizerische Rheinhäfen um Einsicht in die relevanten Unterlagen zur Planung des Hafenbeckens 3 und zur diesbezüglichen Zusammenarbeit mit der B._____ AG, den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft und dem Bundesamt für Verkehr (BAV). Am 17. März 2020 stellten die Schweizerische Rheinhäfen ein Aktenverzeichnis zu. Mit Schreiben vom 31. März 2020 bezeichneten die A._____ -Gruppengesellschaften die Unterlagen, die sie zugestellt haben wollten. Zusätzlich forderten sie die Schweizerische Rheinhäfen auf, weitere Aktenverzeichnisse zu erstellen. Am 27. April 2020 stellten die Schweizerische Rheinhäfen die gewünschten Unterlagen zu.

Am 23. September 2020 erliess die Schweizerische Rheinhäfen die Verfügung über die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM und lehnte mit einer separaten Verfügung das Gesuch um Erstellung von weiteren Aktenverzeichnissen ab. In materieller Hinsicht kam die Schweizerische Rheinhäfen zum Schluss, dass

keine Ausschreibungen im Zusammenhang mit dem Projekt Gateway Basel Nord erfolgen müssten.

B.c. Gegen die Verfügungen vom 23. September 2020 über die Ausschreibungspflicht erhoben die A.A._____ AG, die C.A._____ ag und die B.A._____ AG am 5. Oktober 2020 Beschwerde beim Kantonsgericht. In der Beschwerde beantragten die A._____ -Gruppengesellschaften, die Verfügung vom 23. September 2020 sei aufzuheben und die Schweizerische Rheinhäfen sei anzuweisen, bezüglich des Projekts Gateway Basel Nord eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM durchzuführen. Eventualiter seien die Schweizerische Rheinhäfen zu verpflichten, die Umschlagsplätze im Hafenbecken 2 auf das Jahr 2029 neu zuzuteilen. In prozessualer Hinsicht rügten die A._____ -Gruppengesellschaften eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts.

Mit Verfügung vom 21. September 2021 ersuchte das Kantonsgericht die Wettbewerbskommission (WEKO), in der vorliegenden Angelegenheit ein Gutachten zur Frage der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM zu erstellen. Am 6. Dezember 2021 reichte die WEKO ein Gutachten ein, wobei sie im Wesentlichen eine Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM verneinte. Die Parteien nahmen am 14. Februar 2022 zum Gutachten der WEKO Stellung.

Mit Urteil vom 1. Juni 2022 hiess das Kantonsgericht die Beschwerde - mit Blick auf die Auferlegung von Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.-- durch die Schweizerische Rheinhäfen - teilweise gut. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Es erwog im Wesentlichen, die vorliegend zu beurteilende Angelegenheit werde nicht von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 30. November 2022 gelangen die A.A._____ AG, die C.A._____ ag und die B.A._____ AG an das Bundesgericht. Sie beantragten die Aufhebung des Urteils vom 1. Juni 2022. Es sei die Schweizerische Rheinhäfen anzuweisen, das Projekt Gateway Basel Nord derart auszugestalten, dass die Rechte Dritter am Zugang zum Hafenmonopol gewahrt würden. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, verweist die WEKO auf ihr Gutachten vom 6. Dezember 2021. Die Schweizerische Rheinhäfen (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragt, es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Die Beschwerdeführerinnen replizieren mit Eingabe vom 10. März 2023 und halten an den gestellten Anträgen fest.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

1.1. 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) und richtet sich gegen das kantonal letztinstanzliche (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), verfahrensabschliessende (Art. 90 BGG) Urteil eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 2 BGG). Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da keine Ausschlussgründe vorliegen (Art. 83 BGG). Namentlich liegt kein Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen vor (Art. 83 lit. f BGG), da die Verfahren über die Verleihung eines Monopolrechts im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht in den Anwendungsbereich von Art. 83 lit. f BGG fallen (vgl. BGE 143 II 120 E. 2.2; Urteile 2C_959/2021 und 2C_961/2021 vom 30. November 2022 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 148 II 564). Die Beschwerdeführerinnen sind bereits im kantonalen Verfahren als Parteien beteiligt gewesen und dort mit ihrem Antrag, die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM durchzuführen, nicht durchgedrungen. Ausserdem sind sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt (vgl. auch Urteile 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.4). Sie sind somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

1.2. Die Beschwerdeführerinnen verlangen vor Bundesgericht neben der Aufhebung des Urteils vom 1. Juni 2022 und der Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz, es sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, das Projekt Gateway Basel Nord derart auszugestalten, dass die Rechte Dritter am Zugang zum Hafenmonopol gewahrt würden. Dieser Antrag liegt ausserhalb des Streitgegenstands - d.h. der Feststellung des Bestehens einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM - und wurde in dieser Form im vorinstanzlichen Verfahren auch nicht gestellt. Gemäss Art. 99 Abs. 2 BGG sind vor Bundesgericht neue Begehren unzulässig. Entsprechend ist auf dieses Begehren nicht einzutreten.

1.3. Damit verbleiben im bundesgerichtlichen Verfahren die von den Beschwerdeführerinnen gestellten (kassatorischen) Aufhebungs- und Rückweisungsanträge. Soweit das Bundesgericht reformatorisch entscheiden kann, darf sich die beschwerdeführende Partei wegen der reformatorischen Natur der Rechtsmittel grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Angelegenheit zu beantragen. Sie muss vielmehr einen Antrag in der Sache stellen (Art. 107 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 147 I 89 E. 1.2.5; 133 III 489 E. 3.1). Die Rechtsmittelbegehren sind indes nach Treu und Glauben unter Beizug der Beschwerdebegründung auszulegen. Geht aus der Beschwerdebegründung zweifelsfrei hervor, was die beschwerdeführende Partei anstrebt, und wie nach erfolgter Rückweisung vorzugehen wäre, liegt ein Antrag in der Sache vor (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.3; 133 II 409 E. 1.4.1; Urteil 2C_1033/2020 vom 9. Dezember 2021 E. 1.3). Unter diesem Blickwinkel verlangen die Beschwerdeführerinnen zweifelsfrei die Feststellung des Bestehens einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM, wobei diesfalls, wie im vorinstanzlichen Verfahren beantragt (vgl. Bst. B.c. hiervor), die Be-

schwerdegegnerin anzuweisen wäre, eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM durchzuführen.

1.4. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten, soweit sie im Zusammenhang mit der Feststellung des Bestehens einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM steht.

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).

Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Der festgestellte Sachverhalt kann nur erfolgreich gerügt sowie berichtigt oder ergänzt werden, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 142 I 135 E. 1.6; 140 III 16 E. 1.3.1). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6; 133 II 249 E. 1.4.3).

3.

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV, da ihnen keine vollständige Einsicht in die Akten der Beschwerdegegnerin gewährt worden sei. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die von den Beschwerdeführerinnen konkret bezeichneten Aktenstücke nach den vorinstanzlichen Feststellungen nicht existieren, sodass diese auch nicht eingesehen werden könnten (vgl. E. 3.3.3 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die Feststellung nicht. Sie stellen sich vielmehr auf den Standpunkt, dass die Übertragung von Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen eines formellen Akts (Verträge etc.) bedürfe. Entweder, so die Beschwerdeführerinnen, fehle es in rechtswidriger Weise an diesen Grundlagen oder die Beschwerdegegnerin habe ihnen Einsicht in diese Grundlagen zu gewähren. Während es mit Blick auf die Existenz gewisser Dokumente im bundesgerichtlichen Verfahren an hinreichend begründeten Sachverhaltsrügen fehlt (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG), zielen die Beschwerdeführerinnen mit ihren Ausführungen zum formellen Akt bei der Übertragung von Nutzungsrechten auf die materielle Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit ab (vgl. E. 5 hiernach). Entsprechend ist keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV zu erkennen.

4.

Unter den Verfahrensbeteiligten ist strittig, ob der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM eröffnet ist. Gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hat die Übertragung der

Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

4.1. Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst Art. 2 Abs. 7 BGBM sowohl rechtliche als auch faktische kantonale und kommunale Monopole (vgl. BGE 145 II 303 E. 6.1.1; 143 II 598 E. 4.1.1). Während sich das Bundesgericht zu den rechtlichen staatlichen Monopolen im Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM bisher kaum äussern musste (vgl. z.B. Urteil 2C_697/2019 vom 21. August 2020 E. 2.2. f. [Helikopterrettung im Grundversorgungsmonopol; offengelassen]), besteht zu den faktischen staatlichen Monopolen im Kontext von Art. 2 Abs. 7 BGBM eine reichhaltige Rechtsprechung: Das Bundesgericht beurteilte die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM diesbezüglich bereits mit Bezug auf die Verleihung von Konzessionen für den Plakataushang auf öffentlichem Grund (vgl. BGE 143 II 120 E. 6 [bejaht]; vgl. auch Urteile 2C_959/2021 und 2C_961/2021 vom 30. November 2022 E. 2.2 und E. 7, nicht publ. in: BGE 148 II 564; BGE 135 II 49 E. 4.1; 125 I 209 E. 10b), die Bewilligungserteilung für Standplätze auf öffentlichem Grund (vgl. BGE 143 II 598 E. 4.2 [Taxi-Standplätze; bejaht]; Urteile 2C_228/2020 vom 21. Juli 2020 E. 5.3.3 [Buvette-Standplätze; bejaht]; 2C_167/2012 und 2C_444/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 4.3 und E. 5 [Glacé-Pavillons; offengelassen]; zum bloss gesteigerten Gemeingebrauch siehe auch Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2 und E. 4 [Wochenmarktstandplätze]) oder die Verleihung einer Konzession zur Sanierung und zum Betrieb einer Autobahnraststätte (vgl. Urteile 2C_351/2017 und 2C_352/2017 vom 12. April 2018 E. 1.4 und E. 3.3 [bejaht]).

4.2. Unlängst äusserte sich das Bundesgericht auch zur Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Übertragung von Nutzungsrechten am Finanz- und Verwaltungsvermögen des Gemeinwesens als faktische Monopole. Während die Übertragung des Betriebs eines im städtischen Finanzvermögen stehenden Hotels nicht vom Anwendungsbereich erfasst wird (vgl. BGE 145 II 252 E. 5.1), bejahte das Bundesgericht die Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Leitung und des Rechts zur ausschliesslichen Nutzung der Räumlichkeiten eines Stadtheaters im Verwaltungsvermögen (vgl. BGE 145 II 303 E. 6.3 f.). Massgebend für das Vorliegen eines Monopols im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist angesichts der Rechtsprechung demnach insbesondere das Bestehen beschränkt verfügbarer - mithin exklusiver - Nutzungsrechte des Gemeinwesens (vgl. OESCH/RENNER, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, N. 6 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM). Entsprechend bezieht sich der binnenmarktrechtliche Monopolbegriff auf einen geschlossenen Markt, wobei die Zahl der Anbietenden durch Rechtssatz oder aufgrund der beschränkt verfügbaren öffentlichen Sachen eingeschränkt ist und der Staat entscheidet, welche private Person als Anbieterin zugelassen wird (vgl. DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl. 2020, S. 465 ff., N. 75; vgl. auch POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit

de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM).

4.3. Es ist für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht massgebend, ob die Übertragung der Nutzung des Monopols auf Private in Form einer Konzession oder anderweitig erfolgt (vgl. BGE 145 II 303 E. 6.1.2; 145 II 252 E. 4.1; 145 II 32 E. 4.1; 143 II 598 E. 4.1; zum Begriff des Privaten siehe Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM). Der Begriff der Übertragung erfasst somit die Überlassung der Exklusivrechte sowohl durch einen formellen Akt als auch durch eine faktische Zulassung zur Monopol-tätigkeit. Auch die Erneuerung oder Verlängerung einer bestehenden Konzession gilt wiederum als Übertragungsvorgang gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM (vgl. auch Urteile 2C_351/2017 und 2C_352/2017 vom 12. April 2018 E. 5.2.4). Ausschlaggebend für das Vorliegen einer Übertragung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist in der Regel der Umstand, dass die Verantwortung für die Ausübung der wirtschaftlichen (Monopol-) Tätigkeit auf Private übergeht (vgl. POLTIER, a.a.O., N. 26 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM).

5.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden eine Verletzung von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

5.1. Das Bundesgericht hielt in den Urteilen 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 bereits fest, dass sich die vorliegende Angelegenheit durch eine besondere faktisch-räumliche Gegebenheit auszeichnet (vgl. auch E. 5.4.2 hiernach). Diese charakterisiert sich durch zwei angrenzende Grundstücke, wobei sich der Umschlagterminal auf dem Grundeigentum Privater und das Hafenbecken 3 auf dem Grundeigentum der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft befinden werden. Daraus ergibt sich eine Konstellation mit einem direkten Zugang von privatem Grundeigentum zum Hafengebiet (vgl. Urteile 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.3.2). Vor diesem Hintergrund wies das Bundesgericht die Beschwerdegegnerin an, mittels Verfügung über das Bestehen einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM zu entscheiden (vgl. Urteile 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 E. 7).

5.2. Die Vorinstanz gelangte im Zuge der Überprüfung der von der Beschwerdegegnerin erlassenen Verfügung vom 23. September 2020 zum Schluss, dass die Übertragung des Nutzungsrechts am Grundeigentum des Hafengebiets von den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft an die Beschwerdegegnerin innerhalb der Staatssphäre stattgefunden habe, da die beiden Kantone die Trägerinnen der öffentlich-rechtlichen Anstalt seien. Dieser Vorgang werde daher nicht von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst (vgl. E. 8.5 des angefochtenen Urteils; vgl. auch E. 5.4.2 hiernach). Mit Blick auf die besondere Konstellation des direkten Zugangs vom privaten Grundeigentum der B._____ AG auf das Hafengebiet sei überdies keine Übertragung eines exklusiven Nutzungsrechts verbunden, weshalb der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM ebenso nicht eröffnet sei (vgl. E. 9.5 des angefochtenen Urteils).

5.3. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor Bundesgericht vor, sie verfügten zwar nicht wie die B._____ AG über ein eigenes Grundstück am geplanten Hafenbecken 3. Die Beschwerdegegnerin habe jedoch in Absprache mit der B._____ AG das Hafenbecken 3 derart geplant, dass das Nutzungsrecht am neuen Hafenbecken faktisch an die B._____ AG übertragen werde. Die Beschwerdegegnerin räume selbst ein, so die Beschwerdeführerinnen, dass sie seit mindestens 2008 gemeinsam mit der B._____ AG respektive deren Rechtsvorgängerinnen das Projekt eines trimodalen Umschlagterminals plane. Im Umstand, dass die Beschwerdegegnerin als öffentlich-rechtliche Anstalt eine Infrastruktur faktisch und in Absprache mit einer privaten Person so baue, damit nur diese private Person das öffentliche Gewässer im Hafenbecken 3 - mithin ein faktisches Monopol - nutzen könne, sei eine Übertragung eines Nutzungsrechts nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu sehen.

Es sei überdies offenkundig, so die Beschwerdeführerinnen weiter, dass zwischen dem privaten Grundstück, auf dem der Umschlagterminal gebaut werde, und dem Hafenbecken 3 baulich-technische Verknüpfungen bestehen würden. So zeige sich bereits aus den bestehenden Visualisierungen des Projekts, dass nicht nur der Hafenkran den Luftraum über dem öffentlichen Gewässer des Hafenbeckens 3 exklusiv in Anspruch nehme, sondern dass auch Spundwände, Erdanker, Filterbrunnen und weitere Anlagen den Umschlagterminal mit dem Hafenbecken 3 verbinden würden. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen bedarf die Sondernutzung des öffentlichen Gewässers durch die B._____ AG einer (befristeten) Sondernutzungskonzession, was zugleich den Rechtsakt bilde, mit dem die Nutzung des faktischen Monopols auf einen Privaten übertragen werde.

5.4. Um zu klären, ob die Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM zur Anwendung gelangt, ist zunächst der Frage nachzugehen, welches binnenmarktrechtliche Monopol in der vorliegenden Angelegenheit - nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen - von einer allfälligen Übertragung durch die Beschwerdegegnerin auf Private betroffen ist.

5.4.1. Ausgangspunkt für diese Beurteilung ist der Staatsvertrag vom 20. Juni 2006 über die Zusammenlegung der Rheinschiffahrtstaktiken Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft zu einer Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit unter dem Namen "Schweizerische Rheinhäfen" ("Ports Rhénans Suisses", "Swiss Rhine Ports"; SGS 421.1) - der sogenannte Rheinhafen-Vertrag. Gemäss § 2 Abs. 1 des Rheinhafen-Vertrags verbleibt das Grundeigentum an den kantonalen Hafengebieten bei den Vertragskantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft. Indessen überlassen die Vertragskantone der Schweizerische Rheinhäfen die Hafengebiete zur Nutzung, während sie die im kantonalen Eigentum stehende Infrastruktur wie Hafenbecken, Quais, nicht öffentliche Strassen, Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen der Anstalt unentgeltlich als selbständiges und dauerndes Baurecht übertragen (vgl. § 2 Abs. 2 und Abs. 3 des Rheinhafen-Vertrags). Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen erwirbt der Kanton Basel-Stadt die für das Hafenbecken 3 vorgesehene

Landfläche. Das Grundeigentum auf dem das Hafenbecken 3 erstellt wird, überlässt der Kanton sodann der Beschwerdegegnerin ebenfalls zur Nutzung (vgl. E. 7.2 und E. 8.5 des angefochtenen Urteils).

5.4.2. Unter den Verfahrensbeteiligten ist zu Recht unbestritten, dass der im Rheinhafen-Vertrag geregelte Übertragungsvorgang von den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft auf die Beschwerdegegnerin nicht Streitgegenstand ist und im Übrigen auch nicht vom Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst wird. Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstalt, deren Trägerinnen die beiden Kantone sind. Die Nutzungsrechte am Hafengebiet und an der Hafeninfrastruktur werden damit innerhalb der Staatssphäre überlassen und nicht auf eine private Person übertragen. Entsprechend verlangen die Beschwerdeführerinnen auch von der Beschwerdegegnerin (und nicht von den beiden Kantonen), dass sie im Zusammenhang mit dem Projekt Gateway Basel Nord Ausschreibungen im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorzunehmen habe (vgl. Bst. B hiavor).

5.4.3. Das in der vorliegenden Angelegenheit massgebende (kantonale) Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist nach dem Dargelegten faktischer Natur und betrifft die im Eigentum der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft stehenden Grundstücke des Hafengebiets sowie die darauf befindliche Hafeninfrastruktur. Dazu zählt inskünftig auch das noch zu errichtende Hafenbecken 3. Gegenwärtig wird das Monopol von der Beschwerdegegnerin gestützt auf den Rheinhafen-Vertrag genutzt und bewirtschaftet (zur Hafenbewirtschaftung siehe auch §§ 5 ff. des Rheinhafen-Vertrags).

5.5. Alsdann ist zu prüfen, ob vorliegend eine Übertragung der Nutzung des kantonalen Monopols von der Beschwerdegegnerin auf Private im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgenommen wird.

5.5.1. Die Beschwerdeführerinnen wollen einen Übertragungsvorgang auf Private darin erkennen, dass die Beschwerdegegnerin in Absprache mit der B._____ AG das Hafenbecken 3 derart geplant habe, damit diese von deren privaten Grundstück aus einen direkten und privilegierten Zugang zum Hafengebiet erhalte. Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen wird das künftige Hafenbecken 3 im Norden und Westen unmittelbar an das Grundstück im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland (Eisenbahnvermögen) angrenzen, während sich das Grundstück auf der Südseite des Hafenbeckens 3 im Grundeigentum der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesamt für Strassen) befindet. Der Umschlagterminal der B._____ AG kommt im Osten des Hafenbeckens 3 zu liegen (vgl. E. 7.2 des angefochtenen Urteils; Art. 105 Abs. 1 BGG). Daraus ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht, dass die Beschwerdeführerinnen kein an das Hafenbecken 3 angrenzendes Grundstück besitzen. Derweil entsteht vom östlichen Grundstück, auf dem der trimodale Umschlagterminal errichtet wird, ein direkter Zugang zum Hafenbecken 3.

5.5.2. Dieser direkte, faktische Zugang des Grundstücks im Privateigentum auf das Hafengebiet als solcher stellt allerdings noch keinen Übertragungsvorgang im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM dar. Erforderlich wäre vielmehr, dass die Beschwerdegegnerin nebst der Gewährung des

direkten Zugangs auch die Verantwortung für die Bewirtschaftung des Hafengebiets an die B._____ AG (weiter-) überträgt (vgl. E. 4.3 hiavor; POLTIER, a.a.O., N. 26 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM). Dies ist vorliegend aber nicht der Fall: Die Nutzungsrechte am Hafengebiet sowie an der Hafeninfrastruktur verbleiben bei der Beschwerdegegnerin und die Rechte und Pflichten aus dem Rheinhafen-Vertrag treffen weiterhin die Beschwerdegegnerin (vgl. E. 9.4 des angefochtenen Urteils). Die blosse geografische Nähe des Projekts Gateway Basel Nord und der damit einhergehende faktische Vorteil der B._____ AG führen nicht zu einer Übertragung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM. Insofern hält die WEKO in Rz. 36 ihres Gutachtens vom 6. Dezember 2021 zutreffend fest, dass die "Begünstigung benachbarter Grundstücke durch das Erstellen der Hafeninfrastruktur in einem komplexen Infrastrukturgrossprojekt von nationaler Bedeutung [...] nicht als Übertragung einer Nutzung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM angesehen werden [kann], auch wenn die zu erstellende Hafeninfrastruktur hauptsächlich im Interesse weniger privater Akteure bzw. des angrenzenden privaten Containerterminals [...] liegt".

5.5.3. Daran vermögen auch die sachenrechtlichen Vorkehrungen nichts zu ändern. Die Beschwerdegegnerin räumt in ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung zwar ein, dass der Zugang der Krananlagen und anderen Anlagen des trimodalen Umschlagterminals zum Hafenbecken 3, wie dies üblich sei, mittels Dienstbarkeiten geregelt werde. Die Beschwerdeführerinnen sehen in diesen Anlagen baulich-technische Verknüpfungen, deren Zugangsregelungen zu einer Übertragung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM führten. Ihnen ist nicht zu folgen: Sie lassen ausser Acht, dass die Belastung der Grundstücke des Hafengebiets zum Vorteil des privaten Grundstücks, auf dem der Umschlagterminal errichtet wird, durch die Errichtung von Dienstbarkeiten (Schwenkrechte der Hafenkräne, Näherbaurecht etc.) nicht zu einer Übertragung der Nutzung des Monopols an sich führt. Die Verantwortung für die Bewirtschaftung des Hafengebiets und der darauf befindlichen Hafeninfrastruktur verbleibt auch unter Berücksichtigung der Koordination bei der Entwicklung und Umsetzung des Projekts Gateway Basel Nord bei der Beschwerdegegnerin. Ob für die Errichtung der notwendigen Dienstbarkeiten zulasten des Grundstücks des Hafenbeckens 3 ein Rechtsgeschäft in Form einer Konzession erforderlich ist, richtet sich nach dem kantonalen Recht, da die Gewässerhoheit bei den Kantonen liegt (vgl. Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV; Art. 664 ZGB; BGE 142 I 99 E. 2.2.1; Urteil 2C_900/2011 vom 2. Juni 2012 E. 2.1). Allerdings ist auch mit einem solchen Rechtsgeschäft - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - keine Übertragung der Verantwortlichkeit für die Hafenbewirtschaftung verbunden.

5.6. Nach dem Dargelegten ist der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht eröffnet, da es am erforderlichen Übertragungsvorgang auf Private fehlt. Die Nutzung des kantonalen Monopols verbleibt bei der Beschwerdegegnerin, sodass diese keine binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht trifft.

6.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird.

Bei diesem Verfahrensausgang tragen die Beschwerdeführerinnen die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 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. 2'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, und der Wettbewerbskommission mitgeteilt.

E

Diverses

Divers

Diversi

E	1. Rechtsgutachten im Auftrag des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO «Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM)» vom 10. Februar 2023 von Prof. Bernhard Rütsche

Rechtsgutachten im Auftrag des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO «Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM)» vom 10. Februar 2023 von Prof. Bernhard Rütsche

Inhaltsübersicht

I. Auftrag und Fragestellungen	636
II. Geschlossene Märkte	637
1. Definition	637
2. Instrumente der Marktschliessung	638
a. Monopolkonzessionen	638
b. Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen	638
c. Kontingentbewilligungen	639
d. Leistungsaufträge	639
e. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen	640
III. Analyse von Art. 2 Abs. 7 BGBM	640
1. Anwendbarkeit	640
a. Subjektiver Geltungsbereich	640
b. Objektiver Geltungsbereich	640
2. Voraussetzungen	641
a. Kantonales oder kommunales Monopol	641
b. Übertragung auf Private	642
c. Nutzung eines Monopols	642
d. Verhältnis zu anderen Gesetzen	643
3. Rechtsfolgen	643
4. Unterstellung der einzelnen Instrumente	644
a. Monopolkonzessionen	644
b. Sondernutzungskonzessionen	645
c. Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch	647
d. Kontingentbewilligungen	648
e. Leistungsaufträge	649
f. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen	650
IV. Schlussfolgerungen	651

1. Unsicherheiten und Lücken	651
2. Gesetzlicher Anpassungsbedarf?	651
V. Executive Summary	652
VI. Abkürzungsverzeichnis	653
VII. Literatur- und Materialienverzeichnis	654

I. Auftrag und Fragestellungen

1. Am 18. Oktober 2019 reichte die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) das **Postulat «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone»** ein¹. Das Postulat wurde am 19. Dezember 2019 vom Ständerat angenommen. Es beauftragt den Bundesrat, «Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes zu analysieren und mögliche Optionen zur Verbesserung aufzuzeigen». Mit dem Postulatsbericht soll eine Auslegeordnung zu allfälligen Schwierigkeiten bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM erstellt werden. Insbesondere sind die aktuelle Rechtsprechung sowie die 2019 revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) einzubeziehen. Der Postulatsbericht soll schliesslich als Grundlage für das weitere Vorgehen zur derzeit sistierten Motion 15.3399 Caroni «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» dienen². Diese Motion verlangte, dass «die Ausschreibungspflicht auch bei der Vergabe von Nutzungsrechten für beschränkt verfügbare öffentliche Sachen und von Leistungsaufträgen gilt».

2. Das Postulat der WAK-S verlangt somit eine **Auslegeordnung zu Art. 2 Abs. 7 BGBM**, wobei die aktuelle Rechtsprechung sowie die revidierte IVöB berücksichtigt werden sollen. Darauf gestützt sollen Optionen im Hinblick auf eine allfällige Stärkung dieses Artikels eruiert werden, namentlich betreffend den Umfang der Ausschreibungspflicht. Dazu beabsichtigt das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), nebst einer Auslegung aus dem ökonomischen Blickwinkel, im Bericht auch eine rechtliche Auslegung von Art. 2. Abs. 7 BGBM vorzunehmen.

¹ Postulat 19.4379, WAK-S, 18. Oktober 2019, «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone».

² Motion 15.3399, Caroni Andrea, 5. Mai 2015, «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone».

3. Am 19. Oktober 2022 erteilte das SECO dem Unterzeichnenden den **Auftrag**, im Rahmen eines Rechtsgutachtens die im Postulat der WAK-S geforderte Auslegung zu Art. 2 Abs. 7 BGBM vorzunehmen. Dabei sollen insbesondere die einschlägige Rechtsprechung, die 2019 revidierte IVöB und die Literatur im Detail berücksichtigt werden. Gestützt auf diese Analyse soll das Rechtsgutachten aufzeigen:

1. Ob und welche Schwierigkeiten bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM bestehen.
2. Ob und wenn ja, Anpassungsbedarf in der Norm besteht, damit diese Schwierigkeiten behoben bzw. reduziert werden können.
3. Ob und wenn ja Anpassungsbedarf in der Norm besteht, damit die in der Motion 15.3399 geforderte Ausschreibungspflicht auch bei der Vergabe von Nutzungsrechten für beschränkt verfügbare öffentliche Sachen und von Leistungsaufträgen besteht.
4. Das vorliegende Rechtsgutachten ist wie folgt **strukturiert**: Zuerst wird der Begriff des geschlossenen Marktes definiert und aufgezeigt, welche verwaltungsrechtliche Instrumente den Zugang zu solchen Märkten vermitteln (Kap. II). Anschliessend wird unter Bezug der massgebenden Rechtsprechung und Literatur Art. 2 Abs. 7 BGBM hinsichtlich Anwendbarkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen analysiert, das Verhältnis dieser Bestimmung zu spezialgesetzlichen Marktzugangsvorschriften sowie Art. 9 IVöB erörtert sowie für jedes der im vorangehenden Kapitel dargestellten verwaltungsrechtlichen Instrumente gefragt, ob und inwieweit es von Art. 2 Abs. 7 BGBM bzw. Art. 9 IVöB erfasst ist (Kap. III). Auf der Basis dieser Analyse lassen sich sodann die dem Gutachter unterbreiteten Fragen beantworten, namentlich die Frage, ob in Bezug auf Art. 2 Abs. 7 BGBM gesetzgeberischer Anpassungsbedarf besteht (Kap. IV). Am Ende werden die Ergebnisse des Gutachtens in Form eines «Executive Summary» in Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch zusammengefasst (Kap. V).

II. Geschlossene Märkte

5. Art. 2 Abs. 7 BGBM fand mit der Teilrevision von 2005 Eingang in das Gesetz³. Die Bestimmung sieht für die «Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private» eine Ausschreibungspflicht sowie ein Verbot der Diskriminierung von Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz vor. Allgemeiner formuliert als Art. 2 Abs. 7 BGBM sind demgegenüber das Postulat 19.4379 der WAK-S vom 18. Oktober 2019 sowie die Motion 15.3399 von Andrea Caroni vom 5. Mai 2015, welche ein faires Verfahren beim «Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» verlangen (Rz. 1). Eine öffentliche Ausschreibung von Marktzugangsrechten ist denn auch generell in Bezug auf geschlossene Märkte relevant, da die Anzahl von Anbietern in solchen Märkten mengenmässig begrenzt ist. Vor diesem Hintergrund wird vor der Analyse von Art. 2 Abs. 7 BGBM **im Folgenden** der Begriff der geschlossenen Märkte näher betrachtet und von offenen Märkten abgegrenzt (Kap. II.1). Daran anschliessend gilt es, die verwaltungsrechtlichen Instrumente darzulegen, welche Zugang zu geschlossenen Märkten vermitteln und damit möglichen

Gegenstand einer Ausschreibungspflicht bilden (Kap. II.2).

1. Definition

6. Märkte können aufgrund von staatlicher Regulierung oder auch infolge privaten Verhaltens, namentlich in Form von Wettbewerbsabreden oder Ausübung von Marktmacht, geschlossen sein. Da sich die Marktzugangsregel von Art. 2 Abs. 7 BGBM an staatliche Akteure richtet, sind in vorliegendem Kontext nur regulatorisch bedingte Marktschliessungen relevant. Für die Abgrenzung von offenen und geschlossenen Märkten ist dabei massgebend, wie der Marktzugang **verwaltungsrechtlich geregelt** ist. Ist die Ausübung einer Tätigkeit an keine rechtlichen Voraussetzungen gebunden oder besteht ein Rechtsanspruch darauf, die Tätigkeit bei Vorliegen gesetzlich bestimmter Voraussetzungen wahrzunehmen, liegt ein offener Markt vor. In offenen

Märkten ist mithin die Anzahl an Anbieterinnen staatlich nicht reguliert. Demgegenüber ist in geschlossenen Märkten die Anzahl an Anbieterinnen aufgrund von verwaltungsrechtlichen Vorschriften limitiert⁴.

7. Infolge des mengenmässig beschränkten Zugangs von Unternehmen ist der **wirtschaftliche Wettbewerb** in geschlossenen Märkten beschränkt oder sogar beseitigt. Der Grund liegt darin, dass zum einem in geschlossenen Märkten typischerweise weniger Anbieterinnen tätig sind, als wenn der Markt offen wäre, und zum anderen der durch neue Markteintritte normalerweise entstehende Wettbewerbsdruck auf die bestehenden Unternehmen mittels staatlicher Regulierung abgefedert wird. Immerhin kann der Staat einen Wettbewerb um den Zugang zu geschlossenen Märkten herstellen, indem er die – mengenmässig beschränkten – Marktzugangsrechte in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren, namentlich in Form einer öffentlichen Ausschreibung, vergibt.

8. In einem geschlossenen Markt sind somit aufgrund staatlicher Regulierung nur eine begrenzte Anzahl oder gar keine Anbieterinnen zugelassen. Unternehmen haben daher **keinen Rechtsanspruch auf Zugang** zu einem geschlossenen Markt. Die Struktur des Angebots wird in geschlossenen Märkten zentral durch den Staat kontrolliert. Das schärfste Instrument staatlicher Angebotssteuerung ist die rechtliche Monopolisierung eines Marktes, welche mit einem Konzessionssystem verbunden sein kann. Weitere Instrumente, mit denen staatliche Behörden den Zugang zu geschlossenen Märkten gewähren, sind die Übertragung von Rechten auf Nutzung öffentlicher Sachen (Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch und Sondernutzungskonzessionen), Kontingentbewilligungen, Leistungsaufträge sowie mengenmässig begrenzte sozialversicherungsrechtliche Zulassungen. Diese Instrumente werden anschliessend näher dargestellt.

³ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Juli 2006 (AS 2006 2363 2366; BBl 2005 465).

⁴ Grundlegend zum Ganzen: RÜTSCH/DIEBOLD, Geschlossene Märkte, S. 83 ff.

2. Instrumente der Marktschliessung

a. Monopolkonzessionen

9. **Rechtliche Monopole** bewirken eine weitgehende Schliessung von Märkten. Mit der Monopolisierung schafft der Gesetzgeber ein staatliches Exklusivrecht auf Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit und entzieht diese damit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)⁵. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Monopolisierung selbst rechtlich zulässig ist, d.h. durch hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe, gerechtfertigt und verhältnismässig ist.

10. Eine besondere Art rechtlicher Monopole sind die **kantonalen Regale**, wie namentlich das Bergbauregal, Salzregal, Wasserregal sowie das Fischerei- und Jagdregal⁶. Die Verfügung über

diese natürlichen Ressourcen sowie deren Nutzung sind aus historischen Gründen den Kantonen vorbehalten. Die Kantone dürfen ihre Regale in Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auch gewinnbringend (fiskalisch) betreiben (Art. 94 Abs. 4 BV).

11. Nimmt der Staat ein Monopol selbst wahr, indem er eine Verwaltungseinheit oder ein öffentliches Unternehmen mit der alleinigen Ausübung der monopolisierten Tätigkeit betraut, ist die Tätigkeit privaten Unternehmen und damit dem Wettbewerb gänzlich entzogen. Man kann in diesen Fällen von einem **Staatsmonopol** sprechen. Beispiele sind das Monopol («reservierter Dienst») der Schweizerischen Post zur Beförderung von Briefen bis 50 Gramm (Art. 18 PG), das Monopol der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva) im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 66 UVG), der alleinige Betrieb des gesamtschweizerischen Stromübertragungsnetzes durch die von den Kantonen beherrschte Nationale Netzgesellschaft, die Swissgrid AG (Art. 18 Abs. 1 StromVG), oder das Bestattungsmonopol von Wohngemeinden im Kanton Zürich⁷. In Bezug auf solche Staatsmonopole stellt sich die Frage einer öffentlichen Ausschreibung von vornherein nicht, da der Gesetzgeber selbst die Ausübung des Monopols zugeteilt hat⁸.

12. Der Gesetzgeber kann auch vorsehen, dass die Nutzung von Monopolrechten an (private oder öffentliche) Unternehmen übertragen wird. Die Übertragung erfolgt in Form einer **Monopolkonzession**⁹. Mit der Konzession überträgt die zuständige Verwaltungsbehörde einem Unternehmen das Sonderrecht, die monopolisierte Tätigkeit auszuüben. Überträgt die Behörde das Monopolrecht nur an eine Anbieterin, bleibt in Bezug auf die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen. Werden Monopolkonzessionen von der zuständigen Behörde an mehrere Anbieterinnen vergeben, führt dies zu einem Oligopol, soweit die Konzessionärinnen im geographisch gleichen Markt tätig sind. Als Beispiele können die Vergabe von Personenbeförderungskonzessionen an eine Vielzahl von Transportunternehmen (Art. 6 PBG) oder die Vergabe von Spielbankkonzessionen (Art. 6 BGS) genannt werden.

b. Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen

13. Zahlreiche wirtschaftliche Tätigkeiten sind auf eine Nutzung öffentlicher Sachen wie Strassen und Plätze, Gewässer, Wälder, den Luftraum oder den Untergrund angewiesen. Erreicht diese Nutzung eine Intensität, die über den schlichten, jedermann offenstehenden Gemeingebrauch hinausgeht, entsteht eine **Knappeheitssituation**. Diese hat zur Folge, dass nicht jede Anbieterin Zugang zur Erwerbstätigkeit hat, welche die Nutzung der öffentlichen Sache voraussetzt. Typische Konstellationen sind der Bau und Betrieb von Infrastrukturen (z.B. Hafenanlagen, Seilbahnen, Wasserkraftwerke, Windparkanlagen, Werbeplakatschlagstellen, Parkhäuser), der Abbau oder die Nutzung von natürlichen Ressourcen (z.B. Kies, Erz) sowie das Erbringen von Dienstleistungen oder der Verkauf von Produkten im öffentlichen Raum (z.B. Taxis, Zirkusse, Jahrmärkte, Wochenmarkstände).

14. In Knappheitssituationen entscheidet der Staat gestützt auf seine Herrschaft über öffentliche Sachen darüber, welche Anbieterinnen ein Nutzungsrecht erhalten. Verwaltungsrechtlich werden zwei Nutzungsintensitäten unterschieden: der gesteigerte Gemeingebrauch und die Sondernutzung. Ein **gesteigerter Gemeingebrauch** liegt vor, wenn eine öffentliche Sache in nicht gemeinverträglicher oder nicht bestimmungsgemässer Weise vorübergehend genutzt wird¹⁰. Im Rahmen einer **Sondernutzung** wird demgegenüber eine öffentliche Sache für eine längere Dauer ausschliesslich genutzt, namentlich für den Bau und Betrieb von Infrastrukturen oder für den Abbau oder die Nutzung von natürlichen Ressourcen¹¹.

15. Entsprechend erteilt der Staat für die Nutzung öffentlicher Sachen einzelnen Anbieterinnen entweder eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch oder eine Sondernutzungskonzession¹². Wirtschaftlich haben beide Instrumente grundsätzlich dieselbe Wirkung. Sie führen immer dann zu einer Schliessung des Marktes, wenn die fragliche Erwerbstätigkeit ohne ein Nutzungsrecht gar nicht ausgeübt werden kann oder wenn die Anbieterinnen ohne Nutzungsrecht einen erheblichen Wettbewerbsnachteil erleiden. In solchen Fällen begründet die Sachherrschaft des Staates über öffentliche Sachen ein sog. **faktisches Monopol**¹³.

⁵ BGE 143 I 388 E. 2.2.2 S. 394. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2686 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1242.

⁶ BGE 124 I 11 E. 3b S. 15: «historische Grundmonopole»; 128 I 3 E. 3a S. 10; 142 I 99 E. 2.4.1 S. 111. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2689; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1251, 1448 ff.

⁷ BGE 143 I 388 E. 2.2 S. 392.

⁸ Vgl. Botschaft BdB (2017), S. 1901.

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2733 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1257.

¹⁰ MOSER, Der öffentliche Grund, S. 241 ff.

¹¹ MOSER, Der öffentliche Grund, S. 271 f.

¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2313 ff. (Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch), 2736 ff. (Sondernutzungskonzession); TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1217 ff. (Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch), 1261 ff. (Sondernutzungskonzession).

¹³ BGE 125 I 209 E. 10b S. 222.

c. Kontingentbewilligungen

16 Eine Schliessung des Marktes kann weiter mit dem Instrument der Kontingentbewilligung (auch: «wirtschaftspolitische Bewilligung») erfolgen¹⁴. Setzt die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit eine Kontingentbewilligung voraus, wird dadurch die Zahl der Anbieter in einem Markt – wie in einem Konzessionssystem – mengenmässig beschränkt. Kontingentbewilligungen und Monopolkonzessionen haben denselben ökonomischen Effekt, indem sie den freien Zugang zu einem Markt verschliessen. Sie unterscheiden sich hingegen in ihrer rechtsdogmatischen Konstruktion: Mit Kontingentbewilligungen erteilt der Staat **mengenmässig beschränkte individuelle Erlaubnisse** für eine Tätigkeit, die auf Gesetzesebene prinzipiell verboten ist. Demgegenüber liegt Konzessionen kein prinzipielles Tätigkeitsverbot zugrunde, sondern wie gesehen ein rechtliches Monopol, das eine Tätigkeit dem Staat vorbehält; mit Konzessionen erteilt der Staat Privaten mengenmässig beschränkte Sonderrechte auf Ausübung der monopolisierten Tätigkeit (Rz. 12).

17. Mit Kontingentbewilligungen kann das Angebot auf zwei Arten mengenmässig gesteuert werden: Entweder setzt die Bewilligung die Einhaltung von **Höchstzahlen** im Sinne staatlich im Voraus festgelegter Maximalmengen an Bewilligungen voraus. In diesem Fall wird das Angebot planmässig gesteuert. Oder die Bewilligung verlangt eine hinreichende Nachfrage bzw. das Vorliegen eines Bedürfnisses (sog. **Bedürfnisklausel**). Dabei wird die Angebotsmenge abhängig von der jeweiligen Marktsituation situativ begrenzt. Ein Beispiel ist die von einem Bedürfnis abhängige Bewilligung für den Bau und Betrieb von Seilbahnen, die nicht der eidgenössischen Konzessionspflicht unterstehen, sowie von Skiliften¹⁵. Zu erwähnen ist ferner die Bewilligungspflicht mit Bedürfnisklausel, die der Kanton Neuenburg zum Zweck der Eindämmung der Gesundheitskosten für die Anschaffung medizinischer Grossgeräte (z.B. Operationsroboter, MRI- oder CT-Geräte) durch Spitäler und andere Gesundheitseinrichtungen eingeführt hat¹⁶.

d. Leistungsaufträge

18. Weiter können staatliche Leistungsaufträge eine Schliessung des Marktes bewirken. Mit Leistungsaufträgen gliedert der Staat **öffentliche Aufgaben** aus der Zentralverwaltung aus und betraut (öffentliche oder private) Unternehmen mit deren Erfüllung¹⁷. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private wird auch als «Beleihung» bezeichnet¹⁸. Im Vordergrund steht dabei die Erbringung der Grundversorgung (service public), beispielsweise im Bereich der Gesundheitsversorgung, des öffentlichen Verkehrs oder des Bildungswesens. Aber auch Vollzugsaufgaben wie den Strassenunterhalt, die Waldbewirtschaftung oder den Betrieb von Asylunterkünften kann der Staat mit Leistungsaufträgen an Unternehmen vergeben.

19. Ein geschlossener Markt kann entstehen, wenn der Staat Leistungsaufträge für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit vergibt, für die bereits ein Markt besteht oder für die sich ohne Leistungsauftrag ein Markt entwickeln könnte. Dazu gehören **Grundversorgungsaufgaben**. So gibt es Unternehmen wie Spitäler, Schulen, Wasser- und Energieversorgungsunternehmen

oder Eisenbahn- und Bussbetriebe unabhängig davon, ob der Staat für die entsprechenden Angebote sorgt. In solchen Bereichen kommt es unter zwei Voraussetzungen zu einer Marktschliessung: Erstens sind die Leistungsaufträge mengenmässig begrenzt, sodass kein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Auftrags besteht. Zweitens erweisen sich die mit einem Leistungsauftrag verbundenen Wettbewerbsvorteile wie Abgeltungen, das Recht auf Abrechnung zulasten einer Sozialversicherung oder andere Sonderrechte als derart gewichtig, dass eine Anbieterin ohne Leistungsauftrag nicht konkurrenzfähig ist. In diesen Fällen ist der «Grundversorgungsmarkt» ein eigener relevanter Markt, zu dem faktisch nur Unternehmen im Besitz eines (mengenmässig begrenzten) staatlichen Auftrags Zugang haben.

20. Paradebeispiel für einen Markt, der aufgrund von Leistungsaufträgen faktisch geschlossen ist, ist der Markt für **stationäre Angebote durch Spitäler**. Gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG dürfen öffentliche und private Spitäler zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) tätig werden und abrechnen, wenn sie in die Spitalliste eines Kantons aufgenommen (sog. Listenspitäler) und gestützt darauf mit Leistungsaufträgen ausgestattet worden sind. Spitalliste und Leistungsaufträge beruhen auf einer Spitalplanung des Kantons, welche sich am voraussichtlichen Bedarf der Kantonsbevölkerung orientiert. Auf die Leistungsaufträge besteht folglich kein Rechtsanspruch. Versicherte Patientinnen und Patienten können sich nur in den Listenspitälern zulasten der OKP behandeln lassen. Das bedeutet, dass einzig Listenspitäler für medizinische Behandlungen im Rahmen der OKP abgegolten werden. Die damit verbundenen Wettbewerbsvorteile der Listenspitäler sind so gross, dass sie sich in einem eigenen – geschlossenen – Markt befinden¹⁹.

21. Anders präsentiert sich die Situation, wenn mit einem staatlichen Leistungsauftrag für ein Unternehmen ein Geschäftsfeld eröffnet wird, das unabhängig vom Auftrag gar nicht existieren würde. Es handelt sich dabei um Tätigkeiten, die – im Unterschied zu Grundversorgungsaufgaben – untrennbar mit staatlichen Funktionen verknüpft sind und ohne diese nicht existieren würden. Solche originären Staatsaufgaben sind von vornherein vom Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ausgenommen. Eine Übertragung originärer Staatsaufgaben an Private mittels Leistungsaufträgen erfolgt vor allem im Bereich des **Gesetzesvollzugs**. Betraut der Staat ein privates Unternehmen mit der Erfüllung einer Vollzugsaufgabe, schafft er damit einen entsprechenden Markt. Solche «Vollzugsmärkte» sind stets geschlossen, da die Aufgabenübertragung im Ermessen des Staates

¹⁴ Zur wirtschaftspolitischen Bewilligung: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2655; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1213 ff.

¹⁵ Art. 5 Abs. 2 lit. c des Konkordats vom 15. Oktober 1951 über die nicht eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen und Skilifte; z.B. SRL 786).

¹⁶ BGE 140 I 218.

¹⁷ RÜTSCH, Leistungsaufträge, S. 79.

¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1821 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 245 ff.

¹⁹ Vgl. BGE 132 V 6 E. 2.5.3 S. 15.

liegt und Unternehmen keinen Anspruch auf Erteilung von entsprechenden Leistungsaufträgen haben. Ein Beispiel ist die vom Bundesrat gestützt auf Art. 69d Abs. 1 RTVG übertragene Aufgabe, die Abgabe für Radio und Fernsehen pro Haushalt zu erheben.

e. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen

22. Der Zugang zu geschlossenen Märkten kann auch über eine sozialversicherungsrechtliche Zulassung führen. Mit einer solchen Zulassung erteilt die zuständige Behörde einem Unternehmen das Recht, seine **Leistungen zulasten einer Sozialversicherung abzurechnen**. Dabei ist denkbar, dass der Regulator die sozialversicherungsrechtliche Zulassung mengenmässig begrenzt, indem er diese an Höchstzahlen oder das Vorhandensein eines Bedürfnisses (Bedürfnisklausel) knüpft. Soweit Anbieter ohne sozialversicherungsrechtliche Zulassung nicht konkurrenzfähig und damit faktisch vom entsprechenden Markt ausgeschlossen sind, wirken sich solche mengenmässigen Begrenzungen praktisch wie Kontingentbewilligungen aus.

23. Beispiel für ein sozialversicherungsrechtliches Zulassungsregime, das zu einer faktischen Marktschliessung führt, ist die **Beschränkung der Anzahl Ärzte und Ärztinnen**, die im ambulanten Bereich Leistungen erbringen. Nach Art. 55a Abs. 1 KVG beschränken die Kantone in einem oder mehreren medizinischen Fachgebieten oder in bestimmten Regionen die Anzahl der Ärzte und Ärztinnen, die im ambulanten Bereich zulasten der OKP Leistungen erbringen. Wenn ein Kanton eine solche Beschränkung einführt, dann sieht er insbesondere vor, dass Ärzte und Ärztinnen sowie nur zugelassen werden, solange die entsprechende Höchstzahl nicht erreicht ist (Art. 55a Abs. 1 lit. a KVG).

III. Analyse von Art. 2 Abs. 7 BGBM

24. Nach der Definition der geschlossenen Märkte und der Darstellung der verwaltungsrechtlichen Instrumente, die den Zugang zu solchen Märkten vermitteln und für eine öffentliche Ausschreibung geeignet sind, wird nun die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM einer juristischen Analyse unterzogen. Diese erfolgt unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur sowie mit Bezug auf Art. 9 IVöB. Zuerst werden **im Folgenden** Anwendbarkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 2 Abs. 7 BGBM aufgezeigt und Art. 9 IVöB gegenübergestellt (Kap. III.1-3). Danach ist in Bezug auf jedes verwaltungsrechtliche Instrument zu fragen, ob es unter eine dieser Bestimmungen oder beide Bestimmungen subsumiert werden kann (Kap. III.4).

1. Anwendbarkeit

a. Subjektiver Geltungsbereich

25. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM setzt voraus, dass das Binnenmarktgesetz selbst anwendbar ist. Die Anwendbarkeit des Gesetzes ergibt sich aus Art. 1 BGBM. Nach Art. 1 Abs. 1 BGBM gewährleistet das Gesetz, dass «Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben». Der subjektive Geltungsbereich des Gesetzes erfasst damit **natürliche Personen mit Niederlassung und juristische**

Personen mit Sitz in der Schweiz. Ausländische Personen kommen in den Genuss des Gesetzes, wenn sie – im Einklang mit dem subjektiven Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) – gestützt auf die massgebende Gesetzgebung oder gestützt auf einen Staatsvertrag (Freizügigkeitsabkommen) ein Recht auf Niederlassung oder Sitz in der Schweiz haben²⁰.

26. Das BGBM ist mit Blick auf das Ziel, die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz zu erleichtern (Art. 1 Abs. 2 lit. a BGBM), grundsätzlich auf interkantonale Sachverhalte ausgerichtet. Dennoch können sich gemäss Bundesgericht auch **Personen am Bestimmungsort**, d.h. potenziellen Anbieter mit Sitz im Kanton oder in der Gemeinde, in welchem bzw. welcher die Nutzung eines Monopols vergeben wird, auf Art. 2 Abs. 7 BGBM berufen²¹.

b. Objektiver Geltungsbereich

27. Der objektive Geltungsbereich ist in Art. 1 Abs. 1 BGBM mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit umschrieben. Art. 1 Abs. 3 BGBM, der mit der Teilrevision des Gesetzes von 2005²² neu gefasst wurde, definiert «Erwerbstätigkeit» als «jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit». Vorausgesetzt ist zunächst, dass die Tätigkeit **Erwerbscharakter** hat. Daran fehlt es etwa bei der Ausübung von Freizeitaktivitäten²³ oder bei einem Praktikum im Hinblick auf das Erlangen einer Berufsqualifikation wie etwa dem Anwaltspatent²⁴.

28. Gewisse Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des Begriffs der **nicht hoheitlichen** Tätigkeit. Die Botschaft erläutert in diesem Zusammenhang, dass «auch gewerbliche Verrichtungen, die von einem öffentlichen Dienst vorgenommen werden, von der Wirtschaftsfreiheit und damit vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden. Es handelt sich mithin um Tätigkeiten, die auch auf dem freien Markt angeboten werden (z.B. Tätigkeit von Lehrpersonen)»²⁵. Daraus folgt, dass nicht nur rein privatwirtschaftliche Tätigkeiten, sondern auch die Ausübung öffentlicher Aufgaben als Erwerbstätigkeiten im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 BGBM gelten, wenn sie auch auf dem freien Markt angeboten werden, d.h. wenn sie **marktfähig** sind. Marktfähige Tätigkeiten, die als öffentliche Aufgaben ausgestaltet sind, finden sich namentlich in der Grundversorgung wie etwa in Bereichen der Gesundheitsversorgung, der Bildung oder dem öffentlichen Verkehr.

²⁰ Botschaft BGBM, S. 1259 f., 1261. ZWALD, Marktzugang, Rz. 23; OESCH/RENNER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 1 Rz. 11; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 15; ZOLLINGER, Ausschreibungspflicht, S. 387.

²¹ BGer, 2C_351/2017 vom 12. April 2018, E. 3.4. DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225.

²² Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Juli 2006 (AS 2006 2363 2366; BBl 2005 465).

²³ BGer, 2P.191/2004 vom 10. August 2005, E. 6.2.

²⁴ BGE 125 II 315 E. 2b/bb S. 319; BGer, 2C_537/2018 vom 24. Januar 2019, E. 4.2. Kritisch dazu GAMMENTHALER, Auslegung, Rz. 58.

²⁵ Botschaft revBGBM, S. 484.

29. Weiter geht aus der Botschaft hervor, dass mit der Neufassung von Art. 1 Abs. 3 BGBM die inhaltliche Übereinstimmung mit dem bilateralen Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz vom 21. Juni 1999 über die Freizügigkeit (FZA) sichergestellt werden sollte²⁶. Der Begriff der Erwerbstätigkeit ist demzufolge im Einklang mit dem **Anwendungsbereich des FZA** auszulegen. Dies ergibt sich auch aus einer systematischen Auslegung von Art. 1 Abs. 3 in Bezug auf Art. 4 Abs. 3^{bis} und Art. 6 Abs. 1 BGBM, wonach sich Personen im Geltungsbereich des BGBM im interkantonalen Verhältnis direkt auf das FZA berufen können²⁷. Vom FZA ausgenommen sind Tätigkeiten, die mit hoheitlichen Befugnissen und der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA). Diese Bereichsausnahme ist wiederum dem Primärrecht der EU nachgebildet (vgl. Art. 51 Abs. 1 AEUV). Der Europäische Gerichtshof beschränkt diese Ausnahme in seiner Rechtsprechung auf Tätigkeiten, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt (aufgrund von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen) verbunden sind²⁸.

30. Aus einer historischen und systematischen Auslegung ist somit der Schluss zu ziehen, dass alle Erwerbstätigkeiten, die nicht hoheitlich sind, d.h. nicht mit der **Ausübung öffentlicher Gewalt** verbunden sind, dem BGBM unterstehen. Diese Auslegung wird auch in der Lehre breit vertreten²⁹. Daraus folgt namentlich, dass polizeiliche Vollzugstätigkeiten wie die Überwachung von Privatpersonen sowie die Durchsetzung des Rechts mittels Massnahmen und Sanktionen keine Erwerbstätigkeiten darstellen und damit nicht unter den Geltungsbereich des BGBM fallen; dasselbe gilt für die Erhebung von öffentlichen Abgaben³⁰.

31. Das **Bundesgericht** hat demgegenüber in seiner bisherigen Rechtsprechung vereinzelt auch Tätigkeiten vom BGBM ausgenommen, welche nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt in diesem Sinne verbunden sind. Dazu gehören namentlich die Tätigkeiten von freiberuflichen Notaren³¹, Officialverteidigern³² und Gerichtsgutachtern³³. Die Urteile zur Nichtunterstellung von Notaren unter das BGBM gehen indessen auf die Zeit vor der Teilrevision des Gesetzes von 2005 zurück. Auf diesen Umstand wies das Bundesgericht in einem (nicht amtlich publizierten) Urteil von 2011 ausdrücklich hin, ohne allerdings zur Anwendbarkeit des revidierten BGBM auf Notariatstätigkeiten Stellung zu beziehen³⁴.

32. Insgesamt besteht damit eine gewisse **Diskrepanz zwischen Lehre und Rechtsprechung** in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der Erwerbstätigkeit und damit des objektiven Geltungsbereichs des BGBM. Zu bedenken ist dabei, dass die zitierten bundesgerichtlichen Urteile zur Nichtunterstellung von Notaren, Officialverteidigern und Gerichtsgutachtern mehr als zehn Jahre zurückreichen und teilweise vor der Revision des BGBM von 2005 ergangen sind. Hinzu kommt, dass in diesen Urteilen die neuere Rechtsprechung des EuGH etwa zur Freizügigkeit der Notare³⁵ nicht berücksichtigt ist. Vor diesem Hintergrund ist denkbar, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der Erwerbstätigkeit im Sinne einer nicht hoheitlichen Tätigkeit künftig weiterentwickelt.

2. Voraussetzungen

a. Kantonales oder kommunales Monopol

33. Der ebenfalls mit der Teilrevision des Gesetzes von 2005 eingefügte Art. 2 Abs. 7 BGBM verlangt, dass die «Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private» auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Die Bestimmung setzt somit voraus, dass die **Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole** auf Private übertragen wird.

34. Damit erfordert Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Abgrenzung kantonaler und kommunaler Monopole von Bundesmonopolen. Der Wortlaut legt nahe, diese Abgrenzung anhand der **Rechtsgrundlage** vorzunehmen. Demnach würde ein kantonales oder kommunales Monopol vorliegen, wenn das Monopol im kantonalen oder kommunalen Recht verankert ist. Mit Blick auf den Zweck des BGBM, die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz zu erleichtern (Art. 1 Abs. 2 lit. a), sollte hingegen entscheidend sein, welche **Behörde** das Monopolrecht vergibt: Die Direktvergabe eines Nutzungsrechts durch eine kantonale oder kommunale Behörde behindert – im Widerspruch zur binnenmarktrechtlichen Zielsetzung – den interkantonalen Wirtschaftsverkehr unabhängig davon, ob das Monopol im kantonalen Recht oder im Bundesrecht verankert ist. Eine am Gesetzeszweck ausgerichtete (teleologische) Auslegung spricht somit dafür, Art. 2 Abs. 7 BGBM immer dann anzuwenden, wenn eine kantonale bzw. kommunale Behörde mit der Monopolverwaltung betraut ist³⁶.

²⁶ Botschaft revBGBM, S. 484. OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 381 ff.

²⁷ OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 383; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 18.

²⁸ Vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung des EuGH bei OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 392 ff.; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 18, Fn. 27.

²⁹ OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 379 ff.; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 18; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 1 Rz. 13 m.w.H.

³⁰ Vgl. AB S 2005 762 (Eugen David, Berichterstatte): «Die hoheitlichen Tätigkeiten sind jene, die ordinäre Staatstätigkeiten sind: Kontroll-, Überwachungs- und Interventionsaufgaben, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben. Ich denke insbesondere an die Polizei, aber auch an Bau-, Gesundheits- und Lebensmittelpolizei, an Umweltrecht und das ganze Abgaberecht.»

³¹ BGE 128 I 280 E. 3 S. 281 f.; 131 II 639 E. 6.1 S. 645; 133 I 259 E. 2.2 S. 260 f. (nur betreffend Wirtschaftsfreiheit).

³² BGE, 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008, E. 5.2.

³³ BGE, 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3. Vgl. dagegen BGE 140 II 112 E. 3.2 S. 117 ff., wonach die Tätigkeit von Dolmetschern für Behörden und Gerichte nicht als «Ausübung öffentlicher Gewalt» im Sinne des FZA zu verstehen ist.

³⁴ BGE, 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.3.

³⁵ Urteils des EuGH C-54/08 vom 24. Mai 2011, Slg. 2011 I 4355 ff.

³⁶ CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 18; DIEBOLD, Eingriffsdogmatik, S. 220. Vgl. auch WEKO-Empfehlung Gesundheitsberufe, Rz. 12 ff. mit Bezug auf Art. 2 Abs. 6 BGBM. Im Zusammenhang mit dem im Bundesrecht (Art. 31b USG) vorgesehenen und von den Kantonen zu vollziehenden Abfallentsorgungsmonopol spricht das Bundesgericht selbst von einem «kantonalen» Monopol: BGE 125 II 508 E. 5b S. 511.

b. Übertragung auf Private

35. Weiter muss eine Übertragung auf «Private» vorliegen. Private sind Personen, die eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 1 BGBM ausüben. Gemäss **Wortlaut** von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist damit die Übertragung der Nutzung eines Monopols auf eine Person des öffentlichen Rechts (z.B. öffentlich-rechtliche Anstalt, Gebietskörperschaft oder interkommunaler Zweckverband) oder auf ein Unternehmen, das vom Staat beherrscht wird (z.B. spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Besitz eines Kantons) von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgenommen.

36. Mit Blick auf den **Zweck** des BGBM, allen Wirtschaftsteilnehmern freien und gleichberechtigten Marktzugang zu gewährleisten, wird in der Lehre und der Praxis der WEKO indessen eine analoge Anwendung der beschaffungsrechtlichen Grundsätze zu In-house- und In-state-Vergaben befürwortet³⁷. Demnach ist das Beschaffungsrecht nicht anwendbar auf die Beschaffung von Leistungen bei unselbständigen Organisationseinheiten des öffentlichen Auftraggebers (Inhouse-Geschäfte³⁸; vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB). Ebenso vom objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen ist die Beschaffung einer Leistung bei einem rechtlich selbständigen staatlichen oder staatlich beherrschten Anbieter, wenn dieser vom öffentlichen Auftraggeber wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird und ausschliesslich (In-state-Geschäfte³⁹) oder im Wesentlichen (Quasi-in-house-Geschäfte⁴⁰) für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB). Diese beschaffungsrechtlichen Ausnahmeregelungen bedeuten im binnenmarktrechtlichen Kontext das Folgende:

- Die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ist nicht anwendbar, wenn das Recht auf Nutzung eines Monopols **innerhalb derselben öffentlich-rechtlichen Einheit** wahrgenommen wird; in diesem Fall findet gar keine «Übertragung» eines Rechts statt.
- Die Vergabe eines Monopolrechts an eine rechtlich selbständige staatliche Organisation ist nach Art. 2 Abs. 7 BGBM auszuschreiben, wenn an dieser Organisation direkt oder indirekt **Private mitbeteiligt** sind. In diesen Fällen ist von einer Übertragung auf «Private» auszugehen.
- Eine Übertragung auf Private im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist auch dann anzunehmen, wenn die staatliche Organisation, die das Nutzungsrecht erhält, in nicht unwesentlichem Umfang **auf privaten Märkten auftritt** und damit am Wirtschaftsprozess teilnimmt. Direktvergaben von Nutzungsrechten, welche staatlichen Akteuren – namentlich in Form von Quersubventionierungen vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich – spürbare Wettbewerbsvorteile gegenüber privaten Konkurrenten verschaffen, stünden dagegen im Widerspruch zum Zweck des BGBM, einen fairen Wettbewerb sicherzustellen.

c. Nutzung eines Monopols

37. Gegenstand der Übertragung ist gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM die Nutzung eines Monopols. Das BGBM enthält keine Definition des Monopolbegriffs und auch

aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine näheren Anhaltspunkte. Aus dem Wortlaut ergibt sich indessen ohne Weiteres, dass sämtliche **rechtlichen Monopole** (zum Begriff vorne Rz. 9) der Kantone und Gemeinden unter den Monopolbegriff von Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen⁴¹. Unter den Begriff des (rechtlichen) Monopols fallen auch kantonale Regalrechte wie die Regale in den Bereichen Jagd, Fischerei, Salzgewinnung oder Bergbau (Rz. 10)⁴².

38. Ob auch **faktische Monopole** (zum Begriff vorne Rz. 14) von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst sind, war in der Lehre lange Zeit umstritten⁴³. Auch das Bundesgericht liess die Frage zunächst offen, entschied dann aber in einem Urteil von 2017, dass auch die Übertragung der Nutzung eines faktischen Monopols unter die Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt⁴⁴. Diese Rechtsprechung wurde seitdem bestätigt⁴⁵. Was dieses weite Verständnis des Monopolbegriffs in Bezug auf die verschiedenen verwaltungsrechtlichen Instrumente im Einzelnen bedeutet, wird in Kap. III.4. zu erörtern sein.

³⁷ REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, S. 590; ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 203; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 791, Fn. 859; OESCH/RENER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6. Sodann WEKO-Gutachten, Verteilnetzkonzessionen, Rz. 32 ff.; WEKO-Gutachten, Wasserrechtskonzessionen, Rz. 12 ff. Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 1. Juni 2022 (810 20 248), E. 8.5: keine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erteilung eines «Baurechts» für die Errichtung und den Betrieb eines Hafenbeckens an die öffentlich-rechtliche Anstalt «Schweizerische Rheinhäfen».

³⁸ Dazu LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 108 ff. m.w.H.

³⁹ Dazu LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 587 ff. m.w.H.

⁴⁰ Dazu LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 135 ff. m.w.H.

⁴¹ BGE 143 II 598 E. 4.1 S. 604. DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 76 f.; OESCH/RENER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6.

⁴² Zur Anwendung des BGBM auf die Ausübung von Regalrechten DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 84 mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung.

⁴³ Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole bzw. Sondernutzungskonzessionen: BELLANGER, Marchés publics, Rz. 101 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 815 f.; DIEBOLD, Ausschreibung, S. 249; ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 203 f.; GALILI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis, Rz. 211; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 36; MOSER, Der öffentliche Grund, S. 329 f.; CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 23; REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, S. 590 f.; RÜTSCH/DIEBOLD, Geschlossene Märkte, S. 105 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 Rz. 136; ZWALD, Ausschreibung, S. 30. Sodann WEKO-Empfehlung, Nutzung des Untergrunds, Rz. 3 ff.; WEKO-Empfehlung, usage du sous-sol, Rz. 3 ff. Gegen die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole bzw. Sondernutzungskonzessionen: TRÜEB/ZIMMERLI, S. 129 ff.; REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Rz. 949 ff.; GISELA, Muster-gesetz, S. 482; RECHSTEINER/WALDNER, Konzessionsverträge, S. 1296 f.; WIEDERKEHR/ABEGG, Geothermie, S. 651.

⁴⁴ BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605 betreffend ein interkommunales System der Bewilligungszuteilung an Gesellschaften und Fahrer von Taxis auf Standplätzen; vgl. bereits BGE 143 II 120 E. 6.3.1 S. 127 betreffend Vergabe einer Plakatanschlagskonzession.

⁴⁵ BGE 145 II 303 E. 6.1.1 S. 307 betreffend Ernennung der Direktoren, die für die Leitung zweier Stadttheater während mehrerer Theatersaisons zuständig sind; 145 II 252 E. 5.1 S. 256; BGer, 2C_335/2019 vom 17. August 2020, E. 6.2.1 betreffend Übertragung der Nutzung eines kommunalen Stromleitungsnetzes. Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung im Bereich der faktischen Monopole ZOLLINGER, Ausschreibungspflicht, S. 392 ff.

d. Verhältnis zu anderen Gesetzen

39. Art. 2 Abs. 7 BGBM ist sodann ins Verhältnis zu anderen bundesrechtlichen Regelungen betreffend die Ausschreibung mengenmässig begrenzter Rechte zu setzen. Zum einen kann der Bund aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen in seinen **Spezialgesetzen** ein gegenüber dem BGBM strengeres Marktzugangsregime vorsehen⁴⁶. Solche Abweichungen müssen klar aus dem gesetzgeberischen Willen hervorgehen⁴⁷. Spezialgesetzliche Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hat der Bundesgesetzgeber insbesondere in Art. 3a StromVG und Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG geschaffen. Nach diesen Regelungen können die Kantone und Gemeinden Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und Verteilnetz bzw. Wassernutzungskonzessionen ohne Ausschreibung erteilen. Die Vergabebehörden haben indessen in jedem Fall ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zu gewährleisten. Dem kantonalen und kommunalen Gesetzgeber ist es aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) demgegenüber untersagt, die Vergabe von Marktzugangsrechten abweichend von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu regeln.

40. Zum anderen ist Art. 2 Abs. 7 BGBM im Zusammenhang mit dem kantonalen bzw. interkantonalen **Beschaffungsrecht** zu sehen. Zu klären ist insbesondere das Verhältnis zu Art. 9 IVöB. Diese Bestimmung hält unter der Überschrift «Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen» Folgendes fest:

«Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.»

41. Art. 9 IVöB qualifiziert somit die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder einer Konzession unter **drei Voraussetzungen** als öffentlichen Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts:

- (1) Dem Anbieter kommen durch die Übertragung ausschliessliche oder besondere Rechte zu,
- (2) welche er im öffentlichen Interesse wahrnimmt
- (3) und für deren Wahrnehmung er direkt oder indirekt ein Entgelt erhält.

In Kap. III.4 wird zu prüfen sein, welche verwaltungsrechtlichen Instrumente von Art. 9 IVöB erfasst sein können.

42. Zum **Verhältnis zwischen der binnenmarktrechtlichen und der beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht** fügte der Bundesgesetzgeber anlässlich der Totalrevision des Beschaffungsrechts in Art. 5 Abs. 1 BGBM den folgenden 3. Satz ein: «Stützt sich eine Beschaffung oder die Übertragung einer Monopolnutzung auf die Interkantonale Vereinbarung, welche die Kantone aufgrund des Protokolls vom 30. März 2012 zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen abschliessen, so wird vermutet, dass

die Anforderungen dieses Gesetzes eingehalten werden.»⁴⁸ Die in dieser Bestimmung statuierte Vermutung bedeutet, dass die Ausschreibungspflicht von Art. 9 IVöB diejenige von Art. 2 Abs. 7 BGBM überlagert. Dies ist insofern folgerichtig, als die beschaffungsrechtliche Ausschreibungspflicht hinsichtlich Verfahren und Zuschlagskriterien strengere Anforderungen aufstellt (Rz. 43). Soweit die Ausschreibungspflicht von Art. 9 IVöB jedoch aufgrund eines Ausnahmetatbestandes keine Anwendung findet oder die IVöB zu einer Verfahrensfrage keine Regelung aufstellt, bleibt die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM massgebend. Im Einzelnen folgt daraus:

- Falls die Vergabe eines Rechts sowohl unter Art. 2 Abs. 7 BGBM als auch unter Art. 9 IVöB fällt, ist auf das **Vergabeverfahren** die letztere Bestimmung anzuwenden⁴⁹. Hingegen kommt die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM dann zur Anwendung, wenn Art. 9 IVöB durch eine spezialgesetzliche Bestimmung des kantonalen Rechts derogiert wird⁵⁰.
- Falls die Vergabe eines Rechts zugleich die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM Art. 9 IVöB erfüllt, jedoch die **beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte** für eine öffentliche Ausschreibung nicht erreicht, ist der keinen Schwellenwerten unterliegende Art. 2 Abs. 7 BGBM anzuwenden. Vorbehalten bleibt ein ausnahmsweiser Verzicht auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung zugunsten eines Einladungsverfahrens, der Publikation eines Konzessionsgesuchs oder einer Direktvergabe, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM (Beschränkung des freien Zugangs zum Markt) gegeben sind⁵¹.
- Zusätzliche Relevanz: Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor gemäss Art. 9 IVöB.
- In jedem Fall anwendbar bleibt das in Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM verankerte **Beschwerderecht der WEKO**⁵².

3. Rechtsfolgen

43. Sind die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt und geht keine andere Bestimmung des Bundesrechts (Spezialgesetz) oder des (inter-)kantonalen Beschaffungsrechts (Art. 9 IVöB) vor, hat die Vergabebehörde eine **Ausschreibung** durchzuführen, welche Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht

⁴⁶ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 1056 ff.

⁴⁷ WEKO-Empfehlung Gesundheitsberufe, Rz. 37 mit Verweis auf das in der Verfassung verankerte Binnenmarkprinzip (Art. 27 und Art. 95 Abs. 2 BV), die Pflicht des Staates zur Verwirklichung der Binnenmarktfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 BV) sowie die Selbstbindung des Bundesgesetzgebers durch Art. 2 Abs. 2 BGBM.

⁴⁸ In Kraft seit 1. Januar 2021 (AS 2020 641; BBl 2017 1851).

⁴⁹ Vgl. OESCH/RENNER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 8.

⁵⁰ Vgl. den entsprechenden Vorbehalt in Art. 9 Satz 2 IVöB.

⁵¹ Dazu DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225 f.: Mögliche Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 BGBM, «wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Konzession für den Konzessionär den Aufwand für die Ausschreibung nicht rechtfertigt oder wenn ein anderer Grund vorliegt, wie etwa äusserste Dringlichkeit aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse, abgesprochene Angebote, keine Angebote usw.» Entscheidend ist dabei, «dass der Rechtsschutz gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM gewahrt bleibt und die Zuschlagsverfügung publiziert wird».

⁵² Musterbotschaft revIVöB, S. 19 f.; Botschaft revBöB, S. 1878 f.

diskriminieren darf. Mit einer Ausschreibung lädt die zuständige Behörde von Amtes wegen mittels öffentlicher Publikation potenzielle Bewerber ein, innert Frist eine Eingabe zu machen⁵³. Dabei gibt die Behörde die Bedingungen für die Auswahl bekannt (Bewertungskriterien, Versteigerung, Losentscheid oder Rotation)⁵⁴. Der Auswahlentscheid ist aufgrund von Art. 9 Abs. 1 BGBM in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, damit der Rechtsschutz gewährleistet ist⁵⁵. Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vor (Art. 9 Abs. 2 BGBM). Gegen die verfügten Markzugangsbefürchtigungen hat die WEKO ein Beschwerderecht (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM).

44. Den Anforderungen an eine Ausschreibung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht zu genügen vermag ein **Einladungsverfahren**, bei dem die Behörde einen geschlossenen Kreis von wenigen, namentlich bestimmten Anbieter einlädt, ein Gesuch einzureichen⁵⁶. Ebenso wenig liegt eine Ausschreibung vor, wenn die Behörde ein eingegangenes Gesuch auflegt unter Ansetzung einer Frist, in welcher Konkurrenzgesuche eingereicht werden können (**Publikation eines Gesuchs**)⁵⁷.

45. Die **Anforderungen des Beschaffungsrechts** gemäss Art. 5 BGBM sowie kantonalem oder interkantonaalem Recht sind laut Rechtsprechung weder direkt noch analog auf die von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgesehene Ausschreibung anwendbar⁵⁸. Die Vergabebehörde verfügt somit bei der Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens über mehr Flexibilität als bei der Vergabe von Beschaffungsaufträgen⁵⁹. Insbesondere muss das Verfahren nicht unbedingt auf die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne des besten Preis-/Leistungsverhältnisses ausgerichtet sein⁶⁰. Vielmehr können auch – selbst ohne Abstützung auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage – weitere öffentliche Interessen, etwa solche des Umweltschutzes, der Nachhaltigkeit oder sozialpolitische Interessen als Auswahlkriterien in Betracht gezogen werden⁶¹. Allerdings sind mit dem totalrevidierten Beschaffungsrecht die möglichen Zuschlagskriterien über den Preis und die Qualität einer Leistung hinaus auf zahlreiche weitere Aspekte erweitert worden. Dazu gehören auch öffentliche Interessen wie die Nachhaltigkeit einer Leistung (Art. 29 Abs. 1 IVöB) oder – ausserhalb des Staatsvertragsbereichs – gewisse sozial- und bildungspolitische Interessen (vgl. Art. 29 Abs. 2 IVöB). Insofern hat sich der Unterschied zwischen dem beschaffungsrechtlichen und dem binnenmarktrechtlichen Ausschreibungsverfahren ein Stück weit relativiert.

46. Art. 2 Abs. 7 BGBM verlangt sodann, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private «Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren» darf. Das Diskriminierungsverbot ist direkter Ausfluss des Gesetzeszwecks, allen Erwerbstätigen und Unternehmen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz gleichberechtigten Zugang zum Markt gewährleisten. In prozeduraler Hinsicht wird das **Diskriminierungsverbot** mit der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, das auf transparenten und sachlichen Auswahlbedingungen beruht, verwirklicht⁶². Auch wenn im Einzelfall zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen auf ein Ausschreibungsverfahren verzichtet wird, muss das Vergabeverfahren

so ausgestaltet sein, dass ortsfremde Personen nicht diskriminiert werden (Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM). Das Verbot der herkunftsbezogenen Diskriminierung gilt somit als absolute Schranke für jede Vergabe von Nutzungsrechten.

4. Unterstellung der einzelnen Instrumente

47. Nach der Darstellung von Anwendbarkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 2 Abs. 7 BGBM gilt es nun zu prüfen, inwieweit die einzelnen verwaltungsrechtlichen Instrumente, die zu **geschlossenen Märkten** führen, unter diese Bestimmung oder unter das Beschaffungsrecht (insbesondere Art. 9 IVöB) zu subsumieren sind. Soweit sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Antworten entnehmen lassen, wird die Rechtsprechung von kantonalen Gerichten in die Analyse einbezogen.

a. Monopolkonzessionen

48. Bereits aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM folgt, dass die Vergabe von kantonalen und kommunalen Monopolkonzessionen auf Private nach dieser Bestimmung **ausschreibungspflichtig** ist (zum Begriff der Monopolkonzession Rz. 9 ff.). Dies entspricht denn auch ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁶³. Wie vorne ausgeführt, sollten mit Blick auf den Zweck des BGBM auch Monopole unter Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen, die zwar im Bundesrecht begründet sind, jedoch von kantonalen oder kommunalen Behörden mittels Vergabe von Konzessionen auf Private übertragen werden (Rz. 34). Ein Verzicht auf Ausschreibung einer Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellten Monopolkonzession lässt sich nur ausnahmsweise nach Massgabe der strengen Voraussetzungen von Art. 3 BGBM rechtfertigen (Rz. 42).

⁵³ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 1002 f.

⁵⁴ DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225.

⁵⁵ BGE 143 II 598 E. 4.1.2 S. 606.

⁵⁶ DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225.

⁵⁷ BGE 142 I 99 E. 3.1 S. 113.

⁵⁸ BGE 143 II 120 E. 6 S. 126 ff.; 143 II 598 E. 4.1.2 S. 605. Eingehend BVGer, B-6872/2017 vom 22. August 2022, E. 3.3; kritisch dazu BEYELER, Sondernutzung, S. 472, Fn. 14. Vgl. auch Botschaft revBGBM, S. 485 f. Für eine analoge Anwendung grundsätzlicher Regeln des Beschaffungsrechts auf Ausschreibungen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM hingegen: CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 57; RENFER, Ausschreibung, Rz. 24; OESCH/RENER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 7. Sodann auch WEKO-Empfehlung, ortsfremde Taxidienste, Rz. 58.

⁵⁹ DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 85.

⁶⁰ BGE 143 II 120 E. 6.4 S. 129 f.

⁶¹ BGE 143 II 120 E. 6.5.2 S. 131 f. Vgl. ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 205 f.; CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 71.

⁶² BGE 143 II 598 E. 4.1.2 S. 606.

⁶³ BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605; 145 II 32 E. 3.1 S. 37; 145 II 252 E. 5.1 S. 256; 145 II 303 E. 6.1.1 S. 307.

49. Fraglich ist, ob Monopolkonzessionen auch unter die **besondere beschaffungsrechtliche Ausschreibungspflicht** gemäss Art. 9 IVöB fallen. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag gilt und damit nach den Regeln des Beschaffungsrechts auszuschreiben ist, «wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt» (Rz. 40 f.). Auf jeden Fall von Art. 9 IVöB erfasst sind Monopolkonzessionen, mit denen zugleich eine öffentliche Aufgabe auf den Konzessionär übertragen wird (vgl. Rz. 71 betreffend Leistungsaufträge). Wie aus der Entstehungsgeschichte hervorgeht, sind demgegenüber Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen, von Art. 9 IVöB ausgenommen⁶⁴. Aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 9 IVöB, der die Verleihung einer Konzession alternativ neben die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe stellt, ergibt sich dagegen eine weitere Interpretation. Demnach sind Konzessionen Art. 9 IVöB unterstellt, wenn das mit ihnen übertragene Sonderrecht einem öffentlichen Interesse dient – ohne dass sie zwingend mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe einhergehen⁶⁵.

50. In der Lehre werden Konzessionen, mit denen eine öffentliche Aufgabe übertragen wird oder die im öffentlichen Interesse von der Konzessionärin ausgeübt werden müssen (Betriebspflicht), teilweise als **Konzessionen des öffentlichen Dienstes** (concessions de service public) bezeichnet⁶⁶. Die Rechtsprechung zu Art. 9 IVöB wird zu klären haben, ob diese Vorschrift in Bezug auf Konzessionen eng (im Sinne von Konzessionen, die mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe einhergehen) oder weit (im Sinne von Konzessionen, an deren Ausübung ein öffentliches Interesse besteht) auszulegen ist. Falls die Vergabe einer Monopolkonzession bzw. einer Konzession des öffentlichen Dienstes sowohl unter die binnenmarkt- als auch unter die beschaffungsrechtliche Ausschreibungspflicht fällt, geht letztere grundsätzlich vor (Rz. 42 f.).

b. Sondernutzungskonzessionen

51. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nicht nur rechtliche, sondern auch faktische Monopole von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst (Rz. 38). Entsprechend ist die Vergabe von Konzessionen auf **Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch** gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM genauso wie die Vergabe von Monopolkonzessionen auszuschreiben (zum Begriff der Sondernutzung Rz. 14)⁶⁷. Vorbehalten bleibt sektorspezifische Sondervorschriften auf Bundesebene, welche Kantone und Gemeinden von einer Ausschreibungspflicht dispensieren (Rz. 39).

52. Eine Sonderkonstellation liegt vor, wenn das Gemeinwesen die Vergabe einer Sondernutzungskonzession mit einem **öffentlichen Auftrag** kombiniert, der seinerseits dem Beschaffungsrecht untersteht. So hatte die Stadt Genf im Juni 2006 die Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund mit der Nebenleistung verknüpft, in der Stadt Fahrräder zur Selbstausleihe zur Verfügung zu stellen, wobei die Einnahmen aus dem Veloverleih der Stadt zukommen sollten⁶⁸. Das Bundes-

gericht hielt zunächst fest, dass die Erteilung der Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund keine öffentliche Beschaffung darstellt⁶⁹. Das öffentliche Beschaffungsrecht ist aber dennoch ausnahmsweise anwendbar, wenn

- (1) die Konzessionärin Leistungen von einer gewissen Bedeutung erbringen muss,
- (2) welche sich von der Konzession loslösen lassen und
- (3) die ihrerseits eine öffentliche Beschaffung darstellen⁷⁰.

Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, untersteht das Gesamtgeschäft dem öffentlichen Beschaffungsrecht⁷¹.

53. Konzessionen unterliegen unter bestimmten Voraussetzungen der **besonderen beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht** gemäss Art. 9 IVöB (Rz. 40 f.). Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung geht indessen hervor, dass ihr Sondernutzungskonzessionen nicht unterstellt sind⁷². Ob diese Aussage in dieser Absolutheit aufrechterhalten werden kann, ist zweifelhaft. So ist denkbar, dass zusammen mit einer Sondernutzungskonzession zugleich eine öffentliche Aufgabe auf den Konzessionär übertragen wird; in solchen Fällen muss Art. 9 IVöB Anwendung finden (vgl. Rz. 71 betreffend Leistungsaufträge)⁷³. Darüber hinaus könnten Sondernutzungskonzessionen, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ebenfalls unter Art. 9 IVöB fallen⁷⁴. In solchen Fällen würde die beschaffungsrechtliche der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht grundsätzlich vorgehen (Rz. 42 f.). Ob und inwieweit Art. 9 IVöB auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist, wird von der Judikatur zu beantworten sein.

54. Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht nicht nur die Vergabe der Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch wie Strassen, Plätze oder dem Untergrund, sondern auch die Vergabe der bestimmungsgemässen Sondernutzung einer **Verwaltungssache**. Verwaltungssachen sind alle öffentlichen Sachen, die für spezifische staatliche Aufgaben bestimmt sind, wie etwa Verwaltungsgebäude, öffentliche Schulen, Spitäler, Bibliotheken und Sportanlagen oder Fahrzeuge von öffentlichen

⁶⁴ BGE 143 II 598 E. 4 S. 604 ff.; BGer, 2C_351/2017 vom 12. April 2018, E. 3.3.; 2C_959/2021, 2C_961/2021 vom 30. November 2022, E. 2.2 und E. 7.

⁶⁵ Musterbotschaft revIVöB, S. 35; BGE 143 II 120 E. 6.3.2 S. 128 m.w.H. So auch MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 25 ff.; TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 12 ff.

⁶⁶ Vgl. POLTIER, énigmes, S. 154 f.

⁶⁷ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1258; POLTIER, énigmes, S. 153. Vgl. auch Musterbotschaft revIVöB, S. 35; Botschaft revBöB, S. 1899.

⁶⁸ BGE 135 II 49 Sachverhalt S. 51.

⁶⁹ BGE 135 II 49 E. 4.2-4.4 S. 52 ff. Bestätigung von BGE 125 I 209 E. 6 S. 212 ff.

⁷⁰ BGE 135 II 49 E. 4.4 S. 56.

⁷¹ Bestätigt in BGer, 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.3; 2C_994/2016 vom 9. März 2018, E. 1.3.2.

⁷² Musterbotschaft revIVöB, S. 35. Vgl. auch BVGer, B-6872/2017 vom 22. August 2022, E. 3.3.

⁷³ MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 28.

⁷⁴ Vgl. POLTIER, énigmes, S. 154 f.

Verkehrsunternehmen⁷⁵. Gemäss Bundesgericht können faktische Monopole auch auf der Herrschaftsbefugnis des Gemeinwesens über Verwaltungssachen beruhen⁷⁶. So hat das Bundesgericht die Vereinbarungen zur Ernennung der Direktionen, die für die Leitung zweier Stadttheater in Genf während mehrerer Theatersaisons zuständig sind, wie Sondernutzungskonzessionen behandelt und folgerichtig Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt⁷⁷.

55. Keine Vergabe im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist demgegenüber die Überlassung von Nutzungsrechten an staatlichem **Finanzvermögen**, welches nicht unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient⁷⁸. Finanzvermögen kann gemäss Bundesgericht kein faktisches Monopol begründen⁷⁹. Daher ist die Zuteilung des Auftrags an eine Privatperson, ein Hotel und ein Restaurant im Finanzvermögen der Stadt Genf zu betreiben, von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgenommen⁸⁰. Eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM sollte indessen dann in Betracht gezogen werden, wenn die Verfügungsmacht über eine Sache im Finanzvermögen dem Staat eine faktische Monopolstellung vermittelt. Es geht um Fälle, in denen Unternehmen aufgrund der Nutzung von staatlichem Finanzvermögen einen derartigen Wettbewerbsvorteil erlangen, dass andere Anbieter im relevanten Markt nicht konkurrenzfähig sind. In diesen Situationen sollte der Umstand, dass das Finanzvermögen nicht unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, der Qualifikation als kantonales oder kommunales Monopol und damit einer Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht entgegenstehen⁸¹.

56. Bisher nicht höchstrichterlich entschieden wurde die Frage, ob die **ausserordentliche Nutzung von Verwaltungssachen** der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht. Eine ausserordentliche, d.h. nicht bestimmungsgemässe Nutzung von Verwaltungssachen besteht darin, dass staatliche Behörden oder staatlich beherrschte Unternehmen ihre Verwaltungssachen ausserhalb der öffentlichen Aufgaben gegen Entgelt Privaten zur Verfügung stellen. Dies ist zulässig, soweit dadurch die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben nicht beeinträchtigt wird⁸². Soweit privatwirtschaftliche Tätigkeiten nicht auf eine ausserordentliche Nutzung von Verwaltungssachen angewiesen sind, steht nicht der Marktzugang auf dem Spiel. Mögliche Beispiele sind die Vermietung von Hörsälen in Universitätsgebäuden an private Veranstalter oder die Bereitstellung der Aussenflächen von Verkehrsbussen für das Anbringen von Werbetexten. In solchen Fällen besitzt das Gemeinwesen kein faktisches Monopol⁸³, weshalb Art. 2 Abs. 7 BGBM keine Anwendung findet. Wie die Bereitstellung von Sachen im Finanzvermögen zur exklusiven Nutzung (Rz. 55) kann aber auch die Überlassung von Verwaltungssachen zur ausserordentlichen Nutzung aufgrund der damit verbundenen Wettbewerbsvorteile eine Ausschlusswirkung entfalten. Zu denken ist etwa an die Vermietung von Parkplätzen, die zum Finanzvermögen eines öffentlichen Flughafens gehören, an private Anbieter von Autopark-Dienstleistungen («Valet-Parking»). In solchen Fällen ist von einer faktischen Monopolstellung des Verwaltungsträgers auszugehen; entsprechend sollte die Übertragung des Rechts auf ausserordentliche Nutzung der Verwaltungssache der

Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen⁸⁴.

57. Falls kantonale oder kommunale Behörden eine Sondernutzungskonzession vergeben, haben sie somit die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu beachten. Eine andere Frage ist, inwieweit die Kantone und Gemeinden frei sind, für die Vergabe von Rechten auf Sondernutzung öffentlicher Sachen anstelle einer Konzession auch **andere verwaltungsrechtliche Instrumente** wie namentlich eine Bewilligung oder einen verwaltungsrechtlichen Vertrag vorzusehen. Gemäss Bundesgericht sind die Kantone in der Wahl des verwaltungsrechtlichen Instrumentariums im Prinzip frei, soweit die Vergabe mittels Konzession nicht durch das übergeordnete Recht vorgeschrieben ist⁸⁵. Zugleich betont das Bundesgericht aber, dass die verwendete Bezeichnung des Vergabeinstruments mit Blick auf die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht entscheidend ist⁸⁶.

58. In einem **Urteil von 2018 zur Nutzung von Geothermie** kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Kanton für ein Pilotprojekt im Bereich der Tiefengeothermie ein Bewilligungsregime vorsehen durfte und die Vergabe des Untergrunds für die entsprechende Nutzung nicht der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstand⁸⁷. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis war aber letztlich nicht der Umstand, dass der Kanton ein Bewilligungsregime kannte, sondern andere Gründe. Zum einen brachte das Bundesgericht vor, dass kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts gegeben sei und mit dem Recht auf Nutzung von Geothermie im Rahmen eines Pilotprojekts keine öffentliche Aufgabe übertragen werde⁸⁸. Dieses Argument

⁷⁵ BGE 138 I 274 E. 2.3.2 S. 284. MOSER, Der öffentliche Grund, S. 18 ff.

⁷⁶ BGE 145 II 303 E. 6.1.3 S. 309.

⁷⁷ BGE 145 II 303 E. 6.1.3 S. 309.

⁷⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2203 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1338.

⁷⁹ BGE 145 II 252 E. 5.1 S. 256.

⁸⁰ BGE 145 II 252 E. 5.1 S. 256 f.

⁸¹ Aus analogen Gründen wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass Investitionen in das Finanzvermögen nicht grundsätzlich vom Beschaffungsrecht ausgenommen sein sollen: DIEBOLD, Ausschreibung, S. 231; POLTIER, Marchés publics, S. 13 Fn. 18; DIEBOLD/MAGNIN, Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung, S. 218, je mit weiteren Hinweisen auch auf Gegenmeinungen. Sodann VGer GR U 00 45 vom 23. August 2000 E. 1a = PVG 2000, 255 ff. (Renovation an einem Hotel im Eigentum einer Gemeinde).

⁸² BGE 127 I 84 E. 4b S. 89; BVGer, B-4786/2020 vom 21. September 2021, E. 1.4.3.1.

⁸³ BGE 127 I 84 E. 4b S. 89.

⁸⁴ Vgl. BGE 143 I 37 E. 8.1 S. 47: Beachtung des Gebots der Gleichbehandlung der Konkurrenten (Art. 27 BV) im Zusammenhang mit der Ausübung von «Valet-Parking» auf dem Gelände des Internationalen Flughafens Genf (Finanzvermögen).

⁸⁵ BGE 145 II 32 E. 3.1 S. 37.

⁸⁶ BGE 145 II 32 E. 4.1 S. 39. So bereits BGE 143 II 598 E. 4.1 S. 604 mit Verweis auf CR-POLTIER, LMI 2 VII Rz. 33.

⁸⁷ BGE 145 II 32 E. 4 S. 38 ff.

⁸⁸ BGE 145 II 32 E. 4.1 S. 39 f. und E. 4.2 S. 40.

kann jedoch nicht massgebend sind, verlangt doch Art. 2 Abs. 7 BGBM weder das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung noch die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe⁸⁹. Zum anderen bemerkte das Gericht, dass sich der Kanton darauf beschränkt habe, einem privaten Unternehmen auf dessen Antrag hin die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit zu gestatten, wobei es sich lediglich um ein punktuell Projekt an einem bestimmten Ort handelte⁹⁰. Dieses Argument könnte bedeuten, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine Sondernutzung im Sinne einer ausschliesslichen Nutzung einer öffentlichen Sache während einer längeren Dauer (Rz. 14) handelte, sondern um eine weniger intensive Nutzung im Sinne eines gesteigerten Gemeingebrauchs. Allerdings fehlt es im Urteil an einer Qualifikation der Nutzung als gesteigerter Gemeingebrauch.

59. Naheliegender ist die Annahme, dass das Bundesgericht der Auffassung der Vorinstanz folgte, wonach Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht auf Projekte anwendbar ist, die auf unternehmerische **Eigeninitiative** zurückgehen⁹¹. Im konkreten Fall wurde das Pilotprojekt für die Nutzung von Geothermie am fraglichen Ort von einem privaten Unternehmen initiiert und ausgearbeitet. Wenn die Initiative für die Nutzung der öffentlichen Sache von einem privaten Unternehmen ausgeht und dieses entsprechende Vorinvestitionen tätigt, kann dies durchaus eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM begründen⁹². Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Gemeinwesen aufgrund seiner Herrschaft über öffentliche Sachen in Bezug auf wirtschaftliche Tätigkeiten, die auf die Nutzung dieser Sache angewiesen sind, ein faktisches Monopol innehat. Entsprechend hätte im Urteil von 2018 zur Nutzung von Geothermie Art. 2 Abs. 7 BGBM für anwendbar erachtet und der Verzicht auf Ausschreibung auf die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 3 BGBM abgestützt werden sollen. Insgesamt kann dieses Urteil daher nicht im Sinne einer Änderung der Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Übertragung der Nutzung faktischer Monopole verstanden werden⁹³.

c. Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch

60. Die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch ist **in der Lehre umstritten** (zum Begriff des gesteigerten Gemeingebrauchs Rz. 14)⁹⁴. Bejaht wurde die Unterstellung solcher Bewilligungen unter die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht in der kantonalen Gerichtspraxis⁹⁵ und der Verwaltungspraxis der WEKO⁹⁶.

61. Bisher hat das **Bundesgericht** nicht explizit entschieden, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM neben der Vergabe von Sondernutzungskonzessionen auch die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch erfasst. Einzelne Urteile scheinen darauf hinzudeuten, dass das Bundesgericht von einer Nichtunterstellung solcher Bewilligungen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgeht. In diese Richtung könnte das erwähnte Urteil von 2018 zur Nutzung von Geothermie interpretiert werden (Rz. 58). Ein möglicher Anhaltspunkt ist auch die folgende Bemerkung des Bundesgerichts in einem Urteil von 2017 zur Zuteilung von Taxistandplätzen: Wenn die Übertragung eines Nutzungsrechts die Nutzung des

öffentlichen Grundes betrifft, ist die Intensität der Nutzung ausschlaggebend dafür, ob es sich um eine Bewilligung (gesteigerte Nutzung) oder um die Erteilung einer Konzession (ausschliessliche Nutzung) handelt, die zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM führt⁹⁷. E contrario könnte daraus geschlossen werden, dass eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch nicht zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM führt.

62. Fraglich ist, ob sich aus der Unterstellung von faktischen Monopolen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM folgern lässt, dass auch die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch von dieser Bestimmung erfasst ist. Der **Begriff des faktischen Monopols** wird in Lehre⁹⁸ und Rechtsprechung⁹⁹ in der Regel im Zusammenhang mit der Sondernutzung öffentlicher Sachen – nicht aber mit dem gesteigerten Gemeingebrauch – verwendet. Das Bundesgericht hat indessen den Begriff des faktischen Monopols offen definiert. Demnach «besteht ein faktisches Monopol, wenn das Gemeinwesen kraft seiner Herrschaft über den öffentlichen Grund Private von einer ihnen an sich nicht verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst»¹⁰⁰. Ist eine wirtschaftliche Tätigkeit wie etwa der Betrieb von Standplätzen auf Wochenmärkten, das Taxi- oder das Zirkusgewerbe auf die gesteigerte Nutzung öffentlicher Sachen angewiesen, übt das Gemeinwesen – in Anwendung der bundesgerichtlichen Definition – kraft seiner Herrschaft über den öffentlichen Grund ein faktisches Monopol aus.

⁸⁹ DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 82.

⁹⁰ BGE 145 II 32 E. 4.2 S. 40.

⁹¹ Zu diesem Argument der Vorinstanz BGE 145 II 32 E. 4 S. 38 f.: « la cour cantonale (selon laquelle l'art. 2 al. 7 LMI ne s'appliquerait pas aux projets relevant de l'initiative personnelle) ».

⁹² Dies war auch einer der Gründe für den Bundesgesetzgeber, in den Bereichen der Wassernutzungs- und Stromnetzkonzessionen eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht zu statuieren (vgl. Parlamentarische Initiative «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 21. Februar 2011, BBl 2011 2901, 2909).

⁹³ Vgl. die kritischen Bemerkungen zu BGE 145 II 32 von ANDREAS ABEGG/LEONIE DÖRIG/GORAN SEFEROVIC, URP 2019 420, S. 437 f.

⁹⁴ Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM: RÜTSCH/DIEBOLD, Geschlossene Märkte, S. 105 f.; DIEBOLD, Ausschreibung, S. 245; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 83; implizit auch OESCH/RENNER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6 (Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM als geschlossener Markt).

Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM: BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 817; ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 203; REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, S. 588.

⁹⁵ Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 21. Juli 2014, RPW 2014/3 650, E. 3.5 betreffend Vergabe von Bewilligungen für den Betrieb von Marroniständen.

⁹⁶ WEKO-Empfehlung, usage du sous-sol, Rz. 4; WEKO-Empfehlung, Taxi Genf, Rz. 31.

⁹⁷ BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605: « Lorsque le transfert d'un droit d'exploitation concerne l'usage du domaine public, c'est l'intensité de l'usage qui permet de déterminer si l'on a affaire à une autorisation (usage accru) ou à la délivrance d'une concession (usage privatif) conduisant à l'application de l'art. 2 al. 7 LMI. ».

⁹⁸ Vgl. MOSER, Der öffentliche Grund, S. 282 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2696 ff.; TSCHANEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1244.

⁹⁹ Vgl. BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605; 145 II 252 E. 5.1 S. 256; 145 II 303 E. 6.1.2 S. 308.

¹⁰⁰ BGE 128 I 3 E. 3b S. 11.

63. Unabhängig vom Verständnis des Begriffs «faktisches Monopol» legt der **Zweck der Ausschreibungspflicht** von Art. 2 Abs. 7 BGBM nahe, die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch dieser Bestimmung zu unterstellen: Die Ausschreibung ist ein prozedurales Instrument, um Personen für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten (diskriminierungsfreien) Zugang zum Markt zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Mit Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit entscheidet das Gemeinwesen über den Marktzugang. Da dieser Zugang aufgrund der fehlenden Gemeinverträglichkeit des gesteigerten Gemeingebrauchs auf eine bestimmte Anzahl von Anbietern begrenzt ist, ist der entsprechende Markt geschlossen (Rz. 13 ff.). Insoweit sind die Wettbewerbsverhältnisse bei gesteigertem Gemeingebrauch dieselben wie bei der Sondernutzung von öffentlichen Sachen sowie der Nutzung von rechtlichen Monopolen¹⁰¹. Die teleologische Auslegung spricht somit für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch.

64. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch ergibt sich auch aus einer **verfassungskonformen Auslegung** dieser Bestimmung. Aus der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und 94 BV folgt, dass der Staat direkte Konkurrenten gleich zu behandeln hat, wenn er öffentlichen Grund zur wirtschaftlichen Nutzung vergibt und dafür Bewilligungen erteilt. Das Gemeinwesen muss das Bewilligungsverfahren so ausgestalten, dass möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden¹⁰². In prozeduraler Hinsicht bedeutet dies gemäss Bundesgericht, dass der Staat Rechte auf gesteigerte Nutzung öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken in einem offenen Verfahren vergeben muss¹⁰³. Offene Vergabeverfahren im verfassungsrechtlichen Sinn ermöglichen allen Interessenten, sich um den Zuschlag – etwa die Erteilung der Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch – zu bewerben. Die Offenheit des Verfahrens zeigt sich darin, dass jedermann ein Bewilligungsgesuch stellen kann und die Behörde verpflichtet ist, jedes eingereichte Gesuch zu prüfen und darüber zu entscheiden. Sofern das Gemeinwesen aus eigener Initiative eine öffentliche Sache in bestimmtem Umfang für eine gesteigerte Nutzung zu wirtschaftlichen Zwecken vergibt und mehrere potenzielle Anbieter in Frage kommen, kann den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein offenes Verfahren nur in Gestalt einer Ausschreibung nachgekommen werden. Mit Blick darauf, dass das BGBM zum Zweck hat, die Wirtschaftsfreiheit im Binnenmarkt zu verwirklichen¹⁰⁴, muss in diesen Fällen Art. 2 Abs. 7 BGBM zur Anwendung kommen. Dies bedeutet insbesondere, dass der Zuschlag in Form einer anfechtbaren Verfügung nach Art. 9 Abs. 1 BGBM zu erlassen ist und der WEKO ein Beschwerderecht nach Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM zukommt (Rz. 43).

65. **Gegen die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM** auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch hat in der Lehre insbesondere MARTIN BEYELER die folgenden Argumente vorgebracht: Der Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch fehle es an hinreichender Exklusivwirkung gegenüber allfälligen Konkurrenten, zumal

sie «meist lokal sehr begrenzter und überdies auch vorübergehender Natur» sei. Eine Ausschreibung gesteigerten Gemeingebrauchs wäre auch deshalb sinnwidrig, «da gesteigerter Gemeingebrauch typischerweise allein der Initiative des privaten Nutzungsinteressenten entspringt und eine entsprechende Bewilligung grundsätzlich alle (allerdings nicht alle zur selben Zeit am selben Ort) erhalten können, welche die Voraussetzungen erfüllen». Ganz abgesehen davon könne in ihr keine eigentliche «Übertragung der Nutzung» eines Monopols im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM, sondern bloss eine (temporäre) «Überlassung» erblickt werden¹⁰⁵.

66. Diesen Argumenten lässt sich wiederum **entgegenhalten**, dass Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch durchaus eine derart starke Exklusivwirkung entfalten können, dass Konkurrenten ohne Bewilligung vom Marktzugang ausgeschlossen sind oder zumindest erhebliche Wettbewerbsnachteile erleiden. Die erwähnten Beispiele der Marktstandplätze, Standplätze für Taxis oder Zirkusstandplätze mögen dies belegen. Das Argument, dass gesteigerter Gemeingebrauch typischerweise auf die Eigeninitiative von privaten Interessenten zurückgeht, spricht nicht gegen die prinzipielle Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM. Vielmehr liesse sich in solchen Fällen allenfalls gestützt auf Art. 3 BGBM eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht begründen. Schliesslich kann die Semantik von Art. 2 Abs. 7 BGBM («Übertragung der Nutzung») nicht entscheidend sein, wenn der Zweck der Bestimmung sowie deren verfassungskonforme Auslegung eine Anwendung der Ausschreibungspflicht auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch aufdrängen (vgl. Rz. 57).

67. Insgesamt bestehen damit **rechtliche Unsicherheiten** hinsichtlich der Frage, ob Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt sind. Um die Frage definitiv zu klären, bedarf es entweder eines Grundsatzurteils durch das Bundesgericht oder einer expliziten Regelung durch den Gesetzgeber.

d. Kontingentbewilligungen

68. Mit Kontingentbewilligungen steuert das Gemeinwesen die Anzahl von Anbietern in einem Markt in Form von Höchstzahlen oder Bedürfnisklauseln. Wie Monopol- und Sondernutzungskonzessionen sowie Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch führen auch Kontingentbewilligungen bzw. wirtschaftspolitische Bewilligungen zu **geschlossenen Märkten** (Rz. 16 f.). Kontingentbewilligungen bergen daher die Gefahr, dass bei deren

¹⁰¹ Vgl. DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 83; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6.

¹⁰² BGE 128 I 136 E. 4.1 S. 146.

¹⁰³ BGer, 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 4.2.

¹⁰⁴ Botschaft BGBM, S. 1283: «Die Handels- und Gewerbefreiheit bildet aber den inhaltlichen Ausgangspunkt des Binnenmarktgesetzes. Sein persönlicher wie auch sein sachlicher Geltungsbereich hält sich innerhalb dessen, was von der HGF erfasst wird.»; revBGBM, S. 490: «Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass mit dem Gesetz primär die Stärkung der Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit verfolgt wird.»

¹⁰⁵ Zum Ganzen BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 817 (einschliesslich Zitate).

Erteilung ortsfremde Anbieter diskriminiert werden. Mit Blick auf den Zweck des BGBM, Erwerbstätigen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 BGBM), sollte daher die Vergabe von Kontingentbewilligungen durch kantonale und kommunale Behörden ebenfalls der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen¹⁰⁶.

69. Das **Bundesgericht** hat bisher die Frage, ob Kontingentbewilligungen nach Massgabe von Art. 2 Abs. 7 BGBM auszuschreiben sind, nicht thematisiert. Soweit ersichtlich gibt es dazu auch keine kantonale Rechtsprechung. Ob Kontingentbewilligungen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM subsumiert werden können, ist insofern in gleichem Masse unsicher wie die Frage, ob Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch dieser Bestimmung unterstehen (Rz. 67).

e. Leistungsaufträge

70. Mit Leistungsaufträgen überträgt das Gemeinwesen öffentliche Aufgaben auf Dritte. Leistungsaufträge, mit denen marktfähige öffentlichen Aufgaben – und nicht um staatliche Vollzugsaufgaben mit hoheitlichem Charakter – delegiert werden, führen zu **geschlossenen Märkten**, wenn sie erstens mengenmässig begrenzt und zweitens mit derart gewichtigen Wettbewerbsvorteilen verbunden sind, dass eine Anbieterin ohne Leistungsauftrag nicht konkurrenzfähig ist. Solche Vorteile sind namentlich Abgeltungen (Subventionen) oder das Recht auf Abrechnung zulasten einer Sozialversicherung (zum Ganzen Rz. 18 f.).

71. Die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM greift dann, wenn eine kantonale oder kommunale Behörde die Nutzung eines rechtlichen oder faktischen Monopols im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf Private überträgt (Rz. 33 ff.). Dabei ist vorausgesetzt, dass die monopolisierte Tätigkeit eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 BGBM darstellt. Öffentliche Aufgaben sind nicht zwingend mit einer Monopolisierung verknüpft. Die Erteilung eines Leistungsauftrags kann aber **mit der Übertragung eines Monopolrechts verbunden** sein, namentlich mit der Verleihung einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession. Beispiele sind Leistungsaufträge im Bereich des öffentlichen Regionalverkehrs¹⁰⁷, des Betriebs von Stromnetzen¹⁰⁸ oder der Erbringung von monopolisierten Rettungsdienstleistungen¹⁰⁹. Ist die Übertragung des Monopolrechts selbst Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt, ist diese Bestimmung auch auf die Erteilung des mit der Ausübung des Monopolrechts verknüpften Leistungsauftrags anwendbar. Findet indessen auf eine solche Vergabe zugleich Art. 9 IVöB Anwendung (dazu Rz. 73 f.), ist diese Bestimmung anzuwenden, falls die beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte erfüllt sind (Rz. 42).

72. Abgesehen von solchen Fällen (Kombination von Leistungsaufträgen mit der Übertragung von Monopolrechten) ist **fraglich**, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM für die Erteilung von Leistungsaufträgen gilt. Wie im Zusammenhang mit der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen (Rz. 51) und Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch (Rz. 63) könnte argumentiert werden, dass die Vergabe von Leistungsaufträgen, die zu einer faktischen Marktschliessung führen, der binnenmarkt-

rechtlichen Ausschreibungspflicht unterstehen muss, um eine Diskriminierung von ortsfremden Anbietern zu verhindern¹¹⁰. Die Rechtsprechung hat dies jedoch bisher nicht anerkannt¹¹¹.

73. Die Vergabe eines Leistungsauftrags untersteht als «Übertragung einer öffentlichen Aufgabe» der **besonderen beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht** gemäss Art. 9 IVöB, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse gegen Entgelt wahrnimmt (Rz. 40 f.). Die Voraussetzung des öffentlichen Interesses ist per se eingehalten, wenn dem Anbieter eine öffentliche Aufgabe übertragen wird¹¹². Das Kriterium der Entgeltlichkeit ist namentlich erfüllt, wenn der Anbieter Abgeltungen erhält, keine oder eine reduzierte Konzessionsgebühr bezahlen muss¹¹³, von Dritten Gebühren erheben darf oder ermächtigt wird, zulasten einer Sozialversicherung abzurechnen.

74. Nicht ohne Weiteres klar ist indessen, was die in Art. 9 IVöB statuierte Voraussetzung der **ausschliesslichen oder besonderen Rechte** bedeutet. Diese an das Europarecht angelehnte Formulierung¹¹⁴ kann im Kontext der Übertragung von öffentlichen Aufgaben unterschiedlich verstanden werden: In jedem Fall kommen einem Anbieter ausschliessliche oder besondere Rechte zu, wenn ihm zusammen mit dem Leistungsauftrag die Nutzung eines rechtlichen oder faktischen Monopols oder die Ausübung einer hoheitlichen Vollzugsaufgabe (Rz. 21) übertragen wird. Von der Verleihung «ausschliesslicher oder besonderer Rechte» kann möglicherweise aber auch dann gesprochen werden, wenn die mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe zugespro-

¹⁰⁶ RÜTSCH/DIEBOLD, Geschlossene Märkte, S. 105 f.; DIEBOLD, Ausschreibung, S. 244; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 75, 79; implizit auch OESCH/RENNER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6 (Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM als geschlossener Markt).

¹⁰⁷ Vgl. Art. 4 PBG (Personenbeförderungsregal) und Art. 28 ff. PBG (bestelltes Verkehrsangebot).

¹⁰⁸ Vgl. Art. 3a StromVG (kantonale und kommunale Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz) und Art. 5 Abs. 1 StromVG (Leistungsaufträge an Netzbetreiber).

¹⁰⁹ WEKO, Jahresbericht 2012, RPW 2013/1 1, S. 14; WEKO, Empfehlungen vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, RPW 2014/4 801, S. 806. POLEDNA/DO CANTO, Gesundheitswesen, Rz. 8.

¹¹⁰ DIEBOLD, S. 240; RÜTSCH, Leistungsaufträge, S. 89 f.: bei faktischer Marktschliessung durch Leistungsaufträge folgt eine Ausschreibungspflicht aus Art. 2 Abs. 7 BGBM sowie der Verfassung (Art. 27 und 94 sowie Art. 29 Abs. 2 BV).

¹¹¹ Vgl. immerhin BVGer, C-4154/2011 vom 5. Dezember 2013, E. 6.2.4: «Um eine willkürfreie, transparente und sachgerechte Auswahl zu gewährleisten, muss ein interessierter Leistungserbringer im Laufe des Zuteilungsverfahrens Gelegenheit haben, sich um die Zuteilung eines Leistungsauftrags zu bewerben und damit gehört zu werden.»

¹¹² MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 42.

¹¹³ So in BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58: Plakatanschlagskonzession mit reduzierter Konzessionsabgabe und Auftrag, Fahrräder zur Selbstausleihe zur Verfügung zu stellen.

¹¹⁴ Vgl. Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

chenen Abgeltungen so bedeutend sind, dass die fragliche Tätigkeit ohne Leistungsauftrag faktisch nicht ausgeübt werden kann, d.h. wenn ein faktisch geschlossener Markt besteht (Rz. 19 f.). Denkbar ist darüber hinaus, dass die Zusprache von Abgeltungen an einen beschränkten Kreis von Anbieterinnen als solche als besonderes Recht interpretiert wird¹¹⁵.

75. In neueren Urteilen, die noch vor dem Inkrafttreten des totalrevidierten Beschaffungsrechts auf Bundesebene (BöB) und kantonaler Ebene (IVöB) ergingen, hat das Bundesgericht die Vergabe von Leistungsaufträgen unter den herkömmlichen **Begriff des öffentlichen Auftrags**, wie er nunmehr in Art. 8 IVöB definiert ist, subsumiert¹¹⁶.

76. Die Qualifikation der Vergabe von Leistungsaufträgen als öffentliche Aufträge im herkömmlichen Sinne wirft die Frage nach dem **Verhältnis von Art. 8 IVöB zu Art. 9 IVöB** auf, welcher die Übertragung öffentlicher Aufgaben durch kantonale und kommunale Behörden spezifisch regelt.

In der Lehre ist dieses Verhältnis umstritten¹¹⁷. Unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs der speziellen vor der allgemeinen Regel sollte Art. 9 IVöB – und nicht Art. 8 IVöB – Anwendung finden, wenn es um die Übertragung öffentlicher Aufgaben geht. Diese Auslegung erscheint auch mit Blick auf die Rechtsfolgen der beiden Bestimmungen sinnvoll: Während öffentliche Aufträge gemäss Art. 8 IVöB international ausgeschrieben werden müssen, soweit sie im Staatsvertragsbereich liegen, liegen Vergaben nach Art. 9 IVöB stets ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, sodass eine Ausschreibung auf nationaler Ebene ausreicht¹¹⁸. Dies lässt sich damit begründen, dass der Staat im Rahmen klassischer Beschaffungen rein privatwirtschaftliche Angebote wie z.B. den Bau von Strassen oder Informatikdienstleistungen nachfragt. Der Anbieter ist dabei nicht selbst für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verantwortlich, sondern übt für den Verwaltungsträger lediglich eine administrative Hilfstätigkeit¹¹⁹ aus. Demgegenüber wird das Unternehmen, dem eine öffentliche Aufgabe delegiert wird, selbst zum Verwaltungsträger, der für die rechtmässige Erfüllung der öffentlichen Aufgabe eigene Verantwortung trägt¹²⁰. Angesichts dieser Verantwortlichkeit und der entsprechenden «Staatsnähe» des beauftragten Anbieters ist es nachvollziehbar, dass das Gemeinwesen nicht gesetzlich verpflichtet werden soll, die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Dritte international auszuschreiben¹²¹.

77. Insgesamt ist somit noch nicht geklärt, ob die Vergabe von Leistungsaufträgen, die nicht mit der Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols verbunden sind, der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen (Rz. 71). Ebenso ist fraglich, inwieweit sich in solchen Fällen aus Art. 9 IVöB eine Ausschreibungspflicht ableiten lässt (Rz. 73 f.). Umstritten ist auch, in welchem Verhältnis Art. 9 IVöB zum Begriff des öffentlichen Auftrags nach Art. 8 IVöB steht (Rz. 76). Soweit der Gesetzgeber für ein bestimmtes Gebiet keine Spezialregelung vorgesehen hat, bestehen gegenwärtig somit **erhebliche Unsicherheiten** bezüglich der Frage, ob und unter welchen

Voraussetzungen die Vergabe von Leistungsaufträgen öffentlich auszuschreiben ist.

f. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen

78. Schliesslich können **geschlossene Märkte** auf sozialversicherungsrechtliche Zulassungen zurückzuführen sein, falls diese mengenmässig beschränkt und die Anbieter auf sie angewiesen sind, um konkurrenzfähig zu sein (Rz. 22 f.). Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen können mit einem Leistungsauftrag verknüpft sein, wie dies beispielsweise im Spitalbereich der Fall ist (Rz. 20). Diesbezüglich ist für die Frage, ob die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM anwendbar ist, auf die vorstehenden Ausführungen zu den Leistungsaufträgen zu verweisen (Rz. 70 ff.).

79. Das **Bundesgericht** hatte in einem Urteil von 2020 über die Zulassung eines Helikopterunternehmens zur Ausführung von Rettungsflügen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Wallis zu entscheiden. Dabei stellt das Bundesgericht fest, dass nach kantonalem Recht eine Ausschreibungspflicht gegeben sei, welche den Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM genügen würde. Die Frage, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM Anwendung finden würde, bauche daher nicht geprüft zu werden¹²².

80. Abgesehen von diesem Urteil ist die Unterstellung von sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen als solchen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM in der Rechtsprechung bisher soweit ersichtlich **nicht thematisiert** worden. Wie im Zusammenhang mit der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen (Rz. 51), Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch (Rz. 60) und Leistungsaufträgen (Rz. 72) liesse sich mit Blick auf den Zweck

¹¹⁵ In diesem Sinne MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 39 f.; vgl. auch TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 14.

¹¹⁶ BGE 144 II 177 E. 1.3 S. 180 ff. betreffend einen Auftrag zum Betrieb des Veloverleihsystems; BGer, Urteil 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3 betreffend Leistungsauftrag für Spitex-Dienstleistungen. Sodann Entscheid der früheren Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) vom 3. September 1999, in: VPB 64.30, E. 1b/bb betreffend die Übertragung der Aufgabe der Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr auf einen Privaten. Vgl. auch BVGer, Urteil B-2457/2020 vom 23. August 2021, E. 2.4.4.1.

¹¹⁷ Für den Vorrang von Art. 9 IVöB: MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 50; TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 3; POLTIER, énigmes, S. 147 ff.; vgl. auch FETZ/STEINER, Beschaffungsrecht, Rz. 74, Fn. 226. Für den Vorrang von Art. 8 IVöB: DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 99.

¹¹⁸ TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 2; POLTIER, énigmes, S. 148.

¹¹⁹ Zum, Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 388, 1384 f.; TSCHANEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 71.

¹²⁰ Eingehend zur Unterscheidung zwischen administrativer Hilfstätigkeit («auxiliaires») und der Übertragung öffentlicher Aufgaben («délégation de tâches publiques») POLTIER, délimitation, Rz. 33 ff. Sodann MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 9 ff., 21, 33; TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 8.

¹²¹ Auch aus der Botschaft zum totalrevidierten BöB (Botschaft revBöB, S. 1902) geht hervor, dass die Unterscheidung zwischen blosser administrativer Hilfstätigkeit und der Übertragung weitergehender Befugnisse entscheidend ist für die Abgrenzung zwischen Art. 8 und Art. 9 BöB (deren Formulierung derjenigen von Art. 8 und 9 IVöB entspricht).

¹²² BGer, 2C_697/2019 vom 21. August 2020, E. 2.2.

des BGBM begründen, dass die Vergabe von Leistungsaufträgen, die zu einer faktischen Marktschliessung führen, der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht unterstehen sollte, um eine Diskriminierung von ortsfremden Anbietern zu verhindern¹²³.

IV. Schlussfolgerungen

1. Unsicherheiten und Lücken

81. Wie die vorstehende Analyse gezeigt hat, bestehen mangels einschlägiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie aufgrund unterschiedlicher Lehrmeinungen insbesondere in folgenden Konstellationen rechtliche **Unsicherheiten**, ob kantonale und kommunale Behörden Rechte auf Zugang zu geschlossenen Märkten gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM oder Art. 9 IVöB öffentlich auszuschreiben haben:

- **Monopolkonzessionen:** Mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 9 IVöB ist unsicher, ob diese Bestimmung auf die Vergabe von Monopolkonzessionen bzw. Konzessionen des öffentlichen Dienstes anwendbar ist, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ohne dass mit ihnen eine öffentliche Aufgabe übertragen wird (Rz. 49 f.). Solche Vergaben sind jedoch Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt (Rz. 48). Insofern sind der gleichberechtigte Zugang zu geschlossenen Märkten sowie der entsprechende Rechtsschutz gewährleistet.
- **Sondernutzungskonzessionen:** Mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 9 IVöB ist unsicher, ob diese Bestimmung auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ohne dass mit ihnen eine öffentliche Aufgabe übertragen wird (Rz. 53). Solche Vergaben sind jedoch in jedem Fall Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt (Rz. 51). Insofern sind der gleichberechtigte Zugang zu geschlossenen Märkten sowie der entsprechende Rechtsschutz gewährleistet.
- **Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch:** Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden (Rz. 60 ff.). Immerhin hat das Bundesgericht anerkannt, dass das Gemeinwesen zur Gewährleistung der Gleichbehandlung der Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 27 und Art. 94 BV) Rechte auf gesteigerte Nutzung öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken in einem offenen Verfahren vergeben muss (Rz. 64).
- **Kontingentbewilligungen:** Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von Kontingentbewilligungen bzw. wirtschaftspolitischen Bewilligungen ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden (Rz. 69).
- **Leistungsaufträge:** Ist die Vergabe eines Leistungsauftrags mit der Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols verbunden, untersteht sie sowohl Art. 2 Abs. 7 BGBM als auch Art. 9 IVöB (Rz. 71). In den übrigen Fällen ist mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 9 IVöB unsicher, inwieweit

sich für die Vergabe von Leistungsaufträgen eine Ausschreibungspflicht ergibt (Rz. 72 ff.).

- **Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen:** Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden (Rz. 81 f.).

82. Das Postulat 19.4379 der WAK-S vom 18. Oktober 2019 und die Motion 15.3399 von Andrea Caroni Andrea vom 5. Mai 2015 haben die Verwirklichung eines fairen Verfahrens beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone zum Gegenstand. Die Motion verlangte insbesondere, dass «die Ausschreibungspflicht auch bei der Vergabe von Nutzungsrechten für beschränkt verfügbare öffentliche Sachen und von Leistungsaufträgen gilt» (Rz. 1). Ob das geltende Binnenmarkt- und Beschaffungsrecht **Lücken** aufweist, ist mit Blick auf diese Zielsetzungen zu beurteilen.

83. Aufgrund der vorstehenden Analyse ist festzuhalten, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM im Zusammenspiel mit Art. 9 IVöB den erforderlichen **Auslegungsspielraum** lässt, um die Vergabe aller Arten von Rechten, die einen Zugang zu geschlossenen Märkten vermitteln, der Ausschreibungspflicht zu unterstellen. In Bezug auf gewisse Rechte (Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch, Kontingentbewilligungen, Leistungsaufträge ohne Monopolrechte und sozialversicherungsrechtliche Zulassungen) hat zwar die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Ausschreibungspflicht aufgrund von Art. 2 Abs. 7 BGBM oder Art. 9 IVöB bisher nicht bestätigt. Umgekehrt hat das Bundesgericht eine solche Ausschreibungspflicht aber auch nicht verneint. Insofern kann im gegenwärtigen Zeitpunkt gemessen am Ziel, ein faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone zu verwirklichen, lediglich von Unsicherheiten – nicht aber von eigentlichen gesetzlichen Lücken gesprochen werden.

2. Gesetzlicher Anpassungsbedarf?

84. Die im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM oder Art. 9 IVöB bestehenden rechtlichen Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, ob die Vergabe von Rechten auf Zugang zu geschlossenen Märkten öffentlich auszuschreiben ist, könnte auf zwei Arten beseitigt werden: entweder durch die höchststrichterliche Judikatur des Bundesgerichts oder durch eine Präzisierung der gesetzlichen Grundlagen selbst. Eine **Präzisierung der gesetzlichen Grundlagen** müsste durch den Bundesgesetzgeber (Art. 2 Abs. 7 BGBM) und allenfalls auch durch die Kantone (Art. 9 IVöB¹²⁴) erfolgen.

¹²³ Ebenso ZOLLINGER, Ausschreibungspflicht, S. 392 (in Bezug auf BGer, 2C_697/2019 vom 21. August 2020 betreffend Helikopterrettungsdienste im Kanton Wallis). Sodann implizit DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 75; OESCH/RENNER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6 (Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM als geschlossener Markt).

¹²⁴ Aufgrund der parallelen Ausgestaltung von IVöB und BöB wäre bei einer Anpassung der IVöB auch eine solche des BöB (durch den Bundesgesetzgeber) in Betracht zu ziehen.

85. Auch wenn sich Art. 2 Abs. 7 BGBM und Art. 9 IVöB präziser formulieren liessen, ist deren Revision im gegenwärtigen Zeitpunkt nach hier vertretener Auffassung **nicht angezeigt**. Zum einen hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung Art. 2 Abs. 7 BGBM mit Blick auf den Zweck des BGBM, allen Anbietern auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt zu gewährleisten, weit ausgelegt und auch die Vergabe von Rechten auf Nutzung faktischer Monopole unter diese Bestimmung subsumiert (Rz. 51). Eine konsequente Fortführung dieser Praxis würde bedeuten, dass jede Vergabe von Rechten auf Zugang zu (rechtlich oder faktisch) geschlossenen Märkten von der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht erfasst sein müsste. Zum anderen ist die IVöB erst seit kurzem in Kraft getreten und von vielen Kantonen noch gar nicht ratifiziert worden¹²⁵. Daher bleibt zuerst abzuwarten, wie sich die Gerichtspraxis zu Art. 9 IVöB entwickelt. Erst wenn sich eine solche Praxis herausgebildet und gefestigt hat, lässt sich beurteilen, ob gesetzgeberischer Anpassungsbedarf besteht.

V. Executive Summary

Deutsch

Geschlossene Märkte charakterisieren sich dadurch, dass der Zugang zu ihnen einer beschränkten Anzahl an Anbietern vorbehalten ist. Mit dem Instrument der öffentlichen Ausschreibung können Kantone und Gemeinden gewährleisten, dass mengenmässig beschränkte Rechte auf Zugang zu geschlossenen Märkten auf faire Weise vergeben werden. Rechte auf Zugang zu geschlossenen Märkten werden namentlich in Form von Monopol- und Sondernutzungskonzessionen, Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch, Kontingentbewilligungen sowie, unter gewissen Voraussetzungen, in Form von Leistungsaufträgen und sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen erteilt. Abgesehen von der Vergabe von Konzessionen bestehen gewisse rechtliche Unsicherheiten, inwieweit kantonale und kommunale Behörden aufgrund von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM) oder Art. 9 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) verpflichtet sind, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Diese Bestimmungen lassen indessen genügend Auslegungsspielraum, um die Vergabe aller Arten von Rechten, die einen Zugang zu geschlossenen Märkten vermitteln, der Ausschreibungspflicht zu unterstellen. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichts in diese Richtung gehen wird. Eine Anpassung der gesetzlichen Grundlagen selbst erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht angezeigt.

Français

Les marchés fermés se caractérisent par le fait que l'accès à ces marchés est réservé à un nombre limité de fournisseurs. Grâce à l'instrument de l'appel d'offres public, les cantons et les communes peuvent garantir que les droits d'accès aux marchés fermés, limités en quantité, sont attribués de manière équitable. Les droits d'accès aux marchés fermés sont notamment octroyés sous forme de concessions de monopole, des concessions pour l'exploitation exclusive et d'autorisations d'usage accru du domaine public, d'autorisations contingentes et, sous certaines conditions, sous forme de

mandats de prestations et d'admissions relevant du droit des assurances sociales. Hormis l'attribution de concessions, il existe certaines incertitudes juridiques quant à l'obligation des autorités cantonales et communales de procéder à un appel d'offres public en vertu de l'art. 2 al. 7 de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) ou de l'art. 9 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Ces dispositions laissent toutefois une marge d'interprétation suffisante pour soumettre à l'obligation d'appel d'offres l'octroi de tous les types de droits donnant accès à des marchés fermés. Il reste à voir si la jurisprudence du Tribunal fédéral ira dans ce sens. Une adaptation des bases légales ne semble pas indiquée à l'heure actuelle.

Italiano

I mercati chiusi sono caratterizzati dal fatto che l'accesso ad essi è riservato a un numero limitato di fornitori. Con lo strumento del concorso pubblico, i Cantoni e i Comuni possono garantire che i diritti di accesso ai mercati chiusi, limitati in termini di quantità, siano assegnati in modo equo. I diritti di accesso ai mercati chiusi sono concessi sotto forma di concessioni di monopolio, concessioni di uso esclusivo e autorizzazioni di uso aumentato del dominio pubblico, contingenti e, a determinate condizioni, sotto forma di mandati di prestazione e ammissioni nel campo del diritto della sicurezza sociale. Oltre all'aggiudicazione delle concessioni, sussistono alcune incertezze giuridiche in merito all'obbligo per le autorità cantonali e comunali di effettuare un concorso pubblico sulla base dell'art. 2 cpv. 7 della Legge federale sul mercato interno (LMI) o dell'art. 9 del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP). Tuttavia, queste disposizioni lasciano un margine di interpretazione sufficiente per assoggettare all'obbligo di concorso pubblico l'attribuzione di tutti i tipi di diritti che danno accesso a mercati chiusi. Resta da vedere se la giurisprudenza del Tribunale federale andrà in questa direzione. Un adeguamento delle basi giuridiche stesse non sembra essere indicato al momento.

English

Closed markets are characterised by the fact that access to them is reserved for a limited number of providers. With the instrument of public invitation to tender, cantons and communes can ensure that rights of access to closed markets, which are limited in terms of quantity, are awarded in a fair manner. Rights of access to closed markets are granted in the form of monopoly licences, licences for exclusive and increased use of public domain, quota licences and, under certain conditions, in the form of public service mandates and admissions under social insurance law. Apart from the assignment of concessions, there is some legal uncertainty as to what extent cantonal and communal authorities are obliged to issue a public invitation to tender on the basis of Art. 2 para. 7 of the Federal Law on the Internal Market or

¹²⁵ Bisher ist die IVöB 2019 von folgenden Kantonen ratifiziert worden (Stand 1. Januar 2023): LU, SZ, FR, SO, SH, AI, GR, AG, TG, VD; der Kanton Bern wendet die IVöB 2019 als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

Art. 9 of the Intercantonal Agreement on Public Procurement. However, these provisions leave sufficient room for interpretation to make the assignment of all types of rights that provide access to closed markets subject to the tendering requirement. It remains to be seen whether the case law of the Federal Supreme Court will go in this direction. An adjustment of the legal bases themselves does not appear to be appropriate at the present time.

VI. Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
ABI	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABI EU C 83 vom 30. März 2010, 1
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
BBI	Schweizerisches Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGS	Bundesgesetz vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz, SR 935.51)
BöB	Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung) BVGer Bundesverwaltungsgericht
E.	Erwägung
éd.	édition
éds.	éditeurs
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)

GR	Graubünden
InöB	Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen
i.V.m.	in Verbindung mit
IVöB	Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251).
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
lit.	litera (Buchstabe)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
PBG	Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, SR 745.1)
PG	Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (SR 783.0)
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes (des Kantons Graubünden)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rz.	Randziffer
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
S	Ständerat
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, SR 734.7)
URP	Umweltrecht in der Praxis
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	Vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WEKO	Wettbewerbskommission
WRG	Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz; SR 721.80)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer

zit. zitiert

ZSR Zeitschrift für Schweizerisches Recht

VII. Literatur- und Materialienverzeichnis

- BELLANGER FRANÇOIS, *Marchés publics et concessions?*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht* 2012, Zürich 2012, S. 167 ff. (zit. *Marchés publics*).
- BEYELER MARTIN, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zürich 2012 (zit. *Geltungsanspruch*).
- BEYELER MARTIN, *L'État et les acteurs privés / Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen*, in: Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (Hrsg.), *Le droit public en mouvement Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Zürich 2020, 467 ff. (zit. *Sondernutzung*).
- *Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994*, BBl 1995 I 1213 (zit. *Botschaft BGBM*).
- *Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004*, BBl 2005 465 (zit. *Botschaft revBGBM*).
- *Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017*, BBl 2017 1851 (zit. *Botschaft revBöB*).
- DIEBOLD NICOLAS, *Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument*, in: ZSR 2014 I 219 (zit. *Ausschreibung*).
- DIEBOLD NICOLAS, *Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht* 2015 209 (zit. *Eingriffsdogmatik*).
- DIEBOLD NICOLAS, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem: eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht*, Zürich/Baden-Baden 2016 (zit. *Freizügigkeit*).
- DIEBOLD NICOLAS, *Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3. Aufl., Basel 2020, S. 465 ff. (zit. *Verwirklichung*).
- DIEBOLD NICOLAS/MAGNIN JOSIANNE, *Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung des Staats als Marktteilnehmer*, ZSR 2021 I 205 (zit. *Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung*).
- ESSEIVA DENIS, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI*, BR 2006 203 (zit. *Mise en concurrence*).
- FETZ MARCO/STEINER MARC, *Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3. Aufl., Basel 2020, S. 537 ff. (zit. *Beschaffungsrecht*).
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. *Praxis*).
- GAMMENTHALER NINA, *Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht*, Jusletter vom 26. September 2011 (zit. *Auslegung*).
- GISELA OLIVER, *Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes*, URP 2014 382 (zit. *Mustergesetz*).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. *Allgemeines Verwaltungsrecht*).
- KIENER REGINA/RÜTSCH BERNHARD/KUHN MATHIAS, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.
- KUNZ DANIEL, *Die Konzessionserteilung*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich 2011, S. 27 ff. (zit. *Konzessionserteilung*).
- LUDIN MARTIN, *Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre. Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz*, Zürich/Baden-Baden 2019.
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (éds.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2e éd., Basel 2013 (zit. *CR-Verfasser/in*).
- MOSER ANDRÉ WERNER, *Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern*, Bern 2011 (zit. *Der öffentliche Grund*).
- *Musterbotschaft des InöB zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019* (zit. *Musterbotschaft revIVöB*).
- OESCH MATTHIAS, *Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht*, ZBJV 2012 377 (zit. *Binnenmarktgesetz*).
- OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht II*, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. *Verfasser/in, OFK/Wettbewerbsrecht II, Gesetz*).
- POLTIER ETIENNE, *Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours*, Jusletter 18. Mai 2015 (zit. *délimitation*).
- POLTIER ETIENNE, *Deux énigmes autour de la notion de marché public: analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP* 2019 (zit. *énigmes*).
- POLTIER ETIENNE, *Marchés publics, délégations de tâches publics et concession*, BR 2020 11 (zit. *Marchés publics*).
- RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, *Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende*

- gesetzliche Vorgaben, AJP 2007 1288 (zit. Konzessionsverträge).
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich 2011 (zit. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit).
 - RENFER STEFAN, Ausschreibung einer Konzession für den Plakataushang, Jusletter 22. Januar 2018 (zit. Ausschreibung).
 - REY ALEXANDER/WITTWER BENJAMIN, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsrechts, AJP 2007 585 (zit. Ausschreibungspflicht).
 - RÜTSCH BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6), in: Rutz Samuel/Schmid Lukas (Hrsg.), Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, Avenir Suisse 2014, S. 83 ff. (zit. Geschlossene Märkte).
 - RÜTSCH BERNHARD, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 2/2016 71 ff. (zit. Leistungsaufträge).
 - TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011 113 (zit. Verteilnetzbetreiber).
 - TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020 (zit. Verfasser/in, Handkommentar).
 - TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Allgemeines Verwaltungsrecht).
 - VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006 (zit. Wirtschaftsfreiheit).
 - WEKO, Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffen Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den CKW AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2 345 (zit. WEKO-Gutachten, Verteilnetzkonzessionen).
 - WEKO, Gutachten vom 28. Juni 2010 betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353 (zit. WEKO-Gutachten, Wasserrechtskonzessionen).
 - WEKO, Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone BE, BS, BL sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2 438 (zit. WEKO-Empfehlung, ortsfremde Taxidienste).
 - WEKO, Empfehlung zum Gesetz des Kantons St. Gallen über die Nutzung des Untergrunds, RPW 2015/3 546 (zit. WEKO-Empfehlung, Nutzung des Untergrunds).
 - WEKO, Recommendation du 19 octobre 2015 concernant l'avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol du canton de Fribourg, RPW 2015/3 548 (zit. WEKO-Empfehlung, usage du sous-sol).
 - WEKO, Recommendation concernant le projet de Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur du canton de Genève, RPW 2016/2 565 (zit. WEKO-Empfehlung, Taxi Genf).
 - WEKO, Empfehlung vom 27. Mai 2019 im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGBM betreffend binnenmarktrechtskonformer Vollzug des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe (zit. WEKO-Empfehlung Gesundheitsberufe).
 - WIEDERKEHR RENÉ/ABEGG ANDREAS, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, ZBI 2014 639 (zit. Geothermie).
 - ZOLLINGER MARCO, Die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht: ein Streifzug durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes, AJP 2021 386 (zit. Ausschreibungspflicht).
 - ZWALD THOMAS, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 2010/3 28 (zit. Ausschreibung).
 - ZWALD THOMAS, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler/Inge Hochreutener (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz – Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2008, S. 93 ff. (zit. Marktzugang).

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 / 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
LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPR	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
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)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

A

abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 248, 257 f., 596, 600, 603 ff.
 Abrede 248 ff., 256 ff., 260, 270 f., 275 f., 297 f., 301, 308,
 310, 381, 439, 442, 445, 466, 498, 508, 562, 593 ff. 626,
 637
 Acquiring -
 Anhörung 268 ff., 276, 293 f., 299 f., 327, 350, 370 f., 511,
 593
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -

B

Banken 474, 477, 486 ff., 493, 496 ff., 502 ff., 525 ff., 546,
 549 ff., 553 ff., 638
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste 320, 402
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten 514 ff., 518 f., 522, 524, 530, 584
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe -
 Effizienzprüfung 601
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 328, 347, 359, 380, 450
 Erheblichkeit 312, 601, 606
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -

I

Indizienbeweis -
 Interchange Fee 514, 519
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung 308, 486, 534

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 256, 259,
 261, 263, 300, 385, 454, 464, 467, 475, 487, 553

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten 514 ff., 518 f., 522 ff.

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 312, 314, 404, 407, 415, 418

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 242 f., 247 f., 261 ff., 300,
 306 ff., 311, 319, 345, 381, 385, 398, 401, 403, 406 ff.,
 411, 415, 418, 443, 452, 454, 456 ff., 462, 464 f., 468,
 472 ff., 488, 490 f., 494 f., 499, 501 f., 504 f., 511 f., 525,
 533 f., 544 f., 552 ff., 571, 573 ff., 580, 582 f., 586 f., 591,
 628

Marktgegenseite 300 ff., 311, 313 f., 316, 372, 384, 386,
 388, 392, 397 ff., 401 ff., 406, 410, 413, 415, 417, 429,
 465, 468, 511, 513, 516 f., 527, 534, 536, 539, 544,
 548 ff., 552 ff., 557 ff., 561, 563 f., 566, 570 f., 576,
 580 ff., 588, 591

Marktorganisation -

Marktstruktur 306, 373, 385, 413 f., 433, 501 f., 505 f., 511

Marktzutrittsschranken 292, 296, 580

Meldepflicht 257, 259 ff., 454, 457, 460, 464, 467 f., 470,
 486, 498 ff., 511

Missbrauch 243 ff., 266, 275, 296, 301 f., 310 ff., 314, 319,
 324, 345 f., 284, 403 ff., 411, 414 f., 418 f., 443, 447,
 452 f., 560, 588 f., 591, 623 ff., 626

N

Netzwerk 320 ff., 331, ff., 335, 337 f., 342 f., 349, 385 f.,
 388 ff., 394 ff., 401 f., 410 ff., 422, 425, 428, 430, 433,
 443, 466, 489, 515, 579 f., 583, 588, 592

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 309, 396, 398 f., 401 ff.

Preisabrede 249, 594 f., 609

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 438, 642

R		439, 442 f., 447 ff., 452, 464, 487, 507, 511, 514, 547, 588 ff., 592 ff., 603, 606, 608
Rabatte 246, 249, 252, 403, 585 f., 606		
Reduktion der Sanktion 608		unzulässige Wettbewerbsabrede 248, 310
S		V
Sanktionen 297, 369, 382, 432, 439 f., 442, 447, 549, 597, 599, 606 f., 641		vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Senkung Herstellkosten -		Veröffentlichung 265, 302, 495, 555
Submission 611 f.		Verschulden 440, 445, 607
Submissionskartell -		Vierparteiensysteme -
T		vorbehaltene Vorschriften 248, 300, 382, 486, 498
Tarife 242, 344, 483, 585 f.		vorgezogene Recyclinggebühren -
Tarifvertrag -		W
Tierärzte/innen -		Wettbewerb um den Markt -
Transparenzmassnahmen -		X
U		Y
Umstossung der Vermutung -		Z
Untersuchung 264 f., 267 ff., 276, 279, 283, 294, 296 ff., 307, 309 f., 314, 319 f., 322, 324 f., 330, 339, 341, 346 ff., 351, 359, 367, 372 f., 377, 382 f., 386 f., 389, 393 ff., 397 f., 401 ff., 406, 410, 413, 417 f., 423 f., 430, 432 f., 435,		Zahlungsmittel 515 ff., 523
		zweiseitige Märkte -