



Bemerkung:

Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Verfügung

vom 30. Oktober 2017

in Sachen

Untersuchung **32-0235** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen

wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

gegen

1. **Die Schweizerische Post AG**, Wankdorfallee 4, 3030 Bern
2. **Post CH AG**, Wankdorfallee 4, 3030 Bern

Beide vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer,
Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Brandschenkestrasse 24, 8027
Zürich

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident bis zum 31.12.2017, Vorsitz),
Andreas Heinemann (Vizepräsident, Präsident ab 01.01.2018),
Armin Schmutzler (Vizepräsident),
Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals,
Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Rudolf Minsch, Martin Rufer,
Henrique Schneider

Publikationsversion

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	6
A.1	Gegenstand der Untersuchung	6
A.2	Verfahrensbeteiligte.....	6
A.2.1	Verfahrensparteien	7
A.2.2	Anzeiger.....	8
A.3	Verfahrensgeschichte.....	9
A.3.1	Marktbeobachtung	9
A.3.2	Vorabklärung	10
A.3.3	Untersuchung.....	12
A.3.4	Vorbringen der Post zum Verfahren	17
A.4	Sachverhalt.....	18
A.4.1	Begriffsdefinitionen	18
A.4.2	Allgemeine Beschreibung der Preissysteme 2009 und CAPRI	20
A.4.2.1	Preissystem 2009	21
A.4.2.1.1	Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung.....	21
A.4.2.1.2	Übersicht über die Rabattvorgabe	22
A.4.2.1.3	Rabatt für [...]	22
A.4.2.1.4	Rabatt für die übrigen Vertragskunden.....	23
A.4.2.1.5	Ausführungen der Post.....	23
A.4.2.2	Preissystem ab. 1. April 2011 («Preissystem CAPRI»).....	23
A.4.2.2.1	Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung von CAPRI	24
A.4.2.2.2	Übersicht über das Rabattsystem CAPRI.....	24
A.4.2.2.3	Säule 1: Preisliste	25
A.4.2.2.4	Säule 2: Umsatzbasierter Zusatzrabatt	29
A.4.2.2.5	Säule 3: Vergütungen für Kundenleistungen	31
A.4.2.2.6	Anmerkungen der Post zur Ausgestaltung des Preissystems	31
A.4.3	Ausgestaltung und Anwendung der Preissysteme im Hinblick auf eine einheitliche Gewährung von Rabatten	32
A.4.3.1	Rabattabweichungen in früheren Preissystemen	32
A.4.3.2	Anwendung des Preissystems 2009	32
A.4.3.2.1	In der Vorabklärung eingereichte Verträge.....	32
A.4.3.2.2	Abweichungen von den Bandbreiten	35
A.4.3.2.3	Abweichungen von der Vorgabe innerhalb der Bandbreite	41
A.4.3.2.4	Vorbringen der Post.....	47
A.4.3.3	Anwendung des Preissystems CAPRI	50
A.4.3.3.1	Systemvorgaben zur Preislisteneinteilung (Säule 1): Gleitpfad.....	51

A.4.3.3.2	Anpassung der individuellen Rabattstruktur: Strukturkontrolle	54
A.4.3.3.3	Anwendung des Preissystems durch die Kundenberater (Preislisteneinteilung) ..	56
A.4.3.3.4	Ausgestaltung und Anwendung des Zusatzrabatts	72
A.4.3.3.5	Bevorzugung von Quickmailkunden	90
A.4.3.4	Weitere Kritikpunkte der Post	93
A.4.4	Transparenz der Preissysteme 2009 und CAPRI	99
A.4.4.1	Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem 2009	99
A.4.4.2	Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem CAPRI	100
A.4.4.3	Einschätzung der Marktgegenseite und der Konkurrenz zur Transparenz	103
A.4.4.4	Fazit.....	110
A.4.5	Einschätzung der Vertragskunden zur Handhabung des Preissystems	110
A.4.5.1	Einstufungsprozess	110
A.4.5.2	Optionen und Verhandlungsmöglichkeiten.....	111
A.4.5.3	Anwendung des Zusatzrabatts	112
A.4.5.4	Kündigung der Verträge	114
A.4.5.5	Einschätzung eines Prognosesystems im Allgemeinen und des Preissystems CAPRI im Besonderen	114
A.4.6	Bewirkte Preiserhöhung durch das Preissystem CAPRI	115
A.4.6.1	Erkenntnisse aus den Unterlagen der Post.....	115
A.4.6.2	Ergebnisse aus Kundenbefragung	116
A.4.6.3	Vom Sekretariat durchgeführte Berechnungen	117
A.4.6.4	Fazit.....	120
A.4.7	Auswirkung des Preissystems CAPRI auf Quickmail	120
A.4.7.1	Aussagen und Hinweise der Wettbewerber	120
A.4.7.2	Anzeigen der Kundenverbände	122
A.4.7.3	Vergleich der Preise der Post mit den Preisen von Quickmail	122
A.4.7.4	Wirkung der Ausgestaltung als Preissystem mit Gesamtumsatzrabatten	124
A.4.7.4.1	Gesamtumsatzrabatt und Preislisteneinstufung	125
A.4.7.4.2	Gesamtumsatzrabatt und Zusatzrabatt	129
A.4.7.4.3	Fazit zur Wirkung des Gesamtumsatzrabatts.....	131
A.4.7.5	Wirkung des Preissystems auf die Wechselbereitschaft der Vertragskunden	131
A.4.7.5.1	Modalitäten zur Verlagerung von Sendungen	131
A.4.7.5.2	Auswirkungen der Komplexität und Intransparenz	132
A.4.7.5.3	Einschätzung der Wirkung durch die Vertragskunden.....	134
A.4.7.5.4	Zusammenfassung	137
A.4.8	KEP & MailAnmerkungen der Post.....	137
B	Erwägungen	138
B.1	Geltungsbereich	138
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich.....	138
B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich	140
B.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	140
B.2	Materielle Verfügungsadressatinnen	140
B.3	Vorbehaltene Vorschriften	142

B.3.1	Übersicht.....	142
B.3.2	Alte Postgesetzgebung.....	142
B.3.3	Neue Postgesetzgebung.....	145
B.3.3.1	Vorbringen der Post.....	147
B.3.4	Ergebnis.....	149
B.4	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.....	150
B.4.1	Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und - mass).....	150
B.4.1.1	Beweiswürdigung	150
B.4.1.2	Beweismass	151
B.4.2	Marktbeherrschende Stellung	153
B.4.2.1	Der relevante Markt.....	153
B.4.2.1.1	Die Preissysteme als Ausgangspunkt	154
B.4.2.1.2	Marktgegenseite (Nachfrage)	155
B.4.2.1.3	Sachlich relevanter Markt	156
B.4.2.1.4	Räumlich relevanter Markt.....	170
B.4.2.1.5	Vorbringen der Post.....	171
B.4.2.2	Beurteilung der Marktstellung	172
B.4.2.2.1	Aktuelle Konkurrenz.....	172
B.4.2.2.2	Potenzielle Konkurrenz.....	186
B.4.2.2.3	Stellung der Marktgegenseite	188
B.4.2.3	Vorbringen der Post.....	188
B.4.2.4	Zwischenergebnis.....	189
B.4.2.5	Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG).....	189
B.4.2.5.1	Selbständige Feststellung der Marktbeherrschung	189
B.4.2.5.2	Berücksichtigung der Monopolmärkte	193
B.4.2.6	Vorbringen der Post.....	194
B.4.3	Unzulässige Verhaltensweisen	195
B.4.3.1	Diskriminierung von Handelspartnern	196
B.4.3.1.1	Rechtliche Grundlagen	196
B.4.3.1.2	Relevante Lehre und Praxis	199
B.4.3.1.3	KEP & MailKEP & Mail Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009	217
B.4.3.1.4	Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems CAPRI ...	225
B.4.3.2	Behinderung von Konkurrenten durch das Preissystem CAPRI	236
B.4.3.2.1	KEP & MailRechtliche Grundlagen	236
B.4.3.2.2	Einschränkung des Absatzes und Behinderung	242
B.4.3.2.3	Sachliche Rechtfertigung.....	255
B.4.3.2.4	Weitere allgemeine Vorbringen der Post.....	261
B.4.3.2.5	Zwischenergebnis.....	262
B.4.4	Ergebnis.....	262
C	Massnahmen.....	262
C.1	Sanktionierung.....	263

C.1.1	Tatbestand von Art. 49 Abs. 1 KG	265
C.1.1.1	Unternehmen.....	265
C.1.1.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG.....	265
C.1.1.3	Vorwerfbarkeit	265
C.1.1.3.1	Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009	265
C.1.1.3.2	Ausgestaltung von Gleitpfad und Strukturkontrolle im Preissystem CAPRI	266
C.1.1.3.3	Möglichkeit der Kundenberater im Preissystem CAPRI, von der Zielpreisliste abzuweichen (Anwendung des Preissystems CAPRI)	266
C.1.1.3.4	Ausgestaltung von Zusatzrabatt und Jahresprofil.....	266
C.1.1.3.5	Festlegung des Prognoseumsatzes	267
C.1.1.3.6	Festlegung der Preisliste	267
C.1.1.3.7	Einschränkung des Absatzes und Behinderung von Quickmail	268
C.1.1.3.8	Vorbringen der Post.....	268
C.1.1.3.9	Fazit.....	269
C.1.1.4	Zwischenergebnis.....	269
C.1.2	Bemessung.....	269
C.1.2.1	Konkrete Sanktionsberechnung	269
C.1.2.1.1	Basisbetrag.....	270
C.1.2.1.2	Erschwerende und mildernde Umstände.....	273
C.1.2.1.3	Zwischenergebnis.....	273
C.1.2.2	Maximalsanktion.....	274
C.1.2.3	Verhältnismässigkeitsprüfung.....	274
C.1.2.4	Ergebnis	274
D	Kosten	275
E	Ergebnis	275
F	Dispositiv	277

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die Post CH AG (nachfolgend: Post) führte auf den 1. April 2011 ein neues Geschäftskundenpreissystem für adressierte Briefsendungen ein. Dies stiess bei verschiedenen Marktteilnehmern auf Kritik. In der Folge reichten der Verband KEP & Mail, der Verband des Schweizerischen Versandhandels (nachfolgend: VSV), der Schweizer Dialogmarketing Verband (vormals Direktmarketingverband; nachfolgend: SDV) und die Quickmail AG (nachfolgend: «Quickmail») beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) Anzeige gegen die geänderte Preispolitik ein. Hauptkritikpunkt ist die Unterteilung der umsatzabhängigen Rabattkomponente in eine Art Grundrabatt (entsprechend der Zuteilung in eine Preisliste) und einen monatlichen Zusatzrabatt, der gewährt wurde, je nachdem wie gut ein Postkunde den mit der Post vereinbarten jährlichen Prognoseumsatz erreichte oder übertraf. . Dieser Mechanismus erzeugt nach Meinung der Anzeiger viel stärkere wettbewerbsbeschränkende Wirkungen als das alte Preissystem der Post. Ebenfalls als problematisch wurde die Tatsache eingeschätzt, dass die Post die Rabattierung auf dem gesamten Umsatz vornimmt, d. h. einschliesslich der Umsätze im Monopolbereich der Post für Sendungen bis 50 Gramm. Weiter monierten die Anzeiger eine Verknüpfung der Nutzung des Adressdienstes MAT(CH) mit den Preisen für Briefdienstleistungen sowie die Komplexität und Intransparenz des neuen Preissystems. Im Zuge der Abklärungen stellte sich zudem heraus, dass auch das alte Preissystem 2009 kartellrechtlich problematische Elemente enthielt.

2. Aufgrund der Regulierung der Postdienstleistungen hat die Post ihr Preissystem grob dargestellt so ausgestaltet, dass für die einzelnen Kategorien von Sendungen ein (für den Monopolbereich vom Bundesrat grundsätzlich genehmigter) Listenpreis festgelegt wurde und zusätzlich vertraglich für grosse Geschäftskunden mit einem Umsatz von über 100'000 Franken (nachfolgend: «Vertragskunden») basierend auf einem zwischen der Post und dem Kunden vereinbarten Planumsatz und basierend auf Qualitätskriterien Rabatte gewährt wurden. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurden die einzelnen von der Post angewendeten Preissysteme (Preissystem 2009 und Preissystem CAPRI) auf ihre wettbewerbsrechtlichen Wirkungen auf Wettbewerber und die Marktgegenseite hin überprüft.

3. Hierbei wurde festgestellt, dass sowohl das Preissystem 2009 als auch das Preissystem CAPRI dazu führte, dass Kunden der Post untereinander diskriminiert wurden. Das Preissystem CAPRI hat sich zudem wie ein Zielrabattsystem ausgewirkt. Dies bedeutet, die Kunden der Post hatten einen grossen Anreiz die mit der Post vereinbarten Umsatzziele zu erreichen. Dies hat zudem zu einer Behinderung des einzigen Wettbewerbers (Quickmail) im Markt geführt.

4. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind die Auswirkungen der Preissysteme 2009 und CAPRI im Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis am 31. Dezember 2014.

A.2 Verfahrensbeteiligte

5. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen die Schweizerische Post AG (nachfolgend: Schweizerische Post) und die Post als Verfahrensparteien. KEP & Mail, der VSV, der SDV und die Quickmail AG (nachfolgend: Quickmail) sind im vorliegenden Verfahren Anzeiger. Der SDV ist zudem gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG ohne Parteistellung an der Untersuchung beteiligt.

A.2.1 Verfahrensparteien

6. Die **Schweizerische Post** ist eine Konzerngesellschaft, welche neben der Post mit ihren Tochtergesellschaften die PostAuto Schweiz AG und die PostFinance AG umfasst. Sie weist folgende grobe Konzernstruktur auf:

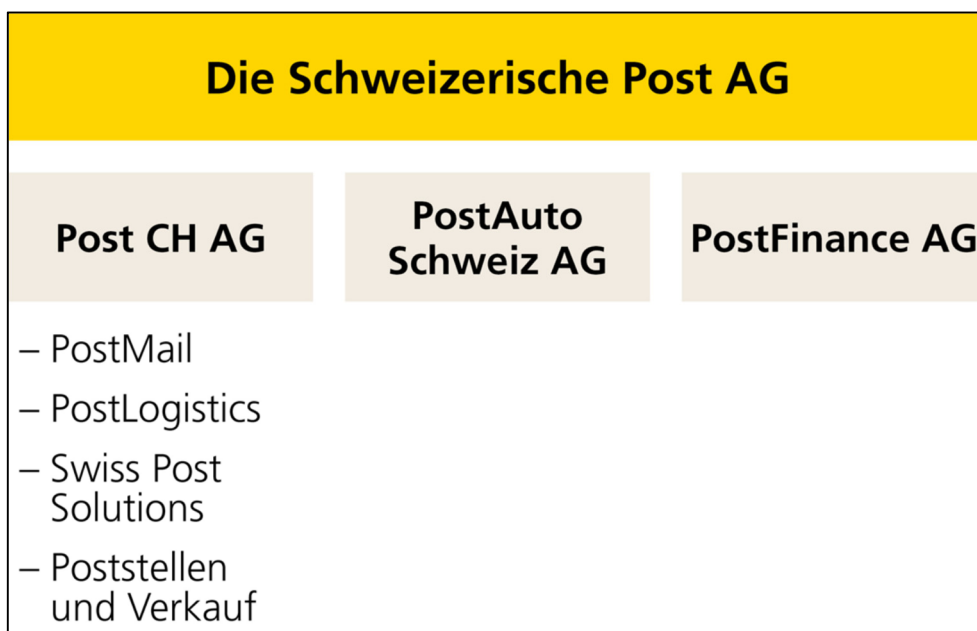


Abbildung 1: Konzernstruktur der Post¹

7. Die **Schweizerische Post** ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) und die Muttergesellschaft des «Post-Konzerns». Sie entstand am 26. Juni 2013 per Umwandlung aus der öffentlichen Anstalt «Die Schweizerische Post».² Die Schweizerische Post erbringt die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen im In- und Ausland, gewisse Finanzdienstleistungen sowie Dienste im regionalen Personenverkehr sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen (Art. 3 POG).

8. Unter dem Dach der Schweizerischen Post bestehen sogenannte «strategische Konzerngesellschaften», darunter auch die Post für den Kommunikations- und Logistikmarkt.³ Den strategischen Konzerngesellschaften sind weitere Konzerngesellschaften angegliedert.⁴ Gemäss Website der Post sind die strategischen Konzerngesellschaften «juristisch selbständige

¹ Konzernstruktur, verfügbar auf <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzernstruktur-post>> (14.11.2016).

² Handelsregisterauszug Schweizerische Post AG; Medienmitteilung der Post vom 25.6.2013, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/medien/medienmitteilungen/2013/post-wird-eine-ag-postfinance-ag-erhaelt-bankbewilligung>> (14.11.2016).

³ Website Post, Konzernstruktur, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzerngesellschaften>> (14.11.2016).

⁴ Website Post, Konzernstruktur (Fn 3).

Unternehmen, bei denen die Schweizerische Post direkt oder indirekt die Kontrolle ausübt».⁵ Gemäss Angaben der Post auf deren Website beträgt die Beteiligung an der Post 100 %.⁶

9. Die **Post** ist eine der strategischen Konzerngesellschaften der Schweizerischen Post. Sie umfasst die Geschäftsbereiche PostMail, PostLogistics, Poststellen und Verkauf, Swiss Post Solutions sowie die Management- und Servicebereiche.⁷ Der Post sind weitere Konzerngesellschaften angegliedert. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt die Gesellschaft die ordnungsgemässe Erfüllung der von der Schweizerischen Post übertragenen Verpflichtungen zur Grundversorgung mit Postdiensten gemäss Postgesetzgebung, wobei die Berichterstattung und die Vertretung gegenüber den zuständigen Behörden durch die Schweizerische Post wahrgenommen werden. Zweck des Unternehmens ist weiter die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen im In- und Ausland sowie die Erbringung sämtlicher damit zusammenhängender Dienstleistungen. Die Post tritt gegen aussen auch als für die Postdienstleistungen verantwortliche Gesellschaft auf, so etwa auf dem Factsheet für individuelle Preise und Rabatte für Grosskunden.⁸

A.2.2 Anzeiger

10. Der Verband **KEP & Mail** wurde im September 2002 gegründet. Seine Mitglieder sind private Anbieter von Kurier-, Express-, Paket- und Mailedienstleistungen sowie weitere Interessenten am Wettbewerb im Schweizer Postmarkt.⁹

11. Der **VSV** ist ein Verband von Schweizer Versandhandelsunternehmen. Neben der Vertretung seiner Mitglieder im Rahmen klassischer Verbandsaktivitäten hat der VSV auch das Ziel, Rahmenverträge mit Dienstleistern wie der Post abzuschliessen.¹⁰ Der VSV ist Mitglied des Verbandes KEP & Mail.

12. Laut Artikel 3 Ziffer 2 der Statuten nimmt der **SDV** die Interessen der Mitglieder zur Erhaltung freiheitlicher Rahmenbedingungen in der Direktmarketingbranche wahr.¹¹ Gemäss Leitbild¹² vertritt er im Rahmen der Interessenvertretung die Anliegen seiner Mitglieder u. a. gegenüber den staatlichen Organen. Weiter setzt er sich für eine freie Marktwirtschaft ein und wendet sich gegen unzweckmässige Einschränkungen. Einige der Mitglieder des SDV sind Vertragskunden der Post und daher von den untersuchten Verhaltensweisen der Post betroffen. Der SDV hat in der Vorabklärung zudem früh unaufgefordert mitgewirkt und die Interessen

⁵ Website der Post, Konzerngesellschaften, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzerngesellschaften>> (14.11.2016).

⁶ Website Post, Konzerngesellschaften (Fn 5).

⁷ Handelsregistereintrag Post CH AG.

⁸ Factsheet Individuelle Preise und Rabatte für adressierte Briefe, verfügbar auf <<https://www.post.ch/de/geschaeflich/themen-a-z/preise-versenden/briefe-inland/preisnachlaesse-und-verguetungen-fuer-briefe>> (13.1.2015).

⁹ Homepage KEP & Mail, <<http://www.kepmail.ch/index,1.htm>> (23.9.2014).

¹⁰ Website VSV, Wer ist der VSV, <<http://www.vsv-versandhandel.ch/index.cfm/de/members/wer-ist-der-vsv/>> (23.9.2014); Website VSV, Vorteile einer VSV-Mitgliedschaft, <<http://www.vsv-versandhandel.ch/index.cfm/de/members/vorteil-vsv/>> (23.9.2014).

¹¹ Website SDV, Statuten, <http://sdv-dialogmarketing.ch/mitglieder/mitglied-werden/leitbild-und-statuten/2012_sdv_statuten/> (21.6.2016).

¹² Website SDV, Leitbild, <http://sdv-dialogmarketing.ch/mitglieder/mitglied-werden/leitbild-und-statuten/2012_sdv_leitbild/> (21.6.2016).

seiner Mitglieder auch effektiv vertreten.¹³ Nach Publikation der Eröffnung der Untersuchung hat er mitgeteilt, sich an der Untersuchung beteiligen zu wollen.¹⁴

13. Die Post bestritt die Eigenschaft des SDV als beteiligter Dritter und widersetzte sich der Zustellung des Antrags des Sekretariats nach Art. 30 Abs. 2 KG an den SDV. Der SDV wurde aufgrund der vorstehend aufgeführten Gründe durch das Sekretariat gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG als Dritter ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt. Das Sekretariat hat aus verfahrensökonomischen Gründen von einer Zustellung des Antrags an den SDV abgesehen. Der SDV wurde von der WEKO angehört.

14. **Quickmail** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen. Sie bezweckt die Annahme und die Zustellung von Postsendungen, die Erbringung nichtreservierter Postdienstleistungen sowie vor- und nachgelagerte Dienstleistungen.¹⁵ Quickmail wurde mehrheitlich durch die MS Mail-Service AG gehalten, welche wiederum im Mehrheitsbesitz von Herrn Peter Stössel war. Am 1. Juni 2015 erfolgte die Zusammenlegung der MS Mail-Service AG mit der rbc Solutions AG in der MS Direct AG, welche heute Muttergesellschaft von Quickmail ist. Zweck ist laut Handelsregister die Erbringung von Beratung, Dienstleistungen und Lösungen im Direktmarketing, Dialogmarketing und anverwandten Bereichen, Abwicklung telefonischer Kundendienste und Verkaufshotlines im Kundenauftrag, Anwendung von Systemen und Verfahren der Logistik auf die Kundenbetreuung im Versand von Massendrucksaachen sowie Waren aller Art, Handel mit Modeartikeln und Produkten aller Art sowie Erbringung von IT-Dienstleistungen und IT-Beratungen inkl. entsprechende Vermittlungen und Schulungen. Quickmail ist unter anderem Mitglied des Verbands KEP & Mail.

15. Quickmail wurde im August 2009 gegründet und ist seit November 2009 operativ tätig. Sie bietet den Versand adressierter Massensendungen für Kataloge und Mailings, «Flyer» sowie Zeitungen und Zeitschriften an. Darüber hinaus können auch Briefmarken bezogen und Zusatzleistungen mit Bezug auf nicht zustellbare Sendungen nachgefragt werden.¹⁶ Seit ihrer Gründung hat Quickmail ihre Haushaltsabdeckung in der Schweiz laufend ausgebaut. Laut Angaben von Quickmail betrug die Abdeckung der Haushalte am 1. Januar 2017 schweizweit 78 %, in der Deutschschweiz 85.7 %.¹⁷

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Marktbeobachtung

16. KEP & Mail reichte mit Schreiben vom 31. Dezember 2010 eine Anzeige hinsichtlich des neuen Geschäftskunden-Preissystems der Post ein. Dieses enthalte einerseits unzulässige Treuerabatte und andererseits bestehe eine indirekte Quersubventionierung zwischen dem Monopolbereich und dem Wettbewerbsbereich.

17. Mit Schreiben vom 10. Januar 2011 reichte der VSV eine Anzeige beim Sekretariat ein. Er machte geltend, die vorgeschlagenen Preissysteme der Schweizerischen Post würden in Teilen gegen das Wettbewerbsrecht verstossen. Kritisiert wurden insbesondere die Verknüpfung der im Wettbewerb stehenden Leistung MAT[CH] mit Monopoleistungen, Rabatte betref-

¹³ Vgl. Rz 28–30.

¹⁴ Vgl. Rz 36.

¹⁵ Handelsregisterauszug Quickmail AG.

¹⁶ Website Quickmail, Produkte, <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/Produkte/Ueberblick.aspx?1>> (23.9.2014).

¹⁷ Website Quickmail, Zahlen, <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/Zahlen.aspx>> (20.1.2017).

fend den Aufgabezeitpunkt, das monatliches Zielvolumenrabattsystem, intransparente Kalkulationsgrundlagen im Monopolbereich sowie die Überwälzung von Kosten für Retouren an den Absender bei B-Post-Geschäftskunden.

18. Mit Schreiben vom 24. Januar 2011 forderte das Sekretariat die Schweizerische Post dazu auf, zu den durch KEP & Mail und VSV erhobenen und um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Vorwürfen Stellung zu nehmen sowie Informationen über das neue Geschäftskunden-Preissystem CAPRI einzureichen. Die Schweizerische Post nahm in der Folge mit Schreiben vom 25. Februar 2011 Stellung und reichte zwei Kundenpräsentationen sowie eine interne Beschreibung des neuen Geschäftskunden-Preissystems mit einer Beispielspreisliste ein.

19. Unabhängig von den Abklärungen des Sekretariat richtete das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK) mit Schreiben vom 7. Februar 2011 ein Auskunftsbegehren an die Schweizerische Post zur Abklärung, ob die neuen Rabatte, welche auf dem Umsatz mit Vertragskunden gewährt werden, das in Artikel 9 Absatz 4 des Postgesetzes vom 30. April 1997 (altes Postgesetz, aPG) enthaltene Quersubventionierungsverbot verletzen. Am 10. Mai 2011 stellte das Generalsekretariat des UVEK gestützt auf eine frühere Eingabe der Schweizerischen Post diesbezüglich fest, dass alle von den Rabatten betroffenen Dienstleistungen der Post in den Universaldienst fallen und daher aus der Art der Rabattierung keine Quersubventionierung resultieren könne. Das Sekretariat erhielt die beiden erwähnten Schreiben in Kopie, jeweils mit dem Hinweis, dass das Vorgehen und die Schlussfolgerungen des UVEK die Handlungen der WEKO nicht hindern.

20. Am 16. März 2011 gelangte KEP & Mail mit dem Begehren an das Sekretariat, KEP & Mail und ihr vom Rabattsystem hauptsächlich betroffenes Mitglied Quickmail seien durch das Sekretariat anzuhören. Das Sekretariat stimmte dem Anliegen zu und liess am 29. März 2011 KEP & Mail vorgängig eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Antworten der Post per E-Mail zukommen. Die Besprechung zwischen KEP & Mail, Quickmail und dem Sekretariat fand daraufhin am 31. März 2011 statt. Anlässlich der Sitzung reichte Quickmail eine Präsentation mit einer Entgegnung auf die Argumente der Post ein. Diese Präsentation wurde in der Folge im Rahmen der vom Sekretariat verlangten Geschäftsgeheimnisbereinigung durch Quickmail leicht angepasst und durch weitere Rechenbeispiele hinsichtlich der Auswirkungen des Zusatzrabatts ergänzt.

A.3.2 Vorabklärung

21. Das Sekretariat teilte der Schweizerischen Post mit Schreiben vom 8. April 2011 die Eröffnung einer Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG betreffend das neue Geschäftskunden-Preissystem für Briefsendungen mit. Gleichentags informierte das Sekretariat auch KEP & Mail und mit Schreiben vom 19. April 2011 den VSV über die Eröffnung der Vorabklärung.

22. Im erwähnten Eröffnungsschreiben vom 8. April 2011 (vgl. Rz 21) wurde die Schweizerische Post ausserdem zur Beantwortung eines Fragebogens sowie zur Stellungnahme zur Eingabe/Präsentation von Quickmail vom 31. März 2011 aufgefordert. Die Post reichte am 13. April 2011 ein Begehren um Fristerstreckung ein und informierte zudem über die Mandatierung von Marcel Meinhardt, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte. Nach erstreckter Frist beantwortete die Schweizerische Post mit Schreiben vom 11. Mai 2011 die vom Sekretariat an sie gerichteten Fragen. Sie zweifelte in demselben Schreiben die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt aufgrund vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG an und beantragte, die Vorabklärung vorerst auf die Klärung dieser Frage zu beschränken, unter Beizug des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK) und der Postregulationsbehörde (nachfolgend: PostReg).

23. Das Sekretariat legte daraufhin mit Schreiben vom 27. Juni 2011 dar, dass weder das alte Postgesetz, noch das Bundesgesetz über die Organisation der Postunternehmung des

Bundes (altes Postorganisationsgesetz, aPOG), noch die Postverordnung vom 26. November 2003 (alte Postverordnung, aVPG) Vorschriften enthalten, die eine Anwendung des Kartellgesetzes im Bereich der nicht reservierten Dienste (Art. 4 PG) bzw. im Bereich der Wettbewerbsdienste (Art. 9 PG) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG ausschliessen würden. Mit demselben Schreiben bat das Sekretariat die Schweizerische Post um Zustimmung bezüglich eines Informationsaustausches zwischen dem Sekretariat, der PostReg und dem UVEK. Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 stimmte die Schweizerische Post dem auf das Vorabklärungsverfahren begrenzten Informationsaustausch zwischen dem Sekretariat, dem UVEK und der PostReg zu, und liess dem UVEK und der PostReg (jeweils mit Kopie an das Sekretariat) am 14. Juli 2011 ebenfalls eine entsprechende Informationsfreigabe (nachfolgend: Waiver) zukommen. Die PostReg bestätigte der Schweizerischen Post den Waiver mit Schreiben vom 19. Juli 2014, welches das Sekretariat in Kopie erhielt.

24. Am 11. Juli 2011 gelangte Quickmail unaufgefordert per E-Mail an das Sekretariat und erläuterte anhand eines konkreten Kundenbeispiels die tatsächlichen Auswirkungen des neuen Geschäftskunden-Preissystems der Post.

25. Am 25. Juli 2011 reichte Quickmail unaufgefordert eine weitere E-Mail bezüglich der Kündigungsmodalitäten der Post-Verträge ein.

26. Das Sekretariat liess dem UVEK und der PostReg mit Schreiben vom 8. August 2011 seine Stellungnahme betreffend vorbehaltene Vorschriften zukommen, mit der Bitte um Stellungnahme. Gleichentags informierte das Sekretariat die Schweizerische Post über die beiden Schreiben. Laut Antwort der PostReg vom 30. August 2011 auf das Schreiben des Sekretariats waren hinsichtlich Zuständigkeitsverteilung keine Bemerkungen zur Darstellung des Sekretariats zu Art. 3 KG anzubringen; Das UVEK verzichtete am 26. September 2011 darauf, sich zur Angelegenheit zu äussern.

27. Im Anschluss an ein Telefongespräch zwischen Quickmail und dem Sekretariat reichte Quickmail am 31. August 2011 per E-Mail und am 1. September 2011 per Post eine weitere Präsentation zur Auswirkung des neuen Preissystems ein und legte auf Bitte des Sekretariats auch eine Kundenliste bei.

28. Mit Schreiben vom 9. September 2011 stellte das Sekretariat der Schweizerischen Post, Quickmail sowie 28 Vertragskunden der Post Fragebögen zu. Bei der Auswahl wurden verschiedene Kundensegmente und mehrere Quickmail-Kunden einbezogen. Nach Versand der Fragebögen erhielt der SDV Kenntnis von der Befragung und stellte den Fragebogen nach Rücksprache mit dem Sekretariat an 13 seiner grösseren Mitglieder zur (freiwilligen) Beantwortung zu.

29. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2011 beantwortete die Post den Fragebogen und reichte zahlreiche Beilagen ein. Am 11. Oktober 2011 reichte Quickmail die Antworten ein, unter Beilage der Planung und Entwicklung der Haushaltabdeckung. Von den 28 befragten Vertragskunden beantworteten nach einer Mahnungsrunde total 27 den Fragebogen¹⁸, dazu kam die freiwillige Antwort eines SDV-Mitglieds. Von den Vertragskunden reichten 25 ihre Verträge zum neuen Preissystem ein, 18 ihre früheren Verträge. Die letzte der Vertragskunden-Antworten ging am 30. November 2011 beim Sekretariat ein.

30. Am 17. Oktober 2011 reichte der SDV unaufgefordert eine eigene Stellungnahme zum Preissystem ein. Er kritisierte v. a. die Intransparenz des neuen Preissystems, welches eine Berechnung durch die Kunden verunmögliche. Er forderte v. a. mehr Transparenz (Offenle-

¹⁸ Nicht beantwortet wurde der Fragebogen trotz Mahnung durch Postkunde 23.

gung der Preislisten) und kundenfreundliche, für alle Kunden gleiche Parameter. Darüber verlangte er die Trennung zwischen Wettbewerbs- und Monopolbereich sowie in regulatorischer Hinsicht die Liberalisierung der Massensendungen über 50 Gramm.

31. Am 23. April 2012 informierte sich Quickmail einerseits über das vorliegende Verfahren, andererseits machte sie in demselben Schreiben Angaben zu einem anderen Verfahren. Das Sekretariat beantwortete das Schreiben per E-Mail vom 29. März 2012.

32. Am 23. November 2012 machte Quickmail unaufgefordert per E-Mail Ergänzungen zur Wirkung des Zusatzrabatts und diesbezüglichen Kundenreaktionen.

33. Mit Schreiben vom 25. Juni 2013 informierte die Post über die am 26. Juni 2013 geplante Umwandlung der Anstalt «Die Schweizerische Post» in die Aktiengesellschaft «Die Schweizerische Post AG» und die anschliessend gleichentags geplante Übertragung der Geschäftsbereiche PostMail, PostLogistics, Poststellen und Verkauf, Swiss Post Solutions sowie der Management- und Servicebereiche auf die «Post CH AG». Das Verfahren werde daher in der Folge durch die Post als Rechtsnachfolgerin der Schweizerischen Post weitergeführt.

A.3.3 Untersuchung

34. Am 17. Juli 2013 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Schweizerische Post sowie die Post und teilte dies mit Schreiben (vorab per Fax) gleichen Datums der Post mit. Dem Schreiben beigelegt war die Medienmitteilung, welche am 18. Juli 2013 veröffentlicht wurde. Quickmail und KEP & Mail wurde die Untersuchungseröffnung mit Schreiben (vorab per Fax) vom 18. September 2013 mitgeteilt. Die Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt erfolgte am 30. Juli 2013.

35. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 reichte Lenz & Staehelin die vom Sekretariat mit dem Eröffnungsschreiben verlangten Vollmachten der Schweizerischen Post sowie der Post ein.

36. Am 27. August 2013 beantragte der SDV unter Bezugnahme auf die Publikation im SHAB seine Beteiligung [gemäss Art. 43 KG] an der Untersuchung.

37. Am 11. September 2013 versandte das Sekretariat Fragebögen an die Post sowie an Quickmail. Die Post reichte daraufhin am 25. September 2013 vorab eine vom Sekretariat verlangte Liste aller Vertragskunden ein. Den Rest des Fragebogens beantwortete sie innert erstreckter Frist mit Schreiben vom 13. November 2013. Am darauffolgenden Tag reichte sie wie mit Schreiben vom 13. November 2013 angekündigt eine neue Beilage 16 ein. Quickmail beantwortete den Fragebogen vom 11. September 2013 innert erstreckter Frist mit Schreiben vom 6. November 2013.

38. Am 12. September 2013 fand auf Begehren der Preisüberwachung eine Sitzung zwischen der Preisüberwachung und dem Sekretariat der WEKO statt. Dabei wurde ein allfälliger Koordinierungsbedarf zwischen dem Verfahren der WEKO und dem im Februar 2013 eröffneten formellen Verfahren der Preisüberwachung gegen die Post besprochen. Das Treffen wurde in einer Notiz zusammengefasst. Beide Behörden kamen dabei zum Schluss, dass keine Überschneidungen erkennbar sind, welche der parallelen Fortführung der jeweiligen Verfahren entgegenstehen.

39. Die Post stellte mit Schreiben vom 17. September 2013 ein Gesuch um Akteneinsicht. Am 11. Oktober 2013 sandte das Sekretariat der Post daraufhin ein Aktenverzeichnis mit den bereits bereinigten Akten zu.

40. Mit Schreiben vom 23. September 2013 reichte die Post unaufgefordert eine E-Mail-Korrespondenz ein, in der Quickmail die Post zu einem Gespräch zur Erörterung von Lösungen mit Bezug auf Zusatzrabatt und ein anderes Postprodukt ersucht hatte.

41. Nach Einreichung einer aktuellen Kundenliste durch die Post befragte das Sekretariat die Vertragskunden der Post. Die Auswahl erfolgte nach Zufallsprinzip, wobei diejenigen Vertragskunden aus der Auswahl ausgesondert und durch den jeweils nächsten Vertragskunden in der Zufallsliste ersetzt wurden, welche bereits in der Vorabklärung einen Fragebogen beantwortet hatten. Der Fragebogen wurde am 4. Oktober 2013 an 228 Kunden mit Kontaktadresse in der deutschsprachigen Schweiz versandt, am 17. Oktober 2013 an 34 Vertragskunden mit Kontaktadresse in der französischsprachigen Schweiz, und am 19. November 2013 an zwei Vertragskunden in der italienischsprachigen Schweiz. Das Sekretariat versandte mehrmals Mahnungen. Ausserdem fragte es bei den befragten Vertragskunden bezüglich Geschäftsgeheimnissen nach und forderte gegebenenfalls geschäftsgeheimnisbereinigte Versionen ein.¹⁹ Insgesamt gingen 255 Antworten von Vertragskunden ein, die letzte am 28. März 2014. Fünf Vertragskunden beantworteten den Fragebogen aus verschiedenen Gründen nicht²⁰, vier weitere Vertragskunden reichten für mehrere angeschriebene Untereinheiten gemeinsame Antworten ein.²¹

42. Am 10. Dezember 2013 wurde der Post auf deren Gesuch hin ein noch nicht vollständiges Aktenverzeichnis zugesandt. Die Post stellte daraufhin ein Gesuch um Einsicht in diverse Akten. Mit Schreiben vom 29. Januar 2014 informierte das Sekretariat die Post über einen Aufschub der Akteneinsicht.

43. Ein von der [...], welche vom Sekretariat als Geschäftskundin der Schweizerischen Post befragt worden war, zusammen mit ihren Fragebogenantworten vom 18. November 2013 eingereichtes Gesuch um Akteneinsicht lehnte das Sekretariat mit Schreiben vom 29. Januar 2014 ab.

44. Am 20. Januar 2014 schloss der Preisüberwacher eine einvernehmliche Regelung mit der Post ab, woraufhin er das formelle Verfahren als gegenstandslos einstellte.²² Die Massnahmen beinhalteten unter anderem neue Produkte und Preissenkungen bei gewissen Briefsendungen sowie Preissenkungen bei Adresspflegeprodukten.

45. Mit Schreiben vom 12. Februar 2014 ersuchte das Sekretariat die Post um weitere Aufschlüsselung und um Erläuterungen bezüglich der von der Post mit Schreiben vom 13./14. November 2013 eingereichten Geschäftskunden-Daten. Mit Schreiben vom 28. März 2014 reichte die Post innert erstreckter Frist die weiter aufgeschlüsselten Geschäftskunden-Daten und Erklärungen dazu ein. Weiter reichte die Post unaufgefordert weitere Dokumente im Zusammenhang mit Einführung des neuen Preissystems ein, in Ergänzung ihrer Eingabe vom 13. November 2013.

¹⁹ Obwohl bereits der Fragebogen einen eindeutigen Passus bezüglich der Angabe von Geschäftsgeheimnissen enthielt, fragte das Sekretariat bei den Unternehmen diesbezüglich noch einmal nach, zumeist telefonisch, teils per E-Mail. Diese Telefonate und Mails wurden, sofern sie keine Einschränkungen der Akteneinsicht aufgrund von Geschäftsgeheimnissen beinhalteten oder materielle Fragen betrafen, nicht zu den Akten genommen.

²⁰ Keine Reaktion einer Gemeinde trotz mehrmaliger Mahnung, mangelnder Geschäftskundenstatus infolge zu tiefen Umsatzes, Nichtbeantwortung aufgrund fehlenden Einflusses auf die Preisgestaltung der Post sowie Dispensation von der Beantwortung des Fragebogens.

²¹ Das [...] beantwortete den Fragebogen für [...]. Die [...] reichte entsprechend keine eigene Antwort ein. Dies im Gegensatz zur [...], welche eine Antwort einreichte, welche für die Auswertung separat berücksichtigt wurde. Die [...] integrierte die Antworten der [...] in ihre Antworten. Die [...] reichte ebenfalls eine konsolidierte Antwort für die [...] und die [...] ein. Die [...] reichte ebenfalls eine konsolidierte Antwort für die ganze Gruppe ein, d.h. u.a. sowohl die [...] AG als auch die [...] umfassend.

²² Preisüberwacher, Einvernehmliche Regelung mit der Schweizerischen Post AG vom 20. Januar 2014, verfügbar auf <<https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/dokumentation/publikationen/einvernehmliche-regelungen.html>> (14.11.2016).

46. Nach mehrmaligem Aufschub erhielt die Post ein aktualisiertes Aktenverzeichnis und Einsicht in alle zum Zeitpunkt einsehbaren Akten. Die in der Vorabklärung eingegangenen Fragebogenantworten von Vertragskunden der Post und die damit zusammenhängende Korrespondenz wurden zusätzlich zur Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen anonymisiert. Diese Vorgehensweise diente einerseits der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse (Kundendaten) von Quickmail²³, andererseits dem öffentlichen Interesse, die Wettbewerbsverhältnisse durch die Untersuchung nicht zu verändern. Von der Einsicht ausgenommen waren die noch nicht bereinigten Akten, insbesondere die Antworten der in der Untersuchung befragten Vertragskunden, da zusätzliche Bereinigungen vorzunehmen waren. Das Sekretariat plante zudem, die Fragebogenantworten zu einem späteren Zeitpunkt im Interesse des Wettbewerbs nur in zusätzlich bereinigter resp. anonymisierter Form einsehen zu lassen.

47. Mit Schreiben vom 6. August 2014 forderte das Sekretariat die Post auf, eine weitere Aufschlüsselung der eingereichten Daten und eine Zuordnung der unrabattierten Standardpreise je Produkt vorzunehmen. Zudem lud das Sekretariat die Post zu einem Gespräch mit Präsentation des CAPRI-Systems zur Klärung offener Fragen, insbesondere hinsichtlich Berechnungen, ein. Innert erstreckter Frist und einer klärenden E-Mail reichte die Post die zusätzlich aufgeschlüsselten und ergänzten Daten mit Schreiben vom 8. September 2014 ein. Am 15. September 2014 fand das Treffen zwischen Vertretern der Post und des Sekretariats statt. Die Post informierte dabei über gewisse Details des Preissystems und dessen Handhabung anhand einer Präsentation. Das Sekretariat erstellte nachträglich zusätzlich eine Notiz mit ergänzenden Informationen zur Präsentation und stellte diese am 17. September 2014 der Post zur allfälligen Korrektur und Ergänzung zu. Innert erstreckter Frist reichte die Post am 10. Oktober 2014 eine korrigierte und bereinigte Version der Gesprächsnotiz ein.

48. Am 7. August 2014 ersuchte das Sekretariat Quickmail um zusätzliche Informationen und Daten. Quickmail reichte einen Teil der verlangten Informationen bereits am 8. August 2014 per E-Mail ein, den übrigen Teil innert erstreckter Frist und Klärung bezüglich einzureichender Daten am 5. September 2014.

49. Am 29. Januar 2015 sandte das Sekretariat Quickmail eine Telefonnotiz zu und bat um Verifizierung und gegebenenfalls Ergänzung der enthaltenden Tatsachen sowie um zusätzliche Geschäftsgeheimnisbereinigung früherer Eingaben. Quickmail antwortete mit Schreiben vom 6. Februar 2015.

50. Am 2. Februar 2015 teilte das Sekretariat Quickmail auf Anfrage per E-Mail mit, dass keine genauen Informationen über den weiteren Verlauf des Verfahrens abgegeben werden können.

51. Das Sekretariat kontaktierte ab 6. März 2015 Quickmail und diverse Postkunden zwecks Geschäftsgeheimnisbereinigung von Akten. Weiter prüfte es im öffentlichen Interesse des Wettbewerbs Möglichkeiten der Akteneinsicht in eingeschränkter Form. Nach einer E-Mail des Sekretariats vom 15. März 2015, in welcher das Sekretariat einen Aufschub der Akteneinsicht mitteilte, verlangte die Post per Mail vom 17. März 2015 die Zusendung eines aktualisierten Aktenverzeichnisses sowie ein mündliches Gespräch über die weiteren Verfahrensschritte. Per E-Mail vom 19. März 2015 sandte das Sekretariat der Post ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu, und am Folgetag fand das Telefongespräch betr. Akteneinsicht und weiteren Verfahrensschritten statt. Am 26. März 2015 gewährte das Sekretariat Akteneinsicht in die neuen Akten sowie in frühere inzwischen bereinigte Akten. Nicht eingeschlossen waren die Fragebogenantworten der Vertragskunden in der Untersuchung.

²³ Dies begründet sich damit, dass keine reine Zufallsauswahl erfolgte. Ein beträchtlicher Teil der befragten Kunden waren Quickmailkunden, welche aufgrund einer Kundenliste von Quickmail ausgewählt und befragt worden waren.

52. Die vollständige Akteneinsicht erfolgte am 27. August 2015. Das Sekretariat machte die Fragebogenantworten der Untersuchung mit Ausnahme der geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse vollständig zugänglich, d. h. ohne die zusätzlichen Bereinigungen/Anonymisierungen im öffentlichen Interesse. Das Sekretariat wies explizit darauf hin, dass die Einsicht in die Fragebogenantworten lediglich zu Verteidigungszwecken bestimmt sei. Mit Telefonat vom 21. September 2015 teilte die Post mit, dass die Akten vor Übergabe an die Klientin durch die Kanzlei bereinigt würden. Per Schreiben vom 5. November 2015 bestätigte die Post, dass sie ausdrücklich auf die Verwendungsbeschränkung der Akten hingewiesen worden sei.

53. Am 27. Juli 2015 informierte die Post (ohne Einbezug der Rechtsvertretung) unaufgefordert über eine mögliche Übernahme der APZ Direct AG, welche auch Subunternehmerin der Quickmail war. Die Übernahme wurde per 1. Oktober 2015 vollzogen.²⁴

54. Am 6. Oktober 2015 erkundigte sich Quickmail nach dem Verfahrensstand und brachte dem Sekretariat zur Kenntnis, dass die Post über ihr Produkt «Expert Mail» Grosskunden auf intransparenter Basis weitere teilweise sehr hohe Rabatte gewähre. Am 10. November 2015 sandte Quickmail die Beschreibung von Expert Mail sowie die neue Beschreibung des CAPRI-Preismodells mit Konditionen- und Preisblatt zu, und machte dabei erneut die Intransparenz beim Preissystem allgemein und bei Expert Mail insbesondere geltend.

55. Die Post erkundigte sich am 24. November 2016 telefonisch, ob der Hinweis des Sekretariats zur Verwendung der Akten im Schreiben vom 27. August 2015 dadurch begründet sei, dass Kundenberater der Post angeblich Kunden geraten hätten, Fragen nicht zu beantworten. Dies wurde durch das Sekretariat verneint. Die Post führte mit Bezug auf [...] an, der betreffende Kundenberater bestreite, eine solche Aussage gemacht zu haben.

56. Am 3. März 2016 versandte das Sekretariat einen Fragebogen an die Post betreffend die Ergänzung früher eingereicherter Daten und Zusatzinformationen zu den Preissystemen sowie betreffend Informationen und Daten zu den Produkten OnTime Mail 2 Werkzeuge und Expert Mail. In der Folge präziserte bzw. ergänzte das Sekretariat den Fragebogen hinsichtlich zweier Fragen. Innert erstreckter Frist reichte die Post am 6. Mai 2016 die Antworten auf den Fragebogen und die verlangten Daten ein. Eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version wurde mit Schreiben vom 25. Mai 2016 nachgeliefert.

57. Im Nachgang zum Versand des Fragebogens gewährte das Sekretariat der Post am 14. April 2016 zudem Akteneinsicht in die neuen Akten.

58. Am 4. März 2016 versandte das Sekretariat einen Fragebogen an Quickmail mit der Aufforderung zur Ergänzung von Daten sowie betreffend Zusatzinformationen zur Markttätigkeit sowie zu den Auswirkungen von Expert Mail. Per E-Mail vom 4. April 2016 antwortete Quickmail auf den Fragebogen und reichte Daten zu Mengen und Umsätzen ein. Aufgrund eines Telefongesprächs zu Klärung/Ergänzung der Informationen am 5. April 2016 mit dem Sekretariat sandte Quickmail dem Sekretariat gleichentags per E-Mail eine um Umsätze mit Zeitungen und Zeitschriften ergänzte Datentabelle zu. Am 6. April 2016 stellte das Sekretariat Quickmail eine Notiz mit dem Inhalt des erwähnten Telefongesprächs zu, mit der Bitte, den Sachverhalt zu bestätigen und gegebenenfalls zu ergänzen, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen sowie genauere Informationen zur Behinderung durch Expert Mail einzureichen. Quickmail antwortete darauf mit E-Mail vom 6. Mai 2016. Die konsolidierte Jahresrechnung wurde am 12. Mai 2016 respektive in beglaubigter Fassung am 17. Mai 2016 eingereicht.

²⁴ Homepage APZ Direct AG, <<http://www.apz.ch/index.html>> (18.11.2015; Website nicht mehr aufgeschaltet).

59. Am 16. Juni 2016 meldete sich Quickmail unaufgefordert beim Sekretariat und machte Angaben über den Inhalt eines Kundengesprächs, welches gewisse Effekte von Expert Mail aufzeigte. Auf Nachfrage bezeichnete Quickmail gleichentags die Geschäftsgeheimnisse.

60. Am 23. August 2016 ersuchte die Post im Nachgang zu einem Telefongespräch betreffend Verfahrensstand um die Übermittlung eines Aktenverzeichnisses, welches gleichentags zugestellt wurde. Die Post ersuchte daraufhin um Akteneinsicht in die neuen Akten. Nach Klärung mit Quickmail bezüglich Geschäftsgeheimnissen wurde am 24. August 2016 Akteneinsicht gewährt.

61. Am 19. September 2016 fand auf Wunsch der Post ein Gespräch zwischen Vertretern der Post und dem Sekretariat statt. Das Sekretariat informierte dabei – unpräjudiziell und unter Vorbehalt jederzeit möglicher Anpassungen – mündlich über die vorläufigen Untersuchungsergebnisse und die vorläufige kartellrechtliche Einschätzung. Das Sekretariat informierte die Post auch über die geplanten weiteren Schritte. Die Post nahm an der Sitzung mündlich kurz Stellung zu den Beschwerdepunkten und gab an, bis Ende Woche 44 nach der Sitzung der Konzernleitung mitzuteilen, ob sie Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung aufnehmen wolle. Es wurde, wie zu Beginn der Sitzung angekündigt, kein Protokoll der Sitzung erstellt.

62. Innert verlängerter Frist teilte die Post am 16. November 2016 telefonisch mit, dass die Post die Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung nur unter einer Bedingung hinsichtlich Sanktionshöhe aufnehmen wolle, die Post aber weiterhin an einer einvernehmlichen Regelung interessiert sei. Das Sekretariat gab der Post am 21. Dezember 2016 über den voraussichtlichen für den Antrag an die Kommission errechneten oberen Rahmen der Sanktion telefonisch Auskunft. In der Folge teilte die Post mit, bis am 27. Dezember 2016 abzuklären, ob sie unter diesen Voraussetzungen in Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung einsteigen und gegebenenfalls die Rahmenbedingungen dazu unterschreiben wolle. Am 27. Dezember 2016 teilte die Post schliesslich mit, aufgrund des Sanktionsrahmens keine Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung aufzunehmen.

63. Mit Schreiben vom 30. November 2016 stellte die Post den Antrag, es sei von der Zustellung des Verfügungsantrags abzusehen, eventualiter sei über die Verfahrensstellung des SDV und die Zustellung des Verfügungsantrags an diesen eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Per Telefonat vom 27. Dezember 2016 teilte das Sekretariat daraufhin seine Absicht mit, dem SDV den Antrag nicht zuzustellen.

64. Am 2. Februar 2017 stellte das Sekretariat der Post den Antrag inklusive Beilagen im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme zu. In der Folge fand zwischen der Post und dem Sekretariat ein Austausch betreffend die dem Antrag zugrundeliegenden Berechnungen und statistischen Auswertungen statt.

65. Im Zeitraum zwischen dem 1. März 2017 bis zum 6. Juni 2017 wurde der Post die Frist zur Stellungnahme dreimal erstreckt. Das Gesuch der Post vom 26. April 2017 betreffend Abnahme der Frist wurde mit Schreiben vom 27. April 2017 abgelehnt.

66. Mit Schreiben vom 10. Mai 2017 informierte das Sekretariat die Post, den SDV und Quickmail über einen Anhörungstermin und gab der Post sowie Quickmail im Rahmen verschiedener Telefonate Informationen zum Ablauf der Anhörungen. Am 19. Mai 2017 stellte die Post ein Gesuch um Verschiebung der Anhörung aufgrund Terminschwierigkeiten. Nach einem Telefonat vom 24. Mai 2017 mit der Post wurde der Anhörungstermin am 30. Mai 2017 verschoben. Am 1. Juni 2017 stellte die Post ein weiteres Gesuch zur Verschiebung des Anhörungstermins, welches mit Schreiben vom 9. Juni 2017 gutgeheissen wurde.

67. Die Teilnehmer der Anhörung gaben im Zeitraum zwischen dem 24. Mai 2017 und 9. Juni 2017 ihre Delegationen bekannt.

68. Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 reichte die Post ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein. Am 13. Juli 2017 folgte eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Stellungnahme.

69. Auf Antrag der Post wurden verschiedene Fragebogenantworten und Eingaben nochmals auf Geschäftsgeheimnisse überprüft. Zudem wurden vorgenommene Anpassungen bei den Geschäftsgeheimnissen der Post im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemacht.

70. Mit Schreiben vom 14. Juni 2017 wurde die Post ersucht, die Berechnungsgrundlagen für die in ihrer Stellungnahme enthaltenen Berechnungen einzureichen. Nach einer Fristerstreckung reichte die Post am 30. Juni 2017 Unterlagen zu den Berechnungen ein, aufgrund welcher allerdings die Berechnungen nicht nachvollzogen werden konnten. Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 wurde die Post aufgefordert, nachvollziehbare Berechnungsgrundlagen einzureichen, was die Post mit Schreiben vom 26. Juli 2017 ablehnte. Im gleichen Schreiben wiederholte die Post ihren Verfahrens Antrag hinsichtlich Einsicht in Unterlagen, welche die Kostensituation von Quickmail beinhalten sollten. Mit Schreiben vom 2. August 2017 wurde die Post nochmals zur Einreichung der fehlenden Berechnungsgrundlagen aufgefordert, gleichzeitig wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die vom Verfahrens Antrag umfassten Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellten. Mit Schreiben vom 16. August 2017 hielt die Post an ihrem Verfahrens Antrag fest und ging nicht nochmals auf die fehlenden Berechnungsgrundlagen ein.

71. Am 21. August 2017 fanden Anhörungen der Post, des SDV und von Quickmail statt.

72. Mit Schreiben vom 18. September 2017 gab die WEKO der Post die Möglichkeit zu einer neuen Kategorisierung der Vertragskunden des Preissystems 2009 Stellung zu nehmen. Basierend auf der Kategorisierung ist ein direkter Konkurrenzvergleich möglich. Zudem wurde die Post aufgefordert, die im Rahmen der Anhörung von ihr angekündigten möglichen Massnahmen zu nennen. Mit Schreiben vom 25. September 2017 teilte die Post mit, dass aufgrund der kurzen Frist eine Stellungnahme nicht möglich und damit das rechtliche Gehör verletzt sei. Zudem würde die Post keine Massnahmen vorschlagen. Mit Schreiben vom 28. September 2017 erläuterte die WEKO, dass die Zustellung der Kategorisierung der Vertragskunden hinsichtlich des Konkurrenzvergleichs Teil des rechtlichen Gehörs sei.

73. Mit Schreiben vom 19. September 2017 teilte die Post erneut mit, dass sie an ihrem Verfahrens Antrag festhalte (vgl. Rz 68).

74. Mit Schreiben vom 25. September 2017 gab die WEKO der Post die Möglichkeit, zu einer neuen Kategorisierung der Vertragskunden des Preissystems CAPRI, aufgrund welcher ein direkter Konkurrenzvergleich möglich ist, Stellung zu nehmen und stellte der Post weitere um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Verfahrensakten zu. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2017 teilte die Post mit, dass sie zur neuen Kategorisierung der Vertragskunden des Preissystems CAPRI keine Stellung nehmen könne.

A.3.4 Vorbringen der Post zum Verfahren

75. Die Post macht im Wesentlichen geltend, dass das gesamte Verfahren durch die Anzeigerinnen geprägt sei. Die Gruppe der Anzeigerinnen (KEP& Mail, VSV, SDV und Quickmail) würden dabei gleichgerichtete Interessen – nämlich diejenigen von Quickmail – vertreten. So sei nur wenige Tage nach dem ersten Treffen mit KEP & Mail und Quickmail eine Vorabklärung des Sekretariats eröffnet worden und Quickmail habe unaufgefordert noch am Tag des ersten Treffens und später mehrfach Informationen beim Sekretariat eingereicht. Der Post schein es insgesamt, dass das Sekretariat mit der Gruppe der Anzeigerinnen sehr eng verbunden sei und diese im Verfahren schon beinahe beraten habe. In jedem Fall habe es dem Sekretariat während dem gesamten Verfahren an der notwendigen Objektivität gefehlt. Die Gruppe der Anzeigerinnen hätten dem Sekretariat von Beginn an immer eine klare Erwartungshaltung zum

Ausgang des Verfahrens auf den Weg gegeben. Das Sekretariat habe diese – zu Unrecht – in entscheidenden Punkten einseitig übernommen. Hierzu verweist die Post auf die Vorbringen der Anzeigerinnen zu der nach Meinung der Post vermeintlich fehlenden Transparenz, zu dem nach Meinung der Post zu Unrecht behaupteten Überschüssen des Zusatzrabatts sowie auf die nach Meinung der Post falschen Behauptung, wonach eine Behinderung von Quickmail resultiert habe, die geeignet gewesen sei, Quickmail vollständig vom Markt zu verdrängen.

76. Hierzu ist anzumerken, dass das Sekretariat die Untersuchung unabhängig von den Anzeigerinnen durchgeführt und den Sachverhalt selbständig ermittelt und gewürdigt hat. So hat das Sekretariat weitreichende eigene Erhebungen bei der Post selbst, bei Kunden der Post sowie umfangreiche Berechnungen aufgrund der von der Post gelieferten Zahlen durchgeführt. Zudem hat es sich mit den Vorbringen der Anzeiger kritisch auseinandergesetzt und diese keineswegs wie von der Post behauptet weitgehend kritiklos übernommen. Die WEKO hat die erhobenen Beweismittel entsprechend frei gewürdigt und ihre Schlussfolgerungen eigenständig gezogen. Die Vorbringen der Post hierzu sind zudem pauschal, nicht substantiiert und damit unbeachtlich.

A.4 Sachverhalt

77. Die nachfolgende Darstellung des zur Beurteilung massgeblichen Sachverhalts gliedert sich in eine Begriffsdefinition (Kap. A.4.1), eine allgemeine Beschreibung der Preissysteme für Vertragskunden der Post und den spezifischen relevanten Besonderheiten der Preissysteme 2009 und CAPRI (Kap. A.4.2) sowie eine Beschreibung der Anwendung der Preissystem 2009 und CAPRI durch die Kundenberater der Post (Kap. A.4.3). Zudem wurden die Transparenz der Preispolitik der Post (Kap. A.4.4) sowie die massgeblichen Ergebnisse der Kundenbefragungen und der Eingaben der Wettbewerber beschrieben (Kap. A.4.5). In den letzten beiden Abschnitten des Kapitels A.4 wurden die durch das Preissystem CAPRI bewirkte Preiserhöhung (Kap. A.4.6) sowie die Auswirkungen des Preissystems CAPRI auf Quickmail (A.4.7) betrachtet.

A.4.1 Begriffsdefinitionen

78. **A-Post Plus:** Es handelt sich um eine A-Post-Sendung mit der Möglichkeit der Sendungsverfolgung.

79. **Direct Response Card:** Versandart, welche es den Empfängern ermöglicht, eine vorgedruckte und vorbezahlte Karte an den Absender zu retournieren. Die Direct Response Card kann per B-Post-Massensendung oder als OnTime Mail versendet werden, die Rücksendung vom Kunden erfolgt stets per A-Post.

80. **Direct SelfMailer:** Gefaltete Postkarte, welche nach bestimmten Gestaltungsvorgaben zur maschinellen Verarbeitung etwa für Direct Mailing-Kampagnen verwendet wird. Direct Self-Mailer dürften aufgrund ihres Gewichts häufig im Monopolbereich liegen.

81. **Dispomail:** Mit dem Produkt Dispomail können mehrere Briefe an den gleichen Empfänger in einer Sammelmappe zum Pauschalpreis versendet werden.

82. **Eigenhändig:** Eigenhändig ist eine Zusatzleistung, welche die persönliche Übergabe an den effektiven Empfänger garantiert.

83. **Einzelsendungen/Einzelbriefsendungen:** Zu den Einzelsendungen gehören alle Briefe, die per A-Post oder B-Post versandt werden und keine Massensendungen darstellen. Dazu werden vorliegend auch spezielle Versände gezählt wie Betriebs- und Gerichtsurkunden oder Dispomail. Die Absender können zudem Zusatzleistungen hinsichtlich der Übergabe/Zustellung wählen (z. B. Einschreiben, Nachnahme, Eigenhändig, Rückschein).

84. **Empfehlungskarte:** Vorgedruckte und vorfrankierte, durch eine Kunden personalisierte Karte.

85. **Expert Mail** (früher **Distance Selling Mail**): Das seit 1. Januar 2015 offiziell angebotene und vorher bereits länger getestete Produkt basiert auf OnTime Mail 2 Werkstage, ist als ein Massensendungsprodukt für Sendungen ab 10'000 Stück mit Zustellung auf zwei Werkstage genau. Einen Listenpreis gibt es nicht, sondern die Preise werden individuell kalkuliert und vereinbart, wobei zusätzliche Mengenrabatte und Preisreduktionen aufgrund zusätzlicher Vorleistungen realisiert werden können.

86. **Geschäftskunden:** Als Sendungen von Geschäftskunden gelten Sendungen mit Frankaturen ohne Barzahlung wie Port Payé (nachfolgend: PP) oder Intelligentes Frankiersystem (IFS), welche eine Rechnungsbeziehung mit der Post voraussetzen. Als Geschäftskunden werden in der vorliegenden Verfügung daher alle Kunden bezeichnet, welche eine Rechnungsbeziehung mit der Post haben. An einigen Stellen in der Verfügung, v.a. bei zitierten oder wörtlich wiedergegebenen Aussagen von Marktteilnehmern, wird Geschäftskunden auch stellvertretend für Vertragskunden verwendet. Die Geschäftskunden werden in der Verfügung teilweise wie folgt weiter unterteilt:

- **Vertragskunden:** Als Vertragskunden werden in der Verfügung alle Geschäftskunden bezeichnet, für welche aufgrund eines Vertrages mit der Post die Geschäftskunden-Preissysteme der Post Anwendung finden. Voraussetzung dafür ist grundsätzlich ein mit der Post erzielter Jahresumsatz beim Briefversand von mindestens 100'000 Franken. Zu den Vertragskunden werden aber auch die Geschäftskunden mit einem kleineren Umsatz gezählt, mit welchen die Post dennoch einen Vertrag zur Teilnahme am Preissystem abgeschlossen hat.
- **Grosse Geschäftskunden ohne Vertrag:** So werden Geschäftskunden bezeichnet, mit denen die Post im Rahmen ihres Briefversandes einen Umsatz von mindestens 100'000 Franken erzielt, mit welchen die Post jedoch keinen Vertrag abgeschlossen hat und für welche daher das Geschäftskunden-Preissystem nicht anwendbar ist.
- **Grosskunden:** Dies sind alle Geschäftskunden, mit denen die Post einen Umsatz von mindestens 100'000 Franken erzielt. Die Menge der Grosskunden setzt sich aus den Vertragskunden und den grossen Geschäftskunden ohne Vertrag zusammen.
- **Kleine Geschäftskunden:** Dies sind Geschäftskunden, mit welchen die Post einen Umsatz von weniger als 100'000 Franken erzielt und welche keine Vertragskunden sind.

87. **Massensendungen/Massenbriefsendungen:** Der Begriff Massensendungen wird in der Gesetzgebung und der Praxis nicht einheitlich verwendet. Vorliegend wird vom Begriff der Massensendungen in der Praxis ausgegangen (vgl. B2-Post in Bst. a).

- a. **B2-Post:** Gemäss *Definition und Unterteilung der Post*, welche vorliegend auch für die Verfügung verwendet wird, gelten als Massensendungen diejenigen Produkte, welche die Post als B2-Massensendungen anbietet. Zu diesen Massensendungen zählt die Post einerseits das Standardprodukt B-Post-Massensendungen, sowie die Produkte Direct Response Card, DirectSelfmailer, OnTime Mail und Expert Mail. Grundsätzlich sind Massensendungen eine Vielzahl von Briefsendungen mit gleichem Inhalt, welche von einem Absender an eine Vielzahl von Empfängern versendet werden.
- b. **Davon abweichende Definition laut Gesetz:** In der *Gesetzgebung* kann die Post gemäss Art. 18 Abs. 3 PG im reservierten Dienst mit Absendern von Massensendungen Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Als Massensendung gelten dabei Postsendungen, für die die Absenderin oder der Absender mit der Post

zu individuellen Vertragsbedingungen einen schriftlichen Beförderungsvertrag abschliesst.²⁵

88. **B-Post-Massensendungen** (Standardprodukt): Gemäss dem Angebot der Post²⁶ gelten die Preise von B-Post Massensendungen bei der gleichzeitigen Postaufgabe von mindestens 350 Sendungen.²⁷ Die Briefe müssen in der gleichen Preisstufe sein (Postkarten, Standard-, Midi- oder Grossbriefe) und den gleichen Absender tragen. Die Zustellung erfolgt bis spätestens am sechsten Werktag nach Aufgabe.

89. (Beleglose) **Nachnahme**: Eine Sendung wird dem Empfänger nur gegen Bezahlung des Kaufpreises und gegen Unterschrift ausgehändigt.

90. **OnTime Mail**: OnTime Mail ist ab einem Versand von 10'000 Stück verfügbar und bietet eine genauer definierte Zustellung als die Standard-Massensendung: «OnTime Mail 1 Werktag» auf den Tag genau, wobei die Zustellung am Samstag mit «OnTime Mail Samstag» teurer ist, bei «OnTime 2 Werktag» auf 2 Tage genau (z. B. Donnerstag/Freitag). Aufgrund der präziseren Zustellung sind die Preise höher als beim Massensendungs-Standard-Produkt.

91. **Privatkunden**: Als Sendungen von Privatkunden gelten Sendungen, welche mit Briefmarken oder in anderer Form bar bezahlt werden.

A.4.2 Allgemeine Beschreibung der Preissysteme 2009 und CAPRI

92. Gemäss Art. 18 Abs. 3 PG legt die Post ihre Preise für Briefe des reservierten Dienstes im Inland distanzunabhängig, kostendeckend, angemessen und nach einheitlichen Grundsätzen fest. Bei Massensendungen kann die Post gemäss Art. 18 Abs. 3 PG mit Absendern Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Die Post hat in Anwendung von Art. 18 Abs. 3 PG seit dem Jahr 2000 Preissysteme für grössere Geschäftskunden angewandt.

93. Für die Prüfung, ob und in welcher Höhe ein Rabatt für Massensendungen gewährt werden kann, betrachtet die Post grundsätzlich die Umsätze an einzelnen Versandstandorten der Vertragskunden. Da entsprechende Synergien nur erreicht werden können, wenn ein entsprechendes Versandvolumen von einem Absenderstandort realisiert wird, werden Rabatte grundsätzlich nicht pro Unternehmen sondern pro Absenderstandort vereinbart.

94. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind die folgenden zwei Preissysteme der Post für Geschäftskunden²⁸:

- «Preissystem 2009», welches als reines Rabattsystem auf eine Grundpreisliste ausgestaltet ist und vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2011 zur Anwendung kam.
- «Preissystem CAPRI», welches vorwiegend auf einer Einteilung in unterschiedliche Preislisten für einen Grundrabatt und der Anwendung eines Zusatzrabatts basiert, für die Zeitdauer vom 1. April 2011 bis 31. Dezember 2014.

95. In diesem Kapitel wird die grundlegende Ausgestaltung der beiden Preissysteme beschrieben. Dabei wird aufgezeigt, wie die Post die Rabatte für die Vertragskunden berechnete.

²⁵ Art. 29 Abs. 6 VPG.

²⁶ Factsheet B-Post-Massensendungen, S. 1, <<https://www.post.ch/de/geschaeflich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/b-post-massensendung>> (21.11.2016).

²⁷ Vor dem 1. April 2015 galt eine Mindestmenge von 500 Sendungen. Die Definition von Massensendungen weicht somit in der Praxis der Post von der gesetzlichen Definition ab.

²⁸ Auf die früheren Preissysteme wird Bezug genommen, sofern dies für die Untersuchung relevant ist.

96. Die in Rede stehenden Preissysteme der Post für Geschäftskunden setzten sich grundsätzlich aus einer Preisliste für den jeweiligen Kunden und einem aufgrund verschiedener Parameter gewährten Rabatt auf die Preise der Preisliste zusammen. Den beiden Preissystemen 2009 und CAPRI war gemeinsam, dass die Höhe des Rabatts (bis und mit Preissystem 2009) bzw. die Einstufung in eine Preisliste (Preissystem CAPRI) grundsätzlich auf einer Umsatzprognose für ein Jahr basierte, sowie auf qualitativen Parametern, anhand welcher die Rabatte bzw. die Preisliste weiter angepasst wurden. Für die Bestimmung des rabattrelevanten Umsatzes wurde in der Regel der Vorjahresumsatz des Vertragskunden beigezogen, sofern keine Gründe für eine Abweichung davon bestanden. In der Ausgestaltung unterscheiden sich die Preissysteme 2009 und CAPRI jedoch deutlich.

A.4.2.1 Preissystem 2009

A.4.2.1.1 Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung

97. Auf den 1. Juli 2009 senkte der Gesetzgeber die Monopolgrenze von 100 Gramm auf 50 Gramm. Damit wurden Briefe ab 50 Gramm mehrwertsteuerpflichtig. Die Post unterstellte zudem alle nationalen Sendungen bis 50 Gramm ebenfalls der Mehrwertsteuer. In einer einvernehmlichen Regelung mit dem Preisüberwacher verpflichtete sich die Post unter anderem zu gewissen Preissenkungen und auch zur Übernahme der Mehrwertsteuer für alle neu der Mehrwertsteuer unterstellten Sendungen.

98. Aufgrund der Intervention der Preisüberwachung strich die Post in der Folge den im früheren Preissystem noch bestehenden publizierten monatlichen Umsatzrabatt. Ausserdem wurden im Vergleich zum Preissystem 2006 die Rabatte für Vertragskunden im Bereich zwischen 100'000 und 250'000 Umsatz deutlich gesenkt. Die restlichen Parameter des Preissystems entsprechen im Wesentlichen denjenigen des früheren Preissystems.

99. Das Preissystem 2009 basierte auf offiziellen Listenpreisen der Post für die einzelnen Briefsendungs-Produkte. Die Vertragskunden erhielten einen prozentualen Rabatt auf den Listenpreis. Der Rabatt bestimmte sich hauptsächlich durch den vorgängig mit dem Vertragskunden vereinbarten Planumsatz sowie allenfalls durch Qualitätskriterien. Die von der Post gewährten Rabatte wurden anhand von postinternen Rabattlisten zwischen den Grosskunden und dem Kundenberater oder der Kundenberaterin der Post festgelegt.

100. Laut internen Vorgaben der Post waren bestimmten Umsätzen Rabattbandbreiten zugeordnet. Der konkrete Rabatt sollte aufgrund des prognostizierten Umsatzes und unter Berücksichtigung der Qualitätskriterien innerhalb der Bandbreite bestimmt werden.

101. Dabei wurden die zusätzlichen Qualitätskriterien gemäss einer «Checkliste für Vertragskunden²⁹» wie folgt berücksichtigt:

Kriterium	Gewichtung
Maschinenfähigkeit von über [...] % der Sendungen	[...] %
Adressqualität: Über [...] % aller Sendungen sind automatisch bis Stufe Botenbezirk lesbar	[...] %
Retouren: Benützung Mutationsservice MAT(CH)move online	[...] %

Tabelle 1: Kriterien zur Bestimmung des Umsatzrabatts innerhalb der Bandbreite (Checkliste, Ziff. 5) bis und mit Preissystem 2009.

²⁹ Aus den Unterlagen ergeben sich keine abweichenden Qualitätskriterien für das Preissystem 2009.

102. Die mit den Grosskunden geschlossenen Verträge enthielten einen Standardvertrag³⁰, in welchem die grundsätzlichen Rahmenbedingungen geregelt wurden, und sogenannte „Konditionen für adressierte Briefe Inland“, in welchen die für die jeweilige Kundin bzw. den jeweiligen Kunden geltenden Listenpreise inklusive Umsatzrabatt eingerechnet waren.

103. Zur Berechnung des Rabatts wurden von den offiziellen Listenpreisen Vergütungen für Vorleistungen abgezogen sowie Zuschläge für Sondersendungen hinzugefügt. Auf dem resultierenden Betrag wurde schliesslich der vertraglich vereinbarte Umsatzrabatt berechnet und in Abzug gebracht.

104. Ob die mit den Grosskunden festgelegten Rabattkategorien den tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen und ob die qualitativen Kriterien eingehalten wurden, war durch die Kundenberater in dem jeweiligen Preissystem periodisch zu prüfen.

A.4.2.1.2 Übersicht über die Rabattvorgabe

105. Das «Preissystem 2009» beruhte auf einem gesamthaft ausgerichteten Umsatzrabatt. Der zugrunde gelegte Umsatz zur Bestimmung des Rabattes setzte sich laut Angaben der Post aus den prognostizierten Umsätzen für adressierte Briefe Inland und Zusatzleistungen im Universaldienst zusammen. Dies waren folgende Sendungen: A-Post, B-Post Einzel, B-Post Massen, A-Post Plus, OnTime Mail (1 Werktag, 2 Werktage oder Samstag), DirectSelfmailer, Geschäftsantwortsendungen, Gerichtsurkunden, Betreuungsurkunden, Dispomail, Direct Response Card, Photopost, Einschreiben, Nachsenden Firmenpost, Eigenhändig und Rückschein.³¹

106. [...].

107. Die interne Rabattvorgabe der Post sah wie folgt aus:

[...]

Tabelle 2: Interne Vorgabe zur Rabattgewährung im Preissystem 2009

A.4.2.1.3 Rabatt für [...]

108. [...]. Laut Post ist der Rabatt nicht nur [...], sondern allen Kunden der Branche Versandhandel gewährt worden.

109. Die Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Kunden, die den Rabatt [...] erhalten hatten, waren laut der Post damals die folgenden:

- Mit den leicht höheren Rabatten sei der Tatsache Rechnung getragen worden, dass insbesondere aufgrund des zunehmenden E-Commerce mit einem systematischen Wachstum des Versandhandels und damit mit tiefen Kosten für die Post gerechnet worden sei.
- Die Direct Marketing-Volumina der Versandhändler würden stetig wachsen. Zudem würde das Direct Marketing Folgemailings der Kunden der Versandhändler auslösen, welche teilweise auch der Post zugutekämen. Laut den von der Post eingereichten Zahlen sind [...].

³⁰ Mit ganz wenigen Grosskunden seien jedoch Rahmenverträge geschlossen worden, welche gewisse Punkte der Zusammenarbeit regelten. Preise und Rabatte seien jedoch nicht Teil dieser Rahmenverträge gewesen.

³¹ Auf dem Beispielvertrag fehlen Einschreiben, Nachsenden Firmenpost, Eigenhändig und Rückschein; dagegen enthält es Briefe mit Zustellnachweis, InfoCard, Spezialsendungen und taxpflichtige Retouren.

- Die vorstehend genannte Situation gäbe den Versandhändlern eine starke Verhandlungsposition, zumal diese gemäss Post mit ihrem eigenen Sendungsvolumen als potenzielle Wettbewerber jederzeit selbst in den Markt eintreten könnten. Ausserdem könnten sie ihre Direct Marketing Aktivitäten auch über den unadressierten Versand abwickeln.
- Das spezifische Sendungsverhalten der Versandhändler mit vergleichsweise schweren Sendungen (Durchschnittsgewicht [...]) erlaube es der Post, bei den Rahmenbedingungen des Postgesetzes dem Versandhandel eher tiefere Preise einzuräumen.

110. Laut Post hätten somit insbesondere [...] von dieser Unterscheidung profitiert. Insgesamt kam die Rabattrichtlinie für [...] bei [100-150] Vertragskunden zur Anwendung.

A.4.2.1.4 Rabatt für die übrigen Vertragskunden

111. Für die übrigen Vertragskunden galt gemäss Rabattvorgabe Folgendes: «Für Vertragskunden gilt in der Regel allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite. In begründeten Ausnahmen können Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden.» Grundsätzlich sei gemäss Post die Untergrenze nur sehr selten überschritten worden. Laut Angabe der Post konnte unter Berücksichtigung der drei qualitativen Kriterien (vgl. Rz 101) ein höherer Rabatt bis zum Richtwert gewährt werden.³² Ausserdem seien höhere Umsätze innerhalb der Umsatzbandbreiten typischerweise mit höheren Rabatten innerhalb der Rabattbandbreite honoriert worden.

112. Auf Wunsch der Kunden wurde für diese ein Durchschnittsrabatt berechnet. Dazu wurde zunächst hypothetisch von Einzelverträgen für die einzelnen Tochtergesellschaften ausgegangen und die jeweiligen Umsätze und Rabatte (sofern die Gesellschaft einen Umsatz über 100'000 Franken erzielte) festgestellt. Um den Durchschnittsrabatt zu ermitteln, wurde nun der Rabatt aller Tochtergesellschaften (in Franken) ins Verhältnis zum Gesamtumsatz aller Gesellschaften gestellt. Auf dem Konditionenblatt wurde dann der Gesamtumsatz des Konzerns festgehalten und der entsprechende Durchschnittsrabatt. Der Durchschnittsrabatt war meistens kleiner als derjenige Rabatt, welcher dem Gesamtumsatz entsprochen hätte. In den eingereichten Daten der Post wurden Verträge mit einem Durchschnittsrabatt als «Kollektivverträge» bezeichnet.

A.4.2.1.5 Ausführungen der Post

113. Die Post führt in ihrer Stellungnahme ergänzend an, dass das Preissystem 2009 auf das Preissystem 2006 folgte und dessen Grundzüge übernahm. Das Preissystem 2009 beruhe auf der vom Kundenberater und dem Kunden festgelegten Prognose des Umsatzes für das kommende Jahr. Zudem hätten die Kunden ihre Verträge in der vorgegebenen Kündigungsfrist von 30 Tagen auf Ende jeden Monats kündigen können, worüber sie im Vertrag informiert worden seien und was der Praxis entsprochen habe.

A.4.2.2 Preissystem ab. 1. April 2011 («Preissystem CAPRI»)

114. Im Hinblick auf die geplante vollständige Liberalisierung des Postmarktes³³ erarbeitete die Post neue Strategien hinsichtlich Marktverhalten und Preissetzung. [...].

³² Laut der Vorgabe war *die Erfüllung* der Qualitätskriterien Voraussetzung, nicht nur deren Berücksichtigung.

³³ Vgl. Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Postgesetz (PG), BBl 2009 5181 ff.

115. Gemäss Meinung der Post bot das Preissystem 2009 zu wenige Möglichkeiten der Kundensteuerung und Differenzierung. Den Akten sind folgende Ausführungen der Post zu entnehmen: [...].

116. In diesem Zusammenhang entwickelte die Schweizerische Post auch neue Preismodelle in verschiedenen Bereichen, u. a. das Preissystem CAPRI (Calculation des prix individuels) für adressierte inländische Briefsendungen. Dieses wurde auf den 1. April 2011 zur Ablösung des Preissystems 2009 eingeführt und am 1. Januar 2012 in Bezug auf den Parameter Retouren angepasst.³⁴

A.4.2.2.1 Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung von CAPRI

117. Das neue Preissystem CAPRI war auf alle Vertragskunden, welche einen unrabattierten Netto-Umsatz pro Jahr von mindestens 100'000 Franken mit adressierten Sendungen (PostMail-Produkte) erzielen, anwendbar. Die Post gewährte wie in den vorher geltenden Preissystemen dabei keine Konzern- oder Holdingrabatte, wenn die Sendungen eines Konzerns ab verschiedenen Standorten erfolgten. Rabattberechtigt war immer nur ein einzelner Absender. Daher wurden Sendungen nur rabattiert, wenn der Absendervermerk bzw. die Ortsangabe auf dem Frankaturvermerk/Poststempel mit den Absenderangaben und Rechnungsreferenznummern im Aufgabenverzeichnis der Post (nachfolgend: AVZ) übereinstimmten. Mit dem neuen Preissystem CAPRI fiel die Unterscheidung zwischen [...] weg, da das neue Preissystem CAPRI gemäss Aussagen der Post den spezifischen Eigenschaften der Absenderkunden gleichermassen Rechnung trage und so den Faktor Kosten stringenter berücksichtige.

118. Per 1. Januar 2015 wurden die Preislisten und die Parameter zur Preislisteneinteilung geändert, wobei die Struktur des Preissystems jedoch bestehen blieb. Laut den eingereichten Schulungsunterlagen waren die Hauptzielsetzungen des Preissystems CAPRI die Sicherstellung der Gleichbehandlung, die Reduktion der Komplexität und die Stärkung der Akzeptanz, Nachvollziehbarkeit und Glaubwürdigkeit des Preissystems. Die Umstellung erfolgte für die bisherigen Kunden schrittweise und wurde am 1. April 2016 abgeschlossen. Das System blieb im Prinzip gleich, jedoch wurden Parameter der Rabattberechnung und die Vorgaben zur Anwendung des Preissystems angepasst.

A.4.2.2.2 Übersicht über das Rabattsystem CAPRI

119. Auch im Preissystem CAPRI wurden zur Bestimmung der rabattrelevanten Umsätze sämtliche Umsätze, also auch die Umsätze, die im Monopolbereich lagen (Umsätze mit Sendungen mit einem Gewicht von unter 50 Gramm), einbezogen.

120. Mit dem Preissystem CAPRI erfolgte eine weitgehende Umstellung des Preissystems, indem nicht mehr nur ein nach erzieltm Umsatz berechneter prozentualer Rabatt gewährt wurde. Das Preissystem CAPRI beinhaltete die drei wesentliche Komponenten (drei Säulen) Preisliste (Säule 1; nachfolgend: Rz 124 ff.), Zusatzrabatt (Säule 2; nachfolgend: Rz 139 ff.) und Vergütungen für Kundenleistungen (Säule 3; nachfolgend: Rz 152).

121. Die nachfolgende Grafik aus der Kundeninformation der Post zeigt das System grafisch auf:

³⁴ Die Anpassung betraf die Ersetzung des Parameters Nutzung von Adresspflegeprodukten durch den Parameter Retouren.

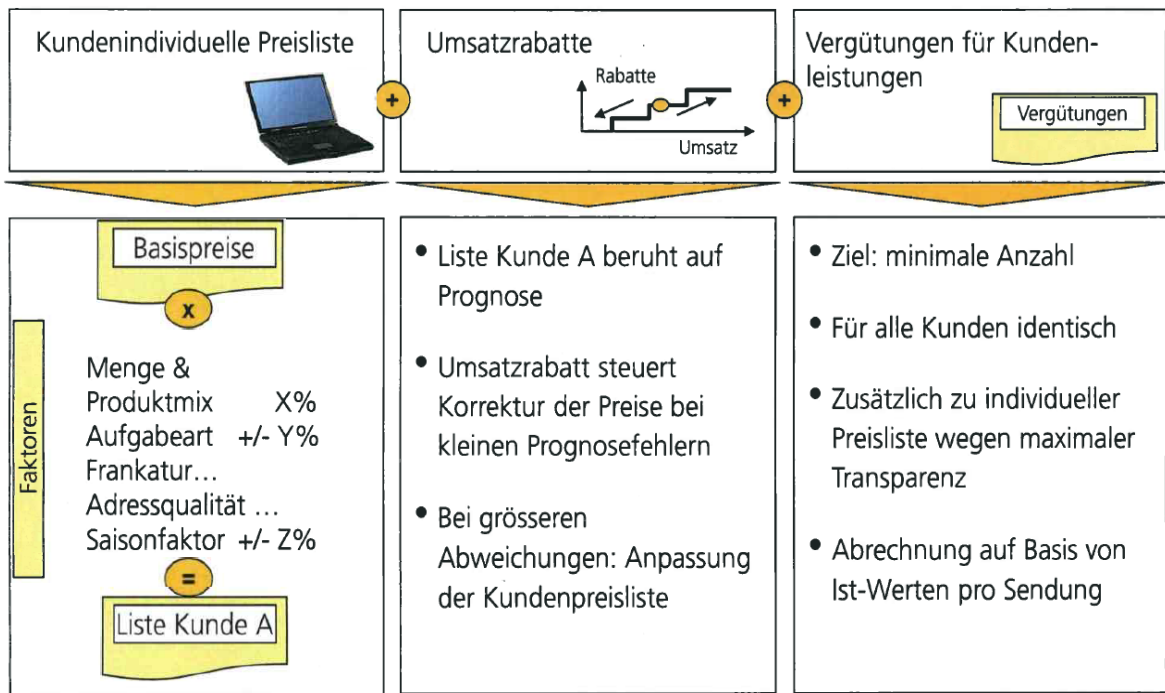


Abbildung 2: Die drei Säulen gemäss Kundeninformation der Schweizerischen Post vom Dezember 2010

122. Wie im Preissystem 2009 erhielten die Vertragskunden einen Standardvertrag, in welchem die grundsätzlichen Rahmenbedingungen geregelt wurden, der mit den sogenannten „Konditionen für adressierte Briefe Inland“ ergänzt wurde. In letzteren waren die kundenindividuellen Parameterausprägungen für die Preislisteneinteilung aufgeführt (mit Ausnahme des Jahresumsatzes zu Listenpreisen) sowie die Zusatzrabattstaffel. Dazu kam die darauf basierende und vereinbarte Preisliste mit den individuellen Preisen für alle rabattierten Produkte (auch «Preisblatt» genannt). Konditionenblatt und individuelle Preisliste bildeten zusammen mit den AGB den Vertrag.

123. Nachfolgend werden zum besseren Verständnis des Preissystems die einzelnen Säulen gemäss Vorgabe des Preissystems beschrieben.

A.4.2.2.3 Säule 1: Preisliste

124. Für die Bestimmung des Grundrabatts über die Preisliste teilte die Post ihre Kunden in vier Kundensegmente ein, welche gemäss Angaben der Post auf die typischen Bedürfnisse der jeweiligen Kundengruppe zugeschnitten waren und in welchen die von der Kundengruppe schwerpunktmässig genutzten Produkte überproportional, die wenig genutzten Produkte hingegen unterproportional rabattiert waren. Somit war der Rabatt grundsätzlich für jedes vom Vertragskunden genutzte Produkt unterschiedlich.

125. Die Segmente wurden laut Post nach folgenden Regeln zugeordnet: [...].

- a. **Segment Infopost (Segment 4):** Diesem Segment wurden Kunden zugeordnet, die einen Direct Marketing Charakter aufwiesen, d. h. Kunden, die vorrangig Werbeinhalte versendeten. Die Sendungen waren gemäss Angaben der Post meist nicht sehr zeitkritisch, weshalb sich die Nachfrage stark auf günstigere B-Post-Massensendungen konzentrierte.
- b. **Segment Business Post (Segment 3):** Diesem Segment wurden Kunden zugeordnet, die mehr als [...] Sendungen/Quartal aufliederten.

- c. **Segment Tagespost (Segment 2):** Diesem Segment wurden Kunden zugeordnet, bei denen der Anteil A-Post mehr als [...] % betrug.
- d. **Segment Standard (Segment 1):** Diesem Segment wurden alle übrigen Kunden und in der Regel auch Neukunden zugeteilt.

126. Zu jedem dieser Segmente bestanden nach Umsatz gestaffelt 15 verschiedene Preislisten, in welchen die einzelnen Produkte der Post im Bereich Briefsendungen bis 2 kg vergünstigt angeboten wurden, wobei in der höchsten Preisliste (Preisliste 15) die höchsten Rabatte gewährt wurden. In der Nomenklatur der Post hatten die Preislisten eine dreistellige Nummer, wobei die erste Ziffer das Segment (1–4)³⁵ und die zwei hinteren Ziffer die Nummer der Preisliste (1–15) bestimmten. So steht beispielsweise die Nummer 409 für die 9. Preisliste im Segment Infopost.

127. Die Einstufung in die einzelnen Preislisten des jeweiligen Segments erfolgte anhand der sechs Kriterien: Jahresumsatzprognose, Jahresprofil, Monatsprofil, Verwendung des Online Aufgabeverzeichnisses (AVZ-Online), Frankaturart und Adressdatenpflege bzw. Retouren. Ausgangspunkt für die Einstufung in eine Preisliste war der vom jeweiligen Kunden geplante Jahresumsatz, den er mit der Post in dem Jahr, in dem die Preisliste galt, schätzungsweise erzielen würde. Diese Einstufung wurde in der Folge aufgrund der weiteren fünf Kriterien dann nach oben oder unten korrigiert.

128. Zur grundsätzlichen Einstufung in eine Preisliste innerhalb des dem Vertragskunden zugeordneten Segments wurden die für das laufende Jahr prognostizierten Umsätze herangezogen und anhand einer Staffel einer Preisliste zugeordnet. Die Berechnung der Umsätze erfolgt auf der Basis der unrabattierten Preise ohne Mehrwertsteuer (Preisliste 0) für die prognostizierte Menge. Die Jahresumsatzprognose wurde laut Angaben der Post vom Vertragskunden zusammen mit einem Kundenberater oder einer Kundenberaterin der Post vorgenommen. Sofern keine Gründe für eine Anpassung vorlagen, wurde häufig der Vorjahreswert übernommen. Je höher der prognostizierte Umsatz, desto höher war die Preislisteneinteilung und desto tiefer waren die produktspezifischen Nettopreise bzw. umso vorteilhafter war die offerierte Preisliste.

129. Die Einteilung aufgrund der Jahresumsatzprognose erfolgte nach der Staffel in Tabelle 3:

Preisliste	Umsatz
1	[...]
2	[...]
3	[...]
4	[...]
5	[...]
6	[...]
7	[...]
8	[...]
9	[...]
10	[...]
11	[...]
12	[...]
13	[...]
14	[...]

³⁵ 1: Standard; 2: Tagespost; 3: Businesspost; 4: Infopost; dazu gabe es noch zwei Photopost-Listen mit der Nummer 5.

15	[...]
----	-------

Tabelle 3: Einteilung in die Preisliste nach Jahresumsatzprognose

130. Diese Einordnung wurde anhand der nachfolgenden Kriterien angepasst:
- a. **Jahresprofil:** Anhand der Anzahl Sendungen pro Monat wurde über das Jahr hinweg ermittelt, wie sich das Versandvolumen des Kunden auf das Jahr verteilte bzw. wie stark das monatliche Versandvolumen des Kunden schwankte.³⁶ [...].
 - b. **Monatsprofil:** Erfolgte der Grossteil ([...]) des Versandvolumens des Kunden rund um die Monatswechsel ([...]), so wurde der Kunde [...].³⁷
 - c. **Verwendung der Online Aufgabeverzeichnisses (AVZ Online):** War der Anteil von nicht über AVZ Online eingereichten Aufgabeverzeichnissen³⁸ [...], so erfolgte eine Korrektur [...].³⁹
 - d. **Frankaturen:** War der Anteil mit Briefmarken frankierter Sendungen [...].
 - e. **Adressqualität/Retouren:** Hinsichtlich Retouren als rabattrelevantes Kriterium waren zwei Zeiträume zu unterscheiden, in denen unterschiedliche Parameter zur Anwendung kamen:
 - i. Vom 1. April 2011 bis 31. Dezember 2011⁴⁰: [...].⁴¹
 - ii. Zeitraum ab 1. Januar 2012⁴²: [...].

131. [...]

132. Basierend auf diesen Parametern sollte jeder Kunde die für ihn geltende «individuelle» Preisliste erhalten. Für die Verhandlung und vertragliche Festlegung der «individuellen» Preisliste berechnete ein Informatiksystem für den Kundenberater oder die Kundenberaterin unter Berücksichtigung der Parameter die anwendbare Preisliste.

133. Im Rahmen der Einführung und Anwendung des neuen Preissystems CAPRI galten für den Kundenberater oder die Kundenberaterin zwei weitere Vorgaben:

- a. Gleitpfad (Rz 221 ff.): Dieser galt gemäss Angaben der Post offiziell ab Einführung des Preissystems CAPRI bis August 2015. Der Gleitpfad sollte die Vertragskunden ausgehend vom Rabattniveau des Preissystems 2009 schrittweise an den Rabatt gemäss Preissystem CAPRI heranführen. Dazu berechnete das Informatiksystem für die Kundenberater einen Preislistenvorschlag, der von der aufgrund der oben genannten Parameter berechneten Preisliste abweichen konnte. Die Kundenberater waren gemäss internen Anweisungen der Post befugt, vom Gleitpfad abzuweichen, was sie auch teilweise taten.
- b. Strukturkontrolle (Rz 241): Im Rahmen der Funktion Strukturkontrolle überprüfte das System monatlich die Versanddaten der Kunden. Falls die Versanddaten mehrmals von den

³⁶ Die Post ist im Hinblick auf eine gleichmässige Auslastung an einer möglichst geglätteten Sendungsmenge der Kunden im Jahresverlauf interessiert.

³⁷ Der Parameter Monatsprofil kommt nur zur Anwendung, wenn [...].

³⁸ Etwa über Excel-Offline-Formulare, Papierformulare und kundenindividuelle Varianten.

³⁹ Wenn ein Kunde [...].

⁴⁰ Die Ablösung des Parameters erfolgte [...].

⁴¹ Zur Anwendung der Preislistenkorrektur siehe Rz 131.

⁴² Die Einführung erfolgte [...].

137. [...].

[...]

Abbildung 3: [...]

138. Gemäss Angaben der Post lassen sich die Gesamtumsatzrabatte für die einzelnen Preislisten in den Segmenten allerdings näherungsweise berechnen. Dies sind jedoch nur Richtwerte, der Rabatt einer Liste unterscheidet sich in der Summe je nach Produktnutzung des Kunden. Für die Berechnung der angegebenen Werte sei das durchschnittliche Profil der Kunden je Segment verwendet worden.

[...]

Abbildung 4: [...]

A.4.2.2.4 Säule 2: Umsatzbasierter Zusatzrabatt

139. Der Zusatzrabatt wurde in den internen Unterlagen der Post teilweise auch Umsatzrabatt genannt. Nachfolgend wird der Begriff Zusatzrabatt verwendet, um Verwechslungen mit dem Element der umsatzbasierten Preislisteneinteilung (vgl. Rz 128 f.) zu vermeiden. Beide Elemente zusammen bildeten gemäss Aussage der Post den gesamten Rabatt aufgrund des Parameters Umsatz ab.

140. Als Begründung für die Einführung eines Zusatzrabatts gibt die Post an, dass Preise, die vor der eigentlichen Versandperiode vereinbart wurden, dem Kunden einen geringen Anreiz bieten, das prognostizierte Volumen, das zur Preiskalkulation herangezogen wurde, tatsächlich zu erbringen. Würden im Vergleich zur Prognose Mengen fehlen, würden auch die Skalenvorteile, die die Post zur Berechnungsgrundlage von Preisen heranzieht, fehlen. Das Einhalten der Prognose wird gemäss internen Unterlagen der Post daher mit einem zusätzlichen Rabatt belohnt.

141. Die Höhe des monatlichen Zusatzrabatts zwischen 0 und 3 % resultierte aus einem Vergleich des Umsatzvolumens der tatsächlich aufgegebenen Sendungen mit dem monatlichen Anteil der Jahresumsatzprognose (vgl. Rz 128 f.). Die für den Zusatzrabatt relevante Jahresprognose basiert auf rabattierten Preisen der individuellen Preisliste, welche gemäss Säule 1 für einen Kunden zur Anwendung kommt. Der Zusatzrabatt wurde auf dem tatsächlich zu individuellen Preisen generierten Umsatz in dem jeweiligen Monat berechnet. Der monatliche Zusatzrabatt war laut Post so konzipiert, dass bei einigermaßen akkurater Jahresprognose über ein Jahr hinweg insgesamt ein Zusatzrabatt von 2 % resultieren sollte. Aus diesem Grund gab es bereits ab Erreichen eines monatlichen Umsatzes von 75 % des monatlichen Anteils der Jahresumsatzprognose einen Rabatt.

142. Die nachfolgende Tabelle 5 zeigt die Zusatzrabattstaffel:

Monatliche prozentuale Abweichung vom monatlichen Anteil der Jahresumsatzprognose ⁴³	Zusatzrabatt
< - 25 %	0.0 %
≥ -25 %	1.0 %

⁴³ Die Tabelle entspricht der Darstellung der Post. Die Ungleichheitszeichen sind so zu verstehen: <- 25 % bedeutet, dass der erzielte Umsatz um mehr als 25 % tiefer liegt als der Durchschnittswert; ≥5 % bedeutet, dass der Umsatz um mindestens 5 % höher ist als der Durchschnittswert (aber weniger als 15 %).

≥ -15 %	1.5 %
≥ -5 %	2.0 %
≥ + 5 %	2.5 %
≥ + 15 %	3.0 %

Tabelle 5: Systematik und Rabattschritte des Zusatzrabatts

143. Laut Angaben der Post wurde allerdings bei mehrmaliger grösserer Umsatzabweichung die Preislisteneinteilung angepasst (vgl. Kapitel A.4.3.3.2 zur Strukturkontrolle).⁴⁴

144. Bemerkenswert ist, dass der Umsatzrabatt basierend auf dem Vergleich des tatsächlich erreichten monatlichen Umsatzes *mit dem monatlichen Anteil der Jahresumsatzprognose* berechnet wurde und nicht aufgrund eines Vergleichs mit dem Umsatz, welcher die jeweiligen Grenzen der Preislisten definierte. So konnte ein Kunde der Preisliste 4 ([...]) mit einer Jahresumsatzprognose von [...] Franken und bei einem auf monatlicher Basis berechneten Umsatz in Höhe von [...] Franken oder mehr (+15 % Prognoseabweichung) einen Zusatzrabatt von 3 % erhalten, während ein Kunde derselben Preisliste mit einer Jahresumsatzprognose von [...] Franken bei einem Umsatz von [...] Franken (< -25% Prognoseabweichung) einen Zusatzrabatt von 0% erhielt, obwohl beide in derselben Preisliste angesiedelt waren.

145. Auf die Frage, weshalb das Preissystem CAPRI als Prognosesystem ausgestaltet wurde und weshalb ein Zusatzrabatt eingeführt wurde, machte die Post die nachstehenden Angaben:

146. Die Post war gemäss eigenen Angaben auf Wunsch ihrer Vertragskunden bestrebt, ein Preissystem anzubieten, mit welchem die Kunden die Preise für die Dienstleistungen der Post bereits im Voraus berechnen können. Da keine ex-post sondern eine ex-ante Rabattierung angewendet werden soll, müsse eine solche zwangsläufig auf Einschätzungen über den zu erwartenden Geschäftsverlauf basieren.

147. Laut Angaben der Post diene der Zusatzrabatt dazu, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz⁴⁵, welcher der Preisliste zugrunde liegt, und dem tatsächlich realisierten Umsatz, zeitnah auszugleichen. So hätten monatliche Anpassungen der Preisliste verhindert werden können. Ausserdem habe so auch eine marktverschliessende Wirkung des Systems verhindert werden können, da Kunden am Ende einer Bemessungsperiode keinen Anreiz gehabt hätten, eine bestimmte Schwelle erreichen zu müssen, um in den Genuss des Zusatzrabatts zu kommen. Jedoch sollte der vorgängig festgelegte Kundenpreis damit möglichst demjenigen entsprechen, der durch das später folgende, tatsächliche Sendungsverhalten des Kunden gerechtfertigt gewesen sei. Der Zusatzrabatt konnte laut Post nur massvolle Abweichungen abbilden, bei grösseren Abweichungen sei hingegen der Vertrag – d. h. die Preisliste – angepasst worden.

148. Damit sei bezweckt worden, dass alle Vertragskunden unabhängig von der zu Beginn des Vertragsverhältnisses ausgehandelten individuellen Preisliste, welche wie erwähnt vorwiegend auf einer Jahresumsatzprognose beruhte, hinsichtlich des Rabatts gleichgestellt seien. Der Kunde habe gemäss Post somit weder einen Vorteil gehabt, wenn er den prognostizierten Jahresumsatz erreichte, noch einen Nachteil, wenn dies nicht der Fall gewesen sein

⁴⁴ Eine Anpassung findet jedoch nicht in jedem Fall automatisch statt.

⁴⁵ Beim Zusatzrabatt werde nur der Umsatz berücksichtigt, da eine Berücksichtigung aller Kriterien auf monatlicher Basis nicht oder nur mit unverträglich hoher Komplexität und Kostenfolgen für die Post zu realisieren wäre und für die übrigen Parameter auch keine monatliche Änderung zu erwarten wäre.

sollte. Verbleibende Unterschiede beim Rabatt zwischen zwei Kunden mit gleichen Volumina hätten gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abgebildet.

149. Der Zusatzrabatt diene laut Post ausserdem dazu, den Kunden über Preissmassnahmen in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit einzubinden. Dies v. a. im Hinblick auf unvorhersehbare Mengenrückgänge. Diesbezüglich führte die Post aus, dass das adressierte Briefvolumen in der Schweiz in den letzten 10 Jahren im Durchschnitt um jährlich ca. 1.5 % gesunken sei. Im Oktober 2011 rechnete sie für die nächsten Jahre mit einem Mengen- und Umsatzrückgang von 2–3 % pro Jahr. [...].

150. Laut Aussage der Post wurde der Zusatzrabatt monatlich erhoben, da dies der Rechnungslegung und auch den Kündigungsfristen entspreche.

151. Der Zusatzrabatt war laut Angaben der Post so eingestellt, dass er bei durchschnittlich akzeptabler Prognosegenauigkeit ca. 2 % betrug. Zwar habe es auch bei exakter Umsatzprognose aufgrund unterschiedlicher Schwankungen der monatlichen Mengen im Jahresverlauf zu unterschiedlichen Rabatten kommen können. Dies sei gemäss Angaben der Post jedoch durch den Parameter Jahresprofil grundsätzlich ausgeglichen worden.

A.4.2.2.5 Säule 3: Vergütungen für Kundenleistungen

152. Wenn Kunden spezielle Vorleistungen (Zentrumseinlieferung, Sortierung etc.) erbringen oder einen bestimmten Zusatzaufwand (Späteinlieferung, Spezialsendungen etc.) verursachen, wird dies vergütet bzw. in Rechnung gestellt. Diese Vergütungen bzw. Zuschläge sind publiziert⁴⁶, gelten für alle Kunden (d. h. nicht nur für Vertragskunden) und werden inkl. Mehrwertsteuer ausgewiesen.

A.4.2.2.6 Anmerkungen der Post zur Ausgestaltung des Preissystems

153. Die Post führt aus, dass sie CAPRI mit dem Ziel eingeführt habe, um über ein kosten- und aufwandgerechtes System mit klar definierten, messbaren Kriterien zu verfügen. Hierbei sollten die Kundenbedürfnisse sowie die regulatorischen Rahmenbedingungen abgedeckt und dem Druck der E-Substitution begegnet werden. Die Post führt zudem aus, dass sie verschiedene andere Modelle geprüft, diese aber aufgrund verschiedener Gründe wieder verworfen hätte. Gemäss Aussagen der Post enthalte das Preissystem CAPRI keine Treue- und keine Zielrabatte. «Die Post wollte mit dem Preissystem CAPRI vielmehr regulatorisch, kartellrechtlich und auch hinsichtlich des Preisüberwachers nur eines: alles richtig machen!».

154. Dass die Post weitreichende strategische Überlegungen zum neuen Preissystem angestellt hat und davon ausgegangen werden muss, dass sie sich bewusst für diese Ausgestaltung entschieden hat, geht bereits aus den Dokumenten zur Einführung von CAPRI hervor. [...]. Hinsichtlich der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI merkt die Post zusätzlich an, dass den Kunden diverse Möglichkeiten zur Verfügung stünden, die zur Anwendung kommenden Preise nachzuvollziehen. Dies seien die individuellen Preise sowie die Staffelung des Zusatzrabatts auf dem Konditionen- und dem dazugehörigen Preisblatt, die auf den Rechnungen nochmals ausgewiesenen individuellen Preise, die Möglichkeiten, den Kundenberater für Planrechnungen und Fragen jederzeit kontaktieren zu können, sowie die informativen Kundenpräsentationen. Auch weist die Post darauf hin, dass die Verträge unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende jeden Monats gekündigt werden könnten. Die Post betont zudem, dass zwischen den Kundenberatern und vielen Kunden ein guter Kontakt bestanden hätte und dass sich aufgrund eines Lernprozesses beim Kunden die Transparenz bezüglich der verschiedenen Parameter mit dem Zeitablauf zugenommen habe.

⁴⁶ Broschüre «Optimieren Sie Ihre Versandkosten».

Die Post führte weiter aus, dass kurze, kundenindividuelle Preislisten der beste Weg seien, dem Kunden zu erklären, welche Preise für welches Produkt gelten würden.

155. Wie die Post ausführt, scheinen umfangreiche Anstrengungen unternommen worden zu sein, um jedem einzelnen Kunden seine individuellen Preise und Zusatzrabatte zu erläutern. Hingegen wurden hinsichtlich der Möglichkeit eines Preisvergleichs der Kunden untereinander oder der Einschätzung, wo im Preissystem ein Kunde eingeordnet wurde, keinerlei Möglichkeiten bereitgestellt. Demnach war es dem Kunden trotz Kenntnis seiner individuellen Preise und Zusatzrabatte nicht möglich abzuschätzen, wo im Preissystem er im Vergleich zu seinen Wettbewerbern eingestuft wurde.

A.4.3 Ausgestaltung und Anwendung der Preissysteme im Hinblick auf eine einheitliche Gewährung von Rabatten

156. Im Hinblick auf die Untersuchung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Preissysteme 2009 und CAPRI wurde bereits in der Vorabklärung zusätzlich festgestellt, dass das Rabattsystem nicht einheitlich angewendet wurde. Aus diesem Grund wurden die Preissysteme 2009 und CAPRI wie nachfolgend dargestellt näher untersucht. Hierbei wurden die früheren Preissysteme (Preissystem 2000 und Preissystem 2006) nur insoweit betrachtet, als sich hieraus Aufschlüsse über die Anwendung und Ausgestaltung der Preissysteme 2009 und CAPRI ergeben. Die früheren Preissysteme bilden nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

A.4.3.1 Rabattabweichungen in früheren Preissystemen

157. Über die Anwendung des Preissystems 2000 und Preissystems 2006 sind keine vollständigen Informationen/Daten vorhanden. Das Preissystem 2009 basierte [...].

158. [...]. Wie nachfolgend für das Preissystem 2009 aufgezeigt wird (vgl. hinten, Rz 173 ff.), bestanden zudem schon dort Abweichungen in der Rabattgewährung von den internen Vorgaben der Post (vgl. auch Rz 173 ff. und 184 ff.).

A.4.3.2 Anwendung des Preissystems 2009

159. Das Preissystems 2009 und insbesondere die Rabattliste waren wie schon die früheren Preissysteme ab dem Jahr 2000 den Vertragskunden gemäss Praxis der Post nicht bekannt. Das Blatt mit der Rabattanwendung (d. h. den Rabattstufen) war denn auch als «Streng vertraulich. Weitergabe nur intern und nur in Papierform!» gekennzeichnet.

160. Im Rahmen der Vorabklärung fand das Sekretariat Anhaltspunkte, dass das Preissystem der Post nicht einheitlich angewendet wurde und verschiedene rabattberechtigte Vertragskunden zum Teil Rabatte erhielten, die nicht den internen Rabattlisten der Post entsprachen.

161. Im Zusammenhang mit der Rabattierung ist auch das Vorgehen zur Vertragserneuerung und –anpassung von Relevanz. Laut Post und der «Checkliste Vertragskunden» waren die Kundenberater angehalten, alle Verträge regelmässig (mindestens halbjährlich) zu überprüfen. Eine fest definierte Zeitperiode gab es nicht. Häufig wurden die Verträge im Rahmen von sonstigen Preismassnahmen angepasst, d. h. wenn es zu Änderungen im Listenpreis kam. Die erwähnten Beispiele zeigen zudem, dass die Verträge meistens für ein Jahr zu Jahresbeginn abgeschlossen wurden, da dies laut Post der regulären Budget-Periode der Kunden entsprach. Aus den nachstehenden Auswertungen ergibt sich jedoch, dass oftmals ältere Verträge im Zeitverlauf nie angepasst wurden, obwohl sie dem Rabattschema nicht mehr entsprachen oder gar noch stärker vom Soll abwichen.

A.4.3.2.1 In der Vorabklärung eingereichte Verträge

162. In der Vorabklärung reichten 18 Vertragskunden Verträge zum Preissystem 2009 ein. Acht Verträge entsprachen den Regeln der «Rabattanwendung PostMail ab 01.07.2009», [...].

Nachfolgend werden die zehn Verträge aufgeführt, für welche Abweichungen festgestellt wurden.

Vertragskunden	Bereich ⁴⁷	[...]	Datum Vertrag ⁴⁸	Umsatz	Krit. 1 ⁴⁹	Krit. 2 ⁵⁰	Krit. 3 ⁵¹	Vertrags-Rabatt	Listen-Rabatt ⁵²
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 6: Übersicht über die Verträge im Rahmen der Vorabklärung, bei denen der vereinbarte Rabatt mit dem Rabatt gemäss Liste nicht übereinstimmte.

163. Es zeigt sich, dass [1] einen deutlich höheren Umsatzrabatt erhielt, als es für die Rabattstufe gerechtfertigt gewesen wäre, wobei der Rabatt demjenigen entsprach, der im vorhergehenden Preissystem 2006 gerechtfertigt gewesen wäre. Der Umsatzrabatt von [2] lag [...] % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts. Der Umsatzrabatt für [3] lag [...] % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts. Derjenige von [4] lag [...] % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um einen Durchschnittsrabatt handelte, betrug die Abweichung nach unten indes nur noch [...] %.⁵³ [5] hatte den Rabatt für [...] erhalten, wobei der gewährte Rabatt [...] % über dem für diese Stufe geltenden Minimalrabatt lag, aber [...] % unterhalb des Richtwerts [...]. Der Rabatt der [6] lag [...] % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts und [...] % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Richtwerts. Der Rabatt der [7] lag [...] % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts und derjenige von [8] lag [...] % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts und [...] % unterhalb des hierfür geltenden Richtwerts. [...] Zwei weitere Vertragskunden⁵⁴ erhielten einen Rabatt, der innerhalb der Bandbreite lag, aber leicht (zwischen [...] und [...] %) vom anwendbaren Rabatt abwich. Für keine der zehn oben aufgeführten Vertragskunden bestanden laut der durch die Post eingereichten Kundendaten bestätigte Korrekturen aufgrund von Qualitätskriterien.

164. Damit zeigte sich in der Vorabklärung, dass für die Hälfte der 18 Vertragskunden das Preissystem 2009 nicht einheitlich angewendet wurde. Sieben Verträge wichen zum Nachteil

⁴⁷ Segmentzuteilung im *neuen* Rabattsystem: Standardpost (SP), Businesspost (BP), Tagespost (TP) und Infopost (IP).

⁴⁸ Mit Vertrag ist hier das Konditionenblatt gemeint; der eigentliche Vertrag kann ein früheres Datum tragen.

⁴⁹ Maschineneffizienz der Sendungen (mind. [...] %).

⁵⁰ Adressqualität: mind. [...] % maschinell lesbar.

⁵¹ Retouren (Einsatz von MAT(CH) Move).

⁵² Gemäss [...].

⁵³ Siehe Erklärung in Rz 165.

⁵⁴ Die Unternehmen werden nicht offengelegt, um die Anonymisierung nicht zu gefährden.

der Vertragskunden gegen unten ab, wobei bei fünf eine Rabattstufe gewährt wurde, die unterhalb des für diese Stufe geltenden Minimalrabatts lag. Bei neun Vertragskunden wurde dagegen das Preissystem korrekt angewendet.

165. Zu acht von den zehn⁵⁵ abweichenden Verträgen befragte das Sekretariat in der Untersuchung die Post⁵⁶. In der nachstehenden Tabelle sind die Begründungen der Post für die Abweichungen angegeben, sowie die Überprüfung/Einschätzung dieser Begründungen durch das Sekretariat (vgl. dazu die interne Rabattvorgabe der Post, Rz 107/Tabelle 2):

Vertragskunden	Begründung Post	Einschätzung/Weitere Fakten
[1]	Vertrag mit [1] lief bis Ende 2007. Der Vertragsrabatt war innerhalb der Bandbreite [...].	Der Rabatt des eingereichten Vertrags entsprach tatsächlich dem Minimalrabatt der Bandbreite [...]. Der Folgerabatt ab 1. Januar 2008 bis 31. März 2011 betrug sogar 7 Prozent bei einem prognostizierten Umsatz von [...] Franken. Dies hätte im [...]. Im Preissystem 2009 wurde der Rabatt aber nicht angepasst, obwohl nach dieser Vorgabe der Rabatt für den Umsatz von [1] nur noch [...] % betragen hätte. ⁵⁷
[2]	War das Ergebnis konkreter Vertragsverhandlungen, weil der Umsatz von [2] ein Grenzfall war. Er fiel in die Bandbreite der niedrigeren Umsatzkategorie.	[...] Franken Umsatz war ein Grenzfall, jedoch nicht zur tieferen Rabattstufe mit [...] % (im Vergleich zum Rabatt von [...] % bei einem Umsatz von bis zu CHF [...]), sondern zur nächsthöheren Rabattstufe, denn ab einem Umsatz von <i>mehr als</i> [...] betrug der Minimalrabatt gemäss Rabattvorgabe [...] %. Der durch [2] eingereichte Vertrag (gültig ab 1. Juli 2009) ist in der durch die Post eingereichten Übersicht über die abgeschlossenen Verträge (Rz 168 ff.) nicht aufgeführt, sondern nur ein Vertrag ab 1. Oktober 2009 mit gleicher Rabatthöhe. Laut der Übersicht wurde der Vertrag erst auf den 1. Februar 2010 auf die der Bandbreite entsprechenden [...] % angepasst.
[3]	Die Umstände sind nicht mehr rekonstruierbar.	
[4]	Für [4] wurde ein Durchschnittsrabatt gewährt.	Es ist korrekt, dass ein Durchschnittsrabatt zur Anwendung kam und der Rabatt daher tiefer ausfiel. Entsprechend der

⁵⁵ Ursprünglich waren es zehn, wobei wie nachfolgend gezeigt wird, eine Abweichung erklärt werden konnte.

⁵⁶ Um die Anonymisierung nicht zu gefährden, verzichtete das Sekretariat für zwei Verträge auf eine Nachfrage.

⁵⁷ Wie aus [...] hervorgeht, rechtfertigten die Umsätze von [1] auch später keinen höheren Rabatt.

		Aufstellung der Post hätte der Rabatt jedoch [...] % und nicht [...] % betragen müssen. ⁵⁸
[5]	Der Rabatt war innerhalb der vorgegebenen Bandbreite.	Der Rabatt war innerhalb der Bandbreite. Der Richtwert für [...] (entsprechend der Regel) lag jedoch höher bei [...] %. Laut Daten der Post wurde bei [...] auch kein Abzug aufgrund der Retouren vorgenommen.
[6]	Rabatt war das Ergebnis der individuellen Vertragsgespräche.	
[7]	Der Rabatt resultierte aus umsatzbedingten Anpassungen und fällt in die Bandbreite der nächstniedrigeren Kategorie.	Im Vertrag ist ein Umsatz von [...] Franken als «Geplanter Jahresumsatz» aufgeführt. Eine Vertragsanpassung wurde bis 31. März 2011 nie vorgenommen. Sofern der Umsatz in die niedrigere Bandbreite fallen würde, müsste dort grundsätzlich das Minimum der Bandbreite zum Tragen kommen (nur [...] %), da etwa das Kriterium der Nutzung von Mat[CH]move bei [7] nicht erfüllt war. Eine Überprüfung der Umsätze für die Jahre 2009 und 2010 ergibt jedoch, dass [7] den im Konditionenblatt angegebenen Jahresumsatz jeweils übertraf, also ein tieferer Rabatt nicht durch den tatsächlichen Umsatz erklärt werden kann.
[8]	Die Umstände sind nicht mehr rekonstruierbar.	

Tabelle 7: Übersicht über die Erklärung der Abweichungen durch die Post sowie die Würdigung dieser Erklärungen aufgrund der Fakten.

166. Damit lagen sechs [...]⁵⁹[...] von den 18 im Rahmen der Vorabklärung geprüften Verträgen ausserhalb der laut Rabattvorgabe anwendbaren Bandbreiten. Der Vertrag von [5] entsprach zudem nicht [...], und der Durchschnittsrabatt von [4] war ebenfalls [...] % tiefer als der gemäss interner Vorgabe resultierende Wert.

A.4.3.2.2 Abweichungen von den Bandbreiten

167. Wie aus Spalte 3 von Tabelle 2 hervorgeht, wurden für gewisse Umsatzbereiche Rabattbandbreiten festgelegt. Diese Bandbreiten umfassten Rabattdifferenzen zwischen 0.5 % bis zu 4 % je nach Umsatzbereich. Laut interner Vorgabe der Post mussten die Rabatte innerhalb der Bandbreite liegen. Zur genauen Rabattbestimmung innerhalb der Bandbreite gab es

⁵⁸ Die Berechnungsweise findet sich [...]; Berechnung: [...] / [...] = [...] %; Im Vertrag wurde zudem ein höherer geplanter Umsatz ([...]) angegeben.

⁵⁹ Korrekter Rabatt im darauffolgenden Vertrag ab 1.2. 2010.

ebenfalls Vorgaben. Nachfolgend wird zunächst nur geprüft, ob die von der Post den Vertragskunden gewährten Rabatte *innerhalb der anwendbaren Bandbreiten* lagen.

a) Auswertung Datensample der Post für ab 1. Juli 2009 geschlossene Verträge

168. Auf Begehren des Sekretariats reichte die Post eine eigene Liste ein, auf der durch die Post selbst geprüft wurde, ob die tatsächlich vereinbarten Rabatte gemäss Konditionenblatt innerhalb oder ausserhalb der Bandbreiten gemäss interner Rabattanwendungsvorgabe (Rz 107/Tabelle 2) lagen. In der Liste der Post sind jedoch nur diejenigen Verträge⁶⁰ enthalten, welche in der Zeitperiode ab 1. Juli 2009 bis 31. März 2011 abgeschlossen wurden. Nicht enthalten sind diejenigen Verträge, die vorher abgeschlossen worden waren, «und aufgrund des neuen Preissystems nicht mehr anzupassen waren». Die Post gab zudem in ihrer Liste für die Abweichungen von der Bandbreite die Gründe dafür an.

169. Das Sekretariat hat die Liste der Post manuell dahingehend ausgewertet, wieviele der vereinbarten Rabatte ausserhalb der gemäss interner Rabattvorgabe der Post anwendbaren Bandbreite lagen, und was die Gründe dafür waren. Bei der Berechnung der Anteile nicht berücksichtigt sind die Durchschnittsrabatte. Die Auswertung ergab folgende Resultate:

	Anzahl Verträge		Rabatt<Bandbreite		Rabatt>Bandbreite	
	absolut	in % ⁶¹	absolut	in % ⁶²	absolut	in % ⁶³
Verträge total	[700-800]					
Verträge mit Durchschnittsrabatt ⁶⁴	[100-200]					
Verträge total ohne Durchschnittsrabatte	[500-600] ⁶⁵	100 %				
Test Quartalsrabatt / dyn. Rabatt ⁶⁶	[...]	2 %	[...]	33 %	[...]	67 %
Bonitätsrisiko	[...]	0 %	[...]	100 %	[...]	0 %
Übergangsregelung	[...]	1 %	[...]	33 %	[...]	67 %
Umsatzbedingte Anpassung	[...]	3 %	[...]	100 %	[...]	0 %
Konkretes Verhandlungsergebnis	[...]	12 %	[...]	91 %	[...]	9 %
Nicht mehr bekannt	[...]	11 %	[...]	92 %	[...]	8 %
Total Abweichungen von der Bandbreite	[...]	30 %	[...]	88 %	[...]	12 %

⁶⁰ Präzise handelt es sich nicht um Verträge, sondern um OPD-Nummern. Dies sind Kundennummern, welche pro Standort vergeben werden. Grundsätzlich werden Konditionen pro OPD festgelegt (Ausnahmen sind Kumulativ- oder Kollektivverträge). Ein Vertrag kann jedoch mehrere OPD enthalten. Nachfolgend wird der Verständlichkeit halber dennoch von Verträgen gesprochen.

⁶¹ 100 % ist hier das Total der OPD (vgl. Fn 60) unter Ausschluss der Durchschnittsverträge.

⁶² 100 % ist hier jeweils die Gesamtzahl der jeweiligen Begründung der Abweichung.

⁶³ 100 % ist hier jeweils die Gesamtzahl der jeweiligen Begründung der Abweichung.

⁶⁴ Die Durchschnittsrabatte können nicht direkt mit den anwendbaren Bandbreiten verglichen werden, weswegen sie von der Auswertung ausgenommen wurden.

⁶⁵ Diese Zahl dürfte tatsächlich noch kleiner sein, da darin noch Durchschnittsrabatte enthalten sind, welche die Post nicht ausweisen musste, da die gewährten Rabatte innerhalb der Bandbreite liegen.

⁶⁶ Für den [...] wurde für den Vergleich, ob die Rabatte höher oder tiefer ausfielen, auf den letzten vereinbarten längeren Rabatt (Jahr 2009, [11-12] %) abgestellt.

Tabelle 8: Übersicht über diejenigen Rabatt-Abweichungen, welche ausserhalb der anwendbaren Bandbreite liegen.

170. Wie aus Tabelle 8 hervorgeht, wurde bei einem relativ grossen Anteil der Verträge, nämlich [100-200] von [500-600] Verträgen ([20-40] %), von der im Preissystem der Post vorgesehen Bandbreite abgewichen. Ebenfalls ist ersichtlich, dass nur eine geringe Zahl der Verträge zu Gunsten der Vertragskunden nach oben abwich ([10-20] Verträge oder [10-20] % der abweichenden Verträge). In der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle erfolgten die Abweichungen gegen unten und somit zum Nachteil der Kunden ([90-180] Verträge oder [80-90] % der abweichenden Verträge).

171. Aus Tabelle 8 gehen zudem die von der Post für die Abweichungen genannten Gründe hervor:

- a. Test Quartalsrabatt: Zu diesem Test, welcher laut Post für [...] Abweichungen verantwortlich ist, wurden keine weiteren Erhebungen gemacht.
- b. Bonitätsrisiko: Vorliegend betraf dies nur [...] Vertragskunden⁶⁷, welche sich damals in Liquidation befanden und über die laut Handelsregisterauszug später der Konkurs eröffnet wurde.
- c. Übergangsregelung: Die Übergangsregelung betraf laut Post lediglich [...] Abweichungen.⁶⁸ Den eingereichten Unterlagen der Post zufolge lassen sich keine Hinweise und Regeln mit Bezug auf Übergangsregeln entnehmen. Die [...] Fälle präsentieren sich sehr unterschiedlich: Bei [...] Vertragskunden wurde der Vertrag während der ganzen Geltungsdauer des Preissystems 2009 nicht angepasst, daher kann es sich nicht um eine Übergangsregelung handeln.⁶⁹ Für die anderen [...] Verträge dauerten die Übergangsphasen [...]. Das heisst, es handelt sich bei allen [...] Fällen um Verträge, welche 2009 neu abgeschlossen wurden, deren «Übergangsphasen» jedoch unterschiedlich lang waren. In einem Fall lag der Rabatt im Vergleich zum vereinbarten Umsatz zu hoch, im anderen zu tief. In beiden Fällen wurde der vereinbarte Umsatz im nächsten Vertrag nach unten angepasst. In der Folge lag der Rabatt innerhalb der von der Post gemäss Preissystem vorgegebenen Bandbreite.
- d. Umsatzbedingte Anpassungen: Die Rabatte der Post wurden auf Basis des vereinbarten Umsatzes und nicht der tatsächlichen vergangenen oder gar zukünftigen Umsätze gewährt. Der Vollständigkeit halber hat das Sekretariat dennoch eine Stichprobe mit den ersten drei Verträgen auf der Liste mit umsatzbedingter Abweichung durchgeführt. Wie nachfolgend dargestellt, lassen sich die gewährten Rabatte durch eine umsatzbedingte Abweichung nicht erklären:
 - i. Die [...] vereinbarte einen Umsatz von [300'-400'000] Franken. Dies würde einen Minimalrabatt von [...] % ergeben. Erhalten hat das Unternehmen nur [...] %. Im Vorjahr (2008 und vor dem 1. Juli 2009) übertraf die [...] den vereinbarten Umsatz von [300'-400'000] stark. In den Jahren 2009 und 2010 lag der tatsächliche Umsatz unter dem vereinbarten Umsatz, jedoch immer noch weit über der Schwelle von 250'000 Franken, ab der der Mindestrabatt von [...] % galt. Damit war eine Abweichung nicht durch die tatsächlichen Umsätze zu erklären.

⁶⁷ [...].

⁶⁸ [...], [...] und [...].

⁶⁹ [...].

- ii. Die [...] vereinbarte einen Umsatz von [250'000-350'000] Franken, was einem Mindestrabatt von [...] % entsprechen würde. Die [...] erhielt indes nur einen Rabatt von [...] %. Im Vorjahr 2008 und vor dem 1. Juli 2009 erreichte sie den nachher vereinbarten Umsatz von [250'000-350'000] Franken nicht ganz und lag unter 250'000 Franken. 2009 und im Jahr nach Inkrafttreten des Vertrages übertraf sie indes die Rabattschwelle von 250'000 Franken. Im Jahr 2010 lag sie dann wieder leicht darunter. Es kann festgestellt werden, dass aufgrund des Umsatzes der nächsttieferen Rabattschwelle mindestens ein Rabatt von [...] % gerechtfertigt gewesen wäre. Im Jahr des Vertragsabschlusses wären sogar als Minimalrabatt [...] % gerechtfertigt gewesen. Eine Abweichung auf [...] % war damit nicht durch die tatsächlichen Umsätze zu erklären.
 - iii. Die [...] vereinbarte einen Umsatz von [500'-600'000] Franken, was einem Mindestrabatt von [...] % entsprechen würde. Sie erhielt jedoch nur [...] %. Die [...] erreichte im Vorjahr (sowohl 2008 als auch vor dem 1. Juli 2009) einen Umsatz (vor Rabatt) über [500'-600'000] Franken. Auch nach Juli 2009 bis mindestens Ende 2010 erreichte sie stets einen Umsatz von über [500'-600'000] Franken. Sie hätte daher gemäss Preissystem 2009 einen Minimalrabatt von [...] % und nicht von [...] % erhalten müssen. Eine Abweichung war daher nicht durch die tatsächlichen Umsätze zu erklären.
- e. Konkretes Verhandlungsergebnis: Aus den eingereichten Dokumenten der Post sind keine Anhaltspunkte auf Verhandlungsspielräume der Kundenberater sowie Kriterien, nach welchen Verhandlungen geführt werden sollten, aufgeführt. Die Ergebnisse sind daher nicht auf objektive Kriterien zurückzuführen.
- f. Für die übrigen Abweichungen gab die Post keine Erklärung an. Begründungen für die Abweichungen sind auch nicht ersichtlich.

172. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für das von der Post eingereichte Datensample von den ab 1. Juli 2009 geschlossenen Verträgen ohne Durchschnittsrabatte rund 30 % von der aufgrund des Preissystems anwendbaren Bandbreite abwichen, ohne dass hierfür objektive Gründe vorlagen.

b) Datenauswertung aller im Preissystem 2009 geltenden Verträge

173. Aufgrund der Auswertung der von der Post eingereichten Liste (vgl. vorstehende Auswertung) wurden vom Sekretariat Berechnungen für sämtliche Verträge (inkl. der vor 1. Juli 2009 abgeschlossenen, aber weiter geltenden) durchgeführt. Hierbei wurde für jeden Vertrag, der zwischen dem 1. Januar 2008 und dem 31. März 2011 aktiv war, geprüft, ob der Rabattsatz innerhalb der Rabattbandbreite lag, welche dem prognostizierten bzw. vereinbarten Umsatz entsprach. In nachstehender Tabelle 9 wird angegeben, in wie vielen Fällen der vereinbarte Rabatt unterhalb, innerhalb oder oberhalb der Rabattbandbreite lag.

Verträge zu Bandbreite	Unteralb	Innerhalb	Oberhalb	Total
Ab 01. Juli 2009 Preissystem 2009	[300-400] ([20-30] %)	[900-1000] ([60-80] %)	[0-100] ([0-10] %)	[1'200-1'500] (100 %)

Tabelle 9: Anzahl Verträge, deren vereinbarter Rabatt unterhalb, oberhalb oder innerhalb der Rabattbandbreiten auf Basis der Umsätze gemäss Konditionenblatt lagen

174. Daraus ergibt sich, dass ca. [20-30] % der Verträge ausserhalb der für den vereinbarten Umsatz korrekten Bandbreiten lagen, davon [20-30] % unterhalb und [0-10] % oberhalb.

175. Entscheidend für die Rabattgewährung waren laut Rabattvorgabe der Post wie erwähnt die *prognostizierten/vereinbarten* Umsätze und nicht die vergangenen bzw. zukünftigen Umsätze. Laut Post wurde für die Festlegung der vereinbarten Umsätze häufig vom Vorjahreswert ausgegangen. Sofern Abweichungen erkennbar waren, sollte laut den Vorgaben der Vertrag angepasst werden. Obwohl somit durch die Post grundsätzlich nicht auf die tatsächlichen Umsätze für die Höhe der Rabatte abgestützt wurde, wird nachstehend der Vollständigkeit halber dennoch überprüft, inwiefern die Bandbreiten mit den tatsächlich erzielten Umsätzen der Vertragskunden in derselben oder vorgängigen Periode übereinstimmten.

176. Zunächst wurde untersucht, ob ausgehend von einem Stichtag (31. Dezember 2009 und 31. Dezember 2010) der vereinbarte Rabatt dem Rabatt entsprach, der bei einer Neufestlegung des Vertrages zu dem Stichtag aufgrund des Umsatzes in der Vorjahresperiode vor dem Stichtag hätte resultieren sollen. In der nachfolgenden Tabelle wird aufgezeigt, ob der vereinbarte Rabatt unterhalb, innerhalb oder oberhalb der Bandbreite für den erzielten Umsatz lag oder ob gar die Voraussetzungen für die Teilnahme am Preissystem nicht gegeben waren.

Vereinbarte Umsätze		Unterhalb	Innerhalb	Oberhalb	Kein Vertrag ⁷⁰	Total
Bis 31.12.2009	#	[100-200]	[400-500]	[100-200]	[200-300]	[800-1'200]
	%	[10-20] %	[40-60] %	[10-20] %	[15-35] %	100 %
Bis 31.12.2010	#	[100-200]	[400-500]	[0-100]	[100-200]	[600-1'000]
	%	[10-30] %	[40-70] %	[0-15] %	[10-30] %	100 %

Tabelle 10: Übereinstimmung der vereinbarten Rabatte mit den aufgrund der erzielten Umsätze im Vorjahr vor dem Stichtag anwendbaren Rabattbandbreiten

177. Dies bedeutet, dass aufgrund der tatsächlichen Umsätze pro Jahr zwischen [100-200] ([10-20] %) und [100-200] ([10-30] %) Verträge liefen, bei denen ein im Vergleich zum erzielten Umsatz der Vorperiode und der damit korrespondierenden Bandbreite ein zu tiefer Rabatt gewährt wurde. Bei [400-500] ([40-60] %) bis [400-500] ([40-70] %) Verträgen stimmte der Rabatt mit dem Umsatz in etwa überein. Bei [0-100] ([0-15] %) bis [100-200] ([10-20] %) Verträgen war der basierend auf der Umsatzprognose gewährte Rabatt höher als er dies aufgrund des tatsächlichen Umsatzes hätte sein dürfen. Zudem erhielten zwischen [100-200] ([10-30] %) und [200-300] ([15-35] %) Kunden einen Rabatt, obwohl sie aufgrund der tatsächlich erzielten Umsätze nicht berechtigt gewesen wären, einen solchen zu erhalten.

178. Weiter wurde untersucht, ob der innerhalb eines Jahres bis zu einem Stichtag (31. Dezember 2009 und 31. Dezember 2010) erzielte Umsatz den vereinbarten Rabatt in derselben Periode rechtfertigte. In der nachfolgenden Tabelle wird aufgezeigt, ob der vereinbarte Rabatt unterhalb, innerhalb oder oberhalb der Bandbreite für den erzielten Umsatz lag, oder ob gar die Voraussetzungen für die Teilnahme am Preissystem nicht gegeben waren.

Vereinbarte Umsätze		Unterhalb	Innerhalb	Oberhalb	Kein Vertrag ⁷¹	Total
Bis 31.12.2009	#	[100-200]	[400-500]	[100-200]	[200-300]	[800-1'200]
	%	[10-20] %	[40-60] %	[10-20] %	[15-35] %	100 %

⁷⁰ Voraussetzung eines Umsatzes von 100'000 Franken nicht gegeben.

⁷¹ Voraussetzung eines Umsatzes von 100'000 Franken nicht gegeben.

Bis 31.12.2010	#	[100-200]	[400-500]	[0-100]	[100-200]	[600-1'000]
	%	[10-30] %	[40-70] %	[0-15] %	[10-30] %	100 %

Tabelle 11: Übereinstimmung der vereinbarten Rabatte mit den Rabattbandbreiten, welche aufgrund der in der gleichen Periode erzielten Umsätze anwendbar gewesen wären.

179. Dies bedeutet, dass aufgrund der tatsächlichen Umsätze im Jahr vor dem Stichtag zwischen [100-200] ([10-20] %) und [100-200] ([10-30] %) Verträge liefen, bei denen ein im Vergleich zum erzielten Umsatz und der damit korrespondierenden Bandbreite ein zu tiefer Rabatt gewährt wurde. Bei [400-500] ([40-60] %) bis [400-500] ([40-70] %) Verträgen stimmte der Rabatt mit dem Umsatz in etwa überein. Bei [0-100] ([0-15] %) bis [100-200] ([10-20] %) Verträgen war der Rabatt höher, als er dies aufgrund des tatsächlichen Umsatzes hätte sein dürfen. Zudem erhielten zwischen [100-200] ([10-30] %) und [200-300] ([15-35] %) Kunden einen Rabatt, obwohl sie aufgrund der tatsächlich erzielten Umsätze nicht berechtigt gewesen wären, einen solchen zu erhalten.

180. Aus Tabelle 10 und Tabelle 11 geht hervor, dass auch die grundsätzlich nicht für das Preissystem relevanten tatsächlichen Umsätze – innerhalb der gleichen oder vorgängigen Periode – die von der Post an den Tag gelegten Abweichungen von den Bandbreiten nicht erklären können.⁷²

181. Das Sekretariat hat die vorstehenden Berechnungen auch für das Preissystem 2006 durchgeführt, welches ähnlich konzipiert war wie das Preissystem 2009.⁷³ Die Auswertung ergibt dabei ähnlich viele Abweichungen von den Bandbreiten wie für das Preissystem 2009, und die Abweichungen lassen sich ebensowenig durch die tatsächlich erzielten Umsätze erklären. Dies bedeutet, dass sich die Abweichungen von den Bandbreiten im Preissystem 2009 auch nicht als «Übergangsphase» zwischen dem Preissystem 2006 und dem Preissystem CAPRI erklären lassen.

182. Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass im Preissystem 2009 bei [20-30] % der Verträge die vereinbarten Rabatte nicht innerhalb der aufgrund der Vorgabe der Post anwendbaren Rabattbandbreite lagen, welche für den jeweiligen vereinbarten Umsatz galten (vgl. Rz 174). Die Abweichungen lassen sich auch nicht durch die in der vorgängigen oder gleichzeitigen Periode tatsächlich erzielten Umsätze erklären.

c) Fazit zur Abweichung von den Bandbreiten

183. Die Auswertungen für die eingereichte Liste der Post und für sämtliche gültigen Verträge im Zeitraum haben ergeben, dass zwischen [20-30] % (vgl. Rz 174) und [20-30] % (vgl. Rz 170) der Verträge von den aufgrund der Rabattvorgabe der Post anwendbaren Rabattbandbreiten abwichen. Die Abweichungen können aber auch durch die – laut Rabattvorgabe aufgrund des Prognosesystems nicht relevanten – tatsächlichen Umsätze nicht erklärt werden. Die Post konnte zudem nur für einen Teil der Abweichungen Gründe zu den Abweichungen angeben. Der am häufigsten genannte Grund «konkretes Verhandlungsergebnis» war nicht Teil der Rabattvorgabe und es gab keine objektiven Kriterien dafür. Die übrigen von der Post genannten Gründe vermögen nur wenige Abweichungen zu erklären.

⁷² Nicht überprüft wurde, ob der zu einem Stichtag geltende Rabatt aufgrund der im darauf folgenden Jahr tatsächlich erzielten Umsätze gerechtfertigt ist. Auf eine solche Betrachtung wurde verzichtet, da diese eine im Betrachtungszeitraum möglicherweise vorgenommene Vertragsänderung nicht berücksichtigt und daher tendenziell zu Ungunsten der Post ausfallen würde.

⁷³ [...].

A.4.3.2.3 Abweichungen von der Vorgabe innerhalb der Bandbreite

a) Übersicht über die Abweichungen

184. Gemäss Rabattvorgabe (siehe Rz 105 ff., insbes. Tabelle 2) galt für Vertragskunden «in der Regel allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite». In «begründeten Ausnahmen» konnten Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden. [...].

185. Nachfolgend wird untersucht, ob die Regeln innerhalb der Bandbreiten einheitlich angewandt wurden. D. h. für diejenigen Verträge (ohne Kollektivverträge mit Durchschnittsrabatt), die innerhalb der für den jeweiligen Umsatz geltenden Rabattbandbreiten lagen, wird ausgewertet, ob die gewährten Rabatte dem Minimalrabatt der Bandbreite oder dem Richtwert entsprachen, oder ob sie zwischen Minimalrabatt und Richtwert oder über dem Richtwert lagen. Dabei wurde zwischen [...] unterschieden, welche unterschiedliche Richtwerte hatten.⁷⁴

	Min. BB ⁷⁵	Unter Richtwert	Richtwert	Über Richtwert	Total
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 [...]	[500-600] ([50-80] %)	[0-100] ([0-10] %)	[0-100] ([0-10] %)	[100-200] ([10-30] %)	[600-1'000] (100 %)
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 [...]	[0-10] ([0-10] %)	[0-10] ([0-10] %)	[60-70] ([45-70] %)	[40-50] ([30-50] %)	[100-140] (100 %)

Tabelle 12: Vergleich der innerhalb der Bandbreite liegenden gewährten Rabatte mit den Rabattvorgaben

186. Die Auswertung zeigt, dass von [600-1000] [...] [500-600] Kunden den Minimalrabatt der Bandbreite erhielten ([50-80] %). Insgesamt [200-300] Verträge (gut [20-50] %) lagen über dem Minimalrabatt, davon [0-100] Verträge ([0-10] %) zwischen Minimalrabatt und Richtwert. [0-100] Verträge ([0-10] %) entsprachen dem Richtwert und [100-200] Verträge ([10-30] %) lagen über dem Richtwert. Bei [...] entsprachen [60-70] Verträge ([45-70] %) dem der Regel entsprechenden Richtwert. [0-10] [...] ([0-10] %) lagen unterhalb dem Richtwert, [40-50] [...] ([30-50] %) oberhalb des Richtwerts.

187. Es zeigt sich somit, dass es bei den gewöhnlichen Vertragskunden ([...]), welche grundsätzlich den Minimalrabatt erhalten sollten, Ausnahmen gab. Solche Ausnahmen mussten gemäss Rabattvorgabe begründet sein. Wodurch die festgestellten Ausnahmen allerdings tatsächlich begründet waren, ist nicht ersichtlich. Gemäss Preissystem 2009 durfte zudem der Rabatt nur bis zum Richtwert erhöht werden, welcher gemäss Auswertung indes bei [...] Vertragskunden dennoch überschritten wurde. Auch dafür sind keine Gründe ersichtlich oder von der Post angegeben. Bei den [...], gab es prozentual gesehen mehr Abweichungen von dieser Vorgabe. Gründe dafür sind ebenfalls nicht bekannt oder ersichtlich.

188. Eine vergleichshalber für das Preissystem 2006 vorgenommene analoge Auswertung ergab keine anderen Ergebnisse.

189. Die Post selbst gab zu Abweichungen *innerhalb der Bandbreite* keine Erklärungen ab. Sie führte nur allgemein dazu aus, dass innerhalb der Bandbreite die Untergrenze sehr selten überschritten wurde. Typischerweise sei dies nur unter Berücksichtigung der drei qualitativen

⁷⁴ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 1.

⁷⁵ Wenn der Richtwert dem Minimum der Bandbreite entsprach, wurde der Vertrag in der Spalte Min. BB (Minimum Bandbreite) gezählt.

Kriterien Maschinenfähigkeit, Retouren- und Adressqualität vorgekommen, um Ungleichbehandlungen innerhalb der Bandbreiten zu vermeiden. Daher ist nachstehend zu prüfen, ob die Abweichungen durch die Anwendung von Qualitätskriterien erklärbar sind.

b) Keine Erklärung der Abweichungen durch die Anwendung der Qualitätskriterien

190. In den durch die Post eingereichten Kundendaten sind auch Angaben zur Anwendung der Qualitätskriterien enthalten. Gemäss diesen Daten erfolgten aufgrund der Maschinenfähigkeit (Gewichtung laut Checkliste: [...] %) und der Adressqualität (Gewichtung laut Checkliste: [...] %) überhaupt keine Anpassungen. Auch in den in der Vorabklärung eingereichten Verträgen waren diese Kriterien immer erfüllt, diese hatten somit gemäss Rabattvorgabe keine Auswirkungen auf den Rabatt.

191. Im Hinblick auf das Qualitätskriterium Retouren unterscheiden die Daten der Post zwischen «ja» [Korrektur des Rabatts], «nein» [keine Korrektur des Rabatts], «nicht bekannt» und «unbekannt». Auf Nachfrage hinsichtlich Korrekturen aufgrund des Kriteriums Retouren ging die Post selbst nur von den [40-50] bestätigten Abweichungen («ja») aus. Dennoch wird nachfolgend in Tabelle 13 untersucht, wie die Verteilung der Verträge innerhalb der Bandbreite unter Berücksichtigung der Angabe der Post zu Korrekturen aufgrund des Kriteriums Retouren aussah⁷⁶:

	Min. BB ⁷⁷	Unter Richtwert	Richtwert	Über Richtwert	Total
Bis 30.06.2009 Preissystem 2006 [...]	[400-500]	[0-100]	[0-100]	[100-200]	[600-700]
«Korrektur ja/oui»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]
«Korrektur nein/non»	[200-300]	[10-20]	[20-30]	[40-50]	[250-400]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[100-200]	[30-40]	[20-30]	[60-70]	[200-400]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-
Bis 30.06.2009 Preissystem 2006 [...]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[90-100]	[90-130]
«Korrektur ja/oui»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-40]
«Korrektur nein/non»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[60-70]	[60-100]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[20-30]	[20-60]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 [...]	[500-600]	[40-50]	[50-60]	[150-200]	[700-900]
«Korrektur ja/oui»	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-50]

⁷⁶ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 1.

⁷⁷ Wenn der Richtwert dem Minimum der Bandbreite entsprach, wurde der Vertrag in der Spalte Min. BB (Minimum Bandbreite) gezählt.

«Korrektur nein/non»	[200-300]	[0-10]	[20-30]	[70-90]	[300-400]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[200-300]	[30-40]	[30-40]	[70-80]	[300-400]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 [...]	[0-10]	[0-10]	[60-70]	[40-50]	[100-150]
«Korrektur ja/oui»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
«Korrektur nein/non»	[0-10]	[0-10]	[50-60]	[30-40]	[80-120]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[20-60]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-

Tabelle 13: Vergleich der innerhalb der Bandbreite liegenden gewährten Rabatte mit den Rabattvorgaben für das Preissystem 2006 und das Preissystem 2009 unter Berücksichtigung des Qualitätskriteriums Retouren.

192. Aus der Aufstellung kann kein Muster abgeleitet werden, welches auf einen systematischen Zusammenhang zwischen Korrektur und vereinbartem Rabatt hinweist. Vielmehr kamen Abweichungen von den Bandbreiten, aber auch von den Richtwerten, in beide Richtungen häufig vor und zwar unabhängig davon, ob laut Daten eine Änderung des Rabatts aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren erfolgte, nicht erfolgte oder dies der Post nicht bekannt ist. Die beiden Verträge mit der Anmerkung «unbekannt» lagen beide ohnehin ausserhalb der Bandbreite, weshalb in Tabelle 13 keine vermerkt sind.

193. Das Kriterium Retouren (Benutzung Mutationsservice MAT[CH] Move) führte zu einigen wenigen durch die Post bestätigten Korrekturen.⁷⁸ Laut Checkliste lag die Gewichtung dieses Kriteriums bei [...] %. Für diese Verträge (auch wenn sie von der Bandbreite abweichen) wird nachfolgend eine eingehendere Analyse durchgeführt.

194. Laut Post erklären sich die Abweichungen der vereinbarten Rabatte zu den Bandbreitenminima und Richtwerten ausschliesslich durch die Korrektur aufgrund der Benutzung von MAT[CH] Move. Die genaue Auswirkung dieses Kriteriums konnte laut Post jedoch nicht mehr rekonstruiert werden. In diesem Zusammenhang reichte die Post eine eigene Tabelle mit denjenigen Vertragskunden ein, bei welchen eine Korrektur aufgrund des Kriteriums Retouren erfolgt war.

195. Laut den Daten der Post erfolgte eine Korrektur bei [40-50]⁷⁹ Verträgen⁸⁰, jedoch liefen zwei davon bereits vor Inkrafttreten des Preissystems 2009 ab⁸¹. Für einen Vertrag galt zudem

⁷⁸ Ja: [...]; Nein: [...]; Unbekannt: [...]; Keine Angabe: [...].

⁷⁹ Im Gegensatz zur Auswertung in Tabelle 13 sind darin auch Verträge enthalten, bei denen der Rabatt von der anwendbaren Bandbreite abwich.

⁸⁰ Genau genommen handelt es sich um OPD-Nummern, d. h. grundsätzlich um Konditionen je Standort (vgl. auch oben Fn 60).

⁸¹ Es handelt sich um die OPD-Nummern [...] ([...]) und [...] ([...]). Ein Vertrag wurde in der Berechnung belassen ([...], [...]), jedoch wurden im Hinblick auf das Preissystem 2009 die von der Post noch angegebenen Werte Bandbreite und Richtwert vom Preissystem 2006 durch die Werte aus dem Preissystem 2009 ersetzt.

ein Kollektivrabatt, weshalb er für die Auswertung ebenfalls ausgenommen wurde.⁸² Ausgangspunkt sind somit [40-50] Verträge.⁸³ Die Kundenberater waren gehalten, grundsätzlich die tiefste Stufe der Rabattbandbreite zu vereinbaren, jedoch waren innerhalb der Bandbreite ausnahmsweise auch Richtwerte für bestimmte Umsätze vorgesehen, sofern die sämtliche Qualitätskriterien erfüllt waren (vgl. oben, Rz 107, Tabelle 2). Das heisst, laut Rabattvorgabe hatte das Nichterreichen eines der Qualitätskriterien dahingehend einen negativen Einfluss, dass ein Rabatt über dem Minimalrabatt nicht gewährt werden durfte. Mit Eingabe vom 6. Mai 2016 gab die Post dann aber an, dass der Einfluss des Kriteriums Retouren positiv oder negativ sein konnte. Nachfolgend sind zunächst die Korrekturen im Verhältnis zum Minimum der Bandbreite sowie zum Richtwert⁸⁴ angegeben, ohne dass bereits unterschieden wird, ob die vereinbarten Werte innerhalb oder ausserhalb der Bandbreite lagen (dazu unten Rz 196):

- Vergleich mit dem Minimum der anwendbaren Bandbreite: Bei [10-20] Kunden entsprach der vereinbarte Rabatt diesem Wert, bei [10-20] Vertragskunden wich der vereinbarte Rabatt nach oben ab, bei [10-20] nach unten. In [10-20] Fällen betrug die Korrektur bis 0.5 %, in neun Fällen bis zu 1 % und in fünf Fällen bis zu 3.25 %⁸⁵.
- Vergleich mit dem Richtwert: Im Verhältnis zum Richtwert hatten [0-10] Vertragskunden keine Abweichungen, [10-20] eine Korrektur nach oben und [20-30] eine Korrektur nach unten. Die Korrektur betrug in [20-30] Fällen bis zu 0.5 %, in [0-10] Fällen bis zu 1 % und in [0-10] Fällen bis zu 3.25 %⁸⁶.

196. Die Auswertung zeigt, dass im Rahmen der [40-50] untersuchten Verträge [20-30] Vertragskunden einen vereinbarten Rabatt erhielten, welcher innerhalb der Bandbreite für den vereinbarten Umsatz gemäss Konditionenblatt lag. [20-30] Vertragskunden erhielten demgegenüber einen Rabatt, der ausserhalb der Bandbreite für den vereinbarten Umsatz lag. Von diesen [10-20] Rabatten ausserhalb der Bandbreite lagen [0-10] oberhalb und [10-20] unterhalb der korrekten Bandbreite. Hierzu ist festzuhalten, dass Abweichungen von den Bandbreiten mit dem Kriterium Retouren nicht erklärbar sind, da das Kriterium nur für die Bestimmung des Rabatts innerhalb der Bandbreiten überhaupt relevant war (sofern nicht grundsätzlich das Minimum der Bandbreite vereinbart wurde).

197. Von den [20-30] innerhalb der Bandbreite liegenden Verträgen lagen [10-20] auf dem Minimum der Bandbreite. Für die übrigen [10-20] Verträge kann nicht mehr eruiert werden, ob eine Korrektur vom Minimum der Bandbreite nach oben oder vom Richtwert her nach oben oder unten (letzteres war in der Rabattvorgabe an sich nicht vorgesehen) erfolgte. Die Abweichung der vereinbarten Rabatte von den Minima der Bandbreite betrug zwischen 0.2 % bis 1 %, diejenige zwischen vereinbartem Rabatt und Richtwert zwischen -0.8 % und 1 %.

198. Es kann daher festgehalten werden, dass auch im Sample der Verträge mit angeblichen Korrekturen aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren/MAT(CH) Move viele Abweichungen von der Bandbreite vorlagen, die durch das Kriterium nicht erklärt werden können.

⁸² OPD-Nummer [...].

⁸³ Teilweise sind unter den gleichen OPD-Nummern Verträge mit unterschiedlicher Laufzeit und unterschiedlichen Konditionen aufgeführt. Da die Post die Auflistung so einreichte, wurde für die nachstehende Analyse von separaten Verträgen ausgegangen.

⁸⁴ Dabei handelt es sich stets um die Richtwerte für [...], da keine [...] unter den Kunden mit Abweichungen aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren waren.

⁸⁵ Die grösste Abweichung betrifft den Kunden, bei dem die Post [...] angegeben hatte. Die übrigen grossen Abweichungen betragen [...] %.

⁸⁶ Die grösste Abweichung betrifft den Kunden, bei dem die Post [...] angegeben hatte. Die übrigen grossen Abweichungen betragen [...] %.

Im Übrigen waren die Korrekturen sehr unterschiedlich und teilweise hoch, obwohl das Kriterium der Nutzung von MAT[CH] Move laut der Checkliste für Vertragskunden lediglich 10 % der Einstufung innerhalb der Bandbreite ausmachte.⁸⁷ Dagegen gab es für einen beachtlichen Teil der Kunden gar keine Abweichung aufgrund des Kriteriums. Das Qualitätskriterium Retouren/MAT(CH) Move vermag daher die Abweichungen vom Minimum der Bandbreite und/oder vom Richtwert für diese Kunden nicht zu erklären. Im Gegenteil bestätigt diese fokussierte Betrachtung von Verträgen die oben gewonnenen Resultate einer sehr unterschiedlichen Anwendung der Kriterien zur Festsetzung der Rabatte zwischen und innerhalb der Bandbreiten.

199. Betrachtet man diejenigen Vertragskunden, die einen Rabatt erhielten, der geringer war als die untere Schwelle der Rabattbandbreite gemäss Preisliste, so erlitten diese im Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2011 einen Rabattverlust in Höhe von [...] Franken. Demgegenüber erhielten in dieser Zeitperiode diejenigen Vertragskunden, die einen Rabatt über dem Maximum der oberen Schwelle der Rabattbandbreite gemäss Preisliste bekamen, einen „zusätzlichen“ Rabatt in Höhe von insgesamt [...] Franken. Insgesamt wirkten sich daher die Abweichungen zum Nachteil der Vertragskunden und zum Vorteil für die Post aus, so dass die von der Post an den Tag gelegte Verhaltensweise eine Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.

200. Führt man zudem einen Branchenvergleich durch, so kann man erkennen, dass die Diskriminierungen ebenfalls Unternehmen der gleichen Branche betrafen. Diese Unternehmen stehen in der Regel in direktem Wettbewerb zueinander. Tabelle 14 zeigt pro Branche die Abweichungen auf. Es wird insbesondere dargestellt, wie viel Rabatt die Post verglichen mit den Vorgaben des Preissystems 2009 zu viel bzw. zu wenig an die Endkunden weitergegeben hat.

Branche	Zu hoch		Zu Tief		Gesamtrabatt
	Überrabatt		Fehlender Rabatt		
Kantonales Amt oder Anstalt	[...]	[...]	[...]	[...]	[5-15 Mio.]
Bank, Treuhand, Versicherung, Krankenkasse	[...]	[...]	[...]	[...]	[40-50 Mio.]
Lebensmittel, Konsumgüter, Gross- und Detailhandel	[...]	[...]	[...]	[...]	[10-20 Mio.]
Bundesamt, Bundesstelle, Anstalt	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-1 Mio.]
Gemeinde, kommunales Amt	[...]	[...]	[...]	[...]	[2-3 Mio.]
Baugewerbe, Maschinenbau, Autoindustrie, Rüstung	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-2 Mio.]
Verein, Stiftung, Gewerkschaft, Verband	[...]	[...]	[...]	[...]	[3-4 Mio.]

⁸⁷ Vgl. Rz 101.

Medien, Presse, Verlag	[...]	[...]	[...]	[...]	[4-5 Mio.]
Gesundheitswesen	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-2 Mio.]
Dienstleistung	[...]	[...]	[...]	[...]	[2-3 Mio.]
NPO, NGO, Hilfsorganisation, Kirche, Kultur	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-2 Mio.]
IT & Telekommunikation	[...]	[...]	[...]	[...]	[4-5 Mio.]
Mode und Textilien	[...]	[...]	[...]	[...]	[6-7 Mio.]
Keine Branche zugeteilt	[...]	[...]	[...]	[...]	0
Energie	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-2 Mio.]
Tourismus, Hotellerie, Reisebüro	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-1 Mio.]
Schule, Hochschule	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-1 Mio.]
Transport, Logistik	[...]	[...]	[...]	[...]	[1-2 Mio.]
Pharma, Chemie, Agrarindustrie	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-1 Mio.]
Marketing, Werbung	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-1 Mio.]
Summe	[...]	[...]	[...]	[...]	[100'150 Mio.]

Tabelle 14: Anzahl Monate mit Verträgen, deren Rabatte innerhalb der Rabattbandbreite («Innerhalb»), oberhalb der Rabattbandbreite («Zu hoch») oder unterhalb der Rabattbandbreite («Zu tief») lagen sowie zu viel gewährte («Überrabatt») bzw. zu wenig gewährte Rabatte («Fehlender Rabatt») nach Branchen für das Preissystem 2009 vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2011.

201. Die Aufstellung zeigt, dass innerhalb der verschiedenen Branchen einzelne Unternehmen besser und andere schlechter gestellt wurden. Dies bedeutet aber auch, dass damit Unternehmen derselben Branche unterschiedliche Preise für ihre Briefversände zu entrichten hatten. Damit hat die Post einen Teil der Kunden bevorzugt, benachteiligt. Diese Ungleichbehandlung führte dazu, dass einem Teil der Kunden zum Vorteil der Post ein Rabatt in Höhe von insgesamt mindestens [...] Franken entgangen ist und diese damit entsprechend benachteiligt wurden. In den meisten Fällen wurde gegen unten abgewichen, d. h. ein kleinerer Rabatt kam zur Anwendung als der minimale Rabatt der korrekten Bandbreite für den vereinbarten Umsatz.

c) Abweichungen bei Kollektivverträgen

202. Im Zusammenhang mit der durch die Post eingereichten Aufstellung zu den Abweichungen bei der Rabattlisteneinteilung (Rz 168 ff.) reichte die Post zudem vier Beispiele zur Berechnung von Kollektivverträgen ein, welche Durchschnittsrabatte enthielten (siehe zur Handhabung Rz 112). Nur ein vereinbarter Rabatt der vier Verträge entsprach der korrekten

Berechnung; ein Rabatt⁸⁸ wich um 0.2 % gegen unten, zwei andere⁸⁹ wichen um 0.2 % gegen oben ab. Dennoch wurden Durchschnittsrabatte aus Opportunitätsgründen nicht weiter untersucht.

d) Fazit zu Abweichungen innerhalb der Bandbreite

203. Es ist daher festzustellen, dass auch für die Rabattzuteilung innerhalb der Bandbreiten von der postinternen Rabattvorgabe abgewichen wurde und die Handhabung uneinheitlich war. Das laut Daten der Post einzig relevante Kriterium der Retouren (Verwendung von MAT[CH]) vermag die Abweichungen nicht zu erklären.

A.4.3.2.4 Vorbringen der Post

204. Die Post kritisiert, dass das Sekretariat lediglich versucht habe, zufällige und nicht systematische Abweichungen von den vermeintlichen Vorgaben zu berechnen. Sehr viele dieser Berechnungen seien fehlerhaft und die auf den Berechnungen basierenden Ausführungen würden keine Antworten zur praktischen Relevanz von angeblichen Ungleichbehandlungen geben, zum Ausmass der vermeintlichen Abweichungen, zur Frage, ob Unternehmen ungleich behandelt wurden oder ob sich die Abweichungen angesichts des vorliegend relevanten Massengeschäfts im normalen Bereich bewegen würden. Zudem kritisiert die Post, dass das Sekretariat kein richtiges Verständnis der Preissysteme entwickelt habe oder der Frage der Bedeutung der Kundengespräche in einem Prognosesystem nicht nachgegangen sei. Zudem sei nicht geprüft worden, ob sich die Abweichungen überhaupt in irgendeiner Weise auf den Wettbewerb auswirken konnten bzw. ausgewirkt haben.

205. Hinsichtlich der Aufstellung in Tabelle 14 merkt die Post an, dass der Nachweis eines Wettbewerbsnachteils hinsichtlich der gerügten Diskriminierung nicht ausreichend untersucht wurde. Die Aufstellung in Tabelle 14 würde als Wettbewerbsanalyse für das Preissystem 2009 in keiner Weise taugen. Zudem seien die im Antrag verwendeten Zahlen falsch. Dies insbesondere, weil weitere Kunden mit Durchschnittsrabatt oder einem dynamischen Rabatt korrigiert werden mussten und so fünf Vertragskunden ([...], [...], [...], [...], [...]) sowie [...] herausgerechnet werden mussten.

206. Die WEKO hat im Nachgang an die Stellungnahme der Post sowohl die Berechnungsgrundlagen für die von ihr vorgebrachten Zahlen als auch die Verträge für die fünf fraglichen Vertragskunden eingefordert. Aus den eingereichten Verträgen konnten die Behauptungen der Post, dass es sich bei den drei Vertragskunden [...], [...] und [...] um Verträge mit Durchschnittsrabatt handelt, da die Versender von mehreren Adressen aus versenden würden, nicht nachvollzogen werden. Zu den neuen Berechnungsgrundlagen und abweichenden Kategorisierungen hat die Post in ihrer Eingabe vom 30. Juni 2017 keine konkreten und nachvollziehbaren Antworten geliefert. Dennoch wird im Rahmen der Verfügung zugunsten der Post auf die von ihr gelieferten Zahlen abgestellt.

207. Die Post kritisierte weiter, dass die Aufstellung für den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten ohne Aussagekraft und für eine Aussage über Benachteiligungen einzelner Vertragskunden im Wettbewerb mit anderen völlig ungeeignet sei. Hierbei wird insbesondere kritisiert, dass die fragliche Tabelle 14 nur Branchen und keine Märkte betrachte. Zudem sei ein Bundesamt kein Unternehmen und keinem Wettbewerb ausgesetzt. Weiter sei keine monatliche Betrachtung angestellt worden, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass innerhalb einer Branche alle Unternehmen die gleiche Abweichung hätten.

⁸⁸ [...], sollte für den Umsatz einen Rabatt von [...] % erhalten statt [...] %.

⁸⁹ Laut korrekter Berechnung würde ein effektiver Rabatt von [...] % resultieren (siehe Fn 58), im Vergleich zum Vertragsrabatt von [...] %.

[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]								
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]								
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]								
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]								
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 15: [...].

209. Auch der Vergleich von direkten Wettbewerbern untereinander zeigt die durch die nicht den Vorgaben entsprechende Anwendung des Preissystems durch die Post bewirkten Ungleichbehandlungen nochmals beispielhaft auf. Somit konnte aufgezeigt werden, dass die Post direkten Wettbewerbern unterschiedliche Rabatte gewährt hat.

210. Die Post bringt weiter vor, dass die vom Sekretariat durchgeführten Berechnungen mangelhaft und nicht verwertbar seien und begründet dies wie folgt: Das Sekretariat würde in Tabelle 9 übersehen, dass es pro Vertrag mehrere Einträge, d.h. mehrere OPD-Nummern geben könne und das Sekretariat würde verkennen, dass bereits während der Übergangsphase vom Preissystem 2006 zum Preissystem 2009 eine Sonderregelung gegolten habe, wonach die Rabatte im Umsatzbereich zwischen [...] und [...] Franken nur bis Ende 2009 anzupassen waren.

211. Hierzu ist anzumerken, dass die Vertragskonditionen unabhängig davon galten, ob eine neue OPD-Nummer vergeben wurde. In diesem Zusammenhang könnte möglicherweise die Beschriftung in Tabelle 9 missverständlich sein, wenn das Wort Verträge mit dem Wort Vertragskunden gleichgesetzt würde. Damit erweist sich die Kritik der Post in diesem Punkt als unbeachtlich. Hinsichtlich der Übergangsphase ist anzumerken, dass das Sekretariat im Rahmen der Berechnungen zu Gunsten der Post im Umsatzbereich zwischen [...] und [...] Franken eine Rabattbandbreite von [...] % angewendet hat, weshalb das Vorbringen der Post unbeachtlich ist.

212. Die Post bemängelt zu Tabelle 10, dass eine Abweichung zwischen Vorjahresumsätze und Prognose nicht heissen würde, dass die Einstufung falsch sei. Zudem könne aus einem Abgleich zum Jahresende keine verwertbaren Rückschlüsse gezogen werden, da die Verträge unterjährig hätten angepasst werden können. Zudem habe das Preissystem Ende 2010 kurz vor der Ablösung gestanden, weshalb keine Anpassungen mehr vorgenommen worden seien.

213. Hierzu ist anzumerken, dass die Berechnungen in Tabelle 10 als solche nicht als falsch kritisiert wurden. Vielmehr bemängelt die Post, dass hieraus ihrer Meinung nach keine Rückschlüsse gezogen werden könnten. Dies leitet die Post insbesondere daraus ab, dass das Rabattsystem der Post auf einer Jahresumsatzprognose basiert. Wie bereits aufgezeigt wurde, sind die Kundenberater bei der Rabattgewährung von den Vorgaben des Preissystems abgewichen (vgl. Tabelle 9 sowie Rz 173 ff.). Daher wurden zudem Berechnungen durchgeführt, ob die Abweichungen durch die Kundenberater in einer rückblickenden Betrachtung dazu geführt haben, dass die Kunden aufgrund der tatsächlich erzielten Umsätze die gemäss Rabattsystem korrekten Rabatte erhalten hätten. Diese Berechnungen wurden daher ausschliesslich zur Prüfung von entlastenden Sachverhaltselementen und damit zu Gunsten der Post durchgeführt. Die WEKO hat die Resultate der Ermittlungen entsprechend gewürdigt.

214. Die Post gibt an, dass die Spalte „kein Vertrag“ in Tabelle 10 falsch sei, da Kunden, die die Schwelle von 100'000 Franken nicht erreicht haben, nicht in das Preissystem 2009 aufgenommen wurden und es keine unberechtigten Vertragskunden gab. Der Antrag des Sekretariats würde übersehen, dass Kunden über mehrere OPD-Nummern verfügen könnten und ein [Vertrags-]Kunde die Schwelle von 100'000 Franken immer erreichen würde.

215. Hierzu ist anzumerken, dass die Post es bei dieser pauschalen Aussage bewenden lässt und nicht substantiiert darlegt, welche Vertragskunden wie zusammen zu betrachten gewesen wären. Zudem steht dies zur Praxis der Post in Widerspruch, wonach jede einzelne Versandadresse einzeln zu betrachten ist. Die Post hat diese Praxis gemäss eigenen Angaben entwickelt, da ansonsten bei den Unternehmen die entsprechenden Skalenerträge durch die aggregierten Versände nicht realisiert werden könnten. Zudem wurden sämtliche Verträge mit Durchschnittsrabatten oder dynamischen Rabatten von der Auswertung ausgenommen, so dass basierend auf den von der Post gelieferten Zahlen davon auszugehen ist, dass hierbei einzelne Verträge auch einzeln zu betrachten sind. Falls dies anders wäre, müsste das gesamte von der Post gelieferte Zahlenmaterial in Frage gestellt werden. Dies erscheint wenig glaubhaft, da die Post ansonsten gegen ihre Mitwirkungspflichten gemäss Art. 40 KG verstossen hätte. Auch bei einer Plausibilitätsbetrachtung des Zahlenmaterials haben sich keine solchen Hinweise ergeben. Die Vorbringen der Post hierzu sind daher unbeachtlich.

216. Hinsichtlich Tabelle 11 bringt die Post vor, dass ein Vergleich des Prognoseumsatzes mit dem tatsächlich erreichten Umsatz bei einem Prognosesystem keinen Sinn mache, da es das Wesen einer Prognose sei, dass diese ungenau ist. Zudem sei der Kunde für Abweichungen verantwortlich.

217. Hierzu ist anzumerken, dass der Vergleich zwischen Prognoseumsatz und tatsächlichem Umsatz als Indikator hinsichtlich der Anwendung des Preissystems herangezogen werden kann. Dies wurde insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Entlastung der Post hinsichtlich den Abweichungen der Rabatte von den Rabattvorgaben untersucht. Tabelle 11 wurde entsprechend gewürdigt.

218. Die Post bringt weiter vor, dass die Ausführungen zu den Abweichungen innerhalb der Rabattbandbreiten in Tabelle 12 und Tabelle 13 nicht nachvollziehbar, falsch berechnet und methodisch falsch seien und Berechnungsfehler enthalten habe. Worin die behaupteten Fehler bestehen, hat die Post auch auf Nachfrage nicht substantiiert. Die Vorbringen der Post sind daher unerheblich.

A.4.3.3 Anwendung des Preissystems CAPRI

219. Nachfolgend wird für einzelne Elemente der Anwendung des Preissystems CAPRI geprüft, ob diese zu einer einheitlichen Gewährung der Rabatte für die Vertragskunden führte. Wie bereits in Kapitel A.4.2.2 beschrieben, setzte sich der für den Endkunden resultierende Preis aus einer Preisliste (Säule 1), einem umsatzbasierten Zusatzrabatt (Säule 2) sowie aus der Vergütung für Kundenleistungen (Säule 3) zusammen.

220. Neben den allgemeinen Handlungsfreiheiten, welche die Kundenberater bei der Anwendung des Preissystem CAPRI hatten, wurden insbesondere die beiden Anwendungen: „Gleitpfad“ und „Strukturkontrolle“ näher betrachtet. Der Gleitpfad sollte einen sanfteren Übergang vom Preissystem 2009 zum Preissystem CAPRI ermöglichen. Die Strukturkontrolle sollte grössere Abweichungen des tatsächlichen Versandverhaltens der Kunden von ihrer Prognose aufzeigen, so dass basierend hierauf Vertragsanpassungen hätten vorgenommen werden können.

A.4.3.3.1 Systemvorgaben zur Preislistenerteilung (Säule 1): Gleitpfad

221. Bei der Überprüfung der von der Post eingereichten Preislistenerteilungen wurde festgestellt, dass in einer grossen Anzahl von Fällen Preislisten vereinbart wurden, welche nicht der Preisliste entsprachen, welche bei einer strikten Anwendung des Preissystems CAPRI hätten resultieren sollen.

222. Im Hinblick auf die Einführung des neuen Preissystems gab die Post zur Erklärung an, über drei Jahre hinweg einen Gleitpfad angewandt zu haben, um einen fließenden Übergang vom Rabatt im Preissystem 2009 zum Preissystem CAPRI zu gewährleisten. Laut Angaben der Post endete die Übergangszeit (d. h. der Gleitpfad) offiziell Ende August 2014. Seit September 2014 [...]. Dadurch sollte laut Post die Gleichbehandlung für alle Kunden sichergestellt und dafür gesorgt werden, dass Parameterveränderungen eine direkte Preisauswirkung haben.

223. Vorliegend wird die Ausgestaltung des Gleitpfads daraufhin geprüft, ob diese die Gleichbehandlung der Vertragskunden gewährleistete. Insbesondere ist zu untersuchen, ob Vertragskunden mit einer zu tiefen Initialpreisliste (basierend auf dem Rabatt des Preissystems 2009; vgl. nachfolgend Rz 224) gleichermassen an ihre Zielpreisliste herangeführt werden wie Vertragskunden, welche eine zu hohe Initialpreisliste erhalten haben.

224. Bei der Festlegung der für den Vertragskunden anwendbaren Preisliste durch das System wurden die nachfolgenden Kriterien berücksichtigt bzw. Preislisten berechnet:

Preisliste	Definition
Ist	Die Preisliste _{Ist} entsprach der Preisliste, die aufgrund des Preissystems 2009 bei der letzten Verhandlung mit dem Kunden vereinbart wurde und aktuell im System hinterlegt war. Zur Einführung von CAPRI wurde eine Initialpreisliste festgelegt, die sich am Rabatt des Kunden orientierte, welcher dieser im Preissystem 2009 letztmalig erhalten hatte. Zudem wurde das Kundensegment (Infopost, Business Post, Tagespost, Standard) anhand bestehender Verträge oder andernfalls anhand der Daten der letzten 12 Monate bestimmt.
Kalkuliert	Die Preisliste _{Kalkuliert} entsprach der Preisliste, welche nach CAPRI-Regeln für die letzten Monate in einer rückblickenden Betrachtung hätte gelten sollen.
Ziel	Als Preisliste _{Ziel} war diejenige Preisliste definiert, die aufgrund der mit dem Kunden vereinbarten Planwerte (Schätzungen des Umsatzes des Kunden etc.) für die folgenden 12 Monate kalkuliert wurde. Das war die Liste, die dem Kunden streng nach CAPRI-Regeln zuzuweisen war.
Vorschlag	Aus den drei vorangehenden Preislisten (Preisliste _{Ist} , Preisliste _{Kalkuliert} und Preisliste _{Ziel}) wurde ein Preislistenvorschlag (Preisliste _{Vorschlag}) errechnet. Die Preisliste _{Vorschlag} berücksichtigte:

	<ul style="list-style-type: none"> - Preisliste_{Ist} - die Entwicklung des Kundenprofils
Vereinbart	Welche Preisliste die Post allerdings mit dem Endkunden vereinbarte, hing letztendlich von den Verhandlungen des Kundenberaters oder der Kundenberaterin der Post ab. Die vereinbarte Preisliste konnte daher von den vom System vorgeschlagenen berechneten Preislisten abweichen.

Tabelle 16: Preislisten-Definitionen im Rahmen des Preislistenfestlegungsprozesses bei der Post

225. Der Prozess einer Kalkulation einer neuen Preisliste (nachfolgend: PL) lief kurz zusammengefasst folgendermassen ab: [...].

226. [...].

227. [...].

228. Die vom System vorgeschlagenen Anpassungen erfolgten nach den folgenden Kriterien:

229. Unter der Voraussetzung, dass die Kundeneigenschaften (Umsätze und andere Preislistenparameter) und damit auch die Preislisten gemäss Preissystem CAPRI von einem Jahr zum nächsten gleich blieben (Szenario «Unverändert»; $PL_{\text{Kalkuliert}} = PL_{\text{Ziel}}$), galt Folgendes:

[...]

230. Der Preislistenvorschlag ergab sich wie nachfolgend dargestellt:

[...]

Abbildung 5: [...]

231. Unter der Voraussetzung, dass sich die Kundeneigenschaften (Umsätze und andere Preislistenparameter) von einem Jahr zum nächsten verschlechterten und sich damit auch die Preislisten gemäss Preissystem CAPRI verschlechterte (Szenario «Verschlechterung»; $PL_{\text{Kalkuliert}} > PL_{\text{Ziel}}$), galt Folgendes:

[...]

[...]

Abbildung 6: [...]

232. Unter der Voraussetzung, dass sich die Kundeneigenschaften (Umsätze und andere Preislistenparameter) von einem Jahr zum nächsten verbesserten und sich damit auch die Preisliste gemäss Preissystem CAPRI verbesserte (Szenario «Verbesserung»; $PL_{\text{Ziel}} > PL_{\text{Kalkuliert}}$), galt Folgendes:

[...]

[...]

Abbildung 7: [...]

233. Zusammenfassend bedeutet dies, dass aufgrund der vom System vorgeschlagenen Anpassungen diejenigen Vertragskunden, die aufgrund des Preissystems 2009 einen höheren Rabatt erhalten hatten, als sie im Preissystem CAPRI erhalten sollten, schrittweise durch Senkung der Rabatte an das Preissystem CAPRI herangeführt wurden. [...]. Dies galt unabhängig

von der Entwicklung ihres Profils. Diese Kunden erhielten daher generell einen zu tiefen Rabatt und im Vergleich einen tieferen Rabatt als diejenigen Vertragskunden mit dem gleichen Profil, welche korrekt oder zu hoch eingestuft wurden.

234. Damit ist festzustellen, dass der Gleitpfad so ausgestaltet war, dass Vertragskunden unterschiedlich an die Zielpreisliste herangeführt wurden.

Vorbringen der Post

235. Die Post macht geltend, dass das Sekretariat den irreführenden Begriff des „Gleitpfads“ geschaffen habe, um der Post vorzuwerfen, dieser sei einseitig ausgestaltet gewesen, was zu Ungleichbehandlungen von Vertragskunden geführt habe und dass diese Vorwürfe nicht haltbar seien. Hierzu ist festzuhalten, dass sämtliche Beispiele in den Rz 229 ff. aus den internen Schulungsunterlagen der Post stammen. Die von der Post kritisierte andere Benennung des vorgefundenen Sachverhalts ändert aber an dessen Funktionsweise nicht. Die Post hatte den bereits im Antrag des Sekretariats als „Gleitpfad“ benannten Anpassungsmechanismus als „sanfte Landung“ bezeichnet.

236. Die Post bemängelt zudem, das Sekretariat verkenne, dass die Einführung von CAPRI ein Prozess gewesen sei, der sich über eine gewisse Zeit hinweg erstreckt habe und dass es unmöglich gewesen sei, alle Verträge auf den gleichen Zeitpunkt hin anzupassen. Hierzu ist anzumerken, dass die Post nicht bestreitet, dass das Preissystem zumindest während der Übergangsfrist bis Ende August 2014 nicht einheitlich angepasst wurde. Kritisiert wurde hauptsächlich die Ungleichbehandlung bei der Anpassung, hingegen wurde offengelassen, ob eine Übergangsfrist von mehr als drei Jahren als verhältnismässig im Hinblick auf die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung angesehen werden kann.

237. Hinsichtlich der unterschiedlichen Anpassungen (vgl. Rz 221 ff.) hält die Post fest, dass es auf eine theoretische, freilich falschverstandene „Asymmetrie“ während der Übergangsphase gar nicht ankommen könne. Es sei gemäss Aussagen der Post gar nicht nötig gewesen, Kunden während der Übergangsphase „von unten“ an eine höhere Zielpreisliste CAPRI heranzuführen, da Kunden nämlich ein direktes Interesse daran hätten, von der Post eine Vertragsverbesserung einzufordern. Dies würde rationalem Kundenverhalten entsprechen, woraus im Effekt eine schrittweise Heranführung an die Zielpreisliste resultiere. Somit würde bei Verträgen mit einer negativen Abweichung die Anpassung der Verträge systemimmanent funktionieren, eine Abfederung sei nicht erforderlich gewesen.

238. Hierzu ist festzuhalten, dass Kunden eine höhere Zielpreisliste nur dann einfordern können, wenn sie feststellen können, dass sie in einer zu tiefen Zielpreisliste eingestuft wurden. Hierzu ist eine gewisse Transparenz des Preissystems notwendig, welche, wie nachfolgend gezeigt, nicht gegeben war. Da sich die Kunden, wie nachfolgend aufgezeigt, aufgrund der mangelnden Transparenz sowie daraus folgend der mangelnden Möglichkeiten mit der Post tatsächlich Verhandlungen zu führen, kaum gegen eine zu tiefe Preislisteneinteilung zur Wehr setzen konnten, kann die Post aus ihren theoretischen Überlegungen zu einem angeblich rationalen Verhalten der Vertragskunden nichts zu ihren Gunsten ableiten.

239. Hingegen müsste gemäss Post eine zu hohe Einstufung gegen den Willen des Kunden schrittweise angepasst werden, um dem Kunden eine „sanfte Landung“ zu ermöglichen. Das Übergangssystem habe sich gemäss Aussagen der Post insgesamt bewährt. So behauptet die Post, dass Verträge mit negativer Abweichung im Effekt im gleichen Ausmass angepasst wurden wie zu hoch eingestufte Verträge. Die Post führt hierzu eine Grafik an (ohne allerdings deren Erstellungsgrundlage zu liefern), welche aufzeigen soll, dass die Verträge über die Zeitdauer von Juni 2011 bis August 2014 angepasst wurden.

240. Damit bestätigt die Post, dass über einen längeren Zeitraum von Juni 2011 bis mindestens August 2014 eine Vielzahl von Verträgen bestand, welche nicht angepasst worden sind.

Kommt erschwerend hinzu, dass dies Abweichungen zur PL_{Ziel} sind, also denjenigen Preislisten, die aufgrund der vom Kunden eingereichten Prognosen und den tatsächlichen Werten festgelegt wurden. In den Fällen, in denen eine Preisliste unter der PL_{Ziel} vereinbart wurde, kam daher eine zu tiefe Preisliste zur Anwendung, obwohl die Grundlagen für eine korrekte Einstufung vorgelegen hatten.

A.4.3.3.2 Anpassung der individuellen Rabattstruktur: Strukturkontrolle

241. Laut der Post gab es grundsätzlich jährliche Kundengespräche, jedoch konnte die Frequenz je nach Kunde variieren, wobei insbesondere der Bedarf und die Wünsche des Vertragskunden Einfluss gehabt hätten.⁹⁰ Dazu hätten die Kundenberater zur Vorbereitung die nachfolgend beschriebene Strukturkontrolle nutzen können.

242. Die Strukturkontrolle war jedoch vor allem ein Kontrollinstrument, welches auch unterjährig Abweichungen des Kundenverhaltens von den vereinbarten Parametern (Umsatz und Qualitätskriterien) erkannte und gegebenenfalls Massnahmen auslöste. Die Strukturkontrolle war laut Post ein wichtiges Element der Anwendung des neuen Preissystems.

243. Laut Post wurden im Rahmen der Strukturkontrolle die prognostizierten und tatsächlichen Umsätze auf monatlicher Basis verglichen. Habe sich [...] gezeigt, dass die zur Preislisteneinstufung festgelegten Parameter signifikant zu optimistisch oder pessimistisch gewesen sei, sei der Kundenberater oder die Kundenberaterin automatisch informiert worden, die ex-ante Rabattierung mit dem betreffenden Kunden zu besprechen und den Vertrag gegebenenfalls neu zu verhandeln.

244. Gemäss internen Schulungsunterlagen der Post wurde die Strukturkontrolle für alle Kalkulationen durchgeführt, welche länger als 2 Monate aktiv waren. Verglichen wurden die tatsächlichen für die Preislisteneinteilung relevanten Kennzahlen eines Kunden für die jeweils letzten 12 Monate mit den *vertraglich vereinbarten* Kennzahlen, welche Basis der vereinbarten Preisliste ($PL_{Vereinbart}$) eines Kunden bildeten. Dazu wurde aus den tatsächlichen Kennzahlen eine sogenannte nachgeführte Preisliste ($PL_{Nachgeführt}$) berechnet. Die nachgeführte Preisliste setzte sich aus der auf Basis der Kennzahlen berechneten Preisliste zuzüglich bzw. abzüglich der Differenz zwischen vereinbarter Preisliste und Zielpreisliste beim letzten Vertragsschluss zusammen. In diesem Sinne waren «Eskalationen» und das Ausnützen der eigenen Kompetenz der Verkäufer wie bei der vereinbarten Preisliste mitberücksichtigt.⁹¹ Die nachgeführte Preisliste wurde sodann mit der vereinbarten Preisliste verglichen, um zu beurteilen, ob die vereinbarte Preisliste dem Kundenprofil noch angemessen war oder angepasst werden musste. Dies bedeutet, dass mit der Strukturkontrolle lediglich überprüft wurde, ob sich die beim Vertragsschluss geltenden Bedingungen relativ zum abgeschlossenen Vertrag inzwischen soweit verändert hatten, dass sich ein neuer Vertrag rechtfertigte. Die Strukturkontrolle sagt also nichts darüber aus, ob ein abgeschlossener Vertrag den Vorgaben des Preissystems CAPRI entsprach.

⁹⁰ [...].

⁹¹ [...]; Die Berechnung hängt damit auch davon ab, welche Preisliste aufgrund der Plandaten tatsächlich vereinbart worden war. Bsp.: Aufgrund bestimmter Parameter wurde PL 5 mit dem Kunden vereinbart, obwohl streng nach CAPRI-Regeln PL 2 anwendbar gewesen. Ist nun aufgrund der Werte der vergangenen 12 Monate eine Verschlechterung der Parameter ersichtlich (- 1 Preisliste), so würde im System für $PL_{Nachgeführt}$ die PL 4 (und nicht PL 1) angezeigt. Im Gegensatz zeigte die Preisliste $_{Ziel\ neu}$ (siehe dazu hinten, Rz 281 ff.) aufgrund der aktuellen Versanddaten die Preisliste streng nach CAPRI-Regeln an (d. h. im Beispiel PL 1).

245. Der Zusatzrabatt war nicht Teil der preislistenrelevanten Parameter und löste damit auch keine Strukturkontroll-Massnahmen aus. In der Präsentation der Post für Superuser vom 9. November 2011 wurde jedoch erwähnt, [...].

246. Das System CAPRI gab für jeden der Vertragskunden basierend auf einer dreimaligen monatlichen Auswertung einen der nachfolgenden Status aus:

Status Strukturkontrolle	Grund	Aktion notwendig?
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]

Tabelle 17: Darstellung der Status der Strukturkontrolle

247. Sobald die nachgeführte Preisliste [...].

248. Hingegen finden sich entgegen der Aussage der Post (siehe oben Rz 243) in den eingereichten Unterlagen keine Hinweise darauf, dass die anderen Status [...], eine Massnahme des Verkäufers auslösten und eine solche bedingt hätten. In den Unterlagen finden sich zudem keine Vorgaben für die Kundenberater, wann sie eine Massnahme durchführen mussten; es lag daher in ihrem Ermessen, eine entsprechende Massnahme durchzuführen. Entschied sich ein Verkäufer, eine Massnahme durchzuführen, erfolgte eine Neukalkulation der Preisliste.

249. Der Preislistenvorschlag bei der Neukalkulation entsprach dabei nicht einfach der nachgeführten Preisliste, sondern wurde grundsätzlich entsprechend den oben beschriebenen Regeln und Abfederungsmassnahmen des Gleitpfads (Rz 221 ff.) durchgeführt. Das heisst, das System berücksichtigte die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}), die Ziel-Preisliste (PL_{Ziel}), sowie die Entwicklung des Kundenprofils. Daraus ergab sich ein neuer Vorschlag des CAPRI-Systems als Vorgabe für den Kundenberater. Er konnte jedoch davon abweichen und grundsätzlich einen anderen Vertrag abschliessen. Der Vorschlag wurde auf den 1. Januar 2015 abgeschafft (vgl. Rz 222).

250. Die Strukturkontrolle wurde in der beschriebenen Art und Weise bis Ende 2014 angewandt. [...].⁹²

251. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Post die Strukturkontrolle so ausgestaltet hatte, dass die Kundenberater nur bei Verschlechterungen eines Vertragskunden benachrichtigt wurden und tätig werden mussten, hingegen nicht bei einer Verbesserung des Profils eines Vertragskunden. Weiter konnten die Kundenberater selbst entscheiden, ob und wann sie eine Neukalkulation der Konditionen vornahmen. Zudem kamen auch bei der Strukturkontrolle zur Bestimmung der Preisliste für den Vertragskunden die Regeln des Gleitpfads zur Anwendung, wonach eine ursprünglich zu schlechte Preisliste nicht automatisch korrigiert wurde (vgl. vorne, Rz 221 ff.).

252. Im Zusammenhang mit der Anwendung der Strukturkontrolle ist zu beachten, dass die Kundenberater über einen grossen Handlungsspielraum verfügten und die Anpassungen insbesondere sehr unterschiedlich schnell vorgenommen wurden (vgl. hinten, Rz 278 ff.).

⁹² [...].

A.4.3.3.3 Anwendung des Preissystems durch die Kundenberater (Preislisteneinteilung)

253. Da die Kundenberater zusätzlich zu den verschiedenen Systemvorgaben des Preissystems CAPRI die Möglichkeit hatten, Verträge zu vereinbaren, welche vom Preislistenvorschlag (PL_{Vorschlag}) abwichen, wurde zudem untersucht, wie sich die Kundenberater hinsichtlich der Preislisteneinstufung tatsächlich gegenüber den Vertragskunden verhielten und welche Preislisten sie tatsächlich mit den Kunden vereinbarten.

a) Preissetzungsspielräume und deren Ausnutzung durch die Kundenberater

254. Im Rahmen der individuellen Preisverhandlungen mit den Kunden hatten die Kundenberater der Post gestützt auf die internen Vorgaben der Post je nach aktueller Kundensituation die Möglichkeit, [...]

255. Darüber hinaus hatten die Kundenberater mit Zustimmung der übergeordneten Hierarchieebenen die Möglichkeit, [...].

256. Betreffend die Abweichungen von Preislisten nach unten wurden keine spezifischen Eskalationsprozesse seitens der Post implementiert.

b) Einstufung der Kunden bei Einführung des Preissystems CAPRI

257. Wie oben erwähnt (Rz 224), war vorgesehen, bei Einführung des Preissystems CAPRI auf den 1. April 2011 grundsätzlich von einer Preisliste auszugehen, welche zusammen mit dem Zusatzrabatt dem alten Rabatt entsprach. Abhängig von dieser Ausgangspreisliste und der Zielpreisliste, welche aufgrund der aktuellen Kundenangaben (Konditionenblatt) berechnet wurde, bestimmte das System einen Preislistenvorschlag (vgl. oben Rz 221 ff.).

258. Im Rahmen der Einführung des Preissystems CAPRI waren gemäss einer internen Erhebung der [...]:

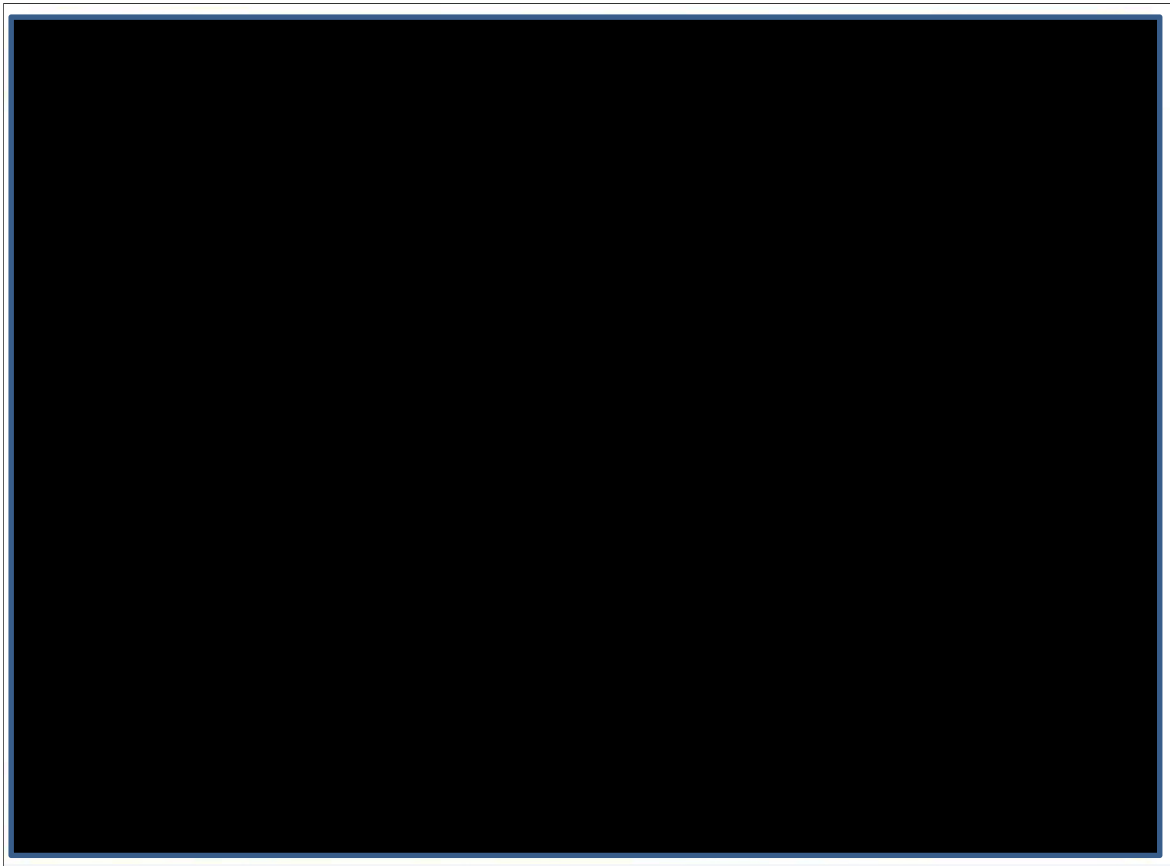


Abbildung 8: [...].

259. Gemäss einer Präsentation in einem Projektausschussmeeting wurde mitgeteilt, dass der Verkauf seine «Kompetenz/Vorschlag» nicht nutzte, wobei an dieser Stelle die Aussage «Wenn der Umsatz schrumpft, gebe ich doch keine besseren Preise» zitiert wird. Dies deutet darauf hin, dass bereits mit der Einführung des Systems die Kundenberater einen Preissetzungsspielraum hatten und wie nachfolgend aufgezeigt entsprechend zumindest teilweise vom Vorschlag abwichen, weshalb die Preislisteneinteilung nicht nach einheitlichen Grundsätzen erfolgte.

c) Überprüfung der Preislisteneinstufung im Gleitfad bis Ende 2014

260. Das Preissystem CAPRI baute auf der Grundlage auf, dass die Preise eines Vertragskunden entsprechend seinem Versandverhalten zugewiesen werden sollten. Entsprechend sollte das System die Grundlage für die Gleichbehandlung der Vertragskunden bilden. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass das neue Preissystem einen Gleitfad vorsah, um Vertragskunden, welche durch das Preissystem CAPRI einen Rabatt erhalten sollten, der im Vergleich zum Rabatt im Preissystem 2009 stark unterschiedlich war, schrittweise an ihre Zielpreisliste heranzuführen (vgl. Rz 229 ff.).

261. Die Auswertung basiert auf den Daten der Post, welche sie im Rahmen der Strukturkontrolle erfasste. Von der Strukturkontrolle erfasst wurden [1'000-2'000] Verträge im Zeitraum zwischen 1. Juni 2011⁹³ und 31. Dezember 2014⁹⁴.

262. Wie nachfolgend dargelegt wurde in der Untersuchung geprüft, ob die Preislisteneinteilung im Rahmen des Gleitfadens für die Vertragskunden einheitlich angewandt wurde. Dazu

⁹³ Das Preissystem CAPRI trat bereits am 1. April 2011 in Kraft. [...].

⁹⁴ Ende des Gleitfadens und gleichzeitig von der Untersuchung erfassten Zeitperiode.

wurden für die genannte Zeitperiode für jeden Vertrag die Abweichungen zwischen der Ziel-Preisliste (PL_{Ziel}), welche vom System aufgrund der mit dem Kunden bei Vertragsschluss vereinbarten Ausprägungen streng nach CAPRI-Regeln bestimmt wird, und der mit dem Vertragskunden vereinbarten Preisliste (PL_{Vereinbart}) berechnet. Diese Abweichungen werden in Preislisten angegeben, wobei eine Preisliste einen Rabattunterschied zwischen [...] ausmachen kann (vgl. hinten, Rz 0 f.). Für jede Abweichung eines Vertrags wird zudem angegeben, wieviele Monate sie Bestand hatte. Die Dauer gibt dabei Aufschluss darüber, ob die Verträge der Vertragskunden im Rahmen des Gleitpfads regelmässig schrittweise angepasst wurden. Bei Abweichungen des Vertragskunden von den vereinbarten Parametern war im Rahmen der Strukturkontrolle (vgl. Rz 247) [...].

263. In den nachfolgenden Tabellen werden die Abweichungen der vereinbarten Preisliste von der Zielpreisliste (in Anzahl Preislisten) und die Dauer der Abweichung in Monaten für die jeweilige Anzahl der Verträge gegenübergestellt. Dabei stellt Tabelle 18 die Abweichungen von der Zielpreisliste gegen oben dar («zu hohe Rabatte», Tabelle 19 die Abweichungen von der Zielpreisliste gegen unten («zu tiefe Rabatte»). Zum Beispiel bedeutet der Wert [0-100] bei 16 Monaten und 3 Preislisten in Tabelle 18, dass bei [0-100] Verträgen eine Abweichung von drei Preislisten nach oben während mindestens 16 Monaten bestand. Pro Vertrag sind daher mehrere Abweichungen in der Tabelle enthalten, wenn die Konditionen während der Zeitperiode angepasst wurden⁹⁵.

		Positive Abweichung in Anzahl Preislisten									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Anzahl Monate	1	[600-700]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[600-700]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[400-500]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	12	[300-400]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[300-400]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[300-400]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

⁹⁵ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 2.

41	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 18: Anzahl positiver vertraglicher Abweichungen («zu hohe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung

		Negative Abweichung in Anzahl Preislisten				
		-1	-2	-3	-4	-5
Anzahl Monate	1	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	12	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	15	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	16	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	17	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	18	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	19	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	20	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	21	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	22	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	23	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	24	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	25	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	26	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	27	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	28	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	29	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	30	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	31	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	32	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	33	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	34	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	35	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	36	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	37	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	38	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	39	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

40	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
41	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 19: Anzahl negativer vertraglicher Abweichungen («zu tiefe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung

264. Aus den Tabellen ergibt sich zunächst, dass [60-70] % der während der Zeitperiode vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Dezember 2014 vereinbarten Preislisten von der Zielpreisliste abwichen, während [30-40] % mit ihr übereinstimmten. Die Differenz zur Zielpreisliste betrug bis zu 9 Preislisten gegen oben und fünf Preislisten nach unten. Weiter geht aus den Tabellen hervor, dass insgesamt [0-10] % der Vertragskonditionen bis zu sechs Monate in Kraft waren, [20-30] % zwischen sieben und zwölf Monaten, [20-30] % der Verträge zwischen 13 und 24 Monaten und [30-40] % mindestens 25 Monate. Werden nur diejenigen Verträge mit Abweichungen zur Zielpreisliste betrachtet, so hatten [0-10] % eine Laufzeit von einem bis sechs Monaten, [20-30] % von sieben und zwölf Monaten, [20-30] % von 13 und 24 Monaten und [30-40] % von mindestens 25 Monate. Der Anteil der Verträge mit einer Abweichung und einer Laufzeit von mindestens 13 Monaten an allen in dieser Zeitperiode geltenden Verträgen betrug dabei [30-40] % ([20-30] % mit einer Laufzeit von mindestens 25 Monaten). Selbst wenn man davon ausginge, dass eine Abweichung von einer Preisliste (gegen oben oder unten) sachlich gerechtfertigt werden könnte und Anpassungen nur jährlich erfolgten, ergeben sich noch hohe Anteile: [20-30] % aller in der untersuchten Zeitperiode geltenden Verträge waren solche mit mindestens zwei Preislisten Abweichung, welche 13 Monate oder länger in Kraft waren ([10-20] % mit einer Laufzeit von mindestens 25 Monaten).

266. Die grössten Abweichungen waren Abweichungen von der Zielpreisliste um neun Preislisten nach oben, wobei bei einem Vertrag während der Laufzeit von 43 plus 2 Monaten keinerlei Anpassungen vorgenommen wurden (Vertrag [...]: Gemäss Charakteristika des Kunden hätte Preisliste 2 resultieren müssen und es wurde Preisliste 11 vereinbart), und in zwei Fällen eine Abweichung von fünf Preislisten nach unten, wobei in einem Fall ebenfalls innerhalb 42 plus 2 Monaten keinerlei Anpassungen vorgenommen wurden (Vertrag [...]: Gemäss Charakteristika des Kunden hätte Preisliste 12 resultieren müssen und es wurde Preisliste 7 vereinbart).

267. Es ergibt sich somit, dass die Post bei vielen Vertragskunden zum Teil stark von der Zielpreisliste abwich und auch im Gleitpfad über längere Zeit keine Anpassungen der vereinbarten Preislisten an die Zielpreislisten vornahm.

Vorbringen der Post

268. Die Post führt hierzu aus, dass die von der WEKO zitierte Folie lediglich eine Momentaufnahme darstellen würde, die unmittelbar nach Einführung vom Preissystem CAPRI, nämlich nur einen Monat später, aufgenommen wurde. Aus der Folie könne lediglich entnommen werden, dass per 4. Mai 2011 Kundenberater von ihren Kompetenzen Gebrauch gemacht hatten, vom Preislistenvorschlag des Systems abzuweichen. Gemäss Post lässt sich hieraus nicht ablesen, ob Kunden im Rahmen der Einführung des Preissystems CAPRI diskriminiert wurden. Gemäss Meinung der Post hätte hierzu geprüft werden müssen, weshalb es zu Abweichungen vom Vorschlag kam, wie lange diese Abweichungen Bestand hatten und ob die Einteilung in der Folge verändert wurde.

269. Hierzu ist festzuhalten, dass im Rahmen der vorliegenden Verfügung eine Gesamtbeurteilung des Preissystems CAPRI durchgeführt wird, um beurteilen zu können, ob ein kartellrechtswidriges Verhalten der Post vorliegt. Hierzu ist es notwendig, die einzelnen Elemente des Preissystems CAPRI zu verstehen und zu beschreiben. Die Post kann daher aus den

einzelnen Sachverhaltselementen, wobei sie den Gesamtzusammenhang ignoriert, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

270. Die Post bringt weiter vor, dass sich das Sekretariat mit dem Mass der vermeintlichen Abweichungen während der Übergangsphase nicht auseinandergesetzt habe und führt eine Grafik an, aus welcher die Verteilung der Rabattdifferenz während der Übergangsphase zwischen der vereinbarten Preisliste und der Zielpreisliste pro Vertrag sowohl für die Verträge mit einer positiven als auch einer negativen Abweichung abgebildet worden sind. Hierbei kommt die Post zu dem Schluss, dass während der Übergangsphase bei über [40-50] % der Verträge gar keine Differenz zur Zielpreisliste bestand. Im positiven Fall betrug die absolute Abweichung gemäss Berechnungen der Post 1.6 %. Nur [0-10] % der Kunden hätten einen Rabatt erhalten, der absolut mehr als 3.2 % über demjenigen der Zielpreisliste lag. Bei Kunden unter Ziel betrug die Abweichung gemäss Berechnungen der Post im Durchschnitt absolut -0.9% wobei nur [0-10] % der Kunden einen Rabatt erhalten hätten, der mehr als 2 % von der Zielpreisliste abgewichen sei.

271. Die von der Post gewählte Darstellung der Zahlen entspricht im Wesentlichen denjenigen, welche das Sekretariat für Tabelle 18 und Tabelle 19 verwendet hatte. So kommt die WEKO zum Schluss, dass lediglich [30-40] % der Verträge mit der Zielpreisliste übereinstimmen, während die Post gemäss ihren Berechnungen auf knapp über [40-50] % kommt. Berücksichtigt man bezugnehmend auf [...], dass eine Abweichung von 1.6 % eine Abweichung von mehr als drei Preislisten darstellen kann, so wird ersichtlich, dass es sich im Wesentlichen um dieselben Berechnungen handelt. Die Post versucht diese Abweichungen dahingehend zu minimalisieren, als sie versucht diese als unwesentlich abzutun und schlussfolgert, dass belegt sei, dass es während der Übergangsphase zu keinen starken Abweichungen von der jeweiligen Zielpreisliste gekommen sei. Damit bestätigt sie aber gleichzeitig im Wesentlichen die Berechnungen des Sekretariats und die Tatsache, dass es zu entsprechenden Abweichungen gekommen ist.

272. Die Post bemängelt zudem, dass die Aufstellungen in Tabelle 18 und Tabelle 19 den Zeitverlauf nicht darstellen würden bzw. Abweichungen zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten vermischen würden, so dass aus den beiden Tabellen letztlich nur die Erkenntnis gewonnen werden könne, dass es mehr kurz andauernde als lang andauernde Abweichungen gab und dass die Abweichungen zum überwiegenden Teil nur eine Preisliste betrogen. Es sei daher nicht nachvollziehbar, wie das Sekretariat zum Schluss gelangen könne, dass Kundenberater über längere Zeit keine Anpassungen der vereinbarten Preislisten an die Zielpreislisten vorgenommen hätten.

273. Hierzu ist anzumerken, dass Tabelle 18 und Tabelle 19 aufzeigen, wie viele Monate die einzelnen Abweichungen gedauert haben. Da immerhin [100-200] Verträge während der gesamten Betrachtungsdauer von 43 Monate eine konstante Abweichung der vereinbarten Preisliste zur Zielpreisliste aufwiesen und daher nicht der Zielpreisliste angepasst wurden, ist erkennbar, dass Kundenberater über längere Zeit keine Anpassung der vereinbarten Preisliste an die Zielpreisliste vorgenommen haben. Es ist zwar korrekt, dass in Tabelle 18 und Tabelle 19 keine Unterscheidung nach der Inbetriebsetzung der einzelnen Verträge vorgenommen wurde. Dennoch kann hieraus abgelesen werden, in welchem Zeitraum die Post – unabhängig von ihrem Gleitpfad – bei einzelnen Verträgen Vertragsanpassungen bei Abweichungen durchgeführt hat.

274. Die Post versucht mit einer sehr groben Darstellung mittels Boxplot-Analyse zu zeigen, dass es während der Übergangsphase „auf beiden Seiten“ zu immer weniger Rabattabweichungen kam. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die von der Post in Prozentpunkten dargestellten Abweichungen nach wie vor als sehr hoch anzusehen sind, wenn diese in Preislisten umgerechnet werden. So muss der Boxplot für 2014 in Abbildung 7 der Eingabe der Post so interpretiert werden, dass (abgesehen von den „Ausreissern“) [20-30] % der Vertragskunden

einen Rabatt erhalten haben, der in etwa 1.7 % bis 3.9 % über dem Zielrabatt lag und [20-30] % der Vertragskunden einen Rabatt erhalten haben, der zwischen ca. 0 % und 2 % unterhalb des Zielrabatts lag. Rechnet man diese prozentualen Abweichungen anhand der Daten von Abbildung 4 in Preislisten um, so betragen die Abweichungen nach oben zwischen bis zu 2 und 6 Preislisten und die Abweichungen nach unten bis zu 3 Preislisten. Gemäss der Darstellung der Post wären die Abweichungen zwar ein wenig zurückgegangen, dennoch sind die Abweichungen der jeweils vereinbarten Preislisten zu den Zielpreislisten – von denen gemäss Boxplot mindestens [50-60] % der Kunden betroffen sind – nach wie vor sehr hoch. Zudem widerspricht die Darstellung in keiner Weise dem vom Sekretariat erhobenen Sachverhalt.

275. Die Post bemängelt zudem, dass das Sekretariat für seine Analyse geprüft habe, ob die vereinbarten Preislisten den Zielpreislisten entsprechen würden. Dies sei methodisch falsch, da die Post das Ziel einer sanften Landung verfolgt habe und die Zielpreisliste erst nach Ablauf der Übergangsphase zu erreichen gewesen sei. Um die Einhaltung vom Preissystem CAPRI zu prüfen, müsse die vereinbarte Preisliste daher mit dem Preislistenvorschlag verglichen werden und dann untersucht werden, ob der Kundenberater bei Abweichungen von der Vorschlagspreisliste, dazu wegen individueller Prognosewerte des Kunden und/oder im Rahmen einer sanften Landung auf das Preissystem CAPRI berechtigt war. Die Post hat daher die Tabellen neu berechnet, indem sie die vereinbarte Preisliste mit dem Preislistenvorschlag verglichen hat. Die von der Post ermittelten Abweichungen zwischen Preislistenvorschlag und vereinbarter Preisliste werden in den nachfolgenden beiden Tabellen dargestellt.

		Positive Abweichung in Anzahl Preislisten									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Anzahl Monate	1	[300-400]	[300-400]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	12	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	15	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

	42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 20: Anzahl positiver vertraglicher Abweichungen («zu hohe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung zwischen Preislistenvorschlag und vereinbarter Preisliste

		Negative Abweichung in Anzahl Preislisten					
		-1	-2	-3	-4	-5	-6
Anzahl Monate	1	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	12	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	15	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	16	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	17	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	18	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	19	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	20	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	21	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	22	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	23	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	24	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	25	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	26	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	27	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	28	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	29	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	30	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	31	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	32	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	33	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	34	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	35	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	36	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	37	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	38	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	39	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	40	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	41	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

	42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 21: Anzahl negativer vertraglicher Abweichungen («zu tiefe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung zwischen Preislistenvorschlag und vereinbarter Preisliste

276. Aus diesen Tabellen (Tabelle 20 und Tabelle 21) schliesst die Post, dass die Abweichungen erheblich geringer ausfallen und bei über [90-100] % der Fälle die jeweils vereinbarte Preisliste während der Übergangsphase um höchstens eine Preisliste vom Vorschlag abwich.

277. Hierzu ist anzumerken, dass die Abweichungen zwischen Preislistenvorschlag und tatsächlicher Preisliste geringer ausfallen als die Abweichungen zwischen Zielpreisliste und tatsächlicher Preisliste. Ob und inwieweit die Übergangsphase allerdings als Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung der Kunden der Post herangezogen werden kann, ist eine Frage der rechtlichen Würdigung und nicht der Sachverhaltsermittlung.

d) Anpassung der Preislisten an veränderte Versandparameter eines Vertragskunden im Rahmen der Strukturkontrolle

278. Wie oben erwähnt (Rz 260), sollte das System zu einer Gleichbehandlung der Vertragskunden führen. Neben dem Gleitpfad spielte dabei die Strukturkontrolle eine wichtige Rolle, welche bei Abweichungen des Vertragskunden von den vereinbarten preislistenrelevanten Versandwerten (vgl. Rz 241 ff.) zur Anwendung kam. [...].

279. Im Zusammenhang mit der Strukturkontrolle wird nachfolgend untersucht, inwiefern und wie schnell die Preislisten bei solchen Abweichungen des Vertragskunden durch die Post tatsächlich angepasst wurden. Zu diesem Zweck wird die in den Strukturkontrolldaten der Post vorhandene Grösse «Abw. PrL» (Abweichung von der Preisliste) untersucht. Diese gab an, ob sich für die Einstufung der Preisliste eine Änderung ergeben hatte, die zu einer Neueinstufung hätte führen müssen. Nachfolgend ist die Anzahl Abweichungen im Verhältnis zu der Anzahl aufeinanderfolgender Monate, in welchen eine solche Abweichung entstand, aufgeführt. Dabei bedeutet zum Beispiel der Wert [100-200] in der Spalte bei acht Monaten, dass in [100-200] Fällen eine Abweichung eines Vertragskunden von seinen vereinbarten Werten über genau acht Monate hinweg bestand⁹⁶.

Monate	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Anzahl Abweichungen	[600-700]	[600-700]	[400-500]	[500-600]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]

Monate	10	11	12	13	14	15	16	17	18
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	19	20	21	22	23	24	25	26	27
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

⁹⁶ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 3

Monate	28	29	30	31	32	33	34	35	36
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	37	38	39	40	41	42	43
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 22: Anzahl Abweichungen je Dauer nach Monaten

280. Wäre die Strukturkontrolle von den Kundenberatern berücksichtigt worden, so hätten [...] resultieren müssen. Von allen mindestens [...] Abweichungen dauerten [30-40] % länger als [...] Monate und [10-20] % länger als [...] Monate.

281. War ein Vertragskunde beim letzten Vertragsschluss durch die Post nicht in die Preisliste_{Ziel}⁹⁷ eingeteilt worden, so konnte es vorkommen, dass preislistenrelevante Abweichungen des Vertragskunden von den vereinbarten Werten dazu führten, dass die vereinbarte Preisliste nun derjenigen Preisliste entsprach, welche dem Vertragskunden streng nach CAPRI-Regeln aufgrund seiner aktuellen tatsächlichen Versandwerte zuzuteilen gewesen wäre. Diese Preisliste wurde als Preisliste_{Ziel neu}⁹⁸ bezeichnet und im Informatiksystem der Post ausgewiesen. Führte eine preislistenrelevante Abweichung, welche in der Strukturkontrolle angezeigt wurde, somit zu einer Übereinstimmung der Preisliste_{Vereinbart} mit der Preisliste_{Ziel neu}, so war die Strukturkontrollanzeige «unberechtigt», da der Vertragskunde entsprechend seiner aktuellen Versandeigenschaften in der «richtigen» Preisliste eingestuft war.

282. Als Beispiel kann ein Fall angeführt werden, in welchem mit dem Kunden die Preisliste 403 (d. h. die 3. Preisliste im Segment 4 [Infopost]) vereinbart wurde, obwohl vom System die Preisliste 402 (Zielpreisliste) berechnet wurde. Sobald sich die für den Kunden relevanten Parameter ändern und das System für ihn beispielsweise neu die Preisliste 403 (Preisliste_{Ziel neu}) berechnet, so schlägt die Strukturkontrolle an, obwohl die vereinbarte Preisliste nun mit der Preisliste_{Ziel neu} übereinstimmt (vgl. Berechnungsgrundlage gemäss Rz 243). Die Strukturkontrolle hätte «unberechtigterweise angeschlagen». Wäre im obigen Beispiel dagegen die durch das System berechnete Zielpreisliste neu auf 401 gesunken, so hätte die Strukturkontrolle «berechtigterweise angeschlagen».

283. Nachfolgend wird daher für die in Tabelle 23Tabelle 22 angegebenen Abweichungen aufgezeigt in wie vielen Fällen die Strukturkontrolle berechtigterweise angeschlagen hat⁹⁹:

Monate	1	2	3	4	5	6	7	8	9
--------	---	---	---	---	---	---	---	---	---

⁹⁷ Preisliste, die streng nach CAPRI-Regeln für die *vereinbarten* Werte galt.

⁹⁸ Der Unterschied zur Preisliste_{Ziel} bestand darin, dass die Preisliste_{Ziel neu} nicht aufgrund der vereinbarten, sondern aufgrund der *aktuellen Werte* der letzten 12 Monate ausgehend vom Strukturkontrollmonat berechnet wurde. Die Preisliste_{Ziel neu} entsprach von den Berechnungsgrundlagen her damit der Preisliste_{Nachgeführt} (vgl. Rz 244), wobei letztere jedoch eine allfällige Differenz zwischen vereinbarter Preisliste und Zielpreisliste berücksichtigte.

⁹⁹ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 3.

Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[500-600]	[500-600]	[300-400]	[500-600]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]
--------------------------------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	---------	---------

Monate	10	11	12	13	14	15	16	17	18
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	19	20	21	22	23	24	25	26	27
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	28	29	30	31	32	33	34	35	36
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	37	38	39	40	41	42	43
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 23: Anzahl berechtigte Strukturkontrollanzeigen nach Anzahl Monaten

Gesamt		≥ 6 Monate	
Strukturkontrolle berechtigt	Strukturkontrolle unberechtigt	Strukturkontrolle berechtigt	Strukturkontrolle unberechtigt
[2'000-3'000]	[300-400]	[700-800]	[0-100]
[90-100] %	[0-10] %	[80-90] %	[10-20] %

Tabelle 24: Zusammenfassende Darstellung der berechtigten und unberechtigten Strukturkontrollen in absoluten Zahlen und in Prozent

284. Die obige Tabelle zeigt, dass die Strukturkontrolle aufgrund der Abweichung der vereinbarten Preisliste mit der vom System vorgeschlagenen Preisliste insgesamt in über [90-100] % der Fälle und bei denjenigen Abweichungen, die sechs Monate oder länger gedauert haben in über [80-90] % der Fälle die Strukturkontrolle zu Recht angeschlagen hat und der Kundenberater oder die Kundenberaterin grundsätzlich [...] hierauf mit einer Vertragsanpassung hätte reagieren müssen.

285. Wäre die Strukturkontrolle von den Kundenberatern berücksichtigt worden, so hätten nach mindestens [...] Abweichung innerhalb von rund 6 Monaten oder spätestens bei den jährlichen Anpassungen nach 12 Monaten Vertragsänderungen resultieren müssen. Von allen

mindestens [...] berechtigten Abweichungen dauerten aber [30-40] % länger als 6 Monate und [10-20] % länger als 12 Monate.

286. Dies zeigt, dass die Kundenberater die Strukturkontrolle in vielen Fällen «ignoriert» und die Verträge nicht angepasst haben und das System in diesem Sinn uneinheitlich angewandt wurde.

Vorbringen der Post

287. Die Post bringt vor, dass es falsch sei, dass die Strukturkontrolle einseitig ausgestaltet gewesen und dadurch die Kunden in vielen Fällen „ignoriert“ worden seien. Die Post begründet dies damit, dass die Kundenberater sowohl bei positiver (mit einer gelben Farbe) als auch bei einer negativen (mit einer roten Farbe) auf die Kundenentwicklung hingewiesen wurden. Bei einer negativen Abweichung erhielten die Kundenberater zudem eine Mail, die diese quittieren mussten. Die Post gibt weiter an, dass die Strukturkontrolle lediglich ein Hilfsmittel gewesen sei und die Kundenberater keine Pflicht gehabt hätten, den Vertrag anzupassen. Die Post ist zudem der Meinung, dass ein direkter Vertragsanpassungs-Automatismus einem Prognose-system fremd sei und zu systematisch falschen Einstufungen der Kunden führen würde.

288. Die Post bestätigt damit die Ausführungen des Sekretariats, wonach sich die Benachrichtigung der Kundenberater bei positiven und negativen Abweichungen unterschieden haben. Die Post führt weiter aus, dass für die Kundenberater keine Notwendigkeit bestanden habe einzugreifen, auch wenn Verträge der Kunden nicht mehr gerechtfertigt gewesen seien, weil sich ihr Versandverhalten verändert habe.

289. Wichtig ist anzumerken, dass es sich hierbei nicht um einen direkten Vertragsanpassungs-Automatismus handelte, wie dies die Post versucht auszuführen, sondern, dass die Strukturkontrolle [...]. Alleine die Tatsache, dass die Post [...], zeigt, dass gerade im Prognose-system Fehlentwicklungen möglichst zeitnah zu korrigieren sind. Dies ist auch logisch, da auf diese Weise eine mögliche durch Prognosefehler entstandene Ungleichbehandlung korrigiert werden kann. Die Vorbringen der Post sind daher nicht beachtlich.

290. Die Post stellt weiter graphisch dar, dass Kundenberater sowohl Vertragsanpassungen bei positiver als auch bei negativer Vertragsentwicklung vorgenommen hätten.

291. Diese Ausführungen sind für die Beurteilung des an den Tag gelegten Sachverhalts kaum relevant, da hieraus keinerlei Aussagen betreffend die Anzahl der angepassten Verträge im Verhältnis zu den Verträgen, die gemäss Preissystem hätten angepasst werden müssen, getroffen wurden. Zudem sagen diese Zahlen auch nichts über die Qualität der Anpassungen aus. Aus der Grafik kann lediglich abgeleitet werden, dass Anpassungen stattgefunden haben. Dies vermag allerdings die ermittelten Ungleichbehandlungen weder zu erklären noch diese zu rechtfertigen.

292. Die Post bringt weiter vor, dass das Sekretariat die angeblichen Abweichungen von der Strukturkontrolle nie quantifiziert habe, weshalb man Rabattdifferenzen aufgrund der Strukturkontrolle vergeblich suche. Mittels einer Grafik versucht die Post alsdann darzustellen, dass die Rabattdifferenzen, die aus den angeblich „ignorierten“ Abweichungen bei positiver und negativer Kundenentwicklung resultierten, minimal waren. Die Post schliesst aus ihren Berechnungen, dass bei über [90-100] % aller Abweichungen der Rabattunterschied zwischen plus/minus 1 %-Punkte gelegen hätten. Die durchschnittliche negative Abweichung hätte bei -0.4 % und die durchschnittliche positive Abweichung bei 0.5 % gelegen, womit die Abweichungen insgesamt bei gerade einmal 0.1 % gelegen hätten.

293. Hierzu ist anzumerken, dass die von der Post vorgenommenen Berechnungen nicht substantiiert wurden und damit nicht nachvollziehbar sind. Zudem muss beachtet werden, dass diese Abweichungen nur denjenigen Teil der Abweichungen betrifft, der darauf zurück-

zuführen ist, dass die Kundenberater aufgrund der Strukturkontrolle keine Anpassungen vorgenommen haben. Grundsätzlich müssten die Abweichungen zudem in Preislisten und nicht in Prozentpunkten ausgedrückt werden. Die von der Post vorgenommene Aufrechnung der positiven und negativen Abweichungen ist ohnehin falsch, da hieraus nur abgeleitet werden kann, dass sich die einzelnen Ungleichbehandlungen unter dem Strich weitgehend egalisiert haben. Das bedeutet aber nichts anderes, dass Kunden in ähnlichem Umfang schlechter gestellt wurden, wie andere Kunden besser gestellt wurden. Über die Anzahl der Kunden die auf diese Weise diskriminiert wurden und in welchem Umfang die einzelnen Kunden diskriminiert wurden, lassen sich aus den von der Post errechneten Zahlen keine Aussagen treffen.

294. Die Post macht weiter geltend, dass die Strukturkontrolle lediglich ein Hilfsmittel gewesen sei und dass im Rahmen dieser Prüfung zahlreiche weitere Faktoren eine mitentscheidende Rolle gespielt hätten, welche vom Sekretariat nie untersucht worden seien. Hierzu zählen, dass die Strukturkontrolle erst ab November 2011 kommuniziert worden sei und eine Sperrfrist im Hinblick auf die Umstellung des Systems zum ersten Januar 2015 für die Korrektur von falschen Parameterausprägungen sowie Verkaufsaufträge bestanden habe. Letztere seien zentrale Anweisungen für sämtliche Kundenberater, die etwa lauteten: „zwingende Vertragsänderungen bei den CAPRI-Konditionen“. Falls solche Verkaufsaufträge lanciert worden seien, hätten die Kundenberater Vertragsänderungen bis zum Stichtag solcher Verkaufsaufträge aufgeschoben, weshalb die Strukturkontrolle – gemäss Meinung der Post zu Recht – ignoriert worden sei, da somit Kundentermine eingespart werden konnten.

295. Damit zeigt die Post nochmals auf, dass die Strukturkontrolle nicht konsequent umgesetzt wurde. Dennoch hat die Post die Reaktionsfrist für [...], womit sie grundsätzlich auf organisatorischer Ebene eine frühere Information und damit wohl eine schnellere Reaktionszeit seitens der Kundenberater umsetzen wollte. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zur Argumentation der Post, dass die Befolgung der Strukturkontrolle nicht zwingend gewesen sei. Die von der Post vorgebrachten Argumente sind daher im Rahmen einer möglichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Kunden zu würdigen.

296. Die Post macht zudem geltend, dass die Strukturkontrolle als Hilfsmittel funktioniert habe. So seien weniger als [10-20] % der Verträge nach zwölf Monaten unangepasst geblieben und die Abweichungen über die Zeit hätten rasch und stark abgenommen. So seien lediglich [30-40] % der Verträge länger als sechs Monate nicht angepasst worden. Die Kundenberater hätten in solchen Fällen vielmehr eine Gesamtbeurteilung des jeweiligen Kunden vorgenommen und bewusst auf eine Anpassung verzichtet. Dies versucht die Post anekdotisch zu belegen, indem sie Einzelfälle aufführt, weshalb die Kundenberater in einzelnen Fällen die Strukturkontrolle ignoriert haben.

297. Damit belegt die Post ein weiteres Mal, dass die Kundenberater einen erheblichen Handlungsspielraum bei der Festlegung der Preislisten und damit der Konditionen der Kunden hatten. Sie konnten, wie dies die Post ausführt, ohne weiteres über längere Zeit und ohne Konsequenzen von den Vorgaben des Preissystems CAPRI abweichen. Die Post zeigt somit auf, dass Ungleichbehandlungen von Kunden im Rahmen des Preissystems CAPRI zumindest weitreichend toleriert wurden, indem dem Kundenberater weitgehende Freiheiten eingeräumt wurden, vom Preissystem CAPRI abzuweichen. Es ist daher lediglich zu prüfen, in wieweit die von der Post vorgebrachten Argumente als legitime Rechtfertigungsgründe herangezogen werden können.

e) Anpassung des Preissystems auf den 1. Januar 2015

298. Mit der Anpassung des Preissystems auf den 1. Januar 2015 hin änderte und präziserte die Post auch die internen Prozesse und die Vorgaben an das Verkaufspersonal: [...]

299. Die Zeitperiode ab 1. Januar 2015 ist nicht Untersuchungsgegenstand. Es kann aber immerhin festgehalten werden, dass die Post die internen Prozesse und die Vorgaben an das Verkaufspersonal im Hinblick auf eine einheitlichere Preislisteneinteilung angepasst hat.

f) Entlöhnung der Kundenberater

300. Für das Preissystems 2009 wurde festgestellt, dass die Mehrheit der Abweichungen von der Bandbreite gegen unten war (vgl. Rz 170 und 174). Zudem hat die Post entgegen ihrer Erwartung bereits bei Einführung des Preissystems CAPRI [...] (vgl. Rz 257 f. und nachfolgend: Rz 480 f.). Nachfolgend wird daher untersucht, ob die Kundenberater einen Anreiz hatten, den Vertragskunden (eventuell in Abweichung zu den Vorgaben zum Preissystem CAPRI) möglichst tiefe Rabatte zu gewähren.

301. [...].

302. Mit Schreiben vom 6. Mai 2016 reichte die Post ergänzende Angaben zur Entlöhnung der Kundenberater ab 2013 ein. [...].

303. Für Anstellungen [...] galt [...] für das Verkaufspersonal des mittleren Kaders [...] ¹⁰⁰ ¹⁰¹

304. Im [...] war der variable Lohnbestandteil [...].

305. Damit zeigt sich, dass der überwiegende Teil der variablen Vergütung der Kundenberater von den realisierten Umsatzzielen bzw. EBIT abhing, so dass diese ein Interesse an einer Umsatzmaximierung bzw. Gewinnmaximierung hatten. Die Kundenberater hatten daher einen finanziellen Anreiz, zu einem hohen Umsatz respektive einem guten Ergebnis beizutragen. Neben der Vermarktung neuer Produkte und der Änderung der Produktstruktur konnte auch eine entsprechende für die Vertragskunden nachteilige Einstufung in die Preissysteme oder die Vermeidung des Abfließens von Umsatz zur Konkurrenz dazu beitragen.

g) Fazit

306. Es hat sich gezeigt, dass bereits die erste Preislisteneinteilung in das Preissystem CAPRI nicht einheitlich vorgenommen wurde (Rz 257 ff.). Die vereinbarten Preislisten wichen teilweise stark von den errechneten Preislisten ab. Weiter hat sich ergeben, dass im Gleitpfad Anpassungen der Preislisten unterschiedlich schnell, und teilweise insbesondere nur sehr zögerlich oder gar nicht vorgenommen wurden (Rz 260 ff.). Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass im Rahmen der Anpassungen aufgrund des Gleitpfades in der Regel Anpassung von einer Preisliste vom System vorgegeben wurde. Da es aber in der Kompetenz der Kundenberater lag, [...], konnten sie den Gleitpfad ausser Kraft setzen, indem sie dem Kunden jeweils [...]. Schliesslich wurden auch die aufgrund einer Änderung der preislistenrelevanten Versandwerte des Vertragskunden angezeigten Preislistenanpassungen aufgrund der vom System erhobenen Parameter (im Rahmen der Strukturkontrolle) nicht einheitlich durchgeführt, wobei für einen Teil der Vertragskunden die Anpassungen erst spät oder gar nicht vorgenommen wurden (Rz 278 ff.). Auch die Post bestätigt in ihren Eingaben, dass die Kundenberater weitreichende Möglichkeiten hatten, von den Vorgaben des Preissystems CAPRI abzuweichen. So gibt die Post verschiedentlich an, dass beispielsweise die Strukturkontrolle lediglich ein Hilfsmittel und nicht verbindlich gewesen sei (vgl. Rz 296).

307. Damit wurden Vertragskunden unterschiedlich eingestuft oder verharrten länger in einer falschen Preisliste, als dies die Post in ihren Richtlinien angab. Die Post gab sogar selbst

¹⁰⁰ Dieser umfasst neben adressierten Briefsendungen auch andere Produktkategorien, v.a. unadressierte Sendungen.

¹⁰¹ Berechnung: [...] (Anteil variabler Teil) * [...] (Anteile mit Umsatz/EBIT-Bezug) resp. [...] * [...].

in den Schulungsunterlagen an, dass eine Abweichung von der Preisliste_{Ziel} bedeutet, dass Vertragskunden mit gleicher Struktur unterschiedlich behandelt werden.¹⁰² Entsprechend führten auch eine unterschiedliche Anwendung der Regeln von Gleitpfad und Strukturkontrolle im Zusammenhang mit Abweichungen von der Zielpreisliste dazu, dass die einzelnen Kunden der Post trotz vergleichbarer Eigenschaften in unterschiedliche Preislisten eingestuft wurden.

A.4.3.3.4 Ausgestaltung und Anwendung des Zusatzrabatts

308. Neben dem von der zugeteilten Preisliste abhängigen Rabatt war der rein umsatzabhängige Zusatzrabatt ein wichtiger Rabattbestandteil. Laut Angabe der Post sollte der Zusatzrabatt primär die Gleichbehandlung aller Vertragskunden sicherstellen, indem Abweichungen vom vereinbarten Umsatz durch eine Anpassung des Zusatzrabatts korrigiert werden sollten (vgl. Rz 148). In ihren Strategiedokumenten hinsichtlich der Einführung des Preissystems CAPRI sprach die Post allerdings auch davon, dass der Zusatzrabatt einen Anreiz setzen soll, das prognostizierte Volumen, das zur Preiskalkulation herangezogen wurde, auch tatsächlich zu erbringen.

a) Gewährte Zusatzrabatte

309. Der Zusatzrabatt wurde von der Post aufgrund der tatsächlich realisierten Umsätze automatisch jeden Monat errechnet und bei der Rechnungsstellung beim Kunden berücksichtigt (zur Berechnung vgl. Rz 141 f.). Nachfolgend wird untersucht, wie oft und in welcher Höhe der Zusatzrabatt während der untersuchten Periode zur Anwendung kam. Dazu wird für jeden Vertrag pro Monat der Zusatzrabatt pro Rabattstufe (0 %, 1 %, 1.5 %, 2 %, 2.5 % oder 3 %) aus den von der Post gelieferten Daten entnommen. Bei Einhaltung der vereinbarten Umsätze sollte für den Vertragskunden insgesamt ein Rabatt von 2 % resultieren. Für die Auswertung wird nun aggregiert für alle Vertragskunden zunächst untersucht, wie oft jede Stufe des Zusatzrabatts zur Anwendung kam (ausgedrückt in Anzahl Monaten).

310. Wie in Tabelle 25 ersichtlich ist, hat die Auswertung der tatsächlichen Umsätze für den Zeitraum von April 2011 bis Dezember 2014 ergeben, dass der Zusatzrabatt in [11'-12'000] Monaten höher als 2 % ausfiel (d. h. 2.5 % oder 3 %), in [3'-4'000] Monaten genau 2 % entsprach, in [7'-8'000] Monaten positiv aber tiefer als 2% ausfiel (1 % oder 1.5 %) und in [14'-15'000] Monaten kein Zusatzrabatt gewährt wurde (0 %).¹⁰³

	Zusatzrabatt (Anzahl Monate)					
Rabattstufe	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
Anzahl Zusatzrabatte	[14'-15'000]	[3'-4'000]	[4'-5'000]	[3'-4'000]	[2'-3'000]	[9'-10'000]
Anteil Zusatzrabatte	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[20-30] %

Tabelle 25: Anzahl gewährte Zusatzrabatte pro Rabattstufe

¹⁰² Vgl. Rz 358.

¹⁰³ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 4.

311. Nachfolgend wird zusätzlich die über alle Vertragskunden aggregierte Summe der gewährten Zusatzrabatte in Franken im Zeitraum zwischen April 2011 und Dezember 2014 je Rabattstufe aufgeführt.

Rabattstufe	Zusatzrabatt (Rabattsumme)					
	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
Summe Zusatzrabatte	0	[4-5 Mio.]	[8-9 Mio.]	[8-9 Mio.]	[7-8 Mio.]	[30-40 Mio.]
Anteil Zusatzrabatte	0%	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %
Umsatz	[300-400 Mio.]	[400-500 Mio.]	[500-600 Mio.]	[300-400 Mio.]	[200-300 Mio.]	[500-600 Mio.]
Anteile Umsatz	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %

Tabelle 26: Gewährte Zusatzrabattsumme pro Rabattstufe

312. Wird die gesamte Zusatzrabattsumme (aller Rabattstufen) in das Verhältnis zum Gesamtumsatz gesetzt, so resultiert ein durchschnittlicher Zusatzrabatt pro Monat im Betrachtungszeitraum von [1.5-2.5] %. Dieser Wert liegt somit nahe bei dem pro Vertragskunde bei Einhaltung der Prognose durch die Post vorgesehenen Wert von 2 %.

313. Die Auswertungen in Tabelle 25 und Tabelle 26 zeigen aber auf, dass ein grösserer Anteil der Zusatzrabatte respektive der Rabattsummen auf die hohen oder tiefen Rabattstufen entfiel. Dabei lagen [40-50] % der gewährten Rabatte gemessen am Umsatz auf der niedrigsten und höchsten Rabattstufe. Dies ist ein Indiz dafür, dass viele Vertragskunden im Versandverhalten starke Schwankungen haben, welche sich über den Zusatzrabatt entsprechend stark auf den Rabatt auswirken.

314. Die festgestellte, sehr häufig schwankende Höhe des Zusatzrabatts mit vielen sehr hohen und tiefen Werten ist ein Indiz dafür, dass der Zusatzrabatt eine starke Auswirkung hat und zur Ungleichbehandlung von Vertragskunden führen kann, worauf in Rz 331 ff. und Rz 352 ff. eingegangen wird.

b) Abweichungen zwischen tatsächlichen und vereinbarten Umsätzen bei Einführung von CAPRI

315. Wie oben erwähnt, war der vertraglich vereinbarte Prognoseumsatz laut Post zum einen für die Einstufung der Preisliste massgeblich¹⁰⁴ und bestimmte zum anderen, wie hoch der monatliche Zusatzrabatt aufgrund des tatsächlichen Versandvolumens ausfiel¹⁰⁵. Der relevante Jahresumsatz wurde mit dem Kunden festgelegt. Sofern keine Gründe zur Abweichung bestanden, orientierte er sich am Vorjahresumsatz.

316. Daher wird nachfolgend geprüft, inwiefern die bei Einführung des Preissystems CAPRI herangezogenen und vereinbarten Umsätze den in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen.

¹⁰⁴ Umsatz auf Basis der offiziellen Listenpreise und der prognostizierten Mengen.

¹⁰⁵ Umsatz auf Basis der Preise der kundenindividuellen Preisliste und der prognostizierten Mengen.

317. Zunächst wurden die tatsächlichen früheren Umsätze mit den Umsätzen verglichen, welche die Post als Referenzgrösse berücksichtigte. Diese Referenzgrösse wird vorliegend entsprechend der Bezeichnung der Post in den durch diese eingereichten Daten als «Kundenumsatz Vorjahr» bezeichnet. Für den Vergleich werden pro Kunde die Umsätze auf jährlicher Basis im vorhergehenden Preissystem 2009 bis zum 30. März 2011 mit dem «Kundenumsatz Vorjahr» verglichen. Für die Berücksichtigung der tatsächlichen früheren Umsätze wird dazu eine Spannweite berechnet, indem auf monatlicher Basis im Zeitraum von Dezember 2008 bis März 2011 der gleitende Durchschnitt des Umsatzes vor Rabatt über ein Jahr gebildet wird, wobei die Minima und Maxima dieser jährlichen Umsätze die Spannweite festlegen.

318. Die Auswertung für die unter CAPRI geschlossenen Einzelverträge¹⁰⁶ ergibt, dass die Post bei [50-100] Verträgen ([0-10] %) von einem «Kundenumsatz Vorjahr» ausging, der unterhalb der Spannweite lag, bei [100-200] Verträgen ([10-20] %) von einem «Kundenumsatz Vorjahr» ausging, der oberhalb der Spannweite lag und bei [300-400] Verträgen ([70-80] %) von einem «Kundenumsatz Vorjahr» ausging, der innerhalb der Spannweite lag. Falls dem Wert «Kundenumsatz Vorjahr» die tatsächlichen Umsätze im letzten Jahr zugrunde lagen, dürften an sich keine Abweichungen vorliegen. Über die Gründe der Abweichungen liegen keine Angaben vor.

319. Weiter wird untersucht, ob die mit den Kunden vereinbarten Umsätze («Kundenumsatz Plan») den früher tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen. Für die Berücksichtigung der tatsächlichen früheren Umsätze wird dazu eine Spannweite berechnet, indem auf monatlicher Basis im Zeitraum von Dezember 2008 bis März 2011 der gleitende Durchschnitt des Umsatzes vor Rabatt über ein Jahr gebildet wird, wobei die Minima und Maxima dieser jährlichen Umsätze die Spannweite festlegen.

320. Der Vergleich des «Kundenumsatzes Plan» mit der Spannweite der jährlichen früheren Umsätze auf Monatsbasis ergibt, dass bei [0-50] Verträgen ([0-10] %) ein «Kundenumsatz Plan» festgelegt wurde, der unterhalb der Spannweite lag, bei [100-200] Verträgen ([20-30] %) ein «Kundenumsatz Plan» festgelegt wurde, der oberhalb der Spannweite lag und bei [300-400] ([60-70] %) ein «Kundenumsatz Plan» festgelegt wurde, der innerhalb der Spannweite lag.

321. Insgesamt zeigt sich hierdurch, dass in vielen Fällen die in Betracht gezogenen Vorjahresumsätze sowie die vereinbarten Umsätze von den tatsächlichen vergangenen Umsätzen abwichen und die Kundenberater der Post die Kundenumsätze Plan im Vergleich zu den tatsächlich in den Vorjahren realisierten Umsätzen eher hoch ansetzten.

c) Abweichungen zwischen vereinbarten und tatsächlichen Umsätzen nach Einführung von CAPRI

322. Wie erwähnt, ist der vereinbarte Umsatz sowohl für die Preislisteneinteilung wichtig (zu Listenpreisen) als auch für die Berechnung des Zusatzrabatts. Eine akkurate Umsatzprognose und entsprechende Anpassungen sind daher für die Gewährleistung der Gleichbehandlung der Vertragskunden wichtig. Nachfolgend wird daher zusätzlich zur Auswertung der erstmaligen Einstufung in CAPRI (vorstehend Rz 315 ff.) evaluiert, inwiefern in der untersuchten Zeitperiode die realisierten Umsätze von den vereinbarten Umsätzen im Zeitverlauf abwichen. Daraus lässt sich eine Tendenz erkennen, wie die vereinbarten Umsätze gesetzt wurden und wie mit Abweichungen im Zeitverlauf umgegangen wurde.

323. Für die Auswertung wird aufgrund der eingereichten Zahlen zur Strukturkontrolle pro Monat der vereinbarte Jahresumsatz mit dem gleitenden realisierten Jahresumsatz des letzten

¹⁰⁶ Im Rahmen der Berechnungen wurden Durchschnittsverträge und kumulative Verträge nicht berücksichtigt.

Jahres vor dem Berichtsmonat verglichen. Dieser Vergleich wird für alle Verträge seit Einführung von CAPRI am 1. April 2011 bis zum 31. Dezember 2014 vorgenommen. Zur Veranschaulichung kann aus dem monatlichen Vergleich der Umsätze ein hypothetischer Zusatzrabatt berechnet werden, je nachdem wie stark der realisierte Jahresumsatz vom vereinbarten Umsatz abweicht.¹⁰⁷ Dabei kommen hilfsweise die Rabattstufen zur Anwendung, wie sie die Post für ihren Zusatzrabatt verwendet.¹⁰⁸

Umsatzabweichung x	$x < -25\%$	$-25\% \leq x < -15\%$	$-15\% \leq x < -5\%$	$-5\% \leq x < 5\%$	$5\% \leq x < 15\%$	$15\% \leq x$
Zusatzrabatt	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
Anzahl Monate	[3'-4'000]	[2'-3'000]	[6'-7'000]	[10'-11'000]	[5'-6'000]	[4'-5'000]
Anteil	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %

Tabelle 27: Anzahl Monate und Anteil, in welchen der auf Monatsbasis berechnete realisierte Jahresumsatz vom vereinbarten Umsatz abweicht, sowie der daraus resultierende hypothetische Zusatzrabatt¹⁰⁹

324. Es kann festgestellt werden, dass nur in etwa [30-40] % der betrachteten Monate über alle Kunden hinweg der tatsächliche Umsatz grob dem Planumsatz entsprach. In der Tendenz waren die tatsächlichen Umsätze tiefer als die vereinbarten. Es zeigt sich zudem, dass die Prognoseumsätze im Vergleich zu den tatsächlichen Umsätzen sehr unterschiedlich festgelegt wurden. Stellt man die Ergebnisse von Tabelle 25 und Tabelle 27 graphisch nebeneinander dar, so ergibt sich nachfolgendes Bild:

[...]

Abbildung 9: [...].

325. Hierbei zeigt sich, dass aufgrund der monatlichen Berechnungsweise der Grossteil der Zusatzrabatte auf die Randbereiche entfällt und damit der kritisierte Zusatzrabatteffekt, wonach stark unregelmässige Versände eher bevorzugt werden, nicht bloss theoretischer Natur ist.

326. Nachfolgend wird genauer untersucht, über welche Zeitdauer hinweg Abweichungen der tatsächlichen Umsätze von den vereinbarten Umsätzen bestanden. Nicht korrigierte Abweichungen konnten zu unterschiedlichen Rabatten führen, sei dies aufgrund einer anderen Preislisteneinteilung oder einem anderen resultierenden Zusatzrabatt.

327. Daher wird nachfolgend, wie vorstehend in Tabelle 27, für alle Verträge, welche im Zeitraum vom 1. April 2011 bis zum 31. Dezember 2014 aktiv waren, der monatsgenau berechnete realisierte Jahresumsatz (jeweils rollend für die letzten zwölf Monate) mit dem vereinbarten Umsatz verglichen. Zur Einordnung werden Zielbandbreiten festgelegt, welche denjenigen Umsatzabweichungen entsprechen, die für die Höhe des Zusatzrabatts massgebend sind. Gestützt darauf wird untersucht, ob die Abweichung des realisierten Umsatzes vom vereinbarten Umsatz innerhalb der Bandbreite liegt oder entsprechend höher oder tiefer ist. In Tabelle 28 wird die Anzahl Fälle angegeben, in welchen sich die Verträge der Vertragskunden in der untersuchten Zeitperiode für eine genau bestimmte Zeitdauer (0–43 Monate) in einer der sechs Zielbandbreiten befanden. So bedeutet beispielsweise die Zahl [50-60] in der Zeile 1 «Mte» und der Spalte « $x < -25\%$ » resp. «0 %», dass in [50-60] Fällen der monatsgenau berech-

¹⁰⁷ Berechnung der Abweichung: [...]

¹⁰⁸ Vgl. Rz 142.

¹⁰⁹ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 5.

nete realisierte Jahresumsatz eines Vertrags einen Monat lang um mehr als 25 % vom vereinbarten Umsatz nach unten abwich. Ein Vertrag wird daher in der Regel in Tabelle 28 mehrfach gezählt.¹¹⁰

Dauer (Mte)	Ausmass der Umsatz-Abweichung in % (oben) und zugehöriger Zusatzrabat (unten)t					
	x<-25%	-25%≤x<-15%	-15%≤x<-5%	-5%≤x<5%	5%≤x<15%	x>=15%
	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
1	[50-60]	[100-150]	[100-150]	[100-150]	[100-150]	[60-70]
2	[30-40]	[80-90]	[100-150]	[100-150]	[70-80]	[40-50]
3	[30-40]	[50-60]	[70-80]	[100-150]	[50-60]	[30-40]
4	[20-30]	[50-60]	[60-70]	[90-100]	[50-60]	[20-30]
5	[20-30]	[30-40]	[80-90]	[80-90]	[50-60]	[20-30]
6	[20-30]	[40-50]	[40-50]	[70-80]	[50-60]	[20-30]
7	[20-30]	[30-40]	[40-50]	[50-60]	[30-40]	[10-20]
8	[10-20]	[20-30]	[40-50]	[60-70]	[30-40]	[10-20]
9	[20-30]	[10-20]	[40-50]	[40-50]	[30-40]	[10-20]
10	[20-30]	[10-20]	[30-40]	[50-60]	[20-30]	[10-20]
11	[10-20]	[10-20]	[20-30]	[70-80]	[20-30]	[10-20]
12	[10-20]	[10-20]	[20-30]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
13	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
14	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[0-10]
15	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
16	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
17	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[0-10]	[0-10]
18	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]	[0-10]
19	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[20-30]	[0-10]	[0-10]
20	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]
21	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[20-30]	[0-10]	[0-10]
22	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
23	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
24	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
25	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
26	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
27	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]
28	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
29	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
30	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
31	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
32	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
33	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
34	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
35	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
36	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
37	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
38	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
39	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
40	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
41	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
42	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

¹¹⁰ Die Summe der Anzahl Monate entspricht dann der Zeit, in welcher der Vertrag in Kraft war.

43	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Total	[400-500]	[500-600]	[800-900]	[1'100-1'200]	[700-800]	[400-500]
%	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %

Tabelle 28: Anzahl Fälle, in denen ein Vertrag für eine bestimmte Dauer in Monaten in eine bestimmte Zielbandbreite (basierend auf einem Vergleich zwischen tatsächlichem Umsatz und vereinbarten Umsatz) fiel¹¹¹

328. Auch diese Aufstellung zeigt wie ansatzweise schon Tabelle 27, dass bei einem bedeutenden Teil der Verträge über die Zeit hinweg die Planumsätze nicht an die tatsächlichen Umsätze angepasst wurden. So dauerte in [50-60] % der Fälle eine Abweichung der tatsächlichen Umsätze vom vereinbarten Umsatz um mehr als +/- 5 % länger als 6 Monate, in [30-40] % der Fälle länger als 12 Monate. Dies hat zur Folge, dass die hiervon betroffenen Vertragskunden basierend auf der Betrachtung des durchschnittlichen monatlichen Versandvolumens tendenziell eher einen Zusatzrabatt von über 2 % und andere betroffene Vertragskunden tendenziell eher einen Zusatzrabatt von unter 2 % erhielten. Wie die Tabelle 28 zeigt, wurden diese Ungleichbehandlungen in vielen Fällen erst nach längerer Zeit durch die Anpassung der Planumsätze an die tatsächlich realisierten Umsätze korrigiert, wenn überhaupt.

329. Zudem zeigt sich aus dem Vergleich von Tabelle 25 und Tabelle 27, dass der auf monatlicher Basis berechnete Zusatzrabatt viel häufiger Extremwerte bei 0% und 3% verursacht, als ein hypothetischer Zusatzrabatt, der beispielsweise auf einem gleitenden Jahresdurchschnitt berechnet wurde (vgl. auch Abbildung 9).

330. Aus dem Beispiel aus den Schulungsunterlagen der Post in Rz 356, Abbildung 11, ist zudem klar ersichtlich, dass eine Nichtanpassung des Umsatzes durch die Post, selbst wenn dieser nicht preislistenrelevant war, zu negativen Konsequenzen bezüglich Zusatzrabatt für diese Vertragskunden führen konnte. Dies stellt eine weitere Quelle für Ungleichbehandlungen von Vertragskunden untereinander dar.

d) Beispiele möglicher Ungleichbehandlungen durch die Ausgestaltung und starke Rabattwirkung des Zusatzrabatts

331. Laut Angaben der Post¹¹² diene der Zusatzrabatt dazu, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde lag, und dem tatsächlichen Umsatz, zeitnah auszugleichen und so alle Kunden gleich zu behandeln. [...].

332. Gemäss Post war der Zusatzrabatt so „eingestellt“, dass er auch bei schwankender Nachfrage bei durchschnittlich akzeptabler Prognosegenauigkeit ca. 2 % betrug. In diesem Zusammenhang reichte die Post folgendes Beispiel ein:

¹¹¹ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 5.

¹¹² Vgl. dazu vorne, Rz 145 ff.

	Bsp. 1		Bsp. 2		Bsp. 3	
	Prognosegenauigkeit	Rabatt	Prognosegenauigkeit	Rabatt	Prognosegenauigkeit	Rabatt
Jan	100.0%	2%	150.0%	3%	110%	2.50%
Feb	100.0%	2%	50.0%	0%	90%	1.50%
Mrz	100.0%	2%	150.0%	3%	70%	0%
Apr	100.0%	2%	50.0%	0%	130%	3%
Mai	100.0%	2%	150.0%	3%	110%	2.50%
Jun	100.0%	2%	50.0%	0%	90%	1.50%
Jul	100.0%	2%	150.0%	3%	70%	0%
Aug	100.0%	2%	50.0%	0%	130%	3%
Sep	100.0%	2%	150.0%	3%	110%	2.50%
Okt	100.0%	2%	50.0%	0%	90%	1.50%
Nov	100.0%	2%	150.0%	3%	70%	0%
Dez	100.0%	2%	50.0%	0%	130%	3%
gewichteter Mittelwert:		2.00%		2.25%		2.00%

Tabelle: Rabattentwicklung bei Schwankung

Abbildung 10: Beispiel der Post zum Zusatzrabatt

333. Die Abweichung von 0.25% gegenüber dem „Normalwert“ von 2% im Beispiel 2 wird laut Post bei einem Kunden mit stark schwankendem Sendungsvolumen durch die Kalkulation der Preisliste des Kunden mit niedrigerem Rabatt kompensiert.

334. Zur Aufstellung der Post ist zunächst anzumerken, dass in den drei Beispiel-Varianten die Prognosegenauigkeit stets 100 % beträgt. Jedoch sind Prognosen schwierig und nicht immer akkurat; unter anderem zu diesem Zweck wurde der Zusatzrabatt laut Post auch eingeführt. Das heisst, die Konzeption des Zusatzrabatts muss gerade dann auch die Gleichbehandlung der Vertragskunden gewährleisten, wenn die Prognose nicht korrekt ist.¹¹³ Wie nachstehend an Beispielen aufgezeigt wird, ist dies nicht der Fall. Ausserdem führt der Zusatzrabatt selbst im Beispiel der Post in einer Variante zu einem höheren Rabatt. Laut Post wird dies durch die schlechtere Preislisteneinstufung durch den Parameter Jahresprofil korrigiert.¹¹⁴ Der Parameter Jahresprofil berücksichtigte jedoch nur Schwankungen im Jahresverlauf, ohne Berücksichtigung des Umsatzes. So wird im Beispiel zwar Kunde 3 gegenüber Kunde 1 um eine Preisliste tiefer eingestuft, erhält aber gleich viel Zusatzrabatt. Demgegenüber wird Kunde 2 gegenüber Kunde 3 zwar auch eine Preisliste tiefer eingestuft, hat aber 0.25 % Zusatzrabatt mehr. Der Zusatzrabatt läuft in diesem Fall also dem laut Post kostenbasierten Parameter Jahresprofil entgegen (vgl. zur gegensätzlichen Wirkung von Zusatzrabatt und Jahresprofil Rz 367 ff.). Die Korrektur durch eine andere Preislisteneinteilung konnte für die Vertragskunden zudem sehr unterschiedlich ausfallen, betrug die Rabattdifferenz doch zwischen 0.3 % und 1.1 %. Daher kann der einheitliche und an den monatlichen Abweichungen vom Planumsatz bemessene Zusatzrabatt schon rein rechnerisch die Rabattdifferenzen, welche sich aus den Preislisteneinteilungen ergeben, nicht ausgleichen. Wird zudem beim Beispiel 3 die Folge 110/90/70/130 nur leicht auf 120/80/70/130 angepasst, so bekommt dieser

¹¹³ Z. B. Aussage der Post in [...].

¹¹⁴ Aufgrund des Parameters Jahresprofil wird vorliegend Kunde 1 um zwei Preislisten bessergestellt und Kunde 3 um eine Preisliste, während Kunde 2 keine Änderung der Preisliste erfährt.

Kunde 0.75 % mehr Zusatzrabatt, ohne dass sich seine Preislisteneinteilung aufgrund des Parameters Jahresprofil geändert hätte (siehe auch das Beispiel in Tabelle 32).

335. Der Zusatzrabatt führt jedoch gerade auch zu Ungleichbehandlungen von Kunden, wenn die Jahresprognose nicht korrekt ist. Ein von Quickmail angeregtes Beispiel¹¹⁵ geht dahin, dass ein Vertragskunde (A), der einen bestimmten Jahresumsatz (im Beispiel 500'000 Fr.) mit der Post prognostiziert hat, dann aber über 25 % (125'000 Fr.) seines Umsatzes mit Quickmail abwickelt, schlechter gestellt ist als ein Kunde (B), der von Beginn weg den Umsatz von 375'000 Fr. mit der Post prognostiziert hat. Die Berechnungen im folgenden Beispiel werden vorliegend anhand der tatsächlichen Rabattkriterien vorgenommen und weichen diesbezüglich daher von den Berechnungen in der Eingabe von Quickmail ab.¹¹⁶ Kunde A würde vorliegend in Preisliste 4 mit einem Rabatt von [...] % eingeteilt, jedoch keinen Zusatzrabatt¹¹⁷ erhalten. Kunde B hingegen würde aufgrund der tieferen Prognose nur in Preisliste 3 mit einem Rabatt von [...] % eingeteilt, jedoch den Zusatzrabatt in Höhe von 2 % erhalten.

Kunde A		Kunde B	
Umsatzprognose: 500 000.-, erzielt 350 000.-		Umsatzprognose: 350 000.-, erzielt 350 000.-	
Art des Rabatts	Rabatt in Fr.	Art des Rabatts	Rabatt in Fr.
Rabatt Preisliste [...]	[...]	Rabatt Preisliste [...]	[...]
Zusatzrabatt [[...] %]	[...]	Zusatzrabatt [[...] %]	[...]
TOTAL Rabatte	[...]	TOTAL Rabatte	[...]

Tabelle 29: Beispiel einer möglichen Ungleichbehandlung bei Verlagerung von Umsatz auf einen Konkurrenten der Schweizerischen Post

336. Kunde B erzielt damit mit 350'000 Franken den gleich grossen Umsatz wie Kunde A mit der Post, erhält jedoch mit [...] Franken einen um über [...] % höheren Rabatt als Kunde A mit [...] Franken. Ausserdem sind Konstellationen denkbar, in denen entgegen dem vorliegenden Beispiel keine Preislistenkorrektur bei Kunde B erfolgen würde (weil [...]). In solchen Fällen wäre die Differenz der Rabattbeträge zwischen den zwei Kunden noch grösser. Dieses Beispiel zeigt, dass in einem solchen Fall der Zusatzrabatt gerade nicht dazu dient, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde lag, und dem tatsächlichen Umsatz zeitnah auszugleichen und so alle Kunden gleich zu behandeln, sondern lediglich die Wirkung hatte, den Kunden dazu anzuhalten, das Umsatzziel zu erreichen oder zu übertreffen (vgl. Rz 331).

337. Es sind aber auch Fälle denkbar, die keine Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten betreffen, sondern das Gegenteil davon. Angenommen ein Kunde C prognostiziert einen Umsatz bei der Post von 500'000 Franken. Aufgrund des Zusatzrabatts entschliesst er sich, einen Teil des Umsatzes (im Beispiel 15 %) wieder von einem Konkurrenten auf die Post zu übertragen und kommt so auf einen Gesamtumsatz bei der Post von 575'000 Franken. Er erhält ([...]) daher einen Zusatzrabatt von 3 %. Ein anderer Kunde D prognostiziert von Beginn weg einen Umsatz von 575'000 Franken. Er fällt in die gleiche Preisliste wie Kunde C ([...] %), erhält jedoch lediglich einen Zusatzrabatt von 2 %, obwohl er die gleiche Menge bei der Post einliefert. Wie Tabelle 30 zeigt, erhält Kunde C mit [...] Franken trotz gleichem Umsatz bei der Post einen um [...] % höheren Rabatt als Kunde D mit [...] Franken.

¹¹⁵ Quickmail hat zu diesem Thema viele Beispiele gemacht.

¹¹⁶ Es wird für die Berechnung angenommen, dass die Kunden bei der Schweizerischen Post dem Segment Infopost angehören. Es werden für die Preislistenrabatte die Werte gemäss Angaben der Schweizerischen Post verwendet.

¹¹⁷ Der Einfachheit halber wird hier mit einer Verlagerung auf Quickmail von 25 % gerechnet; ein Zusatzrabatt von 0 % ergibt sich aber erst bei einer Umsatzreduktion bei der Schweizerischen Post von mehr als 25 %, d. h. 125 000 Fr. + 1 Rappen.

Kunde C		Kunde D	
Umsatzprognose: 500 000.-, erzielt 575 000.-		Umsatzprognose: 575 000.-, erzielt 575 000.-	
Art des Rabatts	Rabatt in Fr.	Art des Rabatts	Rabatt in Fr.
Rabatt Preisliste [...]	[...]	Rabatt Preisliste [...]	[...]
Zusatzrabatt [[...] %]	[...]	Zusatzrabatt [[...] %]	[...]
TOTAL Rabatte	[...]	TOTAL Rabatte	[...]

Tabelle 30: Beispiel einer möglichen Ungleichbehandlung bei Rückverlagerung von Umsatz von einem Konkurrenten auf die Schweizerische Post

338. Gemäss Post sollte der Zusatzrabatt zur Gleichbehandlung der Vertragskunden führen, unabhängig davon, ob diese ihre Prognose erreichten oder nicht. Verbleibende Unterschiede würden gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abbilden. Das Beispiel in Tabelle 30 zeigt jedoch, dass der verbleibende Unterschied nicht durch die unterschiedliche Prognosegenauigkeit erklärt werden kann. Vielmehr zeigt auch dieses Beispiel auf, dass hiermit das zweite Ziel, nämlich den Kunden für das Erreichen oder Übertreffen der Umsatzprognose zu belohnen, vorrangig ist.

339. Die Post hielt das Jahresbeispiel für unrealistisch. Eine derart signifikante Umsatzabweichung werde spätestens nach drei Monaten dem zuständigen Kundenberater oder der zuständigen Kundenberaterin gemeldet und die Prognose gemeinsam mit dem Kunden revidiert. Genau um solches zu vermeiden habe die Post das für sie relativ aufwändige Verfahren der monatlichen Rabattgewährung mit dem Prognosesystem gewählt. Der monatliche Umsatzrabatt diene lediglich dazu, kurzfristige Schwankungen abzufedern.

340. Umsatzänderungen führten jedoch laut der Vorgaben und Anwendung der Strukturkontrolle nicht notwendigerweise zu Anpassungen der Konditionen (vgl. vorne, Kapitel A.4.3.3.2): [...].¹¹⁸ Weiter war ein Kundenberater oder eine Kundenberaterin nur dann zum Handeln gezwungen, wenn eine Verschlechterung im Profil eintrat. Bis Ende 2015 konnte er aber auch nur im System quittieren, ohne mit dem Vertragskunden Anpassungen bei den Konditionen vorzunehmen. Ausserdem ist zu bedenken, dass die Anpassung der Konditionen stets nur mit einer gewissen Verzögerung eintrat. Bei einer Neukalkulation erfolgte die Strukturkontrolle [...].¹¹⁹

341. Ungeachtet der vorstehenden Tatsachen sind jedoch auch unterjährige Konstellationen denkbar, in denen es zu Ungleichbehandlungen kommen konnte, wie aus nachstehender Beispielrechnung in Tabelle 31 hervorgeht. Das Beispiel zeigt die Umsätze bei der Post von zwei Kunden E und F über drei Monate auf. Beide generieren über das Quartal gesehen einen Umsatz in gleicher Höhe. In diesem Beispiel (an den Sprungstellen) erhält der Vertragskunde mit höherer Schwankung einen geringeren Zusatzrabatt:

Jahresprognose der Kunden: 600 000 Franken; Durchschnitt pro Monat: 50 000 Franken						
	Kunde E			Kunde F		
Monat	Umsatz	Zusatzrabatt in %	Rabatt in Fr.	Umsatz	Zusatzrabatt in %	Rabatt in Fr.
Januar	50000	2 %	1000	37000	0 %	0
Februar	50000	2 %	1000	37000	0 %	0
März	50000	2 %	1000	76000	3 %	2280
SUMME	150000		3000	150000		2280

¹¹⁸ Verdeutlicht mit Beispiel in [...].

¹¹⁹ Für Anpassungen von Abweichungen von der Zielpreisliste vgl. zudem Rz 260.

Tabelle 31: Beispiel einer möglichen kurzfristigen Ungleichbehandlung

342. Trotz gleichem Gesamtumsatz erhält somit Kunde E mit 3'000 Franken einen um über 31 % höheren Zusatzrabatt als Kunde F mit 2'280 Franken. Das Beispiel zeigt, dass der monatliche Umsatzrabatt gerade entgegen der Aussage der Post nicht geeignet war, kurzfristige Umsatzschwankungen abzufedern. Vielmehr muss darauf geschlossen werden, dass Kunden dazu angehalten werden sollten, den prognostizierten Umsatz jeden einzelnen Monat zu erreichen oder zu übertreffen und entsprechend abzustrafen, wenn sie dieses Ziel nicht erreichten. Eine allfällige Berücksichtigung der Schwankung der Umsätze würde im Übrigen bereits mit dem Kriterium Jahresprofil abgedeckt, d. h. Kunde F war schon oder würde aufgrund des Jahresprofils zusätzlich (nach einer allfälligen Anpassung aufgrund der Strukturkontrolle) noch um zwei Preislisten schlechter gestellt. Ausserdem würde in einem Fall wie dem vorstehend aufgeführten auch keine Überprüfung der Einstufung eines Kunden aufgrund der Strukturkontrolle erfolgen, da die Quartalszahlen ja nicht von der Jahresprognose abweichen.

343. Schliesslich zeigt das folgende Beispiel noch einmal für einen ganzen Jahresverlauf auf, dass es *selbst bei akkurater Jahresprognose* und ohne signifikante Umsatzabweichungen zu Diskriminierungen kommen konnte.¹²⁰ Der Einfachheit halber wird hier ein jährlicher Umsatz für beide Kunden G und H von 120'000 Franken angenommen, den beide Kunden auch korrekt prognostizieren. Beide würden damit in dieselbe Preisliste fallen. Der monatliche Durchschnitt beträgt damit 10'000 Franken. Die monatlichen Umsätze haben jeweils unterschiedliche Zusatzrabatte zur Folge:

Monat	Kunde G			Kunde H		
	Umsatz	Zusatzrabatt in %	Zusatzrabatt in Fr.	Umsatz	Zusatzrabatt in %	Zusatzrabatt in Fr.
Januar	11000	2.5	275	7000	0	0
Februar	9000	1.5	135	8000	1	80
März	7000	0	0	12000	3	360
April	13000	3	390	11000	2.5	275
Mai	11000	2.5	275	10500	2.5	262.5
Juni	9000	1.5	135	8500	1.5	127.5
Juli	7000	0	0	11000	2.5	275
August	13000	3	390	11500	3	345
September	11000	2.5	275	14000	3	420
Oktober	9000	1.5	135	11500	3	345
November	7000	0	0	7000	0	0
Dezember	13000	3	390	8000	1	80
SUMME	120000	2	2400	120000	2.14	2570
Jahresprofil ¹²¹	22.4 %			21.4 %		

Tabelle 32: Beispiel einer möglichen Diskriminierung im Jahresverlauf trotz akkurater Jahresumsatzprognose

344. Kunde H erhält hier einen um rund 7 % besseren Rabatt als Kunde G, obwohl beide Kunden Sendungen im gleichen umsatzmässigen Umfang einliefern und ihre Jahresumsätze

¹²⁰ Für dieses Beispiel wurden keine speziell hohen Unterschiede im Versandverhalten konstruiert. D. h. bei anderen Versandstrukturen könnten noch viel grössere Unterschiede auftreten.

¹²¹ Wert berechnet aufgrund [...].

ihrer Jahresprognose entsprechen. Eine Korrektur über das Kriterium «Jahresprofil» (Berücksichtigung der Schwankungen im Jahresverlauf) würde auch nicht erfolgen, da beide Kunden diesbezüglich praktisch den gleichen Wert aufweisen.

345. Die Beispiele zeigen, dass der Zusatzrabatt eine grosse Auswirkung auf den Rabatt hatte, da er auf Umsatzschwankungen stark reagierte. Umsatzverlagerungen, welche nicht von einer Anpassung der Jahresumsatzprognose begleitet waren, führten tendenziell zu einer im Verhältnis zu den Preislisteneinteilungen überproportionalen Benachteiligung bzw. Bevorzugung, zusätzlicher Umsatz führte zudem zu einer Bevorteilung gegenüber Kunden mit dem gleichen eingelieferten Umsatz, aber akkurater Prognose. Je nach Verteilung des Umsatzes auf die Monate entstanden jedoch auch andere, schwierig vorhersehbare Ungleichbehandlungen. Es kann damit festgehalten werden, dass die Ausgestaltung des Zusatzrabatts die Gleichbehandlung der Kunden gerade nicht sicherstellen konnte, sondern «automatisch» zu tendenziell gleichgerichteten (bei Abweichung der Umsätze vom Prognoseumsatz) oder auch teilweise zufälligen Ungleichbehandlungen (bei monatlich uneinheitlich schwankenden Umsätzen) führte.

Anmerkungen der Post

346. Die Post führt aus, dass der Zusatzrabatt Anreize setze, dass die Prognose zuverlässiger funktioniere und es ermögliche, Ungleichbehandlungen zwischen ehrlichen und unehrlichen Vertragskunden zu verhindern. So würde der ehrliche Kunde gemäss Angaben der Post in eine tiefere Preisliste eingestuft als der unehrliche Kunde und Letzterer würde für seine Unehrlichkeit durch eine höhere Preisliste belohnt. Dazu käme, dass der Rabatt bzw. tiefere Preise für den unehrlichen Kunden nicht mehr rein aufgrund des Umsatzes und damit aufgrund tieferer Kosten gerechtfertigt wäre. Er würde ja auf einer fiktiven Umsatzprognose beruhen, die sich nicht in den tatsächlichen Kostenersparnissen der Post widerspiegeln.

347. Gerade dieses von der Post vorgebrachte Ziel vermag ein auf monatlicher Basis berechneter Zusatzrabatt nicht zu erreichen. Da die Kundenumsätze monatlich schwanken, ist es für den Kunden vollkommen stochastisch ob er bei Erreichen des jährlichen Umsatzziels einen Zusatzrabatt von 2 % erreicht oder nicht. So kann ein Kunde, der beispielsweise nur alle zwei Monate einen Versand tätigt in jedem zweiten Monat einen Zusatzrabatt von 3% erhalten, während er im anderen Monat einen Zusatzrabatt von 0 % erhält, was für ihn allerdings keine Rolle spielt, da er in diesem Monat ja keinen Umsatz generiert. Ein solcher Kunden kann das Jahresumsatzziel um 42.25 % verfehlen und erhält nach wie vor einen Zusatzrabatt von 3 %. Das nachfolgende Beispiel zeigt dies exemplarisch auf:

Mo- nat	Jan	Feb	März	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sept	Okt	Nov	Dez
Plan	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500	12'500
Ist	0	14'375	0	14'375	0	14'375	0	14'375	0	14'375	0	14'375
Ra- batt	0%	3%	0%	3%	0%	3%	0%	3%	0%	3%	0%	3%

Tabelle 33: Beispielrechnung für einen zweimonatlichen Versand bei einem Planumsatz von CHF 150'000.

348. Da der vereinbarte Umsatz in diesem Beispiel CHF 150'000 beträgt, müsste ein Kunde jeden Monat einen Umsatz von CHF 12'500 (also einem zwölftel des prognostizierten Jahresumsatzes) erreichen, um einen Zusatzrabatt von 2 % zu erhalten. Ein hypothetischer Kunde, der aber nur einen Jahresumsatz von CHF 86'250 erzielt, und nur jeden zweiten Monat verschickt, erhält auf diesen Umsatz bei einer Jahresumsatzprognose von CHF 150'000 einen

Zusatzrabatt von 3%. Dieses Beispiel zeigt auf, dass damit der auf monatlicher Basis berechnete Zusatzrabatt gerade nicht dazu geeignet ist, «unehrliche» Kunden zu bestrafen und «ehrliche» Kunden zu belohnen.

349. Die Post bemängelt weiter, dass das Sekretariat die praktischen Auswirkungen des Preissystems nicht geprüft habe und sich im Antrag nur vier Beispiele für eine gemäss Post vermeintlich „starke Auswirkung“ finden würden. Überdies seien die vom Sekretariat aufgeführten Beispiele konstruiert und beruhten auf sachfremden Annahmen. So hätte gemäss Aussagen der Post Kunde A in Tabelle 29 von Anfang an lügen müssen. Zudem würde sich ein Umsatzabfluss zu Quickmail nicht per sofort auswirken, sofern Quickmail mit der Zeit mit immer grösseren Sendungsvolumen beauftragt würde. Bei dem durch das Sekretariat angenommenen Umsatzrückgang von 150'000 Franken würde der Zusatzrabatt zumindest am Anfang zu Zuge kommen, was ja just Zweck des Zusatzrabatts sei, zu hohe Prognosewerte nicht zu belohnen. Ähnliche Kritiken äussert die Post an den übrigen aufgeführten Beispielen.

350. Die von der Post gemachten Ausführungen sind nicht stichhaltig. Da der Zusatzrabatt auf monatlicher Basis berechnet wird, hat eine Auslagerung eines monatlichen Umsatzes von mehr als 5 % in jedem Fall eine Auswirkung auf den Zusatzrabatt. Zudem ist es schlichtweg falsch, wenn die Post behauptet, der Antrag setze geradezu ein missbräuchliches Verhalten voraus.

351. Da aber, wie in Tabelle 25 und Abbildung 9 ersichtlich, fast 62 % der monatlichen Zusatzrabatte auf die Randbereiche von 0 % oder 3 % fallen, war es geradezu die Regel, dass die Kunden auf monatlicher Basis gesehen entweder einen zu tiefen oder viel zu hohen prognostizierten Jahresumsatz vereinbart hatten. Dies zeigt alleine schon die Untauglichkeit des auf monatlicher Basis berechneten Zusatzrabatts, um einen Ausgleich hinsichtlich der Jahresumsatzprognose zu realisieren. Die vom Sekretariat gewählten Beispiele dienen zudem lediglich dazu, die Funktionsweise des Rabattsystems zu veranschaulichen. Die tatsächlichen praktischen Auswirkungen wurden zudem exemplarisch in [...] aufgezeigt.

e) Zusammenspiel von Strukturkontrolle und Zusatzrabatt: Auswirkungen des Zusatzrabatts bei Preislisteneinteilungen und Vertragsanpassungen

352. Der Zusatzrabatt war zwar kein Kriterium, welches bei der Strukturkontrolle zu Massnahmen führte. In den Schulungsunterlagen zur Strukturkontrolle [...].

353. Die Höhe des Zusatzrabatts hing vom vereinbarten Umsatz ab, der sich aufgrund der prognostizierten Versandmengen der einzelnen Briefprodukte zu «individuellen Preisen» berechnete. Die Produktpreise hingen wiederum von der vereinbarten Preisliste ab. Das heisst, die Preislisteneinteilung im Rahmen der Strukturkontrolle beeinflusste auch den Zusatzrabatt. Entscheidend für den Zusatzrabatt ist letztlich aber die Frage, inwiefern der zugrundeliegende vereinbarte Umsatz an die tatsächlichen (veränderten) Gegebenheiten angepasst wurde. Wie vorne untersucht wurde, fand eine Anpassung der Planumsätze an die tatsächlichen Verhältnisse teilweise nicht oder nur sehr langsam statt (Rz 315 ff. und Rz 322 ff.)

354. Nachfolgend wird der Zusammenhang zwischen Vertragsanpassung (Umsatz und-/oder Preislistenanpassung) anhand interner Schulungsunterlagen der Post zur Preislisteneinteilung im Rahmen der Strukturkontrolle verdeutlicht. Dies liefert zum einen weitere Hinweise darauf, welchen Preissetzungsspielraum die Kundenberater hatten. Weiter zeigt es auf, wie stark der Zusatzrabatt im Verhältnis zur Preislisteneinteilung reagiert.

355. Als Grundsatz war in den Schulungsunterlagen vom 6. November 2012 (also einige Zeit nach Einführung des Preissystems) festgehalten, [...]. Die folgenden zwei Beispiele aus den Schulungsunterlagen der Post verdeutlichen den Zusatzrabatteffekt:

356. Im ersten Beispiel (siehe Abbildung 11) war der Kundenumsatz mit 310'000 Franken um 60'000 Franken tiefer ausgefallen als der vereinbarte Umsatz von 370'000 Franken. Aufgrund

der Strukturkontroll-Regeln war deswegen jedoch keine Massnahme angezeigt, da der Umsatz die nächsttiefere Schwelle für die Preislisteneinteilung von 250'000 Franken nicht unterschritt. Aufgrund des tieferen Umsatzes erhielt der Kunde allerdings lediglich einen Zusatzrabatt von 1.5 %. Wäre dagegen eine vertragliche Anpassung vorgenommen worden, das heisst der Planumsatz für die nächste Periode auf 310'000 Franken gesenkt und die Preisliste nicht angepasst worden, so hätte der Kunde trotz negativer Entwicklung beim Umsatz neu einen besseren Rabatt aufgrund des höheren Zusatzrabatts erhalten, was von den Ausbildnern der Post als nicht sachgerecht erachtet wurde.

[...]

Abbildung 11: [...]¹²²

357. [...].

358. Wäre streng nach CAPRI-Regeln die Preisliste_{Ziel} von 406 gewählt worden, hätte der Kunde im Vergleich zum aktuellen Rabatt zwar 1 % weniger Rabatt aufgrund der schlechteren Preisliste erhalten, jedoch 1.7 % mehr an Zusatzrabatt als aktuell, wenn auch die Jahresumsatzprognose angepasst worden wäre. D. h. der Kunde hätte trotz negativer Entwicklung faktisch bessere Konditionen erhalten als diejenigen im vorangehenden Jahr. Deswegen hatte der Kundenberater oder die Kundenberaterin im Fallbeispiel trotz einer Kundenentwicklung von -3 Preislisten nur eine Korrektur um -1 Preisliste vorgenommen und eine Abweichung zur Preisliste_{Ziel} von 2 Preislisten akzeptiert. Zu diesem Vorgehen enthielten die Schulungsunterlagen den Hinweis, dass «eine Abweichung zur „PrL Ziel“ bedeutet, dass Kunden mit gleicher Struktur unterschiedlich behandelt werden».

[...]

Abbildung 12: [...].

359. Laut Schulungsunterlagen [...].¹²³

[...]

Abbildung 13: [...].

360. Die Unterlagen machten folgenden Vorschlag für das Vorgehen bei Vertragsanpassungen:

[...]

Abbildung 14: [...].

361. Weitere Beispiele für das Zusammenspiel finden sich in den Beispielfällen aus den Schulungsunterlagen vom 26. Januar 2012, welche den Einfluss des Zusatzrabatts und die Unklarheiten bei der Marktbearbeitung im Rahmen der Strukturkontrolle aufzeigen.

362. Zusammenfassend kann bezüglich Zusammenspiel zwischen Zusatzrabatt und Strukturkontrolle Folgendes festgehalten werden:

- a. Es gab keine klaren Vorgaben für die Kundenberater zur Anpassung der Preislisten und des Umsatzes. Ausserdem wird der Spielraum ersichtlich, den die Kundenberater bei der

¹²² Es ist hier unklar, weshalb die Zielpreisliste hier 101 ist. Aufgrund von Umsatz (PL 3) und Jahresprofil (+/- OPL) sollte die Preisliste 103 resultieren. Möglicherweise sind andere nicht sichtbare Parameter Grund dafür.

¹²³ [...].

Anpassung des Vertrags und der Preislistenfestlegung hatten. So wurde dem Kundenberater und der Kundenberaterin mitgeteilt, dass er bzw. sie den Gesamtrabatt durchaus im Auge behalten sollte (vgl. Rz 356).

- b. Die Post war sich der Tatsache bewusst, dass Abweichungen von der Preisliste^{Ziel}, generell eine unterschiedliche Handhabung der Umsatzanpassung und Vereinbarung der Preisliste, zu Rabattauswirkungen und zu einer unterschiedlichen Behandlung von Kunden mit gleicher Struktur führte.
- c. Der Zusatzrabatt hatte einen sehr starken und im Vergleich zur Preislistenanpassung häufig überproportionalen Einfluss auf den Gesamtrabatt: Zum einen führte er auch dann zu Preisanpassungen, wenn aufgrund des neuen Umsatzes keine neue Preisliste vereinbart werden musste. Wurden die Umsätze nicht an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst (vgl. dazu Rz 315 ff. und 322 ff.), resultierten daraus Rabattdifferenzen zu Kunden mit gleichen Umsätzen. Zum anderen konnte der Zusatzrabatt im Verhältnis zu Preislistenanpassungen zu vergleichsweise grösseren Preisunterschieden führen. So wurden Preisänderungen durch Einteilung in eine andere Preisliste teilweise «kompensiert» oder gar überkompensiert. Damit wird die in Rz 331 ff. beschriebene starke Auswirkung des Rabatts auf die Kunden und die dort aufgeführten theoretischen Beispiele bestätigt. Nachfolgend (Rz 367 ff.) wird zudem aufgezeigt, dass die überschüssende Wirkung des Zusatzrabatts teilweise dem Effekt des Parameters Jahresprofil entgegengelief.
- d. Aus den Ausbildungsunterlagen geht hervor, dass die Kommunikation gegenüber den Vertragskunden über die preisliche Einstufung nicht (immer) transparent war (vgl. zur Intransparenz insbesondere Kapitel A.4.4). Dies ermöglichte der Post, die Intransparenz auszunutzen und Vertragskunden unterschiedlich zu behandeln oder zu benachteiligen.

Anmerkungen Post

363. Die Post macht geltend, dass die Schulungsunterlagen vom Sekretariat falsch verstanden wurden. So würden in den Folien gemäss Aussagen der Post bestimmte Fälle aufgezeigt, in denen eine Vorgehensweise streng nach Vorgaben eine gegensätzliche Folge haben könne und zu einem stossenden Ergebnis führe und die Kundenberater darauf geschult werden sollten, solche Konstellationen zu lösen.

364. Die Beispiele in den Schulungsunterlagen zeigen lediglich auf, dass das Preissystem CAPRI in sich nicht konsistent ist und zu Ungleichbehandlungen der Kunden bei gleichartiger Ausgangslage führen kann.

365. Die Post bringt zudem ein weiteres Mal vor, dass der Zusatzrabatt mit dem Kunden nicht vereinbart wurde, sondern kurzfristige Abweichungen vom Umsatz gemäss Prognose korrigieren sollte. So sei der Zusatzrabatt vielmehr für Fälle konzipiert worden, bei denen die Strukturkontrolle noch nicht angeschlossen bzw. aufgrund absehbarer Entwicklungen auf eine Neukalkulation der Preisliste verzichtet wurde. Zudem sollte er sicherstellen, dass Prognosefehler nicht zusätzlich belohnt würden.

366. Die von der Post vorgebrachten Argumente zum Zusatzrabatt sind falsch, da aufgrund der monatlichen Ausgestaltung gerade keine kurzfristigen Abweichungen vom Jahresumsatz gemäss Prognose korrigiert wurden. Da die Effekte der monatlichen Schwankungen beim Versandvolumen die korrigierenden Effekte hinsichtlich der Erreichung der Jahresumsatzprognose bei weitem übertreffen, sind die von der Post angeführten Ziele des Zusatzrabatts in der monatlichen Ausgestaltung gerade nicht zu erreichen. Lediglich ein überproportionales Abstrafen oder eine überproportionale Belohnung wird auf monatlicher Basis erreicht, wenn der Kunde die Jahresumsatzprognose auf monatlicher Basis unterschreitet bzw. übertrifft. Die Post kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

f) Gegenläufige Wirkungen von Zusatzrabatt und Jahresprofil

367. Neben teilweise zufälligen Ungleichbehandlungen (vgl. Rz 331 ff.), welche aus der Ausgestaltung und der verzögerten Anpassung der Parameter folgen, hatte der Zusatzrabatt auch Rabatteffekte, welche gegenläufig zum Preislistenparameter Jahresprofil verlaufen konnten. Neben dem Umsatz war das Jahresprofil ein entscheidendes Kriterium zur Einstufung der einzelnen Kunden in die jeweilige Preisliste (vgl. vorne, Rz 130.a). Hierbei wurde die Schwankung der Anzahl Sendungen pro Monat über das Jahr hinweg abgebildet. [...]. Die Post begründete diese unterschiedliche Behandlung der Kunden wie folgt: So müsse die Post bei unregelmässigen Versänden mehr Versandkapazitäten vorhalten. Das Ausmass der Schwankungen sei daher ein relevanter Kostenfaktor, weshalb es sich rechtfertige, das Ausmass der Schwankungen über den Parameter Jahresprofil für die Bestimmung der Preisliste zu berücksichtigen.

368. Die Höhe des Zusatzrabatts hing dagegen wie oben beschrieben vom Vergleich des erzielten Umsatzes zum durchschnittlichen (ein Zwölftel des vereinbarten Jahresumsatzes zu Preisen gemäss individueller Preisliste) Planumsatz ab. Hierbei resultierte bei einer Abweichung nach unten ein geringerer Zusatzrabatt und bei einer Abweichung nach oben ein höherer Zusatzrabatt (vgl. Rz 139 ff.). Die Post begründete die unterschiedliche Behandlung der Kunden aufgrund des Zusatzrabatts primär damit, dass auf einer monatlichen Basis betrachtet Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde lag, und dem tatsächlichen Umsatz zeitnah auf monatlicher Basis ausgeglichen und die Kunden damit gleichgestellt werden sollten (vgl. 147).

369. In der Ausgestaltung der beiden preisrelevanten Parameter Jahresprofil und Zusatzrabatt zeigt sich, dass sie gegenläufige Effekte haben konnten, wenn ein Kunde mit der Post monatlich unterschiedliche Mengen versandte. Während der Zusatzrabatt tendenziell Schwankungen mit einem höheren Rabatt „belohnte“, wurde der Kunde aufgrund des Jahresprofils bei höheren Schwankungen bei Überschreitung gewisser Schwellen durch die Einstufung in eine schlechtere Preisliste bestraft. Die nachfolgenden vier Tabellen zeigen diese Effekte beispielhaft. Dabei wird stets vom gleichen Jahresumsatz ausgegangen, bei unterschiedlicher Aufteilung der Mengen in einem Zweimonatsrhythmus. Die Schwankungsbreite des Jahresprofils wird ausgedrückt mit a , wobei ein tiefer Wert geringe Schwankungen ausdrückt.

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	10625	265.63	2.5%	2.03%	6.25%	[...]
Februar	9375	140.63	1.5%			
März	10625	265.63	2.5%			
April	9375	140.63	1.5%			
Mai	10625	265.63	2.5%			
Juni	9375	140.63	1.5%			
Juli	10625	265.63	2.5%			
August	9375	140.63	1.5%			
September	10625	265.63	2.5%			
Oktober	9375	140.63	1.5%			

November	10625	265.63	2.5%			
Dezember	9375	140.63	1.5%			

Tabelle 34: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei $a < 12\%$

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	11562.50	289.06	3.0%	2.16%	15.63%	[...]
Februar	8437.50	126.56	1.0%			
März	11562.50	289.06	3.0%			
April	8437.50	126.56	1.0%			
Mai	11562.50	289.06	3.0%			
Juni	8437.50	126.56	1.0%			
Juli	11562.50	289.06	3.0%			
August	8437.50	126.56	1.0%			
September	11562.50	289.06	3.0%			
Oktober	8437.50	126.56	1.0%			
November	11562.50	289.06	3.0%			
Dezember	8437.50	126.56	1.0%			

Tabelle 35: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei $12\% < a \leq 30\%$

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	13125	393.75	3.0%	1.97%	31%	[...]
Februar	6875	0	0.0%			
März	13125	393.75	3.0%			
April	6875	0	0.0%			
Mai	13125	393.75	3.0%			

Juni	6875	0	0.0%			
Juli	13125	393.75	3.0%			
August	6875	0	0.0%			
September	13125	393.75	3.0%			
Oktober	6875	0	0.0%			
November	13125	393.75	3.0%			
Dezember	6875	0	0.0%			

Tabelle 36: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei $30\% < a \leq 100\%$ (1. Variante)

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	20000	600	3.0%	3%	100%	[...]
Februar	0	0	0.0%			
März	20000	600	3.0%			
April	0	0	0.0%			
Mai	20000	600	3.0%			
Juni	0	0	0.0%			
Juli	20000	600	3.0%			
August	0	0	0.0%			
September	20000	600	3.0%			
Oktober	0	0	0.0%			
November	20000	600	3.0%			
Dezember	0	0	0.0%			

Tabelle 37: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei $30\% < a \leq 100\%$ (2. Variante)

370. Tabelle 36 und Tabelle 37 zeigen beispielhaft auf, wie sich stark unregelmässige Verkäufe auf den Zusatzrabatt auswirken. Während im Beispiel von Tabelle 36 der Vertragskunde lediglich jeden zweiten Monat einen Zusatzrabatt von 3% erhält, aber in denjenigen Monaten, in welchen er keinen Zusatzrabatt erhält, dennoch einen positiven Umsatz macht, erzielt er insgesamt einen Zusatzrabatt von nur ca. 1.97%. Dagegen erhält der Vertragskunde im Bei-

spiel von Tabelle 37, der nur jeden zweiten Monat einen Versand durchführt, einen durchschnittlichen Zusatzrabatt von 3%. Dieser Rabattunterschied entsteht, obwohl beide Vertragskunden dieselbe Preislistenkorrektur aufgrund ihres Jahresprofils erhalten. In solchen Fällen läuft der Zusatzrabatt der Korrektur durch das Jahresprofil entgegen. Ein Vertragskunde, der aufgrund einer grösseren Unregelmässigkeit bei den Versänden für die Post höhere Kosten verursacht, wird hierdurch besser gestellt, als ein Vertragskunde der der Post geringere Kosten verursacht.

371. Die nachfolgende Abbildung zeigt exemplarisch diesen Zusammenhang zwischen Schwankungsbreite und Zusatzrabatt auf. Zur Erstellung von Abbildung 15 wurde davon ausgegangen, dass ein Kunde monatlich versendet, wobei die x-Achse die von der Post berechnete Schwankungsbreite a abbildet. Dies bedeutet, je grösser die Differenz des Versandumsatzes zwischen je zwei aufeinander folgenden Versandmonaten während eines Jahres ist, desto grösser ist die Schwankungsbreite a . Hierbei wurde entsprechend den oben abgebildeten vier Tabellen (Rz 369) ein fixer Jahresumsatz und ein gleichmässiger zweimonatiger Versandrhythmus mit variabler monatlicher Umsatzverteilung angenommen.

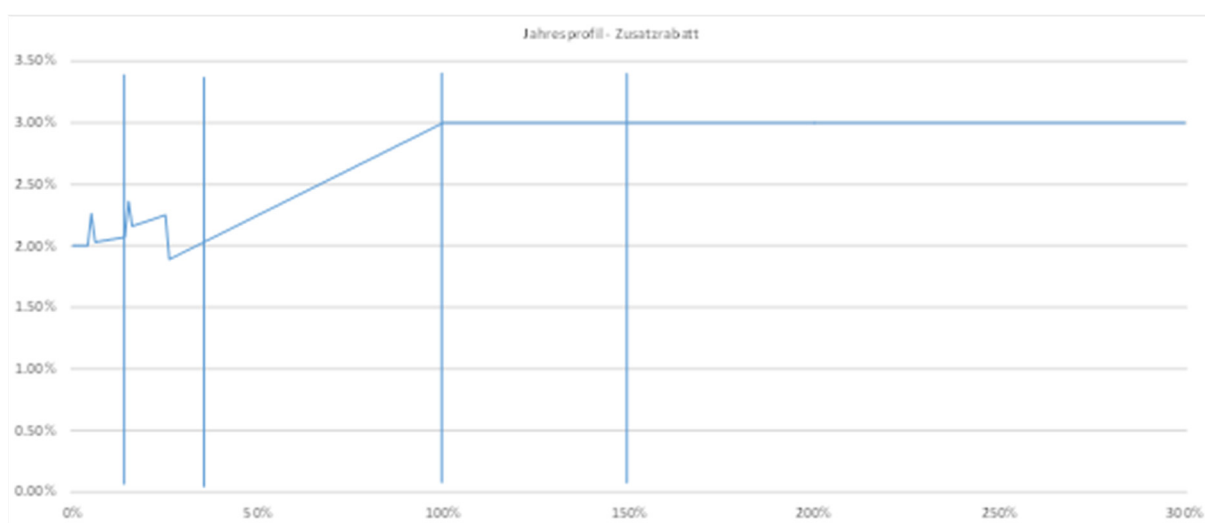


Abbildung 15: Verlauf des Zusatzrabatts bei zunehmender Schwankungsbreite im zweimonatigen Versandrhythmus.¹²⁴

372. Diese exemplarische Gegenüberstellung bei einem Szenario, in welchem gleichmässige Versände angenommen wurden, zeigt, dass Bereiche bestanden, in welchen Kunden mit geringeren Schwankungsbreiten aufgrund des Zusatzrabatts schlechter gestellt wurden, als Kunden mit höheren Schwankungsbreiten. In Abbildung 15 entspricht dies dem Bereich zwischen einer Schwankungsbreite a von 26 % und 100 %.

373. Diese Ungleichbehandlung bestand, obwohl die Post unregelmässige Versände grundsätzlich als Kostentreiber aufgrund der höheren notwendigen Kapazitäten ansah.

374. Durch den Effekt des Zusatzrabatts konnte es daher zu einer Ungleichbehandlung der Kunden bei Preisen kommen.

Anmerkungen der Post

375. Die Post verneint den oben beschriebenen Effekt in der Realität und stellt sich auf den Standpunkt, dass dieser Effekt nur theoretisch und konstruiert sei und in der Realität nicht vorkomme. Zudem sei die Annahme, dass Vertragskunden im Preissystem CAPRI in einem

¹²⁴ Vgl. Excel-Tabelle: Simulationsmodell.

Jahr während wenigen Monaten Sendungen aufgeben, in anderen dagegen gar nicht, wirklichkeitsfremd.

376. Hierzu ist anzumerken, dass bei den Kunden im Preissystem CAPRI durchaus monatlich unregelmässige Versände vorkommen. Dies lässt sich alleine schon aus den Tabelle 24 und Tabelle 28 ablesen. Tabelle 24 zeigt, dass die Zusatzrabatte vermehrt in den Randbereichen (ca. [60-70] % der Zusatzrabatte sind entweder 0% oder 3%) vorkommen. Wäre dies auf systematische Abweichungen von Prognoseumsätzen zu den tatsächlichen Umsätzen zurückzuführen, müssten sich diese Abweichungen ebenfalls in Tabelle 28 widerspiegeln. Das tun sie aber gerade nicht, da sich die tatsächlichen Umsätze mehrheitlich um die Prognoseumsätze herum bewegen. Lediglich [20-30] % der tatsächlichen Jahresumsätze im Vergleich zu den prognostizierten Jahresumsätze befinden sich im Randbereich, das bedeutet entweder mehr als [20-30] % unterhalb des prognostizierten Jahresumsatzes (ca. [10-20] % der Fälle) oder mehr als [10-20] % oberhalb des prognostizierten Jahresumsatzes (ca. [10-20] % der Fälle). Dies bedeutet aber, dass die Mehrzahl der Abweichungen in den Randbereichen gerade auf unregelmässiges Versandvolumen zurückzuführen ist. Die Behauptung der Post, dass die Beispielrechnung keine praktische Relevanz habe, ist somit widerlegt.

377. Die Post versucht mit einer aggregierten Gegenrechnung und Grafiken darzustellen, dass der Zusatzrabatt den Preislistenabschlag nicht überkompensiert habe. Neben der Tatsache, dass diese Grafiken nicht nachvollziehbar sind, da die Post hierfür die Berechnungsgrundlagen trotz mehrfacher Nachfragen verweigert hat, haben diese keinerlei Aussagekraft. Hinsichtlich der Berechnung wird nicht dargelegt, ob hierbei ein durchschnittlicher Zusatzrabatt oder jeder einzelne Zusatzrabatt verwendet wurde. Unabhängig davon sind in den Grafiken der Post neben den Schwankungen unter anderem auch die Abweichungen vom Prognoseumsatz enthalten, so dass eine isolierte Betrachtung der Effekte des Zusatzrabatts aus den Grafiken der Post überhaupt nicht abgeleitet werden können. Mit den von der Post vorgebrachten Grafiken lässt sich daher gerade nicht nachweisen, dass der aufgrund der Ausgestaltung des Preissystems CAPRI bestehende Effekt in Realität keine Entsprechung gefunden habe.

A.4.3.3.5 Bevorzugung von Quickmailkunden

378. In der Untersuchung wurde auch geprüft, ob das Preissystem gegenüber Vertragskunden der Post, welche gleichzeitig Quickmail-Kunden sind, anders angewandt wurde als gegenüber den übrigen Vertragskunden. Dazu wurde für die [...] Verträge von denjenigen Kunden, die sowohl Quickmail- als auch Post-Vertragskunden waren, die Preislisteneinteilung (vgl. Rz 254 ff.) sowie die Abweichung der tatsächlichen Umsätze von den Prognoseumsätzen analysiert (vgl. vorne, Rz 322 ff.) und mit den Werten für die übrigen Vertragskunden verglichen.¹²⁵

379. [...].

380. Dennoch wird nachfolgend geprüft, ob die Beobachtungen eine statistische Signifikanz aufweisen. Hierzu wird überprüft, ob sich der beobachtete Mittelwert der Preislistenabweichungen der Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise vom beobachteten Mittelwert der Preislistenabweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden unterscheidet. Aufgrund der grossen Zahl an Beobachtungen ist es unwahrscheinlich, dass die unterschiedlichen Mittelwerte daher rühren, dass es sich um dieselbe Verteilung handelt. Zur Überprüfung, ob und in welchem Masse die Beobachtungen der durchschnittlichen Abweichungen für Quickmail-Kunden und

¹²⁵ Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 6.

Nicht-Quickmail-Kunden unterschiedlichen Verteilungen zugrunde liegen, wird nachfolgend ein t-Test durchgeführt.¹²⁶

381. Mit einem Zweistichproben t-Test kann geprüft werden, ob die Mittelwerte (μ) zweier Grundgesamtheiten einander gleichen oder verschieden sind. Da vorliegend zwei Stichproben mit unterschiedlichen Varianzen vorliegen, wird der Welch-Test als t-Test eingesetzt. Hierbei wird die nachfolgende Nullhypothese überprüft: $H_0: \mu_1 = \mu_2$ (, wobei μ_1 der Mittelwert der Abweichungen von Quickmail-Kunden und μ_2 der Mittelwert der Abweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden darstellt). Kann die Nullhypothese abgelehnt werden, kommt die Alternativhypothese zum Tragen, wonach $H_1: \mu_1 \neq \mu_2$ ist. Der t-Test liefert die nachfolgenden Ergebnisse:

Test t: Zweiseitiger t-Test mit unterschiedlichen Varianzen

	<i>Variable 1</i>	<i>Variable 2</i>
Mittelwert	1.47775455	1.17276995
Varianz	3.31151044	3.66290784
Beobachtungen	[6'000-7'000]	[25'000-30'000]
gdl	10734	
Stat t	12.131858	
P(T<=t) zweiseitig	1.1886E-33	
t kritisch zweiseitig	1.96018501	

Tabelle 38: Ergebnis T-Test für Quickmail-Kunden betreffend die Abweichung der Preisliste.

382. Auch aufgrund des t-Tests zeigt sich, dass der statistische t-Wert deutlich über dem kritischen t-Wert liegt. Somit kann die Nullhypothese abgelehnt werden. Das bedeutet, dass sich die beiden berechneten Mittelwerte Quickmail-Kunden und Nicht-Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise unterscheiden. Daher ist mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass Quickmail-Kunden im Durchschnitt eine leicht bessere Preislisteneinteilung als Nicht-Quickmail-Kunden erhielten.

383. Auch im Hinblick auf den Zusatzrabatt wurden diejenigen Vertragskunden der Post, die ebenfalls Quickmail-Kunden waren, mit denjenigen Vertragskunden verglichen, die keine Quickmail-Kunden waren. Betreffend die Differenz zwischen dem vereinbarten Planumsatz und dem auf monatlicher Basis berechneten Jahresdurchschnitt des tatsächlich realisierten Umsatzes (vgl. dazu bereits Rz 322 ff.) konnte unter Elimination von Ausreißern¹²⁷ festgestellt werden, dass Quickmail-Kunden im Durchschnitt einen 4.2 % ([6'000-7'000] Beobachtungen, wobei ein Monat eine Beobachtung darstellt) tieferen tatsächlichen Umsatz als den vereinbarten Planumsatz erzielten. Die restlichen Postkunden erzielten im Durchschnitt einen tatsächlichen durchschnittlichen Jahresumsatz, der 1.8 % ([25'000-30'000] Beobachtungen, wobei ein Monat eine Beobachtung darstellt) unterhalb des Planumsatzes liegt. Damit lagen die Abweichungen im Durchschnitt insgesamt bei beiden Gruppen im Band von +/- 5 %. Da es sich hierbei um eine Betrachtung sämtlicher Vertragskunden der Post und damit um eine Vollerhebung handelt, könnte grundsätzlich auf weitere statistische Überprüfungen verzichtet werden.

¹²⁶ Zur Bestimmung der Art des durchzuführenden t-Tests wurde vorab geprüft, ob sich die Varianzen der beiden Grundgesamtheiten der Beobachtungen unterscheiden oder nicht. Da sich die Varianzen in statistisch signifikanter Weise unterscheiden, wurde der so genannte Welch-Test als t-Test gewählt.

¹²⁷ Als Ausreißer wurden Werte angenommen, bei welchen der prognostizierte Umsatz um mehr als 100 % höher lag als der tatsächliche Umsatz. Insgesamt wurden so 157 Ausreißer eliminiert.

384. Dennoch wird nachfolgend geprüft, ob die Beobachtungen eine statistische Signifikanz aufweisen. Hierzu wird überprüft, ob sich der beobachtete Mittelwert der Preislistenabweichungen der Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise vom beobachteten Mittelwert der Preislistenabweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden unterscheidet. Aufgrund der grossen Zahl an Beobachtungen ist es unwahrscheinlich, dass die unterschiedlichen Mittelwerte daher rühren, dass es sich um dieselbe Verteilung handelt. Zur Überprüfung, ob und in welchem Masse die Beobachtungen der durchschnittlichen Abweichungen für Quickmail-Kunden und Nicht-Quickmail-Kunden unterschiedlichen Verteilungen zugrunde liegen, wird nachfolgend ein t-Test durchgeführt.¹²⁸

385. Mit einem Zweistichproben t-Test kann geprüft werden, ob die Mittelwerte (μ) zweier Grundgesamtheiten einander gleichen oder verschieden sind. Da vorliegend zwei Stichproben mit unterschiedlichen Varianzen vorliegen, wird der Welch-Test als t-Test eingesetzt. Hierbei wird die nachfolgende Nullhypothese überprüft: $H_0: \mu_1 = \mu_2$ (, wobei μ_1 der Mittelwert der Abweichungen von Quickmail-Kunden und μ_2 der Mittelwert der Abweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden darstellt). Kann die Nullhypothese abgelehnt werden, kommt die Alternativhypothese zum Tragen, wonach $H_1: \mu_1 \neq \mu_2$ ist. Der t-Test liefert die nachfolgenden Ergebnisse:

Test t: due campioni assumendo varianze diverse

	<i>Variable 1</i>	<i>Variable 2</i>
Mittelwert	-0.04232722	-0.01809801
Varianz	0.06060396	0.04772519
Beobachtungen	[6'000-7'000]	[25'000-30'000]
gdl	9205	
Stat t	-7.24249319	
P(T<=t) zweiseitig	4.7589E-13	
t kritisch zweiseitig	1.96022173	

Tabelle 39: Ergebnis t-Test für Quickmail-Kunden betreffend die Abweichung des tatsächlich realisierten Umsatzes vom Plan-Umsatz

386. Auch aufgrund des t-Tests zeigt sich, dass der statistische t-Wert deutlich über dem kritischen t-Wert liegt. Somit kann die Nullhypothese abgelehnt werden. Das bedeutet, dass sich die Differenz zwischen dem Planumsatz und dem tatsächlichen Umsatz von Quickmail-Kunden und von Nicht-Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise unterscheiden. Daher ist mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass Quickmail-Kunden im Durchschnitt im Vergleich zu ihrem tatsächlich realisierten Umsatz einen tieferen Planumsatz als Nicht-Quickmail-Kunden erhielten. Dies bedeutet dass Quickmail-Kunden beim Zusatzrabatt bessergestellt wurden als Nicht-Quickmail-Kunden.

387. Wie die Auswertungen zeigen, erfolgte die Einstufung von Quickmail-Kunden durch die Kundenberater nur in geringem Masse anders als die Einstufung von Nicht-Quickmail-Kunden. Eine mögliche systematische und bedeutende Ungleichbehandlung der Quickmail-Kunden konnte daher nicht identifiziert werden.

Ausführungen der Post

¹²⁸ Zur Bestimmung der Art des durchzuführenden t-Tests wurde vorab geprüft, ob sich die Varianzen der beiden Grundgesamtheiten der Beobachtungen unterscheiden oder nicht. Da sich die Varianzen in statistisch signifikanter Weise unterscheiden, wurde der so genannte Welch-Test als t-Test gewählt.

388. Das Sekretariat hatte in seiner ursprünglichen Berechnung Ausreisser nicht berücksichtigt, was die Post entsprechend zu Recht kritisiert hat. Diese Berechnungen wurden unter Ausschluss von Ausreissern nochmals durchgeführt und in den Ausführungen entsprechend berücksichtigt.

389. Die Post bringt weiter vor, dass die Post Quickmail-Kunden nicht systematisch erfassen würde und diese daher auch nicht kennen würde. Zudem seien die Abweichungen unter Berücksichtigung der Ausreisser unbedeutend, so dass hieraus nicht auf eine Ungleichbehandlung geschlossen werden könne. Die Post führt weiter aus, dass die Definition von Quickmail-Kunden unklar sei und in den Berechnungen des Sekretariats die Dauer und Intensität der Geschäftsbeziehungen nicht berücksichtigt würden.

390. Hierzu ist anzumerken, dass sich die meisten Vorbringen der Post hinsichtlich der Ausreisser als stichhaltig herausgestellt haben und entsprechend in der Sachverhaltsermittlung berücksichtigt wurden. Dementsprechend waren die Abweichungen zwischen Postkunden, die gleichzeitig Quickmailkunden waren, und den übrigen Postkunden nur marginal, obwohl diese Abweichungen statistisch signifikant waren. Dennoch ist hierzu anzumerken, dass statistisch signifikante Ungleichbehandlungen auch unabhängig davon vorliegen können, ob die Post Quickmail-Kunden systematisch erfasst und kennt oder nicht. So kann die Post ihre Preissetzung zumindest theoretisch an Parametern ausrichten, die Quickmail-Kunden benachteiligen würden, ohne dass die Post diese Kunden kennen muss, wenn alleine schon die Parameter dazu geeignet sind, aufgrund des spezifischen Versandverhaltens der Kunden eine entsprechende Selektion vorzunehmen.

A.4.3.4 Weitere Kritikpunkte der Post

391. Die Post macht weiter geltend, dass Tabelle 25 und Tabelle 26 keinen Schluss zulassen, dass sich die Schwankungen „stark“ auf den Rabatt ausgewirkt hätten. Hierzu bedürfe es vielmehr eines Vergleichswertes. Das Sekretariat hätte daher vielmehr einzelne Unternehmen basierend auf deren Jahresprofilen analysieren und die jeweiligen Zusatzrabatte vergleichen müssen. Hinsichtlich der Beispielrechnungen macht die Post zudem geltend, dass die Unterschiede in absoluten Zahlen vernachlässigbar seien.

392. Im Nachgang an die Eingabe der Post hat das Sekretariat im Auftrag der WEKO sämtliche Vertragskunden im Preissystem CAPRI verglichen und nach direkten Wettbewerbern klassifiziert. In der nachfolgenden Tabelle sind einige Beispiele aufgeführt, welche resultierende Ungleichbehandlungen im Preissystem CAPRI beispielhaft aufzeigen. So wurden in der Tabelle unter den Feldern OPD, Absender, IBS und ABS die Grunddaten der jeweiligen Verträge angezeigt, wobei OPD die eindeutige Identifikationsnummer der Post ist, das Feld IBS die Inbetriebsetzung und ABS die Ausserbetriebsetzung des Vertrags darstellt. Im Feld PLZ wurde die Preisliste Ziel, also die vom System errechnete korrekte Preisliste basierend auf den Kundenparametern, angegeben. Im Feld PLV wurde die mit dem Kunden vereinbarte Preisliste aufgeführt, wobei der Wert in Klammern dem aus [...] entnommenen und der Preisliste in etwa entsprechenden Rabatt in Prozent darstellt. Im Feld Umsatz ver. wurde der mit dem Kunden vereinbarte Umsatz aufgeführt. In den nachfolgenden Feldern wurde jeweils der in den jeweiligen Jahren erzielte tatsächliche Umsatz der Kunden sowie der in diesem Jahr erhaltene durchschnittliche Zusatzrabatt dargestellt, wobei jeweils in Klammern darunter der Gesamtrabatt (Preislistenrabatt aus Spalte PLV und Zusatzrabatt) ausgewiesen wurde. Aus den Beispielen können die theoretisch aufgezeigten Effekte veranschaulicht werden.

393. So ist aus der Tabelle ersichtlich, dass [.A.] ursprünglich am 1. April 2011 um [...] Preislisten zu hoch eingestuft wurde und dass hier keinerlei Korrekturen bis zum 31. Dezember 2015 vorgenommen wurden. Zudem zeigt dieses Beispiel auf, dass aufgrund der unregelmässigen Versände [.A.] im Jahr 2013 einen durchschnittlichen Zusatzrabatt von [...] % erhalten hat, obwohl sie nur knapp innerhalb der 5 % Spannweite blieb und daher eigentlich lediglich

2 % Zusatzrabatt erhalten sollte. Der direkte Wettbewerber [.B.] wurde um [...] Preislisten zu hoch eingestuft und hat im Jahr 2012 das Umsatzziel mit einer Unterschreitung von ca. 53 % deutlich verfehlt. Dennoch hat [.B.] aufgrund der unregelmässigen Versände einen Zusatzrabatt von [...] % erhalten. Dennoch ist [.B.] gegenüber [.A.] deutlich im Nachteil, da [.B.] aufgrund der falschen Einstufung im Jahr 2011 einen Gesamtrabatt von lediglich ca. [...] % erhält während [.A.] einen Gesamtrabatt von ca. [...] % erhält, obwohl der Umsatz von [.A.] im Jahr 2011 nur 58.5 % des Umsatzes von [.B.] ausmacht.

394. Auch bei den [...] [.C.] und [.D.] sind trotz ähnlicher Ausgangslage stark unterschiedliche Konditionen zu sehen. Der Vertrag von [.C.] wurde bis zum 30. April 2015 nicht angepasst. Der von [.D.] bis zum 30. Juni 2014 nicht, obwohl [.D.] ursprünglich um [...] Preisliste zu hoch eingestuft wurde. Obwohl [.D.] im Jahr 2011 den vereinbarten Umsatz nur knapp erreichte, erhielt [.D.] aufgrund des unregelmässigen Versands einen Zusatzrabatt von [...] %. Im Jahr 2013 verfehlte [.D.] das Umsatzziel um [...] % und hätte eigentlich einen Zusatzrabatt von nur 1 % erhalten dürfen. Dennoch hat [.D.] aufgrund der unregelmässigen Versände einen durchschnittlichen Zusatzrabatt von [...] % erhalten. Vergleicht man die beiden direkten Wettbewerber [.C.] und [.D.], so stellt man fest, dass [.C.] in den Jahren 2011 bis 2013 einen leicht tieferen Rabatt erhalten hat, als [.D.] obwohl sich der Umsatz massiv ausgeweitet und den vereinbarten Umsatz um ein Vielfaches übertroffen hat. Eine Vertragsanpassung in einen besseren Vertrag wurde dennoch nicht vorgenommen.

OPD	Absender	IBS	ABS	PL Z	PL V	Umsatz ver.	Umsatz 2011	%	Umsatz 2012	%	Umsatz 2013	%	Umsatz 2014	%
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

OPD		Absender	IBS	ABS	PL Z	PL V	Umsatz ver.	Umsatz 2011	%	Umsatz 2012	%	Umsatz 2013	%	Umsatz 2014	%
		[...]													
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
		[...]													
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

OPD		Absender	IBS	ABS	PL Z	PL V	Umsatz ver.	Umsatz 2011	%	Umsatz 2012	%	Umsatz 2013	%	Umsatz 2014	%
		[...]													
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
		[...]													
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 40: [...].

396. Beim Pressevertrieb wurde [E.] bereits anfänglich in die korrekte Preisliste eingestuft, während [F.] vier Preislisten zu hoch eingestuft wurde. Obwohl [F.] in den Jahren 2011 und 2012 nur etwas mehr als die Hälfte des Umsatzes von [E.] erreichte, erhielt [F.] dennoch einen höheren Rabatt. Bis zum 31. Dezember 2013 fanden keine Vertragsanpassungen statt. Unklar ist, weshalb [E.] gemäss den Daten der Post für die Jahre 2013 und 2014 keinen Zusatzrabatt erhalten hat, obwohl die Umsatzziele erreicht bzw. übertroffen wurden.

397. Ein ähnliches Bild zeigt sich auch im Versandhandel bei den Modeunternehmen [G.], [H.] und [I.]. Während [H.] ein grosses jährliches Umsatzwachstum an den Tag legt, erfolgt keinerlei Vertragsanpassung. So erreicht [H.] auch nicht durchgängig einen Zusatzrabatt von 3 % sondern einen, der leicht darunter ist. [I.] hingegen wird von Anfang an zu hoch eingestuft, obwohl der Vertrag nicht aus dem Preissystem 2009 übernommen wird. Dies führt dazu, dass im Jahr 2014 [I.] einen grösseren Rabatt erhält als [H.], obwohl der Umsatz nur halb so gross ist. Vergleicht man die Situation mit [G.], so stellt man fest, dass [G.] ihr Umsatzziel in den Jahren 2012 bis 2014 regelmässig um 19 % bis 30 % verfehlt und daher einen Zusatzrabatt von 0 % bis maximal 1 % erhalten dürfte. Allerdings erzielt [G.] durch unregelmässige Versände einen Zusatzrabatt zwischen [...] % und [...] % pro Jahr.

398. Beim Vergleich der Wettbewerber [J.] und [K.] kann festgestellt werden, dass [J.] anfänglich um vier Preislisten zu hoch auf Preisliste 407 eingestuft wurde, während [K.] um eine Preisliste zu tief auf Preisliste 404 eingestuft wurde, obwohl der vereinbarte Umsatz bei [K.] höher ist, als derjenige bei [J.]. Selbst mit dem Zusatzrabatt kann [J.] diese drei Preislisten Differenz nicht wettmachen.

399. Im Logistikbereich erhält die [L.] einen Vertrag, der um neun Preislisten zu hoch eingestuft ist und bis zum 21. März 2016 nicht angepasst wird. Damit erhält er gegenüber dem direkten Wettbewerber [M.] einen Rabatt, der pro Jahr zwischen 2 % und 3 % höher ist. Auch [N.] erhält einen Vertrag, der um fünf Preislisten zu hoch ist, der auch über fast drei Jahre nicht angepasst wird. In diesem Fall hat sich wohl der tatsächliche Umsatz an die neue Preisliste sukzessive angenähert, so dass möglicherweise der Kundenberater aus diesem Grund nicht interveniert hat. Dennoch wurde auch der Planumsatz nicht angepasst, so dass [N.] einen Zusatzrabatt erhält, der jeweils zwischen [...] % und [...] % liegt. [M.] hingegen bewegt sich in etwa in ihrem Prognoseumsatz und ist nur eine Preisliste besser eingestuft und erhält daher mit einem mit [N.] vergleichbaren Umsatz pro Jahr ca. 3 % weniger Rabatt.

400. Diese Beispiele zeigen, dass sämtliche durch das Sekretariat analysierten Effekte des Preissystems CAPRI auch in der praktischen Anwendung zum Tragen kommen und so eine Ungleichbehandlung zwischen direkten Wettbewerbern resultiert.

401. Die Post wirft dem Sekretariat vor, dass sich der Antrag bei der Erhebung des massgeblichen Sachverhalts für den Vorwurf der angeblichen Diskriminierung auf den Nachweis der Ungleichbehandlung beschränke. Es sei nicht geprüft worden, ob die vom Sekretariat erhobenen Ungleichbehandlungen auch nur irgendeinen Effekt auf den Wettbewerb haben könnten, weshalb der Untersuchungsgrundsatz verletzt sei.

402. Wie in Rz 383 ff. ausgeführt, wurden die Effekte auf direkte Wettbewerber nachgewiesen, weshalb die Vorbringen der Post hierzu ins Leere stossen.

403. Die Post wirft dem Sekretariat vor, mangelhafte und nicht verwertbare Berechnungen angestellt zu haben. So bringt die Post vor, dass aus sich Tabelle 25 und Tabelle 26 nicht herauslesen lasse, ob die Tatsache, dass ein grosser Anteil der Zusatzrabatte auf die tiefste und höchste Stufe entfällt, aus monatlichen Schwankungen oder aus anderen Differenzen entstehen würde. Zudem erachtet die Post die Berechnungen, ob es zu Abweichungen zwischen den vereinbarten Umsätzen und den tatsächlichen Umsätzen gekommen ist, als sinnlos. Vielmehr sei gemäss Post relevant, wie die Planumsätze festgelegt wurden.

404. Hierzu wurde bereits in Rz 350 Stellung genommen. Die Berechnungen zu den Abweichungen zwischen vereinbarten Umsätzen und tatsächlichen Umsätzen sind gerade nicht sinnlos, da basierend hierauf unterschieden werden kann, welcher Anteil des Zusatzrabatts tatsächlich darauf zurückzuführen ist, ob der tatsächliche Umsatz den prognostizierten Umsatz übertrifft und welcher Anteil des Zusatzrabatts lediglich auf unregelmässige Versände zurückzuführen ist (vgl. Rz 373).

405. Weiter versucht die Post glaubhaft zu machen, dass der Zusatzrabatt unauffällig verteilt sei, indem sie den durchschnittlichen Zusatzrabatt für die ersten 12 Monate für ihre Berechnungen heranzieht. Diese gesamten Berechnungen gehen alleine schon deshalb am Thema vorbei, da der Zusatzrabatt monatlich festgelegt wird und kein Jahresdurchschnitt gebildet wird. Damit spiegelt ein im Jahresdurchschnitt berechneter Zusatzrabatt aber gerade die Schwankungen nicht wider, welche zu den Ungleichbehandlungen führen, weshalb die Berechnungen der Post nicht stichhaltig sind. Zudem hat die Post die Bekanntgabe der Berechnungsgrundlage trotz mehrfacher Nachfrage seitens Sekretariat und WEKO verweigert.

406. Auch die Ausführungen der Post hinsichtlich der Festlegung des Prognoseumsatzes sind nicht stichhaltig. Zwar könnte eine systematisch falsche Feststellung und Vereinbarung des Prognoseumsatzes eine weitere Quelle für Ungleichbehandlungen der Kunden untereinander sein. Wie hiermit allerdings die identifizierten Ungleichbehandlungen durch die falschen Preislisteneinteilungen, die unterlassenen Vertragsanpassungen und die monatliche Berechnung des Zusatzrabattes im Vergleich zu einem Planumsatz auf Jahresbasis gerechtfertigt werden sollen, ist nicht ersichtlich. Die Ausführungen der Post hierzu sind daher für die Ermittlung des relevanten Sachverhalts unerheblich.

A.4.4 Transparenz der Preissysteme 2009 und CAPRI

407. Die Transparenz der Preissysteme ist im Hinblick auf die untersuchten Verhaltensweisen in zweierlei Hinsicht relevant: Zum einen erleichtert eine fehlende Transparenz die Ungleichbehandlung von Kunden. Zum anderen kann die Unsicherheit über die Rabattierung und die Auswirkungen einer Umsatzänderung (insbesondere Verlagerung von Sendungen) die Vertragskunden davon abhalten, mit Wettbewerbern wie Quickmail für einen Teil ihres Briefversands zusammenzuarbeiten, oder die Zusammenarbeit erschweren.

A.4.4.1 Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem 2009

408. Die Preislisten des Preissystems 2009 tragen die Überschrift «Streng vertraulich. Weitergabe nur intern und nur in Papierform». Im Rahmen der Anhörung machte die Post auf Vorhalt keine klaren Aussagen zur Transparenz des Preissystems 2009. So machte die Post geltend, dass es keine Strategie dahinter gegeben habe und es das höchste Ziel der Post gewesen sei, die Kunden gleich zu behandeln. Da jeder Kunde die Konditionen erfragen konnte, sei die Transparenz nie ein Thema gewesen. Auf mehrmaliges Nachfragen, weshalb die Preisliste vertraulich/intern behandelt wurde, meinte die Post, dass sie dies nicht sagen könne, da es lange her sei. Es habe damals keinen direkten Mitbewerber gegeben, und der Kunde habe Vertraulichkeit erwartet. Zudem meinte die Post, dass das System gegenüber dem Kunden transparent gewesen sei und die Post nicht wisse, ob es relevant für den Kunden

sei, was andere Kunden bezahlen. Im Grosskundengeschäft würden Konditionen nicht offengelegt.

409. Ausgehend vom Vermerk auf der Rabattliste für das Preissystem 2009 und den Aussagen der Post im Rahmen der Anhörung ist erstellt, dass den Kunden die Rabattlisten nicht offengelegt wurden. Damit ist für die Kunden eine Überprüfung, ob sie von der Post den „richtigen“ Rabatt (also, den Rabatt, der ihren Parametern entspricht) erhalten haben, nicht möglich. Die Kunden hätten ihren Rabatt möglicherweise mit Wettbewerbern vergleichen können, wenn sie ihre Vertragskonditionen untereinander ausgetauscht hätten. Die Kunden kannten immer nur ihre eigenen Konditionen. Es ist daher erstellt, dass für die einzelnen Kunden die Konditionen nicht haben überprüft oder mit den Konditionen von Wettbewerbern haben verglichen werden können. Wie nachfolgend (vgl. Rz 412) gezeigt wird, war dies von der Post zumindest im Preissystem CAPRI auch nicht erwünscht.

A.4.4.2 Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem CAPRI

410. Zur Einführung des neuen Preissystems bestanden als Kommunikationsmittel mit dem Kunden der Kundenflyer «Das neue Preissystem für Briefsendungen» (nachfolgend: Kundenflyer) und die Kundeninformation «Neues Geschäftskunden-Preissystem» (nachfolgend: Kundeninformation). Es wurde nicht überprüft, ob diese Unterlagen allen Vertragskunden ausgehändigt wurden. Laut Kundeninformation erhält der Kunde neben einer Broschüre mit den Leistungen und Listenpreisen¹²⁹ ein individuelles Konditionenblatt (mit den Parameterausprägungen des Vertragskunden) und ein darauf basierendes individuelles Preisblatt (mit den rabattierten Preisen pro Produkt) [; nachfolgend auch «individuelle Preisliste] sowie den Kundenflyer und eine Vertragsmappe.

411. Gemäss Angaben der Post waren die Kriterien zur Preislisteneinteilung im oben erwähnten Kundenflyer «Das neue Preissystem für Briefsendungen» publiziert. Die konkreten Berechnungen der einzelnen Parameter waren in der Broschüre jedoch nicht aufgeführt, in der Kundeninformation nur teilweise. Die Post begründete dies damit, dass die Parameter entweder sehr klar ([...]) oder kompliziert ([...]) seien. Vielmehr sei es wichtig, dass der Kunde die Prinzipien verstehe und die Post ihm konkret sagen könne, was er tun müsse, um möglichst günstig mit der Post zusammen zu arbeiten. Die Schwellenwerte bei den einzelnen Parametern für bessere/schlechtere Preislisten waren weder im Kundenflyer noch der Kundeninformation enthalten. Ausserdem waren weder die einzelnen Preislisten und Rabattstaffeln noch die genauen Kriterien zur Einteilung der Kunden in eines der vier Segmente (Infopost, Business Post, Tagespost, Standard, vgl. Rz 125) für die Vertragskunden zugänglich. Dies bedeutet, dass ein Vertragskunde weder selber seine Parameter berechnen und die Rabattwirkung überprüfen noch aufgrund dieser Informationen die Auswirkungen von Umsatzänderungen oder Änderungen in der Produktwahl berechnen konnte.

412. Im Rahmen der Einführung des Preissystems CAPRI hatte sich die Projektleitung bewusst dafür entschieden, nur die offiziellen, nicht rabattierten Listenpreise und nicht die individuellen 60 Preislisten aufzuführen. Ziel war es, externe Preistransparenz bei steigenden Unterschieden zwischen den Kunden zu vermeiden.¹³⁰ Die Lösung der Abbildung der Listenpreise auf dem AVZ wurde dann auch so umgesetzt. Die Rechnung enthielt eine Aufstellung zu individuellen (d. h. rabattierten Preisen) sowie den Zusatzrabatt, nicht jedoch die offiziellen Listenpreise oder die Rabatte basierend auf der Preislisteneinteilung. Somit konnten Kunden lediglich ihre individuellen Preise mit den offiziellen Listenpreisen der Post vergleichen. Eine Überprüfung, ob die individuelle Einstufung in eine Preisliste korrekt war, oder ein

¹²⁹ Gemeint sind die offiziellen Standardpreise, die für alle Kunden (auch Nicht-Vertragskunden) gelten.

¹³⁰ [...].

Vergleich der individuellen Preise mit Wettbewerbern war unmöglich und von der Post auch nicht gewollt.

413. Alle anderen Unterlagen zu CAPRI [...] waren rein interne Dokumente und nicht für die Weitergabe an Vertragskunden vorgesehen. In den Schulungsunterlagen für die Superuser der Post vor Einführung von CAPRI war zudem die gesamte CAPRI-Applikation (das Informationssystem) mit den entsprechenden Informationen und Berechnungen als rein intern bezeichnet worden. Eine derart weitgehende Beschränkung war in den Ausbildungsunterlagen für die Kundenberater nicht mehr enthalten. Allerdings wurde in den Schulungsunterlagen für die Verkaufsorganisation betont, dass die Preisblätter, inklusive aller verwendeten Produkte und Preise sowie dem resultierenden Rabatt, nur für den internen Gebrauch bestimmt und nicht zur Weitergabe gedacht waren.

414. Die Preisblätter und Rabattstaffeln waren somit den Vertragskunden grundsätzlich nicht bekannt. Nicht bekannt waren den Vertragskunden zudem die Preislistennummern und die konkreten Abweichungen in Anzahl Preislisten. Aus den durch die Post eingereichten Unterlagen geht auch nirgends hervor, dass etwa die Zielpreisliste oder der Vorschlag im Rahmen des Gleitpfads dem Vertragskunden kommuniziert worden wären.

415. [...]

Hinsichtlich externer Kommunikation war in der ursprünglichen Kundeninformation noch erwähnt, dass der Produktmix die Segmenteinteilung bestimmt. In der neueren Kundeninformation (für das Jahr 2015) [...].

416. An der Schulung für die Kundenberater der Post vom 26. Januar 2012 wurde auf die neue Möglichkeit hingewiesen, für die Kunden Datenreports über die Entwicklung ihrer Parameter vorzusehen. Der Kundenberater oder die Kundenberaterin konnte entweder selber einen Report exportieren und dem Kunden abgeben oder der Kunde konnte über seinen Post-Account darauf zurückgreifen. Beides musste jedoch im System aktiviert werden. Laut Schulungsunterlagen mussten die Kundenberater die Möglichkeit haben, über Bereitstellung der Berichte entscheiden zu können. Laut den eingereichten Unterlagen gab es keine explizite Kommunikation gegenüber den Kunden oder eine Pflicht zur Abgabe/Einrichtung dieser Datenreports. Im Report waren für die preislistenrelevanten Parameter die vereinbarten und aktuellen Werte sowie die Abweichung angegeben. Nicht angegeben war, ob eine Abweichung preislistenrelevant war und wie sich die Abweichung in Preislisten oder Rabattprozenten auswirkte.

417. In den Schulungsunterlagen für die Kundenberater der Post vom 6. November 2012 wurde zudem die Möglichkeit des Excel-Exports der Kalkulations-Werte zuhanden der Vertragskunden eingeführt. Dabei sind die Vorjahreswerte der Mengen und Preislistenparameter eingegeben und die Planwerte für die nächste Periode, welche der Kunde vor dem Beratungsgespräch anpassen kann. Die Berechnung von Parametern, Preisen und Rabatten ist damit jedoch nicht möglich. Auch hier bestand nur die Möglichkeit zum Export der Kalkulation, jedoch keine Pflicht für die Kundenberater.

418. Die Post stellte den Kunden denn auch keine IT-Anwendung zur Verfügung, mit der der Kunde im Vorfeld Preise selber simulieren und die Einflussfaktoren überprüfen kann. Der in der Sprachregelung der Post angegebene Grund dafür war, dass das postinterne Berechnungstool auf umfassenden Kundendaten und Informationen beruhe und diese schon aus Datenschutzgründen im Unternehmen bleiben müssten. Dies muss grundsätzlich als vorgeschobenes Argument qualifiziert werden, da nicht ersichtlich ist, wie aufgrund des postinternen Berechnungstools ein Personenbezug zu Personendaten von Dritten hergestellt werden könnte. Das postinterne Berechnungstool basiert auf statistischen Auswertungen des Gesamtkundendatensatzes der Post, so dass in aller Regel hieraus ein Personenbezug nicht möglich erscheint. Hinsichtlich der Auswertung und Parametrisierung der individuellen Kundendaten

der betroffenen Person besteht ohnehin kein Problem, da es sich um ihre eigenen Daten handelt. Daher ist nicht ersichtlich, wie durch einen Zugang zum Berechnungstool Datenschutzrechte verletzt werden könnten.

419. Wie oben erwähnt, erhielten die Kunden ein Konditionenblatt mit ihren individuellen Parameterausprägungen sowie dem für sie anwendbaren individuellen Preisblatt (Preisliste).¹³¹ Laut Post konnte ein Vertragskunde aber die rabattierten Preise, welche im Preisblatt (individuelle Preisliste) der Vertragsunterlagen oder der Rechnung ersichtlich waren, mit den publizierten offiziellen Preisen – nach Abzug der Mehrwertsteuer – vergleichen und so die Rabatte berechnen. Zudem wurden für die Kunden individuell die monatlichen Umsatzschwellen aufgeführt, die zu dem entsprechenden Zusatzrabatt führten.

420. Für weitergehende Informationen und Berechnungen musste und muss sich ein Vertragskunde laut Angaben der Post an den Kundenberater oder die Kundenberaterin wenden. Dieser konnte mit dem postinternen Berechnungstool die individuellen Preise pro genutztes Produkt und Rabattwerte berechnen. Mit Schreiben vom 6. Mai 2016 teilte die Post mit, dass ausgehend von den Kundenangaben der Kundenberater oder die Kundenberaterin den Kunden über mögliche Auswirkungen bei Änderungen orientieren und ihm die Preise oder eine Offerte zusenden könne. Dabei könne der Kundenberater oder die Kundenberaterin den Kunden über Optimierungspotenziale orientieren und ihm auf Wunsch einen Export der Strukturkontrolle zur Verfügung stellen, in welchem die aktuellen und vereinbarten Ausprägungen des Kunden gegenübergestellt sind. In den beiden eingereichten Beispielen von Datenexporten (Kalkulation für die Periode September 2013 bis August 2014 sowie Strukturkontrolle für die Periode vom April 2015 bis März 2016) sind jeweils die Struktur (mit Parameterausprägungen), die Mengen sowie das Jahresprofil enthalten. Bei der Strukturkontrolle (Vergleich Planwerte/aktuelle Werte über letzte 12 Monate) sind zudem die gesamten Rabatte (aufgrund individueller Preise und Zusatzrabatt) und die letzten 12 Zusatzrabatte aufgeführt, sowie ein allfälliger Preislisteneinfluss. Sie enthalten die Datenwerte. Nicht in den Aufstellungen enthalten sind die Abstufungen der Parameter, die Formeln zur Berechnung und die Rabattvergleiche. Damit kann festgehalten werden, dass die Kunden Preiskonstellationen nicht eigenständig berechnen konnten.

421. Auf den 1. Januar 2015 hin gab es eine Anpassung des Preissystems (vgl. Rz 134 ff.). Auch die Kundeninformation wurde inhaltlich angepasst, wobei diese neuen Versionen für das Jahr 2015 (Stand August) vorliegen. Neu waren darin zu den Parametern einige zusätzliche Erklärungen (etwa zur Berechnung des Jahresprofils) bzw. Beispiele sowie die nächsten Schwellenwerte aufgeführt. Ebenfalls war neu eine Darstellung aus der Strukturkontrolle enthalten, in der die Rabatteffekte für den Kunden ersichtlich waren. In der neuen Kundeninformation wurde ausserdem auf die Einhaltung kartellrechtlicher Grundsätze hingewiesen. Ob und falls ja welchen Vertragskunden diese Versionen der Kundeninformation abgegeben wurden, wurde nicht ermittelt. Seit Februar 2016 können zudem laut Angaben der Post auf der Kundenrechnung im Detailnachweis ausserdem die individuellen Preise mit den Listenpreisen pro Sendungsaufgabe (je ohne bzw. mit MWST) verglichen werden.

422. Laut Schulungsunterlagen für die Kundenberater vom September 2014 [...]. Grundsätzlich nach wie vor zum internen Gebrauch waren bei der Kalkulation die Berechnungen zum Preislistenvergleich (vereinbarte zu einer anderen Preisliste), der Eskalationsmaske (Übersicht mit Rabattauswirkungen bei zusätzlichen Preislisten) und bei der Strukturkontrolle der Preislisten-Vergleich (vereinbarte zur Zielpreisliste_{Neu}). Insbesondere sollen die absoluten Preislisten nicht öffentlich werden.

¹³¹ Siehe oben Rz 122; [...]

423. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Post den Vertragskunden gegenüber grundsätzlich die Handhabung des Segments, die genaue Berechnung der preislistenrelevanten Parameter, die Schwellen und die Höhe des Einflusses der Parameter auf die Preislisteneinteilung, die verschiedenen Preislisten und Rabattstaffeln, die Zielpreisliste und den genauen Gleitpfad nicht bekannt gab. Zusätzliche Informationen zu den offiziell kommunizierten mussten bei den Kundenberatern eingefordert werden, wobei die Herausgabe in deren Ermessen stand. Den Vertragskunden stand auch kein Tool zur Verfügung, womit sie eigenständig Berechnungen anstellen konnten. Ein Vertragskunde konnte so auch nicht überprüfen, ob seine Preislisteneinstufung korrekt war und wie seine Preislisteneinstufung im Vergleich zu seinen Wettbewerbern vorgenommen wurde.

Anmerkungen der Post zur Transparenz

424. Die Post macht geltend, dass die Frage nach der Transparenz des Preissystems CAPRI einzig in der Vorabklärung gestellt wurde. Da diese ohnehin gemäss Meinung der Post in verschiedenster Hinsicht fehlerhaft gewesen sei, seien die Behauptungen zur vermeintlichen Intransparenz des Preissystems CAPRI nicht belegt.

425. Hierzu kann festgehalten werden, dass durch die Dokumente der Post und die verschiedenen Ausführungen der Post erstellt ist, dass die Postkunden lediglich über ihre individuellen Preise (im Preissystem CAPRI) bzw. Rabatte (im Preissystem 2009) Bescheid wussten. Aufgrund der fehlenden Offenlegung der Rabattlisten im Preissystem 2009 und der Preislisten sowie deren Berechnungsgrundlage im Preissystem CAPRI, war es den Postkunden in keiner Weise möglich, Vergleichswerte einzuholen oder ihre Einstufungen zu überprüfen.

426. Die Post führt weiter aus, dass die Kunden ihre Preise und Rabatte sowie diejenigen von Quickmail kannten und dass die Post ihre Vertragskunden umfassend dokumentiert habe. So hätten die Postkunden ihre Preise untereinander vergleichen können, zudem standen den Vertragskunden jederzeit die Kundenberater zu einem persönlichen Gespräch zur Verfügung.

427. Auch aus diesen Ausführungen kann die Post nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar ist unstrittig, dass die Kunden über ihre individuellen Preise Bescheid wussten. Dennoch stand ihnen kein Referenzmassstab zur Verfügung, anhand dessen sie die Korrektheit ihrer Preise hätten überprüfen können. Das Argument der Post, wonach die Postkunden auf individueller Basis die Möglichkeit gehabt hätten untereinander ihre individuellen Preise zu vergleichen, ist alleine schon deshalb fragwürdig, da die WEKO der Meinung ist, dass sich Wettbewerber grundsätzlich nicht über Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen absprechen sollten. Zudem wäre ein Preisvergleich der einzelnen Postkunden untereinander nur möglich gewesen, wenn sie sich gegenseitig auch ihre Versandmengen offengelegt hätten, was wiederum Rückschlüsse auf die Geschäftslage der einzelnen Unternehmen erlaubt hätte. Zudem wäre auch der Aufwand viel zu gross gewesen, um die Preislisten systematisch auf mögliche Diskriminierungen hin zu vergleichen. Auch der Preisvergleich mit Quickmail verfängt aufgrund der einheitlichen Preissetzung der Post von Produkten des reservierten Dienstes und ausserhalb des reservierten Dienstes nicht. Die Post kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

A.4.4.3 Einschätzung der Marktgegenseite und der Konkurrenz zur Transparenz

428. Die Post hat bei der Einführung des neuen Preissystems selbst Vertragskunden befragt und [...].

429. Eine Umfrage innerhalb der Verkaufsorganisation der Post selbst ergab [...]. Hierbei ist allerdings unklar, ob [...].

430. Im Zuge einer Befragung durch das Sekretariat wurden 28 Vertragskunden in der Vorabklärung und 255 Vertragskunden in der Untersuchung zur Ausgestaltung des Preissystems CAPRI befragt. Zahlreiche Vertragskunden kannten ihre Einteilung, die Kriterien zur Berechnung des Rabatts sowie die genauen Auswirkungen von Verschlechterungen / Verbesserungen im Profil nicht. Entsprechend waren sie auch nicht in der Lage, die Auswirkungen einer Verlagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten abzuschätzen.

431. Die Vorbringen der Komplexität und Intransparenz waren auch Vorbringen der ursprünglichen Anzeigen gegen das neue Preissystem:

- a. Gemäss der unaufgefordert eingereichten Anzeige des VSV ist es aufgrund der vielen Rabattkomponenten nicht mehr möglich, Preise am Markt zu vergleichen und ohne Hilfe eines Anbieters die Kosten für einen Versand zu berechnen. Laut einem seiner Mitglieder müsse man «ausgebildeter Astrophysiker sein, um die Kosten für ein Mailing selber genau rechnen zu können.» Das monatliche Zielvolumenrabattsystem mache betriebswirtschaftlich keinen Sinn und schaffe enorme Intransparenz. Es könne nicht sein, dass in einem geschützten Marktsegment so intransparent agiert werde und ein Unternehmen seine Kosten für einen Aussand nicht mehr ohne Hilfe des Anbieters rechnen kann. Im Weiteren würden die Rabatte nicht differenziert (Monopol - Nicht Monopol), so dass man als Unternehmer die Volumina besser bei der Post belässt als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen. Die neu geschaffene Intransparenz schein wettbewerbsrechtlich fragwürdig zu sein.
- b. Der SDV kritisierte ebenfalls die Kundenunfreundlichkeit und Intransparenz des neuen Systems: Dieses sei sehr komplex gestaltet und verunmögliche es den Kunden gemäss eigenen Angaben der Post, inskünftig die Preise für die Dienstleistungen der Post selber zu berechnen. Im Monopolbereich sei es jedoch von zentraler Bedeutung, dass die Post offen und transparent ihre Preise kommunizierte. Mit dem neuen Preissystem werde eine Markttransparenz von vornherein verunmöglicht. Der SDV forderte daher vom Bundesrat die Offenlegung der Preislisten, kundenfreundliche, transparente und einheitlich angewandte Parameter sowie die Trennung des Wettbewerbsbereichs vom Monopolbereich.

432. Auch Quickmail machte geltend, das Preis- bzw. Rabattmodell der Post sei intransparent und in seinen Auswirkungen für die Kunden kaum berechenbar, weshalb sich Kunden scheuten, Quickmail dennoch einen Teil der Sendungen zu übergeben. Ausserdem führte Quickmail – einige Jahre nach der Einführung des neuen Preissystems – Folgendes aus (vgl. zudem unten, Rz 553): «Für uns wie auch für andere Kunden ist es nicht nachvollziehbar, welche Parameter wie stark wirken. Die Gewichtung ist nicht transparent. Unsere Kunden teilen unisono mit, dass sie die Preise und Preisänderungen nicht nachvollziehen können, weil die Preisgestaltung nicht transparent ist und es kein Tool gibt, wo man die Effekte der Parameter simulieren kann.»

433. In der Vorabklärung wurden 28 Vertragskunden direkt gefragt, wie sich der frühere Prozess zur Vereinbarung der Rabatte (Preissystem 2009) und damit die Preise vom jetzigen Vereinbarungs-Prozess (Preissystem CAPRI) unterscheiden würden.¹³²

Kein Unterschied	Komplexer	Weniger Rabatt	Weniger Verhandlungsmöglichkeiten
8	11	2	5

Tabelle 41: Auswertung Frage 16 der Vorabklärung

¹³² Fragebogenantworten Vorabklärung, Antworten auf Frage 16.

434. Ein Kunde merkte zudem an, dass das Preissystem transparenter sei, da die Parameter kommuniziert würden. Hinsichtlich der Frage, wie die Kunden das neue Preissystem im Vergleich zum alten Preissystem a. im Allgemeinen und b. in Sachen Transparenz beurteilen würden gaben die Befragten folgende Antworten:¹³³

a	Preiserhöhung	Komplizierter	Wenig Änderung	Transparenter Kundenfreundlicher	Vergleichsmögl. fehlt
	2	11	8	2	2
b	Intransparenter		Gute Transparenz		Komplizierter
	14		7		1

Tabelle 42: Auswertung Frage 21 der Vorabklärung

435. Zwei Kunden bezeichneten das Preissystem zudem als katastrophal.

436. Zwei Vertragskunden gaben an, das Preissystem erschwere die Nutzung von Quickmail durch die Erschwerung von Preisvergleichen oder die stärkere Bestrafung bei Verlagerung von Sendungen. Auffällig ist, dass sich sämtliche Vertragskunden, welche auch Quickmailkunden waren, in der Beurteilung kritisch äusserten und damit für einen grossen Teil der negativen Einschätzungen verantwortlich waren, sei dies Intransparenz, Komplexität, Preiserhöhung und Erschwerung der Berücksichtigung von Konkurrenten. Zumindest die fehlende Transparenz und die hohe Komplexität wurde jedoch nicht nur von Quickmailkunden bemängelt.

437. In der Untersuchung wurde die Frage nach der Transparenz des Preissystems CAPRI nicht direkt gestellt.

438. In der Untersuchung wurde den 255 Vertragskunden die Frage gestellt, aufgrund welcher Kriterien die Postkunden ihrer Meinung nach in die für sie geltende Preisliste eingestuft wurden¹³⁴. Darauf antworteten insgesamt 125, dass dies aufgrund des Umsatzes bzw. Briefvolumens erfolgt sei¹³⁵, 49 nannten mehrere für die Preislisteneinstufung relevante Kriterien der Post¹³⁶, 46 gaben eine unklare Antwort oder sie wussten es nicht, und 29 machten keine Angaben oder konnten keine Angaben machen.¹³⁷

Einstufung in Preisliste aufgrund von ...	Nur Umsatz/ Volumen	Mehrere preislistenrelevante Kriterien	Nicht bekannt oder unklare Antwort	Keine Angaben
	125	49	46	29

¹³³ Fragebogenantwort Vorabklärung, Antworten auf Frage 21.

¹³⁴ Fragebogenantworten, Frage 17.

¹³⁵ Einige dieser Geschäftskunden äussern dies jedoch nur als Vermutung. Vereinzelt werden zusätzlich etwa noch der Produktmix resp. die Art der bezogenen Dienstleistungen/Produkte genannt. Laut Geschäftskunden erfolgt die Einstufung mehrheitlich gestützt auf das Volumen bzw. den Umsatz sowie teilweise den Produktmix des Vorjahres, z. T. (zusätzlich) gestützt auf eine Prognose. Ein Kunde gibt an, die Umsätze der letzten 5 Jahre seien massgebend

¹³⁶ Nicht mitgezählt sind hier diejenigen Unternehmen, welche nur Volumen oder Umsatz angegeben haben.

¹³⁷ Dazu bezeichneten 5 Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

Tabelle 43: Antworten zu den relevanten Kriterien zur Einstufung in die Preisliste

Laut den Fragebogenantworten waren vielen Vertragskunden die zur Einstufung relevanten Kriterien nicht bekannt oder zumindest nicht bewusst, oder sie gingen davon aus, dass nur die Menge bzw. der Umsatz einen Einfluss auf die Preisliste hat.

439. Weiter wurden die Vertragskunden der Post sowohl in der Vorabklärung als auch in der Untersuchung gefragt, ob sie wüssten in welchem Segment sie eingestuft seien und ob ihnen bekannt sei, welche finanziellen Auswirkungen die Segmenteinteilung für sie habe.¹³⁸

440. Von den in der Vorabklärung befragten 28 Vertragskunden gaben zehn Vertragskunden an, ihr Segment, die Kriterien der Zuteilung sowie allfällige mit der Zuteilung verbundene finanzielle Auswirkungen zu kennen. 14 Vertragskunden verneinten dies. Vier Vertragskunden gaben keine oder eine unklare Antwort. In der durch einen Vertragskunden eingereichten Kundenpräsentation war das konkrete Kundensegment nicht erwähnt.¹³⁹

441. In der Untersuchung antworteten von 255 Vertragskunden insgesamt 207 Vertragskunden (rund 81 %), dass ihnen ihre Segmentzuordnung entweder unbekannt war oder sie nannten Segmentzuordnungen, die nichts mit den vier Segmenten der Post (Infopost, Business Post, Tagespost, Standard, Rz 125) zu tun hatten. Insgesamt gaben zehn (d. h. rund 4 %) Vertragskunden an, ihre Segmentzuordnung zu kennen und fünf von ihnen gab das jeweilige Segment auch an. Insgesamt 36 Vertragskunden machten keine Angaben, konnten dies nicht beurteilen oder gaben eine unklare Antwort.¹⁴⁰

Segmentzuordnung	Unbekannt	Bekannt	Keine Angaben
	207	10	36

Tabelle 44: Angaben der Vertragskunden zur Kenntnis der Segmenteinteilung

442. Auf die zusätzliche Frage, ob ihnen die Kriterien zur Segmenteinteilung bekannt seien, antworteten sechs Vertragskunden mit Ja.¹⁴¹ Konkret nannte die Kriterien keiner. Auf die Frage hin, ob die Auswirkungen einer anderen Segmenteinteilung bekannt seien, antwortete nur ein Vertragskunde mit Ja, welcher aber sein aktuelles Segment aber nicht kannte.

443. Die Antworten der Vertragskunden sind somit mit wenigen Ausnahmen konsistent mit den internen Vorgaben der Post und der externen Kommunikation, wonach das Segment nicht bekannt gegeben wird (vgl. oben Rz 415). Wie oben erwähnt gab ein Vertragskunde diesbezüglich zudem an, der Kundenberater der Post hätte die Frage nach dem Segment auch nicht beantworten können.¹⁴²

444. In der Vorabklärung wurden 28 Vertragskunden gefragt, ob ihnen die Preise verschiedener Preislisten bekannt sind.¹⁴³ Dies bejahten 14 Vertragskunden, zwölf verneinten dies und ein Vertragskunde machte keine Angabe.¹⁴⁴ Unklar ist, ob sich die bejahenden Vertragskunden tatsächlich alle auf die Preislisten bezogen, wie etwa das Beispiel eines Vertragskunden

¹³⁸ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20c; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 18.

¹³⁹ [zwecks Anonymisierung nicht zugänglich].

¹⁴⁰ Zwei Geschäftskunden bezeichneten zudem ihre Antwort auf die Frage als Geschäftsgeheimnis.

¹⁴¹ Berücksichtigt wurden Ja-Antworten ohne Angabe oder mit Angabe von Zuteilungskriterien der Post, jedoch nicht Antworten mit Angabe von Kriterien, welche den Zuteilungskriterien der Post nicht entsprechen.

¹⁴² [entspricht Frage 17 im Fragebogen].

¹⁴³ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20d.

¹⁴⁴ Dazu kommt ein Geschäftskunde, der seine Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet hat.

zeigt, welcher zwar ja geantwortet hat, aber damit nur die Abstufung des Zusatzrabatts gemeint hat. Dies ist eher unwahrscheinlich, da die Post die Preislisten in keiner Weise öffentlich bekannt gemacht hat.

445. In der mit den Fragebogenantworten in der Vorabklärung durch einen Vertragskunden eingereichten Kundeninformation der Post sind diesbezüglich einerseits die Qualitätsparameter für die Preislisteneinteilung aufgrund der Vorjahreswerte aufgeführt und die Schwelle zur nächsten Verbesserung (Verschlechterung nicht) um eine Preisliste angegeben. Nicht aufgeführt sind jedoch die Umsatzschwellen zur nächsthöheren oder -tieferen Preisliste. Zusätzlich enthält die Kundeninformation Berechnungen der Preise mit der aktuellen sowie der nächsthöheren und -tieferen Preisliste mit Bezug zu den aktuellen Mengen. Ein allfälliger Effekt auf den Zusatzrabatt ist nicht angegeben. Entsprechendes galt bei einem anderen in der Vorabklärung befragten Vertragskunden. Ein weiterer in der Vorabklärung befragter Vertragskunde führte dazu aus, dass [Anmerkung des Sekretariats: gemeint sind eventuell die Preise] anlässlich der Präsentation mündlich erläutert worden seien. Dagegen waren in der Kundeninformation zum neuen Preissystem für Quickmail, welche selbst Vertragskunde bei der Post ist, solche Informationen nicht enthalten.

446. Auf die Frage in der Untersuchung an 255 Vertragskunden, ob ihnen bekannt sei, welche Änderungen bei ihren Postversänden zu einer anderen (besseren oder schlechteren) Preisliste führen würden, antworteten 101 Vertragskunden mit Ja und 146 mit Nein.¹⁴⁵ Sechs Vertragskunden machten keine Angaben. Auf die Frage, welche Parameter einen positiven oder negativen Einfluss hätten, machten 149 Vertragskunden keine Angaben (davon drei Vertragskunden, welche angaben die Kriterien zu kennen), vier Vertragskunden konnten dies nicht beurteilen, und für einen Vertragskunden war dies «nicht relevant».¹⁴⁶ Die übrigen Vertragskunden machten eine Angabe zu Parametern.

Individuell preislistenrelevante Kriterien	Ja	Nein	Keine Angabe
	101	146	6

Tabelle 45: Kenntnis der möglichen Anpassungen des Postversands im Hinblick auf eine andere Preislisteneinstufung

447. Von denjenigen 101 Vertragskunden, welche angaben die Kriterien zu kennen, gaben 20 Vertragskunden die Parameter des Preissystems (fast) vollständig an. Im Übrigen nannten die meisten Vertragskunden (38) volumen- oder umsatzbasierte Parameter, sehr häufig ohne Angabe weiterer Kriterien. 37 Nennungen betrafen andere Kriterien des Preissystems (inkl. Vorleistungen). Weiter wurden unter anderem 25 Kriterien genannt, welche nicht oder nur indirekt für das Preissystem relevant sind.¹⁴⁷ Acht Antworten waren unklar.

Nennungen einzelner Kriterien ¹⁴⁸	Parameter	Umsatz	Andere PL-relevante Kriterien	Nicht relevant	Unklare Antworten
	20	38	37	25	8

¹⁴⁵ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 19a; Zwei Geschäftskunden bezeichnen die Antwort als Geschäftsgeheimnis.

¹⁴⁶ Hinsichtlich Frage 19a bezeichneten zwei Geschäftskunden ihre grundsätzliche Antwort als Geschäftsgeheimnis, vier Geschäftskunden bezeichneten die Massnahmen als Geschäftsgeheimnis.

¹⁴⁷ Dazu zählen auch Änderungen der Produktstruktur, das heisst beispielsweise ein Wechsel von A-Post auf B-Post-Sendungen.

¹⁴⁸ Mehrfachnennungen möglich.

Tabelle 46: Konkrete Angabe der Änderungen im Postversand im Hinblick auf eine andere Preislisteneinteilung

448. Die übrigen preislistenrelevanten Parameter wurden unterschiedlich häufig genannt, am meisten das Monatsprofil (16), Vorleistungen (neun), Adressqualität/Retouren (acht), Jahresprofil (sieben), AVZ-Online und Frankatur (je drei). Dabei gaben die Vertragskunden teilweise nur ein Kriterium, teils mehrere an. Von den nicht preislisten-relevanten Kriterien am häufigsten genannten wurden die Vorleistungen, welche zwar für Sendungen rabattrelevant aber nicht preislistenrelevant waren, sowie die Produktstruktur, welche höchstens indirekt über den Umsatz oder selten ein anderes Segment preislistenrelevant war.

449. Wie die Antworten zeigen, wussten viele Vertragskunden nicht, welche Änderungen in ihrem Versandverhalten zu einer anderen Preislisteneinteilung führen, oder nannten einfach generell Volumen/Umsatz. Letzteres entsprach denn auch dem wichtigsten Einstufungskriterium im alten Preissystem.

450. Die Vertragskunden wurden zusätzlich gefragt, ob die von ihnen aufgeführten Änderungen zur Verbesserung einer Preisliste umsetzbar wären. In der Auswertung berücksichtigt sind nachfolgend nur die Antworten der 101 Vertragskunden, welche die Kriterien zur Änderung der Preisliste kannten (vgl. Rz 446). 16 Vertragskunden gaben an, dass eine Anpassung für sie möglich oder teilweise möglich wäre. Dagegen verneinten 29 eine Anpassungsmöglichkeit explizit. Dreizehn Vertragskunden nannten die Umsetzung nicht preislistenrelevanter Kriterien (etwa Vorleistungen, Produktstruktur) oder gaben eine unklare Antwort. 41 beantworteten schliesslich diese Teilfrage nicht.

Anpassung Versandverhalten umsetzbar?	Möglich oder teilweise möglich	Nicht möglich	Kein preislistenrelevantes Kriterium oder unklare Antwort	Keine Angabe
	16	29	13	41

Tabelle 47: Frage nach der Realisierbarkeit der Änderung des Versandverhaltens

451. Auf die Frage an 255 Vertragskunden in der Untersuchung, ob sie in der Vergangenheit bei sich Anpassungen vorgenommen haben, um höhere Rabatte zu erhalten, antworteten 99 mit Ja, 148 mit Nein und fünf machten keine Angaben.¹⁴⁹ Das Verhältnis sieht etwa auch bei den Quickmailkunden oder allen potenziellen Quickmailkunden ähnlich aus (d. h. rund zwei Fünftel mit ein paar Prozent Abweichung). Betreffend die Art der Anpassungen machten 128 keine Angaben, weitere zwölf Antworten waren unklar. Von denjenigen die Angaben machten, nannten 26 eine Änderung in der Produktstruktur (Wechsel der Produkte [z. B. A-Post, B-Post etc.], Verwendung leichteren Papiers), 14 die Verbesserung der Adressqualität resp. die Verringerung der Retouren, elf eine generelle Senkung des Sendungsvolumens, zehn die Erhöhung der elektronischen Versandverzeichnisse, neun eine Versandkumulation, neun die Frankatur, neun die Vorleistungen und acht das Monatsprofil genannt. Die weiteren Nennungen traten weniger als fünfmal auf und werden hier nicht detailliert aufgeführt. Erwähnenswert ist, dass eine Anpassung an das Kriterium Jahresprofil nie explizit genannt wurde, obwohl dieses erhebliche Auswirkungen auf die Preislisteneinteilung haben konnte.

¹⁴⁹ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 19b; drei Geschäftskunden bezeichneten die Antwort als Geschäftsgeheimnis.

Wichtigste Anpassungen des Versands ¹⁵⁰	Produktstruktur	Adressqualität/Retouren	Volumensenkung	AVZ-Online	Versandkumulation	Frankatur	Vorleistungen	Monatsprofil
	26	14	11	10	9	9	9	8

Tabelle 48: Angabe der in der Vergangenheit vorgenommenen Anpassungen im Hinblick auf die Erreichung höherer Rabatte

452. Es zeigt sich, dass die Mehrheit der vorgenommenen Anpassungen keine spezifischen Parameter des neuen Preissystems betrafen. Dies gilt etwa für die Änderung der Produktstruktur (häufig Bezug günstiger Versandprodukte). Diese Anpassung ist vom Preissystem unabhängig, da die Wirkungen höchstens indirekt durch eine andere Segmenteinteilung, welche den Kunden nicht bekannt ist, bzw. durch unterschiedliche Umsätze zu Stande kommt. Damit zusammenhängend sind auch reine Volumenreduktionen zur Kostenreduktion in der Regel keine Optimierung *im Preissystem*. Sie stellen eine generelle Vermeidung der Portokosten (soweit möglich) dar. Die Kunden nannten neben diesen noch weitere Kriterien ohne Preislisteneinfluss, etwa die Auslagerung auf elektronische Substitute oder die Konkurrenz. Zum Teil dürfte es für die Kunden auch schwierig abzuschätzen gewesen sein, ob sich eine solche Umstellung am Ende lohnt.¹⁵¹ Einige Kunden erwähnten Anpassungen an die Post, um postkonform aufzuliefern. Dies war Voraussetzung für die Berücksichtigung von Sendungen für den Rabatt, bestimmte aber nicht die Rabatthöhe.

453. Bei nur rund der Hälfte der Vertragskunden, welche eine Optimierung vorgenommen haben, war die Optimierung im Hinblick auf das neue Preissystem relevant (49 Nennungen). In dieser Zahl enthalten sind auch die Angaben «Versandkumulation», die postkonforme Auflieferung, der Data Matrix Code, sowie die Vorleistungen. Insbesondere die Vorleistungen wurden jedoch auch bereits im alten Preissystem honoriert. Ohne Berücksichtigung dieser «Anpassungen» waren es noch deutlich weniger Optimierungen. Nur rund 16 % aller Vertragskunden hatten damit einzelne oder mehrere Optimierungen im Hinblick auf die Parameter des Preissystems vorgenommen. Die von der Post angestrebte Anreizwirkung des neuen Preissystems, möglichst kostenoptimal für die Post zu versenden, war daher beschränkt.

454. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass nur ein kleiner Teil der Vertragskunden über die preislistenrelevanten Parameter des Preissystems ausreichend informiert war. Dies gilt insbesondere für die Kriterien, welche für die Kunden individuell zu einer besseren oder schlechteren Preisliste führten. Für die meisten Vertragskunden scheint der erzielte Umsatz der wichtigste oder zumindest bekannteste Parameter für die mit ihnen vereinbarte Preisliste gewesen zu sein. Demgegenüber kann jedoch davon ausgegangen werden, dass weniger als 5 % der Postkunden ihre tatsächliche Zuordnung in ein Segment kannten. Die Befragung zeigte auch, dass sich nur wenige Vertragskunden aufgrund ihres Sende Verhaltens an die als Anreiz gedachten Parameter anpassen konnten und die meisten daher lediglich den von der Post angebotenen Preis akzeptieren mussten. Entsprechend waren sie den daraus resultierenden Ungleichbehandlungen ausgesetzt.

455. Aus den Antworten geht damit aber auch klar hervor, dass die Postkunden, wenn sie bereits Mühe hatten die Auswirkungen der sie betreffenden Parameter zu bestimmen, in keiner

¹⁵⁰ In den preislistenrelevanten Kriterien nicht berücksichtigt ist die Antwort aus [...], welche mehrere Parameter betreffen könnte.

¹⁵¹ So für eine Verbesserung der Adressqualität [...].

Weise dazu in der Lage waren, die Richtigkeit der ihnen angebotenen Preise zu überprüfen oder gar die Preise im Vergleich zu Wettbewerbern zu prüfen.

A.4.4.4 Fazit

456. Insgesamt kann daher gefolgert werden, dass die Kunden der Post nur wenige bzw. oberflächliche Kenntnisse über das Preissystem der Post hatten und eine Kontrolle durch den Kunden aufgrund der Komplexität und Intransparenz nur schwer möglich war. Auch ein Vergleich der Konditionen der Postkunden untereinander erscheint aufgrund der vielen Parameter nicht möglich. Ein solcher Vergleich war von der Post auch nicht gewünscht (vgl. oben, Rz 412).

457. Zudem führte die Komplexität und Intransparenz des Preissystems dazu, dass die Vertragskunden die preislichen Auswirkungen von Umsatzänderungen, insbesondere Verlagerungen auf die Konkurrenz, nicht abschätzen konnten (vgl. dazu ausführlich hinten, Rz 554 ff.).

A.4.5 Einschätzung der Vertragskunden zur Handhabung des Preissystems

458. In diesem Abschnitt werden die Resultate der Vertragskunden-Befragung zum Prozess der Konditions- resp. Vertragsvereinbarung mit der Post, zur Auswahl von Optionen bei der Preislisteneinteilung, zur Verhandelbarkeit der Preise generell, zur Anwendung des Zusatzrabatts sowie zur Kündigung der Konditionen bei grösseren Abweichungen von den vereinbarten Versandparametern erörtert.

A.4.5.1 Einstufungsprozess

459. In der Untersuchung machten im Hinblick auf den Ablauf des Einstufungsprozesses¹⁵² insgesamt 155 der 255 befragten Vertragskunden keine Angaben.¹⁵³ Die meisten übrigen Vertragskunden gaben an, dass der Einstufungsprozess grundsätzlich so abgelaufen sei, dass die Post die neuen Konditionen mitteilte und allenfalls präsentierte. Der Grad der Interaktion zwischen der Post und den Vertragskunden scheint dabei sehr unterschiedlich gewesen zu sein. Zumind. teilweise wurde das Preisblatt nur per Post zugesandt oder es wurden keine Erklärungen abgegeben. Einer der Kunden führte dazu aus: «Einstufung ist also durch die Post vorgegeben worden, ohne konkrete Erläuterungen durch unseren Kundenberater dazu erhalten zu haben [...]. Den neuen, ab April 2011 für uns wirksamen Vertrag hat man uns zudem erst kurz vor Umstellung auf das neue System ohne vorgängige Information (Ende März 2011) mit hoher Dringlichkeit zur Unterschrift vorgelegt».

460. Sofern sich die befragten Vertragskunden dazu äusserten, gaben sie mehrheitlich an, dass die Einstufung jährlich erfolgt.

461. Die meisten Aussagen wiesen darauf hin, dass der Kunde die von der Post vorgeschlagenen Konditionen, abgesehen von Planänderungen, letztendlich akzeptieren musste. Jedoch erwähnten acht Vertragskunden die Möglichkeit von Verhandlungen mit der Post.

462. Von den in der Untersuchung¹⁵⁴ befragten 255 Vertragskunden beantworteten rund drei Viertel die Frage nach der Änderung des Einstufungsprozesses nicht oder konnten dies nicht (mehr) beurteilen.¹⁵⁵ 33 Vertragskunden sahen keine Änderung im Einstufungsprozess gegenüber demjenigen im alten Preissystem. Weitere zehn gaben an, dass keine Änderungen seit der Einführung des neuen Preissystems 2009 erfolgt waren, ein Kunde wies auf die früheren

¹⁵² Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 17.

¹⁵³ Fünf Vertragskunden bezeichnen ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

¹⁵⁴ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 17.

¹⁵⁵ Fünf Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

Kriterien hin. Zwei Vertragskunden wiesen auf die Änderung der Kriterien 2012 hin. Ein Vertragskunde führte aus, er habe seit Einführung des Preissystems keinen Kontakt mehr mit der Post gehabt.

463. Insgesamt zeigt sich damit, dass die Kunden der Post kaum Verhandlungsspielraum hatten, sondern in der Mehrzahl der Fälle die Vorgaben der Post weitgehend akzeptierten. Von den Kunden wurde das Verhalten der Post oft so wahrgenommen, dass diese die Preise vorgibt und der Kunde diese mehr oder minder zu akzeptieren habe.

A.4.5.2 Optionen und Verhandlungsmöglichkeiten

464. In der Vorabklärung und der Untersuchung wurden Vertragskunden gefragt, ob ihnen durch die Post verschiedene Optionen mit Auswirkungen auf die Preise angeboten wurden.¹⁵⁶ In der Vorabklärung antworteten von 28 Vertragskunden 16 mit Ja und zehn mit Nein. Eine Antwort war unklar.¹⁵⁷ Vier nannten als Optionen (gewisse) Parameter des Preissystems, wovon zwei darauf hinwiesen, diese seien nicht umsetzbar. In der Untersuchung antworteten 77 der befragten 255 Vertragskunden, dass verschiedene Optionen diskutiert wurden, 101 Vertragskunden verneinten dies und 74 machten keine bzw. keine verwertbaren Angaben.¹⁵⁸ Einige Vertragskunden machten Angaben hinsichtlich der angebotenen Optionen.

465. Die Vertragskunden wurden in der Vorabklärung und in der Untersuchung zudem gefragt, ob die Preise verhandelbar gewesen seien.¹⁵⁹ In der Vorabklärung antworteten darauf von 28 Vertragskunden deren sieben mit Ja, 19 mit Nein.¹⁶⁰ Von den verneinenden Vertragskunden hatten indes zwei intern Optimierungen ihres Versands vorgenommen. Eine Antwort war unklar.¹⁶¹ In der Untersuchung antworteten von 255 befragten Vertragskunden 35 Vertragskunden mit Ja, 125 mit Nein und 92 machten keine Angaben.¹⁶²

Preise der Post	Ja	Nein	Keine Angabe
Optionen angeboten	77	101	74
Verhandelbar	35	125	92

Tabelle 49: Frage nach verschiedenen Optionen und der Verhandelbarkeit der Preise im Einstufungsprozess

466. Hinsichtlich der Ergebnisse der Befragung in der Untersuchung bestanden keine markanten Unterschiede zwischen den Branchen. In der Vorabklärung war der Anteil der Quickmailkunden, welcher verschiedene Optionen angeboten bekam und die Preise als verhandelbar erachtete, deutlich kleiner als für den Rest der Vertragskunden. Allerdings ist hinsichtlich der Verhandelbarkeit zu erwähnen, dass diejenigen Vertragskunden, welche eine Verhandelbarkeit bejahten, vor allem die Verhandlungen betreffend Optionen (Parameter) des Preissystems meinten (vgl. sogleich Rz 467). In der Untersuchung wich der Ja-Anteil der Quickmailkunden im Vergleich zu den übrigen befragten bezüglich Optionen kaum von demjenigen der Gesamtheit der Vertragskunden ab, wogegen die Quickmailkunden in der Untersuchung die

¹⁵⁶ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20a; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 16.

¹⁵⁷ Dazu kam eine Antwort, welche als Geschäftsgeheimnis bezeichnet worden ist.

¹⁵⁸ Drei Geschäftskunden bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.

¹⁵⁹ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20b; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 16.

¹⁶⁰ Ein Vertragskunde bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis.

¹⁶¹ Dazu kam eine Antwort, welche als Geschäftsgeheimnis bezeichnet worden ist.

¹⁶² Drei Geschäftskunden bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.

Verhandlungsmöglichkeit etwas höher einschätzten als die Gesamtheit der Vertragskunden. Allerdings war jeweils auch der Nein-Anteil höher.¹⁶³

467. In der Vorabklärung gaben von den sieben Vertragskunden, welche die Preise als verhandelbar ansahen, drei die Preislistenparameter, drei spezifisch den Umsatz und ein Vertragskunde allgemein den «Rabatt» als Verhandlungsinhalt an. In der Untersuchung machte gut ein Drittel der 35 bejahenden Vertragskunden Angaben über den Inhalt der Verhandlungen. Dabei nannten (fünf) Optionen im Rahmen der Preislisten-Parameter des Preissystems. Neun Vertragskunden bezogen sich auf den Preis.

468. Insgesamt bestätigen auch diese Aussagen der Kunden, dass diese die Konditionen als kaum verhandelbar ansahen.

A.4.5.3 Anwendung des Zusatzrabatts

469. Die Vertragskunden wurden in der Untersuchung gefragt, wie sich der Zusatzrabatt auf die Versandkosten des Vertragskunden auswirken würde.¹⁶⁴ Von den 255 befragten Vertragskunden gaben 21 Vertragskunden an, der Zusatzrabatt wirke sich positiv bis sehr gut aus.¹⁶⁵ Für 28 Vertragskunden bestand lediglich eine geringe Auswirkung des Zusatzrabatts. 17 Vertragskunden gaben an, der Zusatzrabatt habe keine Auswirkung. Weitere fünf Vertragskunden äusserten sich dahingehend, ihre Versandkosten hätten gegenüber früher nicht geändert, während sieben Vertragskunden eine Verteuerung der Leistungen angaben. Von letzteren gab ein Vertragskunde an, dass dies aufgrund der Verlagerung von Umsätzen auf Quickmail der Fall war. Für 23 Vertragskunden war dies nicht beurteilbar, wovon mindestens neun Vertragskunden der Zusatzrabatt nicht bekannt war. 14 Antworten sind unklar. 119 Vertragskunden machten keine Angaben.¹⁶⁶ Vier Vertragskunden gaben im Rahmen der Antwort an, ein fixer resp. der alte Rabatt sei besser gewesen.

Auswirkung Zusatzrabatt auf Versandkosten	Positiv	Unterschiedlich	Gering	Kein Einfluss	Keine Änderung	Negativ	Unbekannt oder nicht beurteilbar	Keine Angabe oder unklar
	21	20	28	17	5	7	23	133

Tabelle 50: Auswirkung des Zusatzrabatts auf die Versandkosten

470. Die Vertragskunden wurden in der Vorabklärung und in der Untersuchung zudem gefragt, ob sich der Zusatzrabatt auf das Versandverhalten oder die Planung auswirken würde.¹⁶⁷

¹⁶³ Die Begründung dürfte insbesondere darin liegen, dass der Anteil der Quickmailkunden, welche die Fragen beantwortet haben, deutlich höher liegt als beim Rest der Vertragskunden.

¹⁶⁴ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 14; Die Antworten lassen sich nicht immer eindeutig von der gestellten Zusatzfrage nach Höhe und Häufigkeit der Anwendung des Zusatzrabatts trennen. Vorliegend werden die Antworten dennoch getrennt dargestellt.

¹⁶⁵ Dies machen auch weitere Unternehmen geltend, welche hier unter einer anderen Kategorie aufgeführt sind.

¹⁶⁶ Dazu bezeichneten zwei Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

¹⁶⁷ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 23a; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 15.

471. In der Vorabklärung wurde diese Frage im Zusammenhang mit der Zweiteilung des Rabatts in Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt gestellt.¹⁶⁸ Gemäss den Antworten in der Vorabklärung wurde nach einer Mehrheit von 18 Vertragskunden deren Planung der Postdienstleistungen nicht beeinflusst. Fünf der befragten Vertragskunden konstatierten hingegen einen Einfluss der Zweiteilung des Rabatts auf das Versandverhalten und die Planung. Ein Vertragskunde berücksichtigte dies beim Marketingbudget, einer bei der Ausrichtung von Massenversänden, einer durch die Nutzung von AVZ-Online und zwei bei den Versandterminen. Eines der fünf Unternehmen gab an, die Planbarkeit habe sich «aufgrund der variablen Komponenten verschlechtert, da diese zwischen 0–3 % schwanke von Monat zu Monat.» Ein Vertragskunde monierte die Intransparenz der Kriterien. Schliesslich gaben fünf Vertragskunden keine oder eine unklare Antwort.

472. In der Untersuchung verneinten von 255 Vertragskunden deren 194 einen Einfluss des Zusatzrabatts auf das Versandverhalten. 25 Vertragskunden gaben an, dass der Zusatzrabatt einen Einfluss auf das Versandverhalten habe. Elf Antworten waren schliesslich unklar und 21 Vertragskunden machten keine Angabe, wovon zwei die Frage nicht beurteilen konnten.¹⁶⁹

Auswirkungen Zusatzrabatt auf Versandverhalten	Ja	Nein	Unklar	Keine Angabe oder nicht beurteilbar
	25	194	9	21

Tabelle 51: Auswirkungen des Zusatzrabatts auf das Versandverhalten

473. Viele (80) der Vertragskunden, für die der Zusatzrabatt keinen Einfluss auf das Versandverhalten und die Planung hatte, gaben ungefragt eine Begründung für die verneinende Antwort an. Dabei äusserten sich 64 Vertragskunden dahingehend, dass sie aufgrund der bestehenden Vorgaben/Erfordernisse aus ihrer Geschäftstätigkeit oder wegen der bestehenden Organisation keine Änderungen an der Planung oder am Versandverhalten vornehmen konnten oder wollten. Insgesamt acht Vertragskunden gaben an, der Rabatt oder der Briefversand generell sei ein zu geringer Kostenfaktor. Vereinzelt wurden noch andere Gründe genannt. Zwei Vertragskunden gaben an, ihren Versand bzw. Zusatzrabatt bereits optimiert zu haben, weshalb nun kein Einfluss auf das Versandverhalten mehr bestehe (auch bei diesen Vertragskunden hatte somit der Zusatzrabatt einen Einfluss).¹⁷⁰

474. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass rund ein Sechstel der Vertragskunden in der Vorabklärung und ein Zehntel der Vertragskunden in der Untersuchung davon ausging, dass der Zusatzrabatt einen Einfluss auf die Planung ausübte, mithin etwa zur Kumulation von Sendungen führte. Der Zusatzrabatt kam laut Kundenaussagen zudem sehr unterschiedlich häufig und in unterschiedlicher Höhe zur Anwendung (vgl. auch vorne, Rz 309 ff.). Zudem haben einige Kunden unaufgefordert den Einfluss des Zusatzrabatts auf die erschwerte/verunmöglichte Planung, Kalkulation und Budgetierung bestätigt oder zur Wirkung des Rabatts im Hinblick auf einen Wechsel gemacht. Da der Grossteil der Kunden ihr Versandverhalten aber gerade nicht am Zusatzrabatt ausrichten konnten und entsprechend auch

¹⁶⁸ Zwei Vertragskunden bezeichneten einen Teil ihrer Antwort als Geschäftsgeheimnis, sind aber für in der Auswertung mit dem einsehbaren Teil der Antworten berücksichtigt.

¹⁶⁹ Dazu bezeichneten sechs Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

¹⁷⁰ Diese Vertragskunden wurden in Tabelle 51 der Transparenz halber jedoch unter «Nein» aufgeführt.

nicht ausrichteten, waren diese Kunden somit der Wirkungsweise des Zusatzrabattes willkürlich ausgesetzt, so dass sie hierdurch untereinander diskriminiert wurden.

A.4.5.4 Kündigung der Verträge

475. Die Vertragskunden der Post wurden im Rahmen der Untersuchung zudem gefragt, ob die Post ihnen gegenüber jemals den geschlossenen Vertrag vorzeitig gekündigt hat, weil sie unterjährig stark von den einstufigsrelevanten Umsätzen abgewichen sind.¹⁷¹ Gegebenenfalls sollten die Vertragskunden den Sachverhalt schildern und angeben, wie oft dies in den letzten 5 Jahren geschehen sei. Von den 255 befragten Vertragskunden gaben sechs auf die Frage keine Antwort.¹⁷² Von den restlichen Vertragskunden verneinten 237 Vertragskunden eine Kündigung der Post. Demgegenüber gaben zehn Vertragskunden an, der Vertrag sei bereits einmal gekündigt worden. Bei einem der zehn Vertragskunden erfolgte zweimal eine Kündigung, bei den übrigen neun nur einmal. Der Grund dafür war in acht Fällen ein Umsatz- oder Volumenrückgang, in einem Fall zusammen mit der Verschlechterung des Jahresprofils. In einem Fall handelte es sich um die Einführung des neuen Preissystems. Schliesslich kam es in zwei Fällen infolge einer Preisänderung der Post für bestimmte Produkte zu einer Kündigung durch die Post.

476. Die Vertragskunden wurden in der Untersuchung ebenfalls gefragt, ob sie selbst gegenüber der Post jemals den geschlossenen Vertrag vorzeitig gekündigt haben, weil sie unterjährig stark von den einstufigsrelevanten Umsätzen abgewichen sind und daher einen Grossteil des Zusatzrabatts nicht realisieren konnten.¹⁷³ Von den 255 befragten Vertragskunden beantworteten fünf diese Frage nicht.¹⁷⁴ Von den übrigen Vertragskunden gab kein einziger an, selbst den Vertrag gegenüber der Post gekündigt zu haben. Ein Vertragskunde führte dazu aus: «Das wäre vielleicht sinnvoll gewesen, wegen des hohen Aufwands haben wir darauf verzichtet».

A.4.5.5 Einschätzung eines Prognosesystems im Allgemeinen und des Preissystems CAPRI im Besonderen

477. In der Vorabklärung wurden die Vertragskunden zudem gebeten, die konkreten Vor- und Nachteile eines Systems mit einem im Voraus prognostizierten und vereinbarten Jahresumsatz für sie zu beschreiben. Von den 28 befragten Vertragskunden gaben vier Vertragskunden keine Antwort. Als Vorteil genannt wurde ganz überwiegend die grundsätzlich bestehende bessere Planbarkeit und Budgetierung. Je ein Vertragskunde nannte dies als Voraussetzung für ein transparentes System sowie als Voraussetzung zur Ermöglichung von Bonusrabatten bei Zielübertreffung. Als Nachteil wurde am häufigsten genannt, dass aufgrund von Schwankungen Prognosen schwierig seien und damit häufig die Umsätze nicht den Prognosen entsprechen würden. Anpassungen seien dabei schwierig/nicht möglich/erst im nächsten Jahr möglich. Ein Vertragskunde gab an, die Rabatte seien dadurch limitiert, ein anderer sieht dagegen einen Nachteil in möglichen Abzügen bei Nichterreichen des Zielumsatzes. Drei Vertragskunden gaben an, die Planbarkeit sei durch den Zusatzrabatt erschwert; das heisst, der Zusatzrabatt erschwere die Planung und Budgetierung wieder, sofern sie durch ein Prognosesystem einfacher wäre. Ein Vertragskunde machte geltend, [...]Werden die Antworten darauf analysiert, ob ein solches Prognosesystem gesamthaft eher positiv oder negativ zu werten ist, so sind acht Antworten als positiv, [...] sieben als negativ und sieben als unklar zu werten.

¹⁷¹ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 24.

¹⁷² Zwei Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

¹⁷³ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 25.

¹⁷⁴ Dazu kommen zwei Geschäftskunden, welche ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet haben.

478. 28 Vertragskunden wurden in der Vorabklärung zudem befragt, ob sie ein anderes System gegenüber einem Preissystem mit prognostiziertem Jahresumsatz bevorzugen würden. Hinsichtlich der Antworten ist anzumerken, dass ein Teil der Vertragskunden die Frage anders verstanden hat, nämlich ob sie gegenüber dem neuen Preissystem ein anderes bevorzugen würden. Acht Vertragskunden machten keine Angaben und für je einen Vertragskunden war dies nicht beurteilbar respektive nicht relevant. Sechs Vertragskunden verneinten die Frage. Von den übrigen Vertragskunden sprachen sich [...] elf Vertragskunden für ein anderes System aus. Dies gilt auch für die Mehrheit der Quickmailkunden. Von allen Vertragskunden, die ein anderes System bevorzugen würden, wünschten sich [...] fünf das alte Preissystem respektive ein System mit einheitlichem Rabattsatz, allenfalls mit Zusatzrabatt bei Übertreffen. Dagegen hätte ein Vertragskunde das aktuelle System mit rückwirkenden und höheren Umsatzrabatten bevorzugt. Zwei Vertragskunden hätten ein ausschliesslich an tatsächlichen Werten orientiertes Preissystem bevorzugt. Ein Vertragskunde wünschte generell höhere Rabatte und Rückvergütungen, ein anderer Vertragskunde generell ein System mit Verhandlungsspielraum.

A.4.6 Bewirkte Preiserhöhung durch das Preissystem CAPRI

479. Eines der von der Post angestrebten Ziele der Einführung des Preissystems CAPRI [...].

A.4.6.1 Erkenntnisse aus den Unterlagen der Post

480. Laut Projektabschlussbericht zur Einführung des Systems CAPRI war [...]. Durch die Umstellung des Preissystems ergab sich jedoch im Vergleich zum alten Preissystem eine Umsatzzunahme (resp. eine Reduktion der Rabattsumme) von [...] Millionen Franken resp. um [...] %, unter Annahme gleichbleibender Mengen und eines Zusatzrabatts von [...] %. Dies war dadurch bedingt, dass die Verkaufsorganisation stärker dem Vorschlag des Systems gefolgt sei und ihre Kompetenzen weniger als erwartet ausgenützt habe (siehe zur Preislistenfestlegung bei Einführung des Systems oben, Rz 224 und 257 f.). [...].

481. [...].

482. Im April 2012 wurde der neue Parameter «Anteil Retouren» eingeführt, welcher den bisherigen Parameter «Adressqualität» ersetzte. Die Post sah vor, [...].^{175 176} Die Ausgangslage Anfang 2012 ist in der nachfolgenden [...] dargestellt. Dabei sind auf der linken Seite sämtliche Kunden (dargestellt als Kreise) aufgrund ihrer Retourenquote und des Anteils B-Post abgebildet, woraus sich für jeden Kunden die Auswirkung auf die Preislisteneinteilung ablesen lässt. Auf der rechten Seite ist dargestellt, für wie viele Vertragskunden es aufgrund des neuen Retourenparameters zu (k)einer Preislistenänderung kommt, und in welchem Ausmass eine solche Preislistenänderung erfolgte.

¹⁷⁵ Ursprünglich sollten annäherungsweise [...].

¹⁷⁶ Ausserdem wurden Kosteneinsparungen von bis [...] Franken durch Früherkennung der Nichtzustellbarkeit bereits bei der Sortierung sowie von bis [...] Franken durch Vermeidung der Rückzustellung infolge Entsorgung erwartet. Durch neue Produkte im Zusammenhang mit dem Umgang mit Retouren sollten zudem Zusatzerlöse von [...] generiert werden.

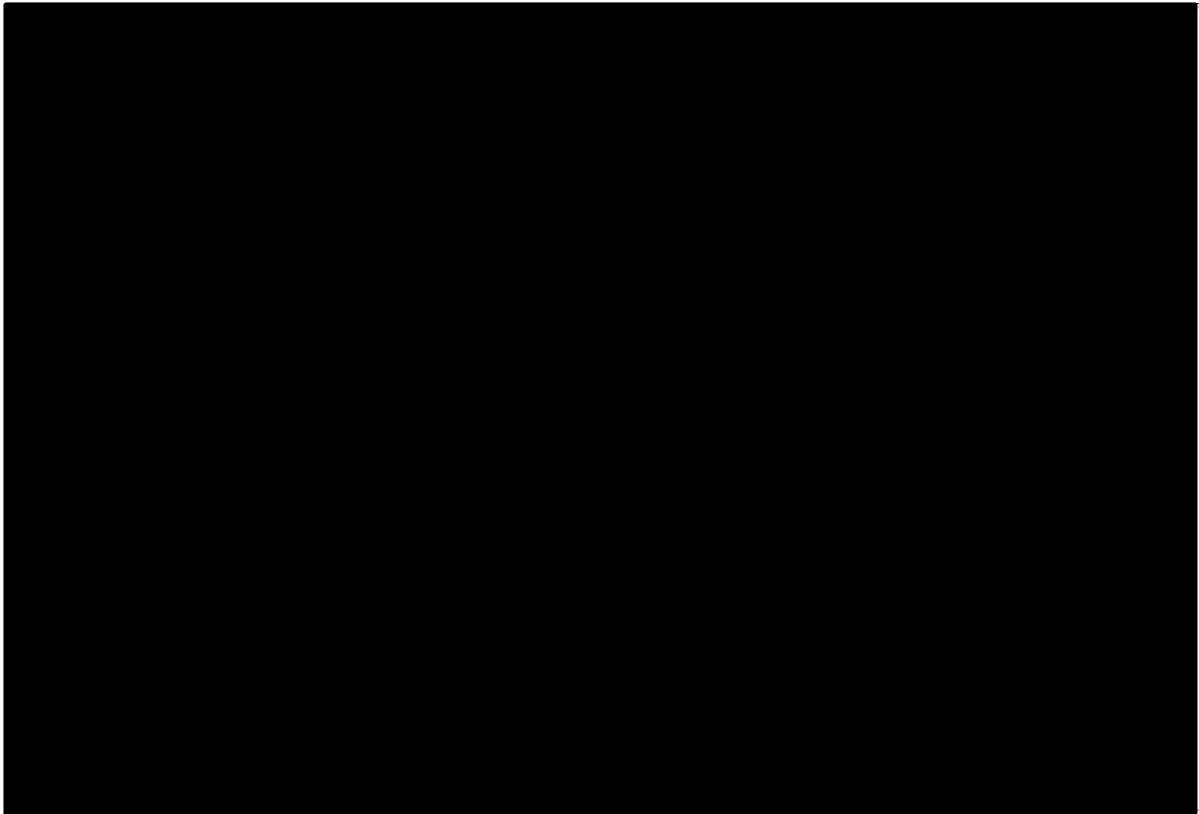


Abbildung 16: [...].

483. Laut der Grafik [...] würden durch den Parameter «Anteil Retouren» zwar mehr Kunden besser als schlechter gestellt im Verhältnis zum alten Kriterium. Diesbezüglich ist jedoch festzustellen, dass aufgrund der Strukturkontrolle (auch bei der Einführung des neuen Retourenparameters) kein Handlungsbedarf eines Kundenberaters oder einer Kundenberaterin bestand, wenn ein Kunde in eine bessere Preisliste einzuteilen wäre, sondern nur im Falle einer Verschlechterung.¹⁷⁷

484. Die Anpassung des neuen Preissystems (Erweiterung auf 30 Preislisten, Anpassung der Parameter, Anpassung der Strukturkontrolle) auf den 1. Januar 2015 sollte laut Post [...].

A.4.6.2 Ergebnisse aus Kundenbefragung

485. In der Untersuchung wurde dazu eine Auswahl von 255 Vertragskunden gefragt, ob das neue Preissystem bei ihnen zu tieferen Versandkosten geführt habe.¹⁷⁸ Darauf antworteten 62 Kunden mit Ja, 137 mit Nein, und 51 machten keine Angaben oder konnten keine Einschätzung vornehmen.¹⁷⁹

Tiefere Preise durch neues Preissystem	Ja	Nein	Keine Beurteilung
	62	137	51

Tabelle 52: Tiefere Preise durch neues Preissystem?

¹⁷⁷ Vgl. dazu oben, Rz 241 ff.

¹⁷⁸ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 20.

¹⁷⁹ Fünf Geschäftskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

486. Einige der mit Ja antwortenden Vertragskunden bezogen sich explizit auf den neuen Zusatzrabatt, welcher generell oder bei grösseren Sendungen zur Anwendung kam. Vereinzelt hatten die besseren Konditionen aber auch mit einem veränderten Versandverhalten (beispielsweise Zusammenzug von Sendungen an einem Standort) oder Umsatzerhöhungen zu tun. Ein Vertragskunde machte zudem explizit geltend, das Preisniveau habe sich zwar nicht verändert, jedoch seien die preisbestimmenden Faktoren des Systems so aufgebaut, «dass ein bestimmtes, von der Post gewünschtes Verhalten (insbesondere der Verzicht auf die Nutzung von konkurrenzierenden Anbietern)», unterstützt werde.

487. Die 255 Vertragskunden wurden weiter im Hinblick auf das Empfinden des Preis/Leistungsverhältnisses der von ihnen mit der Post vereinbarten Preisliste befragt.¹⁸⁰ Hierbei gaben 135 Vertragskunden an, dass sie das Preis-Leistungs-Verhältnis in Ordnung fanden. 78 gaben an, dass dies ungenügend sei, wovon 13 vorbrachten, dass die Leistung der Post zwar gut sei, der Preis dafür aber zu hoch. 35 machten keine oder keine verwertbaren Antworten, wobei für 19 Vertragskunden die Einschätzung nicht beurteilbar war, v.a. mangels existierender oder geprüfter Alternativen.¹⁸¹ Zudem gaben 19 Vertragskunden an, dass die Tendenz des Preis/Leistungsverhältnisses immer schlechter werde.

Einschätzung Preis-/Leistungsverhältnis	In Ordnung	ungenügend	Keine Beurteilung
	135	78	36

Tabelle 53: Einschätzung des Preis-/Leistungsverhältnisses

488. Bei der Kundengruppe der bisherigen Quickmailkunden und der Vertragskunden, welche Quickmail als Alternative angaben, erachtete jeweils rund die Hälfte das Preis-Leistungsverhältnis als ungenügend. Das heisst, der Anteil der negativen Beurteilung des Preis/Leistungsverhältnisses lag höher als für den Rest der Vertragskunden.

A.4.6.3 Vom Sekretariat durchgeführte Berechnungen

489. Im Rahmen der Berechnungen aufgrund der von der Post bereitgestellten Rechnungsdaten wurden für die Vertragskunden, die sowohl unter dem Preissystem 2009 als auch unter dem Preissystem CAPRI einen Vertrag mit der Post hatten, die durchschnittlichen Preise für die ersten drei Monate im Jahr 2011 (Preissystem 2009) mit den durchschnittlichen Preisen für den Rest des Jahres 2011 (Preissystem CAPRI) für die Produkte A-Post Gross, A-Post Midi, A-Post Standard, B-Post Gross Einzel, B-Post Midi Einzel, B-Post Standard Einzel, B-Post Gross Massen, B-Post Midi Massen und B-Post Standard Massen verglichen. Diese Produktkategorien wurden gewählt, da die Produktklassen A-Post Einzelsendung, B-Post Einzelsendung und B-Post Massensendung die umsatzstärksten Produkte der Post sind.

490. Das Resultat dieses Vergleichs ist in Tabelle 54 dargestellt. Nicht aufgeführt sind diejenigen Verträge, bei denen der Wechsel des Preissystems keine Änderung bei den Preisen der untersuchten Produkte bewirkt hat. Ein Vertrag mit Preisänderungen kann in einer oder mehreren Zeilen gezählt werden, je nachdem bei wievielen Produkten der Systemwechsel zu einer Preisänderung geführt hat. Der durchgeführte Preisvergleich ergab, dass insgesamt in [1'500-2'000] Fällen (Verträgen) oder [30-40] % durchschnittlich tiefere Preise als im alten Preissystem bezahlt wurden und in [3'000-4'000] oder [60-70] % durchschnittliche höhere Preise bezahlt wurden.

Versandart	Höhere Preise	Tiefere Preise

¹⁸⁰ Fragebogenantworten, Frage 13.

¹⁸¹ Sechs Geschäftskunden bezeichneten die Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.

A-Post Gross	[400-500]	[200-300]
A-Post Midi	[300-400]	[300-400]
A-Post Standard	[500-600]	[100-200]
B-Post Gross Einzel	[300-400]	[200-300]
B-Post Midi Einzel	[200-300]	[300-400]
B-Post Standard Einzel	[400-500]	[200-300]
B-Post Gross Massen	[100-200]	[0-100]
B-Post Midi Massen	[0-100]	[0-100]
B-Post Standard Massen	[400-500]	[100-200]

Tabelle 54: Gegenüberstellung der Preise zwischen den Preissystemen 2009 und CAPRI im Zeitraum zwischen 1.1.2011 und 31.12.2011 (Anzahl Verträge in jeder Produktkategorie).

491. Bei einer Betrachtung auf jährlicher Basis, indem das letzte Jahr des Preissystems 2009 (vom 1. April 2010 bis 31. März 2011) mit dem ersten Jahr des Preissystems CAPRI (vom 1. April 2011 bis 31. März 2012) verglichen wird, erhält man ähnliche Zahlen. In insgesamt [...] Fällen oder [...] % wurden durchschnittlich tiefere Preise als im alten Preissystem bezahlt und in [...] Fällen oder [...] % wurden höhere Preise bezahlt.

Versandart	Höhere Preise	Tiefere Preise
A-Post Gross	[400-500]	[300-400]
A-Post Midi	[200-300]	[400-500]
A-Post Standard	[500-600]	[200-300]
B-Post Gross Einzel	[300-400]	[300-400]
B-Post Midi Einzel	[100-200]	[400-500]
B-Post Standard Einzel	[400-500]	[300-400]
B-Post Gross Massen	[300-400]	[0-100]
B-Post Midi Massen	[100-200]	[0-100]
B-Post Standard Massen	[500-600]	[100-200]

Tabelle 55: Gegenüberstellung der Preise zwischen den Preissystemen 2009 und CAPRI im Zeitraum zwischen 1.4.2010 und 31.03.2012 (Anzahl Verträge in jeder Produktkategorie).

492. Hieraus wird ersichtlich, dass die Einführung des neuen Preissystems für eine Vielzahl von Kunden zumindest bei einzelnen Produkten zu einer effektiven Preiserhöhung führte.

493. Betrachtet man die Preise berechnet auf dem Quotienten der aggregierten Umsätze und Mengen pro Produkt, so stellt man fest, dass es im Übergang vom Preissystem 2009 zum

Preissystem CAPRI im Bereich Massensendungen zu einem starken durchschnittlichen Preisanstieg gekommen ist.¹⁸²

Preise in CHF und Preisänderungen in Prozent zwischen den einzelnen Jahren pro Versandart	2008		2009		2010		2011		2012
	CHF	%	CHF	%	CHF	%	CHF	%	CHF
A-Post Gross	[1.6-1.7]	13%	[1.8-1.9]	0%	[1.8-1.9]	-1%	[1.8-1.9]	0%	[1.8-1.9]
A-Post Midi	[1.1-1.2]	1%	[1.1-1.2]	0%	[1.1-1.2]	0%	[1.1-1.2]	0%	[1.1-1.2]
A-Post Standard	[0.9-1.0]	-5%	[0.8-0.9]	-1%	[0.8-0.9]	0%	[0.8-0.9]	0%	[0.8-0.9]
B-Post Gross Einzel	[1.4-1.5]	12%	[1.6-1.7]	0%	[1.6-1.7]	-1%	[1.6-1.7]	-1%	[1.6-1.7]
B-Post Midi Einzel	[0.9-1.0]	1%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]
B-Post Standard Einzel	[0.7-0.8]	-6%	[0.7-0.8]	-1%	[0.7-0.8]	-1%	[0.7-0.8]	0%	[0.7-0.8]
B-Post Gross Massen	[0.8-0.9]	1%	[0.8-0.9]	1%	[0.8-0.9]	14%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]
B-Post Midi Massen	[0.6-0.7]	0%	[0.6-0.7]	-1%	[0.6-0.7]	15%	[0.6-0.7]	1%	[0.7-0.8]
B-Post Standard Massen	[0.4-0.5]	-5%	[0.4-0.5]	0%	[0.4-0.5]	2%	[0.4-0.5]	0%	[0.4-0.5]

Tabelle 56: Preise in CHF und Preisänderungen in Prozent zwischen den einzelnen Jahren pro Versandart

494. Aus Tabelle 56 kann zu den betrachteten Versandarten gefolgert werden, dass es bis auf die Versandarten B-Post Massensendung mit dem Wechsel vom Preissystem 2009 zum Preissystem CAPRI zu keinen wesentlichen Preiserhöhungen gekommen ist.

495. Betrachtet man die Anzahl Sendungen und Umsätze bei den neun Produkten über die Jahre 2008 bis 2012, so ergibt sich das nachfolgende Bild:

	2008	2009	2010	2011	2012
Anzahl Sendungen	[1.2-1.3 Mrd]	[1.2-1.3 Mrd]	[1.2-1.3 Mrd]	[1.1-1.2 Mrd]	[1.1-1.2 Mrd]
Umsatz	[850-900 Mio.]	[800-850 Mio.]	[800-850 Mio.]	[750-800 Mio.]	[700-750 Mio.]

¹⁸² Theoretisch wäre es auch denkbar, dass der Preisanstieg durch eine durchschnittliche Gewichtserhöhung der einzelnen Sendungen zu erklären ist. Dies erscheint allerdings unwahrscheinlich.

Verhältnis Umsatz im Vergleich zur Menge	[65-70] %	[60-65] %	[60-65] %	[65-70] %	[65-70] %
--	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------

Tabelle 57: Verhältnis zwischen Anzahl Sendungen und Umsatz über die Jahre hinweg.

496. Hier zeigt sich, dass sich die Post mit einem konstanten Rückgang des Versandvolumens und des Umsatzes konfrontiert sieht. Im Hinblick auf die Betrachtung des Verhältnisses zwischen Umsatz und Menge kann gefolgert werden, dass dieses in etwa gleich bleibt. Im Jahr 2011 steigt allerdings das Verhältnis um [1-2] % an, was grundsätzlich auf eine geringfügige Preiserhöhung durch die Einführung des Preissystems CAPRI hindeuten könnte. Dies würde sich mit der Einschätzung der Post decken, wonach es mit der Einführung des Preissystems CAPRI zu einem Rabattsummenrückgang gekommen ist (Rz 257 f., Rz 300 und Rz 480 f.).

A.4.6.4 Fazit

497. Insgesamt kann festgehalten werden, dass nachgewiesen ist, dass langfristig [...] geplant war. Dies dürfte einerseits durch die Prozessverbesserungen durch allfällige Verhaltensänderungen der Kunden bedingt sein, andererseits aber auch durch tiefere Rabatte. Mit Einführung des neuen Preissystems CAPRI kam es zudem zu einer Rabattreduktion von [...] Franken, das heisst mit andern Worten zu einer entsprechenden Preiserhöhung (vgl. Rz 300). Diese Rabattreduktion entstand bereits zu Beginn der Anwendung des Gleitpfades, das heisst zu einem Zeitpunkt, in dem noch viele Kunden besser eingestuft wurden, als es ihrer Zielpreisliste entsprochen hätte. Die Rabattreduktion war laut Unterlagen der Post nicht vorgesehen, kann aber nicht als unerwartet bezeichnet werden, da laut Begründung der Post die Kundenberater dem Systemvorschlag vermehrt Folge geleistet und weniger postinterne Eskalationen (d. h. [...]) ausgelöst hatten. Ein solches Resultat wäre konsistent mit der vorne beschriebenen Ausgestaltung des Gleitpfades (Rz 221 ff.) und der Strukturkontrolle (Rz 241 ff.), wonach Initialpreislisten¹⁸³ resp. vereinbarte Preislisten, welche rabattmässig unterhalb der Zielpreisliste lagen, gemäss Systemvorschlag im Gleitpfad und der Strukturkontrolle nicht an die bessere Zielpreisliste anzupassen waren.

498. Anhand der Analysen zur Einführung des Preissystems zeigt sich zudem, dass die Kundenberater über einen relativ grossen Spielraum verfügten und die Handhabung der Preislisteinteilung uneinheitlich war.

A.4.7 Auswirkung des Preissystems CAPRI auf Quickmail

499. Ausgangspunkt der Untersuchung war eine Anzeige des Verbands KEP & Mail zum neuen Preissystem CAPRI der Post, welches durch den Zusatzrabatt Quickmail im Wettbewerb behindere (vgl. sogleich Rz 500). Nachfolgend wird untersucht, ob das Preissystem CAPRI Quickmail die Wahl- und Wechselmöglichkeit der Vertragskunden einschränkte und damit den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten künstlich beschränkte.

A.4.7.1 Aussagen und Hinweise der Wettbewerber

500. In seiner Anzeige machte der Verband KEP & Mail geltend, dass der von der Post im Preissystem CAPRI neu eingeführte „Zusatzrabatt“ einen Behinderungsmissbrauch darstelle, der sich gegen die Mitglieder des Verbandes richte, insbesondere gegen die im Bereich Briefpost tätige Quickmail AG in St. Gallen, die damit in ihrer Existenz bedroht sei.

¹⁸³ Preisliste mit einem Rabatt, welcher demjenigen im Preissystem 2009 entspricht.

501. KEP & Mail sah im „Zusatzrabatt“ einen versteckten Treuerabatt, den der Verband als kartellrechtlich unzulässig einstuft. Zudem sei der „Zusatzrabatt“ wirtschaftlich nicht begründet und würde zusammen mit den kundenindividuellen Preislisten ein Gesamtumsatzrabattsystem bilden, welches zugunsten der Post als marktbeherrschenden Unternehmung einen Sog-Effekt auslöse, also den Kunden durch entsprechende Anreize dazu veranlasse, weiterhin Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zu beziehen.

502. Die folgenden ergänzenden und konkretisierenden Hinweise von Quickmail richteten sich primär gegen die Intransparenz (dazu Rz 432 und Rz 553) und den im Preissystem CAPRI enthaltenen Zusatzrabatt. Dieser sei insbesondere problematisch aufgrund des Hebeleffekts mit nicht-bestreitbaren Mengen, welche durch das Monopol, von Quickmail nicht angebotene Dienstleistungen und die noch tiefe Haushaltabdeckung von Quickmail resultierten. Zu einem späteren Zeitpunkt machte Quickmail schliesslich auch Vorhalte zu weiteren Verhaltensweisen der Post, insbesondere im Zusammenhang mit Distance Selling Mail bzw. Expert Mail, welche allerdings nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind.

503. Quickmail wies einerseits auf die theoretischen Wirkungen des Zusatzrabatts (Erschwerung des Bezugs von Quickmail, diskriminierende Wirkung) hin, machte aber verschiedentlich auch Angaben zu direkten Reaktionen ihrer Kunden im Markt:

- a. Kurz nach Einführung am 11. Juli 2011 berichtete Quickmail über eine Reaktion eines Kunden «erster Stunde». Dieser erhielt aufgrund der Quickmail-Mengen 2 % weniger Rabatt, was er Quickmail anrechne (in Höhe von etwa 6 %). Offenbar glaubte der Kunde fälschlicherweise, der Vertrag sei nicht kündbar und war überrascht, dass ein Vertrag mit angepasstem Umsatz abgeschlossen werden könne. Offenbar versandten die bisherigen Kunden weniger mit Quickmail oder kehrten zur Post zurück. Laut Quickmail habe sie dieser Sendungsmengenverlust gerade damals sehr hart getroffen, als sie noch nicht flächendeckend zustellten. Die kostendeckende Zustellung werde dadurch viel später als sonst möglich erreicht und erfordere zusätzliches Kapital. [...] Aus den von Quickmail eingereichten Zahlen geht allerdings nicht eindeutig hervor, dass der Rückgang durch das neue Preissystem bedingt waren.
- b. Am 25. Juli 2011 machte Quickmail folgende Aussage: «Ein sehr grosser Kunde aus dem Versandhandel mit einem hohen B-Post-Massensendungsvolumen zeigte sich sehr überrascht, dass der Postvertrag auch unterjährig gekündigt werden kann. Noch erstaunlicher ist die Reaktion eines Key-Account-Managers der Schweizer Post in Kaderstellung, welcher ebenfalls überrascht war, dass der Postvertrag unterjährig gekündigt werden kann. Die zeigt einmal mehr auf, dass der Zielrabatt seine volle Wirkung am Markt entfaltet.»
- c. Mit Schreiben vom 1. September 2011 bekräftigte Quickmail noch einmal Folgendes hinsichtlich Kündigungsmöglichkeiten: «Ich kann Ihnen an dieser Stelle nochmals versichern, dass bisher keiner unserer Kunden wusste, dass der Zusatzrabatt auch unterjährig kündbar ist. Zwei Verkäufer der Schweizer Post, welche nicht namentlich genannt werden möchten, war diese Möglichkeit ebenfalls nicht bekannt.» Die Post weise erst auf diese Möglichkeit hin, nachdem sie durch die WEKO befragt worden sei.
- d. Quickmail machte weiter geltend, dass seitens verschiedener Kunden Bedenken aufgekomen seien, ob Preisvorteile bei der Nutzung von Quickmail nicht durch Rabattverluste bei der Post teilweise aufgezehrt würden.
- e. Am 23. November 2012 wies Quickmail auf Folgendes hin: «Wir hören immer wieder von Kunden und potentiellen Kunden, dass sie wegen der Zusammenarbeit mit Quickmail den Zusatzrabatt von Postmail verlieren, resp. verlieren würden. Unsere Aufklärung, dass die Prognose monatlich angepasst und damit der Zusatzrabatt erreicht werden kann wird nicht immer verstanden oder Glauben geschenkt. Zudem stellt die Änderungskündigung des Vertrages mit Postmail eine wesentliche emotionale Hürde bei den Kunden für einen

Wechsel zu Quickmail dar. Wir wären sehr dankbar, wenn der Zusatzrabatt wieder in den Preis inkludiert wird und damit nicht mehr von der Erreichung des prognostizierten Umsatzes abhängt.»

504. Mit Eingabe vom 6. November 2013 machte Quickmail Angaben zum Schaden, der aus dem Preissystem entstanden sei: Dieser bestehe einerseits darin, dass Quickmail Kunden höhere Rabatte geben müsse, um sie für die überproportionalen und aus Sicht von Quickmail unzulässigen Rabattverluste für die bei der Post verbleibenden Sendungsmengen zu entschädigen. Andererseits entstehe Quickmail ein Schaden durch das Preissystem, weil Kunden ganz von einer Zusammenarbeit mit Quickmail abgehalten würden oder die Aufnahme der Zusammenarbeit verzögert oder verunmöglicht werde, unter anderem wegen der hohen Komplexität des Systems. Zur Auswirkung auf die Mengen führt Quickmail weiter aus: [...]. Quickmail schätzt zudem, dass ohne den Zusatzrabatt ihre Umsätze in den letzten drei Jahren mindestens 25 % höher ausgefallen wären.

505. Quickmail brachte in der Stellungnahme vom 6. November 2013 weiter vor, dass die Massnahme der Post sie in einer Ausbauphase getroffen habe, in der noch keine Gewinne erzielt würden, so dass jeder Kundenverlust und jede erforderliche Erhöhung der Rabattierung sich unmittelbar in einem höheren Kapitalbedarf niederschlage. Die Massnahme sei daher geeignet gewesen, die Quickmail AG vollständig vom Markt zu verdrängen. Das diskriminierende Rabattsystem sei eine entscheidende strategische Weichenstellung mit einer erheblichen Auswirkung auf den Wettbewerb und einem erheblichen Nutzen für die Post. Zusammen mit anderen Massnahmen wie der faktischen Verhinderung des vom Gesetz garantierten Postfachzugangs und dem systematischen Aufkauf von bestehenden oder potenziellen Wettbewerbern bestehe die akute Gefahr, dass der Wettbewerb im Briefmarkt im Keim erstickt werde, bevor dieser Markt ganz geöffnet werde.

A.4.7.2 Anzeigen der Kundenverbände

506. Der VSV gab in seiner Eingabe ebenfalls an, dass die Ziel- oder Treuerabatte wettbewerbsrechtlich bedenklich seien und von der WEKO vorab geprüft werden sollten. Zudem sei zwar das vorgeschlagene monatliche Zielvolumenrabattsystem ein kommunikativ interessanter Ansatz, mache aber betriebswirtschaftlich in dieser Periodizität keinen Sinn und schaffe enorme Intransparenz und das in einem zu 2/3 monopolisierten Bereich. Im Weiteren monierte der VSV, dass die Rabatte nicht differenziert würden (Monopol - Nicht Monopol), «so dass man als Unternehmer die Volumen besser bei der Post belasse als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen». Die neu geschaffene Intransparenz schein wettbewerbsrechtlich fragwürdig zu sein. Generell kritisierte der VSV zudem die grosse Intransparenz und die daraus resultierende Unmöglichkeit, die Preise eigenständig zu berechnen und zu vergleichen.

507. Auch der SDV machte neben der starken Kritik an der fehlenden Transparenz (Rz 431.b) geltend, dass die Post richtigerweise den Wettbewerbsbereich vom Monopolbereich trennen müsse. Der Umsatz im freien Wettbewerb dürfe nicht zum Umsatz im Monopolbereich hinzugezählt werden. Die Post könne sonst bei ihren Grosskunden eine Mischrechnung machen, welche den privaten Anbietern von Postdienstleistungen nicht möglich sei.

A.4.7.3 Vergleich der Preise der Post mit den Preisen von Quickmail

508. Die Preise der Post und von Quickmail bestanden jeweils aus einem Grundpreis (Listenpreis ohne Gewichtszuschlag) und einem gewichtsabhängigen Zuschlag. Diese Preise waren publiziert. Die folgende Tabelle gab einen Überblick über die offiziellen Listenpreise:

Format¹⁸⁴	Gewicht In Gramm	Grundpreis Post in Fr. pro Sen- dung	Gewichts- zuschlag Post Fr./Kg	Grundpreis Quickmail in Fr. pro Sendung	Gewichts- zuschlag Quickmail Fr./Kg
Bis B5	1-55 ¹⁸⁵	0.53	0.5	0.40	0.5
	56-100	0.53	0.5	0.44	0.5
	101-250	0.78	0.5 ab 100g	0.50	0.5
Bis B4	1-100	0.95	0.5	0.70	0.5
	101-500	1.08	0.5 ab 100g	0.70	0.5
	501-1000	1.45	1 ab 500g	0.70	0.8

Tabelle 58: Übersicht über die Basisproduktpreise der Post und von Quickmail für Massensendungen¹⁸⁶

509. Die Grundpreise für das Standardprodukt B-Massensendung waren somit bei Quickmail bedeutend günstiger. Zu erwähnen ist zudem, dass Quickmail keine Speziialsendungszuschläge (bei der Post grundsätzlich 15 Rp. pro Sendung) erhebt, welche etwa bei der Post anfallen, wenn sie nicht genau den Vorgaben zur Verarbeitung entsprechen.¹⁸⁷ Kunden der Post konnten allerdings bei hohen Volumina von grossen Vergütungen (d. h. Preisreduktionen) profitieren, wenn sie Vorleistungen erbrachten. Dabei handelte es sich zum einen um die Vorsortierung der Briefsendungen (möglich ab 3000 Sendungen pro Aufgabe und Tag) und zum anderen um die Einlieferung in einem Brief- oder Logistikzentrum (möglich ab 10'000 Sendungen pro Aufgabe und Tag). Die Vergütungen galten nur¹⁸⁸ für Midibriefe (bis Format B5, 101-250g) und Grossbriefe (bis Format B4, 1-100g) und betragen 15 Rp. resp. 20 Rp. pro Sendung für die Sortierung nach Botenbezirks-/Postfachbunden und 7 Rp. resp. 12 Rp. für die Sortierung nach Ortsbunden. Für die übrigen Sendungen, die nicht in den genannten Bunden Platz haben, waren dagegen wieder Zuschläge für Restbunde oder Restsendungen zu entrichten, in Höhe von 15 Rp./Sendung. Die Einlieferung in Logistikzentren ergab für alle Briefe (ausser Restbunden) eine Reduktion von 1 Rp./Sendung bei Einlieferung in Briefzentren 1.5 Rp./Sendung.

510. Wie oben beschrieben, profitierten Grosskunden der Post von individuellen Rabatten. Quickmail gewährte ebenfalls Rabatte, welche sich am theoretischen schweizweiten Portoumsatz orientierten, wobei weder die unvollständige Abdeckung von Quickmail noch der Anteil

¹⁸⁴ Das Produkt Postkarte bei der Schweizerischen Post ist nicht enthalten, da diese immer unter 50 Gramm sein werden; ebenfalls nicht enthalten ist das Produkt „Quickflyer“ von Quickmail, welches als Alternative zu unadressierten Sendungen grundsätzlich alle Adressen in einem bestimmten Gebiet abdeckt. Der Grundpreis für Quickflyer beträgt 38 Rp.

¹⁸⁵ Diese Kategorie wurde auf den 1. Juli 2016 durch Quickmail neu eingeführt; <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/News/News_20160511.aspx> (22.8.2016).

¹⁸⁶ Quellen: <<https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/briefe-inland/preise-b-post-massensendung>>, <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Ueberblick.aspx?1>> (31.5.2015).

¹⁸⁷ <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/Produkte/Quickmail.aspx>> (2.6.2015); Factsheet B-Post-Massensendungen, verfügbar auf <<https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/b-post-massensendung>> (2.6.2015).

¹⁸⁸ Sie gelten nicht für Standardbriefe (bis Format B4, 1-100g).

Sendungen unter 50 Gramm berücksichtigt wurde. D. h. Quickmail versuchte, ähnliche Rabatte zu gewähren wie die Post:¹⁸⁹ [...] Quickmail musste aber laut ihren Angaben in gewissen Fällen von der umsatzbasierten Rabattierung abweichen, wenn der Kunde durch Spezialangebote der Post von einer Zusammenarbeit mit Quickmail abgehalten worden sei. [...]

511. Quickmail hatte somit generell günstigere Listenpreise im Vergleich zur Post, wobei dieser Unterschied je nach Sendung und Gewicht durch die Erbringung von Vorleistungen der Vertragskunden bei der Post wieder verringert oder wettgemacht werden konnte. Gemäss Quickmail mussten sich ihre Rabatte trotz geringerer eingelieferter Mengen am gesamten Umsatz eines Vertragskunden einschliesslich des Monopolbereichs bei der Post orientieren.

512. Die Post bemängelt, dass die Höhe der Stückkosten von Quickmail nie untersucht, geschweige denn ein Kostenvergleich vorgenommen wurde. Ohne einen solchen könne jedoch nicht beurteilt werden, ob Quickmail überhaupt behindert wurde.

513. Hierzu ist anzumerken, dass eine Untersuchung der Stückkosten für die Zwecke der Untersuchung nicht zielführend ist. Zum einen ist Quickmail vorwiegend im Bereich der Briefzustellung im Bereich der Massensendungen tätig, weshalb es grundsätzlich ausreicht, den Geschäftserfolg insgesamt zu betrachten, da sich die Stückkosten näherungsweise aus dem Verhältnis der Anzahl verschickter Sendungen zum Gesamtumsatz ergibt. Eine Stückkostenbetrachtung ist daher nicht notwendig. Zum anderen ist ein Vergleich der Stückkosten zwischen der Post und Quickmail nicht sachgerecht, da die Post überragende Marktanteile hat, über ein gesetzliches Teilmonopol verfügt und damit weitreichende Skalenvorteile erzielen kann.¹⁹⁰

514. Die Post bringt weiter vor, dass ein Preisvergleich voraussetze, dass reale Nettopreise von Post und Quickmail erhoben werden, was das Sekretariat nie getan habe. Vielmehr seien Listenpreise verglichen worden, wobei die Listenpreise von Quickmail generell günstiger waren, als diejenigen der Post. Zudem sei die Aussage, dass die Post die generellen Listenpreise wettgemacht haben soll eine blosser Behauptung.

515. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ist ein detaillierter Preisvergleich der Nettopreise von Post und Quickmail kaum zu bewerkstelligen, da aufgrund des Preissystems der Post für jeden Kunden die Nettopreise auf monatlicher Basis errechnet werden müssten. Ein Preisvergleich mit Quickmailkunden ist auf diese Weise ebenfalls nicht möglich oder mit grossen technischen Hürden verbunden.

A.4.7.4 Wirkung der Ausgestaltung als Preissystem mit Gesamtumsatzrabatten

516. Die Post gestaltete ihr Preissystem als Gesamtumsatzrabattsystem aus und unterschied bei der Rabattgewährung nicht zwischen dem reservierten Bereich resp. Monopol (Briefsendungen bis 50g) und dem nicht-reservierten Bereich (Briefsendungen über 50g). Der Grossteil der Briefsendungen in der Schweiz lag im reservierten Bereich. Dies bedeutet, dass ein Umsatzrückgang bei einem Kunden der Post, welcher aufgrund der Auslagerung eines Teils des Sendevolumens auf einen Wettbewerber (z.B. Quickmail) entsteht, dazu führen konnte, dass ein Rückgang des Rabatts auf die gesamte bei der Post verbleibende Versandmenge resultierte.

517. Laut Anzeige des VSV wurde im Zusammenhang mit der Transparenz auch bemängelt, dass die Rabatte nicht differenziert (Monopol – Nicht-Monopol) würden, «so dass man als

¹⁸⁹ Vgl. der Preisvergleich von Quickmail für Grossbriefe, <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Preisvergleich.aspx>> (2.6.2015).

¹⁹⁰ Vgl. hierzu auch Vorabentscheidungsverfahren des EuGH in Sachen Post Danmark vom 6. Oktober 2015 (C23-14), Rz 59.

Unternehmer die Volumen besser bei der Post belasse als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen.» Die neu geschaffene Intransparenz schein wettbewerbsrechtlich fragwürdig zu sein.

518. Der SDV machte ebenfalls geltend, dass die Post richtigerweise den Wettbewerbsbereich vom Monopolbereich trennen müsse. Der Umsatz im freien Wettbewerb dürfe nicht zum Umsatz im Monopolbereich hinzugezählt werden. Die Post könne sonst bei ihren Grosskunden eine Mischrechnung machen, welche den privaten Anbietern von Postdienstleistungen nicht möglich sei.

519. Durch einen dauerhaften Umsatzrückgang konnte sich einerseits die Einstufung in eine ungünstigere Preisliste ergeben, die sich wiederum auf die Preise des gesamten Versandvolumens auswirkte. Wenn sich die Umsatzschwankung allerdings innerhalb der Umsatzschwellen einer Preisliste bewegte, erfolgte keine Änderung derselben. Andererseits konnten durch einen kurzfristigen Umsatzrückgang Einbussen beim Zusatzrabatt erfolgen, die sich wiederum auf das gesamte Versandvolumen in diesem Monat auswirkten. Der Zusatzrabatt reagierte aufgrund der monatlichen Berechnung schnell und aufgrund seiner Höhe stark auf Umsatzänderungen.

520. In diesem Zusammenhang wurden in der Vorabklärung 28 Vertragskunden der Post die Frage gestellt, ob die Tatsache, dass ein Umsatzrückgang mit der Post die Rabatte und die Preise für alle bei der Post bezogenen Leistungen beeinflusst – also insbesondere auch die dem Monopol unterstehenden Sendungen bis 50 Gramm – einen Einfluss auf den Entscheid zur Berücksichtigung eines Konkurrenten habe, und wie gross dieser Einfluss sei. Zwölf Vertragskunden bejahten einen solchen Einfluss, neun verneinten ihn und sechs gaben keine oder eine unklare Antwort.¹⁹¹ Von den Quickmailkunden bejahten fünf einen Einfluss, ein Vertragskunde verneinte dies (mit der Begründung, die Konkurrenz würde v.a. aus Kostengründen berücksichtigt), und je ein Vertragskunde gab keine beziehungsweise eine unklare Antwort. Eine Mehrheit der Quickmailkunden erachtete somit den «Gesamtrabatt-Effekt» als relevant.

521. Dass der Gesamtumsatzrabatt seine Wirkung entfaltet, lässt sich auch daran erkennen, dass der Rabattverlust im Vergleich zu den ausgelagerten Sendungen teilweise viel höher ausfiel, wie aus einigen Antworten in der Untersuchung hervorgeht (vgl. Rz 558 ff.).¹⁹²

A.4.7.4.1 Gesamtumsatzrabatt und Preislisteneinstufung

522. Das Preissystem 2009 (vgl. vorne, Tabelle 2) hatte in den Bandbreiten grundsätzlich Sprünge bis zu [...] % zwischen den Minima der Bandbreiten. Ausnahmen gab es bei der [...] Rabattstufe (Sprung von [...] % auf [...] %) sowie bei der Schwelle zur [...] Rabattstufe bei [...] Franken (Sprung von [...] % auf [...] %).

523. Im Preissystem CAPRI waren laut Angaben der Post für jede Produktgruppe Minimal- (Liste 1) und Maximalrabatte (Liste 15) auf dem gültigen Listenpreis definiert. Die Produktrabattierung für die verbleibenden Listen sei annähernd linear. Das nachfolgende Schema zeige die Rabattstruktur auf:

[...]

Abbildung 17: [...].

¹⁹¹ Ein Vertragskunde (Quickmailkunde) bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis und machte folgende Aussage: [...].

¹⁹² Vgl. beispielsweise auch [...].

524. Wie in Rz 138 ausgeführt, lassen sich die Gesamtumsatzrabatt für die einzelnen Segmente nur näherungsweise berechnen. Gemäss Abbildung 4 waren die Umsatzschwellen unterschiedlich hoch, die durchschnittliche Differenz zwischen den einzelnen Listen lag zwischen [...] %.¹⁹³

525. Zu berücksichtigen ist, dass Vertragskunden nur einen Teil ihres Versands auf Quickmail auslagern konnten. Als bestreitbar wird dabei derjenige Umsatz bezeichnet, den ein Vertragskunde auf einen Konkurrenten – konkret Quickmail – maximal auslagern konnte. Dies hing von der Sendungsstruktur eines Vertragskunden und dem Angebot von Quickmail ab (Produktangebot, Haushaltabdeckung), wobei nur die B-Post Massensendungen ausserhalb des Monopolbereichs überhaupt in Frage kamen. Ein Vertragskunde konnte also maximal den bestreitbaren Teil an einen Konkurrenten auslagern, in der Regel war dies aber nur ein kleinerer Teil.

526. Lagerte ein Vertragskunde einen Teil seines Umsatzes auf einen Konkurrenten aus, wurde er unter Umständen in eine schlechtere Preisliste eingestuft. War dies der Fall, musste der Konkurrent dem Vertragskunden nicht nur für den ausgelagerten Teil bessere Preise bieten, sondern den Vertragskunden auch noch für den Rabattverlust auf den bei der Post verbleibenden Sendungen entschädigen. Dies bedeutet, dass der Konkurrent dem Vertragskunden immer einen höheren Rabatt für den ausgelagerten Teil bieten musste, als dieser von der Post erhielt. Lagerte ein Vertragskunde beispielsweise die Hälfte seines Umsatzes an einen Konkurrenten aus und wurde er deswegen von einer Preisliste mit 4 % auf eine tiefere mit 2 % eingestuft, so musste der Konkurrent dem Vertragskunden auf dem ausgelagerten Teil nicht nur einen Rabatt von 4 % bieten, sondern von 6 %, um den Rabattverlust bei der Post auszugleichen. Nachfolgend wird aufgeführt, wie dieser Mindestrabatt von 6 % berechnet wird.

527. Der Mindestrabatt wird als derjenige Rabatt definiert, den ein Konkurrent einem Vertragskunden mindestens bieten musste, um den Rabattverlust bei der Post durch die Verlagerung wettzumachen. Der Begriff Mindestrabatt ist auch daher passend, da ein Konkurrent einem Vertragskunden schon ohne den Gesamtumsatzrabatteffekt einen besseren Preis bieten musste, damit der Vertragskunde überhaupt einen Grund für einen Wechsel hatte, und um die Wechselkosten des Vertragskunden abzudecken.

528. Nachfolgend werden die Mindestrabatte für verschiedene Szenarien errechnet, welche sich aus den obigen Darlegungen ergeben. Aus diesen Berechnungen können auch ohne Kosteninformationen Indizien für die Wirkung des Preissystems auf die Konkurrenz abgeleitet werden.¹⁹⁴ Der Mindestrabatt berechnet sich damit wie folgt:

$$\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(\text{Umsatz}_{\text{Post alt}} * \text{Rabatt}_{\text{Post alt}}) - (\text{Umsatz}_{\text{Post neu}} * \text{Rabatt}_{\text{Post neu}})}{\text{bestreitbarer bzw. ausgelagerter Anteil}} \quad 195$$

¹⁹³ Zahlen aus der durchschnittlichen Berechnung der Rabatte gemäss Angaben der Schweizerischen Post, vgl. [...].

¹⁹⁴ Ansatz aus LARS KJØLBYE, Rebates under article 82 EC: navigating uncertain waters, European Competition Law Review [2010], 76.

¹⁹⁵ *Rabatt_{Post alt}*: Rabatt in %, den die Schweizerische Post einem Kunden vor dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten ausrichtet; *Umsatz_{Post alt}*: Umsatz, den die Schweizerische Post mit einem Kunden vor dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten erzielt; *Rabatt_{Post neu}*: Rabatt in %, den die Schweizerische Post dem Kunden nach dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten ausrichtet; *Umsatz_{Post neu}*: Umsatz, den die Schweizerische Post mit einem Kunden nach dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten erzielt; *Bestreitbarer bzw. ausgelagerter Anteil*: Kann in einem fixen Betrag (Umsatz) oder einem prozentualen Anteil (z. B. 30 %) von einem Ausgangsumsatz bestehen.

529. Der auf dem ausgelagerten/bestreitbaren Anteil errechnete notwendige, durch einen Konkurrenten zu gewährende Mindestrabatt zum Ausgleich des Rabattverlusts bei der Post kann mit dem Rabatt der Post verglichen werden. Der von Quickmail zusätzlich zu entrichtende Rabatt wird nachfolgend als «Mehrrabatt» bezeichnet und berechnet sich aus der Differenz zwischen dem Mindestrabatt_{Quickmail} und dem bisherigen Rabatt bei der Post.

$$\text{Mehrrabatt} = \text{Rabatt}_{\text{Post alt}} - \text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}}$$

530. Je höher die Abweichung ist, desto stärker ist eine behindernde oder gar marktverschliessende Wirkung.

531. Im Gegensatz zum Zusatzrabatt, bei dem die Rabattstufen für alle Vertragskunden ausgehend vom vereinbarten Jahresumsatz prozentual gleich weit auseinanderlagen¹⁹⁶, lassen sich für die Preislisten keine eindeutigen Szenarien berechnen. Der Mindestrabatt und der Mehrrabatt waren abhängig davon, wie weit ein Vertragskunde von einer Umsatzschwelle entfernt war, wie gross der ausgelagerte Anteil des Umsatzes war und wie hoch die Rabattdifferenz an der Schwelle war. Lagerte ein Businesspost-Kunde mit Preisliste [...] und [...] % Preislistenrabatt (siehe Abbildung 4) beispielsweise nur [...] % seines Umsatzes aus und unterschritt damit die Umsatzschwelle zur nächsttieferen Preisliste [...], welche einen Rabatt von [...] % vorsah, so betrug der Mindestrabatt auf dem ausgelagerten Anteil [...] % und der Mehrrabatt [...] % ([...] %- [...] %). Damit war der Rabattverlust durch die neue Preislisteneinteilung bedeutend grösser als der Rabattverlust, welcher durch den geringeren Zusatzrabatt resultiert hätte, wenn der Kunde in der Preisliste [...] verblieben wäre (vgl. Tabelle 59, Zeile 3). Lagerte hingegen ein Infopostkunde mit Preisliste [...] und [...] % Rabatt [...] % seines Umsatzes aus und unterschritt dabei die Umsatzschwelle zu Preisliste [...] mit [...] % Rabatt, so betrug der Mindestrabatt knapp [...] % und der Mehrrabatt [...] % ([...] %- [...] %). Damit war der Rabattverlust durch die neue Preislisteneinteilung viel weniger gross als der Rabattverlust, der ohne Preislistenänderung durch den Verlust des Zusatzrabatts entstand (vgl. Tabelle 59, Zeile 1). Die Beispiele zeigen, dass der Mehrrabatt bei einer Preislistenänderung sehr unterschiedlich hoch sein konnte und höher oder tiefer als der Rabattverlust aufgrund des Zusatzrabatts sein konnte. In zeitlicher Hinsicht konnten sich die Effekte von Preisliste und Zusatzrabatt gegenseitig allerdings verstärken oder abschwächen, da der Zusatzrabatt zu diesem Phänomen hinzutritt.

532. Zur weiteren Illustration wird nachfolgend der Mehrrabatt berechnet, der auf einem bestreitbaren Anteil beruht, welcher jeweils den gesamten Umsatz zwischen zwei Preislisten umfasst, also eher einem grossen bestreitbaren Umsatz. Die Preislisten lagen unterschiedlich weit auseinander (vgl. Tabelle 3 in Rz 129), sowohl absolut gesehen in Franken als auch proportional. Der bestreitbare Umsatz lag entsprechend der hier vorgenommenen Annahme je nach Preislisten zwischen [...] % und [...] % des gesamten Umsatzes.¹⁹⁷ Auf dieser Basis und in Abhängigkeit von der Rabattdifferenz in den Segmenten (vgl. Abbildung 4) ergeben sich die nachfolgenden minimalen und maximalen Mehrrabatte zwischen den verschiedenen Preislisten:

¹⁹⁶ Voraussetzung dieser Aussage ist, dass die Jahresumsätze an die tatsächlichen Verhältnisse angepasst werden, was nicht immer der Fall war, wie vorne gezeigt wurde (Rz 315 ff. und 322 ff.).

¹⁹⁷ Für die Berechnung wurde der höhere Schwellenwert als 100 % angenommen. Wird vom tieferen Wert als Basis ausgegangen, liegen die Schwellen entsprechend weiter auseinander.

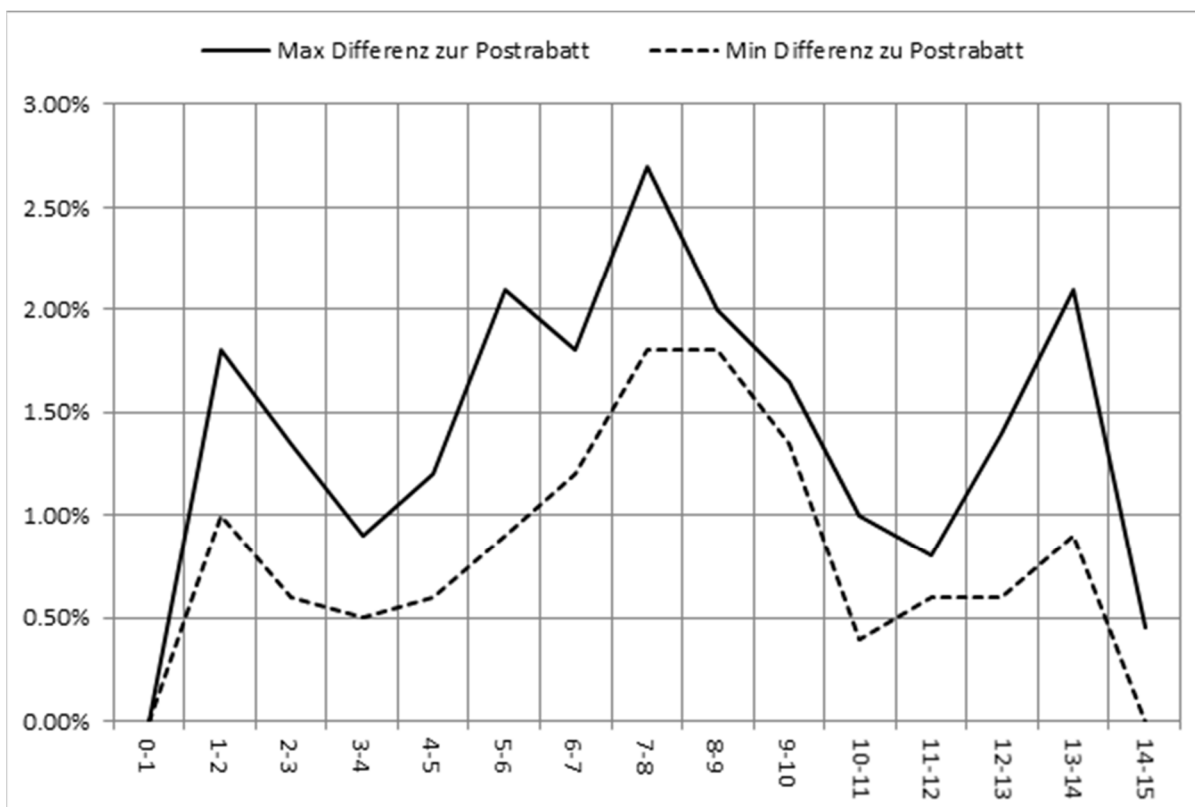


Abbildung 18: Minimale und maximale Mehrrabatte (je nach Preislistensegment) zwischen zwei Preislisten unter der Annahme, dass der Umsatz zwischen zwei Preislisten der bestreitbare Anteil des Umsatzes darstellt.¹⁹⁸

533. In der vorstehenden Darstellung (Rz 532) sind die Umsatzverlagerungen teilweise gross bis 50 %. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass bei grösseren Verlagerungen (über 25 %) eines Vertragskunden je nach bestehender Preisliste möglicherweise mehr als eine Rabattschwelle überschritten wurde, was entsprechend höhere Mindest- und Mehrrabatte zur Folge hatte.

534. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Post sehr viel höhere Mengen an Briefsendungen als die Konkurrenz verarbeitet. Dadurch konnte und kann sie entsprechend höhere Skalenerträge und Verbundvorteile erzielen. Diesen Vorteil konnte sie nur aufgrund des historischen Monopols für Postdienstleistungen und des aktuell immer noch bestehenden Teilmonopols für Briefsendungen bis 50 Gramm erreichen. D. h. bei der Berechnung des Mehrrabatts wäre zu berücksichtigen, dass die Post wie ein aktueller Konkurrent aufgrund der viel kleineren (verlagerten) Mengen nur einen Teil der Skalen- und aufgrund des beschränkteren Produktportfolios nur einen Teil der Verbundeffekte (wenn überhaupt) erzielen kann. Diesbezüglich könnte bei der Berechnung des Mehrrabatts für die Variable $Rabatt_{Post\ alt}$ der Rabatt der Post eingesetzt werden, der für die ausgelagerte Menge zur Anwendung käme. Für die Berechnungen wird der Mehrrabatt nachfolgend aus Gründen der Transparenz jedoch so berechnet wie oben (Rz 529) in der Formel beschrieben. Dabei ist jedoch im Auge zu behalten, dass der Mehrrabatt aufgrund der alternativen Berechnung höher sein könnte.

Anmerkungen der Post

535. Die Post bemängelt, dass die Berechnungen zum „Mindestrabatt“ und zum „Mehrrabatt“ nicht belegen würden, dass der Gesamtrabatt sowohl bei der Preislisteneinstufung als auch

¹⁹⁸ Berechnung entsprechend Rz 528 und 529.

beim Zusatzrabatt zu einer Behinderung von Quickmail hätte führen können. Vielmehr würde der maximale Mehrerrabatt geringer sein und würde im um die tatsächliche Kundenverteilung gewichteten Durchschnitt nur ganze [1-2] % betragen. Hieraus schliesst die Post, dass bei einem Mehrerrabatt von [1-2] % nicht nachvollziehbar sei, dass Quickmail im Wettbewerb behindert worden sein soll, zumal Quickmail nach eigenen Angaben immer 15 % tiefere Preise als die Post offeriere.

536. Zur Berücksichtigung des Mindestrabatts bzw. Mehrerrabatts ist nicht nur der Mindestrabatt bzw. Mehrerrabatt bei einem Preislistenwechsel zu berücksichtigen, wie dies die Post in ihren Ausführungen macht, sondern zusätzlich der Mindestrabatt bzw. Mehrerrabatt, der durch den Zusatzrabatt entsteht. Zudem ist eine aggregierte Berechnung des Mindestrabatts bzw. Mehrerrabatts ohnehin obsolet, da für Wettbewerber relevant ist, dass sie den Rabattverlust für diejenigen Kunden aufwiegen, welche sie gewinnen wollen. Daher können aus dem gewichteten Durchschnitt der Mindestrabatte bzw. Mehrerrabatte keinerlei Schlussfolgerungen auf eine allfällige Wettbewerbswirkung gezogen werden. Vielmehr ist jeder Einzelfall individuell zu betrachten. Zudem ist für die Beurteilung der Wettbewerbswirkungen der Gesamtsachverhalt massgeblich.

A.4.7.4.2 Gesamtumsatzrabatt und Zusatzrabatt

a) Hinweis aus Kundeninformation

537. In der Kundeninformation zum Preissystem CAPRI war beim Zusatzrabatt von «Hebelwirkungen» mit entsprechender Grafik die Rede. Dies vermittelt den Vertragskunden den (zutreffenden) Eindruck, dass Umsatzänderungen über den Zusatzrabatt zu sehr starken Rabattauswirkungen führen.

b) Wirkungsweise

538. Die Wirkungsweise des Zusatzrabatts als Gesamtumsatzrabatts kann in der nachfolgenden Beispielrechnung aufgezeigt werden. Dabei wird von einem Jahresumsatz von 120'000 Franken ausgegangen, was einem durchschnittlichen monatlichen Ausgangswert von 10'000 Franken für den Zusatzrabatt entspricht. Ein monatlicher Umsatz im Bereich von 10'000 Franken +/- 5 % entspricht dem Zielrabatt und ergibt einen Zusatzrabatt (Ziel) von 2 %. Für verschiedene, an einen Wettbewerber ausgelagerte (positive Werte in der Spalte «ausgelagerter Umsatz») oder neu generierte (negative Werte in der Spalte «ausgelagerter Umsatz») Umsätze wird der resultierende «Zusatzrabatt (neu)» und der Rabattverlust im Vergleich zum Zielrabatt angezeigt. Die zweitletzte Spalte zeigt den «Mindestrabatt», welchen ein Wettbewerber auf den ausgelagerten Umsatz gewähren muss, um nur den durch den Zusatzrabatt entstandenen Rabattverlust bei der Post, der auf den gesamten verbleibenden Umsatz berechnet wird, auszugleichen. Die letzte Spalte mit dem «Mehrerrabatt» zeigt die Differenz zwischen dem Mindestrabatt und dem Zielrabatt von 2 %. Dies entspricht dem Rabatt, den der Wettbewerber zusätzlich zum Zusatzrabatt der Post mindestens ausgleichen muss.

Zielumsatz (CHF)	Zusatzrabatt Ziel	Ziel Rabatt (CHF)	Ausgelagerter Umsatz (CHF)	Umsatz Post neu		Zusatzrabatt neu	Rabatt neu (CHF)	Rabattverlust (CHF)	Mindestrabatt	Mehrerrabatt
				CHF	%					
10'000	2%	200.-	2'600	7'400	74%	0%	0.-	200.-	7.69%	5.69%
10'000	2%	200.-	2'500	8'400	84%	1%	84.-	116.-	7.25%	5.25%
10'000	2%	200.-	1'500	9'400	94%	1.5%	141.-	59.-	9.83%	7.83%
10'000	2%	200.-	500	9'500	95%	2%	200.-	0.-	2.00%	0.00%

10'000	2%	200.-	-500	10'500	105%	2.5%	262.50	-62.50	12.50%	10.50%
10'000	2%	200.-	-1'500	11'500	115%	3%	345.-	-145.-	9.67%	7.67%

Tabelle 59: Illustration der Wirkungsweise des Zusatzrabatts bzw. Berechnung der Mehrrente bei Mehr- oder Minderumsatz.

539. Wie aus der 1. Zeile in der Spalte Mindestrabatt hervorgeht, lohnt sich – unter Ausklammerung des Preislistenrabatts und sämtlicher tatsächlich entstehender Zusatzkosten – die Auslagerung von mehr als 25 % des monatlichen Sendevolumens eines Postkunden nur, wenn der Wettbewerber einen Rabatt auf den ausgelagerten Umsatz in Höhe von mehr als 7.69 % gewährt. Auf der anderen Seite wird ein Postkunde, der 5 % seines Sendungsvolumens von einem Konkurrenten abzieht und mit der Post realisiert, mit einem zusätzlichen Rabatt von 12.50 % auf dem zurückverlagerten Anteil belohnt (zweitletzte Zeile in der Spalte Mindestrabatt).

540. Die nachfolgende Grafik zeigt die Rabatte auf, die Quickmail *mindestens zusätzlich* zum Rabatt der Post anbieten musste («Mehrrabatte»), um einen Vertragskunden für den Rabattverlust aufgrund des Zusatzrabatts zu entschädigen, wenn der Vertragskunde Sendungen auf Quickmail auslagerte oder zusätzliche Versände mit Quickmail abwickeln wollte. Die dargestellten zusätzlich notwendigen Rabatte kamen daher zum Grundrabatt (aufgrund der Preisliste) und dem Zusatzrabatt (Normalwert 2 %) hinzu, welche Quickmail im Preis für Sendungen bereits berücksichtigen musste. Nicht berücksichtigt sind auch Wechsel- und andere Kosten der Vertragskunden.

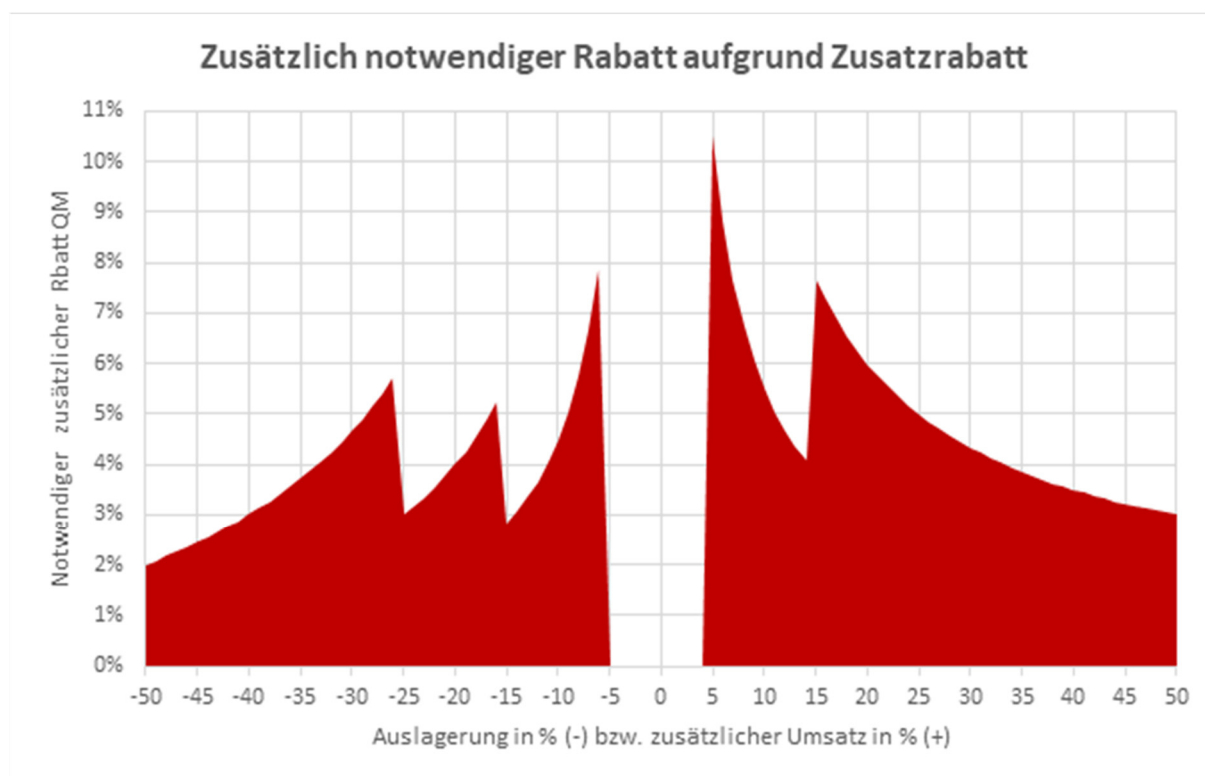


Abbildung 19: Zusätzlich notwendiger Rabatt aufgrund des Zusatzrabatts

541. Zur Erläuterung der obigen Abbildung soll ein Beispiel dienen: Ein Vertragskunde der Post generiert 200'000 Franken Umsatz mit der Post. Er erhält 2 % Zusatzrabatt darauf, somit 4'000 Franken. Davon ausgehend ergeben sich die beiden folgenden Szenarien:

- a. Er überlegt sich, einen Versand ausmachend 6 % seines Gesamtumsatzes (also einen Umsatz von 12'000 Franken) auf Quickmail zu verlagern. Nach Verlagerung erhält er noch 1.5 % Rabatt auf 188'000 Franken, somit 2'820 Franken Rabatt. Quickmail muss den Kunden auf den 12'000 Franken verlagerten Umsatz somit mindestens für die 1'180 Franken Rabattverlust des Kunden bei der Post entschädigen. Dies entspricht einem notwendigen Rabatt in Höhe von gut 9.83 %.
- b. Beispiel 2: Der Kunde überlegt sich, einen zusätzlichen Auftrag im Umfang von 5 % (d. h. Umsatz von 10'000 Franken) zu gewähren. Dies kann er bei der Post oder Quickmail tun. Platziert er den zusätzlichen Auftrag bei der Post, erhöht sich sein Rabatt auf 2.5 %. Der gesamte Rabatt beträgt somit 2.5 % von 210'000 Franken, also 5'250 Franken. Ein Kunde wird also von Quickmail mindestens einen Rabatt auf dem zusätzlichen Auftrag verlangen, der die Rabattdifferenz (5'250-4'000=1'250 Franken) aufwiegt. Dies entspricht auf dem Umsatz von 10'000 Franken einem notwendigen Rabatt von 12.5 %.

542. Dies bedeutet, dass Wettbewerber aufgrund des Zusatzrabattes weit grössere Rabatte auf ihr Sendevolumen entrichten mussten als die Post, um den Rabattverlust, den ein Kunde bei der Post erleidet, aufzufangen.

543. Entsprechend übten die Kundenverbände VSV und SDV denn auch deutlich Kritik am Zusatzrabatt, welcher einerseits als Treue- oder Zielrabatt wirke und wettbewerbsrechtlich bedenklich sei und andererseits zu grosser Intransparenz führe (Abschnitt A.4.7.2 und Rz 431).

A.4.7.4.3 Fazit zur Wirkung des Gesamtumsatzrabatts

544. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass der mögliche durch Auslagerung eines Teils des Postversands resultierende Rabattverlust bei der Post aufgrund der Ausgestaltung als Gesamtumsatzrabatt durch einen meist bedeutend höheren Rabatt bei Quickmail ausgeglichen werden musste. Ähnlich verhält es sich beim Entscheid über einen Mehrversand bei der Post, welcher zu höheren Zusatzrabatten auf das gesamte Versandvolumen führte.

A.4.7.5 Wirkung des Preissystems auf die Wechselbereitschaft der Vertragskunden

545. Nachfolgend wird zum einen untersucht, wie die Vertragskunden die Möglichkeiten zur Auslagerung von Sendungen einschätzten. Zum anderen werden die Auswirkungen des Preissystems CAPRI auf die Nutzung von Quickmail durch die Vertragskunden anhand der beiden Befragungen der Vertragskunden in der Vorabklärung und der Untersuchung beurteilt.

A.4.7.5.1 Modalitäten zur Verlagerung von Sendungen

546. In der Vorabklärung wurden 28 Vertragskunden verschiedene Fragen zur Konstellation gestellt, in welcher Vertragskunden ein bestimmtes Volumen der Postdienstleistungen (z. B. grössere Versände von Briefsendungen über 50g) mit einem Konkurrenten der Post abwickeln wollen.¹⁹⁹

547. Zunächst wurden die Vertragskunden gefragt, ob eine solche Auslagerung von Sendungen im Rahmen des geltenden Vertrags mit der Post möglich sei.²⁰⁰ Drei Vertragskunden gaben darauf keine Antwort, drei weitere konnten dies nicht beurteilen. Die restlichen 22 Vertragskunden bejahten die Möglichkeit der Auslagerung im Rahmen des geltenden Vertrags, wobei ein Vertragskunde einschränkte, dass dies nur der Fall sei, wenn die Umsätze [mit der Post] dennoch erreicht würden. Drei Vertragskunden machten zudem darauf aufmerksam, dass dies Auswirkungen auf Preise und Rabatte hätte. Ein Vertragskunde bemerkte dazu: «Ja,

¹⁹⁹ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 24.

²⁰⁰ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 24a.

allerdings werden wir indirekt bestraft, da wir die vergangenheitsbasierten Umsätze nicht mehr erreichen und somit nicht mehr von den Umsatzrabatten profitieren.» Ein Vertragskunde gab an, dass laut Aussage der Post eine Zusammenarbeit mit einem Konkurrenten möglich sei, obwohl die Post im Vertrag als «bevorzugter Partner» bezeichnet werde.

548. Die 28 Vertragskunden wurden in der Vorabklärung zudem befragt, in welchen Fällen und auf welche Weise gegebenenfalls eine Anpassung des Vertrags aufgrund geringerer Umsätze erfolgen würde. Die Antworten auf diese Fragen waren uneinheitlich und ergaben kein klares Bild. So gingen insgesamt 16 Vertragskunden von einer Vertragsanpassung aus, während fünf von keiner direkten oder überhaupt keiner Vertragsanpassung ausgingen. Weitere fünf Vertragskunden gaben entweder keine Auskunft oder konnten dies nicht beantworten. Zwei Vertragskunden gingen davon aus, dass sie Vertragsanpassungen anstossen konnten.

549. Da die Auswirkungen des Preissystems auch mit der Möglichkeit zur Kündigung zusammenhängen, wurden 28 Vertragskunden in der Vorabklärung nach der Dauer des Vertrags mit der Post und der Kündbarkeit sowie der Umständlichkeit einer solchen befragt.²⁰¹

550. Hinsichtlich Vertragsdauer gaben vier Vertragskunden keine Antwort. 17 Vertragskunden gaben zur Antwort, der Vertrag sei unbefristet, was mit den in den Unterlagen vorhandenen Basisverträgen übereinstimmte. Dagegen antworteten fünf Vertragskunden (darunter auch drei Quickmailkunden), der Vertrag sei auf ein Jahr beschränkt. Zwei Vertragskunden (darunter ein Quickmailkunde) war die Dauer des Vertrages unbekannt.

551. Hinsichtlich Kündigungsmodalitäten ergab sich aus der Befragung ebenfalls kein klares Bild. Zur entsprechenden Frage gaben sieben Vertragskunden keine Antwort, und eine Antwort war unklar. Zwei weitere Vertragskunden (davon ein Quickmailkunde) bestätigten lediglich, dass der Vertrag kündbar sei. Zwei Vertragskunden (davon ein Quickmailkunde) waren die Kündigungsvorgaben nicht bekannt. Sieben Vertragskunden (davon drei Quickmailkunden) gaben an, der Vertrag mit der Post sei innert 30 Tagen auf ein Monatsende kündbar, was der Standardklausel im Vertrag entsprach. Im Übrigen machten die Vertragskunden in zeitlicher Hinsicht folgende Angaben: zwei Wochen (1), drei Monate (1 Quickmailkunde), sechs Monate (1), ein Jahr (2, davon ein Quickmailkunde), gemäss OR-Bestimmungen (1), bei Anpassung der Preise (1). Schliesslich gaben zwei Vertragskunden (davon ein Quickmailkunde) an, eine Kündigung sei nicht notwendig, da die Verträge jährlich auslaufen würden beziehungsweise eine Mengenreduktion bis auf 0 auch ohne Kündigung möglich sei. Auf die Frage, ob die Kündigung umständlich sei, antworteten drei Viertel der befragten Vertragskunden nicht. Der Rest gab an, dass eine Kündigung nicht umständlich sei, was der Aussage der Post entspricht. Aufgrund der niedrigen Zahl der Antworten und dem Resultat der Auswertung zur Frage nach der effektiven Kündigung des Vertrags durch die Vertragskunden (Rz 476, inklusive Aussage eines Vertragskunden) kann dies jedoch nicht ohne weiteres verallgemeinert werden.

A.4.7.5.2 Auswirkungen der Komplexität und Intransparenz

552. Wie oben bereits erwähnt, beanstandete der VSV als Kundenverband eine Erschwerung der Berücksichtigung von Konkurrenten durch die «wettbewerbsrechtlich fragwürdige Intransparenz» des Preissystems (Rz 431.a).

553. Auch Quickmail machte geltend (Rz 432), das Preis- bzw. Rabattmodell der Post sei intransparent und in seinen Auswirkungen für die Kunden kaum berechenbar, weshalb sich Kunden scheuten, Quickmail dennoch einen Teil der Sendungen zu übergeben. Kunden würden so von einer Zusammenarbeit mit Quickmail abgehalten oder es werde die Aufnahme der Zusammenarbeit verzögert oder verunmöglicht. Wegen der hohen Komplexität des Systems

²⁰¹ Fragebogenantworten Vorabklärung, Fragen 20c und d.

müsse Quickmail dabei die Kunden z. B. mit Kalkulations-Tools unterstützen, damit diese die Auswirkungen der Rabattverluste bei der Post berechnen könnten. In diesem Zusammenhang reichte Quickmail zum Beleg E-Mails von Kunden ein:

- a. Aus der E-Mail eines Quickmailkunden geht hervor, dass die Post bei Anfragen zu detaillierteren Angaben offenbar eine gewisse Zeit benötigte und die Berechnungen sehr komplex waren. Es geht ebenfalls daraus hervor, dass die Planung und Berechnung von Quickmail-Auflagen dauern konnte.
- b. Gemäss einem weiteren Mailwechsel zwischen Quickmail und einem ihrer Kunden musste Quickmail offenbar ein Tool entwickeln, welches es Kunden erlaubt, die Auswirkungen der Auslagerung von Sendungen auf Quickmail zu berechnen. Es berechnete einerseits die mit Quickmail zustellbaren Mengen und die zu erzielenden Umsätze. Andererseits berechnete es den Zusatzrabattverlust bei der Post (Reduktion des Preisvorteils von Quickmail).

554. Wie oben aufgezeigt, wurde das Preissystem CAPRI zudem von vielen Kunden als komplex und intransparent empfunden. So waren vielen Vertragskunden ihre Einstufung, die genaue Berechnung der Parameter und die Preislistenoptionen nicht bekannt.

555. In Ergänzung zu den oben aufgeführten Resultaten der Befragung zur Transparenz im Allgemeinen wurden die Vertragskunden der Post in der Vorabklärung und der Untersuchung durch das Sekretariat gefragt, ob ihnen bekannt sei, was ihnen an Rabatt entgehen würde, wenn sie einen Teil ihres Postversands an einen alternativen Anbieter auslagern würden.²⁰²

556. Von den in der Vorabklärung befragten 28 Vertragskunden verneinten dies 13, zehn bejahten dies (z. T. aber nur mit Blick auf die Auswirkung des Zusatzrabatts). Einer der bejahenden Vertragskunden relativierte jedoch, dass der Rabattverlust nicht im Detail bekannt sei. Einem Vertragskunden war der Rabattverlust teilweise bekannt. Zwei Vertragskunden beantworteten die Frage nicht, und eine Antwort war unklar.²⁰³ Von den neun Quickmailkunden kannten vier Vertragskunden den Rabattverlust, vier kannten ihn nicht.²⁰⁴ Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Aussage eines Vertragskunden auf die Frage, ob die preisliche Auswirkung einer Umsatzverlagerung bekannt sei. Der Vertragskunde stufte diesbezüglich die preisliche Herabstufung aufgrund eines Umsatzverlustes als stärker ein als die höheren Zusatzrabatte: «Ja, haben wir erhalten. Der Preis für Massensendungen Standard wird um 3.3 % teurer, wobei dies durch die niedrigeren Umsatzstaffeln zum Erreichen der Monatsrabatte eigentlich nicht ausgeglichen wird.»

557. In der Untersuchung konnten von den 255 befragten Vertragskunden 234 den Rabattverlust nicht abschätzen.²⁰⁵ Lediglich zwölf der befragten Vertragskunden – d. h. unter 5 % – gaben an, dass ihnen dies bekannt sei. Sieben machten keine Angaben.²⁰⁶

558. Diejenigen Vertragskunden, welche die Auswirkungen auf den Rabatt kennen, wurden gebeten, den Rabattverlust für bestimmte Verlagerungen (5 %, 10 %, 20 %, 30 %, 40 %, 50 %) anzugeben.²⁰⁷ Von den zwölf Vertragskunden nannte ein Vertragskunde nur den für ihn an einen Konkurrenten auslagerbaren Anteil seiner Sendungen, ohne eine Angabe zum

²⁰² Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 24e; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 21.

²⁰³ Ein Vertragskunde und Quickmailkunde bezeichnete seine Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.

²⁰⁴ Siehe Fn 203.

²⁰⁵ Vgl. beispielsweise die Aussagen an anderer Stelle in act. 246, Frage 22, und act 250, Frage 17.

²⁰⁶ Zwei Unternehmen bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.

²⁰⁷ Der Rabattverlust war in Franken sowie in Prozent des bisherigen Rabatts anzugeben.

Rabattverlust zu machen, und drei weitere Vertragskunden machten ebenfalls keine detaillierten Angaben zu den einzelnen Schwellen oder gaben nur den Rabattverlust für den maximal auslagerbaren Teil an.²⁰⁸ Daraus folgt, dass sieben Vertragskunden genauere Angaben zu den erfragten Stufen machten. Mit Bezug auf den auslagerbaren Anteil machten zwei Vertragskunden keine Angaben, ein Vertragskunde gab 0 % an, zwei gaben 5 % an, drei 20 oder 25 %, drei über 60 %.

559. Die ganz überwiegende Mehrheit derjenigen Vertragskunden, welche Angaben machten, scheint sich auf den Zusatzrabatt und nicht auf die Preislisteneinstufung bezogen zu haben. Sofern nämlich die Vertragskunden den Rabattverlust nicht wie verlangt als Anteil in Prozent vom bisherigen Rabattangaben, variierten diese von 0 bis 3 %, wobei teilweise auch nur 2 % oder 2.5 % angegeben wurden.

A.4.7.5.3 Einschätzung der Wirkung durch die Vertragskunden

560. Auf die in der Untersuchung an 255 Vertragskunden gestellte Frage²⁰⁹, ob sie aufgrund des Preissystems schon einmal auf die (einmalige oder mehrmalige) Auslagerung eines Teils ihres Postversandes auf einen alternativen Anbieter verzichtet haben, antworteten 20 Vertragskunden mit Ja (d. h. knapp 8 %), 227 mit Nein und sechs machten keine Angaben.²¹⁰ Knapp die Hälfte (neun) der Ja-Antworten stammt von Quickmailkunden oder solchen Vertragskunden, welche zum damaligen Zeitpunkt Quickmail als Alternative angaben. Damit gab knapp ein Viertel der Kunden, die Quickmail als Alternative angaben, an, dass sie aufgrund des Preissystems der Post mindestens einmal auf eine Auslagerung zu einem Konkurrenten der Post verzichtet hatten.

561. Die 20 Vertragskunden, welche bereits mindestens einmal aufgrund des Preissystems auf die Auslagerung eines Teils ihres Postversand verzichtet hatten und eine Begründung angaben²¹¹, begründeten ihre Antwort wie folgt²¹²:

- a. Für zehn Vertragskunden war für den Verzicht der Auslagerung die Rabattpolitik der Post ausschlaggebend. Von diesen Vertragskunden gaben neun eine (befürchtete) Rabattkürzung respektive Erhöhung der Preise als Begründung an, davon ein Quickmailkunde und drei potenzielle Quickmail-Kunden. Damit gaben sämtliche potenziellen Quickmailkunden, welche aufgrund des Preissystems bereits auf einen Wechsel verzichtet hatten, das Preissystem als Grund für den Verzicht an. Es fällt zudem auf, dass fast alle Nennungen auf NGO oder Versand-/Detailhandel entfielen. Einer der zehn Vertragskunden (Quickmailkunde im Versandhandel) machte explizit den Zusatzrabatt dafür verantwortlich, dass eine Verlagerung von Sendungen nicht profitabel sei: «In Monaten mit überdurchschnittlicher Menge ist für uns eine Nutzung von Quickmail uninteressant, da sich bei der Post der Versand der nicht durch Quickmail beförderbaren Sendungen um 3 % verteuert. In schwachen Monaten, wo wir ohnehin bei der Post keinen Zusatzrabatt erhalten, hätte die Nutzung von Quickmail hingegen keine Auswirkungen. Allerdings sind unsere Auflagenmengen dann wiederum so gering, dass der Aufwand für die Aufteilung der Sendungen zwischen Quickmail und Post derart ins Gewicht fällt, dass es sich auch wieder nicht lohnt.» Unter den zehn Vertragskunden befand sich nur einer, der in der vorhergehenden

²⁰⁸ Ein Vertragskunde bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis.

²⁰⁹ Fragebogenantworten, Frage 22.

²¹⁰ Zudem bezeichneten zwei Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis, dazu kommen drei Vertragskunden, welche die Begründung zu ihrer Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnen

²¹¹ Ein Unternehmen hat die Begründung als Geschäftsgeheimnis bezeichnet, und zwei machen keine Angaben.

²¹² Es kommen Mehrfachnennungen vor.

Frage genau beziffern und nachrechnen konnte, wie hoch der mutmassliche Rückgang des Umsatzrabatts ausfallen würde (vgl. Rz 558).

- b. Drei Vertragskunden, davon wiederum je eine NGO und ein Versandhandelsunternehmen, machten (u. a.) Kosten geltend, welche insbesondere durch ein Splitting entstehen, teilweise auch für die bei der Post verbleibenden Sendungen.
- c. Die meisten restlichen Vertragskunden gaben als Grund ein ungenügendes bzw. fehlendes Angebot der Konkurrenz an (Abdeckung, Umfang des Angebots, Qualität) oder Zufriedenheit mit dem Angebot der Post an.

562. In der Vorabklärung und der Untersuchung wurden die Vertragskunden zudem gefragt, ob ihrer Meinung nach das neue Preissystem eine (teilweise) Verlagerung von Sendungen zur Konkurrenz im Vergleich zum früheren Preissystem (reine Rabattierung auf Basis des Umsatzes) erschwert, erleichtert oder nicht verändert hat.²¹³

563. Die Fragestellung in der Vorabklärung an 28 Vertragskunden war dabei vor allem im Zusammenhang mit der Zweiteilung des Preissystems in Preislisteneinteilung und in Zusatzrabatt gestellt worden. Ein Vertragskunde machte gar keine Angabe, und weitere fünf Vertragskunden konnten die Frage nicht beurteilen.²¹⁴ Zwei Vertragskunden antworteten mit Erleichterung. Demgegenüber gaben sieben Vertragskunden (davon fünf von neun Quickmail-Kunden²¹⁵) an, ein Wechsel sei erschwert worden. Schliesslich ergab sich für zwölf der antwortenden Vertragskunden keine Änderung.

Einfluss des neuen Preissystems auf einen Wechsel zur Konkurrenz	Erschwert	Erleichtert	Nicht verändert	Keine Antwort oder unklar
	7	2	12	6

Tabelle 60: Vergleich des Preissystems CAPRI mit dem Preissystem 2009 hinsichtlich der Auslagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten (Befragung Vorabklärung)

564. Von den zwei Vertragskunden, welche eine Erleichterung angaben, begründete ein Vertragskunde die Antwort mit der besseren Vergleichbarkeit der Preise. Der andere Vertragskunde begründete die Antwort nicht, gab aber etwas im Widerspruch zur Erleichterung in Antwort 24 an, dass die Auswirkungen einer Mengenreduktion nicht mehr nachvollziehbar seien. Die Vertragskunden, welche im neuen Preissystem eine Erschwerung der Verlagerung von Sendungen sahen, gaben vor allem die nur schwer einschätzbaren Auswirkungen eines Wechsels auf den Rabatt und die Rabattreduktion selbst als Gründe für ihre Antwort an. Ein Vertragskunde gab an, die Abwicklung eines bestimmten Volumens über einen Konkurrenten unter dem Vertrag mit der Post sei zwar möglich, aber sie würden dafür bestraft, da sie die vergangenheitsbasierten Umsätze nicht mehr erreichten und somit nicht mehr von den Zusatzrabatten profitierten. Ein anderer Vertragskunde gab an: «Erschwert, da durch das neue Preismodell die Vergabe von Teilmengen an Quickmail zu stärkeren Preisanstiegen bei der Post führen.» Die meisten derjenigen Vertragskunden, welche keine Änderung für eine Verlagerung der Sendungen sahen, begründeten dies damit, dass es für sie derzeit ohnehin noch

²¹³ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 23b; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 23.

²¹⁴ Dazu kommt ein Vertragskunde (Quickmailkunde), der seine Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnete.

²¹⁵ Siehe Fn 214.

keine Alternativen (mangelnde Konkurrenz oder hoher Anteil der Sendungen im Monopolbereich) zur Post gebe.

565. In der Untersuchung²¹⁶ gaben drei der befragten 255 Vertragskunden an, das neue Preissystem habe einen Wechsel erleichtert, 20 sahen darin eine Erschwerung, 202 keine Änderung und 29 machten keine Angaben.²¹⁷

Einfluss des neuen Preissystems auf einen Wechsel zur Konkurrenz	Erschwert	Erleichtert	Nicht verändert	Keine Angaben
	20	3	202	29

Tabelle 61: Vergleich des Preissystems CAPRI mit dem Preissystem 2009 hinsichtlich der Auslagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten (Befragung Untersuchung)

566. Die Vertragskunden, welche angaben, das neue Preissystem habe einen Wechsel erleichtert, sahen die Erleichterung nur darin, dass mangels Verhandlungsmöglichkeit oder infolge Preiserhöhungen die Anreize gestiegen waren, sich nach Alternativen umzusehen.²¹⁸

567. Von den 20 Vertragskunden, welche im neuen Preissystem eine Erschwerung eines Wechsels sahen,²¹⁹ nannten 8 als Grund die schwierige und umständliche Berechnung, die mangelnde Transparenz und die daraus folgende fehlende Vergleichbarkeit von Leistungen. Zwei dieser Vertragskunden nannten dabei explizit auch den Zusatzrabatt als Grund für diese Schwierigkeit. Weitere zwei Vertragskunden nannten den Zusatzrabatt selbst als relevanten Parameter für die Erschwerung eines Wechsels, denn dieser Rabatt falle weg und führe zu einer Kumulation der Sendungen in gewissen Monaten. Zwei Vertragskunden nannten die Vertragsbindung an sich und die Rabattkürzung durch die Post als Grund. Der Rest machte keine Angaben oder nannte spezifische Gründe.

568. Von den 202 Vertragskunden, welche keine Veränderung durch den Systemwechsel sahen, lieferten etwa zwei Drittel der Vertragskunden (135) keine explizite Begründung. Für einen zusätzlichen Teil war die Frage nicht beurteilbar (13). Für den überwiegenden Rest war die Frage nicht relevant, da sie aus anderen Gründen nicht wechseln konnten (Abdeckung, viele Sendungen im Monopol, Zusatzkosten, Qualität, fehlendes genügendes oder passendes Angebot der Konkurrenz) oder wollten (Aufwand, aus Prinzip).

569. Vier Fünftel der 20 Antworten von Vertragskunden, welche im neuen Preissystem eine Erschwerung eines Wechsels zu einem Konkurrenten sahen, stammen von Unternehmen im Bereich Versand- oder Detailhandel oder von NGO/Vereinen/Organisationen. Zudem waren knapp die Hälfte ehemalige Quickmailkunden oder solche, welche in der Befragung Quickmail als Alternative angaben. Von den aktuellen und potentiellen Quickmailkunden schätzten somit etwas weniger als ein Fünftel das neue Vertragskundenmodell als Erschwerung ein. Dies sind mehr als dreimal so viele als für den Rest der Vertragskunden. Dazu kamen noch die zwei Vertragskunden, welche zwar im Fragebogen „Erleichterung“ ankreuzten, aber nur im Hinblick auf einen grösseren Anreiz für einen Wechsel (vgl. Rz 566). Bei den Quickmailkunden standen

²¹⁶ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 23.

²¹⁷ Ein Vertragskunde bezeichnete die Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis. Insgesamt fünf Vertragskunden bezeichneten die Begründung ihrer Antwort als Geschäftsgeheimnis.

²¹⁸ Ein Vertragskunde der offen gelegten Antworten mit «Erleichtert» bezeichnet die Begründung als Geschäftsgeheimnis.

²¹⁹ Von den 20 Vertragskunden mit Antwort «Erschwert» bezeichneten zwei Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

die mangelnde Transparenz und der Zusatzrabatt im Vordergrund. Von den aktuellen oder potenziellen Quickmailkunden, welche keine Veränderung sahen, gaben viele ungenügend starke Konkurrenz mit entsprechendem Angebot als Grund für ihre Antwort an. Immerhin zwei der aktuellen oder potenziellen Quickmailkunden gaben aber an, das neue Preissystem sei übersichtlich resp. die Mailings seien von der Post transparent berechnet worden.

A.4.7.5.4 Zusammenfassung

570. Zusammenfassend war laut Vertragskunden eine Kündigung des Vertrags zur Verlagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten grundsätzlich möglich, allerdings gegebenenfalls mit Auswirkung auf die Rabattwirkungen. Ein Grossteil der Vertragskunden kannte aber die Vertragsdauer und Kündigungsmodalitäten nicht oder ging von falschen Vorgaben aus. Zudem war zu einem grossen Teil nicht bekannt, ob und wann eine Vertragsanpassung aufgrund der Verlagerung auf die Konkurrenz erfolgen würde und was die finanziellen Auswirkungen davon wären.

571. Wie erwähnt verzichtete zudem ein zwar im Verhältnis zur gesamten Anzahl befragter Vertragskunden kleiner Teil der Vertragskunden, jedoch durchaus bedeutender Anteil der (potenziellen) Quickmailkunden aufgrund des Preissystems bereits mindestens einmal auf die Auslagerung von Sendungen und sah im neuen Preissystem eine Erschwerung eines Wechsels zur Konkurrenz.

A.4.8 KEP & MailAnmerkungen der Post

572. Die Post macht geltend, dass sich das Sekretariat hauptsächlich auf Aussagen der „Gegenseite“ stützen würde und diese im Antrag ohne jegliche kritische Würdigung und sogar wortgetreu wiedergeben würde.

573. Diese Beanstandung der Post ist unbeachtlich. Der Sachverhalt wurde insgesamt kritisch gewürdigt.

574. Die Post macht sinngemäss weiter geltend, dass das Sekretariat aufgrund der Fragebögen keinen Nachweis einer Behinderung erbracht habe. Die Fragebögen seien einseitig zu Lasten der Post und falsch ausgewertet worden. Zudem würde der Antrag auf die Fragebögen und nicht auf die Berechnungen abstellen, so dass sich zeigen würde, dass das Sekretariat von den Berechnungen nicht überzeugt sei. Zudem lasse sich eine mögliche Wirkung des Zusatzrabatts durch die Erkenntnisse der Kundenbefragungen nicht aufzeigen, da weniger als 10 % einen Einfluss auf die Planung bejaht hätten. Zudem würde der Antrag verschweigen, dass von den bejahenden Kunden der Grossteil auf den kaum vorhandenen Einfluss hinweisen würde.

575. Die Post stellt den Anteil derjenigen Kunden, welche wechselbereit waren, bewusst als geringfügig dar, indem sie unberücksichtigt lässt, wie viele Kunden von vorneherein aufgrund ihrer Versandstruktur nicht zu Quickmail wechseln konnten und damit nicht Teil des bestreitbaren Marktes waren (vgl. Rz 563 ff.). Zudem sind nicht nur der Zusatzrabatt massgeblich, sondern auch andere Effekte. Eine singuläre Fokussierung auf den Zusatzrabatt ist daher für die Beurteilung des massgeblichen Sachverhalts ungeeignet. Das Sekretariat hat daher zu Recht sowohl auf die Kundenantworten als auch auf die Berechnungen abgestellt.

576. Auch könne gemäss Aussagen der Post aus den Fragebogenantworten keine fehlende Wechselbereitschaft der Kunden nachgewiesen werden. Die hierzu massgebliche Frage sei so offen gestellt worden, dass Vertragskunden, die angegeben haben, auf die Auslagerung verzichten zu haben, dies aus ganz verschiedenen Gründen getan hätten, ohne dass das Preissystem der Post dafür verantwortlich gewesen sei.

577. Hierzu ist anzumerken, dass eine Gesamtbetrachtung des Sachverhaltes vorzunehmen ist, wobei die Antworten auf einzelne Fragen in die Gesamtbetrachtung mit einfließen und entsprechend gewürdigt wurden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

578. 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.²²⁰

579. Die vorliegende Untersuchung wurde gegen die Schweizerische Post und die Post eröffnet. Die zu beurteilenden Verhaltensweisen stehen im Verantwortungsbereich der Post, welche insbesondere Post- und Logistikdienstleistungen und damit zusammenhängende Dienstleistungen erbringt. Die Post ist die Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post, welcher weitere Gesellschaften untergeordnet sind. Nachfolgend wird geprüft, ob es sich bei der Schweizerischen Post und ihren (in-)direkten Tochtergesellschaften und affilierten Gesellschaften um einen Konzern handelt, welcher als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren wäre.

580. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.²²¹ Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt²²², so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern gemäss der bisherigen Rechtsprechung als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.²²³

²²⁰ 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, 2013, Rz 335 und 341; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 29, *Preispolitik Swisscom ADSL II*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 119 E. 3.4, *Publigroupe SA et al./WEKO* und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²²¹ RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²²² Sogenanntes „Leitungsprinzip“ im Gegensatz zum „Kontrollprinzip“, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

²²³ Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 29, *Preispolitik Swisscom ADSL II*, sowie RPW 2010/2, 336 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

581. Die revidierten Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts²²⁴ beschränken sich seit 1. Januar 2013 mit Bezug auf die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) ausdrücklich auf das Kontrollprinzip, das heisst sie verzichten auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips²²⁵. Gemäss Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie: 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 abzuberufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Ob im Bereich des Kartellrechts den neuen Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts Rechnung zu tragen ist und entsprechend die Kontrollmöglichkeit für das Vorliegen einer Konzernstruktur genügt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben.

582. Vorliegend weisen hinsichtlich der Unternehmenseinheiten der Schweizerischen Post bereits die gesetzlichen Bestimmungen der Postregulierung auf einen Konzern hin. Für die Postfinance ist die Ausgliederung in eine Konzerngesellschaft sogar ausdrücklich im Gesetz vorgesehen.²²⁶ Konzerngesellschaften sind gemäss Postverordnung neben der PostFinance die von der Schweizerischen Post direkt oder indirekt kontrollierten Unternehmen, insbesondere Kapitalgesellschaften.²²⁷ Die Postverordnung enthält weitere explizite Bestimmungen (auch) mit Bezug auf die Konzerngesellschaften, so etwa zur Möglichkeit der Übertragung der Grundversorgung auf diese Gesellschaften oder zur Erstellung der Konzernrechnung.²²⁸ Wie in Randziffer 6 f. beschrieben, ist die Schweizerische Post die Muttergesellschaft von drei «strategischen Konzerngesellschaften», darunter die Post. Diesen strategischen Konzerngesellschaften sind weitere Konzerngesellschaften angegliedert. An allen als Konzerngesellschaften bezeichneten Gesellschaften hält die Post direkt oder indirekt (über die strategischen Konzerngesellschaften) 100 % der Anteile.²²⁹ Die Schweizerische Post besitzt zudem viele weitere Beteiligungen bis 50 % an Unternehmen («assoziierte Unternehmen»), bei denen sie die Geschäftspolitik «massgeblich beeinflusst und Einsitz in den Aufsichtsgremien nimmt».²³⁰

583. Wie oben erwähnt (Rz 581), bleibt unklar, ob neben der Kontrolle auch die einheitliche Leitung, mithin die Ausübung der Kontrolle nachzuweisen ist. Aus der Formulierung für assoziierte Gesellschaften folgt bereits a maiore ad minus, dass bei den Konzerngesellschaften nicht nur eine Kontrolle vorliegt, sondern auch eine einheitliche Leitung besteht und ausgeübt wird. Ausserdem hat die Schweizerische Post die Grundversorgungspflichten statutarisch auf ihre Tochtergesellschaften übertragen, jedoch nimmt die Muttergesellschaft die Berichterstattung sowie die Vertretung gegenüber den Behörden wahr. Auch kann die Muttergesellschaft den Nettoausgleich zum Ausgleich der Grundversorgungskosten vornehmen. Gemäss Art. 17

²²⁴ Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR; SR 220).

²²⁵ Vgl. Art. 663e Abs. 1 aOR, BBI 2008 1589, 1723 sowie Art. 963 Abs. 2 OR, der neu Kriterien festlegt, wann eine juristische Person ein anderes Unternehmen in rechtsrelevanter Weise kontrolliert.

²²⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 1 POG.

²²⁷ Art. 1 Bst. e VPG.

²²⁸ Vgl. insbesondere Art. 2 und Art. 52 Abs. 1 und 2 VPG; Weiter auch Art. 46, Art. 47 Abs. 1, Art. 48 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1, Art. 50 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 VPG.

²²⁹ Website Post, Konzerngesellschaften, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzerngesellschaften>> (15.11.2016).

²³⁰ Website Post, assoziierte Gesellschaften, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/assoziierte-gesellschaften-und-joint-ventures>> (15.11.2016).

der Statuten der Schweizerischen Post hat der Verwaltungsrat die Aufgabe, die nötigen Vorgaben zur einheitlichen Führung des Konzerns zu erteilen, insbesondere in den Bereichen Strategie, Finanzplanung und Personalführung, sowie die konzernweite Umsetzung der Strategie und der Ziele sicherzustellen. Durch Einsitznahme von Mitgliedern der Geschäftsleitung der Schweizerischen Post im Verwaltungsrat und/oder der Geschäftsleitung von Konzerngesellschaften wird zudem die einheitliche Führung sichergestellt. Insbesondere haben die Schweizerische Post und die Post praktisch eine einheitliche Geschäftsführung. Die Konzernleiterin der Schweizerischen Post ist dabei auch Präsidentin des Verwaltungsrats sowie Vorsitzende der Geschäftsleitung der Post, während ihr Stellvertreter zudem den Geschäftsbereich «Postmail» leitet und Mitglied der Geschäftsleitung bei der Post ist.²³¹

584. Die Beteiligungsverhältnisse, die gesetzlichen Bestimmungen, die personellen Verflechtungen im Zusammenspiel mit der Unternehmensorganisation beweisen das Vorliegen eines Konzerns, d. h. das Vorliegen einer einheitlichen Leitung, welche vorliegend auch ausgeübt wird. Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist damit der gesamte Post-Konzern.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

585. 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).

586. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar²³². Ob es sich bei der Schweizerischen Post 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 Existenz von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Wie nachfolgend ausgeführt wird, verfügt die Schweizerische Post über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz 813) und übt gestützt auf diese Marktmacht aus (vgl. Rz 1016 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Daher ist das Kartellrecht in sachlicher Hinsicht auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

587. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da diese für die Post als in der Schweiz aktives Unternehmen offensichtlich gegeben sind.

B.2 Materielle Verfügungsadressatinnen

588. Da vorliegend ein Konzern als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist, stellt sich die Frage, welche Gesellschaft resp. Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist resp. Verfügungsadressatinnen sind. Denn ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressat kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene

²³¹ Handelsregisterauszüge Schweizerische Post AG und Post CH AG (18.01.2015).

²³² Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Parteien*; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 2 KG N 14.

Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen kann ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein. Verfügungsadressatinnen können aber einzelne natürliche oder juristische Personen des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind.²³³

589. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, dass bei Konzernsachverhalten entsprechend den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen die Verfügung zwar grundsätzlich an alle Gruppengesellschaften zu richten wäre, dass jedoch insbesondere bei grösseren Konzernen eine sachgerechte Beschränkung der Anzahl an Parteien und Verfügungsadressaten gerechtfertigt und angezeigt ist.²³⁴ Die Ausgestaltung der personalen Reduktion obliege dabei dem pflichtgemässen Ermessen der Wettbewerbsbehörden aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls. Gemäss Bundesverwaltungsgericht dürfte es in der Regel sachgerecht sein, zum einen die Obergesellschaft, von der die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, sowie zum anderen diejenigen Konzerngesellschaften, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressaten heranzuziehen.²³⁵ Auch das Bundesgericht scheint diese Haltung zu vertreten.²³⁶

590. Das Bundesverwaltungsgericht²³⁷ hat auch festgehalten, dass diejenigen Konzerngesellschaften, welche die Wettbewerbsbehörde als Parteien des Verfahrens und als Adressaten der Verfügung heranzieht, durch die kartellrechtliche Verfügung unmittelbar in ihren Rechten und Pflichten betroffen werden. Denn die Verfügung stelle zum einen klar, ob das beurteilte Wettbewerbsverhalten rechtlich zulässig war und ob es von den herangezogenen wie auch den sonstigen Konzerngesellschaften zukünftig weiter praktiziert werden kann oder nicht. Zum anderen hätten die herangezogenen Konzerngesellschaften die verhängten Sanktionen zu tragen und sonstige Massnahmen umzusetzen. Daher seien die herangezogenen Konzerngesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu qualifizieren. Die bislang von der WEKO teilweise vorgenommene Unterscheidung zwischen formalen und materiellen Verfügungsadressaten sei nicht erforderlich.

591. Die Post ist für den Bereich der adressierten Briefpost verantwortlich und auch für das Geschäftskunden-Preissystem für adressierte Briefsendungen.²³⁸ Sie ist daher als «handelnde» Gesellschaft anzusehen. Wie oben (Rz 582 bis 585) erwähnt, ist zudem die Schweizerische Post die direkte Muttergesellschaft der Post und gleichzeitig Muttergesellschaft des gesamten Post-Konzerns. Es ist im Sinne der Rechtsprechung daher sachgerecht, die Verfügung vorliegend an die handelnde Gesellschaft sowie an die Muttergesellschaft des Konzerns zu richten. Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, wonach es notwendig wäre, die Verfügung an weitere juristische oder natürliche Personen innerhalb des Postkonzerns zu richten.

592. Vor der Gründung der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft war die Muttergesellschaft der Post in Form einer spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Anstalt unter der Firma «Die Schweizerische Post» organisiert.²³⁹ Diese war für die Anwendung der Geschäftskunden-Preissysteme für adressierte Briefsendungen bis am 26. Juni 2013 verantwortlich. An diesem Datum wurde die Anstalt in die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft «Die Schweizerische

²³³ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 67 f., *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.

²³⁴ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 69 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.

²³⁵ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 73, *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.

²³⁶ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, S. 114 ff., E. 3.3 f., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²³⁷ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 675 f., *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.

²³⁸ Vgl. vorne, Rz 9.

²³⁹ Art. 2 Abs. 1 POG.

Post AG» umgewandelt.²⁴⁰ In der Folge übertrug diese die Aktiven und Passiven der entsprechenden Geschäftsbereiche PostMail (wozu auch die adressierten Briefsendungen gehören), PostLogistics, Swiss Post Solutions und Poststellen und Verkauf, auf die Post.²⁴¹ Die beiden Gesellschaften sind daher auch Rechtsnachfolgerinnen der spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Anstalt nach altem Postorganisationsgesetz.

593. Die Verfügung ist daher an die Post und an die Schweizerische Post zu richten.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

B.3.1 Übersicht

594. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

595. Im Folgenden wird geklärt, inwiefern die Postgesetzgebung Vorschriften enthält, die im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG eine auf Wettbewerb ausgerichtete Marktstruktur ausschliessen und damit zur eingeschränkten Anwendung des Kartellgesetzes führen. Die untersuchten Verhaltensweisen der Post fallen sowohl in den Zeitraum vor als auch nach der Revision der Postgesetzgebung auf den 1. Oktober 2012. Daher ist nachfolgend sowohl die alte wie auch die neue Regulierung im Post-Bereich auf vorbehaltene Vorschriften zu überprüfen.

596. Der Bund sorgt gemäss Art. 92 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden. Die Tarife werden nach einheitlichen Grundsätzen festgelegt.

597. Bis am 30. September 2012 galten das Postgesetz vom 30. April 1997 (nachfolgend: altes Postgesetz, aPG) und die Postverordnung vom 26. November 2003 (nachfolgend: alte Postverordnung, aVPG) sowie das Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (nachfolgend: altes Postorganisationsgesetz, aPOG).

598. Am 1. Oktober 2012 sind das revidierte Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783), die Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG; SR 783.01) sowie das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) in Kraft getreten.

B.3.2 Alte Postgesetzgebung

599. Die Schweizerische Post erhielt im alten Postgesetz den Auftrag, Postdienstleistungen in einem bestimmten Umfang und einer bestimmten Qualität zu erbringen (sog. Universaldienst). Im Universaldienst wurde zwischen reservierten Diensten (Art. 3 aPG; «Monopolbereich») und nicht reservierten Diensten (Art. 4 aPG) unterschieden. Ausserhalb des Universaldienstes liegende übrige Postdienstleistungen gehörten zu den sogenannten Wettbewerbsdiensten (Art. 9 aPG). Laut dem Schreiben des Generalsekretariats des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Energie, Verkehr und Kommunikation (UVEK) vom 10.

²⁴⁰ Handelsregisterauszug Schweizerische Post AG (18.1.2016).

²⁴¹ Handelsregisterauszüge der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG (18.01.2016).

Mai 2011 gehörten alle vom neuen Preissystem betroffenen Produkte und Dienstleistungen zum Universaldienst gemäss Art. 3 und 4 aPG. Es waren also keine Wettbewerbsdienste betroffen.

600. Hinsichtlich der reservierten Dienste hatte die Schweizerische Post nach Art. 3 aPG das ausschliessliche Recht, adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis 2 kg zu befördern (Abs. 1), wovon die Beförderung von Schnellpostsendungen sowie die Beförderung von Paketen und abgehenden internationalen Briefpostsendungen jedoch ausgenommen waren (Abs. 2). Dabei lag es gemäss Art. 3 Abs. 3 aPG im Kompetenzbereich des Bundesrates, den genauen Umfang der reservierten Dienste festzulegen und die in Art. 3 Abs. 1 aPG statuierte Gewichtslimite herabzusetzen. Von dieser Kompetenz machte der Bundesrat durch Erlass von Art. 2 aVPG Gebrauch, indem er die Monopolgrenze für adressierte inländische und aus dem Ausland eingehende Briefpostsendungen per 1. Juli 2009 auf 50 Gramm reduzierte (sog. Monopolsendungen).

601. Das heisst, die Schweizerische Post wurde vom Gesetzgeber im Bereich der reservierten Dienste (Art. 3 Abs. 1 aPG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 aVPG) mit besonderen Rechten ausgestattet und verfügte bei der Beförderung von adressierten Briefpostsendungen bis maximal 50 Gramm über ein rechtliches Vollmonopol (sog. Sachbeförderungsregal), d. h. über eine wettbewerbliche Sonderstellung. Damit lag eine ausschliesslich auf den Monopolbereich beschränkte vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG vor.

602. Für die nicht reservierten Dienste sah jedoch bereits Art. 4 Abs. 1 aPG vor, dass die Schweizerische Post diese in Konkurrenz mit privaten Anbietern erbringt. Aus dieser Formulierung ist ersichtlich, dass ausserhalb der reservierten Dienste Wettbewerb keinesfalls ausgeschlossen werden sollte. In der Botschaft zum alten Postgesetz wird diesbezüglich Folgendes ausgeführt: «überall dort, wo die Post und ihre Tochtergesellschaften Dienstleistungen in Konkurrenz mit privaten Anbietern erbringen, unterstehen sie in wirtschafts- und ordnungspolitischer Hinsicht den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen wie ihre Konkurrenten».²⁴² Der PostReg-Bericht 2011 hält bezüglich Preisfestsetzung zusätzlich fest: «Bei der Preisfestlegung von Dienstleistungen im nicht reservierten Bereich muss die Schweizerische Post das Kriterium der angemessenen Preise, die allgemeinen Wettbewerbsregeln und die Regeln der Preisüberwachung einhalten; darüber hinaus ist sie in der Preisfestsetzung frei.»²⁴³

603. Auch Art. 2 Abs. 2 aPG stand einer Anwendung des Kartellgesetzes nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung musste die Schweizerische Post die Dienstleistungen des Universaldienstes nach gleichen Grundsätzen, in guter Qualität und zu angemessenen Preisen anbieten. Damit wurde laut Botschaft «sichergestellt, dass einerseits die Dienstleistungen im Interesse der Kunden hohen Qualitätsanforderungen genügen, andererseits die Preise im Sinne der Verfassungsvorgabe (Art. 92 Abs. 2 BV spricht von einer „preiswerten Grundversorgung“) möglichst günstig bleiben. Diese Bestimmung schreibt somit vor, dass die Post beim Universaldienst ein ausgewogenes Preis/Leistungs-Verhältnis anzustreben hat.»²⁴⁴ Aus diesen – offenen und unbestimmten – Vorgaben kann kein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG für die nicht reservierten Dienste abgeleitet werden.

604. Der Anwendung des Kartellgesetzes auf die nicht reservierten Dienste stand auch Art. 14 aPG nicht entgegen. Gemäss Art. 14 Abs. 1 aPG hatte die Schweizerische Post die Preise für ihre Dienstleistungen nach wirtschaftlichen Grundsätzen festzulegen. Laut Botschaft waren

²⁴² Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1267.

²⁴³ POSTREG, Tätigkeitsbericht 2011, <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26905.pdf>> (23.09.2014), S. 17.

²⁴⁴ Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1276.

die Preise daher in der Regel kostendeckend festzulegen, wobei Ausnahmen für Produkteinführungen oder die Beibehaltung von für das Erscheinungsbild der Post wichtigen Produkten möglich waren.²⁴⁵ Es besteht kein Hinweis darauf, dass mit dieser Vorschrift in irgendeiner Weise Wettbewerb ausgeschlossen werden sollte. Vielmehr sollte damit verhindert werden, dass die Post im nicht reservierten Bereich Dumpingpreise anbietet, um Wettbewerbern den Markteintritt zu erschweren und diese tiefen Preise durch entsprechend höhere Preise bei den reservierten Diensten quer zu finanzieren.

605. Nach Art. 14 Abs. 2 aPG musste die Post die Preise für ihre Monopoldienstleistungen distanzunabhängig, kostendeckend und nach gleichen Grundsätzen festlegen. Ausserdem waren die Preise (insbesondere deren Höhe) durch das UVEK zu genehmigen. Da es sich um ein rechtliches Monopol handelte, sah der Gesetzgeber hier ausdrücklich Bestimmungen zur Preisfestsetzung vor. Das Gebot der Kostendeckung gab dabei die untere Limite vor, jedoch durfte ein entsprechender Gewinn erwirtschaftet werden. Das Kriterium der Distanzunabhängigkeit sollte einen Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung entlegener Gebiete leisten.²⁴⁶ Mit Bezug auf die Kriterien in Art. 14 Abs. 2 aPG sowie die Höhe der Preise der reservierten Dienste war das Kartellgesetz wie oben erwähnt (Rz. 601) aufgrund von Art. 3 Abs. 1 KG nicht anwendbar.

606. Art. 14 Abs. 3 aPG ermächtigte die Schweizerische Post, mit Grosskunden im Einzelfall Preise zu vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richteten. Der Sondervorschrift in Art. 14 Abs. 3 aPG lag die Überlegung zugrunde, dass Grosskunden im Gegensatz zu Kleinkunden andere postalische Bedürfnisse haben und nach massgeschneiderten Lösungen verlangen.²⁴⁷ Laut Botschaft²⁴⁸ hatte die Post im Universaldienst darauf zu achten, dass sie für vergleichbare Leistungen dieselben Kalkulationsgrundsätze anwendet. Dies sei bei massgeschneiderten Preisen der Fall, da bei der Bestimmung des Preises einzig der Aufwand bzw. der Minderaufwand gegenüber der Basisleistung massgebend sei. Die Botschaft erwähnt dabei Beispiele wie die Berücksichtigung von Vorleistungen, die regelmässige Aufgabe von Massensendungen sowie die Direktaufgabe durch die Kunden bei den Zentren. Spezifische Rabattformen wie im untersuchten Preissystem sind in der Botschaft nicht genannt. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit Art. 14 Abs. 3 aPG Wettbewerb ausschliessen wollte. Die Botschaft hält im Gegenteil ausdrücklich fest, dass durch eine Tarifierung nach Aufwand eine Preisfestsetzung im Einzelfall erreicht wird, wie es bei anderen Wettbewerbsmitgliedern üblich ist.²⁴⁹ Dies zeigt deutlich, dass Wettbewerb vom Gesetzgeber ausdrücklich erwünscht war.

607. Vorbehaltene Vorschriften bestehen somit nur spezifisch für den reservierten Bereich (zur Relativierung betreffend die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Hinblick auf die Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG siehe unten Rz 814 ff.), insbesondere hinsichtlich des Ausschlusses anderer Unternehmen von der Leistungserbringung und betreffend die regulatorisch vorgesehenen Preisvorschriften, was die Höhe des Preises anbelangt. Die Post unterscheidet jedoch einerseits bei vielen Produkten preislich nicht zwischen Sendungen unter 50g und über 50g. Andererseits ist entscheidend, dass die vorliegend untersuchten Preissysteme gerade nicht zwischen Monopoldienstleistungen und anderen Dienstleistungen unterscheiden, sondern diese preislich verknüpfen.

²⁴⁵ Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1288.

²⁴⁶ Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1288.

²⁴⁷ Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1289.

²⁴⁸ Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1289.

²⁴⁹ Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1289.

608. In ähnlich gelagerten Bereichen, wie beispielsweise im Bereich des Fernmeldegesetzes, hat das Bundesgericht entschieden, dass sektorielle Regulierungen zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutreten und diese nicht einfach ausschliessen.²⁵⁰ Es hat hierbei insbesondere darauf hingewiesen, dass daraus auch überlappende Zuständigkeiten zwischen Wettbewerbs- und anderen Regulierungsbehörden entstehen können.

609. Das Kartellgesetz bleibt somit im Rahmen der alten Postgesetzgebung auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, vorbehältlich der Ausschliesslichkeit der Tätigkeit der Post und der regulatorischen (Preis-)Vorgaben im Monopolbereich.

B.3.3 Neue Postgesetzgebung

610. Das revidierte Postgesetz, in Kraft seit dem 1. Oktober 2012, bezweckt unter anderem, dass die Bevölkerung und die Wirtschaft auf vielfältige, preiswerte und qualitativ hochstehende Postdienste zurückgreifen können (Art. 1 Abs. 2 PG). Das Postgesetz legt die Grundversorgung fest, welche die Schweizerische Post gemäss Art. 13 Abs. 1 PG i. V. m. Art. 14 bis 17 PG zu erbringen hat. Sie hat die Beförderung von Briefen, Paketen, Zeitungen und Zeitschriften ins In- und Ausland unter gewissen Mindeststandards sicherzustellen (Art. 14 f. PG).

611. Gemäss Art. 18 Abs. 1 PG hat die Schweizerische Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 Gramm zu befördern (reservierter Dienst). Ausgenommen sind nach Art. 18 Abs. 2 PG abgehende Briefe im internationalen Verkehr sowie Briefe, für die das Zweieinhalbfache des Preises der Post für Briefe der schnellsten Kategorie der ersten Gewichts- und Formatstufe bezahlt wird. Die Schweizerische Post hat dabei gemäss Art. 18 Abs. 3 PG die Preise für Briefe des reservierten Dienstes im Inland distanzunabhängig, kostendeckend, angemessen und nach einheitlichen Grundsätzen festzulegen. Sie kann mit Absendern von Massensendungen Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Der Bundesrat legt laut Gesetz Preisobergrenzen fest. Diese stellen die obere preisliche Limite dar²⁵¹, die Kostendeckung die untere. Jedoch hat der Bundesrat bisher keine Preisobergrenzen festgesetzt. Der Bundesrat hat nun jedoch entschieden, das Monopol beizubehalten, und plant infolgedessen, solche Preisobergrenzen festzulegen.²⁵²

612. Hinsichtlich der Versender von Massensendungen führt die Botschaft Folgendes aus²⁵³: «Wie bis anhin soll es der Post möglich sein, für Absender, welche Massensendungen aufgeben, entsprechende Lösungen anzubieten und die Preise im Einzelfall nach den entstehenden Kosten festzulegen. Es handelt sich dabei primär um Vertragskunden, die unterschiedliche postalische Bedürfnisse – wie z.B. Druckdienstleistungen, Abholungen etc. – haben. Im Unterschied zum Schalterkunden beziehen sie ihre Dienstleistungen der Post gestützt auf eine

²⁵⁰ Vgl. BGE 137 II 199, 212 E. 5.1 (= RPW 2011/3, 440 ff., 446 E. 5.1), *Mobilfunkterminierung*.

²⁵¹ Gemäss Botschaft [BBI 2009 5224] werden die Preisobergrenzen für *Einzelsendungen* in den reservierten Diensten gestützt auf Art. 18 Abs. 3 PG vom Bundesrat festgelegt, da im Monopolbereich der Wettbewerb fehlt. Im Gegensatz dazu gelten gemäss Botschaft diejenigen Sendungen als Massensendungen, für die dem Absender gestützt auf einen schriftlichen Vertrag oder Beleg Rechnung gestellt wird, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich um inhaltsgleiche Massensendungen oder um grosse Mengen von verschiedensten Sendungen handelt. Da aber der Entwurf des Postgesetzes geändert wurde und die Verpflichtung der Schweizerischen Post auch für Massensendungen gilt, dürfte sich die Festlegung von Preisobergrenzen nun auch auf Preise für Massensendungen beziehen.

²⁵² Evaluationsbericht 2015 zu den Auswirkungen der Marktöffnung im Postbereich, Bericht des Bundesrates vom 18. September 2015 in Erfüllung von Artikel 35 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (SR 783.0), S. 48 Ziff. 11.4.2, verfügbar auf <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/postpresse/evaluation.html>> (18.11.2016).

²⁵³ BBI 2009 5181, 5225.

vertragliche Basis gegen Fakturierung. Dabei muss die Post darauf achten, dass sie für vergleichbare Leistungen dieselben Kalkulationsgrundsätze anwendet und alle Absender rechtsgleich behandelt werden.»

613. Gemäss Art. 16 Abs. 1 PG sind die Preise in der Grundversorgung nach wirtschaftlichen Grundsätzen festzulegen, wobei die Überprüfung dieses Grundsatzes nach dem Preisüberwachungsgesetz erfolgt. Für Briefe und Pakete der Grundversorgung im Inland sind die Preise distanzunabhängig und nach einheitlichen Grundsätzen festzulegen (Art. 16 Abs. 2 PG). Der Bundesrat kann für die Grundversorgung oder für Teile davon Preisobergrenzen festlegen.

614. Die aufgeführten Bestimmungen entsprechen weitgehend denjenigen der alten Postgesetzgebung. Die dort gemachten Ausführungen hinsichtlich der alleinigen Tätigkeit der Post im reservierten Bereich können daher analog angewendet werden.

615. Wie bereits im alten System schliesst die Zuweisung eines Monopols für Briefe unter 50 Gramm andere Wettbewerber vom Wettbewerb aus. Ausserhalb des reservierten Bereichs steht die Schweizerische Post jedoch im Wettbewerb mit anderen Anbietern.

616. Preislich sind im Monopolbereich lediglich Mindest- bzw. (zumindest für den reservierten Dienst) Maximalpreise sowie die Einhaltung der oben wiedergegebenen Grundsätze der Preissetzung vorgegeben, im Übrigen ist die Schweizerische Post in ihrer Preisgestaltung im Rahmen der übrigen Rechtsordnung frei.²⁵⁴ Die Botschaft führt aus, dass über den Monopolbereich hinaus keine weitere spezielle Preisregulierung vorgesehen sei.²⁵⁵ Im Postmarkt sei – im Gegensatz zu Märkten mit monopolistischen Engpässen – davon auszugehen, dass Markteintritte grundsätzlich möglich sind. Damit entstehe genügend Wettbewerbsdruck, welcher für angemessene und nicht diskriminierende Preise Sorge. Der Preisüberwacher und die WEKO hätten dafür zu sorgen, dass keine missbräuchlichen Preise verlangt würden.²⁵⁶

617. Mit Bezug auf die Abgrenzung zu den Aufgaben der PostCom hält die Botschaft zudem Folgendes fest²⁵⁷: «Die Aufgabe der Regulationsbehörde besteht vorrangig darin, das Geschehen im Postmarkt zu regulieren und zu beaufsichtigen. Ihre Zuständigkeiten sind dabei auf Fragen, die sich aus der Anwendung der Postgesetzgebung ergeben, beschränkt. Für Fragen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, insbesondere in Fällen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, sind die allgemeinen Wettbewerbsbehörden, die WEKO sowie der Preisüberwacher, zuständig.»

618. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Postgesetz explizit auch den Zweck hat, die Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste zu schaffen (Art. 1 Abs. 3 Bst. b PG).

619. Auch unter dem neuen Postgesetz beschränkt sich im reservierten Bereich der Ausschluss der Wettbewerbsordnung insbesondere auf die Beschränkung der in der Schweiz tätigen Leistungserbringer bis zu einem Versandgewicht von 50g. Hier hat die Post das ausschliessliche Recht Dienstleistungen anzubieten. Im Hinblick auf die Preissetzung hat die Schweizerische Post im Monopolbereich innerhalb der Spanne zwischen Mindest- und Maximalpreisen sowie ausserhalb des Monopolbereichs das Kartellgesetz zu beachten (vgl. Rz 616). Das Kartellgesetz bleibt somit auch im Rahmen der neuen (aktuellen) Postgesetzgebung

²⁵⁴ Evtl. würde sich u. U. eine andere Beurteilung im Hinblick auf vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG ergeben, wenn der Bundesrat eine umfassende preisliche Regulierung für die Grundversorgung nach Art. 16 Abs. 8 PG vornehmen würde.

²⁵⁵ BBI 2009 5181, 5203.

²⁵⁶ BBI 2009 5181, 5203; auch BBI 2009 5181, 5222.

²⁵⁷ BBI 2009 5181, 5228.

auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, vorbehaltlich der Ausschliesslichkeit der Tätigkeit der Post und der regulatorischen (Preis-)Vorgaben im Monopolbereich.

B.3.3.1 Vorbringen der Post

620. Die Post sieht in der gesetzlichen Pflicht der Eigenwirtschaftlichkeit, der Distanzunabhängigkeit und der Preissetzung nach einheitlichen Grundsätzen (Art. 16 PG) eine signifikante Einschränkung ihrer Preisgestaltung, welche letztendlich dazu führe, dass unrentable Beförderungen mit Erträgen aus profitablen Beförderungen ausgeglichen werden müssten, da wegen der regionalen heterogenen (Zustell-)Kosten und der Distanzunabhängigkeit der Preis nicht alle Angebote der Post kommerziell rentabel seien. Da Quickmail diese Einschränkungen nicht kenne, könne sie sich auf rentable Beförderungen konzentrieren. Aus der Gewährung des Restmonopols schliesst die Post auf ein Quersubventionierungsgebot vom reservierten Dienst an die übrige Grundversorgung, wobei der reservierte Dienst seine eigenen Kosten decken müsse und zusätzlich maximal mit den Nettokosten der Grundversorgung belastet werden dürfe (Art. 51 Abs. 2 lit. b VPG). Ein Quersubventionsverbot zwischen den Dienstleistungen des reservierten Dienstes und den übrigen Dienstleistungen der Grundversorgung kenne das geltende Recht nicht. Die Post müsse ihre Preise nach wirtschaftlichen Grundsätzen, d. h. kostenorientiert, festlegen und eine solche Kostenorientierung sei nur über die gesamte Grundversorgung möglich. Die Gesamtumsatzrabattierung stelle genau dies sicher, weshalb die durch die Gesamtumsatzrabattierung entstehenden Wechselwirkungen zwischen den Dienstleistungen im Monopol und den Dienstleistungen im nicht-reservierten Bereich dem Willen des Postgesetzgebers entspreche. Würden der reservierte Dienst und die übrige Grundversorgung dagegen getrennt rabattiert, verletzte dies die Vorgabe der kostenorientierten Preise und somit die regulatorischen Vorgaben.

621. Die von der Post vorgebrachten Argumente, weshalb der reservierte Dienst nicht anders rabattiert werden dürfe als die übrige Grundversorgung, ist aus mehreren Gründen falsch. Gemäss Botschaft ist mit «kostenorientiert» gemeint, dass die Post die Preise so festsetzen kann, dass die Grundversorgung möglichst eigenwirtschaftlich erbracht und mit den Preisen ein angemessener Gewinn erwirtschaftet werden kann.²⁵⁸ Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass die Kostenorientierung nur auf Ebene der Grundversorgung und nicht auf Ebene einzelner Produkte erzielt werden soll. Alleine aus diesem Grund kann aus der gesetzlichen Grundlage keine Gleichbehandlungspflicht in kostenmässiger Hinsicht auf Produktebene abgeleitet werden. Kommt hinzu, dass Art. 19 Abs. 1 PG die Post explizit dazu ermächtigt, Erträge aus dem reservierten Dienst zur Deckung der Kosten aus der Grundversorgung zu verwenden. Wenn allerdings Produkte aus der Grundversorgung einen entsprechenden Gewinn erwirtschaften sollen, der zur Querfinanzierung herangezogen werden kann, müssen die Preise im Verhältnis zu den Kosten so festgelegt sein, dass ein Ertrag resultiert, der für andere Produkte verwendet werden kann. Wenn aber bereits bei der Preissetzung von der Kostenorientierung auf Produktebene abgewichen werden kann, so gilt dies in jedem Fall auch für Rabatte.

622. Gemäss VALLENDER kann Art. 94 BV i. V. m. Art. 27 BV eine negative Wettbewerbsgarantie entnommen werden, wonach es Bund und Kantone untersagt ist, Regelungen und Massnahmen zu treffen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb sogar ganz verunmöglichen.²⁵⁹ Im Fall Glarnersach bestätigt das Bundesgericht, dass aus der Wirtschaftsfreiheit bzw. dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität abgeleitet werden kann, dass öffentliche Unternehmen, die teilweise in einem Monopolbereich,

²⁵⁸ BBI 2009 5181, 5222.

²⁵⁹ KLAUS A. VALLENDER in: Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Art. 94 N 6.

teilweise im Wettbewerbsbereich tätig sind, diese beiden Bereiche kalkulatorisch trennen müssen und systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich unzulässig sind.²⁶⁰ So ist gemäss Bundesgericht eine Quersubventionierung unzulässig, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und daher geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen. Das Bundesgericht konkretisiert dies sogar bezugnehmend auf Art. 9 Abs. 4 des Postgesetzes vom 30. April 1997 noch dahingehend, als es festhält, dass neuere Bundesgesetze auch von diesem Grundsatz ausgehen würden, wonach Quersubventionierungen unzulässig sind bzw. der Wettbewerb nicht verfälscht werden darf.

623. Zwar besteht gemäss Postgesetz explizit die Möglichkeit zur Quersubventionierung der Grundversorgung durch Erträge aus dem reservierten Bereich, um eine generelle Kostendeckung zu erreichen. Dennoch wird mit der Liberalisierung des Postmarktes gerade das Ziel verfolgt, Wettbewerb in diesem Bereich zu ermöglichen. Die Möglichkeiten der Quersubventionierung aus dem reservierten Bereich sind daher in Berücksichtigung von Art. 94 i. V. m. Art. 27 BV sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Fall Glarnersach sehr restriktiv auszulegen und nur insoweit als für zulässig zu befinden, als sie zur Kostendeckung der Grundversorgung zwingend notwendig sind. Dabei ist dasjenige Mittel zu wählen, welches den Wettbewerb am wenigsten stark einschränkt.

624. Ein Gesamtumsatzrabatt, der sowohl den Monopol- als auch den Nichtmonopolbereich umfasst, hat zur Folge, dass Wettbewerber, um bei identischen Leistungen im Nichtmonopolbereich wettbewerbsfähig zu sein, einen nominalen Abzug auf ihren Umsatz gewähren müssen, der mindestens dem Betrag entspricht, den ein Kunde auf den gesamten Umsatz beim Anbieter mit Monopolbereich erhalten würde. Dies hat regelmässig zur Folge, dass ein Wettbewerber eines Monopolanbieters bedeutend höhere Umsatzrabatte gewähren muss als der Monopolanbieter, falls dieser den Monopolbereich in die Umsatzrabattierung mit einbezieht. Alleine dies stellt für den Wettbewerber bereits einen Wettbewerbsnachteil dar. Vor diesem Hintergrund dürfte alleine schon die Tatsache, dass die Post bei der Rabattierung nicht zwischen dem reservierten Bereich und dem restlichen Bereich der Grundversorgung unterscheidet, verfassungswidrig sein.²⁶¹ In keinem Fall kann aufgrund der obigen Ausführungen aus dem Postgesetz aber ein Quersubventionierungsgebot oder eine Verpflichtung zur Gesamtumsatzrabattierung abgeleitet werden.

625. Die Post macht hierzu geltend, dass übersehen werde, dass die Post für den reservierten und den nicht-reservierten Bereich ein und dieselbe Infrastruktur verwende. Auch die Kunden würden nicht nach Gewichtsgrenzen sondern nach Gewichtskategorien unterscheiden sowie alle Sendungskategorien gemeinsam bei der Post aufgeben.

626. Es ist zwar korrekt, dass die Post für die Abwicklung des gesamten Briefversands dieselbe Infrastruktur verwendet. Hieraus lässt sich aber keine Begründung für einen Gesamtumsatzrabatt ableiten, der sowohl den reservierten als auch den nicht-reservierten Bereich umfasst, da der Gesetzgeber eine Quersubventionierung des nicht-reservierten Bereichs durch den reservierten Bereich ja gerade vorsieht. Eine solche Quersubventionierung impliziert aber gerade unterschiedliche Preise im reservierten und nicht-reservierten Bereich. Selbst wenn auf eine solche Quersubventionierung verzichtet wird, führt das gesetzliche Monopols zu den in Rz 624 beschriebenen Effekten, welche sich auch durch die Verwendung einer einheitlichen Infrastruktur nicht rechtfertigen lassen. Auch das Vorbringen, dass Kunden nicht nach der Ge-

²⁶⁰ BGE 138 I 378, 398 E. 9.1

²⁶¹ Vgl. KLAUS A. VALLENDER in: Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Art. 94 N 6 sowie BGE 138 I 378 E. 9.1.

wichtsgrenze unterscheiden würden, ist für die Rabattierung unerheblich, da die Gewichtskategorien von der Post vorgegeben werden und diese keine Begründung für eine Gesamtumsatzrabattierung darstellen.

627. Die Post bringt weiter vor, dass sie die Infrastruktur, die einen Teil der Grundversorgung darstelle, über Einnahmen mit dem Briefversand finanzieren müsse, unabhängig davon, wie schwer der einzelne Brief sei. Die Rabattierung müsse aber zwingend kostenorientiert erfolgen. Die Kosten und Einsparungen würden dabei für die gesamte Infrastruktur und alle adressierten Briefe gemeinsam gelten, weshalb der Gesamtrabatt postregulatorisch vorgegeben sei.

628. Diese Argumentationslogik ist aus den nachfolgenden Gründen falsch. Art. 18 Abs. 3 PG sieht vor, dass sich die mit Absendern von Massensendungen vereinbarten Preise vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Eine strikte Kostenorientierung ist daher nicht notwendig. Zudem sieht Art. 19 Abs. 1 PG ausdrücklich vor, dass Erträge aus dem reservierten Dienst nur zur Deckelung der Kosten aus der Grundversorgung verwendet werden dürfen. Damit erlaubt Art. 19 Abs. 1 PG eine Quersubventionierung. Eine solche Quersubventionierung wäre mit dem Preissystem der Post, welches bis zu einem Gewicht von 100g sowohl im reservierten als auch im nicht-reservierten Bereich dieselben Preise verlangt, nicht gegeben, wenn ein Gesamtumsatzrabatt zwingend vorgeschrieben wäre. Zudem kann auf die Ausführungen in Rz 622 ff. verwiesen werden. Die Vorbringen der Post hierzu sind daher unbeachtlich.

629. Die Post bemängelt, dass es das Sekretariat bei der Prüfung bewenden lässt, ob unter dem alten und neuen Postgesetz vorbehaltene Vorschriften vorliegen. So würde der Antrag verkennen, dass auch bei Zulassung von Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG regulierungsrechtliche bzw. wettbewerbsrechtlich relevante Vorschriften bzw. ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung materiell zu beachten seien. Dies habe das Bundesgericht im Fall Hors-Liste hervorgehoben, wonach Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, nebeneinander zur Anwendung gelangen und sich nicht gegenseitig ausschliessen. Die Post schliesst daraus, dass einschränkende Auswirkungen dieser Normen auf den Wettbewerb dann im Zusammenhang mit der Beurteilung der Wettbewerbswirkung der Norm gemäss Art. 7 KG zu würdigen seien. Das Sekretariat habe diesen Leitentscheid genauso ignoriert wie die Frage der konkurrierenden Zuständigkeiten der WEKO und dem Preisüberwacher. Materiell werde der Tatbestand des Preismissbrauchs nämlich sowohl vom Kartellgesetz als auch vom Preisüberwachungsgesetz erfasst, was den Zuständigkeitskonflikt begründe.

630. Es ist nicht ersichtlich, was die Post aus diesen allgemeinen Vorbringen zu ihrem Vorteil ableiten möchte. Zum einen kann hinsichtlich der postregulatorischen Vorgaben auf die Ausführungen in Rz 620 ff. verwiesen werden. Hinsichtlich der von der Post vorgebrachten Kompetenzüberschneidung mit dem Preisüberwacher sei zum anderen auf Art. 3 Abs. 3 KG verwiesen, wonach Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach KG Verfahren dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 vorgehen, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts haben die WEKO und der Preisüberwacher keine gegenteilige Regelung getroffen, so dass gemäss dieser Kollisionsnorm das Verfahren nach KG vorgeht.

B.3.4 Ergebnis

631. Insgesamt ergibt sich damit, dass vorbehältlich der Ausschliesslichkeit der Tätigkeit der Post und der regulatorischen (Preis-)Vorgaben im Monopolbereich das Kartellgesetz auf den vorliegenden Fall sowohl unter der alten als auch unter der neuen Postgesetzgebung anwendbar ist.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

632. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.²⁶²

B.4.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und -mass)

B.4.1.1 Beweiswürdigung

633. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG²⁶³ sowie sinngemäss Art. 40 BZP²⁶⁴). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.²⁶⁵ Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.²⁶⁶ Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein²⁶⁷, wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung „minderen Grades“ ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinsobjekten oder Urkunden üblicherweise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen, da erstere eher gegen „Verfälschungen“ (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher als verlässlicher resp. beständiger einzustufen sind,²⁶⁸

²⁶² BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁶³ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁶⁴ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

²⁶⁵ So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, 36 E. 2.1.

²⁶⁶ Statt anderer BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 220), Art. 30 KG N 99; BSK KG-BILGER (Fn 220), Art. 39 KG N 62.

²⁶⁷ Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

²⁶⁸ So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1062–1068, 1064 m.w.H.; MATTHIAS JAHN, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456, abrufbar unter <www.str1.jura.uni-erlangen.de/forschung/jahn/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf>, S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch ANGELA WEIRICH, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046–1052, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei „(...) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (...)“.

der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen²⁶⁹.

B.4.1.2 Beweismass

634. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen²⁷⁰ Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

635. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,²⁷¹ wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,²⁷² was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass²⁷³ übereinstimmen dürfte.

636. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.²⁷⁴ Gemäss REKO/WEF erweist sich das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich „(...) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind“²⁷⁵. So genügt gemäss REKO/WEF insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis muss hierfür nicht erbracht werden.²⁷⁶ Und auch das BVGer stellte treffend fest: „[D]ie Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus.“²⁷⁷

637. Umstritten ist nun, ob das vorerwähnte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder eine anderweitige Reduktion der Beweisanforderungen in Kartellverwaltungsverfahren (bezüglich bestimmter Sachumstände) auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es –

²⁶⁹ Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351, 352 ff. E. 3.b).

²⁷⁰ Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

²⁷¹ Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

²⁷² Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 267), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

²⁷³ Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt das Urteil des BGer 6B_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

²⁷⁴ Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 272), in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 12 VwVG N 216.

²⁷⁵ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch PAUL RICHLI, in: *SIWR V/2, Kartellrecht*, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

²⁷⁶ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG et al./WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 267), 119.

²⁷⁷ BVGE 2009/35, 479 f. E. 7.4.

wie vorliegend – um sanktionsbedrohte Tatbestände geht.²⁷⁸ Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,²⁷⁹ verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis.²⁸⁰ Ebenfalls in einem sanktionsbedrohten Kartellrechtsfall führt das BGer bezüglich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung aus, „[...] dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sind kaum je exakt möglich, sondern beruhen zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen [...] nicht übertrieben werden [...]. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.²⁸¹

638. Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren in grundsätzlicher Hinsicht mindestens erfüllen muss, ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fliessenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde damit höchststrichterlich geklärt. Entsprechend kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, auch kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.²⁸² Andernfalls würde nämlich über faktisch nicht erfüllbare Beweisanforderungen eine Anwendung der einschlägigen kartellrechtlichen Tatbestände verunmöglicht und die Anwendung des Gesetzes würde damit letztlich ausgehebelt. In der Praxis nicht anwendbare Tatbestände zu schaffen, kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die Begründung(sdicte) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.²⁸³

639. Gestützt auf die oben zitierte Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht in einem neueren Urteil²⁸⁴ explizit bekräftigt, dass die Einschränkung auf einen Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht nur für die Marktabgrenzung und Marktbeherrschung gilt, sondern für alle Tatbestandsmerkmale, soweit im Einzelfall komplexe wirtschaftliche Sachverhalte mit multiplen Wirkungszusammenhängen bestehen. Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes seien vielfach Einschätzungen miteinzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen. Dies entspreche im Ergebnis einer Berücksichtigung von hypothetischen Kausalzusammenhängen. Des Weiteren sei es offensichtlich, dass mit zunehmender Komplexität einer Materie auch die Anzahl

²⁷⁸ Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 267), 119.

²⁷⁹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

²⁸⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

²⁸¹ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt.

²⁸² An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715, 720 ff. E. 3.2 m.w.H.).

²⁸³ So BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, in gleichem Sinne auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

²⁸⁴ BVGer B-7633/2009, Rz 162 f.

aller denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs unweigerlich um ein Vielfaches zunehmen. Der Grad und das Ausmass einer gerichtlichen Überzeugung veränderten sich daher notwendigerweise mit zunehmender Komplexität und den sich daraus ergebenden Interdependenzen einer Materie. Bei Vorliegen von derartigen Aspekten könne im Einzelfall daher von vornherein keine Gewissheit hergestellt werden, weshalb ein Wahrscheinlichkeitsbeweis für den erforderlichen Nachweis massgebend sei.

640. Hervorzuheben ist sodann, dass ein strikter Beweis (betrifft das Beweismass) nicht mit einem direkten Beweis (betrifft die Art des Beweises und ist das Gegenstück zum Indizienbeweis [indirekter Beweis]) zu verwechseln ist. Auch ein strikter Beweis kann ohne Weiteres mittels Indizien erbracht werden.²⁸⁵ Zu unterscheiden ist ferner jeweils auch zwischen Tat- und Rechtsfrage. Die Regeln der Beweislast und der Beweiswürdigung, etwa die Unschuldsvermutung, gelten einzig in tatsächlicher Hinsicht. Die Auslegung – insbesondere technischer resp. relativ unbestimmter – Rechtsbegriffe folgt demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation.²⁸⁶ Zu beachten ist hierbei, dass sich das Ergebnis der Auslegung wiederum darauf auswirken kann, was Beweisgegenstand ist.

B.4.2 Marktbeherrschende Stellung

641. 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). Ein Unternehmen kann sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten, wenn es auf einem Markt zentrale Wettbewerbsparameter beeinflussen kann, ohne hierbei entscheidend von anderen Marktteilnehmern, der Marktgegenseite oder sonstigen Einflussfaktoren eingeschränkt zu werden.

642. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.²⁸⁷ Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern²⁸⁸. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische“ Marktbeherrschung vorliegt.

643. Ein Unternehmen wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.2.1 Der relevante Markt

644. Bei der Marktabgrenzung ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁸⁹ Für die

²⁸⁵ Siehe dazu bereits vorne Rz 633.

²⁸⁶ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.1 (= RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Aus der Lehre etwa ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, 2008, Rz 03.41.

²⁸⁷ Botschaft zum KG 2003, BBl 2002 2045.

²⁸⁸ Vgl. Coopforte, RPW 2005/1, Rz. 93.

²⁸⁹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18, 33 f. E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

Bestimmung der Marktgegenseite ist dabei vom Untersuchungsgegenstand auszugehen (Rz 647).

645. Wesentliche Grundlage für die Beurteilung des relevanten Marktes bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit, das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird.²⁹⁰ Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, wobei massgebend ist, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise und den vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden. Hierbei sind die Produkte und Dienstleistungen aus Sicht eines objektiven durchschnittlichen Nachfragers von bestimmten Leistungen massgebend,²⁹¹ welche diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Eine bloss teilweise Austauschbarkeit ist nicht ausreichend, allerdings muss die Leistung auch nicht in identischer Weise erbracht werden. Bei der Marktabgrenzung sind insbesondere funktionale Sachüberlegungen, allgemeine Verbraucherpräferenzen, bestehende Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen alle in Betracht kommende ähnliche Produkte zu berücksichtigen.

646. In räumlicher Hinsicht umfasst der Markt das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt bestimmenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU). Gemäss Bundesverwaltungsgericht ist damit der räumlich relevante Markt auf das geographische Gebiet abzugrenzen, innerhalb dessen die wechselseitigen substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden.²⁹² Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind.²⁹³

B.4.2.1.1 Die Preissysteme als Ausgangspunkt

647. Wie oben ausgeführt (vgl. Rz 644 ff.), erfolgt die Definition des relevanten Marktes aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²⁹⁴ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²⁹⁵ Vorliegend ist dies die Anwendung der Geschäftskunden-Preissysteme für adressierte inländische Briefsendungen gegenüber Geschäftskunden, die einen Vertrag mit der Post abgeschlossen haben (sog. Vertragskunden).

²⁹⁰ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 269, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁹¹ Urteil des BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016, Rz 54 und 70, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²⁹² Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 302, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁹³ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 303, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁹⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

²⁹⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

648. Das Geschäftskunden-Preissystem 2009 umfasste adressierte Briefe Inland inklusive Zusatzleistungen im Universaldienst.²⁹⁶ Das Geschäftskunden-Preissystem CAPRI umfasst ebenfalls adressierte Briefsendungen Inland, ausschliesslich im Bereich der Grundversorgung. Die relevante Produktpalette, welche auch für die Berechnung des rabattrelevanten Umsatzes berücksichtigt wird, hat sich über die Zeit jeweils angepasst.²⁹⁷ Laut Post werden bei einer Aktualisierung der Produktpalette betreffend adressierte Inlandsbriefe in der Grundversorgung die neuen Dienstleistungen automatisch in das Preissystem aufgenommen. In beiden Preissystemen nicht enthalten sind Sendungen im internationalen Verkehr, Pakete, Schnellpostsendungen, Zeitungen und unadressierte Sendungen. Von den Preissystemen betroffen waren jeweils grosse Geschäftskunden mit einem Mindestumsatz von 100'000 Franken, die aufgrund eines Vertrags mit der Post in die Preissysteme eingegliedert waren (Vertragskunden). Die Ausgestaltung und Anwendung dieser Preissysteme für Vertragskunden bildeten den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

649. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung sind somit adressierte inländische Briefsendungen für Vertragskunden.

B.4.2.1.2 Marktgegenseite (Nachfrage)

650. Die von der Verhaltensweise der Post betroffene Marktgegenseite sind Vertragskunden, welche die Postdienstleistungen für inländische Briefsendungen bis zwei Kilogramm nachfragen und die entsprechenden Eigenschaften aufweisen, um vom Preissystem zu profitieren. Gleichzeitig wirkt sich die Verhaltensweise der Post auf den einzigen in dem Bereich tätigen Wettbewerber Quickmail aus, wobei Quickmail selbst in geringerem Ausmass Endkunde der Post ist.

651. Abgrenzungskriterium zwischen Privat- und Geschäftskunden ist laut Post die Art der Frankatur. Sendungen, welche mit Briefmarken oder in anderer Form bar bezahlt werden, seien Privatkundensendungen. Sendungen mit Frankaturen ohne Barzahlung wie Port Payé (PP) oder das Intelligente Frankiersystem (IFS), welche eine Rechnungsbeziehung mit der Post voraussetzen, werden als Geschäftskundensendungen angesehen.

652. Ausserdem bestehen auch angebotsseitig Unterschiede zwischen Privatkunden und Geschäftskunden. Privatkunden versenden in der Regel Einzelsendungen. Sie können für den Versand adressierter Briefsendungen nur auf die Dienstleistungen der Post zurückgreifen. Geschäftskunden stehen zudem Massensendungsprodukte zur Verfügung, für welche mit Quickmail eine gewisse Alternative besteht.

653. Aus dem Vorstehenden folgt, dass für adressierte Briefsendungen nachfrageseitig zwischen Privat- und Geschäftskunden sowie Vertragskunden zu unterscheiden ist, womit hinsichtlich der Erbringung von Postdienstleistungen jeweils unterschiedliche Märkte abzugrenzen sind. Die Post stimmt dieser Abgrenzung zu.

²⁹⁶ Dazu gehörten A-Post, A-Post Plus, B-Post Einzel, B-Post Massen, OnTime Mail 1 Werktag, OnTimeMail 2 Werkstage, OnTimeMail Samstag, DirectSelfmailer, Geschäftsantwortsendungen, Gerichtsurkunden, Betreuungsurkunden, Dispomail, Einschreiben, DirectResponseCard, PhotoPost, Nachsenden Firmenpost, Nachnahme, Eigenhändig, Rückschein.

²⁹⁷ Dazu gehören oder gehörten A-Post, A-Post Plus, B-Post Einzelsendungen, B-Post Massensendungen, OnTime Mail 1 Werktag, OnTime Mail 2 Werkstage, OnTime Mail Samstag, Einschreiben, Betreuungsurkunden, Gerichtsurkunden, Dispomail, Geschäftsantwortsendungen, DirectSelfmailer, DirectResponseCard, Geschäftsantwortsendungen A-Post, Geschäftsantwortsendungen B-Post-Einzel, Geschäftsantwortsendungen B-Post-Massen, Geschäftsantwortsendungen Einschreiben, Nachnahmen, Beleglose Nachnahmen, Eigenhändig, Rückschein, PhotoPost, Empfehlungskarten.

B.4.2.1.3 Sachlich relevanter Markt

654. 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 hier analog anzuwenden ist).²⁹⁸

B.4.2.1.3.1 Adressierte inländische Briefsendungen von Vertragskunden als Ausgangspunkt

655. Ausgangspunkt bilden aufgrund der obstehenden Erwägungen somit inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden (vgl. Rz 649). Auf einem möglichen Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden treffen von der Angebotsseite Briefpostzusteller wie die Post und von der Nachfrageseite Nachfrager von Zustellungsdienstleistungen von adressierten Briefsendungen, welche die Kriterien für Vertragskunden erfüllen, aufeinander.

656. Gemäss Ausführungen der Post würden Briefsendungen im Wesentlichen zwei Zwecken dienen: Einerseits als Mittel für Korrespondenz und andererseits als Werbeträger. Die Post machte vor allem geltend, dass mit der Möglichkeit der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel Briefe zunehmend substituiert wurden und auch in Zukunft würden. Die Briefpost sei also einerseits Teil eines umfassenden Kommunikationsmarkts und andererseits eines umfassenden Werbemarkts. Nicht dazu gehörten Pakete, da diese dem Transport eines physischen Gegenstands dienen. Ausgenommen seien weiter Gerichtsurkunden, die aus rechtlichen Gründen nicht durch elektronische Kommunikationsmittel substituiert werden könnten.

657. Basierend auf diesen Grundsätzen schlug sie im Vertragskundensegment folgende sachliche Marktabgrenzung vor:

- a. Kommunikationsmarkt national (national abgegrenzt): Adressierte inländische oder aus dem Ausland eingehende Briefpostsendungen (A, B, B2 bzw. prio, eco) sowie Briefpost-Schnellsendungen (Express, Kurier), Sendungen von Zeitungen und Zeitschriften sowie Internet, E-Mail, SMS und soziale Netzwerke
- b. Kommunikationsmarkt international (national abgegrenzt): Ausgehende internationale Briefpost-Sendungen (prio, eco) und Briefpost-Schnellsendungen (Express, Kurier), Sendungen von Zeitungen und Zeitschriften sowie Internet, E-Mail, SMS und soziale Netzwerke
- c. Werbemarkt national (national abgegrenzt): Unadressierte Briefpost-Sendungen, Adressierte Briefpost-Werbesendungen, Plakate, Werbung in Printmedien, Werbung im Fernsehen, Werbung im Internet, Mobile-Werbung
- d. Logistikmarkt national (national abgegrenzt): Pakete und adressierte Briefpost-Sendungen zum Kleinteileversand.

658. Die Post führte zudem aus, es gebe innerhalb des Kommunikations- bzw. Werbemarkts eine Vielzahl differenzierter Angebote, welche zwar unterschiedlich reguliert, aber untereinander substituierbar seien. So entfalte insbesondere das Monopol für Briefsendungen unter 50

²⁹⁸ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Gramm im Markt nur marginale Wirkung, was sich am stärkeren Rückgang der Briefsendungen im Monopol gegenüber den übrigen Sendungen zeige.²⁹⁹ Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen für einzelne Produkte hätten also nur einen begrenzten Einfluss auf deren Positionierung innerhalb des Marktes und die Möglichkeit der entsprechenden Anbieter, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Sie bestimmten die Marktabgrenzung deshalb vorliegend nicht.

659. Die von der Post aufgeführten Marktabgrenzungen erweisen sich aufgrund der nachfolgenden Überlegungen als zu weit, weshalb für die Marktabgrenzung an den inländischen adressierten Briefsendungen von Vertragskunden als Ausgangspunkt festgehalten wird (vgl. Rz 655)

B.4.2.1.3.2 Mögliche Erweiterungen des relevanten Marktes aufgrund von Substitutionseffekten

660. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand wird nachfolgend zunächst geprüft, ob die inländischen adressierten Briefsendungen für Vertragskunden durch andere Produkte oder Leistungen substituierbar sind..

a) Unterscheidung zwischen Briefen und Paketen

661. Traditionell wurden in der bisherigen Praxis Paketmärkte von den Briefmärkten getrennt.³⁰⁰ Auch die Post ging grundsätzlich von getrennten Märkten aus, wobei sie adressierte Briefpost-Sendungen zum Kleinteileversand ebenfalls zum «Logistikmarkt» zählte.

662. Laut Postgesetzgebung sind Briefe und Pakete folgendermassen definiert:

- a. Briefe sind Postsendungen von maximal 2cm Dicke und maximal 2kg Gewicht.³⁰¹ Im alten Briefsystem waren es ebenfalls Sendungen von maximal 2cm Dicke, jedoch nur bis zu einem Gewicht von 1kg und nur bis zum Format B4.³⁰²
- b. Pakete sind in der Postgesetzgebung definiert als Postsendungen von mehr als 2cm Dicke bis zu einem Gewicht von 30kg.³⁰³ Im alten Preissystem waren dies andere Sendungen bis zu einem Gewicht von 30kg.³⁰⁴ Pakete bis 20kg ins Inland oder ins Ausland sind derzeit Teil der Grundversorgung resp. früher Teil des Universaldienstes (nicht-reservierter Dienst).³⁰⁵

663. Die Post verwendet die Begriffe Brief und Paket für ihre Angebote nicht entsprechend der gesetzlichen Definition. So verwendet sie auch den Begriff Briefe für Sendungen bis zu einer Dicke von 5 Zentimeter, allerdings nur bis zum Format B5. Demgegenüber bietet sie auch den Versand von Paketen von lediglich 1cm Dicke an. D. h. von den Massen her gibt es gewisse Überschneidungen. In der Regel ist jedoch ein Paket – wie dies auch die gesetzliche Definition aufnimmt – grösser und/oder schwerer als ein Brief. Ausserdem unterscheiden sich die beiden üblicherweise in der Art der Verpackung. Pakete sind preislich auch wesentlich teurer als Briefsendungen. Zudem werden Pakete von der Marktgegenseite hauptsächlich für

²⁹⁹ Die Zahlen beziehen sich aufgrund der früheren Monopolgrenze auf Sendungen unter bzw. über 100 Gramm.

³⁰⁰ RPW 2012/4, 864 Rz 65 m. w. H., *Schweizerische Post/La Poste*.

³⁰¹ Art. 2 Bst. c PG.

³⁰² Art. 1 Bst. f aVPG.

³⁰³ Art. 2 Bst. d PG.

³⁰⁴ Art. 1 Bst. g aVPG.

³⁰⁵ Art. 29 Abs. 1 Bst. a und b VPG; Art. 3 Bst. c aVPG.

den Versand von Waren verwendet, während Briefe überwiegend für den Versand von Dokumenten bzw. Informationen verwendet werden. Damit erfüllt die Dienstleistung der Briefpostzustellung andere Bedürfnisse der Marktgegenseite als die Dienstleistung der Paketzustellung. Zwar können theoretisch Pakete auch dazu genutzt werden, Dokumente, Briefe und – soweit es die Grösse zulässt – Waren zu versenden. Da ein Paketversand allerdings wesentlich teurer ist als ein Briefversand und Pakete allein schon wegen ihrer Grösse mit mehr Aufwand zu bearbeiten sind, erfüllen sie nicht dieselben Bedürfnisse der Marktgegenseite. Ausgehend von den Briefversandprodukten der Post ist für die Marktgegenseite sowohl in praktischer als in preislicher Hinsicht eine hinreichend nahe Substituierbarkeit zwischen Briefen und Paketen nicht gegeben.

664. Für separate Brief- und Paketmärkte sprechen auch angebotsseitige Unterschiede. Abgesehen von Schnellpost- und Kuriersendungen ist die Post einzige Anbieterin von Einzelsendungen, bei Massensendungen ist neben der Post einzig Quickmail im Markt tätig. Letztere bietet hingegen keine Beförderung von Paketen an. Dagegen bieten andere grössere Anbieter wie DHL die Beförderung von Paketen an. Die Konkurrenz zur Post im Brief- und Paketbereich ist somit nicht die gleiche. Dies rührt auch daher, dass sich die Prozesse und die notwendigen Strukturen zur Leistungserbringung unterscheiden.³⁰⁶

665. Die Post selbst hat auch getrennte Geschäftsbereiche (PostMail für Briefe, Post Logistics für Pakete), Verkaufsabteilungen und Preissysteme für Briefsendungen und Pakete. Die untersuchten Geschäftskundenpreissysteme betreffen lediglich Briefsendungen.

666. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht, den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden um Paketsendungen zu erweitern.

b) Nationale und internationale Sendungen

667. Die WEKO hat bisher nationale Briefsendungen von den grenzüberschreitenden internationalen Briefsendungen unterschieden, wobei letztere zudem in ausgehende und eingehende Briefsendungen unterteilt wurden.³⁰⁷

668. Wünscht ein Kunde den Versand von Sendungen in die Schweiz, so ist offensichtlich eine Zustellung ins Ausland für ihn weder relevant noch zielführend. Umgekehrt müsste ein Kunde, der Briefe national in die Schweiz versenden wollte, diese bei einem ausländischen Postanbieter aufgeben, um diese in der Schweiz als internationale Sendungen zustellen lassen zu können. Alleine schon der Transportaufwand zum ausländischen Postanbieter, die möglichen hierbei zu erfüllenden Zollformalitäten bei der Ausfuhr der Briefe und die in der Regel höheren Zustelltarife von Postanbietern für internationale Briefsendungen, lässt eine Substitution durch internationale Sendungen bei ausländischen Postanbietern nicht als zielführend erscheinen. Zudem sind entsprechende Fälle nicht bekannt.

669. Eingehende Sendungen, welche durch einzelne Absender (dies können auch ausländische Postgesellschaften sein) direkt in der Schweiz aufgeliefert und dann als nationale Sendungen versandt werden, sind hingegen demselben Markt zuzurechnen, da die ausländischen Kunden in derselben Masse Zustellungsdienstleistungen wie inländische Kunden nachfragen.³⁰⁸ Die Post bezeichnet diese Sendungen als «Direct Entry» und rechnet sie ebenfalls den

³⁰⁶ Vgl. auch Evaluationsbericht (Fn 252), S. 13, Ziff. 5.1.3. Bulletpoint Sortiment.

³⁰⁷ RPW 1999/1, 129 f. Rz 15, *Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*; RPW 2012/4, 870 f. Rz 65 ff., *Schweizerische Post/La Poste*. Die weitere Unterteilung lehnt sich an den Entscheid COMP/M.5152 der EU-Kommission vom 21.04.2009 i. S. *Posten AB/Post Danmark A/S*.

³⁰⁸ D. h. die Sendungen werden durch den Absender oder einen Beauftragten in die Schweiz transportiert und erst dort der Post z. B. in einem Briefzentrum übergeben.

Inlandsendungen zu und behandelt damit ausländische Postzustellgesellschaften, die solche Briefe bei der Post aufliefern ähnlich wie inländische Geschäftskunden.

c) Schnellpostsendungen (Express/Kurierdienste)

670. Als Briefpost-Schnellsendungen bzw. Express-Sendungen werden Sendungen bezeichnet, für deren Beförderung das Zweieinhalbfache des Preises der schnellsten Kategorie (A-Post) der ersten Gewichts- und Formatstufe bezahlt wird.³⁰⁹ Schnellpostsendungen und Kurierdienste (direkter Transport vom Absender zum Empfänger) gehören nicht zur Grundversorgung bzw. früher zum Universaldienst.³¹⁰ Entsprechend werden diese Leistungen auch nicht in den Geschäftskunden-Preissystemen für adressierte Briefsendungen berücksichtigt.

671. Die WEKO hat bisher eigene Märkte für Schnellpostsendungen abgegrenzt.³¹¹ Wie bereits aus der Gesetzesdefinition hervorgeht, unterscheiden sich Schnellpostsendungen in Geschwindigkeit (bei der Post Zustellung bis 9 Uhr des Folgetags oder sogar bis 17 Uhr des gleichen Tags) und Preis³¹² sehr stark von den übrigen Sendungen. Dies gilt umso mehr für Sendungen per Kurier. Solche Leistungen werden durch Kunden somit lediglich für sehr dringende Sendungen verwendet und sind offensichtlich nicht mit übrigen Sendungen (im Bereich der Preissysteme) substituierbar. Die in der Vorabklärung befragten Vertragskunden nutzen zwar teilweise die Schnellpostsendungen (v. a. in dringenden Fällen), sehen aber Express- bzw. Kuriersendungen aufgrund des Preises nicht als Ersatz für Standardsendungen.³¹³

672. Laut Quickmail sind Schnellpostsendungen und Standardsendungen generell nicht austauschbar, da Sendungen entweder schnell (bsp. Rechnungen [Cash-Management]) oder günstig (bsp. Werbesendungen mit dem Ziel geringe „Cost per Order“ zu haben) verschickt werden.

673. Auch angebotsseitig unterscheiden sich die Prozesse aufgrund der notwendigen Geschwindigkeit von Standard- und Express-/Kuriersendungen. Zudem sind andere Wettbewerber im Bereich der Schnellpostsendungen tätig und diese sind vielen der Grosskunden der Post auch bekannt.³¹⁴ Die meistbekanntesten Wettbewerber sind DHL, UPS und Fedex, im Nahbereich werden auch Velokuriere benutzt. Bei der Post gehören Schnellpostsendungen nicht zum Bereich Postmail wie Briefsendungen, sondern zu PostLogistics.

674. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht, den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden auf Schnellpostsendungen/Kurierdiensten auszuweiten.

d) Sendungen von Zeitungen und Zeitschriften

675. Zeitungen und Zeitschriften sind in der Regel ebenfalls adressiert. Zur Grundversorgung gehört lediglich die Beförderung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften in der Tageszustellung.³¹⁵ Aus regulatorischer Sicht zu erwähnen ist dazu, dass im Rahmen der Presseförderung der Staat für bestimmte abonnierte Tages- und Wochenzeitungen der Regional- und Lokalpresse sowie Zeitungen und Zeitschriften der Mitgliedschafts- und Stiftungspressen in

³⁰⁹ Art. 18 Abs. 2 Bst. b PG sowie Art. 1 Bst. h aVPG.

³¹⁰ Art. 29 Abs. 8 PG; Art. 3 und Art. 9 Abs. 2 aPG i.V.m. Art. 10 aPVG.

³¹¹ RPW 1999/1, 129 f. Rz 15, *Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*; Implizit zumindest für den internationalen Bereich übernommen in RPW 2012/4, 870 f. Rz 65 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

³¹² So kostet die günstigere Zustellung für Privatkunden 16.- Franken.

³¹³ Fragebogenantworten Vorabklärung, Antworten 6)a)i) und 8a.

³¹⁴ Fragebogenantworten, Frage 5.

³¹⁵ Art. 29 Abs. 1 Bst. c VPG.

der Tageszustellung Vergütungen (ausschliesslich an die Post) überweist, um die Zustellung dieser Titel zu vergünstigen.³¹⁶

676. Quickmail bietet hingegen mit dem Produkt «Quickpress» eingeschränkte Versandleistungen für Zeitungen und Zeitschriften an. Versände sind möglich für Titel, die monatlich oder seltener erscheinen, die heute mit dem Frankaturvermerk „AZB“ verschickt werden und keine subventionierten Pressetarife erhalten, sowie für Titel, die subventionierte Pressetarife erhalten, aber Zuschläge für Probenummern und Beilagen zahlen.

677. Die Post hat bestimmte Kriterien für die Qualifikation von Publikationen als Zeitungen bzw. Zeitschriften aufgestellt.³¹⁷ Nur solche Publikationen profitieren von den Zeitungstarifen. Diese sind bedeutend tiefer als etwa diejenigen für normale Massensendungen. Der Grundtarif hängt von der Periodizität der Zeitung ab. Der höchste Tarif für eine Zeitung zwischen 4 und 8 Ausgaben pro Jahr beträgt derzeit 38 Rappen.³¹⁸ Als Vergleich dazu beträgt der (unrabattierte) Massentarif für einen B5-Standardbrief 53 Rappen, für einen schwereren Midibrief bereits 78 Rappen und für einen Grossbrief ab 95 Rappen. Im Rahmen der Presseförderung berechnete Titel profitieren zusätzlich von einer weiteren grossen Reduktion auf dem anwendbaren Zeitungs-Grundtarif, welche derzeit für die Regional- und Lokalpresse 23 Rappen und für die Mitgliederschafts- und Stiftungspreise 14 Rappen beträgt. Bei der Post unterscheidet sich auch die Leistung von Massensendungen. Zeitungen werden je nach Periodizität zwischen 0 und 3 (Werk-)Tagen zugestellt, während Massensendungen innert 8 Tagen zugestellt werden.

678. Zu den in den Preissystemen enthaltenen Leistungen stellt der Versand einer Publikation als Zeitung auf jeden Fall eine Alternative dar, wenn die Zeitungs-Kriterien erfüllt sind. Für alle anderen Sendungen hingegen nicht. Umgekehrt werden Versände, welche die Zeitungs-Kriterien erfüllen, aufgrund der Preisunterschiede kaum mit einer anderen Versandart (z.B. B-Post Massensendung) verschickt.

679. Laut Quickmail ist die Leistungserbringung von zeitunkritischen adressierten Sendungen (Massensendungen, Monatszeitschriften, Einzelbriefe) in etwa identisch und kann über eine identische Logistik vertrieben werden.

680. Die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften ist nicht in den Geschäftskunden-Preissystemen für adressierte Briefsendungen enthalten. Auch hinsichtlich Preisstrategie werden Zeitungen durch die Post eigenständig behandelt. Angebotsseitig unterscheiden sich laut Post zudem die Prozesse und Verarbeitungskanäle. Deshalb und aufgrund der beschränkten Austauschbarkeit mit den enthaltenen Leistungen, den speziellen regulatorischen Rahmenbedingungen aufgrund der Presseförderung dürfte es eher nicht angezeigt sein, den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden um Zeitungen und Zeitschriften zu ergänzen. Die Frage kann aber letztlich offenbleiben, da sich keine Änderungen in der Analyse der Marktstellung und der untersuchten Verhaltensweise der Post aufgrund der einen oder anderen Zuordnung ergeben.

e) Adressierte und unadressierte Sendungen

³¹⁶ Art. 16 Abs. 4 PG und Art. 36 VPG.

³¹⁷ Broschüre Zeitungen Schweiz, Version Januar 2014, S. 6, verfügbar auf <<https://www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-printmedien/post-printmedien-distribution-national.htm>> (01.05.2015).

³¹⁸ Broschüre Preise für abonnierte Zeitungen, S. 3, verfügbar auf <<https://www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-printmedien/post-printmedien-distribution-national.htm>> (01.05.2015).

681. Unadressierte Briefsendungen sind nicht im Postgesetz geregelt, d. h. bereits die Regulierung ist eine andere als für adressierte Sendungen.³¹⁹

682. Das Sekretariat hat in der Vorabklärung *Vertrieb von Werbematerialien* aufgrund von Fragebogenantworten und einer Art SSNIP-Test einen «Markt für überregionale oder nationale Verteilung von nicht-adressierten Postwurfsendungen, von adressierten Werbesendungen und die Verteilung als Zeitungsbeilagen» abgegrenzt.³²⁰ Zuletzt ist die WEKO jedoch in Anlehnung an die europäische Praxis von separaten Märkten ausgegangen.³²¹

683. Auszugehen ist wiederum von den in den Preissystemen enthaltenen Postsendungen. Die Post bietet auch unadressierte Sendungen mit dem Angebot Promopost an.³²² Dieses ist jedoch nicht in den vorliegend untersuchten Preissystemen enthalten, sondern in einem eigenen Preissystem geregelt. [...].

684. Eine Substituierbarkeit adressierter Sendungen durch unadressierte Sendungen ist nachfrageseitig aus folgenden Gründen nicht gegeben: Sollen ganz bestimmte Adressaten (z. B. alle oder ein Teil der Kunden eines Unternehmens) angeschrieben werden, so kann dies mit unadressierten Sendungen nicht erreicht werden. In diesem Zusammenhang besteht bei Einsatz unadressierter Sendungen zudem ein grosser Streuverlust. Auch die Wirkung ist bei adressierten Schreiben eine andere. Gemäss Quickmail liegt der Vorteil der unadressierten Werbung in den tiefen Kosten, jedoch sei der Streuverlust sehr hoch, weswegen es nur für die Neukundengewinnung (oder wenn eine breite Zielgruppe angesprochen wird) geeignet sei. Bei gezielter Segmentierung würden daher bevorzugt adressierte Sendungen benutzt. Adressierte und unadressierte Sendungen seien nur beschränkt austauschbar. Auch die Kundenbefragung in der Vorabklärung und der Untersuchung ergab, dass grundsätzlich adressierte Briefsendungen nicht durch unadressierte Briefsendungen substituierbar sind.

685. Angebotsseitig grenzte auch die Post unadressierte Sendungen klar von den adressierten Sendungen ab. [...].

686. Zusammenfassend ist festzustellen, dass aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, dass unadressierte Sendungen und Zeitungsbeilagen nicht zum gleichen relevanten Markt gehören wie adressierte Briefsendungen, und sich daher eine Ausweitung des Marktes für inländische adressierte Briefsendungen für Vertragskunden nicht rechtfertigt.

f) Physische und elektronische Übermittlung von Sendungen

687. Im Hinblick auf die Verwendung von elektronischen Kommunikationsmitteln ist bei einigen Unternehmen zu beobachten, dass sie regelmässigen Briefversand vermehrt durch den elektronischen Versand ersetzen. Zu den elektronischen Möglichkeiten zählen insbesondere:

- Fax, E-Mail, SMS, soziale Netzwerke
- Internet-basierte Plattformen, auf denen Informationen abgerufen und Transaktionen getätigt werden können. Diese sind v.a. bei Banken (e-banking) und Versicherungen

³¹⁹ Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Art. 2 Bst. a PG; POSTCOM, Jahresbericht 2013, S. 22, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taeftigkeitsbericht.htm> (17.3.2016); Act. 432, S. 7 Ziff. 7.

³²⁰ RPW 2001/2, 247 Rz 43 f., *Vertrieb von Werbematerialien*.

³²¹ RPW 2012/4, 870 f. Rz 66, *Schweizerische Post/La Poste*; Entscheid COMP/M.5152 der EU-Kommission vom 21.04.2009 i. S. *Posten AB/Post Danmark A/S*.

³²² Darüber hinaus ist die Post einerseits Partnerin bei der Konkurrentin auf nationaler Ebene, Swissdirectmail, sowie bei dieser mit mehreren Unternehmen vertreten (Direct Mail Company AG, Epsilon SA, Prisma Medienservice AG).

gängig. Gleichermassen werden etwa B2B-Plattformen zum Datentransfer genutzt, z. B. im Gesundheitsbereich.

- eBilling, d. h. die Zustellung und Bezahlung einer Rechnung über eine e-banking-Plattform oder über einen persönlichen Bereich, auf welchem Rechnungen und Briefe elektronisch abgerufen werden können (z.B. Online-Shops, Krankenkassen, Fernmelde-diensteanbieter etc.).
- Unternehmensinterne Kommunikationslösungen (z. B. Intranet)

688. Diese Kommunikationsmöglichkeiten haben gemäss POSTCOM zu einem mässigen bzw. moderaten Rückgang der Briefsendungen geführt.³²³ 2015 betrug der volumenmässige Rückgang -1.5 %, 2014 -2.5 %, 2013 -2 %, 2012 -1.9 % und 2011 -1.3 %.³²⁴ Das heisst die Briefmengen sind in den letzten fünf Jahren durchschnittlich um rund 1.8 % zurückgegangen. Werden nur die adressierten Briefe des Geschäftsbereichs Postmail der Post berücksichtigt, welche zudem nur Zahlen von Geschäftskunden beinhalten, so liegt er über die letzten 5 Jahre bei durchschnittlich bei -1.4 %.³²⁵

689. Laut Angaben von Quickmail seien andere Kommunikationsformen (insbesondere elektronische) bei Transaktionssendungen bis zu einem gewissen Grad mit Briefsendungen austauschbar, v. a. bei Kontoauszügen und Rechnungen. Jedoch werde bei Kundenzeitschriften, Geschäftsberichten etc. nach wie vor der Versand per Post bevorzugt. Für Werbesendungen und Kundeninformationen seien diese Kommunikationsformen nur ergänzend einsetzbar. Der Versand von E-Mails werde zwar im Versandhandel häufig praktiziert, E-Mails seien jedoch nicht geeignet, um grosse Produktsortimente zu bewerben und würden wegen der Vielzahl von E-Mails häufig kaum noch beachtet.

690. In der Untersuchung wurde den Vertragskunden die Frage gestellt, ob und wenn ja in welcher Hinsicht Alternativen zu den von diesen bei der Post gewählten Versandformen im Bereich adressierte Briefsendungen bestehen.³²⁶ Von 255 befragten Unternehmen sah nur rund ein Viertel teilweise Alternativen zu den bezogenen Leistungen, wovon wiederum nur ungefähr ein Viertel (also insgesamt ca. 6 %) elektronische Alternativen konkret nannte.

691. Weiter gab etwas weniger als die Hälfte der in der Untersuchung befragten Vertragskunden an, in den letzten 5 Jahren einen Teil der Kommunikation, die sie über die Post geführt haben, auf einen anderen Anbieter oder ein anderes Medium gewechselt zu haben.³²⁷ Von diesen Vertragskunden nutzten über vier Fünftel (also insgesamt 30-40% der 255 befragten Postkunden) elektronische Möglichkeiten.³²⁸ Hierbei verwendeten die meisten Vertragskunden E-Mail. Diese wurde verwendet für firmeninterne Kommunikation, B2B-Kommunikation, aber auch für Newsletter an die Kunden. Deutlich weniger genannt wurden Internet (z. B. Website,

³²³ POSTCOM, Jahresbericht 2015, S. 36 f., Jahresbericht 2013, S. 29 f., verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taeigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).

³²⁴ POSTCOM, Jahresbericht 2015, S. 36, Jahresbericht 2014, S. 34-36, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taeigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).

³²⁵ Kennzahlen Post (XLS), Tabellenblatt Mengen, Postmail adressierte Briefe, verfügbar auf <<http://geschaeftsbericht.post.ch/15/ar/de/downloads.htm>> (17.03.2016).

³²⁶ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 6; Sieben Vertragskunden bezeichneten ihre Angaben als Geschäftsgeheimnisse.

³²⁷ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 7; 4 Vertragskunden bezeichnen die anzukreuzende Antwort als Geschäftsgeheimnis. Insgesamt zwölf Vertragskunden bezeichneten die Angaben über den ausgelagerten Inhalt als Geschäftsgeheimnis.

³²⁸ Es ist darauf hinzuweisen, dass elektronische Möglichkeiten auch explizit in der Frage erwähnt waren.

aber z. B. auch Abfragen der Lohnausweise für Mitarbeiter), Internet Banking und E-Rechnung. Nur ganz wenige Nennungen gab es für Fax, SMS, soziale Medien (Facebook, Twitter) und Telefonmarketing.

692. Sofern geeignete Systeme zur Verfügung stehen, kann zwischen Leistungserbringern ein grosser Teil der Kommunikation (Dokumente, Rechnungen) elektronisch erfolgen.³²⁹ Das Ausmass der in den letzten 5 Jahren auf elektronische Kommunikationsmittel gewechselten Versände lässt sich anhand der Antworten kaum abschätzen. Viele Vertragskunden konnten dies zudem nicht quantifizieren. Aus den Kundenantworten geht nicht klar hervor, welcher Anteil der Versände auf elektronische Medien verlagert wurde. Tendenziell fiel der Anteil bei E-Mail höher aus als bei anderen Medien, wobei die Spannweite zwischen wenigen Prozent bis 100 % lag. Beim E-Banking war der Anteil der durch diese Dienstleistung ersetzten Versände eher tief und durchwegs unter einem Drittel, mit allerdings erheblichen Unterschieden bei den einzelnen Vertragskunden, wobei der Anteil mitunter im tiefen einstelligen Prozentbereich lag. Bei E-Rechnungen an Endkunden waren die Anteile der ersetzten Versände ebenfalls sehr unterschiedlich und bewegten sich zwischen äusserst kleinen Werten bis zu etwa einem Drittel der Versände.

693. Obwohl dies aus der Befragung so nicht hervorgeht, haben ohne Zweifel sämtliche Unternehmen, Organisationen und auch öffentlichen Einrichtungen die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation in einem gewissen Mass genutzt und auf diese Weise ihr Sendungsvolumen in den letzten Jahrzehnten etwas reduziert. Insbesondere E-Mail ist derzeit aus dem Büroalltag nicht wegzudenken. Die Vorteile elektronischer Kommunikation liegen in der Geschwindigkeit (grundsätzlich unmittelbare Übermittlung der Information) und in den sehr tiefen Kosten eines Versands verglichen mit Postsendungen. Abgesehen von Informatikkosten, die in der Regel bereits in den betrieblichen Fixkosten erfasst sind, generieren etwa E-Mail-Versände praktisch keine Kosten. D. h. aus preislichen Überlegungen wird sich eine Verlagerung von Versänden auf elektronische Kommunikationsmittel immer lohnen.

694. Bei Kundenplattformen (insbesondere E-Banking) sind Unternehmen umgekehrt bereits aus Konkurrenzgründen «gezwungen», solche Lösungen anzubieten, da dies einem zunehmenden Bedürfnis der Konsumenten entspricht. Diese bestimmen somit in einem grösseren Umfang über die Art der Kommunikation. Mit anderen Worten wird ein Unternehmen nur dann Postversände beibehalten, wenn spezifische Gründe dafür bestehen. Diese Gründe sprechen denn auch gegen eine Zuordnung elektronischer Übermittlungsmethoden in den gleichen Markt wie Briefsendungen.

695. Einige der Gründe sind bereits aus einer Studie ersichtlich, welche die Post selbst im August 2011 veröffentlicht hatte.³³⁰ Demnach wünschte zum Beispiel eine grosse Mehrheit der Befragten, Geschäftskorrespondenz (z. B. Rechnungen, Mahnungen, Kontoauszüge und Lohnabrechnungen) auch in Zukunft in Papierform zu erhalten. Am Brief werde in erster Linie die höhere Wertigkeit und Verbindlichkeit sowie die einfachere Archivierung geschätzt, wogegen bei elektronischen Nachrichten nach wie vor Bedenken bestünden. Die höhere Wertigkeit, Akzeptanz und Wirkung postalischer Sendungen war auch für die befragten Unternehmen entscheidend. 97 % der Schweizer Unternehmen setzten damals für ihre Geschäftskorrespondenz auf den postalischen Versand. Die Präferenzen Empfänger und – von diesen abgeleitet

³²⁹ Dies zeigen die Antworten der Spitäler.

³³⁰ «Starke Argumente für den Brief», Mitteilung der Post vom 11. August 2011, sowie die dort publizierten Auszüge aus den neusten Studien zur Wirkung physischer Kommunikation.

– der versendenden Unternehmen wurden auch im Evaluationsbericht des Bundesrats besonders hervorgehoben.³³¹

696. Von den in der Vorabklärung befragten Vertragskunden nannte rund ein Viertel dieser Kunden elektronische Alternativen, welche sie auch nutzen.³³² Einige in geringem Umfang, andere bereits so stark wie möglich. Als Vorteile der elektronischen Kommunikation wurden Geschwindigkeit und die tiefen Kosten genannt. Generell am häufigsten benutzt wird E-Mail, teilweise spezifisch als Newsletter zur Kundeninformation und für Werbung. Ebenfalls genannt wurden E-Banking bei Finanzinstituten, Online-Portale, E-Billing sowie Website, Fax und Telefon. Viele Vertragskunden machten indes Angaben dazu, weswegen aus ihrer Sicht elektronische Kommunikationsformen nur beschränkte Alternativen darstellen. Dies betrifft Kundenwunsch/Kundenakzeptanz, die Notwendigkeit eines physischen Versands, Strategie/Branche, Wirkung und Wertigkeit eines Briefes, fehlende E-Mail-Adressen und technische Voraussetzungen beim Unternehmen oder beim Kunden. Die Gründe sind nachfolgend bei der Darstellung der Ergebnisse aus der Befragung in der Untersuchung genauer beschrieben. Zum Teil wurde mit Bezug auf Rechnungen auch geltend gemacht, dort bestehe kein Kostenvorteil im elektronischen Versand.

697. In der Vorabklärung wurden die 28 Vertragskunden auch gefragt, wie sie reagieren würden, wenn die Preise für Briefsendungen um 5-10 % steigen würden³³³.

698. Von den befragten Vertragskunden gaben acht an, die Briefpostleistungen beizubehalten, dazu kamen je drei weitere, welche diese voraussichtlich oder teilweise beibehalten hätten. Zehn Vertragskunden gaben an, eine Reduktion vorzunehmen, wovon vier Briefsendungen grundsätzlich beibehalten und hauptsächlich die *Produktstruktur* geändert hätten (z. B. von A- zu B-Post). Weitere vier Vertragskunden hätten *eventuell* eine Reduktion der Briefsendungen vorgenommen. Weitere Nennungen waren etwa eine bessere Kundenselektion oder eine Verstärkung der ohnehin bestehenden Bemühungen, das Briefpostvolumen zu senken. Nur wenige Vertragskunden machten Angaben zum Ausmass der Reduktion resp. konnten dies tun: Ein Vertragskunde nannte 3-5 %, zwei andere ca. bzw. maximal 10 %. Schliesslich gaben acht Vertragskunden an, (auch) eine Verlagerung auf Alternativen vorzunehmen. Weitere vier Vertragskunden hätten dies *eventuell* getan, fünf weitere *falls möglich*. Am meisten genannt wurden E-Mail und andere «elektronische» Kanäle. Ebenfalls häufig genannt wurde – allenfalls verfügbare – Konkurrenz, obwohl die im Fragebogen gestellte Frage auf das Gut «adressierte Briefsendung» und nicht auf Konkurrenz bei Briefsendungen abzielte. Sofern die Vertragskunden Angaben über den Anteil der Auslagerung machten, so gaben sie an, dass diese teilweise gering, mehrheitlich relativ gering oder teilweise auch hoch waren (15, 20 und 50 %).³³⁴

699. In der Untersuchung wurden die Vertragskunden nach den Gründen gefragt, weswegen sie trotz allenfalls bestehender kostengünstiger Alternativen (wie etwa E-Mail-Versand) Briefsendungen verwenden würden. Von 255 befragten Postkunden beantworteten 238 die Frage mit folgenden Gründen:³³⁵:

- a. Kundenwunsch: In rund einem Fünftel der in der Untersuchung erhaltenen Antworten fand sich die Angabe, dass ein elektronischer Versand eigentlich möglich wäre, diese Option

³³¹ Evaluationsbericht 2015 (Fn 252), Ziff. 4.1, S. 8.

³³² Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 6a)ii) und 6b).

³³³ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 7.

³³⁴ Ein Unternehmen bezeichnete die Höhe der Auslagerung bei Frage 7 als Geschäftsgeheimnis.

³³⁵ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 8; Sieben Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

von den Kunden aber nicht ausgewählt bzw. ausdrücklich ein Postversand gewünscht wurde. Dies betraf insbesondere Banken und Versicherungen.

- b. Image-Gründe (Wertigkeit): In der Befragung des Sekretariats gab unter anderem aus Image-Gründen rund ein Sechstel der Vertragskunden (insbesondere aus dem Bereich Medien) an, dass ihr Marketingkonzept vorsehe, mittels Papier zu kommunizieren, und sie daran festhalten wollen. Beispielsweise wollte ein Printunternehmen entsprechend seiner Tätigkeit auch mittels Printmedien kommunizieren. Die Vertragskunden gaben als Grund an, ein Brief sei persönlicher und bringe dem Kunden Wertschätzung entgegen. Eine hochwertige Postsendung zu bekommen, kreierte eine positive und persönliche Beziehung zum Kunden und schaffe dabei Nähe.
- c. Bessere Wirkung einer Briefsendung: In mehr als einem Viertel der Antworten äusserten Vertragskunden die Meinung, dass die Wirkung einer Briefsendung höher sei, als wenn Kunden eine E-Mail in ihrem elektronischen Posteingang erhielten. Insbesondere Organisationen, die auf Spenden angewiesen sind (NGOs), beurteilten die Wirkung eines Briefes als intensiver, da er zu einer erhöhten Spendenbereitschaft führe. Auch Versandhandelsunternehmen gingen davon aus, dass die Akzeptanz und die Antwortrate seitens des Kunden viel höher sei, als wenn dieser E-Mails erhalte, die zum Teil sowieso direkt im Spam Ordner landeten oder mittels eines einzelnen Klicks in den Papierkorb verschoben werden könnten.
- d. Fehlende Daten für elektronische Übermittlung: Rund ein Siebtel der befragten Vertragskunden gab in der Umfrage an, dass sie teilweise nur über Postadressen verfügten und ihnen für eine elektronische Zustellung schlichtweg die E-Mail Adressen fehlen würden. Aufgrund der vormals einzig verbreiteten Art der Kommunikation per Briefpost seien in den Verzeichnissen und Adressbüchern teilweise nur die Postadressen enthalten.
- e. Rechtliche Gründe: Insgesamt in einem Viertel der Antworten äusserten sich die Vertragskunden dahingehend, dass es (auch) rechtliche Gründe seien, die ihnen die Übermittlung auf elektronischem Wege verböten bzw. verunmöglichten. Rechtliche Zustellsicherheit (z. B. per Einschreiben oder Gerichtsurkunde) und das Versenden von Originaldokumenten (z.B. amtliche Dokumente, Verträge, Urkunden) mit rechtsgültigen Unterschriften oder Behördenkorrespondenz wurden von den Vertragskunden als häufigste rechtliche Gründe angegeben.
- f. Versand eines besonderen Werbemittels oder eines Produkts: Rund ein Sechstel der Befragten gab an, ihrer Korrespondenz solche Zusatzkomponenten beizufügen und deshalb auf eine Postsendung nicht verzichten zu können. Die Vertragskunden ergänzten ihre Sendungen durch «Response Verstärker» (Beilagen, welche insbesondere die Antwort- oder Bestellungsquote steigern, z. B. Warenproben), Produkte oder umfangreiche Beilagen und Kataloge. Solche Zusatzprodukte könnten einer E-Mail wegen physischer Unmöglichkeit nicht beigefügt werden, oder dies sei etwa für umfangreiche Unterlagen nicht kundengerecht und aufgrund der Wirkung nicht möglich.
- g. Sicherheit und Vertraulichkeit: Knapp ein Sechstel der Vertragskunden gab in der Befragung an, die (Zustell-)Sicherheit und Vertraulichkeit eines Briefes – auch aufgrund des Briefgeheimnisses – höher zu gewichten als die einer E-Mail und aus diesem Grund persönliche, sensible und vertrauliche Daten über den Postweg zu versenden. Zu diesen Vertragskunden gehören etwa Spitäler, Versicherungen oder Banken, welche Sendungen mit sensiblen oder vertraulichen Informationen versenden.
- h. Altersstruktur: Rund ein Siebtel gab in der Befragung des Sekretariats die Altersstruktur ihrer Kundschaft als Grund dafür an, vermehrt auf Postsendungen anstatt E-Mailverkehr zu setzen. Ältere Menschen seien häufig noch nicht «E-Mail-affin» und verfügten über keine E-Mail-Adresse. Insbesondere sei diese Kundengruppe nicht bereit oder dazu in der

Lage, Zahlungen online zu tätigen. Ohne einen Einzahlungsschein bzw. klassischen Zahlungsverkehr bei der Post (bzw. PostFinance) sei diese Kundengruppe schwer erreichbar.

- i. Technische/interne Gründe: Knapp ein Zehntel der Vertragskunden gab an, aufgrund von älterer Software, Finanzierungs- oder Umstellungskosten technisch nicht zu einer gesamtgesellschaftlichen Kommunikation über E-Mail in der Lage zu sein. Oder diese Vertragskunden gaben an, erst im Begriff zu sein, die Einführung von E-Mailverkehr gegenüber ihren Kunden in Testläufen zu eruieren.
- j. Verschicken eines Einzahlungsscheins: Unter 10 % der Befragten wiesen darauf hin, dass insbesondere das Verschicken von Einzahlungsscheinen ausschlaggebend sei, weshalb ein Briefversand vorgenommen werde. Einzahlungsscheine könnten nicht via E-Mail versendet werden.

700. Die Tatsache allein, dass trotz der Möglichkeit fast kostenloser elektronischer Kommunikation immer noch Briefe versendet werden, zeigt auf, dass für die Wahl des Briefversands stets spezifische Gründe bestehen. Dennoch könnte das Auslagern eines Teils der Briefsendungen auf alternative elektronische Medien einen disziplinierenden Einfluss auf die Post haben.

701. Es ist aber zu beachten, dass die Post bisher auf das Aufkommen von elektronischen Versänden kaum mit Preissenkungen reagiert hat, was als weiteres Indiz gegen die Ausweitung des Briefmarktes auf elektronische Kommunikationsformen angesehen werden kann. Im Markt ist vielmehr das Gegenteil hiervon zu beachten, nämlich, dass die Post auf mittlere Frist ihre Preise gegenüber Vertragskunden eher erhöhen möchte (vgl. Rz 114 ff.).

702. Vor diesem Hintergrund erscheint die Auslagerung eines Teils des Briefvolumens eher das Ergebnis einer strukturellen Marktänderung zu sein, welcher sich die Post nicht entziehen kann und auf welche eine preisliche Reaktion der Post auch schwierig wäre, da die Kosten für elektronische Kommunikation häufig nur einen Bruchteil der Kosten eines Briefversandes ausmachen.

703. Es kann daher festgehalten werden, dass Vertragskunden für gewisse Sendungen oder einen Teil davon nicht auf elektronische Alternativen umstellen können (z. B. aufgrund fehlender Alternativen, mangelnder Kundenakzeptanz oder Rechtsverbindlichkeit) oder wollen (z. B. Imagegründe, Wirkung) und daher in relevantem Ausmass auch nicht auf physische Sendungen verzichten können. Ausserdem ist eine Umstellung nicht einfach und zeitintensiv, so dass solche Umstellungen eher strategische Entscheidungen von struktureller Bedeutung sind. Auch die Tatsache, dass die Post hierauf nicht mit Preissenkungen reagiert, wie dies bei Aufkommen eines Substituts zu erwarten wäre, ist ein weiteres Indiz dafür, dass elektronische Kommunikation nicht dem relevanten Markt zuzuordnen ist.

704. Aus diesen Gründen rechtfertigt sich eine Ausweitung des relevanten Marktes auf E-Mail und andere elektronische Übermittlungsformen nicht.

g) Abgrenzung von weiteren Werbeformen

705. Weiter ist mit Bezug auf den Versand von Werbesendungen zu prüfen, ob weitere Werbeformen (z. B. Plakate, Werbung in Zeitungen, Zeitschriften, TV, Radio und im Internet) genügend nahe Substitute zu Briefsendungen darstellen.

706. Gemäss ständiger Praxis der WEKO und der europäischen Wettbewerbsbehörden werden die genannten Werbeformen nicht den gleichen Märkten wie adressierte Briefsendungen zugerechnet, sondern der Werbemarkt wird entsprechend den unterschiedlichen Eigenschaften und Verwendungszwecken der verschiedenen Werbeträger in Teilmärkte gegliedert. Das

Bundesverwaltungsgericht³³⁶, bestätigt durch das Bundesgericht³³⁷, kam zum Schluss, dass sich der Medienbereich zwar sehr dynamisch entwickle und mit einem Wandel der Konsumgewohnheiten der Medienbenützer einhergehe. Daraus aber einen Gesamtwerbemarkt abzuleiten, sei mit dem Bedarfsmarktkonzept des Kartellgesetzes nicht vereinbar. Zu unterschiedlich seien die einzelnen Werbeträger hinsichtlich ihrer sozio-kulturellen Einbindung, ihrer Inhaltstiefe, der Rezeption und der Nutzungsweise, als dass sie als Substitute qualifiziert werden könnten. Die oben erwähnte Umfrage der Post (Rz 695) zeigt denn auch die höhere Akzeptanz und Wirkung physischer Werbung etwa im Vergleich zu E-Mails.

707. Diese Praxis und Rechtsprechung wird durch die Antworten der Unternehmen im Rahmen der Befragungen bestätigt:

- a. Laut Quickmail erhöhen klassische Werbeformen (Zeitungsinserate, Plakate, Radio/TV, etc.) zwar den Bekanntheitsgrad, diese seien jedoch kein Ersatz für eine Kundenzeitschrift oder einen Geschäftsbericht. Zudem generiere bei Versandhandelsunternehmen keine Werbeform ausser dem Postversand ausreichend hohe Verkaufsumsätze, um die Werbekosten zu decken. Für Hauptkataloge von Versandhandels- und Detailhandelsunternehmen sei der Versand über die Post nicht austauschbar und nicht ohne hohe Umsatzverluste hinzunehmen. Für die Gewinnung von neuen Aufträgen bisheriger Kunden seien diese anderen Werbeformen nicht geeignet.
- b. In der Untersuchung wurde im Hinblick auf die direkte Frage nach Alternativen zu den bei der Post gewählten Versandformen im Bereich adressierter Briefsendungen keine der alternativen Werbeformen genannt.³³⁸ Auch wurden in den letzten fünf Jahren vor der Befragung praktisch keine Sendungen auf alternative Werbeformen verlagert.³³⁹ Einige Vertragskunden nannten die (eigene) Website. Dass nur wenige Vertragskunden das Internet und insbesondere die eigene Website nannten, zeigt die Komplementarität der Werbemassnahmen deutlich auf. Dies gilt auch für Social Media, Telefonmarketing und SMS-Versände, welche bei den Vertragskunden nur ganz vereinzelt Sendungen substituiert hatten.

708. In der Vorabklärung wurden die Vertragskunden auch befragt, ob andere Werbeformen (z. B. Print, elektronische Medien, Plakate) als Alternativen zu Briefsendungen anzusehen sind und ob sie diese verwenden.³⁴⁰ Etwas mehr als die Hälfte der Vertragskunden mit verwertbaren Antworten nutzt andere Werbeformen. Genannt wurden elektronische Kanäle/Medien ganz allgemein, Website, E-Mail/Newsletter, Plakate, Radio, Fernsehen, soziale Medien, Inserate, DVD und Broschüren. Viele Unternehmen äussern sich jedoch zur Qualität der Alternativen. Insbesondere geben sehr viele derjenigen Unternehmen, welche andere Werbeformen nutzen, an, dass diese Formen keine oder nur beschränkte Substitute zur brieflichen Ansprache oder einem Katalog darstellen, respektive ergänzend im Werbemix eingesetzt würden, je nach Strategie und Ausrichtung des Unternehmens. Viele Unternehmen nutzen etwa E-Mail/Newsletter und Website flankierend/ergänzend zur brieflichen Kommunikation. Jedoch werde etwa nicht die gleiche Wirkung erzielt wie mit einer brieflichen Ansprache, es können keine Werbemittel mitgesendet werden, und nicht alle Kunden wünschen eine elektronische Ansprache. Andere Medien sind demgegenüber teuer oder haben einen zu grossen Streuverlust, wenn ganz bestimmte Kunden angesprochen werden sollen.

³³⁶ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 ff., 338 ff. E. 5.1.4 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³³⁷ BGE 139 I 72, 94 E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³³⁸ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 6.

³³⁹ Fragebogenantworten, Frage 7.

³⁴⁰ Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 6)a)ii) und 6)b).

709. Daraus folgt, dass übrige Werbeformen nicht zu den gleichen Märkten wie adressierte Briefsendungen gehören. Es rechtfertigt sich daher nicht den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden um weitere Werbeformen zu erweitern.

h) Fazit

710. Aufgrund der oben vorgenommenen Abgrenzungen ist festzuhalten, dass der relevante Markt nationale adressierte Briefsendungen für Vertragskunden umfasst und nicht zu erweitern ist. Nachfolgend wird geprüft, ob dieser Markt weiter zu unterteilen ist.

B.4.2.1.3.3 Weitere Unterteilung der nationalen Märkte für adressierte Briefsendungen

711. Ausgehend vom Untersuchungsobjekt ist zu prüfen, ob der, aufgrund fehlender Substitutionsmöglichkeiten zum Versand von nationalen adressierten Briefsendungen für Vertragskunden, abgegrenzte Markt weiter zu unterteilen ist.

a) Unterscheidung zwischen reserviertem und nicht reserviertem Bereich

712. Für eine mögliche weitere Unterteilung des Marktes können insbesondere die Marktverhältnisse herangezogen werden. Die Post unterscheidet in der Ausgestaltung ihrer Preissysteme nicht zwischen Sendungen im Monopolbereich unter 50 Gramm und solchen ausserhalb. Hinsichtlich der Marktabgrenzung ist unter anderem die Frage relevant, ob die Kunden auf alternative Anbieter ausweichen können und ob diese Ausweichmöglichkeit einen ausreichend disziplinierenden Einfluss auf die Post ausübt. Eine solche Ausweichmöglichkeit besteht für die Kunden jedoch von Gesetzes wegen nur für Sendungen über 50 Gramm. Das heisst, die Wettbewerbsverhältnisse im Monopolbereich können sich grundlegend von denjenigen ausserhalb unterscheiden. Da nur vereinzelt Vertragskunden ihre Sendungen künstlich erschweren, um mit alternativen Postdienstleistern zu versenden³⁴¹, wirkt die gesetzliche Limite als klare Trennung der Marktverhältnisse.

713. Im Bereich der Einzelsendungen (zur Abgrenzung von Einzel- und Massensendungen siehe Rz 715715 f.) besteht bisher kaum nennenswerte Konkurrenz zur Post. Die Vertragskunden verfügen daher auch bei Sendungen über 50 Gramm nicht über mehr Ausweichmöglichkeiten, und der Wettbewerbsdruck auf die Post ist nicht höher. Daher würde die Beurteilung der Marktstellung der Post auch bei einer Unterteilung des Marktes auf Einzelsendungen im Monopol und solche ausserhalb des Monopols nicht anders ausfallen. Aufgrund der erwähnten Tatsache, dass die Post in ihren Preissystemen die Monopolsendungen nicht unterschiedlich behandelt, drängt sich auch ausgehend vom Untersuchungsgegenstand keine weitere Unterteilung des Marktes auf, da keine anderen Ergebnisse hinsichtlich der Beurteilung der missbräuchlichen Verhaltensweise resultieren würden.

714. Im Bereich Massensendungen herrschen im reservierten Bereich signifikant andere Wettbewerbsverhältnisse als im Bereich der Massensendungen ausserhalb des reservierten Bereichs, da den Vertragskunden der Post mit Quickmail ein alternativer Anbieter zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund könnte zur Beurteilung des relevanten Sachverhalts bei Massensendungen eine separate Marktabgrenzung für den nicht-reservierten Bereich notwendig sein. Ob eine solche separate Marktabgrenzung lediglich Massensendungen oder auch Einzelsendungen mit umfasst, hängt vom Verhältnis zwischen Einzelsendungen und Massensendungen ab.

b) Abgrenzung von adressierten Einzel- und Massensendungen

³⁴¹ Fragebogenantworten, Frage 9.

715. Der Begriff Massensendungen wird in der Gesetzgebung und der Praxis nicht einheitlich verwendet. In der Gesetzgebung kann die Post gemäss Art. 18 Abs. 3 PG im reservierten Dienst mit Absendern von Massensendungen Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Als Massensendung gelten dabei Postsendungen, für die die Absenderin oder der Absender mit der Post zu individuellen Vertragsbedingungen einen schriftlichen Beförderungsvertrag abschliesst.³⁴²

716. Die vorliegend auch in der Verfügung verwendete Definition und Unterteilung der Post weicht von der gesetzlichen Definition ab: Demnach gelten als Massensendungen diejenigen Produkte, welche die Post als B2-Massensendungen anbietet. Zu diesen Massensendungen zählt die Post die nachfolgend aufgeführten Dienstleistungen. Zur Illustration wird auch der Preis für einen Standardbrief (ohne Gewichtszulagen) angegeben.³⁴³

- B-Post-Massensendungen (wie oben beschrieben): Gemäss dem Angebot der Post³⁴⁴ gelten die Preise von B-Post Massensendungen bei der gleichzeitigen Postaufgabe von mindestens 350 Sendungen.³⁴⁵ Die Briefe müssen in der gleichen Preisstufe sein (Postkarten, Standard-, Midi- oder Grossbriefe) und den gleichen Absender tragen. Ein Standardbrief kostet 53 Rappen.
- Direct Response Card: Eine vorgedruckte Karte kann an den Versender zurückversandt werden; falls per Massensendung versandt wird, beträgt der Preis 51 Rappen.
- Direct SelfMailer: Gefaltete Postkarte, welche nach bestimmten Gestaltungsvorgaben zur maschinellen Verarbeitung etwa für Direct Mailing-Kampagnen verwendet wird. Der Versand kostet je nach Versandart gleichviel wie die Briefe der verschiedenen Versandarten, d. h. z.B. als Massensendung ebenfalls 53 Rappen.³⁴⁶
- OnTime Mail: B-Post Massensendung mit vorgegebenem Zustelltermin auf den Tag genau. Die Mindestmenge beträgt 10'000 Stück. Ein Standardbrief kostet 60 Rappen.³⁴⁷

717. Wie oben erwähnt, unterscheiden sich Briefsendungen v. a. in ihrer Zustellgeschwindigkeit. Ausserdem können zur Basisleistung der Beförderung verschiedene Zusatzleistungen hinzukommen (z. B. Aushändigung nur gegen Unterschrift), welche entweder bereits in einem Produkt enthalten sind oder separat gebucht werden können. Beide Kriterien Zustellgeschwindigkeit und Zusatzleistungen haben einen Einfluss darauf, ob die verschiedenen Sendungen für die Kunden untereinander substituierbar sind.

718. Ein wichtiger Unterschied zwischen Einzel- und Massensendungen besteht darin, dass Massensendungen aus identischen Sendungen bestehen, wogegen dies bei Einzelsendungen nicht der Fall sein muss. Es besteht zudem ein grosser zeitlicher und preislicher Unterschied zwischen Massensendungen und Einzelsendungen. Bei der Post ist der Preis einer B-Post-Massensendung um fast 38 % tiefer als für eine B-Post-Einzelsendung; dafür muss bei einer

³⁴² Art. 29 Abs. 3 PVG.

³⁴³ Angaben von <<https://www.post.ch/de/geschaeflich/versenden-und-transportieren/geschaeflich-mailing-inland>> (23.11.2016).

³⁴⁴ Factsheet B-Post-Massensendungen, S. 1, verfügbar auf <<https://www.post.ch/de/geschaeflich/themen-a-z/preise-versenden/preise-massenversand-inland/preise-b-post-massensendung>> (23.11.2016).

³⁴⁵ Vor dem 1. April 2015 galt eine Mindestmenge von 500 Sendungen. Die Definition von Massensendungen weicht somit von der gesetzlichen Definition ab.

³⁴⁶ Versand ist auch per A-Post, B-Post und OnTime möglich.

³⁴⁷ Zustellung an Werktagen.

Massensendung auch mit 6 Werktagen Zustellungsfrist gerechnet werden im Vergleich zu maximal drei Tagen bei B-Post. OnTime Mail ist immer noch fast 30 % günstiger, wobei mit einem Werktag längerer Zustellung gerechnet werden muss. Einzelsendungen und Massensendungen sind somit für die Kunden nicht in genügendem Masse substituierbar, da davon auszugehen ist, dass ein Kunde, wo immer dies möglich ist, das günstigste Versandprodukt wählt.

719. Auch gemäss Quickmail sind Massensendungen und Einzelsendungen nicht austauschbar. Planbare Massensendungen würden i.d.R. zum Massensendungstarif versendet, wofür höhere Laufzeit in Kauf genommen werde. Zur Unterscheidung von Massen- und Einzelsendungen führt Quickmail aus, es habe sich im Markt aufgrund der Marktmacht der Post deren Definition durchgesetzt. Quickmail folge der Definition der Post für deren Produkt «B-Post-Massensendung».

720. Eine Unterscheidung zwischen Einzel- und Massensendungen kann zudem gerechtfertigt sein, da im Markt für Massensendungen (über 50 Gramm) mit Quickmail ein weiterer Wettbewerber in einem grösseren Umfang tätig ist und sich daher die Marktverhältnisse bei den Massensendungen wesentlich von denjenigen bei den Einzelsendungen unterscheiden und voraussichtlich auch zukünftig unterscheiden werden.

721. Aus diesen Gründen bestehen zwischen Massen- und Einzelsendungen keine ausreichenden Substitutionsmöglichkeiten. Damit wären Märkte für nationale adressierte Massenbriefsendungen unter 50 Gramm, für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm und für nationale adressierte Einzelsendungen abzugrenzen. Jedoch unterscheiden sich die Wettbewerbsverhältnisse aufgrund des fehlenden Wettbewerbs bei den Massensendungen unter 50 Gramm nicht von denjenigen bei Einzelsendungen. Daher rechtfertigt es sich, für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nationale adressierte Einzelbriefsendungen (sowohl unter als auch über 50 Gramm) sowie Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden in einem Markt zusammenzufassen. Aus dieser Zusammenfassung resultieren für die Post keine Nachteile, da die Beurteilung der Marktstellung und die Beurteilung der Verhaltensweisen der Post auch bei Abgrenzung separater Märkte zu demselben Resultat führt. Dagegen ist für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm ein eigener Markt abzugrenzen, da mit Quickmail für einige der Kunden zumindest eine Substitutionsmöglichkeit besteht.

c) Zusammenfassung der Marktabgrenzung

722. Aufgrund der obigen Ausführungen sind für die vorliegende Untersuchung folgende Märkte abzugrenzen:

- a. Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden
- b. Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

B.4.2.1.4 Räumlich relevanter Markt

723. 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, der hier analog anzuwenden ist).³⁴⁸ Wie oben erwähnt (Rz 646), ist dabei gemäss Bundesverwaltungsgericht massgebend, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet

³⁴⁸ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind.³⁴⁹

724. Die Kunden fragen die Postdienstleistungen und insbesondere die Zustellung der Briefsendungen in der gesamten Schweiz (d. h. nicht in einem spezifischen Gebiet) nach. Die Post ging in einer frühen Stellungnahme auch von nationalen Märkten aus, erwähnte jedoch, dass eine weitere Marktabgrenzung bald angezeigt sein könnte. Mit Bezug auf die sachlich relevanten Märkte – insbesondere unter Berücksichtigung der Zuordnung der ausgehenden internationalen Briefsendungen in einen eigenen Markt – erscheint jedoch eine Ausdehnung des Markts über das Gebiet der Schweiz hinaus nicht sachgerecht. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die zu untersuchenden Verhaltensweisen der Post im Rahmen ihrer Rabattpolitik gegenüber Endkunden beim nationalen Briefversand sowie gegenüber der im Bereich der B-Post-Massensendungen agierenden Quickmail. In diesem Zusammenhang ist nicht ersichtlich, inwiefern ausländische Post-Anbieter oder im Ausland nachgefragte Dienstleistungen eine disziplinierende Wirkung auf die Post ausüben würden.

725. Die in Rz 722 genannten Märkte sind somit national abzugrenzen.

B.4.2.1.5 Vorbringen der Post

726. Die Post macht geltend, dass die im Antrag vorgenommenen Abklärungen zur Marktabgrenzung die Realität verkennen würden. Sowohl während des Untersuchungszeitraums wie auch danach sei die E-Substitution der entscheidende Wettbewerber der Post. Um dies zu verdeutlichen macht die Post weitreichende Ausführungen, um welches hypothetische Mass das Sendungsvolumen aufgrund der E-Substitution zurückgegangen sei. Zudem führt die Post Beispiele von Kunden auf, welche einen Teil ihres Briefvolumens auf elektronische Medien übertragen haben. Die Post bringt weiter vor, dass gemäss Auswertungen der Vorabklärung 17 von 25 Vertragskunden auf eine Preisänderung von 5 – 10 % reagieren würden, weshalb die Behauptung, es gebe keine E-Substitution, aktenwidrig sei.

727. Die WEKO ist sich des Strukturwandels durch die elektronischen Medien, welcher auch die Postdienstleistungen betrifft, bewusst. Dennoch sind elektronische Medien aus den in Rz 687 ff. aufgeführten Gründen nicht den beiden relevanten Märkten zuzuordnen.

728. Die Post macht weiter geltend, das Sekretariat habe die unterschiedlichen Funktionen von Briefsendungen nie untersucht und basiere seine Aussagen auf blosse Vermutungen und Behauptungen. Zudem seien die Ergebnisse der befragten Vertragskunden nicht verwertbar, da die Marktbefragung bewusst auf Quickmail-Kunden, also mehrheitlich auf Direktmarketingkunden, fokussiert habe. Zudem sei die Einschätzung, dass E-Mails nicht geeignet sein sollten, um grosse Produktsortimente zu bewerben, gänzlich realitätsfremd. Dieses Vorgehen führe zu offensichtlich falschen Ergebnissen. So würden die Beispiele Zalando oder Amazon zeigen, dass der Einsatz von Direktmarketing für Versandhändler nicht zwingend sei.

729. Wie bereits in Kap. B.4.2.1.3.2 ausgeführt ist die WEKO auch auf die verschiedenen wichtigsten Funktionen von Briefsendungen (hauptsächlich Dokumentenversand zu Kommunikations- und Marketingzwecken) im Rahmen der Marktabgrenzung eingegangen. Zudem ist eine genaue Analyse der unterschiedlichen Funktion für die Marktabgrenzung auch nur von untergeordneter Relevanz. Die Aussage der Post, wonach das Sekretariat zu der Einschätzung gelangt sei, dass E-Mail nicht geeignet sein sollte, um grosse Produktsortimente zu bewerben und diese Einschätzung gänzlich realitätsfremd sei, geht fehl. So nutzt ein Grossteil der Versandhandelsunternehmen nach wie vor den Postversand von Katalogen, um seine Produkte zu vertreiben. Zwar existieren einzelne reine Online-Händler wie Zalando und Ama-

³⁴⁹ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 303, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

zon, die aufgrund ihrer Bekanntheit auf den Versand von Katalogen verzichten können. Dennoch lassen sich einzelne Kundengruppen besser und zielgerichteter mit einem gedruckten Katalog bewerben. So kann je nach Kundenstruktur der einzelnen Versandhändler der Versand von gedruckten Katalogen tatsächlich nicht durch E-Mails ersetzt werden, um ein grösseres Produktsortiment zu bewerben.

B.4.2.2 Beurteilung der Marktstellung

730. Ob sich die Post 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 gegenüber sieht, die einen disziplinierenden Einfluss auf zentrale Wettbewerbsparameter ausübt.

B.4.2.2.1 Aktuelle Konkurrenz

731. Zur Untersuchung der missbräuchlichen Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG sind diejenigen Märkte zu betrachten, auf welchen Geschäftskunden vom Preissystem 2009 und vom Preissystem CAPRI betroffen waren (Vertragskunden). Nachfolgend werden jedoch mit Blick auf eine separate Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Post gemäss Art. 9 Abs. 4 KG im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung bei der Marktanteilsberechnung soweit notwendig³⁵⁰ auch die Daten für alle Grosskunden (Vertragskunden und grosse Geschäftskunden ohne Vertrag) respektive für sämtliche Geschäftskunden (Vertragskunden, grosse Geschäftskunden ohne Vertrag und kleinere Geschäftskunden) berücksichtigt.

a) Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden

732. Auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sind neben der Post in der Schweiz keine anderen Anbieter tätig. Die Post hat auf Nachfrage auch keine Wettbewerber in diesem Marktsegment genannt.³⁵¹ Folglich hielt bzw. hält sie einen Marktanteil von 100 %. Die Post erzielt in diesem Bereich die nachfolgend aufgeführten Mengen und Umsätze:

	Mengen (Mio. Stück)	Umsätze (Mio. Fr.)	Veränderung Menge zu Vorjahr	Veränderung Umsatz zu Vorjahr
2009	[...]	[...]		
2010	[...]	[...]	[...] %	[...] %
2011	[...]	[...]	[...] %	[...] %
2012	[...]	[...]	[...] %	[...] %
2013	[...]	[...]	[...] %	[...] %
2014	[...]	[...]	[...] %	[...] %
2015	[...]	[...]	[...] %	[...] %

³⁵⁰ Wie nachfolgend gezeigt wird (vgl. Rz 736), ist dies nur im Bereich der nationalen adressierten Massensendungen über 50 Gramm notwendig.

³⁵¹ Auch gemäss Evaluationsbericht (Fn 252), Ziff. 5.1.1, S. 10, hat sich nur eine alternative Anbieterin (Quickmail) auf die Zustellung von Briefen im Inland spezialisiert.

Tabelle 62: Mengen und Umsätze im Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden³⁵²

733. Aus Tabelle 62 geht hervor, dass die Mengen und Umsätze im Markt seit 2009 gesunken sind. Dies ist besonders auf sinkende Mengen und Umsätze im Bereich B-Post-Einzelbriefsendungen zurückzuführen. Demgegenüber waren A-Post-Einzelbriefsendungen, B-Post-Massenbriefsendungen im Monopol und übrige Sendungen relativ stabil oder konnten sogar leicht zulegen.³⁵³

734. Quickmail verfügt dagegen über kein Angebot zur Verarbeitung von Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden in der Schweiz.

735. Aufgrund der obigen Angaben kann festgehalten werden, dass sich die Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden seit 2009 keiner aktuellen Konkurrenz gegenüber sieht.

736. Aufgrund dieser Marktverhältnisse erübrigen sich alternative Berechnungen für alle Grosskunden oder sämtliche Geschäftskunden im Hinblick auf die Feststellung der Marktherrschaft zwecks Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

b) Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

Berechnung für den relevanten Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

737. Für die Berechnung werden ausschliesslich die Volumina und Umsätze der Vertragskunden mit Massenbriefsendungen über 50 Gramm herangezogen. Hieraus ergeben sich folgende Marktanteile:

Jahr	Mengen				Umsätze			
	Post		Quickmail		Post		Quickmail	
	# (in Mio)	MA in %	# (in Mio)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2011	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2012	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2013	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 63: Marktanteile im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden, basierend auf Angaben der Post und von Quickmail³⁵⁴

738. In den Zahlen von Quickmail sind auch Sendungen enthalten, welche mit Zeitungen und Zeitschriften erzielt werden. Dies im Gegensatz zu den Zahlen der Post, worin nur diejenigen Sendungen enthalten sind, welche mit den «normalen» im Preissystem enthaltenen Produkten versandt werden. D. h. Produkte, die zu speziellen Tarifen versendet werden, wie Zeitungen

³⁵² Berechnung: Gesamtmenge [Ziff. 9b] – Massensendungen [Ziff. 9c]*(1-Monopolanteil_{MS} [Ziff. 10]). Die Berechnung der Umsatzzahlen ist entsprechend.

³⁵³ Berechnung aggregierter Zahlen [...].

³⁵⁴ Die Zahlen beruhen auf den Angaben von [...].

und Zeitschriften, sind ausgenommen.³⁵⁵ Dadurch werden die Marktanteile von Quickmail tendenziell leicht überschätzt: [...]. Ausserdem ist hinsichtlich der Umsätze der Post zu berücksichtigen, dass für die Berechnung des Anteils über 50 Gramm mit dem Faktor gerechnet wurde, der für die Mengen erhoben wurde. Dies unterschätzt die Umsätze der Post wahrscheinlich deutlich, da die schweren Sendungen deutlich teurer sind als die leichteren, einerseits aufgrund des stufenweisen Grundtarifs, andererseits aufgrund des Gewichtszuschlags. Dies hat zur Folge, dass die Marktanteile der Post wahrscheinlich etwas über den in Tabelle 63 angegebenen Marktanteilen liegen.

739. Betrachtet man den Konzentrationsgrad im Markt anhand des HHI³⁵⁶, so kommt man auf die nachfolgenden Werte:

Jahr	HHI nach Mengen	HHI nach Umsatz
2009	[...]	[...]
2010	[...]	[...]
2011	[...]	[...]
2012	[...]	[...]
2013	[...]	[...]
2014	[...]	[...]
2015	[...]	[...]

Tabelle 64: HHI im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

740. Quickmail hat zwar ihren Marktanteil seit 2009 kontinuierlich steigern können. Die Post hielt auf diesem Markt im Jahr 2015 jedoch immer noch einen Marktanteil von rund [75-95 %]. Wie erwähnt, wurden zudem die Marktanteile in mehrerer Hinsicht mit den für die Post günstigsten Annahmen berechnet. Die HHI-Werte zeigen, dass der Markt immer noch hoch konzentriert ist. Die Marktanteilszahlen weisen damit auf eine dominante Stellung der Post, bei einer schwachen aktuellen Konkurrenz durch Quickmail, hin.

Subsidiäre Analyse für einen Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Grosskunden

741. Vorbemerkung zu den verwendeten Zahlen: Die Post hat in schriftlicher Form einerseits Zahlen zu Mengen und Umsätzen für alle Geschäftskunden eingereicht, sowie zu den Mengen und Umsätzen für sämtliche Grosskunden (d. h. Vertragskunden und grosse Geschäftskunden ohne Vertrag [mit einem Umsatz mit der Post von über 100'000 Franken]), zudem unterteilt nach Einzelsendungen A, Einzelsendungen B und Massensendungen. Daneben hat sie in elektronischer Form Excel-Tabellen mit Daten zu Mengen und Umsätzen der Vertragskunden einerseits und den grossen Geschäftskunden ohne Vertrag andererseits eingereicht. Vergleicht man die Summen der Mengen und Umsätze aller Grosskunden aus den Excel-Tabellen mit den Zahlen gemäss den Eingaben, so resultiert für alle Sendungen eine Differenz für die Jahre 2011 bis 2015 zwischen rund [4-5] Millionen Franken und [30-35] Millionen Franken bei

³⁵⁵ Frankaturvermerke AZ, AZA und AZB; vgl. Broschüre Zeitungen Schweiz, <<https://www.post.ch/de/geschaeflich/themen-a-z/printmedien?shortcut=printmedien>> (21.08.2016).

³⁵⁶ Herfindahl-Hirschman-Index.

den Mengen und zwischen rund [10-15] Millionen Franken und [30-35] Millionen Franken bei den Umsätzen, wobei jeweils die Mengen/Umsätze der Excel-Tabellen kleiner sind.³⁵⁷ In zwei Fällen sind jedoch die einzelnen Werte der Excel-Tabellen höher als diejenigen gemäss Eingabe, nämlich für Massensendungen für Grosskunden im Jahr 2015. Der Grund für diese Abweichungen ist nicht bekannt.³⁵⁸ Nachfolgend wird bei der Berechnung der Marktanteile jeweils auf die für die Post günstigeren (d. h. niedrigeren Mengen und Umsätze) abgestellt.

742. Betrachtet man das Sendungsvolumen im Bereich Massensendungen über 50 Gramm für sämtliche Grosskunden (mit einem Umsatz bei der Post über 100'000 Fr., mit oder ohne Vertrag), so ergeben sich die nachstehend in Tabelle 65 enthaltenen Zahlen. Für Quickmail wurden dabei einerseits die Zahlen derjenigen Kunden berücksichtigt, welche im Preissystem der Post enthalten sind, sowie diejenigen Kunden, welche Quickmail zusätzlich als Grosskunden bezeichnet hat.

Jahr	Mengen				Umsätze			
	Post		Quickmail		Post		Quickmail	
	# (in Mio)	MA in %	# (in Mio)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2011	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2012	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2013	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 65: Marktanteile im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Grosskunden, basierend auf Angaben der Post und von Quickmail³⁵⁹

743. In den Zahlen von Quickmail sind auch Sendungen enthalten, welche mit Zeitungen und Zeitschriften erzielt werden. Dies im Gegensatz zu den Zahlen der Post, worin nur diejenigen Sendungen enthalten sind, welche mit den «normalen» im Preissystem enthaltenen Produkten versandt werden, d. h. Produkte, die zu speziellen Tarifen versendet werden, wie Zeitungen und Zeitschriften, sind ausgenommen.³⁶⁰ Dadurch werden die Marktanteile von Quickmail tendenziell leicht überschätzt [...]. Ausserdem ist hinsichtlich der Umsätze der Post zu berücksichtigen, dass für die Berechnung des Anteils über 50 Gramm mit dem Faktor gerechnet wurde, der für die Mengen erhoben wurde. Dies unterschätzt die Umsätze der Post wahrscheinlich deutlich, da die schweren Sendungen deutlich teurer sind als die leichteren, einerseits aufgrund des stufenweisen Grundtarifs, andererseits aufgrund des Gewichtszuschlags.

744. Quickmail hat zwar ihren Marktanteil seit 2009 kontinuierlich steigern können. Die Post hielt auf diesem Markt im Jahr 2015 jedoch immer noch einen Marktanteil von mindestens [75-95 %]. Wie erwähnt, wurde zudem der Marktanteil der Post in mehrerer Hinsicht mit den für die Post günstigsten Annahmen berechnet. Die HHI-Werte zeigen, dass der Markt hoch konzentriert ist. Die Marktanteilszahlen weisen damit auf eine dominante Stellung der Post, bei einer schwachen aktuellen Konkurrenz durch Quickmail, hin.

³⁵⁷ [...].

³⁵⁸ Bei den Umsätzen handelt es sich in beiden Fällen um Nettoumsätze.

³⁵⁹ Die Zahlen beruhen auf den Angaben von [...].

³⁶⁰ Frankaturvermerke AZ, AZA und AZB; vgl. Broschüre Zeitungen Schweiz, <<https://www.post.ch/de/geschaeflich/themen-a-z/printmedien?shortcut=printmedien>> (21.08.2016).

Subsidiäre Berechnung: Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von allen Geschäftskunden

745. Nachfolgend werden zudem die Marktverhältnisse auch für einen Markt für Geschäftskunden analysiert, d. h. sowohl für Grosskunden (mit einem Umsatz über 100'000 Franken) als auch für kleinere Geschäftskunden (mit einem Umsatz unter 100'000 Franken). In einem solchen Markt würden sich folgende Marktanteile ergeben:

Jahr	Mengen				Umsätze			
	Post		Quickmail		Post		Quickmail	
	# (in Mio)	MA in %	# (in Mio)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2011	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2012	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2013	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 66: Marktanteile für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von allen Geschäftskunden, basierend auf Angaben der Post und von Quickmail³⁶¹

746. In den Zahlen von Quickmail sind auch Sendungen enthalten, welche mit Zeitungen und Zeitschriften erzielt werden. Dies im Gegensatz zu den Zahlen der Post, worin nur diejenigen Sendungen enthalten sind, welche mit den «normalen» im Preissystem enthaltenen Produkten versandt werden, d. h. Produkte, die zu speziellen Tarifen versendet werden, wie Zeitungen und Zeitschriften, wurden ausgeschlossen.³⁶² Dadurch werden die Marktanteile von Quickmail tendenziell leicht überschätzt: [...]. Ausserdem ist hinsichtlich der Umsätze der Post zu berücksichtigen, dass für die Berechnung des Anteils über 50 Gramm mit dem Faktor gerechnet wurde, der für die Mengen erhoben wurde. Dies unterschätzt die Umsätze der Post wahrscheinlich deutlich, da die schweren Sendungen deutlich teurer sind als die leichteren, einerseits aufgrund des stufenweisen Grundtarifs, andererseits aufgrund des Gewichtszuschlags.

747. Die HHI-Werte fallen sehr ähnlich aus wie in Tabelle 64 und deuten auf einen hochkonzentrierten Markt hin; auf die Darstellung einer eigenen Tabelle kann an dieser Stelle verzichtet werden.

748. Auch in diesem subsidiär abgegrenzten Markt hat Quickmail zwar ihren Marktanteil seit 2009 kontinuierlich steigern können, wenn auch offenbar etwas weniger bei kleineren Kunden als bei grossen Kunden. Die Post hielt auf diesem Markt im Jahr 2015 jedoch mengenbasiert immer noch einen Marktanteil von mindestens rund [75-95] % bei den Umsätzen. Wie erwähnt wurde zudem der Marktanteil in mehrerer Hinsicht mit den für die Post günstigsten Annahmen berechnet. Die HHI-Werte zeigen, dass der Markt hoch konzentriert ist. Die Marktanteilszahlen weisen damit auf eine dominante Stellung der Post, bei einer schwachen aktuellen Konkurrenz durch Quickmail, hin.

³⁶¹ Die Zahlen beruhen auf den Angaben der Post. Für den Anteil der Massensendungen an allen Sendungen wurde auf das Verhältnis bei den grossen Geschäftskunden abgestellt, gestützt [...].

³⁶² Frankaturvermerke AZ, AZA und AZB; vgl. Broschüre Zeitungen Schweiz, <<https://www.post.ch/de/geschaeflich/themen-a-z/printmedien?shortcut=printmedien>> (21.08.2016).

749. Am 25. Januar 2017 gab Quickmail bekannt, dass sie im Jahr 2016 die Anzahl Sendungen um 10.7 Millionen auf 72.2 Millionen Sendungen steigern konnte.³⁶³ Über die Anteile der Vertragskunden oder Grosskunden an dieser Menge, die Umsätze von Quickmail sowie die aktuellen Mengen und Umsätze der Post liegen keine weiteren Angaben vor. Es kann aber festgehalten werden, dass Quickmail im Vergleich mit der Post nach wie vor über bedeutend kleinere Mengen und Umsätze verfügt, weswegen sich an der Beurteilung nichts ändert.

c) Möglicher Wettbewerbsdruck durch Quickmail im Bereich der Massenbriefsendungen über 50 Gramm

750. Mit Bezug auf die Marktanteile ist einleitend noch einmal festzuhalten, dass Quickmail in den fünf Jahren seit Markteintritt im Sommer 2009 zwar Marktanteile gewinnen konnte, jedoch 2015 immer noch auf einem relativ tiefen Niveau im Bereich von [5-25 %] liegt.

Abdeckung

751. Die Antworten der Kunden zeigen, dass die Abdeckung für die Zustellung von Sendungen von grosser Bedeutung ist (vgl. hinten, Rz 760 f., 763 und 772). Quickmail hat mittlerweile ihre Abdeckung stark erhöhen können. Im September 2014 betrug die Abdeckung 56 % der Haushalte. Bis Ende 2015 war eine weitere starke Erhöhung auf [...] geplant. In einer Pressemitteilung vom 22. Januar 2015 kündigte Quickmail insbesondere an, in der Romandie expandieren und dort bis Ende 2015 jeden 2. Haushalt erreichen zu wollen.³⁶⁴ Laut Angaben von Quickmail betrug die Abdeckung der Haushalte am 1. Juli 2015 schweizweit 61.8 %, in der Deutschschweiz 79.3 %.³⁶⁵ Am 1. Januar 2017 betrug sie schweizweit 78 %, in der Deutschschweiz 85.7 %.³⁶⁶

752. Die Ausdehnung der Haushaltabdeckung verlief in der Vergangenheit jedoch viel langsamer ab als geplant. So war Mitte 2011 noch vorgesehen, bis Ende 2012 eine Haushaltabdeckung von hohen [...] % zu erreichen. Dies konnte Quickmail lange klar nicht erreichen. So fiel etwa die Abdeckung Ende 2013 von über 60 % auf 48 %. Zu diesem Zeitpunkt lief der Vertrag zwischen der Direct Mail Company und Quickmail aus, welcher abgeschlossen worden war, als die Direct Mail Company Anfang 2012 das Zustellgeschäft der AWZ AG und auch die vertraglichen Verpflichtungen der AWZ gegenüber der Quickmail übernommen hatte. Die Post hatte bereits zuvor die Kontrolle über die Direct Mail Company erworben. Somit erreichte Quickmail erst 2015 wieder eine namhafte beständige Abdeckung.

753. Quickmail nennt denn auch als Markteintrittshürde die Schwierigkeit, unabhängige Unternehmen, welche etwa im Bereich unadressierter Werbung oder der Frühzustellung von Zeitungen tätig sind, als Partner für die Zustellung zu finden. Die Post hat in den letzten Jahren die Kontrolle über mehrere wichtige Unternehmen im Bereich der unadressierten Zustellung übernommen (z. B. Epsilon SA, Direct Mail Company AG, AWZ AG). Auf diese Weise habe sich die Post im Bereich der Zustellung unadressierter Sendungen einen Marktanteil von [80-90] % aufgebaut. Zudem führten die von der Post implementierten Rabattsysteme zu enormen Verlusten, wenn Kunden einem Post-Konkurrenten Sendungen zur Beförderung übergeben würden.

³⁶³ <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/News/News_20170125.aspx> (26.01.2017).

³⁶⁴ Medienmitteilung Quickmail, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/News/News_20150122.aspx> (19.05.2015).

³⁶⁵ Website Quickmail, Zahlen, <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/Zahlen.aspx>> (23.03.2015).

³⁶⁶ Website Quickmail, Zahlen, <<https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/Zahlen.aspx>> (20.01.2017).

754. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass aufgrund der geringeren Abdeckung nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck von Quickmail auf die Post ausgeht.

Preise

755. Wie aus der nachstehenden Tabelle 67 hervorgeht, sind die Grundpreise (offizielle Listenpreise ohne Gewichtszuschlag) von Quickmail deutlich tiefer als diejenigen der Post.³⁶⁷ Quickmail selbst wirbt auf der Website mit einem «-15%»-Bild, mit welchem die niedrigeren Preise angepriesen werden.³⁶⁸ Die Gründe, warum Kunden mit Quickmail zusammenarbeiten, sind denn auch preislicher Natur, wie aus den Kundenantworten hervorgeht. Einige wenige Kunden unterstützen Quickmail hingegen auch aus «ideellen» Gründen, um den Wettbewerb zu fördern. Tabelle 67 zeigt die offiziellen Listenpreise (Grundpreis und Gewichtszuschlag) der Post und von Quickmail auf:

Format ³⁶⁹	Gewicht In Gramm	Grundpreis Post in Fr. pro Sendung	Gewichtszuschlag Post Fr./Kg	Grundpreis Quickmail in Fr. pro Sendung	Gewichtszuschlag Quickmail Fr./Kg
Bis B5	1-55 ³⁷⁰	0.53	0.5	0.40	0.5
	56-100	0.53	0.5	0.44	0.5
	101-250	0.78	0.5 ab 100g	0.50	0.5
Bis B4	1-100	0.95	0.5	0.70	0.5
	101-500	1.08	0.5 ab 100g	0.70	0.5
	501-1000	1.45	1 ab 500g	0.70	0.8

Tabelle 67: Übersicht über die Basisproduktpreise der Post und von Quickmail für Massensendungen³⁷¹ (vgl. auch Kap. A.4.7.3)

756. Allerdings ist einerseits die Möglichkeit eines Post-Kunden zur Erzielung von relativ hohen Preisreduktionen durch Vorsortierung von Sendungen und Einlieferung in ein Brief-/Logistikzentrum zu berücksichtigen, andererseits die gewährten Rabatte (zum Ganzen vorne, Rz 509–511).

³⁶⁷ Eine Ausnahme bilden die Preise im Rahmen des Produkts Expert Mail.

³⁶⁸ <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Ueberblick.aspx?1>> (31.05.2015).

³⁶⁹ Das Produkt Postkarte bei der Schweizerischen Post ist nicht enthalten, da diese immer unter 50 Gramm sein werden; ebenfalls nicht enthalten ist das Produkt „Quickflyer“ von Quickmail, welches als Alternative zu unadressierten Sendungen grundsätzlich alle Adressen in einem bestimmten Gebiet abdeckt. Der Grundpreis für Quickflyer beträgt 38 Rp.

³⁷⁰ Diese Kategorie wurde auf den 1. Juli 2016 durch Quickmail neu eingeführt; <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/News/News_20160511.aspx> (22.8.2016).

³⁷¹ <<https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/briefe-inland/preise-b-post-massensendung>>, <<https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Ueberblick.aspx?1>>, (31.5.2015); nicht berücksichtigt sind hier Spezialsendungszuschläge und Vergütungen für Vorleistungen (Post) sowie Rabatte aufgrund des Preissystems der Post und durch Quickmail gewährte Rabatte.

757. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Post aufgrund des Markteintritts von Quickmail bisher keine Veranlassung gesehen hat, ihr Preissystem anzupassen oder ihre Preise zu senken. Dies zeigt deutlich auf, dass der Markteintritt von Quickmail bisher keinen disziplinierenden Einfluss auf die Post ausgeübt hat.

Ergebnisse der Kundenbefragungen zur Wettbewerbssituation

758. In der Untersuchung wurden die befragten Vertragskunden gebeten, die ihnen bekannten alternativen Anbieter zur Post für verschiedene Sendungsarten zu nennen.³⁷² 73 der befragten Kunden nannten Quickmail als Alternative für adressierte Massensendungen, wobei allenfalls der Fragebogen der WEKO zu einer etwas grösseren Bekanntheit beigetragen haben dürfte. So geht teilweise aus den Antworten hervor, dass erst auf die Frage hin, ob Quickmail eine Alternative darstelle, Recherchen zu Quickmail angestellt wurden, um die Frage zu beantworten. Mittlerweile dürfte die Bekanntheit von Quickmail im Markt gestiegen sein. Auf die allgemeine Frage nach Alternativen für ihre Postdienstleistungen gaben nur 10–15 % der Vertragskunden andere Anbieter (konkret Quickmail) für Sendungen über 50 Gramm als mögliche Alternative an.³⁷³

759. Die Vertragskunden wurden in der Untersuchung gefragt, ob die Leistungen von Quickmail im Bereich adressierter Massensendungen eine Alternative zum Versand mit der Post darstellten.³⁷⁴ Die Vertragskunden wurden dabei gebeten, ihre Antwort zu begründen. Ausserdem wurden die Vertragskunden gefragt, ob sie bereits ein oder mehrmals über Quickmail versandt haben. Unter 20 % der Vertragskunden sahen Quickmail als Alternative zum Versand mit der Post an. Konkret mit Quickmail zusammengearbeitet hatten indes nur rund 10 %. 88 (ca. 35 %) Vertragskunden verneinten die Frage, 18 Vertragskunden beantworteten die Frage nicht, 94 (ca. 37 %) konnten dies nicht beurteilen oder deren Antwort war unklar.³⁷⁵ Von den letztgenannten Vertragskunden gaben 39 explizit an, Quickmail bzw. deren Leistungen nicht zu kennen oder geprüft zu haben.³⁷⁶

760. Nicht alle befragten 88 Vertragskunden, welche in Quickmail explizit keine Alternative sahen, gaben Gründe dazu an. Andere Vertragskunden nannten dagegen teilweise mehrere Gründe.³⁷⁷ Die mangelnde Abdeckung war der meistgenannte Grund (19). Auch die Art der Sendungen bzw. die Sendungsstruktur wurde häufig genannt (19), d. h. solche Vertragskunden hatten häufig eher wenige Massensendungen oder benötigten eine schnelle Zustellung, z. B. unter Verwendung von A-Post-Sendungen. Weiter häufig genannt wurde auch das Bestehen des Monopols bis 50 g (13). Noch von einigen Kunden genannt wurden der Zusatzaufwand (zehn) und die Leistung (elf). Nur vereinzelt wurden übrige Gründe aufgeführt wie grundsätzliche Treue zur Post, Wunsch des Bezugs aller Leistungen aus einer Hand, Outsourcing mehrerer/gesamter Prozesse (vor dem Versand) auf die Post, Kundenwunsch (Rz 762), rechtliche oder sicherheitstechnische Gründe, Bedarf an zusätzlichem Versand ins Ausland, kein AZB-Versand.

³⁷² Fragebogenantworten, Frage 5; Ein Vertragskunde bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis.

³⁷³ Fragebogenantworten, Frage 6; Sieben Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

³⁷⁴ Fragebogenantworten, Frage 11.

³⁷⁵ 10 Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.

³⁷⁶ Ein Vertragskunde wies zudem auf das Monopol und die Notwendigkeit der Aufteilung der Sendungen mit entsprechenden Kostenfolgen hin.

³⁷⁷ Einige Begründungen wurden als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.

761. Obwohl Quickmail im Bereich Massensendungen grundsätzlich tiefere Listen-Preise als die Post anbot, konnte Quickmail nur beschränkt Marktanteile hinzugewinnen. Dies hat unterschiedliche Gründe. Ein Grund war die noch fehlende Bekanntheit von Quickmail, insbesondere bei kleineren Unternehmen (siehe oben Rz 756 f.). Demgegenüber verfügt die Post über eine äusserst starke Marke. Gewisse Kunden wollten auch aus prinzipiellen Gründen nicht zu Quickmail wechseln, da sie mit der Leistung der Post zufrieden waren oder die Post und damit auch den Service public unterstützen wollten. Während die Post von einer langjährigen eingespielten Zusammenarbeit mit den Kunden profitiert und generell als Anbieterin mit qualitativ guter Leistung bekannt ist, bestanden gegenüber neuen Konkurrenten Zweifel hinsichtlich Qualität und anderer Faktoren wie z. B. Arbeitsbedingungen.

762. Ein Teil der Kunden ging zudem möglicherweise davon aus, dass Quickmail als Zustellunternehmen bei den Briefempfängern wenig bekannt ist und diese ihr nicht das gleiche Vertrauen oder die gleiche Wertschätzung entgegenbringen wie der Post. Daher befürchteten gewisse Vertragskunden, dass die Kunden negativ reagieren könnten, wenn eine Sendung nicht von der Post geliefert werde. Daher zögerten diese Unternehmen, Quickmail zu beauftragen, um einen befürchteten Reputationsschaden zu vermeiden.

763. Für viele Vertragskunden war die Abdeckung ein wichtiges Kriterium, wobei zum Teil eine Abdeckung von 100 % gefordert wurde. Wie in Rz 751 f. aufgezeigt wurde, hat Quickmail lange gebraucht, um eine respektable Abdeckung aufzubauen. Um ihren Kunden eine höhere Abdeckung anzubieten, entsteht Quickmail durch die notwendige Zusammenarbeit mit der Post ein höherer Aufwand. Dies schränkt die Möglichkeiten, mit der Post in Wettbewerb zu treten, zusätzlich ein.

764. Im Hinblick auf die Qualität der Dienstleistungen von Quickmail zeigte sich ein uneinheitliches Bild. So gaben beispielsweise sechs Nutzer an, die Qualität der Zustellung oder der Response auf die versandten Mailings sei etwas bis wesentlich schlechter als bei der Post. Zum Teil wurde allerdings angeführt, dies werde durch die tieferen Kosten wieder zumindest kompensiert. Andere attestierten Quickmail zwar nicht eine höhere Qualität als der Post, aber eine gute Qualität. Von Seiten der Kunden bestand gegenüber einer neuen Anbieterin eine gewisse Skepsis in Sachen Qualität. So machten denn viele Unternehmen zuerst Tests, bevor sie allenfalls grössere Versände an Quickmail übergaben oder sogar regelmässig Versände mit dieser durchführten.

765. Quickmail bietet im Bereich Massensendungen bis anhin nur eine Verteilung der Sendungen über zwei Tage an. D. h. für Kunden, welche eine Zustellung an anderen Tagen oder einem bestimmten Tag benötigen, ist Quickmail keine Alternative. Daher verfügt Quickmail gegenüber der Post nur über ein eingeschränktes Produktsortiment. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Aufbau weiterer Produkte aufgrund grösserer logistischer Anpassungen zeitaufwändig und kostenintensiv wäre.

766. Das Monopol der Post bis 50 Gramm ist immer noch eine zentrale – laut Quickmail die grösste – Markteintrittshürde, wie auch aus den Kundenantworten an zahlreicher Stelle hervorgeht. Selbst von den Unternehmen, welche Quickmail schon benutzt hatten, wiesen vier explizit darauf hin, dass aufgrund des Monopols kein richtiger Wettbewerb herrsche bzw. entstehen könne. Das Monopol führt denn auch zu verschiedenen Zusatzkosten der Kunden bei Nutzung der Konkurrenz der Post (vgl. unten Rz 768 ff.).

767. Gewisse Kunden hatten auch dem Versand vorgelagerte Prozesse auf die Post ausgelagert. Dies wird dadurch begünstigt, dass die Post Vorbereitung, Gestaltung, Verpackung, Adressierung und Versand aus einer Hand anbieten kann. Die Abläufe und Örtlichkeiten sind daher auf den Versand mit der Post abgestimmt. Ob für die Auslagerung von Leistungen an die Post der Versand mit der Post Voraussetzung ist, ist nicht bekannt. Auf jeden Fall ist so die Hürde für einen Wechsel resp. eine Auslagerung gewisser Sendungen sehr viel höher.

768. Unter anderem aufgrund des Monopols, der Angebotsgestaltung sowie der Abdeckung von Quickmail ist es für deren Kunden nicht möglich, vollständig auf die Zusammenarbeit mit der Post zu verzichten. Wenn ein Teil des Versandvolumens an Quickmail ausgelagert wird, fallen zusätzliche administrative Aufwendungen sowie Aufwendungen für die Aufteilung der Sendungen auf die beiden Anbieter Post und Quickmail an. Dieser Aufwand fällt üblicherweise bei der ersten Nutzung von Quickmail höher aus (etwa Vertragsabschluss, Auflagenplanung, Einführung der notwendigen internen und externen Prozesse, wie z. B. Datenbank/Informatik, Koordination mit Lettershops, Transport), d. h. die Einstiegshürde ist höher. Die bei Kunden von Quickmail anfallenden Kosten lassen sich grob in allgemeine administrative Kosten für die zusätzliche Nutzung von Quickmail als Zustelldienstleister und in sendungsspezifische Aufteilungskosten unterteilen, wobei die Übergänge teils fließend sind, insbesondere bei den Kosten für die erstmalige Nutzung.

769. Die 255 Antworten der in der Untersuchung befragten Vertragskunden zu den allgemeinen Zusatzkosten fielen unterschiedlich aus.³⁷⁸ Nicht ganz zwei Drittel (157) der Vertragskunden gaben keine oder eine unklare Antwort oder sahen sich nicht in der Lage, diese Kosten zu schätzen. 17 Vertragskunden gingen von keinen oder keinen nennenswerten/relevanten Kosten aus. 45 nannten einen Betrag unter 10'000 Franken, wovon rund die Hälfte unter 3'000 Franken. 19 gaben höhere Kosten an, wobei einzelne Angaben teilweise 100'000 Franken überstiegen. Drei Vertragskunden beschrieben den zusätzlichen Aufwand, ohne weitere Angaben zu machen. Auch bei denjenigen Vertragskunden, die auch Quickmail-Kunden waren,³⁷⁹ gingen die Angaben auseinander. Je zwei konnten die Kosten nicht beziffern oder beschrieben den Aufwand nur, ohne Zahlen anzugeben. Neun gaben Kosten zwischen 1'000 und 10'000 Franken an. Sieben gaben keine/geringfügige oder Kosten unter 1'000 Franken an. Ein Geschäftskunde gab Kosten über 10'000 Franken an. Dass die Kostenangaben bzw. -schätzungen der Vertragskunden stark schwanken, erstaunt nicht, hängen die Kosten doch sehr stark von der internen Organisation, den Prozessen (z. B. Verwendung von Lettershops), Personal- und anderen Kosten sowie der Komplexität der Sendungen ab.

770. Im Hinblick auf die zusätzlichen Kosten für die Aufteilung (Sortierung, Frankierung sowie verschiedene weitere Verarbeitungsprozesse) gaben 149 Vertragskunden keine oder eine unklare Antwort, sahen sich nicht in der Lage, diese Kosten zu schätzen oder wollten nicht mit einem anderen Anbieter zusammenarbeiten.³⁸⁰ Vier Vertragskunden machten zwar Angaben zum zusätzlichen Aufwand, ohne jedoch einen Betrag anzugeben. 14 Vertragskunden sahen keinen (nennenswerten/relevanten) Aufwand. Im Übrigen ist zu unterscheiden nach Zeitangabe: Gewisse Vertragskunden machten Angaben zu den Kosten zur Initiierung (einmalige Kosten), gewisse Vertragskunden gaben die Kosten pro Jahr an, einige Vertragskunden die Kosten pro Versand und einige machten keine Angaben zum Zeitraum der angegebenen Kosten. Einige wenige Kunden machten Kostenangaben zu mehreren Bezugsgrößen. Die Kosten schwankten dabei zwischen unter 10'000 Franken und mehr als 70'000 Franken.

771. Neben den internen Kosten entstehen weitere Minderungen des Preisvorteils von Quickmail durch die Notwendigkeit der Kunden, für die Restabdeckung die Leistungen der Post in Anspruch zu nehmen.³⁸¹ So müssen aufgrund tieferer Mengen allenfalls andere Produkte in

³⁷⁸ Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 10a; 15 (davon 14 relevant für die Auswertung) bezeichneten ihre Antwort (teilweise) als Geschäftsgeheimnis.

³⁷⁹ In der bereinigten Version berücksichtigt sind nur diejenigen Quickmailkunden, welche diese Eigenschaft nicht als Geschäftsgeheimnis bezeichneten (Frage 11). Zwei Quickmailkunden bezeichneten zudem ihre Antwort auf die Frage nach den allgemeinen Kosten als Geschäftsgeheimnis.

³⁸⁰ Dazu kommen 14 Vertragskunden, deren Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet wurde.

³⁸¹ Der Effekt der teureren Restsendungen geht etwa aus Antwort [...], deutlich hervor.

Anspruch genommen (z. B. On-Time Mail nur ab 10'000 Stück) oder auf Sortier- und Standortvergütungen verzichtet werden. Es können ausserdem Zusatzkosten für Restbunde anfallen.

772. Im Zusammenhang mit der Aufteilung von Sendungen resp. der Zusammenarbeit mit mehreren Dienstleistern wurde den Vertragskunden in der Untersuchung die Frage gestellt, ob sie ab einem gewissen Mass der Abdeckung der Konkurrenz auf einen flächendeckenden Versand resp. auf eine Aufteilung der adressierten Massensendungen verzichten und ausschliesslich mit der Konkurrenz der Post versenden könnten.³⁸² Gegebenenfalls wurden die Vertragskunden gebeten, das notwendige Mass der Abdeckung des Konkurrenten anzugeben. 54 Vertragskunden gaben darauf keine Antwort, 17 konnten dies nicht beurteilen und sechs gaben eine unklare Antwort.³⁸³ 69 Vertragskunden antworteten mit Nein, wozu auch Antworten von Vertragskunden zählen, für die eine Auslagerung nicht in Frage kommt (z. B. aus prinzipiellen Gründen oder da sie mit den Leistungen der Post zufrieden waren). Zwei dieser Vertragskunden wiesen spezifisch auf die Problematik des Monopols hin. 79 Vertragskunden gaben an, eine vollständige (100 %) Abdeckung zu benötigen. Auf eine Zusammenarbeit mit der Post verzichten könnten zudem 11 Vertragskunden bei einer Abdeckung von 90-99 %, sechs bei einer Abdeckung zwischen 80 und 90 %, und 3 Vertragskunden bei einer Abdeckung unter 80 %. Damit könnten die wenigsten Vertragskunden auf die Aufteilung von Massensendungen verzichten, oder dies nur bei einer sehr hohen Abdeckung der Konkurrenz.

773. Insgesamt zeigen die Ergebnisse der Befragung der Vertragskunden, dass aus Kundensicht zahlreiche Gründe bestanden, welche eine Zusammenarbeit mit Quickmail verhinderten, erschwerten oder begrenzten, insbesondere: die Bekanntheit/starke Marke der Post bei Vertrags- und Endkunden, die für viele Vertragskunden notwendige hohe Abdeckung, das eingeschränkte Angebot von Quickmail bzw. damit zusammenhängend die Sendungsstruktur vieler Vertragskunden, das Monopol und damit zusammenhängend die teilweise hohen Zusatzkosten einer Zusammenarbeit mit Quickmail (Berücksichtigung zweier Anbieter, Aufteilung und Verarbeitung der Sendungen und Restkosten für die bei der Post verbleibenden Sendungen). Aus der Notwendigkeit, die restlichen Sendungen mit der Post zu befördern, entstanden zudem ebenfalls Zusatzkosten. Die genannten Gründe sind zu einem grossen Teil auch aktuell noch gültig. Dies zeigt deutlich auf, dass die Möglichkeiten von Quickmail, die Post zu disziplinieren, sehr begrenzt sind.

Vergleich der Wettbewerber

774. Im Gegensatz zu Quickmail verfügt die Post über eine grossflächige Infrastruktur mit einem dichten Poststellennetz. Auch kann die Post in der Regel höhere Zustellraten als Quickmail erreichen, da sie dank ihrer Adressdienste über aktuelle Adressdaten verfügt. Sowohl Kunden³⁸⁴ als auch Quickmail erwähnten zudem den unzureichenden Zugang zu Gebäude- und Adressdatenbanken als Markteintrittsschranke. Durch die langjährige Service public-Verpflichtung verfügt die Post auch über vertiefte Kenntnisse über die Örtlichkeiten und die Zustellung. Briefträger der Post geniessen in der Regel zudem grösseres Vertrauen der Kunden als «fremde» Personen anderer Zusteller. In diesem Zusammenhang erwähnte Quickmail, dass etwa 40'000 Gebäude in der Schweiz entgegen den gesetzlichen Vorschriften keinen frei zugänglichen Briefkasten hätten. Die Post verfüge in der Regel über Zugang zu diesen Gebäuden und verfüge damit faktisch über das Zustellmonopol. Für Wettbewerber der Post sei es fast unmöglich, diese Wettbewerbshürden zu beseitigen. Der Aufwand, die zuständige

³⁸² Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 10c.

³⁸³ Neun Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

³⁸⁴ Vgl. zur Adressqualität insbesondere die Kundenantworten [...].

Hausverwaltung ausfindig zu machen, auf sie einzuwirken und die Verwaltung der Schlüssel sicherzustellen, sei in der Regel zu hoch.

775. Die Post betreibt zudem Postfächer für die Kunden. Sowohl einzelne Kunden³⁸⁵ als auch Quickmail erwähnten den fehlenden Zugang zu den Postfächern als weitere Markteintrittsschranke. Der Zugang zu Postfachanlagen bzw. das Entgelt dafür ist laut POSTCOM ein Wettbewerbsvorteil für die Post; ein Verfahren ist gemäss Jahresbericht der POSTCOM diesbezüglich noch hängig.³⁸⁶

776. Im Zusammenhang mit den Wettbewerbsbedingungen nannten Quickmail und auch die POSTCOM weiter den (ungenügenden) Zugang zu Teilleistungen als Wettbewerbsvorteil der Post.³⁸⁷

777. Die Post hat aufgrund der früheren Monopolstellung eine sehr lange Erfahrung und ein grosses Know-how im Logistikbereich und hat ihre Prozesse über viele Jahre optimieren können. Quickmail dagegen ist ein junges Unternehmen, welches immer noch im Aufbau begriffen ist. Zudem befördert die Post ungleich viel grössere Briefmengen als die Wettbewerber und kann entsprechende Skalenerträge realisieren. Quickmail ist dagegen nur in einem ganz bestimmten Marktsegment tätig. Alle übrigen adressierten Sendungen werden durch die Post befördert. Laut POSTCOM verfügte die Post 2015 im geöffneten Teilmarkt der inländischen Briefe über einen Marktanteil von nahezu 99 %, und gemäss Evaluationsbericht beträgt der Marktanteil der alternativen Anbieter bei den im Inland zugestellten Briefen rund 1.6 %.³⁸⁸ Hierdurch kann die Post die Fixkosten auf eine ungleich viel grössere Menge an Sendungen aufteilen und entsprechend höhere Skalenerträge realisieren. Die Post ist zudem auch im Bereich der unadressierten Sendungen sehr stark, sei dies durch Promopost oder durch (aufgekaufte) Tochtergesellschaften.³⁸⁹ Obwohl sich die Prozesse insgesamt unterscheiden, so können doch bei der Nutzung gewisser Ressourcen bei der Zustellung von unadressierten Sendungen Synergien genutzt werden, z. B. bei der Verteilung. Auch Quickmail nutzt teilweise solche Synergien zusammen mit ihren Partnern.

778. Die Post ist ein grosser Konzern mit starker Finanzkraft³⁹⁰: Sie erzielte im Jahr 2015 einen Betriebsertrag von rund 8.2 Milliarden Franken und einen Konzerngewinn von 645 Millionen Franken. Postmail erzielte 2015 trotz rückgängiger Briefmengen einen Betriebsertrag von rund 2.8 Milliarden Franken und ein im Vergleich zum Vorjahr um 24 Millionen höheres Betriebsergebnis von 358 Millionen Franken.³⁹¹ Alleine dies zeigt, dass die Post eine, wenn auch nur geringe, Preiserhöhung im Markt durchsetzen kann. Ausserdem ist der Post-Konzern u. a. in zahlreichen weiteren Logistikbereichen und im Finanzbereich tätig und verfügt über

³⁸⁵ Vgl. zur Zustellung an Postfächer die Kundenantworten [...].

³⁸⁶ Vgl. dazu den Jahresbericht 2015 der POSTCOM, S. 4 und S. 41, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taeigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).

³⁸⁷ Jahresbericht 2015 der POSTCOM, S. 4, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taeigkeitsbericht.htm> (17.3.2016).

³⁸⁸ POSTCOM, Jahresbericht 2015, S. 36 (Zahlen enthalten allerdings auch Express- und Kurierdienste), verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taeigkeitsbericht.htm>; Evaluationsbericht (Fn 252), Ziff. 5.1.2, S. 12. Die Zahlen dienen nur der Illustration für die Relationen. Die berücksichtigten Briefsendungen und die Marktanteilsberechnungen können voneinander abweichen.

³⁸⁹ Zuletzt die APZ Direct AG im Oktober 2015.

³⁹⁰ Medienmitteilung vom 10. März 2016 mit Jahresbericht 2015, <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/medien/medienmitteilungen/2016/gutes-ergebnis-in-zunehmend-schwierigem-umfeld>> (31.3.2016).

³⁹¹ Darin enthalten sind neben adressierten Briefsendungen aber noch zusätzliche Dienstleistungen wie v.a. Zeitungen und unadressierte Sendungen.

entsprechende finanzielle Mittel. Diese könnten eingesetzt werden, um allfällige Preiskämpfe lange durchzuhalten. Quickmail ist Teil der MS Direct AG, welche insgesamt einen Umsatz von rund 100 Millionen Franken erzielt.³⁹² Quickmail selbst verfügt im Vergleich zur Post über relativ kleine Umsätze und ist nach wie vor in der Aufbauphase. Zur wirtschaftlichen Situation kann folgendes festgehalten werden: [Quickmail geriet 2012 bis 2014 in finanzielle Schwierigkeiten. Diese konnten 2015 verringert werden].

779. Auch dies zeigt, dass die Post in den betrachteten Märkten im Vergleich zu Quickmail eine sehr starke Position einnimmt. Es ist daher auszuschliessen, dass die Post durch Quickmail diszipliniert wird.

Verhalten der Post

780. Ein wichtiger Indikator im Hinblick auf die Wettbewerbssituation stellt das Verhalten der Post bezüglich des Markteintritts von Quickmail dar. Quickmail wurde im August 2009 gegründet und ist seit November 2009 auf dem Markt tätig.

781. Im Jahr 2007 hatte die Post bereits begonnen, eine Preisstrategie zu entwerfen. Daraus resultierte im Januar 2009 eine Preisstrategie für die Jahre 2009 bis 2011, welche als verbindliches Ziel für die operative Preissetzung dienen sollte. Dabei wurde von der Senkung der Monopolgrenze auf 50 g im Juli 2009, von der Inkraftsetzung des Postgesetzes und des Postorganisationsgesetzes im Jahr 2011 und von der vollständigen Liberalisierung im Januar 2013 ausgegangen. Ausgegangen wurde auch von der Annahme, dass unmittelbar nach der Liberalisierung noch keine Markteintritte erfolgen würden, aber ab 2015 allenfalls die Möglichkeit des Direct Entry auf Stufe der Briefzentren zu regulierten Preisen bestehen wird.

782. [...].

783. [...].

784. [...].³⁹³

785. Kurz vor dem Markteintritt von Quickmail und zusammen mit der Einführung des neuen Preissystems am 1. Juli 2009 senkte die Post die Listenpreise für diverse Produkte, sowohl für Privat- als auch für Geschäftskunden.³⁹⁴ Bei den Geschäftskunden waren hauptsächlich A-Post-Grossbriefe, B-Post-Grossbriefe, Direct Response Card³⁹⁵, A-Post und B-Post-Standardbriefe betroffen. Die übrigen Dienstleistungen wurden indirekt um den Mehrwertsteuerprozentsatz günstiger, da die Kunden neu die Mehrwertsteuer abziehen konnten. Da die Preissenkungen aufgrund einer Intervention des Preisüberwachers und zeitlich vor der Gründung von Quickmail erfolgten, ist es unwahrscheinlich, dass dies als Reaktion der Post auf Konkurrenz zu interpretieren ist. Die von der Preissenkung betroffenen Produkte waren zudem im Wettbewerb mit Quickmail nicht relevant, weswegen die Preissenkung auch deswegen nicht als direkte Reaktion auf den Markteintritt von Quickmail anzusehen ist. Dies bedeutet aber umgekehrt, dass die Post keinen oder nur einen marginalen Wettbewerbsdruck durch den Markteintritt von Quickmail gespürt hat.

786. Im April 2011 wurde das neue Preissystem CAPRI eingeführt. Dieses Preissystem war bereits im Januar 2009 als relativ ausgereiftes Projekt vorhanden. Es wurde gemäss Angaben

³⁹² <<http://www.ms-direct.ch/de/Unternehmen/Unser-Unternehmen/Firmengeschichte>> (20.11.2016).

³⁹³ Die Post geht bei [...] % der Kunden davon aus, dass diese nicht aus Preisgründen wechseln.

³⁹⁴ Medienmitteilung des Preisüberwachers vom 24.3.2009, verfügbar auf <<https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/dokumentation/medieninformationen/medienmitteilungen/2009.html>> (31.3.2016); vgl. [...].

³⁹⁵ Werbemedium (Flyer) mit integrierter Rücksendekarte für den Empfänger.

der Post unter anderem – zumindest indirekt – auch im Hinblick auf die Entstehung von Wettbewerb entwickelt (oben, Rz 781). Jedoch finden sich in den Unterlagen der Post keine direkten Hinweise darauf, dass das Preissystem CAPRI als unmittelbare Reaktion auf den Markteintritt von Quickmail zu betrachten wäre.

787. Auf den 1. Januar 2014 hat die Post diverse preisliche Änderungen in den Preislisten vorgenommen. [...] Auf Basis der Aussagen der Post und des kleinen Ausmasses der übrigen Preissenkungen kann nicht von einer Reaktion auf verstärkten Wettbewerb ausgegangen werden.

788. Auf den 1. Januar 2015 revidierte die Post ihr Preissystem grundlegend (vgl. Rz 134 f.) [...]. Das revidierte Preissystem wurde im Rahmen dieser Untersuchung nicht genau analysiert. Hierbei scheint es sich strukturell eher um eine Verfeinerung des Systems zu handeln.

789. Aufgrund der Ausführungen zeigt sich, dass die Post im Bereich der Märkte für adressierte Briefsendungen von Geschäftskunden im Allgemeinen und auch von Vertragskunden im Besonderen keinem wirksamen aktuellen Wettbewerb ausgesetzt war. Es zeigt sich zudem, dass die Post die Strategie verfolgte, auf mögliche Markteintritte grundsätzlich nicht mit Preissenkungen zu reagieren (und gegebenenfalls nur dort, wo ein gewisser Kundenschwund festzustellen sein würde, punktuelle und auf diese einzelnen Kunden zugeschnittene Preissenkungen anzubieten). Alleine dies zeigt, dass sich die Post von Wettbewerbern unabhängig verhalten kann.

790. Wichtig sind schliesslich verschiedene Eigenschaften der Preissetzung der Post, welche als Markteintrittshürde wirken:

- a. Es ist zu berücksichtigen, dass sich die von der Post im Preissystem gewährten Rabatte und Preislisten für einen Vertragskunden, welcher durch die Nutzung von Quickmail tiefere Umsätze bei der Post erzielt, nicht nur für Massensendungen über 50 g verschlechtern, sondern auch für sämtliche übrigen Versände des Vertragskunden. Dies erfolgt sowohl bei der Berechnung des Zusatzrabatts als auch bei der Einstufung in die Preislisten. Dies reduziert den Preisvorteil bei Quickmail. Dieser negative Effekt ist umso höher, je mehr und je teurere Sendungen bei der Post bezogen werden müssen. Auch die POSTCOM erwähnt die «Koppelungsrabatte» als Wettbewerbsvorteil für die Post.³⁹⁶
- b. Weil laut Quickmail das Preis- bzw. Rabattmodell der Post zudem sehr intransparent und in seinen Auswirkungen für die Kunden kaum berechenbar ist, würden sich die Kunden scheuen, Quickmail dennoch einen Teil der Sendungen zu übergeben. In diesem Zusammenhang macht Quickmail insbesondere geltend, dass die Kunden unisono mitteilen würden, dass sie die Preise und Preisänderungen nicht nachvollziehen könnten, weil die Preisgestaltung nicht transparent sei und es kein Tool gebe, mit welchem man die Effekte der Parameter simulieren könne. Die Untersuchung hat gezeigt, dass das Preissystem CAPRI durch die Vertragskunden tatsächlich als sehr komplex und intransparent wahrgenommen wird, was gemäss einigen Kunden die Zusammenarbeit mit Konkurrenten erschwert (vgl. insbesondere vorne Rz 396 und Abschnitt A.4.7.5 [insbesondere A.4.7.5.2]).
- c. Aufgrund des breiten Produktsortiments im Brief- und Logistikbereich hat die Post Möglichkeiten, Kunden auch mit speziellen Angeboten oder vorteilhaften Tests (etwa für neue Spezialprodukte) zumindest kurzfristig wieder zu binden.

d) Fazit zur aktuellen Konkurrenz

³⁹⁶ Jahresbericht 2015 der POSTCOM, S. 4, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).

791. Insgesamt zeigt sich, dass die Post weder im Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 g von Vertragskunden noch im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 g von Vertragskunden einer genügend wirksamen aktuellen Konkurrenz ausgesetzt war. Daher ist nachfolgend die potenzielle Konkurrenz auf diesen Märkten zu prüfen.

B.4.2.2.2 Potenzielle Konkurrenz

a) Monopolbereich und Einzelsendungen

792. Ob und wann der Postmarkt ganz liberalisiert wird, ist derzeit nicht absehbar. Der Bundesrat hat entgegen früherer Absichten 2015 entschieden, das Restmonopol beizubehalten.³⁹⁷ Auch anlässlich der Verabschiedung des Berichts über die Evaluation des Postgesetzes hat der Bundesrat keine weiteren Marktöffnungen vorgesehen.³⁹⁸ Auch das Parlament hatte sich bei der letzten Postgesetzrevision gegen eine vollständige Marktöffnung ausgesprochen. Selbst wenn wider Erwarten dennoch eine vollständige Marktöffnung durch das Parlament angestossen würde, ist der Zeithorizont bis zur effektiven Umsetzung noch nicht absehbar. Damit besteht zumindest im Monopolbereich derzeit keine potenzielle Konkurrenz, welche sich disziplinierend auf die Post auswirken könnte.

793. Gleichzeitig ist damit aber auch das Marktpotenzial für mögliche neu in den Markt eintretende Wettbewerber deutlich eingeschränkt, da laut Angaben der Post bei den Massensendungen rund zwei Drittel im Monopolbereich liegen, bei den Einzelsendungen deutlich mehr.

794. Im nichtreservierten Bereich geht die Post zwar davon aus, dass «Markteintritte jederzeit selektiv und zielgerichtet möglich sind». Dennoch muss berücksichtigt werden, dass die Anzahl Einzelsendungen seit 2009 gesunken sind. Dies trifft vor allem auf B-Post-Einzelsendungen zu. Wie erwähnt, ist die Post derzeit die einzige Anbieterin für die Beförderung von Einzelsendungen.

795. Quickmail bietet weder für Geschäftskunden noch für Privatkunden in der Schweiz den Versand von Einzelsendungen an. Laut Quickmail ist dies auf unterschiedliche Gründe zurückzuführen. Im Bereich Einzelsendungen sei der Anteil des Sendungsvolumens, welches sich im reservierten Bereich befindet, deutlich höher (über 80 %). Zudem sei der Aufwand für Kunden zur Aussonderung derjenigen Einzelsendungen, welche aufgrund des Gewichts bis 50 g in den reservierten Bereich der Post fallen oder ausserhalb des Zustellungsgebiets von Quickmail liegen, zu hoch. Alleine aufgrund dieses Zusatzaufwands seitens der Kunden würde sich ein Versand über Quickmail für sie nicht lohnen.

796. Mit einer solchen Ausgangslage ist aber nicht nur Quickmail sondern jeder potenziell andere neu in den Markt eintretende Briefzusteller konfrontiert. Alleine schon aufgrund dieser Marktverhältnisse ist ein Markteintritt im Bereich Einzelsendungen unwahrscheinlich.

797. Aber auch auf Seiten von Anbietern von Einzelsendungen bestehen Kostenstrukturen, welche einen Markteintritt im Bereich Einzelsendungen quasi verunmöglichen. Einzelsendungen im Bereich A-Post werden in der Regel innerhalb von einem Werktag zugestellt. B-Post Einzelsendungen werden in der Regel innerhalb von maximal drei Werktagen zugestellt. Dies bedeutet für einen Anbieter von Einzelbriefsendungen, dass er, um B-Post Einzelsendungen

³⁹⁷ Medieninformation vom 18. September 2016, <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-58796.html>> (20.11.2016).

³⁹⁸ <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-65200.html>> (20.01.2017); Der Bundesrat plant immerhin Änderungen des Postgesetzes und der Postverordnung, welche zu einer Verringerung von Markteintrittsbarrieren und einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führen könnten. Ob, wie und wann diese Änderungen im Gesetzgebungsverfahren umgesetzt werden, ist jedoch noch unklar.

mit gleicher Qualität wie die Post anbieten zu können, mehrere Zustellungen pro Woche durchführen muss und gleichzeitig über die Verarbeitungskapazitäten verfügen muss, die ihm die Handhabung der Briefe innerhalb von drei Werktagen bzw. innerhalb von einem Werktag ermöglicht. Demgegenüber werden B-Post Massendungen in der Regel innerhalb von maximal sechs Werktagen zugesandt, was mehr Flexibilität bei der Abwicklung ermöglicht.

798. Gemäss eigenen Angaben liefert Quickmail lediglich an zwei Tagen pro Woche aus, so dass B-Post Einzelsendungen lediglich dann innerhalb der gesetzten Frist ausgeliefert werden könnten, wenn diese an einem Montag eingeliefert und innerhalb der dreitägigen Frist bearbeitet werden könnten. Dies erscheint für Quickmail kaum praktikabel. Zudem sei der zusätzliche Prozess- und Sortieraufwand für Geschäftskunden bei Einzelsendungen zu gross. Es ist daher nicht mit einer Ausweitung des Zustellgeschäfts auf Einzelsendungen seitens Quickmail zu rechnen.

799. Insgesamt kann daher ein Markteintritt eines alternativen Briefzustellers in der Schweiz im Bereich Einzelsendungen mit ausreichend disziplinierender Wirkung auf die Post ausgeschlossen werden.

b) Massensendungen

800. Der Markteintritt von Quickmail im Bereich der Massensendungen zeigt, dass der Aufbau einer einigermaßen hohen Haushaltsabdeckung schwierig, zeitaufwändig und kostenintensiv ist. Dabei hat Quickmail bisher «nur» eine bedeutend weniger aufwändige zweitägige Zustelllogistik für Massensendungen aufgebaut.

801. Da auch der Bereich der Massenbriefsendungen durch den reservierten Bereich stark eingeschränkt ist, bleibt das bestreitbare Marktpotenzial gering. Zudem war der Markteintritt von Quickmail bisher ausgesprochen kapitalintensiv, und Quickmail geriet in finanzielle Schwierigkeiten, welche erst 2015 reduziert werden konnten. Dies deutet auf ein schwieriges Marktumfeld für neu eintretende Unternehmen hin. Symptomatisch ist daher auch, dass seit der Senkung der Monopulgrenze auf 50 Gramm ausser Quickmail keine weiteren Konkurrenten in den Markt eingetreten sind. Dies ist insbesondere deshalb bemerkenswert, da in der Schweiz im Bereich der Schnellpostsendungen und Paketsendungen weitere grosse ausländische Postdienstleister tätig sind, welche bereits über eine gewisse Infrastruktur verfügen.

802. Da sich der Bereich adressierter Briefsendungen zudem insgesamt eher sinkenden Mengen gegenüber sieht, erscheint das Marktpotenzial in Zukunft noch weniger attraktiv für neu in den Markt eintretende Wettbewerber. Dies gilt umso mehr, da mit der Post und Quickmail bereits zwei Akteure im Bereich Massenbriefsendungen tätig sind.

803. Aufgrund der hohen Fixkosten und den damit verbundenen Skaleneffekten handelt es sich im Bereich adressierter Briefsendungen um einen Markt, der zu einem natürlichen Monopol tendiert. Ein profitabler Markteintritt für einen weiteren Marktteilnehmer ist daher vor Abschaffung des Monopols für einen weiteren Konkurrenten kaum möglich. Wie oben erwähnt, benötigt ein umfassender Markteintritt grosse Ressourcen und v. a. auch viel Zeit, um eine genügende Abdeckung zu erreichen, wie das Beispiel von Quickmail zeigt. Ein neu eintretender Konkurrent müsste aufgrund von Quickmail zudem mit geringeren Mengen und Umsätzen und damit einem höheren Finanzierungsbedarf und einem noch höheren Ausfallrisiko rechnen.

804. Neben den Einschränkungen, welche auf der Anbieterseite bestehen, muss zudem berücksichtigt werden, dass gemäss Aussagen der Marktbefragung viele Kunden ihre Prozesse auf die Dienstleistungen der Post angepasst haben und sie daher hohe Wechselkosten zu tragen hätten, wenn sie zu einem alternativen Anbieter wechseln wollten. Mit diesen Problemen sieht sich Quickmail bereits heute konfrontiert. Für einen potenziell neu in den Markt eintretenden Akteur würden diese Schwierigkeiten wohl noch in grösserem Masse als für Quickmail zum Tragen kommen. Daher ist auch im Bereich Massensendungen unwahrscheinlich,

dass ein weiterer Markteintritt vor Abschaffung des Monopols erfolgt. Aber selbst wenn der Monopolbereich in Zukunft abgeschafft werden sollte, ist ein weiterer Markteintritt aufgrund der vorgebrachten Gründe eher unwahrscheinlich.

c) Fazit

805. In Anbetracht dieser Sachlage besteht vorliegend kein potenzieller Wettbewerb, der auf die Post genügend Wettbewerbsdruck ausüben könnte, um diese zu disziplinieren und ihre marktbeherrschende Stellung in Frage zu stellen.

B.4.2.2.3 Stellung der Marktgegenseite

806. Die Marktgegenseite der Post ist wenig konzentriert. Vom neuen Preissystem erfasst sind bereits über [800-900] Vertragskunden. Dazu kommen die grossen Geschäftskunden ohne Vertrag und unzählige kleinere Geschäftskunden. Einzelne Vertragskunden realisieren zwar hohe Umsätze bei der Post, deren Abwanderung hätte also einen gewissen Einfluss auf das Ergebnis der Post. Zudem könnte versucht werden, über Verbände einen gewissen konzentrierten Einfluss auszuüben.

807. Jedoch hat die Post einerseits eine breit abgestützte Umsatzbasis. Andererseits ist das Drohpotential bei vielen Vertragskunden beschränkt, sind sie doch selbst zu einem grossen Teil mangels Alternativen auf die Leistungen der Post angewiesen. Die Gründe dafür sind im Abschnitt «aktuelle Konkurrenz» aufgeführt (z. B. Monopolbereich, beschränktes Angebot der Konkurrenz). Somit können auch grosse Vertragskunden keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf die Post ausüben. Ohnehin jedoch könnte gemäss schweizerischer und europäischer Praxis der Druck der Nachfragemacht nicht als hinreichend betrachtet werden, wenn nur ein bestimmtes oder begrenztes Kundensegment vor der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt ist.³⁹⁹

B.4.2.3 Vorbringen der Post

808. Die Post bringt vor, dass die Marktstellung der Post selbst ohne Einbezug der elektronischen Substitution falsch gewürdigt wurde. Das Sekretariat stütze sich für die Beurteilung der Marktstellung auf die Ergebnisse der Kundenbefragung. Zu dieser Zeit sei Quickmail erst dabei gewesen, sich im Markt zu etablieren. Die Marktverhältnisse seien zum damaligen Zeitpunkt allerdings hinsichtlich Bekanntheitsgrad und Marktgrösse von Quickmail gänzlich anders gewesen.

809. Hinsichtlich des Einbezugs der elektronischen Substitution wurde bereits in den Rz 689 ff. eingehend Stellung genommen. Grundsätzlich ist zu beachten, dass der durch die elektronischen Kommunikationsformen entstehende Strukturwandel die Post bisher nicht dazu veranlasst hat, ihre Preispolitik anzupassen. Vielmehr erhöht die Post ihre Preise tendenziell. Daher ist keine Disziplinierung der Post im Bereich des adressierten Briefversands durch alternative elektronische Kommunikationsformen ersichtlich.

810. Im Gegensatz zu den Vorbringen der Post wurden neben der Kundenbefragung sowohl die Marktanteilsentwicklungen, die rechtlichen Rahmenbedingungen und weitere Faktoren zu einer ganzheitlichen Betrachtung der Marktverhältnisse herangezogen. Die Vorbringen der Post sind daher unerheblich. Auch im Hinblick auf den Zeitpunkt der Kundenbefragung kann

³⁹⁹ Vgl. RPW 2014/4, 682 Rz 91, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; RPW 2011/1, 131 Rz 227, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Mitteilung der EU-Kommission zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 S. 9, Rz 18 (nachfolgend: EU-Prioritätenmitteilung).

die Post nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es hat sich vielmehr gezeigt, dass Quickmail zwar einen gewissen Marktanteil im Bereich der adressierten Massensendungen über 50 Gramm erkämpfen konnte. Dennoch bleibt Quickmail ein bedeutend kleinerer Marktteilnehmer und die Post hat bisher auf dessen Markteintritt nicht mit einer Anpassung ihrer Dienstleistungen oder Konditionen reagiert. Eine disziplinierende Wirkung kann daher ausgeschlossen werden.

811. Die Post bringt weiter vor, dass sie durch eine erhebliche Nachfragemacht unter den gegenwärtigen Umständen der E-Substitution stark diszipliniert werde. Auch das Bundesgericht hätte die disziplinierende Wirkung des Substitutionswettbewerbs durch potentielle Konkurrenz im Rahmen seiner Beurteilung des Werbemarktes im Übrigen anerkannt.

812. Zur E-Substitution wurde bereits ausführlich Stellung bezogen. Es wird auf die entsprechenden Abschnitte verwiesen (vgl. Rz 687 ff.). Gemäss dem zitierten Bundesgerichtsentscheid ist bei der Beurteilung der Marktstellung auch der potenziellen Konkurrenz Rechnung zu tragen.⁴⁰⁰ Der Notwendigkeit der Berücksichtigung der potenziellen Konkurrenz im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbssituation wurde vorliegend im Kap. B.4.2.2.2 Rechnung getragen. Im Publigruppe Urteil führt das Bundesgericht in allgemeiner Form aus, dass es sicherlich nicht von der Hand zu weisen sei, dass neue Technologien auch das Wettbewerbsverhalten beeinflussen werden.⁴⁰¹ Ob und inwieweit von den neuen Technologien allerdings eine disziplinierende Wirkung ausgeht ist im Einzelfall zu beurteilen. Vorliegend konnte festgestellt werden, dass die Post zwar mit einem Mengenrückgang konfrontiert ist. Dies hat aber zu keiner Preissenkung, sondern eher zu einer tendenziellen Preissteigerung geführt. Wahrscheinlich ist zudem, dass bei weiterhin rückläufigem Briefversandvolumen in Zukunft auch strukturelle Anpassungen des Geschäftsmodells denkbar sind. Dennoch hat dieser Strukturwandel keinen direkten Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Post gegenüber Mitkonkurrenten oder Kunden. Eine kartellrechtlich relevante Disziplinierung durch die von der Post ins Feld geführte E-Substitution kann daher ausgeschlossen werden.

B.4.2.4 Zwischenergebnis

813. Die Post verfügt auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden über eine marktbeherrschende Stellung.

B.4.2.5 Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG)

B.4.2.5.1 Selbständige Feststellung der Marktbeherrschung

814. Wie erwähnt, erfolgt die Marktabgrenzung und die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung stets im Hinblick auf eine untersuchte unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG und die entsprechende Zeitperiode hin. In casu betrifft dies die Zeitperiode vom 1. Juli 2009 bis zum 31. Dezember 2014. Dies schliesst entsprechend der WEKO-Praxis nicht aus, dass die Marktbeherrschung dennoch auch für die Zukunft Wirkung entfaltet und im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG wirksam ist. Vorliegend soll die Marktbeherrschung gestützt auf Art. 25 VwVG explizit auch für die Gegenwart (zum Zeitpunkt des Entscheids) und darüber hinaus festgestellt werden. Nachfolgend ist zu prüfen, ob dies im Lichte der bisherigen Rechtsprechung möglich ist.

⁴⁰⁰ BGer 2A.327/2006 des Bundesgerichts vom 22. Februar 2007, E. 7.3.5.

⁴⁰¹ BGE 139 I 72, 96 E. 9.2.3.5.

815. Das Bundesverwaltungsgericht hat kürzlich die isolierte Feststellung der Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG abgelehnt.⁴⁰² Einerseits habe sich das Dispositiv auf die Rechtsfolge zu beschränken, d. h. die Anordnung einer Sanktion oder der Verzicht auf eine solche. Andererseits fehle es an einer entsprechenden rechtlichen Grundlage im Kartellverwaltungsverfahren. Denn im Rahmen von Art. 30 KG könne nur über die zu treffenden Massnahmen entschieden werden, während reine Feststellungen im Anschluss an die kartellrechtliche Untersuchung nicht auf Art. 30 KG gestützt werden können. Zwar finde Art. 25 VwVG, wonach eine in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung erlassen kann, grundsätzlich Anwendung, setze aber ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus, welche konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat. Da es im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zu einer Verurteilung aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kam, könne mangels eines schutzwürdigen Interesses an der isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eine entsprechende Feststellung jedoch auch nicht auf Art. 25 VwVG gestützt werden. Denn laut Bundesverwaltungsgericht kann die Feststellung der Marktbeherrschung für eine bestimmte Periode grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Es sei deshalb ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr müsse das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden. Aus denselben Gründen bedürfe «es auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG nicht einer vorgängigen Feststellung einer Marktbeherrschung».

816. Das Bundesverwaltungsgericht stütze sich bei dieser Entscheidung hauptsächlich auf das Urteil des Bundesgerichts im Fall Mobilfunkterminierung ab.⁴⁰³ Das Bundesgericht vertrat indes keine derart strikte Haltung, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Insbesondere ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Zusammenhang mit dem Fall Mobilfunkterminierung zu lesen, bei welchem es um die Beurteilung eines zum Zeitpunkt des WEKO-Entscheids lange abgeschlossenen und auf damaligen anderen Marktverhältnissen beruhenden Sachverhalts ging. Auch gemäss Bundesgericht ist zur Anwendung von Art. 25 VwVG jedoch erforderlich, dass einerseits ein schutzwürdiges (öffentliches) Feststellungsinteresse vorliegt und andererseits dieses Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann.⁴⁰⁴ Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei, da das strittige Sanktionsverfahren ausdrücklich auf einen festen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begrenzt war, sich die Marktverhältnisse verändert hatten und für die kartellrechtliche Überprüfung der späteren Sachverhalte neue Untersuchungen mit Ermittlung der Marktstellung hätten durchgeführt werden müssen.⁴⁰⁵ Wörtlich führt das Bundesgericht aus, dass in dem damaligen Fall eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG (vgl. dazu RPW 2005 S. 555 f.) nicht in Frage stehe⁴⁰⁶; ohnehin würde sich die Marktbeherrschung für den hier fraglichen Zeitraum nicht ohne weiteres auf spätere Unternehmenszusammenschlüsse auswirken, womit dahingestellt bleiben könne, wieweit insofern überhaupt ein selbständiger Feststellungsentscheid zulässig wäre. Hieraus kann abgeleitet werden, dass das Bundesgericht davon ausgeht, dass eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung dann eine Meldepflicht

⁴⁰² Urteil des BVGer B-7633-2009 vom 14.9.2015, E. 8, *Swisscom AG/WEKO*.

⁴⁰³ BGE 137 II 199 (= RPW 2011/3, 440 ff, *Terminierungspreise Mobilfunk*).

⁴⁰⁴ BGE 137 II 199, 218 f. E. 6.5 f. (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5 f.), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

⁴⁰⁵ BGE 137 II 199, 219 E. 6.5.1 (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5.1.), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

⁴⁰⁶ BGE 137 II 199, 219 f. E. 6.5.2. (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5.2.), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

nach Art. 9 Abs. 4 KG auslöst, wenn die festgestellte Marktbeherrschung sich auch auf zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse auswirkte bzw. auswirken kann. Da aufgrund der Marktverhältnisse und der starken Marktstellung der Post auch in den kommenden Jahren damit zu rechnen ist, dass die festgestellte Marktbeherrschung weiterbesteht, würde sich somit die festgestellte Marktbeherrschung auch auf zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse auswirken, weshalb sich eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG rechtfertigt.

817. Das Bundesgericht stellte jedoch mit Verweis auf einen Entscheid der damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) noch explizit fest, dass im zu beurteilenden Fall insbesondere keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in Frage stand.⁴⁰⁷ Zudem war die REKO/WEF im vom Bundesgericht genannten Entscheid zum Schluss gekommen, «dass unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv etwa dann als zulässig [erscheint], wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtigt, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhält, aber der fusionsrechtlichen Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG unterstellt werden soll».⁴⁰⁸ Die REKO/WEF kam in einem späteren Entscheid ebenfalls zum Ergebnis, dass gestützt auf Art. 25 VwVG «die verfügungsweise Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zulässig ist, wenn im Rahmen der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörde nach Kartellgesetz im Einzelfall ein spezifisches öffentliches Interesse an einer solchen Feststellung auszumachen ist (effektive Erweiterung der Meldepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen vor allem in hoch konzentrierten Märkten, Bedürfnis nach Klärung der Verhaltensspielräume insbesondere bei Märkten mit wenig Tendenz zur Erosion von Marktmacht)».⁴⁰⁹

818. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht eine umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Wie sich aus dem Gesetzestext ergibt, setzt die in dieser Bestimmung statuierte umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse voraus, dass die Wettbewerbsbehörden die marktbeherrschende Stellung in einem kartellrechtlichen Verfahren rechtskräftig festgestellt haben. Gemäss Botschaft KG 1995 soll es die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ermöglichen, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten bzw. auf hochkonzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten sowie gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, die unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG versuchen, wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.⁴¹⁰

819. Es entspricht damit dem Willen des Gesetzgebers, und es kann grundsätzlich in gewissen Fallkonstellationen ein öffentliches schutzwürdiges Interesse an der eigenständigen bzw. separaten Feststellung der Marktbeherrschung eines Unternehmens bestehen, wenn dieses Unternehmen der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll und die Marktbeherrschung über den Zeitpunkt der Verfügung hinweg andauert.

⁴⁰⁸ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 ff., 556 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*, m.w.H.

⁴⁰⁹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2016/3, 708 ff. E. 4.2.3. f.; BSK KG-BILGER (Fn 220), Art. 39 KG N 56.

⁴¹⁰ BBI 1995 I 468, 581.

820. Zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann es zudem keine Rolle spielen, ob sich das marktbeherrschende Unternehmen, welches der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll, im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten hat oder nicht (vgl. Rz 817). Die Unterstellung eines marktbeherrschenden Unternehmens unter die fusionsrechtliche Meldepflicht ist nicht nur angezeigt, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen unzulässig nach Massgabe von Art. 7 KG verhalten hat, sondern auch, falls die Untersuchung im Ergebnis mangels Vorliegens sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG eingestellt wird.⁴¹¹ Zudem kann die separate Feststellung aber gerade auch im Hinblick auf Beschwerdeverfahren notwendig sein. Denn es ist denkbar, dass das Bundesverwaltungsgericht anders als die WEKO eine missbräuchliche Verhaltensweise zwar verneint, jedoch die Marktbeherrschung eines Unternehmens stützt, welche andauert und daher für zukünftige Zusammenschlusskontrollverfahren im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG relevant ist. Da das Bundesverwaltungsgericht in der Regel die Verfügung lediglich aufhebt, würde dies dazu führen, dass die WEKO ihre vom Gesetzgeber vorgesehenen und bei Marktbeherrschung sinnvollen Prüfungsbefugnisse in der Zusammenschlusskontrolle in diesen Fällen nicht ausüben könnte. Dies obwohl die marktbeherrschende Stellung in einem Verfahren umfassend abgeklärt und bewiesen worden ist. Wie erwähnt, kann es nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, aus wettbewerblicher Sicht relevante Zusammenschlüsse nur dann zu prüfen, wenn zusätzlich zur Marktbeherrschung auch ein missbräuchliches Verhalten vorlag und die WEKO eine Sanktion ausgesprochen oder Massnahmen verhängt hat.

821. Für die in Frage stehenden Postmärkte besteht aus den nachfolgenden Gründen ein derartiges öffentliches Interesse an der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung.

822. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Post aktuell eine marktbeherrschende Stellung in mehreren Märkten für nationale adressierte Briefsendungen innehat. Wie dargestellt wurde, ist der Wettbewerb in den Märkten für nationale adressierte Briefsendungen von Geschäftskunden noch gering, und es ist bislang mit Quickmail nur ein Wettbewerber tätig. Da Quickmail bei weitem keinen Umsatz erzielt, der auch nur annähernd eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG auslösen würde, besteht sogar die Möglichkeit, dass die Post Quickmail übernehmen und somit jeglichen Wettbewerb im Markt beseitigen kann, ohne auch nur meldepflichtig zu werden. Diese Möglichkeit besteht aber nicht nur in den hier untersuchten, sondern gerade auch in vor-/nachgelagerten und v. a. benachbarten Märkten, welche durch Art. 9 Abs. 4 KG ebenfalls erfasst werden. Zu denken ist beispielsweise an die Märkte für adressierte Briefsendungen für Privatkunden oder auch an Märkte für internationale Sendungen. Als Beispiele für relevante benachbarte Märkte können auch diejenigen für unadressierte Briefsendungen angeführt werden (vgl. Rz 753). So können Überschneidungen in der Leistungserbringung bei der Zustellung adressierter und unadressierter Sendungen bestehen, hauptsächlich bei der Verteilung. Quickmail arbeitete denn auch in der Vergangenheit mit Partnern zusammen, welche unadressierte Sendungen zustellen (vgl. Rz 752). Die Post hat ihre bereits starke Stellung mit «Promopost» im Bereich der unadressierten Briefsendungen in den letzten Jahren durch Zukäufe kontinuierlich ausgebaut (vgl. auch Rz 753). Dies erfolgte zumindest in einem Fall gemäss Ausführungen von Quickmail zu Lasten ihrer Haushaltsabdeckung. Diese Akquisitionen waren nicht meldepflichtig, da die von der Post übernommenen Unternehmen die Umsatzschwelle nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG jeweils nicht erreichten.

823. Weiter ist zu beachten, dass es gerade Ziel der Deregulierung im Postmarkt ist, Wettbewerb zu schaffen. Dieses Ziel könnte allerdings durch die Post aufgrund der für die aktuellen Wettbewerbsverhältnisse zu hohen Meldeschwellen in Art. 9 Abs. 1 KG konsequent dadurch unterminiert werden, dass noch verbleibende kleinere Zustellunternehmen aufgekauft würden.

⁴¹¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 ff. E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.

In der Vergangenheit hat dies die Post auch entsprechend schon regelmässig getan (vgl. Rz 752 f.).

824. Aufgrund dieser Ausgangslage wurde die Post bereits bei der Untersuchungseröffnung darauf hingewiesen, dass eine marktbeherrschende Stellung unabhängig vom Vorliegen eines Missbrauchs festgestellt werden soll, wenn die Untersuchung eine solche ergeben sollte.

825. Mit Blick auf Sinn und Zweck der umsatzunabhängigen Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ist ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Post auf den Märkten für nationale adressierte Briefsendungen von Vertragskunden gegeben. Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 KG ist daher in der vorliegenden Verfügung die aktuell bestehende marktbeherrschende Stellung der Post für die abgegrenzten Märkte separat im Dispositiv festzustellen.

B.4.2.5.2 Berücksichtigung der Monopolmärkte

826. Entsprechend der vorgenommenen Marktabgrenzung (Rz 722) sind in einem der Märkte (Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden) auch die Briefsendungen unter 50 Gramm enthalten. Es stellt sich somit die Frage, ob die Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG auch für diese Märkte zulässig ist.

827. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Dies ist für die adressierten Briefsendungen unter 50 Gramm der Fall. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeuten vorbehaltene Vorschriften, dass die gesetzlich ausgeschlossenen materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Art. 5, 7 und 9 KG) grundsätzlich nicht anwendbar sind.

828. Dies bedeutet allerdings nicht, dass im Hinblick auf eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG für benachbarte, vor- oder nachgelagerte Märkte, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung automatisch ausgeschlossen ist. Für die Märkte und einzelnen Verhaltensweisen, welche von den vorbehaltenen Vorschriften erfasst sind, sollen die Regeln zur Zusammenschlusskontrolle nicht zur Anwendung kommen, sofern sie überhaupt von Relevanz sind (im Monopolbereich). Die einem Monopolmarkt vor-, nachgelagerten oder benachbarten Märkte sind aber (wie vorliegend) meist keinen vorbehaltenen Vorschriften unterstellt, das heisst, auf diesen Märkten soll Wettbewerb herrschen. So hat der Gesetzgeber der Post zwar das Monopol zur Beförderung von Briefsendungen unter 50 Gramm zur Finanzierung der Grundversorgung eingeräumt, jedoch soll auf benachbarten Märkten – zum Beispiel für adressierte Briefsendungen über 50 Gramm, für Schnellpostbriefsendungen oder für unadressierte Sendungen – Wettbewerb herrschen.

829. Daher können zwar auf Märkten mit vorbehaltenen Vorschriften die materiellen Regeln der Art. 5, 7 und 9 KG nur in dem Umfang wie der Vorbehalt gilt (vorliegend lediglich hinsichtlich der Zustellfähigkeit bis 50g und der damit verbundenen Preissetzung) nicht angewandt werden. Unter den Vorbehalt fällt hingegen die Tätigkeit, andere Unternehmen zu erwerben, gerade nicht. Daher muss es aufgrund des Zwecks des Kartellgesetzes (Art. 1 KG) im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG möglich sein, für diese Märkte eine Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG eigenständig festzustellen, um eine Meldepflicht für benachbarte, vor- oder nachgelagerte Märkte zu begründen. Denn Art. 3 Abs. 1 KG soll den Wettbewerb und das Eingreifen der Wettbewerbsbehörden – insbesondere die Zusammenschlusskontrolle – nur für die von vorbehaltenen Vorschriften erfassten Verhaltensweisen ausschliessen, hingegen nicht für andere Verhaltensweisen. Da bei Vorliegen eines Monopols in einem Markt eine reelle Gefahr der Ausdehnung der Marktmacht in vor- und nachgelagerte sowie benachbarte Märkte auch durch Zusammenschlüsse besteht, muss es möglich sein, gestützt auf Art. 25 VwVG – gegebenenfalls auch in einem eigenen Verfahren – eine marktbeherrschende Stellung auch

für einen Monopolmarkt festzustellen und damit die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu begründen.

830. Daher ist es zulässig und angezeigt, die Marktbeherrschung vorliegend auch für die Märkte für nationale adressierte Briefsendungen unter 50 Gramm festzustellen.

831. Vorliegend ist es aufgrund des reservierten Bereichs unstrittig, dass die Post über ein rechtliches Monopol verfügt und in diesem Bereich als marktbeherrschend einzustufen ist. Auch im nichtreservierten Bereich ist die Post bei Einzelsendungen ohne Weiteres als marktbeherrschend einzustufen, da keine aktuellen Wettbewerber existieren. Auch im Bereich der Massensendungen über 50 Gramm wurde eine marktbeherrschende Stellung der Post festgestellt.

B.4.2.6 Vorbringen der Post

832. Die Post bestreitet, dass vorliegend ein zwingend erforderliches öffentliches Feststellungsinteresse besteht. Zudem interpretiert sie das bereits zitierte Bundesverwaltungsgerichtsurteil dahingehend, dass eine isolierte Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung für spätere Zeiträume nicht möglich sei.

833. Hierzu ist anzumerken, dass es nicht darum geht, für zukünftige Sachverhaltsabklärungen eine marktbeherrschende Stellung bereits heute festzuschreiben. Es ist offensichtlich, dass für zukünftige Untersuchungen und Unternehmenszusammenschlüsse im konkreten Einzelfall die Marktstellung neu zu beurteilen sein wird. Hingegen kann eine Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Hinblick auf eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG durchaus angebracht sein, wenn künftige Zukäufe „unter dem Radar der Fusionskontrolle“ geprüft werden sollen. In der Vergangenheit sind solche Zukäufe durch die Post bereits getätigt worden, ohne dass die WEKO hätte einschreiten können.⁴¹² Zudem lässt sich aus dem Urteil des Bundesgerichts ableiten, dass es davon ausgeht, dass eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung immer dann eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG auslöst, wenn die festgestellte Marktbeherrschung sich auch auf zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse auswirkt.⁴¹³ Dies ist vorliegend der Fall, da die marktbeherrschende Stellung der Post nach wie vor Bestand hat und sich auch nach wie vor auf den Markt auswirkt. Dies bedeutet allerdings auch, dass in einem allfälligen Zusammenschlussvorhaben die Marktstellung erneut zu prüfen ist und hierbei keineswegs lediglich auf die bereits festgestellte marktbeherrschende Stellung abgestellt werden könnte. Die von der Post vorgebrachte Argumentationslogik verfängt daher nicht.

834. Die Post bringt weiter vor, dass der reservierte Dienst gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vom Anwendungsbereich des KG ausgenommen sei. Der Gesetzgeber habe in diesem Bereich den Wettbewerb ausgeschlossen und eine alternative Marktordnung geschaffen, weshalb jegliche Kompetenz der Wettbewerbsbehörden entfalle, Feststellungen über die Stellung der Post auf diesem Markt zu treffen. Weiter stellt die Post eine singuläre Betrachtung an und argumentiert, dass eine Meldepflicht für Unternehmen, die in einem gesetzlich reservierten Bereich tätig

⁴¹² Vgl. Übernahme AWZ-Gruppe: <https://syndicom.ch/aktuell/artikel/uebernahme-zustellgeschaeft-der-awz-gruppe-durch-die-post-die-post-muss-jetzt-mit-syndicom-in-gav-ve/>;
Übernahme Direct Marketing Groupe <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/medien/medienmitteilungen/2012/direct-marketing-post-uebernimmt-verbleibende-anteile-der-dmc-gruppe>;
Übernahme Epsilon SA: <https://www.tamedia.ch/de/gruppe/newsroom/medienmitteilungen/die-post-uebernimmt-verbleibende-anteile-der-epsilon-sa>

⁴¹³ BGE 137 II 199, 219 f. E. 6.5.2. (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5.2), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

sind, vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sei und schliesst fälschlicherweise darauf, dass damit durch die Hintertüre eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG für Monopolbetriebe eingeführt werden soll.

835. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, lediglich vorbehalten. Dies bedeutet, dass sich an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes gemäss Art. 2 KG grundsätzlich nichts ändert. Diese Vorbehalte sind insoweit zu beachten, als dass sie den vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck des Vorbehalts nicht entgegenstehen. Im vorliegenden Fall ist eine Unterstellung von Zusammenschlussvorhaben, welche den nicht reservierten Bereich betreffen, diesem aber vor-, nachgelagert oder benachbart sind, beabsichtigt. Eine solche Unterstellung tangiert die vom Gesetzgeber im Rahmen des PG gemachten Vorbehalte in keiner Weise, weshalb die Unterstellung unter eine Meldepflicht durch die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nicht vom Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG erfasst ist. Die Ausführungen der Post hierzu sind daher unbeachtlich.

B.4.3 Unzulässige Verhaltensweisen

836. 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.⁴¹⁴

837. 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 anderen z.B. vor- bzw. nachgelagerten oder benachbarten Markt materialisiert. 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.⁴¹⁵

838. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen i.S.v. 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 Verbraucher unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.⁴¹⁶

⁴¹⁴ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴¹⁵ BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569.

⁴¹⁶ BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

839. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht⁴¹⁷, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.⁴¹⁸

840. 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.⁴¹⁹ 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.⁴²⁰

841. Wie es das Bundesgericht im Fall „Publigruppe“⁴²¹ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. 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. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.⁴²²

842. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat die Post ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie die Marktgegenseite diskriminiert und hierdurch benachteiligt sowie Unternehmen in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs behindert hat.

B.4.3.1 Diskriminierung von Handelspartnern

843. Es wird nachfolgend geprüft, ob die Post durch die Ausgestaltung und Anwendung ihrer Preissysteme Vertragskunden in unzulässiger Weise ungleich behandelt hat und damit den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt hat.

B.4.3.1.1 Rechtliche Grundlagen

844. Als unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Ge-

⁴¹⁷ Vgl. hierzu BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 39; PETER REINERT, in: Stämpflis 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 (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahn AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission*.

⁴¹⁸ BGE 139 I 72, 103 f. E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigruppe SA et al./WEKO*, m.w.H.

⁴¹⁹ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 570.

⁴²⁰ Vgl. Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, *Produktbündel «Talk & Surf»*.

⁴²¹ BGE 139 I 72 (= RPW 2013/1, 114), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁴²² BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

schäftsbedingungen 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 vorliegen⁴²³:

- (1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Ungleichbehandlung führt;
- (2) diese Ungleichbehandlung betrifft Handelspartner;
- (3) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- (4) die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitime business reasons).

845. **Ungleichbehandlung:** Die Literatur und Praxis unterscheidet zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet,⁴²⁴ und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden⁴²⁵. Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.⁴²⁶ Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.⁴²⁷

846. **Handelspartner:** Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Diskriminierung betroffen sein.⁴²⁸ Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Diskriminierung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.⁴²⁹

847. **Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung:** Zumindest von einem Teil der Literatur wird zudem gefordert, dass sich eine Diskriminierung im Markt auswirkt und zu einem Wettbewerbsnachteil bei den betroffenen Handelspartnern führt.⁴³⁰ Die Notwendigkeit eines solchen Nachteils kann aus Art. 7 Abs. 1 KG abgeleitet werden, wonach gefordert wird, dass durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite

⁴²³ Vgl. RPW 2014/4, 688 f. Rz 138, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 73, *Erdgas Zentralschweiz AG (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG)*; RPW 2011/1, 178 Rz 485, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁴²⁴ vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁴²⁵ vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 244, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁴²⁶ MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 206.

⁴²⁷ RPW 2014/4, 689 Rz 139, *Preispolitik SDA*; RPW 2012/3, 467 Rz 74, *Erdgas Zentralschweiz AG (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG)*.

⁴²⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 215.

⁴²⁹ BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 689 Rz 141, *Preispolitik SDA*.

⁴³⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 216.

benachteiligt wird. Diese Haltung entspricht auch der bisherigen Praxis der WEKO und der REKO/WEF.⁴³¹ Mit Blick auf die wettbewerbsbehindernden Aspekte des Tatbestands der Diskriminierung von Handelspartnern führt das Bundesgericht im Fall «Publigroupe» aus, dass Diskriminierung zunächst eine sachwidrige Benachteiligung der Handelspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens darstelle, ohne dass diesen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit werde deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gesehen werde. Allerdings dürfe nicht vergessen werden, dass diskriminierende Bedingungen neben der Benachteiligung der einen stets auch eine Begünstigung der anderen Gruppe von Handelspartnern bewirkten. Damit liesse sich deren Interesse für Angebote von (aktuellen und potenziellen) Wettbewerbern gezielt ausschalten, was zusätzlich eine Behinderung des Wettbewerbs auf der Wirtschaftsstufe des marktbeherrschenden Unternehmens darstelle. Insofern sei nicht unbedingt eine Beeinträchtigung der «second level competition» – d. h. des Wettbewerbs auf vor- oder nachgelagerten Märkten – erforderlich, um diskriminierende Preise und Geschäftsbedingungen als missbräuchlich erscheinen zu lassen.⁴³²

848. **Rechtfertigungsgründe:** Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons⁴³³) gerechtfertigt sein. Dabei kann zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen und Effizienzgründen unterschieden werden.⁴³⁴ Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.⁴³⁵

849. Als objektive Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»⁴³⁶) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.⁴³⁷ Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde.⁴³⁸ Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob der betroffene Handelspartner im Wettbewerb mit Dritten in unbilliger, das heisst in sachlich nicht gerechtfertigter Weise, benachteiligt wird.⁴³⁹

850. Als Rechtfertigungsgründe kommen weiter auch Effizienzgründe in Frage.⁴⁴⁰ Dabei können gegebenenfalls die Kriterien von Art. 5 Abs. 2 KG analog herangezogen werden.

⁴³¹ Vgl. RPW 2005/3, 505 E. 5.4.1, *Swisscom AG Swisscom Fixnet AG/WEKO*; RPW 2008/3, 385 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2009/3, 166 f. Rz 322 ff., *Preispolitik ADSL*.

⁴³² BGE 139 I 72, 105 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2) m. w. H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴³³ Vgl. oben, Rz 841.

⁴³⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 65 ff.

⁴³⁵ Vgl. RPW 2011/1, 165 Rz 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁴³⁶ Vgl. BOTSCHAFT 95, BBI 1995 I 468, 569.

⁴³⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Abl. C 45 vom 24.2.2009 S. 7 ff., Rz 28 ff., nachfolgend «Prioritäten-Mitteilung».

⁴³⁸ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahn AG*; vgl. auch RPW 2008/4, 579 Rz 174 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁴³⁹ BBI 1995 468, 572.

⁴⁴⁰ Vgl. RPW 2004/3, 798 ff., Rz 69 ff., *Ticketcorner*; Prioritäten-Mitteilung (Fn 437), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 63 ff.

851. Eine sachliche Rechtfertigung kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternative Verhaltensweise zur Verfügung stand, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätte („Gebot der Unerlässlichkeit“).⁴⁴¹

B.4.3.1.2 Relevante Lehre und Praxis

852. Während die Tatbestandsmerkmale der Betroffenheit von Handelspartnern weitgehend als klar erscheint, werden die Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung, der Behinderung von Wettbewerbern bzw. der Benachteiligung der Marktgegenseite sowie zulässige Rechtfertigungsgründe für eine Diskriminierung in Lehre und Praxis unterschiedlich behandelt. Hierbei besteht in der Lehre insbesondere Uneinigkeit, ob sich der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG sowohl auf die Behinderung von Wettbewerbern (primary-line discrimination) als auch auf die Benachteiligung der Marktgegenseite (secondary-line discrimination) im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG bezieht. Hinsichtlich der Realisierung einer Benachteiligung der Marktgegenseite stellt sich zudem die Frage des Umfangs und des Nachweises einer möglichen oder tatsächlichen Benachteiligung.

a. Lehre in der Schweiz

853. AMSTUTZ/CARRON vertreten die Auffassung, dass der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG nur auf die Diskriminierung von Handelspartnern auf nachgelagerten Märkten, ohne dass letztere vom Marktbeherrscher konkurrenziert werden, anwendbar ist.⁴⁴² Deshalb setze gemäss dieser vertretenen Auffassung ein auf Art. 7 Abs. 2 lit. b KG gestütztes Verbot immer eine Schädigung der Konsumentenwohlfaht voraus.⁴⁴³ Aus der Tatsache, dass im Zentrum der Diskriminierung von Konkurrenten im Grunde nicht die Ungleichbehandlung steht, da sie lediglich ein Vehikel darstelle, um einen Verdrängungseffekt zu erzielen, schliessen sie, dass eine so genannte «primary-line discrimination»⁴⁴⁴ grundsätzlich kein Fall von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG ist, sondern immer nach den Regeln zu behandeln ist, die auf den mit diesem Verhalten realisierten Verdrängungstypus Anwendung findet. E contrario schliessen die Autoren, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b KG ausschliesslich auf die Ungleichbehandlung von Kunden des Marktbeherrschers anwendbar ist, wobei derjenige Kunde, der in einer vergleichbaren Situation einen höheren Preis zu entrichten hat oder schlechtere Geschäftsbedingungen erhält, einen wettbewerblichen Nachteil gegenüber dem anderen Kunden hat.⁴⁴⁵

854. CLERC/KËLLEZI sehen sowohl die «primary-line discrimination» als auch die «secondary-line discrimination» als Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG an⁴⁴⁶, wobei eine «primary-line discrimination» auch weitere Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG (wie z.B. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) erfüllen kann.⁴⁴⁷ Weiter ist gemäss den Autorinnen für das Vorliegen eines

⁴⁴¹ RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409 m. w. H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁴⁴² MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 155.

⁴⁴³ BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 442), Art. 7 KG N 156.

⁴⁴⁴ Primary-line discrimination wird umschrieben als die Diskriminierung von Konkurrenten des Marktbeherrschers, BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 442), Art. 7 KG N 201 ff.

⁴⁴⁵ BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 442), Art. 7 KG N 204.

⁴⁴⁶ EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. Z II KG N 93.

⁴⁴⁷ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 446), Art. 7 II KG N 94.

Verstosses gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG das kumulative Vorliegen einer direkten oder indirekten Diskriminierung von Handelspartnern, eine daraus folgende Einschränkung des Wettbewerbs (oder eine Benachteiligung der Marktgegenseite) im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG sowie die Abwesenheit von legitimen Rechtfertigungsgründen erforderlich.⁴⁴⁸

855. Hinsichtlich des von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG geforderten Ausmasses des Wettbewerbsnachteils bei diskriminierendem Verhalten gegenüber Handelspartnern (insb. Kunden) ist sich die Lehre gemäss AMSTUTZ/CARRON uneins.⁴⁴⁹ Im Zentrum der Frage steht daher, ob zur Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG eine wettbewerbsschädigende Wirkung nachgewiesen werden muss, oder ob eine solche bereits per se durch ein diskriminierendes Verhalten vorliegt.⁴⁵⁰ In diesem Spannungsfeld sehen AMSTUTZ/CARRON betreffend das Vorliegen eines Verstosses gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG drei denkbare Positionen:⁴⁵¹

1. Es muss eine Diskriminierung eines Handelspartners vorliegen, die dazu führt, dass er einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu seinen Konkurrenten erleidet. Demnach ist Art. 7 Abs. 2 lit. b KG nur dann einschlägig, wenn die betroffenen Handelspartner untereinander in Wettbewerb stehen.
2. Es muss eine Diskriminierung eines Handelspartners vorliegen, wobei auf das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils aus den konkreten Umständen, wie sie sich auf den von der Diskriminierung betroffenen Märkten vorfinden lässt, gefolgert werden kann. *«Beispielsweise hat das Vorliegen einer gravierenden (Kaufpreis-)Diskriminierung in Verbindung mit Vertragsklauseln, die Arbitrage auf dem entsprechenden Markt effektiv ausschlossen, die europäischen Wettbewerbsbehörden dazu verleitet, auf das Vorhandensein eines Wettbewerbsnachteils zu erkennen.»*
3. Das Vorliegen einer Diskriminierung führt quasi automatisch zu einem Wettbewerbsnachteil.

856. AMSTUTZ/CARRON verzichten allerdings auf den Bezug einer Stellung zugunsten der einen oder anderen Position und schlagen vor, mit einem offenen Rahmen zu arbeiten, der auf den folgenden Leitsätzen beruht:⁴⁵² (1) Da es keine allgemeingültige ökonomische Erklärung gebe, die es erlauben würde, vom Vorliegen einer Diskriminierung automatisch auf das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils bei einem oder mehreren betroffenen Handelspartnern zu schliessen, sei das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils im konkreten Einzelfall darzutun. (2) Art. 7 Abs. 2 lit. b KG gründe – der allgemeinen Regel entsprechend – auf der Existenz eines Kausalzusammenhangs zwischen der Diskriminierung und dem Wettbewerbsnachteil. Ein solcher könne nur bestehen, wenn die betroffenen Geschäftspartner untereinander in Wettbewerb stehen würden und sich der von einigen unter ihnen erlittene Nachteil spürbar auf ihre Wettbewerbsfaktoren niederschlage. Hierbei sei die Prüfung von Rechtfertigungsgründen nicht mit der Nachteilsprüfung substituierbar, da letztere nur die ökonomischen Einbussen, die ein Handelspartner erfahre, messe, aber nicht festlege, ob dieser (individuelle) Nachteil den wirksamen Wettbewerb bzw. die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtige. Nur die Analyse der objektiven Rechtfertigungsgründe könne diese Funktion erfüllen.

⁴⁴⁸ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 446), Art. 7 II KG N 89.

⁴⁴⁹ BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 442), Art. 7 KG N 216 f.

⁴⁵⁰ BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 442), Art. 7 KG N 217.

⁴⁵¹ BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 442), Art. 7 KG N 218.

⁴⁵² BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 442), Art. 7 KG N 219.

857. CLERC/KËLLEZI kommen zum Schluss, dass derjenige Handelspartner, der von einer diskriminierenden Praxis betroffen sei, notwendigerweise einen Wettbewerbsnachteil gegenüber seinen Wettbewerbern erleide.⁴⁵³ «La condition relative au désavantage des partenaires commerciaux prévue par l'art. 7 I LCart est considérée comme satisfaite sans autre examen».⁴⁵⁴ Hierbei beziehe sich der Nachteil der Handelspartner auf einen Wettbewerbsnachteil, den diese erleiden; wenn ein solcher Nachteil nicht notwendigerweise gegeben ist, muss sich die Wettbewerbsanalyse auf den Mechanismus stützen, der einen solchen Wettbewerbsnachteil hervorbringen kann und das Risiko, dass hieraus eine Wettbewerbsverzerrung resultieren kann: der wirksame Wettbewerb müsse hierbei in signifikanter Weise behindert sein.⁴⁵⁵ Zuerst müssten sich die diskriminierten Handelspartner mit einer Gruppe von Handelspartnern, gegenüber welchen sie in ungleicher Weise behandelt würden, in einer Wettbewerbssituation befinden. Zudem müsse der hierdurch entstandene Nachteil substantiell sein: wenn beispielsweise die Preisdifferenz, die der benachteiligte Handelspartner zu tragen hat, nur einen geringen Teil seiner Kosten ausmache, erleide er nach Auffassung von CLERC/KËLLEZI keinen Wettbewerbsnachteil im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.⁴⁵⁶

858. BORER sieht für ein marktbeherrschendes Unternehmen keine formale Gleichbehandlungspflicht gegenüber Marktpartnern, sondern es könnten sich durchaus ökonomisch vernünftige Gründe ergeben, welche die unterschiedliche Behandlung der Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens rechtfertigen könnten.⁴⁵⁷ Darunter würden nicht nur betriebswirtschaftliche, sondern auch strategische Gründe fallen, die beispielsweise darauf abzielen würden, mittels Preisdifferenzierung einen neuen Markt zu erschliessen oder die Marktstrukturen auf einem bestehenden Markt aufzuweichen. Er geht hingegen davon aus, dass Preisdifferenzierungen durch Rabattsysteme, die nicht besondere wirtschaftliche Leistungen des Abnehmers (im Wesentlichen geht es dabei um Mengen) durch den Rabatt abgelten, unzulässig sind.⁴⁵⁸ So seien Rabatte, die ein Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt bevorzugen, unzulässig, wenn die Auslöseschwellen der verschiedenen Rabattstufen verbunden mit den Rabattsätzen dazu führten, dass der Vorteil des Rabatts oder des höheren Rabattsatzes gewissen Marktpartnern vorbehalten werden, so dass ihnen ein nicht durch eine entsprechende Kostensenkung gerechtfertigter Vorteil zukomme.⁴⁵⁹ Unter diesem Blickwinkel sind gemäss BORER insbesondere Treuerabatte, aber unter bestimmten Umständen auch Jahresumsatzrabatt und Zielrabatte als kartellrechtlich bedenklich anzusehen.⁴⁶⁰ Allen drei Systemen sei in der Regel gemeinsam, dass sie zum Vorteil des marktbeherrschenden Unternehmens gewisse Sogwirkungen erzeugten, welche die Abnehmer dazu bewegen würden, ihren gesamten Bedarf beim marktbeherrschenden Unternehmen einzudecken. Auch wenn aus der Sicht des Abnehmers ein derartiges Rabattsystem nicht ohne Weiteres negativ beur-

⁴⁵³ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 446), Art. 7 II KG N 98 mit Verweis auf den WEKO-Entscheid RPW 2007/2 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* (vgl. nachfolgend Fn 463).

⁴⁵⁴ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 446), Art. 7 II KG N 98 mit Verweis auf den WEKO-Entscheid RPW 2007/2 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* (vgl. nachfolgend Fn 463).

⁴⁵⁵ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 446), Art. 7 II KG N 98.

⁴⁵⁶ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 446), Art. 7 II KG N 98.

⁴⁵⁷ JÜRIG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 16.

⁴⁵⁸ JÜRIG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17.

⁴⁵⁹ JÜRIG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17 mit Verweis auf RPW 2004/2 439 f., *Swisscom ADSL* und RPW 1998/4, 676, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*.

⁴⁶⁰ JÜRIG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17 mit Verweis auf RPW 1998/4, 676, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*.

teilt würde, sei nicht zu übersehen, dass damit insbesondere aktuelle oder potentielle Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens behindert würden. Gemäss BORER sind qualitative Rabatte wie Treuerabatte zulässig, sofern damit echte Leistungen honoriert werden und die Möglichkeit nicht eingeschränkt wird, Konkurrenzprodukte zu führen. Quantitative, an Mengen orientierte Rabatte liessen sich wettbewerblich dann nicht beanstanden, wenn sie durch das Tätigkeitsvolumen des Unternehmens oder durch Skalenerträge gerechtfertigt werden könnten. Immer sei bei der Ausgestaltung des Rabattsystems, insbesondere bei der Festlegung der Rabattstufen auf Transparenz und die Nichtdiskriminierung der verschiedenen Abnehmer zu achten.⁴⁶¹

b. Praxis in der Schweiz

859. In der Praxis der WEKO wurde in der Untersuchung «ErfahrungsMedizinisches Register (EMR): Eskamed AG» aufgrund des Tatbestands der Diskriminierung ein Verstoss gegen Art. 7 KG festgestellt.⁴⁶² Hierbei wurden die Eintragsbedingungen für Erwerbstätige in Heilberufen in das für die Abrechnung gegenüber Krankenkassen von Eskamed AG betriebene Register auf ihren diskriminierenden Charakter untersucht. Da eine Nichteintragung einen Ausschluss der Abrechnungsmöglichkeiten bei den Krankenkassen nach sich zog, zogen die festgestellten Diskriminierungen automatisch einen Wettbewerbsnachteil der nicht eingetragenen Personen gegenüber den eingetragenen Personen nach sich.

860. Im Fall «Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern» zielte die von Publigroupe praktizierte Diskriminierung durch vereinzelte Einräumung von Exklusivrabatten darauf ab, bestimmte Werbevermittler von der Kommissionierung auszuschliessen, weshalb diese bereits aus sachlichen Gründen einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu anderen Werbevermittlern erlitten.⁴⁶³

861. Die Untersuchung «Publikationen von Arzneimittelinformationen» hatte die Diskriminierung von Kunden der Documed AG (nachfolgend: Documed) bei Preisen für die Publikation von Arzneimittelinformationen zum Gegenstand.⁴⁶⁴ Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung kam die WEKO zum Schluss, dass die Besserstellung von Pharmaunternehmen der Produktgruppe 6 (Grosskunden), da ihnen zusätzliche Verhandlungsmöglichkeiten eingeräumt wurden, diskriminierend sei.⁴⁶⁵ Zudem hatte Documed Pharmaunternehmen, deren Arzneimittelinformationstext unverändert aus dem Vorjahr übernommen wurde, denselben Preis verrechnet wie denjenigen Pharmaunternehmen, deren Arzneimittelinformationstext angepasst werden musste, wodurch letztere gegenüber ersteren diskriminiert wurden.⁴⁶⁶ Nicht geprüft wurde hingegen, ob den Wettbewerbern untereinander ein Nachteil entstanden ist, der über denjenigen, der aus der Ungleichbehandlung resultiert, hinausgeht. Die WEKO hatte in diesem Fall zusätzlich geprüft, ob Documed unangemessene Preise erzwungen hat (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG), unzulässige Kopplungsgeschäfte getätigt hat (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) oder unzulässigerweise Geschäftsbeziehungen verweigert hat (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) und ist zum Schluss gekommen, dass keines der weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sei.⁴⁶⁷ Documed AG wurde daher im Rahmen der einvernehmlichen Regelung basierend auf einen Verstoss gemäss Art.

⁴⁶¹ JÜRIG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17.

⁴⁶² RPW 2004/2, 449, *ErfahrungsMedizines Register (EMR): Eskamed AG*.

⁴⁶³ RPW 2007/2, 218 Rz 196, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; BGE 139 I 72 B.c sowie E. 10.

⁴⁶⁴ RPW 2008/3, 399 Rz 143 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁴⁶⁵ RPW 2008/3, 400 Rz 148, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁴⁶⁶ RPW 2008/3, 401 Rz 165 sowie 402 Rz 170, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁴⁶⁷ RPW 2008/3, 402 Rz 172 bis 406 Rz 214, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

7 Abs. 2 lit. b KG eine Verwaltungssanktion auferlegt. Hierbei wurde nicht geprüft, ob ein Nachteil vorliegt, der über denjenigen hinausgeht, der einer diskriminierenden Ungleichbehandlung von Handelspartnern inhärent ist.

862. In der Untersuchung «Preispolitik Swisscom ADSL» wurde die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere zum Nachteil von Wettbewerbern, die auch Nachfrager nach Vorleistungsprodukten waren, von der WEKO als Preisdiskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG qualifiziert.⁴⁶⁸ Da aufgrund der zu geringen Preisdifferenz zwischen Vorleistungspreis und Endkundenpreis für Nachfrager von Vorleistungsprodukten keine ausreichende Marge bestand, war die wettbewerbsbehindernde Wirkung der Diskriminierung, welche diese gegenüber dem integrierten Unternehmen Swisscom zu erleiden hatten, offensichtlich.⁴⁶⁹ Allerdings handelte es sich hierbei um eine «primary-line-discrimination». Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Sachverhalt allerdings als eigenständigen Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 1 KG qualifiziert, ohne die Tatbestandsmerkmale der Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG zu prüfen.⁴⁷⁰ Das Verfahren ist derzeit noch vor Bundesgericht hängig.

863. In einem weiteren Fall untersuchte die WEKO die Gewährung von Exklusivitätsrabatten durch die Schweizerische Depeschen Agentur (nachfolgend: SDA), welche darauf ausgerichtet waren, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen bzw. den Marktzugang zu erschweren.⁴⁷¹ Die WEKO erkannte in dem Rabattsystem der SDA einen Treuerabatt, den sie als wettbewerbswidrig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 lit. b und e KG qualifizierte.⁴⁷² Hinsichtlich der wettbewerbsbehindernden Wirkung stellte die WEKO fest, dass die SDA Exklusivitätsrabatte als Mittel zur Behinderung ihrer Konkurrentin AP Schweiz eingesetzt hatte.⁴⁷³ Zudem hatte SDA grösseren Medienunternehmen bzw. Mediengruppen einen Gesamtumsatzrabatt in Höhe von einem Prozentpunkt je Million Franken Umsatz eingeräumt.⁴⁷⁴ Dies führte dahingehend zu einer Ungleichbehandlung, dass vergleichbare Medientitel für den Bezug derselben SDA- und Si-Dienste unterschiedliche Preise bezahlten, je nachdem, ob sie Teil einer Mediengruppe mit einem entsprechend hohen Einkaufsvolumen waren oder nicht.⁴⁷⁵ Da die Medienunternehmen untereinander in Wettbewerb standen und ihnen aufgrund der unterschiedlichen Preise, die sie für die Dienste zu entrichten hatten, weniger finanzielle Mittel zur Verfügung standen, hat die WEKO auf eine Wettbewerbsbehinderung geschlossen.⁴⁷⁶ Da allerdings insgesamt die Kosteneinsparungen bei unterschiedlichen Vertragstypen (Pauschal- bzw. Globalverträge sowie Rahmenverträge) unterschiedlich sein dürften, hat die WEKO dieses Verhalten als möglicherweise problematisch im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG erachtet.⁴⁷⁷ Als weitere kartellrechtlich problematische Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG hat die WEKO die Verweigerung der Web-Nutzung des Basisdienstes (sda-Basic für Online) gegenüber reinen Online-Newsportalen im Vergleich zu Online-Newsportalen von Printmedien, Radios und TV-Sendern klassifiziert.⁴⁷⁸ Da die reinen

⁴⁶⁸ RPW 2010/1, 146 Rz 200 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴⁶⁹ RPW 2010/1, 149 Rz 223 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴⁷⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. September 2015 in Sachen B-7633/2009 Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL, Rz 441 ff.

⁴⁷¹ RPW 2014/4, 684 Rz 105 ff. insb. 109, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁴⁷² RPW 2014/4, 687 Rz 128, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁴⁷³ RPW 2014/4, 689 Rz 145, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁴⁷⁴ RPW 2014/4, 690 Rz 153, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁴⁷⁵ RPW 2014/4, 692 Rz 162, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁴⁷⁶ RPW 2014/4, 692 Rz 165, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁴⁷⁷ RPW 2014/4, 693 Rz 173, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁴⁷⁸ RPW 2014/4, 696 Rz 192, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

Online-Newsportale vom Bezug ausgeschlossen worden waren, ist die Behinderung der Verhaltensweise bereits inhärent.

864. In der Untersuchung «Swisscom WAN-Anbindung» hat die WEKO Swisscom unter anderem wegen Verstosses gegen Art. 7 Abs. 2 lit. b KG eine Verwaltungssanktion auferlegt.⁴⁷⁹ Swisscom hatte im Rahmen einer Ausschreibung Wettbewerber, welche auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen waren im Preis unterboten und hierbei eine Kosten-Preis-Schere angewendet.⁴⁸⁰ Gleichzeitig hat Swisscom für regulierte und kommerzielle Vorleistungsprodukte mittels welchen identische Endkundenleistungen erbracht werden konnten, massiv unterschiedliche Preise verlangt, so dass die Vorleistungskosten für Fernmeldedienstleister, die kommerzielle Vorleistungsprodukte beziehen mussten, ein Vielfaches der Vorleistungskosten basierend auf den regulierten Vorleistungsprodukten ausmachten.⁴⁸¹ Aufgrund der gleichzeitig realisierten Kosten-Preis-Schere ist der von Swisscom durch ihr Verhalten realisierten Diskriminierung eine Behinderung der Wettbewerber bereits inhärent.

865. In der Untersuchung «Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen» hat die WEKO festgestellt, dass Zulassungsinhaber bei Documed/e-mediat aufgrund von Änderungen der Arzneimittelinformationen bzw. einer Neuaufnahme einen identischen Preis zu bezahlen haben, unabhängig davon, ob hierfür ein Arbeitsaufwand entstanden ist oder nicht. Dieses Verhalten wurde als indirekte Diskriminierung qualifiziert.⁴⁸² Hinsichtlich der Prüfung einer Wettbewerbsbehinderung hat die WEKO den Nachweis einer solchen Diskriminierung als nicht erbracht angesehen. Auch wenn mehrere Zulassungsinhaberinnen (z.B. 3M, Hoffmann La Roche, Doetsch Grether, Vifor International AG, IVF Hartmann, Beiersdorf, Armeeapotheke, Sérolab) nur Medikamente vermarkten, die seit Jahren zugelassen worden sind, hat die WEKO eine konkrete Beweisführung betreffend diesen Umstand während der Untersuchung nicht erbracht.⁴⁸³ Daher hat die WEKO von einer Verurteilung in diesem Punkt gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. b KG abgesehen.⁴⁸⁴

866. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass in Praxis der WEKO sowohl eine «primary-line-discrimination» (vgl. Rz 862, 864) als auch eine «secondary-line-discrimination» (vgl. Rz 859, 860, 861, 863, 865) Gegenstand von Untersuchungen war. Hinsichtlich der Schwere der wettbewerbsbehindernden Wirkung hat die WEKO in der Untersuchung «Publikation von Arzneimittelinformationen» alleine aufgrund der Preisunterschiede, die Wettbewerber von Documed zu entrichten hatten, auf einen Verstoss im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG geschlossen (vgl. Rz 861). Hingegen hat die WEKO in der Untersuchung «Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen» den Nachweis einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG als nicht erbracht angesehen.

c. Lehre in der EU

867. In der Literatur zum Europäischen Wettbewerbsrecht wird festgehalten, dass im Gesetzestext von Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass ein Miss-

⁴⁷⁹ RPW 2016/1, 217 Rz 622, *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁴⁸⁰ RPW 2016/1, 200 Rz 500 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁴⁸¹ RPW 2016/1, 195 Rz 459 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

⁴⁸² Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Rz 443.

⁴⁸³ Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Rz 453.

⁴⁸⁴ Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Rz 455.

brauch vorliegen kann, wenn unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern zur Anwendung gelangen, wodurch diese [Handelspartner] im Wettbewerb benachteiligt werden.⁴⁸⁵ Damit verbietet Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV die Diskriminierung nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihrer tatsächlichen oder voraussichtlichen Folgen.⁴⁸⁶ Die Ungleichbehandlung muss Handelspartner im Wettbewerb benachteiligen, was voraussetzt, dass sie aktuelle oder potentielle Konkurrenten sind.

868. Hinsichtlich der Auswirkungen ist sich die Lehre uneinig. So hat gemäss VAN BAEL/BELLIS trotz des klaren Wortlauts bei Fällen, in welchen ein marktbeherrschendes Unternehmen eine diskriminierende Praxis angewendet hat, der Nachweis eines konkreten Wettbewerbsnachteils kaum Bedeutung erlangt.⁴⁸⁷ Gemäss dem Fall *Irish Sugar plc v. Commission* ist ihrer Meinung nach ein Kunde eines marktbeherrschenden Unternehmens bereits dann gegenüber anderen Kunden im Wettbewerb benachteiligt, wenn er in ungerechtfertigter Weise einen höheren Preis zu entrichten hat und damit diskriminiert wird.⁴⁸⁸

869. SCHRÖTER/BARTEL hingegen vertreten die Meinung, dass für die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes die mit der Diskriminierung einhergehende Schädigung des betroffenen Handelspartners nicht ausreicht.⁴⁸⁹ Diese muss sich ausserdem in einer Verschlechterung der Marktposition des benachteiligten Unternehmens niederschlagen, womit notwendigerweise eine zumindest tendenzielle Verbesserung der Marktposition der begünstigten Handelspartner verbunden ist, so dass sich aus der Diskriminierung unausweichlich auch eine Verfälschung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt ergibt. Dennoch müssen die zugefügten Wettbewerbsnachteile weder schwerwiegend noch dauerhaft sein, auch müssen sich dadurch die Marktverhältnisse nicht spürbar ändern. Gemäss SCHRÖTER/BARTEL war die Praxis der Kommission, die Benachteiligung im Wettbewerb nicht näher zu begründen, nicht zu beanstanden, da sich eine solche in aller Regel ohne weiteres aus der Diskriminierung ergeben habe. Die Rechtsprechung habe gemäss den Autoren in Sachen *British Airways* und *Clearstream* allerdings klargestellt, dass sie das Merkmal der Benachteiligung im Wettbewerb sehr wohl eigenständig prüfen werde.

870. Hinsichtlich Behinderungsmissbrauch im Rahmen von Art. 102 AEUV stellen gemäss FUCHS/MÖSCHEL der EuGH darauf ab, ob der Rabatt eine besondere Leistung des Abnehmers vergütet oder andere Hintergründe hat und damit den Wettbewerb verfälscht.⁴⁹⁰ Insbesondere sei zu prüfen, ob das Rabattsystem darauf abzielt, die Wahlmöglichkeiten des Abnehmers zu beseitigen oder zu verringern, Marktzutrittsschranken für die Konkurrenten aufzubauen, sich als Mittel der Diskriminierung eignet oder dazu dienen kann, die beherrschende Stellung abzusichern. Mit welcher wirtschaftlichen Gestaltung dieses Ziel im einzelfall erreicht wird, ist gemäss den Autoren ohne Belang.

d. Praxis in der EU

⁴⁸⁵ IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4. Aufl. 2005, S. 914.

⁴⁸⁶ HELMUTH SCHRÖTER/ULRICH BARTEL, in *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Schröter, Jakob, Klotz, Mederer (Hrsg.), 2. Auflage, 2014, Art. 102 N 248.

⁴⁸⁷ IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS (Fn 485), S. 917.

⁴⁸⁸ IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS (Fn 485), S. 917.

⁴⁸⁹ SCHRÖTER/BARTEL (Fn 486) Art. 102 N 249

⁴⁹⁰ ANDREAS FUCHS/WERNHARD MÖSCHEL, in *Wettbewerbsrecht, Kommentar Band I*, Immenga, Mestmäcker (Hrsg.) 2012, Art. 102 N 250.

Aéroports de Paris vs. Kommission

871. Aéroports de Paris (nachfolgend: ADP) ist Betreiber der Flughäfen Orly und Roissy-Charles de Gaulle.⁴⁹¹ ADP schloss mit der Gesellschaft Alpha Flight Services (nachfolgend: AFS) einen Dienstleistungsvertrag für Bordverpflegung ab, welcher eine durchschnittliche prozentuale Abgabe auf den Umsatz von AFS, die Errichtung eines neuen Gebäudes und den Rückkauf von Gebäuden vorsah.⁴⁹² Der Vertrag war auf 25 Jahre ab 1. Februar 1990 befristet. ADP erteilte später dem Dienstleister Orly Air Traiteur (nachfolgend: OAT) eine ebenfalls auf 25 Jahre befristete Konzession, mit der OAT gestattet wurde, auf dem Flughafen Orly Bordverpflegungsdienstleistungen zu erbringen und auf dem Gelände des Flughafens Immobilien zu nutzen. Das von OAT zu bezahlende Entgelt bestand aus einer Jahresnutzungsabgabe für die Nutzung des Grundstücks sowie einer Umsatzabgabe für die gestattete Tätigkeit. Die Umsatzabgabe setzte sich wie folgt zusammen: Eine prozentuale Abgabe des Gesamtumsatzes mit dem Staatsunternehmen Air France und den zur Gruppe Air France gehörenden Tochtergesellschaften Air Charter und Air Inter sowie einem prozentualen Gesamtumsatz mit anderen Luftverkehrsunternehmen. Da sich die von OAT und AFS zu entrichteten Abgaben unterschieden, reichte AFS bei der Kommission eine Beschwerde gegen ADP wegen diskriminierenden Abgaben im Sinne von Art. 86 EG-Vertrag ein.⁴⁹³ Die Kommission kam in der Folge zum Schluss, dass ADP unter Verstoss gegen Art. 86 EG-Vertrag ihre beherrschende Stellung als Betreiberin der Pariser Flughäfen missbraucht habe, indem sie den Dienstleistern oder Flughafenutzern, die in der Bodenabfertigung für Dritte oder in der Selbstabfertigung tätig sind und Bordverpflegungsdienste, Reinigungsdienste oder Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen Orly und Rossy-Charles de Gaulle anbieten, Umsatzabgaben in unterschiedlicher Höhe abverlangt hat.⁴⁹⁴

872. Der EuGH kam zum Schluss dass Art. 86 Abs. 2 Bst. c EG-Vertrag einem Unternehmen, das auf dem gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben über eine beherrschende Stellung verfügt, die „Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“, verbiete.⁴⁹⁵ Der EuGH hat bestätigt, dass das vorinstanzliche Gericht zutreffend entschieden habe, dass der für Selbstversorgung erhobene Abgabensatz von Null oder von sehr geringer Höhe es zu den beiden Versorgungsarten zugelassenen Dienstleistern ermögliche, ihre Investitionen zu amortisieren und damit Leistungen der Drittversorgung zu günstigeren Konditionen anzubieten.⁴⁹⁶ Der Abgabensatz von Null oder von sehr geringer Höhe könne bestimmte Luftverkehrsunternehmen ausserdem dazu veranlassen, anstelle der Versorgung durch Dritte die Selbstversorgung zu wählen.

873. Mit diesem Urteil hat der EuGH eine reine „secondary-line-discrimination“ entsprechend dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 Bst. c EG-Vertrag für wettbewerbsrechtlich unzulässig befunden, wobei vorliegend ADP nicht sanktioniert wurde.

⁴⁹¹ Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9337 Rz 2.

⁴⁹² Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9337 ff. Rz 6 ff.

⁴⁹³ Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9340 Rz 14.

⁴⁹⁴ Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9341 f. Rz 17.

⁴⁹⁵ Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9372 Rz 114.

⁴⁹⁶ Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9372 Rz 116.

Tetra Pak SA vs. Kommission

874. Tetra Pak SA (nachfolgend: Tetra Pak) stellte Verpackungen für flüssige Nahrungsmittel her und verfügte in den 80er Jahren über eine marktbeherrschende Stellung.⁴⁹⁷ Die Kommission stellte in ihrer Untersuchung fest, dass zwischen den Mitgliedstaaten diskriminierende Unterschiede bei den Preisen für Maschinen und bei den Preisen für Kartons beobachtet worden seien, wobei die Unterschiede im Verhältnis zwischen Italien und den übrigen Mitgliedstaaten besonders auffällig gewesen seien.⁴⁹⁸ Das Gericht hielt fest, dass die Anwendung diskriminierender Preise gegenüber in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Abnehmern durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung gemäss Art. 86 lit. c EWG-Vertrag verboten sei, da Art. 86 lit. c EWG-Vertrag gerade den Missbrauch durch die „Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“, behandle.⁴⁹⁹ Art. 86 hindere beherrschende Unternehmen nicht daran, unterschiedliche Preise in einzelnen Mitgliedstaaten festzusetzen, wenn die Preisunterschiede durch Unterschiede in den Absatzbedingungen und durch die Intensität des Wettbewerbs gerechtfertigt seien. Damit werde aber lediglich das Recht eines beherrschenden Unternehmens anerkannt, seine Geschäftsinteressen in einem vernünftigen Mass zu wahren. Das Unternehmen dürfe insbesondere keine künstlichen Preisunterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten herbeiführen, die eine Benachteiligung ihrer Kunden und die Verfälschung des Wettbewerbs aufgrund einer künstlichen Abschottung der nationalen Märkte zur Folge hätte.

875. Im vorliegenden Fall vertrat das Gericht die Meinung, dass angesichts der unbedeutenden Transportkosten und der Stabilität der Weltmarktpreise für die Rohstoffe, im vorliegenden Fall für Karton, der mehr als 70 % des Herstellungspreises der Verpackung ausmache, die festgestellten Preisunterschiede nicht durch objektiv wirtschaftliche Faktoren zu rechtfertigen waren und dass sie daher diskriminierend waren.⁵⁰⁰ Im vorliegenden Fall entstanden gemäss dem Gericht «die festgestellten erheblichen Unterschiede bei den Preisen für Maschinen und für Kartons im Rahmen einer Abschottung der nationalen Märkte durch vertragliche Klauseln über Koppelungsverkäufe, die durch das autonome Produktions- und Vertriebssystem von Tetra Pak sowie durch das Quasimonopol des Konzerns auf den aseptischen Märkten in der Gemeinschaft verstärkt wurden».⁵⁰¹ Unter diesen Umständen sei es nach Auffassung des Gerichts offensichtlich, dass diese Preisunterschiede nicht auf dem normalen Wettbewerb beruhen konnten und zum Nachteil der Verpacker angewandt wurden. Ohne das Verhältnis der einzelnen Wettbewerber untereinander zu prüfen bejahte es einen Verstoss gegen Art. 86 lit. c EWG-Vertrag.⁵⁰²

876. Auch im Fall Tetra Pak hat die Kommission damit eine «secondary-line-discrimination» als wettbewerbsrechtlich unzulässig befunden. Hierbei wurde zudem darauf verzichtet, das Verhältnis der einzelnen Wettbewerber auf der nachgelagerten Stufe untereinander zu prüfen.

Irish Sugar vs. Kommission

877. Im Verfahren der Kommission gegen Irish Sugar plc (nachfolgend: Irish Sugar) stellte die Kommission fest, dass Irish Sugar unter anderem auf ad-hoc-Basis einzelnen Kunden Rabatte gewährt hatte, dass hierfür keine festen Sätze oder Schwellenbeträge bestanden hatten

⁴⁹⁷ Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-765 ff.

⁴⁹⁸ Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-830 Rz 158.

⁴⁹⁹ Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-831 Rz 160.

⁵⁰⁰ Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-832 Rz 165.

⁵⁰¹ Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-834 Rz 170.

⁵⁰² Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-834 f. Rz 170-173.

und dass das Rabattsystem nicht allgemein bekannt gemacht worden war, so dass nur die vom Rabatt betroffenen Kunden über den Rabatt Bescheid gewusst hatten.⁵⁰³ Die Kommission kam zum Schluss, dass ein Hauptmerkmal der Geschäftspolitik von Irish Sugar darin bestand, ihren einheimischen Markt abzuschotten und im Inlandmarkt eine diskriminierende Preispolitik vorzuschreiben.⁵⁰⁴ Zu den unzulässigen Verhaltensweisen zählte die Kommission die Gewährung von Sondernachlässen für ausgewählte Abnehmer insbesondere im Grenzgebiet zu Nordirland, wobei zwischen Grenzrabatt und objektiven Wirtschaftsfaktoren wie der Absatzmenge der Kunden keine Beziehung bestand.⁵⁰⁵ Hierdurch habe Irish Sugar auf gleichwertige Geschäfte mit anderen Handelspartnern ungleiche Bedingungen angewandt und somit diejenigen, die für den Rabatt nicht in Betracht kamen, wettbewerblich benachteiligt.⁵⁰⁶ Zudem sollte mit dem Rabatt die Einfuhr von Zucker durch Wettbewerber oder die Wiedereinfuhr von eigenem Zucker zuungunsten der Verbraucher begrenzt werden. Mit Bezug auf den Fall ECS/AKZO schloss die Kommission, dass ein Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 50 % missbräuchlich handelt, wenn es Kunden eines kleineren Wettbewerbers selektiv Niedrigpreise anbietet, während es für bestehende Abnehmer weiter wesentlich höhere Preise anwendet.⁵⁰⁷

878. Im Hinblick auf die Gewährung von Ausfuhrabatten für Zucker stellte die Kommission zudem fest, dass das System an sich diskriminierend sei, da alleine der Umstand, dass Gewerbezucker verarbeitet und nach anderen Mitgliedstaaten ausgeführt werde, nichts am Wesen des Geschäfts ändere und kein Unterschied hinsichtlich der Art des gelieferten Produkts oder der Lieferkosten, die Irish Sugar zu tragen habe, bestehe.⁵⁰⁸ Auch der EuGH bestätigte, dass ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung nach Art. 86 Abs. 2 Bst. c des Vertrages insbesondere darin bestehen kann, dass unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern angewendet werden, durch die diese im Wettbewerb benachteiligt werden.⁵⁰⁹ So seien die Marktmechanismen dadurch beeinträchtigt worden, dass Irish Sugar den Preis für Industriezucker nicht aufgrund des Spiels von Angebot und Nachfrage auf dem Markt für Industriezucker in Irland, sondern unter Berücksichtigung der potentiellen und aktuellen Käufer ihrer Kunden, je nach deren Sitz, festgesetzt hatte.⁵¹⁰

879. Damit wurde auch in diesem Fall eine «secondary-line-discrimination» als kartellrechtlich unzulässig befunden.

880. Im Hinblick auf Treuerabatte hielt der EuGH fest, dass diese, wenn sie durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung eingeräumt würden, einen Missbrauch im Sinne von Art. 86 des Vertrages darstellten, wenn sie bezwecken, durch die Gewährung finanzieller Vorteile zu verhindern, dass sich Kunden bei konkurrierenden Erzeugern versorgen.⁵¹¹ Hierbei seien insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung zu berücksichtigen, und es sei weiter zu untersuchen, ob der Rabatt darauf abziele, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die

⁵⁰³ Entscheidung der Kommission vom 14. Mai 1997 im Verfahren nach Artikel 86 EG-Vertrag (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc), Ziff. 72 und 76.

⁵⁰⁴ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 114.

⁵⁰⁵ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 128.

⁵⁰⁶ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 129.

⁵⁰⁷ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 134.

⁵⁰⁸ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 138.

⁵⁰⁹ Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 115 sowie Rz 140.

⁵¹⁰ Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 141.

⁵¹¹ Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 197.

Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen unterschiedliche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.

881. In diesem Zusammenhang wurde zusätzlich auf eine «primary-line-discrimination» abgestellt.

882. Hinsichtlich der Transparenz des Preissystems kam die Kommission zudem zu dem Schluss, dass der blosse Mangel an Transparenz des gesamten Rabattsystems von Irish Sugar, einschliesslich der Ausfuhr rabatte, bei dem weder die Rabatte noch die Mengen, auf die sie sich beziehen, einheitlich waren oder den Kunden schriftlich mitgeteilt worden waren, als ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gilt.⁵¹² So sei die Anwendung eines Bonus und allgemeiner Rabatte, die auf individueller Grundlage festgesetzt und nicht allen Händlern im Voraus einheitlich mitgeteilt werden, geeignet, eine gegenseitige Diskriminierung untereinander zu erhalten und an sich als Missbrauch im Sinne von Art. 86 EGV anzusehen.⁵¹³

883. Die Kommission hielt weiter fest, dass Irish Sugar als marktbeherrschendes Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür trage, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.⁵¹⁴ So sei ein beherrschendes Unternehmen berechtigt, seine Marktstellung zu verteidigen, indem es mit anderen Unternehmen auf deren Markt in Wettbewerb trete.⁵¹⁵ Jedoch dürfe das beherrschende Unternehmen nicht vorsätzlich Wettbewerber auszuschliessen versuchen bzw. tatsächlich ausschliessen. Es trage eine besondere Verantwortung dafür, das auf dem Markt verbleibende Ausmass an Wettbewerb nicht weiter zu beeinträchtigen. Der EuGH bestätigte diese spezielle Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen, indem er festhielt, dass Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens vom Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung erfasst sei, wenn sie die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert wird, die sich von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Marktbürger unterscheiden.⁵¹⁶

Niederländische Banden-Industrie Michelin vs. Kommission

884. Die Kommission hatte im Verfahren gegen Niederländische Banden-Industrie Michelin (nachfolgend: NBIM) die praktizierte Preis- und Rabattpolitik beanstandet, welche die nachfolgenden Merkmale aufwies:⁵¹⁷

1. Einen Grundpreis, der in Preislisten veröffentlicht wurde.
2. Einen allgemeinen Sofortrabatt auf die Rechnung.
3. Sonstige Rabatte, die zum Teil für jeden Händler individuell und selektiv festgelegt wurden.

⁵¹² Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 150.

⁵¹³ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 150.

⁵¹⁴ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 115.

⁵¹⁵ Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 503), Ziff. 134.

⁵¹⁶ Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 111.

⁵¹⁷ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3471 f.

4. Eine individuelle Abnahmerichtzahl, das sogenannte „Ziel“ als Grundlage für die Höhe dieser Rabatte.
5. Das Fehlen einer schriftlichen Bestätigung der Ziele und Rabatte.

885. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass diese Rabattpolitik der NBIM die Wahlfreiheit der Händler (die Kunden von NBIM) eingeengt hatte und eine Ungleichbehandlung der Händler mit sich brachte. Zudem wurde durch diese Politik der Marktzugang für andere Reifenhersteller eingeschränkt. Die Kommission hatte ermittelt, dass neben der festen Komponente des Rabattsystems eine variable Komponente gewährt wurde. Diese hätte vor allem in einem Jahresbonus bestanden, auf den die Händler allmonatlich einen Vorschussbonus erhalten hätten und der im Allgemeinen 4 % bis 6 % unter dem Jahresbonus gelegen habe. Im Folgejahr sei ein automatischer Monatsbonus von 3 bis 10 % an die Stelle des Vorschussbonus getreten, wobei dieser im darauffolgenden Jahr wieder abgeschafft wurde und neben dem Jahresbonus ein Viermonatsbonus von 0 bis 3 % eingeführt wurde. Der Viermonatsbonus habe vom Erreichen eines zu Beginn eines Jahres ausgehandelten Ziels abgehungen. Dieses Ziel wurde anlässlich eines Besuchs des Vertreters der NBIM bei dem Händler ausgehandelt. Die Kommission stufte das Rabattsystem daher nicht als reines Mengenrabattsystem ein, da in der Anwendung ein Händler, der insgesamt erheblich weniger Reifen abgenommen habe als ein anderer Händler, dennoch einen höheren Maximalrabatt erhalten habe und dies für die Erreichung eines Maximalziels, das viel niedriger festgesetzt worden sei als das Ziel des anderen Händlers.⁵¹⁸ Die Kommission stellte fest, dass auch wenn sich die Bestrafung wegen Nichterreichung des Ziels wahrscheinlich in Grenzen gehalten habe, sei der Händler, wenn er das niedrigste Ziel verfehlt habe, Michelin völlig ausgeliefert gewesen. Das Ziel und der Rabatt seien deshalb bedeutende Druckmittel.

886. In der Anwendung des Systems hätten die Händler für sehr unterschiedliche Abnahmemengen häufig die gleichen Boni erhalten und umgekehrt.⁵¹⁹ Überdies habe die NBIM die Bedingungen für die Bonusgewährung selbst nicht streng angewendet. In bestimmten Fällen sei der Bonus bei Nichterreichung des Ziels einseitig herabgesetzt worden. Im konkreten Einzelfall habe die Anwendung der Bonusregel gänzlich im freien Ermessen der NBIM gelegen. Die diskriminierende Wirkung des Rabattsystems habe sich nach Ansicht der Kommission aus der individuellen und wenig transparenten Art und Weise ergeben, wie die NBIM sich auf die jährliche Rückzahlungstabelle als objektives Element der Rabatffestsetzung berufen habe und niemals einen Beweis dafür angeboten habe, dass diese Tabelle auch tatsächlich praktiziert worden sei, trotz all der Unregelmässigkeiten, auf die die Kommission hingewiesen habe.⁵²⁰

887. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass mit diesem System von individuell und selektiv gewährten Rabatten das Ziel verfolgt werde, die Händler eng an die NBIM zu binden, und zwar durch einen steigenden Druck, damit sie jedes Jahr ihren Umsatz des Vorjahres überträfen und in einem konjunkturell weniger günstigen Jahr hielten.⁵²¹ Die Kommission vertrat die Ansicht, dass Rabatte, die nicht auf Kostenersparnis beruhten, sondern mit denen der Zweck verfolgt wurde, das Interesse des Abnehmers am Erzeugnis eines anderen Lieferanten

⁵¹⁸ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3485.

⁵¹⁹ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3473.

⁵²⁰ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3485.

⁵²¹ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3474.

einzuengen, durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht praktiziert werden dürften.⁵²² Zudem führe das Rabattsystem zu einer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 86 lit. c EWG-Vertrag, da die Rabatte keinen objektiv erbrachten und feststellbaren Leistungen entsprächen. Es handle sich nicht um einen Mengenrabatt, denn die Abnehmer erhielten für vergleichbare Abnahmemengen nie gleiche oder vergleichbare Rabatte. Diese seien vielmehr Ausdruck der von der NBIM vorgenommenen individuellen Beurteilung der erreichten Ergebnisse sowie der Zukunftsaussichten.

888. Der EuGH hielt betreffend die Funktionsweise des variablen Jahresrabatts fest, dass zunächst monatlich und später alle vier Monate in Form eines Vorschusses auf den Jahresrabatt gezahlt wurde.⁵²³ «Der Vorschuss auf den Jahresrabatt lag im Allgemeinen 4 %, manchmal aber auch mehr, unter dem sich aus dieser Rabattstaffel ergebenden Prozentsatz».⁵²⁴ Zudem erhielt der Händler den variablen Jahresrabatt oder zumindest dessen Höchstsatz nur, wenn er in dem fraglichen Jahr ein zum Jahresbeginn festgesetztes oder vereinbartes Verkaufsziel erreichte, das in einer bestimmten Anzahl verkaufter Reifen für schwere Fahrzeuge bestand. Nach weiteren Abklärungen stellte das Gericht allerdings fest, dass die Schwankungen zwischen dem bei Erreichung des Höchstziels und dem bei Nichterreichen des Mindestziels gewährten Rabattsatzes gering waren und nur zwischen 0.2 % und 0.4% lagen.⁵²⁵ Da das Vorbringen der NBIM von der Kommission nicht bestritten wurde, ist das Gericht von diesen viel tieferen Schwankungsbreiten ausgegangen.⁵²⁶ Der EuGH hat in seiner Begründung festgehalten, dass der Treuerabatt im Unterschied zum Mengenrabatt, der ausschliesslich an den Umfang der bei dem betroffenen Hersteller getätigten Käufe anknüpft, dazu diene, die Kunden auf dem Weg über die Gewährung eines finanziellen Vorteils vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abzuhalten, und deshalb einen Missbrauch im Sinne von Art. 86 EWG-Vertrag darstelle.⁵²⁷ Im zu beurteilenden Sachverhalt kam der EuGH zum Schluss, dass die von der Erreichung des Verkaufsziels abhängigen Rabattschwankungen von 0.2 bis 0.4 %, wie sie in dem Verfahren vor dem Gerichtshof festgestellt wurden, tatsächlich gering seien. Da aber dem streitigen Rabattsystem ein jährlicher Referenzzeitraum zugrunde liege, habe es dazu geführt, dass am Ende des Referenzzeitraums der Druck auf den Käufer wachse, die notwendige Abnahmemenge zu erreichen, um den Vorteil zu erlangen oder den für den gesamten Zeitraum vorgesehenen Verlust zu vermeiden.⁵²⁸ Zudem sei gemäss EuGH der absolute Wert des jährlichen Zielrabatts der NBIM zu berücksichtigen. Da NBIM einen hohen Marktanteil habe und damit seine eigenen Rabatte, gemessen an dem geringeren Umfang der bei Wettbewerber von NBIM getätigten Käufe des Händlers niedriger festsetzen konnte, fiel es den Wettbewerbern schwer, die sich aus einer Erreichung oder Nichterreichen der Ziele der

⁵²² Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3486.

⁵²³ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 66 f.

⁵²⁴ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 66.

⁵²⁵ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 68.

⁵²⁶ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 68.

⁵²⁷ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 71.

⁵²⁸ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 81.

NBIM ergebenden Vorteile oder Verluste für die Händler auszugleichen.⁵²⁹ Im Zusammenhang mit der fehlenden Transparenz⁵³⁰ kam der EuGH zum Schluss, dass die Händler einem beträchtlichen Druck von NBIM ausgesetzt waren.⁵³¹ Eine solche Situation sei daher geeignet zu verhindern, dass die Händler jederzeit frei und aufgrund der Marktlage unter den Angeboten verschiedener Wettbewerber das günstigste auswählen und ihren Lieferanten ohne spürbaren wirtschaftlichen Nachteil wechseln können.⁵³² NBIM schränke somit die Möglichkeiten der Händler ein, zwischen mehreren Bezugsquellen zu wählen und erschwere den Wettbewerbern den Zugang zum Markt. Weder der Wunsch, mehr zu verkaufen, noch das Bestreben, die Produktion besser zu planen, kann gemäss EuGH eine solche Beschränkung der Wahlfreiheit und Unabhängigkeit des Kunden rechtfertigen. Die durch das streitige Rabattsystem bewirkte Abhängigkeit der Händler beruhe also nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung. Der EuGH kam daher zu dem Schluss, dass die NBIM ihre beherrschende Stellung im Bereich der neuen Ersatzreifen für schwere Fahrzeuge im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag missbräuchlich ausgenutzt hat, indem sie die Händler in den Niederlanden durch das Rabattsystem an sich gebunden hat.⁵³³

889. Hinsichtlich der Widersprüchlichkeiten und Unregelmässigkeiten, die sich aus den Unterlagen betreffend die unterschiedlichen Rabattsätze ergeben hätten und das Vorliegen von Diskriminierungen belegen sollten, konnte die NBIM darlegen, dass sich die Höhe des variablen Jahresrabatts in erster Linie nicht von der Anzahl der vom Händler gekauften Reifen für schwere Fahrzeuge, sondern von dessen Umsatz an Michelin-Reifen, und zwar sämtliche Kategorien zusammengenommen, abhingen.⁵³⁴ Weiterhin musste die Kommission zugeben, dass sie bestimmte Angaben in den von der NBIM im Rahmen ihres Rabattsystems verwendeten Kundenkarten falsch verstanden hatte. Daher lasse sich nicht ausschliessen, dass gerade diese Umstände eine Erklärung für die Widersprüchlichkeiten und Unregelmässigkeiten liefern würden, die die Kommission in den von ihr geprüften Unterlagen zu entdecken geglaubt hatte.⁵³⁵ Daher sei nicht erwiesen, dass die festgestellte Ungleichbehandlung bestimmter Händler auf die Anwendung unterschiedlicher Kriterien zurückzuführen und nicht durch legitime geschäftliche Erwägungen gerechtfertigt sei, weshalb hieraus nicht geschlossen werden könne, dass die NBIM bestimmte Händler diskriminiert habe.⁵³⁶

British Airways plc vs. Kommission

890. British Airways plc (nachfolgend: BA) führte für den Verkauf von Flugtickets durch Reisevermittler ein Rabattsystem ein, welches eine einheitliche Provision von 7% für alle im Vereinigten Königreich verkauften Flugscheine sowie eine Zusatzprovision von bis zu 3 % für

⁵²⁹ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 82.

⁵³⁰ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 83.

⁵³¹ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 84.

⁵³² Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 85.

⁵³³ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 86.

⁵³⁴ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 88 f.

⁵³⁵ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 89.

⁵³⁶ Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Niederländische Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 90.

internationale Flugscheine und bis zu 1 % für Inlandsflüge beinhaltet.⁵³⁷ Die Höhe des Ergebnisses des Reisevermittlers wurde gemessen, indem die gesamten Flugerlöse aus BA-Flugscheinen, die der Reisevermittler in einem Kalendermonat ausgestellt hatte, denen des entsprechenden Vorjahresmonats gegenübergestellt wurden. Im Rahmen der Ergebniszuschlagsregelung verdiente der Reisevermittler mit jedem über den Ergebnisrichtwert von 95 % hinausgehenden Prozentpunkt zu seiner Standardprovision von 7 % für internationale Flugscheine ein variables Element von 0.1 % hinzu.⁵³⁸ Bei Verkäufen von Inlandsflugscheinen belief sich das variable Element auf 0.1 % je Verkaufssteigerung von 3 % über den Richtwert von 95 % hinaus. Das höchste variable Element, das Reisevermittler im Rahmen der neuen Ergebniszuschlagsregelung erhalten konnten, betrug 3 % für internationale Flugscheine und 1 % für Inlandsflugscheine bei einer Ergebnishöhe von jeweils 125 %. Erreichte beispielsweise ein Reisevermittler für einen bestimmten Monat ein Ergebnis in Höhe von 112 %, dann lag für diesen Monat das variable Element für Auslandsflugscheine bei 1.7 % ($[112 - 95] \times 0.1 \%$) der internationalen Vergütungserlöse.⁵³⁹ Das variable Element für Inlandsflugscheine hingegen belief sich bei dieser Ergebnishöhe auf 0.5 % ($[112 - 95] \div 3 \times 0.1 \%$) der Inlandsvergütungserlöse für diesen Kalendermonat. Die Zahlung der variablen Elemente erfolgte monatlich.

891. Die Kommission kritisierte an dem Rabattsystem insbesondere, dass das Erreichen der Vorgaben für Verkaufssteigerungen zu einer Erhöhung der gezahlten Provision für alle von dem Reisevermittler verkauften Flugscheine und nicht nur für die nach Erreichen der Vorgabe verkauften führe.⁵⁴⁰ Stehe ein Reisevermittler kurz vor Erreichen einer der Schwellenwerte für die Erhöhung des Provisionssatzes, so könne der Verkauf relativ weniger weiterer BA-Flugscheine eine entscheidende Wirkung auf seine Provisionseinnahmen haben. Im umgekehrten Fall müsse ein Mitbewerber von BA, der dem Reisevermittler einen Anreiz gewähren möchte, um einige Buchungen von BA auf die konkurrierende Fluggesellschaft umzuleiten, für alle verkauften Flugscheine einen wesentlich höheren Provisionssatz als BA zahlen, um diese Wirkung aufzuheben. In einem Rechenbeispiel zeigte die Kommission auf, dass ein Reisevermittler, der monatlich internationale BA-Flugscheine im Wert von 100'000 GBP verkaufe die Grundprovision von 7 % und eine „Ergebnisvergütung“ von 0.5 % ($[100 - 95] \times 0.1 \%$) erhalte, was Gesamteinnahmen aus Provisionen in Höhe von 7'500 GBP ausmachen würde. Hat der Reisevermittler hingegen 1 % der internationalen Flugscheine für einen Mitbewerber von BA verkauft, so würde seine „Ergebnisvergütung“ auf 0.4 % ($[99 - 95] \times 0.1 \%$) sinken, so dass seine Provisionseinkünfte auf 7'326 GBP zurückgehen würden. Eine Verminderung von 1'000 GBP bei Verkäufen von internationalen BA-Flugscheinen habe einen Rückgang von 174 GBP bei den Provisionseinnahmen zur Folge, was einem „Grenzprovisionssatz“ von 17.4 % entsprechen würde.

892. Die Kommission kam daher zu dem Schluss, dass BA mit seiner „Ergebniszuschlagsregelung“ eine Diskriminierung zwischen den Reisevermittlern hervorgerufen oder eine Ausschlusswirkung gegenüber den konkurrierenden Fluggesellschaften erzeugt habe.⁵⁴¹

893. Das Gericht stellte fest, dass die fraglichen Ergebniszuschlagsregelungen zur Anwendung verschiedener Provisionssätze auf einen gleich hohen Einnahmebetrag führen konnten, der für den Verkauf von BA-Flugscheinen von zwei Reisevermittlern erzielt worden war, wenn

⁵³⁷ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5931 Rz 15 sowie Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2379, Rz 9.

⁵³⁸ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5931 Rz 16 sowie Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2379, Rz 9.

⁵³⁹ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5931 Rz 17 sowie Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2379, Rz 9.

⁵⁴⁰ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5933 Rz 23.

⁵⁴¹ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5981 Rz 227.

ihre jeweiligen Umsätze und folglich ihre jeweiligen Steigerungsraten im vorangehenden Referenzzeitraum unterschiedlich gewesen waren.⁵⁴² Indem im selben Referenzzeitraum erbrachte identische Dienste trotzdem mit unterschiedlichen Sätzen vergütet wurden, verfälschten diese Ergebniszuschlagsregelungen die Höhe der Vergütung, die die Betroffenen als von BA gezahlte Provisionen erhielten.⁵⁴³ Das Gericht stellte im Ergebnis fest, dass BA seine beherrschende Stellung auf dem britischen Markt für Luftverkehrsvermittlungsdienste missbräuchlich ausnutzte, da diese Regelung diskriminierende Wirkung innerhalb des Netzes der Reisevermittler erzeugte und damit einige unter ihnen im Sinne von Artikel 82 Abs. 2 lit. c EG im Wettbewerb benachteiligte.⁵⁴⁴

894. BA machte im Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH geltend, dass die bloße Feststellung, dass die Reisevermittler durch die diskriminierenden Vergütungsbestimmungen in ihrer Fähigkeit miteinander in Wettbewerb zu treten beeinträchtigt seien, nicht ausreiche, um einen Verstoß gegen Art. 82 Abs. 2 lit. c EG zu begründen.⁵⁴⁵ Der EuGH hielt fest, dass die Tatbestandsmerkmale von Art. 82 Abs. 2 lit. c EG nur dann erfüllt sind, wenn festgestellt wird, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur diskriminierend ist, sondern dass es auch darauf abzielt, diese Wettbewerbsbeziehung zu verfälschen, d. h., die Wettbewerbsposition eines Teils der Handelspartner dieses Unternehmens gegenüber den anderen zu beeinträchtigen.⁵⁴⁶ Nichts hindere daran, die Diskriminierung von Handelspartnern, die sich in einer Wettbewerbsbeziehung befinden, als missbräuchlich anzusehen, wenn das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung angesichts des gesamten Sachverhalts darauf gerichtet sei, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen diesen Handelspartnern herbeizuführen. In einer solchen Situation könne nicht verlangt werden, dass zusätzlich der Beweis einer tatsächlichen, quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner erbracht werde. Da zwischen den Reisevermittlern ein intensiver Wettbewerb bestanden habe, und die Möglichkeit, gegenseitig in Wettbewerb zu treten, erstens von ihrer Fähigkeit, den Wünschen der Reisenden entsprechende Plätze auf den Flügen zu liefern, und zwar zu einem angemessenen Preis, und zweitens von ihren jeweiligen finanziellen Mitteln abhingen, bestätigte der EuGH den Verstoß gegen Art. 82 Abs. 2 lit. c EG aufgrund des diskriminierenden Verhaltens seitens BA.⁵⁴⁷

895. Hinsichtlich der Qualifikation des Rabattsystems hielt das Gericht fest, dass der Treuerabatt, der als Entgelt für die Verpflichtung des Kunden, ausschliesslich oder quasi ausschliesslich bei dem beherrschenden Unternehmen zu beziehen, gewährt wird, gegen Art. 82 verstösst.⁵⁴⁸ Ein solcher Rabatt könne nämlich die Kunden durch die Gewährung finanzieller Vorteile vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abhalten. Aus diesem Grund verstosse ein Rabatt, der an die Verwirklichung eines Abnahmeziels anknüpft, ebenfalls gegen Art. 82 EG. Allgemein lasse sich nach Meinung des Gerichts aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten, dass jede „Treue fördernde“ Rabattregelung, die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandt wird, darauf abziele, den Bezug der Kunden bei Konkurrenten unter Verstoß gegen Artikel 82 EG zu behindern, und zwar unabhängig davon, ob die Rabattregelung diskriminierend sei oder nicht.⁵⁴⁹

⁵⁴² Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5983 Rz 235.

⁵⁴³ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5984 Rz 236.

⁵⁴⁴ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5984 Rz 240.

⁵⁴⁵ Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2421, Rz 142.

⁵⁴⁶ Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2422, Rz 144.

⁵⁴⁷ Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2423, Rz 146 und 148.

⁵⁴⁸ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5986 Rz 244.

⁵⁴⁹ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5987 Rz 248.

896. Im Konkreten stellte das Gericht zur Treueförderung durch die fragliche Regelung fest, dass die erhöhten Provisionssätze aufgrund ihrer Progression, die eine sehr spürbare Wirkung im Randbereich entfalte, von einem Referenzzeitraum zum nächsten sprunghaft ansteigen konnten, in dem Masse, wie die Anzahl der von den Reisevermittlern in den aufeinanderfolgenden Referenzzeiträumen abgesetzten BA-Flugscheine angestiegen war.⁵⁵⁰ Umgekehrt war die Bestrafung in Form einer unverhältnismässigen Verringerung der Ergebniszuschlagssätze für die Betroffenen umso einschneidender, je höher die Einnahmen aus den Umsätzen von BA-Flugscheinen gewesen waren, und zwar selbst im Fall eines nur leichten Rückgangs des Absatzes von BA-Flugscheinen im Verhältnis zum vorangegangenen Referenzzeitraum.⁵⁵¹ BA könne daher die Treueförderung durch die streitigen Regelungen nicht bestreiten. Hinsichtlich der Prüfung von Kriterien wirtschaftlicher Effizienz untersuchte das Gericht, ob die Treueförderung durch die Ergebniszuschlagsregelung auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruhe.⁵⁵² Das Gericht lehnte dies ab, da die höhere Provision zur Verwirklichung der Zielvorgaben (Steigerung der Verkäufe) nicht nur in Bezug auf diejenigen BA-Flugscheine, die nach Erreichung der Absatzvorgaben verkauft wurden, sondern auf alle im zugrunde gelegten Referenzzeitraum verkauften BA-Flugscheine angewendet wurde.⁵⁵³ Daher könne die Ergebniszuschlagsregelung nicht als die Gegenleistung für Effizienzsteigerungen oder Kostensparnisse betrachtet werden, die durch den Verkauf von nach der Erfüllung der genannten Zielvorgaben abgesetzten BA-Flugscheinen bewirkt wurden.⁵⁵⁴ Daher konnte BA nach Meinung des Gerichts kein anderes Interesse daran haben, diese Prämienregelungen anzuwenden, als dasjenige, die konkurrierenden Fluggesellschaften zu verdrängen und so die Aufrechterhaltung des bestehenden Grades an Wettbewerb oder die Entwicklung dieses Wettbewerbs auf dem britischen Markt der Luftverkehrsvermittlungsdienste zu behindern.⁵⁵⁵

897. Hinsichtlich des von BA geltend gemachten nicht erbrachten Nachweises, dass ihre Verhaltensweisen eine Ausschlusswirkung erzeugten, war das Gericht der Ansicht, dass es zur Feststellung eines Verstosses gegen Art. 82 EG nicht erforderlich sei, nachzuweisen, dass der fragliche Missbrauch eine konkrete Wirkung auf den betroffenen Märkten gehabt habe.⁵⁵⁶ Auch der EuGH bestätigte diese Sichtweise, indem er festhielt, dass zu prüfen sei, ob die Rabatte oder Prämien eine Verdrängungswirkung entfalten könnten, d. h., ob sie geeignet seien, den Wettbewerbern des Unternehmens in beherrschender Stellung den Zugang zum Markt und darüber hinaus seinen Vertragspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartnern zu erschweren oder sogar unmöglich zu machen.⁵⁵⁷ Es genüge insoweit der Nachweis, dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung seiner Tendenz nach den Wettbewerb beschränkt, oder anders ausgedrückt, dass es aufgrund seiner Art oder Eignung eine solche Wirkung haben kann. Für die Verneinung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG reiche es nicht aus, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung ein Verhalten praktiziere, das eine Verdrängungswirkung gegenüber seinen Konkurrenten gehabt habe, aber das erhoffte Ergebnis nicht erreicht worden sei.⁵⁵⁸ Im Übrigen bedeute nach Auffassung des Gerichts eine auf ihren absoluten Wert zurückgeführte Zunahme der Marktanteile bestimmter mit BA konkurrierender

⁵⁵⁰ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5993 Rz 272.

⁵⁵¹ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5993 Rz 273.

⁵⁵² Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5995 Rz 281.

⁵⁵³ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5995 Rz 282.

⁵⁵⁴ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5995 Rz 284.

⁵⁵⁵ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5996 Rz 288.

⁵⁵⁶ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5997 f. Rz 293.

⁵⁵⁷ Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2399, Rz 68.

⁵⁵⁸ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5998 Rz 297.

Fluggesellschaften in Anbetracht der Bescheidenheit von deren ursprünglichen Marktanteilen nicht, dass die Verhaltensweise von BA wirkungslos gewesen wären.⁵⁵⁹ So dürfe man annehmen, dass ohne diese Verhaltensweisen die Marktanteile dieser Konkurrenten erheblich mehr hätten zunehmen können.

Post Danmark A/S («Post Danmark II»)

898. Im Vorabentscheidungsverfahren hat der EuGH auf Fragen des Konkurrentenrat (Wettbewerbsrat) festgehalten, dass Art. 82 EG die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Rabattsystem verbietet, soweit dadurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, und dass Art. 82 EG Verhaltensweisen erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung behindern.⁵⁶⁰ Hierbei sei zu untersuchen, ob der Rabatt darauf abziele, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartner für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.⁵⁶¹ Zu prüfen sei daher, ob diese Rabatte eine Verdrängungswirkung entfalten könnten, d.h. ob sie geeignet seien, den Wettbewerbern des Unternehmens in beherrschender Stellung den Zugang zum Markt und darüber hinaus seinen Vertragspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartnern zu erschweren oder sogar unmöglich zu machen.⁵⁶²

899. Hinsichtlich eines Gesamtumsatzrabatts hat der EuGH festgehalten, dass die vertraglichen Verpflichtungen der Vertragspartner des Unternehmens in beherrschender Stellung und der auf sie ausgeübte Druck in der Regel besonders stark sei, wenn sich ein Rabatt nicht nur auf den Zuwachs der Käufe der Produkte dieses Unternehmens, die von seinen Vertragspartnern im berücksichtigten Zeitraum getätigt wurden, beziehen, sondern sich auf die Gesamtheit dieser Käufe erstrecke.⁵⁶³ Auf diese Weise könnten auch schon verhältnismässig geringe Veränderungen bei den Verkäufen der Produkte des Unternehmens in beherrschender Stellung überproportionale Auswirkungen für die Vertragspartner haben. Für Post Danmark A/S kam der EuGH zum Schluss, dass diese Sogwirkung dadurch noch verstärkt werde, dass die Rabatte unterschiedslos für den bestreitbaren Teil wie auch für den unbestreitbaren Teil der Nachfrage galten, im letzten Fall also insbesondere für die vom gesetzlichen Monopol von Post Danmark A/S umfassten Briefe mit einem Gewicht von bis zu 50g.

900. Weiter hat der EuGH festgehalten, dass ein Unternehmen, das einen besonders hohen Marktanteil hat, sich dadurch in einer Position der Stärke befinde, dieses zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner mache und ihm die Unabhängigkeit des Verhaltens sichere.⁵⁶⁴ Unter diesen Umständen entfalte ein Rabattsystem eine wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung, wenn es, ohne die Kunden durch eine förmliche Verpflichtung an dieses

⁵⁵⁹ Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *British Airways plc*, Slg II-5999 Rz 278.

⁵⁶⁰ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 26.

⁵⁶¹ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 29.

⁵⁶² Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 31.

⁵⁶³ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 33 mit Verweis auf Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-95/04 *British Airways plc*, Slg I-2400 Rz 73.

⁵⁶⁴ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 40.

Unternehmen zu binden, gleichwohl den Bezug bei konkurrierenden Unternehmen erschweren soll.⁵⁶⁵

901. Hinsichtlich der Verantwortung eines marktbeherrschenden Unternehmens hielt der EuGH fest, dass das Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, eine besondere Verantwortung dafür trage, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.⁵⁶⁶ Da zudem der Markt durch die Präsenz des beherrschenden Unternehmens bereits in seiner Wettbewerbsstruktur geschwächt sei, könne jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen.⁵⁶⁷ Daher erscheine es nicht angezeigt, eine Spürbarkeits- oder De-minimis-Schwelle festzulegen, um die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung festzustellen.⁵⁶⁸ Diese wettbewerbswidrige Praxis sei nämlich bereits ihrer Natur nach geeignet, nicht unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen hervorzurufen oder den Wettbewerb auf dem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen tätig ist, sogar auszuschalten. Daher fällt ein durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung angewandtes Rabattsystem in den Anwendungsbereich von Art. 82 EG, wenn eine wettbewerbschädigende Wirkung wahrscheinlich ist, ohne dass nachgewiesen werden müsste, dass sie schwerwiegend oder bedeutend ist.⁵⁶⁹

e. Fazit

902. Sowohl in der Praxis der WEKO (vgl. Rz 859, 860, 861, 863, 865) als auch in der Praxis der EU (871 ff., 874 ff., 877 ff.) wurden Fälle von «secondary-line-discrimination» als unzulässig befunden. In den meisten der oben zitierten Fälle der EU findet eine Kombination von «primary-line-» und «secondary-line-discrimination» statt.

903. Hinsichtlich der durch eine «primary-line-discrimination» realisierte Behinderung von direkten Wettbewerbern des diskriminierenden Unternehmens hat die EU in ihrer Praxis in der Regel darauf abgestellt, dass bereits eine Verhaltensweise, die dazu geeignet ist, eine nicht unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen, als kartellrechtswidrig anzusehen ist (vgl. insb. Rz 897 und Rz 901).

B.4.3.1.3 KEP & MailKEP & Mail Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009

904. Vorliegend sind die Preise und Konditionen der Vertragskunden der Post zu vergleichen. Mit diesen Kunden vereinbarte die Post sowohl für den reservierten als auch für den nichtreservierten Dienst Umsatzrabatte.

a) Ausgestaltung des Preissystems

905. Damit eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegt, muss es zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder zu einer ungerechtfertigten gleichen Behandlung von nicht gleichartigen Sachverhalten kommen (vgl. Rz 845). Grundsätzlich verlangte die Post für den Versand einheitliche Listenpreise. Gegenüber Kunden mit einem Umsatz von über 100'000.- Franken, die einen Vertrag mit der Post abgeschlossen hatten, gewährte die Post zudem Rabatte in Abhängigkeit von der mit der Post vereinbarten Jahresumsatzprognose auf den Listenpreisen. Diese waren in unterschiedliche Rabattstufen eingeteilt und die Post hatte im Wesentlichen ihr Preissystem so ausgestaltet, dass die Rabatte im

⁵⁶⁵ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 42.

⁵⁶⁶ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 71.

⁵⁶⁷ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 72.

⁵⁶⁸ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 73.

⁵⁶⁹ Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 74.

Verhältnis zu dem mit der Post erzielten Umsatz gewährt werden sollten (vgl. Rz 107). Zudem wurden für die [...] etwas höhere Rabatte gewährt.

906. Durch das Rabattsystem hat die Post Kunden, je nach erzieltem Umsatz, ungleich behandelt. In wieweit eine solche Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, hängt von den Skaleneffekten ab, welche sie bei den entsprechenden Massenversänden erzielen kann. Hierbei wäre zu prüfen, ob eine Rabattierung nach Umsatz anstatt nach Versandmenge eine angemessene Bezugsgrösse zur Messung der Skalenerträge ist. Zudem stellt sich die Frage, ob der Rabattsprung beim Überschreiten der Umsatzschwelle von [...] Franken von [...] % auf [...] % durch entsprechende Skalenerträge und den damit verbundenen Effizienzgewinnen gerechtfertigt werden kann. Vorliegend wird die Frage, ob die aufgrund des Umsatzrabattsystems an den Tag gelegten Ungleichbehandlungen als ungerechtfertigt angesehen werden und somit als Diskriminierung angesehen werden müssen, offen gelassen.

907. Die systematische Ungleichbehandlung von [...] begründet die Post im Wesentlichen mit dem systematischen Wachstum im Versandhandel sowohl im Bereich Marketing als auch im Warenversand (vgl. Rz 109). Zudem seien gemäss Post die Sendungen im Versandhandel eher schwerer gewesen, was aufgrund von Effizienzvorteilen zu zusätzlichen Kosteneinsparungen geführt habe. Mit dem unterschiedlichen Rabatt für [...] habe die Post ein in der Zukunft erwartetes stärkeres Umsatzwachstum vorweggenommen und bereits im Preissystem berücksichtigt. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird aber nicht näher analysiert, ob es sich die Ungleichbehandlung von [...] ungerechtfertigt ist und damit eine Diskriminierung darstellt.

908. Die bereits [...] erfolgte Einführung der Rabatte für [...] deutet darauf hin, dass diese nicht als Reaktion auf zu erwartende Wettbewerber in diesem Bereich anzusehen ist. Zudem waren die Mengen und Umsätze im untersuchten Zeitraum gemäss den Erwartungen der Post gestiegen. Somit könnte bei der Ausgestaltung des [...] Preissystems ohne weitere Prüfung grundsätzlich von einer gerechtfertigten Ungleichbehandlung ausgegangen werden.

909. Für die Beurteilung des zugrundeliegenden Sachverhalts können die Fragen der Rechtfertigung der identifizierten Ungleichbehandlungen allerdings offen gelassen werden, da die Post ihr Preissystem, wie nachfolgend aufgezeigt, nicht einheitlich angewendet hat. Zusammenfassend kann daher im Hinblick auf die Ausgestaltung des Preissystems 2009 offen gelassen werden, ob dieses, insbesondere aufgrund des Rabattsprungs bei Überschreiten eines Planumsatzes von [...] Franken und der systematischen Ungleichbehandlung von [...], schon zu einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG geführt hat.

b) Anwendung des Preissystems

Ungleichbehandlung bei Preisen

910. Ausgangspunkt zur Untersuchung ob in der Anwendung des Preissystems 2009 eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG realisiert wurde, sind die rabattrelevanten Parameter, welche die Post selbst für ihre Rabattpolitik heranzieht. Gemäss dem Preissystem 2009 waren dies der Umsatz (vgl. Rz 105 ff.) sowie die drei Parameter Maschinenfähigkeit, Adressqualität und Retouren (vgl. Tabelle 1). Im Zuge der Untersuchung wurde festgestellt, dass die von der Post gewährten Rabatte allerdings für einen grossen Teil der Kunden abwichen (vgl. Ausführungen in A.4.3.2.2 ab Rz 173 f.). So wurde festgestellt, dass ca. [20-30] % der Verträge ausserhalb der geltenden Rabattbandbreiten liegen.

Handelspartner

911. Das Preissystem 2009 wurde bei den Vertragskunden angewandt. Diese Vertragskunden bezogen Postdienstleistungen von der Post und sind somit als Marktgegenseite der Post auf einer nachgelagerten Ebene anzusehen. Die Vertragskunden sind damit als Handelspartner im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG zu qualifizieren.

Wettbewerbsbehinderung/Benachteiligung

912. Die beschriebene Ungleichbehandlung wirkte sich direkt auf die Preise der Postkunden aus, die diese für ihre Versände zu bezahlen hatten. Damit entfaltete sie auf dem gleichen Markt eine Wirkung, auf dem die Diskriminierung angewendet wurde. Hierdurch wurden einzelne Marktakteure, was den Bezug einer Vorleistung anbelangt, ungleich behandelt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts werden diejenigen benachteiligt, die einen zu niedrigen Rabatt erhalten haben, und diejenigen bevorzugt, die einen zu hohen Rabatt erhalten haben.⁵⁷⁰ Diese Voraussetzung wurde durch die Anwendung des Preissystems 2009 erfüllt.

913. Die Beispiele in [...] zeigen exemplarisch das Ausmass der Diskriminierungen sowohl in einer Betrachtung, welche vom Prognoseumsatz ausgeht, als auch in einer Betrachtung, welche aufgrund der tatsächlich realisierten Umsätze ausgeht, auf. Die vollständige Erhebung der Diskriminierungen der einzelnen Vertragskunden, die untereinander in Wettbewerb stehen, wurde der Post zudem mit Schreiben vom 15. September 2017 zugestellt.

914. Die Post macht geltend, dass die vermeintlichen Abweichungen nicht nur klein, sondern minimst seien. Sie seien in jeder Hinsicht vernachlässigbar und betrügen in %-Punkten ausgedrückt durchschnittlich -[ca. 0] % beim Preissystem 2009.

915. Hierzu ist anzumerken, dass die Berechnungen der Post aufgrund der nicht eingereichten Berechnungsgrundlage nicht nachvollziehbar sind. Zudem ist die Berechnung einer durchschnittlichen Abweichung für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich, da sich durch eine solche durchschnittliche Betrachtungsweise auf der einen Seite positive und negative Abweichungen zum Teil aufheben. Zudem werden die rund zwei Drittel der Kunden, bei denen die Post Rabatte weitgehend entsprechend den Vorgaben des Preissystems gegeben hat, ebenfalls in die Gewichtung mit einbezogen. Zur Untersuchung, ob Handelspartner untereinander diskriminiert wurden, ist daher eine Einzelfallbetrachtung notwendig, wie sie in [...] oder in der Beilage zum Schreiben an die Post vom 15. September 2017 angestellt wurde. Die Post kann daher aus ihrer durchschnittlichen Berechnung nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

916. Der vorliegende Sachverhalt betrifft eine grosse Anzahl von Vertragskunden der Post, die einen nicht unerheblichen Umsatz mit dem Versand adressierter Briefpostsendungen realisieren. Zudem betragen die Rabattabweichungen zum Teil mehrere Prozentpunkte. Die Vorbringen der Post zur Geringfügigkeit der Abweichungen sowie zu den Auswirkungen auf den Wettbewerb sind damit unbeachtlich. Entgegen den Vorbringen der Post hat das Sekretariat auch Ungleichbehandlungen nicht mit Diskriminierungen gleichgesetzt, sondern lediglich nicht sachlich bzw. wirtschaftlich begründbare Ungleichbehandlungen als Diskriminierungen qualifiziert.

917. Die Post bringt zudem vor, dass das Sekretariat mit der Ahndung einer reinen sogenannten «Secondary Line Injury», welche durch zufällige und in ihrem Ausmass vollkommen vernachlässigbare Abweichungen entstünden, Neuland beschreiten würde. Bisher hätten weder die Schweizer noch die Europäischen Wettbewerbsbehörden überhaupt je auf ein missbräuchliches Verhalten geschlossen, wenn dieses nicht (auch) zu einer Behinderung von Wettbewerbern des vermeintlich marktbeherrschenden Unternehmens, also zu einer «First Line Injury geführt hätte».

918. Die von der Post vorgebrachten Argumente zur Secondary Line Injury sind aus den nachfolgenden Gründen falsch. Zum einen sieht der explizite Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG eine reine «secondary-line-discrimination» vor, indem er die Diskriminierung von Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen als eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in Betracht zieht. Zum anderen hat der EuGH im Fall

⁵⁷⁰ BGE 139 I 72 E. 10.2.2.

Aéroports de Paris eben eine solche reine «secondary-line-discrimination» als unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag (neu Art. 102 AEUV) qualifiziert (vgl. Rz 871 ff).

919. Die Post macht zudem geltend, dass für die Bejahung einer Secondary Line Injury etwa zu prüfen gewesen wäre, ob aufgrund der vermeintlichen Ungleichbehandlung zwischen Versicherungen bei den Briefpreisen eine Wettbewerbsbehinderung auf den Versicherungsmärkten die Folge war.

920. Zudem wurden die Diskriminierungen zwischen den einzelnen Handelspartnern, die direkte Wettbewerber sind untersucht.⁵⁷¹ Hierbei wurde festgestellt, dass es zu nicht unerheblichen Diskriminierungen von Handelspartnern kommt. Eine weitergehende Analyse möglicher Wettbewerbseffekte für die Handelspartner auf den Märkten auf denen sie tätig sind wäre auch praktisch kaum durchführbar. Vielmehr wären die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge kaum je zu erbringen und wären mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, als übertrieben anzusehen.⁵⁷²

921. Die Post bringt weiter vor, dass Preisdifferenzierungen in der Wirtschaft weit verbreitet seien und in zahlreichen Variationen vorkommen würden. Zudem seien sie an und für sich kein Ausdruck von Marktmacht eines Unternehmens. Auch Postunternehmen anderer Länder würden Preisdifferenzierungen in Form unterschiedlicher Rabatte anwenden. Aus ökonomischer Sicht seien Preisdifferenzierungen auch nicht per se problematisch, weshalb eine grosse Skepsis gegenüber der Missbräuchlichkeit einer Preisdifferenzierung, der keine Verdrängungsabsicht zugrunde liegen und die zu keiner Ausbeutung oder Behinderung führen würde, bestehen würde.

922. Hierzu ist anzumerken, dass eine Preisdifferenzierung nicht automatisch mit einer unzulässigen Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG gleichzusetzen ist, wie dies die Post mit ihren Ausführungen zu suggerieren versucht. Vorliegend wurde aber nicht die dem Preissystem 2009 inhärente Ungleichbehandlung der Kunden aufgrund der Kriterien Prognoseumsatz, [...], Maschinenfähigkeit, Adressqualität/-lesbarkeit und Retouren (Nutzung des Adresstools MAT(CH) Move) als Begründung für die Diskriminierung herangezogen. Vielmehr wurden lediglich diejenigen Ungleichbehandlungen, welche weder durch das Preissystem 2009 selbst oder durch weitere von der Post vorgebrachten Begründungen erklärt werden konnten, als Grundlage für die Beurteilung, ob eine Diskriminierung vorliegt herangezogen. Diese Diskriminierungen von Handelspartnern der Post haben dazu geführt, dass ein Teil der Handelspartner aufgrund der nicht sachlich gerechtfertigten tieferen Rabatte einen höheren Preis für ihre Briefversände bezahlt haben, als ihre direkten Wettbewerber, die sich in einer vergleichbaren Situation befunden haben. Mit dieser Verhaltensweise hat die Post eine kartellrechtlich unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG realisiert. Ob in anderen Bereichen der Wirtschaft kartellrechtlich nicht zu beanstandende Preisdifferenzierungen gelehrt werden, ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich.

Rechtfertigungsgründe

923. Hinsichtlich die in Rz 910 aufgeführten Ungleichbehandlungen wurden die nachfolgenden Rechtfertigungsgründe geprüft:

⁵⁷¹ Vgl. [...].

⁵⁷² Vgl. BGE 139 I 91 E. 8.3.2.

924. Die Post reichte eine eigene Analyse einer kleineren Auswahl an Verträgen (ab 1. Juli 2009 abgeschlossene Verträge, d. h. ohne früher abgeschlossene Verträge, welche im Preissystem 2009 weitergalten) ein, in der sie ebenfalls Abweichungen von den Bandbreiten untersuchte (Abschnitt A.4.3.2.2, ab Rz 168). Dabei gab sie für die erkannten Abweichungen auch Begründungen für die Abweichung an. Die Auswertung⁵⁷³ der Abweichungen von den Bandbreiten ergab folgende Ergebnisse (vgl. Tabelle 8 bei Rz 169): Bei [100-200] (d. h. [20-30] %) von [500-600] Standortverträgen waren die vereinbarten Rabatte ausserhalb der für den vereinbarten Umsatz massgebenden Rabattbandbreite. [100-200] wichen dabei gegen unten ([20-30] % aller Verträge) und [0-100] ([0-10] % aller Verträge) gegen oben ab. Die von der Post eingereichte Auswahl ergab somit ähnliche Resultate wie die Auswertungen des Sekretariats für alle geltenden Verträge (vgl. Rz 173 f), mit allerdings leicht tieferen Abweichungen. Dies lässt sich dadurch erklären, dass einige vor dem 1. Juli 2009 geschlossene Verträge nicht an die neue Rabattstaffelung des Preissystems 2009 angepasst wurden.

925. Insgesamt lassen sich die beobachteten Abweichungen bei ca. [20-30] % der Vertragskunden nicht durch die Vorgaben des Preissystems 2009 (Umsatz sowie die drei Qualitätskriterien Maschinenlesbarkeit, Adressqualität und Retouren) erklären (Rz 173 f). Damit handelt es sich um Abweichungen vom Preissystem 2009, welche durch dieses nicht gerechtfertigt werden können.

926. Die Post bringt vor, dass der Würdigung des Rabattsystems durch das Sekretariat ein falsches Verständnis dahingehend zugrunde liegen würde, dass der Kundenberater „oben“ den Vorjahresumsatz und die weiteren Kundeneigenschaften eingeben würde und „unten“ automatisch der Rabatt herauskommen würde. Das Rabattsystem sei vielmehr prognosebasiert, was Treuerabatte verhindern und dem Kundenbedürfnis nach Berechenbarkeit der Kosten ermöglichen würde. Aus diesem Grund würden die Kundenberater mit den Kunden einen Planumsatz vereinbaren. Hierbei würden die Preissysteme nicht rein mechanisch zur Anwendung kommen, sondern es würde auf das individuelle Kundengespräch abgestellt, weshalb dem Kundenberater zwingend ein Spielraum zukommen würde. Hierbei würden individuelle Einzelfälle berücksichtigt. Zudem seien die Abweichungen rein rechnerische und zufällige, welche über die gesamte Kundenbasis erhoben nicht missbräuchlich sein könnten.

927. Hierzu ist anzumerken, dass die Kundenberater in der Regel durch die Vereinbarung des Prognoseumsatzes und der weiteren Parameter die kundenindividuellen Spezifika bereits berücksichtigten. So wurde in der Analyse die Abweichung des Rabatts von der Rabattvorgabe beruhend auf dem vereinbarten Prognoseumsatz und den weiteren Parameter untersucht. Die Post kann daher aus diesen Ausführungen keine schlüssige Begründung für die Abweichungen vorbringen. Aufgrund der grossen Anzahl der Abweichungen, die insgesamt ca. [20-30] % der Verträge betrifft, kann auch nicht von rein zufälligen Abweichungen im Sinne von Übertragungsfehlern etc. gesprochen werden. Auch dies sind keine stichhaltigen Vorbringen, welche als sachliche Begründungen für die durch die Abweichungen entstehenden Ungleichbehandlungen herangezogen werden könnten. Es sind auch keine anderen sachlich gerechtfertigten Gründe ersichtlich, mit welchen eine solche Ungleichbehandlung erklärbar wäre.

928. Im Rahmen der Untersuchung hat die Post für eine Auswahl an Vertragskunden auf Nachfrage die Gründe für die Abweichungen angegeben, wobei in den nicht sachlich begründeten Fällen oft «konkretes Verhandlungsergebnis» als Grund angegeben wurde. Eine Ungleichbehandlung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, welche rein durch die Marktstellung dieses Unternehmens begründet wird, wurde sowohl in der Schweizer Praxis (vgl. Rz.

⁵⁷³ Ausgenommen von der Auswertung waren wiederum die von der Post angegebenen Durchschnittsrabatte.

861) als auch in der EU-Praxis (vgl. Rz 871 ff.) als unzulässiges Wettbewerbsverhalten qualifiziert. Dies kann daher nicht als sachliche Begründung für die von der Post gelebte Ungleichbehandlung herangezogen werden.

929. Massgebend für den Rabatt war laut Rabattvorgabe der Post zwar der *vereinbarte* Umsatz. Bei Abweichungen mussten der Vertrag und der vereinbarte Umsatz laut postinterner Vorgabe angepasst werden. Der Vollständigkeit halber wurde daher zudem überprüft, ob die vereinbarten Rabatte innerhalb der Bandbreiten lagen, welche im Vorjahr oder während der Vertragsdauer für die tatsächlich realisierten Umsätze anwendbar gewesen wären. Diese Analyse wurde vorgenommen, um zu prüfen, ob die Kundenberater in einzelnen Fällen gewisse zukünftige Änderungen im Versandverhalten bereits vorweggenommen haben, dies sich aber in der Umsatzprognose nicht widerspiegelte.

930. Die Auswertung (vgl. Rz 175 ff.) zeigt, dass auch die tatsächlich erzielten Umsätze in der Vorjahresperiode oder in derselben Periode die vereinbarten Rabatte (resp. die Abweichungen von den aufgrund der vereinbarten Rabatte anwendbaren Rabattbandbreiten) nicht erklären können: Die vereinbarten Rabatte waren nur bei zwischen [200-300] und [200-300] Verträgen (zwischen [20-30] % und [20-30] %) im Bereich der Bandbreite, welche mit Bezug auf die tatsächlichen Umsätze in der Vorperiode anwendbar gewesen wäre (Tabelle 10, Rz 176). Der Rest der Verträge lag unterhalb oder oberhalb der entsprechenden Bandbreiten, und ein grosser Teil der Kunden (zwischen [400-500] und [500-600] Verträge resp. [40-50] % und [60-70] %) erhielt einen Vertrag, obwohl sie den Umsatz von 100'000 Franken pro Jahr nicht erreichten. Das gleiche Bild ergibt sich (Tabelle 11, Rz 178), wenn die tatsächlichen Umsätze der gleichen Periode als massgebliche Grösse für den vereinbarten Rabatt herangezogen werden. Daher muss auch das Argument, dass die in Abweichung von den Prognoseumsätzen festgelegten Rabatte, in einer rückblickenden Betrachtung aufgrund der tatsächlich erzielten Rabatte gerechtfertigt gewesen wären, als unbegründet abgelehnt werden.

931. Zusätzlich wurde auch eine Auswertung zur Rabattzuteilung innerhalb der Rabattbandbreite vorgenommen. Grundsätzlich galt laut Rabattliste der Post für die Bestimmung des Rabatts innerhalb der Bandbreite für alle Vertragskunden, welche [...] waren, allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite (vgl. Rz 107). In begründeten Ausnahmen konnten Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden. Voraussetzung war, dass die Rabattbandbreitenkriterien gemäss Checkliste Vertragskunden erfüllt waren (Maschinenfähigkeit 95%, gute Adressqualität, Retouren / MAT(CH) Move). Für [...] galt allgemein der [...]. Die Rabatte innerhalb einer Rabattbandbreite konnten zwischen 0.5 % und zu 4 % auseinanderliegen.

932. Die Auswertung ergab Folgendes (vgl. Abschnitt A.4.3.2.3, Rz 184 ff.): Von den [600-700] «normalen» (keine [...]) Vertragskunden erhielten [50-100] (gut [10-20] %) einen Rabatt zwischen Minimalrabatt und Richtwert – und waren somit eine «begründete Ausnahme»–, und weitere [50-100] Verträge (gut [0-10] %) sahen gar Rabatte über dem Richtwert vor, was in der Rabattvorgabe nicht vorgesehen war. Bei den [...] war der Anteil von Abweichungen vom Richtwert grösser: Von [100-200] Verträgen wiesen [0-50] (gut [10-20] %) einen tieferen Rabatt oder gar nur den Minimalrabatt aus, weitere [0-50] (gut [30-40] %) [...] erhielten einen Rabatt über dem Richtwert. Somit kam es auch innerhalb der durch das Preissystem der Post für die Kundenberater geltenden Vorgaben zu Abweichungen vom Preissystem, die durch dieses nicht sachlich gerechtfertigt werden konnten.

933. Hinsichtlich des Ausnutzens der Verhandlungsspielräume der Kundenberater als mögliche sachliche Begründung für eine Ungleichbehandlung kann festgehalten werden, dass ein grosser Teil der im Rahmen der Untersuchung betrachteten Ungleichbehandlungen Abweichungen umfasste, bei denen der angewandte Rabatt ausserhalb der für die einzelnen Rabattstufen geltenden Bandbreiten lag. Damit handelte es sich bereits um qualifizierte Abweichungen von der internen Rabattvorgabe. Aber auch für Abweichungen innerhalb der

Bandbreite gilt, dass Verhandlungen per se grundsätzlich keine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern darstellen: Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat eine erhöhte Verantwortung zur Gleichbehandlung seiner Kunden. Unterschiedliche Preise (und andere Geschäftsbedingungen) müssen auf nachvollziehbaren anerkannten Gründen beruhen und aufgrund von klar definierten Kriterien einheitlich angewandt werden. Im vorliegenden Fall bestanden interne Vorgaben auf der Preisliste, welche jedoch nicht einheitlich angewandt wurden. Kriterien, aufgrund welcher von Verhandlungen abgewichen werden konnte, sind nicht dokumentiert (Rz 171.e). Die Abweichungen können somit nicht durch das Ausnutzen allfälliger Verhandlungsspielräume gerechtfertigt werden.

934. Betreffend die *in der relevanten Periode* tatsächlich realisierten Umsätze kann festgehalten werden, dass diese erst in einer rückblickenden Betrachtung bekannt sind. Wenn die tatsächlich realisierten Umsätze hätten berücksichtigt werden sollen, so hätte die Post ein grundsätzlich anderes Preissystem aufbauen müssen. Daher ist dieses Vorbringen betreffend die festgestellte Ungleichbehandlung nicht stichhaltig. Soweit auf bereits *in der Vergangenheit realisierte Umsätze* abgestellt wurde, hätten diese Umsätze in die vereinbarten Umsatzprognosen einfließen müssen und die Post hätte basierend hierauf den korrekten Rabatt gewähren müssen.

935. Ein weiterer Grund für Ungleichbehandlungen können Produkttests sein. Es ist auch einem marktbeherrschenden Unternehmen unbenommen, Tests für neue Produkte durchzuführen, sofern diese in einem angemessenen Zeitrahmen durchgeführt werden. Ausserdem ist darauf zu achten, dass dies nicht als Vorwand verwendet wird, um etwa besonders wechselbereiten Kunden aussergewöhnliche Konditionen anzubieten und daher diese Kunden im Vergleich zu anderen Kunden zu bevorzugen. Sofern somit im relevanten Zeitraum Tests für Quartalsrabatte durchgeführt wurden, kann es diesbezüglich zu Abweichungen vom Preisschema in den einzelnen Perioden kommen. Diese wären somit gegebenenfalls gerechtfertigt. Allerdings sind von [100-200] Abweichungen (nur Standortverträge, welche ab 1. Juli 2009 abgeschlossen wurden) gemäss Angaben der Post nur [0-10] auf diese Tests zurückzuführen. Damit scheiden auch Tests als Erklärung für die vorliegenden Ungleichbehandlungen aus.

936. Mögliche Zahlungsausfälle sind ein klassischer Grund, welche schlechtere Konditionen für gewisse Kunden zu rechtfertigen vermögen, sofern das Delkredererisiko nicht auf andere Weise (etwa Vorauszahlung) vermieden werden kann. Vorliegend betraf dies nur einen einzigen Vertragskunden, welcher sich in Liquidation befand und über den später der Konkurs eröffnet wurde. Es wurde vorliegend nicht abgeklärt, ob der Post anderweitige Möglichkeiten wie Vorauszahlung ohne übermässigen Aufwand zur Verfügung gestanden wären. Aufgrund der Konkursgefahr wird daher vorliegend davon ausgegangen, dass die Rabattabweichung zu Ungunsten des spezifischen Kunden gerechtfertigt sein könnte.

937. Weitere Unterscheidungskriterien, betreffend welche eine Unterscheidung der Rabatte für die Kunden vorgenommen werden sollte, sind in den eingereichten Unterlagen und Vorgaben für die Kundenberater nicht dokumentiert. Weitere sachliche Gründe und daraus abgeleitete Parameter, welche von der Post für die konkrete Festlegung der Rabatte herangezogen worden wären, sind auch nicht ersichtlich bzw. wurden bereits in der Berechnung des Rabatts berücksichtigt. Daher liegen abgesehen von den Quartalsrabatt-Tests und der fehlenden Bonität keine sachlichen Gründe vor, welche die von der Post an den Tag gelegte Ungleichbehandlung rechtfertigen würden.

938. Als weitere Begründung für die Ungleichbehandlungen können allfällige Abweichungen durch Rabattkorrekturen angenommen werden. Daher wurde auch untersucht, ob allfällige Abweichungen durch Rabattkorrekturen infolge der anwendbaren Qualitätskriterien Maschinenfähigkeit, Adressqualität/-lesbarkeit und Retouren (Nutzung des Adresstools MAT(CH) Move) begründet waren, welche neben dem Umsatz zu berücksichtigen waren (vgl. Analyse Rz 190 ff.). Gemäss der von der Post eingereichten Vertragsliste für den Zeitraum von Januar

2001 bis März 2011 kamen Korrekturen aufgrund von Maschinenfähigkeit und Adressqualität/-lesbarkeit gar nie vor, Korrekturen aufgrund von Retouren für das Preissystem 2009 nur bei [0-50]⁵⁷⁴ von [2'000-3'000] Verträgen. Für die übrigen Verträge war gemäss Daten die Korrektur «nein» oder «nicht bekannt»/«unbekannt». Die Auswertung ergab zunächst, dass vom Vermerk hinsichtlich Retouren kein Muster hinsichtlich der Rabatthöhe abgeleitet werden kann. Vielmehr kamen Abweichungen von den Bandbreiten aber auch von den Richtwerten in beide Richtungen häufig vor und zwar unabhängig davon, ob laut Daten eine Änderung des Rabatts aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren erfolgte, nicht erfolgte oder dies der Post nicht mehr bekannt war.

939. Aus der zusätzlich vorgenommenen Analyse der bestätigten Abweichungen aufgrund des Kriteriums der Retouren (Nutzung MAT(CH) Move) geht zudem klar hervor, dass die vorgenommenen Korrekturen aufgrund dieses Kriteriums weder Abweichungen von der Bandbreite noch Abweichungen innerhalb der Bandbreite zu erklären vermögen (Rz 193 ff.). Dies bedeutet, dass auch diese Korrekturfaktoren nicht als sachliche Begründung für die vorgefundene Ungleichbehandlung herangezogen werden können.

940. Somit können die beobachteten Ungleichbehandlungen weder basierend auf den tatsächlich erreichten Umsätzen in einer rückblickenden Betrachtung noch basierend auf einer vorausschauenden Betrachtung, basierend auf den Umsätzen des jeweiligen Vorjahres, erklärt werden.

941. Für die Durchschnittsverträge wurden vorliegend keine Auswertungen vorgenommen. Diese wurden entsprechend nicht in die Analyse mit einbezogen und damit der Post auch nicht vorgeworfen. Indes zeigt sich aber sogar anhand der von der Post ausgesuchten und eingereichten Beispiele, bei denen bei drei von vier Verträgen der vereinbarte Rabatt von der korrekten Berechnung (wenn auch nur in geringem Masse) abwich, dass auch hier keine einheitliche Handhabung bestand (Rz 202).

942. Damit ist erstellt, dass die Kundenberater ohne Vorliegen sachlicher Gründe mit etwas mehr als [20-30] % der Kunden Rabatte vereinbart haben, welche ausserhalb der im Preissystem geltenden Rabattbandbreiten lagen und waren nicht sachlich bzw. wirtschaftlich begründet. Weiter wurden auch innerhalb der Bandbreiten die Rabatte nicht einheitlich vergeben. Damit hat die Post (wie dies die Beispiele in [...] exemplarisch aufzeigen) Vertragskunden hinsichtlich der Rabatte für den Briefversand untereinander im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG diskriminiert.

943. Im vorliegend zu beurteilenden Fall sind für die festgestellten Diskriminierungen auch keine weiteren sachlichen Gründe, ersichtlich, welche die Diskriminierungen rechtfertigen würden. Weder gehen solche Effizienzgründe aus den eingereichten Unterlagen hervor, noch wurden von der Post solche vorgebracht.

Fazit

944. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die uneinheitliche Anwendung des Preissystems 2009 eine unzulässige Verhaltensweise durch die Realisierung einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellt.

⁵⁷⁴ Davon gehörte ein Vertrag jedoch zu einem Geschäftskunden mit Kollektivrabatt. Ausgewertet wurden somit 41 Verträge.

c) Zwischenergebnis

945. In den Rz 905 bis 944 wurden die in der Sachverhaltsabklärung identifizierten Ungleichbehandlungen kartellrechtlich geprüft. Die praktischen Auswirkungen dieser Diskriminierungen wurden bereits exemplarisch in [...] anhand von einzelnen Beispielen aufgezeigt.

946. Die obige Analyse zeigt, dass die Post im Rahmen der Anwendung des Preissystems 2009 das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung von Handelspartnern erfüllt hat. Da zudem keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, ist ihr Verhalten als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG zu qualifizieren.

B.4.3.1.4 Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems CAPRI

947. Beim Preissystem CAPRI wird hinsichtlich der Diskriminierung von Handelspartnern vorwiegend die Preislisteneinteilung (vgl. Rz 124 ff.) sowie der Zusatzrabatt (vgl. Rz 139 ff.) geprüft. Hierbei ist in einer Gesamteffektbetrachtung zu untersuchen, ob es zu Diskriminierungen von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG kommt (vgl. Rz 844).

a) Ausgestaltung der Preislisteneinteilung sowie des Zusatzrabatts

Ungleichbehandlung bei Preisen

948. Damit eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegt, muss es zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder zu einer gleichen Behandlung von nicht gleichartigen Sachverhalten kommen (vgl. Rz 845). Im Preissystem CAPRI wurden Kunden anhand der Parameter Segmentzuordnung, Prognoseumsatz, Jahresprofil, Monatsprofil, Verwendung des Online Aufgabeverzeichnisses (AVZ Online), Frankaturen und Adressqualität/Retouren in eine von 60 Preislisten eingeteilt (vgl. Rz 124 ff.). Zudem wurden den Kunden individuell die monatlichen Umsatzabstufungen mitgeteilt, gemäss welcher sie einen Zusatzrabatt von 0 % bis 3 % erhalten sollten. Der monatliche Gesamtrabatt errechnete sich insbesondere aus dem Grundrabatt gemäss Preislisteneinteilung sowie dem jeweils monatlich anhand des tatsächlich monatlich erzielten Umsatzes festgelegten Zusatzrabatt.

949. Diese von der Post gewählten Parameter werden als Grundlage für die Beurteilung der Ungleichbehandlung der einzelnen Kunden herangezogen. Ohne im Detail näher geprüft zu haben, ob die Parameter Segmentzuordnung, Prognoseumsatz, Jahresprofil, Monatsprofil Verwendung des Online Aufgabeverzeichnisses, Frankaturen und Adressqualität/Retouren mit entsprechenden Effizienzvorteilen bei der Post einhergehen können, wurde offen gelassen, ob gestützt auf die Anwendung dieser Kriterien bei der Preislisteneinteilung Ungleichbehandlungen unbegründet und damit als wettbewerbsrechtlich problematisch anzusehen sind.

950. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Zusatzrabatts wurden allerdings verschiedene Effekte beobachtet, welche zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Handelspartnern der Post führten.

951. Laut Angaben der Post wurde mit dem Zusatzrabatt hauptsächlich bezweckt, im Rahmen der ex-ante-Festlegung der anwendbaren Preise sicherzustellen, dass alle Vertragskunden gleich behandelt werden, indem Anpassungen zwischen vereinbartem und tatsächlichem Umsatz zeitnah ausgeglichen werden (vgl. vorne, Rz 146 f.). Der Zusatzrabatt war laut Post nur für massvolle Abweichungen gedacht, bei grösseren Abweichungen sollte die Preisliste angepasst werden.

952. Die Analyse der Konzeption des Zusatzrabatts zeigt, dass dieser nicht zur Gleichstellung der Vertragskunden führte, sondern im Gegenteil zusätzliche Ungleichbehandlungen bewirkte, weil er jeden Monat neu aufgrund der monatlich schwankenden Umsätze festgelegt wurde.

953. Hierbei sind drei Effekte, die durch den Zusatzrabatt ausgelöst wurden, zu unterscheiden.

Effekt 1: Abweichung von der Jahresumsatzprognose

954. Einerseits sind Konstellationen zu erwähnen, bei denen ein Vertragskunde in einer Jahresbetrachtung von seiner Umsatzprognose abwich. Dabei ist zu vergleichen, ob dieser Vertragskunde aufgrund der Abweichung im Endeffekt rabattmässig anders gestellt wurde als ein Kunde, welcher aufgrund einer korrekten Prognose die gleiche Gesamtmenge einlieferte. In der Analyse hat sich gezeigt, dass der Zusatzrabatt in der Tendenz zu einer Schlechterstellung bei einer Reduktion des Umsatzes (z. B. bei Verlagerung auf die Konkurrenz) respektive zu einer Besserstellung bei Umsatzerhöhung (z. B. zusätzlicher Versand) führte, sofern die Schwellen des Zusatzrabatts überschritten wurden (vgl. dazu die Beispiele in Rz 335 f., Tabelle 29, und Rz 337, Tabelle 30). Dies bedeutet, dass der Zusatzrabatt bei einer jährlichen Betrachtung einen stärkeren Effekt aufweist als eine allfällige durch die Über- oder Unterschreitung der Umsatzschwellen resultierende neue Preislisteneinteilung. Somit kann alleine schon die Ausgestaltung des Zusatzrabatts zwischen 0 % und 3 % bei einer Abweichung des tatsächlichen Umsatzes vom Prognoseumsatz zwischen -25 % und +15 % zu einer Ungleichbehandlung von Handelspartnern der Post führen, wie dies in Rz 331 ff. ausgeführt ist.

955. Hierzu ist festzuhalten, dass die Post [...]. Damit zeigt die Post auf, dass sie mit dem Zusatzrabatt nicht nur einen Ausgleich zwischen den durch die Preislisteneinteilung bedingten unterschiedlichen Rabattstufen anstrebte, sondern Anreize schaffen wollte, damit Kunden ihr Umsatzziel möglichst erreichten oder übertrafen. Solche Anreizwirkungen werden in der EU regelmässig als unzulässig qualifiziert. So hat die Kommission im Fall NBIM die Ansicht vertreten, dass Rabatte, die nicht auf Kostenersparnis beruhen, sondern mit denen der Zweck verfolgt wurde, das Interesse des Abnehmers am Erzeugnis eines anderen Lieferanten einzunengen, durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht praktiziert werden dürften (vgl. Rz 873 ff. insb. Rz 887).

956. Darüber hinaus ist die Berechnung des Zusatzrabatts auf monatlicher Basis, wie nachfolgend aufgezeigt (vgl. Rz 957 ff.), zudem ungeeignet, um das Ziel einer Korrektur einer falschen Preislistenzuordnung zu erreichen. Weitere sachliche Gründe für eine solche Ausgestaltung des Zusatzrabatts sind nicht ersichtlich, weshalb die Ausgestaltung des Zusatzrabatts bereits in dieser Hinsicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung und somit zu einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG führte.

957. Die Post hält das Jahresbeispiel in Rz 337, Tabelle 30, für unrealistisch. Eine derart signifikante Umsatzabweichung werde spätestens nach drei Monaten dem zuständigen Kundenberater oder der zuständigen Kundenberaterin gemeldet und die Prognose gemeinsam mit dem Kunden revidiert. Genau um solches zu vermeiden, habe die Post das für sie relativ aufwändige Verfahren der monatlichen Rabattgewährung mit dem Prognosesystem gewählt. Der monatliche Umsatzrabatt diene lediglich dazu, kurzfristige Schwankungen abzufedern.

958. Umsatzänderungen führten jedoch laut der Vorgaben und Anwendung der Strukturkontrolle nicht notwendigerweise zu Anpassungen der Konditionen (vgl. vorne, Abschnitt A.4.3.3.2, Rz 241 ff.): So wurden die Kundenberater nur dann alarmiert, wenn ein Kundenparameter zu einer Profiländerung führte, die eine Preislistenänderung zur Folge hatte. Bewirkte eine Umsatzänderung somit keine Preislistenkorrektur, geschah nichts. Auch in der Anwendung des Preissystems (vgl. Rz 309 ff.) zeigte sich, dass der Zusatzrabatt häufig und über eine lange Dauer zur Anwendung kam, weshalb das Argument der schnellen Neuverhandlung

der Verträge bei Abweichungen weder einheitlich vom System vorgesehen war, noch tatsächlich umgesetzt wurde. Wie in Rz 393 ff. exemplarisch aufgezeigt, kam es denn auch tatsächlich zu weitreichenden Ungleichbehandlungen, die über einen langen Zeitraum (von mehreren Monaten bis zu mehreren Jahren) anhielten. Die Rechtfertigung der Post, dass der Zusatzrabatt, wenn überhaupt, nur für sehr kurze Zeit zur Anwendung gelangte, ist daher tatsachenwidrig und kann daher nicht als Begründung für die durch den Zusatzrabatt bewirkte Ungleichbehandlung herangezogen werden.

959. Weiter war ein Kundenberater oder eine Kundenberaterin nur dann zum Handeln gezwungen, wenn eine Verschlechterung im Profil eintrat. Bis Ende 2014 [...]. Ausserdem ist zu bedenken, dass die Anpassung der Konditionen stets [...] eintrat. Bei einer Neukalkulation erfolgte die Strukturkontrolle [...]. Die Auswertung hat jedoch gezeigt, dass vielfach trotz Abweichungen des Profils von der Zielpreisliste nur sehr langsam Änderungen vorgenommen wurden oder gar keine Anpassungen stattfanden (vgl. allgemein zu Preislistenanpassungen Rz 260 ff., zu Anpassungen im Rahmen der Strukturkontrolle Rz 278 ff. und zu Anpassungen der vereinbarten Umsätze Rz 322 ff.).

960. Die Befragung (vgl. vorne, Kapitel A.4.5.3, Rz 475 f.) hat zudem gezeigt, dass sehr wenige unterjährige Vertragsanpassungen vorgenommen wurden. So gaben nur zehn Vertragskunden an, dass die Post ihnen den Vertrag seit Einführung (bis Herbst/Ende 2003) gekündigt hatte.⁵⁷⁵ Nur in acht Fällen waren es Profilver schlechterungen (v. a. Umsatz). D. h. nur rund 3 % der Kunden hatte in den eineinhalb Jahren eine Kündigung seitens der Post infolge Profilver schlechterung zu gewärtigen. Demgegenüber kündigte keiner der befragten Vertragskunden in derselben Zeitperiode selbst den Vertrag. Dies zeigt deutlich auf, dass die von der Post angefügten Korrekturmechanismen die durch die Ausgestaltung des Zusatzrabatts bewirkten Ungleichbehandlungen nicht zu korrigieren vermochten, weshalb diese somit auch nicht als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung herangezogen werden können.

961. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Ausgestaltung des Zusatzrabatts mit einem Rabatt von 0 % bis 3 % bei einer Abweichung des tatsächlichen Umsatzes vom Prognoseumsatz zwischen -25 % und +15 % sachlich nicht gerechtfertigt ist und zu einer Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG führen kann.

Effekt 2: schwankende Umsätze

962. Andererseits zeigt das Beispiel in Rz 341 f., Tabelle 31, dass auch unterjährige Konstellationen denkbar sind, in denen es zu Ungleichbehandlungen kam, obwohl zwei Vertragskunden über 3 Monate gesehen die gleichen Mengen einlieferten und beide ihren Umsatz korrekt prognostiziert hatten.

963. Wie schon im erwähnten vorstehenden Beispiel zeigen die Beispiele in Rz 332–334 sowie Rz 343 f., dass Ungleichbehandlungen auch bei akkurater Jahresprognose vorkommen konnten. Im Beispiel in Tabelle 32 (Rz 343) erhält einer der Vertragskunden trotz gleichem Umsatz und praktisch identischem Jahresprofil⁵⁷⁶ einen rund 7 % höheren Rabatt als der andere.

964. Die Auswertung der Anwendung der Zusatzrabatte (Rz 309309–313) zeigt, dass sich eine Vielzahl der Kunden beim Zusatzrabatt in den extremen Randbereichen, also entweder bei einem sehr tiefen Zusatzrabatt von 0 % oder einem sehr hohen Zusatzrabatt von 3%, befanden (vgl. Rz 309 ff., Rz 322 ff. sowie Tabelle 33). So konnten unregelmässige Versände dazu führen, dass ein Vertragskunde bei beispielsweise zweimonatigem Versand und dem

⁵⁷⁵ Sechs Vertragskunden beantworteten die Frage nicht.

⁵⁷⁶ Zum Zusammenspiel zwischen Zusatzrabatt und Jahresprofil siehe unten, Rz 965 sowie 369.

Erreichen seiner Jahresumsatzprognose durchgängig einen Durchschnittsrabatt von 3 % erhielt, während ein Vertragskunde mit monatlichem Versand und dem Erreichen seiner Jahresumsatzprognose durchgängig einen Durchschnittsrabatt von 2 % erhielt.

965. Unregelmässige Versände sollten durch den Parameter Jahresprofil korrigiert werden, so dass auch das Verhältnis zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt geprüft wurde. Neben dem Umsatz war das Jahresprofil ein entscheidendes Kriterium zur Einstufung der einzelnen Kunden in die jeweilige Preisliste (vgl. vorne, Rz 125.a). Hierbei wurde die Schwankung der Anzahl Sendungen pro Monat über das Jahr hinweg abgebildet, wobei die Post starke Schwankungen kostenerhöhend und schwache Schwankungen als kostensenkend ansah. Der Kunde konnte je nach Schwankung [...]. Die Post begründete diese unterschiedliche Behandlung der Kunden mit sachlichen Effizienzgründen: So müsse die Post bei unregelmässigen Versänden mehr Versandkapazitäten vorhalten. Dies sei zudem schwerer planbar als bei regelmässigen Versänden, weshalb regelmässige Versände bedeutend geringere Kosten verursachen würden als unregelmässige Versände. Daher rechtfertige es sich gemäss Aussagen der Post, bei regelmässigen Versänden einen entsprechenden Preisnachlass zu gewähren.

966. Die Höhe des Zusatzrabatts hing vom Vergleich des erzielten Umsatzes zum durchschnittlichen Planumsatz (ein Zwölftel des vereinbarten Jahresumsatzes zu Preisen gemäss individueller Preisliste) ab. Hierbei resultierte bei einer Abweichung nach unten ein geringerer Zusatzrabatt und bei einer Abweichung nach oben ein höherer Zusatzrabatt. Der Zusatzrabatt sollte laut Post Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde liegt, und dem tatsächlichen Umsatz zeitnah auf monatlicher Basis ausgleichen.

967. Die Analyse der Ausgestaltung der beiden preisrelevanten Parameter Jahresprofil und Zusatzrabatt hat gezeigt, dass sie gegenläufige Effekte haben konnten, wenn ein Kunde mit der Post monatlich unterschiedliche Mengen versandte (vgl. vorne, Rz 369 ff.). Während der Zusatzrabatt tendenziell Schwankungen mit einem höheren Rabatt „belohnte“, wurde der Kunde aufgrund des Jahresprofils bei höheren Schwankungen teilweise durch die Einstufung in eine schlechtere Preisliste bestraft. Aus einer exemplarischen Gegenüberstellung bei einem Szenario, in welchem gleichmässige Versände angenommen werden, geht insbesondere hervor, dass Bereiche bestanden, in welchen Kunden mit geringeren Schwankungsbreiten aufgrund des Zusatzrabattes schlechter gestellt wurden als Kunden mit höheren Schwankungsbreiten (vgl. Abbildung 15). Für diese Art der systemimmanenten Ungleichbehandlung sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Daher stellt eine solche Ungleichbehandlung eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG dar.

Effekt 3: Anreizwirkung

968. Die Preislisteneinteilung der Kunden wurde jeweils zusammen mit dem Kundenberater, meist jährlich, vorgenommen. Damit kann die Preislisteneinteilung, sobald sie einmal vorgenommen wurde, als mehr oder minder fix bezeichnet werden. Eine Änderung der Preisliste war zudem mit Aufwand (Kündigung, Terminvereinbarung mit Kundenberater, Verhandlung und Abschluss eines neuen Vertrages) verbunden. Wie die Auswertungen zeigen, wurden denn auch einmal vereinbarte Preislisten über längere Zeit nicht geändert (vgl. Rz 263). Der Zusatzrabatt wurde hingegen jeden Monat basierend auf dem Versandverhalten der Kunden neu berechnet. Änderungen im Versandverhalten der Kunden hatten daher einen direkten Einfluss auf den Zusatzrabatt, aber keinen unmittelbaren und wenn überhaupt nur eine verzögerte Auswirkung auf die Preislisteneinteilung. Indem der Kunde aber für das monatlichen Erreichen oder Übertreffen seiner Umsatzprognose belohnt werden sollte, erfüllt der Zusatzrabatt eine Anreizwirkung, welche geeignet ist, die Postkunden an die Post zu binden und sie davon abzuhalten, zu Wettbewerbern zu wechseln. Die Post nennt in ihren Schulungsunterlagen eine stärkere Kundenbindung, mit der eine Umsatzstabilisierung in der Zukunft erreicht werden soll,

explizit als Vorteil des neuen Preissystems. Auch in der Praxis der EU wurde eine solche Drittwirkung eines diskriminierenden Verhaltens («primary-line-discrimination») als kartellrechtlich unzulässig befunden (vgl. Rz 887 sowie Rz 892 und Rz 895 ff.).

Handelspartner

969. Die CAPRI-Vertragskunden, die durch das Zusammenspiel von Zusatzrabatt und Jahresprofil diskriminiert wurden, fragen Postdienstleistungen von der Post nach und sind damit als Handelspartner der Post zu qualifizieren.

Wettbewerbsbehinderung/Benachteiligung

970. Von den oben beschriebenen ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen waren grundsätzlich sämtliche Vertragskunden betroffen. Trotz gleichem Umsatz wurden aufgrund der Ausgestaltung des Preissystems die einzelnen Handelspartner unterschiedlich behandelt.

971. Obwohl ein unregelmässiger Versand durch Vertragskunden gemäss Aussagen der Post für sie zu höheren Kosten führte, konnten Vertragskunden durch die strategische Bündelung der Versände einen höheren Zusatzrabatt erzielen. Dies bedeutet gleichzeitig, dass diese Kunden bevorzugt wurden. Diejenigen Kunden, die allerdings einen weniger stark schwankenden Versand hatten und damit zu einer konstanteren Kapazitätsauslastung der Post beitrugen, erhielten einen im Vergleich niedrigeren Zusatzrabatt, ohne notwendigerweise aufgrund des Jahresprofils eine bessere Preislisteneinteilung zu erhalten. Damit wurden diese Kunden von der Post gegenüber denjenigen, die aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit oder aufgrund von strategischem Verhalten unregelmässiger versandten, benachteiligt.

972. Dies bedeutet, dass bereits durch die Ausgestaltung des Preissystems gewisse Handelspartner bevorzugt und andere benachteiligt wurden. Dies stellt für die schlechter gestellten Vertragskunden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar, womit deren Stellung im Markt beeinträchtigt wurde.⁵⁷⁷ Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Rz 948 ff. sowie Rz 915 ff. verwiesen werden.

973. Hinsichtlich des Zusatzrabatts ist zudem darauf hinzuweisen, dass gemäss jungst bestätigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits das den Wettbewerb einschränkende Potenzial eines Rabattsystems ausreicht, um die Existenz eines Treuesystems zu demonstrieren.⁵⁷⁸ Vorliegend war zudem der Zusatzrabatt tatsächlich dazu geeignet die Kunden an die Post zu binden und somit eine gewisse Treuwirkung zu entfalten, weshalb auf das Tatbestandselement der Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG realisiert wurde.

Rechtfertigungsgründe

974. Weiter stellt sich die Frage, ob eine solche Diskriminierung gerechtfertigt werden kann. Die Post gab an, dass stark unterschiedliche Versände pro Monat aufgrund von Kapazitätsengpässen und die Notwendigkeit, die entsprechenden Kapazitäten vorzuhalten, höhere Kosten verursachten. Um dies im Preissystem abzubilden führte die Post das Kriterium Jahresprofil ein. Der Zusatzrabatt hatte aber genau die entgegengesetzte Wirkung, weshalb die durch den Zusatzrabatt entstehende Diskriminierung sachlich nicht begründet werden kann.

975. Hinsichtlich der Prüfung der Rechtfertigungsgründe zum Zusatzrabatt im Zusammenhang mit den generellen diskriminierenden Rabattwirkungen kann auf die Diskussion in Rz

⁵⁷⁷ BGE 139 I 72, E. 10.2.2.

⁵⁷⁸ Urteil des Europäischen Gerichts vom 12. Juni 2014 in Sachen T-286/09, *Intel gegen Europäische Kommission*, Rz 145, bestätigt durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 6. September 2017 in Sachen C-413/14 P, *Intel gegen Europäische Kommission*.

1108 ff. verwiesen werden. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden durch die Post auch nicht vorgebracht.

Fazit

976. Somit stellt die Ausgestaltung des Preissystems der Post durch die überschüssende generell diskriminierende Wirkung des Zusatzrabatts sowie das Zusammenspiel von Jahresprofil und Zusatzrabatt eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar.

b) Systemvorgaben und Vorgaben für die Kundenberater

Ungleichbehandlung

977. Wie in Kap. A.4.3.3.1 (Rz 221 ff.) beschrieben, sollte der Gleitpfad dafür sorgen, dass Rabattänderungen durch die Umstellung auf das Preissystem CAPRI für die Kunden schrittweise erfolgen. Der Gleitpfad dauerte schliesslich drei Jahre und fünf Monate. Im Gleitpfad wurden dabei Anpassungen einer zu guten ersten Einstufung (grundsätzlich auf dem Niveau des bisherigen Rabatts nach Preissystem 2009) eines Vertragskunden durch das System berücksichtigt und automatisch Anpassungen gegen unten an die Zielpreisliste vorgeschlagen. Hingegen wurde eine zu schlechte Einstufung eines Vertragskunden im Vergleich zur Zielpreisliste durch das System nicht berücksichtigt, es erfolgte also keine automatische Besserstellung. Dies galt unabhängig von der Entwicklung des Kundenprofils. Das bedeutet, dass bei einem Kunden, der zu Beginn im Preissystem CAPRI in eine tiefere Preisliste eingestuft wurde, als dies gemäss CAPRI gerechtfertigt gewesen wäre, aufgrund des Systemvorschlags keine Anpassung stattfand und der Kunde in der zu schlechten Preisliste verblieb. Demgegenüber wurde ein Kunde, der in eine zu gute Preisliste eingestuft worden war, gemäss System schrittweise an die für ihn geltende Preisliste herangeführt. Hierbei ist zu beachten, dass bei der initialen Einstufung in eine Preisliste, weitgehend unabhängig von der Anwendung der Parameter, diejenige Preisliste gewählt wurde, welche der für das Preissystem 2009 geltenden Preisliste am nächsten war.

978. Ähnliches galt für die Strukturkontrolle (siehe Kapitel A.4.3.3.2, Rz 241 ff.). Bei einer Verschlechterung des Profils eines Vertragskunden (preislistenrelevante Versandparameter) im Vergleich zum vereinbarten Profil war eine Massnahme des Kundenberaters oder der Kundenberaterin erforderlich (roter Status im postinternen System), nicht hingegen bei einer Verbesserung des Vertragskunden (gelber Status). Dazu kommt, dass nur Abweichungen von der Zielpreisliste gegen oben (d. h. höhere Rabatte) von der Hierarchie genehmigt werden mussten, nicht hingegen Abweichungen gegen unten (d. h. tiefere Rabatte).

979. Ganz grundsätzlich hatten die Kundenberater die Möglichkeit, [...]. Der Spielraum der Kundenberater zeigt sich denn auch in den Analysen zur Anwendung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle (Kapitel A.4.3.3.3, Rz 254).

Handelspartner

980. Das Preissystem CAPRI und damit zusammenhängend der angewandte Gleitpfad und die Strukturkontrolle wurden bei den Vertragskunden der Post mit einem Umsatz von über 100'000 Franken angewandt, die mit der Post individuelle Preise vereinbart hatten. Diese Vertragskunden bezogen Postdienstleistungen von der Post und sind somit als Marktgegenseite der Post auf einer nachgelagerten Ebene anzusehen. Die Vertragskunden sind damit als Handelspartner zu qualifizieren.

Wettbewerbsbehinderung bzw. Benachteiligung

981. Durch diese Systemvorgaben und Vorgaben an die Kundenberater kam es zu einer Ungleichbehandlung von Handelspartnern der Post. Es handelt sich bei den Vertragskunden

um Geschäftskunden mit einem grösseren Versandvolumen und der Briefversand stellt für sie eine Dienstleistung dar, welche sie für ihre Geschäftstätigkeit nachfragen. Damit stellt der Briefversand einen Inputfaktor dar. Ein Teil der betroffenen Unternehmen steht in den verschiedenen Branchen zudem in Wettbewerb zueinander (vgl. Rz 912 ff. sowie [...]). Durch die resultierende Einstufung von Kunden mit gleichartiger Ausgangslage in unterschiedliche Preislisten wurden die Vertragskunden daher untereinander im Wettbewerb behindert. In einigen Branchen sind die Versandkosten ein wichtiger Kostenfaktor, insbesondere vom Marketingbudget (zu denken ist etwa an [Versand-]Handelsunternehmen, aber auch Organisationen wie NGO, Verlage etc.). Allgemein ist der Briefversand durchaus ein gewisser Kostenfaktor für die Vertragskunden. Dabei kann für eine Behinderung auf den nachgelagerten Märkten – auch im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – nicht gefordert werden, dass die Behinderung ein bestimmtes Ausmass erreicht oder gar zur Marktverdrängung führen muss (vgl. Ausführungen zu Rz 914 ff.).⁵⁷⁹

982. Zudem hat die Post durch die Ausgestaltung des Systems und die damit zusammenhängenden internen Prozesse die Handelspartner dadurch benachteiligt, als eine zu gute Einstufung oder Profilverschlechterungen direkt vorgeschlagen und von den Kundenberatern grundsätzlich berücksichtigt werden mussten, Korrekturen aufgrund einer zu schlechten Einstufung oder aufgrund von Profilverbesserungen hingegen vom System nicht berücksichtigt wurden und Anpassungen im Ermessen der Kundenberater lagen. Bei dieser Ausgestaltung des Preissystems ist die Benachteiligung von Vertragskunden bereits systemimmanent. Es bedeutet, dass diejenigen Kunden, die von Anfang an in eine zu tiefe Preisliste eingestuft wurden, einen zu geringen Rabatt erhielten und damit als Marktgegenseite von der Post im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG benachteiligt wurden.⁵⁸⁰ [...].

Rechtfertigungsgründe

983. Weder für den Handlungsspielraum der Kundenberater (vgl. Rz 979), unabhängig von den für die Preislisteneinteilung relevanten Parameter um eine Preisliste nach oben oder nach unten abweichen zu können, noch für das fehlende Erfordernis, Preislistenverbesserungen für die Kunden nachzuvollziehen (vgl. Rz 977 f.), sind sachliche Gründe ersichtlich. Vielmehr führt dies zu einem Handlungsspielraum für die Kundenberater, der zu unbegründeten Rabattunterschieden führt.

984. Hinsichtlich der Verbesserung der preislistenrelevanten Parameter gibt die Post an, dass eine Preislistenverbesserung ohnehin im Interesse der Kunden war und diese den Vertrag jeweils hätten kündigen und einen neuen hätten vereinbaren können. Da allerdings die Kunden nur ihre eigenen Konditionen kannten und ansonsten keinerlei weitere Informationen über das Preissystem CAPRI hatten, konnten diese nicht überprüfen, ob sie in einer zu hohen oder zu tiefen Preisliste eingestuft waren. Auch die Post selbst gibt in ihren Schulungsunterlagen denn auch als Nachteil des Preissystems CAPRI an, dass für die Kunden die Zusammensetzung des kundenindividuellen Preises nicht 1:1 nachvollziehbar sei. Da somit eine Korrektur durch den Kunden quasi wegfällt, kann das Vorbringen der Post nicht als sachlicher Grund anerkannt werden.

985. Durch die Ausgestaltung der internen Organisation, des Informatiksystems und durch die Vorgaben an die Kundenberater resultierte bei entsprechender Anwendung eine nicht sachlich begründete Ungleichbehandlung bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG.

986. Als sachlicher Grund für die Systemvorgaben käme in Frage, dass die Post durch die Massnahmen versuchte, ihren Ertrag zu sichern und grössere negative Abweichungen vom prognostizierten Ergebnis zu vermeiden. Dies könnte rechtfertigen, dass nur ein Rabatt über

⁵⁷⁹ BGE 139 I 72, E. 10.2.2.

⁵⁸⁰ Vgl. zur Qualifikation BGE 139 I 72, E. 10.2.2.

demjenigen der Zielpreisliste von der Hierarchie zu genehmigen war. Indes hätte die Post dann sicherstellen müssen, dass auch tiefere Rabatte als nach Zielpreisliste nur bei begründeten Ausnahmen zur Anwendung kamen. Daher ist das Argument der Ertragssicherung auch hinsichtlich der unterschiedlichen Ausgestaltung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle nicht stichhaltig, rechtfertigt also nicht die Schlechterstellung von Vertragskunden, die zu tief eingestuft waren oder ihr Profil verbesserten.

Fazit

987. Die Diskriminierung der Vertragskunden durch die Ausgestaltung des Gleitpfads, der Strukturkontrolle und internen Anweisungen stellt eine unzulässige Verhaltensweise durch die Realisierung einer Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG dar.

c) Anwendung des Preissystems

Festlegung des Prognoseumsatzes bei Einführung von CAPRI

988. Was die Anwendung des Preissystems CAPRI anbelangt, so sollten die Kundenberater basierend auf dem Prognoseumsatz und den Korrekturen aufgrund der übrigen Parameter mit den einzelnen Kunden eine Preisliste vereinbaren. Der vertraglich vereinbarte Prognoseumsatz war laut Post hierbei auf der einen Seite für die Einstufung in die Preisliste massgeblich⁵⁸¹ und auf der anderen Seite bestimmte er, wie hoch der monatliche Zusatzrabatt aufgrund des tatsächlichen Versandvolumens ausfiel⁵⁸².

989. Laut Post sollte der Zusatzrabatt kleinere Abweichungen vom vereinbarten Umsatz korrigieren, jedoch sollte bei grösseren Abweichungen eine Preislistenanpassung erfolgen. Bei zuverlässiger Prognose sollte der Zusatzrabatt im Durchschnitt bei 2 % liegen. Der mit dem Kunden für die Einstufung in die Preisliste relevante Jahresumsatz wurde laut Post mit dem Kunden festgelegt. Sofern keine Gründe für Abweichungen bestanden, sollte er sich am Vorjahresumsatz orientieren.

990. Zunächst wurde geprüft, ob die von der Post als Umsätze des Vorjahres berücksichtigten Werte «Kundenumsatz Vorjahr» innerhalb der Spannbreite der im vorangehenden Preissystem 2009 tatsächlich erzielten Jahresumsätze lagen (vgl. vorne, Rz. 317 f.). Die Auswertung ergab, dass [20-30] % der Verträge ausserhalb dieser Spannbreite lagen, wovon [0-10] % der Verträge zu tief und [10-20] % der Verträge zu hoch, eingestuft waren.

991. Weiter wurde untersucht, ob die mit den Kunden vereinbarten Umsätze («Kundenumsatz Plan») den früher tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen (vgl. Rz 319 f.). Die Auswertung ergab, dass [30-40] % der Verträge ausserhalb der Spannbreite der tatsächlichen Umsätze lagen, wovon [0-10] % der Verträge unterhalb und [20-30] % der Verträge oberhalb der Spannbreite lagen.

992. Insgesamt zeigt sich daher, dass Spielraum bei der Festlegung des Jahresumsatzes bestand, welcher durch die Kundenberater genutzt wurde. In vielen Fällen wichen in der Folge die berücksichtigten Vorjahresumsätze sowie die vereinbarten Umsätze von den tatsächlichen vergangenen Werten in beide Richtungen ab, wobei die Kundenberater der Post die Kundenumsätze Plan im Vergleich zu den tatsächlich in den Vorjahren realisierten Umsätzen in der Tendenz eher hoch ansetzten. Dies kann ein Indiz für eine Ungleichbehandlung der Postkunden beim Preis (Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt) aufgrund eines abweichenden vereinbarten Planumsatzes sein.

⁵⁸¹ Umsatz auf Basis der offiziellen Listenpreise und der prognostizierten Mengen.

⁵⁸² Umsatz auf Basis der Preise der kundenindividuellen Preisliste und der prognostizierten Mengen.

Abweichungen zwischen vereinbartem und realisiertem Umsatz nach Einführung von CAPRI

993. Der vereinbarte Umsatz war sowohl für die Preislisteneinteilung (zu Listenpreisen) als auch für die Zusatzrabattberechnung (zu individuellen Preisen; wie im Konditionenblatt aufgeführt) relevant. In der Untersuchung ist evaluiert worden, inwiefern die realisierten Umsätze von den vereinbarten Umsätzen im Zeitverlauf abwichen. Daraus lässt sich eine Tendenz erkennen, wie die vereinbarten Umsätze gesetzt wurden und wie mit Abweichungen der tatsächlichen Umsätze im Zeitverlauf umgegangen wurde. Dazu ist aufgrund der eingereichten Zahlen zur Strukturkontrolle pro Monat der vereinbarte Jahresumsatz mit dem gleitenden realisierten Jahresumsatz des letzten Jahres vor dem Berichtsmonat verglichen worden (vgl. Rz 323 f. und Tabelle 27).

994. Als Resultat hat sich ergeben, dass die vereinbarten Umsätze im Verhältnis zu den realisierten Umsätzen eher zu hoch waren. In der Konsequenz ergibt sich daraus, dass tendenziell ein Zusatzrabatt von weniger als 2 % resultierte.

995. Im Hinblick auf die Abweichungen wurde zudem für jeden Vertrag geprüft, wie lange die Abweichung Bestand hatte (vgl. Rz 325–328 und Tabelle 28). Die Auswertung ergab, dass bei einem bedeutenden Teil der Verträge über die Zeit hinweg die Planumsätze nicht an die tatsächlichen Umsätze angepasst wurden. Dies hatte zur Folge, dass ein Teil der hiervon betroffenen Vertragskunden basierend auf der Betrachtung des durchschnittlichen monatlichen Versandvolumens tendenziell eher einen Zusatzrabatt von über 2 % und ein anderer Teil der betroffenen Vertragskunden tendenziell eher einen Zusatzrabatt von unter 2 % erhielt. Diese Ungleichbehandlungen wurden in vielen Fällen erst nach längerer Zeit durch die Anpassung der Planumsätze an die tatsächlich realisierten Umsätze korrigiert, wenn überhaupt. Zumindest war im Preissystem CAPRI keine Anpassung der Planumsätze vorgesehen, wenn nicht aufgrund der Strukturkontrolle eine Vertragsanpassung angezeigt war. Ein nicht angepasster Umsatz an die tatsächlichen Verhältnisse konnte selbst dann, wenn die Änderung nicht preislistenrelevant war, über den Zusatzrabatt grosse Rabattwirkungen haben (vgl. Rz 330 und 356).

996. Dieses Resultat zeigt den durch die Kundenberater genutzten Spielraum und kann als Indiz für eine Ungleichbehandlung der Postkunden beim Preis (Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt) aufgrund eines abweichenden vereinbarten Planumsatzes angesehen werden.

Preislisteneinstufung

Ungleichbehandlung bei Preisen

997. In der Untersuchung wurde geprüft, ob die Vertragskunden korrekt und einheitlich in die Vertragsliste eingestuft wurden und inwiefern der Gleitpfad und die Strukturkontrolle angewandt wurden. Dabei wurde analysiert, wie gross die Differenzen zwischen vereinbarter Preisliste und der eigentlich anwendbaren Zielpreisliste waren und wieviele Monate ein solcher Vertrag jeweils in Kraft war.

998. Wie oben erwähnt war ein Gleitpfad vorgesehen, um die Vertragskunden an ihre Zielpreisliste heranzuführen. Zu diesem Zweck machte das System dem Kundenberater oder der Kundenberaterin einen Preislistenvorschlag, abhängig von der Ausgangspreisliste (entsprechend dem letzten Rabatt im Preissystem 2009) und der Zielpreisliste, welche den Kundenkonditionen eigentlich entsprechen würde.

999. Laut einer postinternen Auswertung (vgl. vorne, Rz 258) [...].

1000. Diese Zahlen zeigen, dass die Kundenberater [...].

1001. Die Auswertung (vgl. vorne, Rz 260 ff.) ergab zunächst, dass viele und teils grosse Abweichungen zwischen vereinbarter Preisliste und der Zielpreisliste bestanden. Die grössten Abweichungen der vereinbarten Preisliste von der Zielpreisliste waren [5-10] Preislisten nach oben für 43 plus 2 Monate sowie [5-10] Preislisten nach unten für 42 plus 2 Monate. Es wurde festgestellt, dass die Kriterien des Preissystems und der Gleitpfad von der Post nicht wie vorgesehen und uneinheitlich angewendet wurden, und Anpassungen nur langsam oder gar nicht erfolgten. So blieben knapp [60-70] % aller Verträge mit einer Abweichung der vereinbarten Preisliste zur Zielpreisliste mindestens 13 Monate in Kraft, gut [30-40] % mindestens 25 Monate. Dies gilt auch für Verträge mit mindestens zwei Preislisten Abweichung von der Zielpreisliste. Im Verhältnis zu allen in dieser Zeitperiode geltenden Verträgen von Vertragskunden waren [30-40] % Verträge mit einer Abweichung zur Zielpreisliste, welche mindestens 13 Monate in Kraft waren. Der Anteil von mindestens 13 Monate dauernden Verträgen mit einer Abweichung von der Zielpreisliste von mindestens 2 Preislisten betrug [20-30] %.

1002. Aus der Auswertung der Strukturkontrolle (Rz 278 ff.) geht zudem hervor, dass Anpassungen aufgrund einer Profilländerung beim Kunden ebenfalls nur langsam erfolgten oder überhaupt keine Anpassungen vorgenommen wurden. Von allen mindestens dreimonatigen berechtigten (vgl. dazu Rz 281 ff.) Abweichungen dauerten aber [30-40] % länger als 6 Monate und [10-20] % länger als 12 Monate (Rz 285).

1003. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Anpassungen entgegen der Vorgabe der Post nur in den jährlichen Kontakten des Kundenberaters oder der Kundenberaterin mit dem Kunden stattfanden, dürften keine Abweichungen resultieren, die wesentlich länger als 12 Monate dauerten. Bei der Strukturkontrolle sollten die Anpassungszeiten laut Angaben der Post jedoch bedeutend kürzer sein.

1004. Durch die (teils grossen) Unterschiede zwischen vereinbarter Preisliste und Zielpreisliste im Zusammenspiel mit der inkonsequenten Anwendung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle wurden die einzelnen Kunden der Post trotz vergleichbarer Eigenschaften in unterschiedliche Preislisten eingestuft

Handelspartner

1005. Die von dem Preissystem und der Diskriminierung durch die inkonsequente Anwendung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle betroffenen CAPRI-Vertragskunden bezogen Postdienstleistungen von der Post und sind somit als Marktgegenseite der Post auf einer nachgelagerten Ebene anzusehen. Die Vertragskunden sind damit als Handelspartner zu qualifizieren.

Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung

1006. Durch die uneinheitliche Handhabung der Kriterien von Gleitpfad und Strukturkontrolle erhielten Vertragskunden teils höhere, teils tiefere Rabatte. Diejenigen Vertragskunden, welche ungerechtfertigterweise zu tiefe Rabatte erhielten, wurden gegenüber den korrekt eingestuft oder den zu hoch eingestuft Vertragskunden preislich benachteiligt und damit im Wettbewerb behindert. Gleiches gilt für die korrekt eingestuft Vertragskunden gegenüber denjenigen Vertragskunden, welche ungerechtfertigterweise zu hoch eingestuft worden waren und dadurch zu hohe Rabatte erhielten. Die Abweichungen von der Zielpreisliste waren teilweise hoch und dauerten lange.

1007. Diese Ungleichbehandlung stellt für die schlechtergestellten Vertragskunden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar, womit deren Stellung im Markt beeinträchtigt wurde (BGE 139 I 72, E. 10.2.2). Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Rz 981 verwiesen werden.

Rechtfertigungsgründe

1008. Sowohl für die bedeutend langsameren Anpassungsgeschwindigkeiten, als dies durch die Strukturkontrolle vorgegeben wäre als auch für die Tatsache, dass [30-40] % der Verträge mit einer Abweichung zur Zielpreisliste mindestens 13 Monate in Kraft waren, sind keine sachlichen Gründe der Post ersichtlich. Vielmehr wäre aufgrund von Verhältnismässigkeitsüberlegungen, welche ein marktbeherrschendes Unternehmen anzustellen hat, ein möglichst schneller Abbau der (eventuell initial bei der Einführung entstandenen) Ungleichbehandlungen angezeigt gewesen. Dies stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung (Diskriminierung) im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG dar.

1009. Die Einstufung der Vertragskunden in Preislisten der Post, die jeweils unterschiedlich von den Systemvorgaben abwichen, stellt eine Ungleichbehandlung bei den Preisen dar. Die Post nahm diese Ungleichbehandlung bei den Preisen gemäss eigenen Angaben aufgrund verschiedener Kriterien (vereinbarter Umsatz, Jahresprofil, Monatsprofil und weitere Korrekturfaktoren) vor. Diese Kriterien können allerdings nicht als sachliche Rechtfertigung für Abweichungen von der Zielpreisliste herangezogen werden, da die korrekte und einheitliche Anwendung dieser Kriterien ja gerade zur Zielpreisliste führt und eine andere Preisliste als die Zielpreisliste vereinbart wurde.

1010. Als Rechtfertigung für die unterschiedlichen Einstufungen in die einzelnen Preislisten trotz vergleichbarer Kriterien (also Abweichung von der Zielpreisliste) gab die Post an, dass sie aufgrund der Strukturkontrolle und der Umstellung der Preissysteme ein schrittweises Heranführen der einzelnen Kunden an das neue Preissystem erreichen wollte. Dies ist allerdings, wie die Auswertungen zeigen, nur sehr langsam oder nicht erfolgt (vgl. Rz 1001 ff.). Zudem ist fraglich, ob eine Übergangsphase von mehr als drei Jahren überhaupt gerechtfertigt werden kann. Vorliegend kann daher diese Begründung für die zum Teil willkürliche Preislisteneinteilung vorliegend nicht als sachliche Rechtfertigung herangezogen werden.

1011. Zunächst ist festzuhalten, dass bereits die erste Einstufung der Vertragskunden in die Preislisten nicht einheitlich erfolgte. Weiter hätte die Post, um die Kunden schrittweise an die Zielpreisliste heranzuführen, zumindest die einzelnen nach oben abweichenden Verträge beim jährlichen Kundengespräch anpassen müssen. Von denjenigen Verträgen, welche im Vergleich mit der Zielpreisliste zu hoch waren, wurden indes [500-600] auch nach einem Jahr und zwei Monaten nicht angepasst. Dies zeigt, dass die von der Post angeführten Anpassungen in der Praxis nicht oder nur unzureichend angewendet wurden. Sie kann daher nicht als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung der Handelspartner herangezogen werden.

1012. Für die zu tief eingestuft Kunden kann der Gleitpfad als Rechtfertigungsgrund ohnehin nicht herangezogen werden, da dieser auf diese Kunden nicht anwendbar war und diese aufgrund der fehlenden Transparenz des Preissystems (vgl. Abschnitt A.4.4) keinerlei Möglichkeit hatten, um festzustellen ob sie zu tief eingestuft waren.

1013. Hinsichtlich der nicht einheitlich beziehungsweise teilweise nur sehr langsam angewandten Strukturkontrolle sind keine spezifischen Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

1014. Weitere Rechtfertigungsgründe, aufgrund welcher eine solche Ungleichbehandlung über einen längeren Zeitraum hätten erklärt werden können, sind nicht ersichtlich. Es wurden auch keine solchen Rechtfertigungsgründe seitens der Post vorgebracht. Im Hinblick auf das geänderte Preissystem CAPRI ab 2015, welches vorliegend nicht beurteilt wird, hielt die Post dann in den Schulungsunterlagen fest, [...].

Fazit

1015. Die Ungleichbehandlung der Kunden bei der Einstufung in die Preisliste ist daher als unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

d) Zwischenergebnis

1016. In Rz 948 bis 1015 wurde für das Preissystem CAPRI insgesamt betrachtet, welche Konditionen direkte Wettbewerber erhalten haben, um so den Gesamteffekt der durch die Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI realisierten Diskriminierungen abschätzen zu können. Hierzu wurden die Postkunden entsprechend kategorisiert, so dass ein Vergleich von Wettberbern möglich war.

1017. In Rz 400 ff. wurde exemplarisch anhand von einzelnen Beispielen aufgezeigt wie die einzelnen diskriminierenden Verhaltensweisen ineinandergespielt haben und diese so bei direkten Wettbewerbern trotz vergleichbarer Bedingungen zu den entsprechenden Diskriminierungen geführt haben. Hierbei sind insbesondere die im Vergleich zu den Vorgaben des Preissystems CAPRI falschen Preislisteneinteilungen, die stochastische Wirkung des Zusatzrabatts sowie die lange Dauer, während derer die Verträge nicht angepasst wurden, zu nennen. Für sämtliche dieser drei Ursachen der Ungleichbehandlungen sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Da sich diese Effekte nicht gegenseitig aufheben, resultieren sachlich nicht begründete Ungleichbehandlungen, welche als Diskriminierungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG zu qualifizieren sind.

1018. Die obige Analyse zeigt, dass die Post im Rahmen der Ausgestaltung und Anwendung ihrer Preissysteme das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung von Handelspartnern erfüllt hat. Da zudem keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, sind diese Verhaltensweisen als missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.4.3.2 Behinderung von Konkurrenten durch das Preissystem CAPRI

B.4.3.2.1 KEP & Mail Rechtliche Grundlagen

a) Allgemeines

1019. 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. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:

- (1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- (2) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- (3) die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons).

1020. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden nachfolgend die Einschränkung des Absatzes (1) und die Behinderung (2) zusammen geprüft.

1021. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten.⁵⁸³ 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.⁵⁸⁴

1022. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stellt eine Ergänzung der übrigen spezifischen Behinderungstatbestände in Art. 7 Abs. 2 KG dar.⁵⁸⁵ Dabei sollen nur Verhaltensweisen erfasst werden, welche die Produkte von Konkurrenten weniger attraktiv und absetzbar machen, nicht aber solche, welche zur Verbesserung der eigenen Produkte dienen.⁵⁸⁶ Aus ökonomischer Sicht geht es um die Gewährleistung von Expansions- und Zugangsmöglichkeiten zugunsten der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens, zur Ermöglichung/Erhaltung des Wettbewerbsdrucks.⁵⁸⁷ Gemäss Lehre kann auch ein Diskriminierungstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG erfüllen. Dies insbesondere dann, wenn es sich um eine «primary-line-discrimination» handelt (vgl. Rz 853 und Rz 854). Es wird vorgeschlagen, die wettbewerbsförderlichen und – schädlichen Auswirkungen abzuwägen, wobei bei Überwiegen der schädlichen Auswirkungen von einer Verdrängungsstrategie ausgegangen werden könne.⁵⁸⁸ Im umgekehrten Fall müsse aber noch im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung geklärt werden, ob die Verhaltensweise zur Erzielung der positiven Effekte notwendig ist. Letzteres dürfte üblicherweise bei der Prüfung der Effizienzgründe geschehen.

1023. Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken.⁵⁸⁹ Erfasst wird dabei sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.⁵⁹⁰

1024. Die Einschränkung des Absatzes kann verschiedene Formen annehmen. Das Unternehmen kann mit *bilateralen Handlungen*, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten, den Absatz von Konkurrenten einschränken, wie z. B. in Form von Rabatten.⁵⁹¹ So kann ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Geschäftspartnern Vorzugskonditionen anbieten, wenn sie ihren Bedarf ausschliesslich oder überwiegend bei ihm decken. Dadurch wird für die Geschäftspartner der Anreiz geschaffen, von diesen günstigen Konditionen zu profitieren und

⁵⁸³ Vgl. BORER (Fn 232), Art. 7 KG N 26; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 425; EVELINE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 7 KG N 235 und 246.

⁵⁸⁴ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 583), Art. 7 Abs. 2 KG N 235.

⁵⁸⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 397 f.

⁵⁸⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 399 und 436.

⁵⁸⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 431, m.w.H.

⁵⁸⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 433, m.w.H.

⁵⁸⁹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 418 und 441.

⁵⁹⁰ ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 KG N 141; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, N 688.

⁵⁹¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 442 f. m. w. H.

auf Alternativangebote zu verzichten, was eine Absatzeinschränkung der Konkurrenz bewirkt.⁵⁹²

1025. In der Praxis der Schweiz⁵⁹³ sowie in der EU wurde ein solches Verhalten bereits öfters als Kartellrechtswidrig qualifiziert. Hierbei sind in der EU insbesondere die Fälle *Irish sugar* (vgl. Rz 880 f.), *Niederländische Banden-Industrie Michelin* (vgl. Rz 884 ff.) und *British Airways plc* (Rz 890 ff.) zu nennen.

b) Typologie von Rabatten

1026. Ein Preissystem führt zu einer unzulässigen Behinderung von Konkurrenten gemäss Art. 7 Abs. 1 KG, wenn es wettbewerbseinschränkende marktverschliessende Wirkungen haben kann und nicht durch legitime business reasons, insbesondere Effizienzvorteile, gerechtfertigt werden kann.

1027. Gestützt auf die Praxis der WEKO, die Lehre und die (hauptsächlich europäische) Rechtsprechung wird grundsätzlich zwischen reinen Mengenrabatten, Treuerabatten und übrigen Rabatten (früher Zielrabatten) unterschieden⁵⁹⁴:

- a. *Reine Mengenrabatte* stellen einzig auf das Volumen der Geschäfte mit dem marktbeherrschenden Unternehmen ab.⁵⁹⁵ Solche Mengenrabatte sind in der Regel zulässig, wenn sie infolge von Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen (z. B. infolge tieferer Transportkosten oder Skalenerträgen) gerechtfertigt werden können.⁵⁹⁶ Solche Rabatte dürfen sich indes nicht im Sinne ungleicher Bedingungen für gleiche Leistungen auswirken: Wenn die Auslöseschwellen der einzelnen Rabattstufen dazu führen, dass ein Rabatt bzw. ein höherer Rabatt bestimmten Handelspartnern vorbehalten wird, indem ihnen ein Vorteil zukommt, der nicht durch Skalenerträge gerechtfertigt ist, die das marktbeherrschende Unternehmen dank diesen Handelspartnern im Vergleich zu anderen Handelspartnern realisieren kann, kann dies eine ungleiche Behandlung gleicher Sachverhalte darstellen.⁵⁹⁷ Insofern können Mengenrabatte namentlich den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllen und so zu einer Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG führen, jedoch unter Umständen auch zu einer Beschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.
- b. *Exklusivitäts- bzw. Treuerabatte* werden üblicherweise als finanzielle Vorteile verstanden, welche den Kunden dafür gewährt werden, dass sie ihren Bedarf ganz oder zu einem

⁵⁹² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 446.

⁵⁹³ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 434.

⁵⁹⁴ Insbesondere RPW 2014/4, 685 f. Rz 113 und 158, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; Urteil des EuG vom 12. Juni 2014 T-286/09 *Intel / Kommission*, (noch nicht in Slg. publiziert), Rz 74 ff.; Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenzeradet (Post Danmark II)*, noch nicht veröffentlicht, Rz 26 ff.

⁵⁹⁵ REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*.

⁵⁹⁶ Vgl. DALLAFIOR (Fn 590), in: Homburger et al., Art. 7 KG N 152; Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 7 KG N 20; BORER (Fn 232), Art. 7 N 17; vgl. auch MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 2011, N 636 m. w. H.; RPW 2004/2, 441 Rz 152, *Swisscom ADSL*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 f. E. 5.4.2 f., *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*; Urteil des EuG vom 30.9.2003 T-203/01 *Michelin/Kommission (Michelin II)*, Slg. 2003 II-4102 f. Rz 58 ff. und 100 m. w. H. auf die europäische Rechtsprechung.

⁵⁹⁷ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*.

bestimmten Prozentsatz ausschliesslich beim marktbeherrschenden Unternehmen beziehen.⁵⁹⁸ Die Rabattgewährung ist dabei grundsätzlich unabhängig von der bezogenen Menge. In der Lehre und der schweizerischen sowie auch der europäischen Praxis bzw. Rechtsprechung werden Treuerabatte von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich als missbräuchlich angesehen.⁵⁹⁹ Treuerabatte zielen darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen zu erschweren oder gar unmöglich zu machen und ihn folglich vom Bezug bei Konkurrenten abzuhalten.⁶⁰⁰ Sie können den Bezug von Dienstleistungen bei konkurrierenden Unternehmen verhindern und Handelspartner untereinander diskriminieren.⁶⁰¹ Daher können Treuerabatte namentlich den Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG sowie auch den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllen,⁶⁰² indem Handelspartner, die keinen Treuerabatt erhalten, gegenüber den Handelspartnern, die einen Treuerabatt erhalten, behindert werden.

- c. *Andere Rabatte*: Dazu gehören laut neuer Rechtsprechung der EU diejenigen Rabatte, welche weder reine Mengenrabatte sind noch an die Bedingung zum ausschliesslichen oder teilweisen Bezug vom marktbeherrschenden Unternehmen geknüpft sind, welche aber einen Treueeffekt haben können.⁶⁰³ Dazu gehören unter anderem *Zielrabatte*, welche bei Erreichen eines mit jedem Kunden individuell verhandelten Zielvolumens innert einer längeren Periode gewährt werden.⁶⁰⁴ Zielrabatte können auf Konkurrenten dieselben Wirkungen haben wie Treuerabatte und zu einer Diskriminierung von Kunden im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG oder einer Beschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG führen, und damit eine Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG bewirken.

c) Fallpraxis in der Schweiz

1028. Es besteht folgende Praxis der WEKO zu Rabatten:

⁵⁹⁸ RPW 2014/4, 685 Rz 113, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; Urteil des EuGH vom 19. April 2012 C-549/10 *Tomra/Kommission*, Rz 70; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 228.

⁵⁹⁹ Vgl. RPW 2014/4, 685 Rz 113; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 19; DALLAFIOR (Fn 590), in: Homburger et. al., Art. 7 KG N 150; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 583), Art. 7 Abs. 2 KG N 120; ZÄCH (Fn 590), N 675; vgl. auch TSCHUDIN (Fn 596), N 585 m. w. H.; RPW 1997/4, 513 f. Rz 32 ff., *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 1998/4, 675 f. E. 5.1, *Swisscom/WEKO*; RPW 2004/2 439 Rz 143, *Swisscom ADSL*; Urteil des EuGH vom 13.2.1979 85/76 *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979 539 f. Rz 89; KOMM, ABl. 2009 C 227/13, Rz 22 ff., *Intel*, bestätigt durch Urteil des EuG vom 12.6.2014 T-286/09 *Intel/Kommission*, Rz 72 ff.

⁶⁰⁰ DALLAFIOR (Fn 599), in: Homburger et. al., Art. 7 KG N 150.

⁶⁰¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 237 m. w. H.

⁶⁰² Vgl. RPW 1997/4, 514 Rz 38, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 583), Art. 7 Abs. 2 KG N 246 m. w. H. auf das Urteil des EuGH vom 16.12.1975 40/73 *Suiker u.a./Kommission*, Slg. 1975 1663; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 227 und 237.

⁶⁰³ Urteil des EuG vom 12. Juni 2014 T-286/09 *Intel / Kommission*, (noch nicht in Slg. publiziert), Rz 78; Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenzeradet (Post Danmark II)*, noch nicht veröffentlicht, Rz 28 in fine.

⁶⁰⁴ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 583), Art. 7 Abs. 2 KG N 122; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 426), Art. 7 KG N 237.

- a. Treuerabatte bei PTT-Fachhändlerverträgen⁶⁰⁵: Dabei ging es um ein Rabattsystem, welches neben dem Umsatz auch an die Loyalität der Händler geknüpft war. Die WEKO ging von Treuerabatten aus, welche zu einer unzulässigen Diskriminierung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG geführt hatten. Die REKO/WEF hob diesen Entscheid hauptsächlich aus formellen Gründen auf.⁶⁰⁶
- b. Im Bereich Treuerabatte beim Transport von Zeitungen erging im Jahr 2000 eine Empfehlung der WEKO⁶⁰⁷: Zu beurteilen war ein Rabatt, welcher zur Anwendung kam, wenn ein Verlag mindestens 50 % Auflage der betreffenden Zeitung der Post zur Zustellung übergibt. Die Post bot dabei einerseits die ordentliche Tageszustellung von Zeitungen an, war aber auch (selbst oder über Tochtergesellschaften) in der Frühzustellung tätig und dort insbesondere in Konkurrenz zu privaten Unternehmen. Die WEKO kam zum Schluss, dass den privaten Frühzustellern ein Wettbewerbsnachteil entsteht. Private Anbieter müssten nicht nur die Preise der Post unterbieten, sondern auch die den Verlagen aufgrund des Wechsels zu privaten Anbietern entgehenden Treueprämien in der Normalzustellung mitberücksichtigen. Die Treueprämien bewirkten somit, dass in der Frühzustellung (Wettbewerbsdienst der Post) für private Verteiler eine zusätzliche Markteintrittsschranke geschaffen werde. Da die WEKO zum Schluss kam, dass vorbehaltene Vorschriften bestanden, resultierte in diesem Fall lediglich eine Empfehlung.
- c. Exklusivrabatte der SDA⁶⁰⁸: Die SDA gewährte Exklusivitätsrabatte unter der Bedingung, dass der Basisdienst (*sda-Basic*) ausschliesslich von der SDA und nicht zusätzlich noch derjenige von der Konkurrentin AP Schweiz abonniert wurde. Mit den Exklusivitätsrabatten verbunden war somit die Verpflichtung den News-Basisdienst (*sda-Basic*) exklusiv bei der SDA zu beziehen. Die WEKO erachtete diese Verhaltensweise als unzulässig und stellte einerseits eine Beschränkung des Absatzes durch eine Alleinbezugsvereinbarung fest (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), andererseits lag eine Diskriminierung von Handelspartnern vor, da nur einige Kunden von diesen Rabatten profitierten, ohne dass diese Rabatte auf einer adäquaten Gegenleistung beruhten resp. gerechtfertigt werden konnten. Im Übrigen stellte die WEKO (erneut) fest, dass Mengenrabatte gerechtfertigt werden können, wenn sie aus entsprechenden Kostenersparnissen auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens resultierten.
- d. Unzulässige Mengenrabatte im Bereich Festnetztelefonie: Es handelte sich um einen Rabatt nach Kundenzahl der Internet Service Provider. Die WEKO⁶⁰⁹ kam zum Schluss, dass durch das Rabattsystem Konkurrenten von Bluewin benachteiligt wurden, und das Rabattsystem nicht durch legitime business reasons gerechtfertigt werden konnte. Die REKO/WEF hob den Entscheid aus formellen Gründen auf, nahm aber doch eine eingehende materielle Beurteilung vor. Die REKO/WEF⁶¹⁰ äusserte sich dabei nicht explizit dazu, ob die Behinderungswirkung nur theoretisch oder auch durch Marktdaten (in casu: Marktanteilsentwicklung) nachgewiesen werden müsse. Da die Verfügung der WEKO beides enthielt, stützte sie sich auch auf beide Begründungen ab. Hinsichtlich Rechtfertigung äusserte sich die REKO/WEF dahingehend, dass Mengenrabatte nach Massgabe der Bezüge bei einem Hersteller in der Regel nicht diskriminierend seien, diese müssten sich

⁶⁰⁵ RPW 1997/4, 506 ff., *PTT-Fachhändlerverträge*.

⁶⁰⁶ Entscheid der REKO/WEF, RPW 1998/4, 655 ff., *PTT-Fachhändlerverträge*.

⁶⁰⁷ RPW 2000/3, 457 ff., *Treueprämien der Post bei der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften*.

⁶⁰⁸ RPW 2014/4, 670 ff., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

⁶⁰⁹ RPW 2004/2, 407 ff.; RPW 2005/3, 505 ff., *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG / WEKO*.

⁶¹⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG / WEKO*.

aber auf Effizienzgewinne stützen können. Diesbezüglich war sie auf einer Linie mit der europäischen Rechtsprechung. Laut REKO/WEF scheint eine Abstufung der Rabatte aufgrund der Bezugsmenge unzulässig, wenn alle Abnehmer nach Massgabe ihrer jeweiligen Kundenzahl zu den Skaleneffekten im Gesamtmarkt beitragen.⁶¹¹

d) Grundlagen der EU-Kommission und Rechtsprechung des EuGH

1029. **Die europäischen Gerichte** gehen von der oben beschriebenen Typologie von Rabatten (Rz 1027) aus. Hinsichtlich der Rabattgewährung für Postdienstleister hatte der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die dritte Rabattkategorie zu beurteilen.⁶¹²

1030. Laut EuGH ist bei der Überprüfung, ob durch ein Rabattsystem ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, in jedem Fall aufgrund aller Umstände zu beurteilen, wobei insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung zu berücksichtigen seien.⁶¹³ Ausserdem sei zu untersuchen, ob der Rabatt darauf abzielt, dem Abnehmer durch Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.

1031. Wichtig sei ebenfalls die Berücksichtigung des Ausmasses der marktbeherrschenden Stellung und ob es sich beim marktbeherrschenden Unternehmen um einen unabdingbaren Handelspartner handelt, sowie der besonderen Wettbewerbsumstände auf dem fraglichen Markt wie zum Beispiel regulatorische Barrieren.⁶¹⁴ Der EuGH hielt fest, dass ein standardisiertes Rabattsystem zwar üblicherweise nicht zu Diskriminierungen führt, jedoch trotzdem marktverschliessend sein kann.⁶¹⁵ Die Tatsache, dass ein Rabattschema die Mehrheit der Marktteilnehmer erfasst, kann ein nützlicher Hinweis auf den Umfang dieser Praxis und ihre Auswirkungen auf den Markt darstellen, der die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungswirkung erhöhen kann.⁶¹⁶

1032. Die wettbewerbsschädigende Wirkung eines von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandten Rabattsystems muss zudem nicht nachgewiesen werden, sondern lediglich wahrscheinlich sein (vgl. auch die Rechtsprechung im Fall *British Airways* Rz 843). Es muss weiter nicht nachgewiesen werden, dass diese Wirkung schwerwiegend oder bedeutend ist.⁶¹⁷

⁶¹¹ RPW 2005/3, 527, *Swisscom ADSL*.

⁶¹³ Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 29; Ebenso CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 583), Art. 7 Abs. 2 KG N 117; Prioritäten-Mitteilung (Fn 437), Rz. 45;

⁶¹⁴ Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 30 und 39 f.

⁶¹⁵ Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 38.

⁶¹⁶ Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 46.

⁶¹⁷ Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Dispositiv Ziff. 3.

1033. Der EuGH hat zudem in früheren Urteilen unter anderem auch festgehalten, dass eine Intention zur Schwächung von Konkurrenten nicht nachgewiesen werden muss, da das Konzept des Missbrauchs ein objektives ist.⁶¹⁸

1034. Zudem ändert laut Gericht erster Instanz⁶¹⁹ die Möglichkeit der Kunden, ihre vertraglichen Beziehungen zum marktbeherrschenden Unternehmen jederzeit zu beenden, nichts an der möglichen Unzulässigkeit eines Rabattsystems, da das Recht zur Kündigung eines Vertrages seiner effektiven Durchführung nicht entgegensteht, solange von der Kündigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht worden ist. Dabei weist das Gericht darauf hin, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung in der Lage ist, seinen Kunden nicht nur den Abschluss solcher Verträge, sondern auch deren Weiterführung aufzuzwingen, so dass die rechtliche Möglichkeit der Kündigung in Wirklichkeit illusorisch ist.

1035. Die Transparenz eines Preissystems ist ebenfalls ein Faktor, welcher bei der Beurteilung eines Rabattsystems eine wichtige Rolle spielt (vgl. Rechtsprechung zu *Irish Sugar* Rz 882 und zu *Niederländische Banden-Industrie Michelin* Rz 888). Diese kann zum einen etwa Preisvergleiche zwischen Konkurrenten erschweren. Weiter erschwert sie die eigenständige Berechnung von Preisen, die Planung und die Budgetierung bei den Kunden. Daraus folgt, dass Kunden aufgrund der Unsicherheit über die preislichen Auswirkungen einer Auslagerung von Sendungen von einem Anbieterwechsel abgehalten werden können, oder aber vor einem Wechsel den marktbeherrschenden Anbieter über ihre Absichten informieren müssen. Letzteres kann eine weitere Hürde darstellen und gibt dem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit zu versuchen, den Wechsel des Kunden zu verhindern.

B.4.3.2.2 Einschränkung des Absatzes und Behinderung

1036. Die Verhaltensweise der Post kann einerseits direkt unter die allgemeine Regel von Art. 7 Abs. 1 KG fallen. Andererseits wird sie im Hinblick auf den Tatbestand der Einschränkung des Absatzes gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG geprüft. Die Behinderung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist aber ohnehin auch Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 2 Bst. e (vgl. Rz 1019). Die Prüfung der Einschränkung des Absatzes und der Behinderung (vgl. Rz 1019) erfolgt daher nachfolgend zusammen.

1037. Bei der Beurteilung der Behinderungswirkung gegenüber Wettbewerbern ist zunächst das immer noch bestehende Teilmonopol für adressierte Briefsendungen bis 50 Gramm zu betonen. Auch wenn der relevante Markt aufgrund dieses Teilmonopols zugunsten der Post den Monopolbereich gerade nicht enthält und zwischen Sendungen unter und über 50 Gramm unterschieden wird, so hatte das Monopol doch Auswirkungen auf den relevanten Markt. Insbesondere verhinderte es, dass Wettbewerber die Nachfrage nach Massensendungen unter 50 Gramm und Einzelsendungen bedienen konnten. In den Märkten für (nationale adressierte) Briefsendungen bestehen starke Skalen- und Verbundeffekte. Aufgrund ihrer historisch bedingten starken Stellung mit vollständiger Abdeckung und früherem Monopol und jetzigem Teilmonopol, ihrer unangefochtenen Stellung im Bereich der Einzelsendungen sowie der starken Stellung in anderen Logistikbereichen (insbesondere der unadressierten Sendungen) hatte die Post eine Ausgangslage, welche es ihr erlaubte, deutlich grössere Skalen- und Verbundeffekte zu realisieren als die Konkurrenz.⁶²⁰ Der Aufbau einer umfassenden Abdeckung ist zudem kostenintensiv und zeitaufwändig, wie das Beispiel von Quickmail zeigt.

⁶¹⁸ Urteil des EuGH vom 19. April 2012 C-549/10 *Tomra/Kommission*, Rz 70 m.w.H.

⁶¹⁹ Urteil des EuG vom 1. April 1993 T-65/89 *BPB Industries Plc und British Gypsum Ltd gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*.

⁶²⁰ Etwas relativiert wird dies durch die Pflicht der Post, die Grundversorgung zu gewährleisten.

1038. Zur Stellung der Wettbewerber der Post ist anzumerken, dass Quickmail im Vergleich zur Post ungleich kleiner war und nach wie vor ist. Quickmail spezialisierte sich auf Massensendungen über 50 Gramm mit langer Laufdauer und einer Zustellung an zwei fixen vorbestimmten Tagen. Dabei strebte sie eine eigene hohe schweizweite Abdeckung an. Das Angebot von Quickmail richtete sich daher primär an Nutzer von B-Post-Massensendungen, welche deutlich tiefere Preise wünschten und mit dem Angebot von Quickmail zusätzlich eine präzisere und schnellere Zustellung als mit dem Standardprodukt der Post für Massensendungen erhielten. Quickmail musste erheblich tiefere Preise anbieten, um Kunden zu einem Wechsel zu bewegen und zu halten, unter anderem da den Kunden aus einer (zusätzlichen) Zusammenarbeit mit Quickmail verschiedene zusätzliche Kosten entstanden. [...] Der Markteintritt von Quickmail war langwierig und gestaltete sich zumindest bis Ende 2014 schwierig. Der Erfolg von Quickmail bleibt aber stark abhängig von Verhaltensweisen der Post, welche aufgrund ihrer oben beschriebenen Stellung viele Handlungsoptionen hat, um Kunden zu binden. Somit verfügt die Post durch ihre marktbeherrschende Stellung über weitreichende Möglichkeiten, Quickmail im Wettbewerb zu behindern.

1039. Das Preissystem CAPRI wurde im Hinblick auf eine (sogar vollständige) Marktöffnung und den Eintritt von Wettbewerbern entwickelt (Rz 781–784). So erlaubt diesbezüglich etwa die Segmentierung und die Unterteilung in Preislisten eine schnellere und gezieltere Anpassung von Preisen, und der Zusatzrabatt hat aufgrund seiner Wirkung etwa das Potenzial, dafür zu sorgen, dass die Preise wie in der Strategie vorgesehen nur punktuell oder später auf die Konkurrenz angepasst werden mussten bzw. müssen. [...] Hinsichtlich Ausweisung der Preise liegen auch Hinweise vor, [...]. Zudem wurde in der Schulung der Kundenberater [...]. Es ist zudem sehr fraglich, ob solche individualisierten Anpassungen der einzelnen Produkte in den einzelnen Preislisten im Einzelfall mit Skalenerträgen und Kostenvorteilen begründet werden können.

1040. Von den Vertragskunden der Post machten Massensendungen einen Anteil von etwas mehr als [60-70] % der gesamten über die Post versandten Menge und etwas mehr als [50-60] % des von Vertragskunden mit der Post realisierten Umsatzes aus. Bei Quickmail machten die Vertragskunden der Post bis Ende 2014 einen Mengen- und Umsatzanteil zwischen [80-100] % aus. Da somit ein grosser Anteil der Quickmail-Kunden ebenfalls vom Preissystem der Post betroffen war, wirkte sich eine Einschränkung des Zugangs zu diesem Marktsegment entsprechend stark behindernd auf Quickmail aus.

1041. Der Verband der Konkurrenten KEP & Mail sowie Quickmail wiesen bereits vor Inkrafttreten des neuen Preissystems CAPRI auf dessen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hin (Rz 500 f.), welche für Quickmail existenzbedrohend seien. Im Fokus der Anzeige auf Wettbewerbsbehinderung stand der Zusatzrabatt, welcher zusammen mit den kundenindividuellen Preislisten ein Gesamtumsatzrabattsystem bilde, welches zugunsten der marktbeherrschenden Unternehmung einen Sog-Effekt auslöse, also den Kunden durch entsprechende Anreize dazu veranlasse, weiterhin Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zu beziehen. Quickmail machte im Verlauf der Untersuchung dazu – neben Hinweisen zur Intransparenz (Rz 1072 m.w.H.) und anderen Verhaltensweisen – zusätzlich zu den Antworten auf Fragebögen auch mehrfach spontane Eingaben in der Folge von Kundenkontakten im Markt (Rz 502 ff.). Auch der SDV (Rz 431 und 1073) und der VSV (Rz 506) kritisierten das Preissystem hinsichtlich Komplexität, Intransparenz und den negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb.

1042. Ein ähnliches Bild bot sich auch bei der Befragung der Kunden. So sahen rund ein Drittel der in der Vorabklärung befragten Vertragskunden und rund 20 (ca. 9 % der auswertbaren Antworten, wovon knapp die Hälfte von aktuellen oder potenziellen Quickmailkunden) der in der Untersuchung befragten Vertragskunden im neuen Preissystem eine Erschwerung des Wechsels zur Konkurrenz durch das Preissystem CAPRI. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass für die meisten derjenigen Vertragskunden, die angaben, dass das Preissystem zu keiner

Erschwerung eines Wechsels zu Wettbewerbern führte und dies begründeten, ebenfalls angaben, dass für Sie keine Alternativangebote zur Verfügung standen.

Preislisteneinteilung

1043. Für die Einstufung in die Preisliste wurde der gesamte bei der Post erzielte Umsatz eines Vertragskunden berücksichtigt (Gesamtumsatzrabatt, vgl. Rz 516 ff.). Er schloss damit insbesondere auch den nicht bestreitbaren⁶²¹ Umsatz ein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des Prognosesystems keine direkten Auswirkungen auf die bestehende Preisliste bzw. auf die in der Vergangenheit erzielten Rabatte bestanden. Jedoch konnte eine Abweichung der Parameter zu einer Anpassung der Preisliste und damit der Rabatte für die Zukunft führen, da der Vorjahresumsatz meist als Basis für die Vereinbarung einer neuen Preisliste herangezogen wurde. Das heisst, obwohl der Rabatt aus der Preislisteneinteilung nicht rückwirkend ausgestaltet war, konnte er einen Einfluss auf das Verhalten der Vertragskunden haben, indem diese zumindest befürchten mussten, dass der Preislisten-Rabatt bei einem teilweisen Wechsel zu Quickmail ab Vertragserneuerung reduziert würde. Als Folge davon hatten die Vertragskunden einen Anreiz, gewisse Umsätze zu erreichen, um über eine bestimmte Rabattschwelle zu kommen.

1044. Die Rabattstufen lagen bis Ende 2014 absolut gesehen zwischen [...] und [...] Umsatz-Franken. Die Umsatzdifferenz zwischen zwei Rabattstufen im Verhältnis zum Umsatz der unteren Rabattschwelle betrug zwischen [...] % und [...] %, im Verhältnis zum Umsatz der oberen Rabattschwelle zwischen [...] % und [...] %. Die Höhe der Rabattstufen war je nach Segment und je nach Stufe unterschiedlich und betrug für ein durchschnittliches Kundenprofil zwischen [...] % und [...] %, in einem Fall [...] %. Der Durchschnitt der Rabattdifferenz zwischen zwei Preislisten lag über alle Stufen und Segmente hinweg berechnet bei [...] %. Die Ausgestaltung des Preissystems zeigt, dass durchaus grössere Rabattsprünge bestanden (bis zu [...] % des Jahresumsatzes), welche eine entsprechende Anreizwirkung entfalteten.

1045. Zur Einschätzung der effektiven Rabattwirkung auf die Vertragskunden und die Konkurrenz ist zu berücksichtigen, dass nicht das ganze Briefvolumen eines Vertragskunden für Quickmail bestreitbar war.⁶²² Berücksichtigt man die bestreitbare auslagerbare Menge oder nur den ausgelagerten Anteil eines Vertragskunden, so ergeben sich aufgrund der Gesamtumsatzrabattierung für die einzelnen Rabattstufen Mehr Rabatte, welche deutlich höher liegen konnten (vgl. zur Herleitung und den Berechnungen Rz 525 ff.). Diese Mehr Rabatte steigen sehr stark an, wenn der ausgelagerte Umsatz im Verhältnis zum gesamten Umsatz kleiner ist. In Schwellennähe konnten bereits kleinere Auslagerungen oder zusätzliche Umsätze eine sehr grosse Wirkung haben, indem der Rabatt für die gesamte Menge sank beziehungsweise stieg. Befindet sich ein Wettbewerber im Aufbau, wie dies bei Quickmail der Fall war, d. h. sind die auslagerbaren Mengen relativ klein, dürften weit auseinander liegende Umsatzschwellen insgesamt kleinere Wettbewerbswirkungen zeitigen als kleine Umsatzschwellen (sofern die Rabattsprünge nicht allzu gross sind), da ein grösserer Teil der Kunden Tests mit der Konkurrenz durchführen kann, ohne dass sie die Rabattschwellen tangieren.⁶²³ Dies kann sich mit zunehmender Grösse und Kapazität der Wettbewerber ändern. Die Einstufung in eine andere Preis-

⁶²¹ Als bestreitbar wird dabei derjenige Umsatz bezeichnet, den ein Vertragskunde auf einen Konkurrenten – konkret Quickmail – maximal auslagern kann. Dies hängt von der Sendungsstruktur eines Vertragskunden und dem Angebot von Quickmail ab (Produktangebot, Haushaltabdeckung), wobei nur die Sendungen ausserhalb des Monopolbereichs überhaupt in Frage kommen (Rz 525).

⁶²² Vgl. oben Fn 621.

⁶²³ Selbstverständlich ohne Berücksichtigung des entgehenden Zusatzrabatts.

liste wirkte über die nichtbestreitbare Menge überproportional stark. Daher konnte die Preislisteneinteilung in der Nähe der Rabattstufen zu einer Einschränkung der Absatzmöglichkeiten von Quickmail führen und eine behindernde Wirkung entfalten.

Zusatzrabatt

1046. In der Kundeninformation zum Preissystem CAPRI war zudem beim Zusatzrabatt von «Hebelwirkungen» mit entsprechender Grafik die Rede, wodurch dem Kunden der Eindruck vermittelt wurde, dass Umsatzänderungen durch den Zusatzrabatt zu starken Rabattänderungen führen (Rz 537). Die Verwendung des Begriffs «Hebelwirkungen» konnte auf die Kunden bereits abschreckend wirken. Zudem deutet die Verwendung des Worts Hebelwirkungen darauf hin, dass der Post die starke Auswirkung des Zusatzrabatts (Rz 540, Abbildung 19) auf den Rabatt bei Umsatzänderungen bewusst war. Auch der VSV vermutete eine wettbewerbsbehindernde Absicht des Zusatzrabatts und monierte, dass bei den Rabatten nicht zwischen Monopol und «Nicht-Monopol» unterschieden werde, was dazu führe, dass Unternehmer ihre Volumen eher bei der Post belassen würden (vgl. ausführlich A.4.7.2). Ebenso machte Quickmail geltend, dass mit dem Zusatzrabatt eine wettbewerbsbehindernde Strategie der Post verfolgt werde (vgl. A.4.7.1). Auch einzelne Vertragskunden vermuteten eine solche Strategie.

1047. Der Zusatzrabatt berechnete sich auf der Basis der individuell mit jedem Vertragskunden festgelegten Jahresumsatzprognose. Dies führte dazu, dass grundsätzlich für jeden Vertragskunden die Rabattstufen bei anderen individuellen Umsätzen zur Anwendung kamen. Diese Rabattstufen wurden dem Kunden in seiner Preisliste auch prominent und individualisiert aufgezeigt, so dass der Zusatzrabatt die von der Post gewünschte Anreizwirkung entfalten konnte. Aufgrund des Zusatzrabatts war es möglich, dass ein Vertragskunde bei einem Monatsumsatz von beispielsweise 100'000 Franken einen Zusatzrabatt von 0 % erhielt, ein anderer jedoch einen Zusatzrabatt von 3 %, je nach prognostiziertem Jahresumsatz (vgl. Rz 322 ff.).

1048. Dadurch entstand ein Zielrabatt, da die Höhe des Rabatts nicht mehr von der tatsächlich eingelieferten Menge resp. vom erzielten Umsatz abhängig war, sondern von einer im Voraus festgelegten Jahresprognose, die auf eine monatliche Basis umgerechnet wurde. Dass ein solcher Zielrabatt von der Post beabsichtigt war, zeigt sich [...].

1049. Die eigentliche Referenzperiode für die Erfassung des rabattrelevanten Umsatzes betrug an sich nur einen Monat, da der Zusatzrabatt monatlich erhoben wurde. Die als Basis zur Berechnung des Zusatzrabatts dienende Jahresprognose wurde in der Regel jedoch nur jährlich angepasst, sofern die Strukturkontrolle bei preislistenrelevanten Abweichungen nicht anschluss und von der Post dann auch eine Vertragsänderung vorgenommen wurde, was wie beschrieben, oft nicht der Fall war (Rz 260 ff.).

1050. Der Zusatzrabatt hatte eine Spannbreite von 0–3 %, wobei der Normwert bei 2 % liegen sollte. Er reagierte aufgrund der monatlichen Abrechnung schnell und wie nachfolgend gezeigt relativ stark auf Umsatzschwankungen: Bereits eine Umsatzabweichung von 5 % hatte eine Korrektur um 0.5 % zur Folge, eine negative Umsatzabweichung von mehr als 25 % eine Korrektur von -2 % und eine positive Umsatzabweichung um mehr als 15 % eine Korrektur um +1 %.⁶²⁴ Im Verhältnis zu den Preislistenanpassungen waren die Änderungen daher ungleich

⁶²⁴ Das Ausmass der prozentualen Umsatzabweichung, welche zu einem anderen Zusatzrabatt führt, kann anders aussehen, falls die Prognose nicht akkurat war resp. nicht an die tatsächlichen Umsätze angepasst worden ist.

grösser.⁶²⁵ Die starke Reaktion des Zusatzrabatts bei Umsatzschwankungen führte denn auch zu Diskriminierungen (siehe oben, Rz 322 ff.).

1051. Aufgrund der Ausgestaltung als Gesamtumsatzrabatt (inklusive der nichtbestreitbaren Mengen) entstanden durch den Zusatzrabatt zudem starke negative Effekte für die Kunden der Post, wenn sie einen Teil ihrer Versandmenge an einen Wettbewerber auslagerten. Rechnerisch lassen sich diese wiederum durch den Mindestrabatt darstellen, also denjenigen Rabatt, den Quickmail einem Vertragskunden mindestens bieten musste, um einen Vertragskunden für den entgangenen Zusatzrabatt zu entschädigen.⁶²⁶ Die Berechnung hat ergeben (vgl. vorne, A.4.7.4.2), dass dieser Mindestrabatt bis zu 9.83 % bei Auslagerung von Umsatz oder bis zu 12.5 % bei Entscheid über die Zuteilung zusätzlichen Umsatzes betragen konnte.⁶²⁷ Dabei gibt es Spitzen an den Umsatzschwellen, welche zu einer Änderung des Zusatzrabatts führen. Abgesehen von diesen Spitzen nimmt der Mindestrabatt mit zunehmend ausgelagerter Menge ab. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass aufgrund des Monopols bis 50 Gramm und der fehlenden alternativen Angebote bei Einzelbriefsendungen, Möglichkeiten der Auslagerung beschränkt sind. Daraus wird ersichtlich, dass der Zusatzrabatt eine besonders starke Wirkung bei Testversänden oder bei Kunden mit einem hohen Anteil von Sendungen im Monopol oder anderen Bereichen ohne Konkurrenz hatte. Diese Problematik wird durch die fehlende Transparenz des Preissystems und der damit einhergehenden Unsicherheit der Kunden der Post, was den möglichen Rabattverlust anbelangt noch akzentuiert. Kunden, die also einen Teil ihres Versandvolumens in einem Monat ausgelagert hatten, wurden über den Zusatzrabatt sofort und meist in einem stärkeren Masse abgestraft als durch eine neue Preislisteneinteilung.

1052. Eine generell starke Wirkung hat ein solches Preissystem zudem während der Aufbauphase eines Konkurrenten. Denn während dieser Zeit besteht eine viel grössere nichtbestreitbare Menge, indem zusätzlich die Massensendungen über 50 Gramm dazu kommen, welche durch den Konkurrenten gebietsmässig noch nicht abgedeckt sind. Verfügte ein Konkurrent somit zu Beginn über rund 30 % Abdeckung, und hatte ein Vertragskunde einen Anteil von 60 % seiner Sendungen im Bereich Massensendungen über 50 Gramm, so bestand trotz dem hohen Anteil im an sich bestreitbaren Markt ein Anteil der nichtbestreitbaren Menge von 82 %.⁶²⁸ In einem solchen Fall wäre bei maximaler Auslagerung von 18 % des Umsatzes auf Quickmail der Zusatzrabatt bei der Post mindestens von 2 % auf 1 % gefallen. Der durch Quickmail anzubietende Mindestrabatt⁶²⁹ auf dem ausgelagerten Teil hätte in diesem Fall 6.6 %⁶³⁰ betragen. Bei einem ungeplanten zusätzlichen Versand von 18 % hätte Quickmail gar 8.6 %⁶³¹ bieten müssen, um diesen Umsatz zu erhalten, da bei Einlieferung bei der Post der Zusatzrabatt von 2 % auf 3 % gestiegen wäre. Die spezielle Ausgestaltung des Zusatzrabatts im Zusammenhang mit der Gesamtumsatzrabattierung führte damit für die Kunden zu einer

⁶²⁵ Dies gilt nicht, wenn ein Kunde einen Umsatz erzielt, der gerade in der Nähe einer Umsatzschwelle liegt, oder der Rabattsprung sehr hoch ist.

⁶²⁶ Berücksichtigt wird hier nur der Zusatzrabatt. Selbstverständlich muss ein Konkurrent dem Kunden zusätzlich auch mindestens den Rabatt aus seiner individuellen Preisliste bieten.

⁶²⁷ Zur Berechnung des Mehrrabatts, also des Rabatts, den Quickmail zusätzlich ausrichten muss, wird der Zusatzrabatt von 2 % vom Mindestrabatt subtrahiert.

⁶²⁸ Berechnung: $40\% + (60\% * 70\%) = 0.82\%$; Der maximale Quickmailanteil beträgt $60\% * 30\% = 18\%$.

⁶²⁹ Berechnung: $\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(\text{Umsatz}_{\text{Post alt}} * \text{Rabatt}_{\text{Post alt}}) - (\text{Umsatz}_{\text{Post neu}} * \text{Rabatt}_{\text{Post neu}})}{\text{bestreitbarer bzw. ausgelagerter Anteil}}$, vgl.

Rz 525.

⁶³⁰ $\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(100\% * 2\%) - (82\% * 1\%)}{18\%} = 6.6\%$

⁶³¹ $\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(118\% * 3\%) - (100\% * 1\%)}{18\%} = 8.6\%$; Hinweis: Der Einfachheit halber (Vermeidung negativer Zahlen) wurde im Zähler anders als in der Formel in Fn 629 der bisherige Rabatt (niedrigere) vom neuen (höheren) Rabatt subtrahiert.

eingeschränkten Möglichkeit eines Anbieterwechsels. Das Marketingspektrum und der Marktzugang von Quickmail wurden dadurch eingeschränkt. Dem Zusatzrabatt kam damit behindernde Wirkung zu.

1053. Der auf einer individuellen Prognose basierende Zusatzrabatt führte grundsätzlich für alle Vertragskunden zu einem starken negativen finanziellen Anreiz, mit Quickmail zusammenzuarbeiten. Die Stärke des Effekts war abhängig von der Höhe der nichtbestreitbaren Menge (Anteil der Sendungen im rechtlichen oder faktischen Monopolbereich). Die nichtbestreitbare Menge war in der Aufbauphase von Quickmail aufgrund der geringen Gebietsabdeckung für alle Kunden besonders hoch. Die Aufbauphase dauerte zudem bei Quickmail relativ lange, was auch durch die Übernahme eines Verteilpartners von Quickmail durch die Post bedingt war. Das bedeutet, dass die Wirkung des Zusatzrabatts auf die Einschränkung des Absatzes und Behinderung von Quickmail in der Startphase noch stärker war.

1054. Hinsichtlich der Auswirkung des Zusatzrabatts auf das Versandverhalten oder die Planung (Rz 472 f.) bejahten rund 10 % der Vertragskunden eine solche Auswirkung. Sieben der neun Vertragskunden, welche Angaben dazu machten, wie sich der Zusatzrabatt genau auf die Planung auswirkte, gaben an, durch verschiedene Massnahmen der Versandplanung die Rabatte zu maximieren (z. B. Kumulation/Koordination von Sendungen, Versandzeitpunkt und -ort). Ein Unternehmen gab zudem an, dass es ohne den Zusatzrabatt «Konkurrenzprodukte prüfen/vergleichen würde». Es kann daher festgehalten werden, dass der Zusatzrabatt – neben einer Erschwerung der Berücksichtigung von Konkurrenten – bei einer gewissen Zahl von Unternehmen auch zu einer Änderung im Versandverhalten führte, insbesondere zur Kumulation von Sendungen. Allerdings kann aus den Antworten zur Anpassung des Versandverhaltens grundsätzlich keine Aussage darüber abgeleitet werden, ob der Zusatzrabatt einen Einfluss auf die Auslagerung von Sendungen hatte. Ein solcher ist aber zu vermuten.

1055. Neben einer wettbewerbsbehindernden Wirkung aus Unsicherheit/Intransparenz über die Auswirkungen von Handlungen sowie den finanziellen Anreizwirkungen können Rabatte auch zusätzliche Anreizwirkungen entfalten, so dass Kunden aufgrund dieser nicht auf ein alternatives Angebot wechseln, obwohl ein solcher Wechsel finanziell gesehen für sie vorteilhaft wäre.⁶³² Eine solche Anreizwirkung kann darin bestehen, dass die Kunden versuchen, die vorvereinbarten Werte (Prognoseumsatz) einzuhalten. Ein solches System kann dazu führen, dass Alternativangebote nicht genutzt werden, obwohl diese Alternativangebote auch unter Berücksichtigung der Verluste (geringere Rabatte) aufgrund des Rabattsystems für die Kunden profitabel wären.

⁶³² Vgl. ALEXANDER MORELL/ANDREAS GLÖCKNER/EMANUEL V. TOWFIGH, Sticky rebates: Loyalty rebates impede rational switching of consumers, *Journal of Competition Law & Economics* 11(2), S. 431 ff.; MARTIN BECKENKAMP/FRANK P. MAIER-RIGAUD, An Experimental Investigation of Article 82 Rebate Schemes, *Competition Law Review* Vol. 27 (2002) No. 2, S. 1 ff.

Konditionen für adressierte Briefe Inland

Firmenname	Musterkunde	OPD-Nr.
Adresse	Mustergasse 11	Debitor-Nr.
Postfach	1111	Rechnungsreferenznummern (RRN)
PLZ, Ort	1111 Musterort	VDB-Kurzname
Gültig ab	01.04.2011	VDB-Firmennummer
Gültig bis		
Ersetzt Blatt vom		

Geltungsbereich/Produkte

Der Rabatt wird auf dem Umsatz folgender adressierter Briefe nach dem Inland gewährt:

- | | | |
|---|---|---|
| <input type="checkbox"/> A-Post | <input type="checkbox"/> Gerichtsurkunden (GU) | <input type="checkbox"/> Taxpflichtige Retouren |
| <input type="checkbox"/> A-Post Plus | <input type="checkbox"/> Betreuungskunden (BU) | <input type="checkbox"/> Photopost™ |
| <input type="checkbox"/> B-Post-Einzelsendungen | <input type="checkbox"/> Dispomail | <input type="checkbox"/> Einschreiben (R) |
| <input type="checkbox"/> B-Post-Massensendungen | <input type="checkbox"/> Geschäftsantwortsendungen | <input type="checkbox"/> Eigenhändig (RMP) |
| <input type="checkbox"/> nTime Mail | <input type="checkbox"/> DirectResponse Card | <input type="checkbox"/> Ruckschein (AR) |
| <input type="checkbox"/> DirectSelfmailer | <input type="checkbox"/> Nachnahme für Briefsendungen | |

Netto-Jahresumsatz mit individuellen Preisen, inkl. MWSt. und ohne Zusatzrabatt:

CHF 277'359

Zusätzlicher monatlicher Umsatzrabatt

Netto-Monatsumsatz (CHF)*	Zusatzrabatt (%)
> CHF 17'300	1.0
> CHF 19'600	1.5
> CHF 22'000	2.0
> CHF 24'300	2.5
> CHF 26'600	3.0

* Geplanter Netto-Jahresumsatz auf 12 Monate gesplittet

Die Produkte, die nicht Bestandteil des Preisblatts sind, gelten die Preise gemäss aktueller Version der Broschüre «Briefe». Angebote und Preise für Geschäftskunden.

Abbildung 20: Beispiel für kundenindividuelle Konditionen.

1056. Quickmail wies in unaufgeforderten Eingaben aufgrund von Reaktionen von Kunden auch auf die generelle Wirkung der Vertragsbindung, der Angst vor Rabattverlusten und der Vertragskündigung (zur allfälligen Vermeidung des Zusatzrabattverlusts) bei der Post als hohe Hürde im Preissystem CAPRI hin, um einen Teil des Versands auf Quickmail auszulagern (Rz 503, insb. Bst. d und e). Zudem ist jeweils zu beachten, dass aufgrund des Monopolbereichs jeweils ein nicht bestreitbarer Teil der Versandmenge bei der Post verbleiben muss, für welchen dann der gesamte Zusatzrabattverlust erlitten wird.

Behinderungswirkung trotz kurzer Bemessungsperiode und Kündigungsmöglichkeit

1057. Wie oben erwähnt, betrug die Bemessungsperiode für den Zusatzrabatt einen Monat und war damit kurz. Der auf einer bestimmten Umsatzprognose basierende Zusatzrabatt wirkte sich grundsätzlich so lange aus, wie diese Prognose Bestand hatte bzw. bis diese angepasst wurde.

1058. Im Zusammenhang mit der Referenzperiode, d. h. der Basis für die Rabattgewährung, sind auch die Kündigungsmodalitäten zu analysieren. Der Vertrag war zwar innerhalb von 30 Tagen auf ein Monatsende kündbar. Jedoch musste damit gerechnet werden, dass bis zu einer Neuverhandlung noch zusätzliche Zeit verstreicht (vgl. für die Strukturkontrolle Rz 1049). Wichtig ist in diesem Zusammenhang zunächst, von welchen Vertrags- und Kündigungsmodalitäten die Vertragskunden ausgingen (Rz 549–551).

1059. Die Befragungen (vgl. Rz 551) zeigen, dass ein nicht unerheblicher Teil der Vertragskunden die Dauer/Befristung sowie die Kündigungsmodalitäten des Vertrags nicht kannte oder von falschen Werten ausging. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die Preisvereinbarung (Konditionen) üblicherweise für ein Jahr galt. Die wenigen (ein Viertel) in der Vorabklä-

rung antwortenden Vertragskunden gaben immerhin an, die Kündigung sei für sie nicht umständlich (im Gegensatz dazu vgl. allerdings auch die Aussage eines Vertragskunden zur Kündigung des Vertrags). Daraus ergibt sich, dass trotz der bestehenden Kündigungsmöglichkeit aufgrund der teilweisen Unkenntnis über die Kündigungsbedingungen und der Notwendigkeit zu Neuverhandlungen das Preissystem CAPRI als rigide einzustufen ist.

1060. Weiter ist für die Wirkungen des Preissystems massgebend, inwiefern die Verträge tatsächlich gekündigt wurden (vgl. Rz 1034). Die befragten Kunden gaben zumeist an, der Vertrag werde jährlich angepasst (vgl. Rz 460). Dies stimmt mit den Angaben der Post überein (Rz 241). In der Untersuchung gaben rund 4 % der Kunden an, dass ihnen der Vertrag durch die Post vorzeitig gekündigt wurde, weil sie unterjährig stark von den einstufigsrelevanten Umsätzen abgewichen waren (Rz 475). Demgegenüber gab von den befragten Vertragskunden kein einziger an, den geschlossenen Vertrag bei der Post jemals selbst vorzeitig gekündigt zu haben, weil sie unterjährig stark von den einstufigsrelevanten Umsätzen abgewichen waren und daher einen Grossteil des Zusatzrabatts nicht realisieren konnten (Rz. 476).⁶³³ Ein Vertragskunde (und Quickmail-Kunde) gab jedoch dazu an: «Das wäre vielleicht sinnvoll gewesen, wegen des hohen Aufwands haben wir darauf verzichtet». Die Auswertung zu den tatsächlich vorgenommenen Kündigungen bestätigt daher die Rigidität des Preissystems in der Anwendung.

1061. Aufgrund seiner Konzeption entfaltete aber der Zusatzrabatt selbst bei einer Kündigung und Anpassung des Vertrags (durch die Post oder den Kunden) seine Wirkung auf Basis der neuen Prognose sofort wieder, sei dies im Hinblick auf zusätzliche Auslagerungen oder aber für den Entscheid über die Vergabe zusätzlicher Versände wie der Rückverlagerung von Sendungen von der Konkurrenz an die Post. Betreffend zusätzlichen Umsatz war die Auswirkung auf Quickmail sogar noch grösser als bei Auslagerungen (vgl. Rz 540 f.).

1062. Hinsichtlich des Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG bringt die Post vor, dass dieser nicht erfüllt sei, da es keine Behinderungsstrategie der Post gab und die Rabatte keine Treue- oder Exklusivitätsrabatte darstellten. Zudem habe es keine relevante Rückwirkung gegeben und das Ausmass der Gesamtrabatte bzw. der Zusatzrabatte sei stets gering und gänzlich ungeeignet gewesen, Quickmail irgendwie zu behindern. So seien auch die vom Sekretariat angeführten Kriterien nicht erfüllt. Diese Vorbringen treffen nicht zu. Mit der von der Post an den Tag gelegten Verhaltensweise hat sie eine Behinderung von Quickmail mindestens billigend in Kauf genommen (vgl. Rz 1126). Zudem hat der Zusatzrabatt aufgrund seiner belohnenden bzw. abstrafenden monatlichen Ausgestaltung sehr wohl eine Treuewirkung bei den Kunden, so dass diese tendenziell auf einen Wechsel zu Wettbewerbern verzichtet haben (vgl. Rz 1106).

1063. Es ergibt sich damit, dass die an sich kurze Bemessungsperiode und die kurzfristige Kündigungsmöglichkeit eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht zu verhindern vermochten (vgl. auch Rz 1049).

Gesamtumsatzrabattierung und Hebeleffekt

1064. Für die Rabatthöhe des Preislistenrabatts und des Zusatzrabatts waren sämtliche adressierten Briefsendungen eines Kunden relevant, das heisst sowohl solche im Bereich mit Wettbewerb als auch aus den Bereichen ohne Wettbewerb. Für die Konkurrenz bestand daher eine nichtbestreitbare Menge. Diese konnte je nach Versandverhalten des Kunden oder auch zeitlich (saisonal oder gar monatlich) variieren. Aufgrund der nichtbestreitbaren Menge und der Gesamtumsatz-Rabattierung ergab sich ein preislicher Hebeleffekt bei Umsatzänderun-

⁶³³ Fünf Vertragskunden haben die Frage nicht beantwortet, und zwei haben die Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.

gen im Bereich mit Konkurrenz. Dies verstärkte die Wirkung der Rabattstufen der Preislisten-einteilung und des Zusatzrabatts im Hinblick auf eine Erschwerung des Absatzes von Quickmail, und damit die behindernde Wirkung auf Quickmail (vgl. dazu bereits Rz 1045 und 1051–1050 m.w.H.).

1065. Dieser Hebeleffekt im Zusammenhang mit dem Zusatzrabatt wurde denn auch in den Anzeigen von KEP & Mail (Rz 500 f.) und von Quickmail (Rz 503 f.) besonders hervorgehoben. Auch die Kundenverbände VSV und SDV kritisierten die fehlende preisliche Trennung zwischen Monopol- und Nicht-Monopol-Bereich (Rz 506 f.). Dies führe dazu, dass die Post im Gegensatz zu ihren Konkurrenten eine Mischrechnung machen könne und «dass man als Unternehmer die Volumen besser bei der Post belässt als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen». Auch Kunden machten Aussagen im Rahmen der Befragung, dass eine Aufteilung der Sendungen resp. eine Abrechnung für Briefe über/unter 50 Gramm fehle. Eine Mehrheit der in der Vorabklärung befragten Vertragskunden bekräftigte zudem den Einfluss der Gesamtumsatzrabattierung auf den Entscheid zur Berücksichtigung eines Konkurrenten (Rz 520).

Komplexität und Intransparenz des Preissystems

1066. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Post die Vertragskunden über Einzelheiten des Preissystems, wie Ausgestaltung der Parameter und deren Auswirkungen auf die Preisliste, die Segmenteinteilung, Umsatz- und Rabattstaffeln sowie verschiedene Preislisten im Unklaren gelassen hatte. Selbst die Post gab in ihren Schulungsunterlagen als Nachteil des neuen Preissystems an, dass die Kunden die Zusammensetzung des kundenindividuellen Preises nicht mehr 1:1 nachvollziehen könnten. Die Vertragskunden verfügten ebenfalls über kein Tool, um Preise eigenständig berechnen zu können (vgl. Rz 979 f.).

1067. Einerseits war die Preislisteneinteilung aufgrund der vielen Einflussfaktoren komplex und für den Kunden nur schwer nachzuvollziehen. Es bestanden viele Einflussfaktoren, deren Auswirkungen und Gewichtung den Kunden teilweise nicht bekannt waren. Die unterschiedlichen Rabattstufen und die uneinheitliche Rabattierung der einzelnen Produkte trugen zusätzlich zur Komplexität und Intransparenz des Preissystems bei, da je nach Preisliste bei einer Produktstrukturänderung mit Preislisteneinfluss die preislichen Änderungen sehr unterschiedlich ausfallen konnten. Zudem waren die verschiedenen Preislisten den Kunden nicht zugänglich.

1068. Den Kunden wurden denn auch nur ihre individuellen Konditionen kommuniziert, so dass sie keinerlei Möglichkeiten hatten, die Einstufung in die einzelnen Preislisten und die gewährten Rabatte auf ihre Richtigkeit zu prüfen. Zudem verunmöglichte die Komplexität der Preislisteneinteilung auch jegliche Vergleichsmöglichkeiten der Kunden untereinander, da diese die Ausprägungen der einzelnen für die Preislisteneinteilung relevanten Parameter in der Regel nicht kannten und diese von der Post in der Regel auch nicht kommuniziert wurden.

1069. Dazu kam der Zusatzrabatt, welcher von vielen Vertragskunden als Grund für die mangelhafte Planbarkeit angegeben wurde. Dieser erschwerte bis verunmöglichte gemäss Kundenaussagen eigenständige Kalkulationen. Wie oben erwähnt, reagierte der Zusatzrabatt im Verhältnis zu den Preislistenanpassungen sehr stark, und führte je nach Prognosekorrektheit, Sendungsschwankungen und Planung der Sendungen durch den Vertragskunden zu unterschiedlichen Rabatten (Rz 322 ff.).

1070. Die durch den Zusatzrabatt entstandene Zweiteilung der Rabatte (Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt) trug entscheidend zu einer erhöhten Komplexität bei der Planung und Budgetierung der Kunden bei (vgl. Abschnitt A.4.4.3). So mussten Kunden im Hinblick auf die Auslagerung gewisser Versände auf den Wettbewerber Quickmail nicht mehr nur ihr jährliches Versandvolumen berücksichtigen, sondern auch die übrigen Kriterien zur neuen Preislisten-einteilung im Folgejahr und darüber hinaus noch die Auswirkungen auf den monatlich neu zu

berechnenden Zusatzrabatt. Je nach gewählten Produkten (welche je nach individueller Preisliste unterschiedlich stark rabattiert waren), Versandmenge, -häufigkeit und -verteilung war eine Optimierung hinsichtlich Preis für Endkunden schwierig bis unmöglich durchzuführen. Dazu kamen zu berücksichtigende Inkonsistenzen im Preissystem, wie etwa die Tatsache, dass der Zusatzrabatt zum Parameter Jahresprofil einen (gegenläufigen) Effekt haben konnte (Rz 367 ff.).

1071. Aufgrund der ungenügenden Informationsbasis der Vertragskunden, der vielen Parameter und der beschriebenen Wechselwirkungen muss das Preissystem insgesamt als komplex und intransparent eingestuft werden. So sahen sich eine Mehrheit der Vertragskunden in der Vorabklärung und die ganz überwiegende Mehrheit (>95 %) der Vertragskunden in der Untersuchung nicht in der Lage, die preislichen Auswirkungen einer Auslagerung von Sendungen abzuschätzen, wobei auch die übrigen Vertragskunden zumeist keine präzisen oder vollständigen Angaben machen konnten (Rz 555 ff.). Zudem gaben von den in der Untersuchung befragten Vertragskunden knapp 8 % an, schon einmal aufgrund des Preissystems auf einen Wechsel verzichtet zu haben (Rz 560 f.). Neun dieser Antworten stammen dabei von potenziellen oder aktuellen Quickmail-Kunden.

1072. Diese Komplexität und Intransparenz wurde auch von Quickmail als wettbewerbsbehindernd kritisiert (Rz 432 und Rz 553). Quickmail führte aus, dass dadurch für die Vertragskunden die Auswirkungen eines Wechsels kaum vorhersehbar bzw. berechenbar seien, wodurch sie von einer Zusammenarbeit mit Quickmail absehen würden oder diese verzögert würde.

1073. Zwei Kundenverbände hatten vor resp. nach der Einführung des Preissystems die Behörden auf problematische Punkte des Preissystems CAPRI hingewiesen. Dabei wurde insbesondere die grosse Intransparenz bemängelt, welche es unmöglich mache, die Kosten für Sendungen selbst zu berechnen (Rz 431). Dies stuften die Verbände als wettbewerbsrechtlich bedenklich ein und sie vertraten die Meinung, dass auf diese Weise Markttransparenz zum Vornherein verunmöglicht werde. Wie oben erwähnt (Rz 1065) kritisierten sie ausserdem die auch damit zusammenhängende fehlende preisliche Trennung zwischen Monopol- und Nicht-Monopol-Bereich. Dies führe gemäss einem der Verbände dazu, «dass man als Unternehmer die Volumen besser bei der Post belässt als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen». Die Eingaben der Kundenverbände zeigen, dass diese ebenfalls von einer effektiven wettbewerbsbehindernden Wirkung des neuen Preissystems – unter anderem aufgrund der Komplexität und Intransparenz des neuen Preissystems – ausgingen.

1074. Die Komplexität und Intransparenz führte dazu, dass die Vertragskunden Angebote der Post und von Quickmail nur schwer oder gar nicht vergleichen konnten. Die Vertragskunden hatten zudem Ungewissheit über die effektive Auswirkung auf die Preise bei der Post bei einer Auslagerung von Sendungen an Quickmail. Um diese Ungewissheit zu beheben, musste sich eine Vertragskunde an die Post wenden, was eine zusätzliche Hürde darstellen konnte. Ausserdem konnte die Post allenfalls ein neues Angebot unterbreiten. Die Komplexität und Intransparenz des Preissystems CAPRI führte damit zu einer Verschlechterung der Absetzbarkeit der Produkte von Quickmail, ohne dass dadurch die Produkte der Post verbessert worden wären. Damit hatte das Preissystem eine behindernde Wirkung auf Quickmail. KEP & Mail

Mögliche Auswirkungen auf die Entwicklung von Quickmail

1075. Weitere Hinweise auf die Wirkung des Preissystems können sich aus der Entwicklung von Quickmail ergeben. Quickmail selbst schätzte im November 2013, dass ihre Umsätze ohne Zusatzrabatt in den letzten drei Jahren mindestens 25 % höher ausgefallen wären (Rz 504 f.). Die Massnahme der Post habe sie in einer Aufbauphase getroffen, in der noch keine Gewinne erzielt würden, so dass sich jeder Kundenverlust und jede erforderliche Erhöhung

der Rabattierung unmittelbar in einem höheren Kapitalbedarf niederschläge. Das diskriminierende Rabattsystem habe eine erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb und sei daher geeignet gewesen, Quickmail vollständig vom Markt zu verdrängen.

1076. Die Wirkungen des Preissystems CAPRI zeigen sich zunächst in der Rabattpolitik von Quickmail, welche zur Kundenakquisition notwendig war. Quickmail gewährte offiziell «einen Rabatt, dessen Niveau sich am heutigen Umsatzrabatt für adressierte Briefe anderer Anbieter orientiert».⁶³⁴ [...] Teilweise machte Quickmail zudem geltend, es müsse bei spezifischen Verhaltensweisen oder Angeboten der Post von der Staffel abgewichen werden. Insbesondere der Zusatzrabatt führe dazu, dass der Preisvorteil von Quickmail geschmälert werde, wodurch der Anreiz zur Zusammenarbeit mit Quickmail ganz wegfallen könne. Dies zeigt, dass Quickmail nebst teilweise deutlich tieferen Preisen als die Post auch den Gesamtumsatzeffekt berücksichtigen musste.

1077. Ein weiterer Hinweis auf die Wirkungen des Preissystems ergibt sich aus der finanziellen Situation von Quickmail. Quickmail geriet in finanzielle Schwierigkeiten, welche erst 2015 verringert werden konnten. [Details zur finanziellen Situation: [...]].

1078. Vergleicht man die geplante mit der tatsächlichen Umsatz-Entwicklung, so ergibt sich folgendes: [...] Ein negativer Einfluss des Preissystems CAPRI, welcher massgeblich dazu beigetragen hat, dass Quickmail ihre Zielvorgaben verfehlt hat, ist mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen. Andere Faktoren können aber ebenfalls eine Rolle gespielt haben, insbesondere die im Vergleich zur Planung deutlich langsamere Erhöhung der Abdeckung. Wobei zu berücksichtigen ist, dass die Erhöhung der Abdeckung ein bedeutender Kostenfaktor ist und die hinter den Erwartungen zurückgebliebene Umsatzentwicklung einen massgeblichen Einfluss auf die langsamere Erhöhung der Abdeckung gehabt hat.

1079. Laut Quickmail sind die durchschnittlichen Stückkosten [...]

1080. Die Abdeckung der Haushaltabdeckung bei Quickmail verlief ebenfalls langsamer als geplant: [...] Bis Ende 2011 erfolgte noch eine bedeutsame Steigerung von fast 20 %, womit Quickmail jedoch unter den geplanten Werten blieb. In den beiden Jahren 2012 und 2013 erfolgte nur eine relativ leichte Erhöhung der Haushaltabdeckung von 16.2 %. Nach einem Rückgang infolge der Übernahme eines Verteilpartners durch die Post Anfang 2014 [...]

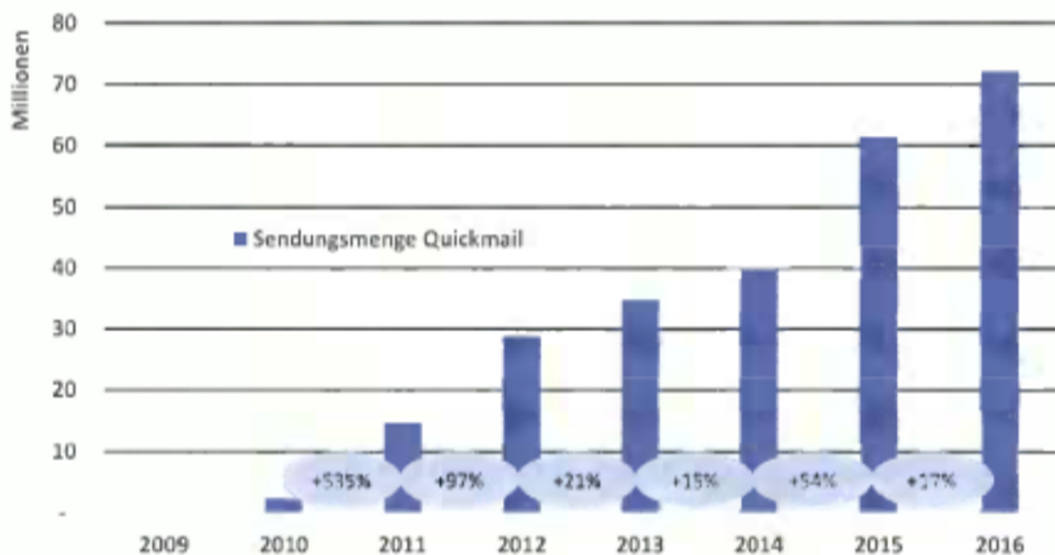
1081. Der im Vergleich zur Planung schwierigere und langwierigere Markteintritt von Quickmail zeigt, dass die angestrebte bessere Kundenbindung (vgl. Rz 1048) und damit für Wettbewerber absatzbeschränkende bzw. wettbewerbsbehindernde Wirkung des Preissystems CAPRI auch tatsächlich eingetreten ist. Daneben können auch andere Faktoren einen Einfluss auf den Markteintritt gehabt haben.

1082. Die Post bringt weiter vor, dass Quickmail auch während und nach Einführung des Preissystems CAPRI eine wachsende Sendungsmenge aufwies und daher nicht behindert worden sei. Zudem könne sich Quickmail die „Beförderung-Rosinen“ gezielt herauspicken. Da Quickmail einen grossen Dichteeffekt erziele und praktisch keine Infrastruktur benötige, hätte Quickmail gegenüber der Post entscheidende Kostenvorteile. Das Sendungsvolumen der Post gehe demgegenüber stetig zurück. Hierzu ist anzumerken, dass alleine der Hinweis auf ein mögliches Wachstum von Quickmail nicht der Schluss gezogen werden kann, dass Quickmail im Wettbewerb behindert worden ist. Vielmehr zeigt die Marktanteilsentwicklung der Jahre 2012 bis 2014, dass Quickmail erhebliche Einbussen in ihren Wachstumsraten hinzunehmen hatte. Diese stimmen zudem zeitlich mit der Einführung des Preissystems CAPRI überein, dessen erklärtes Ziel die Ertrags- und Marktanteilssicherung war (vgl. Rz 479, 782 und 1048). Quickmail wäre daher weit stärker gewachsen, wenn die Post keine wettbewerbsbehindernde Praxis

⁶³⁴ <<https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Preise/Ueberblick.aspx>> (4.10.2016).

etabliert hätte. So ist, wie die nachfolgende Grafik (vgl. Abbildung 21) zeigt, das Umsatzwachstum von Quickmail in den Jahren 2012 bis 2014 merklich schwächer ausgefallen als in den Jahren 2009 bis 2011 und ab 2015.

Abbildung 24: Entwicklung der Sendungsmenge von Quickmail



Quelle: Website von Quickmail

Abbildung 21: Entwicklung Sendungsmengen Quickmail

1083. Auch die finanziellen Probleme von Quickmail und das verlangsamte Wachstum von Quickmail während der ersten Jahre nach der Einführung des Preissystems CAPRI zeigen, dass die von der Post an den Tag gelegten Verhaltensweisen wie beabsichtigt eingetreten sind und eine negative Auswirkung auf Quickmail gehabt haben, auch wenn Quickmail nicht vom Markt verschwunden ist.

1084. Zusammenfassend ergibt sich daher der Schluss, dass das Preissystem CAPRI und den damit verbundenen und von der Post beabsichtigten Anreize der Kundenbindung ursächlich für die (entstandene) schwierige finanzielle Situation von Quickmail war.

Zusammenfassung hinsichtlich Einschränkung des Absatzes und Behinderung

1085. Das Preissystem CAPRI wurde im Hinblick auf eine vollständige Marktöffnung hin entwickelt. Mit dem Preissystem CAPRI sollten die beiden strategischen Ziele [...].

1086. Die Intransparenz und die hohe Komplexität führten für den Vertragskunden dazu, dass er die Konsequenzen auf eine zukünftige Preislisteneinteilung bei Auslagerung eines Teils des Versandvolumens an Quickmail nicht oder nur schwer und zeitaufwändig berechnen konnte (Rz 555 und Rz 1066 ff.). Die Unsicherheit über die Auswirkungen eines teilweisen Wechsels konnte – auch im Zusammenspiel mit den teils hohen zusätzlichen Kosten durch den Verlust von Zusatzrabatten sowie die Kosten für die Aussonderung und Auslagerung von Briefsendungen an Quickmail – dazu führen, dass ein solcher gar nicht erst durchgeführt wurde.

1087. Wollte ein Vertragskunde keinen übermäßigen Verlust an Zusatzrabatt erleiden, musste er vorgängig die Post informieren, damit diese die neue Konstellation berechnen konnte. Dies konnte einen zusätzlichen Aufwand und eine Hürde darstellen, zumal das Ergebnis der Neueinstufung für den Kunden im vornherein nicht abschätzbar war. Zudem erfuhr die Post so frühzeitig von geplanten Änderungen im Versandverhalten und konnte Gegenmassnahmen ergreifen. Klare Hinweise von der Konkurrenz mit Rückmeldungen aus dem Markt, teilweise

belegt durch E-Mails, sowie Einschätzungen von zwei Kundenverbänden und viele Aussagen aus dem Markt, bestätigen die beschriebenen Wirkungen.

1088. Das Preissystem CAPRI hatte zudem in zweifacher Hinsicht eine negative finanzielle Wirkung auf Vertragskunden bei Nutzung von Quickmail:

- a. Zum einen musste ein Vertragskunde damit rechnen, dass er zukünftig aufgrund der üblichen Berücksichtigung des Umsatzes der letzten zwölf Monate in eine tiefere Preisliste eingestuft wird. Die Preisänderungen bei einer anderen Einstufung waren je nach Segment, Produktstruktur und Preislisteneinteilung uneinheitlich (Rz 1044). Durch den Gesamtumsatzrabatt und die nicht-bestreitbare Menge konnte es an der Rabattschwelle zu einer starken Reduktion eines möglichen Preisvorteils von Quickmail kommen (Rz 1045). Hierdurch konnte Quickmail bei denjenigen Kunden, die sich an einer Rabattschwelle befanden, im Wettbewerb behindert werden.
- b. Der Zusatzrabatt führte zudem dazu, dass jeder Vertragskunde – ob er sich an einer Umsatzschwelle befand – bereits bei einer mässigen Umsatzsenkung oder Umsatzerhöhung verhältnismässig starke Rabattänderungen zu gewärtigen hatte (Rz 1050). Da der Zusatzrabatt von der Erreichung der kundenindividuellen Umsatzprognose abhängig war, ist er als eine Art Zielrabatt zu qualifizieren (Rz 1046 f.). Bezeichnenderweise führte er denn auch dazu, dass Kunden mit gleichen Umsätzen unterschiedlich behandelt wurden (vgl. Beispiele Rz 393 ff.), zudem konnte er dem Qualitätsparameter «Jahresprofil» entgegen laufen (Rz 369 ff.). Ein möglicher Rabattverlust durch den Zusatzrabatt wurde den Kunden durch die Kundeninformation auch unmittelbar vor Augen geführt und hatte in diesem Sinne abschreckende Wirkung (vgl. Abbildung 20: Beispiel für kundenindividuelle Konditionen. Abbildung 20). Indem der Zusatzrabatt auf den gesamten Umsatz gewährt wurde, bestand durch die nichtbestreitbare Nachfrage und die Gesamtumsatzrabattierung eine massgebliche Verstärkung des Rabattverlusts, welcher den Vorteil bei Quickmail schmälert (Rz 1051 ff.).

1089. Die Höhe des Rabatts sowohl für die Preislisteneinteilung als auch für den Zusatzrabatt hing vom gesamten Umsatz mit der Post für adressierte Briefsendungen ab, also auch von Sendungen im Monopolbereich oder Bereichen, in denen Quickmail nicht tätig war und mindestens mittelfristig auch nicht tätig werden konnte. Diese nichtbestreitbare Menge war umso grösser, je kleiner der Anteil an Massensendungen über 50 Gramm eines Kunden war, und je kleiner die Abdeckung von Quickmail war. Aufgrund der nicht-bestreitbaren Menge und der Gesamtumsatz-Rabattierung ergab sich ein preislicher Hebeleffekt bei Umsatzänderungen im Bereich mit Konkurrenz (Rz 1064 f. sowie oben Rz 1088). In der Aufbauphase eines Konkurrenten wirkte sich dies somit besonders hindernd aus. Ein Vertragskunde musste diese negativen finanziellen Anreize aufgrund des Preissystems den ohnehin bestehenden Kosten der (zusätzlichen) Nutzung eines Konkurrenten (Wechselkosten, Zusatzkosten der Nutzung sowie Zusatzkosten aufgrund wegfallender Preisreduktionen bei den Vorleistungen) zusätzlich berücksichtigen.

1090. Die Vertragsdauer war nicht beschränkt. In der Regel fanden jährlich Anpassungen oder Gespräche statt. Keiner der Vertragskunden hat trotz bestehender Möglichkeit den Vertrag innerhalb des Jahres gekündigt (Rz 1060). Vertragsanpassungen im Rahmen der Strukturkontrolle wurden – wenn überhaupt – häufig nur langsam vorgenommen. Die Wirkungen der Rabatte bestanden daher grundsätzlich für ein Jahr. Zudem ist erstellt, dass die Kunden von den Kündigungsmöglichkeiten so gut wie keinen Gebrauch machten.

1091. Die Einschätzung der Konkurrenz – teilweise belegt durch E-Mails – (Rz 1072), die Einschätzung der Kundenverbände (Rz 1073) sowie zahlreiche Aussagen (insbesondere von Quickmailkunden) aus den Marktbefragungen in der Vorabklärung und der Untersuchung bestätigen die vorstehend genannten Wirkungen. Weitere Hinweise zur Auswirkung des Preissystems ergeben sich durch die (entstandene) schwierige finanzielle Situation von Quickmail

(Rz 1075 und 1077), die Höhe der durch Quickmail zu gewährenden Rabatte (Rz 1076), der Stückkostenentwicklung (Rz 1079) und der langsamer zunehmenden Haushaltabdeckung (Rz 1080).

1092. Die Verhaltensweisen der Post betrafen ein Marktumfeld, in dem aufgrund der überragenden Stellung der Post, des Teilmonopols, der Skalen- und Verbundeffekte sowie der Markteintrittsschranken ein Markteintritt schwierig war (Rz 1036 ff.). Entsprechend konnten sich bereits leichte Behinderungen massgeblich auf die Wettbewerbsfähigkeit eines Konkurrenten auswirken und beispielsweise die Dauer der Markteintrittsphase verlängern. Das Preissystem betraf zudem einen wesentlichen Teil des Marktes (Rz 1040). Alle Vertragskunden waren im Rahmen des Preissystems von der Intransparenz und der Rabattanwendung betroffen.

1093. Somit kann festgehalten werden, dass die Post mit dem Preissystem CAPRI den Vertragskunden den Wechsel zu Quickmail erschwerte, und dass sie verschiedene Anreize setzte, dass Kunden auf die Nutzung von Quickmail verzichteten. Hierzu sind insbesondere die Intransparenz des Preissystems sowie die damit verbundenen Unsicherheiten (vgl. 1066 ff.) sowie die Anreizwirkungen des Zusatzrabatts (vgl. Rz 1046 ff., 1057 ff. und 1087 ff.) zu nennen. Diese Erschwerung beruhte dabei nicht auf einer Verbesserung der Post-Produkte und war auch keine Folge der normalen Marktentwicklung oder des normalen Leistungswettbewerbs. Vielmehr wurden durch die spezifische Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI die Produkte von Quickmail weniger attraktiv und absetzbar, womit der Zugang von Quickmail zum Markt erschwert wurde (vgl. Rz 1075). Damit liegt eine Verhaltensweise der Post im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vor, die zu einer Einschränkung des Absatzes der nationalen adressierten Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Quickmail und damit allenfalls auch im Markt insgesamt führte.

1094. Die Post schränkte mit dem Preissystem CAPRI die Vertragskunden in der freien Wahl des Anbieters ein und beeinträchtigte damit den Wettbewerb. Dies ist als Behinderung von Konkurrenten bei der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

1095. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Verhaltensweise durch sachliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden kann.

B.4.3.2.3 Sachliche Rechtfertigung

a) Umsatzrabattierung statt Mengenrabattierung

Argumente der Post

1096. Laut Post ermöglichen Grosskunden der Post Skaleneffekte in der Produktion und in den administrativen Prozessen. Regelmässige Aufgaben von Massensendungen (im Sinne von Anzahl, nicht bezogen auf das postalische Produkt „Post-Massensendung“) bildeten die Planungsgrundlage für Investitionen in Infrastruktur und Personal. Nutze ein Kunde für den Massenversand teurere Einzelsendungsprodukte, entstünden auch hier Skaleneffekte. Ein reiner Mengenrabatt berücksichtige diesen Unterschied und damit die unterschiedlichen Kosten nicht. Erst ein Rabatt basierend auf dem erzielten Umsatz reduziere den höheren Listenpreis des Einzelsendungsprodukts angemessen.

1097. Die Post gibt weiter an, dass sie aufgrund der Zusammenhänge mit den Prozesskosten ein umsatzbasiertes Rabattsystem gewählt hat. Die Skaleneffekte einer durchschnittlichen Einlieferungsmenge von z.B. 10'000 Sendungen seien je nach Produkt unterschiedlich. Zu den effektiven Skaleneffekten hat die Post keine weiteren Angaben gemacht.

1098. Ein mengenbasiertes System hätte laut Post zur Folge, dass (i) die Rabattsätze der einzelnen Produkte entweder gleich wären, unabhängig davon, ob 10'000 A-Post-Sendungen oder 10'000 B-Post-Massensendungen eingeliefert werden oder dass (ii) eine Differenzierung der produktspezifischen Rabatte vorgenommen werden müsste, je nachdem, welches Produkt zum Erreichen der Menge von 10'000 beigetragen hat. Eine Prüfung der Rabattgrundlage und der Korrektheit der Rabattierung durch den Kunden würde voraussetzen, dass eine produktspezifische Mengenprüfung je Monat stattfinden müsste. Dies sei nicht im Sinne der Kunden, hätten diese doch ein Interesse an einem einfachen Preissystem.

1099. Zudem entspreche das Rabattsystem der Erwartungshaltung der Kunden, wonach grosse Bezugsmengen eines teureren Produkts zu höheren Rabatten führen sollen. Dies sei mit einer Umsatzrabattierung gewährleistet, da rabattrelevante Umsatzschwellen schneller erreicht würden als beim Bezug gleicher Mengen von Produkten, innerhalb derer Prozessvorteile des Anbieters bereits im Listenverkaufspreis enthalten seien.

Würdigung

1100. Grundsätzlich spricht nichts gegen einen Rabatt, dessen Höhe vom Umsatz abhängig ist, solange der Bezug zu den Kosten (ausreichend) gewährleistet wird. Zwar dürften bei einzelnen Prozessschritten wie der Annahme die Kosteneinsparungen bei teureren Sendungen wohl nicht immer höher sein als bei günstigeren. Immerhin tragen aber die teureren Sendungen mehr zu den allgemeinen Gemeinkosten bei. Auch das Argument der Vereinfachung des Preissystems spricht für die Ausgestaltung als umsatzbasiertes Preissystem. Dass die Rabatte auf Umsätzen statt auf Mengen basieren, kann damit gerechtfertigt werden. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass ein umsatzbasierter Rabatt *an sich* noch keine wettbewerbsbehindernden Effekte zeitigen muss, sondern die Auswirkung auf den Wettbewerb von der Ausgestaltung des Umsatzrabatts abhängt.

b) Berücksichtigung der Monopolmengen

Argumente der Post

1101. Die Post bringt vor, dass aufgrund der gesetzlichen Vorgaben eine Quersubventionierungspflicht bestünde und daher eine Gesamtumsatzrabattierung gesetzlich vorgeschrieben sei (vgl. Rz 620). Hierzu kann auf die vorhergehenden Ausführungen hierzu verwiesen werden (vgl. Rz 621).

c) Ex ante System und Unterteilung des Preissystems in Preislisten und Zusatzrabatt

Argumente der Post

1102. Laut Post liegt ein Grund für die Ausgestaltung des Preissystems CAPRI als Prognose-system darin, dass die Kunden die Preise für die Dienstleistungen der Post bereits im Voraus berechnen können. Die effektiven Kosten eines Versands sollten möglichst berechenbar sein. Die Ausgestaltung des Preissystems, insbesondere die Unterteilung in individuelle Preislisten und Zusatzrabatt, diene somit dazu, dem Kunden den für ihn gültigen Preis zu dem Zeitpunkt offen legen, wenn er über seinen Versand entscheide. So könne eine marktverschliessende Wirkung des Rabattsystems verhindert werden, das heisst, Kunden hätten am Ende der Bemessungsperiode keinen Anreiz, eine gewisse Schwelle erreichen zu müssen, um in den Genuss des Rabatts zu kommen. Gleichzeitig sollte laut Post der Kundenpreis möglichst demjenigen entsprechen, der durch das später folgende, tatsächliche Sendungsverhalten des Kunden gerechtfertigt ist, denn nur dies reflektiere die tatsächlichen Kosten der Post und werde damit Art. 2 i. V. m. Art. 14 PG gerecht. Die Unterteilung des Preissystems in die beiden Komponenten (Basis-Preislisten und Zusatzrabatte) stelle sicher, dass beide Zielsetzungen berücksichtigt würden, ohne dass bei Wachstum oder Schrumpfen der Sendungsmenge beim Kunden ständige Neuverhandlungen erforderlich wären. Eine solche ex-ante Rabattierung ba-

sieren zwangsläufig auf Einschätzungen über den zu erwartenden Geschäftsverlauf. Der Zusatz- bzw. Umsatzrabatt des neuen Preissystems diene dazu, Abweichungen zwischen dem prognostizierten und dem tatsächlichen Umsatz auszugleichen. Beim Zusatzrabatt wird laut Post nur der Umsatz berücksichtigt, da eine Berücksichtigung aller Kriterien auf monatlicher Basis nicht oder nur mit unverhältnismässig hoher Komplexität und Kostenfolgen für die Post zu realisieren wäre. Es ist ausserdem nicht zu erwarten, dass die Erfüllung der übrigen Kriterien sich monatlich ändert.

Würdigung

1103. Das Ziel, dem Kunden klare Preise zu kommunizieren und insbesondere dafür zu sorgen, dass Versände berechnet werden können, kann berechtigt sein. Aufgrund der Antworten in der Vorabklärung (Rz 477 f.) ist nicht ganz klar, ob ein Prognosesystem generell positiv empfunden wurde. Als grösster Vorteil genannt wurde die grundsätzlich bessere Planbarkeit und Budgetierung. Als Nachteil wurde angegeben, dass aufgrund von Schwankungen eine Prognose häufig schwierig sei. Vor allem aber gaben einige Vertragskunden an, dass sich durch den Zusatzrabatt die Planung und Budgetierung, sofern sie denn durch das Prognosesystem erleichtert gewesen wäre, wieder erschwert habe. Ein Unternehmen, welches sowohl Vorteile aber auch Probleme aufgrund von Plan-Ist-Abweichungen sah, gab zudem an, [...]. Eine Mehrheit der antwortenden Vertragskunden und eine Mehrheit der antwortenden Quickmailkunden sprach sich gegen ein Prognosesystem aus, wobei nicht ganz klar ist, ob gegen ein Prognosesystem an sich oder «nur» gegen das aktuelle Preissystem.

1104. Wie von den Vertragskunden bemängelt, führt das Preissystem CAPRI gerade nicht dazu, dass die Preise klar sind und insbesondere für ein Mailing leicht berechnet werden können. Auch die Post gibt in ihren Schulungsunterlagen denn explizit als Nachteil der Preissystems CAPRI an, dass die Kunden die Zusammensetzung des kundenindividuellen Preises nicht mehr 1:1 nachvollziehen könnten. Denn der Preis hängt auch noch vom Zusatzrabatt ab, welcher je nachdem auch von Sendungsstruktur und der Anzahl der übrigen Sendungen im gleichen Monat abhängt.

1105. Schwierige Preissetzungen ergeben sich auch, wenn eine Mailingaktion auf verschiedene Monate aufgeteilt wird. Zu berücksichtigen ist dazu, dass eine Optimierung hinsichtlich Zusatzrabatt den Parameter Jahresprofil negativ beeinflussen kann, was gegebenenfalls wieder einen Einfluss auf die Preislisteneinteilung und damit die künftigen Preise haben kann. Die vielen negativen Aussagen in der Vorabklärung und der Untersuchung hinsichtlich Komplexität, Transparenz und der schlechten Möglichkeit zur Planung und Budgetierung bestätigen diese Einschätzung. Selbst die Post geht implizit davon aus, dass die Planbarkeit durch den Zusatzrabatt beeinträchtigt werden kann. Die Struktur des Preissystems CAPRI ist daher nicht geeignet, die Ziele der klaren Preise für die Kunden und der guten Planbarkeit und Budgetierung zu erreichen, sondern das Gegenteil ist der Fall.

1106. Das von der Post vorgebrachte Argument, dass der Zusatzrabatt dazu dienen würde, Abweichungen zwischen dem prognostizierten und dem tatsächlichen Umsatz auszugleichen ist ebenfalls nicht stichhaltig, da aufgrund der monatlichen Berechnungsweise des Zusatzrabatts ein Ausgleich auf jährlicher Basis gerade nicht bzw. nur in ganz spezifischen Ausnahmefällen erreicht wird. So kann ein Kunde, der nur jeden zweiten Monat einen Versand durchführt die Umsatzprognose um bis zu ca. 40 % verfehlen und dennoch einen Zusatzrabatt von 3 % erhalten. Umgekehrt kann ein Kunde, der die auf Jahresbasis berechnete Umsatzprognose übertrifft, aufgrund von unregelmässigen Versänden dennoch einen Zusatzrabatt von weniger als dem Standardwert von 2 % erhalten. Wie dies aus den Beispielen in Rz 394 ff. ersichtlich ist, kommen solche Beispiele denn auch tatsächlich vor und sind nicht nur theoretischer Natur. Die monatliche Ausgestaltung des Zusatzrabatts lässt daher nur den Schluss zu, dass hiermit lediglich ein Abstrafen derjenigen Kunden, die kurzfristig einen Teil des Umsatzes ausgelagert

haben, und eine übermässige Belohnung derjenigen Kunden, die in einem Monat die Prognose übertrafen haben, erzielt werden sollte. Hinzu kommen weitgehende Unsicherheiten betreffend die Neueinstufung bei der Preisliste, was dazu geführt hat, dass durch das Preissystem ein Wechsel zu Wettbewerbern erschwert wurde. Zudem sind keine anderen Gründe ersichtlich, welche eine monatliche Berechnung des Zusatzrabatts begründen könnten.

1107. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Zusatzrabatt in der Regel stärkere Auswirkungen hat, als eine Neueinstufung in eine neue Preisliste. Auch aus diesem Grund ist die von der Post vorgebrachte Begründung, dass der Zusatzrabatt dazu dienen würde kurzfristig einen Ausgleich zwischen den Preislisten herzustellen, nicht stichhaltig.

d) Zusatzrabatt insbesondere

Argumente der Post

1108. Die Post ist gemäss eigenen Angaben auf Wunsch ihrer Vertragskunden bestrebt, ein Rabattsystem anzubieten, mit welchem die Kunden die Preise für die Dienstleistungen der Post bereits im Voraus berechnen können (Prognosesystem). Effektive Kosten eines Versands sollen möglichst berechenbar sein. Eine solche ex-ante Rabattierung basiere zwangsläufig auf Einschätzungen über den zu erwartenden Geschäftsverlauf.

1109. Laut Angaben der Post dient der Zusatzrabatt dazu, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz⁶³⁵, welcher der Preisliste zugrunde liegt, und dem tatsächlichen Umsatz, zeitnah auszugleichen. So könnten monatliche Anpassungen der Preisliste verhindert werden. Ausserdem könne so auch eine rückwirkende marktverschliessende Wirkung des Systems verhindert werden, da Kunden am Ende einer Bemessungsperiode keinen Anreiz hätten, eine bestimmte Schwelle erreichen zu müssen, um in den Genuss des Zusatzrabatts zu kommen. Jedoch solle der vorgängig festgelegte Kundenpreis damit möglichst demjenigen entsprechen, der durch das später folgende, tatsächliche Sendungsverhalten des Kunden gerechtfertigt sei. Der Zusatzrabatt könne laut Post nur massvolle Abweichungen abbilden, bei grösseren Abweichungen werde hingegen der Vertrag – d. h. die Preisliste – angepasst.

1110. Damit werde bezweckt, dass alle Vertragskunden unabhängig von der zu Beginn des Vertragsverhältnisses ausgehandelten individuellen Preisliste, welche wie erwähnt vorwiegend auf einer Umsatzprognose beruht, hinsichtlich des Rabatts gleichgestellt seien. Der Kunde habe gemäss Post somit weder einen Vorteil, wenn er den prognostizierten Umsatz erreicht, noch einen Nachteil, wenn dies nicht der Fall sein sollte. Der Zusatzrabatt stelle auch sicher, dass zwei Kunden mit gleichem Volumen ungefähr den gleichen Rabatt erhielten. Verbleibende Unterschiede beim Rabatt zwischen zwei Kunden mit gleichem Volumina würden gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abbilden.

1111. Hierzu ist anzumerken, dass diese Ziele mit dem Zusatzrabatt theoretisch nur unter ganz restriktiven Annahmen erreicht werden könnten, in der Praxis aber unerreichbar sind. Damit die von der Post angestrebte Wirkung erzielt werden könnte, müsste ein Kunde jeden Monat exakt ein Zwölftel seines jährlichen Sendungsvolumens verschicken. Zudem müsste der Zusatzrabatt so ausgestaltet sein, dass er keine stärkere Wirkung entfaltet als eine neue Preislisteneinteilung. In der Praxis zeigt sich, dass beides nicht zutrifft. Sämtliche Kunden haben monatlich unregelmässige Versände und der Zusatzrabatt ist so ausgestaltet, dass er eine stärkere Wirkung entfaltet als dies bei einer Neueinteilung in eine neue Preisliste der Fall wäre. Wie in Rz 331 ff. und Rz 1104 beschrieben, kann der Zusatzrabatt den von der Post vorge-

⁶³⁵ Beim Zusatzrabatt werde nur der Umsatz berücksichtigt, da eine Berücksichtigung aller Kriterien auf monatlicher Basis nicht oder nur mit unverträglich hoher Komplexität und Kostenfolgen für die Post zu realisieren wäre und für die übrigen Parameter auch keine monatliche Änderung zu erwarten wäre.

brachten Zweck gerade nicht erfüllen, sondern beinhaltet selbst das Potenzial für Ungleichbehandlungen. Diese Ungleichbehandlungen kommen sowohl bei korrekter als auch bei nicht korrekter Prognose vor. Ausserdem läuft er mindestens teilweise dem Parameter Jahresprofil entgegen (Rz 367 ff.). Zudem wurde die Handhabung der Umsatzprognose, welche als Basis für die Berechnung des Zusatzrabatts dient, uneinheitlich gehandhabt und häufig nicht angepasst (Rz 315 ff., 322 ff. sowie 383 ff.). Es ist daher festzustellen, dass der Zusatzrabatt sowohl in seiner Ausgestaltung als auch in seiner Anwendung nicht geeignet ist, die Gleichbehandlung der Kunden sicherzustellen, da er gerade keinen Ausgleich zwischen den Preislisten herstellt. Der Zusatzrabatt ist daher in seiner jetzigen Ausgestaltung ungeeignet die von der Post vorgebrachten Ziele zu erreichen. Die Vorbringen sind daher unbeachtlich.

1112. Der Zusatzrabatt diene gemäss Aussagen der Post ausserdem dazu, den Kunden über Preismassnahmen in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit einzubinden. Das heisst die Komponente Zusatzrabatt soll im Rahmen des gesamten Rabattsystems sicherstellen, dass die Preise auf Abweichungen von den prognostizierten Volumina reagieren. Dies v. a. im Hinblick auf unvorhersehbare Mengenrückgänge. Diesbezüglich führt die Post aus, dass das adressierte Briefvolumen in der Schweiz in den letzten 10 Jahren im Durchschnitt um jährlich ca. 1.5 % gesunken ist. Im Oktober 2011 rechnete sie für die nächsten Jahre mit einem Mengen- und Umsatzrückgang von 2-3 % pro Jahr. Die Post könne aber nur einen Teil der aufgrund des Mengenrückgangs höheren Stückkosten auffangen. Diesbezüglich gehen die Angaben der Post in den verschiedenen Eingaben auseinander: Gemäss Eingabe vom 5. Mai 2011 könnten aufgrund der Kostenstruktur der Post die Kosten nur um ca. [...] % pro Jahr gesenkt werden. Die Höhe des Zusatzrabatts sei nun so bemessen, dass eine Deckung der verbleibenden Strukturkosten (anteilig der Vertragskunden) durch die Kunden erreicht werde, die überdurchschnittlich – also ausserhalb der Planungsgrundlage der Post – zum Mengenrückgang beitragen. In der Eingabe vom 10. Oktober 2011 geht die Post hingegen von einer realisierbaren Stückkostenreduktion von jährlich [...] % aus. Bei einem überdurchschnittlichen Mengenrückgang von über [...] % bei einem Kunden führe dies zu ca. [...] % verbleibenden ungedeckten Fixkosten (bei einem Fixkostenanteil von [60-70] %). Abzüglich der möglichen [...] % Reduktion der Fixkosten blieben somit ca. [...] % ungedeckte Fixkosten. Diese Differenz werde durch die Abstufungen von 0.5 % auf der Zusatzrabattskala abgebildet. Die preisliche Kompensation erfolge analog auch bei Beiträgen einzelner Kunden zum Umsatzzuwachs. Die Preisanpassung des Einzelkunden orientiere sich an der Gesamtentwicklung von Mengen, Umsätzen und Kosten aller Kunden zusammen. Die durchschnittliche Höhe von 2% des Zusatzrabatts sei daher aus Sicht der Post ausreichend, um die Spanne zwischen der Mengenplanung von PostMail und dem bisher stärksten Mengenrückgang von 4.7% im Jahr 2009 abzudecken. Eine höhere Rabattspanne führe unnötigerweise zu einer geringeren Planbarkeit der Kosten beim Kunden. Das Ziel eines durchschnittlichen Zusatzrabatts von 2 % sei laut Post auch der Grund dafür, dass bei mehr als 25 % negativer Abweichung ein Rabattsprung von 1 % bestehe.

1113. Auch dieses Argument verfängt aufgrund der monatlichen Berechnung des Zusatzrabatts nicht. Alleine durch unregelmässige Versände kann trotz deutlichem Verfehlen des Prognoseumsatzes ein Zusatzrabatt von bis zu 3 % erzielt werden. Dies ist auch bei Kunden der Post oft der Fall, wie die Zahlen der letzten Jahre zeigen (vgl. insb. Rz 394 ff.).

1114. Zudem ist dieses Argument auch aus logischen Überlegungen falsch, da ein Umsatzrückgang mit einem Rabattverlust von bis zu 2 % des Umsatzes „bestraft“ wird, während ein Umsatzwachstum mit lediglich maximal 1 % Rabattgewinn „honoriert“ wird. Würde daher ein Teil der Kunden z.B. 26 % weniger Umsatz generieren und ein anderer (gleich grosser Teil der Kunden) 26% mehr Umsatz generieren, so wäre die Post mit keinem Mengenrückgang konfrontiert. Dennoch würde unter dem Strich für die Post ein höherer Deckungsbeitrag resultieren, da die Abweichungen im Zusatzrabatt nicht symmetrisch abgebildet werden. [...]. Daher ist auch dieses Argument der Post nicht stichhaltig.

1115. Es kann zudem die Frage gestellt werden, ob die «*Einbindung in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit*» durch verbindliche individuelle Prognosen (resp. die Festlegung von Auswirkungen bei Nichteinhaltung) bei genügendem Wettbewerb überhaupt möglich wäre. Laut Aussagen von Quickmail würden sich ihre Kunden kurzfristig von Auftrag zu Auftrag entscheiden, ob sie Quickmail und die Post oder ausschliesslich die Post nutzen, und ihr lediglich unverbindliche Absichtserklärungen und Mengenprognosen abgeben.

1116. Jedoch gilt die kostenbasierte Preissetzung als ein zulässiger Rechtfertigungs- und Effizienzgrund, ja grundsätzlich sogar als notwendige Bedingung für die Zulässigkeit eines Preissystems. Laut Post bilden zunächst die zur Preislisteneinteilung relevanten Umsatzschwellen die Kostenreduktion aufgrund der Menge ab. Dazu komme der Zusatzrabatt. Der Zusatzrabatt beträgt bei einigermaßen akkurater Prognose der Umsatzmenge grundsätzlich für jeden Vertragskunden 2 %. Dies ist der Fall, ob der Kunde nun 40 Millionen Franken Umsatz erzielt, 1 Million oder «nur» 120'000 Franken. Der Gesamtrabatt eines Vertragskunden besteht somit aus dem Rabatt gemäss Preislisteneinteilung und dem Zusatzrabatt. Wie erwähnt führt der Zusatzrabatt dazu, dass Kunden mit gleichen Umsätzen unterschiedliche Rabatte erhalten können oder umgekehrt Kunden mit unterschiedlichen Umsätzen gleiche Rabatte (jeweils ceteris paribus für die übrigen Preislisten-Parameter). Ausserdem führt der Zusatzrabatt auch bei akkurater Jahresprognose je nach Sendungsverhalten zu unterschiedlichen Rabatten bei den Vertragskunden. Dabei ist es entgegen der Aussage der Post nicht so, dass verbleibende Unterschiede beim Rabatt zwischen zwei Kunden mit gleichen Volumina gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abbilden. Es ist daher zweifelhaft, ob der Zusatzrabatt durch die Kosten der Post begründet werden kann.

1117. Die monatliche Ausrichtung des Zusatzrabatts verhindert zudem nicht, dass bezüglich der Preislisteneinteilung eine Wirkung des Preissystems mit einer längeren Referenzperiode bestand, indem üblicherweise die Umsätze des letzten Jahres bei der nächsten Vertragsanpassung (im üblicherweise jährlichen Prozess oder unterjährig aufgrund der Strukturkontrolle) berücksichtigt wurden. So konnte am Ende der Periode durchaus auch ein gewisser Druck bestehen, gewisse Umsatzschwellen noch zu erreichen.

1118. Hingegen hatte eine Änderung des Verhaltens keinen Einfluss mehr auf die in der Vergangenheit ausgerichteten Zusatzrabatte, welche monatlich abgerechnet wurden. Der auf einer bestimmten Umsatzprognose basierende Zusatzrabatt wirkte sich grundsätzlich so lange aus, wie diese Prognose Bestand hatte bzw. bis diese anpasst wurde.

1119. Der Zusatzrabatt verhinderte die Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht, vielmehr ist er geradezu (mit-)ursächlich für die negativen Wirkungen des Preissystems CAPRI auf den Wettbewerb, sei dies durch die damit einhergehende ungenügende Transparenz oder die direkten Wirkungen aufgrund der grossen und individuellen Rabattwirkung. Der Zusatzrabatt war damit auch zur Erreichung einer kartellrechtskonformen Ausgestaltung des Preissystems nicht geeignet, sondern bewirkt gerade, dass das Rabattsystem einen Wechsel zu Wettbewerbern erheblich erschwerte.

1120. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Zusatzrabatt zur Erreichung legitimer Ziele geeignet wäre, müsste geprüft werden, ob eine solche Ausgestaltung zur Zielerreichung erforderlich ist und ob die positiven Effekte die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen überwiegen.

1121. Da etwa ein System denkbar wäre, welches sich an tatsächlichen Werten orientiert, ist die Erforderlichkeit des Zusatzrabatts in der ermittelten Ausgestaltung zu verneinen.

1122. Wie erwähnt, trägt der Zusatzrabatt massgeblich zur behindernden Wirkung des Preissystems CAPRI bei, indem er die Komplexität des Preissystems erhöht, die Planbarkeit und Berechenbarkeit erschwert und als monatlicher Gesamtumsatzrabatt die Konkurrenten im Wettbewerb zusätzlich behindert. Eine Einbindung der Vertragskunden in die Sicherstellung

der Wirtschaftlichkeit durch den Zusatzrabatt – sofern letzterer dazu geeignet und notwendig wäre – vermag die negativen Auswirkungen des Zusatzrabatts nicht aufzuwiegen. Zudem ist generell fraglich, ob eine Einbindung des Kunden in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens überhaupt als kartellrechtlich zulässig angesehen werden kann.

B.4.3.2.4 Weitere allgemeine Vorbringen der Post

1123. Nachfolgend werden weitere Vorbringen der Post, die grundsätzlich für mehrere Tatbestände zur Anwendung gelangen können, gewürdigt.

1124. Die Post macht geltend, dass Intransparenz und Komplexität nicht zu Diskriminierungen führe. Dies gelte sowohl für das Preissystem 2009 als auch für das Preissystem Capri. Zudem gelinge dem Sekretariat der Nachweis der Intransparenz und Komplexität nicht. Auch sei der Fall des EuGH in Sachen Michelin I (vgl. Rz 884 ff.) nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar, da den Vertragskunden der individuelle Rabatt und der Zusatzrabatt bekannt seien. Hierzu ist anzumerken, dass die Kunden im Preissystem 2009 ihren Rabattsatz und im Preissystem CAPRI ihre Preisliste und die für den Zusatzrabatt relevanten monatlichen Umsatzschwellen kannten. Dennoch hatten sie aufgrund der fehlenden Informationen zum Preissystem keinerlei Möglichkeiten, ihre Einstufung zu verifizieren. Selbst die Post gibt in ihren Schulungsunterlagen als Nachteil des Preissystems CAPRI an, dass die Kunden ihre Preise nicht 1:1 nachvollziehen können. Damit hat die Intransparenz der Post betreffend des Preissystems insgesamt und insbesondere im Preissystem CAPRI aufgrund der vielen zu berücksichtigenden Parameter einen Preisvergleich weitgehend verunmöglicht. Mit dieser Intransparenz hat die Post aber erst die Grundlage geschaffen, um von der einheitlichen Anwendung der Preissystem 2009 und CAPRI oft zum Nachteil der Marktgegenseite abzuweichen, ohne dass sich die Kunden der Post dagegen zur Wehr gesetzt haben. Weiter bestand aufgrund der fehlenden Transparenz über das Preissystem Unsicherheit darüber, was passieren würde, wenn sich preislistenrelevante Parameter – beispielsweise durch die Auslagerung eines Teils seines Versandvolumens an Wettbewerber – änderten. Diese Art von Intransparenz hat dazu geführt, dass bei den Kunden eine Unsicherheit entstanden ist, welche sie tendenziell davon abgehalten hat, zu Wettbewerbern zu wechseln.

1125. Die Post macht weiter geltend, dass das Sekretariat Rechtfertigungsgründe nie untersucht habe. Hierbei macht sie allgemeine und weitgehend unsubstantiierte Ausführungen, wonach beispielsweise hätte geprüft werden sollen, ob die Kundenberater ihre Spielräume sowohl im Preissystem 2009 als auch im Preissystem Capri korrekt ausgenutzt hätten. Allerdings bringt die Post selbst zu den einzelnen Verhaltensweisen keine Rechtfertigungsgründe vor sondern verlangt implizit vom Sekretariat pauschal, dass es aktiv nach solchen Rechtfertigungsgründen suchen solle. Hinsichtlich des Spielraums der Kundenberater wurden im Rahmen des Preissystems 2009 ohnehin nur diejenigen Abweichungen berücksichtigt, die sich ausserhalb der Vorgaben des Rabattsystems befanden (vgl. Kapitel A.4.3.2.2 sowie Rz 910 ff.), weshalb die Ausführungen der Post hierzu unerheblich sind. Weiter wurden die für die WEKO massgeblichen Rechtfertigungsgründe jeweils geprüft. Diese haben sich allerdings nicht als stichhaltig erwiesen, weshalb für die unzulässigen Verhaltensweisen keine rechtlich relevanten Rechtfertigungsgründe vorliegen. Weitere Rechtfertigungsgründe wurden weder von der Post vorgebracht noch waren solche für die WEKO ersichtlich.

1126. Gemäss Vorbringen der Post sei unklar, worin das Sekretariat eine Behinderungsverhaltensweise erblicken würde und bringt vor, das Sekretariat hätte keine Behinderungsstrategie der Post nachgewiesen. Aus den Strategieunterlagen der Post wird ersichtlich, dass [...]. Hierfür hat die Post eine Behinderung von Wettbewerbern zumindest billigend in Kauf genommen. Dazu passt auch die Ausgestaltung des Zusatzrabatts, der Kunden auf monatlicher Basis abstrafen oder belohnen sollte, wenn diese ihr monatliches Umsatzziel nicht erreichten (vgl. Rz 1106). Für die monatliche Ausgestaltung des Zusatzrabatts gibt es keinerlei Rechtfertigungsgründe, somit bleibt die wettbewerbsbehindernde Wirkung das einzig plausible Ziel für eine

solche Ausgestaltung des Zusatzrabatts. Zudem wirkt sich der Zusatzrabatt bei Umsatzenschwankungen stärker aus als eine Neueinteilung der Preislisten. Dies zeigt, dass mit dem Zusatzrabatt eine gewollte Belohnung oder Bestrafung hinsichtlich des Umsatzziels erreicht werden sollte. Auch die Vorbringen der Post, wonach das Preissystem CAPRI eine Antwort auf den Mengenrückgang durch E-Substitution und den damit einhergehenden Kostendruck sei, überzeugen im Hinblick auf die diskriminierende und behindernde Ausgestaltung des Zusatzrabatts nicht, da sämtliche von der Post vorgebrachten Ziele nicht mit einem Zusatzrabatt, der auf monatlicher Basis berechnet wird und der damit aufgrund des unregelmässigen Versandverhaltens der Postkunden weitgehend stochastisch ist, erreicht werden können. Daher ist die Bekundung der Post, wonach in keinem einzigen Augenblick die Absicht bestand, Quickmail im Wettbewerb zu behindern, nicht glaubhaft.

1127. Die Post bemängelt, dass das Sekretariat einen formellen bzw. theoretischen Ansatz gewählt habe. Das Sekretariat habe die Preise und Kosten der Post nicht analysiert und folglich auch keinen «as efficient competitor Test» (nachfolgend: AEC-Test) durchgeführt. Die Post sieht einen AEC-Test als zwingend erforderlich an. Bei einem eIW-Test ist es notwendig, dass die Kosten der einzelnen Wettbewerber vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist vorliegend alleine schon aufgrund der extrem unterschiedlichen Grössen, des vollkommen unterschiedlichen Produktportfolios und der Möglichkeiten der Post, ausgehend vom reservierten Bereich Quersubventionierungen vorzunehmen, nicht gegeben. Ein eIW-Test macht daher in dem vorliegenden Verfahren keinen Sinn und der Informationsgehalt wäre aufgrund der stark unterschiedlichen Skaleneffekte der beiden Unternehmen gleich null. Vor diesem Hintergrund hat die WEKO auf einen solchen Test vorliegend verzichtet.

B.4.3.2.5 Zwischenergebnis

1128. Die obige Analyse zeigt, dass die Post durch die Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI eine Einschränkung des Absatzes von Quickmail bewirkt und diese im Wettbewerb behindert hat. Da zudem keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, ist dies als missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 sowie Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG zu qualifizieren.

B.4.4 Ergebnis

1129. Aufgrund der vorgehenden Ausführungen ist erstellt, dass sich die Post bei der Anwendung des Preissystems 2009 im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 lit. b KG unzulässig verhalten hat, indem sie durch die diskriminierende Gewährung von Rabatten an Handelspartner, die untereinander in direktem Wettbewerb standen, diese auf der einen Seite ausbeutete bzw. benachteiligte und auf der anderen Seite gegenüber ihren direkten Wettbewerbern behinderte. Zudem hat sich die Post in der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 lit. b und e KG unzulässig verhalten. Sie hat insbesondere Handelspartner diskriminiert, indem sie von ihnen ohne sachliche Gründe bei vergleichbaren Voraussetzungen im Ergebnis unterschiedliche Preise verlangt hat. Zudem hat sie mit dem Zusatzrabatt eine Treuwirkung des Rabattsystems bewirkt und in Verbindung mit der generellen Intransparenz des Preissystems die Marktgegenseite in unzulässiger Weise am Wechsel zu Wettbewerbern gehindert.

C Massnahmen

1130. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen.

1131. Sowohl bezüglich der Diskriminierungen von Handelspartnern (Abschnitt B.4.3.1) als auch der Einschränkung des Absatzes und der Behinderung (Abschnitt B.4.3.2) kommen nur ein Verbot der Verhaltensweisen in Frage. Es sind keine mildereren Massnahmen ersichtlich, welche die festgestellten Wettbewerbsbehinderungen beseitigen könnten. Ein Verbot der Diskriminierungen sowie der Einschränkung des Absatzes und der Behinderung erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen. Die festgestellten Verhaltensweisen betreffen grundsätzlich sämtliche Kunden der Post.

1132. Da sich alleine schon aufgrund der obigen Ausführungen und der Rechtswidrigkeit des von der Post an den Tag gelegten Verhaltens die Verpflichtung ergibt, diesen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, kann auf die Anordnung von weitergehenden Verhaltensmassnahmen verzichtet werden.

1133. Als Massnahme kommen daher vorliegend monetäre Sanktionen in Frage.

C.1 Sanktionierung

1134. Gemäss Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag 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).

1135. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁶³⁶ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁶³⁷

1136. Die Post bringt vor, dass hinsichtlich der kartellrechtlichen Sanktionierungen Verjährungsvorschriften zu beachten seien. Diese seien nach Meinung der Post von Amtes wegen zu prüfen. So seien im Strafrecht nur abschliessend definierte Straftatbestände unverjährbar, wobei sich Kartellrechtsverstösse nicht darin finden würden. Gemäss den Materialien zum Kartellgesetz würde sich die Verjährung nach den üblichen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen richten, wozu auch die Verfolgungsverjährung gehören würde, weshalb auf eine spezielle Regelung im Kartellgesetz verzichtet werden könne. Die Post schliesst daraus, dass Verfahren der Wettbewerbsbehörden nicht bloss innert einer bestimmen Zeit zu eröffnen, sondern nach Untersuchungseröffnung auch innerhalb klarer zeitlicher Vorgaben abzuschliessen seien. In diesem Zusammenhang macht sie geltend, dass Untersuchungshandlungen nach Eintritt der Verfolgungsverjährung unverzüglich zu stoppen seien und das Verfahren ohne weitere Konsequenzen formell einzustellen sei. In Anlehnung an Art. 333 Abs. 1 StGB leitet die Post für kartellrechtliche Verfahren eine Verjährungsfrist von drei Jahren ab. Daher seien vor Juni 2014 abgeschlossene Handlungen bereits verjährt.

⁶³⁶ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2001 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 92.

⁶³⁷ BBI 2002 2022, 2034.

1137. Für die Sanktionsbestimmungen von Art. 49a KG sind gemäss Art. 39 KG weder das StGB noch das VStrR anwendbar, da das Verfahren vom Gesetzgeber als reines Verwaltungsverfahren ausgestaltet wurde. Das Anwenden der Bestimmungen des StGB bzw. des VStrR auf die Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG würde der Anwendung von Art. 39 KG widersprechen und wäre daher gesetzeswidrig. Vielmehr ist gemäss Bundesgericht zu beachten, dass die entsprechende landesrechtliche Rechtslage gilt, soweit sie nicht im Widerspruch zu höherrangigem Recht steht.⁶³⁸ Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass zwar die Verfahrensgarantien gemäss BV bzw. der EMRK bei Verwaltungssanktionen bei der Auslegung des KG zur Anwendung gelangen, die weiteren strafrechtlichen Normen für die Anwendung von Art. 49a KG aber nicht direkt zur Anwendung gelangen dürfen, da es sich um ein Verwaltungsverfahren und nicht um ein Strafverfahren handelt.

1138. Das Kartellrecht kennt mit Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG lediglich eine Verfolgungsverjährung von fünf Jahren nach Aufgabe der rechtswidrigen Tätigkeit. Die Untersuchung gegen die Post wurde am 17. Juli 2013 eröffnet (vgl. Rz 34), weshalb für Verhaltensweisen ab dem 17. Juli 2008 grundsätzlich der Sanktionierung unterliegen. Vorliegend wurde die Verhaltensweise der Post vom 1. Juli 2009 bis zum 31. Dezember 2014 sanktioniert. Die Verfolgungsverjährungsfrist von fünf Jahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wurde somit gewahrt.

1139. Bisher wurde in der Praxis der WEKO deshalb generell von keiner Verjährungsfrist für das Kartellgesetz ausgegangen. Das Bundesgericht geht allerdings davon aus, dass die Verjährung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts sei, weshalb öffentlichrechtliche Ansprüche selbst bei einem Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Verjährung oder Verwirkung unterliegen würden.⁶³⁹ Dies müsse umso mehr für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter gelten. Zwar stellt das Bundesgericht einige Gedanken zu Grundsätzen der Verjährung an, wobei der Richter bei fehlenden gesetzlichen Grundlagen auf verwandte Tatbestände abstellen kann.⁶⁴⁰ Letztendlich hat das Bundesgericht allerdings offen gelassen ob und in welchem Umfang Verjährungsfristen für Verwaltungssanktionen anwendbar sind.⁶⁴¹

1140. Selbst wenn entgegen der bisherigen kartellrechtlichen Rechtsprechung und Behördenpraxis die Verjährung als strafrechtliches Grundprinzip angewendet werden müsste, besagt dies nichts über die allfällige Dauer einer solchen Verjährungsfrist. Es ist anzufügen, dass der Gesetzgeber für Wirtschaftsdelikte die Verjährungsfrist gemäss Art. 97 Abs. 1 Bst. c des StGB auf zehn Jahre erhöht hat. Dies nicht zuletzt, weil „Wirtschaftsdelikte [...] meist nicht unmittelbar nach den deliktischen Handlungen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. unter Umständen Jahre später, aufgedeckt [werden]. Wirtschaftsstrafverfahren sind in der Regel zeitintensiv und somit verjährungsanfällig.“ Die Komplexität der Wirtschaftsstrafverfahren war denn auch eines der Hauptargumente in der parlamentarischen Diskussion zur Verlängerung der Verjährungsfrist. Kartellrechtliche Untersuchungen stehen den angesprochenen Wirtschaftsstrafverfahren hinsichtlich Komplexität regelmässig in nichts nach. Soweit mithin lückenfüllend auch im Bereich der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen eine Verjährungsfrist anzunehmen wäre, so wäre diese mindestens auf zehn Jahre anzusetzen.

1141. Zur Klärung der Frage, ob die Verjährung eingetreten ist, stellt sich die Frage ob es sich vorliegend um ein Erfolgs- oder Dauerdelikt handelt. Für den Tatbestand der Diskriminierung von Kunden im Preissystem 2009 wäre von einem Dauerdelikt auszugehen, welches bis zur Ablösung des Preissystems zum 1. April 2011 andauerte. Für die Tatbestände, die im Rahmen des Preissystems CAPRI erfüllt wurden, kann ebenfalls von einem Dauerdelikt ausgegangen

⁶³⁸ BGE 140 II 384, S. 390, E. 3.3.1.

⁶³⁹ BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2.

⁶⁴⁰ BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2.

⁶⁴¹ BGE 140 II 384, S. 397 E. 4.3.2.

werden, dessen Wirkung bis mindestens 31. Dezember 2014 angehalten hat. In casu kann die Frage der Qualifikation des Delikts aber selbst bei der Annahme einer zehnjährigen Verjährungsfrist offenbleiben. Bei Annahme eines Erfolgsdelikts begann sie am 1. Juli 2009 mit Einführung des Preissystems 2009 und endet erst am 30. Juni 2019. Bei Annahme eines Dauerdelikts hat sie erst mit Ende der Laufzeit des Preissystems 2009 resp. des Preissystems CAPRI begonnen. Die Verjährung ist demnach noch in keinem Fall eingetreten.

C.1.1 Tatbestand von Art. 49 Abs. 1 KG

1142. Die Belastung der Post mit einer Sanktion setzt die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale (Unternehmen, unzulässige Verhaltensweise und Vorwerfbarkeit) von Art. 49a Abs. 1 KG voraus.

C.1.1.1 Unternehmen

1143. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁶⁴² Zur Qualifizierung der Post als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 578 ff. verwiesen.

C.1.1.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

1144. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. Art. 7 KG unzulässig verhält. Im Abschnitt B.4.3 wurde eingehend dargelegt, dass die Ausgestaltung und Anwendung der Preissysteme der Post als unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 sowie Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b und e KG zu qualifizieren ist.

C.1.1.3 Vorwerfbarkeit

1145. Nach der Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein «fahrlässiges» Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁶⁴³ Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.⁶⁴⁴

C.1.1.3.1 Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009

1146. Wie in Kap. B.4.3.1.3 beschrieben wurde das Preissystem 2009 nicht korrekt angewendet und es wurden mit einzelnen Kunden Rabatte vereinbart, die einerseits ausserhalb der internen Vorgaben der Post waren, und andererseits wurden zum Teil Anpassungen vom Preissystem 2006 auf das Preissystem 2009 nicht vorgenommen. Die Post gab insbesondere an, dass diese Ungleichbehandlungen zum Teil auf individuelle Verhandlungen zwischen den Kundenberatern und den Kunden zurückzuführen waren. In einigen Fällen war es der Post

⁶⁴² Statt vieler: BORER (Fn 232), Art. 49a KG N 6.

⁶⁴³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁶⁴⁴ Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

zudem nicht möglich nachzuvollziehen, weshalb ein von den Vorgaben abweichender Rabatt gewährt wurde.

1147. Als marktbeherrschendes Unternehmen hat die Post eine gesteigerte Verantwortlichkeit, welche der Gesetzgeber in Art. 7 KG verankert hat. Sie hat daher interne organisatorische Massnahmen zu ergreifen, damit ihre Mitarbeitenden bzw. das Unternehmen keine Verhaltensweise an den Tag legen, die gemäss Art. 7 KG unzulässig ist. Insbesondere hat die Post intern die notwendigen Massnahmen zu treffen und Vorgaben zu machen, dass das Preissystem einheitlich angewandt wird. Zwar hat die Post eine Rabattvorgabe für die Kundenberater geschaffen (vgl. Rz 107, Tabelle 2), diese wurde jedoch in der Folge nicht befolgt und einheitlich angewandt.

1148. Aufgrund der internen Zahlen zu Umsätzen, Verträgen und Rabatten, welche die Post auch der WEKO geliefert hat, wäre es ihr ohne unverhältnismässigem Aufwand möglich gewesen, die Abweichungen von den internen Vorgaben zu identifizieren und zu beheben, um so eine Ungleichbehandlung der einzelnen Kunden der Post zu verhindern. Indem die Post dies unterlassen hat, ist sie ihrer Sorgfaltspflicht im Hinblick auf die Verhinderung von unzulässigem Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht nachgekommen. Daher ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss der Post vorwerfbar.

C.1.1.3.2 Ausgestaltung von Gleitpfad und Strukturkontrolle im Preissystem CAPRI

1149. Die Post sah im Gleitpfad und der Strukturkontrolle Mechanismen vor, welche Korrekturen zu Ungunsten des Vertragskunden automatisch berücksichtigten oder vom Kundenberater oder der Kundenberaterin eine Massnahme verlangten, bei Korrekturen zu Gunsten der Vertragskunden jedoch nicht (vgl. unter B.4.3.1.4).

1150. Im Rahmen ihrer Verantwortung hätte die Post bereits bei der Ausgestaltung des Preissystems dafür sorgen müssen, dass Regeln und Kriterien, welche zu Diskriminierungen führen, vermieden werden und eine andere Ausgestaltung gewählt wird. Die Post hat daher Diskriminierungen vorliegend zumindest billigend in Kauf genommen, weshalb die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

C.1.1.3.3 Möglichkeit der Kundenberater im Preissystem CAPRI, von der Zielpreisliste abzuweichen (Anwendung des Preissystems CAPRI)

1151. Die Post [...]. Indem den Kundenberatern keine Vorgaben/Einschränkungen im Hinblick auf die Gründe für solche Abweichungen gemacht wurden, resultieren unmittelbar Diskriminierungen.

1152. Im Rahmen ihrer Verantwortung hätte die Post bereits bei der Ausgestaltung des Preissystems dafür sorgen müssen, dass Regeln und Kriterien, welche zu Diskriminierungen führen (können) vermieden und eine andere Ausgestaltung gewählt wird. Die Post hat daher Diskriminierungen vorliegend von vornherein zumindest in Kauf genommen, weshalb die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

C.1.1.3.4 Ausgestaltung von Zusatzrabatt und Jahresprofil

1153. Der Zusatzrabatt führte durch die hohen Rabattdifferenzen bei Umsatzschwankungen einerseits zu je nach Versandverhalten gleichförmigen oder relativ ungleichförmigen Diskriminierungen zwischen Kunden. Zudem konnte der Zusatzrabatt andererseits im Zusammenspiel mit dem Jahresprofil bei unregelmässigen Versandvolumen dahingehend zu einer Diskriminierung der Vertragskunden der Post führen, dass diese einen höheren Zusatzrabatt erhielten, wenn sie unregelmässig versandten und damit der Post – gemäss ihren eigenen Angaben – grundsätzlich höhere Kosten verursachten (Rz 962 ff.).

1154. Da das Preissystem CAPRI der Post sehr umfangreich getestet wurde und bewusst so ausgestaltet wurde, hätte der Post diese Wechselwirkung, welche systematisch zu einer Diskriminierung von Handelspartnern führt, auffallen müssen. Selbst Kunden der Post ist dies aufgefallen. Sie haben nämlich zum Teil ihre Versände dahingehend strategisch mit dem Ziel angepasst, den Zusatzrabatt zu maximieren.

1155. Der Post war auch bewusst oder es musste ihr zumindest bewusst sein, dass durch das Auseinanderfallen von Jahresprognose und monatlichem Rabatt sowie der grossen Rabattauswirkung Diskriminierungen entstehen konnten. Bei einer sorgfältigen Ausgestaltung des Preissystems hätten der Post diese Wechselwirkungen auffallen müssen und die Post hätte in der Ausgestaltung des Preissystems CAPRI Massnahmen ergreifen müssen, um diese gegenläufigen Wirkungsweisen von Zusatzrabatt und Jahresprofil zu beseitigen. Indem die Post dies unterlassen hat, hat sie in der Ausgestaltung des Preissystems CAPRI ihre Sorgfaltspflicht verletzt, weshalb die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

C.1.1.3.5 Festlegung des Prognoseumsatzes

1156. Der prognostizierte preislisten- und zusatzrabattrelevante Ziel-/Planumsatz wurde grundsätzlich mit dem Kunden vereinbart. Sofern jedoch keine plausiblen Gründe zur Abweichung bestanden, wurde der Vorjahresumsatz eines Kunden als Referenz für den Prognoseumsatz herangezogen. Die Kundenberater hatten jedoch einen gewissen Handlungsspielraum betreffend die Festlegung des Prognoseumsatzes. Da im Rahmen der Strukturkontrolle grundsätzlich eine laufende Überprüfung und Anpassung der Verträge durch den Kundenberater oder die Kundenberaterin mit dem Vertragskunden stattfinden sollte, jedoch zumindest auf jährlicher Basis, müssten stark abweichende Prognoseumsätze allerspätestens nach einem Jahr angepasst werden. Gemäss den Untersuchungen des Sekretariats erfolgte dies in vielen Fällen nicht (Rz 988 ff. und 993 ff.).

1157. Die Post war sich der Problematik der uneinheitlichen Anwendung der Kriterien und insbesondere der Festsetzung des Umsatzes im Hinblick auf den «Zusatzrabatteffekt» bewusst. Für die Post wäre es aufgrund der von ihr erhobenen Daten ein Einfaches gewesen, die Anpassung der Verträge durch die Kundenberater zu überprüfen und entsprechend einzugreifen, falls solche Anpassungen nicht durchgeführt wurden. Indem die Post es unterliess, die Überprüfung des Prognoseumsatzes vorzunehmen oder starke Abweichungen vom tatsächlichen Umsatz durch die Kundenberater anpassen zu lassen, ist sie ihrer Sorgfaltspflicht nicht in ausreichendem Masse nachgekommen, weshalb für dieses kartellrechtlich unzulässige Verhalten die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

C.1.1.3.6 Festlegung der Preisliste

1158. Auch im Hinblick auf die Festlegung der kundenindividuellen Preisliste berechnete das Informatiksystem CAPRI diejenige Preisliste, welche dem Versandverhalten des Kunden entsprach. [...]. Die Post hatte mit der Einführung von CAPRI einen Gleitpfad festgelegt, mittels welchem der Kunde schrittweise an die dem Kundenprofil tatsächlich entsprechende Preisliste herangeführt werden sollte. Zudem hatte die Post mit der Strukturkontrolle ein internes System aufgebaut, welches die Kundenberater darauf aufmerksam machte, wenn aufgrund des tatsächlichen Versandverhaltens eine Änderung der vereinbarten Preisliste angezeigt war.

1159. Bereits die erste Einteilung in die Preisliste bei Einführung des Preissystems CAPRI erfolgte jedoch uneinheitlich. Zudem wurde betreffend die mit den Kunden vereinbarten Preislisten festgestellt, dass die Vorgaben des Preissystems CAPRI oft nicht eingehalten wurden und Preislisten vereinbart wurden, die stark von den Preislisten abwichen, die dem jeweiligen Kundenprofil entsprachen (Rz 997 ff.). Die Post hatte aufgrund ihres Informatiksystems genaue Kenntnis über die Preislisteneinteilung und Abweichungen von den Zielwerten. Die Post war

sich zudem der Ungleichbehandlung bei von der Zielpreisliste abweichenden Preislisten bewusst. Indem die Post diese abweichenden Vereinbarungen nicht im Rahmen der periodischen Überprüfung der Verträge identifiziert und angepasst hat, ist sie ihrer Sorgfaltspflicht nicht in ausreichendem Masse nachgekommen, weshalb die Vorwerfbarkeit für das daraus resultierende kartellrechtlich unzulässige Verhalten gegeben ist.

C.1.1.3.7 Einschränkung des Absatzes und Behinderung von Quickmail

1160. Die Post musste sich ihrer starken Marktstellung bewusst sein und daher auch wissen, dass durch die Ausgestaltung des Preissystems inklusive Zusatzrabatt als Gesamtumsatzrabattsystem im Zusammenhang mit entsprechend ausgestalteten Rabattschwellen bereits kleinere Änderungen an den Rabatten auf mögliche Wettbewerber einen grossen Einfluss haben würden (vgl. Randziffern zum Abschnitt B.4.3.2.2). Gleichzeitig gestaltete die Post den Zusatzrabatt so aus, dass dieser im Vergleich zu den jeweiligen Preislisten einen viel stärkeren und häufigeren Ausschlag hatte und für die Verlagerung von Teilen der Sendungen zum Teil massive Auswirkungen haben konnte (vgl. Abbildung 19). Diese Ausgestaltung basierte auf einem bewussten Entscheid der Post. Aufgrund der Anzeigen von KEP & Mail und der Kundenverbände VSV und SDV (Rz 500 ff. und 506 f.) – teilweise noch vor Einführung des Preissystems CAPRI – war der Post die Problematik dieser Rabatte bewusst. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass die Post durch die in Rz 1028 Bst. b erwähnte Empfehlung der WEKO im Bereich Treuerabatte beim Transport von Zeitungen für die Problematik der Rabattgestaltung sensibilisiert sein musste.

1161. Durch die intransparente Ausgestaltung des Preissystems war es Kunden der Post zudem kaum möglich die Auswirkungen einer Verlagerung eines Teils ihrer Sendungen vorauszusehen (vgl. Randziffern zum Abschnitt B.4.3.2.2, Untertitel h)). Die Post sah denn auch keine Möglichkeiten vor, dass sich Kunden selbst ein Bild über die Auswirkungen einer Auslagerung eines Teils des Versandvolumens machen konnten. Ein grosser Anteil der Kunden konnte beispielsweise kaum vorhersagen, was eine Auslagerung für sie bedeuten würde. Der Hinweis der Post, dass der Kundenberater oder die Kundenberaterin jederzeit hätte angerufen werden können, ändert an der Grundproblematik nichts, da dies zu einer zusätzlichen Reaktionsmöglichkeit des Kundenberaters oder der Kundenberaterin führt und für den Kunden eine zusätzliche Hemmschwelle darstellen kann, die dazu führt, auf die Auslagerung eines Teils seines Sendungsvolumens zu verzichten. Hierdurch werden die Transaktionskosten erhöht. Der Post war aufgrund der Testkunden-Feedbacks (Rz 428), Rückmeldungen aus der Verkaufsorganisation (Rz 429) und den Eingaben der Kundenorganisationen (Rz 431) – teilweise bereits vor Einführung des Preissystems CAPRI – bekannt, dass die Kunden dieses als komplex und intransparent einschätzten. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass der Post die daraus resultierende Behinderung von Kunden bei einem möglichen Wechsel auf Wettbewerber bewusst sein musste und sie dies zumindest billigend in Kauf genommen hat.

1162. Insgesamt muss daher gefolgert werden, dass die Post die Behinderungswirkung der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems auf einen möglichen Wechsel ihrer Kunden zu Wettbewerbern hätte erkennen und dagegen vorgehen müssen. Damit ist betreffend die Behinderungswirkung des Preissystems Vorwerfbarkeit gegeben.

C.1.1.3.8 Vorbringen der Post

1163. Die Post stellt sich auf den Standpunkt, dass sie sich nicht missbräuchlich verhalten habe und daher auch nicht sanktioniert werden dürfe. Eventualiter macht sie geltend, dass der Vorwurf der Diskriminierung auf rein zufälligen und überdies minimsten Abweichungen basiere, weshalb ihr diese angeblichen Ungleichbehandlungen nicht bewusst sein konnten. Zudem seien die Abweichungen keiner Systematik oder Strategie gefolgt. Ausserdem sei es unrealistisch, dass das Preissystem CAPRI aufgrund seiner Komplexität vom ersten Tag an fehlerfrei funktioniert habe.

1164. Hierzu ist anzumerken, dass die Post sowohl ihre Sorgfaltspflichten bei der Überprüfung der Einhaltung der Preissysteme verletzt hat als auch die Diskriminierung und Behinderungswirkungen im Preissystem CARPI zumindest billigend in Kauf genommen hat. Ansonsten ist auf die vorhergehenden Ausführungen in Kap C.1.1.3 zu verweisen.

C.1.1.3.9 Fazit

1165. Die Vorwerfbarkeit der Realisierung des festgestellten kartellrechtswidrigen Verhaltens liegt vor. Es ist zwar nicht erwiesen, dass die Post vorsätzlich gegen Kartellrecht verstossen hat, dennoch hat sie zumindest fahrlässig gehandelt, indem sie ihr Preissystem einerseits so gestaltet hat, dass daraus Diskriminierungen entstehen (können), und dass sie nicht strikt auf die Einhaltung der Kriterien und die einheitliche Anwendung der von ihr festgelegten Preissysteme geachtet hat. Gleichermassen hat sie zumindest fahrlässig gehandelt, indem sie die Preissysteme so ausgestaltet und angewandt hat, dass daraus unzulässige Behinderungswirkungen auf den Wettbewerb mit Quickmail ausgegangen sind.

C.1.1.4 Zwischenergebnis

1166. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass vorliegend alle Tatbestandselemente von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt sind. Daher ist die Post mit einer Sanktion zu belegen.

C.1.2 Bemessung

1167. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von 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.

1168. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁶⁴⁵ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁶⁴⁶ 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.⁶⁴⁷

C.1.2.1 Konkrete Sanktionsberechnung

1169. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

⁶⁴⁵ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁶⁴⁶ Vgl. SHK-REINERT (Fn 596), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁴⁷ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

C.1.2.1.1 Basisbetrag

1170. 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.⁶⁴⁸ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

e) Obergrenze des Basisbetrags

1171. 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. Das Preissystem CAPRI wurde 2015 geändert. Die Anwendung ab 2015 wird gegebenenfalls separat untersucht. Vorliegend wird daher zu Gunsten der Post die unzulässige Verhaltensweise nur bis Ende 2014 berücksichtigt. Zu berücksichtigen sind somit die Jahre 2012 bis 2014.

1172. Für die untersuchten Sachverhalte sind folgende Märkte relevant:

- a. Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden
- b. Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

1173. Die Post hat in diesen Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren die nachfolgenden Umsätze erzielt:

Jahr	2012	2013	2014	Summe
Umsatz	[800-900 Mio.]	[800-900 Mio.]	[800-900 Mio.]	[2.4-2.7 Mrd.]

Tabelle 68: Umsätze der Post in den relevanten Märkten in den Jahren 2012 bis 2014, unter Einbezug der Umsätze mit Sendungen im Monopolbereich

1174. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Art. 49a KG i.V.m. Art. 7 KG im Hinblick auf das Preissetzungsverhalten der Post auf diejenigen Sendungen, welche im Monopol der Post liegen, aufgrund von Art. 3 Abs. 1 KG nicht zur Anwendung kommt. Daher sind die Umsätze mit diesen Sendungen auszusondern. Zur Berechnung wurde dabei auf die von der Post angegebenen Anteile im Monopol abgestützt. Da für die «übrigen» Sendungen, das heisst für alle Sendungen, die nicht in die Kategorien A-Post, B-Post und B-Massensendungen fallen, keine Angaben der Post vorliegen, wurde zu deren Gunsten auf den jeweils höchsten Monopolanteil dieser drei Kategorien abgestellt.⁶⁴⁹ Unter Berücksichtigung des Monopolanteils hat die Post die folgenden Umsätze in den letzten drei Jahren vor 2014 mit Sendungen über 50 Gramm erzielt:

Jahr	2012	2013	2014	Summe
------	------	------	------	-------

⁶⁴⁸ Vgl. z. B. Verfügung der WEKO vom 9. Mai 2016, S. 171 Rz 864 m.w.H., *Sport im Pay TV*, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide (18.7.2016)

⁶⁴⁹ Dies war für alle Jahre der Anteil im Monopol für B-Einzelsendungen.

Umsatz	[100-200 Mio.]	[100-200 Mio.]	[100-200 Mio.]	[400-600 Mio.]
--------	----------------	----------------	----------------	----------------

Tabelle 69: Umsätze der Post in den relevanten Märkten in den Jahren 2012 bis 2014, unter Ausklammerung der Umsätze mit Sendungen im Monopolbereich

1175. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit [400-600 Mio.] Franken.

f) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

1176. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags 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.

1177. Liegen schwere Verstösse gegen das KG vor, insbesondere marktumfassende Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie schwerwiegende Missbräuche von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG, bewegt sich der Basisbetrag gemäss den Erläuterungen zur SVKG im oberen Drittel des Rahmens, hingegen kann bei Bagatellfällen aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ein tiefer Rahmen für den Basisbetrag ins Auge gefasst werden.⁶⁵⁰ 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.⁶⁵¹ Entscheidend für die Frage, ob ein schwerer oder ein weniger schwerer Verstoss vorliegt, ist die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung.⁶⁵²

1178. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat die Post aufgrund von zwei Arten von Verhaltensweisen eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG realisiert und damit so die Marktgegenseite im Wettbewerb behindert und benachteiligt, aber auch den Wettbewerber Quickmail im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG behindert.

1179. Auf der einen Seite sah die Post durch die Ausgestaltung und Anwendung des Gleitpfades und der Strukturkontrolle bei Änderungen des Kundenprofils lediglich Anpassungsprozesse der Preislisten nach unten, aber nicht nach oben vor. Die hierdurch zustande gekommenen Diskriminierungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG wurden zumindest in Kauf genommen und sollten den Ertrag der Post steigern bzw. Marktanteile sichern. Ein solches Vorgehen ist daher mindestens als leichter oder mittelschwerer Verstoss gegen das KG zu werten. Weitere Milderungsgründe, insbesondere die Beendigung des Verhaltens spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG liegen nicht vor.

1180. Auf der anderen Seite sind unzulässige Diskriminierungen der Handelspartner gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG dadurch entstanden, dass die Kundenberater der Post die Vorgaben der Post nicht einheitlich anwandten und die einheitliche Anwendung durch die Hierarchie nicht ausreichend sichergestellt wurde. Dies hatte zur Folge, dass einige Kunden der Post bessere Konditionen und andere Kunden der Post schlechtere Konditionen erhielten, als sie haben sollten.

⁶⁵⁰ Erläuterungen SVKG, S. 3.

⁶⁵¹ Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.4.2010, E. 8.3.4, *Publigruppe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; siehe auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 220), Art. 49a KG N 56.

⁶⁵² RPW 2010/1, 179 Rz 404, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

1181. Hinsichtlich der Behinderung von Quickmail durch das Preissystem CAPRI gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b (im Zusammenhang mit der Bevorzugung von Quickmailkunden) i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG liegen keine Beweise für eine eigentliche Behinderungsstrategie vor. Die Komplexität und Intransparenz des Preissystems, die Rabattwirkung der Umsatzschwellen und insbesondere des Zusatzrabatts hatte jedoch wettbewerbsbehindernde Wirkung. Das Preissystem war allgemein ausgestaltet, allerdings entstand durch den auch eine gewisse Individualisierung der Rabatte. In einem Markt mit lediglich einem neu in den Markt eingetretenen Wettbewerber zur Post konnte sich eine wettbewerbsbehindernde Wirkung im beschriebenen Sinne potenziell besonders schwerwiegend auf die Marktverhältnisse auswirken. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass sich Quickmail trotz dieser Verhaltensweise am Markt knapp behaupten konnte. Nicht nachgewiesen werden kann, ob und inwieweit die von der Post an den Tag gelegte Behinderung für die Schwierigkeiten, die Quickmail insbesondere in den Jahren 2012 bis 2015 hatte, alleine ursächlich ist. Die Verhaltensweise der Post ist hinsichtlich Behinderung von Quickmail daher mindestens als leichter, wenn nicht als mittelschwerer Kartellrechtsverstoss zu qualifizieren.

1182. Im Antrag hatte das Sekretariat eine Sanktionsreduktion vorgesehen. Sie begründete dies mit der Änderung des Preissystems CAPRI in den Schulungsunterlagen für das Informatiksystem. Die Hauptzielsetzungen der Massnahmen seien unter anderem die «Sicherstellung der Gleichbehandlung, die Reduktion der Komplexität sowie die Stärkung der Akzeptanz, Nachvollziehbarkeit und Glaubwürdigkeit», wozu auch die Vereinheitlichung der Rabattstufen und eine Abschwächung des Zusatzrabatteffekts gehörte. Ebenfalls wird etwa darauf hingewiesen, dass Abweichungen von der Preisliste_{Ziel} eine sachliche Rechtfertigung brauchen, und dass tiefere Preise für wettbewerbsgefährdete Kunden, für Rückgewinnung von Wettbewerb oder um Kunden unbedingt halten zu können, keine sachlichen Gründe darstellen. Als Übergangszeit zum angepassten Preissystem wird bei grösseren Preislistenabweichungen zudem grundsätzlich maximal ein Jahr vorgesehen. Unbeschadet der kartellrechtlichen Beurteilung des angepassten Preissystems ist das Bemühen der Post zu würdigen, das Preissystem CAPRI kartellrechtskonform auszugestalten und anzuwenden. Diese Argumente sind allerdings nicht im Rahmen der Sanktionsreduktion sondern im Rahmen der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen.

1183. Insgesamt ist von einem leichten Kartellrechtsverstoss der Post auszugehen, welcher ein Festlegen des Basisbetrags im Bereich von 1 % bis 3 % rechtfertigt. In Anbetracht der Tatsache, dass die Post unsystematisches Abweichen der Kundenberater von den vorgegebenen Preisvorgaben der Post nicht konsequent unterbunden hat und die Post zwecks Ertrags- und Marktanteilsicherung zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass Wettbewerber behindert wurden, rechtfertigt sich im Rahmen des festgelegten Bereichs ein Basisbetrag von 3 % des Umsatzes in den relevanten Märkten. Somit resultiert ein Basisbetrag in Höhe von [12-18 Mio.] Franken.

g) Dauer des Verstosses

1184. 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). Die Erhöhung liegt in diesem Rahmen im Ermessen der WEKO und richtet sich nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkung im Zeitverlauf. Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner jüngeren Rechtsprechung bei Wettbewerbsverstössen, die länger als fünf Jahre andauern, grundsätzlich von einer gleichmässigen bzw. wiederkehrenden über die Zeitachse

auffretenden Auswirkung aus.⁶⁵³ Daher sei in solchen Fällen eine lineare Erhöhung der Sanktion angebracht. Dies entspreche einer stufenweisen Erhöhung von 0.8333 %⁶⁵⁴ pro angefangenem Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wird.

1185. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt hat die kartellrechtswidrige Verhaltensweise mindestens am 1. Juli 2009 begonnen und hat mindestens bis zum 31. Dezember 2014 ange dauert, also mindestens 66 Monate. Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, der vom Bundesverwaltungsgericht angewandten Regel der linearen Erhöhung nicht zu folgen. Dement sprechend rechtfertigt sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrages um 55 %. Somit resultiert ein erhöhter Basisbetrag von [18-28 Mio.] Franken.

C.1.2.1.2 Erschwerende und mildernde Umstände

1186. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

h) Erschwerende Umstände

1187. Es bestehen keine Hinweise auf erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG (wiederholter Kartellverstoss, besonders hoher Gewinn, Verweigerung der Zusammenarbeit oder Behinderung der Untersuchungen).

i) Mildernde Umstände

1188. Das Mass der Kooperation der Post ging nicht über dasjenige hinaus, was von einem Untersuchungsadressaten zu erwarten ist. Es sind daher keine Umstände ersichtlich, welche mildernd zu berücksichtigen wären.

1189.

C.1.2.1.3 Zwischenergebnis

1190. Unter Berücksichtigung der obgenannten Kriterien und unter Vorbehalt der Maximalsanktion und der Verhältnismässigkeitsprüfung ergibt sich damit folgende Sanktionsberechnung:

Bestandteil	Berechnung	Umsatz bzw. Sanktion in CHF
Umsatz auf den relevanten Märkten		[400-600 Mio.]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten	[40-60 Mio.]
Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses: Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	3 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten	[12-18 Mio.]
Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) gegenüber der Post	+55 % des Basisbetrags	+ [6-10 Mio.]
Zwischenergebnis		22'622'641.25

⁶⁵³ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. VIII.5.d.3, *Swisscom/WEKO*.

⁶⁵⁴ Präzise: Ein Zwölftel von 10 %.

Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	-	-
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	-	
Zwischenergebnis Sanktion		<u>22'622'641.25</u>

Tabelle 70: Sanktionsberechnung

C.1.2.2 Maximalsanktion

1191. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,⁶⁵⁵ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.⁶⁵⁶ Am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung ist somit zu prüfen, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

1192. Die Post hat in den Jahren 2013 bis 2015 folgende Gesamtumsätze erzielt:

Jahr	2013	2014	2015	Summe
Umsatz	8'575 Mio.	8'371 Mio.	8'224 Mio.	25'170 Mio.

Tabelle 71: Gesamtumsatz der Post in den Jahren 2013 bis 2015

1193. Die Maximalsanktion beträgt 10 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren, also 2'517 Millionen Franken. Mit der berechneten Sanktion von 22'622'641.25 Franken wird damit die Maximalsanktion offensichtlich nicht überschritten.

C.1.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

1194. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.⁶⁵⁷ Die Post erzielt einen jährlichen Gewinn von jeweils über 600 Millionen Franken. Zudem ist die Post ein finanzstarkes Unternehmen und verfügt über ausreichend Eigenkapital, so dass die finanzielle Tragbarkeit einer wie oben berechneten Sanktion gegeben ist.

C.1.2.4 Ergebnis

1195. In Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG, aufgrund der genannten Erwägungen sowie unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von

⁶⁵⁵ Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

⁶⁵⁶ Verfügung der WEKO vom 9. Mai 2016, S. 163 Rz 860, *Sport im Pay TV*, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide (18.7.2016); Verfügung der WEKO vom 21. September 2015, S. 130 Rz 578, *Swisscom WAN-Anbindung*, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide (18.7.2016).

⁶⁵⁷ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

22'622'641.25 Franken als angemessen. Den Verfügungsadressatinnen der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG ist der Betrag unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

D Kosten

1196. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁶⁵⁸ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

1197. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.⁶⁵⁹ Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

1198. 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).

1199. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 2'315 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 277.25 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 36'042.50
- 1'891.11 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 379'522.–
- 146.25 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 42'412.50

1200. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 457'977.–.

1201. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten Schweizerische Post AG und Post CH AG unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. Allg-GebV).

E Ergebnis

1202. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

1203. Die Post verfügt auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 813). Die marktbeherrschende Stellung ist – unter Einbezug der Monopolmärkte (Rz 829) – im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG gestützt auf Art. 25 VwVG festzustellen (Rz 825).

⁶⁵⁸ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁶⁵⁹ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

1204. Die Post missbrauchte ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden, indem sie gewisse Vertragskunden gegenüber anderen bei Preisen diskriminierte, diese dadurch benachteiligte und im Wettbewerb behinderte. Es liegt daher eine unzulässige Verhaltensweise der Post nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG vor (vgl. Rz 1016). Im Einzelnen bestanden die folgenden Diskriminierungen:

- a. Diskriminierung bei den Rabatten im Preissystem 2009 (Abschnitt B.4.3.1.3).
- b. Diskriminierende *Ausgestaltung* des Preissystems CAPRI hinsichtlich Systemvorgaben zum Gleitpfad und zur Strukturkontrolle, den Vorgaben für Kundenberater sowie der Ausgestaltung des Zusatzrabatts – auch im Zusammenhang mit dem Jahresprofil (Abschnitt B.4.3.1.4 a) und b)).
- c. Diskriminierende *Anwendung* des Preissystems CAPRI hinsichtlich Preislisteneinteilung und Umsatzbasis für den Zusatzrabatt (Abschnitt B.4.3.1.4 c)).

1205. Die Untersuchung hat zudem ergeben, dass die Post durch die spezifische Ausgestaltung und die Anwendung des Preissystems CAPRI – v.a. durch die Komplexität und Intransparenz des Preissystems sowie die Rabattgestaltung als Gesamtumsatzrabatt in Zusammenhang mit den Umsatzschwellen der Preislisteneinteilung zum einen und dem Zusatzrabatt zum anderen, sowie der Bevorzugung von Quickmailkunden gegenüber anderen Kunden – den Absatz von Quickmail einschränkte und diese damit im Wettbewerb behinderte (Rz 1128). Diesbezüglich liegt eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vor (Abschnitt B.4.3.2.2).

1206. Da die festgestellten unzulässigen Verhaltensweisen der Post vorwerfbar sind (Rz 1165), sind sie gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (Rz 1166). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden Faktoren ist eine Belastung der Post mit einem Betrag von 22'622'641.25 Franken angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 1195).

1207. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten von insgesamt 457'977.– Franken der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (vgl. Rz 1200 f.).

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird gestützt auf Art. 25 VwVG festgestellt, dass die Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.
2. Die Post wird in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 lit. b und e KG mit einem Betrag von 22'622'641.25 Franken belastet. Dieser Betrag wird der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Auswirkungen des Preissystems CAPRI ab Januar 2015 sowie die Auswirkungen des Produkts Distance Selling Mail/Expert Mail werden unter Beizug von Akten dieser Untersuchung allenfalls in einem separaten Verfahren nach Art. 26 ff. KG geprüft. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten von 457'977.– Franken werden der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG unter solidarischer Haftung auferlegt.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an die Schweizerische Post AG und die Post CH AG, beide vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich.

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.