



Dokument	<b>SZK 2024 73</b>
Autor	<b>Felix Tuchs Schmid, Johannes Stamm</b>
Titel	<b>Neue Entscheide und Urteile zum Schweizer Wettbewerbsrecht</b>
Seiten	<b>73-88</b>
Publikation	<b>Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht</b>
Herausgeber	<b>Nicolas Diebold, Mani Reinert, Richard Stäuber, Monique Sturny</b>
ISSN	<b>2813-0715</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

**SZK 2024 73**

## Neue Entscheide und Urteile zum Schweizer Wettbewerbsrecht

### RPW 2023/4 und weitere aktuelle Praxis

Felix Tuchs Schmid, MLaw, Rechtsanwalt, Zürich \*

Johannes Stamm, MLaw, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich \*\*

Dieser Beitrag enthält eine Übersicht und eine kurze Einordnung ausgewählter Fälle aus der aktuellen Praxis des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Sekretariat), der Wettbewerbskommission (WEKO) und der Gerichte, die im ersten Quartal 2024 publiziert wurden.

This article contains an overview and a brief assessment of selected cases from the current practice of the Secretariat of the Swiss Competition Commission, the Swiss Competition Commission and the courts which were published in the first quarter of 2024.

## I. Sekretariat

### A. Beratung der Valora Schweiz AG ([RPW 2023/4, 769 ff.](#))

Die Beratungsanfrage der Valora Schweiz AG (Valora), die in den letzten Jahren im Rahmen verschiedener Transaktionen zahlreiche Tankstellenshops der Volare-Gruppe übernommen hat, gab dem Sekretariat Gelegenheit, einige Fragen in Zusammenhang mit der Meldepflicht von Zusammenschlussvorhaben i.S.v. Art. 4 Abs. 3 i.V.m. [Art. 9 Abs. 1 KG](#)<sup>1</sup> zu klären. Erwähnenswert sind die folgenden Punkte:<sup>2</sup>

---

\* Felix Tuchs Schmid, MLaw, Rechtsanwalt, ist Associate bei Walder Wyss AG in Zürich.

\*\* Johannes Stamm, MLaw, LL.M., Rechtsanwalt, ist Associate bei Walder Wyss AG in Zürich.

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

<sup>2</sup> Vgl. dazu auch *Amalie Wijesundera*, Praxisentwicklungen im Bereich der Fusionskontrolle, in diesem Heft S. 100 ff., 102 f. Ziff. IV.

## 1. Zweijahresfrist von Art. 4 Abs. 3 VKU bei mehreren Vorgängen zur Erlangung der Kontrolle

Zusammenschlüsse sind gemäss [Art. 9 Abs. 1 KG](#) meldepflichtig, sofern die beteiligten Unternehmen gewisse Umsatzschwellen überschreiten. Gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU<sup>3</sup> sind die Umsätze von zwei oder mehreren Transaktionen, die zu einem Kontrollerwerb führen, zusammenzurechnen, sofern diese innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Unternehmen stattfinden. Dabei ist der Zeitpunkt des letzten Geschäfts massgebend. Diese Vorschrift soll verhindern, dass Zusammenschlussparteien die Meldepflicht dadurch umgehen, dass sie die Zielgesellschaft zersplittern und diese Splitter einzeln übertragen (sog. «Salami-Taktik»)<sup>4</sup>.

Für Valora stellte sich die Frage, wie Art. 4 Abs. 3 VKU zu interpretieren ist, wenn bereits in einem früheren Zusammenschlussverfahren in Anwendung dieser Bestimmung Umsätze verschiedener separat übertragener Unternehmensteile zusammengefasst wurden. Konkret stellte sich die Frage, ob (a) die Umsätze eines im Jahr 2021 vereinbarten Zusammenschlusses für weitere Zusammenschlüsse ab dem gleichen Datum im Jahr 2023 (nach Ablauf der Zweijahresfrist) nicht mehr zu berücksichtigen sind, obwohl die Umsätze aus dem Jahr 2021 im Rahmen einer Zusammenschlussmeldung im Jahr 2022 i.S.v. Art. 4 Abs. 3 VKU zusammengefasst wurden, oder ob (b) die Zweijahresfrist mit der Meldung im Jahr

### SZK 2024 73, 74

2022 auch für die Umsätze aus dem Jahr 2021 neu zu laufen beginnt.<sup>5</sup>

Das Sekretariat bestätigte in der Beratung zunächst die Auffassung der Lehre<sup>6</sup>, dass der Abschluss des jeweiligen Verpflichtungsgeschäfts als Stichdatum i.S.v. Art. 4 Abs. 3 VKU gilt (gleich wie beim Stichdatum für die Feststellung der Meldepflicht). Die Zweijahresfrist gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU wird sodann nach Meinung des Sekretariats ab dem Datum des Verpflichtungsgeschäfts berechnet, auch wenn der relevante Umsatz im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens innerhalb dieser Frist berücksichtigt und hinzugerechnet wurde. Würde die Zweijahresfrist stets neu zu laufen beginnen, wenn ein entsprechender Umsatz bereits aufgrund von Art. 4 Abs. 3 VKU für die Umsatzberechnung herangezogen wurde, könnte dies zu einer durch den Wortlaut der Bestimmung nicht gedeckten Perpetuierung führen.<sup>7</sup>

Zusammenfassend ist die Antwort des Sekretariats also so zu lesen, dass Umsätze von Transaktionen, die mehr als zwei Jahre her sind, bei künftigen Transaktionen in keinem Fall mehr i.S.v. Art. 4 Abs. 3 VKU zu berücksichtigen sind.

## 2. Meldefähigkeit einer schriftlichen Absichtserklärung

Eine weitere Frage von Valora betraf die Meldefähigkeit einer blossen Absichtserklärung zu einem Unternehmenszusammenschluss. Denn grundsätzlich ist der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts Voraussetzung einer Meldung i.S.v. Art. 4 Abs. 3 i.V.m. [Art. 9 Abs. 1 KG](#).<sup>8</sup>

Das Sekretariat hielt in der Beratung – in Zusammenfassung der bisherigen Praxis der WEKO und der europäischen Wettbewerbsbehörden – fest, dass eine schriftliche Absichtserklärung als Zusammenschluss meldefähig ist, sofern die Parteien glaubhaft darlegen können, dass sie gewillt sind, das Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen und allfällige Bedingungen zu erfüllen. Das setzt gemäss Sekretariat voraus, dass die für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung wesentlichen Punkte feststehen, keine ernsthaften Hindernisse zu erwarten sind und eine Umsetzung in absehbarer Zeit möglich ist. Sofern der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts allein im Ermessen der Parteien liegt, ist darzulegen, weshalb die Meldung nicht auf Grundlage eines Verpflichtungsgeschäfts erfolgen kann und welche Änderungen noch zu

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

<sup>4</sup> *Mani Reinert/Marius Vischer*, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2022, [Art. 9 KG](#) N 260 ff.

<sup>5</sup> [RPW 2023/4, 770 Rz. 9 f.](#), *Valora Schweiz AG – Ausbau der Kooperation mit der Volare-Gruppe im Tankstellenshop-Geschäft*.

<sup>6</sup> *Felix Prümmer*, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.), Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, [Art. 9 KG](#) N 60; BSK KG-*Reinert/Vischer* (Fn. 4), [Art. 9 KG](#) N 279.

<sup>7</sup> [RPW 2023/4, 770 f. Rz. 11 ff.](#), *Valora Schweiz AG – Ausbau der Kooperation mit der Volare-Gruppe im Tankstellenshop-Geschäft*.

<sup>8</sup> [RPW 2022/2, 335 Rz. 64](#), [A]/[B]; [RPW 2007/3, 455 Rz. 12](#), *Tech Data/Actebis*.



erwarten sind. Sofern der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts von Handlungen Dritter abhängt, dürfen diese keine ernsthaften Hindernisse darstellen und müssen in absehbarer Zeit erfolgen.<sup>9</sup>

## B. Zerspanungswerkzeuge (Schlussbericht in der Vorabklärung 22-0513 vom 19. Dezember 2023)

### 1. Sachverhalt

Die Vorabklärung des Sekretariats betrifft den Vertrieb von sogenannten Zerspanungswerkzeugen zur mechanischen Bearbeitung von Metall, wie z.B. Fräsen, Meissel, Feilen oder Bohrer, in der Schweiz. Diese Werkzeuge werden von der gesamten metallverarbeitenden Industrie (z.B. Luft- und Raumfahrt, Medizintechnik, Energie- und Umweltechnik sowie Uhrenbranche) benötigt.

Das Sekretariat untersuchte im Rahmen der Vorabklärung, ob zwischen der Händlerin A., Tochtergesellschaft und schweizerische Generalimporteurin einer Herstellerin von Zerspanungswerkzeugen, und fünf weiteren Händlerinnen unzulässige Wettbewerbsabreden vereinbart worden waren. A. etablierte in der Schweiz ein duales Vertriebssystem: Sie verkaufte einerseits Zerspanungsprodukte direkt an Endkunden. Andererseits baute sie in der Vergangenheit ihren indirekten Vertriebskanal aus, indem sie fünf Händlerinnen als Handelspartnerinnen in ihr Vertriebssystem einband und diesen gewisse ehemalige Direktkunden überliess. Im Rahmen des dualen Vertriebssystems wurden und werden zwischen der A. und ihren Handelspartnerinnen verschiedene Abmachungen getroffen und Informationen ausgetauscht.<sup>10</sup>

### 2. Kartellrechtliche Beurteilung des Sekretariats

Der duale Vertrieb hat sowohl vertikalen als auch horizontalen Charakter. Dabei sind die Vorgaben der Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission

#### SZK 2024 73, 75

(VertBek)<sup>11</sup> zu berücksichtigen. Es sind aber auch horizontale Wettbewerbsabreden möglich (vgl. Art. 10 Abs. 2, 3 und 5 VertBek). Entsprechend prüfte das Sekretariat, ob im vorliegenden Fall horizontale oder vertikale Preisabreden, eine horizontale Kunden- oder Gebietsaufteilung oder eine vertikale Gebietsschutzabrede vereinbart worden war.<sup>12</sup>

Das Sekretariat würdigte zunächst den Sachverhaltskomplex der Etablierung des Dualvertriebs. Zum Zweck der Akquirierung als Handelspartnerinnen und zur Etablierung des neuen Vertriebssystems wurden jeweils zwischen A. und den Händlerinnen bilaterale Vereinbarungen über die Überlassung bestimmter bisheriger Direktkunden von A. zur Betreuung durch die jeweilige Handelspartnerin geschlossen. Zudem stellte A. den Handelspartnerinnen für ihre jeweils übernommenen Direktkunden einmalig Informationen zu Umsatzzahlen, bislang bezogenen Produkten und bisherigen Verkaufspreisen zur Verfügung, wobei vereinbart wurde, dass das bisherige Preisniveau von A. nicht überschritten werde.<sup>13</sup>

Das Sekretariat stellte fest, dass die beteiligten Unternehmen sich damit zwar in ihrer Handlungsfreiheit bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter beschränkten und dies in der Regel zumindest objektiv geeignet sei, den Wettbewerb zu beschränken. Es hielt jedoch gestützt auf die einschlägige Lehre und Praxis (insbesondere den Fall *ASCOPA*)<sup>14</sup> fest, dass dies ausnahmsweise nicht der Fall sei, wenn die Verhaltensweisen keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können oder sogar prokompetitiv wirken. Vorliegend traf dies zu, weil bezweckt wurde, die nahtlose Betreuung der bisherigen Direktkunden von A. auch im angepassten Vertriebssystem zu gewährleisten, der Informationsaustausch nur

<sup>9</sup> [RPW 2023/4, 771 f. Rz. 14 ff.](#), *Valora Schweiz AG – Ausbau der Kooperation mit der Volare-Gruppe im Tankstellenshop-Geschäft*, m.w.H.

<sup>10</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 1 ff.

<sup>11</sup> Bekanntmachung der WEKO vom 12. Dezember 2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek; [https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches\\_dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html](https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html) [zuletzt besucht am 9. April 2024]).

<sup>12</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 1, 61 ff.

<sup>13</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 24 ff.

<sup>14</sup> BVGer, Urteil [B-141/2012](#) vom 12. Dezember 2022, *ASCOPA*, E. 4.7; [RPW 2021/1, 117 Rz. 165](#), *Dauer-ARGE Graubünden*; *Simon Bangarter/Beat Zirlick*, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.), *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)*, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, [Art. 4 Abs. 1 KG](#) N 129 m.w.H.

einmalig war, die beteiligten Unternehmen davon ausgingen, nach der Übernahme der ehemaligen Direktkunden in der Preissetzung und der Auswahl ihrer Kunden frei zu sein, und durch die Etablierung des dualen Vertriebs die Anzahl der Anbieterinnen schweizweit erhöht wurde.<sup>15</sup>

Während der laufenden Zusammenarbeit im Rahmen des dualen Vertriebs wurde zwischen A. und ihren Handelspartnerinnen jeweils bilateral eine jährlich angepasste, gemeinsame Bruttopreisliste für gewisse Zerspanungsprodukte ausgetauscht und verwendet. Das Sekretariat hielt fest, dass die Verwendung der Bruttopreisliste als Kalkulationsgrundlage für Verkaufspreise zwar als unzulässige Wettbewerbs- oder sogar als Preisabrede qualifizieren könne, wenn das Ziel verfolgt werde, die Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus aufeinander abzustimmen. Vorliegend habe der bilaterale vertikale Austausch und die Verwendung der Bruttopreisliste jedoch keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können oder sogar prokompetitiv gewirkt, weil dies den Aufwand der Händlerinnen bei der Preiskalkulation für das (grosse) Sortiment gesenkt habe, die beteiligten Unternehmen und deren Kunden davon ausgegangen seien, dass die Händlerinnen in der Preisbildung frei sind, und die tatsächliche Preisfestsetzung mittels produkt- und kundenspezifischer Rabatte erfolgt sei.<sup>16</sup>

Schliesslich hatte A. während der Zusammenarbeit laufend Zugang zu Informationen zu aktuellen Kunden, verkauften Produkten und Mengen derjenigen Handelspartnerinnen, die keinen eigenen Onlineshop betrieben und deswegen den Direktversand sowie den Onlineshop einer Konzerngesellschaft von A. nutzten. Die Rechnungsstellung für solche Direktbestellungen wurde jeweils durch die Handelspartnerin abgewickelt, sodass kein Austausch von Preisinformationen erfolgte. Das Sekretariat hielt fest, dass dieser Informationsaustausch keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können oder sogar prokompetitiv gewirkt habe, weil er den Direktversand erst ermöglicht habe und keine Anhaltspunkte vorlägen, dass A. die vorhandenen Informationen tatsächlich nutzte, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.<sup>17</sup>

Bei allen beurteilten Verhaltensweisen war schliesslich relevant, dass die individuellen, kunden- und produktspezifischen Verkaufspreise und die Kundenkreise im dualen Vertriebssystem zwar relativ stabil blieben. Dies

#### **SZK 2024 73, 76**

wurde vom Sekretariat jedoch auf den natürlichen Distanzschutz (Betreuung vor Ort kostengünstiger durch nahe gelegene Handelspartnerin), die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Beratung» sowie die Interessen der Kundschaft (geringe Preissensibilität aufgrund des geringen Anteils der Kosten für Zerspanungsprodukte an den Gesamtkosten) zurückgeführt. Zudem verfügten die beteiligten Unternehmen im Gesamtmarkt über einen kleinen Marktanteil, sodass den Kunden eine Vielzahl alternativer Bezugsquellen zur Verfügung stand.<sup>18</sup>

Im Ergebnis stellte das Sekretariat fest, dass keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden zwischen A. und ihren Handelspartnerinnen festgestellt werden konnten und dass das geprüfte Zusammenwirken zulässig ist. Entsprechend wurde die Vorabklärung eingestellt.<sup>19</sup>

### **3. Würdigung**

Die kartellrechtliche Beurteilung dualer Vertriebssysteme gestaltet sich aufgrund der Kombination von vertikalen und horizontalen Verhältnissen zwischen den Parteien schwierig. Dass die Grenzziehung zwischen horizontalem und vertikalem Verhältnis im dualen Vertrieb mit Unsicherheit behaftet ist, zeigt exemplarisch auch der Fall *Baubeschläge II*. Vor Bundesverwaltungsgericht (BVGer) war auch in diesem Fall das Verhältnis der Parteien untereinander Streitgegenstand.<sup>20</sup> Der vorliegende Schlussbericht setzt gewisse Orientierungspunkte bei der Einordnung von Zusammenarbeitselementen.

<sup>15</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 77 ff.

<sup>16</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 89 ff.

<sup>17</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 34 ff., 93 ff.

<sup>18</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 20 f., 42.

<sup>19</sup> Schlussbericht des Sekretariats vom 19. Dezember 2023, Vorabklärung 32-0276, *Zerspanungswerkzeuge*, Rz. 97, Schlussfolgerungen.

<sup>20</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 49 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 182, *Baubeschläge II*; vgl. auch nachfolgend Ziff. III.C.

Das Sekretariat hebt dabei zu Recht die prokompetitive Wirkung des (vertikalen) Informationsaustausches in dualen Vertriebssystemen hervor. Ein Informationsaustausch ist dort gemäss revidierter Vertikalbekanntmachung in der Regel zulässig, wenn er zur Umsetzung des (dualen) Vertriebssystems und zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs notwendig ist (was häufig zutreffen wird).<sup>21</sup> Anhaltspunkte, welche Informationen diese Voraussetzungen erfüllen, liefern die EU-Vertikalleitlinien. Insbesondere logistische Informationen, wie Lagerbestände und Verkaufsmengen, oder Weiterverkaufspreisempfehlungen dürfen ausgetauscht werden.<sup>22</sup> Auch Informationen über identifizierte Endkunden sollen ausgetauscht werden dürfen, wenn dem Vertriebspartner damit ermöglicht wird, den Anforderungen eines bestimmten Endkunden gerecht zu werden (z.B. Kundenberatung, Sonderkondition zur Kundenbindung, Anpassung Vertragsware).<sup>23</sup> Die EU-Vertikalleitlinien dürften auch in der Schweiz als Orientierungshilfe dienen.

Inwieweit das Sekretariat seine Ausführungen zur Zulässigkeit des Informationsaustauschs im dualen Vertrieb allgemein verstanden haben will, ist aufgrund des Hinweises auf die nicht bedeutende Marktstellung der Parteien unsicher. Auch einem marktstarken Unternehmen sollte es jedoch grundsätzlich erlaubt sein, mit seinen Vertriebspartnern Informationen zwecks Umsetzung eines dualen Vertriebssystems und Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs auszutauschen.<sup>24</sup>

## II. WEKO

### A. Deponie Höli (Verfügung in der Untersuchung 32-0276 vom 3. Juli 2023)

#### 1. Sachverhalt und Verfahren

Die Deponie Höli Liestal AG (Deponie Höli) betreibt seit 2010 in der Gemeinde Liestal eine Deponie für nicht wiederverwertbare Bauabfälle des Typs B (schwach verschmutztes Boden- und Aushubmaterial). Mehrheitsaktionärin der Deponie Höli ist die Gemeinde Liestal; drei Bau- und Logistikunternehmen mit Sitz in Liestal sind zudem als Minderheitsaktionärinnen beteiligt. Die Deponie Höli gewährte ihren Minderheitsaktionärinnen von 2010 bis 2021 Vorzugskonditionen für die Entgegen-

#### SZK 2024 73, 77

nahme von Abfällen und verfügte im Herbst 2020 angesichts der bevorstehenden Erschöpfung des verfügbaren Deponievolumens einen grundsätzlichen Annahmestopp für Abfälle von Nichtaktionärinnen. Nachdem im Mai 2021 das bewilligte Deponievolumen erreicht war, nahm die Deponie Höli vorübergehend (bis zur Bewilligung einer Aufstockung des Deponievolumens) gar keine Abfälle mehr entgegen.<sup>25</sup>

Gestützt auf eine Anzeige des Kantons Basel-Landschaft eröffnete das Sekretariat am 7. Juni 2021 eine Untersuchung und führte Parteieinvernahmen mit Vertretern der Deponie Höli durch. Eine Woche später reichte die Deponie Höli einen Marker für eine Selbstanzeige ein und kooperierte während des Verfahrens mit dem Sekretariat.<sup>26</sup>

#### 2. Marktbeherrschende Stellung

Die WEKO grenzte in ihrer Verfügung drei sachlich relevante Märkte für die Entgegennahme von (1) Abfällen des Typs A, (2) wiederverwertbaren Abfällen des Typs B und (3) nicht wiederverwertbaren Abfällen des Typs B ab, zumal bei den regulatorischen Vorgaben, den Kosten und der Wiederverwertbarkeit dieser Abfalltypen erhebliche Unterschiede bestünden. Insbesondere sei aus Sicht der Marktgegenseite die einzige gleichwertige Alternative zur Entsorgung von nicht wiederverwertbaren Abfällen des Typs B in der Deponie Höli die Entsorgung in einer anderen Deponie des Typs B der Region. Alternative Wiederverwertungskanäle

<sup>21</sup> Art. 10 Abs. 3 VertBek; Art. 2 Abs. 5 der Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO; Abl. 2022 L 134, S. 4 ff.); vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 30. Juni 2022 (EU-Vertikalleitlinien; ABl. 2022 C 248, S. 1 ff.), Rz. 96.

<sup>22</sup> EU-Vertikalleitlinien (Fn. 21), Rz. 99.

<sup>23</sup> EU-Vertikalleitlinien (Fn. 21), Rz. 100.

<sup>24</sup> Markus Schöner/Tobias Duhe, in: Michael Bauer/Dietmar Rahlmeyer/Markus Schöner (Hrsg.), Handbuch Vertriebskartellrecht, 2. A., München 2024, § 26 Dualer Vertrieb, Rz. 10; Lukas Aberle, Informationsaustausch im dualen Vertrieb – Alle Unklarheiten beseitigt?, NZKart 2022, S. 504 ff, 508.

<sup>25</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, Untersuchung 32-0276, Deponie Höli, Rz. 1 ff., 227 ff., 273 ff.

<sup>26</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, Untersuchung 32-0276, Deponie Höli, Rz. 7 ff.

und Deponien des Typs C, D und E kämen aus Kostengründen nicht infrage. Eine Ablagerung auf Deponien des Typs A sei nicht zulässig.<sup>27</sup>

Für die räumliche Marktabgrenzung stellte die WEKO nicht auf das gesamte Einzugsgebiet der Deponie Höli, sondern auf deren Kerneinzugsgebiet ab, auf dem die durchschnittlichen Vertreter der Marktgegenseite tätig sind. Das Kerneinzugsgebiet legte die WEKO im vorliegenden Fall – anders als im Fall *Belagswerke Bern* (66,6%)<sup>28</sup> und gestützt auf die Praxis der EU-Kommission aus Zusammenschlussverfahren<sup>29</sup> – so auf den kleinstmöglichen Fahrminutenradius (ca. 40 Fahrminuten) um den Standort der Deponie Höli fest, dass mindestens 80% des Umsatzes mit den entsorgten Abfällen aus diesem Gebiet stammen.<sup>30</sup>

Der Anteil der Deponie Höli an den im relevanten Markt angefallenen Mengen nicht wiederverwertbarer Abfälle des Typs B in den Jahren 2010–2020 (und damit der durchschnittliche Marktanteil der Deponie Höli) lag bei über 65% und in jedem einzelnen Jahr bei mindestens rund 50%. Eine (ausreichende) Disziplinierung durch potenzielle Wettbewerber sei zudem nicht anzunehmen, zumal Markteintritte wegen der mit hohem Aufwand verbundenen Bewilligungspflicht und der beschränkten Anzahl geeigneter Standorte kaum möglich seien. Die Stellung der Marktgegenseite (Bau- und Logistikunternehmungen) und deren Verhandlungsposition gegenüber Abfalldeponien wurde schliesslich als schwach eingestuft. Entsprechend kam die WEKO zum Schluss, dass die Deponie Höli im Markt für die Entgegennahme nicht wiederverwertbarer Abfälle des Typs B in ihrem Kerneinzugsgebiet im Zeitraum von 2010 bis 2021 über eine marktbeherrschende Stellung verfügte.<sup>31</sup>

### 3. Missbräuchliche Diskriminierung von Handelspartnern

Die WEKO beurteilte die Gewährung von Vorzugskonditionen für Aktionärinnen zwischen 2010 und Mai 2021 sowie die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionärinnen im Herbst 2020 als einheitlichen Tatkomplex, weil letztere Massnahme die ursprüngliche Bevorzugung von Aktionärinnen als schärfere Massnahme überlagere. Geprüft wurde der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern ([Art. 7 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG](#)). Die Deponie Höli habe ihre Handelspartner insbesondere diskriminiert, indem jeweils ein unterschiedlicher Preis für Nichtaktionäre und für Aktionäre festgelegt wurde und den Aktionären Ende Jahr zusätzlich mengenabhängige Rückvergütungen ausgezahlt wurden. Daraus resultierten rund 40% tiefere Deponiegebühren für Aktionärinnen, und selbst identi-

#### SHZ 2024 73, 78

sche Anlieferungen von Abfällen seien ungleich behandelt worden, je nachdem, ob die Deponie Höli dafür einer Aktionärin oder einer Nichtaktionärin Rechnung stellte. Die Vorzugskonditionen und die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionärinnen seien sodann geeignet gewesen, den Wettbewerb in den der Deponierung nachgelagerten Märkten, auf denen sowohl Aktionärinnen als auch Nichtaktionärinnen (Bau- und Logistikunternehmungen) als direkte Konkurrenten tätig waren, zu beeinträchtigen.<sup>32</sup>

Die von der Deponie Höli vorgebrachten sachlichen Gründe waren nach Auffassung der WEKO insbesondere aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen nicht einschlägig. Die Vorzugskonditionen seien nicht notwendig gewesen, um die Wettbewerbsfähigkeit der Aktionärinnen gegenüber Konkurrentinnen, die auf eigenen Deponien ebenfalls Vorzugskonditionen geniessen würden, sicherzustellen. Als mildere Massnahme hätte die Gewährung von günstigeren Preisen für alle Handelspartner zur Verfügung gestanden. Zudem wären Dividenden im Vergleich zu Vorzugskonditionen besser geeignet gewesen, das unternehmerische Risiko der Investitionen der Aktionärinnen in die Deponie Höli abzugelten, da diese proportional zum eingebrachten Kapital ausbezahlt würden. Die Annahmerestriktionen im Herbst 2020 hätten sodann nicht zwingend an den Aktionärsstatus geknüpft werden müssen, um die Einhaltung der bewilligten Mengengrenzung sicherzustellen. Schliesslich hielt die WEKO (wie bereits im Fall *Belagswerke Bern*<sup>33</sup>) fest, dass die Branchenüblichkeit von Vorzugskonditionen allein keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund zu begründen vermag.<sup>34</sup>

<sup>27</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, Untersuchung 32-0276, *Deponie Höli*, Rz. 321 ff.

<sup>28</sup> [RPW 2023/4, 856 ff. Rz. 580 ff.](#), *Belagswerke Bern*.

<sup>29</sup> Bekanntmachung der EU-Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, Mitteilung vom 8. Februar 2024, C(2023)6789 final, Rz. 74; EU-Kommission, Case Nr. M.7408, *Cargill/ADM Chocolate Business*, Rz. 63 ff., und Case Nr. M.7567, *Ball/Rexam*, Rz. 248.

<sup>30</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, Untersuchung 32-0276, *Deponie Höli*, Rz. 331 ff.

<sup>31</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, Untersuchung 32-0276, *Deponie Höli*, Rz. 349 ff.

<sup>32</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, Untersuchung 32-0276, *Deponie Höli*, Rz. 385 ff.

<sup>33</sup> [RPW 2023/4, 867 Rz. 685](#), *Belagswerke Bern*.

<sup>34</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, Untersuchung 32-0276, *Deponie Höli*, Rz. 410 ff.

## 4. Sanktion

Die WEKO bestrafte die Deponie Höli für die Diskriminierung ihrer Handelspartner i.S.v. [Art. 7 KG](#) mit einer Sanktion von rund CHF 1 Mio. Sanktionserhöhend berücksichtigte die WEKO insbesondere die lange Dauer der Zuwiderhandlung sowie den Umstand, dass die Deponie Höli den Kreis der Aktionärinnen bewusst eng hielt, um einzelne Wettbewerber auf den nachgelagerten Märkten zu bevorzugen. Gestützt auf [Art. 12–14 SVKG](#)<sup>35</sup> berücksichtigte die WEKO sodann erstmals eine Selbstanzeige eines marktbeherrschenden Unternehmens als sanktionsmildernd. Der Deponie Höli wurde aufgrund ihrer Mitwirkung in der Untersuchung eine Sanktionsreduktion von 40% gewährt.<sup>36</sup>

Die Verfügung wurde nicht angefochten und ist damit rechtskräftig. Allerdings scheint unklar, ob die von der WEKO gestützt auf [Art. 12 Abs. 2 SVKG](#) festgelegte Maximalreduktion von 50% bei Selbstanzeigen marktbeherrschender Unternehmen künftig Bestand haben wird. Gemäss jüngster Praxis des BVGer<sup>37</sup> ist jedenfalls die Obergrenze von 50% durch [Art. 49a Abs. 2 KG](#) gesetzlich nicht vorgegeben. Diese Bestimmung hält lediglich fest, dass auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden kann, wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung (nach Art. 5 oder [Art. 7 KG](#)) mitwirkt. Entsprechend könnte bei umfassender Kooperation im Rahmen einer Selbstanzeige auch vollständig auf die Sanktionierung eines marktbeherrschenden Unternehmens verzichtet werden (auch wenn dies aufgrund der führenden Rolle eines marktbeherrschenden Unternehmens beim zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss die Ausnahme bleiben dürfte).

## B. Gutachten für das Regionalgericht Bern-Mittelland i.S. A. gegen IP-SUISSE (RPW 2023/4, 917 ff.)

### 1. Sachverhalt und Verfahren

Der Verein IP-Suisse ist ein Zusammenschluss aus Landwirten und weiteren interessierten Personen, der u.a. die Förderung einer umweltschonenden und tiergerechten Landwirtschaft bezweckt. Zu diesem Zweck implementiert IP-Suisse verschiedene Qualitätslabel und kontrolliert, ob die teilnehmenden Landwirte die Produktionsrichtlinien des Vereins einhalten. Landwirt A. hatte mit IP-Suisse verschiedene Produktionsverträge abgeschlossen, in welchen er sich verpflichtete, gesamtbetriebliche und labelspezifische Richtlinien im Bereich der Tierhaltung einzuhalten und gewisse Abgaben und Beiträge an den Verein zu bezahlen. Landwirt A. konnte im Gegenzug seine Produkte mit den IP-Suisse-La-

#### SZK 2024 73, 79

bels verkaufen, wodurch er wiederum am Markt höhere Erträge erzielen konnte. Gestützt auf eine amtliche Kontrolle und eine Kontrolle im Auftrag von IP-Suisse wurden auf dem Hof des Landwirts verschiedene Mängel im Bereich des Tierschutzes sowie erhebliche Verstösse gegen die Produktionsrichtlinien von IP-Suisse festgestellt (Vernachlässigung der Tiere, verschmutzte Anlagen etc.). Mit Beschluss der Geschäftsstelle von IP-Suisse wurde der Landwirt gestützt auf ein vereinsinternes Sanktionsreglement auf unbestimmte Zeit gesamtbetrieblich aus dem Verein ausgeschlossen.<sup>38</sup>

Landwirt A. gelangte nach Durchlaufen vereinsinterner Instanzen mit Klage an das Regionalgericht Bern-Mittelland. In seiner Klage machte er u.a. geltend, der Verein IP-Suisse habe durch sein Verhalten [Art. 5 und 7 KG](#) verletzt. Gestützt auf [Art. 15 KG](#) sind Zivilgerichte verpflichtet, bei der WEKO ein Gutachten einzuholen, sofern in einem zivilrechtlichen (Haupt-)Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung infrage steht.<sup>39</sup> Das Regionalgericht Bern-Mittelland stellte daher der WEKO die Frage, ob der Ausschluss des Landwirts aus dem Verein IP-Suisse eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Kartellgesetzes darstelle.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, [SVKG](#); SR 251.5).

<sup>36</sup> Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023, *Deponie Höli*, Untersuchung 32-0276, Rz. 434 ff.

<sup>37</sup> BVGer, Urteil [B-645/2018](#) vom 14. August 2023, *Foffa Conrad*, E. 17.4.27 f.

<sup>38</sup> [RPW 2023/4, 9 Rz. 1 ff.](#), *Gutachten: A. gegen Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen (IP-SUISSE)*.

<sup>39</sup> *Reto Jacobs/Gion Giger*, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Kartellgesetz, Basler Kommentar*, 2. A., Basel 2022, [Art. 15 KG](#) N 5 ff.

<sup>40</sup> [RPW 2023/4, 917 Rz. 6 f.](#), *Gutachten: A. gegen Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen (IP-SUISSE)*.

## 2. Beurteilung der WEKO

### a. Keine unzulässige Wettbewerbsabrede ([Art. 5 KG](#))

Die WEKO erkannte in ihrem Gutachten keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Sie hielt fest, dass die Regeln von IP-Suisse zwar potenziell eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. [Art. 4 Abs. 1 KG](#) bewirken könnten, da die Verfügbarkeit des Labels in Bezug auf das ausgeschlossene Mitglied reduziert werde. Dies könnte in einer tatsächlichen und potenziellen Mengenbeschränkung i.S.v. [Art. 5 Abs. 3 lit. b KG](#) resultieren. Der *Ausschluss* des Landwirts A. führe jedoch nicht zu einer Mengenbeschränkung, zumal ein Mitglied ausgeschlossen werde, welches das IP-Suisse-Label verwende, ohne dabei die entsprechenden Produktionsrichtlinien einzuhalten. Dadurch werde die Verfügbarkeit des Labels nur in Bezug auf Produkte reduziert, welche dieses gar nicht tragen dürften.<sup>41</sup>

Die *Regeln* des Vereins, die einen Ausschluss eines Mitglieds im Falle schwerwiegender Produktionslinienverstösse vorsehen, seien sodann jedenfalls nach [Art. 5 Abs. 2 KG](#) gerechtfertigt. Die WEKO erachtete die Effizienzgründe der Verbesserung von Produktionsverfahren, der Verbreitung von beruflichem Wissen und der rationelleren Nutzung von Ressourcen für einschlägig. Das Label könne nur Gewähr dafür bieten, dass zertifizierte Erzeugnisse umweltschonend und tiergerecht hergestellt und Ressourcen rationell genutzt werden, wenn fehlbare Mitglieder wirksam sanktioniert werden können – bis hin zum Vereinsausschluss. Andernfalls ginge die Glaubwürdigkeit und Werthaltigkeit des Labels verloren und die Nachfrage nach zertifizierten Produkten könnte einbrechen. So könnten wiederum die Investitionen derjenigen Produzenten, welche die Vorgaben von IP-Suisse einhalten, nicht mehr eingebracht werden.<sup>42</sup>

### b. Keine missbräuchliche Verhaltensweise ([Art. 7 KG](#))

Offen liess das BVGer die Frage, ob IP-Suisse über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. [Art. 7 KG](#) lehnte die WEKO mit vergleichbarer Begründung wie schon beim Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ab. Allfällige Wettbewerbsverfälschungen durch die Regeln von IP-Suisse oder der Vereinsausschluss des Landwirts A. seien durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Einerseits könnten – wie unter [Art. 5 Abs. 2 KG](#) – Effizienzgründe zur Rechtfertigung herangezogen werden. Andererseits seien auch betriebswirtschaftliche Rechtfertigungsgründe gegeben, zumal ein Verein, der Dienstleistungen im Bereich der Qualitätszertifizierung anbiete und bei schwerwiegenden Verstössen gegen Qualitätsvorgaben keine griffigen Sanktionen aussprechen könne, in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sei.<sup>43</sup>

SZK 2024 73, 80

## 3. Würdigung

Das Gutachten der WEKO ist erfreulich. Es zeigt, dass sich Nachhaltigkeitsstandards und deren Durchsetzung (bei richtiger Ausgestaltung und Anwendung) sowohl unter [Art. 5 KG](#) als auch unter [Art. 7 KG](#) rechtfertigen lassen, selbst wenn diese Standards im Rahmen eines Zusammenschlusses von Konkurrenten potenziell zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen können.

## III. Bundesverwaltungsgericht

### A. Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner/Starticket (Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023)

#### 1. Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Die Ticketcorner Holding AG und die Tamedia AG (mittlerweile zur TX Group umfirmiert) schlossen am 31. Oktober 2016 eine vertragliche Vereinbarung über die Zusammenführung ihrer Tochtergesellschaften Ticketcorner AG und Starticket AG. Die Ticketcorner Holding AG sollte einen 25%-Anteil ihrer

<sup>41</sup> [RPW 2023/4, 920 f., Rz. 27 f.](#), Gutachten: A. gegen Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen (IP-SUISSE).

<sup>42</sup> [RPW 2023/4, 921 f. Rz. 33](#), Gutachten: A. gegen Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen (IP-SUISSE).

<sup>43</sup> [RPW 2023/4, 922 f. Rz. 38 f.](#), Gutachten: A. gegen Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen (IP-SUISSE).



Tochtergesellschaft Ticketcorner AG auf die Tamedia AG übertragen. Als Gegenleistung sollte die Tamedia AG sämtliche Aktien ihrer Tochtergesellschaft Starticket AG auf die Ticketcorner AG übertragen. Mit Verfügung vom 22. Mai 2017 untersagte die WEKO den von der Ticketcorner Holding AG und der Tamedia AG gemeldeten Unternehmenszusammenschluss.<sup>44</sup>

Das BVGer trat mit Urteil vom 3. Mai 2018 mangels Beschwerdelegitimation nicht auf die Beschwerde der Ticketcorner Holding AG ein, da die Ticketcorner Holding AG kein schutzwürdiges Interesse besitze. Wenn nicht alle Zusammenschlussparteien ein Rechtsmittel einlegen würden, könne die beschwerdeführende Partei die schwebende Unwirksamkeit der Transaktionsvereinbarung gemäss [Art. 34 KG](#) gegen den Willen der anderen Parteien, welche die Untersagung akzeptieren, aufrechterhalten. Die daraus resultierende Unsicherheit würde deren Konkurrenzfähigkeit schwächen.<sup>45</sup> Zudem würden die Transaktionsparteien eine Interessensgemeinschaft bilden, welche auch beim Einlegen eines Rechtsmittels eine gemeinsame Vorgehensweise bedinge.<sup>46</sup>

Mit Beschwerde vom 7. Juni 2018 gelangte die Ticketcorner Holding AG an das Bundesgericht, welches das Urteil des BVGer aufhob und die Sache zur Neuurteilung zurückwies. Das Bundesgericht erwog einerseits, dass der Gesetzeswortlaut einer individuellen Beschwerdelegitimation einer einzelnen Transaktionspartei nicht entgegenstehe.<sup>47</sup> Andererseits beschlage der Aufschub der Wirksamkeit gemäss [Art. 34 KG](#) nur das Verpflichtungs-, nicht aber das Verfügungsgeschäft. Damit könne nicht von einer gegen den Willen einer Partei aufrechterhaltenen schwebenden zivilrechtlichen Unwirksamkeit gesprochen werden. Die Ticketcorner Holding AG habe folglich ein praktisches und aktuelles Interesse an einer Neuurteilung des Zusammenschlusses. Ein solches Interesse wäre nur zu verneinen, wenn Tamedia AG nicht mehr am Zusammenschluss interessiert wäre.<sup>48</sup>

Am 20. Dezember 2020 – während das Verfahren vor BVGer noch hängig war – hat die Tamedia AG gegenüber der Ticketcorner Holding AG den Rücktritt vom Transaktionsvertrag erklärt. Am 9. Januar 2021 veröffentlichte die Tamedia AG sodann, dass sie die Starticket AG an einen französischen Medienkonzern veräussert habe.<sup>49</sup>

Das BVGer setzte sich in seinem erst am 12. Dezember 2023 ergangenen zweiten Urteil wieder mit der Beschwerdelegitimation, insbesondere dem schutzwürdigen Interesse der Ticket Corner Holding AG (nachfolgend Beschwerdeführerin), auseinander:

## 2. Fehlendes aktuelles Rechtsschutzinteresse

### a. Transaktionsabbruch

Mit dem Rücktritt der Tamedia AG vom Transaktionsvertrag und dem Verkauf der Starticket AG liegt nach Ansicht des BVGer ein Transaktionsabbruch vor. Die Durchführung der Transaktion sei daher sowohl rechtlich als auch tatsächlich ausgeschlossen. In diesem Sinne hätte die Zulassung der Transaktion keinen praktischen Nutzen für die (ehemaligen) Transaktionsparteien und es fehle entsprechend an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse.<sup>50</sup> Da die Kostenauflegung im vorinstanzli-

**SZK 2024 73, 81**

chen Verfahren nach dem Verursacherprinzip und unabhängig vom Verfahrensausgang erfolge, würde eine Gutheissung der Beschwerde auch nicht zur Aufhebung der Kostenregelung im Untersagungsbescheid führen.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> [RPW 2018/3, 616 ff.](#), *Ticketcorner/Starticket*.

<sup>45</sup> BVGer, Urteil [B-3871/2017](#) vom 3. Mai 2018, *Ticketcorner/Starticket*, E. 19.

<sup>46</sup> BVGer, Urteil [B-3871/2017](#) vom 3. Mai 2018, *Ticketcorner/Starticket*, E. 54.

<sup>47</sup> BGer, Urteil [2C\\_509/2018 vom 24. Juni 2019](#), *Ticketcorner/Starticket*, E. 3.

<sup>48</sup> BGer, Urteil [2C\\_509/2018 vom 24. Juni 2019](#), *Ticketcorner/Starticket*, E. 4 f.

<sup>49</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, Sachverhalt D.e. f.

<sup>50</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 32.

<sup>51</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 37 ff.

<sup>52</sup> EuG, Urteil Rs. T-102/96 vom 25. März 1999, *Gencor*.

<sup>53</sup> EuG, Urteil Rs. T.22/97 vom 15. Dezember 1999, *Kesko*.

<sup>54</sup> EuG, Urteil Rs. T-310/00 vom 28. September 2004, *MCI*.

Die Beschwerdeführerin führte die Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union (EuG) in Sachen *Gencor*<sup>52</sup>, *Kesko*<sup>53</sup> und *MCI*<sup>54</sup> an. Auch der Wegfall der vertraglichen Grundlage der Transaktion hindere die Überprüfung des Untersagungsentscheids durch ein Gericht nicht.<sup>55</sup>

Das BVGer argumentierte jedoch, dass die gerichtliche Prüfung nach Wegfall der vertraglichen Grundlage in den genannten Fällen nur aufgrund der jeweiligen speziellen Sachverhaltskonstellation erfolgt sei. So bestehe anders als im Fall *Gencor* für das Transaktionsobjekt kein Vorkaufsrecht einer Transaktionspartei, welches durch die Untersagung des Zusammenschlusses in Zukunft nicht ausgeübt werden könnte. Im Unterschied zum Fall *Kesko* handle es sich vorliegend auch nicht um eine Entflechtungstransaktion. Zudem sei das Zusammenschlussvorhaben –im Gegensatz zum Fall *MCI*– nicht bereits vor Untersagung der Transaktion abgebrochen worden.<sup>56</sup>

## b. Keine Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung

Die WEKO, so das BVGer, habe im Dispositiv des Untersagungsentscheids keine Feststellungen über eine allfällige marktbeherrschende Stellung der Transaktionsparteien getroffen. In der Begründung finde sich nur die Erwägung, dass die Beschwerdeführerin über eine überragende Stellung am Markt verfüge. In der Folge basiere die Argumentation alternativ auf der Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Meldepflicht nach [Art. 9 Abs. 4 KG](#) werde jedoch nur durch Feststellungen im Dispositiv und nicht durch Sachverhaltsausführungen und Erwägungen begründet. Damit kann auch nach Ansicht des BVGer in dieser Hinsicht ebenfalls kein Rechtsschutzinteresse abgeleitet werden.<sup>57</sup>

Das BVGer folgt hier der herrschenden Lehre, die dafürhält, dass nur eine Feststellung im Dispositiv eine Meldepflicht nach [Art. 9 Abs. 4 KG](#) auslöst.<sup>58</sup> Ob das BVGer damit implizit ein eigenständiges Feststellungsinteresse im Hinblick auf eine mögliche marktbeherrschende Stellung i.S.v. [Art. 25 VwVG](#) bejaht, ergibt sich nicht eindeutig aus dem Entscheid. Die vom BVGer verwendete Formulierung, dass die Entscheidformel, d.h. das Dispositiv, eine marktbeherrschende Stellung «feststellen» müsse, legt dies aber zumindest nahe. Das entsprechende Feststellungsinteresse war durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Fall *Publigruppe*<sup>59</sup> zu [Art. 7 KG](#) zeitweise infrage gestellt worden.<sup>60</sup>

## 3. Kein ausnahmsweiser Verzicht auf das aktuelle Rechtsschutzinteresse

Laut BVGer liegt auch kein Grund vor, auf ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ausnahmsweise zu verzichten. Es verneinte das Vorliegen einer Rechtsverletzung, welche sich jederzeit wiederholen und kaum je rechtzeitig gerichtlich überprüft werden könnte.<sup>61</sup> Jedes Zusammenschlussvorhaben sei einzigartig. Eine Zusammenschlussverfügung sei damit über das beurteilte Zusammenschlussvorhaben hinaus ohne relevante Bedeutung.<sup>62</sup> Entsprechend könne sich die gleiche Rechtsfrage nicht nochmals in vergleichbarer Weise stellen.<sup>63</sup> Ein Untersagungsentscheid könne zudem ohne Weiteres durch Beschwerde beim BVGer angefochten werden, womit eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall gewährleistet sei.<sup>64</sup>

Es ist fraglich, ob angesichts der langen Dauer der Beschwerdeverfahren vor BVGer eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung tatsächlich gewährleistet ist. In der

### SZK 2024 73, 82

Praxis werden die meisten Transaktionsparteien nicht gewillt sein, in der Ungewissheit über den Verfahrensausgang auf unbestimmte Zeit – teilweise über mehrere Jahre – am Zusammenschluss festzuhalten. Stattdessen werden die Parteien andere Lösungen verfolgen (müssen). Ab diesem Zeitpunkt wird den Parteien aber ein aktuelles Interesse an der Überprüfung des Untersagungsentscheids abgesprochen. Damit wird das BVGer Zusammenschlüsse nur in Ausnahmefällen aufgrund eines aktuellen Rechtsschutzinteresses überprüfen können.

<sup>55</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 17.

<sup>56</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 46 ff.

<sup>57</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 41 ff.

<sup>58</sup> Komm. KG-*Prümmer* (Fn. 6), [Art. 9 KG](#) N 24; BSK KG-*Reinert/Vischer* (Fn. 4), [Art. 9 Abs. 1 KG](#) N 300.

<sup>59</sup> BGer, Urteil [2C\\_484/2010 vom 29. Juni 2012](#), *Publigruppe*, E. 14.

<sup>60</sup> Vgl. zur Entwicklung BSK KG-*Reinert/Vischer* (Fn. 4), [Art. 9 Abs. 1 KG](#) N 300a ff.

<sup>61</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 58 ff.

<sup>62</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 60 f.

<sup>63</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 64.

<sup>64</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 72 f.

Es drängt sich daher bei Beschwerden in Zusammenschlussverfahren auf, die Ausnahmen zum Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses grosszügig auszulegen. Ansonsten wird die Deutungshoheit im Bereich der Zusammenschlusskontrolle grossmehrheitlich der WEKO überlassen.

Mit der Revision des Kartellgesetzes soll nun eine Ordnungsfrist von drei Monaten für die Beurteilung einer Beschwerde gegen eine Verfügung der WEKO bezüglich eines Unternehmenszusammenschlusses eingeführt werden.<sup>65</sup> Dies ist zu begrüessen. Zum einen wird das BVGer zu einer zügigen Erledigung angehalten. Zum anderen erhalten die Unternehmen eine konkrete Richtgrösse, die bereits beim Entscheid, ob an der Transaktion festgehalten und Beschwerde eingelegt werden soll, mitberücksichtigt werden kann.

#### 4. Ergebnis: Nichteintretensentscheid

Das BVGer kommt im Fall *Ticketcorner/Starticket* zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert und daher auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.<sup>66</sup>

Der Nichteintretensentscheid überrascht. Das bundesgerichtliche Rückweisungsurteil datiert vom 24. Juni 2019.<sup>67</sup> Erst am 20. Dezember 2020 – und damit 18 Monate nach Rückweisung – tat die Tamedia AG ihren Rücktritt vom Transaktionsvertrag kund. Aus den Ausführungen des BVGer ergeben sich keine Hinweise darauf, dass bereits vorher ein Transaktionsabbruch stattgefunden hat. Entsprechend hatte die Beschwerdeführerin nach Rückweisung durch das Bundesgericht nach wie vor ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, das erst mit Transaktionsabbruch und damit während des hängigen Verfahrens dahingefallen ist. Entfällt das Rechtsschutzinteresse während des Verfahrens, hat ein Abschreibungsbeschluss und nicht ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen.<sup>68</sup> Dies hat Auswirkungen auf die Kostenverteilung. Die Kosten werden derjenigen Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit verursacht hat. Wird die Gegenstandslosigkeit – wie vorliegend – von keiner Verfahrenspartei verursacht (die Tamedia AG ist nicht Verfahrenspartei des Beschwerdeverfahrens), so werden die Kosten gemäss Sachlage vor Entfallen des Rechtsschutzinteresses beurteilt.<sup>69</sup> Die Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren hätten also nicht zwingend der Beschwerdeführerin auferlegt werden müssen.

## B. Engadin VI (Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023)

### 1. Sachverhalt

Den Bauunternehmen Bezzola Denoth AG, Implenia Schweiz AG und D. Martinelli AG wurde im Fall *Engadin VI* eine Submissionsabrede i.S.v. [Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG](#) zur Last gelegt. Die WEKO reduzierte die ausgesprochene Sanktion nach [Art. 49a KG](#) aufgrund der Selbstanzeige und Mitwirkung der Bezzola Denoth AG um 85%. Die Voraussetzungen zum vollständigen Sanktionserlass erachtete die WEKO aber als nicht gegeben, da die Bezzola Denoth AG wesentliche Elemente des Sachverhalts bestritten habe.<sup>70</sup> Auf Beschwerde der Bezzola Denoth AG stellte das BVGer insbesondere folgende Erwägungen an:

### 2. Abrede nach [Art. 4 Abs. 1 KG](#)

Die Bezzola Denoth AG habe der Implenia Schweiz AG und der D. Martinelli AG je eine E-Mail mit einer vorkalkulierten Offerte zukommen lassen. Die Implenia Schweiz AG und die D. Martinelli AG hätten die jeweilige Offerte im Wesentlichen unverändert als ihr eigenes

SZK 2024 73, 83

<sup>65</sup> Art. 44a Abs.1 lit. d E-KG, BBI 2023 1464; vgl. dazu Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 24. Mai 2023, BBI 2023 1463, S. 46.

<sup>66</sup> BVGer, Urteil [B-3859/2019](#) vom 12. Dezember 2023, *Ticketcorner/Starticket*, E. 91.

<sup>67</sup> BGer, Urteil [2C\\_509/2018 vom 24. Juni 2019](#), *Ticketcorner/Starticket*.

<sup>68</sup> *Astrid Hirzel*, in: Bernhard Waldmann/Patrick Krauskopf (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. A., Zürich 2023, [Art. 61 VwVG](#) N 4; *Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber*, ebd., [Art. 48 VwVG](#) N 7, 15.

<sup>69</sup> *Regina Kiener/Bernhard Rüttsche/Mathias Kuhn*, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3. A., Zürich 2021, Rz. 1682; *René Wiederkehr/Christian Meyer/Anna Böhme*, [VwVG](#), Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weitere Erlasse, Kommentar, Zürich 2022, [Art. 63 VwVG](#) N 10.

<sup>70</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, Sachverhalt N.

Angebot im Submissionsverfahren eingereicht. Wäre die Bezzola Denoth AG nicht davon ausgegangen, dass sich die Implenia Schweiz AG und die D. Martinelli AG an die Abstimmung halten würden, hätte es für die Bezzola Denoth AG keinen Sinn gemacht, potenziellen Konkurrenten eine vorkalkulierte Offerte zuzustellen, da die Konkurrenten dann zu einem tieferen Preis hätten offerieren können. Das BVGer schützte die WEKO daher in ihrer Auffassung, dass ein Konsens über das Eingabeverhalten im Submissionsverfahren und eine Vereinbarung nach [Art. 4 Abs. 1 KG](#) vorliege.<sup>71</sup>

### 3. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Mit der Vorinstanz verneinte das BVGer eine Wettbewerbsbeseitigung, da am Submissionsverfahren noch drei weitere Mitbewerber teilgenommen hatten. Jedoch liege unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba*<sup>72</sup> eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor. Bereits in Sachen *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*<sup>73</sup> sei ausgeführt worden, dass nicht bereits ein Bagatellfall vorliege, wenn Unbeteiligte ebenfalls am Submissionsverfahren teilnehmen und damit Wettbewerbsdruck ausüben würden.<sup>74</sup> In der Beurteilung anderer Submissionskartelle im Kanton Graubünden<sup>75</sup> sei auf die Gefahr hingewiesen worden, dass bereits das Wissen, dass Konkurrenten zu einem höheren Preis offerieren, die Schutznehmerin eines Submissionsverfahrens dazu verleiten könne, potenziell einen höheren Preis anzubieten.<sup>76</sup>

### 4. Bonusregelung

Die WEKO vertrat die Auffassung, dass die Bezzola Denoth AG aufgrund ihres Verhaltens im Beschwerdeverfahren ihren Anspruch auf vollständigen Sanktionserlass verwirkt habe. Mit der Bestreitung der Konsensfindung mit der Implenia Schweiz AG und der D. Martinelli AG werde das zentrale Sachverhaltselement in Abrede gestellt. Dies komme einem Rückzug der Selbstanzeige gleich. Die Sanktion sei deshalb im Sinne einer *Reformatio in Peius* zuungunsten der Bezzola Denoth AG anzupassen, da unter dem Titel der Bonusregelung keine Sanktionsreduktion mehr gewährt werden könne.<sup>77</sup> Das BVGer hatte daher zu klären, ob bzw. inwieweit eine Sanktion erlassen oder reduziert werden kann, wenn der Erstanzeiger nicht umfassend mitwirkt, indem er rechtliche oder tatsächliche Einwände erhebt.

#### a. Auslegung der gesetzlichen Grundlage

Dazu sei die gesetzliche Grundnorm von [Art. 49a Abs. 2 KG](#) auszulegen. Aus der grammatikalischen Auslegung ergäben sich keine Aufschlüsse über die Berücksichtigung allfälliger tatsächlicher und rechtlicher Einwände. In der Entstehungsgeschichte von [Art. 49a Abs. 2 KG](#) zeige sich aber, dass man nicht einen «Alles-oder-nichts»-Ansatz verfolgt habe. Eine uneingeschränkte Mitwirkung sei daher nicht vorausgesetzt und ein Teilerlass der Sanktion möglich. In teleologischer Auslegung schliesse der Zweck von [Art. 49a Abs. 2 KG](#) – die Aufdeckung und der Nachweis von Kartellrechtsverstössen – zwar einen vollständigen, nicht aber einen teilweisen Sanktionserlass aus, wenn Einwände zu Mehraufwand der Wettbewerbsinstanzen führen.<sup>78</sup> Der Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss [Art. 5 Abs. 2 BV](#)<sup>79</sup> verlange alsdann die angemessene Berücksichtigung der unterschiedlichen Mitwirkungsgrade. Zudem kämen auch einem Selbstanzeiger die verfassungsmässigen Verteidigungsrechte zu.<sup>80</sup>

Im Resultat könne ein vollständiger Sanktionserlass nur bei umfassender Mitwirkung des Selbstanzeigers erfolgen. Ein vollständiger Erlass der Sanktion falle daher ausser Betracht, wenn der Selbstanzeiger rechtliche oder tatsächliche Einwände erhebe – abgesehen von elementaren Verteidigungsrechten. Einwände würden aber einen teilweisen Sanktionserlasse nicht ausschliessen.<sup>81</sup>

---

<sup>71</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 7 und 8.

<sup>72</sup> [BGE 143 II 297](#), *Gaba*.

<sup>73</sup> Vgl. BVGer, Urteile [B-771/2012](#) vom 25. Juni 2018, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau – Cellere*, E. 8.3.3; [B-807/2012](#) vom 25. Juni 2018, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau – Erne*, E. 10.3.3.

<sup>74</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 12.1.5.

<sup>75</sup> BVGer, Urteil [B-5172/2019](#) vom 26. Oktober 2023, *Engadin II*, E. 6.5.5.8.

<sup>76</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 12.1.6.

<sup>77</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, Sachverhaltsteil P und E. 16.2.2.

<sup>78</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.3.15 ff.

<sup>79</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 ([BV](#); SR 101).

<sup>80</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.3.29 ff.

<sup>81</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.3.33.

## b. Auslegung der SVKG

Die SVKG sei gesetzeskonform auszulegen. Art. 8 SVKG setze für einen vollständigen Sanktionserlass uneingeschränkte Mitwirkung voraus. Art. 12 ff. SVKG enthalte

### SZK 2024 73, 84

eine eigenständige und abschliessende Regelung für die Sanktionsreduktion. Eine Sanktionsreduktion komme insbesondere auch dann in Betracht, wenn ein vollständiger Sanktionserlass nicht infrage komme, weil der Erstanzeiger die Voraussetzung von Art. 8 Abs. 2 SVKG (insb. umfassende Mitwirkung) nicht mehr erfüllt, da er entsprechende Einwände vorbringt.<sup>82</sup> Es fehle aber auf Verordnungsstufe, insbesondere in Art. 13 SVKG, an einer ausdrücklichen Regelung, wie Einwände der Parteien bei der Sanktionsreduktion zu berücksichtigen sind. Ausgangspunkt der Sanktionsreduktion sei der «objektiv feststellbare Wert des Beitrags zur Erleichterung der Aufklärung und des Nachweises des Verstosses».<sup>83</sup> Es sei in der Folge im Einzelfall zu beurteilen, welche Auswirkungen die Einwände auf diesen Beitrag zum Verfahrenserfolg, insbesondere auf den Beweiswert, hätten.<sup>84</sup> Dabei sei auch das Kooperationsverhalten im Beschwerdeverfahren mitzubersichtigen.<sup>85</sup>

## c. Anwendung im vorliegenden Fall

In der Sache falle ein vollständiger Sanktionserlass ausser Betracht, da die Bezzola Denoth AG mit ihren Vorbringen eine Abstimmung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG klar bestritten und den Wert der im vorinstanzlichen Verfahren erbrachten Ermittlungshilfe geschmälert habe, da dies zu zusätzlichen Prüf- und Begründungsaufwänden geführt habe.<sup>86</sup> Dennoch sei der Wert der Mitwirkung nach wie vor erheblich.<sup>87</sup> Die Bezzola Denoth AG vertrete nur eine andere Sachverhaltsdarstellung, was die inneren Tatsachen – nämlich die Konsensbildung der Parteien – betreffe, welche aufgrund der äusseren Tatsachen zu erstellen seien. Die äusseren Tatsachen und der Beweiswert der hierzu eingereichten Beweismittel seien nicht bestritten worden.<sup>88</sup> Es könne daher keine Rede von einem Rückzug der Selbstanzeige sein.<sup>89</sup> Da eine *Reformatio in Peius* nur zurückhaltend anzuwenden sei und vorliegend kein offenkundiges Missverhältnis zwischen Sanktionserlass und Mehrwert der Mitwirkung des Selbstanzeigers vorliege, sei die Herabsetzung der Sanktion unter dem Titel der Bonusregelung – entgegen dem Antrag der WEKO – bei 85% zu belassen.<sup>90</sup>

## d. Würdigung

Dieses Urteil zeigt auf, dass sich ein Erstanzeiger der Sachverhaltsdarstellung der WEKO (auch bezüglich des Vorliegens einer Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG) praktisch uneingeschränkt beugen muss. Ansonsten verliert er den Anspruch auf vollständigen Sanktionserlass. Unklar ist angesichts des Urteils, ob der Selbstanzeiger künftig gefahrlos Einwände bezüglich rein rechtlicher Aspekte anderer Tatbestandsmerkmale, wie des Vorliegens von einem Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG oder von Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, vorbringen kann. Das BVGer hat diese Frage im Entscheid *Foffa Conrad* ausdrücklich offengelassen.<sup>91</sup> Begrüssenswert wäre eine Rückkehr zur *Baubeschläge*-Rechtsprechung, die ausdrücklich festhielt, dass ein Unternehmen sich mit allen Mitteln gegen die rechtliche Würdigung des angezeigten Sachverhalts zur Wehr setzen darf.<sup>92</sup>

Schliesslich ist mit Blick auf das Beschwerdeverfahren die Haltung des BVGer zu begrüssen, dass von einer *Reformatio in Peius* zurückhaltend Gebrauch zu machen ist. Denn mit einer Selbstanzeige oder der Mitwirkung erfolgt noch keine Einigung über das Verfahrensergebnis. Die gerichtliche Überprüfung eines

<sup>82</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.4.2 ff und 16.4.14.

<sup>83</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.4.11.

<sup>84</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.4.12.

<sup>85</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 17.4.12.

<sup>86</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 17.4.19.

<sup>87</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.4.13 ff.

<sup>88</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 16.4.16.

<sup>89</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 17.4.20.

<sup>90</sup> BVGer, Urteil [B-648/2018](#) vom 7. Dezember 2023, *Engadin VI*, E. 17.3.32 f.

<sup>91</sup> BVGer, Urteil [B-645/2018](#) vom 14. August 2023, *Foffa Conrad*, E. 16.3.33.

<sup>92</sup> BVGer, Urteil [B-8404/2010](#) vom 23. September 2014, *Baubeschläge/SFS unimarket*, E. 4.6, 4.9.

Verfahrensergebnisses muss möglich sein, ohne dass die Sanktionsreduktion aufgrund Mitwirkung oder Selbstanzeige verloren geht.

## C. Baubeschläge II (Urteile [B-5918/2017](#) und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023)

### 1. Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Die WEKO warf verschiedenen Herstellern und (Gross-)Händlern der Baubeschlagbranche vor, die Unternehmen hätten sich über Preiserhöhungen in Form von Materialteuerungszuschlägen abgesprochen. Die WEKO vertrat die Auffassung, dass es sich hierbei um eine sanktionierbare horizontale Preisabrede i.S.v. [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#) handle. Zwischen den Herstellern und den Grosshändlern herrsche Wettbewerb, da die Hersteller die Bau-

**SZK 2024 73, 85**

beschläge auch direkt an Fensterverarbeiter und Zwischenhändler verkaufen und damit in Konkurrenz mit den Grosshändlern treten würden.<sup>93</sup>

Das BVGer hob die Sanktionsverfügung gegen die Siegenia-Aubi AG und die KOCH Group AG Wallisellen mit Urteilen vom 23. September 2014 auf und begründete dies im Wesentlichen mit mangelhafter bzw. unvollständiger Beweisführung der WEKO.<sup>94</sup> Das Bundesgericht kassierte die Urteile des BVGer am 9. Oktober 2017 mit der Begründung, dass das BVGer in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition verfüge und damit die (fehlenden) rechtserheblichen Beweise selbst hätte feststellen können.<sup>95</sup>

### 2. Kartellrechtliche Beurteilung

Mit Urteilen vom 12. Dezember 2023 qualifizierte das BVGer die Absprachen als horizontale Preisabreden i.S.v. [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#), welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, und schützte die Bussenberechnung der WEKO, wonach die Siegenia-Aubi AG und die KOCH Group AG Wallisellen mit CHF 3 876 456 bzw. CHF 2 957 817 zu sanktionieren sind. Folgende Ausführungen des BVGer sind hervorzuheben:

#### a. Verhältnis der Abredeteiligen

Der Abrediebegriff gemäss [Art. 4 Abs. 1 KG](#) erfasse nicht nur vertikale und horizontale Abreden, sondern auch sonstige Abreden. Diese sonstigen Abreden würden zwischen Unternehmen getroffen, welche weder in einem horizontalen noch in einem vertikalen Verhältnis zueinander stünden. Die nachteilige Auswirkung auf den Wettbewerb verstärke sich, wenn Unternehmen teilweise in einem vertikalen, horizontalen und sonstigen Verhältnis zueinander stünden.<sup>96</sup> Vorliegend handle es sich um eine Gemengelage verschiedenster Abreden. Da aber alle Abredeteiligen Fensterbeschläge an Fensterproduzenten absetzen würden, bestehe zwischen allen Abredeteiligen ein horizontales Wettbewerbsverhältnis.<sup>97</sup>

#### b. Abredeform

Das BVGer ging von einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung zwischen den Beteiligten aus.<sup>98</sup> Es sei unerheblich, wenn der Inhalt der Abrede nicht für alle Beteiligten identisch sei.<sup>99</sup> Ebenso sei unbeachtlich, dass gewisse Unternehmen im Sinne einer Mentalreservation die Preiserhöhungen gar nicht, nicht in vorgesehener Höhe oder nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt umsetzen wollten.<sup>100</sup> Selbst wenn keine

<sup>93</sup> [RPW 2010/4, 717 ff.](#), *Baubeschläge*.

<sup>94</sup> BVGer, Urteile [B-8399/2010](#) und [B-8430/2010](#) vom 23. September 2014, *Baubeschläge*.

<sup>95</sup> BGer, Urteile [2C\\_1016/2014](#) und [2C\\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017](#), *Baubeschläge*.

<sup>96</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 44 f. und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 177, *Baubeschläge II*.

<sup>97</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 49 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 182, *Baubeschläge II*.

<sup>98</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 94 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 228, *Baubeschläge II*.

<sup>99</sup> BVGer, Urteil [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023, *Baubeschläge II*, E. 93.

<sup>100</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 97 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 231,

Vereinbarung vorläge, würde es sich zumindest um eine abgestimmte Verhaltensweise handeln. Auf die Fühlungnahme in Form von Informationsaustausch sei ein Verhalten der Parteien gefolgt, das auf den Informationsaustausch zurückgehe.<sup>101</sup> Unbeachtlich sei weiter, dass der Grosshändler als Abnehmer selbst von den erhöhten Preisen der Hersteller betroffen sei. Denn Abredegegenstand sei nicht nur der Herstellerpreis gewesen, sondern auch der Endkundenpreis gegenüber Fensterproduzenten.<sup>102</sup>

### c. Qualifikation als Preisabrede i.S.v. [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#)

Der Tatbestand von [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#) erfasse sowohl die indirekte als auch direkte Preisfestsetzung.<sup>103</sup> Eine Preisabrede liege bereits vor, wenn sich die Konkurrenten über einzelne Preiselemente oder -komponenten verständigen würden.<sup>104</sup> Mit Verweis auf die Rechtsprechung der Europäischen Union und die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>105</sup> ist gemäss BVGer schliesslich jegliche Verhaltenskoordination als Preisabrede zu qualifizieren, welche die Preissetzungsfreiheit einschränkt und dadurch das Selbstständigkeitspostulat verletzt.<sup>106</sup> Ebenso seien die Aspekte der Wesentlichkeit – gemäss

#### SZK 2024 73, 86

eigener Rechtsprechung in Sachen VPWV-Repo<sup>107</sup> – unter [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#) nicht zu berücksichtigen, weshalb kein Raum für eine Abgrenzung von wesentlichen zu unwesentlichen Preisabreden bestehe.<sup>108</sup>

Im Sinne dieser Erwägungen qualifiziert das BVGer die Absprachen bezüglich eines Materialteuerungszuschlags als Preisabrede i.S.v. [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#).<sup>109</sup> Es liess insbesondere die Argumente der Parteien nicht gelten,

der Materialteuerungszuschlag sei nur ein untergeordnetes (Brutto-)Preiselement,<sup>110</sup>

die Bruttopreise seien keine Endpreise, wobei letztere wesentlich von individuellen Preisnachlässen bestimmt würden und damit weiterhin erheblicher Preiswettbewerb bestehe,<sup>111</sup> und

die angekündigten Preiserhöhungen seien nicht umgesetzt worden.<sup>112</sup>

Das BVGer legt damit den Tatbestand der Preisabrede gemäss [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#) praxisgemäss, aber entgegen einem Teil der Lehre<sup>113</sup> weit aus. Insbesondere die Argumentation des BVGer, dass eine engere Auslegung der Preisabrede der Bestimmtheit der Norm abträglich wäre, da innerhalb der Preisabsprachen Abgrenzungen vorgenommen werden müssten, und deshalb eine weite Auslegung zu bevorzugen sei, die «gar keine Abgrenzung» voraussetze,<sup>114</sup> widerspricht diametral dem Zweck des Bestimmtheitsgebots, Rechtssicherheit zu schaffen, dem Wortlaut der Norm sowie der Gesetzgebungsgeschichte. Dem

---

#### Baubeschläge II.

<sup>101</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 99 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 233, *Baubeschläge II*.

<sup>102</sup> BVGer, Urteil [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023, *Baubeschläge II*, E. 239.

<sup>103</sup> BVGer, Urteil [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023, *Baubeschläge II*, E. 129.

<sup>104</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 130 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 279, *Baubeschläge II*.

<sup>105</sup> Vgl. insbesondere [BGE 129 II 19](#), *Buchpreisbindung*, E. 5.1; [144 II 246](#), *Altimum*, E. 6.4.2; [147 II 72](#), *Pfizer*, E. 3.5.

<sup>106</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 136 ff. und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 284, *Baubeschläge II*.

<sup>107</sup> BVGer, Urteil [B-7920/2015](#) vom 16. August 2016, *VPWV-Repo*, E. 9.3.6.

<sup>108</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 141 f. und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 291 ff., *Baubeschläge II*.

<sup>109</sup> BVGer, Urteil [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023, *Baubeschläge II*, E. 445.

<sup>110</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 147 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 300 ff., *Baubeschläge II*.

<sup>111</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 149 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 302, *Baubeschläge II*.

<sup>112</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 152 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 306, *Baubeschläge II*.

<sup>113</sup> *Felix Tuchschnid*, Die horizontale Preisabrede, [AJP 2018, S. 848 ff.](#); *Roger Zäch*, Restriktive Auslegung von Preisabreden im Sinne von [Art. 5 Abs. 3 KG](#), [AJP 2023, S. 686 ff.](#); *Roger Zäch/Reto Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, 3. A., Bern 2023, Rz. 556 ff.; *Roger Zäch/Adrian Künzler*, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die [EMRK](#), in: Stefan Bechtold/Joachim Jickeli/Mathias Rohe (Hrsg.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb*, Festschrift für Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 737 ff.

<sup>114</sup> BVGer, Urteil [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023, *Baubeschläge II*, E. 136.

Rechtsunterworfenen, der Rechtssicherheit bezüglich kartellrechtlich zulässigen Verhaltens sucht, ist nicht gedient, wenn er bei jeglichen Abreden, die einen Preisbezug haben, eine Sanktionierung befürchten muss. Mit der Ausweitung des Tatbestands allein sind dessen Grenzen nicht automatisch schärfer umrissen. Von [Art. 5 Abs. 3 lit. a KG](#) sind sodann nur die «Festsetzung von Preisen» sowie jegliche Abreden mit Preisbezug erfasst, und der Gesetzgeber wollte bei Einführung der direkten Kartellsanktionen ausdrücklich nur die «krassesten Fälle» von Wettbewerbsbeschränkungen erfassen.<sup>115</sup> Schliesslich widerspricht das BVGer der Praxis der WEKO, welche in der Vergangenheit keine Preisabreden angenommen hat, wenn nur unbedeutende Preiselemente Bestandteil der Abrede sind.<sup>116</sup>

#### d. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Mit Verweis auf die *Gaba*-Rechtsprechung<sup>117</sup> schloss das BVGer, dass bei den Vermutungstatbeständen gemäss [Art. 5 Abs. 3 und 4 KG](#) die Erheblichkeit nur in Ausnahmesituationen zu verneinen ist.<sup>118</sup> Ein solche Ausnahmekonstellation sei vorliegend nicht gegeben. Es ergebe sich bereits aus dem Aufwand, den die Parteien vorliegend betrieben hätten, dass die Materialteuerungszuschläge keine bedeutungslose Preisabrede gewesen seien, womit die qualitative Erheblichkeit zu bejahen sei.<sup>119</sup> Die beteiligten Parteien würden zudem einen Marktanteil von 80% des relevanten Marktes aufweisen, womit auch eine quantitative Erheblichkeit vorliege.<sup>120</sup>

#### e. Sanktion

Von den Parteien wurde die überlange Verfahrensdauer gerügt und dafür eine Sanktionsreduktion gefordert. Das BVGer räumt ein, dass die Verfahrensdauer von sechs Jahren seit Rückweisung durch das Bundesgericht eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vermuten lasse. Jedoch sei die Verfahrensdauer gerechtfertigt, weil Rechtsfragen – wie die Beurteilung von Bruttopreisen – kohärent mit anderen Urteilen zu beantworten gewesen seien. Entsprechend werde keine Sanktionsreduktion gewährt.<sup>121</sup>

#### SZK 2024 73, 87

Die Angemessenheit der Verfahrensdauer muss anhand der einzelfallspezifischen Sachverhalts- und Verfahrensverhältnisse beurteilt werden.<sup>122</sup> Eine Koordination der Rechtsprechung im gleichen Sachverhaltskomplex kann daher eine lange Verfahrensdauer rechtfertigen. Dass aber Gründe ausserhalb des eigentlich zu beurteilenden Sachverhaltskomplexes zu berücksichtigen sind und eine Verfahrensverzögerung rechtfertigen, vermag nicht zu überzeugen. Auch wenn die Kohärenz der Rechtsprechung grundsätzlich ein legitimes Anliegen ist, wäre für die Verzögerung infolge der Koordination mit Drittverfahren daher eine Sanktionsreduktion zu gewähren.

## D. Interchange Fees für Debitkarten von Visa – Vorsorgliche Massnahmen (Urteil [B-5972/2023](#) vom 28. Februar 2024)

### 1. Sachverhalt und Verfahren

Im Rahmen elektronischer Zahlungssysteme regeln Lizenzgeber – wie Visa und Mastercard – die Zusammenarbeit zwischen den Issuern (Kartenherausgebern) und den Aquirern (Händlern, bei denen die Karten zur Zahlung eingesetzt werden) sowie deren jeweiligen Kunden. Sie setzen insbesondere eine sogenannte Interchange Fee fest, d.h. eine – i.d.R. prozentual auf dem Händler-Transaktionsbetrag erhobene – Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Das Sekretariat hatte im

<sup>115</sup> Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, S. 2036, 2041.

<sup>116</sup> [RPW 2005/1, 239 ff.](#), *Klimarappen*; [RPW 2005/2, 260 ff.](#), *Swico/Sens*.

<sup>117</sup> [BGE 143 II 297](#), *Gaba*.

<sup>118</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 163 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 329, *Baubeschläge II*.

<sup>119</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 165 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 332, *Baubeschläge II*.

<sup>120</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 166 und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 333, *Baubeschläge II*.

<sup>121</sup> BVGer, Urteile [B-5918/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 354 ff. und [B-5919/2017](#) vom 12. Dezember 2023 E. 589, *Baubeschläge II*.

<sup>122</sup> *Gerold Steinmann/Benjamin Schindler/Damian Wyss*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023, [Art. 29 BV](#) N 35.



Rahmen vergangener Vorabklärungen zu Debitkarten für die angewendeten Gebührenhöhen entsprechende «Safe Harbors» für die Lizenzgeber definiert.<sup>123</sup> Vor Auslaufen dieser «Safe Harbor»-Regelung eröffnete das Sekretariat am 29. September 2022 eine neue Vorabklärung zu den Debitkarten der Systeme Visa und Mastercard. Ziel des Sekretariates war es, mit Visa und Mastercard die Höhe der Interchange Fee einvernehmlich zu regeln.<sup>124</sup>

Visa war mit dem vom Sekretariat vorgeschlagenen Interchange-Satz für Konsumentenkarten von 0,1% nicht einverstanden. Das Unternehmen reichte für die geforderten höheren Sätze am 22. Mai 2023 eine Meldung i.S.v. [Art. 49 Abs. 3 lit. a KG](#) ein und implementierte per 1. Juli 2023 einen Satz von 0,2%. Das Sekretariat eröffnete bereits am 27. Juni 2023 eine Untersuchung. Ende August beantragte Visa bei der WEKO den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, mit welcher – im Interesse der Rechtssicherheit – der gemeldete und in Kraft gesetzte Interchange-Satz der Visa bis zum Abschluss der Untersuchung für zulässig erklärt werden sollte. Die WEKO wies das Gesuch von Visa am 25. September 2023 als gesetzeswidrig ab.<sup>125</sup> Visa gelangte gegen diesen Entscheid mit Beschwerde an das BVGer.<sup>126</sup>

## 2. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

Das BVGer schützte in seinem Urteil die Abweisung des Gesuchs durch die WEKO. Das Gericht hielt fest, dass es Visa mit den beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht um ein öffentliches Interesse am Schutz wirksamen Wettbewerbs gehe. Vielmehr strebe Visa einzig an, das nach [Art. 49a Abs. 3 lit. a KG](#) aufgrund der Untersuchungseröffnung des Sekretariats bestehende Sanktionsrisiko nicht tragen zu müssen.<sup>127</sup>

Gemäss [Art. 49a Abs. 3 lit. a KG](#) entfällt eine Sanktion, wenn das Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung der WEKO meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Die Sanktionsdrohung lebt jedoch wieder auf, wenn dem Unternehmen – wie vorliegend der Visa – innert fünf Monaten nach Meldung die Eröffnung einer Untersuchung mitgeteilt wird und das Unternehmen danach an der Wettbewerbsbeschränkung festhält.

In Anlehnung an den Bundesgerichtsentscheid in Sachen *DMIF (Domestic Multilateral Interchange Fee)*<sup>128</sup>, welcher den Erlass einer Feststellungsverfügung über die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ablehnte, hielt das BVGer erneut fest, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach [Art. 49a Abs. 3 lit. a KG](#) ein kartellrechtliches Sonderverfahren sei, das zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führe. Das Verfahren solle dem betroffenen

### SZK 2024 73, 88

Unternehmen lediglich eine eigene Einschätzung der Zulässigkeit der gemeldeten Beschränkung erlauben. Das von Visa gewählte Vorgehen über eine vorsorgliche Massnahme sei mit einer kartellgesetzlich unzulässigen Feststellungsverfügung funktionell gleichwertig. Das Vorgehen laufe auf eine von der WEKO geforderte «Zulässigkeitserklärung» einer Wettbewerbsbeschränkung hinaus, womit im Ergebnis eine mit der gesetzlichen Ordnung nicht vereinbare «sanktionsaussetzende Freistellung» für die Dauer der Untersuchung angestrebt werde.<sup>129</sup> Entsprechend wies das BVGer die Beschwerde ab, ohne auf die zulässige Höhe von Interchange Fees einzugehen.

Mit diesem Entscheid bleibt es dabei, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach [Art. 49a Abs. 3 lit. a KG](#) für Unternehmen unattraktiv bleibt und kaum Rechtssicherheit schafft. Denn wenn das Unternehmen die vorläufige Einschätzung des Sekretariats im Rahmen dieses Verfahrens nicht teilt, kann es sich dazu entscheiden, die Wettbewerbsbeschränkung nicht umzusetzen. Dann wird die Untersuchung ohne materiellen Entscheid in der Sache eingestellt. Wenn das Unternehmen jedoch gerichtlich überprüft haben möchte, ob die gemeldete Verhaltensweise zulässig ist, muss es diese faktisch umsetzen – und damit ein Sanktionsrisiko bewusst in Kauf nehmen.<sup>130</sup>

<sup>123</sup> Vgl. [RPW 2009/2, 122 ff.](#), *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.

<sup>124</sup> BVGer, Urteil [B-5972/2023](#) vom 28. Februar 2024, *Interchange Fees für Debitkarten von Visa*, Sachverhalt Ziff. A–C.

<sup>125</sup> Verfügung der WEKO über vorsorgliche Massnahmen vom 25. September 2023, Untersuchung 22-0523, *Interchange Fees für Debitkarten von Visa*; vgl. [Mani Reinert/Tim Meyer/Jens Neese, SZK 2024, S. 28 ff.](#), 35 ff.

<sup>126</sup> BVGer, Urteil [B-5972/2023](#) vom 28. Februar 2024, *Interchange Fees für Debitkarten von Visa*, Sachverhalt Ziff. A–C.

<sup>127</sup> BVGer, Urteil [B-5972/2023](#) vom 28. Februar 2024, *Interchange Fees für Debitkarten von Visa*, E. 5.

<sup>128</sup> [BGE 135 II 60](#), *DMIF*, E. 2–3.2.

<sup>129</sup> BVGer, Urteil [B-5972/2023](#) vom 28. Februar 2024, *Interchange Fees für Debitkarten von Visa*, E. 5.

<sup>130</sup> Ausführlich zur Problematik: Marcel Alexander [Niggli/Christof Riedo](#), in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Kartellgesetz, Basler Kommentar*, 2. A., Basel 2022, Vor [Art. 49a–53 KG](#) N 71 ff.