



Abteilung II

B-141/2012

Urteil vom 12. Dezember 2022

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Fanny Paucker.

Parteien

Estée Lauder GmbH,
Hardturmstrasse 11, Postfach, 8031 Zürich,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Franz Schenker und/oder lic. iur. Philippe Reich,
Baker McKenzie Zurich,
Holbeinstrasse 30, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 im Untersuchungsverfahren 22-0377 betreffend ASCOPA wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.

Inhaltsverzeichnis

SACHVERHALT:	13
A. Konstituierung, Zweck und Aktivitäten des Branchenverbands ASCOPA	13
B. Vorinstanzliches Verfahren	15
B.a Geschehnisse vor der Eröffnung der Untersuchung durch das Sekretariat	16
B.b Eröffnung der Untersuchung aufgrund einer Selbstanzeige	16
B.c Erster Verfügungsantrag	17
B.d Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend Ausstandsbegehren gegen mit der Sache befasste Mitarbeiter des Sekretariats	18
B.e Fortgang des Verfahrens nach dem ersten Verfügungsantrag	19
B.f Zweiter Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011	19
B.g Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz.....	20
B.g.a <i>Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung</i>	20
B.g.b <i>Die Begründung der angefochtenen Verfügung</i>	21
B.g.b.a <i>Informationsaustausch (Austausch von Bruttopreisen, Umsätzen und Ausgaben für Werbung)</i>	21
B.g.b.a.a Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)	21
B.g.b.a.b Marktabgrenzung	22
B.g.b.a.c Erheblichkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 1 KG).....	22
B.g.b.a.c.a Ökonometrische Untersuchungen	22
B.g.b.a.c.b Qualitative Kriterien der Erheblichkeit	23
B.g.b.a.c.c Quantitative Kriterien der Erheblichkeit	24
B.g.b.a.c.d Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG)	25
B.g.b.b <i>Empfehlungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	25
C. Beschwerde der Beschwerdeführerin	25
C.a Beschwerdeanträge und prozessuale Begehren.....	25
C.b Rügen der Beschwerdeführerin	26
C.b.a <i>Formelle Rüge betreffend die Akteneinsicht</i>	26
C.b.b <i>Materielle Rügen</i>	27
C.b.b.a <i>Rüge, dass die Vorinstanz zu Unrecht eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG angenommen habe...</i>	27
C.b.b.b <i>Rügen zur Marktabgrenzung</i>	28
C.b.b.c <i>Rügen zur Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG)</i>	28
D. Weiteres Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht	29
D.a Die Vernehmlassung	29
D.b Akteneinsicht	29
D.b.a <i>Ausführungen der Parteien</i>	29
D.b.b <i>Bei der Vorinstanz veranlasste Akteneinsicht</i>	29

D.c Weitere Verfahrensschritte vor Bundesverwaltungsgericht	30

DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT ZIEHT IN ERWÄGUNG:..... 34

1. Prozessvoraussetzungen	34
2. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.....	36
2.2 Persönlicher Geltungsbereich	37
2.3 Sachlicher Geltungsbereich	38
2.4 Räumlicher Geltungsbereich	40
2.5 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften	40
2.6 Fazit zum Anwendungsbereich	41
3. Prozessuale Begehren und verfahrensrechtliche Rügen	42
3.1 Prozessuale Begehren.....	42
3.1.1 <i>Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung / Wahrung des Replikrechts</i>	42
3.1.2 <i>Prozessuales Begehren zur Nichtoffenlegung der Beschwerde</i>	43
3.1.3 <i>Antrag auf Beizug der vorinstanzlichen Akten und Akteneinsichtsbegehren</i>	44
3.2 Verfahrensrechtliche Rügen	44
3.2.1 <i>Verletzung der Unschuldsvermutung, des Untersuchungsgrundsatzes und mangelhafte Beweisführung</i>	44
3.2.1.1 <i>Vorbringen der Beschwerdeführerin</i>	44
3.2.1.2 <i>Vorbringen der Vorinstanz</i>	46
3.2.1.3 <i>Grundlagen betreffend die Unschuldsvermutung</i>	46
3.2.1.4 <i>Gerichtliche Würdigung betreffend die Unschuldsvermutung</i>	48
3.2.2 <i>Untersuchungsgrundsatz und das relevante Beweismass im Verwaltungsprozess</i>	48
3.2.2.1 <i>Grundlagen</i>	48
3.2.2.2 <i>Würdigung</i>	51
3.2.3 <i>Verletzung des rechtlichen Gehörs</i>	57
3.2.3.1 <i>Verletzung der Begründungspflicht durch zu pauschale Abhandlung der Rügen der ASCOPA-Mitglieder</i>	58
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	58
ii. Vorbringen der Vorinstanz	58
iii. Würdigung	59
3.2.3.2 <i>Verletzung der Begründungspflicht durch Ignorieren der Vorbringen, welche spezifisch die Beschwerdeführerin betroffen haben</i>	59
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	59
ii. Vorbringen der Vorinstanz	60
iii. Würdigung	60
3.2.4 <i>Verletzung des Anspruchs auf Akteneinsicht / Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs</i>	62
3.2.4.1 <i>Das Recht auf Akteneinsicht</i>	62
3.2.4.2 <i>Die Heilung von Verletzungen des rechtlichen Gehörs</i>	62
3.2.4.3 <i>Vorbringen der Beschwerdeführerin</i>	63
3.2.4.4 <i>Vorbringen der Vorinstanz</i>	63

3.2.4.5	<i>Schriftenwechsel im vorinstanzlichen Verfahren betreffend den Zugang zu den Korrelationsdaten</i>	64
3.2.4.6	<i>Würdigung</i>	65
3.2.5	Fazit	67
3.2.6	Gespräch von ASCOPA-Vertretern mit einem leitenden Mitarbeitenden des Sekretariates der Vorinstanz	67
3.2.6.1	<i>Vorbringen der Beschwerdeführerin</i>	67
3.2.6.2	<i>Vorbringen der Vorinstanz</i>	68
3.2.6.3	<i>Würdigung</i>	69
3.3	Ausstandsrügen	72
3.4	Rüge, dass die Verbotsverfügung nicht ausreichend bestimmt sei	73
3.5	Fazit	75
4.	Art. 4 Abs. 1 KG (Informationsaustausch)	76
4.1	Aufbau der materiellen Prüfung	76
4.2	Zu Art. 4 Abs. 1 KG im Allgemeinen	76
4.3	Relevanz des EU-Rechts und weiterer Grundlagen in Bezug auf den Informationsaustausch	78
4.4	Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG	79
4.4.3	Handlungen des Informationsaustausches und Abredequalität	80
4.4.3.1	<i>Grundlagen</i>	80
4.4.3.2	<i>Bedeutung der Vereinsbeschlüsse und Statuten</i>	82
4.4.3.3	<i>Die Zurechenbarkeit der Handlungen von ASCOPA</i>	83
4.4.3.4	<i>Der Austausch von Bruttopreislisten</i>	85
4.4.3.5	<i>Der Austausch von Umsatzinformationen</i>	86
4.4.3.6	<i>Der Austausch von Angaben zu den Werbeinvestitionen</i>	88
4.4.3.7	<i>Disziplinierung bzw. Sanktionen als Merkmal der Vereinbarungsqualität</i>	89
i.	<i>Vorbringen der Beschwerdeführerin</i>	89
ii.	<i>Vorbringen der Vorinstanz</i>	89
iii.	<i>Würdigung durch das Gericht</i>	89
4.4.3.8	<i>Unternehmen auf gleicher Marktstufe und Funktion von ASCOPA</i>	91
4.4.3.9	<i>Zwischenfazit</i>	92
4.5	Wettbewerbsparameter und wettbewerbssensible Informationen (Art. 4 Abs. 1 KG)	93
4.5.1	Vorbringen der Beschwerdeführerin	93
4.5.2	Vorbringen der Vorinstanz	94
4.5.3	Grundlagen zu Wettbewerbsparametern und wettbewerbssensiblen Informationen auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG	94
4.5.4	Prüfung der Wettbewerbsparameter bzw. wettbewerbssensibler Informationen (Art. 4 Abs. 1 KG)	96
4.5.4.1	<i>Wettbewerbsparameter Preis (Austausch der Bruttopreislisten)</i>	96
4.5.4.2	<i>Umsätze (Austausch der Bruttoumsatzzahlen)</i>	98
4.5.4.3	<i>Wettbewerbsparameter Werbung (Austausch der Werbeinvestitionen)</i>	99
i.	<i>Vorbringen der Beschwerdeführerin</i>	99
ii.	<i>Vorbringen der Vorinstanz</i>	99
iii.	<i>Würdigung</i>	100
4.5.5	Fazit	101

4.6 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung	101
4.6.3 Vorbringen der Parteien	102
4.6.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	102
4.6.3.2 Vorbringen der Vorinstanz	103
4.6.4 Grundlagen zum Bezwecken	104
4.6.5 Würdigung	106
4.6.6 Zwischenfazit	108
4.7 Prüfung der prokompetitiven Natur des Informationsaustauschs und der Bedeutung Handlungsfreiheit bzw. der Einschränkung derselben im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG	109
4.7.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	109
4.7.2 Vorbringen der Vorinstanz	109
4.7.3 Meinungsstreit zur Frage, was unter Art. 4 KG und was unter Art. 5 KG zu prüfen ist	110
4.7.4 Würdigung durch das Gericht	112
4.7.4.3 Die Bedeutung der Einschränkung der Handlungsfreiheit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG	112
4.8 Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG	113
5. Marktabgrenzung	114
5.1 Begriff	114
5.2 Bezug zum europäischen Wettbewerbsrecht	115
5.3 Sachliche Marktabgrenzung	115
5.3.1 <i>Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite</i>	115
5.3.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	115
5.3.1.2 Vorbringen der Vorinstanz	115
5.3.1.3 Grundlagen	116
5.3.1.4 Würdigung	118
5.3.2 <i>Abgrenzung des Luxus-/Prestigekosmetikmarktes vom Kosmetikmassenmarkt</i>	119
5.3.2.1 Zum Begriff der Kosmetika	120
5.3.2.2 Vorgehen	120
5.3.2.3 Rechtsprechung	122
i. Schweizer Rechtsprechung zur Luxuskosmetik	122
ii. Das „Coty“-Urteil des EuGH und die Folgen	123
iii. Fazit zur Rechtsprechung	124
5.3.2.4 <i>Marke, Image und Luxuscharakter (Bedarfsmarktkonzept)</i>	125
i. Grundlagen zum Bedarfsmarktkonzept (Luxus- bzw. Prestigeaspekt)	125
ii. Würdigung zum Bedarfsmarktkonzept (Luxus- bzw. Prestigeaspekt)	128
iii. Der Luxus- bzw. Prestigecharakter bei Estée Lauder	129
iv. Zwischenfazit	130
5.3.2.5 <i>Marktabgrenzungsfragen anhand der Thematik der Preisbildung</i>	130
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	130
ii. Vorbringen der Vorinstanz	130
iii. Grundlagen zur Methode Kreuzpreiselastizität	131
iv. Würdigung des Gerichts unter Beizug der Resultate der ökonometrischen Untersuchungen der Vorinstanz	132

5.3.2.6 Zwischenfazit	135
5.3.3 Distribution - Selektiver Vertrieb	135
5.3.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin.....	135
5.3.3.2 Vorbringen der Vorinstanz	136
5.3.3.3 Grundlagen	136
i. Rechtsprechung zum schweizerischen Recht	136
ii. Rechtsprechung in der EU, namentlich Deutschland und Frankreich	137
5.3.3.4 Würdigung des Gerichts	141
i. Selektivvertrieb bei den am Informationsaustausch beteiligten Marken	141
ii. Zwischenfazit hinsichtlich des Selektivvertriebes.....	143
5.3.3.5 Fazit zur Abgrenzung zwischen Luxuskosmetik- und Massenmarkt	143
5.3.4 Gliederung des sachlich relevanten Marktes in Untersegmente	143
5.3.4.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin.....	143
5.3.4.2 Vorbringen der Vorinstanz.....	144
5.3.4.3 Grundlagen	144
5.3.4.4 Würdigung	145
5.3.5 Fazit	146
5.4 Räumliche Marktabgrenzung	146
6. Prüfung der Erheblichkeit des Informationsaustauschs (Art. 5 KG)	148
6.1 Keine Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG	148
6.2 Klassifizierung des vorliegenden Informationsaustausches.....	150
6.2.1 Gegenstand des Informationsaustauschs.....	150
6.2.2 Direkter oder indirekter Informationsaustausch.....	151
6.2.3 Selbständiger oder unselbständiger Informationsaustausch	151
6.3 Vor die Klammer gezogene Bemerkungen zur Prüfung einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG	154
6.3.1 Kein Vorliegen einer (qualifizierten) Bagatelle	155
6.3.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin.....	155
6.3.1.2 Vorbringen der Vorinstanz.....	155
6.3.1.3 Grundlagen	155
6.3.1.4 Würdigung	156
6.3.2 Zusammenwirken der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG	158
6.3.3 Kein Nachweis von Auswirkungen erforderlich	162
6.3.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin.....	162
6.3.3.2 Vorbringen der Vorinstanz.....	163
6.3.3.3 Grundlagen und Würdigung	164
i. Prüfung, ob dem Erheblichkeitskriterium das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung zu entnehmen ist	166
6.3.3.3.5 Auswirkungen als qualitatives Element der Erheblichkeit.....	167
6.3.3.3.6 Auswirkungen als quantitatives Element der Erheblichkeit	168
ii. Prüfung, ob dem Kriterium der „Beeinträchtigung“ das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung zu entnehmen ist	169

6.3.3.4 Zwischenfazit	171
6.3.4 Der Informationsaustausch wurde gelebt bzw. umgesetzt	172
6.3.4.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	172
6.3.4.2 Vorbringen der Vorinstanz	172
6.3.4.3 Grundlagen	172
6.3.4.4 Würdigung	174
6.3.5 Die Bedeutung des EU-Kartellrechts und insbesondere der Horizontalleitlinien im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung	175
6.3.5.5 Qualitative Aspekte in den Horizontalleitlinien	177
6.3.5.6 Quantitative Aspekte in den Horizontalleitlinien	179
6.3.6 Zwischenfazit zu den Erwägungen 6.1 bis 6.3	179
6.4 Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit	181
6.4.1 Informationsaustauschspezifische Aspekte	181
6.4.1.1 Die Häufigkeit des Austausches	182
i. Der Austausch von Bruttopreislisten	183
ii. Der Austausch von Umsatzinformationen	183
iii. Der Austausch von Angaben zu den Werbeinvestitionen	185
iv. Fazit	185
6.4.1.2 Historizität der ausgetauschten Informationen	186
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	186
ii. Vorbringen der Vorinstanz	187
iii. Würdigung	187
6.4.1.3 Aggregierungsgrad der Informationen	188
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	189
ii. Vorbringen der Vorinstanz	190
iii. Würdigung	192
6.4.1.4 Öffentliche Informationen oder Geschäftsgeheimnisse	194
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	194
ii. Vorbringen der Vorinstanz	195
iii. Grundlagen	195
iv. Würdigung	196
6.4.1.5 Informationsasymmetrien	196
6.4.1.6 Zwischenfazit	197
6.4.2 Wettbewerbsparameter gemäss Art. 5 Abs. 1 KG	198
6.4.2.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	198
6.4.2.2 Vorbringen der Vorinstanz	198
6.4.2.3 Grundlagen	199
6.4.2.4 Der Austausch der Bruttopreislisten	200
i. Vorbringen der Vorinstanz	200
ii. Vorbringen der Beschwerdeführerin	201
iii. Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018	204
iv. Grundlagen	205

v.	Würdigung	208
vi.	Zwischenfazit	216
6.4.2.5	Der Austausch der Bruttoumsätze	217
i.	Vorbringen der Beschwerdeführerin	217
ii.	Vorbringen der Vorinstanz	217
iii.	Grundlagen	219
iv.	Würdigung	219
v.	Zwischenfazit	222
6.4.2.6	Der Austausch von Werbeinvestitionen	223
i.	Sachverhalt	223
ii.	Vorbringen der Beschwerdeführerin	223
iii.	Vorbringen der Vorinstanz	224
iv.	Würdigung	224
v.	Zwischenfazit	227
6.4.3	Fazit zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit	227
6.5	Quantitative Elemente der Erheblichkeit	228
6.5.1	Einleitende Bemerkungen zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit	228
6.5.2	Rügen zum Beweismass in Bezug auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit	230
6.5.3	Die Marktmerkmale und die quantitativen Elemente der Erheblichkeit	232
6.5.3.1	Vorbringen der Beschwerdeführerin	232
6.5.3.2	Vorbringen der Vorinstanz	232
6.5.3.3	Grundlagen	232
6.5.3.4	Würdigung	233
6.5.4	Aussenwettbewerb	235
6.5.4.1	Aktueller Wettbewerb	235
6.5.4.2	Mögliche Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA	235
i.	Vorbringen der Beschwerdeführerin	235
ii.	Vorbringen der Vorinstanz	236
iii.	Würdigung	236
6.5.4.3	Parallelimporte, Tax-Free-Shops und Einkaufstourismus	237
i.	Vorbringen der Beschwerdeführerin	237
ii.	Vorbringen der Vorinstanz	237
iii.	Würdigung	238
6.5.4.4	Nur leicht wachsender bis stagnierender Markt	240
i.	Vorbringen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung	240
ii.	Vorbringen der Beschwerdeführerin	241
iii.	Vorbringen der Vorinstanz in der Vernehmlassung und Duplik	241
iv.	Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme zur Duplik	244
v.	Würdigung hinsichtlich des Marktes der vom Informationsaustausch umfassten Produkte	244
vi.	Würdigung hinsichtlich der Teilmärkte von ASCOPA	248
vii.	Bedeutung der Marktanteile der Beschwerdeführerin	251
viii.	Fazit zum aktuellen Wettbewerb	253

6.5.4.5 Potenzieller Wettbewerb	253
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	253
ii. Vorbringen der Vorinstanz	254
iii. Würdigung	254
iv. Fazit	255
6.5.4.6 Zwischenfazit zum Aussenwettbewerb	256
6.5.5 Stellung der Marktgegenseite	256
6.5.5.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	256
6.5.5.2 Vorbringen der Vorinstanz	256
6.5.5.3 Würdigung	257
6.5.5.4 Fazit	258
6.5.6 Innenwettbewerb	258
6.5.6.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz	258
6.5.6.2 Würdigung	261
6.5.6.3 Fazit zum Innenwettbewerb	264
6.5.7 Fazit zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit	265
6.5.8 Fazit zur Erheblichkeit insgesamt	266
6.6 Rechtfertigungsgründe	266
6.6.1 Allgemeine Ausführungen zu den Rechtfertigungsgründen	266
6.6.1.2 Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG	267
6.6.2 Zu Beweismass und Beweislast hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe	269
6.6.3 Die Rechtfertigungsgründe im Einzelnen	271
6.6.3.1 Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren	271
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	271
ii. Vorbringen der Vorinstanz	271
iii. Grundlagen	272
iv. Würdigung	272
6.6.3.2 Rationellere Nutzung von Ressourcen	274
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	274
ii. Vorbringen der Vorinstanz	275
iii. Grundlagen	275
iv. Würdigung	276
6.6.3.3 Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten	277
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	277
ii. Vorbringen der Vorinstanz	277
iii. Grundlagen	277
iv. Würdigung	278
6.6.3.4 Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen	279
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin	279
ii. Vorbringen der Vorinstanz	279
iii. Grundlagen	279
iv. Würdigung	280

6.6.4 Kein gesamtwirtschaftliches Interesse	281
6.6.5 Fazit	281
6.7 Fazit zu Art. 5 KG betreffend die ausgetauschten Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen	282
7. AGB - Conditions générales de vente (Art. 4 Abs. 1 KG)	284
7.1 Empfehlung ohne Abredequalität, Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise	284
7.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	284
7.1.2 Vorbringen der Vorinstanz und Sachverhalt zu den AGB-Empfehlungen	285
7.1.3 Grundlagen	287
7.1.3.1 Der Begriff der Empfehlung	287
7.1.3.2 Horizontale Empfehlung mit vertikalen Aspekten	287
7.1.3.3 Echte Empfehlung	288
7.1.3.4 Empfehlung in Vereinbarungsform	288
7.1.3.5 Befolgte Empfehlung	290
7.1.4 Qualifikation der AGB-Empfehlungen / Würdigung	291
7.1.4.3 Abstimmung über die Änderungen der AGB-Empfehlungen an der Generalversammlung im Jahr 2001	292
7.1.4.4 Komitee-Sitzungen	292
7.1.4.5 Unselbständiger Informationsaustausch in Bezug auf das Anfügen der AGB an die Bruttopreislisten und die Vergleichsliste der AGB der ASCOPA-Mitglieder im Jahr 2003	294
7.1.4.6 Relevanz des Vorliegens von Druck oder Zwang im Rahmen der Prüfung der Abredequalität	295
7.1.4.7 Zwischenfazit	295
7.2 Betroffensein von Wettbewerbsparametern (Art. 4 Abs. 1 KG)	296
7.2.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	296
7.2.2 Vorbringen der Vorinstanz	297
7.2.3 Grundlagen	297
7.2.4 Würdigung	297
7.3 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG	298
7.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	298
7.3.2 Vorbringen der Vorinstanz	299
7.3.3 Grundlagen	299
7.3.4 Würdigung	300
7.4 Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG	302
8. Marktabgrenzung hinsichtlich der AGB Empfehlungen	302
9. Die AGB / „Conditions générales de vente“ als Thema von Art. 5 KG	302
9.1 Keine Erheblichkeitsprüfung in der angefochtenen Verfügung betreffend die AGB-Empfehlungen	302
9.2 Allgemeine Aussagen zur Erheblichkeitsprüfung der AGB-Empfehlungen (Art. 5 Abs. 1 KG)	304
9.3 Befolungsgrad	304
9.3.1 Vorbringen der Vorinstanz	305
9.3.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin	305
9.3.3 Ist der Befolungsgrad Prüfungsvoraussetzung der Erheblichkeit?	306

9.3.3.2	<i>Befolgungsgrad als Teil des Prüfprogramms betreffend die quantitativen Elemente der Erheblichkeit</i>	307
9.3.3.3	<i>Befolgungsgrad als Teil des Prüfprogramms betreffend die qualitativen Elemente der Erheblichkeit</i>	308
9.3.3.4	<i>Befolgungsgrad als separates Erfordernis zur Bejahung der Erheblichkeit?</i>	310
9.4	Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit	313
9.4.1	Vorbringen der Beschwerdeführerin	314
9.4.2	Würdigung	314
9.4.2.3	<i>Die Bedeutung der AGB-Empfehlungen in ihrem Gesamtkontext für die betroffenen Wettbewerbsparameter</i>	314
9.4.2.4	<i>Die Bedeutung der einzelnen Klauseln der AGB-Empfehlungen für die betroffenen Wettbewerbsparameter</i>	316
i.	Die Vorgaben zu den Minimalbestellungen in den AGB	316
ii.	Die Vorgaben zu den Lieferkosten in den AGB	317
iii.	Die Bedingungen zu den Rücksendungen in den AGB	317
iv.	Die Vorgaben zu den Zahlungsbedingungen in den AGB	318
v.	Die AGB-Klauseln als Gesamtsystem	319
9.4.3	Fazit zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit	320
9.5	Die quantitativen Elemente der Erheblichkeit	321
9.5.1	Aussen- und Innenwettbewerb	321
9.5.2	Stellung der Marktgegenseite	322
9.5.3	Zwischenfazit	323
9.6	Zwischenfazit zur Erheblichkeit	324
9.7	Rechtfertigungsgründe	324
9.7.2	Grundlagen	325
9.7.3	Würdigung	326
9.7.4	Prüfung der Rechtfertigungsgründe zu den AGB-Empfehlungen	328
9.7.4.1	<i>Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (vgl. E. 6.6.3.1.4 hiervor)</i>	328
9.7.4.2	<i>Rationellere Nutzung von Ressourcen (vgl. E. 6.6.3.2.3 hiervor)</i>	328
9.7.4.3	<i>Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen (vgl. E. 6.6.3.4.3 hiervor)</i>	329
9.7.4.4	<i>Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten (vgl. E. 6.6.3.3.3 hiervor)</i>	329
9.7.4.5	<i>Kalkulationshilfen-Bekanntmachung</i>	330
9.7.4.6	<i>Fazit zu den Rechtfertigungsgründen betreffend die AGB-Empfehlungen</i>	332

10. Gesamtfazit zur kartellrechtlichen Beurteilung	332
11. Verfahrenskosten im vorinstanzlichen Verfahren	334
11.1 Verfahrenskostenberechnung in der angefochtenen Verfügung.....	334
11.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin (Beschwerde)	334
11.3 Vorbringen der Vorinstanz in der Vernehmlassung	336
11.4 Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Replik	336
11.5 Vorbringen der Vorinstanz (Duplik)	337
11.6 Grundlagen	337
11.7 Würdigung	338
11.8 Fazit	340
12. Verfahrenskosten und Parteientschädigung vor Bundesverwaltungsgericht	340
12.1 Verfahrenskosten	340
12.1.1 Grundlagen zur Bemessung der Verfahrenskosten	340
12.1.2 Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse	341
12.1.3 Kostenfestsetzung und -verlegung	342
12.2 Parteientschädigung und Kostennote	344
12.2.3 Im Rahmen der nachgeholten Akteneinsicht entstandener Aufwand	344
12.2.3.1 Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin	344
12.2.3.2 Grundlagen	345
12.2.3.3 Würdigung	346
12.2.3.4 Berechnungsweise und Vorgehen.....	347
12.2.3.5 Anwaltshonorare in Bezug auf die Akteneinsicht - Beizug externer Drittberater	348
i. Vorbringen der Beschwerdeführerin (Kostennote).....	348
ii. Erste Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote	349
iii. Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote	349
iv. Zweite Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote	350
v. Würdigung	350
12.2.3.6 Ersatzforderungen für die Kosten der RBB-Gutachten (Parteigutachten)	351
12.2.3.7 Ersatzforderungen für Übersetzungskosten	352
12.3 Fazit	352
DEMNACH ERKENNT DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT:	354

Sachverhalt:

A. Konstituierung, Zweck und Aktivitäten des Branchenverbands ASCOPA

A.a

Die Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten organisierten sich in der Schweiz im Branchenverband ASCOPA, welcher 1951 gegründet wurde. ASCOPA (Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de la parfumerie) war als Verein gemäss den Artikeln 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) konstituiert (ASCOPA-Statuten, act. 43, Dokument 3, Art. 1). Die Mitglieder der ASCOPA waren Unternehmen, die nicht zwingend ausschliesslich, aber jedenfalls auch Produkte im Bereich der Luxuskosmetik vertreiben. Zwischen 2003 und 2008 setzte sich ASCOPA aus rund 30 Mitgliedern zusammen. Aufgrund der Eröffnung der Untersuchung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 1. Dezember 2008 gegen ASCOPA und seine Mitglieder verliessen einige Mitglieder den Branchenverband. Estée Lauder GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) blieb bis im Februar 2010 Mitglied bei ASCOPA (vgl. Beschwerde Rz. 31). Zudem war die Beschwerdeführerin in den Jahren 1999-2008 im Komitee (Vereinsvorstand) von ASCOPA vertreten (angefochtene Verfügung Rz. 17 Abbildung 2). Dieses Komitee bestand aus mindestens fünf von der Generalversammlung gewählten Mitgliedern (Art. 15 ASCOPA-Statuten). Am 4. Dezember 2003 stellte der Präsident des Vereins fest, dass der damals aus neun Mitgliedern bestehende Vereinsvorstand 70 % des von allen Mitgliedern der ASCOPA erzielten Umsatzes repräsentierte. Die Zielsetzung müsse indessen darin bestehen, die Repräsentativität des Komitees noch zu stärken. In den Jahren 2004-2008 umfasste dieses acht bis elf Mitglieder. Durch die Aufnahme von neuen Mitgliedern wurde die Repräsentativität des Komitees erhöht. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen waren im Vereinsvorstand dementsprechend in den Jahren 2004 bis 2008 durchschnittlich 74 % des Umsatzes der ASCOPA-Mitglieder vertreten (angefochtene Verfügung Rz. 13 ff., Abbildung 2). Für das Sekretariat der ASCOPA war die Fédération des Entreprises Romandes Genève (FER) verantwortlich, welche den Verbandmitgliedern unter anderem eine Intranetseite zur Verfügung stellte (angefochtene Verfügung Rz. 20).

A.b

Der Vereinszweck von ASCOPA bestand unter anderem in der Interessenswahrung der Mitglieder gegenüber Behörden, anderen Berufs- und Wirtschaftsverbänden und im Schutz des Wertes der eingetragenen Markenrechte von ASCOPA-Mitgliedern. Ausserdem sollte sich der Verein um das gute Einvernehmen („bonne entente“) unter den Mitgliedern bemühen (Art. 2 ASCOPA-Statuten). Sodann sahen die Mitglieder von ASCOPA auch das Thema der Discountpreise als relevant an. Anlässlich der Komitee-Sitzung vom 11. April 2002 wie auch der Generalversammlung vom 4. Juni 2002 wurde in Bezug auf die Zusammenarbeit mit den Handelsketten festgestellt, es sei zu vermeiden, dass die Marken zu Discountpreisen verkauft würden („d'éviter que les marques soient discountées“; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; angefochtene Verfügung Rz. 59). Man befürchtete eine Abwärtsspirale der Preise bzw. „un engrenage à la baisse“, wie auch in einem späteren Protokoll festgehalten wurde (act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003; angefochtene Verfügung Rz. 62 f.). Einige Mitglieder von ASCOPA setzten sich zudem für eine kollektive Einflussnahme auf die Discounter ein (act. 2, Beilage A 20, S. 5 f., Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002), weshalb der Präsident von ASCOPA am 12. Dezember 2002 einen Serienbrief an die Parfümerie Discounter Marionnaud, Douglas und Import versandte. Darin erklärte der Präsident, ASCOPA sei über die Preisentwicklung der Discounter beunruhigt. Ausserdem wurde darin den Handelsketten nahegelegt, dieses negative Wettbewerbsverhalten unter der Führung von ASCOPA mit einem Ideen- und Marketingwettbewerb zu ersetzen (act. 2, Beilage A 24, angefochtene Verfügung Rz. 60). Daneben gab es nach der Darstellung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz oder WEKO) auch Gespräche innerhalb von ASCOPA und teilweise auch koordiniertes Vorgehen in Bezug auf zeitlich parallele Sonderaktionen in grossen Verkaufshäusern, über (aus der Sicht von ASCOPA zu missbilligende) Verkaufsförderungsaktionen von Discountern und über Parallelimporte (angefochtene Verfügung, Rz. 64-70). Solche Gespräche wurden anlässlich der mindestens einmal jährlich stattfindenden Generalversammlung von ASCOPA und der ungefähr vierteljährlich abgehaltenen Vorstands- bzw. Komitee-Sitzungen geführt.

A.c

Zwecks Verfolgung der gemeinsamen Interessen der Mitglieder übernahm ASCOPA unbestrittenermassen eine Koordinationsfunktion im

Sinne des Austauschs von Informationen wahr. Dementsprechend war dieser mindestens zwischen 1997 und 2008 ein regelmässig wiederkehrendes Traktandum der Generalversammlung („point de la situation sur les différentes enquêtes“; angefochtene Verfügung Rz. 10). Dasselbe galt für das Komitee (angefochtene Verfügung Rz. 15). Gegenstand des Informationsaustauschs zwischen den Mitgliedern waren Angaben über Bruttopreise gegenüber dem Handel, Umsatzzahlen und Werbeausgaben (angefochtene Verfügung Rz. 25 ff.). Dabei bedienten sich die Unternehmen ab Mai 2005 einer hierzu auf der Intranetseite der ASCOPA eingerichteten Plattform. Dabei galt die Regel, dass nur diejenigen Unternehmen die Daten einsehen können, welche selbst Angaben geliefert haben. Zugleich wurden säumige Mitglieder gemahnt und diesen bei verspäteter Lieferung von Umsatzdaten seitens des ASCOPA-Sekretariats Fr. 200.– pro Marke in Rechnung gestellt (angefochtene Verfügung Rz. 22 f., 139 f.). Zusätzlich zum Informationsaustausch gab ASCOPA jedenfalls zwischen 2002 und 2007 Empfehlungen ab betreffend die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu den Themen Minimalbestellwerte, Lieferkosten, Rücksendekonditionen und Zahlungsbedingungen (angefochtene Verfügung Rz. 26 i.V.m. Rz. 226 ff.).

B. Vorinstanzliches Verfahren

Für den Ablauf der Untersuchung waren verschiedene Zeitabschnitte relevant. Noch vor Eröffnung der Untersuchung wurde ein informelles Gespräch zwischen Vertretern von ASCOPA und einem (damals) leitenden Angestellten des Sekretariats der Wettbewerbskommission geführt, worauf eine Selbstanzeige eingereicht wurde (Bst. B.a hiernach). Aufgrund dieser Selbstanzeige wurde eine Untersuchung durch die Vorinstanz eröffnet (Bst. B.b hiernach). Gestützt auf das Ergebnis dieser Untersuchungshandlungen wurde ein erster Verfügungsantrag ausgearbeitet (Verfügungsantrag vom 27. Mai 2010, act. 293, nachfolgend: Verfügungsantrag I), der von einer Preisabrede und damit von einem harten Kartell gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausging und Sanktionen von insgesamt über Fr. 100 Mio. vorsah (Bst. B.c hiernach). Am 16. Juli 2010 reichte die Beschwerdeführerin ein Ausstandsgesuch ein gegenüber zwei Mitarbeitern des Sekretariats der Wettbewerbskommission; dieses wurde durch den Präsidenten der WEKO am 15. September 2010 abgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid wiederum mit Urteil B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 (Bst. B.d hiernach). Des Weiteren wurden nach Eingang der ersten Stellungnahmen der Parteien zum Verfügungsantrag I weitere Untersuchungshandlungen durch das Sekretariat vorgenommen (Bst. B.e hiernach). Diese wiederum mündeten in einen

zweiten Verfügungsantrag (zweiter Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011, act. 584, nachfolgend: Verfügungsantrag II), lautend auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ohne direkte Sanktionen (Bst. B.f hiernach). Am 31. Oktober 2011 erging die angefochtene Verfügung durch die Vorinstanz, welche im Dispositiv dem Verfügungsantrag II entspricht (Bst. B.g hiernach).

B.a Geschehnisse vor der Eröffnung der Untersuchung durch das Sekretariat

Am 9. September 2008 fand ein nicht protokolliertes Gespräch zwischen Vertretern von ASCOPA, der Beschwerdeführerin und einem (damals) leitenden Mitarbeiter des Sekretariats statt, welches die Vorinstanz als „informell“ bezeichnet (angefochtene Verfügung Rz. 260 ff.; Rz. 325). Gegenstand dieses Gesprächs war gemäss der angefochtenen Verfügung (Rz. 262) der Informationsaustausch zwischen den ASCOPA-Mitgliedern in Bezug auf Bruttopreiseleisten, Umsatzzahlen und Werbeausgaben. Den Angaben der Parteien zufolge habe sich der vormalig leitende Angestellte des Sekretariats dahingehend geäußert, dass nur Umsätze, die älter als drei Monate seien, ausgetauscht werden dürfen. Den Austausch von Werbeausgaben habe er als nicht sehr problematisch „angeschaut“. Schliesslich sollten – so der ehemals leitende Mitarbeiter weiter – keinerlei Preislisten mehr ausgetauscht werden, was aber im Zeitpunkt des Treffens ohnehin nicht mehr der Fall gewesen sei (angefochtene Verfügung Rz. 261). Nach dem Treffen stellte der leitende Mitarbeiter in einer E-Mail an die ASCOPA klar, dass diese informelle Einschätzung für die Vorinstanz nicht bindend sei (act. 435, Beilage 12, Mail vom 8. Oktober 2008). Der in Frage stehende Mitarbeiter gab per Oktober 2008 die Leitung seines Aufgabenbereichs ab (angefochtene Verfügung Rz. 263).

B.b Eröffnung der Untersuchung aufgrund einer Selbstanzeige

Am 17. Oktober 2008 ging beim Sekretariat – vorab per Fax – eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 des Kartellgesetzes (KG) ein (act. 1). Diese Selbstanzeige bezog sich auf den von ASCOPA organisierten Informationsaustausch.

Aufgrund der Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat gestützt auf Art. 27 Abs. 1 KG im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 1. Dezember 2008 eine Untersuchung gegen den Verband ASCOPA und dessen Mitglieder. Laut dem Sekretariat bestand der Verdacht, dass ASCOPA-Mitglieder regelmässig sensible

Geschäftsinformationen ausgetauscht hätten. Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob dieser Informationsaustausch als eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 bzw. Art. 7 KG zu qualifizieren sei (act. 3). Am 2. Dezember 2008 wurde eine Medienmitteilung zur Eröffnung der Untersuchung publiziert (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-23528.html>, zuletzt besucht am 09.12.2022; act. 38). Am 16. Dezember 2008 erfolgte die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Bundesblatt (BBl 2008 9197) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 37).

Am 2. Dezember 2008 erhielt das Sekretariat zunächst das Passwort für den Zugriff auf die Intranetseite der ASCOPA. ASCOPA erklärte sich zur Zusammenarbeit bereit (act. 39 f.). In der Folge ging am 4. Dezember 2008 beim Sekretariat eine weitere Selbstanzeige ein (angefochtene Verfügung Rz. 267). Am selben Tag sicherte ASCOPA dem Sekretariat zu, dass dieses eine Kopie der Mailbox der ASCOPA erhalten werde (act. 47). Am 17. Februar 2009 sagte ASCOPA dem Sekretariat auf dessen Anfrage hin zu, dass dieselbe die Protokolle der Komitee-Sitzungen und der Generalversammlungen der Jahre 2003-2008 erhalten werde (act. 84).

Die Beschwerdeführerin, welche nicht zu den Selbstanzeigerinnen gehört, bestätigte mit Schreiben vom 12. Dezember 2008, dass sie von der Eröffnung der Untersuchung Kenntnis genommen habe. Sie erklärte sich hinsichtlich des Fortganges der Untersuchung kooperativ (act. 64).

Das Sekretariat führte in der Folge zuerst Gespräche mit Vertretern der beiden Selbstanzeigerinnen, mit ASCOPA sowie mit Manor und AC Nielsen als betroffenen Händlern durch. Gestützt auf diese Erkenntnisse wurden Fragebogen an ASCOPA, an deren ehemalige und an gegenwärtige Mitglieder, insbesondere die Selbstanzeiger, sowie an die Händler von Parfümerie- und Kosmetikprodukten versandt (angefochtene Verfügung Rz. 268). Am 29. Mai 2009 reichte die Beschwerdeführerin ihren ausgefüllten Fragebogen ein (act. 160).

B.c Erster Verfügungsantrag

Nach der Analyse der Gespräche mit den oben erwähnten Marktteilnehmern, der Auswertung der Fragebogen und Dokumente erarbeitete das Sekretariat den Verfügungsantrag I vom 27. Mai 2010 und stellte diesen den Verfahrensbeteiligten, so auch der Beschwerdeführerin, zur Stellungnahme zu. Gleichzeitig informierte das Sekretariat die betroffenen Unternehmen über die Möglichkeit, die Akten für eine erste Akteneinsicht ab

dem 31. Mai 2010 in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats einzusehen (Verfügungsantrag I Rz. 82). Im der WEKO vorgelegten Verfügungsantrag I wurde von einem harten Kartell gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausgegangen, weshalb eine Sanktion von insgesamt über 100 Mio. Fr. zu Lasten der betroffenen Unternehmen vorgesehen war, wobei die Beschwerdeführerin mit 25 Mio. Franken gebüsst werden sollte. Am 28. Mai 2010 erschien eine Medienmitteilung der Wettbewerbskommission über den Verfügungsantrag I mit dem Titel „Sekretariat beantragt Bussen für Firmen der Parfümerie- und Kosmetikbranche“ (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-33291.html>), zuletzt besucht 09.12.2022). In der Folge wurde dazu am selben Tag ein kurzer Beitrag in der Tagesschau gesendet (Tagesschau vom 28. Mai 2010, 19:30 Uhr, Kosmetikbranche droht hohe Busse, <http://www.srf.ch/play/tv/tagesschau/video/kosmetikbranche-droht-hohe-busse?id=f253c530-9bef-4328-81ff-ea23738c913c>, zuletzt besucht am 09.12.2022).

B.d Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend Ausstandsbegehren gegen mit der Sache befasste Mitarbeiter des Sekretariats

Am 16. Juli 2010 reichte die Beschwerdeführerin ein Ausstandsgesuch gegen zwei mit der Sache befasste Mitarbeiter des Sekretariats ein. Mit Zwischenverfügung vom 15. September 2010 wies der Präsident der Vorinstanz das Ausstandsgesuch ab. Gegen diese Zwischenverfügung führte die Beschwerdeführerin am 18. Oktober 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde, welche mit Urteil vom 9. Juni 2011 abgewiesen wurde. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Für das Bundesverwaltungsgericht bestanden im Ergebnis keine Zweifel daran, dass die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet sei (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 „ASCOPA-Ausstandsfrage“ E. 6.1). Zur Begründung führte das Gericht namentlich aus, der Umstand, dass das Sekretariat die Aktennotiz über das unter Bst. B.a hiervor dargestellte informelle Gespräch vom 9. September 2008 (act. 82) falsch betitelt und zuerst in tatsachenwidriger Weise angegeben habe, es verfüge in Bezug auf diese Besprechung über keinerlei weitere Akten, sei nicht ausstandsbegründend. Es gehe zwar um „fraglos nicht leicht zu nehmende Verfahrensfehler“, welche aber korrigiert worden seien (Urteil des BVGer B-7483/2010 E. 5.5 f. „ASCOPA-Ausstandsfrage“). In Bezug auf die seitens der Beschwerdeführerin beanstandete Medienmitteilung vom 28. Mai 2010 stellte das Gericht ebenfalls fest, diese führe nicht zum Anschein der Befangenheit. Indessen sei das Sek-

retariat bzw. die Vorinstanz aber gehalten, künftig vorsichtiger zu kommunizieren und dabei der korrekten Darstellung des Verfahrensstandes und des weiteren Verfahrensverlaufs die nötige Beachtung zu schenken (Urteil des BVGer B-7483/2010 E. 4.2.5 „ASCOPA-Ausstandsfrage“).

B.e Fortgang des Verfahrens nach dem ersten Verfügungsantrag

Während des Beschwerdeverfahrens zur Ausstandsfrage vor dem Bundesverwaltungsgericht führte das Sekretariat die Untersuchung weiter.

Im Anschluss an die Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen führte das Sekretariat weitere Untersuchungshandlungen durch. Die Parteien erhielten am 11. Oktober 2010 die Information, dass die nächste Runde der Akteneinsicht in elektronischer Form durchgeführt werde (act. 451, angefochtene Verfügung Rz. 272). Am 4. November 2010 versandte das Sekretariat dementsprechend Datenträger mit Verfahrensakten an die involvierten Unternehmen (angefochtene Verfügung Rz. 273; act. 467). Zudem wurden die Parteien am 16. November 2010 aufgefordert, ihre Bruttopreisverkaufslisten der Jahre 2004-2010 in elektronischer Form als Excel-Tabellen einzureichen. Die Parteien kamen dieser Aufforderung ausnahmslos nach (angefochtene Verfügung Rz. 274). Zusammen mit diesen Angaben und den neu einverlangten Endkundenverkaufspreisen führte das Sekretariat der Vorinstanz Berechnungen durch, welche die Korrelation zwischen den ausgetauschten Bruttopreislisten und den Endkundenverkaufspreisen aufzeigen sollten (angefochtene Verfügung Rz. 271, 512 ff.).

B.f Zweiter Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011

Am 20. Mai 2011 stellte das Sekretariat den involvierten Unternehmen den zweiten Verfügungsantrag zur Stellungnahme zu (act. 584, nachfolgend: Verfügungsantrag II). Darin wurden einerseits die in den bereits eingegangenen Stellungnahmen enthaltenen Argumente gewürdigt sowie die Ergebnisse der weiteren Untersuchungsmassnahmen dargestellt. Im Gegensatz zum Verfügungsantrag I, mit welchem noch von einem harten Kartell gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausgegangen worden war, sah der Verfügungsantrag II neu vor allem eine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Informationsaustauschs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG sowie ein Verbot desselben ohne direkte Sanktionen vor. Am 14. Juli 2022 ging die letzte Stellungnahme zum zweiten Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011 beim Sekretariat ein.

B.g Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz

Am 31. Oktober 2011 erliess die Vorinstanz in der Untersuchung betreffend ASCOPA wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede die angefochtene Verfügung, welche dem Verfügungsantrag II entsprechend keine Sanktionen mehr beinhaltete. Diese wurde am 16. November 2011 an alle Parteien versandt. Die Parteien erhielten ausserdem Gelegenheit, Geschäftsgeheimnisse zu benennen bzw. entsprechende Schwärzungsanträge zu stellen (act. 742). In der Folge wurde die Verfügung auf der Internetseite der WEKO publiziert (https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2012/01/ascopa_verfuegung.pdf.download.pdf/ascopa_verfuegung.pdf, zuletzt besucht am 09.12.2022) und in der RPW 2011/4 S. 529 ff. veröffentlicht.

B.g.a Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung

„Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen den Verfügungsadressatinnen – Beauté Prestige SA, Zürich; Bergerat SA, Genf; Bulgari Parfums SA, Neuchâtel; Chanel SA, Genf; Clarins SA, Plan-les-Ouates; Coty (Schweiz) AG, Hünenberg; Deurocos Cosmetic AG, Adliswil; Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise; Elizabeth Arden, Zug; Estée Lauder GmbH, Zürich; Kanebo Cosmetics, Glattbrugg; La Prairie Group/Juvena, Volketswil; Laboratoires Biologiques Arval S.A., Conthey; L'Oréal Produits de Luxe SA, Renens; Parfums Christian Dior AG; Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen; Parlux Diffusion, Rolle; PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich; P&G Prestige Products AG, Schlieren; Puig (Suisse) SA, Baden; Richemont Suisse SA, Genf; Sisley SA, Bachenbülach; Star Cos Sàrl, Bienne; Tanner SA, Cham; Tschanz Distribution SA, Genf; Wodma 41 SA, Genf; YSL Beauté Suisse SA, Plan-les-Ouates – insgesamt unzulässige Wettbewerbsabreden nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG sind. Die Abreden bezüglich des Austausches von Bruttopreislisten, nicht aggregierten Umsatzangaben und Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfen nicht mehr eingehalten werden.
2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
3. Das Verfahren gegen die Dicopar SA, Münchenstein, die HJD Distribution, Genf sowie den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA), Genf,

wird unter einer Ausscheidung der Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingestellt.

4. Das Verfahren gegen die D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso und die Procosa SA, Vernier wird ebenfalls eingestellt. Die Verfahrenskosten der D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso und der Procosa SA, Vernier, in der Höhe von Fr. 1'000.– gehen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.
5. Die verbleibenden Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 584'414.– werden den übrigen Verfügungsadressatinnen zu gleichen Teilen, das heisst je Fr. 21'645.– und unter solidarischer Haftung auferlegt:

[Unternehmen gemäss Ziff. 1];

6. [Eröffnung]"

B.g.b Die Begründung der angefochtenen Verfügung

B.g.b.a Informationsaustausch (Austausch von Bruttopreisen, Umsätzen und Ausgaben für Werbung)

B.g.b.a.a Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)

Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, dass der Informationsaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern (Austausch von Brutto-Preislisten, Bruttoumsatzzahlen und Angaben zu den Werbeinvestitionen) und die Empfehlungen zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen als eine Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu werten seien, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und darüber hinaus auch bewirkt habe (angefochtene Verfügung Rz. 385-395). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse beinhalten würden und zudem strategisch bedeutsam seien. Ausserdem seien die in Frage stehenden Informationen aktuell und nicht oder kaum aggregiert gewesen. Daher könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Einblick in dieselben den Mitgliedern der ASCOPA ermöglicht habe, ihr Geschäftsgebarren in einer Weise einander anzupassen, welche dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderlaufe und somit zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe (angefochtene Verfügung Rz. 392).

B.g.b.a.b Marktabgrenzung

In sachlicher Hinsicht grenzt die Vorinstanz den Markt einerseits in Anlehnung an die Praxis der EU nach Produktkategorien ab, indem sie Parfums, Make-up und Pflege unterscheidet; eine Subsegmentierung innerhalb dieser Marktsegmente dränge sich nicht auf. Zugleich müssen die drei beschriebenen Märkte nach dem Konzept der Vorinstanz in ein Luxus- und ein Massenmarkt-Segment unterteilt werden (angefochtene Verfügung Rz 439 ff.).

B.g.b.a.c Erheblichkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 1 KG)

B.g.b.a.c.a Ökonometrische Untersuchungen

Die Vorinstanz stellte der Prüfung der qualitativen und quantitativen „Kriterien“ der Erheblichkeit (Art. 5 KG) ökonometrische Untersuchungen bezüglich der Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklungen voran (angefochtene Verfügung, Rz. 512 ff.). Diese sind im Folgenden kurz darzustellen:

In den Stellungnahmen zum Verfügungsantrag I brachten die ASCOPA-Mitglieder verschiedentlich vor, dass die ausgetauschten Bruttopreise nicht eins zu eins, sondern unter Abzug von Rabatten gegenüber den Kunden benutzt worden seien. Daher seien die Bruttopreise nicht relevant. Deshalb stützt sich die angefochtene Verfügung auf vom Sekretariat durchgeführte ökonometrische Untersuchungen über den Einfluss von Bruttopreisen der ASCOPA-Mitglieder auf die Endverkaufspreise sowie über die Preisentwicklung auf den relevanten Märkten (angefochtene Verfügung Rz. 512 ff., Rz. 525 ff.). In einem ersten Schritt werden die Bruttopreise der ASCOPA-Mitglieder den Endverkaufspreisen gegenübergestellt, wobei die Untersuchung auf die Retailer Douglas, Import, Manor und Marionnaud beschränkt worden ist. Die Datenauswertungen haben gemäss der Vorinstanz ein relativ einheitliches Bild ergeben, was anhand der jeweiligen Korrelationskoeffizienten ersichtlich sei. Je nach Teilmärkten (Pflege, Parfum und Make-up) und je nach Händler würde der Korrelationskoeffizient zwischen 83 % und 98 % betragen (angefochtene Verfügung Rz. 522 Abbildung 19). Die Vorinstanz hält dazu fest, dass aus der Berechnung des Korrelationskoeffizienten für sich alleine zwar kein kausaler, wohl aber ein linearer Zusammenhang zwischen den beiden betrachteten Werten bestehe (angefochtene Verfügung Rz. 515 ff., 522 ff. mit Fn. 506 und Abbildung 19).

Um die Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklung zu untersuchen, berechnete das Sekretariat in einem weiteren Schritt eigene Preisindizes der für die ASCOPA-Mitglieder relevanten Märkte. Dazu wurden zunächst die umsatzstärksten ASCOPA-Mitglieder für jeden relevanten Markt identifiziert, um anschliessend Warenkörbe der zehn umsatzstärksten Produkte dieser ASCOPA-Mitglieder zu bilden. Die Preisentwicklung der in den Warenkörben enthaltenen Produkte wurde anschliessend für die Periode zwischen den Jahren 2004 und 2010 dargestellt und der Entwicklung des Landesindex für Konsumentenpreise (LIK), des spezifischen LIK für Pflegeprodukte und des spezifischen LIK für Toilettenartikel gegenübergestellt (angefochtene Verfügung Rz. 526). Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich nach der Darstellung der Vorinstanz, dass die Preise praktisch aller Warenkörbe mit Produkten der ASCOPA-Mitglieder in der untersuchten Zeitspanne nie gesunken und ausserdem schneller angewachsen sind als der LIK und dessen beide Unterkategorien (LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel; angefochtene Verfügung Rz. 536-538). Da ausserdem die Marktanteile in den Jahren 2004-2007 weitgehend stabil geblieben seien, wertet die Vorinstanz diesen stetigen Preisanstieg hinsichtlich der Produkte der ASCOPA-Mitglieder als ein starkes Indiz für das Vorliegen von Kollusion im ökonomischen Sinne auf den relevanten Märkten (angefochtene Verfügung Rz. 538 i.V.m. 548, 555, 557). Daraus schliesst die Vorinstanz, dass die Parteien Preiserhöhungen tätigen konnten, ohne dabei Marktanteilseinbussen in Kauf nehmen zu müssen. Alternative Erklärungsmodelle (Steigen der Rohstoffpreise oder der Nachfrage) überzeugen nach Ansicht der Vorinstanz nicht. Also bestehen – so die Wettbewerbskommission – keine vernünftigen Zweifel, dass sich der Informationsaustausch auf die Preisfestsetzung ausgewirkt hat (angefochtene Verfügung, Rz. 564, 568, 574 f. und 579).

Nach diesen ökonometrischen Untersuchungen betreffend die Preisentwicklungen prüft die Vorinstanz die qualitativen und quantitativen Kriterien der Erheblichkeit, was im Folgenden näher darzustellen ist.

B.g.b.a.c.b Qualitative Kriterien der Erheblichkeit

Die Vorinstanz bejaht die „*qualitativen* Kriterien“ der *Erheblichkeit*. Denn es stehe ausser Frage, dass Informationen über Preise ausgetauscht worden seien. Es gelinge den Parteien nicht, die Bedeutung des Preises als Wettbewerbsfaktor in Frage zu stellen. Zudem habe der Einblick in die

Umsatzzahlen und die Werbeausgaben Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten ermöglicht (angefochtene Verfügung, Rz. 640, 647 und 649).

B.g.b.a.c.c Quantitative Kriterien der Erheblichkeit

Unter dem Titel „*Quantitative Kriterien der Erheblichkeit*“ gemäss Art. 5 Abs. 1 KG hält die Vorinstanz fest, dass *kein* wirksamer *aktueller Wettbewerb* vorhanden sei (angefochtene Verfügung Rz. 651-728). Selbst für den Fall, dass davon auszugehen sein sollte, dass nicht sämtliche Hersteller und Distributoren des Luxus- und Prestige-Segments bei ASCOPA vertreten seien, stehe fest, dass allfällige Nichtmitglieder keinen spürbaren (im Sinne von den Wettbewerb begünstigenden Anreizen) disziplinierenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder gehabt hätten (angefochtene Verfügung Rz. 693). Zudem sei eine stagnierende Entwicklung der Marktanteile im für die ASCOPA-Mitglieder relevanten Markt sowie in Bezug auf die Teilmärkte desselben zu beobachten gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 711 ff. mit Anhang VI; vgl. auch Abbildung 29).

Der *potenzielle Wettbewerb* sei aufgrund hoher Eintrittsbarrieren in den Schweizer Markt ungenügend, da sämtliche der weltweit tätigen Unternehmen in der Luxuskosmetikbranche auf dem Schweizer Markt vertreten seien. Eine neu eintretende Marke müsse sich zuerst ein Image aufbauen, was Jahre in Anspruch nehmen würde (angefochtene Verfügung Rz. 730 f.).

Ausserdem verfügen die Retailer als *Marktgegenseite* nach Auffassung der Vorinstanz nicht über eine derart ausgeprägte Stellung, dass durch deren Verhandlungsposition das von den Parteien herbeigeführte Kollisionsergebnis auf den relevanten Märkten hätte destabilisiert werden können (angefochtene Verfügung Rz. 754).

Was den *Innenwettbewerb* betrifft, stehe zwar fest, dass im gesamten Parfum- und Kosmetikmarkt eine relativ grosse Anzahl von Produkten neu eingeführt worden sei. Solche Neueinführungen seien aber nicht mit Innovation gleichzusetzen. Denn Innovation gehe über die Verbesserung eines Produktes oder über eine neue Marketingmethode hinaus. Zudem sei der Wettbewerbsparameter der Werbung durch den Informationsaustausch eingeschränkt worden (angefochtene Verfügung Rz. 760-780). Aus den Marktanteilsverteilungen sei ersichtlich, dass die Neueinführungen keine Auswirkungen gehabt hätten, welche wirksamen Innenwettbewerb sicherstellen würden (angefochtene Verfügung, Rz. 781).

B.g.b.a.c.d Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG)

Die Vorinstanz verneinte ausserdem das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG (angefochtene Verfügung, Rz. 794 ff.). Zwar habe die Beschwerdeführerin namentlich geltend gemacht, der Informationsaustausch habe zu „einer sinnvolleren Preisfestsetzung“ geführt (angefochtene Verfügung, Rz. 801). Diesbezüglich sei indessen festzuhalten, dass unklar sei, worin erstens der volkswirtschaftliche Nutzen der besseren Produktpositionierung und zweitens eine „sinnvollere Preissetzung“ bestehe (angefochtene Verfügung, Rz. 807). Deshalb bleibe es bei der Qualifikation des Informationsaustauschs als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.

B.g.b.b Empfehlungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Empfehlungen betreffend den Mindestwert pro Bestellung, die Lieferkosten und den Umgang mit Rücksendungen seien nach der Auffassung der Vorinstanz beschlossen worden, damit sich die Mitglieder hinter denselben „verschanzen“ können. Ausserdem sei mit den Empfehlungen der Zweck zumindest der Einschränkung des Wettbewerbs durch die teilweise einheitliche Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen verfolgt worden (angefochtene Verfügung, Rz. 234 f.). Auch die AGB seien überdies Gegenstand eines Informationsaustauschs gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 230 und 236). Dementsprechend ist gemäss der angefochtenen Verfügung auch in Bezug auf „die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen“ von einer kartellrechtswidrigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen.

C. Beschwerde der Beschwerdeführerin

C.a Beschwerdeanträge und prozessuale Begehren

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 6. Januar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Mit Beschwerde vom 6. Januar 2012 werden folgende Anträge gestellt:

- "1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 in Sachen Untersuchung 22-0377 betreffend ASCOPA (Beilage 1) aufzuheben, soweit sie die Beschwerdeführerin betrifft;

2. *Eventualiter* sei die Verfügung der Vorinstanz zumindest in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin zu tragenden Verfahrenskosten (Ziff. 5 des Dispositivs) insoweit aufzuheben, als diese auf unnötigerweise verursachten Aufwand der Vorinstanz zurückzuführen sind.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

Gleichzeitig enthält die Beschwerde folgende prozessualen Begehren:

- "1. Es sei mit der Beschwerdeführerin eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.
2. Die vorliegende Beschwerde sei Drittparteien nicht offenzulegen, und zwar sowohl während und nach dem Beschwerdeverfahren wie auch im Zusammenhang mit einer allfälligen Publikation der Entscheidung. Im Falle einer geplanten Offenlegung der vorliegenden Beschwerde und der Entscheidung sei der Beschwerdeführerin vorgängig die Gelegenheit einzuräumen, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und einen Antrag auf Schutz der Geschäftsgeheimnisse zu erstellen.
3. Es seien die Akten der Vorinstanz in der Untersuchung 22-0377 AS-COPA beizuziehen."

C.b Rügen der Beschwerdeführerin

In der Hauptsache wehrt sich die Beschwerdeführerin gegen die Qualifikation des Informationsaustausches als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Beschwerde, S. 25 ff.). Eventualiter bestreitet sie die Erheblichkeit einer solchen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (Beschwerde, S. 45 ff.). Selbst wenn von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen wäre, wären die zu beurteilenden Verhaltensweisen durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Beschwerde, S. 54 ff.). „Zusätzlich und subsidiär“ kritisiert die Beschwerdeführerin verfahrensrechtliche Fehler der Vorinstanz (Beschwerde, S. 56 ff.).

C.b.a Formelle Rüge betreffend die Akteneinsicht

Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene formelle Rügen. Sie rügt namentlich eine Gehörsverletzung bzw. eine Verletzung ihres Anspruchs auf Akteneinsicht. Diese bestehe darin, dass ihr kein Zugang zu den Datengrundlagen der ökonometrischen Berechnungen des Sekretariats gewährt worden sei.

C.b.b Materielle Rügen

C.b.b.a Rüge, dass die Vorinstanz zu Unrecht eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG angenommen habe

Die Beschwerdeführerin rügt, es würde entgegen der Darstellung der Vorinstanz weder eine Wettbewerbsabrede noch eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Es fehle am entsprechenden Beweis. Zudem hätte die Vorinstanz nicht zwischen erlaubtem und unerlaubtem Informationsaustausch unterschieden, obwohl der vorliegende Informationsaustausch pro-kompetitiver Art gewesen sei. Ausserdem mangle es an einer Abrede, sobald diese – wie im vorliegenden Fall – keinen Wettbewerbsparameter betreffe. Das Vorliegen einer derartigen Abrede, welche auf Bruttopreise ausgerichtet gewesen wäre, habe die Vorinstanz gerade verneint.

Des Weiteren fehle es an einem *Bezwecken* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Die Beschwerdeführerin habe nicht beabsichtigt, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, was auch nicht bewiesen worden sei. Sie habe nur einer Preiserosion der Luxuskosmetika entgegenwirken wollen. Zudem würde sich der vorliegende Informationsaustausch nicht auf Absichten bzw. in der Zukunft liegende Sachverhalte beziehen. Demzufolge sei es nicht möglich gewesen, das Preis- oder Werbeverhalten der Wettbewerber zu antizipieren. Auch sei der Austausch von Bruttopreislisten (mangels Offenlegung von Rabatten) nicht geeignet gewesen, die Preispolitik der beteiligten Unternehmen zu beeinflussen. Es würde auch kein Überwachungsmechanismus vorliegen. Der Betrag von Fr. 200.– pro Marke habe bloss der Deckung der administrativen Unkosten gedient, welche ASCOPA durch die Nichtlieferung der Informationen entstanden seien. Dieser Überwachungsmechanismus sei auch so ineffektiv gewesen, dass die Beschwerdeführerin nie „sanktioniert“ worden sei, obwohl sie sich nur mit drei Marken am Informationsaustausch beteiligt hatte und in Wirklichkeit noch sieben weitere Marken im Sortiment hatte.

Ausserdem verneint die Beschwerdeführerin das *Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung* gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Es sei nicht bewiesen worden, dass die Erhöhung der Bruttopreise ursächlich für die Erhöhung der Konsumentenpreise gewesen sei; damit seien weder die Tatbestandsmerkmale von Art. 4 Abs. 1 KG noch die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG gegeben. Die Kausalität der behaupteten Korrelation zwischen Brutto- und Nettopreisen werde bestritten. Auch eine erhöhte Nachfrage

hätte Ursache dieser Preiserhöhung sein können. Nach Ende des Informationsaustausches hätte sich die Preisentwicklung nicht verändert. Zudem seien die ökonomischen Untersuchungen der Vorinstanz nicht methodisch korrekt durchgeführt worden. So fehle es am strikten Beweis eines Bewirkens. So habe die Vorinstanz den falschen Wettbewerbsparameter untersucht. So sei es der Detailhändler, der den Endpreis festsetze und nicht die ASCOPA-Mitglieder. Eigentlich hätte die Vorinstanz lediglich im Verhältnis zwischen den Wettbewerbsteilnehmern – d.h. den ASCOPA-Mitgliedern einerseits und den Detailhändlern anderseits – den relevanten Wettbewerbsparameter prüfen müssen.

C.b.b.b Rügen zur Marktabgrenzung

Die Beschwerdeführerin ist mit der Unterteilung des Kosmetikmarktes in einen Luxusmarkt und Massenmarkt nicht einverstanden. So würde sich beispielsweise ein Lippenstift aus dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt mit einem Lippenstift aus der Produktpalette des Massenmarktes substituieren lassen. Die Segmentierung in die drei Teilmärkte Parfum, Pflege und Make-up sei zudem zu grob. Die Vorinstanz hätte den Markt in mehrere Untersegmente unterteilen müssen.

C.b.b.c Rügen zur Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG)

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz nicht aufgezeigt, welcher Wettbewerbsparameter vom Informationsaustausch betroffen gewesen sei. Sie beschränke sich darauf, relevante Wettbewerbsparameter zu benennen, ohne Ausführungen zu deren Einschränkung durch das Verhalten der ASCOPA-Mitglieder zu machen. Hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Werbung und der historischen Umsatzzahlen fehle es ganz an einer Begründung für die Erheblichkeit. Und wenn die Vorinstanz meine, dass die AGB-Empfehlungen im Vergleich zum übrigen Informationsaustausch nicht sehr stark ins Gewicht gefallen sind, so gestehe sie letztlich selber ein, dass die AGB-Empfehlungen unbedenklich gewesen seien.

D. Weiteres Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

D.a Die Vernehmlassung

Die Vorinstanz reichte am 1. März 2012 ihre Vernehmlassung (nachfolgend: Vernehmlassung) ein mit folgendem Antrag:

„Die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.“

Mit der Vernehmlassung wurden nebst den Vernehmlassungsbeilagen die 87 Ordner umfassenden Vorakten eingereicht. Zusätzlich wurden die Retailerdaten auf einem USB-Stick und die Beilagen 1-5 zur Vernehmlassung eingereicht.

Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung auf die Begründung der angefochtenen Verfügung und kritisiert insbesondere das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten der RBB Economics vom 12. Juli 2011 sowie das Zusatzgutachten der RBB Economics vom 4. Januar 2012. Sie bekräftigt insbesondere, dass die Korrelation zwischen Bruttopreiserhöhungen und Nettopreiserhöhungen durch das Sekretariat gemäss anerkannten statistischen Methoden ermittelt worden sei. Die Beurteilung der Auswirkung auf den relevanten Markt bleibe dieselbe. Ebenso bleibe die Indizienkette, welche die Kollusion beweise, bestehen.

D.b Akteneinsicht

D.b.a Ausführungen der Parteien

Wie im Rahmen der Darstellung der Beschwerdebegründung (vgl. Bst. C.b.a hiervor) ausgeführt, macht die Beschwerdeführerin eine Gehörsverletzung geltend durch den Umstand, dass ihr insbesondere kein Zugang zu den Daten betreffend die seitens der Vorinstanz behauptete Korrelation zwischen Bruttolistenpreisen und Endverbraucherpreisen gewährt worden sei (Beschwerde Rz. 98 f., 159). Die Vorinstanz verweist in Bezug auf die Detailhändlerdaten im Rahmen ihrer Vernehmlassung einerseits auf die angefochtene Verfügung und stellt sich andererseits auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor kein diesbezügliches Akteneinsichtsgesuch gestellt habe (Vernehmlassung Rz. 61).

D.b.b Bei der Vorinstanz veranlasste Akteneinsicht

Mit Eingabe vom 28. März 2012 verlangte die Beschwerdeführerin, nachdem sie hierzu mit Verfügung vom 12. März 2012 Gelegenheit erhalten

hatte, Einsicht namentlich in die den ökonometrischen Berechnungen der Vorinstanz zugrunde liegenden Daten. Diese seien in Bezug auf den in der angefochtenen Verfügung behaupteten Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den angeblichen Preisentwicklungen von Produkten der ASCOPA-Mitglieder relevant.

Nach entsprechender Vermittlung durch den Instruktionsrichter wurde am 29. Mai 2012 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz Akteneinsicht gewährt, woraufhin die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Juni 2012 erklärte, dass an den Akteneinsichtsbegehren nicht festgehalten werde, soweit diese nicht als erledigt zu betrachten seien. Allerdings werde die Authentizität der Marktdaten bestritten. Nach einem darauffolgenden Schriftenwechsel, namentlich dem Eingang der Ergänzung der Vernehmung vom 7. September 2012, hielt der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 10. September 2012 fest, dass ohne anderslautende Anträge davon ausgegangen werden könne, dass die Akteneinsichtsanträge erledigt sind. In ihrer Replik vom 22. Oktober 2012 legte dann die Beschwerdeführerin dar, dass sie keine weiteren Akteneinsichtsanträge stelle (Replik Rz. 3).

D.c Weitere Verfahrensschritte vor Bundesverwaltungsgericht

D.c.a Die Beschwerdeführerin reichte am 22. Oktober 2012 ihre Replik ein mit den folgenden Anträgen:

„Die Beschwerdeführerin hält an ihren Anträgen zur Sache (Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 in Sachen Untersuchung 22-0377 betreffend ASCOPA, eventualiter Reduktion der Verfahrenskosten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz) und mit Bezug auf das Verfahren (öffentliche Parteiverhandlung, Schutz der Geschäftsgeheimnisse, wie in ihrer Beschwerde vom 6. Januar 2012 beantragt), vollumfänglich und unverändert fest.“

Der Replik vom 22. Oktober 2012 lagen zwei neue Berichte der RBB vom 27. September 2012 und vom 10. Oktober 2012 bei (nachfolgend: RBB-Bericht vom 27. September 2012 bzw. vom 10. Oktober 2012). Der RBB-Bericht vom 27. September 2012 bezieht sich auf die Ergänzung der Vernehmung vom 7. September 2012, welche wiederum Aussagen zum RBB-Bericht vom 29. Mai 2012 enthält. Der RBB-Bericht vom 10. Oktober 2012 setzt sich mit den Argumenten der Vernehmung der Vorinstanz vom 1. März 2012 auseinander. Die Beschwerdeführerin hält fest, die Vorinstanz habe mit ihren Eingaben nichts zur Erhärtung ihrer

Position beigetragen. Sie wirft der Vorinstanz insbesondere vor, den Informationsaustausch, soweit er von Art. 5 KG erfasst werden solle, als abstraktes Gefährdungsdelikt zu verstehen. Art. 5 KG verlange vielmehr eine Wirkung im Sinne einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Ein „per se“-Verbot könne nicht auf Art. 5 KG abgestützt werden. Aufgrund der Akteneinsicht habe anhand der Detailhändlerdaten und der Berechnungen des Sekretariats bestätigt werden können, dass kein Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und angeblichen Preiserhöhungen bewiesen werden könne.

D.c.b Mit Duplik vom 12. Dezember 2012 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen vollumfänglich fest. Sie kritisiert in diesem Zusammenhang insbesondere sämtliche Berichte der RBB; auch die mit der Replik eingereichten RBB-Berichte erfüllen ihrer Auffassung nach die wissenschaftlichen Anforderungen an ökonomische Gutachten nicht. Entscheidend sei der Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den beobachteten Preisentwicklungen der Produkte.

D.c.c Mit Eingabe vom 8. Februar 2013 nahm die Beschwerdeführerin zur Duplik Stellung (nachfolgend: Stellungnahme zur Duplik). Sie hält darin an den bisher gestellten Anträgen vollumfänglich fest.

Die Beschwerdeführerin reichte als Beilage zu derselben einen weiteren englischen RBB-Bericht mit deutscher Übersetzung ein. Sowohl der Bericht wie auch seine deutsche Übersetzung sind auf den 6. Februar 2013 datiert (nachfolgend: RBB-Bericht 2013, Beilage 1 zur Stellungnahme zur Duplik). Der RBB-Bericht 2013 greift die wichtigsten ökonomischen Argumente der Duplik der Vorinstanz auf. Rechtlich vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass in nicht-oligopolistischen Märkten ein Parallelverhalten generell nicht für die Bejahung einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG genügt. Ausserdem lasse sich die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach kein vernünftiger Zweifel daran bestehen könne, dass der Informationsaustausch kausal für die angeblich beobachteten Preisentwicklungen gewesen sei, nicht halten.

D.c.d Die Vorinstanz reichte ihre gemäss instruktionsrichterlicher Anordnung auf den RRB-Bericht vom 6. Februar 2013 beschränkte Stellungnahme am 11. März 2013 ein (nachfolgend: Stellungnahme der Vorinstanz vom 11. März 2013).

D.c.e Mit Verfügung vom 18. März 2013 wurde der Schriftenwechsel geschlossen. In diesem Rahmen wies der Instruktionsrichter darauf hin,

dass zwar einerseits das Replikrecht zu beachten sei, dieses aber andererseits in der von der Beschwerdeführerin beantragten öffentlichen Verhandlung gewährleistet werden könne.

D.c.f Nach Abschluss des Schriftenwechsels erfolgten weitere kleinere Prozessschritte zur Klärung einzelner Fragen bzw. zum Einholen von fehlenden Akten. So hielt der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 16. Februar 2016 nach Rücksprache mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin fest, dass die Umsatzzahlenanteile der Beschwerdeführerin, welche in der bereinigten Version der angefochtenen Verfügung als Geschäftsgeheimnis – und somit nicht erkenntlich – dargestellt wurden (angefochtene Verfügung, Rz. 696, Abbildung 30), im vorliegenden Urteil mit Blick auf das Einverständnis der Beschwerdeführerin offen gelegt werden dürfen. Dasselbe gilt gemäss Verfügung vom 12. Mai 2016 für die namentliche Nennung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Urteil.

Auf Frage hin teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 14. Oktober 2016 dem Instruktionsrichter mit, dass die Beschwerdeführerin damit einverstanden sei, dass die Umsatzangaben des Jahresberichtes der Beschwerdeführerin, welche auf Seite 18 in Tabelle 2 der Duplik der Vorinstanz dargelegt werden, im Urteil genannt werden.

D.c.g Am 6. November 2017 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, eine detaillierte Kostennote gemäss Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE) ein. Dies führte zu einer ersten Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote vom 4. Dezember 2017, zu einer Replik zur Kostennote vom 18. Januar 2018 und zu einer Duplik zur Kostennote vom 12. Februar 2018. Nach Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine weitere Stellungnahme wurde der Schriftenwechsel betreffend die Kostennote mit Verfügung vom 27. April 2018 geschlossen.

D.c.h Mit Verfügung vom 27. April 2018 wurde der Beschwerdeführerin ausserdem Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, ob sie an ihrem Antrag betreffend eine öffentliche Verhandlung festhalte bzw. ob sie die Ansetzung einer Frist für eine abschliessende schriftliche Stellungnahme wünsche. Dabei wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass Stillschweigen als Verzicht sowohl auf eine öffentliche Verhandlung als auch auf eine abschliessende schriftliche Stellungnahme gelte.

Mit Eingabe vom 30. Mai 2018 legte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist dar, dass sie von der Möglichkeit einer abschliessenden

schriftlichen Stellungnahme Gebrauch machen möchte und daher um Ansetzung einer angemessenen Frist hierfür ersuche, was mit Verfügung vom 31. Mai 2018 angeordnet wurde.

Die Beschwerdeführerin reichte innert erstreckter Frist am 24. August 2018 ihre abschliessende Stellungnahme (nachfolgend: Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018) ein. Der Instruktionsrichter teilte den Beteiligten mit Verfügung vom 27. August 2018 mit, dass ohne anders lautende Anträge davon ausgegangen werde, dass sich weitere Stellungnahmen erübrigen und der Schriftenwechsel geschlossen werden könne.

Mit Eingabe vom 3. September 2018 (nachfolgend: Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018) erklärte die Vorinstanz zwar den Verzicht auf eine weitergehende Stellungnahme, äusserte sich aber zugleich zu einigen Punkten der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018.

Nachdem die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. September 2018 erklärte, auf eine weitere Stellungnahme zu verzichten, wurde der Schriftenwechsel mit Verfügung vom 20. September 2018 geschlossen.

D.c.i Mit Eingabe vom 12. Februar 2019 teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin in Bezug auf das prozessuale Begehren auf Nichtoffenlegung der Beschwerde mit, dass seine Klientschaft mit dem durch den Instruktionsrichter beschriebenen Vorgehen betreffend die Internetpublikation des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse einverstanden sei, sofern die Vorinstanz dieses Urteil gegenüber Dritten nur in der für die Internetpublikation verwendeten Version offenlege.

D.c.j Mit Schreiben vom 5. Februar 2021 gelangte die WEKO an das Bundesverwaltungsgericht mit einer Anfrage zum Verfahrensstand.

D.c.k Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 1 „Erne“).

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer der in den Art. 33 VGG genannten Vorinstanzen erlassen werden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Verfügungen sind autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 135 II 38 E. 4.3; BVGE 2011/32 „Swisscom-Terminierung“, nicht publizierte E. 1.1; vgl. auch FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2016, Art. 5 VwVG N 19 f. mit Hinweisen, nachfolgend: VwVG Praxiskommentar-BEARBEITER).

1.2 Der angefochtene Entscheid der Wettbewerbskommission vom 31. Oktober 2011 enthält einerseits eine Feststellung, wonach die mehreren ASCOPA-Mitgliedern vorgeworfenen Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind. Zugleich wird den Adressaten der Feststellungsverfügung die Einhaltung der Abreden bezüglich des Austausches von Bruttopreislisten, von nicht aggregierten Umsatzangaben und von Bruttowerbeausgaben und über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen verboten. Ausserdem wird im Falle von Zuwiderhandlungen eine Sanktion gemäss Art. 50 KG angedroht. Demnach entspricht der Gehalt der vorinstanzlichen Anordnung dem Verfügungsbegriff im Sinne von Art. 5 VwVG. Die Vorinstanz, die die Verfügung erlassen hat, ist eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG (Urteile des BVGer B-807/2012 E. 1.1 „Erne“ sowie B-364/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 1.1 „Pfizer I“; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor

dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Auflage, Basel 2013, Rz. 1.34, nachfolgend: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER). Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig ist (Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG).

1.3 Das Anfechtungsobjekt bildet den Rahmen der Beschwerde. Teil des Streitgegenstands kann nur sein, was bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder allenfalls hätte sein sollen und was gemäss der Dispositionsmaxime zwischen den Parteien noch strittig ist. Letzteres ergibt sich wiederum aus den Parteibegehren, insbesondere den Beschwerdeanträgen (BGE 136 II 457 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 8.2.2 „Hallenstadion-Ticketcorner“; Urteil des BVGer B-807/2012 E. 2 „Erne“). Im vorliegenden Fall wird seitens der Beschwerdeführerin der Jahresbericht der Vorinstanz, welcher den Inhalt der angefochtenen Verfügung zusammenfasst (RPW 2012/1 S. 3), beanstandet (Replik, Rz. 10 ff.). Dieser liegt sowohl ausserhalb des Anfechtungsobjekts als auch ausserhalb der Beschwerdeanträge. Demnach ist auf diesbezügliche Rügen nicht einzugehen, soweit die Beschwerdeführerin sich nicht darauf beschränkt, aus den in Frage stehenden Textpassagen Argumente zum Verständnis der angefochtenen Verfügung zu gewinnen. Mit derselben Begründung hat die Beschwerdeführerin auch keinen Anspruch auf Behandlung ihrer Rüge im Sinne einer Feststellung, wonach die Vorinstanz gar nie eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) hätte eröffnen dürfen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 22 f.).

Nach der Rechtsprechung kommt der Eröffnung oder Nichteröffnung einer Untersuchung keine Verfügungsqualität zu (BGE 135 II 60 E. 3.1.3 „Maestro“; Urteil des BVGer B-3989/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 1.3 „Dargaud [Suisse] SA“; KENJI IZUMI/ALEXANDRA BAUR, in: Roger Zäch et alii [Hrsg.], KG – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, Art. 27 KG N 30 f., nachfolgend: DIKE-KG).

1.4 Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist somit formell beschwert im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG. Zudem ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung namentlich in-

folge des Verbots, der Sanktionierung im Wiederholungsfall und der Kostenauflegung (Ziff. 1, 2 und 5 des Dispositivs) besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Das gilt aber auch in Bezug auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens (Urteil des Bundesgerichts 2C_73/2014 „Apotheker-Hors-Liste I“ vom 28. Januar 2015 E. 2.3.2 mit Hinweisen), was auch die Vorinstanz nicht in Frage stellt. Die Beschwerdeführerin ist damit zur Beschwerde legitimiert.

1.5 Gemäss Art. 49 Bst. a-c VwVG kann die Beschwerdeführerin mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Bst. b), wie auch die Unangemessenheit rügen. Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz indessen vorwirft, die einen „leading case“ betreffende angefochtene Verfügung biete den Unternehmen zu wenig Orientierung betreffend die Frage, welches Verhalten zulässig und welches unzulässig ist (Beschwerde, Rz. 10 f., 12 f. und 22), hat sie im Rechtsmittelverfahren jedenfalls keinen Anspruch darauf, dass sich die Beschwerdeinstanz über die Falllösung hinaus im Sinne von generell-abstrakten Empfehlungen zur Zulässigkeit des Austausches von Informationen äussert.

1.6 Die gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG zu beachtende Beschwerdefrist ist gewahrt. Die Beschwerdeschrift erfüllt die gesetzlichen Anforderungen an Inhalt und Form (52 Abs. 1 VwVG). Ebenso haben sich die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Da auch der Kostenvorschuss fristgemäss bezahlt worden ist (Art. 63 Abs. 4 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

2.1 Gemäss Art. 1 KG bezweckt das Kartellgesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (BGE 129 II 18 E. 3 „Buchpreisbindung I“; BVGE 2011/32 „Swisscom-Terminierung“, nicht publizierte E. 3.1).

Zum Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gehören neben dem sachlichen (Art. 2 Abs. 1 KG) und örtlichen Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 2 KG) der persönliche Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG;

BGE 144 II 194, nicht publizierte E. 3 „BMW“). Nach der Rechtsprechung enthält auch der Vorbehalt von anderen gesetzlichen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG im Ergebnis eine komplizierte Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes (BGE 141 II 66 E. 2.2.7 „Pfizer I“).

2.2 Persönlicher Geltungsbereich

In persönlicher Hinsicht gilt das Kartellgesetz gestützt auf Art. 2 Abs. 1 KG für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Als Unternehmen gelten gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Vom Gesetz erfasst werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 533; nachfolgend: Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff.). Das Kartellgesetz folgt in Bezug auf den Unternehmensbegriff einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 3.1.1 mit Hinweisen „Erne“; vgl. dazu grundlegend JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, KG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 2 KG N 4). Die Beschwerdeführerin ist Anbieterin von Waren aus dem Kosmetikbereich und tritt als GmbH bzw. als privates Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG im Wirtschaftsverkehr auf. In dieser Eigenschaft war sie auch Verbandsmitglied von ASCOPA (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 12 und Abbildung 1) sowie von 1999 bis 2008 Mitglied des Komitees (Vorstand) von ASCOPA (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 17 und Abbildung 2; siehe zur Rolle der Beschwerdeführerin ausführlich E. 4.4.3.3 hiernach). Zur „Teilnahme am Spiel von Angebot und Nachfrage“ (MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl., 2021, Art. 2 KG N 51, nachfolgend: BSK KG-Bearbeiter) gehört auch die Vertretung der Interessen des Unternehmens in einem Branchenverband. Damit fällt die Beschwerdeführerin unter den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Ob dies auch für den Verband ASCOPA gilt, was die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Rz. 387; vgl. E. 4.4.3.8.2 hiernach) offen gelassen hat, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner weiteren Erörterungen.

2.3 Sachlicher Geltungsbereich

2.3.1 In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartelle oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG; Urteil des BVGer B-3332/2011 vom 13. November 2015 E. 2.2.1 „BMW“). Gemäss der Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt jedoch noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. Es geht bloss darum, ob ein Sachverhalt überhaupt unter das Kartellrecht zu subsumieren ist (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 533; BSK-KG MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, Art. 2 KG N 62).

Der sachliche Geltungsbereich in Art. 2 Abs. 1 KG bezieht sich namentlich auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden. Die gleichzeitige Verwendung der Begriffe „Kartell“ und „Wettbewerbsabrede“ will deutlich machen, dass das revidierte Kartellgesetz (1995) im Vergleich zum früheren Recht einen wesentlich erweiterten Geltungsbereich hat. Es werden nicht nur horizontale, sondern auch vertikale Abreden erfasst (RETO HEIZMANN/MICHAEL MEYER, DIKE-KG, Art. 2 KG N 44; BORER, KG-Kommentar, Art. 2 KG N 13). Dabei wird auf die Legaldefinition einer Wettbewerbsabrede in Art. 4 Abs. 1 KG Bezug genommen. Allerdings dürfen die beiden Gesetzesbestimmungen in Art. 2 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG einander nicht systematisch gleichgestellt werden (ROLF. H WEBER, Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren/David [Hrsg.], SIWR V/2, Wettbewerbsrecht, 2000, S. 40, nachfolgend: BEARBEITER, in: SIWR V/2). Daher ist zur Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten in den sachlichen Anwendungsbereich fällt, zu prüfen, ob sachverhaltlich eine Konstellation gegeben ist, welche in hinreichender Weise darauf hindeutet, dass eine Wettbewerbsabrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Diese Prüfung muss indessen im Rahmen des Geltungsbereichs im Unterschied zur Prüfung der Abredequalität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht in vollem Umfang erfolgen (vgl. zur selben Überlegung betreffend den örtlichen Geltungsbereich bzw. das Auswirkungsprinzip BGE 143 II 297 E. 3.2.3 „Gaba“ sowie zur Schnittmenge zwischen sachlichem und räumlichem Anwendungsbereich das Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.3.3 „Nikon“). Das bedeutet nach der Rechtsprechung aber nicht, dass der sachliche Anwendungsbereich im Rahmen von Art. 2

Abs. 1 KG gar nicht zu prüfen ist (vgl. dazu BSK-KG MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, Art. 2 KG N 54 ff.). Es genügt vielmehr, wenn aufgrund einer vorläufigen Beurteilung hinreichend plausibel erscheint, dass ein Verhalten unter Wettbewerbern als Wettbewerbsabrede bzw. als abgestimmte Verhaltensweise gewertet werden könnte. In diesem Fall fällt das zu beurteilende Verhalten in den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Dementsprechend hat die Unterstellung unter den – namentlich sachlichen – Geltungsbereich des Kartellgesetzes für die betroffenen Unternehmen zur Folge, dass die Wettbewerbsbehörden die im Kartellgesetz vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen einleiten können (BORER, KG-Kommentar, zu Art. 2 KG N 16).

2.3.2 Im vorliegenden Fall tauschten die Mitglieder des Branchenverbandes ASCOPA, darunter die Beschwerdeführerin, gestützt auf entsprechende Verbandsbeschlüsse mit Hilfe von ASCOPA Brutto-Preislisten, Bruttoumsatzzahlen und Angaben betreffend die Werbeinvestitionen aus und gaben den Verbandsmitgliedern in Bezug auf bestimmte Konditionen Empfehlungen betreffend die Formulierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ab (vgl. zur Abredequalität von Branchenverbandsbeschlüssen ausführlich E. 4.4.3.1.4, E. 4.4.3.2 und E. 7.1.4 hiernach). Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hin, dass nicht jeder Informationsaustausch aus kartellrechtlicher Sicht problematisch erscheint. Im vorliegenden Fall ist in Bezug auf den Kontext zu berücksichtigen, dass etwa anlässlich der Generalversammlung der ASCOPA vom 4. Juni 2002 festgehalten wurde, es sei zu vermeiden, dass die Marken zu Discountpreisen verkauft würden (angefochtene Verfügung Rz. 59 mit Hinweis auf das Protokoll der Generalversammlung vom 4. Juni 2002, act. 2, Beilage A 20, S. 5). Damit stellt sich namentlich die Frage, inwieweit der Austausch von Informationen betreffend Bruttopreise, Umsatzdaten und Werbekosten als Marktberuhigungsinstrument oder sogar als „nearly perfect substitute“ für eine eigentliche Preisabsprache dienen kann (vgl. zum Ganzen FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Information exchange agreements, in: Ioannis Lianos/Damien Geradin [Hrsg.], Handbook on European Competition Law, 2013, S. 130) bzw. im vorliegenden Fall gedient hat. Da nach dem Gesagten durchaus die Möglichkeit besteht, dass dieses Vorgehen und ebenso die Empfehlungen betreffend bestimmte Klauseln der allgemeinen Geschäftsbedingungen als eine Wettbewerbsabrede oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gewertet werden könnte, ist der sachliche Geltungsbereich des Kartellrechts gegeben. Dementsprechend kann der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht beigespflichtet werden, wenn sie geltend

macht, die Untersuchung wäre mit Blick auf die Qualität der zu beurteilenden Verhaltensweisen (trotz des Vorliegens zweier Selbstanzeigen) in einer Frühphase einzustellen gewesen (Beschwerde, Rz. 20). Für die Eröffnung einer Untersuchung genügen hinreichende Anhaltspunkte (IZUMI/BAUR, DIKE-KG, Art. 27 N 7). Ein allfälliger Bagatelldarakter mit Blick auf die Frage nach der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. E. 6.3.1 hiernach) bedeutet entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 23) nicht zugleich Bagatelldarakter im Lichte von Art. 2 KG.

2.4 Räumlicher Geltungsbereich

In geographischer Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG). Die Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten in den räumlichen Geltungsbereich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG fällt, setzt keine vertiefte Prüfung der Auswirkungen voraus. Diese sind vielmehr Gegenstand der materiellen Prüfung. Es geht insbesondere bei der Beurteilung von Auslandsachverhalten bloss darum, ob sich diese auf die Schweiz auswirken oder auswirken *können* (BGE 143 II 297 „Gaba“ E. 3.2.3 und E. 3.3; Urteil des BVGer B-581/2012 E. 4.3.4 „Nikon“ mit Hinweisen auf kritische Lehrmeinungen zu dieser Rechtsprechung).

Vorliegend sind die zu beurteilenden Verhaltensweisen unbestrittenermassen auf den schweizerischen Markt ausgerichtet. Dies gilt namentlich auch für die ausgetauschten Daten. Auf den Marktanteil der Beschwerdeführerin mit Sitz in Zürich in der schweizerischen Kosmetikbranche braucht im vorliegenden Zusammenhang noch nicht eingegangen zu werden. Der örtliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist ohne Weiteres gegeben.

2.5 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

Die Verfahrensbeteiligten nennen hinsichtlich des Verhältnisses zu anderen Rechtsvorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG (vgl. dazu BGE 141 II 66 E. 2.2 „Pfizer I“) keine Bestimmungen, welche im Sinne dieses Artikels vorbehalten wären und damit den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes einschränken würden. Solche vorbehaltenen Vorschriften sind auch nicht ersichtlich.

2.6 Fazit zum Anwendungsbereich

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch wie auch die Empfehlungen zu den Geschäftsbedingungen sowohl in den persönlichen als auch in den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen.

3. Prozessuale Begehren und verfahrensrechtliche Rügen

3.1 Prozessuale Begehren

3.1.1 Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung / Wahrung des Replikrechts

3.1.1.1 Soweit zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) zu beurteilen sind, ordnet der Instruktionsrichter beziehungsweise die Instruktionsrichterin eine öffentliche Parteiverhandlung an, wenn dies von einer Partei verlangt wird (Art. 40 Abs. 1 Bst. a VGG).

Im schriftlichen Verfahren in Verwaltungssachen hat der rechtsuchende Private jeweils das letzte Wort, was einerseits im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und andererseits im Grundsatz des „fair trial“ gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK seine Grundlage findet (BGE 138 I 484 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.47, 3.50).

3.1.1.2 Vorliegend ist mit Beschwerde vom 6. Januar 2012 eine öffentliche Parteiverhandlung beantragt worden (Beschwerde, prozessuales Begehren Nr. 1). Die Beschwerdeführerin hat sowohl in ihrer Replik vom 22. Oktober 2012 als auch in ihrer Stellungnahme zur Duplik vom 8. Februar 2013 an diesem Antrag festgehalten.

Mit Verfügung vom 27. April 2018 setzte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin Frist an, um sich dazu zu äussern, ob sie an ihrem Antrag betreffend eine öffentliche Verhandlung festhält bzw. ob sie die Ansetzung einer Frist für eine abschliessende schriftliche Stellungnahme wünsche (vgl. Sachverhalt Bst. D.c.h). Dabei wurde die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Stillschweigen als Verzicht auf die beantragte öffentliche Verhandlung und auf eine abschliessende Stellungnahme gelte. Die Beschwerdeführerin ersuchte unter Stillschweigen zum Antrag auf öffentliche Verhandlung um Ansetzung einer Frist für eine abschliessende schriftliche Stellungnahme, welche sie schliesslich am 24. August 2018 einreichte. Mit Eingabe vom 19. September 2018 legte die Beschwerdeführerin dar, dass auch die letzte Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018 keine Behauptungen enthalte, welche die

Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer vorangehenden Stellungnahme vom 24. August 2018 entkräften würden, weshalb die Beschwerdeführerin auf eine weitere Stellungnahme verzichte. Damit hat die Beschwerdeführerin einerseits gültig auf den Antrag auf öffentliche Verhandlung verzichtet. Andererseits ist dem Replikrecht vollumfänglich Genüge getan.

3.1.2 Prozessuales Begehren zur Nichtoffenlegung der Beschwerde

Des Weiteren beantragt die Beschwerdeführerin, die vorliegende Beschwerde sei Drittparteien nicht offenzulegen, und zwar weder während noch nach dem Beschwerdeverfahren, insbesondere im Zusammenhang mit einer allfälligen Publikation der Entscheidung. Im Falle einer Offenlegung der Beschwerde müsse die Beschwerdeführerin die Möglichkeit haben, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und einen Antrag auf Schutz der Geschäftsgeheimnisse zu stellen.

Anträge, welche im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielen, sind im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen (Urteile des BVGer B-362/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 2.2 „Bayer I [Schweiz] AG“; B-844/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 1.4 f. „Bayer II [Schweiz] AG“).

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Instruktion der Offenlegung verschiedener in der angefochtenen Verfügung als Geschäftsgeheimnis abgedeckter Tatsachen zugestimmt hat (vgl. Sachverhalt Bst. D.c.f).

Mit Verfügung vom 9. Januar 2019 nahm der Instruktionsrichter mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin Kontakt auf, damit sich die Beschwerdeführerin dazu äussere, wie ihr Antrag auf Nichtoffenlegung der Beschwerde zu verstehen sei (vgl. Sachverhalt Bst. D.c.i). Am 12. Februar 2019 äusserte sich die Beschwerdeführerin dahingehend, dass ihrem Antrag Genüge getan werde, wenn sichergestellt sei, dass die Internetpublikation des Urteils unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse erfolge. Bedingung sei, dass auch die Vorinstanz das Urteil gegenüber Dritten nur in der für die Internetpublikation verwendeten Version offenlege. Damit wird dem Antrag der Beschwerdeführerin in dieser präzisierten Form zu entsprechen sein.

3.1.3 Antrag auf Beizug der vorinstanzlichen Akten und Akteneinsichtsbegehren

Des Weiteren hat die Beschwerdeführerin beantragt, dass die vorinstanzlichen Akten des Untersuchungsverfahrens 22-0377 betreffend ASCOPA beizuziehen seien. Die Vorinstanz hat im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 1. März 2012 die gesamten Akten (87 Ordner) eingereicht. Mit separatem Schreiben ebenfalls vom 1. März 2012 ist dem Gericht ausserdem ein USB-Stick mit Retailer-Daten zugestellt worden. Auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin nachgereicht worden ist das Aktenverzeichnis, welches der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 8. März 2012 zugestellt worden ist. Wie sich aus dem Sachverhalt (Bst. D.c.f) ergibt, hat das Bundesverwaltungsgericht im Verlaufe der Instruktion fehlende Aktenstücke nachgefordert. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Antrag der Beschwerdeführerin nicht über die in Art. 57 Abs. 1 VwVG statuierte gesetzliche Pflicht, die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren zur Vorlage ihrer Akten aufzufordern, hinausgeht (vgl. dazu BVGE 2012/24 E. 3.4.3, Praxiskommentar VwVG- SEETHALER/ PLÜSS, Art. 57 N 7 VwVG, und ANDRÉ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [nachfolgend: VwVG-Kommentar], 2. Aufl. 2019, Art. 57 N 21). Da die Beschwerdeführerin indessen nicht bestreitet, dass das Bundesverwaltungsgericht nach Abschluss der Instruktion im Besitze der relevanten Akten ist, kann festgehalten werden, dass dem Begehren der Beschwerdeführerin jedenfalls entsprochen worden ist. Auf das am 28. März 2012 gestellte Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin (vgl. Sachverhalt Bst. D.b.b) ist im Folgenden im Rahmen der Rüge einzugehen, wonach die Vorinstanz das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt habe (vgl. E. 3.2.4 hiernach).

3.2 Verfahrensrechtliche Rügen

3.2.1 Verletzung der Unschuldsvermutung, des Untersuchungsgrundsatzes und mangelhafte Beweisführung

3.2.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

3.2.1.1.1 Die Beschwerdeführerin führt zunächst aus, dass die Vorinstanz die Beweisführungslast in Bezug auf Sachverhaltselemente trage. So komme die Unschuldsvermutung (in dubio pro reo), welche auf Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK beruhe, auch in einem kartellrechtlichen Verfahren zur Anwendung, das zu einer Sanktion führen kann,

unabhängig davon, ob diese Sanktion tatsächlich ausgesprochen wird. So resultiere aus der Unschuldsvermutung eine Beweiswürdigungsregel und eine Beweislastregel (Beschwerde Rz. 145 f.; Replik Rz. 56, 96).

3.2.1.1.2 So dürfe sich die Behörde nicht von der Existenz des für den Angeklagten ungünstigeren Sachverhalts überzeugen, sofern bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt tatsächlich so verwirklicht hat. Die Behörde müsse zu einem so hohen Grad an Wahrscheinlichkeit überzeugt sein, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben. Blosser Vermutungen, wie Möglichkeiten, stellen nach Ansicht der Beschwerdeführerin keine hinreichenden Sachverhaltsfeststellungen dar (Beschwerde Rz. 147, 185). So haben die Vorinstanz, wie auch ihr Sekretariat, sowohl entlastende wie auch belastende Sachverhaltselemente entsprechend dem Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 12 VwVG zu untersuchen (Beschwerde Rz. 146).

3.2.1.1.3 Des Weiteren vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 1 KG sowie das Fehlen von Rechtfertigungsgründen nicht über begründete Zweifel hinaus bewiesen worden seien. Es sei diesbezüglich nicht einmal der Beweisgrad der hier nicht anzuwendenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit erfüllt worden. Zudem sei der Markt der Luxuskosmetik äusserst fragmentiert und daher ungeeignet für Kollusion. Daher hätten Kollusion und sonstige Auswirkungen des Informationsaustausches allenfalls sogar strikte nachgewiesen werden müssen (Beschwerde Rz. 14 f., 18, 23, 79, 106 f., 114, 149 ff., 154, 182; Replik Rz. 13, 16 ff., 21 ff., 34, 36 f., 43, 72, 85 f., 89; Stellungnahme zur Duplik Rz. 8 ff.; 11 ff., 19 ff.; 29; 50). Zudem sei es nicht sachgerecht, wenn die Vorinstanz zum Beispiel die Aussage, „alternative Erklärungsversuche der Parteien seien nicht plausibel“ (angefochtene Verfügung Rz.538), in ihre Begründung einfliessen lasse (Beschwerde Rz. 152). Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes dürfe die Vorinstanz nicht allzu schnelle Schlussfolgerungen ziehen. Zudem müsse sie sich mit anderen möglichen Ursachen der festgestellten Preiserhöhungen auseinandersetzen (Replik Rz. 91).

3.2.1.1.4 Des Weiteren müssten die rechtserheblichen Sachverhaltselemente für jede Partei – insbesondere für die Beschwerdeführerin – individuell erstellt sein. Die Vorinstanz hätte besonders die unterschiedlichen Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin berücksichtigen und hieraus die richtigen Schlussfolgerungen ziehen sollen (Beschwerde Rz. 148, 151). Auch würden die Ausführungen zur Mittäterschaft die Vorinstanz

nicht von der Pflicht entbinden, den erforderlichen Beweisgrad nachzuweisen. Es stellt sich demzufolge die Frage, ob jedes ASCOPA-Mitglied – insbesondere die Beschwerdeführerin – an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war (Beschwerde Rz. 148, 160 f.; Replik Rz. 97).

3.2.1.2 Vorbringen der Vorinstanz

3.2.1.2.1 Die Vorinstanz legt dar, dass sich Ausführungen zu Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK sowie zu Art. 7 EMRK erübrigen, da es sich um eine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handle, welche keine Sanktionen nach sich ziehe. Das Verwaltungsstrafrecht sei lediglich bei einer Widerhandlung gegen die angefochtene Verfügung i.S.v. Art. 54 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 KG anwendbar, wogegen auf das vorliegende Verfahren gemäss Art. 39 KG das VwVG anwendbar sei (angefochtene Verfügung Rz. 279).

3.2.1.2.2 Die Vorinstanz beruft sich auf die Mittäterschaft. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelte als Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung *oder* Ausführung eines Deliktes *vorsätzlich* und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, sodass er als Hauptbeteiligter dastehe. Demzufolge sei es für die Qualifikation des Täters nicht von Relevanz, ob jedes einzelne ASCOPA-Mitglied an den Komitee-Sitzungen dabei gewesen sei oder jede einzelne Handlung des Informationsaustausches selber ausgeführt habe. Bei der Beurteilung eines Kartells gehe es schon aufgrund der Tatsache, dass mehrere Parteien zusammenwirken, nicht um individuelle Auswirkungen (angefochtene Verfügung 252 ff.). Die Vorinstanz legt zudem dar, sie habe sachverhaltlich zugunsten der Beschwerdeführerin festgehalten, dass der Preisanstieg der Produkte der Beschwerdeführerin im Vergleich mit den anderen ASCOPA-Mitgliedern moderat verlaufen sei (angefochtene Verfügung Rz. 544 ff., Vernehmlassung Rz. 16 f.).

3.2.1.3 Grundlagen betreffend die Unschuldsvermutung

3.2.1.3.1 Nach der Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Diese Verfassungsbestimmung orientiert sich namentlich an Art. 6 Abs. 2 EMRK (HANS VEST, in: Bernhard Ehrenzeller et alii [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 32 N 5, nachfolgend: BEARBEITER, in: St. Galler-BV Kommentar). Zugleich ist die Unschuldsvermutung in Art. 10 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozess-

ordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) verankert (vgl. zum Ganzen etwa das Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1 „Nikon“). Voraussetzung des in Frage stehenden Individualrechtsanspruchs (auch gemäss Art. 32 Abs. 1 BV) ist die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK „in seinem strafrechtlichen Teil“ (CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PAVEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 Rz. 4, 139, nachfolgend: GRABENWARTER/PAVEL).

3.2.1.3.2 Aus dem Prinzip der Unschuldsvermutung bzw. dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ist einerseits im Sinne einer Beweislastregel abzuleiten, dass die Beweislast grundsätzlich bei der Anklage liegt und sich Zweifel zugunsten des Angeklagten auswirken. Diese Regel ist auch dann verletzt, wenn sich aus der Begründung implizit ergibt, dass der Strafrichter fälschlicherweise davon ausgeht, der Angeklagte habe seine Unschuld zu beweisen, und dass er ihn verurteilte, weil ihm dieser Beweis misslang (vgl. dazu grundlegend BGE 120 Ia 31 E. 2c i.V.m. E. 3 und für das Kartellrecht etwa das Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2 „Umbricht“ sowie das Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.5.3 mit Hinweisen „Nikon“). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime „in dubio pro reo“ andererseits, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.3; vgl. dazu grundlegend 127 I 38 E. 2a). Der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt nur für Tatfragen, nicht aber für Rechtsfragen. Demzufolge unterliegen allfällige Unschärfen bei den Rechtsbegriffen den Regeln der Gesetzesinterpretation (BGE 139 I 72 E. 8.3.1 „Publigroupe“; Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1 „Nikon“).

3.2.1.3.3 Die kartellrechtliche direkte Sanktion nach Art. 49a KG ist nach der Rechtsprechung strafrechtsähnlicher Natur (BGE 147 II 72 E. 8.2 „Pfizer II“; BGE 146 II 217 E. 8.1 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; BGE 143 II 297 E. 9.1 „Gaba“; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 „Publigroupe“; Urteil des BVGer B-581/2012 E. 5.1 mit Hinweisen „Nikon“). Die strafprozessualen Garantien gelten indessen nicht absolut; vielmehr sind sämtliche involvierten Interessen einzelfallbezogen gegeneinander abzuwägen (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 6.3 „Erne“ mit Hinweis auf BGE 140 II 384 E. 3.3.5 „Spielbank“).

3.2.1.4 Gerichtliche Würdigung betreffend die Unschuldsvermutung

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Unschuldsvermutung komme in einem Kartellverfahren, das zu einer Sanktion führen *kann*, in jedem Fall zur Anwendung. Dies unabhängig davon ob – wie im ersten Verfügungsentwurf vorgeschlagen – eine Sanktion verhängt wird oder ob – wie in der angefochtenen Verfügung gestützt auf den zweiten Verfügungsentwurf geschehen – auf eine Sanktion verzichtet wird (vgl. E. 3.2.1.1.1 hier-
vor). Demgegenüber geht die Vorinstanz davon aus, dass mangels Sanktion keine Ausführungen erforderlich sind zur Frage, ob der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches oder das Verwaltungsstrafrecht zur Anwendung komme. Dasselbe gelte auch für Art. 6 Ziff. 2 EMRK (vgl. E. 3.2.1.2.1 hiervor). Richtig ist zunächst, dass die Vorinstanz im Rahmen der zum ersten Verfügungsantrag führenden Untersuchungshandlungen verpflichtet war, diejenigen verfahrensrechtlichen Garantien einzuhalten, welche für den Fall einer Sanktionierung zur Anwendung kommen (BGE 148 II 25, nicht publizierte E. 10.4.1 „Dargaud [Suisse] SA“). Sobald aber klar ist, dass am Schluss eine Feststellungsverfügung ohne Sanktion steht, werden das weitere Untersuchungsverfahren wie auch die Vorgaben in Bezug auf das Beweismass von den einschlägigen verwaltungsverfahrensrechtlichen Garantien beherrscht (ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/2, 3. Aufl., 2011). In Bezug auf die angefochtene Verfügung gilt demnach gerade nicht, dass im Rechtsmittelverfahren die Einhaltung der Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK wegen möglicherweise drohender Sanktion überprüft werden kann. Damit sind die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin nicht weiter zu erörtern. Im Folgenden bleibt damit zu prüfen, ob die Verfahrensführung der Vorinstanz aus verwaltungsverfahrensrechtlicher Sicht zu beanstanden ist, was die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend macht.

3.2.2 Untersuchungsgrundsatz und das relevante Beweismass im Verwaltungsprozess

3.2.2.1 Grundlagen

3.2.2.1.1 Der Verweis in Art. 39 KG auf das Verwaltungsverfahrensgesetz umfasst namentlich auch die Prozessmaximen. Nach Art. 12 VwVG stellt die Behörde den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest. Dies gilt vor allem bei Einleitung eines Verfahrens durch eine Behörde (AUER/BINDER, in: VwVG-Kommentar, Art. 12 VwVG N 9) bzw. im Bereich

der Eingriffsverwaltung (VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 12 VwVG N 11). Im Rahmen ihrer Beweisführungspflicht (vgl. dazu auch den Begriff Beweisführungslast im Unterschied zur Beweislast) hat die Behörde auch für die Beteiligten günstigen Faktoren nachzugehen (VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 12 VwVG N 27). Allerdings gilt der Untersuchungsgrundsatz nicht uneingeschränkt. Die Parteien haben gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht und gemäss Art. 40 KG eine Auskunftspflicht (BGE 129 II 18 E. 7.1 „Buchpreisbindung I“; vgl. mutatis mutandis Urteil des BGer 2C_845/2018 E. 4.2 „Umbricht“; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2 „Buchpreisbindung II“). Mitwirkungspflichten können sich ebenfalls aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 13 VwVG N 35). Im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter einzugehen ist auf die Frage, welchen Schranken wiederum die Mitwirkungspflicht bei strafrechtsähnlichen Verfahren aufgrund des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“ unterliegt (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 93 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, S. 162, Rz. 465; nachfolgend: KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI). Jedenfalls ändert der Untersuchungsgrundsatz nichts an den Folgen der Beweislosigkeit. Der Entscheid fällt zu Ungunsten jener Person aus, die aus dem unbewiesenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Aufgrund der allgemeinen Beweislastregel hat diese die Folgen der Beweislosigkeit bzw. die objektive Beweislast zu tragen (Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 „Buchpreisbindung II“; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 13 VwVG N 10; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 988, nachfolgend: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.149 f.; RICHLI, in: *SIWR V/2*, S. 454). So trägt die Wettbewerbskommission namentlich die Beweislast für das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT in: *Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N 36 nachfolgend: AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *Commentaire romand*).

3.2.2.1.2 Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine

für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (BGE 144 II 194 E. 4.4.2 „BMW“).

3.2.2.1.3 Im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung existieren verschiedene Beweismasse. Als sogenanntes Regelbeweismass gilt grundsätzlich das Beweismass der vollen Überzeugung (Urteil des BGer 2C_669/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3.1; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 12 VwVG N 213). Der zu führende Beweis ist demnach erbracht, wenn die Behörde oder das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat, d.h. wenn sie deren Vorhandensein nicht ernsthaft bezweifelt (Urteile des BVGer B-7633/2009 E. 157 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; B-581/2012 E. 5.5.1 „Nikon“; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.141 f.). In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird das Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* als genügend erachtet. Hier folgt die Behörde jener Sachverhaltsdarstellung, welche sie als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten aller sie am Wahrscheinlichsten erachtet (vgl. etwa BGE 125 V 195 E. 2; vgl. diesbezüglich zur Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR MEINRAD VETTER, DIKE-KG, Vor Art. 12-15, N 39). Im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens genügt ein Glaubhaftmachen (BGE 140 III 610 E. 4.1; vgl. zum Ganzen die Urteile des BVGer B-5685/2012 E. 4.5.2 f. „Altimum“ und B-581/2012 „Nikon“ E. 5.5.1).

3.2.2.1.4 Das Bundesgericht hat in seinem Urteil BGE 139 I 72 „Publigroupe“ dargelegt, dass man bei der Beurteilung der Marktstellung nicht das Beweismass der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit verlangen könne. So sei die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. So sei etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sei kaum je exakt möglich, sondern sie beruhe zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 96 BV und Art. 1 KG), nicht übertrieben werden (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 „Publigroupe“ mit Hinweisen, bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 „Altimum“ und BGE 147 II 72 E. 3

„Pfizer II“; BGE148 II 25, nicht publizierte E. 10.4.1 „Dargaud [Suisse] SA“ und 2C_113/2017 E. 5.2.6 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Mehrere bundesverwaltungsgerichtliche Urteile konkretisieren die bundesgerichtliche Rechtsprechung. So beruhen die einzelnen Tatbestände im Kartellrecht nicht selten auf Einschätzungen, die sich auf zukünftige oder alternative Marktentwicklungen beziehen und eine derartige Komplexität aufweisen, dass das Erbringen des ordentlichen Überzeugungsbeweises nicht erwartet werden kann (Urteile des BVGer B-7633/2009 E. 163 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; B-581/2012 E. 5.5.2 mit Hinweisen „Nikon“; B-3938/2013 E. 6.4 „Dargaud [Suisse] SA“). In der Lehre ist dazu festgehalten worden, welches Beweismass zur Anwendung gelange, bestimme sich „nach einer noch nicht restlos geklärten Rechtsprechung“ danach, ob es sich beim zu beweisenden Tatbestandsmerkmal um eine wirtschaftlich komplexe und schwer nachzuweisende Tatsache handle (VwVG Praxis-kommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 12 VwVG N 218). Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber auch in solchen Fällen überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 „Publigroupe“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.6 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

3.2.2.2 Würdigung

3.2.2.2.1 Es ist nach dem Gesagten richtig, dass sich die Beschwerdeführerin auf den Untersuchungsgrundsatz beruft (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Allerdings übersieht sie, dass der Untersuchungsgrundsatz aufgrund der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG nicht uneingeschränkt gilt und im Zusammenhang mit der Auskunftspflicht im Sinne von Art. 40 KG steht.

3.2.2.2.2 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz den Sachverhalt bezüglich des Informationsaustausches basierend auf den eingegangenen Bonusmeldungen, mittels der Fragebogen, welche den Marktteilnehmern und Parteien zugesandt wurden, anhand der eingereichten Beweismittel, der Intranet-Seite von ASCOPA, der Aussagen anlässlich verschiedener Treffen, der Stellungnahmen der Parteien und anhand der Befragungen ermittelt (angefochtene Verfügung Rz. 27, 266). Aus den Akten wird ersichtlich, dass die Vorinstanz ihrer Untersuchungspflicht gemäss Art. 12 VwVG grundsätzlich nachgekommen ist. Ebenfalls sind die ASCOPA-Mitglieder ihrer Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 13 VwVG bzw. ihrer Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG nachgekommen, indem sie die Fragebogen und Beweismittel einreichten und für Befragungen zur Verfügung standen. Zudem sind die Retailerdaten zu erwähnen, auf welche

sich die Vorinstanz und Bezug auf die Preisentwicklung gestützt hat. Wenn die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vorwirft, dass diese die Beweislast falsch verstanden habe, da sie zum Beispiel in der angefochtenen Verfügung festhalten habe, dass „alternative Erklärungsversuche der Parteien nicht plausibel seien“ (angefochtene Verfügung Rz. 538), so ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen überspannt. Dies namentlich vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz es betreffend die Preissteigerungen als Indiz für das Vorliegen von Kollusion nicht bei dieser Feststellung bewenden lässt, sondern zusätzlich auf ihre Feststellungen in Rz. 568 i.V.m. Rz. 574 und Rz. 575 der angefochtenen Verfügung verweist. Die Beschwerdeführerin beanstandet schliesslich Rz. 403 der angefochtenen Verfügung betreffend die strategische Relevanz der ausgetauschten Daten mit Blick auf Art. 4 KG. Der Beschwerdeführerin ist in der Tat zuzustimmen, dass es nicht glücklich erscheint, wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang festgehalten hat, die Parteien hätten vorliegend nicht darlegen können, dass der Austausch von Preisen, Umsätzen und Werbeausgaben keine strategisch relevanten Daten seien. Daraus könnte prima facie tatsächlich der Schluss gezogen werden, dass die Vorinstanz nicht vom richtigen Konzept in Bezug auf die Beweisführungslast oder gar die Beweislast ausgeht. Zugleich vertritt die Vorinstanz aber in Rz. 392 der angefochtenen Verfügung materiell die Auffassung, dass im vorliegenden Kontext feststehe, dass die Partner des Informationsaustausches einander Einblick in Daten gewährt hätten, welche von Unternehmen üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse behandelt würden. Der Austausch von Preislisten, Umsätzen und Werbeausgaben sei zudem strategisch bedeutsam. Insbesondere habe es sich bei den zwischen den Konkurrenten ausgetauschten Daten um nicht oder kaum aggregierte, aktuelle Informationen über Preise, Umsätze und Werbeausgaben gehandelt. Damit bringt die Wettbewerbskommission im Ergebnis zum Ausdruck, dass ihr bewusst ist, dass es grundsätzlich ihre Sache ist, die sachverhaltlichen Grundlagen für die Beurteilung der strategischen Bedeutsamkeit zu erarbeiten, soweit diese mit Blick auf Art. 4 KG notwendig ist, und dass sie diesbezüglich nicht zur Beweislastumkehr schreiten kann.

3.2.2.2.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz dem Untersuchungsgrundsatz unter Berücksichtigung der Mitwirkungs- wie auch einer Auskunftspflicht der ASCOPA-Mitglieder (Art. 13 VwVG und Art. 40 KG) nachgelebt hat. Die Vorinstanz hat die Informationen, welche sie aufgrund der Mitwirkung der Parteien erhält, zu würdigen. Tut sie dies, ist sie auch berechtigt darzulegen, dass sie alternative Erklärungsversuche der ASCOPA-Mitglieder nicht als plausibel erachtet. Demzufolge

stossen die Rügen der Beschwerdeführerin ins Leere. Soweit sie sich faktisch namentlich in Bezug auf die Beweisführungslast richtig verhält, schaden der Vorinstanz auch Äusserungen nicht, die als solche geeignet wären, Zweifel zu wecken in Bezug auf die Frage, wen ihrer Auffassung nach die Beweislast trifft, weil sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass die Vorinstanz nicht in Frage stellt, dass sie beweisbelastet ist.

3.2.2.2.4 Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ rügt, findet dieser im Namen der Rechtswidrigkeitsfeststellung ohne Sanktion (Art. 5 Abs. 1 KG) keine Anwendung (vgl. E. 3.2.1.3 und 3.2.1.4 hiervor).

3.2.2.2.5 Betreffend den mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 KG relevanten Sachverhalt ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung grundsätzlich der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen ist, etwa soweit die Teilnahme an einzelnen Kartelltreffen relevant ist, weil in Bezug auf schriftliche Vereinbarungen oft keine Beweisschwierigkeiten im Sinne der Publigroupe-Rechtsprechung bestehen (Urteile des BVGer B-581/2012 E. 5.5.2 „Nikon“ und B-807/2012 E. 8.4.4.5 und 8.7.1.2, „Erne“, je mit Hinweisen). Da die Vorinstanz im vorliegenden Fall keine Beweisschwierigkeiten geltend macht, ist auf die Anforderungen an den Indizienbeweis für die Teilnahme an einer Abrede nicht näher einzugehen (vgl. dazu etwa BGE 147 II 72 E. 3.4.4 „Pfizer II“, und BGE 144 II 246 „Altimum“ E. 6.4.4 sowie BGE 148 II 25, nicht publizierte E. 10.4.1 in fine „Dargaud [Suisse] SA“). Die Vorinstanz legt in Bezug auf die Frage, ob eine Abrede vorliegt, dar, dass die Handlungen des Informationsaustausches sowie die AGB-Empfehlungen auf Beschlüssen der Generalversammlung von ASCOPA beruhten (angefochtene Verfügung Rz. 385). Die Generalversammlungen von ASCOPA wie auch die Sitzungen des Komitees wurden, soweit sich diese als relevant erweisen, protokolliert. Die Beschwerdeführerin macht richtigerweise nicht geltend, die Vorinstanz gehe diesbezüglich vom falschen Beweismass aus. Zur Frage, ob der Beweis tatsächlich gelingt, kann vollumfänglich auf die materiellen Ausführungen in Erwägung 4.4 hiernach verwiesen werden. Soweit die Subsumtion durch die Vorinstanz in Bezug auf sämtliche ASCOPA-Mitglieder in gleicher Weise erfolgt, erübrigen sich daher entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 148) Ausführungen zur Mittäterschaft (siehe auch E. 4.4.3.9.2, 6.3.4.4.3, 6.5.1.3 hiernach).

3.2.2.2.6 Soweit die Beschwerdeführerin im Sinne der Rüge nicht hinreichend berücksichtigten Sachverhalts ergänzend darauf hinweist, dass sie nur in Bezug auf drei von zehn Brands vollständige Informationen geliefert

habe (Beschwerde, Rz. 151 i.V.m Rz. 161), ist einerseits festzuhalten, dass dies seitens der Vorinstanz sachverhaltlich nicht bestritten wird (vgl. angefochtene Verfügung Abbildung 8 bei Rz. 127). So oder anders geht die Vorinstanz davon aus, dass – angesichts der vom Informationsaustausch insgesamt umfassten Marken – die Anzahl der vom Informationsaustausch umfassten Marken der Beschwerdeführerin nicht relevant ist in Bezug auf die Frage, ob eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Dasselbe gilt ihrer Auffassung nach auch in Bezug auf die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Es ist nach dieser Konzeption nur von Bedeutung, wie gross der Anteil der vom Informationsaustausch erfassten Marken gemessen am relevanten Markt ist. Das gilt aber nach der Auffassung der Vorinstanz nicht für die Frage, mit wie vielen Marken sich die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch beteiligt hat. Unter dieser Prämisse ist der relevante Sachverhalt insoweit vollständig ermittelt worden. Ob der Rechtsauffassung der Vorinstanz zu folgen ist, wird Gegenstand der materiellen Prüfung sein (vgl. E. 6.5.1.1 ff.; 6.5.1.3; 6.5.4.4.18 ff.). Auch der Befolgungsgrad betreffend die AGB-Empfehlungen ist nach der Auffassung der Vorinstanz, soweit im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung relevant, nur in Bezug die ganze Abrede und damit die Gesamtheit der ASCOPA-Mitglieder massgebend (vgl. E. 9.3 hiernach). Die Beschwerdeführerin macht denn auch nicht geltend, selbst wenn insgesamt von einer Abrede auszugehen wäre, sei die Beschwerdeführerin als nicht mitbeteiligt anzusehen. Auch ist die Erheblichkeit des Informationsaustausches gemäss der angefochtenen Verfügung nur als Ganzes zu bejahen oder zu verneinen. Nur im Rahmen einer hier nicht in Frage stehenden Sanktionsbemessung könnte die Lage in Bezug auf die Intensität der Beteiligung anders sein. Dasselbe gilt mutatis mutandis für die Preisentwicklung. Soweit die tatsächliche Preisentwicklung für die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG relevant erscheint, was im Folgenden materiell zu prüfen sein wird (E. 6.3.3; 6.4.2.4 ff. hiernach), geht es nach der Auffassung der Vorinstanz um die generelle Preisentwicklung im relevanten Marktsegment, nicht um die spezifische der Luxusmarken der Beschwerdeführerin (vgl. E. 6.5.1.1 ff., 6.5.4.4.18 ff. hiernach), auch wenn sie allenfalls vom Durchschnitt der ASCOPA-Mitglieder abweicht. Sachverhaltlich wird im Übrigen in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich dargelegt, dass die Preisentwicklung in Bezug auf die relevanten Produkte der Beschwerdeführerin anders, nämlich moderat, verlaufen sei (E. 3.2.1.2.2 in fine, 6.4.2.4.1 angefochtene Verfügung Rz. 546 f.; Vernehmlassung Rz. 16). Damit dringt die Beschwerdeführerin auch mit der Rüge, die Vorinstanz sei den die Situation der Beschwerdeführerin von anderen ASCOPA-Mitgliedern unterscheidenden Sachverhaltselementen nicht hinreichend nachgegangen, nicht durch.

3.2.2.2.7 Hinsichtlich des Bezweckens in Art. 4 Abs. 1 KG hat die Vorinstanz dargelegt, dass nur eine Eignung für eine Wettbewerbsbeschränkung bzw. eine feststellbare Tendenz erforderlich ist. Mit anderen Worten geht es nach vorinstanzlicher Auffassung um „das Potenzial zur Entfaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung“ (angefochtene Verfügung Rz. 389), worauf im Rahmen der Erwägung 4.6.4.1 materiell näher einzugehen sein wird. Der Sache nach behauptet die Beschwerdeführerin denn auch in erster Linie materiellrechtlich höhere Anforderungen an die Erfüllung des Begriffs Eignung, worauf im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen ist. In Bezug auf das Beweismass ist festzustellen, dass etwa in Bezug auf die rein sachverhaltliche Frage, inwieweit die ausgetauschten Daten aggregiert sind, das von der Beschwerdeführerin angerufene Regelbeweismass Anwendung findet. Demgegenüber ist die Frage, welche Anforderungen an die Eignung einer Abrede mit Blick auf Wettbewerbsparameter zu stellen sind, rechtlicher Natur. Daher stossen die Rügen der Beschwerdeführerin, welche diesbezüglich einen Überzeugungsbeweis bzw. einen strikten Beweis fordern, jedenfalls in der abstrakten Form, in welcher sie vorgebracht werden, ins Leere. Da die Vorinstanz von einer alternativen Anwendung des Bezweckens oder des Bewirkens in Art. 4 Abs. 1 KG ausgeht (angefochtene Verfügung Rz. 388), erübrigen sich Ausführungen zum Beweisgrad hinsichtlich des Bewirkens an dieser Stelle (vgl. E. 4.6, 4.6.6 hiernach).

3.2.2.2.8 Im Zentrum der Erheblichkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zum allgemeinen Informationsaustausch (Austausch Bruttopreislisten, Austausch Bruttoumsätze und Austausch Werbeinvestitionen) standen die ökonomischen Untersuchungen der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 512 ff.) und die Entwicklungen der Marktanteile (angefochtene Verfügung Rz. 694 ff.). Hierbei handelt es sich um die Analyse komplexer Marktverhältnisse bzw. multipler Wirkungszusammenhänge. Daher gelten insoweit die Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesgerichtsurteils Publigroupe (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 „Publigroupe“, bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 „Altimum“; vgl. E. 3.2.2.1.4 hiervor sowie zur Erheblichkeitsprüfung E. 6.5.2.1 hiernach). Daher erweisen sich die Rügen, welche hinsichtlich der Charakteristika des Luxuskosmetikmarktes einen Überzeugungsbeweis fordern, als unbegründet. Die Frage, ob der Erheblichkeitsbegriff gemäss Art. 5 Abs. 1 KG in Bezug auf weiche Abreden einen Nachweis von Kollusion (vgl. E. 6.3.3 hiernach) voraussetzt, ist im Übrigen materiellrechtlicher Natur und nicht im Rahmen der formellen Rügen zu prüfen.

3.2.2.2.9 Zur Rüge, dass die Vorinstanz das Fehlen von Rechtfertigungsgründen nicht so bewiesen habe, dass keine begründeten Zweifel mehr zurückbleiben würden (Beschwerde Rz. 149 Spiegelstrich 2), ist zunächst zur Beweisführungslast und zum Untersuchungsgrundsatz festzuhalten, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe die Mitwirkungspflicht der Unternehmen besondere Erwähnung verdient (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 „Altimum“; Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.2 f. „Buchpreisbindung II“). Welches Beweismass gilt, hängt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin vom zu beweisenden Sachverhalt ab. Entscheidend ist aber, dass sich eine allfällige Beweislosigkeit zum Nachteil der Beschwerdeführerin auswirkt, die die objektive Beweislast zu tragen hat (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 „Altimum“; Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 f. „Buchpreisbindung II“), was auch die Vorinstanz zutreffend in Rz. 794 der angefochtenen Verfügung aufgezeigt hat. Es ist ersichtlich, dass sich die Vorinstanz mit den Rechtfertigungsgründen zum allgemeinen Informationsaustausch (Austausch Bruttopreislisten, Austausch Bruttoumsätze und Austausch Werbeinvestitionen) auseinandergesetzt hat (angefochtene Verfügung Rz. 794-817). Soweit NIGGLI/RIEDO (BSK KG- NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a-53 KG N 251) die Auffassung vertreten, aus der Unschuldsvermutung ergebe sich, dass im Zweifel die Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu bejahen seien, widersprechen diese Ausführungen der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Auf die Frage, was diesbezüglich gilt, wenn ein Unternehmen sanktioniert werden soll und die Erheblichkeit zur prüfen ist, nachdem die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG umgestossen worden ist, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen (vgl. dazu AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 345).

3.2.2.2.10 Hinsichtlich der Erheblichkeitsprüfung zu den AGB-Empfehlungen ist zu festzuhalten, dass die Vorinstanz ihrer Untersuchungspflicht nachgekommen ist. In Rz. 226-238 ihrer angefochtenen Verfügung nimmt sie zu den AGB-Klauseln Stellung. So sind beispielsweise in Rz. 228 der angefochtenen Verfügung (vgl. auch Anhang II) die verschiedenen Versionen der AGB-Empfehlungen von ASCOPA wie auch diejenigen der einzelnen ASCOPA-Mitglieder detailliert dargestellt. An dieser Stelle erübrigen sich weitere Erörterungen. Es kann auf die Ausführungen zum rechtlichen Gehör und der Begründungspflicht in den Erwägungen 3.2.3 und 9 hiernach verwiesen werden.

3.2.2.2.11 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz weder die Unschuldsvermutung noch den Untersuchungsgrundsatz verletzt hat. Jedenfalls in der seitens der Beschwerdeführerin vorgetragenen Form ist auch nicht von einer mangelhaften Beweisführung im vorinstanzlichen Verfahren auszugehen. Soweit erforderlich, wird darauf im Rahmen der materiellen Ausführungen zurückzukommen sein.

3.2.3 Verletzung des rechtlichen Gehörs

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch wird durch Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren des Bundes konkretisiert (BGE 137 II 266 E. 3.2). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 143 V 71 E. 4.1 mit Hinweisen). Er verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Art. 30 Abs. 2 KG sieht im Sinne einer spezialgesetzlichen Erweiterung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, dass die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (BGE 129 II 497 E. 2.2 „Freiburger Elektrizitätswerke“; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 3.1.3 „Baubeschlüsse-SFS unimarket“). Des Weiteren kann das Sekretariat die Beteiligten direkt anhören, sofern es dies als notwendig erachtet; allerdings besteht hierzu keine Pflicht („Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband“, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF, RPW 2001/2], S. 381 ff. E. 4.6; BORER, KG-Kommentar, Art. 30 N 5 und 8). Aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich namentlich die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (BGE 136 I 229 E. 5.2). Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Zudem kann durch die Verpflichtung zur Offenlegung der Entscheidungsgründe verhindert werden, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt. Die Begründungspflicht erscheint so nicht nur als ein bedeutsames Element transparenter Entscheidungsfindung, sondern dient zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde (vgl. dazu grundlegend BGE 112 Ia 107 E. 2b). Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Da-

bei ist es nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 136 I 229 E. 5.2 mit Hinweis, BGE 136 V 351 E. 4.2; BVGE 2012/23 E. 6.1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.103, 3.106 f.).

Auch wenn im Folgenden primär auf die Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen ist, ist das Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Prinzips der Rechtsanwendung von Amtes wegen dazu berechtigt und allenfalls verpflichtet, auch den Fragen nachzugehen, die weder von der Vorinstanz noch von der Beschwerdeführerin aufgeworfen wurden (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 1.54 f.). In diesem Kontext wird im Rahmen der materiellen Rügen auch zu prüfen sein, ob die Begründungsdichte der angefochtenen Verfügung hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung der AGB-Empfehlungen, sowohl was die Erheblichkeitsprüfung als auch was die Rechtfertigungsgründe betrifft, zu beanstanden ist (vgl. E. 9.1 hiernach).

3.2.3.1 Verletzung der Begründungspflicht durch zu pauschale Abhandlung der Rügen der ASCOPA-Mitglieder

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

3.2.3.1.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vorinstanz die Anliegen der ASCOPA-Mitglieder nur in kurzen Abschnitten dargestellt und dann mit pauschalen Bemerkungen verworfen habe. Daher habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör auf eklatanteste Weise verletzt (Beschwerde Rz. 20 Lemma 5 und Rz. 162 f.).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

3.2.3.1.2 Die Vorinstanz weist darauf hin, dass sich rund ein Drittel des Fliesstextes in der angefochtenen Verfügung der Würdigung der Parteivorbringen widme (Vernehmlassung Rz. 63).

iii. Würdigung

3.2.3.1.3 Soweit aus der Argumentation der Vorinstanz abzuleiten wäre, dass sich aus einem rein quantitativ „ausreichenden“ Teil des Fliesstextes auf eine Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör schliessen lasse, kann ihr nicht gefolgt werden. Zustimmung verdient sie indessen, soweit sie darauf hinweist, dass gemäss der Rechtsprechung nur die Fokussierung auf die wesentlichen Aspekte verlangt wird (BGE 136 V 351 E. 4.2; BVGE 2012/23 E. 6.1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.103, 3.106 f.; vgl. E. 3.2.1.3.1 hiervor). Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Verfahren vor der Vorinstanz rund 30 Parteien beteiligt waren. Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich angebracht, die Rügen zusammenzufassen, da die separate Abhandlung jeder einzelnen Rüge von jeder einzelnen Partei den Rahmen der angefochtenen Verfügung sprengen würde.

3.2.3.2 *Verletzung der Begründungspflicht durch Ignorieren der Vorbringen, welche spezifisch die Beschwerdeführerin betroffen haben*

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

3.2.3.2.1 Die Beschwerdeführerin macht zudem geltend, dass die Rügen, welche die spezifischen Angelegenheiten der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Verfügungsantrags II betroffen hätten, von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden seien (Beschwerde Rz. 160 f.). So seien die Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin in den drei Teilmärkten Parfum, Pflege und Make-up nicht mit den anderen ASCOPA-Mitgliedern abgestimmt gewesen. Zudem seien die Preise der Beschwerdeführerin nicht einmal innerhalb der eigenen Brands abgestimmt gewesen. Des Weiteren hätte die Beschwerdeführerin für sieben ihrer zehn Brands ohnehin keine vollständigen Informationen geliefert, was eine Koordination in Bezug auf diese Brands schwierig mache.

3.2.3.2.2 Die Vorinstanz hat nach Auffassung der Beschwerdeführerin auch den Umstand nicht berücksichtigt, dass die Schlussfolgerungen zu den festgestellten Marktanteils- und Preisentwicklungen nicht auf die Beschwerdeführerin anwendbar sind. Die Vorinstanz habe behauptet, dass die Marktanteilsentwicklungen der ASCOPA-Mitglieder stabil gewesen seien. Sie habe jedoch dabei übersehen, dass die Beschwerdeführerin selber im Parfumsegment zwischen 2004 und 2007 einen Anteil von 1.6 % am Gesamtmarkt verloren habe, was einem Verlust des bisherigen Marktanteils entspreche (Beschwerde Rz. 160 f.; Replik Rz. 97).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

3.2.3.2.3 Die Vorinstanz geht namentlich davon aus, dass die Beschwerdeführerin als einziges ASCOPA-Mitglied Marktanteilsbussen hinsichtlich der Parfums erfahren hatte (2004: 10.4 %, 2005: 10.3 %, 2006 10.6 % und 2007: 8.8 %). Gesamthaft hätten die Marktanteile der Beschwerdeführerin um 1.6 % abgenommen. Nach Aussagen der Vorinstanz vermöge jedoch diese Anteilsveränderung nichts am Gesamtbild zu ändern, wonach der Informationsaustausch eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt hatte (angefochtene Verfügung 541, 544).

iii. Würdigung

3.2.3.2.4 Hinsichtlich der Frage, inwiefern sich die Vorinstanz mit den individuellen Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt hat, kann zunächst auf die Ausführungen in E. 3.2.1.2.2 betreffend den Untersuchungsgrundsatz verwiesen werden.

3.2.3.2.5 Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Preisentwicklungen der Beschwerdeführerin in den drei Teilmärkten Pflege, Parfum und Make-up auseinandergesetzt habe und ebenfalls nicht die Preisentwicklung innerhalb der Brands der Beschwerdeführerin beachtet habe, stossen ins Leere. Denn die Vorinstanz hat die entsprechenden Vorbringen durchaus behandelt. Sie legt dar, dass der Preisanstieg der Produkte der Beschwerdeführerin im Vergleich mit den anderen ASCOPA-Mitgliedern moderat verlaufen sei (angefochtene Verfügung Rz. 544 ff.; Vernehmlassung Rz. 16 f.). Aus vorinstanzlicher Sicht entscheidend ist der Umstand, dass auch die Preiserhöhung von Estée Lauder um 0.6 Prozentpunkte höher liegt als der Landesindex der Konsumentenpreise (LIK-Total; angefochtene Verfügung Rz. 538 f.; vgl. dazu E 6.4.2.4.1 hiernach). Ausserdem liegt ihrem Konzept der Gedanke zugrunde, dass die Erheblichkeit der Abrede nicht je nach beteiligter Unternehmung unterschiedlich beurteilt werden kann (vgl. dazu E. 6.5.1.1, 6.5.1.3, 6.5.4.4.18 ff. hiernach). Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Beschwerdeführerin keine weiteren Ausführungen gemacht hat.

3.2.3.2.6 Die Rüge, dass die Vorinstanz die Einwände der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag II hinsichtlich der Marktanteilsentwicklungen ignoriert habe, erweist sich ebenfalls als unbegründet. Die Vorinstanz hat zunächst festgehalten, dass die festgestellten Indizien zur Kollusion

nach ihrer Auffassung im Zusammenhang mit den Marktanteilsentwicklungen der (an der Abrede beteiligten) Unternehmen zu sehen sind. Sachverhaltlich ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Marktanteile der involvierten Unternehmen mit Ausnahme von Estée Lauder zugenommen haben, wobei zwischen 2004 bis 2007 keine Differenz der Marktanteile von mehr als drei Prozent ersichtlich sei (angefochtene Verfügung Rz. 541). Die Marktanteilsentwicklungen seien zusammengerechnet worden. Es falle auf, dass die Preiserhöhungen ohne Marktanteilsverlusten hätten vollzogen werden können. Einzig die Marktanteile von Estée Lauder seien im Parfumsegment um 1.6 Prozentpunkte zurückgegangen. Anschliessend macht die Vorinstanz die entscheidende Aussage zur Frage, welche Bedeutung dem Marktanteil der Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach zukommt: „Diese Anteilsveränderung“ (meint: diejenige der Beschwerdeführerin) vermöge „nichts am Gesamtbild zu ändern, wonach der Informationsaustausch eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt habe“ (angefochtene Verfügung 541, 544 ff., vgl. zu den materiellen Ausführungen E. 6.5.4.4.18 f. hernach). Des Weiteren hat sich die Vorinstanz mit den stagnierenden Marktanteilen der Teilmärkte und des Gesamtmarktes der ASCOPA-Mitglieder auseinandergesetzt, was in den Abbildungen 29 f. bzw. in Rz. 694 ff. und in Anhang VI der angefochtenen Verfügung ersichtlich ist. Demzufolge hat die Vorinstanz die Einwände der Beschwerdeführerin nicht ignoriert und ist ihrer Begründungspflicht nachgekommen.

3.2.3.2.7 Die Beschwerdeführerin bestanstandet ausserdem den Umstand, dass die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe, dass die Beschwerdeführerin nur mit drei Brands am Informationsaustausch beteiligt gewesen sei. Dazu wird in der angefochtenen Verfügung (Rz. 473) sachverhaltlich ausgeführt, dass die Parteien nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht Informationen über sämtliche von ihnen geführten Marken ausgetauscht haben, sondern lediglich über solche, die sie unternehmensintern dem Prestige- bzw. Luxussegment zugeordnet hätten (vgl. dazu auch die Abbildung 8 auf S. 36 der angefochtenen Verfügung). Soweit mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass für die Erheblichkeit sachverhaltlich nur die Anteile der vom Informationsaustausch erfassten Marken gemessen am gesamten relevanten Markt von Bedeutung sind (vgl. dazu E. 6.5.1.3, 6.5.4.4.3 hiernach), ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz im Rahmen der vorliegenden Feststellung der Rechtswidrigkeit verbunden mit einem Verbot nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Beschwerdeführerin nur mit drei Marken am Informationsaustausch beteiligt war (vgl. dazu auch E. 3.2.2.2.6 hiervor).

3.2.4 Verletzung des Anspruchs auf Akteneinsicht / Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.2.4.1 *Das Recht auf Akteneinsicht*

Der in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete und in Art. 26 ff. VwVG konkretisierte Anspruch auf Akteneinsicht ist die Vorbedingung einer wirksamen Ausübung des Äusserungsrechts (BGE 132 II 485 E. 3.2; VwVG Praxis-kommentar- WALDMANN/OESCHGER, Art. 26 VwVG N. 32). Das Akteneinsichtsrecht dient wie das rechtliche Gehör allgemein einerseits der Sachaufklärung, stellt aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar (VwVG Praxiskommentar-WALDMANN/OESCHGER, Art. 26 VwVG N 33; vgl. E. 3.2.3 hiavor). Im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung sollen die Verfahrensbeteiligten von den Entscheidungsgrundlagen vorbehaltlos und ohne Geltendmachung eines besonderen Interesses Kenntnis nehmen können (BGE 129 I 249 E. 3). Die Behörde darf die Einsichtnahme indessen verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG). Als private Geheimhaltungsinteressen stehen im Wettbewerbsrecht Geschäftsgeheimnisse im Vordergrund (ISABELLE HÄNER, DIKE-KG, Art. 39 KG N 88; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.98; vgl. auch Art. 25 Abs. 4 KG betreffend die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden).

Der Betroffene kann auf das rechtliche Gehör (und die damit verbundene Akteneinsicht) ausdrücklich oder konkludent verzichten. Ein solcher Verzicht darf indessen nicht leichthin angenommen werden (BGE 137 IV 33 E. 9.2; VwVG Praxiskommentar-WALDMANN/BICKEL, Art. 29 VwVG N 65; MICHELE ALBERTINI, Der Verfassungsmässige Anspruch auf Rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern, 2000, S. 334, nachfolgend: ALBERTINI, Rechtliches Gehör).

3.2.4.2 *Die Heilung von Verletzungen des rechtlichen Gehörs*

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2). Allerdings lässt die Praxis eine *Heilung* von Verletzung des rechtlichen Gehörs trotz Kritik in der Lehre zu (vgl. für einen Überblick zum Meinungsstand STEINMANN, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 BV N 59). Eine nicht besonders schwerwiegende

Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung kann darüber hinaus nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

3.2.4.3 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass ihr im vorinstanzlichen Verfahren kein Zugang zu den Daten gewährt wurde, welche eine Korrelation zwischen den Bruttopreislisten und den Endverbrauchspreisen der Detailhändler darlegen. Deshalb sei es ihr nicht möglich gewesen, die Berechnungen der Vorinstanz zu verifizieren (Beschwerde Rz. 98 f., 159; Replik Rz. 97). Auch würde die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht die Akteneinsicht bezüglich der Korrelationsdaten bei der Vorinstanz am 29. Mai 2012 veranlasst hat, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht heilen (Replik Rz. 100).

3.2.4.4 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung und in ihrer Vernehmlassung vom 1. März 2012 aus, sie habe mit Hinweis auf die Geschäftsgeheimnisse der anderen ASCOPA-Mitglieder und in Anbetracht der Tatsache, dass aufgrund der Rechnungen des Indexes von Laspeyres die Daten der anderen ASCOPA-Mitglieder – abgesehen von den Jahren 2009 und 2010 – ohnehin ersichtlich waren, von einer vollumfänglichen Akteneinsicht in die Retailerdaten abgesehen. Indessen seien die ASCOPA-Mitglieder durch Begleitschreiben zum Verfügungsantrag II aufgefordert worden, dem Sekretariat mitzuteilen, ob Aktenstücke fehlen würden oder ob die ASCOPA-Mitglieder mit gewissen Schwärzungen nicht einverstanden seien. Das Sekretariat sei bemüht, gemeinsam eine Lösung des Problems zu finden. Weder die Beschwerdeführerin noch die anderen ASCOPA-Mitglieder hätten sich beim Sekretariat gemeldet und keine der Parteien habe um Akteneinsicht in die Retailerdaten ersucht, geschweige denn ein substantiiertes Akteneinsichtsgesuch gestellt (angefochtene Verfügung Rz. 357-368; Vernehmlassung Rz. 61). Deshalb sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin keine weitere Akteneinsicht wünsche (Stellungnahme vom 20. April 2012 Rz. 5).

3.2.4.5 *Schriftenwechsel im vorinstanzlichen Verfahren betreffend den Zugang zu den Korrelationsdaten*

3.2.4.5.1 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit Begleitschreiben zum zweiten Antrag vom 20. Mai 2011 zuhanden der Parteien Folgendes festgehalten hat:

„Sollten Sie der Ansicht sein, dass abgedeckte Aktenstellen Ihnen zur Einsicht offenstehen müssten oder Aktenstücke fehlen, bitten wir Sie, das Sekretariat umgehend zu kontaktieren. Wir versuchen mit Ihnen eine Lösung des Problems zu finden.“

Richtig ist aber auch, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 27. Juli 2011 zum Verfügungsantrag II (act. 715 Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) ausgeführt hat, das Sekretariat habe [unter anderem] die seinen Untersuchungen zugrunde liegenden Daten nicht offen gelegt, was es den Parteien verunmögliche, die Angaben des Sekretariats zu verifizieren. Das wird denn in der angefochtenen Verfügung (Rz. 368) auch ausdrücklich erwähnt. Der Vorinstanz ist wiederum beizupflichten, wenn sie dazu ausführt, dass in diesem Zusammenhang kein eigentliches Akteneinsichtsgesuch gestellt worden ist. Die Beschwerdeführerin vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass die Vorinstanz aufgrund der erhobenen Rüge nicht ohne vorherige erneute Instruktion zur Akteneinsicht die angefochtene Verfügung hätte erlassen dürfen (Stellungnahme vom 7. Mai 2012 S. 2 f.).

3.2.4.5.2 Mit Verfügung vom 13. März 2012 räumte dann das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin nach Eingang der Vernehmlassung der Vorinstanz die Möglichkeit ein, ein substantiiertes Akteneinsichtsgesuch zu stellen. Am 28. März 2012 stellte die Beschwerdeführerin die substantiierten Akteneinsichtsbegehren 1-9. Diese Begehren bezogen sich auf die Datengrundlagen der ökonomischen Berechnungen der Vorinstanz. Daraufhin liess sich die Vorinstanz am 20. April 2012 vernehmen mit dem Hinweis, dass es denkbar sei, dem Rechtsvertreter am Sitz des Sekretariats der Wettbewerbskommission Einblick in gewisse Unterlagen zu geben.

3.2.4.5.3 Nachdem sich Beschwerdeführerin und Vorinstanz über die Modalitäten geeinigt hatten, fand am 29. Mai 2012 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz die Akteneinsicht statt, woraufhin die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Juni 2012 erklärte, dass sie die Akteneinsichtsbegehren 2-9 als erledigt betrachte und am Akteneinsichtsbegehren 1 nicht festgehalten werde. Dieser Eingabe der Beschwerdeführerin vom 11. Juni 2012 wurde zusätzlich ein Bericht von RBB Economics (RBB-Bericht vom

29. Mai 2012) beigelegt, den die Mitarbeiter von RBB Economics, welche die Beschwerdeführerin zur Akteneinsicht bei der Vorinstanz am 29. Mai 2012 begleiteten, gestützt auf dieselbe erstellt hatten. Die Beschwerdeführerin bemängelte in der Eingabe vom 11. Juni 2012 die Authentizität der Marktdaten. So könne nicht festgestellt werden, ob diese Marktdaten tatsächlich von den in Rz. 516 der angefochtenen Verfügung genannten Retailern stammen würden.

3.2.4.5.4 Nachdem die Vorinstanz ihre Vernehmlassung mit Blick auf den RBB-Bericht vom 29. Mai 2012 (nachfolgend: RBB-Bericht vom 29. Mai 2012) mit Eingabe vom 7. September 2012 ergänzt hatte, hielt der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 10. September 2012 fest, dass ohne anderslautende Anträge davon ausgegangen werden könne, dass die Akteneinsichtsanträge hinsichtlich der Korrelationsangaben in der Vernehmlassung vom 1. März 2012 erledigt seien. Die Beschwerdeführerin legte dementsprechend in ihrer Replik dar, dass sie keine weiteren Akteneinsichtsanträge stelle (Replik Rz. 3).

3.2.4.6 Würdigung

Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass den Akteneinsichtsbegehren im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht entsprochen worden ist, soweit die Beschwerdeführerin an diesen festgehalten hat. Da im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 49 Bst. c VwVG auch die Unangemessenheit gerügt werden kann, ergibt sich aufgrund der Kognition die Möglichkeit der Heilung von Gehörsverletzungen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 3.2.4.2). Im vorliegenden Fall bestreitet die Vorinstanz, welche die in Frage stehenden Retailerdaten als geschäftsgeheim qualifiziert, ausserdem den Einsichtsanspruch nicht grundsätzlich. Vielmehr streiten sich die Parteien „nur“ darüber, ob die Vorinstanz von den Parteien zu Recht erwartet hat, dass sie für den Fall, dass sie weitere Akteneinsicht wünschen sollten, auf das Begleitschreiben der Vorinstanz zum Verfügungsantrag II vom 20. Mai 2011 (vgl. E. 3.2.4.5.1 hiervor) mit einem entsprechenden Begehren hätten reagieren müssen. Im Unterbleiben einer erwarteten Reaktion als solchem kann jedenfalls begriffsnotwendigerweise kein *ausdrücklicher* Verzicht auf Akteneinsicht gesehen werden. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass das in Frage stehende vorinstanzliche Schreiben zwar in Bezug auf allfällige Rückmeldungen der Parteien den Begriff „umgehend“ verwendet, aber keinen expliziten Hinweis enthalten hat, wonach Stillschweigen als Verzicht auf weitergehende Akteneinsicht gelte. Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob ein *stillschweigender* Verzicht betreffend die Akteneinsicht

vorliegt. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat zwar in Bezug auf fehlende oder allenfalls wegen seiner Ansicht nach zu weitgehend eingeschwärzter Akten und technischen Schwierigkeiten bezüglich des Datenträgers mit der Vorinstanz schriftlich vor Einreichen der Stellungnahme zum Verfügungsantrag II (act. 715) kommuniziert (vgl. z.B. act. 522, 604, 609, 638, 739, 740). Jedoch sind diejenigen Akten, nach welchen die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) verlangt hat, nicht Gegenstand dieser Kommunikation.

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Feststellungen, dass die Beschwerdeführerin auf das Begleitschreiben zum Verfügungsantrag II nicht umgehend reagiert, sondern die fehlende Akteneinsicht erst in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag II beanstandet hat, ohne ein eigentliches Akteneinsichtsbegehren zu stellen. Dies kann aber entgegen der vorinstanzlichen Auffassung auch nicht als stillschweigender Verzicht auf die Akteneinsicht gewertet werden. Ausserdem ist aus der Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011, act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) ersichtlich, welche Akten die Beschwerdeführerin benötigt, da diese die Randziffern im Verfügungsantrag II nennt, zu welchen sie vertieftere Informationen bzw. Akten benötigt, was ebenfalls gegen einen stillschweigenden Verzicht auf die Einsicht in die in Frage stehenden Akten spricht. Vielmehr wäre es in dieser Situation Sache der Vorinstanz gewesen, die Akteneinsicht im Anschluss an die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag II vor Ergehen der angefochtenen Verfügung instruktionsweise zu behandeln.

Demnach liegt zwar in Bezug auf die Einsicht in die Retailerdaten (vgl. Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) eine Gehörsverletzung vor, die aber mit Blick auf den Umstand, dass es die Beschwerdeführerin ebenfalls ohne Weiteres in der Hand gehabt hätte, die Frage der Akteneinsicht in ihrem Sinne zu klären, keinesfalls als schwerwiegend zu beurteilen ist. Damit erweist sich namentlich die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Heilung der behaupteten Gehörsverletzung im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht möglich ist, in Bezug auf die zu beurteilende Konstellation als offensichtlich unzutreffend. Folgerichtig kann sich die gerügte Gehörsverletzung jedenfalls nicht im Sinne einer Rückweisung auf das Dispositiv auswirken. Ob sie sich auf den Kostenpunkt auszuwirken vermag, wird im Rahmen der diesbezüglichen Erwägungen zu prüfen sein (vgl. E. 11 hiernach). Dasselbe gilt für die Frage, ob sich das seitens der

Vorinstanz als prozessunökonomisch gerügte Verhalten der Beschwerdeführerin auf die Verlegung der Kosten betreffend das Akteneinsichtsgesuch vor Bundesverwaltungsgericht auswirkt (vgl. E. 12.2.3 hiernach).

3.2.5 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen zum rechtlichen Gehör im Wesentlichen nicht durchdringt. Soweit die Akteneinsicht in Frage steht, ist jedenfalls festzuhalten, dass die festgestellte Gehörsverletzung im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht geheilt worden ist.

Auf die über die erhobenen Rügen hinaus von Amtes wegen zu prüfende Frage, ob in Bezug auf die Erheblichkeit der AGB-Empfehlungen und allfällige Rechtfertigungsgründe zu diesen Empfehlungen die verlangte Begründungsdichte erreicht ist (vgl. zur Begründungspflicht E. 3.2.3.1 und 3.2.3.2 hiervor), wird im Rahmen der materiellen Ausführungen zu dieser Frage (E. 9 hiernach) zurück zu kommen sein.

3.2.6 Gespräch von ASCOPA-Vertretern mit einem leitenden Mitarbeitenden des Sekretariates der Vorinstanz

Am 9. September 2008 – also vor Eröffnung der Untersuchung – fand ein informelles, nicht protokolliertes Gespräch zwischen Vertretern von ASCOPA, wozu auch der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin gehörte, und einem (damals) leitenden Angestellten des Sekretariats statt (angefochtene Verfügung Rz. 260 ff.; vgl. Sachverhalt Bst. B.a).

3.2.6.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel „verfahrensmässige Unregelmässigkeiten“ geltend, dass es bei korrekter Protokollierung und Nachbearbeitung dieses Gespräches gar nie zu einer Selbstanzeige und zur Eröffnung der Untersuchung hätte kommen können (Beschwerde Rz. 20 Lemma 1, 165 ff.). Anlässlich dieses nicht protokollierten Gesprächs sei der (damals) leitende Angestellte des Sekretariats über den Austausch von Preislisten, Umsatzinformationen und Werbeausgaben informiert worden (Beschwerde Rz. 165). Es könne nicht sein, dass ein leitender Angestellter eine „informelle“ Besprechung abhalte, ohne darüber Protokoll zu führen und ohne seine Kollegen darüber zu unterrichten (Beschwerde Rz. 167).

3.2.6.2 Vorbringen der Vorinstanz

3.2.6.2.1 Im Wesentlichen legt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dar, dass es sich einerseits – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin und der ASCOPA-Mitglieder im vorinstanzlichen Verfahren – nicht um einen Anwendungsfall des Vertrauensschutzes handle, da es verbandsinterne Mails gegeben habe, aus welchen hervorgehe, dass die Parteien nachweislich nicht die Erwartung gehabt hätten, der Informationsaustausch sei in seiner bisherigen Form zulässig (angefochtene Verfügung, Rz. 309 ff.). Nach der Zusammenfassung der ASCOPA-Vertreterin sei als Ergebnis dieses Gespräches klar gewesen, dass keine Preisinformationen mehr und in Bezug auf die Umsätze keine aktuellen Daten mehr ausgetauscht werden dürfen; es müsse sich vielmehr um „données historiques“ handeln. Diese Mails würden schon alleine dafür sprechen, dass der bis dahin praktizierte Informationsaustausch vom damals leitenden Angestellten des Sekretariates aus kartellrechtlicher Sicht nicht vollkommen unbedenklich eingestuft worden sei (angefochtene Verfügung Rz. 301 ff., 306 ff.). Zudem seien die Beschwerdeführerin und die Vertreter von ASCOPA von einer ausgebildeten Rechtsanwältin zu diesem Gespräch begleitet worden, welche den Parteien das korrekte Procedere hätte aufzeigen können (angefochtene Verfügung Rz. 327).

3.2.6.2.2 Ausserdem legt die Vorinstanz dar, dass dieses Gespräch – entgegen der im vorinstanzlichen Verfahren geäusserten Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht als Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei, da eine solche Beratung schriftlich und gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) gebührenpflichtig sei. Zudem seien Beratungen gestützt auf Art. 23 Abs. 2 KG mit Formularen, welche auf der Homepage der WEKO heruntergeladen werden können, anzumelden. Auch könne das Sekretariat gar nicht alleine eine Untersuchung eröffnen. Es müsse dies im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO tun (Art. 27 Abs. 1 KG). Demzufolge liege die Eröffnung der Untersuchung gar nicht in der alleinigen Kompetenz des Sekretariates. Die Wettbewerbskommission sei an dessen Beratungen gemäss Art. 23 Abs. 2 KG nicht gebunden (angefochtene Verfügung Rz. 322 f., 327). Ausserdem erfülle ein derartiges Gespräch, jedenfalls wenn nicht im Anschluss daran weitere Angaben gemacht bzw. Offenlegungen vorgenommen werden, auch nicht die Anforderungen an eine Selbstanzeige (angefochtene Verfügung Rz. 331 ff.).

3.2.6.3 Würdigung

3.2.6.3.1 Die Inhalte des Gespräches vom 9. September 2008 wurden nachträglich auf einer Telefonnotiz der Vorinstanz zusammengefasst (act. 82, Telefonnotiz vom 9. Februar 2009). Nach dem Treffen stellte der (damals) leitende Mitarbeiter in einer Mail an ASCOPA klar, dass die in Frage stehende informelle Einschätzung für die Vorinstanz nicht bindend sei (act. 435, Beilage 12, Mail vom 8. Oktober 2008). Zwei weiteren verbandsinternen E-Mails, welche den Inhalt dieses Gespräches zusammenfassen, ist zu entnehmen, dass in diesem Gespräch gesagt wurde, dass der Informationsaustausch keine kartellrechtliche Untersuchung nach sich ziehe, wenn Umsatzdaten mit drei Monaten Verzug ausgetauscht würden und dass ebenfalls keine Informationen über direkte Preise ausgetauscht werden dürfen. Zudem sei das Gespräch informell und vertraulich (Mail vom 19. September 2008, act. 63; verbandsinterne E-Mail vom 6. Oktober 2008 abgedruckt in act. 439, Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag I vom 19. September 2010, Beilage 17; ebenfalls abgedruckt in act. 171, Fragebogen von L'Oréal vom 8. Juni 2009, Beilage 6; angefochtene Verfügung Rz. 261, 309 ff., 324 f.).

3.2.6.3.2 Der Vorinstanz ist beizupflichten, wenn sie zum Inhalt des Gesprächs vom 9. September 2008 festgehalten hat, die soeben dargestellten Aussagen der Parteien zu dessen Inhalt erscheinen glaubhaft. Gemäss diesen Angaben habe der damalige leitende Angestellte des WEKO-Sekretariats angegeben, dass nur Umsätze, die älter als drei Monate seien, ausgetauscht werden dürfen. Den Austausch von Werbeausgaben habe dieser als nicht sehr problematisch angeschaut. Schliesslich sollten keinerlei Preislisten mehr ausgetauscht werden; dies sei im Zeitpunkt des Treffens aber ohnehin nicht mehr der Fall gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 261 f.). Dasselbe gilt für das gemeinsame Verständnis der Beteiligten in Bezug auf die vertrauliche bzw. informelle Natur des Gesprächs (verbandsinterne E-Mail vom 6. Oktober 2008, abgedruckt in act. 439, Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag I vom 19. September 2010, Beilage; angefochtene Verfügung Rz. 324 f.). Sachverhaltlich unbestritten ist ausserdem, dass die erste Selbstanzeige („Meldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG“) eines ASCOPA-Mitglieds vom 17. Oktober 2008 direkt an den Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission gerichtet war.

3.2.6.3.3 Zunächst ist festzuhalten, dass kartellrechtliche Beratungen gemäss Art. 23 Abs. 2 KG grundsätzlich unter dem Vorbehalt zu betrachten

sind, dass die Wettbewerbskommission nicht an die Beratungen des Sekretariates gebunden ist und dass der Sachverhalt aufgrund der von den zur Beratung Antragstellenden eingereichten Unterlagen – und nicht durch die Behörde – ermittelt wird (BSK KG-BANGERTER, Art. 23 KG N 48 f.). Zudem bilden Auskünfte gemäss Art. 23 Abs. 2 KG – unabhängig davon, ob sie positiver oder negativer Natur sind – keine Verfügungen. Ebenfalls bilden Auskünfte über künftige Sachverhalte bzw. über vom Unternehmen ins Auge gefasste Verhalten keine Feststellungsverfügungen (BGE 135 II 60 E. 3.3.3 „Maestro“; ISABELLE HÄNER, Comfort letters – Einsatzmöglichkeiten im Schweizerischen Kartellrecht, in: Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht, Revision und Praxis, 2002, S. 138). Ausserdem ist in einer Anfrage betreffend Beratung keine Selbstanzeige zu sehen (MARTENET, in: Commentaire romand, Art. 23 N 18). Folgerichtig führt die Inanspruchnahme einer Beratung auch nicht zum Verlust des Melderechts im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (BSK-BANGERTER, Art. 23 KG N 50). Schliesslich sind die Beratungen – worauf die Vorinstanz zutreffend hinweist – gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG kostenpflichtig (BRUCH/MEIER, DIKE-KG, Art. 23 KG N. 82; BRUCH/JAAG, DIKE-KG, Art. 53a KG Rz. 27). Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus den dargestellten Charakteristika einer Beratung in Übereinstimmung mit der Beurteilung der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 327), dass in der Besprechung vom 9. September 2008 keine Beratung im Sinne von Art. 23 KG gesehen werden kann. Dagegen sprechen die fehlende schriftliche Anfrage, die übereinstimmend als vertraulich-informell definierte Natur der Besprechung wie auch der Umstand, dass die Kostenpflichtigkeit der Besprechung noch nicht einmal thematisiert worden ist.

3.2.6.3.4 Aus dem Mailaustausch im Anschluss an das Gespräch vom 9. September 2008 (angefochtene Verfügung Rz. 310), insbesondere der seitens des ASCOPA-Verbandssekretariats zugesicherten Verhaltensanpassung (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 311), geht hervor, dass sich das Verbandssekretariat der ASCOPA vor allem in Bezug auf die künftige Verbandspraxis absichern wollte. Die Beschwerdeführerin macht ausserdem jedenfalls vor Bundesverwaltungsgericht nicht mehr geltend, als Teilnehmerin an der in Frage stehenden Besprechung habe sie einen „Marker“ für eine Selbstanzeige gesetzt. Der Selbstanzeige kommt mit Blick auf den Umstand, dass die Vorinstanz auf die Sanktionierung der betroffenen Unternehmen verzichtet hat, auch keine Bedeutung (mehr) zu (vgl. dazu ausführlich E. 6.1 hiernach). Es stellt sich also nur die Frage, ob die Beschwerdeführerin aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes etwas zu ihren Gunsten ableiten kann.

3.2.6.3.5 Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine (selbst unrichtige) Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten (BGE 137 II 182 E. 3.6.2). Mit Blick auf das Ziel des in Frage stehenden Gesprächs, sich für die Zukunft abzusichern, und den Inhalt desselben kann, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 307 ff.), nicht von einer Zusicherung ausgegangen werden, wonach die möglicherweise kartellrechtlich relevanten bisherigen Verhaltensweisen der ASCOPA-Mitglieder nicht nur nicht sanktioniert werden, sondern auch nicht Gegenstand einer Rechtswidrigkeitsfeststellung sein würden. Vielmehr macht die Beschwerdeführerin geltend, der Vertreter des Sekretariats hätte die Gesprächsteilnehmer über das Sanktionsrisiko informieren müssen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 313 ff.). Demnach ist klar, dass die verbandsinterne Zusicherung der ASCOPA-Vertreterin, wonach die Informationen, die der (damals) leitende Angestellte der WEKO erhält, damit er die gewünschten Auskünfte geben kann, auf keinen Fall zu einer Untersuchung der WEKO betreffend ASCOPA führen könne (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 319), ihrerseits nicht von einer der Vorinstanz zu-rechenbaren Zusicherung betreffend Verzicht auf die Eröffnung einer Untersuchung gedeckt war. Bereits der informelle Charakter der Besprechung spricht gegen den Bindungswillen der Behörde, worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist (angefochtene Verfügung Rz. 324 f.). Damit braucht auch nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, inwieweit die Unternehmen davon ausgehen können, dass das Sekretariat in diesem Punkt trotz fehlender Zuständigkeit die für das Aussprechen von Sanktionen zuständige Wettbewerbskommission binden kann (vgl. dazu etwa die Urteile des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.4.5.4 „Publigroupe“ und B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 4.2.6 „Flughafen Zürich“). Unter diesen Umständen bestand aber – namentlich gegenüber einem bedeutenden Branchenverband, dessen Sekretärin über ein Anwaltspatent verfügt (angefochtene Verfügung Rz. 301 und Rz. 317) – gerade keine Pflicht zum Hinweis auf das Sanktionierungsrisiko. Damit kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Umstand, dass der (damals) leitende Angestellte des Sekretariats nicht auf das Sanktionsrisiko hingewiesen hat, mit Blick auf die Garantie des Vertrauensschutzes nichts zu ihren Gunsten ableiten. Deshalb kann der Beschwerdeführerin nicht zugestimmt werden, wenn sie die Auffassung vertritt, dass ihr durch die korrekte Protokollierung des Gesprächs die Eröffnung einer Untersuchung erspart geblieben wäre. Folglich ist nicht weiter auf den Umstand einzugehen, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausführt, das

übrige Personal des Sekretariats habe von dieser informellen Besprechung nichts gewusst.

3.2.6.3.6 Zusammenfassend kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit ihre Rüge dahingehend zu verstehen ist, sie habe zufolge geschützten Vertrauens in die Nichtverfolgung der in Frage stehenden Verhaltensweisen der ASCOPA-Mitglieder einen Anspruch auf das Unterlassen einer Sanktionierung oder gar der Feststellung der Rechtswidrigkeit. Soweit die Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht der Substantiierung dieser Argumentation dienen, sind sie, obwohl das beschriebene Vorgehen des leitenden Angestellten des Sekretariats tatsächlich sehr ungewöhnlich erscheint, rein aufsichtsrechtlicher Natur. Die Beschwerdeführerin vermag aus demselben demnach nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

3.3 Ausstandsrügen

3.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter – ebenfalls unter dem Titel „verfahrensmässige Unregelmässigkeiten“ –, dass die Inhalte des Verfügungsantrages I, welcher noch auf Sanktionen beruhte, öffentlich gemacht wurden, was einer öffentlichen Vorverurteilung der gesamten Branche gleichkomme (Beschwerde Rz. 20 Lemma 3, 169). Zudem seien grobe Verfahrensfehler geschehen in Bezug auf die zunächst verweigerte Herausgabe einer Telefonnotiz, welche das hiervor beschriebene Gespräch vom 9. September 2008 zum Gegenstand hat (Beschwerde Rz. 20 Lemma 4, 170). Die Vorinstanz führt dazu aus, dabei handle es sich um Vorwürfe, welche bereits Gegenstand eines rechtskräftigen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bilden (Vernehmlassung Rz. 66).

3.3.2 Hinsichtlich dieser beiden Rügen erübrigen sich weiterführende Ausführungen. Die Beschwerdeführerin gelangte bereits während des vorinstanzlichen Verfahrens ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte mit derselben Begründung den Ausstand zweier Mitarbeiter des Sekretariates. Allerdings drang die Beschwerdeführerin mit ihren Anliegen vor Bundesverwaltungsgericht nicht durch. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Art der Untersuchungsführung zeige die Voreingenommenheit der Personen auf, welche die Untersuchung geführt hatten (Beschwerde, Rz. 171 in fine), kann ebenfalls auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 verwiesen werden, welches noch vor Erlass der auf den 31. Oktober 2011 datierten angefochtenen Verfügung ergangen ist. Dasselbe gilt in Bezug auf die

seitens der Beschwerdeführerin beanstandete Medienmitteilung. Das Gericht hat dazu festgehalten, diese führe nicht zum Anschein der Befangenheit. Indessen sei das Sekretariat bzw. die Vorinstanz aber gehalten, künftig vorsichtiger zu kommunizieren und dabei der korrekten Darstellung des Verfahrensstandes und des weiteren Verfahrensverlaufs die nötige Beachtung zu schenken (Urteil des BVGer B-7483/2010 E. 4.2.5 „ASCOPA-Ausstandsfrage“; vgl. auch Sachverhalt Bst. B.d). Dem ist nichts hinzuzufügen.

3.4 Rüge, dass die Verbotsverfügung nicht ausreichend bestimmt sei

Die Beschwerdeführerin führt zunächst aus, dass nach dem Konzept der angefochtenen Verfügung bei Zuwiderhandlung gegen die darin statuierte Verhaltensauflage gestützt auf Art. 50 KG eine Busse ausgesprochen werden soll (vgl. Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Ein Gesetz müsse indessen so klar formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen könne („nulla poena sine lege“; vgl. Art. 5 Abs. 1 BV wie auch Art. 7 EMRK). Eine Sanktion sei deshalb nur zulässig, wenn sie objektiv voraussehbar sei. Das treffe in Bezug auf die angefochtene „Verbotsverfügung“ nicht zu. Namentlich sei nicht klar, inwieweit Umsatzangaben zu aggregieren seien, nachdem bereits die Gegenstand der Rechtswidrigkeitsfeststellung bildenden ausgetauschten Angaben aggregiert gewesen seien (Beschwerde, Rz. 172 f.).

Da die angefochtene Verfügung nicht auf eine direkte Sanktion, sondern auf eine Rechtswidrigkeitsfeststellung unter Androhung einer indirekten Sanktion lautet, ist damit systemisch den Anforderungen an die Bestimmtheit der anzuwendenden Norm Genüge getan (vgl. mutatis mutandis das Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.1.6.2 „Publigroupe“). Die verneinende Antwort auf die Frage, ob die individuell-konkrete Androhung einer indirekten Sanktion genügend bestimmt ist, kann jedenfalls nicht zur Feststellung führen, dass die Gesetzesnorm, auf welche die Sanktion gestützt wird, zu wenig bestimmt ist. Damit ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter auf die Rechtsprechung zum Bestimmtheitsanfordernis in Bezug auf technische oder unbestimmte Begriffe einzugehen (vgl. dazu BGE 146 II 217 E. 8.2 in fine mit Hinweisen „Preispolitik Swisscom ADSL II“). Denn nur auf die Bestimmtheit der „Verbotsverfügung“ zielt die Rüge der Beschwerdeführerin. Diesbezüglich gilt es zu berücksichtigen, dass erst-

instanzliche Verfügungen nicht streng nach ihrem Wortlaut, sondern ihrem wirklichen Gehalt zu verstehen sind (Urteil des BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2). Vorab ist festzuhalten, dass die Begründung in der angefochtenen Verfügung in Bezug auf die Anordnung gemäss Dispositivziffer 1 in fine, wonach insbesondere die Abreden bezüglich des Austausches von Bruttopreislisten, nicht aggregierten Umsatzangaben und Bruttowerbeausgaben nicht mehr eingehalten werden dürfen, tatsächlich sehr knapp war. Indessen lässt sich aus dem Zusammenhang bzw. der materiellen Begründung der angefochtenen Verfügung klar erschliessen, was gemeint ist. Die Vorinstanz wirft den betroffenen Unternehmen bekanntlich vor, dass es sich bei den zwischen den Konkurrenten ausgetauschten Daten um nicht oder kaum aggregierte, aktuelle Informationen über Preise, Umsätze und Werbeausgaben gehandelt habe (angefochtene Verfügung Rz. 392). Unter der Bedingung, dass die Rechtswidrigkeitsfeststellung insgesamt zu Recht erfolgt ist, erweist sich auch die Auflage in Bezug auf das künftige Verhalten als hinreichend klar durch die Formulierung „nicht mehr eingehalten“ werden dürfen. Damit wird den betroffenen Unternehmen nicht jeder Informationsaustausch verboten, sondern lediglich einer, wie er in der angefochtenen Verfügung – namentlich was die Aggregierung der in Frage stehenden Daten betrifft – sachverhaltlich festgestellt worden ist. Darin ist kein Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot zu sehen und die Auflage erschöpft sich auch nicht in einem blossen Hinweis auf das Gesetz. Indessen ist durch die gewählte Formulierung der Auflage folgerichtig auch die durch das Bundesgericht beschriebene Bindungswirkung beschränkt auf das vorinstanzlich festgestellte Verhalten, soweit im Folgenden dessen Rechtswidrigkeit festgestellt werden sollte (Urteil des BGer 2C_782/2021 vom 14. September 2022 E. 4.3.4 in fine „Implenia Schweiz AG“). Durch diesen Zusammenhang ergibt sich ohne Weiteres, dass der erlaubte Aggregierungsgrad höher sein muss als nach der als rechtswidrig beurteilten Praxis der Verbandsmitglieder. Alles Weitere ist Gegenstand der materiellen Frage, ob die Vorinstanz den qualitativen Elementen der Erheblichkeit im Rahmen der Rechtswidrigkeitsfeststellung die ihnen zukommende Bedeutung beigemessen hat (vgl. Beschwerde Rz. 122). Zur Frage nach der Bedeutung des Begriffes des „Aggregierens“ kann folgerichtig auf die Ausführungen im materiellen Teil in Erwägung 6.4.1.3 verwiesen werden. Des Weiteren ist festzuhalten, dass bereits in Erwägung 1.5 hiervor ausgeführt worden ist, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Wunsch nach einer über den Fall hinausweisenden generell-abstrakten Aussage, welche Formen von Informationsaustausch erlaubt sind, die Anforderungen an die gerichtliche Überprüfung der Rechtskonformität einer individuell-konkreten Verfügung überspannt.

3.5 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren verfahrensrechtlichen Rügen im Wesentlichen ins Leere stösst, soweit diese nicht ohnehin durch den vorinstanzlichen Verzicht auf die direkte Sanktionierung ihre Bedeutung eingebüsst haben. Soweit in Bezug auf die Akteneinsicht eine Gehörsverletzung bejaht worden ist (vgl. E. 3.2.4.6 hiervor), ist diese von derart untergeordneter Bedeutung, dass der Heilung im Rechtsmittelverfahren jedenfalls nichts entgegensteht. Auf die Frage, ob sie sich auf die Kostenfolge auswirkt, ist im Rahmen der einschlägigen Erwägungen zurückzukommen (vgl. E. 12.2.3 hiernach). Das Gericht hat indessen in Bezug auf den Anspruch auf rechtliches Gehör einen Vorbehalt dahingehend gemacht, dass sich im Rahmen der materiellen Ausführungen unabhängig von den Rügen der Beschwerdeführerin Aussagen zur Begründungspflicht ergeben könnten (vgl. dazu E. 3.2.3.1 und 3.2.3.2 hiervor). Darauf wird im Rahmen der materiellen Erwägungen zurückzukommen sein (vgl. Erwägungen 6.4.2.5.7. und 9 hiernach).

4. Art. 4 Abs. 1 KG (Informationsaustausch)

4.1 Aufbau der materiellen Prüfung

In den Erwägungen 4-6 geht es darum aufzuzeigen, ob die Handlungen des Informationsaustausches der ASCOPA-Mitglieder (Austausch der Bruttopreislisten, Bruttoumsätze und Werbeinvestitionen) als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren sind. Die Erwägung 4 hat die Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG zum Gegenstand. In Erwägung 5 geht es um die Marktabgrenzung und in Erwägung 6 um die Erheblichkeitsprüfung des Informationsaustausches im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Betreffend die AGB-Empfehlungen erfolgt eine gesonderte kartellrechtliche Prüfung in den Erwägungen 7-9.

4.2 Zu Art. 4 Abs. 1 KG im Allgemeinen

4.2.1 Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Informationsaustausch von ASCOPA von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird. Normalerweise – also wenn keine Informationen ausgetauscht werden – handeln die Wettbewerber autonom und kennen das Verhalten der anderen Konkurrenten nicht. Ein Kennzeichen des wirksamen Wettbewerbs ist die Unsicherheit über das Verhalten der anderen Wettbewerber. Ein Informationsaustausch wird erst dann problematisch, wenn er diese strategische Ungewissheit aufhebt und so das Risiko, welches dem eigenständigen Marktverhalten inhärent ist, reduziert (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 „Pfizer II“, Urteil 2C_147/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 3.4.2.2 „Bayer [Schweiz] AG“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 152; ANDREAS BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Diss. Zürich, Baden-Baden 2012, S. 286 ff., nachfolgend: BLATTMANN). Ein Informationsaustausch kann entweder unselbständig, d.h. Teil einer umfassenden Abrede, sein oder er ist als selbständiger Informationsaustausch auf seine Abredequalität hin zu prüfen (vgl. insbesondere AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 58 f. und zum Ganzen ausführlich E. 6.2.3 hiernach). Je nach Intensität und Marktgegebenheiten kann der selbständige Informationsaustausch als „nearly perfect substitute“ für eine eigentliche Preisabsprache dienen (vgl. zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, Information exchange agreements, S. 130, sowie E. 2.3, insb. 2.3.2 hiervor).

Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander ab-

gestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Dabei sind die kartellrechtsrelevanten Verhaltensweisen „Vereinbarungen“ und „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ alternativ zu verstehen. Liegt eine Vereinbarung vor, genügt dies, um auf eine Wettbewerbsabrede zu schliessen, ohne dass geprüft werden müsste, ob zugleich eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 „Altimum“; BGE 147 II 72 E. 3.4.1 „Pfizer II“; vgl. dazu ausführlich E. 4.4.3.1.3 hiernach).

4.2.2 Es ist zu prüfen, ob bzw. inwieweit zur Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG in Bezug auf die Erfassung des Informationsaustauschs Normen des europäischen Wettbewerbsrechts von Bedeutung sein können (E. 4.3.1 f.). In Erwägung 4.3 ist sodann der Frage nachzugehen, inwiefern die Bekanntmachungen im Versicherungsbereich (Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich, RPW 2007/1 S. 137 ff. Rz. 34 ff., nachfolgend: Bekanntmachungen im Versicherungsbereich, vgl. E. 4.3.3 hiernach) und die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11/01 vom 14. Januar 2011 (nachfolgend: Horizontalleitlinien, vgl. E. 4.3.4 hiernach), welche unter anderem ab Seite 13 den Informationsaustausch näher konkretisieren, herangezogen werden können. In einem weiteren Schritt ist festzustellen, ob die einzelnen Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG gegeben sind. So wird in Erwägung 4.4 die Abredequalität geprüft. In E. 4.5 wird erörtert, welche Bedeutung den Wettbewerbsparametern auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG zukommt. Danach ist die Frage zu klären, ob der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte oder bewirkte (siehe E. 4.6 hiernach). Schliesslich wird geprüft, ob der seitens der Beschwerdeführerin behauptete prokompetitive Charakter der Abrede dazu führt, dass diese nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, und welche Bedeutung der Frage nach der Einschränkung der Handlungsfreiheit zukommt (E. 4.7). Sämtliche Ausführungen zu Art. 4 Abs. 1 KG in Erwägung 4 beziehen sich jeweils auf alle Handlungen des Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreislisten, der Umsätze und der Werbeinvestitionen), ausser wenn spezifisch darauf hingewiesen wird, dass sich eine Aussage auf einen bestimmten dieser Handlungsstränge bezieht.

4.3 Relevanz des EU-Rechts und weiterer Grundlagen in Bezug auf den Informationsaustausch

4.3.1 In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarung und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ABl. C 326/47 vom 26.10.2012, S. 47 ff.) überein (BGE 147 II 72 E. 3.1 „Pfizer II“; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 7; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE REICH, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG, 2007, Art. 4 KG N 22, nachfolgend: Stämpfli HK-BEARBEITER; zur Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung vgl. E. 6.3.5, 6.3.5.1).

4.3.2 Bevor die Handlungen des vorliegenden Informationsaustauschs im Kontext mit den Kriterien von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen sind, stellt sich die Frage, ob es weiterführende Erlasse oder Bekanntmachungen im Schweizer Kartellrecht gibt, welche den Informationsaustausch näher konkretisieren, und ob zugleich auf Art. 101 AEUV konkretisierendes EU-Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden kann.

4.3.3 Es existieren im Schweizer Recht hinsichtlich des Versicherungsbereiches Grundlagen zum Informationsaustausch aus dem Jahr 2007 (Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich, RPW 2007/1 S. 137 ff. Rz. 34 ff., nachfolgend: Bekanntmachungen im Versicherungsbereich; BLATTMANN, S. 224 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 87). Allerdings haben Bekanntmachungen, welche ihre Grundlage in Art. 6 KG finden, keine Bindungswirkung für Gerichte (BGE 147 II 72 E. 4.4.3 „Pfizer II“; BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. „Buchpreisbindung I“; BLATTMANN, S. 224 f. mit Fn. 799). Denn die Bekanntmachungen bilden die Praxis der WEKO ab und stellen eine Verwaltungsverordnung dar. Weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht sind bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an die Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden. Andernfalls würde der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 „Gaba“). Zudem kommt BLATTMANN zum Schluss, dass die Kriterienliste in den Bekanntmachungen im Versicherungsbereich unvollständig ist (BLATTMANN, S. 224 f.), was auch Rz. 37 der Bekanntmachungen selber festhält („ohne den Anspruch auf Vollständigkeit“). Generell wird in der Lehre – ebenso wie durch die Beschwerdeführerin – fehlende Rechtssicherheit in Bezug auf den Informationsaustausch bemängelt (ANDREAS

HEINEMANN/RETO HEIZMANN, Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation, in: Festschrift Rolf H. Weber, 2011, S. 67, nachfolgend: HEINEMANN/HEIZMANN, in: Festschrift Weber).

4.3.4 Es stellt sich daher die Frage, ob das Heranziehen der im Jahr 2011 revidierten Horizontalleitlinien der EU, welche auch rechtliche Aussagen zum Informationsaustausch enthalten, ebenfalls und sogar eher sachgerecht erscheint. Dabei ist zu beachten, dass dem europäischen Wettbewerbsrecht eine Vorreiterrolle hinsichtlich der Ausgestaltung nationaler Wettbewerbsrechte zukommt, da das europäische Wettbewerbsrecht auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission der vergangenen 30 Jahre beruht und auch durch Ausführungserlasse kontinuierlich weiterentwickelt wurde (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 529 f.; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 169 „Preispolitik Swisscom ADSL II“). Die Bekanntmachungen im Versicherungsbereich räumen dem Informationsaustausch weniger als anderthalb Seiten ein, wohingegen es bei den Horizontalleitlinien 13 Seiten sind. Schon aufgrund der Regelungsdichte sprechen die Horizontalleitlinien für mehr Rechtssicherheit. Dabei ist durchaus einzuräumen, dass Letztere ebenfalls wegen mangelnder Gewährleistung von Rechtssicherheit kritisiert werden (vgl. etwa WAGNER-VON PAPP, Information exchange agreements, S. 172 f.).

Die Bekanntmachungen im Versicherungsbereich weisen zudem eine branchenspezifische Zielsetzung auf (z.B. Informationsasymmetrien wie „Adverse Selection“ und „Moral Hazard“, Informationen für die Berechnung einer Risikoabschätzung, ohne dass aber auf die Prämien anderer Versicherer rückgeschlossen werden kann; Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 34 f.). Der *Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik* und auch der allgemeine Kosmetikmarkt kennen diese Probleme des Versicherungsmarktes nicht, weshalb in erster Linie die Horizontalleitlinien beizuziehen sind (vgl. zur Bedeutung des EU-Kartellrechts allgemein E. 4.3.1 hiavor und in Bezug auf die Erheblichkeit E. 6.3.5 hiernach).

4.4 Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

4.4.1 Die Beschwerdeführerin führt an, dass im vorliegenden Fall überhaupt keine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsabrede bzw. keine zwingende oder nicht zwingende Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliege bzw. bewiesen worden sei (Beschwerde Rz. 70 ff. und 84; Replik Rz. 18 Bst. i und 85 Lemma 1; Stellungnahme

der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 26). Des Weiteren meint sie, dass ein Informationsaustausch nur in sich selbst als Wettbewerbsabrede oder als abgestimmte Verhaltensweise betrachtet werden könne, wenn er anhand der Marktstruktur Kollusion ermöglicht habe (Beschwerde Rz. 79). Zudem würden die Ausführungen der Vorinstanz zur Mittäterschaft (angefochtene Verfügung Rz. 251 ff.) diese nicht entbinden, darüber hinaus die Tathandlung jedes einzelnen ASCOPA-Mitgliedes, insbesondere der Beschwerdeführerin, an einer Wettbewerbsabrede zu beschreiben (Beschwerde Rz. 148).

4.4.2 Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass der Informationsaustausch (Austausch von Brutto-Preislisten, Bruttoumsatzzahlen und Werbeinvestitionen) auf Beschlüssen der Generalversammlung von ASCOPA beruht habe. Die Generalversammlung habe sich aus den einzelnen Verbandsmitgliedern, die an der Beschlussfassung beteiligt waren, zusammengesetzt. Somit hätten die Mitglieder ausdrücklich ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck gebracht, die fraglichen Informationen auszutauschen. Nach der Vorinstanz liegt aufgrund der Generalversammlungsbeschlüsse zum Informationsaustausch eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor (angefochtene Verfügung Rz. 385).

4.4.3 Handlungen des Informationsaustausches und Abredequalität

4.4.3.1 Grundlagen

4.4.3.1.1 Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Art. 4 Abs. 1 KG, welcher die Wettbewerbsabrede umschreibt, weist verschiedenen Voraussetzungen auf.

4.4.3.1.2 Einerseits wird für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede das bewusste und gewollte Zusammenwirken von Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen im Sinne einer Vereinbarung oder alternativ eine abgestimmte Verhaltensweise gefordert (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 „Altimum“; vgl. E. 4.2.1 in fine hiavor). Andererseits wird eine durch die Abrede bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorausgesetzt (BGE 147 II 72 E. 3.1 f. „Pfizer II“; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 1; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 KG N 3;

BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 19). Als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gilt grundsätzlich jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 72; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 1. Aufl. 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 42, nachfolgend: BSK KG 2010-BEARBEITER; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, 1996, Zweite Lieferung 1997, Art. 4 Abs. 1 KG N 22, nachfolgend: BEARBEITER, in: Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.]; relativierend BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 431 ff.). Dabei spielt bei der Vereinbarung deren Form keine Rolle; diese kann sowohl mündlich, schriftlich als auch konkludent erfolgen (BGE 147 II 72 E. 3.3 „Pfizer II“; DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 31). So können auf den ersten Blick einseitige Massnahmen dann eine Abrede darstellen, wenn es sich eigentlich um eine Aufforderung zum Eingehen einer Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung handelt, die dann der Adressat ausdrücklich oder konkludent annimmt, so dass sich die scheinbar einseitige Massnahme in eine zweiseitige Koordination wandelt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 77).

4.4.3.1.3 Der in Art. 4 Abs. 1 KG enthaltene *Abrededebegriff* ist sehr weit gefasst und es ist nicht von Relevanz, in welcher Form die Verhaltenskoordination stattgefunden hat (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 48; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Aufgrund des Gesetzeswortlauts von Art. 4 Abs. 1 KG gelten nicht nur Vereinbarungen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen auf gleicher oder verschiedener Marktstufen als „Wettbewerbsabreden“. Sie sind Mittel der Verhaltenskoordination und geeignet („de nature à“), zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen (BGE 147 II 72 E. 3.2 „Pfizer II“; Urteil des BGer 2C_147/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2 „Bayer [Schweiz] AG“; Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2 „Dargaud [Suisse] SA“). Jedoch stellt sich erst die Frage, ob eine *abgestimmte Verhaltensweise* gegeben ist, wenn das Vorliegen einer Vereinbarung zu verneinen ist (vgl. E. 4.2.1 in fine mit Hinweisen hiervor). Abzugrenzen von der kartellrechtlich relevanten Verhaltenskoordination ist das erlaubte Parallelverhalten, bei welchem sich das Verhalten der Wettbewerber autonom gestaltet (BGE 129 II 18 E. 6.3 „Buchpreisbindung“; BGE 147 II 72 E. 3.4.2.1 „Pfizer II“; Urteil des BGer

2C_147/2018 E. 3.4.2.1 in fine „Bayer [Schweiz] AG“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 61).

4.4.3.1.4 Im Unterschied zu Art. 101 AEUV werden im schweizerischen Kartellrecht die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen nicht ausdrücklich als mögliche Form der Abrede genannt (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 61). Nach Lehre und Rechtsprechung können indessen rechtlich verbindliche Vereinsbeschlüsse bzw. Statuten von Wirtschaftsverbänden eine mögliche Form der Vereinbarung und damit der Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sein. Der Verein nach Art. 60 ff. des Zivilgesetzbuchs hat sich bei Berufs- und Branchenverbänden denn auch als beliebte Rechtsform gezeigt (BLATTMANN S. 167; ZÄCH, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2005, Rz. 365, nachfolgend: ZÄCH; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 65; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 KG N 7; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 33). Entscheidend ist der Bindungswille (BGE 147 II 72 E. 4.3 „Pfizer II“). Damit müssen entsprechende Beschlüsse, wenn auch nicht ausdrücklich genannt, auch in Bezug auf einen Informationsaustausch als mögliche Form der Vereinbarung von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden (vgl. in Bezug auf die AGB-Empfehlungen E. 7.1.4.3 f. hiernach). Demnach kann REINERT nicht zugestimmt werden, soweit er die Auffassung vertritt, dass der Informationsaustausch nur unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, wenn die Definition der abgestimmten Verhaltensweise erfüllt ist (BSK-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 115).

4.4.3.2 Bedeutung der Vereinsbeschlüsse und Statuten

4.4.3.2.1 Vorliegend handelt es sich bei ASCOPA – wie bereits unter Bst. A.a f. des Sachverhalts beschrieben – um einen Branchenverband, welcher das Rechtskleid eines Vereins gemäss Art. 60 ff. ZGB trägt. Die Mitglieder von ASCOPA vertreiben nicht zwingend ausschliesslich, aber jedenfalls auch Produkte im Bereich der Luxuskosmetik bzw. im gehobenen Preissegment der Kosmetik (Art. 1 ASCOPA-Statuten; angefochtene Verfügung Rz. 473). Nach Art. 2 Bst. a der ASCOPA-Statuten hat der Verein unter anderem zum Ziel, die beruflichen, ökonomischen und ideellen Interessen seiner Mitglieder zu verteidigen. Ausserdem soll gemäss Art. 2 Bst. d der Statuten der Wert der durch die Mitglieder hinterlegten Marken verteidigt werden. Art. 11 Abs. 1 ASCOPA-Statuten hält zudem fest, dass die Generalversammlung das oberste Organ von ASCOPA ist. Gemäss Art. 13 Bst. h ASCOPA-Statuten liegen Entscheide über sämtliche Angelegenheiten, die der Generalversammlung vorgelegt werden können und in der Traktandenliste (ordre du jour) aufgeführt sind, im Aufgabenbereich

derselben. Für Beschlüsse der Generalversammlung wird gemäss Art. 12 ASCOPA-Statuten die Mehrheit der anwesenden Mitglieder benötigt. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Generalversammlung gemäss Art. 22 ASCOPA-Statuten für Änderungen oder Revisionen der ASCOPA-Statuten zuständig ist.

4.4.3.2.2 Bei den Handlungen des Informationsaustausches geht es um ein Verhalten, welches einerseits von den Zielen des Vereins gedeckt ist und andererseits gemäss Art. 13 Bst. h der ACOPA-Statuten jedenfalls in die Kompetenz der Generalversammlung fällt. Zugleich ist der nach Art. 15 der ASCOPA-Statuten von der Generalversammlung gewählte Vorstand gehalten, die Beschlüsse und Vereinbarungen der Generalversammlung umzusetzen (Art. 16 Bst. c der ASCOPA-Statuten). Des Weiteren sind gemäss Art. 9 der ASCOPA-Statuten die Mitglieder verpflichtet, sich nach den Entscheiden des Komitees (Vereinsvorstands) und der Generalversammlung zu richten. Schon bei seinem Aufnahmegesuch in den Verein ASCOPA hat ein Kandidat eine Erklärung abzugeben, wonach er sich den Statuten und den daraus resultierenden Obliegenheiten verpflichtet (Art. 4 Abs. 2 ASCOPA-Statuten). Ausserdem sah Art. 6 Bst. a-d der ASCOPA-Statuten aus verschiedenen Gründen einen Ausschluss durch die Generalversammlung vor: Wenn die ASCOPA-Mitglieder nicht im Sinne der Statuten handelten (Bst. a), wenn sie sich nicht an die Vorschriften bzw. Entscheidungen der Organe hielten (Bst. b), wenn sie gegen die Interessen von ASCOPA handelten (Bst. c) oder wenn ASCOPA-Mitglieder ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind (Bst. d). Damit ergibt sich, dass auch im vorliegenden Kontext aufgrund der statutarischen Voraussetzungen insbesondere die Beschlüsse der Generalversammlung, aber auch durch diese legitimierte Vorstandsbeschlüsse geeignet sind, um dem Willen der Mitglieder des Vereins zum Abschluss von Vereinbarungen im Form von Branchenverbandsbeschlüssen auszutauschen.

4.4.3.3 Die Zurechenbarkeit der Handlungen von ASCOPA

4.4.3.3.1 Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in einer Form am zu würdigenden Informationsaustausch beteiligt war, die es erlaubt, ihr diesen zuzurechnen.

Das Gericht hat bereits im Rahmen der Prüfung, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass die untersuchten Verhaltensweisen in den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen, festge-

stellt, dass die Beschwerdeführerin als Mitglied der ASCOPA an Verbandsbeschlüssen beteiligt war, deren Abredequalität zu prüfen sein wird (vgl. E. 2.3.2 hiervor). Die Beschwerdeführerin hat zwischen den Jahren 1997 und 2008 an 10 von 13 Generalversammlungen teilgenommen (angefochtene Verfügung Rz. 12 Abbildung 1). Zudem haben die ASCOPA-Mitglieder die Protokolle dieser verschiedenen Sitzungen der Generalversammlung jeweils genehmigt. Eine besondere Rolle kommt den Mitgliedern des Vorstands (des Komitees) zu, welcher nach Art. 16 Bst. a und c der ASCOPA-Statuten unter anderem die Geschäfte des Vereins führt und die Traktandenliste für die Generalversammlung festlegt (vgl. zu weiteren relevanten Befugnissen des Vorstands E. 4.4.3.2.2 hiervor). Ausserdem haben sich die ASCOPA-Mitglieder gemäss Art. 9 ASCOPA-Statuten den Entscheiden des Komitees – wie auch den Entscheiden der Generalversammlung – zu fügen. Die Beschwerdeführerin war von 1999 - 2008 im Vorstand vertreten (angefochtene Verfügung Rz. 17 Abbildung 2). Dabei ist nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz darauf geachtet worden, dass vor allem die grössten Marktteilnehmer, zu welchen auch die Beschwerdeführerin gehört, im Vorstand vertreten waren (angefochtene Verfügung Rz. 13 f. und Rz. 16; vgl. E. 6.5.4.4.3 hiernach). Die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz lassen sich auch insoweit überprüfen, als sich aus den Generalversammlungs-Protokollen, welche die Wahl von Komitee-Mitgliedern zum Gegenstand haben (vgl. insb. A 4, Protokoll der Generalversammlung vom 22. Mai 1997, S. 3; act. 85, Protokoll der Generalversammlung vom 4. Dezember 2003, S. 8 ff.; act. 85, Protokoll der Generalversammlung vom 9. Juni 2004, S. 24; Protokoll der Generalversammlung vom 15. Juni 2006, S. 5; act. 85, Protokoll der Generalversammlung vom 30. Mai 2007, S. 6 f.) in Verbindung mit dem die Beschwerdeführerin betreffenden Handelsregisterauszug (vgl. Auszug des Handelsregisteramts des Kantons Zürich, CHE-105.905.311) ergibt, dass die Beschwerdeführerin jeweils zeichnungsberechtigte Personen – zumindest mit Unterschrift zu zweien – ins ASCOPA-Komitee entsandte. Damit ist auch klar, dass die natürlichen Personen jeweils als Vertreter von Estée Lauder fungierten. Die Beschwerdeführerin war zwischen 2000 und 2008 an 25 von 39 Komitee-Sitzungen anwesend (angefochtene Verfügung Rz. 19 Abbildung 3). Der Informationsaustausch spielte nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz bei den Komitee-Sitzungen eine zentrale Rolle und war ständiges Traktandum (angefochtene Verfügung Rz. 15 in fine). Es ist demnach ersichtlich, dass die Mitglieder von ASCOPA, namentlich aber die Mitglieder des Vorstands von ASCOPA, welche auch die regelmässigen Komitee-Beschlüsse zur Umsetzung des Informationsaustauschs zu verantworten hatten, an den zu beurteilenden Beschlüssen

betreffend den Informationsaustausch in einer Weise beteiligt waren, welche dazu führt, dass ihnen diese zuzurechnen sind. Es gibt auch keinerlei Anzeichen dafür, dass sich die Beschwerdeführerin von einem der relevanten Beschlüsse distanziert hätte. Zurechenbar ist demnach grundsätzlich allen Mitgliedern von ASCOPA, insbesondere aber den Mitgliedern des Vorstands, auch das Verhalten der ASCOPA-Geschäftsstelle, mit welchem die Beschlüsse der Mitglieder des Branchenverbands umgesetzt worden sind (vgl. zur Rolle von ASCOPA E. 4.4.3.8.2 hiernach).

4.4.3.3.2 Es ist nun auf das soeben Festgestellte aufbauend zu prüfen, ob den einzelnen Handlungen des Informationsaustauschs (Austausch der Bruttopreislisten, Bruttoumsätze und Werbeinvestitionen) Vereinbarungsqualität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zukommt (vgl. dazu E. 4.2.1 hiervor).

4.4.3.4 *Der Austausch von Bruttopreislisten*

4.4.3.4.1 Die Untersuchungen der Vorinstanz ergaben, dass die Geschäftsstelle von ASCOPA gestützt auf entsprechende Verbandsbeschlüsse einen Austausch von Bruttopreislisten zwischen seinen Mitgliedern mindestens zwischen 1994 und 2007 organisiert hat (angefochtene Verfügung, Rz. 37 ff., 50 ff.). Es ist davon auszugehen, dass der letzte Preislistenversand im Herbst 2007 erfolgt ist (angefochtene Verfügung, Rz. 47). ASCOPA sandte seinen Mitgliedern seit 2002 Selbstklebeetiketten zu, um den zwei Mal im Jahr stattfindenden Austausch zu vereinfachen (angefochtene Verfügung, Rz. 24 und 37 f.). Dieses Vorgehen wurde in der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002 beschlossen (act. 234, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002, S. 3). Aus dem Protokoll der Komitee-Sitzung vom 18. September 2002 geht sodann hervor, dass das Protokoll der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002 den Mitgliedern zugestellt und von denselben ohne Änderung genehmigt wurde (act. 234, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 18. September 2002, S. 2). Auch der Umstand, dass sowohl an der Komitee-Sitzung vom 11. April 2002 (act. 234, vgl. S. 1 des vorher genannten Sitzungsprotokolls) als auch an der Generalversammlung vom 4. Juni 2002 (act. 2, Beilage A 20, S. 5) festgehalten wurde, es sei zu vermeiden, dass die Marken zu Discountpreisen verkauft würden (angefochtene Verfügung, Rz. 59), zeigt, dass die Beschlüsse des Vorstands auch durch die Generalversammlung legitimiert waren. Mit ihrer Genehmigung des Protokolls der Komitee-Sitzung vom 3. Juni 2002 an der Komitee-Sitzung vom 18. September 2002 (act. 234, vgl. S. 2 des vorher genannten Sitzungsprotokolls) bestätigten die Komitee-Mitglieder

das oben beschriebenen Vorgehen ausdrücklich. Ausserdem genehmigten die ASCOPA-Mitglieder an der Generalversammlung vom 3. Juni 2003 das Protokoll der Generalversammlung vom 4. Juni 2002 (act. 85, vgl. S. 3 des soeben genannten Protokolls der Generalversammlung). Damit bilden die entsprechenden Vereinsbeschlüsse die Basis des Informationsaustauschs im Sinne einer Vereinbarung.

4.4.3.4.2 Die Vorinstanz stellt ausserdem fest, dass an der Generalversammlung vom 6. Mai 1999, an welcher auch die Beschwerdeführerin teilnahm, eine Umfrage über Grosshandelspreise beschlossen wurde (act. 2, Protokoll der Generalversammlung vom 6. Mai 1999, Beilage A 7, S. 5; angefochtene Verfügung Rz. 36, Abbildung 1).

4.4.3.4.3 Ausserdem versandten dreizehn Unternehmen – so auch das Unternehmen der Beschwerdeführerin – Preislisten, welche auch die gegenüber dem Handel empfohlenen Wiederverkaufspreise enthielten. Die Preislisten enthielten jeweils sämtliche von einem Hersteller oder Distributor vertriebenen Marken und Produktarten (angefochtene Verfügung Rz. 48 mit Fn. 67). Der entsprechende Austausch wurde nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz im Jahre 2007 eingestellt (angefochtene Verfügung Rz. 50). Des Weiteren haben die ASCOPA-Mitglieder, so auch die Beschwerdeführerin, in den Jahren 1993-2000 Vergleichslisten von Bruttopreisen erstellt (angefochtene Verfügung Rz. 31 ff.), was auch dem Generalversammlungsprotokoll vom 11. Mai 2000 entnommen werden kann (act. 2, Beilage A 13, S. 4). Diese Handlungen gehen eng mit dem Austausch der Bruttopreislisten einher. Gesamthaft beruhen die oben beschriebenen Handlungen auf Beschlüssen der Generalversammlung oder des Komitees (unter Legitimierung durch die Generalversammlung), womit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

4.4.3.5 *Der Austausch von Umsatzinformationen*

4.4.3.5.1 Ausserdem organisierte die Geschäftsstelle von ASCOPA in Umsetzung entsprechender Vereinsbeschlüsse einen *Austausch von Bruttoumsatzzahlen* bis im September 2008. Die Bruttoumsatzzahlen wurden auch „*sell-in*“ genannt. Sie ergeben sich aus der Stückzahl multipliziert mit dem Bruttoverkaufspreis. Sie spiegeln den Betrag wieder, den jedes ASCOPA-Mitglied mit dem Verkauf seiner Produkte an den Handel erzielte (angefochtene Verfügung Rz. 112, 116, 120 ff., Abbildung 7). Im Gegensatz dazu geben die sogenannten „*sell-out*“-Zahlen Auskunft über den Verkauf des Handels an den Endkonsumenten (angefochtene Verfügung Fn. 118). Es ist in diesem Kontext zu ergänzen, dass die ASCOPA-

Mitglieder von einem Informationsaustausch betreffend „sell-out“-Zahlen abgesehen hatten (vgl. Generalversammlung vom 4. Juni 2002, act. 2, Beilage A 20, S. 7). Von 1994-2004 oder allenfalls bis 2006 wurden die Umsätze jährlich ausgetauscht (angefochtene Verfügung Rz. 130 ff.). Es gab ebenfalls laut ASCOPA von 1978-2004 einen vierteljährlichen Austausch von Umsatzangaben, bei welchen Informationen über 28 Produktkategorien ausgetauscht wurden (angefochtene Verfügung, Rz. 128). Von 1993 (laut Angaben auf dem Fragebogen von ASCOPA seit 1978) bis September 2008 erfolgte der Austausch der Bruttoumsatzzahlen ASCOPA monatlich. Dieser monatliche Austausch erfolgte über ein Formular, auf welchem die Bruttoumsatzzahlen einer bestimmten Marke, der Unternehmensname und der entsprechende Monat einzutragen waren. Das Formular war in sechs Produktkategorien eingeteilt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 116 ff.). Ab Mai 2005 (rückwirkend seit Januar 2004) erfolgte der Austausch der Umsätze elektronisch auf der Intranetseite von ASCOPA. Nur die ASCOPA-Mitglieder hatten Zugang zu dieser Intranetseite (angefochtene Verfügung, Rz. 118 ff.).

Unternehmen, welche hinsichtlich der monatlichen Datenlieferung der Bruttoumsatzzahlen säumig waren, wurden Fr. 200.– pro Marke in Rechnung gestellt und mit dem Ausschluss vom Informationsaustausch bedroht (angefochtene Verfügung Rz. 18, 23, 139 ff.). Hierauf wird im Rahmen der Beantwortung der Frage, ob eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung vorliegt, wie auch im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung näher eingegangen (vgl. E. 4.4.3.7 und E. 6.4.2.5 insb. 6.4.2.5.9 hiernach).

4.4.3.5.2 Der Austausch von *Bruttoumsatzzahlen* ist verschiedenen Protokollen von Generalversammlungen der Jahre 1997-1998 sowie 2001-2003 zu entnehmen (angefochtene Verfügung Rz. 130, Generalversammlung vom 22. Mai 1997, act. 2 Beilage A 4, S. 6; Generalversammlung vom 14. Mai 1998, act. 2, Beilage A 5, S. 5 f.; Generalversammlung vom 4. Juni 2002, act. 2, Beilage A 20, S. 6 f.; Generalversammlung vom 4. Juni 2003, act. 85, S. 8 f.). So wurden insbesondere an den darauffolgenden Generalversammlungen die Protokolle der vorherigen Generalversammlung genehmigt (Generalversammlung vom 14. Mai 1998, act. 2, Beilage A 5, S. 2.; Generalversammlung vom 6. Mai 1999, act. 2 Beilage A. 7, S. 2; Generalversammlung vom 4. Juni 2003, act. 85, S. 3). Daraus ist zu schliessen, dass die ASCOPA-Mitglieder den Inhalten der entsprechenden Beschlüsse dieser Generalversammlungen und damit auch dem Informationsaustausch betreffend Umsatzdaten, welcher des Öfteren mit dem Aufruf, die Daten rechtzeitig zu liefern, einherging, explizit durch die Mitwirkung an den Beschlüssen zugestimmt haben. Zugleich

sind auch die in Frage stehenden Protokolle jeweils vorbehaltlos genehmigt worden.

4.4.3.6 Der Austausch von Angaben zu den Werbeinvestitionen

4.4.3.6.1 Die Geschäftsstelle von ASCOPA organisierte schliesslich – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – ebenfalls gestützt auf entsprechende Vereinsbeschlüsse halbjährlich einen Austausch von Daten betreffend die Werbeinvestitionen von 1998-2007. Die meisten Mitglieder von ASCOPA nahmen auch an diesem Austausch von Werbeinvestitionen teil. Ausgetauscht wurden Werbeausgaben pro Produktkategorie und pro Werbekanal mit Minimalkosten von Fr. 50'000.–. Namentlich die Beschwerdeführerin beteiligte sich gemäss den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz zumindest in den Jahren 2003-2007 lückenlos an diesem Austausch (angefochtene Verfügung Rz. 180-195, Abbildung 12).

4.4.3.6.2 Wie bereits in Bezug auf die Bruttopreise und die Umsatzzahlen festgestellt, ist auch der Austausch von Werbeinvestitionen Gegenstand eines Beschlusses der Generalversammlung (Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Mai 2000, act. 2, Beilage A 12, Sitzung von 14.40 Uhr, S. 3, und Generalversammlung vom gleichen Tag, act. 2, Beilage A 13, Sitzung von 17.10 Uhr, S. 4). So wurde an der Komitee-Sitzung vom 29. November 2000 (vgl. act. 2, Beilage A. 14, S. 1) das Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Mai 2000 akzeptiert. Dasselbe gilt für das Protokoll der Generalversammlung vom 11. Mai 2000, das an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 (vgl. act. 2, Beilage A. 18, S. 2) genehmigt wurde. Gemäss dem Generalversammlungsprotokoll vom 11. Mai 2000 (vgl. act. 2, Beilage A. 13, S. 4) entschied die Versammlung, den Informationsaustausch über Werbeausgaben zuerst einmal pro Jahr durchzuführen, gegebenenfalls später zwei Mal jährlich. Später wurden die ASCOPA-Mitglieder dann in der Regel zwei Mal jährlich unter Fristansetzung aufgefordert, ihre Werbeausgaben an ASCOPA kundzutun. Zu diesem Zweck erhielten die ASCOPA-Mitglieder ein Formular (angefochtene Verfügung Rz. 181; act. 43 Dokument 8; act. 2 Beilagen F1 - F12). Es ist ersichtlich, dass einerseits ein Beschluss der Generalversammlung vorliegt und andererseits diese halbjährliche Aufforderung von ASCOPA besteht, die Angaben über die Werbeinvestitionen zu liefern. Das widerspruchsfreie Ausfüllen der entsprechenden Formulare lässt den Schluss zu, dass die ASCOPA-Mitglieder davon ausgegangen sind, dass auch der halbjährliche Datenaustausch durch Beschlüsse der ASCOPA-Organen legitimiert ist. Demnach ist auch der Austausch der Werbeinvestitionen gestützt auf eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfolgt.

4.4.3.7 Disziplinierung bzw. Sanktionen als Merkmal der Vereinbarungsqualität

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

4.4.3.7.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, dass es von der Vorinstanz falsch gewesen sei, in Bezug auf den Betrag von der Fr. 200.–, welche die ASCOPA-Mitglieder, die ihre Umsatzdaten zu spät lieferten, pro Marke zu zahlen hatten, den Begriff „Busse“ zu verwenden. Es gehe gar nicht um eine Disziplinierung, sondern nur um die Deckung der administrativen Unkosten, da die verspätet gelieferten Daten einzeln in das ASCOPA-System hätten eingegeben werden müssen (Beschwerde Rz. 48 f., 89).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

4.4.3.7.2 Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass das Komitee beschlossen habe, Disziplinierungsmassnahmen einzuführen, um die Unternehmungen zum Austausch der monatlichen Umsatzangaben anzuhalten. Einerseits seien Unternehmen, welche ihre Daten nicht oder nicht rechtzeitig liefern sollten, mit dem Ausschluss vom Informationsaustausch bedroht worden. Andererseits sollten säumige Unternehmen mit einer „Busse“ von Fr. 200.– pro Marke belegt werden. Die Parteien hätten, soweit sie auf dem relevanten Markt tätig waren, die Umsatzinformationen lückenlos geliefert. Daraus könne geschlossen werden, dass diese Massnahmen zur gewünschten Disziplin führten (angefochtene Verfügung, Rz. 139 f.).

iii. Würdigung durch das Gericht

4.4.3.7.3 Sachverhaltlich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, dass die einzelnen Mitglieder bereits vor der Erstellung der ASCOPA-Internetplattform, welche dazu führte, dass Aufforderungen zur Lieferung von Daten elektronisch erfolgten, brieflich zur Dateneingabe aufgefordert worden sind (angefochtene Verfügung, Rz. 22). Des Weiteren ist auch unbestritten, dass die Regel gegolten hat, wonach nur diejenigen Unternehmen die Daten einsehen konnten, welche selbst Angaben geliefert haben. Im Sinne der Aufrechterhaltung der Disziplin in Bezug auf die Lieferung der relevanten Umsatzdaten wurde anlässlich der Sitzung vom 19. Oktober 2006 seitens des Komitees daran erinnert, dass säumige Mitglieder vom Informationsaustausch ausgeschlossen werden könnten. Ausserdem hat das Komitee anlässlich seiner Sitzung vom 22. März 2006 beschlossen, dass säumigen

Mitgliedern ein Betrag von Fr. 200.– pro nicht gelieferte Informationen in Bezug auf eine Marke auferlegt werden sollte (angefochtene Verfügung Rz. 18 und Rz. 22 f., 139 f.).

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob schon aus der Höhe des Betrages von Fr. 200.– Rückschlüsse gezogen werden können zur Frage, ob es sich hierbei lediglich um eine kostendeckende Gebühr oder eine Busse handelt. Die Vorinstanz führt dazu aus, für die nicht wenigen Mitglieder, welche mit sechs (oder mehr) Marken am Informationsaustausch beteiligt seien, könnten sich bei Nichtlieferung der Umsatzdaten Kosten von (mindestens) Fr. 14'400.– pro Jahr ergeben (angefochtene Verfügung, Rz. 140). Entscheidend ist indessen nicht in erster Linie die Summe, sondern der Gesamtzusammenhang. Zunächst ergibt sich schon eine Bindung durch die Vereinszugehörigkeit. Nach Art. 6 Bst. b der ASCOPA-Statuten wird ausgeschlossen, wer die Beschlüsse der Vereinsorgane nicht befolgt. Dann ist auch die Regel zu beachten, wonach nur Daten erhält, wer auch Daten liefert. Damit ist – unabhängig von der Qualifikation der bei Säumnis zu leistenden Zahlungen – jedenfalls unter Berücksichtigung der Statuten und des teilweisen Ausschlusses vom Informationsaustausch bei Nichtlieferung der eigenen Daten insgesamt von einer gewissen disziplinierenden Wirkung der Vereinbarung auszugehen. Dementsprechend hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Verpflichtung zur monatlichen Lieferung von Umsatzdaten zwischen den Jahren 2004 und 2007 fast lückenlos befolgt worden ist (angefochtene Verfügung Rz. 120 mit Abbildung 7). Nach dem Gesagten ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang jedenfalls eine Disziplinierung, die die rechtliche Erzwingbarkeit der Vereinbarung unterstreicht. Denn auch ohne die Verpflichtung zu entsprechenden Geldzahlungen wirkt der beschriebene, namentlich durch die Vereinsstatuten gegebene rechtliche Rahmen im Sinne der Erzwingbarkeit für alle festgestellten Informationsaustauschhandlungen. ZÄCH (Rz. 365) betont in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Ausschlusses von der Vereinigung für den Fall fehlender Kooperation. Auch nach BANGERTER/ZIRLICK (DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 30 und N 47) und AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 30) ist namentlich in der Möglichkeit des Ausschlusses vom Verein eine Sanktion zu sehen. Damit ist auch die vorliegend zu beurteilende Vereinbarung insgesamt als rechtlich erzwingbar zu beurteilen. Diese wird in Bezug auf die Umsatzzahlen durch den beschriebenen Disziplinierungsmechanismus ergänzt. Demnach braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden, dass selbst für den Fall, dass von einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung auszugehen wäre, bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes auch eine solche unter Art. 4 Abs. 1 KG fallen

würde (vgl. BGE 144 II 246, E. 6.4.1 „Altimum“; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.1 „Altimum“). Nachdem ein Vereinbarungskonsens festgestellt worden ist, braucht auch nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob eine wiederholte Teilnahme ohne Mitwirkung an den einschlägigen Vereinsbeschlüssen ebenfalls als Beteiligung an der Abrede zu werten wäre (vgl. dazu das Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.3 „Türbeschläge“ mit Hinweisen).

4.4.3.8 Unternehmen auf gleicher Marktstufe und Funktion von ASCOPA

4.4.3.8.1 Die Vorinstanz führt zudem aus, dass die vorliegenden Vereinsbeschlüsse als *horizontale* Vereinbarung zwischen den einzelnen ASCOPA-Mitgliedern aufzufassen seien, da diese auf derselben Marktstufe agieren (angefochtene Verfügung Rz. 385 f.). Diese Qualifikation durch die Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, da die Mitglieder von ASCOPA alle im Bereich der Luxuskosmetik bzw. der Kosmetikgüter im gehobenen Preissegment als Hersteller, Importeure und Lieferanten tätig sind (angefochtene Verfügung Rz. 6; vgl. zur Marktgegenseite E. 5.3.1.4 hiernach). Demzufolge handelt es sich um Unternehmen auf gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG.

4.4.3.8.2 Das Gericht hat zur Bedeutung der ASCOPA bereits in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festgestellt, dass die relevanten Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern derselben im Sinne von Vereinsbeschlüssen getroffen worden sind (E. 4.4.3.2 ff. hiervor). Daraus hat die Vorinstanz den Schluss gezogen, dass dem Verein ASCOPA selbst keine eigenständige Rolle innerhalb der Vereinbarung zugekommen sei. Damit könne die Unternehmenseigenschaft der ASCOPA im Sinne von Art. 2 KG dahingestellt bleiben. Ohne seine Mitglieder wäre ASCOPA nach der Ansicht der Vorinstanz eine leere „juristische Hülle“ gewesen, die nicht funktionsfähig gewesen wäre (angefochtene Verfügung Rz. 387). Im vorliegenden Kontext kann offen bleiben, ob der Vorinstanz zugestimmt werden kann beziehungsweise ob ASCOPA nicht ebenfalls hätte ins Recht gefasst werden müssen. Die Vorinstanz hat das Verfahren gegenüber der ASCOPA mit Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung jedenfalls eingestellt (angefochtene Verfügung Rz. 828). Damit ist die Vereinigung ASCOPA schon aus prozessualen Gründen nur insofern Teil der Beurteilung des Informationsaustausches (Austausch Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen), als ihre Dienste als „Meldestelle“ (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 146; vgl. dazu auch E. 6.2.1 hiernach) den ASCOPA-Mitgliedern aufgrund entsprechender

Beschlüsse der Vereinsorgane (bzw. der Geschäftsstelle gestützt auf diese erteilter Aufträge) zuzurechnen sind. Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen (vgl. dazu insbesondere E. 4.4.3.3 hiervor). Dasselbe gilt betreffend die AGB-Empfehlungen (vgl. E. 7-9 hiernach).

4.4.3.9 Zwischenfazit

4.4.3.9.1 Da – wie oben dargelegt – die Handlungen des Informationsaustausches auf Beschlüssen der Generalversammlung (vgl. Art. 12 f. ASCOPA-Statuten) oder auf Beschlüssen des ASCOPA-Komitees (vgl. Art. 9 ASCOPA-Statuten) beruhen, sind diese als Vereinbarung und damit als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass kein Beweis hinsichtlich des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede vorliege (Replik Rz. 18 Bst. i und 85; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 26), stösst ins Leere, da die in Frage stehenden übereinstimmenden Willensäusserungen betreffend den Informationsaustausch diversen Protokollen der ASCOPA-Generalversammlungen und Komitee-Sitzungen zu entnehmen sind (vgl. E. 4.4.3.4 ff. hiervor sowie angefochtene Verfügung, Rz. 385). Der Inhalt der Beschlüsse und der diesbezügliche subjektive Wille der Parteien ist klar (vgl. dazu mutatis mutandis zur Auslegung von Verträgen das Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 10.2 f. „Flammation“, BGE-Publikation vorgesehen). Es handelt sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken. Zudem haben die ASCOPA-Mitglieder die Protokolle dieser verschiedenen Sitzungen jeweils genehmigt. Die Teilnahme der Mitglieder des Branchenverbands an diesen Beschlüssen ist jedenfalls insgesamt so intensiv, dass die Vereinbarungsqualität der relevanten Beschlüsse von Generalversammlung und der gestützt darauf ergangenen Beschlüsse des Vorstands ausser Frage steht. Weiter ist festzuhalten, dass diese Beschlüsse grundsätzlich allen ASCOPA-Mitgliedern zuzurechnen sind. Dies gilt umso mehr für die Beschwerdeführerin als Mitglied des Vorstands aufgrund der Mitwirkung an Generalversammlungs- und Komitee-Beschlüssen und der Umsetzung der Generalversammlungsbeschlüsse betreffend die Teilhalte des zu beurteilenden Informationsaustausches (siehe hierzu E. 4.4.3.3 hiervor)

4.4.3.9.2 Nach dem Gesagten sind die einzelnen Unternehmen als ASCOPA-Mitglieder grundsätzlich zu Abredeparteien geworden (vgl. dazu mutatis mutandis das Urteil des BGer 2C_148/2018 vom 8. Dezember 2021 E. 3.2 „Grossisten Hors-Liste“, BGE Publikation vorgesehen) und das Verhalten der ASCOPA-Geschäftsstelle, das der Ausführung der ent-

sprechenden Beschlüsse gedient hat, ist diesen grundsätzlich zuzurechnen. Dies gilt umso mehr für die Beschwerdeführerin als Mitglied des Vorstands (vgl. insb. E. 4.4.3.3 hiervor). Demnach erübrigen sich im vorliegenden Zusammenhang weitere Ausführungen zur Mittäterschaft (vgl. E. 6.3.4.4.3 hiernach sowie das Urteil des BVGer B-581/2012 E. 7.2.2 in fine „Nikon AG) und namentlich zur Frage, mit wie vielen Marken die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch beteiligt war. Dementsprechend ist auch der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, dass sie darauf im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen ist (vgl. zu den diesbezüglichen verfahrensrechtlichen Rügen auch E. 3.2.2.2.5 sowie E. 3.2.3.2.7 hiervor). Die festgestellte Vereinbarung ist ausserdem mit Blick sowohl auf die statutarischen Verpflichtungen der ASCOPA-Mitglieder in Bezug auf die Befolgung von Vereinsbeschlüssen (vgl. insb. Art. 9 der ASCOPA-Statuten) als auch auf die Ausgestaltung des Informationsaustauschs als rechtlich erzwingbar zu qualifizieren (vgl. E. 4.4.3.7.3 hiervor).

4.4.3.9.3 Der Austausch von Bruttopreislisten, der Austausch von Bruttoumsatzzahlen und der Austausch von Werbeinvestitionen erfüllen demnach die Voraussetzung der in Art. 4 Abs. 1 KG genannten horizontalen Wettbewerbsabrede im Sinne einer Vereinbarung. Demnach ist die abgestimmte Verhaltensweise nicht mehr zu prüfen (BLATTMANN, S. 280; ZÄCH, Rz. 367, BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 54). Damit erweisen sich auch die Rügen, welche einen Beweis für eine abgestimmte Verhaltensweise verlangen, als obsolet. Ob die weiteren Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG, nämlich das „Bezwecken“ oder allenfalls das „Bewirken“ zu bejahen sind, wird Gegenstand der Erwägung 4.6 sein. Vorab ist zu prüfen, ob Wettbewerbsparameter betroffen sind bzw. ob wettbewerbssensible Informationen Gegenstand der Abrede sind.

4.5 Wettbewerbsparameter und wettbewerbssensible Informationen (Art. 4 Abs. 1 KG)

4.5.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass durch den vorliegenden Informationsaustausch keine Wettbewerbsparameter betroffen wurden (vgl. Beschwerde Rz. 74 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff.). Eine Wettbewerbsabrede müsse sich auf Wettbewerbsparameter beziehen (vgl. Beschwerde Rz. 73, 88; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff.). Die Vorinstanz

habe keinen Wettbewerbsparameter aufgezeigt, welcher durch die Handlungen des Informationsaustausches betroffen sei. Zudem mache die Vorinstanz keine Angaben, inwiefern eine Handlung des Informationsaustausches die Handlungsfreiheit hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters eingeschränkt habe (Beschwerde Rz. 74 ff.; 81, 97, 114; Replik Rz. 67; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff., 16).

4.5.2 Vorbringen der Vorinstanz

Im Gegensatz dazu beurteilt die Vorinstanz den vorliegenden Informationsaustausch in Anlehnung an die Horizontalleitlinie der EU als „tendenziell wettbewerbsbeschränkend“ (angefochtene Verfügung Rz. 391), weshalb sie – worauf in Erwägung 4.6 hiernach näher einzugehen sein wird – auch das Bezwecken bejaht. So hätten die ASCOPA-Mitglieder Bruttopreislisten, Umsatzangaben sowie Werbeausgaben ausgetauscht, was strategisch bedeutsame Informationen seien. Denn der Einblick in diese Angaben habe es den Unternehmen ermöglicht, ihre Geschäftspolitik derjenigen ihrer Konkurrenten in einer Weise anzupassen, die dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderlaufe und zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe. Zudem habe der Informationsaustausch Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten ermöglicht (angefochtene Verfügung Rz. 391).

4.5.3 Grundlagen zu Wettbewerbsparametern und wettbewerbssensiblen Informationen auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG

4.5.3.1 Unter einem Wettbewerbsparameter wird ein gemeinsamer Faktor verstanden, welchen die Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss als relevant erachtet (BLATTMANN, S. 289; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N KG 66). In anderen Worten geht es dabei um alle Faktoren, welche Unternehmen zur Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern einsetzen können. Eine Wettbewerbsabrede bzw. der Informationsaustausch muss auf der Prüfungsstufe von Art. 4 Abs. 1 KG *in einem Zusammenhang* zu einem Wettbewerbsparameter stehen oder Rückschlüsse auf diese zulassen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 118; BLATTMANN, S. 289).

4.5.3.2 Das Kartellgesetz zählt die Wettbewerbsparameter nicht abschliessend auf (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 64; EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und

Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2017, S. 324, N 1459; nachfolgend: MARBACH/DUCREY/WILD). Daher können auch weitere Wettbewerbsparameter in die Prüfung miteinbezogen werden. Das Bundesgericht nennt „im Wesentlichen“ Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72 E. 3.5 „Pfizer II“). Sehr vergleichbar werden in Rz. 75 der Horizontalleitlinien betreffend den Informationsaustausch Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation in nicht abschliessender Weise aufgezählt. BLATTMANN bezeichnet den Preis, die Menge, die Art und Qualität des Produktes (bzw. einer Leistung), Beratung, Marketing, Geschäftsbedingungen, Lieferbedingungen, Bezugsquellen oder Vertriebskanäle als *informationsaustauschspezifische Wettbewerbsparameter* (BLATTMANN, S. 289). Darüber hinaus nennt WAGNER-VON PAPP „andere Vertragskonditionen“, Kosten und Kalkulationsschemata, Kundenlisten und Liefergebiete sowie dynamische Parameter wie Geschäfts- und Investitionspläne, Forschung und Entwicklung und technische Daten (FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 219 ff., nachfolgend: WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 219 ff.). Rz. 86 der Horizontalleitlinien nennt zudem Daten, welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern. Strategische Informationen können sich insbesondere auf Preise (zum Beispiel aktuelle Preise, Preisnachlässe, -erhöhungen, -senkungen und Rabatte), Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, und Marketingpläne beziehen. Strategisch am wichtigsten sind im allgemeinen Preis- und Mengeninformationen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage. Die vertiefte Auseinandersetzung mit den Wettbewerbsparametern ist allerdings nicht Gegenstand der Beurteilung von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern der Prüfung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit gemäss Art. 5 KG (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 63 ff.; vgl. auch STOFFEL, in: SIWR V/2; S. 60). Demnach sind zwar die für den Sachverhalt relevanten Wettbewerbsparameter im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG einzeln zu beschreiben; jedoch bedarf es für die Feststellung, dass Wettbewerbsparameter in hinreichender Weise betroffen sind, nicht eine vertiefte Analyse der Bedeutung derselben; diese ist – soweit erforderlich – im Rahmen der Unzulässigkeitsprüfung gemäss Art. 5 KG vorzunehmen.

4.5.3.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich für die Beurteilung eines Informationsaustausches die Frage stellt, ob sensible Informationen ausgetauscht werden, welche sich auf Wettbewerbsparameter beziehen. So ist ein Informationsaustausch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bereits

tendenziell bedenklich, wenn er sich nicht direkt auf Wettbewerbsparameter bezieht, aber Rückschlüsse auf dieselben zulässt. Wettbewerbssensible Information umfassen, firmenspezifische oder strategische Informationen (BLATTMANN, S. 289; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159). Wettbewerbssensible Informationen müssen nicht geheim sein. Der Aspekt der Wettbewerbssensibilität kann auch bejaht werden, wenn die infrage stehende Zusammenstellung firmenspezifischer oder strategischer Informationen mit einem hohen zeitlichen oder finanziellen Aufwand verbunden ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159).

4.5.4 Prüfung der Wettbewerbsparameter bzw. wettbewerbssensibler Informationen (Art. 4 Abs. 1 KG)

Im Sinne des soeben Gesagten sind im Folgenden die einzelnen Wettbewerbsparameter als solche im Sinne der nicht vertieften Prüfung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu erörtern.

4.5.4.1 Wettbewerbsparameter Preis (*Austausch der Bruttopreislisten*)

4.5.4.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, durch den Austausch der Bruttopreislisten sei kein Festpreis ausgehandelt worden. Ausserdem habe die Vorinstanz keine Preisabrede und namentlich keine Vereinbarung über Preisbestandteile (z.B. Rabatte) feststellen können (Beschwerde Rz. 75; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7). Die effektiv bezahlten Preise bzw. diejenigen Preise, die mit den Detailhändlern ausgehandelt wurden, seien gar nicht untersucht worden, obwohl diese eigentlich der relevante Wettbewerbsparameter gewesen wären (Replik Rz. 22, 65, 87; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8). Demzufolge sei der Wettbewerbsparameter Preis vom Informationsaustausch nicht betroffen. Zudem sei der Bruttopreis unter den gegebenen Marktumständen (Luxuskosmetik) kein Wettbewerbsparameter (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f., 13). Auch habe die Vorinstanz erst in ihrer Vernehmlassung (Rz. 22 f.) dargelegt, dass der Preis ein zentraler Wettbewerbsparameter sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6). Weitere Rügen, welche den Preis betreffen, werden im Kontext mit Art. 5 KG aufgegriffen.

4.5.4.1.2 Bereits in Erwägung 4.4.3.3 wurde aufgezeigt, dass Bruttopreislisten ausgetauscht, Bruttopreisvergleichslisten hergestellt, eine Umfrage

über Grosshandelspreise durchgeführt und auch der Versand von Preislisten mit Wiederverkaufsempfehlungen durchgeführt wurden (angefochtene Verfügung Rz. 31-49), was die Beschwerdeführerin vorliegend auch nicht bestreitet (vgl. Beschwerde Rz. 75; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6 f.). Zudem hat die Vorinstanz bereits in Rz. 435 der angefochtenen Verfügung im Rahmen der Prüfung unter Art. 5 KG – und nicht erst in ihrer Vernehmlassung (Rz. 22) – ausgeführt, dass der Preis aus ihrer Sicht ein zentraler Wettbewerbsparameter ist. Der Austausch von Preisinformationen ist denn auch der eigentliche Klassiker unter den Informationssystemen (BLATTMANN, S. 290 f.). Die Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis erklärt denn auch bis zu einem gewissen Grade den Umstand, dass das Sekretariat mit dem ersten Antrag Sanktionen gegen Mitglieder von ASCOPA wegen einer Preisabrede beantragt hat (vgl. Bst. B.c. hiervor). Fraglich kann demnach nur der Bezug der ausgetauschten Bruttopreise zum Wettbewerbsparameter Preis sein bzw. ob Bruttopreise alleine schon den Anforderungen an die hinreichende Relevanz in Bezug auf den Wettbewerbsparameter Preis genügen.

4.5.4.1.3 Auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG sind an die Prüfung, ob Wettbewerbsparameter berührt sind, keine hohen Anforderungen zu stellen (vgl. E. 4.5.3.2. hiervor). Bei einem Wettbewerbsparameter geht es um einen gemeinsamen Faktor, welchen die Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss als relevant erachtet. Dies gilt insbesondere für den Preis (vgl. BLATTMANN, S. 289; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 66). Zudem bezieht sich die kartellrechtliche Botschaft von 1994 bezüglich Preisabreden auf jede Art des Festsetzens von *Preiselementen* und *Preiskomponenten* (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 567).

4.5.4.1.4 Nach dem Gesagten reicht der soeben beschriebene Preisbezug jedenfalls aus, um die Wettbewerbsparameterqualität auf dieser Stufe zu bejahen. Die eigentliche Unzulässigkeitsprüfung erfolgt im Kontext mit Art. 5 KG (BGE 147 II 72 E. 3.5 „Pfizer II“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 6, 140; BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N KG 7 und 63 ff.; BORER Art. 4 KG N 3; vgl. auch STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 60). Inwiefern andere Aspekte, wie z.B. die Preisbestandteile (z.B. Rabatte), der luxusartige Markt oder dass erst der mit den Händlern ausgehandelte Preis ein Wettbewerbsparameter ist, in die Beurteilung hineinspielen, ob der Bruttopreis als solches als ein hinreichend bedeutsamer Wettbewerbsparameter bzw. der Austausch von diesbezüglichen Informationen als qualitativ erheblich bewertet werden kann, wird

demnach Gegenstand der Prüfung von Art. 5 KG sein. Zusammenfassend ergibt sich, dass die ausgetauschten Bruttopreislisten den Wettbewerbsparameter Preis betreffen, womit deren Wettbewerbsparameterqualität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist.

4.5.4.2 Umsätze (*Austausch der Bruttoumsatzzahlen*)

4.5.4.2.1 Die *Beschwerdeführerin* rügt, dass die Vorinstanz betreffend die aggregierten Umsätze keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet habe, welcher durch den Informationsaustausch betroffen und durch den die Handlungsfreiheit eingeschränkt worden sei. Sollte die Vorinstanz der Ansicht sein, dass der Wettbewerbsparameter Preis in Bezug auf die ausgetauschten Umsätze betroffen sei, hätte sie darlegen müssen, in welcher Hinsicht die ausgetauschten aggregierten Umsatzinformationen die Wettbewerbsteilnehmer in Bezug auf die Preisfestsetzung beeinträchtigt hätten (Beschwerde Rz. 76, Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9). So sei es der Vorinstanz bezüglich der aggregierten Umsatzinformationen nicht gelungen, die effektiv ausgehandelten Preise der Konkurrenz zu berechnen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Auch hätte die Vorinstanz zu Recht nicht behauptet, dass die Beschwerdeführerin eine Abrede über die an Detailhändler zu liefernden Produktmengen, Umsätze oder Marktanteile getroffen hätte. Zudem seien Marktanteile gar keine Wettbewerbsparameter (Beschwerde Rz. 76, Fn. 28 [auf S.38 der Beschwerde]).

4.5.4.2.2 Vorliegend ist nicht bestritten, dass Bruttoumsätze ausgetauscht wurden (vgl. Beschwerde Rz. 76; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6 ff.; E. 4.4.3.5 hiervor). Bei den Umsätzen selbst handelt es sich nicht direkt um Wettbewerbsparameter, sondern um wettbewerbsensible Informationen, welche auch firmenspezifisch sind. So wird den Umsätzen auch Geschäftsgeheimnischarakter zugesprochen (BGE 142 II 268 E. 5.2.4 „Nikon-Publikation“). Werden Informationen über wettbewerbsensible Informationen ausgetauscht, lassen sich diese Informationen häufig auf Wettbewerbsparameter zurückführen (BLATTMANN, S. 289). Der Umsatz bemisst sich aus den Wettbewerbsparametern Preis mal Absatzmenge (BLATTMANN, S. 292, WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 227). Zudem sind Umsätze gemäss Rz. 86 der Horizontalleitlinien Daten von strategischer Relevanz. Das Gesagte reicht bereits aus, um auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG die Wettbewerbsparameterqualität (bzw. den Bezug zu den Wettbewerbsparametern Preis und Menge) der Abrede zu bejahen. Dasselbe gilt für die Wett-

bewerbssensibilität, da den Umsätzen auch Geschäftsgeheimnischarakter zugesprochen wird. Nicht im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu untersuchen ist die Frage, ob der Umsatzaustausch die ASCOPA-Mitglieder in ihrer Preisfestsetzung beeinträchtigt hat oder nicht (Einschränkung der Handlungsfreiheit) oder ob auch ohne den Austausch der Umsätze die Möglichkeit bestanden hätte, die effektiv ausgehandelten Preise oder die abgesetzten Mengen zu berechnen. Weitere Aspekte betreffend den Bezug zu Wettbewerbsparametern bzw. die Wettbewerbssensibilität des Austauschs von Umsatzdaten werden vertieft im Kontext mit den qualitativen Elementen der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG geprüft.

4.5.4.3 Wettbewerbsparameter Werbung (Austausch der Werbeinvestitionen)

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die *Beschwerdeführerin* macht mehrfach geltend, dass die Vorinstanz betreffend die ausgetauschten Werbekosten gesagt hätte, dass der Wettbewerbsparameter Werbung betroffen sei. Jedoch fehle es nach Ansicht der Beschwerdeführerin an einer Begründung und einem Beweis, inwiefern die Handlungsfreiheit der ASCOPA-Mitglieder durch den Austausch der Werbeinvestitionen eingeschränkt worden sei. So habe die Vorinstanz – nach Ansicht der Beschwerdeführerin – in Rz. 781 der angefochtenen Verfügung nicht begründet, weshalb der Wettbewerbsparameter Werbung eingeschränkt worden sei (Beschwerde Rz. 77, 95, 114; Replik Rz. 64; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 10, 16).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

Die *Vorinstanz* legt in Rz. 781 der angefochtenen Verfügung, welche das Schlussfazit zur Prüfung des Innenwettbewerbs zum Gegenstand hat, dar, dass der Wettbewerbsparameter Werbung eingeschränkt worden sei. Im Rahmen der Prüfung des Innenwettbewerbs stellt die Vorinstanz bezüglich des Parfums, des Make-up und der Pflegeprodukte den Bezug zum Wettbewerbsparameter Werbung her (angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]). Zudem zeigt die Vorinstanz in Rz. 638 i.V.m. 491 der angefochtenen Verfügung auf, dass bei den Parfums und Pflegeprodukten je bis zu 40 % der erzielten Umsätze in die Werbung geflossen seien. Bei den Make-up-Produkten seien es bis zu 23 % gewesen.

iii. Würdigung

4.5.4.3.1.1 Dass die ASCOPA-Mitglieder Informationen über Werbekosten ausgetauscht haben, ist vorliegend unbestritten (vgl. Beschwerde Rz. 77). Strittig ist dagegen, inwiefern der Wettbewerbsparameter Werbung vom Informationsaustausch betroffen ist.

4.5.4.3.1.2 Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Ausführungen in Rz. 781 der angefochtenen Verfügung ein Schlussfazit zum Innenwettbewerb ziehen. In diesem Rahmen hat die Vorinstanz vorab hinsichtlich der verschiedenen Produktkategorien den Bezug zum Wettbewerbsparameter hergestellt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]). Demnach ist die Aussage der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 781), dass der Wettbewerbsparameter durch den Austausch über die Werbeinvestitionen betroffen wurde, nicht einfach aus der Luft gegriffen, wie es die Beschwerdeführerin behauptet, sondern er beruht auf einer Überprüfung der einzelnen Produktkategorien der Luxus- bzw. Prestigekosmetik in Bezug auf die Werbung. Richtig ist, dass die Vorinstanz zum Bezug des Informationsaustauschs zum Wettbewerbsparameter Werbung im Rahmen ihrer Ausführungen zu Art. 4 Abs. 1 KG keine Aussage gemacht hat. Dazu ist indessen festzuhalten, dass die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 auch noch keine entsprechende Rüge enthalten hat, womit dies nicht zu beanstanden ist. Dass Werbung bzw. Marketing relevante Wettbewerbsparameter sein können, ist unbestritten (BGE 147 II 72 E. 3.5 „Pfizer II“; vgl. E. 4.5.3.2 hiervor). Zudem kann betreffend die Prüfung der Wettbewerbsparameterqualität hinsichtlich der Werbung auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG noch angemerkt werden, dass die Prozentanteile der ausgetauschten Werbekosten gemessen an den ausgetauschten Umsätzen (angefochtene Verfügung Rz. 638 i.V.m. 491) die Schlussfolgerung zulassen, dass der Austausch über die Werbekosten nicht belanglos war. Die Beschwerdeführerin macht denn auch zu Recht nicht geltend, dass dem Marketing in Bezug auf die in Frage stehende Produkte nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt (vgl. dazu GÜNTER MÜLLER-STEWENS, Das Geschäft mit Luxusgütern, St. Gallen 2013, S. 11, nachfolgend: MÜLLER-STEWENS). Demnach ist auch insoweit die Wettbewerbsparameterqualität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen. Alles Weitere ist Gegenstand der Erheblichkeitsprüfung (vgl. E. 6.4.2.6 hiernach).

4.5.5 Fazit

Alle Handlungen des Informationsaustausches (Bruttopreislistenaus-tausch, Austausch der Bruttoumsätze und Austausch der Werbeinvestiti-onen) weisen einen Bezug zu einem Wettbewerbsparameter auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG auf und sind als wettbewerbssensibel zu werten. Demnach ist ersichtlich, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Wettbewerbsabrede wegen Fehlens des Bezugs zu Wettbewerbspara-metern zu verneinen ist, keinen Bestand hat. Eine vertieftere Prüfung der Wettbewerbsparameter und der wettbewerbssensiblen Natur der Informa-tionen sowie der informationsaustauschspezifischen Aspekte wird im Kontext mit der Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG erfolgen (vgl. E. 6.4 hiernach). Die Rügen, welche die Einschränkung der Handlungsfreiheit betreffen, werden in Er-wägung 4.7 aufgegriffen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die festgestellte Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG be-zweckt oder bewirkt hat.

4.6 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

4.6.1 Hinsichtlich des „Bezweckens“ oder des „Bewirkens“, die beide so-wohl in Art. 4 Abs. 1 KG wie auch in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannt sind, ist zu sagen, dass hier die Regulierungen des europäischen Wettbe-werbsrechts im Rahmen der Auslegung insoweit heranzuziehen sind, als dass mit den gleichen Begriffen gearbeitet wird, wobei zu prüfen ist, ob diese aus sachlichen Gründen unterschiedlich zu interpretieren sind. Das „Bezwecken“ oder „Bewirken“ in Art. 101 Abs. 1 AEUV sind auf *Tatbe-standsebene* zu verstehen, da dem „Bezwecken“ oder dem „Bewirken“ im EU-Wettbewerbsrecht Aussagen über die Unzulässigkeit einer kartell-rechtlichen Handlung entnommen werden können. Im Unterschied dazu wird die Unzulässigkeit einer kartellrechtlichen Handlung im Schweizer Recht erst auf der Stufe von Art. 5 KG geprüft (BGE 147 II 72 E. 3.1 i.V.m. 3.5 in fine „Pfizer II“). Demzufolge ist im Schweizer Kartellrecht das „Be-zwecken“ oder „Bewirken“ auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nur auf *De-finitionsebene* bzw. auf Begriffsebene einer Wettbewerbsabrede zu ver-standen (ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 4, 6, nachfolgend: HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit; JÜRGEN BORER, Wettbe-werbsrecht I, 2011, Art. 4 KG N 3 f., nachfolgend: BORER; STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 57 f.; Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 544 f., Ziff. 224.1; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 KG N 1; AMSTUTZ/CARRON/REINERT in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 76; PETER JUNG,

Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, in: Hochreuter/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Universität Fribourg, 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht, grundlegende Fragen, 2018, S. 26; nachfolgend: JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba).

4.6.2 Das Bezwecken und das Bewirken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind im Grundsatz *alternativ* zu verstehen (BGE 147 II 72 E. 3.6 „Pfizer II“; vgl. BGE 144 II 246 E. 5.1, 6.1 „Altimum“; Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 303 „Hallenstadion-Ticketcorner“; B-506/2010 E. 3.2.3 „Gaba“; Urteil B-3332/2012 E. 2.2.3 „BMW“; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 410; AMSTUTZ/CARRON/ REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 78; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, 2015, S. 94, nachfolgend: EDELMANN; ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, S. 111; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 26; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 133). Aus dem Gesagten ist zu schliessen, dass es für eine Wettbewerbsabrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG ausreicht, dass entweder das Bezwecken oder das Bewirken erfüllt ist. Das heisst, dass das Bewirken in Art. 4 Abs. 1 KG nur geprüft werden muss, wenn das Bezwecken zu verneinen ist.

Obwohl der Informationsaustausch im Rahmen der kommentierenden Literatur nicht selten als „Spezialfall“ abgehandelt wird (vgl. etwa BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 145 ff.), bleibt die Frage, ob eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, immer dieselbe.

4.6.3 Vorbringen der Parteien

4.6.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin meint, die Vorinstanz habe nicht dargelegt, dass mit dem Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden sei (Beschwerde Rz. 85). Denn die ASCOPA-Mitglieder hätten durch den Informationsaustausch gar keine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt, sondern sie hätten einer Preiserosion im Bereich der Luxuskosmetik entgegenwirken wollen, um deren Charakter bzw. das exklusive Markenimage zu bewahren. Die seitens der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung beschriebenen Diskussionen im ASCOPA-Vorstand seien dementsprechend Ausdruck von Bedenken, dass Discountpreise, Parallelaktionen, Verkaufsförderungsaktionen etc. dem Ansehen der Produkte schaden könnten (Beschwerde Rz. 16 i, 86; vgl.

angefochtene Verfügung Rz. 58 ff.). Die Vorinstanz hätte zudem eine Absicht zur Beeinflussung der Preispolitik beweisen müssen (Beschwerde Rz. 87 Lemma 1; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 13). Gerade in der Luxuskosmetik sei der Preis eben nicht ein wesentlicher Faktor, da vielmehr die Exklusivität im Zentrum stehe. Demnach sei der Austausch der Bruttopreislisten also gerade nicht geeignet, um die Preispolitik eines Marktteilnehmers zu beeinflussen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 13). Zudem hätten die ausgehandelten Preise durch die aggregierten Umsätze gar nicht eruiert werden können, weshalb ein Bezwecken zu verneinen sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15 f., 21).

Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, der vorliegende Informationsaustausch hätte keine künftigen Inhalte umfasst (Beschwerde Rz. 16 ii, 33, 51, 60 f., 113, 140; Replik Rz. 85). Aufgrund der variierenden Rabatte sei es nicht möglich gewesen, das Preisverhalten der Wettbewerber zu antizipieren (Beschwerde Rz. 16 ii, 87 Lemma 2 und 89; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 13).

4.6.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz schliesst auf eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Nach ihrer Ansicht ist das Bezwecken objektiv zu verstehen. Die Wettbewerber müssten sich also nicht einmal der Wettbewerbswidrigkeit ihres Handelns bewusst sein. Damit ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, reiche ein Potenzial bzw. die feststellbare Tendenz aus. Das Bezwecken sei bereits dann erfüllt, wenn die Vereinbarung vage ist (angefochtene Verfügung Rz. 388 ff.). Denn aufgrund der Handlungen des Informationsaustausches könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Einblick darin es einem Unternehmen ermögliche, seine Geschäftspolitik derjenigen seiner Konkurrenten in einer Weise anzupassen, die dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderlaufe (angefochtene Verfügung Rz. 392).

Die Vorinstanz legt dar, dass sie dem Informationsaustausch keinen konkreten zukünftigen Zeitpunkt über Preishöhen oder einen Zielpreis habe entnehmen können (angefochtene Verfügung Rz. 425-430). Die Handlungen des Informationsaustausches hätten nach ihren Feststellungen allerdings in regelmässig sich wiederholenden Abständen stattgefunden. Auch wenn die einzelnen Preise nicht direkt ausgetauscht worden seien, so habe doch der Einblick in die ausgetauschten Bruttopreislisten

und weitere Informationen, welche normalerweise geheim sind, den ASCOPA-Mitgliedern die Möglichkeit verschafft, aufgrund eines Monitorings die Preisbewegungen der anderen Unternehmen über Jahre zu vergleichen und auch für die Zukunft abzuschätzen (angefochtene Verfügung, Rz. 93 ff., 392, 426 f., 430).

4.6.4 Grundlagen zum Bezwecken

4.6.4.1 Nach der Rechtsprechung ist eine Abrede dann *bezweckt*, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6 „Pfizer II“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 5.2 „Dargaud [Suisse] SA“; Urteil des BVGer B-807/2012 E. 9.3.1 „Erne“; Urteil B-3618/2013 E. 303 „Hallenstadion-Ticketcorner“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 137).

4.6.4.2 Für ein Bezwecken genügt die objektive Eignung der Massnahmen zur Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung. Die schwer feststellbaren subjektiven Absichten brauchen nicht nachgewiesen zu werden (sog. „objektivierter Zweckbegriff“; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6 „Pfizer II“; Urteile des BVGer B-3332/2012 E. 2.2.3 „BMW“; B-581/2012 E. 4.2 „Nikon“; B-3618/2013 E. 302 „Hallenstadion-Ticketcorner“; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 4 Abs. 1 KG N 28; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 550; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 81 f.; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 26; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 138). Indessen kann die Absicht der Beteiligten berücksichtigt werden, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (vgl. zum europäischen Wettbewerbsrecht das Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-67/13 P Groupement des cartes bancaires/Kommission, Rn. 54, nachfolgend: Urteil des EuGH C-67/13 P Groupement des cartes bancaires/Kommission; EDELMANN, S. 97).

4.6.4.3 Damit ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gegeben ist, sind keine tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb notwendig. Es ist ausreichend, wenn die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (BGE 147 II 72 E. 3.6 „Pfizer II“, BGE 144 II 246 E. 6.1, 6.4.2 „Altimum“; Urteil des BGer 2C_147/2018 E. 3.6 „Bayer

([Schweiz] AG“). Das Bezwecken kommt einem Gefährdungstatbestand gleich (BGE 147 II 72 E. 3.6 „Pfizer II; STOFFEL, in: SIWR V/2., S. 63; BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 72; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Eine Abrede muss also ihrem Wesen nach objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken (BGE 147 II 72 E. 3.6 mit Hinweisen „Pfizer II“; BETTINA TUGENDREICH, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 2004, S. 218 f., nachfolgend: TUGENDREICH; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 81 f.). Dieser dogmatische Ansatz stützt sich auf bestehende Erfahrungen, die gezeigt haben, dass derartige Beschränkungen des Wettbewerbs regelmässig negative Auswirkungen auf den Markt haben. Zudem ist das Bezwecken im Schweizer Kartellrecht als Definitions- bzw. Begriffsmerkmal einer Wettbewerbsabrede und nicht als Tatbestandsmerkmal zu verstehen. Denn dem Bezwecken sind noch keine Aussagen über die Unzulässigkeit eines Kartells zu entnehmen. Diese wird erst im Kontext mit Art. 5 KG geprüft (BORER, Art. 4 KG N 3. f.; BLATTMANN, S. 184 f.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 81 f.; SCHMIDHAUSER: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 4 Abs. 1 KG N 23; HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit, Rz. 4 und 6; STOFFEL, in: SIWR V/2., S. 57 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 140; vgl. diesbezüglich zum europäischen Wettbewerbsrecht E. 4.3.1 f., 4.6.1 f. hiavor).

4.6.4.4 Nicht jeder Informationsaustausch zwischen Mitbewerbern bezweckt automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung (EDELMAAN, S. 101 f.). Indessen kann durch einen Informationsaustausch die zukünftige Preisgestaltung beeinflusst werden (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 107). Informationen über künftige Preise oder über zukünftiges Verhalten sind nach europäischem Wettbewerbsrecht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten (Rz. 74 f. der Horizontalleitlinien; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Information Exchanges in the Draft Horizontal Cooperation Guidelines, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht, KSzW I 2011, 87, 90, nachfolgend: WAGNER-VON PAPP, KSzW I 2011, 87, 90; WHISH/BAILEY, Competition Law, 8 Aufl., 2015, S. 578, nachfolgend: WHISH/BAILEY; SCHROEDER DIRK, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 2009/7-8, S. 720, nachfolgend: SCHROEDER, WuW 2009/7-8, S. 720; Rz. 74 Horizontalleitlinien). Davon ist auch für das schweizerische Kartellrecht auszugehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 155 f.). WAGNER-VON PAPP sieht auch ein Bezwecken beim Informationsaustausch, wenn derselbe einen Mechanismus des Monitorings auf-

weist (WAGNER-VON PAPP, KSzW I 2011, 87, 90). Indessen ist das Monitoring nicht Bedingung für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Entscheidend für die verlangte Gefährdung ist vielmehr die hinreichende strategische Relevanz der ausgetauschten Daten (Rz. 86 der Horizontalleitlinien; EDELMANN, S. 104 ff. mit Hinweisen). Nach Rz. 59 der Horizontalleitlinien kann ein unselbständiger Informationsaustausch die Durchführung eines Kartells erleichtern, indem er die Unternehmen in die Lage versetzt, zu beobachten, ob die Kartellmitglieder sich an die vereinbarten Modalitäten halten. Gestützt auf denselben Gedanken kann nach europäischem wie nach schweizerischem Kartellrecht auch ein selbständiger Informationsaustausch die Gefahr mit sich bringen, kollusives Verhalten beziehungsweise eine Marktberuhigung zu begünstigen (vgl. zur Klassifizierung des vorliegenden Informationsaustauschs E. 6.2 hiernach).

4.6.5 Würdigung

4.6.5.1 Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz nicht dargelegt habe, weshalb sie auf eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG geschlossen habe, stossen ins Leere. Denn die Vorinstanz hat in Rz. 392 der angefochtenen Verfügung ausgeführt, dass sich die Wettbewerber bzw. die ASCOPA-Mitglieder gegenseitig Einblick in Daten gewährten, welche normalerweise als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind. So könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Einblick in die ausgetauschten Informationen es den Unternehmen ermögliche, ihre Geschäftspolitik derjenigen der Konkurrenten anzupassen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 392), was für das Erfordernis des Bezweckens im Sinne einer Gefährdung ausreicht (vgl. E. 4.6.4.3 hiervor). Die Beschwerdeführerin überspannt die Voraussetzungen des Bezweckens in Art. 4 Abs. 1 KG, wenn sie geltend macht, dass es der Vorinstanz nicht gelungen sei, aufzuzeigen, dass die ausgetauschten Umsätze eine Rückrechnung auf die effektiv ausgehandelten Preise zugelassen hätten (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Das Bezwecken erfordert bloss, aber immerhin, eine Gefährdung, welche aufgrund der ausgetauschten Informationen gegeben ist, da man aus Ihnen zumindest eine Grobabschätzung insbesondere betreffend die Preisbildung herleiten kann. Die in Frage stehenden Daten sind – soweit dies im vorliegenden Zusammenhang bereits relevant ist – auch nicht öffentlich zugänglich, historisch oder in einer Weise aggregiert, dass mit dieser Begründung deren strategische Natur verneint werden könnte (vgl. dazu ausführlich E. 6.4.1 hiernach). Soweit die Beschwerdeführerin die Auffassung vertritt, dass der vorliegende Informationsaustausch keine konkreten künftigen Inhalte, wie z.B. einen künftigen Fest- oder Zielpreis,

beinhaltet habe oder dass sich die Rabatte ändern könnten (Beschwerde Rz. 16 ii, 33, 51, 60 f., 113, 140; Replik Rz. 85), gehen ihre Rügen über das hinaus, was im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist. Inwiefern die gewährten Rabatte oder die Charakteristika eines luxus- bzw. prestigeartigen Marktes der beschriebenen Gefährdung entgegenwirken, ist nicht Gegenstand der Prüfung des Bezweckens, sondern der Erheblichkeitsprüfung in Art. 5 KG (vgl. in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit betreffend die Bruttopreise E. 6.4.2.4.13 ff., 6.4.2.4.18 ff. insb. 6.4.2.4.24 ff. hiernach).

4.6.5.2 Auch die Rügen, welche auf die fehlende Absicht des Bezweckens zielen (Beschwerde Rz. 16 i, 86 f.), erweisen sich als unbegründet. Denn ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG verlangt – wie dargestellt – nur eine objektiv feststellbare Tendenz und setzt keine Absicht voraus. Liegen jedoch subjektive Aspekte vor, dürfen diese in die Bewertung miteinbezogen werden (vgl. E. 4.6.4.2 hiervor). In diesem Sinne ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend auch subjektive Aspekte im Verhalten der Beschwerdeführerin bzw. der anderen ASCOPA-Mitglieder erwähnenswert sind. So enthält beispielsweise das Schreiben des ASCOPA-Vorstandes an die Händler vom 12. Dezember 2002 die Aufforderung, das „*nicht konstruktive Konkurrenz-Spiel*“ zu unterlassen (angefochtene Verfügung Rz. 60, act. 2 Beilage A 24) und die Aussage an der Generalversammlung „*Les produits de luxe sont bradés*“ (angefochtene Verfügung Rz. 58, act. 2, Beilage A 4, Protokoll der Generalversammlung vom 22. Mai 1997, S. 5) auch eine subjektive Komponente. Man wollte einer Erosion des Preisgefüges („un engrenage à la baisse“; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 62) entgegenwirken. Es entsprach der Politik von ASCOPA, eine Preisbildung, die nach Ansicht der Mitglieder den zu schützenden Marken schaden würde, zu verhindern („d'éviter que les marques soient discountées“, vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58-63, 68, 89, act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003). In diesem Sinne legt die Beschwerdeführerin dar, dass sie gar keine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt habe, sondern nur einer Preiserosion im Bereich der Luxuskosmetik habe entgegenwirken wollen, um deren Charakter zu bewahren. Allerdings spielt es keine Rolle, was sich die Beschwerdeführerin beim Informationsaustausch dachte und ob die Beschwerdeführerin ihr eigenes Verhalten als eine Wettbewerbsbeschränkung wertete. Das Gesagte weist aber immerhin darauf hin, dass die ASCOPA-Mitglieder eine Abwärtsspirale des Preises zuungunsten der Luxuskosmetik befürchteten. Es entsprach der Intention der ASCOPA-Mitglieder, die Divergenz zwi-

schen dem Massenmarkt und dem Luxuskosmetikmarkt aufrechtzuerhalten. In diesem Zusammenhang ist auch der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch zu sehen. Offensichtlich ist, dass diese Handlungen objektiv geeignet sind, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Die subjektiven Aspekte, wie das Verhindern einer Preiserosion bei der Luxuskosmetik, plausibilisieren den objektiv festgestellten Zweck der Handlungen des Informationsaustausches gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Aus dem Gesagten ist ausserdem ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin nicht beizupflichten ist, wenn sie meint, dass der Austausch der Bruttopreislisten im vorliegenden Markt der Luxuskosmetik gar nicht geeignet gewesen wäre, die Preispolitik eines Marktteilnehmers zu beeinflussen (Stellungnahme vom 24. August 2018 Rz. 13 in fine). Die gemachten Ausführungen reichen bereits aus, um ein Bezwecken, welches im Unterschied zur Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG nur erfordert, dass die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet, nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen. Deshalb kann der Beschwerdeführerin auch nicht beigespflichtet werden, wenn sie verlangt, dass die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG voraussetzt, dass die durch den Informationsaustausch ermöglichte Kollusion „nachweislich“ erfolgt ist (Beschwerde, Rz. 79).

4.6.6 Zwischenfazit

Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass mit dem vorliegend zu beurteilenden Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden ist. Daher kann offen gelassen werden, ob – wovon die Vorinstanz ausgeht – auch das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist. Deshalb erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin, welche das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG infrage stellen, als obsolet. Dasselbe gilt für die in der angefochtenen Verfügung getroffene Feststellung, wonach der Informationsaustausch nicht nur die Kollusion erleichtert, sondern auch zur Kollusion geführt habe (angefochtene Verfügung Rz. 393 i.V.m. 512 ff.).

4.7 Prüfung der prokompetitiven Natur des Informationsaustauschs und der Bedeutung Handlungsfreiheit bzw. der Einschränkung derselben im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG

4.7.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist ein Informationsaustausch nicht per se eine Abrede, welche auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet ist. Ein Informationsaustausch könne auch für den Wettbewerb förderlich bzw. prokompetitiv sein (Beschwerde Rz. 93; Replik Rz. 14, 76). Die gemeinsame Nutzung von Informationen könne beispielsweise helfen, durch Lagerreduzierung Kosten zu sparen, da so verderbliche Waren schneller an den Verbraucher geliefert würden (Beschwerde Rz. 93). Zudem ermögliche es ein Informationsaustausch, leichter auf Nachfrageschwankungen zu reagieren. Er behebe auch Informationsasymmetrien und verbessere zusätzlich durch seine Effizienz das Benchmarking. So seien der Meinungs- und Erfahrungsaustausch, die gemeinsame Marktforschung, die Errichtung von Statistiken und Kalkulationsschemata wettbewerbsrechtlich unerheblich. Die angefochtene Verfügung würde somit Handlungen mit prokompetitiven Wirkungen wie das Benchmarking verbieten (Beschwerde Rz. 93; Replik Rz. 14 und 76).

Auch fehlen nach Auffassung der Beschwerdeführerin Beweise, dass die ASCOPA-Mitglieder ihr Verhalten am Markt nicht vollkommen selbständig bestimmt haben oder dass der Informationsaustausch die Ungewissheit am Marktgeschehen verringert habe (Beschwerde Rz. 82; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8). So habe die Vorinstanz auch keine Angaben gemacht, inwiefern eine Handlung des Informationsaustausches die Handlungsfreiheit hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters eingeschränkt habe (Beschwerde Rz. 74 ff., 81, 97, 114; Replik Rz. 67; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 5 ff., 16).

4.7.2 Vorbringen der Vorinstanz

4.7.2.1 In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz sowohl ein Bezwecken wie auch darüber hinaus ein Bewirken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bejaht (angefochtene Verfügung Rz. 390-393). Ausserdem hat die Vorinstanz das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG verneint (angefochtene Verfügung Rz. 817 f.). Demzufolge hat sie dem vorliegenden Informationsaustausch keine offensichtlich

wettbewerbsfördernde Wirkung zugesprochen. Vielmehr wirft sie den Parteien im Rahmen ihrer Ausführungen zu Art. 5 Abs. 2 KG vor, die Effizienzgewinne ausnahmslos lediglich aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu betrachten (angefochtene Verfügung Rz. 804).

4.7.2.2 Präzisierend legt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung dar, dass die Beschwerdeführerin ihre Argumentation, welche darauf abzielt, dass der vorliegende Informationsaustausch gar nicht die Handlungsfreiheit hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters beschränkt hätte, auf das Urteil Buchpreisbindung (BGE 129 II 18 E. 5.2.1. „Buchpreisbindung I“) stütze. Die in diesem Leiturteil genannte Stelle beziehe sich aber gemäss der Vorinstanz auf Art. 5 KG und nicht auf Art. 4 Abs. 1 KG. Auch gehe ZÄCH in diesem Zusammenhang von einer Unterscheidung zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung aus (ZÄCH, Rz. 352), was ebenfalls zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ins Gewicht falle (Vernehmlassung Rz. 48-52).

4.7.3 Meinungsstreit zur Frage, was unter Art. 4 KG und was unter Art. 5 KG zu prüfen ist

4.7.3.1 In der Lehre ist umstritten, ob positive Elemente des Wettbewerbs bereits im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, oder erst im Kontext mit der Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen seien (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 124 mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Auffassungen). Unbestritten ist, dass eine Abrede (selbst wenn durch sie eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Wettbewerber verursacht wird) auch neutral sein oder sich sogar positiv auf den Wettbewerb auswirken kann (ZÄCH, Rz. 350 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 124). ZÄCH erachtet eine solche Situation beispielsweise als gegeben, wenn eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Abredepartner dazu führt, dass diese in die Lage versetzt werden, den Wettbewerb überhaupt mit Konkurrenten aufzunehmen oder besser zu bestreiten (ZÄCH, Rz. 350).

4.7.3.2 Insbesondere REINERT vertritt die Ansicht, dass die positiven Aspekte des Wettbewerbs bzw. die Prokompetitivität schon unter Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen sind. Er führt dazu aus, es mache keinen Sinn, bis zur Prüfung von Art. 5 Abs. 2 KG zuzuwarten, wenn eine Wettbewerbsabrede überwiegend prokompetitiv sei, da sich die Behörde den Aufwand der Prüfung von Art. 5 KG sparen könne (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in:

Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 71 f.; MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, S. 115 f.; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 440 i.V.m. 456 ff.; vgl. auch die Hinweise bei BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 127, 130).

4.7.3.3 Hingegen argumentieren ZÄCH, STOFFEL, BORER, BALDI und SCHRANER dahingehend, dass allfällige Gründe für die Rechtfertigung einer Abrede nicht im Rahmen des Abredebegriffs im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern im Rahmen der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbehandlung gemäss Art. 5 KG zu prüfen seien (ZÄCH, Rz. 350 ff.; STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63; BORER Art. 4 KG N 3; MARINO BALDI, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, AJP 2017, S. 613 ff., 616; MARINO BALDI/ FELIX SCHRANER, 20 Jahre – und kein bisschen weiter?, Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz, AJP 2015, S. 1529 ff., 1530). Denn ansonsten würde Art. 5 KG seines Gehaltes entleert (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 126). Im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG verfolgt ZÄCH einen formalen Ansatz. Dementsprechend werden keine materiellen Wettbewerbsbeschränkungen verlangt, damit eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bejaht werden könne. Eine Einschränkung der Handlungsfreiheit ergebe sich alleine schon aus dem *Begriff* der Abrede, weshalb die Einschränkung der Handlungsfreiheit begriffsnotwendig sei und nicht auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft werden müsse (ZÄCH, Rz. 351 f.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 126, welche auf ZÄCH Rz. 350 ff. verweisen). So geht ZÄCH davon aus, dass allfällige positive Elemente von Wettbewerbsabreden unter Art. 5 KG zu prüfen sind. Dies entspricht der von ZÄCH getroffenen Unterscheidung zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung (ZÄCH, Rz. 352 i.V.m. Rz. 354).

4.7.3.4 Neuerdings hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die Kommentierung BANGERTER/ZIRLICK (DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 124 ff.) festgehalten, dass die prokompetitive Wirkung des in Frage stehenden Verhaltens grundsätzlich erst im Rahmen der Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 zu prüfen ist (Urteil des BGer im vereinigten Verfahren 2C_295/2021 und 2C_307/2021 vom 1. Dezember 2021 E. 4.1.5.2 „Markant“).

4.7.4 Würdigung durch das Gericht

4.7.4.1 Die bundesgerichtliche Feststellung, wonach die prokompetitive Wirkung des in Frage stehenden Verhaltens grundsätzlich erst im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen ist, entspricht wie die diese Rechtsauffassung ebenfalls vertretenden Lehrmeinungen wohl besser der ebenfalls höchstrichterlichen Feststellung, wonach die Schädlichkeit bzw. Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand von Art. 5 KG ist (BGE 147 II 72 E. 3.5 „Pfizer II“). Ungeklärt bleibt, ob der Begriff „grundsätzlich“ allenfalls die Möglichkeit offen lässt, *offensichtlich* prokompetitive Verhaltenskoordinationen bereits unter Art. 4 Abs. 1 KG auszuschneiden und die Prüfung abubrechen. Eine derartige Abrede müsste jedoch auf den ersten Blick als solche erkennbar sein.

4.7.4.2 Jedenfalls ist der vorliegende Informationsaustausch nicht offensichtlich prokompetitiv. Dies ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht nur der Bezug zu Wettbewerbsparametern im Allgemeinen (vgl. E. 4.5.4 hiavor), sondern insbesondere der Bezug zum Wettbewerbsparameter Preis aufgezeigt worden ist (vgl. E. 4.5.4.1 hiavor). Ausserdem ist ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG bejaht (vgl. 4.6 hiavor). Schliesslich hat das Gericht das Bemühen der ASCOPA-Mitglieder festgestellt, einer Erosion des Preisgefüges entgegenzuwirken (vgl. E. 4.6.5.2 hiavor). Das spricht in Bezug auf die vorliegende Verhaltenskoordination eher nicht für ein prokompetitives Benchmarking (vgl. dazu im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG in E. 6.6.3.1 ausführlich). Es ist insoweit auf BORER zu verweisen, der darlegt, dass in Bezug auf den Austausch marktsensibler Daten Vorsicht geboten sei (BORER, Art. 5 KG N 27). Und selbst wenn beiläufig offensichtlich positive Effekte erzielt werden könnten, würden diese die Abrede nicht insgesamt als offensichtlich prokompetitiv erscheinen lassen. Nach dem Gesagten fällt die in Frage stehende Abrede auch insoweit unter Art. 4 Abs. 1 KG und der prokompetitive Charakter der Abrede wird im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe vertieft zu untersuchen sein (vgl. E 6.6 hiernach).

4.7.4.3 *Die Bedeutung der Einschränkung der Handlungsfreiheit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG*

Die Beschwerdeführerin betont die Bedeutung der Frage, ob durch die Abrede die Handlungsfreiheit eingeschränkt worden ist. Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführerin jedenfalls zuzustimmen, wenn sie festhält, dass sich diese zumindest indirekt auf einen Wettbewerbsparameter

beziehen muss. Denn Wettbewerbsparameter sind die Grundlage einer Wettbewerbsabrede (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 130, vgl. E. 4.5.4 hiervor). Es ist indessen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht im Rahmen der Frage, ob Wettbewerbsparameter betroffen sind, zu prüfen, ob zugleich auch die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters beschränkt wurde (insoweit allenfalls unpräzise BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 131). Es genügt in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass es sich um eine Abrede unter im gleichen Markt tätigen Wettbewerbern handelt (BSK-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 124) und dass sich diese auf Wettbewerbsparameter bezieht (STOFFEL, in: SIRW V/2, 60). Diese Betrachtungsweise schliesst an das Konzept einer formalen Wettbeschränkung an (vgl. E. 4.7.3.4 f. hiervor mit Hinweisen). Demnach kann das Thema der Handlungsfreiheit entweder mit ZÄCH von der Abrededefinition ohne ergänzenden Gehalt mitumfasst sein (ZÄCH, Rz. 352) oder erst relevant werden im Rahmen der Beantwortung der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, was das Gericht im Sinne der Feststellung des Bezweckens bejaht hat (E. 4.6 hiervor). Damit gibt es entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin keinen weiteren Prüfungsschritt im Sinne der Frage der *Einschränkung der Handlungsfreiheit*. Demnach spielt es – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – im vorliegenden Zusammenhang auch keine Rolle, ob die ASCOPA-Mitglieder ihr Handeln am Markt selbständig bestimmt haben (vgl. mutatis mutandis E. 4.6.5.1 f. hiervor).

4.8 Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG

Der vorliegende Informationsaustausch beruhte auf Beschlüssen der Organe, insbesondere der Generalversammlung, der ASCOPA. Den entsprechenden Vereinsbeschlüssen kommt Vereinbarungsqualität zu (E. 4.4.3.1.4, E. 4.4.3.2 und E. 4.4.3.4 ff. hiervor). Diese sind der Beschwerdeführerin als Mitglied des Vereinsvorstands zuzurechnen (E. 4.4.3.3 hiervor). Ausserdem ist die festgestellte Vereinbarung rechtlich erzwingbar (vgl. E. 4.4.3.7 hiervor). Dieser Austausch hat sensible Informationen zum Gegenstand, welche sich auf Wettbewerbsparameter beziehen (vgl. E. 4.5.4 hiervor). Zugleich ist von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, ohne dass hierzu vorausgesetzt wird, dass die durch den Informationsaustausch ermöglichte Kollusion „nachweislich“ erfolgt ist (vgl. E. 4.6 hiervor). Die festgestellte Abrede ist schliesslich auch nicht offensichtlich prokompetitiver Natur (vgl. E. 4.7 hiervor), womit offen bleiben kann, ob die (offensichtlich) prokompetitive Natur bereits im Rahmen zu Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist (vgl. E. 4.7.4

hiervor). Demnach ist zusammenfassend festzustellen, dass der Informationsaustausch unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt.

5. Marktabgrenzung

5.1 Begriff

Der Begriff des relevanten Marktes wird im Kartellgesetz nicht näher definiert. Indessen ergibt sich aus der Botschaft zum Kartellgesetz aus dem Jahr 1995, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass eine Marktabgrenzung vorzunehmen ist (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 554; vgl. etwa AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 110 mit Hinweisen). Für die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsabreden kann Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) analog angewendet werden (BGE 146 II 217 E. 9.2.1 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; BGE 139 I 72 E. 9.1 „Publigroupe“; BGE 129 II 18 E. 7.2 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“; Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.1 „Implenia SA“; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 257 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; WEBER/RIZVI, in: OESCH/WEBER/ZÄCH, Wettbewerbsrecht II, Bern 2011, Art. 11 VKU N 7; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 N 42; BORER, Art. 5 N 10; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 105; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 100 f.).

Ausserdem hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit kaum je exakt möglich ist, sondern zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen beruht. Dies wirkt sich auf das verlangte Beweismass aus. Indessen müssen eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 „Publigroupe“, bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 „Altimum“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.6 „Hallenstadion-Ticketcorner“; vgl. zum Ganzen E. 3.2.2.1.4 hier-
vor).

Der vorliegenden Marktabgrenzung liegen die Handlungen des allgemeinen Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen) zugrunde. Betreffend die AGB-Empfehlungen ist auf die Ausführungen in den Erwägungen 8 und 9.5 zu verweisen.

5.2 Bezug zum europäischen Wettbewerbsrecht

Nach der Botschaft des Kartellgesetzes sind Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union insofern zu berücksichtigen, als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erscheinen (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 471, 531, 633; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 168 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; vgl. auch E. 4.3.1 hiervor und E. 6.3.5 hiernach). Die Definition des sachlich relevanten Marktes stimmt im Wesentlichen mit derjenigen des europäischen Wettbewerbsrechts überein, weshalb die Marktabgrenzungsinstrumente der Europäischen Kommission eine wertvolle Orientierungshilfe sind (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 „Publigroupe“; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2013, Rz. 2.34, nachfolgend: WEBER/VOLZ; BORER, Art. 5 N 10). Dies gilt namentlich für die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, Rz. 7, nachfolgend: Bekanntmachung der EU-Kommission über den relevanten Markt; BSK KG KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 101). Daher kann bei der Marktabgrenzung auf die Grundlagen des europäischen Wettbewerbsrechts sowie auf die einschlägige Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

5.3 Sachliche Marktabgrenzung

5.3.1 *Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite*

5.3.1.1 *Vorbringen der Beschwerdeführerin*

Die Beschwerdeführerin rügt, die Beurteilung der Substituierbarkeit von Produkten habe aus Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen. So hätten im Detailhandel die Endkonsumenten einen direkten Einfluss auf die unmittelbare Marktgegenseite (Retailer), weshalb die Präferenzen der Endkonsumenten für die Nachfrage ausschlaggebend seien (Beschwerde Rz. 119 Fn. 35).

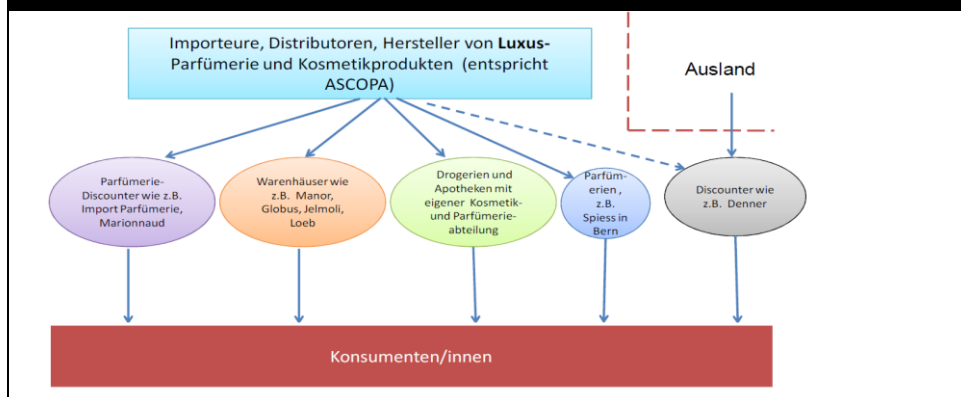
5.3.1.2 *Vorbringen der Vorinstanz*

Die Vorinstanz bezeichnet als direkte Marktgegenseite der Hersteller, Importeure und Lieferanten die Parfümerien (Discounterparfümerien und traditionelle Parfümerien), Detailhändler mit Parfümerie- und Kosmetikabteil, Drogerien und Apotheken. Demgegenüber hält die Vorinstanz fest, Discounter (wie etwa Denner) seien mangels ständigen Sortiments im

Parfümerie- und Kosmetikbereich nicht als direkte Marktgegenseite der ASCOPA-Mitglieder zu betrachten. Da die Nachfrage der direkten Marktgegenseite ihrerseits von derjenigen der Konsumenten abhängt, habe die Marktabgrenzung nicht lediglich gestützt auf das Nachfrageverhalten der direkten Marktgegenseite, sondern auch aus der Sichtweise der Konsumenten zu erfolgen (angefochtene Verfügung Rz. 451 f.).

Abbildung 1

(entspricht Abbildung 14 der angefochtenen Verfügung)



5.3.1.3 Grundlagen

5.3.1.3.1 Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Dienstleistungen, die von der *Marktgegenseite* hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 „Publigruppe“). Entscheidend ist somit, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der *Marktgegenseite*. Die Prüfung der Marktabgrenzung erfolgt in zwei Schritten, nämlich der Bestimmung des Marktgegenstandes und der eigentlichen Marktabgrenzung (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

5.3.1.3.2 Im strittigen Einzelfall ist auf den Untersuchungsgegenstand abzustellen und dabei die Sichtweise der von der Abrede betroffenen Nach-

frager miteinzubeziehen (RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in Verbindung mit Art. 7 KG, Rz. 187 und Rz. 189, nachfolgend: HEIZMANN; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 64). So hängt der relevante Markt sowohl von der konkreten Abrede als auch den Ausweichmöglichkeiten der spezifischen Marktgegenseite ab (BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, Jusletter vom 11. September 2017, Rz. 16, nachfolgend: ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Jusletter, Äpfel mit Birnen vergleichen). Zweck der Abgrenzung des relevanten Marktes ist die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen die Unternehmen ausgesetzt sind (ZÄCH, Rz. 532; MARCEL DIETRICH/MARKUS SAURER, Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic! 2001 S. 593 ff., 601; nachfolgend: DIETRICH/SAURER, sic! 2001 S. 593 ff).

5.3.1.3.3 Die Austauschbarkeit ist aus Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen, d.h. sie geht beim praktisch häufigeren Fall einer marktmächtigen Stellung auf Seiten des Anbieters von den nachfragenden Handelspartnern und Verbrauchern aus. Die Marktgegenseite muss jedoch nicht immer aus Endkunden, sondern kann für gewisse Fragestellungen auch aus Akteuren auf Zwischenstufen der Wertschöpfung (Weiterverwender) bestehen. Die Händler nehmen als Absatzmittler eine Verbindungsfunktion zwischen Anbietern und Verbrauchern ein. Ihr Marktverhalten hängt indessen stark vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher ab. Damit ergibt sich eine Reaktionsverbundenheit zwischen Verbrauchern und Händlern (DIETRICH/SAURER; sic! 2001, S. 602, 604). Das Nachfrageverhalten der Händler kann sich nach den spezifischen Präferenzen der Endverbraucher richten; in diesem Fall ist der Markt – nach der abgeleiteten Nachfragemethode – nach Massgabe der Präferenzen der Endverbraucher abzugrenzen (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“; Urteile des BVer B-506/2010 E. 9 „Gaba“; B-7633/2009 E. 270 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; vgl. BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 N 174; BORER, Art. 5 N 11.; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 103 ff.). Für die Marktabgrenzung ist das tatsächliche Marktgeschehen entscheidend; es geht um die den (End-)Kunden nach ihrer Wahrnehmung tatsächlich zur Verfügung stehenden Alternativangebote (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 111). Typisches Beispiel ist der Händler, der die von ihm gekauften Waren nicht selbst verbraucht, sondern diese kauft, um sie anschliessend an seine Abnehmer weiter zu veräussern (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.4, 5.2.6 „Hallenstadion-Ticketcorner“). So muss der Händler beispielsweise „Must in stock“-Produkte zwingend in seinem Sortiment führen (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER).

LER, Art. 5 KG N 105; ZÄCH, Rz. 579). So fühlt sich ein Konsument namentlich in einem nicht in erster Linie vom Preiswettbewerb geprägten Markt eher an eine Marke als an einen Detaillisten gebunden. Daher kann der Detaillist je nach Marktgegebenheiten nicht ohne Weiteres auf andere Konkurrenzprodukte ausweichen, wenn er nicht Gefahr laufen will, seine Kunden zu verlieren (vgl. Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 31. März 1999, in: ZR 98/1999 S.166 f., E. II/5, nachfolgend: ZR 98/1999 S. 161 ff.; ZÄCH, Rz. 540).

5.3.1.4 Würdigung

5.3.1.4.1 Vorliegend stellt sich die Frage, wie bedeutend in Bezug auf die renommierten ASCOPA-Marken die Präferenzen der Endkonsumenten im Rahmen der Marktabgrenzung sind. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass auch die Vorinstanz nicht nur anerkennt, dass aus der Sicht der Endkonsumenten Damen- und Herrenparfums in der Regel nicht substituierbar sein dürften (angefochtene Verfügung Rz. 456), sondern auch generell auf die Bedeutung der Endkonsumenten hinweist, auch wenn sie diese nicht als Marktgegenseite definiert (angefochtene Verfügung Rz. 451 f.).

5.3.1.4.2 Angesichts der Vertragsbeziehungen in der Lieferkette sind es die Retailer, welche als direkte Marktgegenseite der ASCOPA-Mitglieder und als direktes Bindeglied zwischen Konsumenten und ASCOPA-Mitgliedern fungieren. Bei der Frage, wie die Position der Endkonsumenten zu werten ist, ist zu beachten, wie sich das Verhältnis zwischen Herstellern bzw. Wholesalern (ASCOPA-Mitgliedern), Händlern und Endkunden gestaltet. Es ist im vorliegenden Zusammenhang festzustellen, dass die Vorinstanz nicht nur die drei Produktsegmente Parfums, Make-up und Pflege unterschieden hat, sondern auch eine Unterteilung in ein Prestige- bzw. Luxussegment und ein Massenmarktsegment vorgenommen hat (angefochtene Verfügung Rz. 459 ff., 466 ff.). Auch das ist unter Berücksichtigung der Präferenzen der Endkonsumenten geschehen, welche wiederum für die Präferenzen der Marktgegenseite ausschlaggebend sind (vgl. dazu neuerdings auch das Urteil C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.5.4 „SIX Group AG und SIX Payment Services AG“). Die Präferenzen der Endkonsumenten sind dabei nicht über Gebühr zu objektivieren. Es geht also wie bei der Marktgegenseite nicht darum, ob diese ausweichen könnte oder vernünftigerweise ausweichen würde, sondern ob anzunehmen ist, dass sie tatsächlich ausweichen würde (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 KG N 36; vgl. mutatis mutandis HEIZMANN, Rz. 195 und Rz. 267; vgl. E. 5.3.1.3.3 hiervor). Dasselbe meint die Feststellung,

dass es keine Rolle spiele, ob die beobachteten Präferenzen der Sache nach gerechtfertigt sind (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 111). Gerade in Bezug auf Markenprodukte kann sich ein Händler mit Blick auf die Präferenzen der Endkonsumenten faktisch veranlasst sehen, bei der Substituierung durch andere Produkte zurückhaltend zu sein oder sogar gewisse Produkte als „Must in stock“-Produkte in seinem Sortiment zu führen (vgl. zum Begriff ZÄCH, Rz. 542), was gegebenenfalls dessen Abhängigkeit gegenüber den ASCOPA-Mitgliedern verstärkt. Dies gilt vor allem dann, wenn festgestellt werden sollte, dass die Endkonsumenten im Bereich der Luxuskosmetik an ein höheres Preisniveau gewohnt sind, was wiederum dazu führen kann, dass sie auf Preiserhöhungen anders reagieren als in einem stark durch Preiswettbewerb geprägten Markt (vgl. zur Berücksichtigung von Preis- und Qualitätswettbewerb im Rahmen der Marktabgrenzung BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 131). Es kann im Luxussegment sogar sein, dass der hohe Preis der Erwartung der Endkonsumenten entspricht, da ein hoher Preis für eine gute Qualität und Exklusivität steht.

5.3.1.4.3 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass zwar die Parfümerien, Detailhändler mit Parfümerie- und Kosmetikabteil, Drogerien und Apotheken die direkte Marktgegenseite der Hersteller, Importeure und Lieferanten sind. Ihre Nachfrage bzw. die Produkte, die sie im Sortiment haben, sind jedoch – wie oben beschrieben – insbesondere in Bezug auf Markenprodukte nicht unerheblich vom Nachfrageverhalten der Endkonsumenten geprägt. Inwiefern das Verhalten der Endkunden die Teilsegmentierung der Märkte beeinflusst – nach der Vorinstanz ist insoweit zwischen Parfum, Make-up und Pflege zu unterscheiden –, wird unten unter Erwägung 5.3.4 erläutert (vgl. auch E. 6.5.5 ff.).

5.3.2 Abgrenzung des Luxus-/Prestigekosmetikmarktes vom Kosmetikmassenmarkt

Eine der wichtigsten Rügen der Beschwerdeführerin bezieht sich auf die Marktabgrenzung durch die Vorinstanz, welche die Kosmetikprodukte in einen Luxus- bzw. Prestigemarkt und in einen Massenmarkt („mass market“) unterteilt (angefochtene Verfügung Rz. 466 ff. und 498). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin lassen sich Luxuskosmetikprodukte mit Produkten aus dem Massenmarkt substituieren (Beschwerde Rz. 30, 120 und 125; Replik Rz. 78 ff.). Beispielweise könnte ein Lippenstift einer Eigenmarke der Migros mit einem Lippenstift der Luxuskosmetik substituiert werden (Beschwerde Rz. 30, 120, 125; Replik Rz. 78 ff.; siehe auch RBB-Bericht vom 10. Oktober 2012 Nr. 5.4). Zudem habe es die Vorinstanz

unterlassen, anzugeben, was sie unter Exklusivität verstehe (Beschwerde Rz. 120).

5.3.2.1 Zum Begriff der Kosmetika

Vorliegend geht es um Kosmetika und um die Frage, ob der Luxus- bzw. Prestigeaspekt einen eigenen Teilmarkt rechtfertigt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz betreffend die Definition von Kosmetikmitteln den Art. 35 der alten Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (aLGV) als Anhaltspunkt für die vorliegende Markteinteilung beschrieben hat (angefochtene Verfügung Rz. 439). Die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung wurde am 16. Dezember 2016 revidiert (LGV, SR 817.02). Neu findet sich die Definition der kosmetischen Mittel in Art. 53 Abs. 1 LGV. Die Definition der Kosmetikmittel in Art. 53 Abs. 1 LGV weicht nur unwesentlich von der Definition in ihrer Vorgängerversion (Art. 35 aLGV) ab. Vorliegend ist auf die Fassung gemäss Art. 35 aLGV zurückzugreifen, welche während des zu beurteilenden Informationsaustauschs gegolten hat.

„Kosmetische Mittel sind Stoffe oder Zubereitungen, die dazu bestimmt sind, äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers (Haut, Behaarungssystem, Nägel, Lippen und intime Regionen) oder mit den Zähnen und den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung zu kommen, und zwar zu dem ausschliesslichen oder überwiegenden Zweck, diese zu reinigen, zu parfümieren, ihr Aussehen zu verändern oder den Körpergeruch zu beeinflussen oder um sie zu schützen oder in gutem Zustand zu halten.“

5.3.2.2 Vorgehen

5.3.2.2.1 Die Vorinstanz bezog sich bei ihrer Marktabgrenzung auf die Rechtsprechung der EU, welche bei der Unterscheidung, ob man ein Kosmetikprodukt dem Luxus- bzw. dem Prestigemarkt oder dem Massenmarkt zuordnen soll, auf sieben Kriterien abstellt: *Preis, Marke, Verpackung, Werbestrategie, Qualität, Ausgestaltung der Verkaufspunkte und Art der Distribution* (Entscheidung COMP/M.5068 der Kommission vom 17. Juni 2008 L'Oréal/YSL Beauté, Rn. 8 f.; angefochtene Verfügung Rz. 442, 474 ff.). Die Befragung der ASCOPA-Mitglieder basierte auf diesen *oben genannten sieben Kriterien* der EU. Die ASCOPA-Mitglieder hielten diese sieben Kriterien mehrheitlich für „voll- und ganz“ bzw. „eher zutreffend“, um eine Abgrenzung zwischen dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt und dem Kosmetikmassenmarkt vorzunehmen (angefochtene Verfügung Rz. 477 f.; Abbildung 17).

5.3.2.2.2 Die Vorinstanz fasste dann diese sieben Kriterien in den drei Kriterien *Preis*, *Distribution* sowie *Marke und Image* zusammen. Sie führte entsprechend diesen drei Kriterien ihre eigene Marktabgrenzung durch (angefochtene Verfügung Rz. 478-497).

5.3.2.2.3 Im Folgenden wird die Marktabgrenzung nach den von der Vorinstanz gewählten Kriterien plausibilisiert (vgl. Abbildung 1 unten). In Erwägung 5.3.2.3 wird zuerst die Rechtsprechung zur Marktabgrenzung betreffend die Luxuskosmetik beleuchtet.

Abbildung 1

Marke und Image (E. 5.3.2.4)	Preis (E. 5.3.2.5)	Distribution/Selektiver Vertrieb (E. 5.3.3)
- Marke - Image - Werbestrategie - Verpackung - Qualität (Gesundheit, Art. 35 aLGV)	- Preis	- Ausgestaltung der Verkaufspunkte
Aufteilung in die Teilmärkte Parfum, Make-up und Pflege (E. 5.3.4)		

5.3.2.2.4 Das Bundesverwaltungsgericht kommt dabei – wie im Folgenden darzustellen sein wird – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass es bei den von den ASCOPA-Mitgliedern vertriebenen Markenprodukten um einen *luxus- bzw. prestigeartigen Markt* geht. Damit ist im Folgenden auf die Abgrenzung zwischen Luxus- und Massenmarkt näher einzugehen.

5.3.2.3 Rechtsprechung

i. Schweizer Rechtsprechung zur Luxuskosmetik

5.3.2.3.1 Ein Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. September 1985 (vorsorgliche Massnahmen) bezeichnete den *Markt eines Parfums von Estée Lauder als einen eigenen Markt*. Ein Konsument würde eher die Parfümerie als das Parfum wechseln (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. September 1985 in Sachen Grand-Pont SA und Sunstore SA gegen Estée Lauder AG, Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission [VKK] 1986, Nr. 72, S.116, nachfolgend: Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 72, S. 114 ff.). Basierend auf der Grundlage des Kartellgesetzes vom 20. Dezember 1962 (aKG 62, AS 1964 53 ff.) wurde mit der Begründung, dass die wirtschaftliche Freiheit des Anbieters sonst zu stark eingeschränkt würde, ein Depotsystem, um die Exklusivität der Produkte zu wahren, für zulässig erklärt. Dieses Urteil wurde vom Kassationsgericht Zürich bestätigt (Urteil des Kassationsgerichts Zürich vom 12. Dezember 1985 in Sachen Parfümerie du Grand-Pont SA und Sunstore SA gegen Estée Lauder AG, Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission [VKK] 1986, Nr. 73, S. 121 ff., nachfolgend: Kassationsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 73, S. 121 ff.).

5.3.2.3.2 Allerdings verneinte das Handelsgericht Zürich 14 Jahre später in einem auf Art. 7 KG beruhenden Beschluss vorsorglicher Massnahmen vom 31. März 1999 eine Marktabgrenzung zugunsten von Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten gegenüber Massenmarktkosmetikprodukten. Die Vertreiber der Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte wollten eine Wiedereinführung des selektiven Vertriebssystems im Sinne der Rechtsprechung der EU-Kommission in den Sachen Yves St. Laurent und Givenchy lancieren (Entscheidung 92/33 der Kommission vom 16. Dezember 1991 betreffend Art. 85 EWG-Vertrag, IV/33.342, Yves Saint Laurent Parfums, ABl. 1992 L 12/24 ff. vom 18. Januar 1992, Rn. A/5, 8, B/2, C Artikel 1; nachfolgend: Entscheidung Yves Saint Laurent Parfums 92/33/EWG; Entscheidung 92/428 der Kommission vom 24. Juni 1992 in einem Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags, IV V/33.542, Parfums Givenchy, ABl. 1992 L 236/11 ff., Rn. A/5, 8, B/2, Artikel C 1; nachfolgend: Entscheidung Parfums Givenchy 92/428/EWG; vgl. E. 5.3.2.3.5 hiernach). In diesem Rechtsstreit vor dem Handelsgericht Zürich setze sich die Klägerin, welche 70 Parfümerien mit Discountcharakter führte, gegen die Wiedereinführung eines selektiven Vertriebssystems zur Wehr, da die Beklagte (die Vertreiberin der Luxus- und Prestigekosmetikmittel)

die Klägerin nicht mehr beliefern wollte. Das Handelsgericht Zürich verneinte jedoch eine Marktabgrenzung zugunsten der Luxuskosmetik und ging von nur einem Markt aus (vgl. DIETRICH/SAURER, sic! 2001 S. 609), welcher die Discounter- bzw. Fashionprodukte, also die für den Massenmarkt bestimmten Produkte, inkludierte. Da so keine marktbeherrschende Stellung vorlag, konnte die Betreiberin der Luxusprodukte auch nicht verpflichtet werden, die Discounter zu beliefern (ZR 98/1999 S.170, E. III/3 f.).

5.3.2.3.3 Weitere Grundlagen zur Marktabgrenzung hinsichtlich Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten sind nur spärlich in der Schweizer Rechtsprechung zu finden. In der Verfügung „Kosmetikprodukte (Dermalogica)“ vom 21. Oktober 2013 wurde offen gelassen, ob ein separater Markt nach einem Luxussegment abzutrennen sei („Dermalogica“ WEKO, RPW 2014/1 S. 201 Rz. 166). Im Urteil Gaba wurde hinsichtlich „Elmex rot“ lediglich erwähnt, dass dieselbe kein Luxusobjekt, sondern ein Gut des täglichen Bedarfs sei (siehe Urteil des BVGer B-506/2010 E. 13.1.3 „Gaba“). Im Bundesgerichtsurteil „Gaba“ war der sachliche Markt nicht mehr bestritten (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.5 „Gaba“). Beim Urteil BMW des Bundesverwaltungsgerichts erfolgte eine Marktabgrenzung der Automobile von BMW in ein Luxussegment und in andere Segmente (Urteil B-3332/2012 E. 7.1 „BMW“), welche vor Bundesgericht unbestritten geblieben ist (BGE 144 II 194 E. 6.3 „BMW“).

5.3.2.3.4 Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der dargestellten Präjudizien kein einheitliches Bild. Zudem ist dem Massnahmebeschluss des Handelsgerichts Zürich aus dem Jahr 1999 (ZR 98/1999 S. 161 ff.), auf den nie ein Endurteil gefolgt ist, keine das Bild entscheidend prägende Bedeutung zuzumessen. Umso wichtiger erscheint es, auch die europäische Rechtsprechung mit in die Beurteilung einzubeziehen (vgl. E. 5.2 hiavor).

ii. Das „Coty“-Urteil des EuGH und die Folgen

5.3.2.3.5 Die Vorinstanz verweist hinsichtlich der Marktabgrenzung zwischen dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt und dem Massenmarkt auf die Praxis der EU-Kommission, welche ihrer Darstellung nach vom EuG und vom EuGH mit mehreren Urteilen bestätigt wurde (angefochtene Verfügung Rz. 442 ff. mit Fn. 430, 446 ff., Fn. 435 f., je mit Hinweisen).

5.3.2.3.6 Am 6. Dezember 2017 hat sich der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren zugunsten des Selektivvertriebes betreffend die Luxuskosmetikprodukte von Coty ausgesprochen. Der EuGH beschreibt in diesem Urteil das Charakteristikum des Luxus, dass die Qualität solcher Waren nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften beruhe, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleihe (Urteil des EuGH vom 6. Dezember 2017 C-230/16 Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, Rn. 25, nachfolgend: Urteil des EuGH C-230/16 Coty; genauer zum Selektivvertrieb und zur Rechtssache Coty E. 5.3.3.3.4, 5.3.3.3.10 f., 5.3.3.4.1 f. hiernach). In der Literatur ist teilweise vertreten worden, dass der EuGH mit dieser Aussage eine Definition der Luxuswaren vornehme (PAUL MEY, Drittplattformenverbote nach der Coty-Entscheidung – Was sind Luxuswaren?, WuW 2019/2 S. 83; nachfolgend: MEY, WuW 2019/2 S. 83). In seinem Urteil, mit welchem es den Vorabentscheid des EuGH in Sachen „Coty“ umsetzt, macht dann das *Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main* tatsächlich belastbare Aussagen zum Luxus- und Prestigekriterium in der Kosmetik (Urteil 11 U 96/14 [Kart] vom 12. Juli 2018, abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 586 ff.; vgl. dazu ausführlich 5.3.3.3.4 ff. hiernach und insb. E. 5.3.2.3.7 gerade unten).

iii. Fazit zur Rechtsprechung

5.3.2.3.7 Die soeben dargestellte Rechtsprechung geht klar von einem separaten Markt für Luxus- bzw. Prestigekosmetik aus (zum Urteil Pierre Fabre des EuGH C-439/09 vgl. E. 5.3.3.3.5 ff. hiernach). Auch wenn das Urteil „Coty“ des EuGH das Luxuskriterium nur grob umschreibt, nimmt das Urteil „Coty“ des OLG Frankfurt am Main vertiefter zum Luxus- bzw. Prestigekriterium Stellung. So oder anders kann bereits aus dem „Coty“-Urteil des EuGH selbst geschlossen werden, dass der Gerichtshof in Bezug auf Kosmetikartikel Luxuswaren von anderen Waren unterscheidet und für Luxuswaren ein selektives Vertriebssystem unter gewissen Bedingungen als zulässig beurteilt (Urteil des EuGH C-230/16 Coty Rn. 25 i.V.m. Rn. 39; GRABER CARDINAUX/MASCHMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 199 f.). Da das Bundesverwaltungsgericht die neuste ihm bekannte Rechtsprechung berücksichtigt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 2.198), können auch Urteile, welche nach der angefochtenen Verfügung ergangen sind, zur Beurteilung des Falles herangezogen werden. Nachdem damit eine Aussage zur Luxuskosmetik vorliegt, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, inwieweit diese Rechtsprechung nach dem Konzept des EuGH auch in Bezug auf Luxusartikel aus anderen Produktsegmenten einschlägig ist.

5.3.2.4 Marke, Image und Luxuscharakter (Bedarfsmarktkonzept)

i. Grundlagen zum Bedarfsmarktkonzept (Luxus- bzw. Prestigeaspekt)

5.3.2.4.1 Wie bereits erwähnt, umfasst der sachlich relevante Markt gemäss des in Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU verankerten Bedarfsmarktkonzepts alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Substituierbar sind diejenigen Güter, welche in funktionaler Hinsicht demselben Verwendungszweck dienen (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 N 104 f.; vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 106; Urteil des BVGer B-506/2010 E. 9 „Gaba“; vgl. E. 5.3.1.3.1 hiavor). Gleiche oder ähnliche Eigenschaften genügen allerdings nicht immer, um ein Produkt demselben Markt zuzuweisen (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG, N 111; Bekanntmachung der EU-Kommission über den relevanten Markt, Rn. 36).

5.3.2.4.2 Entscheidend ist betreffend die Substituierbarkeit der Produkte, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“; vgl. E. 5.3.1.3.3 hiavor). So kann es sich bei identischen Gütern aus funktionseller Sicht (Luxuskosmetika/Massenmarktkosmetika) um unterschiedliche Güter handeln, wenn diese zwar technisch identisch, aber aufgrund verschiedener Aufmachungen differenziert zu betrachten sind. Solche Produkte sind als Träger einer zu erfüllenden Funktion zu betrachten und werden dadurch zur Projektionsfläche des durch die Nachfrager gewünschten Verwendungszweckes (vgl. MARKUS LENSSEN, Der kartellrechtlich relevante Markt, Prinzip-Konzeption-Methode, Baden-Baden, 2009, S. 189, nachfolgend: LENSSEN). Trotz gleicher Funktionalität können Luxuskosmetika hinsichtlich ihres allgemeinen Verwendungszweckes (Reinigung/Körperpflege/Körperdüfte) nicht als austauschbar mit anderen Kosmetik-, Parfümerie- und Körperpflegeprodukten angesehen werden (OLG Frankfurt am Main, „Coty“ vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587; Bundeskartellamt, Beschluss vom 8.3.2007, B9-520/06 - Douglas/Hela, S. 10 f.). Die Qualität solcher Waren beruht nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleiht (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 25; Urteil des EuGHs vom 23. April 2009 C-59/08 Copad/Dior, Slg. 2009 I-03421 ff.,

Rn. 24 f., nachfolgend: Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior; OLG Frankfurt am Main „Coty“ vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587).

5.3.2.4.3 Nach LENSSEN geht es um eine Bedürfniskonstellation, die verschiedene Bedürfnisse miteinander verbindet und deren Befriedung nur durch ein einziges Gut erreicht werden kann. Alle Güter, welche einer sogenannten Bedürfniskonstellation zugeordnet werden können, sind zu einem Markt zusammenzufassen (LENSEN, S. 186). Demnach geht es im Luxuskosmetikmarkt um die Bedürfniskonstellation eines Kosmetikproduktes mit Luxus- bzw. Prestigeaspekt. Daher kann für die vorliegende Marktabgrenzung nicht nur auf die Kosmetikprodukte selbst abgestellt werden. Zusätzlich sind auch die Charakteristika des Luxus- bzw. Prestigeaspektes zu beleuchten. Folgerichtig stellt sich bei Luxuskosmetika auch eher die (umstrittene und hier nicht weiter zu erörternde) Frage, ob nicht sogar eine Marktabgrenzung auf eine einzige Marke möglich ist (HEIZMANN, Rz. 266 f. mit Hinweisen).

5.3.2.4.4 Kosmetikprodukte, insb. Parfum, gehören zu den klassischen und ältesten Luxusprodukten (JEAN-NOËL KAPFERER/ VINCENT BASTIEN, The Luxury Strategy, break the builds of Marketing to build luxury brands, 2. Aufl. 2012, S. 314, nachfolgend: KAPFERER/BASTIEN, The Luxury Strategy). Parfums und Kosmetik gehören zu den fünf bedeutsamen Branchensektoren im Markt der persönlichen Luxusgüter (MÜLLER-STEWENS, S. 24). Luxus hat psychologische, soziologische, kulturelle und wirtschaftliche Facetten (FABIO DUMA/CHRISTINE HALLIER WILLI/CARY STEINMANN, The Business of Luxury, 2015, S. 3). So ruft „Luxus“ nach KAPFERER/BASTIEN etwas Unerreichbares, den Lebensstil der Reichen und etwas Teures hervor (KAPFERER/BASTIEN, The Luxury Strategy, S. 46). Der Begriff „Luxus“ entstammt dem Lateinischen und wird als „übermässiger Aufwand“ oder „Prunk“ beschrieben. Nachklassisch bedeutet er auch „Fruchtbarkeit“ oder „Ausschweifung“ („luxus“ - Deutsch-Übersetzung - Langenscheidt Latein-Deutsch Wörterbuch, zuletzt besucht am 16.11.2022; MÜLLER-STEWENS, S. 7). Konsumentinnen und Konsumenten von Luxusprodukten suchen ein Lebensgefühl, mit dem sie sich identifizieren. Dementsprechend entsteht die für Luxusmarken charakteristische „mythische Aufladung“ (MIRIAM BÜTTNER/FRANK HUBER/STEFANIE REGIER/KAI VOLLHARDT, Phänomen Luxusmarke, Identitätsstiftende Effekte und Determinanten der Markenloyalität, Gabler Edition Wissenschaft, Spektrum wirtschaftswissenschaftliche Forschung, 2. Aufl. 2008, S. V, 5, S. 8 und S. 126, nachfolgend: BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT; VERENA KÖ-

NIG/CHRISTOPH BURMANN, Einführung zur identitätsbasierten Luxusmarkenführung, in: BURMANN/KÖNIG/MEURER [Hrsg.], Identitätsbasierte Luxusmarkenführung, 2012, S. 5 f., nachfolgend: BEARBEITER in: BURMANN/KÖNIG/MEURER [Hrsg.] Identitätsbasierte Luxusmarkenführung).

5.3.2.4.5 Luxus hat zudem eine die Menschen voneinander differenzierende Funktion (KOLASCHNIK, in: BURMANN/KÖNIG/MEURER [Hrsg.], Identitätsbasierte Luxusmarkenführung, S. 185; PIERRE BOURDIEU, Die feinen Unterschiede, Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft, S. 368 f., nachfolgend: BOURDIEU; KAPFERER JEAN-NOËL, Luxusmarken, in: Esch [Hrsg.], Moderne Markenführung, Grundlagen, Innovative Ansätze, Praktische Umsetzungen, 3. Aufl., 2001, S. 349). So ist nach VEBLEN das Streben nach Sozialprestige als Hauptantrieb des menschlichen Handelns zu verstehen. Luxusgüter werden dazu instrumentalisiert, um bei anderen Menschen Neid zu erzeugen und sich vor ihnen abzugrenzen (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 9; THORSTEIN VEBLEN, The Theory of the leisure class, 1899, S. 70, nachfolgend: VEBLEN, The Theory of the leisure class; THORSTEIN VEBLEN, Theorie der feinen Leute, eine ökonomische Untersuchung der Institutionen, aus dem Amerikanischen von SUZANNE HEINTZ/PETER VON HAZELBERG, deutsche Erstausgabe 1958, 3. A. Fischer-Verlag 2015, S. 80 ff., nachfolgend: VEBLEN, Theorie der feinen Leute; siehe auch KÜNZLER ADRIAN, Restoring consumer sovereignty: How markets manipulate us and what the law can do about it, 2017, S. xxxiv nachfolgend: KÜNZLER, Restoring consumer sovereignty, welcher diese Theorien erwähnt; MEY, WuW 2019/2. S. 84 f.). Es geht um die Zugehörigkeit zum Club der „happy few“ (KAPFERER/BASTIEN, The Luxury Strategy, S. 316). Nach COCO CHANEL ist Luxus nicht das Gegenteil von Armut, sondern das Gegenteil von Gewöhnlichkeit (vgl. <<https://www.nur-zitate.com/zitat/453>>, abgerufen am 09.12.2022). Die Luxusmarke hat aber zugleich wie jede Marke namentlich in Zeiten der Informationsüberflutung den Charakter einer Orientierungshilfe bei der Güterauswahl (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 14).

5.3.2.4.6 Vor dem Hintergrund des soeben Festgehaltenen wird klar, dass es sachgerecht erscheint, die Aussagen des Urteils „Coty“ des OLG Frankfurt am Main zum Marketing vor allem im Kontext mit den qualitativen Elementen der Erheblichkeit zum Wettbewerbsparameter Werbung aufzugreifen (vgl. E. 6.4.2.6.8 hernach). Nichtsdestoweniger sind diese auch im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung relevant.

ii. Würdigung zum Bedarfsmarktkonzept (Luxus- bzw. Prestigeaspekt)

5.3.2.4.7 Vorliegend besteht die die Substituierbarkeit eines Produktes prägende *Bedürfniskonstellat*ion aus dem Kosmetikprodukt selbst und dem Luxus- bzw. Prestigeaspekt. Die entsprechenden Kosmetikmittel werden im Sinne von LENSSEN (vgl. LENSSEN, S. 186, 189) zum Träger bzw. zur Projektionsfläche der Bedürfniskonstellat

ion von Luxus mit Kosmetik. Die Begehrlichkeiten, welche Luxus- bzw. Prestigeprodukte auslösen, liegen somit zumindest teilweise *ausserhalb der* materiellen Eigenschaften des Kosmetikmittels (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 25; Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior, Rn. 24 f; OLG Frankfurt am Main, „Coty“ vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587), was die Vorinstanz zutreffend aufzeigte, indem sie den Bezug der Luxuskosmetikprodukte zur Modewelt bzw. zur Haute-Couture und zu den Celebrity-Brands herstellte (angefochtene Verfügung Rz. 486 ff.). Die Vorinstanz beschrieb so – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – den Charakter der Exklusivität. Denn Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte wollen dem Verbraucher das Gefühl geben, dass er sich von der Masse der Durchschnittskonsumenten abhebt. Daher kann der Luxus- bzw. Prestigecharakter nicht in den Regalen eines Supermarktes gekauft werden, was auch daran ersichtlich ist, dass die Vorinstanz sich auf einen Test eines führenden Retailers bezog. Bei diesem Retailer kam es zu massiven Umsatzeinbrüchen, als dieser die Luxus- und Massenmark

produkte vermischte (angefochtene Verfügung Rz. 468 ff.).

5.3.2.4.8 Zudem prägt das beschriebene Luxusverständnis bereits die Philosophie des Branchenverbands ASCOPA selbst. So legt Art. 1 ASCOPA-Statuten dar, dass die Mitglieder von ASCOPA Produkte im *Bereich der Luxuskosmetik* bzw. im gehobenen Preissegment der Kosmetik vertreiben. Der Vorstand von ASCOPA bezeichnet seinen Verband als der Luxuskosmetik zugehörig (Protokoll der Einvernahme von ASCOPA vom 11. März 2009, act. 87, S. 2). Diesen Gedanken weiterführend geht die Vorinstanz davon aus, dass sich die ASCOPA-Mitglieder selbst nur mit den eigenen Luxuskosmetikmarken – und nicht mit anderen Marken – am vorliegenden Informationsaustausch beteiligten (angefochtene Verfügung Rz. 473). Zudem besagt Art. 2 Bst. d ASCOPA-Statuten, dass es Zielsetzung von ASCOPA ist, den Wert der Marken zu erhalten, was bei ASCOPA gesamthaft 148 Marken sind (angefochtene Verfügung Rz. 127; Abbildung 8). Des Weiteren ist auf die bereits in E. 5.3.2.2.1 f. genannte Befragung, welche auf den Kriterien der EU-Rechtsprechung beruht, zu verweisen. Nach dieser Befragung bejahten 15 von 25 ASCOPA-Mitgliedern die Marktabgrenzung der Vorinstanz „voll und ganz“ und weitere sieben

stimmten dieser Marktabgrenzung „eher“ zu (angefochtene Verfügung Rz. 471 und Abbildung 16). Demnach ist ersichtlich, dass bereits dem die Mitglieder von ASCOPA vereinende Grundgedanken ein Konzept von einem Kosmetikmarkt mit Luxus- bzw. Prestigecharakter zugrunde liegt. In der Terminologie des „Coty“-Urteils des EuGH wird das Ziel verfolgt, das Luxusimage der in Frage stehenden Marken sicherzustellen (vgl. Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 39).

iii. Der Luxus- bzw. Prestigecharakter bei Estée Lauder

5.3.2.4.9 In diesem Zusammenhang rechtfertigen sich einige Überlegungen zum Verhältnis der Beschwerdeführerin (Estée Lauder) zu Luxusprodukten bzw. zu deren Charakter. So bezeichnet Leonard Lauder, Sohn der Markengründerin Josephine Esther Lauder, welcher jahrzehntelang der CEO des Unternehmens der Beschwerdeführerin war, „sein“ Unternehmen als die drittgrösste Luxusfirma der Welt (IRIS KUHN-SPOGAT, Estée Lauder, Kein Mann zum Vergessen, in: Bilanz Schweiz, 15. Oktober 2014, vgl. <<https://www.handelszeitung.ch/panorama/leonard-lauder-kein-mann-zum-vergessen>>, abgerufen am 09.12.2022). Luxus hat demzufolge bei Estée Lauder einen hohen Stellenwert.

5.3.2.4.10 Persönlichkeiten wie Nancy Reagan und Fürstin Grace von Monaco – Letztere war eine enge Freundin der Markengründerin – benutzten eigens für sie kreierte Parfumdüfte von Estée Lauder (Homepage Estée Lauder, Estée Stories, Ein sehr kostbarer – und privater – Duft, <<http://www.estelauder.ch/estee-stories-brand-story-chapter-4-going-distance>> abgerufen am 09.12.2022). Dass solche Persönlichkeiten Produkte von Estée Lauder benutzen, indiziert, dass die Produkte der Beschwerdeführerin eine differenzierende Funktion innehaben. Sie geben den Verbrauchern das Gefühl, etwas Besonderes zu sein, daher greifen auch „besondere“ Persönlichkeiten zu diesen Produkten. Zusätzlich bezeichnete der Vorstand von ASCOPA Estée Lauder als eine der wichtigsten Akteurinnen im Luxuskosmetikmarkt (Protokoll der Einvernahme von ASCOPA vom 11. März 2009, act. 87, S. 2).

5.3.2.4.11 Demnach hat Luxus im Unternehmen der Beschwerdeführerin einen hohen Stellenwert. Das trifft nicht nur auf hochexklusive Produkte zu, sondern auch auf Luxusprodukte, die aus der Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten als erreichbar und zugleich als exklusiv wahrgenommen werden. Das Gesagte lässt die Schlussfolgerung zu, dass die Beschwerdeführerin sich mit ihrer Rüge, dass sich die Produkte aus dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt mit solchen aus dem Massenmarkt

substituieren lassen, letztlich in Widerspruch zu ihrer eigenen Unternehmensphilosophie setzt.

iv. Zwischenfazit

5.3.2.4.12 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht auf einen vom Kosmetikmassenmarkt zu unterscheidenden Luxuskosmetikmarkt geschlossen hat. Auch anhand der Zielsetzungen von ASCOPA wie letztlich auch der Firmenphilosophie der Beschwerdeführerin selbst lässt sich die Feststellung der Vorinstanz, dass die Marktabgrenzung zwischen Massen- und Luxus- bzw. Prestigemarkt im Kosmetikbereich sachgerecht ist, plausibilisieren. Daher spricht insbesondere die dargestellte Rechtsprechung gegen die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Produkte des Luxus- bzw. des Prestigekosmetikmarktes mit Produkten aus dem Massenmarkt substituiert werden.

5.3.2.5 *Marktabgrenzungsfragen anhand der Thematik der Preisbildung*

5.3.2.5.1 Eine vom Massenmarkt unabhängige Preispolitik der ASCOPA-Mitglieder ist nur möglich, wenn die Endkonsumenten bei Preiserhöhungen im Luxusmarkt nicht ohne Weiteres auf Produkte des Massenmarktes ausweichen.

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

5.3.2.5.2 Die Beschwerdeführerin rügt, dass sich die Vorinstanz widersprochen habe. Einerseits sage die Vorinstanz, dass Exklusivität, Image und Marke und der überdurchschnittlich hohe Preis für einen vom Massenmarkt gesonderten Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt sprechen. Wenn aber die Vorinstanz dies behaupte, so könne sie nicht der Beschwerdeführerin vorwerfen, dass sich diese Sorgen um die Erosion der Preise gemacht habe (Beschwerde Rz. 120).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

5.3.2.5.3 Nach Ansicht der Vorinstanz schlägt sich das Image einer Marke in den teuren Verkaufspreisen nieder. So würde sich gerade das Luxusprodukt durch einen überdurchschnittlichen Preis auszeichnen (angefochtene Verfügung Rz. 490, 495). Zudem habe die grosse Mehrheit der involvierten Unternehmen angegeben, dass sie ihre Preise losgelöst vom Kosmetikmassenmarkt festsetze (angefochtene Verfügung, Rz. 467).

iii. Grundlagen zur Methode Kreuzpreiselastizität

5.3.2.5.4 Neben den Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten der Produkte und Dienstleistungen ist der Preis ein wichtiger Faktor für die Wahl der Marktgegenseite - allerdings ist er für sich allein nicht aussagekräftig für eine Marktabgrenzung. Er ist immer im Zusammenhang mit anderen Kriterien zu beachten. So können beispielsweise trotz übereinstimmendem Verwendungszweck die unterschiedlichen Preise, die für die miteinander zu vergleichenden Produkte oder Leistungen verlangt werden, deren Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite einschränken oder ausschliessen (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.5 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Die Kodifizierung des Bedarfsmarktkonzeptes in Art. 11 Abs. 3 VKU will nicht implizieren, dass keine anderen Marktabgrenzungskonzepte zulässig sind (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 106; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 108; KAUFMANN OLIVER, Relative Marktmacht, Konzept, Praxis und Rechtsentwicklung im Schweizer Kartellrecht, 2014; Rz. 102 ff., nachfolgend: KAUFMANN). Austauschbarkeit ist dann gegeben, wenn Produkte aufgrund ihrer Eigenschaften und Preise für den vorgesehenen Verwendungszweck von ihren Nachfragern als gleichwertig angesehen werden (Urteile des BVGer B-7633/2009 E. 270 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; B-3618/2013 E. 53 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Dabei ist auch die in Bezug auf die zu beurteilenden Kosmetikprodukte relevante Bedürfniskonstellation zu berücksichtigen (vgl. E. 5.3.2.4.7 hiavor).

5.3.2.5.5 Die Methode Kreuzpreiselastizität betrachtet – wie das Bedarfsmarktkonzept – die Substituierbarkeit der Güter aus Sicht der Marktgegenseite. Es geht darum, ob die Nachfrager auf eine Preiserhöhung reagieren und auf ein anderes Produkt – hier auf ein Erzeugnis des Kosmetikmassenmarktes – ausweichen würden. Bei einer *hohen bzw. positiven Kreuzpreiselastizität* reagieren die Nachfrager auf kleine Preiserhöhungen und wechseln auf ein anderes Produkt, was für eine Substituierbarkeit und einen gemeinsamen sachlichen Markt mit dem neuen Produkt spricht. Im Gegensatz dazu reagieren die Nachfrager bei einer *niedrigen bzw. negativen Kreuzpreiselastizität* kaum auf eine Preiserhöhung und bleiben beim gewohnten Produkt, was für getrennte Märkte spricht (KAUFMANN, Rz. 112 ff.; HEIZMANN, Rz. 213 ff.; WEBER/VOLZ, Rz. 2.40).

5.3.2.5.6 So gibt es Kunden, die bei der Auswahl eines Produktes wenig von einer Marke halten und sich eher auf den Preis fokussieren und andere, die ihr Verhalten von ihrem Affekt steuern lassen (KÜNZLER, Restoring consumer sovereignty, S. 149). Eine niedrige Kreuzpreiselastizität

weisen Produkte auf, welche eine starke Marke, einen starken Namen, eine ausgeprägte Produktdifferenzierung oder auch eine Bedürfniskonstellation innehaben. Wenn nicht monetäre Gründe die Ursachen des Erwerbes sind, spricht dies für die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte zugunsten dieser Produkte (HEIZMANN, Rz. 216, 220; siehe auch ICN Report on Merger Guidelines, chapter 2 Market Definition, Rn. 1.23, April 2004, < https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesReport.pdf>, abgerufen am 09.12.2022). So ist das Kaufverhalten in Luxusmärkten nicht in gleicher Weise wie üblicherweise angenommen preisgesteuert. Es existiert sogar ein gegenteiliger Effekt. Ein höherer Preis kann demnach im Sinne eines Kaufanreizes indizieren, dass das angepriesene Produkt luxuriös ist (KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*, S. 74; HENNING MOHR, *Der Preismanagement-Prozess für Luxusmarken*, 2013, S. 87 ff., nachfolgend: MOHR.; MEY, WuW 2019/2 S. 84 f.). Die Marktabgrenzung muss sich zudem – abgesehen von den Präferenzen oder Bedürfniskonstellationen der Verbraucher bzw. der Marktgegenseite – auf objektive Gesichtspunkte stützen („Felix SA/Minolta AG“, REKO/WEF, RPW 2000/4 S. 716 ff., 731, E. 5; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2 KG N 16 i.V.m. 111).

iv. Würdigung des Gerichts unter Beizug der Resultate der ökonometrischen Untersuchungen der Vorinstanz

5.3.2.5.7 Mit der Rüge, es sei von der Vorinstanz ungerechtfertigt gewesen, den ASCOPA-Mitgliedern vorzuwerfen, dass sich diese Sorgen um die Erosion der Preise gemacht haben, obwohl die Vorinstanz vertreten habe, dass Exklusivität, Image, Marke und der überdurchschnittlich hohe Preis für einen Luxusmarkt sprechen (Beschwerde Rz. 120; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 486 ff. und 490), kann die Beschwerdeführerin jedenfalls die vorgenommene sachliche Marktabgrenzung nicht angreifen. Vielmehr sprechen die Sorgen um die Erosion der Preise im Luxuskosmetikmarkt für die Marktabgrenzung der Vorinstanz. Ob diese Sorgen bzw. daraus abgeleitetes Verhalten der ASCOPA-Mitglieder vorwerfbar sind, ist Gegenstand der Prüfung anhand von Art. 5 KG und nicht der Marktabgrenzung. Deshalb stösst die Rüge der Beschwerdeführerin ins Leere.

5.3.2.5.8 Die Vorinstanz geht weiter davon aus, dass die Resultate ihrer ökonometrischen Untersuchungen insofern relevant seien, als im Sinne eines Indikators für die Preishöhe auf die Preise der zehn meistverkauften Produkte pro Produktachse (Parfum, Make-up, Pflege) verwiesen werden

könne, welche das Sekretariat für die Analyse der Auswirkungen herangezogen habe (angefochtene Verfügung Rz. 497 i.V.m. Rz. 512 ff.).

5.3.2.5.9 Zweck der Marktabgrenzung zur kartellrechtlichen Überprüfung von Wettbewerbsabreden ist die systemische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Unterschiedliche Preisentwicklungen bei vermeintlich zum selben sachlich relevanten Markt gehörenden Produkten weisen darauf hin, dass die Anbieter der besagten Objekte unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt sind. Aus ökonomischer Sicht kann dies dadurch erklärt werden, dass getrennte kartellrechtlich relevante Märkte vorliegen.

5.3.2.5.10 So wird in Rz. 8 der Bekanntmachung der EU-Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (Amtsblatt C 372 vom 09.12.1997) ausgeführt:

„Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die **Wettbewerbsbedingungen** hinreichend **homogen** sind und das sich von benachbarten Gebieten durch **spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen** unterscheidet.“

Zwar bezieht sich die letztgenannte Bestimmung auf den geographisch relevanten Markt, die Aussage kann aber für die sachliche Marktabgrenzung übernommen werden.

5.3.2.5.11 In Bezug auf den vorliegenden Fall heisst dies, dass – sofern im Gesamtkosmetikmarkt die Wettbewerbsbedingungen *nicht* hinreichend homogen sind – darin ein Indiz für mehrere sachlich getrennte Märkte zu sehen ist. Im vorliegenden Fall ist ersichtlich, dass die Vorinstanz in Rz. 512 ff. und 525 ff. der angefochtenen Verfügung die Preisentwicklungen des Informationsaustausches aufzeigen wollte, indem sie die Preisentwicklungen der Luxus- bzw. Prestigekosmetika den verschiedenen LIK (Landesindizes für Konsumentenpreise [LIK-Total, LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel]) Der LIK als solches misst die Teuerung der Konsumgüter in der Schweiz und zeigt an, um wieviel diese im Vergleich zu einem früheren Zeitpunkt teurer geworden sind (Bundesamt für Statistik, Landesindex der Konsumentenpreise, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/erhebungen/lik.html>>, abgerufen am 09.12.2022). In den verschiedenen LIK waren sowohl Kosmetikprodukte des Massenmarktes wie auch solche des Luxus- bzw. Prestigesegments

– abgesehen von den allerteuersten Luxuskosmetikprodukten – abgebildet (angefochtene Verfügung Rz. 536; Vernehmlassung Rz. 17, Beilage 2).

Die Analyse dieser verschiedenen Preisentwicklungen bzw. Indices hatte nach der Darstellung der Vorinstanz ergeben, dass sich die Preise der umsatzstärksten Produkte der ASCOPA-Mitglieder wesentlich steiler als die verschiedenen LIK bzw. die Inflation entwickelten (angefochtene Verfügung Rz. 535 ff.). Die Abbildungen 20, 23 und 26 der angefochtenen Verfügung können als Veranschaulichung des Gesagten herangezogen werden. In diesen Abbildungen wurden die Preisentwicklungen der ASCOPA-Marken, welche auf dem hypothetischen Gesamtmarkt eindeutig dem Luxussegment zuzuordnen wären (angefochtene Verfügung Rz. 473), den verschiedenen LIK gegenübergestellt. Während die Preisindizes der ASCOPA-Marken nach den Feststellungen der Vorinstanz im untersuchten Zeitraum mehrheitlich *gestiegen* sind, hat sich der LIK-Toilettenartikel, welcher den untersuchten Produkten am ehesten entspricht (angefochtene Verfügung Rz. 537 f., 546, 553), sogar leicht *reduziert*. Aus diesen gegenläufigen Tendenzen ist nach Ansicht der Vorinstanz zu folgern, dass die Preisentwicklung im Massenmarkt nur in eine Richtung gezielt haben kann, nämlich abwärts. Da es auf die gesamthafte Tendenz der Preisentwicklungen aller ASCOPA-Mitglieder ankommt, spielt es keine Rolle, dass die Preise der Beschwerdeführerin (vgl. Vernehmlassung Rz. 16) nicht in allen Teilmärkten höher als die verschiedenen LIK waren. Die gemachten Ausführungen können – soweit die sachverhaltlichen Annahmen diesbezüglich hinreichend belastbar sind – dafür sprechen, dass der Preisunterschied zwischen dem Luxus- bzw. Prestigesegment und dem Massenmarktsegment zugenommen hat. Darin könnte gegebenenfalls wiederum ein Hinweis gesehen werden, dass die Abgrenzung eines eigenständigen Luxus- bzw. Prestigemarktes gegenüber einem Kosmetikmassenmarkt sachgerecht ist, weil die beschriebene Preisentwicklung für eine *niedere Kreuzpreiselastizität der Nachfrage* spricht. Letztlich kann diese Frage indessen im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, weil bereits die bisher gemachten Feststellungen hinreichend sind, um die vorinstanzliche Marktabgrenzung zu plausibilisieren. Jedenfalls nicht bestritten wird die Feststellung der Vorinstanz, dass die Preise der von ASCOPA erfassten Markenprodukte signifikant teurer sind als diejenige von Vergleichsprodukten aus dem Massenmarkt. Ebenfalls zugunsten der Vorinstanz fällt ins Gewicht, dass die methodisch seitens der Beschwerdeführerin insoweit richtigerweise nicht beanstandete Umfrage der Vorinstanz ergeben hat, dass die Preisbildung für Luxusprodukte auch

nach der Wahrnehmung der Akteure im Markt offenbar losgelöst vom Kosmetikmassenmarkt erfolgt ist. Beispielsweise hat ein führender Retailer auf Frage hin angegeben, im Bereich der Kosmetik würden Luxus- bzw. Prestige-Produkte nicht in den gleichen Sektoren und Regalen angeboten (angefochtene Verfügung, Rz. 468). Dementsprechend haben im Rahmen der Befragungen 15 von 25 ASCOPA-Mitgliedern der Unterteilung in einen Luxus-Prestige-Markt sowie in einen Massmarkt „voll und ganz“ zugestimmt, wobei weitere sieben Mitglieder – so auch die Beschwerdeführerin – dieser Marktabgrenzung „eher“ zugestimmt haben (vgl. E. 5.3.2.4.8 mit Hinweis auf E. 5.3.2.2.1 f. sowie die angefochtene Verfügung, Rz. 467).

5.3.2.6 Zwischenfazit

Da der Markt in Bezug auf die Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Produkte der ASCOPA-Mitglieder von luxusartigen Aspekten geprägt ist, sind nicht monetäre Gründe von grosser Bedeutung für den Kaufentscheid von Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten, was namentlich in der Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht zum Ausdruck kommt und sich auf die Marktabgrenzung entscheidend auswirkt (vgl. E. 5.3.2.4.12 hiavor). Die sich daraus ergebende Preisbildung spricht eher für eine *niedere Kreuzpreiselastizität der Nachfrage* und für einen vom Massenmarkt abgetrennten Luxus- bzw. -Prestigekosmetikmarkt. Ob insoweit nicht nur die Preisunterschiede zwischen Luxus- und Massenmarkt und die beobachtete – will sagen unabhängig vom Massenmarkt erfolgte – Preisfestsetzung, sondern auch die nach der Darstellung der Vorinstanz gegenläufige Preisentwicklung relevant sind, kann im Rahmen der Gesamtwürdigung offen bleiben, zumal auch die Befragung namentlich der Mitglieder von ASCOPA gezeigt hat, dass die Preisbildung für Luxusprodukte offenbar losgelöst vom Massenmarkt erfolgt ist. Das Gesagte gilt jedenfalls unter der Bedingung, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, die Ausführungen der Vorinstanz zur Bedeutung des selektiven Vertriebs zu entkräften, was im Folgenden zu prüfen sein wird.

5.3.3 Distribution - Selektiver Vertrieb

5.3.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass sich die Vorinstanz durch die Aussage, es sei den Luxus- bzw. Prestigeprodukten eigen, dass diese selektiv vertrieben werden (angefochtene Verfügung Rz. 480), widersprochen habe. Denn in Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung sei ersichtlich, dass

nur rund die Hälfte der 148 am Informationsaustausch beteiligten Marken selektiv vertrieben worden sei (Beschwerde Rz. 120).

5.3.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

5.3.3.2.1 Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte selektiv von exklusiv zugelassenen Händlern vertrieben werden und diese Vertriebsart für diese Produkte eigen sei. Zudem unterscheide sich die Distributionsweise der Schweiz nicht von der des Auslands (angefochtene Verfügung Rz. 479). Die Voraussetzungen des selektiven Vertriebs seien eine fachkundige Verkaufsberatung, die Gestaltung und Lage der Verkaufspunkte und das äussere Erscheinungsbild derselben (angefochtene Verfügung Rz. 482).

5.3.3.2.2 Ferner merkt die Vorinstanz an, dass sich gewisse Anbieter ohnehin an die vorgegebenen Qualitätskriterien halten würden, weshalb die Autorisierung zum Verkauf einer Marke nicht von der Unterzeichnung sämtlicher Depotklauseln abhängen (angefochtene Verfügung Rz. 483).

5.3.3.3 Grundlagen

5.3.3.3.1 Im Folgenden ist anhand der Rechtsprechung zum schweizerischen und zum europäischen Recht zu prüfen, ob das Kriterium des selektiven Vertriebs unabdingbare Voraussetzung für die Annahme eines vom Kosmetikmassenmarkt abgegrenzten Luxuskosmetikmarktsegments ist. Wäre dies der Fall, so würde die Beschwerdeführerin angesichts der unbestrittenen Tatsache, dass nur die Hälfte der ASCOPA-Marken selektiv vertrieben wird (angefochtene Verfügung Abbildung 8), mit ihrer Rüge, dass deswegen kein Luxusmarkt vorliege (Beschwerde Rz. 120), durchdringen.

i. Rechtsprechung zum schweizerischen Recht

5.3.3.3.2 Betreffend die Schweizer Rechtsprechung zum Selektivvertrieb kann auf die beiden Beschlüsse des Handelsgerichts Zürich verwiesen werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im ersten Entscheid (Estée Lauder) aus dem Jahr 1985 ein Depotsystem auf der Grundlage des Kartellgesetzes von 1962 als zulässig beurteilt wurde, um die Anbieterin nicht in ihrer wirtschaftlichen Freiheit zu beschränken (Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 72, S. 120; bestätigt durch das Kassationsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 73, S. 121 ff.; E. 5.3.2.3.1 hiervor). In einem zweiten Fall (ZR 98/1999 S. 170 ff., E.

III. 4 ff.; E. 5.3.2.3.2 ff. hiervor) wurde auf der Grundlage des KG 1995 ein selektives Vertriebssystem als unbedenklich erachtet, da ein luxus- bzw. prestigeartiger Kosmetikmarkt bzw. Teilmarkt verneint wurde, weshalb sich in Bezug auf den Gesamtkosmetikmarkt die Frage einer Marktbeherrschung gemäss Art. 7 KG gar nicht stellte, womit auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausser Betracht fiel.

5.3.3.3.3 Obwohl sich die beiden Zürcher Massnahmeverfahren in relevanten Punkten unterscheiden, ist doch festzuhalten, dass in beiden Verfahren der Selektivbetrieb geschützt wurde. Allerdings können diesen beiden Massnahmeverfahren wegen der divergierenden Marktabgrenzungen und der unterschiedlichen kartellrechtlichen Grundlagen (Kartellgesetz von 1962 und 1995) keine schlüssigen Aussagen zum Selektivvertrieb in der Luxuskosmetik entnommen werden. Auch die spätere Schweizer Rechtsprechung zum Selektivvertrieb macht nur spärliche Aussagen (E. 5.3.2.3.3 hiervor zur Marktabgrenzung). So äussert sich nur das Urteil „Gaba“ des Bundesverwaltungsgerichts zum Selektivvertrieb, welches darlegt, dass „Elmex rot“ als ein Gut des täglichen Bedarfs weder ein Prestige- und Luxusobjekt noch ein technisch hochstehendes Produkt sei. Daher erfordere „Elmex rot“ keinen Selektivvertrieb (Urteil des BVGer B-506/2010 E. 13.1.3 „Gaba“). Auch wenn diese Aussage einen Bezug zwischen Selektivvertrieb und Luxuskosmetik herstellt, lässt sich aus dieser nicht sehr viel ableiten in Bezug auf die Frage, ob der Selektivvertrieb die unabdingbare Voraussetzung für die Luxus- bzw. Prestigekosmetik ist. Umso mehr ist im Folgenden auf die Rechtsprechung zum Selektivvertrieb in der EU, namentlich in Deutschland und Frankreich, einzugehen.

ii. Rechtsprechung in der EU, namentlich Deutschland und Frankreich

5.3.3.3.4 In E. 5.3.2.3.5 ff. wurde auf die europäische Rechtsprechung verwiesen, um aufzuzeigen, dass eine Abgrenzung des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkts vom Kosmetikmassenmarkt sachgerecht ist. Dieser Rechtsprechung entsprechend wurde der Selektivvertrieb zugunsten des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes geschützt (Entscheidung Yves Saint Laurent Parfums 92/33/EWG; Entscheidung Parfums Givenchy 92/428/EWG; Urteil des EuG T-19/92 Leclerc/Kommission, S. 659 ff. Leitsätze 13, 15 f., Rn. 184-195; Urteil des EuG T-87/92 Kruidvat/Kommission, S. 1933 ff.; Urteil des EuGH C-70/97 P Kruidvat/Kommission, S. 7213 ff.; Urteil des EuGH C-306/96 Javico/YSL, S. 1997 ff.). Auch im Urteil Copad/Dior, bei welchem es zwar um Prestigiemiederwaren ging, beurteilte der EuGH eine Vorgabe betreffend den Selektivvertrieb als zulässig (Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior, Rn. 57 ff.).

5.3.3.3.5 Das Urteil „Pierre Fabre“ des EuGH aus dem Jahr 2011 (Vorabentscheidungsverfahren), das im gleichen Monat wie die angefochtene Verfügung erlassen wurde, veranlasste eine Kehrtwende hinsichtlich des Selektivvertriebes bei Luxuskosmetika in der EU sowie in den Mitgliedstaaten. Die Pierre Fabre SAS, welche im Bereich der Herstellung und des Verkaufes von Kosmetika und Körperpflegeprodukten tätig ist, vertrieb ihre Kosmetika und Körperpflegeprodukte unter dem Namen Klorane, Ducray, Galénic und Avène hauptsächlich über Apotheken auf dem französischen und dem europäischen Markt. Es war in den Vertriebsvereinbarungen vorgeschrieben, dass der Verkauf dieser Produkte, welche keine Medikamente waren, nur in den physischen Räumlichkeiten einer Apotheke durch einen diplomierten Pharmazeuten erfolgen durfte. Der EuGH kam jedoch zum Schluss, dass der Schutz des Prestigecharakters kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sei (Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rn. 9 ff. und 46).

5.3.3.3.6 In Frankreich wurden daraufhin die Vorgaben des EuGH im Urteil „Pierre Fabre“ vom „Cour d'appel de Paris“ am 31. Januar 2013 (n°2008/23812) umgesetzt. Der Selektivvertrieb wurde nicht mehr geschützt und das Verbot des Internetvertriebes der Pierre Fabre Produkte wurde als Wettbewerbsbeschränkung gewertet (Fin de la saga judiciaire Pierre Fabre: confirmation de l'illicéité de l'interdiction de la vente en ligne, 05.05.2013 < <https://www.lepetitjuriste.fr/3475/>>, abgerufen am 09.12.2022). Diese Entscheidung wurde von der „Cour de cassation“ am 24. September 2013 (n°12-14.344) bestätigt (Antoine Cheron, Affaire CDS/Pierre Fabre: vente en ligne de produits pharmaceutiques, réseau de distribution physique et restriction de la concurrence, 25.11.2013, <https://www.village-justice.com/articles/Affaire-PIERRE-FABRE-vente-ligne,15657.html> , abgerufen am 09.12.2022).

5.3.3.3.7 Später beschäftigten sich die Gerichte in Deutschland und schliesslich wiederum der EuGH mit der Frage des Selektivvertriebes in der Luxuskosmetik. Es ging um eine Vertragsklausel von Coty, welche den Internetvertrieb nur über autorisierte Ladengeschäfte bzw. über deren „elektronische Schaufenster“ zuliess. Diese Vertragsklausel hatte den Vertrieb über nicht autorisierte Drittunternehmen, wie auch über „amazon.de“, verboten („Drittplattformverbot“; vgl. Pressemitteilung des EuGH vom 6. Dezember 2017 Nr. 132/17 betreffend das Urteil in der Rechtssache C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH).

5.3.3.3.8 Ursprünglich hatte das *Landesgericht Frankfurt am Main* im Jahr 2014 unter Berufung auf das Urteil „Pierre Fabre“ des EuGH entschieden,

dass ein Selektivvertriebssystem zur Aufrechterhaltung eines prestigeträchtigen Markenimages im Bereich der Luxuskosmetik nicht gerechtfertigt sei und deshalb der Vertrieb über Amazon nicht untersagt werden dürfe (Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 31. Juli 2014, Plattformverbot kartellrechtswidrig-Coty, Az. 2-3 O 128/13, Leitsatz 5; Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rn. 46). Auf einer ähnlichen Begründung beruhte ein um einen Monat früher ergangenes Urteil des Landgerichts Frankfurt betreffend Funktionsrucksäcke von Deuter (Landgericht Frankfurt am Main, 18. Juni 2014, Az. 2-3 O 158/13). Beide Urteile (Luxuskosmetik und Funktionsrucksäcke) des Landesgerichts Frankfurt am Main wurden an das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main weitergezogen.

5.3.3.3.9 Das OLG Frankfurt am Main schützte hinsichtlich der Funktionsrucksäcke von Deuter den Selektivvertrieb insoweit, als es darlegte, dass der EuGH mit seinem Urteil „Pierre Fabre“ lediglich habe zum Ausdruck bringen wollen, dass der Schutz des Prestigecharakters einer Marke nicht das Totalverbot jeglichen Online-Vertriebs rechtfertigen könne. Denn der EuGH habe im Urteil „Pierre Fabre“ die Zulässigkeitskriterien für selektive Vertriebssysteme definiert (Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rz. 41) und ausserdem sei er auf seine frühere anders lautende Rechtsprechung, wie das Urteil des EuG T-19/92 Leclerc/Kommission und das Urteil des EuGH C-59/08 Copad/Dior, eingegangen (Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2015, Kartellsenat, Funktionsrucksäcke, 11 U 84/14, E. II 1] a] bb [2] [b] [i] [S.7], nachfolgend: Urteil des OLG Frankfurt a. Main vom 22. Dezember 2015, Funktionsrucksäcke, Az. 11 U 84/14, Kart.). Deshalb erachtete das OLG Frankfurt ein Verbot des Vertriebs über Amazon bezüglich der Funktionsrucksäcke als gerechtfertigt, sofern die Kriterien zum Selektivvertrieb diskriminierungsfrei gewährleistet würden. Allerdings wurde ein Verbot von Preissuchmaschinen nicht geschützt (Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2015, Funktionsrucksäcke, Az. 11 U 84/14, Leitsätze 2 und 3). Dieses Urteil wurde rechtskräftig.

5.3.3.3.10 Parallel zum Verfahren betreffend die Rucksäcke von Deuter behandelte das OLG Frankfurt am Main den Vertrieb von Luxuskosmetik (Coty). Das OLG Frankfurt am Main gelangte mit Vorlagefragen an den EuGH, um zu klären, inwiefern der Selektivvertrieb bei der Luxuskosmetik unter Bezugnahme auf das Urteil „Pierre Fabre“ des EuGH (Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre Rz. 41-46) mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sei (Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt am Main vom 19. April 2016, Kartellsenat, Luxus- und Prestigekosmetik, Az. 11 U

96/14, Kart, IV. Zu den Vorlagefragen 1 und 2, E. 1 und E. 2 [S. 4 f.], nachfolgend: Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt a. Main vom 19. April 2016, Luxus- und Prestigekosmetik, Az. 11 U 96/14, Kart).

5.3.3.3.11 Am 6. Dezember 2017 fällte der EuGH sein Urteil im Vorabentscheidungsverfahren „Coty“. Das Verbot des Selektivvertriebs in der Angelegenheit „Pierre Fabre“ würde sich *nicht* auf dieselben Waren wie im vorliegend zu beurteilenden Fall beziehen. So sei es bei „Pierre Fabre“ nicht um Luxuswaren, sondern um Kosmetika und Kosmetikprodukte gegangen, bei welchen nicht die Notwendigkeit bestanden hätte, diese durch ein selektives Vertriebssystem zu schützen. Anders sei dies bei der Rechtssache „Coty“, wo ein Selektivsystem mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar sei, um das Luxusimage sicherzustellen (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 34 ff.). Der EuGH äusserte sich in diesem Urteil zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit des Selektivvertriebes. Dieser setzt insbesondere voraus, dass die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern (Urteil des EuGH C-230/16 Coty, Rn. 24; Urteil des EuGH C-439/09 Pierre Fabre, Rn. 41). Das Verbot, die Produkte von „Coty“ über nach aussen erkennbare Drittplattformen im Internet zu vertreiben, stehe auch mit der Sicherstellung des Luxusimages im Einklang (EuGH C-230/16 Coty, Rn. 55 f.). Ausserdem würden die gemachten Ausführungen zum Schutz des Selektivsystems der Luxuswaren im Einklang mit der Gruppenfreistellungsverordnung stehen (EuGH C-230/16 Coty, Rn. 69 mit Hinweis auf die Verordnung über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010, ABl. L 102 vom 23. April 2010; nachfolgend: Vertikal-GVO).

5.3.3.3.12 Mit dem Urteil „Coty“ vom 12. Juli 2018 setzte das OLG Frankfurt am Main (Urteil - 11 U 96/14 [Kart]) das Urteil des EuGH C-230/16 Coty um. Es nahm auch zum Inhalt des Luxus- und Prestigekriteriums Stellung (vgl. E. 5.3.2.3.6 f., 5.3.2.4.2 hiervor) und schützte den Selektivvertrieb anhand der vom EuGH aufgestellten Kriterien. Dabei liess das OLG Frankfurt am Main offen, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV verletzt war, da diese Selektivvertriebsvereinbarung bereits vom Bereich der Freistellung der Vertikal-GVO erfasst war und damit kartellrechtlich unbedenklich war. Zudem lagen die Marktanteile der beteiligten Vertragspartner nicht über 30 % (OLG Frankfurt am Main, 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 589).

5.3.3.3.13 In der Zeit nach dem Urteil „Coty“ des EuGH (EuGH C-230/16 Coty) ist eine Tendenz feststellbar, auch ausserhalb des Luxus- bzw. Prestigekriteriums den selektiven Vertrieb zu schützen, indem zwar der de facto-Internetvertrieb erlaubt bleibt, jedoch das Drittplattformverbot (z.B. Amazon) als zulässig erachtet wird (vgl. Autorité de la concurrence, Entscheidung STIHL vom 24. Oktober 2018 bezüglich motorbetriebenen Geräten für Garten, Forstwirtschaft, Bauwirtschaft etc.; DENIS SCHLIMPERT, STIHL: Autorité de la concurrence zu Internetvertriebs- und Drittplattformverbot ausserhalb des Luxussegments – Das „Coty“-Urteil zieht weitere Kreise, NZKart 12/2018, S. 556; nachfolgend: SCHLIMPERT, NZKart 12/2018). So erlaubte auch das OLG Hamburg bei Kosmetika, Körperpflegeprodukten und Fitnessgetränken, welche nicht dem Luxusmarkt zuzuordnen waren und auch nicht technischer Natur waren, ein Drittplattformverbot und schütze den Selektivvertrieb (OLG Hamburg, Urteil v. 22.3.2018 – 3 U 250/16 - Aloe Vera-Produkte, Rz. 44 ff., abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 591 f.; SCHLIMPERT, NZKart 12/2018, S. 569). Das Bundeskartellamt steht jedoch diesen Entwicklungen kritisch gegenüber und befürwortet eine enge Auslegung der „Coty“-Entscheidung des EuGH in dem Sinne, dass diese nur auf Luxuswaren angewendet werde (JAN-CHRISTOPH RUDOWICZ, Beschränkungen des Onlinevertriebs weiter im Fokus: Bundeskartellamt positioniert sich zum „Coty“-Urteil des EuGH, GRUR-Praxis 2018; S. 565 f.; Bundeskartellamt, Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach Coty und Asics – wie geht es weiter?, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“ Oktober 2018, S. 4 f, 6 nachfolgend: Bundeskartellamt).

5.3.3.4 Würdigung des Gerichts

i. Selektivvertrieb bei den am Informationsaustausch beteiligten Marken

5.3.3.4.1 Vorliegend ist unbestritten, dass von den 148 Marken, über welche Informationen ausgetauscht wurden, nur rund die Hälfte selektiv vertrieben wurde, was nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht die Anforderungen erfüllt, die an Luxus- bzw. Prestigekosmetika gestellt werden (Beschwerde Rz. 120, vgl. angefochtene Verfügung Rz. 127, Abbildung 8). Der EuGH hat sich zwar in der Rechtssache „Coty“ (EuGH C-230/16 Coty; vgl. E. 5.3.3.3.11 hiervor) dafür ausgesprochen, dass bei Luxusprodukten der selektive Vertrieb kartellrechtlich zulässig ist. Jedoch macht der EuGH das Kriterium des selektiven Vertriebs nicht zur unabdingbaren Voraussetzung dafür, dass eine Ware das Luxuskriterium erfüllt. Das selektive Vertriebssystem dient zwar primär der Sicherstellung

des Luxusimages von Luxuswaren (EuGH C-230/16 Coty, Rn. 36 f.). Daraus ist zu schliessen, dass sich ein selektives Vertriebssystem zwar sehr gut zur Sicherstellung des Luxusimages eignet, der Luxuscharakter aber auch auf andere Art betont werden kann.

5.3.3.4.2 Da der (umfassende) selektive Vertrieb nicht Voraussetzung dafür ist, dass Kosmetikprodukte der Luxuskosmetik zugeordnet werden können, wäre zwar allenfalls der Aussage beizupflichten, dass im völligen Fehlen von Selektivvertriebsvereinbarungen ein Indiz gegen die Marktabgrenzung zwischen Luxussegment und Massenmarktsegment gesehen werden könnte. Indessen lässt sich aus dem zum Selektivvertrieb Gesagten nicht der Schluss ziehen, dass eine derartige Marktabgrenzung schon dann nicht plausibel erscheint, wenn „nur“ rund die Hälfte der Marken vom Selektivvertrieb gekennzeichnet ist (vgl. angefochtene Verfügung, Abbildung 8). Nach den Konturen, die sich insbesondere aus der Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht ergeben (vgl. E. 5.3.2.3.7 hiervor), muss aus der Anzahl Marken, die selektiv vertrieben werden, nicht noch ein die Position der Vorinstanz untermauerndes Argument gewonnen werden können. Vielmehr genügt es, dass das zuvor Gesagte durch die Feststellungen zum Anteil der selektiv vertriebenen Marken nicht entkräftet wird (vgl. E. 5.3.2.6 hiervor). Zudem wurde bei gewissen Handelspartnern, welche die in den Verträgen geforderten Qualitätsmerkmale ohnehin erfüllten, da diese ihre Geschäftspolitik auf den Verkauf von gehobenen Gütern ausrichteten, die Autorisierung zum Verkauf einer Marke nicht von der Unterzeichnung sämtlicher Depotklauseln abhängig gemacht (angefochtene Verfügung Rz. 483). Dieser Umstand weist darauf hin, dass mehr Händler als auf der Tabelle angezeigt faktisch nach dem selektiven Vertrieb jedenfalls vergleichbaren Bedingungen arbeiteten. Da der Selektivvertrieb mehrere Kriterien umfasst (fachkundige Verkaufsberatung, die Gestaltung und Lage der Verkaufspunkte und das äussere Erscheinungsbild derselben [angefochtene Verfügung Rz. 482]), erscheint es durchaus plausibel, dass einige Anbieter diese Kriterien nur teilweise erfüllen und deshalb nicht gleichzusetzen sind mit Retailern, die gar keines der Kriterien erfüllen. Allerdings muss nicht auf diese Einzelheiten eingegangen werden, da bereits festgestellt worden ist, dass die Beschwerdeführerin mit dem Erfordernis, dass sämtliche in Frage stehenden Marken selektiv vertrieben werden müssen, zu hohe Anforderungen an das Vorliegen eines luxusartigen Marktes stellt. Auch kann die Beschwerdeführerin nicht ihr eigenes Luxusmarkenverständnis, welches namentlich den selektiven Vertrieb beinhaltet, auf andere Unternehmen der gleichen Marktstufe übertragen.

ii. Zwischenfazit hinsichtlich des Selektivvertriebes

5.3.3.4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der selektive Vertrieb zwar den Luxus- bzw. Prestigeaspekt unterstützen kann. Es kann aber nicht Voraussetzung sein für die Annahme eines luxusartigen Marktes, dass sämtliche angebotenen Markenprodukte selektiv vertrieben werden. Die unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen (Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung), wonach rund die Hälfte der in Frage stehenden Produkte selektiv vertrieben werden, sind hierzu namentlich mit Blick auf die Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht hinreichend. Damit erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend den ungenügenden Anteil selektiven Vertriebs als Indiz gegen die Abgrenzung eines luxusartigen Marktsegments jedenfalls als unbegründet.

5.3.3.5 *Fazit zur Abgrenzung zwischen Luxuskosmetik- und Massenmarkt*

Im Ergebnis ist die Marktabgrenzung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, da in Bezug auf die in Frage stehenden Markenprodukte in hinreichend starker Ausprägung Charakteristika eines Luxus- bzw. Prestigemarktes festzustellen sind (vgl. E. 5.3.2.4 hiavor). Auch entspricht diese Marktabgrenzung im Ergebnis der Rechtsprechung insbesondere des EuGH (vgl. E. 5.3.2.3.6 f.). Damit braucht nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, ob sich eine niedere Kreuzpreiselastizität auch aus den (strittigen) Feststellungen der Vorinstanz in Bezug auf die Preisentwicklung begründen lassen würde (vgl. E. 5.3.2.5.11 hiavor). Die Tatsache, dass die in Frage stehenden Markenprodukte „nur“ zur Hälfte selektiv vertrieben werden, vermag die vorgenommene Marktabgrenzung ebenfalls nicht in Frage zu stellen (vgl. 5.3.3.4.2).

5.3.4 *Gliederung des sachlich relevanten Marktes in Untersegmente*

5.3.4.1 *Vorbringen der Beschwerdeführerin*

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz hätte die Marktabgrenzung nur nach drei Segmenten (Parfum, Make-up und Pflege) gegliedert. Die von der Vorinstanz aufgezeigten Segmente würden nicht auf die Substituierbarkeit der Nachfrage abstellen. So sei beispielsweise innerhalb des Segments Parfum ein Herrenparfum nicht mit einem Damenparfum zu substituieren. Oder eine Konsumentin, die einen Mascara (Segment Make-up) kaufen will, werde diesen nicht mit einem Lippenstift, der eben-

falls dem Segment Make-up angehört, substituieren. Auch würde ein Deodorant im Bereich Pflege nicht mit einer Hautpflegecreme substituiert werden (Beschwerde Rz. 29, 118 f.; Replik Rz. 78 ff.).

5.3.4.2 Vorbringen der Vorinstanz

5.3.4.2.1 Die Vorinstanz geht für die vorliegende Analyse von den drei sachlich relevanten Märkten für Luxus-Parfums, Luxus-Make-up und Luxus-Pflegeprodukte aus (angefochtene Verfügung, Rz. 498). In Anhang VI der angefochtenen Verfügung konkretisiert die Vorinstanz ihre Ausführungen. So habe sie die Kategorien „Other Products“ und „Men’s non fraglines“ aufgrund ihrer kleinen Prozentanteile des Gesamtmarktes (0.8 % und 2.5 %) nicht dargestellt, da diese die Resultate der Analyse nicht zu beeinflussen vermögen.

5.3.4.2.2 Die Vorinstanz merkt des Weiteren an, dass die jeweiligen Teilmärkte (Parfum, Make-up und Pflege) in weitere Untersegmente unterteilt werden könnten. Weil nach Ansicht der Vorinstanz eine engere Marktabgrenzung jedoch keinen Einfluss auf das Untersuchungsergebnis habe, könne es offen bleiben, ob eine solche weitergehende Aufgliederung vorliegend sinnvoll sei (angefochtene Verfügung, Rz. 459 ff. 464, 499).

5.3.4.3 Grundlagen

Wettbewerbsabreden sind nur dort von Interesse, wo sie *den relevanten Markt abdecken*. Je kleiner der Markt für eine gewisse Ware oder Dienstleistung abgegrenzt wird, desto ausgeprägter wird die Beeinflussung des Wettbewerbs durch eine Wettbewerbsabrede auf diesem Markt (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 94; ROLF H. WEBER/ MICHAEL VLECK, Tafeln zum Kartellrecht, 2008, S. 51 Fn. 1; WEBER/VOLZ, Rz. 2.316). Je mehr Produkte als austauschbar angesehen werden, desto grösser ist der sachlich relevante Markt und desto weniger kann die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen (BORER, Art. 5 KG N 12), sofern die infrage stehende Abrede unter Art. 5 Abs. 1 KG fällt. Ausserdem soll sich die Marktabgrenzung auf den *Untersuchungsgegenstand* fokussieren (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 64). So hängt der relevante Markt sowohl von der *konkreten Abrede* als auch den Ausweichmöglichkeiten der spezifischen Marktgegenseite ab (ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Jusletter, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 16; vgl. dazu allgemein E. 5.3.1.3.1 ff. hiavor).

5.3.4.4 Würdigung

5.3.4.4.1 Hinsichtlich der Unterteilung in die drei Produktmärkte Parfum, Make-up und Pflegeprodukte lässt sich die Vorinstanz von praktischen Überlegungen leiten. Die Beschwerdeführerin möchte jedoch den relevanten Markt enger in weitere Segmente unterteilt haben. Unstreitig ist dagegen, dass die richtigen (drei) Segmente abgegrenzt wurden. Hier kann bezüglich der Zusammensetzung der verschiedenen Produktmärkte auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 453-465).

5.3.4.4.2 Es kann jedoch offen bleiben, ob der relevante Markt enger abgegrenzt werden könnte. Vorliegend ist nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerin von einer engeren Marktabgrenzung profitieren sollte, soweit es sich nicht um die Prüfung eines gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbaren Tatbestandes handelt, bei welchem der Umsatz auf dem relevanten Markt für die Berechnung der Sanktion von Relevanz wäre (vgl. Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 [SVKG, SR 251.5] und zum Ganzen E. 6.1 hiernach). Im Gegenteil ist im Grundsatz bei der Prüfung eines weichen Kartells gemäss Art. 5 Abs. 1 KG davon auszugehen, dass kartellrechtlich bedenkliche Handlungen auf eng abgegrenzten Märkten viel eher einen beträchtlichen Marktanteil in Beschlag nehmen können als auf weit abgegrenzten Märkten (vgl. E. 5.3.4.3 hier vor). Demzufolge ist die Chance einer Wettbewerbsbeeinträchtigung in einem kleineren Segment viel höher als auf einem der drei groben Produktmärkte. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin bei einer engeren Marktabgrenzung schlechter gestellt wäre. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in den Angelegenheiten, wo es um konkrete Berechnungen der Marktsegmente geht (z.B. Abbildung 29), mit verfeinerten Marktsegmenten (Herren- und Damenparfums) arbeitet und auch die in Anhang VI genannten Kategorien der „Men's non fraglines“ (0.8 % und 2.5 % des Gesamtmarktes) aufführt, damit das Resultat mit dem Gesamtumsatz von ASCOPA übereinstimmt. Es kann bezüglich dieser Aufteilung in feinere Segmente auf die Ausführungen in den Erwägungen 6.5.4.4.13 ff. zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit verwiesen werden. Demnach ist es im Sinne der Beschwerdeführerin und liegt damit im Ermessen der Vorinstanz, dass diese den Markt nicht in weitere Marktsegmente unterteilt hat.

5.3.4.4.3 Zudem ist zu beachten, dass die Marktabgrenzung auch mit dem Untersuchungsgegenstand und der konkreten Abrede einhergehen

soll. So handelt es sich vorliegend beispielsweise nicht um eine Absprache aller Lippenstifthersteller über Lippenstifte oder um eine Abrede der verschiedenen Nagellackmarken über Nagellacke. Vorliegend geht es um den Informationsaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern. Würde man sich zum Beispiel bei der Marktabgrenzung auf einen einzelnen Lippenstift einer Marke (oder allenfalls mehrerer Marken) beschränken, würde dies die Analyse des gesamten Informationsaustausches verzerren. Demnach ist es sachgerecht, den vorliegenden Markt nicht in einzelne Produkte zu unterteilen. Die Segmentierung in die drei grossen Produktkategorien würdigt die Charakteristika der einzelnen Produkte auf eine gesamthafte Weise. Diese Segmentierung erlaubt ebenfalls eine gesonderte Betrachtung, sodass beispielsweise nicht ein Schaumbad (Teilmarkt Pflege) einem Lippenstift (Teilmarkt Make-up) gegenübergestellt werden muss.

5.3.4.4.4 Nach dem Gesagten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin, die die Auffassung vertritt, dass die Marktabgrenzung seitens der Vorinstanz zu grob erfolgt sei, nicht beigepflichtet werden kann.

5.3.5 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge nicht durchdringt, wonach die Marktabgrenzung vollkommen aus Sicht der Endkonsumenten zu geschehen habe. Allerdings ist die Situation der Endkonsumenten im Sinne des in den Erwägungen 5.3.1.3.3 und 5.3.1.4 f. Ausgeführten zu beachten. Ausserdem erweist sich sowohl die sachliche Marktabgrenzung in die drei Produktmärkte Parfums, Make-up und Pflegeprodukte als auch die Unterscheidung zwischen einem Luxusmarkt und einem Massenmarkt als sachgerecht. Ob es daneben noch einen besonders luxuriösen Markt gibt, der den Konsumentinnen und Konsumenten mit durchschnittlichem Einkommen von vornherein verschlossen ist, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben (vgl. dazu immerhin E. 6.4.2.4.26 f. hiernach).

5.4 Räumliche Marktabgrenzung

Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU per analogiam; vgl. zum räumlichen Geltungsbereich im Sinne von Art. 2 KG E. 2.4 hiervor). Im vorliegenden Fall grenzt die Vorinstanz den Markt in räumlicher Hinsicht natio-

nal ab (angefochtene Verfügung, Rz. 508-511). Dies wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht beanstandet. In diesem Sinne setzt auch Art. 3 Abs. 2 ASCOPA-Stuten voraus, dass ausländische Gesellschaften nur Mitglieder von ASCOPA sein können, wenn sie in der Schweiz ihren Sitz oder eine Vertretung haben. Ein ungültiger Sitz oder eine ungültige Vertretung in der Schweiz kann gemäss Art. 5 Bst. e ASCOPA-Statuten sogar ein Ausschlussgrund sein. Auch bei den Vertriebskanälen handelt es sich nach der Umfrage der Vorinstanz um in der Schweiz tätige Detailhändler (z.B. Manor, Globus) oder schweizerische Filialen ausländischer Anbieter (z.B. Marionnaud, Douglas; angefochtene Verfügung Rz. 509). Soweit die betroffenen Unternehmen auf die Möglichkeit von Parallelimporten hingewiesen haben, haben sie daraus nicht abgeleitet, dass die Marktabgrenzung der Vorinstanz nicht sachgerecht sei. Insoweit ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach der innerschweizerische Markt gegen aussen weitgehend abgeschirmt sei, in diesem Zusammenhang nicht weiter zu erörtern (vgl. zur Bedeutung von Parallelimporten E. 6.5.4.3 hiernach).

6. Prüfung der Erheblichkeit des Informationsaustauschs (Art. 5 KG)

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

Die Prüfung des Informationsaustauschs anhand von Art. 5 KG umfasst fünf Teile. In Erwägung 6.1 wird aufgezeigt, dass im vorliegenden Fall Art. 5 Abs. 3 KG nicht zur Anwendung kommt. In Erwägung 6.2 wird auf im Sinne einer Klassifizierung die Art des vorliegenden Informationsaustauschs beschrieben. In Erwägung 6.3 werden Ausführungen zur Erheblichkeit im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG gemacht. Daraufhin folgen die Prüfung der qualitativen (E. 6.4) und der quantitativen Erheblichkeit (E. 6.5). Zu guter Letzt werden in Erwägung 6.6 die Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG geprüft.

6.1 Keine Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG

6.1.1 Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 3 KG lautet:

Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

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

6.1.2 Im ersten Verfügungsantrag an die Wettbewerbskommission vom 27. Mai 2010 (Verfügungsantrag I, Rz. 275) bejahte das Sekretariat der Vorinstanz eine harte Kartellabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG. Dabei wurde einerseits eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG angenommen (vgl. Verfügungsantrag I, Rz. 174 ff.). Andererseits wurde die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG mit dem Willen der Beteiligten begründet, die Marktanteile stabil zu halten (vgl. Verfügungsantrag I, Rz. 179 ff.). Nach Anhörung der Betroffenen schloss das Sekretariat der Vorinstanz im zweiten Verfügungsantrag vom 20. Mai 2011

nur noch auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG. Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung an diesem Resultat fest (angefochtene Verfügung Rz. 818; Verfügungsantrag II, Rz. 366, 624). Die Vorinstanz begründet die Neubeurteilung damit, dass der vorliegende Informationsaustausch hunderte von Produkten erfasse und keine Indizien oder Beweise vorliegen würden, wonach ersichtlich sei, dass sich die Parteien über die Bruttopreise von verschiedenen Produkten geeinigt hätten. Ausserdem würde es an einem Indiz fehlen, dass sich die ASCOPA-Mitglieder auf einen (zukünftigen) Zielpreis, eine Preisempfehlung oder einen Referenzpreis oder eine Preisbandbreite in irgendeiner Form verständigt hätten (angefochtene Verfügung Rz. 426). Die Vorinstanz merkt jedoch an, dass in anderen Fällen, wo der Informationsaustausch anders gelagert sei, durchaus die Möglichkeit bestehen könnte, dass ein solcher auch als Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) gewertet werden könnte (angefochtene Verfügung Rz. 430).

6.1.3 Soweit das Bundesverwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid im Sinne einer *reformatio in peius* in Zweifel ziehen wollte, müsste der Beschwerdeführerin diesbezüglich jedenfalls das rechtliche Gehör gewährt werden (Art. 62 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Darüber hinaus kommt eine *reformatio in peius* nur bei eigentlichen Rechtsverletzungen in Frage und setzt ausserdem eine gewisse Bedeutung des festgestellten Rechtsfehlers voraus (Urteil des BVGer B-3328/2015 E. 3.1 ff. vom 18. Oktober 2017 mit Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.200a; VwVG-Praxiskommentar-HÄBERLI, Art. 62 N 27). Schliesslich ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich bei Art. 62 Abs. 2 VwVG um eine „kann“-Bestimmung handelt, dass die Beschwerdeinstanz zur *reformatio in peius* zwar befugt, aber nicht verpflichtet ist (BGE 119 V 241 E. 5; MADELEINE CAMPRUBI, in: VwVG-Kommentar, Art. 63 VwVG N 13; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.200a).

6.1.4 Im vorliegenden Fall ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die ASCOPA-Mitglieder selbst umschrieben haben, welche Zielsetzungen sie (auch) mit Hilfe des in Frage stehenden Informationsaustauschs verfolgen (vgl. dazu E. 4.6.5.2 hiavor). Demnach sollte eine Erosion des Preisgefüges („*un engrenage à la baisse*“) verhindert und damit das Markenimage bzw. der Luxuskosmetikcharakter der Produkte geschützt werden („*d'éviter que les marques soient discountées*“; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58 ff., 62 f. 69; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003; vgl. dazu auch E. 6.4.2.4.28 hier-

nach). Die Vorinstanz spricht insoweit von einer Sorge „um eine Preisabwärtsspirale“ (angefochtene Verfügung, Rz. 426). Diese Zielsetzung ist aber nach den Feststellungen der Vorinstanz eher unbestimmt geblieben. Demnach sei der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch – mangels entsprechender Indizien – nicht leichthin gleichzusetzen mit einer Vereinbarung über Preisempfehlungen oder gar Bruttopreise (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 420 in fine mit Hinweis auf die europäische Praxis i.V.m. Rz. 423 sowie Rz. 426 ff.).

Aber selbst wenn von einer indirekten Preisabrede auszugehen sein sollte, wäre im vorliegenden Fall eine *reformatio in peius* nicht sachgerecht. Denn erstens fehlt es an Präjudizien, an denen sich das Gericht allenfalls orientieren und gestützt darauf korrigierend eingreifen müsste. Zweitens spricht auch die Verfahrensdauer gegen eine Beweiserhebung mit dem Ziel, eine harte Abrede zu prüfen (vgl. *mutatis mutandis* BGE 148 II 25 nicht publizierte E. 11.4 „Dargaud [Suisse] SA“ und 2C_37/2020 vom 14. Juni 2022 E. 9.4 „Albert le Grand SA“). Und schliesslich wäre es mit Blick auf den Umstand, dass nur die Beschwerdeführerin die Verfügung der Vorinstanz angefochten hat, unbefriedigend, sie als einzige von über 30 Unternehmen aus der Kosmetikbranche mit einer Sanktion zu belegen. Deshalb hält es das Bundesverwaltungsgericht vorliegend jedenfalls für nicht *opportunit*, eine harte Abrede zu prüfen (vgl. BGE 148 II 25 nicht publizierte E. 7.4 „Dargaud [Suisse] SA“ sowie das Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 8.1.5 in fine „Dargaud [Suisse] SA“ betreffend den Verzicht auf die Prüfung von Art. 7 KG). Demnach ist im Folgenden die Frage zu beantworten, ob die Vorinstanz zu Recht Art. 5 Abs. 1 KG auf das zu beurteilende Informationsaustauschsystem angewandt hat.

6.2 Klassifizierung des vorliegenden Informationsaustausches

6.2.1 *Gegenstand des Informationsaustauschs*

Gegenstand eines Informationsaustauschs sind Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen. Hierbei kann es sich beispielsweise um Preise, Umsätze und Produktentwicklung handeln. Durch diesbezügliche Kenntnis können normalerweise bestehende Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten vermindert oder gar beseitigt werden (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 „Pfizer II“; Urteil des BGer 2C_147/2018 E. 3.4.2.2 „Bayer [Schweiz] AG“; vgl. E. 4.2.1 hiervor).

6.2.2 Direkter oder indirekter Informationsaustausch

6.2.2.1 Beim *direkten* Informationsaustausch erfolgt der Informationsaustausch *direkt zwischen den Wettbewerbern*. Hingegen findet ein *indirekter Informationsaustausch über eine gemeinsame Einrichtung bzw. einen Wirtschafts- oder Branchenverband* statt. Die Teilnehmer des Informationsaustausches leiten in diesem Fall ihre Information an institutionalisierte Meldestellen weiter, welche für die zentrale Organisation und Koordination des Informationsaustauschsystems zuständig sind (BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS KG N 131; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 57; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, 2015, S. 16; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 146; Horizontalleitlinien Rz. 55).

6.2.2.2 Da die ASCOPA-Mitglieder vorliegend die Informationen hauptsächlich über die „Plattform“ des Branchenverbandes ASCOPA ausgetauscht haben, liegt zweifelsohne ein *indirekter* Informationsaustausch vor (vgl. Horizontalleitlinien Rz. 55; vgl. zur Rolle der ASCOPA auch E. 4.4.3.8.2 hiervor; vgl. demgegenüber zum Vorgehen in Bezug auf die Bruttopreislisten E. 6.4.1.1.3 hiernach).

6.2.3 Selbständiger oder unselbständiger Informationsaustausch

6.2.3.1 Einerseits kann der Informationsaustausch als Nebenabrede zu einer (aus kartellrechtlicher Sicht gefährlicheren) anderen Wettbewerbsabrede, wie z.B. zu einer direkten oder auch indirekten Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ausgestaltet sein und dient in diesem Falle zu deren Umsetzung, namentlich zur Überwachung der Einhaltung der Hauptabrede (BLATTMANN, S. 270 f., BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149). Der Informationsaustausch wird in diesem Fall zu einem Mittel, um wettbewerbswidrige Praktiken zu unterstützen. Ein solcher Informationsaustausch dient der Durchführung, Verstärkung, Ergänzung oder Absicherung von Absprachen und versetzt beispielsweise die Kartellteilnehmer in die Lage, Preisabsprachen in der Gestalt von Zielpreisen oder allenfalls einheitlichen Preisen zu treffen (vgl. Rz. 56 Horizontalleitlinien und EDELMANN, S.15). Nur in Verbindung mit einer Hauptabrede teilt der Informationsaustausch, der als Nebenabrede der Umsetzung beispielsweise einer Preisabrede dient, das rechtliche Schicksal der Hauptabrede (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 416). Der Informationsaustausch als Nebenabrede kann auch als „kon-

nexer“ (BLATTMANN, S. 270) oder als unselbständiger Informationsaustausch bezeichnet werden (KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014, S. 83; vgl. betreffend die AGB-Empfehlungen E. 7.1.4.5.1 und 7.1.4.7.1 hiernach). Im Folgenden wird die Terminologie von KAUFMANN in Bezug auf die Begrifflichkeiten „selbständiger“ Informationsaustausch (Informationsaustausch, der als Hauptabrede ausgestaltet ist) oder „unselbständiger“ Informationsaustausch (Informationsaustausch, der nicht als Hauptabrede ausgestaltet ist) verwendet.

6.2.3.2 Ein klassisches Beispiel für einen unselbständigen Informationsaustausch wird im Urteil IMPLenia SA des Bundesverwaltungsgerichts beschrieben. Es handelte sich um obligatorische wöchentliche Sitzungen der Strassenbauunternehmen des Kantons Tessin, die auf einer Konvention beruhten, die das Ziel hatte, die Qualität der Arbeitsausführung bzw. ein angemessenes Preisniveau auf Grundlage gegenseitiger Loyalität zwischen den Vertragsparteien zu gewährleisten. Die Vertreter der beteiligten Unternehmen diskutierten die Aufträge, die bis Ende der darauffolgenden Woche zu vergeben waren. Gleichzeitig wurden die Auftragnehmer aufgrund von Mehrheitsentscheiden bestimmt (Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 6 „Implenia SA“). Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die zugrundeliegende Konvention als Abrede über die direkte und indirekte Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sowie als eine Aufteilung von Märkten oder Gebieten nach Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Urteil des BVGer B-420/2008 E. 12 „Implenia SA“). Die wöchentlichen Sitzungen dienten dazu, die Absprachen hinsichtlich der Preise und Aufteilung von Märkten oder Gebieten zu ermöglichen bzw. umzusetzen. Der in diesem Rahmen stattfindende Informationsaustausch war somit als Nebenabrede zu werten.

6.2.3.3 Nach den Ausführungen zur *reformatio in peius* (vgl. dazu E.6.1 hiervor) ergibt sich, dass vorliegend ein unselbständiger Informationsaustausch nicht in Frage kommt, nachdem den beteiligten Unternehmen gemäss der angefochtenen Verfügung keine indirekte Preisabrede vorgeworfen wird (vgl. zur vorinstanzlichen Darstellung des Nutzens des Informationsaustauschs für die individuelle Preisfestsetzung durch die ASCOPA-Mitglieder Rz. 93 ff., 426 ff. der angefochtenen Verfügung). Nur beim *selbständigen* Informationsaustausch stellt sich die Frage, ob dieser selbst eine Form von Verhaltenskoordinierung darstellt. Beim unselbständigen Informationsaustausch geht die Beurteilung der Abredequalität mit der Prüfung der Hauptabrede (z.B. im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 oder

Abs. 4 KG) einher (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149).

6.2.3.4 Andererseits kann der Informationsaustausch als Hauptabrede ausgestaltet sein (vgl. zum Ganzen Rz. 56 Horizontalleitlinien). Er stellt dann selbst die Abrede dar. In dieser Konstellation ist der Informationsaustausch der wichtigste und regelmässig auch einzige Bestandteil einer Wettbewerbsabrede. Eine andere darüber hinausgehende Wettbewerbsabrede besteht nicht (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149). BLATTMANN bezeichnet diese Art von Informationsaustausch als „*inkonnexen*“ bzw. „*nackten*“ Informationsaustausch (BLATTMANN, S. 272). KAUFMANN verwendet hierfür die Bezeichnung „*selbständiger*“ Informationsaustausch (OLIVER KAUFMANN, Informationsaustausch unter Wettbewerbern im Schweizer Kartellrecht, ZVertriebsR 2/2014, S. 83, nachfolgend: KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014; vgl. KG-BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 149).

6.2.3.5 Auch in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch möge ein Beispiel aus der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zur Erläuterung dienen. Im Rahmen der Aargauer Submissionskartelle ist das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die meisten der beurteilten Abreden – mutatis mutandis vergleichbar mit dem in Erwägung 6.2.3.2 hiavor beschriebenen Fall IMPLENIA SA – davon ausgegangen, dass der Informationsaustausch als unselbständig bzw. als Nebenabrede zu einem harten Kartell zu beurteilen ist. Indessen hat es zugleich im Urteil des BVGer B-807/2012 „Erne“ betreffend den „Fall 35“ bzw. die Beschwerdeführerin 3 einen selbständigen Informationsaustausch festgestellt. Die Beschwerdeführerin 3 habe zwar mit den anderen Wettbewerbern sensible Informationen ausgetauscht. Jedoch habe der Austausch dieser Informationen nicht zu einer Preis- oder Gebietsabsprache geführt, weil sich die beteiligten Unternehmen gerade nicht hätten darauf einigen können, wer die Arbeit erhalten soll. Es ist demnach keine konkrete Projektzuteilung unter den Submittenten erfolgt (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 8.7.9.1, 9.3.4.3, 9.3.5, 10.2.3 f. „Erne“). Intendiert gewesen wäre allerdings ein unselbständiger Informationsaustausch.

6.2.3.6 Im vorliegenden Fall ist neben dem Fehlen einer harten Abrede (vgl. E. 6.2.3.3 hiavor) festgestellt worden, dass den in Bezug auf den Informationsaustausch einschlägigen Vereinsbeschlüssen die Qualität von Vereinbarungen zukommt (vgl. E. 4.4.3 ff. hiavor). Damit sind auch insoweit die Voraussetzungen für eine Abrede in Form einer Hauptabrede erfüllt. Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang demzufolge die in der

Lehre geäußerte Auffassung, wonach für einen selbständigen Informationsaustausch nur die Variante der abgestimmten Verhaltensweise in Frage kommt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 154). Denn ein Informationsaustausch kann – wie der vorliegende Fall zeigt – auch auf einer Vereinbarung wie z.B. der konkreten Abmachung, dass man sich gegenseitig oder der Meldestelle beispielsweise die monatlichen Bruttopreislisten zusendet, beruhen. Nur wenn keine Vereinbarung festgestellt wird, ist eine abgestimmte Verhaltensweise zu prüfen (vgl. E. 4.2.1 in fine und E. 4.4.3.1.3 hiervor).

6.2.3.7 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch dadurch geprägt ist, dass das Etablieren eines Informationsaustauschsystems selbst Gegenstand der Abrede ist. Damit ist er neben dem soeben beschriebenen „Fall 35“ der Aargauer Submissionsabreden einer der wenigen nach Schweizer Kartellrecht beurteilten Fälle eines selbständigen Informationsaustauschs.

6.3 Vor die Klammer gezogene Bemerkungen zur Prüfung einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

In der nachfolgenden Erwägung 6.2 werden grundsätzliche Ausführungen zur Erheblichkeit im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG gemacht. Die Erwägung 6.3.1 hat die Frage zum Gegenstand, ob es sich bei den im Rahmen des Informationsaustauschs zu beurteilenden Verhaltensweisen um eine (qualifizierte) Bagatelle, also eine jedenfalls unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung handelt, wie es von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird. Erwägung 6.3.2 greift die Frage des Zusammenwirkens der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit im Kontext mit der Erheblichkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG auf. In Erwägung 6.3.3 wird geprüft, ob Art. 5 Abs. 1 KG Auswirkungen voraussetzt. In diesem Rahmen wird auch die Frage aufgegriffen, ob sich aus dem Begriff der „Beeinträchtigung“ das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung ableiten lässt (vgl. E. 6.3.3.3.7 hiernach). In Erwägung 6.3.4 wird die Frage behandelt, ob und inwieweit im Rahmen der Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG die Umsetzung der Abrede relevant ist. In Erwägung 6.3.5 wird schliesslich erörtert, ob und wie das EU-Kartellrecht und insbesondere die Horizontalleitlinien zur Auslegung von Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

6.3.1 Kein Vorliegen einer (qualifizierten) Bagatelle

6.3.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin handelt es sich im vorliegenden Fall um eine Bagatelle. Denn die Erheblichkeit sei gemäss den Urteilen Gaba (BGE 143 II 297 „Gaba“) und BMW (BGE 144 II 194 „BMW“) eine Bagatellklausel, welche ein Aufgreifkriterium bilde. Nur bei den Vermutungstatbeständen (Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG) sei Erheblichkeit anzunehmen; ansonsten diene die Bagatellklausel der Aussonderung belangloser Fälle. Vorliegend liegen den Handlungen des Informationsaustausches keine Vermutungstatbestände zugrunde, weshalb es sich um Bagatellen handle. So sei die Vorinstanz auch nicht in der Lage gewesen, aufzuzeigen, dass der Informationsaustausch einen tatsächlich *spürbaren* Einfluss auf einen Wettbewerbsparameter, namentlich auf den Wettbewerbsparameter Preis, gehabt hätte. Ausserdem hätte die Vorinstanz betreffend die aggregierten Umsätze und Werbekosten keinen wettbewerbsbeeinträchtigenden Zweck, geschweige denn eine wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung bewiesen, weshalb die Handlungen des Informationsaustausches als Bagatelle zu werten seien (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 19-22).

6.3.1.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz entgegnet zu diesen Ausführungen, dass es sich um keine Bagatelle handle, da vorwiegend die gesamte Branche am Informationsaustausch beteiligt gewesen sei (Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018, Lemma 4).

6.3.1.3 Grundlagen

Die Botschaft zum Kartellgesetz aus dem Jahr 1995 hält fest, dass von den materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden soll. Das Kriterium der Erheblichkeit soll die Verwaltung entlasten. Daher sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht mit Bagatellen beschäftigen müssen. Demzufolge seien in einem ersten Schritt die *unerheblichen* Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuscheiden (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 554 Ziff. 231.1; BGE 143 II 297 „Gaba“ E. 5.1.2 m.w.H.). So stellt das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium. Unerhebliche Fälle sollen von erheblichen ausgesondert werden können (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 „Hallenstadion-

Ticketcorner“). Denn die Behörden sollen sich mit wichtigen Angelegenheiten befassen. In der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 wird dazu weiter ausgeführt, dass auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien kennen (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 554 Ziff. 231.1 in fine). In der Lehre ist dazu einerseits festgestellt worden, dass relativ vage bleibt, welches Mass bzw. welche Güte zur Bestimmung der Erheblichkeit konkret erforderlich ist (siehe nur MICHAEL KLING, Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung und Erheblichkeit – Ein neuer Revisionsvorschlag aus der Schweiz im Vergleich zum unionskartellrechtlichen Regelungsmodell, in: ZSR 2019 I S. 513 ff., insb. S. 523). Ausserdem wird dazu die Auffassung vertreten, dass den Behörden bezüglich des Bagatellkriteriums ein gewisser Ermessensspielraum zukomme (MARINO BALDI, Zur „Grundsätzlichkeit“ der Bundesgerichtsurteile GABA und BMW, AJP 2018, nachfolgend: BALDI, AJP 2018, S. 68, 78).

6.3.1.4 Würdigung

6.3.1.4.1 Die Beschwerdeführerin will den vorliegenden Fall quasi vorab – ohne Durchführung der Erheblichkeitsprüfung – als Bagatelle beurteilt haben (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018, Rz. 19 ff.). Sie erkennt allerdings (*qualitativer Aspekt*), dass eine Handlung, sofern sie nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zu subsumieren ist, was bei den ausgetauschten Bruttopreislisten, Umsätzen und Werbeinvestitionen der Fall ist (vgl. E. 6.1 hiavor), nicht automatisch zur Bagatelle wird, sondern dass zwischen der harten Abrede und der Bagatelle auch noch der Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG existiert. Zu beantworten bleibt, wie der Begriff der Erheblichkeit inhaltlich zu füllen ist oder mit anderen Worten, wann die Bagatellschwelle erreicht ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2 „Gaba“). Die Rechtsprechung hat bisher keine Kriterien für das Vorliegen eines Bagatellfalles definiert. In der Lehre wird etwa unter Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien ausgeführt, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die einen vernachlässigbaren Einfluss auf den Wettbewerb haben, Bagatellcharakter zukommt (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 235 und 239). Was der Beschwerdeführerin aber letztlich im Rahmen ihrer diesbezüglichen Ausführungen vorschwebt, ist das Konzept eines qualifizierten Bagatellfalles, der dazu führt, dass die Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG gar nicht vollständig durchzuführen ist. Klar muss – selbst ausgehend von einem derartigen Verständnis – immerhin sein, dass sofern keine derartige qualifizierte Bagatelle vorliegt, Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen ist. Ansonsten würde Art. 5 Abs. 1 KG seines Gehal-

tes entleert. Eine vorweg auszuschliessende Bagatelle nach dem Konzept der Beschwerdeführerin, also eine leicht als nicht erheblich erkennbare Wettbewerbsbeschränkung, muss auch ohne aufwändige Sachverhaltsabklärungen feststellbar sein. Das wären insoweit auch ideale Voraussetzungen für ein „Aufgreifkriterium“ (vgl. zu Aufgreifkriteriumscharakter und materiellem Gehalt der Erheblichkeit etwa NICOLAS DIEBOLD/CYRILL SCHÄKE, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, in: recht 2018, S. 228 ff., insb. S. 242 f.). Ein Bagatellcharakter, der sich erst aufgrund einer umfassenden Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne fehlender Erheblichkeit ergibt, erfüllt die Definition eines qualifizierten, den vorzeitigen Abbruch der Prüfung bewirkenden Bagatellfalls, wie ihn sich die Beschwerdeführerin vorstellt, jedenfalls nicht. Im vorliegenden Fall sind die ausgetauschten Umsätze, Werbeinvestitionen und Bruttopreislisten Bestandteil desselben Informationsaustausches, welcher Gegenstand einer Gesamtbeurteilung sein muss, wie es auch die Vorinstanz zutreffend in ihrer Eingabe vom 3. September 2018 (Lemma 4) vorbringt. Dabei bezieht sich insbesondere der Austausch von Bruttopreislisten auf den Wettbewerbsparameter Preis, was aus qualitativer Sicht gegen einen qualifizierten Bagatellcharakter spricht (BLATTMANN, S. 290; vgl. mutatis mutandis WEBER/VOLZ, Rz. 2.162 und die Kategorie „Schweregrad des Abredetyps“ gemäss ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 240). Dasselbe ergibt sich auch aus dem Aggregierungsgrad der in Frage stehenden Daten (vgl. dazu auch E. 4.6.5.1 hiervor und ausführlich E. 6.4.1.3 hiernach). Daher kann den Handlungen des Informationsaustausches aus qualitativer Sicht nicht qualifizierter Bagatellcharakter im Sinne des Konzepts der Beschwerdeführerin zuerkannt werden.

6.3.1.4.2 Auch mit Blick auf die *quantitativen* Elemente der Erheblichkeit ist das Vorliegen einer solchen qualifizierten Bagatelle zu verneinen. Im vorliegenden Zusammenhang muss die Feststellung der Vorinstanz, wonach die gesamte Branche am Informationsaustausch beteiligt war (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 693 und Rz. 695 ff. [stagnierende Marktanteile]; Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018 Lemma 4; zu den stagnierenden Marktanteilen E. 6.5.4.4 hiernach), nicht ausführlich überprüft werden. Indessen ergibt sich bereits aufgrund des in Erwägung 5 zur Marktabgrenzung Gesagten, dass die am Informationsaustausch beteiligten ASCOPA-Mitglieder am luxusartigen Marktsegment zusammen einen derart hohen Marktanteil haben, dass die Qualifikation als qualifizierte, zum Prüfungsabbruch führende Bagatelle auch insoweit ausser Betracht fällt (vgl. mutatis mutandis ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG

N 240). Ergänzend ist anzumerken, dass die wichtigsten „Player“ der Luxuskosmetik – worunter auch die Beschwerdeführerin – an diesem Informationsaustausch beteiligt waren (vgl. zum Ganzen ausführlich E. 6.5.3.4.2 hiernach).

6.3.1.4.3 Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass der vorliegende Informationsaustausch auch als (qualifizierte) Bagatelle zu beurteilen sei, weil er nicht einen tatsächlich spürbaren Einfluss auf einen Wettbewerbsparameter, insbesondere den Wettbewerbsparameter Preis, gehabt hätte und betreffend die ausgetauschten Umsätze und Werbeinvestitionen weder ein Bezwecken, geschweige denn ein Bewirken bewiesen worden sei (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 21), stossen ins Leere. Einerseits hat das Gericht bereits festgestellt, dass für das Bezwecken nur, aber immerhin, vorausgesetzt wird, dass die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (vgl. E. 4.6.4.3 hiervor mit Hinweisen). Die Annahme einer qualifizierten Bagatelle fällt nebst den entsprechenden Voraussetzungen in Bezug auf die Aggregation (vgl. E. 6.4.1.3 hiernach sowie E. 4.6.5.1 hiervor) auch deshalb ausser Betracht, weil das offensichtliche Fehlen von Auswirkungen im vorliegenden Fall nicht ohne aufwändige Abklärungen festgestellt werden kann (vgl. E. 6.3.1.4.1 hiervor und E. 6.3.3.3.1 hiernach). Damit ist in diesem Zusammenhang auch nicht näher darauf einzugehen, ob im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung Auswirkungen bewiesen werden müssen (vgl. dazu E. 6.3.3 hiernach).

6.3.2 Zusammenwirken der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

6.3.2.1 Da vorliegend ein zum Prüfungsabbruch führender, qualifizierter Bagatellfall verneint wurde, ist die Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. Zu beantworten ist demnach die Frage, wie der Begriff der Erheblichkeit inhaltlich zu füllen ist oder mit anderen Worten, wann die nach der Rechtsprechung massgebende Bagatellschwelle erreicht ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2 „Gaba“).

6.3.2.2 Wie der Erheblichkeitsbegriff zu verstehen ist, war seit längerer Zeit umstritten. In seinem Urteil „Buchpreisbindung I“ legte das Bundesgericht dar, dass für die Erheblichkeit *qualitative* sowie *quantitative* Merkmale relevant sind. So sei eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (zumindest) dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt *relevanten Wettbewerbsparameter* betrifft, wobei die Beteiligten einen *erheblichen Marktanteil* halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1

„Buchpreisbindung I“). Mit seinen Urteilen vom 19. Dezember 2013 in Sachen „Gaba“ und „Gebro“ kam das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf harte Kartellabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zum Schluss, dass zwar grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen sei, aber bei harten Kartellabreden die qualitative Erheblichkeit ausreiche (Urteile des BVGer B-506/2010 E. 11.1.8 „Gaba“ und B-463/2010 E. 11.1.4 „Gebro“; vgl. in diesem Sinne zu Art. 5 Abs. 4 KG ebenfalls das Urteil des BVGer B-3332/2012 E. 9.1.4 „BMW“). Ebenfalls in dieselbe Richtung (Art. 5 Abs. 4 KG) zielen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-581/2012 E. 7.5.6 „Nikon“ (in Rechtskraft) und B-3938/2013 E. 16.1 „Dargaud [Suisse] SA“ (zur diesbezüglichen Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vgl. B-581/2012 E. 7.5.5 „Nikon“).

6.3.2.3 Das Bundesgericht hat daraufhin mit seinen Urteilen „Gaba“ und „BMW“ (BGE 143 II 297 „E. 5.2.2, 5.2.5 Gaba“; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 „BMW“) die Urteile „Gaba“ und „BMW“ des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt. Dasselbe gilt im Ergebnis für das Urteil „Altimum“ des Bundesgerichts (BGE 144 II 246 E. 10.1 „Altimum“). Die soeben beschriebenen Urteile beziehen sich jedoch alle auf Konstellationen von Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG, bei denen die Widerlegung der Vermutung zur Beseitigung des Wettbewerbs gelungen ist. Vorliegend geht es jedoch um eine Konstellation, welche die direkte Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG verlangt. Mit dem Urteil Hallenstadion-Ticketcorner 2C_113/2017 des Bundesgerichts vom 12. Februar 2020 ist nun ein bundesgerichtliches Präjudiz zu Kartellabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ergangen, welches sich zum Verhältnis der Gaba-Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 KG äussert. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

6.3.2.4 Ursprünglich war – wie bereits oben erwähnt – anerkannt, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 „Gaba“; BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“). Daraus folgt indes keineswegs, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedarf. Vielmehr verlangt Art. 5 Abs. 1 KG, der nur von „erheblich beeinträchtigen“ spricht und nicht zwischen zwei Erheblichkeiten unterscheidet, nur *eine Erheblichkeit* (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 „Gaba“; MARINO BALDI, „Zweimal hü und zweimal hott“ beim Schweizer Kartellgericht. Nach dem Altimum-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit, AJP 2016, S. 319; RALF STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, S. 567, nachfolgend: STRAUB, AJP 2016). Das Gesagte gilt auch für die direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG (Urteil

des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Die Erheblichkeit kann zwar sowohl anhand qualitativer als auch quantitativer Kriterien bestimmt werden, doch bleibt die insgesamt zu erreichende Schwelle, welche eine Rechtswidrigkeitsfeststellung rechtfertigt, gleich (Urteil des BGer 2C_44/2020 E. 11.2 „Flammarion“, BGE-Publikation vorgesehen). Ist deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedarf es kaum eines quantitativen Elements. Gibt es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so ist die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen. Quantitative und qualitative Elemente der Erheblichkeit verhalten sich demnach *wie zwei kommunizierende Röhren* (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 „Gaba“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Statt der Bezeichnung der „zwei kommunizierenden Röhren“ wird auch der Ausdruck „*Sandhaufentheorem*“ verwendet. Im Ergebnis komme es also nur auf die Gesamtmenge von Sand an, welche auf zwei Sandhaufen (qualitative und quantitative Elemente der Erheblichkeit) verteilt wird. Irrelevant ist, wie die Sandmenge auf diesen beiden Sandhaufen zu verteilen ist. Je mehr Sand also auf dem einen Sandhaufen liegt, desto weniger Sand ist auf dem anderen Sandhaufen erforderlich, und umgekehrt (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 201, 225). Es geht also – auch im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG – um die *Summe* der qualitativen und quantitativen Aspekte, damit die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“) und nicht um zwei separate Erheblichkeiten. Im Folgenden sind nun die qualitativen und quantitativen Kriterien zu beleuchten, um darzulegen, wie deren Zusammenspiel beschrieben werden kann.

6.3.2.5 Qualitative Kriterien sind vorrangig (BGE 143 II 297 E. 5.2.1, 5.2.5 „Gaba“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG bereits aufgrund ihres Gegenstands schädlich sind und daher in der Regel die Prüfung der quantitativen Kriterien nicht mehr notwendig ist (vgl. BGE 144 II 246 E. 10.1 „Altimum“, BGE 144 II 194 E. 4.3 „BMW“; BGE 143 II 297 E. 5.2 „Gaba“). Es stellt sich daher die Frage, ob auch Abreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG, also weiche Kartelle, allein aufgrund ihres Gegenstandes erheblich sein können. So weit geht das Bundesgericht indessen nicht. Es führt aber im Urteil „Hallenstadion-Ticketcorner“ aus, dass ein sehr gewichtiges qualitatives Element dazu führt, dass es kaum eines quantitativen Elements bedarf. In Bezug auf den Fall „Hallenstadion-Ticketcorner“ hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Erheblichkeitsschwelle aufgrund der *Summe* der qualitativen (Ticketing-Kooperationsabrede) und quantitativen Aspekte

(Markt für Lokalitäten für Musikgrossanlässe von Rock- und Popkonzerten und Markt für Ticketing) überschritten wurde (BGE 143 II 297 E. 5.2.1, 5.2.5 „Gaba“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1, 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

6.3.2.6 Für die *quantitativen* Aspekte der Erheblichkeit ist der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt von entscheidender Bedeutung (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer in den vereinigten Verfahren 2C_295/2021 und 2C_307/2021 E. 4.1.5.2 „Markant“). Es geht um eine auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 „Gaba“; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1539; vgl. E. 6.5, 6.5.1 hiernach). Ist die Erheblichkeit auch aufgrund *quantitativer* Elemente zu bestimmen, ist der relevante Markt bereits im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung abzugrenzen, was in Erwägung 5 hier vor denn auch geschehen ist (BGE 143 II 297 E. 5.5 i.V.m. E. 5.2 „Gaba“; BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.2.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

6.3.2.7 Des Weiteren ist festzuhalten, dass sich das Bundesgericht bisher und namentlich im Urteil „Gaba“ dem Entscheidthema entsprechend nicht abschliessend zur Erheblichkeitsprüfung bei nicht harten Kartellen geäußert hat. Das ergibt sich namentlich aus dem Satz, wonach offen bleiben kann, wo genau die Erheblichkeitsschwelle bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen liegt, welche nur oder vorwiegend mit quantitativen Elementen bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 f., E. 5.2.5 „Gaba“; vgl. dazu JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 41). Auch im Urteil des BGer 2C_113/2017 „Hallenstadion-Ticketcorner“ (E. 7.2.1, 7.3.1) legt sich das Bundesgericht diesbezüglich nicht fest. Im vorliegenden Zusammenhang ist indessen festzuhalten, dass das Konzept des Sandhaufentheorems dort seine Grenze findet, wo es darum gehen würde, die Erheblichkeit ausschliesslich aufgrund quantitativer Elemente zu bejahen. Denn eine solche Konzeption weist *keinen Unrechtgehalt* der handelnden Wettbewerber auf. Das erhellt aus dem Gedanken, dass ein Parallelverhalten, welchem eine *autonome* Entscheidungsfindung der Wettbewerber zugrunde liegt, welche nicht auf einer Verhaltenskoordination bzw. auf einer abgestimmten Verhaltensweise beruht (zur abgestimmten Verhaltensweise vgl. E. 4.4.3.1.3 hiavor), den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG nicht erfüllen kann. Das Verhalten der Wettbewerber wird bei einem erlaubten *Parallelverhalten* durch exogene Marktfaktoren gesteuert, wie z. B. dass die Wettbewerber aufgrund der hohen Markttransparenz im Benzinmarkt, welcher auch durch exogene

Faktoren geprägt ist (insbesondere Weltmarktpreise für Erdöl), die gleichen Preise setzten (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 61 ff.; „Benzinmarkt Schweiz“ WEKO, RPW 2002/1 S. 77 ff., S. 86 Rz. 22). Das Bejahen der Erheblichkeit gestützt auf ausschliesslich quantitative Elemente würde im Ergebnis erlaubtes Parallelverhalten erfassen. Ein Verhalten, welches schon gemäss Art. 4 KG nicht subsumiert werden soll, kann auch im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG nicht tatbestandsmässig sein. Dasselbe muss gelten, wenn fast ausschliesslich quantitative Aspekte ausschlaggebend sein sollen. Es muss also in Bezug auf die qualitativen Aspekte ein gewisses Minimum erreicht werden. Mit anderen Worten muss auf der qualitativen Seite eine Mindestmenge an Sand vorhanden sein, womit das Sandhaufentheorem, das im Zweifel von wechselseitiger Kompensation ausgeht, im Ergebnis etwas relativiert wird. Es gilt also auch insoweit die höchstrichterliche Aussage, wonach qualitative Kriterien vorrangig sind (vgl. mutatis mutandis das Urteil 2C_113/2017 E. 7.3.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

6.3.2.8 Da vorliegend keine der beiden Extrempositionen (ausschliesslich qualitative oder ausschliesslich quantitative Elemente der Erheblichkeit) zur Anwendung kommen, sind die qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG entsprechend dem bundesgerichtlichen Urteil „Hallenstadion-Ticketcorner“ zu prüfen (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.2.1, 7.3.1; 7.3.5 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Es kommt auf das Zusammenwirken bzw. die Summe der qualitativen und quantitativen Elemente an.

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob Art. 5 Abs. 1 KG das Erfordernis beinhaltet, dass sich eine Abrede effektiv ausgewirkt haben muss, und inwiefern die Rügen der Beschwerdeführerin, welche auf die Auswirkungen des Informationsaustausches abzielen, Bestand haben.

6.3.3 Kein Nachweis von Auswirkungen erforderlich

6.3.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Informationsaustausch keine Auswirkungen gezeigt hätte und auch nicht kausal für allfällige Preiserhöhungen gewesen sei (Beschwerde Rz. 17 ff., 26, 35 ff., 97 ff., 100 ff., 106-114, 184 f.; Replik Rz. 9, 16, 20, 21 ff., 24 ff., 26-29, 36, 46 ff., 51, 57 ff., 62 ff., 84, 87, f. 91 ff., 99, 111 ff., 121-132; Stellungnahme zur Duplik Rz. 19-28, 33-35, 36 ff., 45). Auch habe es die Vorinstanz unterlassen, solche Auswirkungen und eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu

beweisen. Nur in diesem Falle wäre das Bejahen der Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG angebracht gewesen. Denn ein Informationsaustausch gemäss Art. 5 KG sei kein abstraktes Gefährdungsdelikt (vgl. Beschwerde Rz. 182; Replik Rz. 8). Es würde keine Kollusion vorliegen, da die Preise der Beschwerdeführerin teilweise unter dem Landesindex der Konsumentenpreise gelegen seien (Replik Rz. 83). Wäre die Vorinstanz konsequenterweise ihrer eigenen Methode gefolgt, hätte sie zumindest eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hinsichtlich der Umsätze und Werbekosten verneinen müssen (Beschwerde Rz. 105, 184 f.).

6.3.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Duplik, dass die Beschwerdeführerin nicht begründet habe, weshalb der Nachweis der Anhebung der Preise der Parteien um einen gleichen Betrag oder Prozentsatz eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG sein solle. Könnte dies nachgewiesen werden, läge wohl eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor (Duplik Rz. 77 mit Hinweis auf die angefochtene Verfügung Rz. 617 [recte 616]). In der angefochtenen Verfügung lasse sich „lediglich“ eine wettbewerbsschädigende Auswirkung mit *einem wie auch immer gearteten Einfluss* auf die Marktpreise feststellen, weshalb die Vorinstanz Art. 5 Abs. 1 KG geprüft habe (angefochtene Verfügung Rz. 428 ff., 436). Zudem merkt die Vorinstanz an, dass die Beschwerdeführerin sich zu fest darauf fokussiere, dass ihre Preise tiefer gewesen seien als die der anderen ASCOPA-Mitglieder. Indessen komme es nicht auf die Preiserhöhungen eines einzelnen ASCOPA-Mitgliedes, sondern auf das gesamte Niveau der Preiserhöhungen betreffend die Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Produkte an (Duplik, Rz. 78).

In ihrer Eingabe vom 3. September 2018 ergänzt die Vorinstanz, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zwar bewiesen habe, es jedoch nach dem Urteil „Gaba“ des Bundesgerichts (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 „Gaba“) ohnehin fraglich sei, ob die tatsächlichen Auswirkungen überhaupt noch bewiesen werden müssen. So gehe die Beschwerdeführerin über die kartellrechtlichen Anforderungen hinaus, wenn sie verlange, dass die einzelnen Handlungen des Informationsaustausches Grund für die festgestellten Auswirkungen auf den Wettbewerb seien. Die Vorinstanz beruft sich sodann – im Ergebnis im Sinne einer Eventualargumentation – auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil des BGer 6P.149/2005 vom 28. April 2006 E.3.1; BGE 115 IV 199 E. 5b) und die

angefochtene Verfügung (Rz. 577), wo sie ausführt, dass sich ein vermutterter natürlicher Kausalverlauf nicht mit Gewissheit beweisen lasse, weshalb es genüge, wenn das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs gebildet habe (*conditio sine qua non*). Ausserdem legt sie dar, dass eine Monokausalität gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzulehnen sei, da im Schweizer Recht die Adäquanzlehre gelte (Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018 Lemma 1 f.; vgl. dazu auch die angefochtene Verfügung Rz. 577 f.).

6.3.3.3 Grundlagen und Würdigung

6.3.3.3.1 Kartelle können negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen haben (vgl. ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, in: sic! 2004, S. 914 nachfolgend: RAASS, Erheblichkeit, sic! 2004, S. 911 ff.). Die Überprüfung derartiger Auswirkungen ist mit umfangreichen Abklärungen verbunden (vgl. STRAUB, AJP 2016, S. 561; vgl. LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht - UWG, KG, Grundsätze der Lauterkeitskommission und weitere wettbewerbsrechtliche Vorschriften, 5. Aufl. 2012, S. 208 Rz. 612, nachfolgend: DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht - UWG, KG). Im Sinne eines auswirkungsbasierten Ansatzes (*effects-based approach*) verlangt ein Teil der Lehre, dass die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt tatsächlicher Natur und damit der Erfolg der Abrede nachgewiesen werden müsse (so namentlich AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 118 ff.; RETO JACOBS, in: St. Galler-BV Kommentar, Art. 96 BV N 16 ff.; vgl. zum Meinungsstand etwa ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 140 und 147). In Bezug auf harte Abreden hat das Bundesgericht in seinem Urteil „Gaba“ in Auslegung von Art. 5 KG erkannt, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin, die zum einen auf fehlende tatsächliche Auswirkungen und zum anderen auf eine angeblich nicht erfolgte Umsetzung der Abrede rekurriert, an der Sache vorbeiziele (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 „Gaba“). Entgegen der Darstellung von BIRKHÄUSER/REINERT (ZSR 2018 I S. 134 f.) ist in Bezug auf derartige Abreden nicht nur die Frage, ob sie umgesetzt worden sind, sondern auch die Frage, ob sie tatsächliche Auswirkungen zeitigen, nicht Voraussetzung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 143).

6.3.3.3.2 Soweit tatsächliche Auswirkungen verlangt werden, stellt sich auch die Frage nach dem Kausalzusammenhang, wogegen sich die Frage nach dem Kausalzusammenhang bei harten Kartellen aufgrund der Gaba-Rechtsprechung erübrigt (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 153). Auch unter der Annahme, dass Auswirkungen zu prüfen sind, ist in diesem Kontext in Bezug auf das Beweismass jedenfalls auf die Ausführungen in Erwägungen 3.2.2.1.4 und 3.2.2.2.8 hiavor zu verweisen, wo festgehalten worden ist, dass bei komplexen Marktverhältnissen im Sinne des Urteils „Publigroupe“ des Bundesgerichts der Überzeugungsbeweis nicht erbracht werden muss (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 mit Hinweisen „Publigroupe“, bestätigt mit BGE 144 II 246 „Altimum“ E. 6.4.4; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.6 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Denn die einzelnen Tatbestände im Kartellrecht beruhen nicht selten auf Einschätzungen, die eine derartige Komplexität aufweisen (Urteile des BVGer B-7633/2009 E. 163 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; B-581/2012 E. 5.5.2 mit Hinweisen „Nikon“; B-3938/2013 E. 6.4 „Dargaud [Suisse] SA“). Das gilt auch – soweit relevant – für die Frage nach den tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede, soweit im Einzelfall – wie vorliegend in Bezug auf die Entwicklung der Preise namentlich der in Frage stehenden Produkte – multiple Wirkungszusammenhänge mit einer Wettbewerbskomplexität bestehen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 E. 1219 „Six“; B-807/2012 E. 8.4.4.4 „Erne“; B-829/2012 E. 7.4.3.4 „Granella“; B-880/2012 E. 8.4.4.4 „Umbricht“; B-7633/2009, E. 80, 158 „Preispolitik Swisscom ADSL II“). Daher muss es insoweit – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – genügen, dass Auswirkungen mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit geprüft werden (vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 E. 8.4.4.5 in fine „Erne“ und B-880/2012 E. 8.4.4.5 in fine „Umbricht“).

6.3.3.3.3 Unschärfen bei den Rechtsbegriffen unterliegen den Regeln der Gesetzesinterpretation (BGE 139 I 72 E. 8.3.1 „Publigroupe“). Insbesondere erschliesst sich aufgrund des Wortlauts allein nicht, was der Begriff „erheblich“ (bzw. „notable“ und „notevole“) bedeutet (BGE 143 II 297 E. 5.1.1 „Gaba“). Vor diesem Hintergrund sind im Folgenden die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 1 KG gesondert auf die Auswirkungsfrage hin zu untersuchen (zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit vgl. E. 6.3.3.3.5 hiernach; zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit vgl. E. 6.3.3.3.6 hiernach; zum in Art. 5 Abs. 1 KG ebenfalls genannten Kriterium der „Beeinträchtigung“ vgl. E. 6.3.3.3.7 hiernach).

- i. Prüfung, ob dem Erheblichkeitskriterium das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung zu entnehmen ist

6.3.3.3.4 Früher, unter der Geltung der Kartellgesetze vom 20. Dezember 1962 (KG62; AS 1964 S. 53 ff.) und vom 20. Dezember 1985 (KG85; AS 1986 S. 874 ff.), hat das Bundesgericht (vgl. BGE 112 II 268 E. I/2b mit Hinweisen „Schweizerischer Bierbrauerverein“) eine Behinderung des Wettbewerbs als *erheblich* erachtet, wenn diese eine *gewisse Intensität* aufwies und vom Betroffenen als solche empfunden wurde, weil sie seine Handlungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinflusste, ihn insbesondere zwang, auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen, um den Folgen der Diskriminierung zu entgehen (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; mit Hinweis auf BGE 112 II 268 E. I/2b „Schweizerischer Bierbrauerverein“). Die Art der Behinderung war in dieser älteren Rechtsprechung nicht entscheidend, sondern relevant war, ob deren *Auswirkungen* auf das wirtschaftliche Verhalten des Betroffenen, auf die Struktur oder die Entwicklung seines Betriebes erheblich waren (BGE 112 II 268 E. I/2b mit Hinweisen „Schweizerischer Bierbrauerverein“). Das Bundesgericht präzisierte mit seinem Urteil „Buchpreisbindung I“ (BGE 129 II 18 E. 5.2.1) das Konzept dahingehend, dass nicht mehr der Individualschutz der Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerber im Zentrum steht (vgl. dazu noch BGE 112 II 268 E. I/2b mit Hinweisen „Schweizerischer Bierbrauerverein“). Vielmehr gewann der Institutionsschutz, welcher den Wettbewerb als solchen schützen will, durch das Urteil „Buchpreisbindung I“ an Bedeutung (vgl. dazu BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 156 ff.; vgl. zum Schutz des Wettbewerbs als Institution aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011, § 20 Rz. 18 f.). Dementsprechend ist die Erheblichkeit nicht mehr allein aus der Optik der einzelnen Unternehmen, sondern in Bezug auf das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs zu beurteilen (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1531). So liegt nach dem Urteil „Buchpreisbindung I“ eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (BGE 129 II 18 E. 5.1 „Buchpreisbindung I“). Nach dem Urteil „Buchpreisbindung I“ soll die Erheblichkeit mit qualitativen und quantitativen Kriterien beurteilt werden (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“). Das gilt auch nach dem Urteil BGE 143 II 297 „Gaba“ jedenfalls für qualitativ mittelschwere und geringfügige Abreden weiterhin (ZIRLICK/BANGERTER,

DIKE-KG, Art. 5 KG N 229 ff.; vgl. E. 6.3.2.5 f. hiervor). Anhand der gemachten Ausführungen ist aber insbesondere ersichtlich, dass seit dem Urteil „Buchpreisbindung I“ (BGE 129 II 18 E. 5.2.1) mit der Verschiebung der Gewichte in Richtung Institutionenschutz diese Intensität und damit auch die Auswirkungen, welche auch direkt die Handlungsfreiheit des einzelnen Wettbewerbers beeinflussten, an Bedeutung eingebüsst haben.

6.3.3.3.5 Auswirkungen als qualitatives Element der Erheblichkeit

Im Folgenden ist nun zu eruieren, ob die qualitativen Elemente der Erheblichkeit Auswirkungsvoraussetzungen beinhalten. Nach dem Urteil „Buchpreisbindung I“ des Bundesgerichts ist insoweit zu prüfen, ob die Abrede einen Wettbewerbsparameter auf dem relevanten Markt betrifft (BGE 129 II 18 „Buchpreisbindung I“ E. 5.2.1 f.). In qualitativer Hinsicht hat das Bundesgericht sodann hervorgehoben, dass die Erheblichkeitsschwelle bisweilen aufgrund des Gegenstands der Abrede bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.1- 5.2.5 „Gaba“). Im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ist indessen der Umstand, dass das Bundesgericht im Fall „Hallenstadion-Ticketcorner“, also im Rahmen der Beurteilung eines Sachverhalts anhand von Artikel 5 Abs. 1 KG – unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Elemente – die qualitativen Gesichtspunkte ohne Erwähnung von Auswirkungen geprüft und die vorinstanzliche Beurteilung auch in Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung insgesamt geschützt hat (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 und 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Demnach ist ersichtlich, dass den qualitativen Elementen nach Art. 5 Abs. 1 KG kein Erfordernis, wonach Auswirkungen nachzuweisen sind, entnommen werden kann. Das gilt auch für selbständige Informationsaustauschsysteme. Entscheidend ist, dass es hinreichend plausibel erscheint, dass sich die durch die bezweckte Abrede geschaffene Gefährdung auswirkt (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 387). Dies gilt namentlich mit Blick auf den Umstand, dass der zu beurteilende Informationsaustausch namentlich Bruttopreise betrifft (vgl. zur Brisanz von Marktpreisinformationen insbesondere BLATTMANN, S. 290; vgl. dazu ausführlich E. 6.4.2.4.13 ff. hiernach). Wenn dazu mehrere relevante Wettbewerbsparameter betroffen sind, erhöht das die qualitative Bedeutung der Abrede allenfalls zusätzlich (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 145). Vor diesem Hintergrund erscheint es – jedenfalls mit Blick auf den vorliegenden Fall – folgerichtig, dass eine allfällige Nähe von Auswirkungen und Erheblichkeit regelmässig in Bezug auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit diskutiert wird (vgl. dazu illustrativ B-581/2012 E. 7.5.1 „Nikon“ mit Hinweisen).

6.3.3.3.6 Auswirkungen als quantitatives Element der Erheblichkeit

Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 „Buchpreisbindung I“ E.5.2.1 f.; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Dabei bedient sich die Praxis einer auf ökonomische Modelle abgestützten Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 „Gaba“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 16.1 „Dargaud [Suisse] SA“; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1532). Das Bundesverwaltungsgericht hat aus quantitativer Sicht die Bedeutung der „Marktabdeckung“ im relevanten Markt hervorgehoben (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 364 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Diese Sichtweise ist insoweit vom Bundesgericht bestätigt, als dieses in seinem Urteil „Hallenstadion-Ticketcorner“ festhält, dass die Daten der WEKO auf einem zu grossen sachlich und räumlich relevanten Markt basieren, weshalb der quantitative Aspekt um einiges höher ausfallen dürfte (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 in fine „Hallenstadion-Ticketcorner“). Das spricht gegen ein Konzept, das über die Marktabdeckung hinausgehende weitere Erfordernisse wie den Nachweis von Auswirkungen statuiert. Schliesslich erachtet im Ergebnis auch RAASS die Stellung der Wettbewerber auf dem Markt als ausschlaggebende Ursache von wettbewerbsbeschränkenden Schäden oder Auswirkungen (z.B. Preiserhöhungen oder Mengenreduktionen). Auch RAASS, der die Ansicht vertritt, dass Auswirkungen nachgewiesen werden müssen, geht also davon aus, dass die Gefahr von wettbewerbsbeeinträchtigenden Schäden oder Auswirkungen besteht, wenn die Wettbewerber über gemeinsame Marktmacht verfügen (RAASS, Erheblichkeit, sic! 2004, S. 911 ff., insb. S. 914; vgl. zum Ganzen B-581/2012 E. 7.5.2 „Nikon“). Im Falle einer erheblichen – und nicht beseitigenden – Beeinträchtigung sei diese Marktmacht geringer, weshalb dann diese fraglichen Auswirkungen durch die Effizienzgründe aufgewogen werden könnten (RAASS, Erheblichkeit, sic! 2004, S. 912, 914, 916, 919, 923). Damit wird letztlich das Argument der Gegenmeinung untermauert, wonach unter den quantitativen Elementen der Erheblichkeit einzig zu prüfen ist, wie *marktumfassend* (Hervorhebung im Original) „die Wirkung einer Abrede“ ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 231). Folglich geht es aus quantitativer Sicht nicht um die konkrete Bemessung der Auswirkungen, sondern um Marktanteile (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“; vgl. zum Ganzen auch STRAUB, AJP 2016, S. 574). Soweit die tatsächlichen Auswirkungen als Teilgehalt der quantitativen Elemente der Erheblichkeit diskutiert worden sind (vgl. dazu die Hinweise im Urteil des BVGer B-581/2012 „Nikon“

E. 7.5.1), entspricht dies nicht dem soeben beschriebenen Fokus auf die Marktanteile und Umsätze. Demnach sind empirische Studien, mit deren Hilfe die tatsächlichen Auswirkungen, wie z.B. Preiserhöhungen, gemessen werden sollen, jedenfalls nicht im Kontext mit den quantitativen Elementen der Erheblichkeit gefordert. Denn es geht bei der Beurteilung derselben um die Position der Wettbewerber auf dem Markt. Diese Angaben reichen schon alleine aus, um im Sinne hinreichender Plausibilität auf Auswirkungen schliessen zu können. Demnach vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, welche den Nachweis tatsächlicher Auswirkungen des Informationsaustausches verlangen, auch betreffend die quantitativen Elemente der Erheblichkeit nicht durchzudringen. Die eigentliche Prüfung dieser quantitativen Elemente in Bezug auf den vorliegenden Informationsaustausch ist Gegenstand von Erwägung 6.5.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob aus dem Begriff der „Beeinträchtigung“ das Erfordernis von Auswirkungen abgeleitet werden kann.

- ii. Prüfung, ob dem Kriterium der „Beeinträchtigung“ das Erfordernis einer Auswirkungsprüfung zu entnehmen ist

6.3.3.3.7 Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre war lange umstritten, welche Anforderungen an die in Art. 5 KG genannte „Beeinträchtigung“ zu stellen sind (vgl. BGE 143 II 297 „Gaba“ E. 5.4.1; vgl. HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit, Rz. 8; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 132, 139 ff.). Einige Autoren gingen davon aus, dass potenzielle Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung ausreichen und es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung *nicht* ankommt (BORER, Art. 5 KG N 8, BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 3, 5, MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“ – revisionistisch oder nur beiläufig falsch? AJP 2015, S. 276). Dazu passt die Auffassung, dass der „materielle Gehalt“ des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Klärung derartiger Fragen beiträgt (BORER, Art. 5 KG N 6; anderer Ansicht BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 479). Diese Lehrmeinung beruft sich rechtsvergleichend auch auf das europäische Kartellrecht, wonach es beim – in Bezug auf den vorliegenden Fall in Erwägung 4.6 insb. 4.6.4.3 hiervor festgestellten – Bezwecken nicht mehr auf tatsächliche Auswirkungen ankommt (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 5). Im Gegensatz dazu verlangt die andere Lehrmeinung nach einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs (auswirkungsbasierten Ansatz/„effects-based approach“). Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs

sei nach dem auswirkungsbasierten Ansatz (ggf. sogar empirisch) nachzuweisen (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 140 mit entsprechenden Hinweisen; vgl. dazu insb. BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 477 ff. insb. N 481 betreffend Art. 5 KG; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht - UWG, KG, S. 208 Rz. 612). Eine Abrede müsse den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen (NICOLAS BIRKHÄUSER/MANI REINERT, Das Gaba Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR 2018 I S. 134 f., 140 f.).

6.3.3.3.8 Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil „Gaba“ betreffend harte Kartellabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gegen den auswirkungsbasierten Ansatz ausgesprochen. Ein Potenzial zur Beschränkung des Wettbewerbs reicht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei harten Kartellabreden aus (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2 m.w.H. „Gaba“). Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG sind als ein Ganzes zu betrachten. Demnach können nicht isoliert von Art. 5 Abs. 1 KG Auswirkungserfordernisse vorausgesetzt werden (BGE 143 II 297 E. 5.1.3, E. 5.1.5, E. 5.4.2 „Gaba“; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 f. „BMW“). Allerdings ist die Debatte, ob eine Wettbewerbsbeeinträchtigung tatsächliche oder potenzielle Auswirkungen verlangt, mit dem Urteil „Gaba“ nur für harte und nicht für weiche Kartellabreden einem höchstrichterlichen Entscheid zugeführt worden (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 146). Erst das Urteil des BGer 2C_113/2017 „Hallenstadion-Ticketcorner“, welches die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zum Gegenstand hat, gibt nun auch diesbezüglich die Richtung vor. Die Erwägungen 7.3.1 und 7.3.4 dieses Urteils sind insoweit zusammen auszulegen. Erstens wird in Erwägung 7.3.1 die in Bezug auf die Erheblichkeit entscheidungswesentliche Argumentation aus den Urteilen BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f., 5.2.5 „Gaba“ und BGE 144 II 194 E. 4.3.1 f. „BMW“ übernommen, ohne dass insoweit ein Vorbehalt in Bezug auf das allfällige Fehlen von Auswirkungen gemacht würde. Zweitens wird in Erwägung 7.3.4 des Urteils – im Wissen darum, dass die Vorinstanz keine Auswirkungen geprüft hat – festgehalten, dass eine „Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ gegeben ist (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1, 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“ mit Hinweis auf die Erwägung 5.4 des Urteils BGE 143 II 297 „Gaba“). Daher ist davon auszugehen, dass auch im Kontext mit der direkten Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG aus dem Beeinträchtigungsbegriff – jedenfalls soweit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG wie vorliegend von einem Bezwecken auszugehen ist (vgl. E. 4.6 insb. 4.6.4.3 hiervor) – entgegen dem aufgrund des reinen Wortlautes möglichen Verständnis kein Erfordernis einer Auswirkungsprüfung abzuleiten ist. Damit kann die Frage, ob der Informations-

austausch zu Preiserhöhungen geführt hat, im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Dies entspricht auch der durch das Bundesgericht festgestellten Zwecksetzung von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach das Abgrenzungskriterium einfach sein soll, um das Ziel der Entlastung der Verwaltung zu erreichen (BGE 143 II 297 E. 5.1.4 „Gaba“). Damit erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend das Erfordernis des Nachweises von Auswirkungen als unbegründet.

6.3.3.3.9 Nach dem Gesagten verlangt die in Art. 5 Abs. 1 KG genannte Wettbewerbsbeeinträchtigung keine Prüfung von Auswirkungen. Damit erweisen sich auch die Rügen betreffend die fehlende Kausalität als obsolet (vgl. zum Zusammenhang zwischen Auswirkungen und Kausalität E. 6.3.3.3.2 hiervor). Denn wenn es keiner Auswirkungen bedarf, so erübrigen sich auch diesbezügliche Kausalitätsfragen. Demnach müssen die Ausführungen der Vorinstanz zur Monokausalität nicht weiter erörtert werden. Inwiefern die Kausalität im Rahmen der Frage nach der Umsetzung einer Abrede zu berücksichtigen ist, wird unten unter Erwägung 6.3.4 geprüft.

6.3.3.4 Zwischenfazit

Weder die *qualitativen* noch die *quantitativen Elemente* der Erheblichkeit erfordern – jedenfalls soweit im Rahmen der Prüfung anhand von Art. 4 Abs. 1 KG von einem Bezwecken auszugehen ist – eine Auswirkungsprüfung (vgl. E. 6.3.3.3.4 ff. hiervor). Dasselbe gilt für den Begriff der Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. E. 6.3.3.3.7 ff. hiervor). Demnach überspannt die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, welche auf die Auswirkungen des vorliegenden Informationsaustausches abzielen, die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG. Daher sind im Folgenden keine Auswirkungen betreffend die ausgetauschten Bruttopreise, Werbekosten und Umsätze zu prüfen (zur Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit vgl. E. 6.4 hiernach, zur Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit E. 6.5 hiernach). Des Weiteren erfordert Art. 5 KG keine separate Prüfung in Bezug auf die Einschränkung der Handlungsfreiheit. Dass die Vorinstanz zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung – entgegen der später vor Bundesverwaltungsgericht nach Ergehen des GABA-Urteils vertretenen Auffassung – davon ausgegangen ist, dass sie konkrete Auswirkungen zu untersuchen hat (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 633), ist aufgrund des damaligen Standes von Lehre und Rechtsprechung nachvollziehbar.

Die Frage, ob der vorliegende Informationsaustausch bzw. die Wettbewerbsabrede umgesetzt wurde, ist von der Auswirkungsthematik abzugrenzen und in der folgenden Erwägung separat zu beleuchten.

6.3.4 Der Informationsaustausch wurde gelebt bzw. umgesetzt

6.3.4.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sich bei ihren Produkten – im Gegensatz zu denjenigen der anderen ASCOPA-Mitglieder – der Preisanstieg weniger stark als der Landesindex der Konsumentenpreise entwickelt habe (Beschwerde Rz. 42, 112 Lemma 3, Replik Rz. 61).

Ausserdem habe die Vorinstanz fälschlicherweise auf die strafrechtlichen Kriterien der Mittäterschaft abgestellt; die Beschwerdeführerin habe an keinem Tatentschluss über höhere Preise teilgenommen (Stellungnahme zur Duplik Rz. 17). Zudem würden die Ausführungen der Vorinstanz zur Mittäterschaft (angefochtene Verfügung Rz. 251 ff.) diese nicht davon entbinden, die Tathandlung jedes einzelnen ASCOPA-Mitgliedes, insbesondere der Beschwerdeführerin, an einer Wettbewerbsabrede darzulegen (Beschwerde Rz. 148).

6.3.4.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz bringt vor, die Tatsache, dass sich die Bruttopreise der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den anderen ASCOPA-Mitgliedern unterschiedlich entwickelt haben, sei nicht strittig. Allerdings sei die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerin falsch, wenn diese die Auffassung veretrete, dass die „substantiellen Differenzen“ der Preise keinen Hinweis auf ein Zusammenwirken der Wettbewerber erlauben würden. Die Beschwerdeführerin übersehe, dass das Zusammenwirken der Wettbewerber (Verfügung, Titel A.3) und die Verwendung der ausgetauschten Informationen unstrittig bewiesen worden seien. Sie übersehe auch, dass sie an den Generalversammlungen und Komitee-Sitzungen anwesend gewesen sei (angefochtene Verfügung Rz 12 ff.; 17 ff; Abbildung 1, 3, Duplik Rz. 77).

6.3.4.3 Grundlagen

6.3.4.3.1 Bei der *Umsetzung* einer Abrede geht es darum, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen innerhalb ihres Geschäftsbetriebs die notwendigen Massnahmen zur Durchführung des abgesprochenen oder abgestimmten Verhaltens vorgenommen haben (ZIRLICK/BANGERTER,

DIKE-KG, Art. 5 N 148; STRAUB, AJP 2016, S. 561 und Fn. 17; siehe auch im Kontext mit den AGB, E. 9.3.3.4 in fine hiernach). Die Frage, ob eine Abrede gelebt wird, entspricht der Frage der Umsetzung nach der Abrede. Die innerbetriebliche Umsetzung einer Abrede ist von deren Auswirkungen zu unterscheiden (Urteile des BVGer B-3618/2013 E. 329 „Hallenstadion-Ticketcorner“; B-581/2012 E. 7.2.1 „Nikon“). Es ist denkbar, dass eine Vereinbarung zwar umgesetzt wird, aber die Wirkungen aufgrund äusserer Umstände ausbleiben (Urteil des BVGer B-581/2012 E. 7.2.1 „Nikon“).

6.3.4.3.2 In Bezug auf *harte* Kartelle (Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG) hat das Bundesgericht entschieden, dass es *nicht* auf die *Umsetzung* einer Abrede sowie deren tatsächlichen Wirkungen bzw. auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung ankomme (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 in fine „Gaba“; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 41). Betreffend weiche Kartelle hat das Urteil „Hallenstadion-Ticketcorner“ des Bundesgerichts (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“) aus dem Beeinträchtigungsbegriff kein Erfordernis abgeleitet, wonach Auswirkungen zu prüfen sind (vgl. E. 6.3.3.3.8 f. hiervor). Das bedeutet nach der oben beschriebenen Differenzierung allerdings keineswegs zwingend, dass es bei weichen Kartellen auch nicht auf die Umsetzung ankommen soll. Dies zumal im Fall Hallenstadion unbestritten war, dass die Abrede umgesetzt worden ist.

6.3.4.3.3 Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Umsetzung beim selbständigen Informationsaustausch (vgl. dazu E. 6.2.3.1 hiervor) – im Unterschied zu eigentlichen Auswirkungen – nicht auf die Preisentwicklung beziehen kann, sondern nur die Frage zum Gegenstand hat, ob die Gegenstand der Abrede bildenden Informationen tatsächlich vereinbarungsgemäss ausgetauscht worden sind. Dass der Beschwerdeführerin die Vereinbarung betreffend den Informationsaustausch selbst zugerechnet werden kann, hat das Gericht ebenfalls bereits festgestellt (vgl. E. 4.4.3.3 hiervor). Soweit das Gericht also im Folgenden (Erwägung 6.3.4.4 hiernach) ausserdem zum Schluss kommt, dass ASCOPA und seine Mitglieder den vorliegenden Informationsaustausch umgesetzt haben, kann offen bleiben, ob dem bundesgerichtlichen Urteil Hallenstadion eine Aussage zu entnehmen ist, wonach es auch bei weichen Kartellen nicht auf deren Umsetzung ankommen soll. Zu ergänzen ist, dass nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an den Nachweis der Umsetzung einer Abrede keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 330 ff. „Hallenstadion-Ticketcorner“; B-581/2012

E. 7.2.2 „Nikon AG“; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 43).

6.3.4.4 Würdigung

6.3.4.4.1 Die Rügen der Beschwerdeführerin zielen darauf hin, dass ihre Preise weniger hoch als die der anderen Wettbewerber angestiegen seien und dass demnach gar kein gemeinsamer Tatentschluss bezüglich höherer Preise vorliege. Diese Rügen sind nach dem zu den Auswirkungen Gesagten nur noch soweit relevant, als sie zugleich eine mangelnde Umsetzung des Informationsaustausches durch die Beschwerdeführerin implizieren.

6.3.4.4.2 Die Umsetzung des Informationsaustausches ist im vorliegenden Fall zu bejahen: So ist *erstens* ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch teilgenommen hat. Die Beschwerdeführerin hat betreffend die drei Handlungsstränge des Informationsaustausches ihre Daten eingereicht. Dementsprechend sind auch in den verschiedenen Unterlagen die von der Beschwerdeführerin eingereichten Informationen zu finden (Handlungen betreffend die Bruttopreise [angefochtene Verfügung Rz. 33, 39, 41 f., 46; Abbildung 4]; Handlungen betreffend den Austausch von Umsatzinformationen [angefochtene Verfügung Rz. 120 ff., 127 ff., 135; Abbildungen 7, 8]; Handlungen betreffend den Austausch von Werbeinvestitionen [angefochtene Verfügung Rz. 187 ff.; Abbildung 12]). *Zweitens* war die Beschwerdeführerin während des ganzen Informationsaustausches Mitglied des ASCOPA-Komitees und hatte auch mehrheitlich an den Komitee-Sitzungen teilgenommen (angefochtene Verfügung Rz. 17, Abbildungen 2, 3). Das ASCOPA-Komitee hat sich mit der Umsetzung des Informationsaustauschs – wenn auch nicht in Bezug auf alle Handlungsstränge in gleicher Intensität – befasst (vgl. insb. E. 4.4.3 hiervor). *Drittens* war die Beschwerdeführerin bei den meisten Generalversammlungen anwesend (angefochtene Verfügung Abbildung 1), welche wiederum die Beschlüsse des Komitees legitimiert hat (vgl. E. 4.4.3.2 f. hiervor).

6.3.4.4.3 Anhand der soeben gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch teilgenommen hat bzw. derselbe umgesetzt worden ist. Damit ist auch nicht näher auf die Frage einzugehen, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre für den hypothetischen Fall, dass die Beschwerdeführerin die Gegenstand der Abrede bildenden Informationen im Unterschied zu anderen ASCOPA-Mit-

gliedern nicht geliefert hätte. Mit Blick auf die allgemeinen Rügen zur Mitäterschaft kann immerhin auf Erwägung 4.4.3.9.2 in fine verwiesen werden.

6.3.5 Die Bedeutung des EU-Kartellrechts und insbesondere der Horizontalleitlinien im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung

6.3.5.1 Im Folgenden ist zu erörtern, inwieweit zur Konkretisierung der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG die Horizontalleitlinien des EU-Wettbewerbsrechts herangezogen werden können. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Kriterienkatalog, welcher von der Vorinstanz zur Beurteilung des vorliegenden Informationsaustauschs herangezogen worden ist, eine grosse Übereinstimmung mit den Horizontalleitlinien aufweist (BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 151). Bereits im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG wurden Ausführungen zum Zusammenwirken des schweizerischen Kartellgesetzes mit dem europäischen Wettbewerbsrecht gemacht (vgl. E. 4.3.1 hiervor). Das schweizerische Wettbewerbsrecht ist vom EU-Wettbewerbsrecht unabhängig, aber das EU-Wettbewerbsrecht kann in einer angemessenen Weise berücksichtigt werden (BGE 137 II 199 E. 4.3.1 „Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk“), wenn nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erscheinen (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 471, 531, 633; Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 168 „Preispolitik Swisscom ADSL II“). Diese Ausführungen gelten auch für die Beurteilung von Art. 5 KG. Entsprechend der „Parallelität der Regelungen“ soll das EU-Wettbewerbsrecht zumindest im Sinne eines rechtsvergleichenden Auslegungsmomentes beachtet werden. Allerdings geht es hierbei um Regelungen, welche vom schweizerischen gesetzgeberischen Willen gedeckt werden und nicht um Regelungen, die vom schweizerischen Recht abweichen (BGE 143 II 297 E. 6.2.3 „Gaba“).

6.3.5.2 Im Kontext mit Art. 5 Abs.1 KG sind in Bezug auf das EU-Kartellrecht gewisse Besonderheiten zu beachten: Die Horizontalleitlinien umschreiben die Voraussetzungen des Informationsaustausches entsprechend der Kriterien von Art. 101 Abs.1 AEUV, der harte Kartelle zum Gegenstand hat. Das EU-Recht geht im Gegensatz zum schweizerischen Kartellrecht davon aus, dass horizontale Kartelle grundsätzlich schädlich sind (MICHAEL KLING, Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung und Erheblichkeit – Ein neuer Revisionsvorschlag aus der Schweiz im Vergleich zum unionskartellrechtlichen Regelungsmodell, in: ZSR 2019 I S. 513 ff., insb.

S. 520). Damit sind auch die Horizontalleitlinien, soweit dort die Voraussetzungen für die Unzulässigkeit eines Informationsaustauschs definiert werden, diese in der Tendenz schwerer zu erfüllen, weil sie – übertragen in die Logik des schweizerischen Kartellrechts – dazu dienen, die Frage nach einem Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG zu beantworten. Hingegen ist vorliegend ein weiches Kartell im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen. Unter Berücksichtigung dieses Umstands kann das EU-Recht zur Auslegung des schweizerischen Kartellrechts verwendet werden. Demnach stellt sich die Frage, inwiefern die den Informationsaustausch konkretisierenden Horizontalleitlinien punktuell zur Auslegung von Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

6.3.5.3 Da bei einem weichen Kartell gemäss Art. 5 Abs. 1 KG keine Auswirkungsprüfung verlangt wird (E. 6.3.3 hiavor), sind die mehrfach in den Horizontalleitlinien genannten Kollusionskriterien *nicht* Prüfungsvoraussetzung von Art. 5 Abs. 1 KG. Es ist – wie bereits in Erwägung 6.3.2 aufgezeigt – bei der Prüfung der Unzulässigkeit eines weichen Kartells nach Art. 5 Abs. 1 KG auf die Kriterien der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit abzustellen. Allerdings kommen die im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung nach schweizerischem Recht verwendeten Begriffe in den Horizontalleitlinien und im EU-Wettbewerbsrecht nicht vor. Denn die Unzulässigkeit einer wettbewerbsrechtlich bedenklichen Handlung bzw. eines Informationsaustausches wird im EU-Wettbewerbsrecht und in den Horizontalleitlinien anhand der Kriterien des *Bezweckens* (Horizontalleitlinien Rz. 59 und Rz. 72-74) und des *Bewirkens* (Horizontalleitlinien Rz. 58 und Rz. 75-94) beurteilt (vgl. auch angefochtene Verfügung Rz. 625 ff.). Vorliegend sind bei der Prüfung der Erheblichkeit die Kriterien des Bewirkens in den Horizontalleitlinien (und nicht nur des Bezweckens) zur Umschreibung der qualitativen und quantitativen Aspekte heranzuziehen. Auch wenn in Art. 4 Abs. 1 KG das Bewirken nicht mehr geprüft wurde, da das Bezwecken bereits bejaht worden war (vgl. E. 4.6 hiavor), heisst das nicht, dass die Kriterien des Bewirkens gemäss den Horizontalleitlinien nicht in die Prüfung mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 KG einfließen können.

6.3.5.4 Nach dem Gesagten stellt sich die Frage, inwiefern den Kriterien des *Bezweckens* und des *Bewirkens* in den Horizontalleitlinien Gesichtspunkte entnommen werden können, welche im Rahmen der Prüfung der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

6.3.5.5 Qualitative Aspekte in den Horizontalleitlinien

6.3.5.5.1 Die Randziffern 72-74 der Horizontalleitlinien haben bezweckte Abreden im Sinne des europäischen Kartellrechts zum Gegenstand. Beschrieben wird einerseits *künftiges* Preis- und Mengenverhalten (Rz. 72-74 Horizontalleitlinien), was im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist (angefochtene Verfügung Rz. 425 f.). Dementsprechend umschreibt Rz. 59 der Horizontalleitlinien, welche im Kontext mit dem Bezwecken eine Preis- oder Mengenfestsetzung aufgreift, die Voraussetzungen eines harten Kartells. Preis- oder Mengenfestsetzungen sind im Schweizer Kartellrecht als harte Kartellabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG zu werten. Daher eignen sich die im Rahmen des Bezweckens gemäss den Horizontalleitlinien massgebenden Gesichtspunkte nicht für die vorliegende Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG. Anhand der gemachten Ausführungen ist auch ersichtlich, dass der Prüfungsmassstab im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG ein anderer ist, da in Erwägung 4.6 auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG ein Bezwecken bejaht wurde. Dieses ist also nicht Gegenstand der Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG.

6.3.5.5.2 Auch wenn vorliegend ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG in Erwägung 4.6 bejaht wurde, heisst dies nicht, dass alles, was Berührungspunkte mit dem Bewirken aufweist, wie auch einige Artikel der Horizontalleitlinien, zu vernachlässigen ist. Denn ein Bezwecken schliesst sozusagen ein Bewirken auch nicht aus (vgl. dazu E. 6.3.5.3 hiervor). Daher ist nun zu erörtern, ob die Kriterien in den Horizontalleitlinien, welche ein *Bewirken* im europäischen Wettbewerbsrecht umschreiben, zur Konkretisierung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG beim Informationsaustausch herangezogen werden können. Rz. 75 der Horizontalleitlinien zeigt die Voraussetzungen des Bewirkens (der Auswirkungen) auf und stellt neben den *Wettbewerbsparametern* auf die *Eigenschaften der ausgetauschten Information* (informationsaustauschspezifische Aspekte) und die *Eigenschaften des Marktes* (Marktmerkmale) ab (siehe dazu angefochtene Verfügung Rz. 626). Die Frage, welche Kriterien von Rz. 75 der Horizontalleitlinien im Rahmen der Unzulässigkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG heranzuziehen sind, ist zunächst mit Blick auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen.

6.3.5.5.3 Die Bedeutung der in Frage stehenden *Wettbewerbsparameter* ist relevant für die Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. „Buchpreisbindung I“; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 186). Daher sind die Wettbewerbsparame-

ter, welche Rz. 75 der Horizontalleitlinien in nicht abschliessender Art aufzählt, den *qualitativen* Elementen der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. E. 6.4.2 hiernach) zuzuordnen (zu den ausgetauschten Bruttopreise vgl. E. 6.4.2.4, zu den ausgetauschten Umsätzen vgl. Erwägung 6.4.2.5 und zu den ausgetauschten Werbeinvestitionen vgl. E. 6.4.2.6).

Rz. 86 der Horizontalleitlinien bezeichnet Preise, Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen, Technologien sowie Forschungs- und Entwicklungsprogramme als *strategische* Informationen. Die *strategisch wichtigsten Informationen* sind Preis- und Mengeninformationen gefolgt von Informationen über Kosten und die Nachfrage (WHISH/BAILY, S. 581). Bei strategischen Informationen kann es sich auch um wettbewerbsensible Informationen handeln (BLATTMANN, S. 289 f.). Die Frage, ob die ausgetauschten Informationen als strategisch zu werten sind, rückt in die Nähe der Wettbewerbsparameter und damit eines qualitativen Elements der Erheblichkeit. Das Kartellgesetz zählt zudem bei weichen Kartellen nach Art. 5 Abs. 1 KG – im Gegensatz zu den harten Kartellen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG – die Wettbewerbsparameter nicht abschliessend auf (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 64; MARBACH/DUCREY/WILD, S. 324, N 1459; vgl. auch E. 4.5.3.2 hiavor).

6.3.5.5.4 Als zweites Kriterium nennt Rz. 75 der Horizontalleitlinien die *Eigenschaften* der ausgetauschten Informationen (Horizontalleitlinien Rz. 89-94). Die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen bzw. der informationsaustauschbasierten Kriterien sind ebenfalls im Rahmen der qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen, da die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen in Bezug auf den konkreten Nutzen für die an der Abrede teilnehmenden Wettbewerber massgebend sind (vgl. E. 6.4.1 hiernach). Folgerichtig wird aus qualitativer Sicht namentlich geprüft werden, ob die ausgetauschten Daten *öffentlich* waren (Horizontalleitlinien Rz. 92-94; E. 6.4.1.4), wie *häufig* die Informationen ausgetauscht wurden (Horizontalleitlinien Rz. 91; E. 6.4.1.1), ob die ausgetauschten Daten *historisch* (Horizontalleitlinien Rz. 90; E. 6.4.1.2) oder *hinreichend aggregiert* (Horizontalleitlinien Rz. 89; E. 6.4.1.3) waren.

6.3.5.5.5 Als drittes Kriterium nennt Rz. 75 der Horizontalleitlinien die *Marktmerkmale*. Diese sind im Kontext mit den quantitativen Elementen der Erheblichkeit zu beschreiben (siehe dazu nebst den unmittelbar folgenden Ausführungen E. 6.5 und insbesondere E. 6.5.3 und 6.5.4.4 hiernach).

6.3.5.6 Quantitative Aspekte in den Horizontalleitlinien

6.3.5.6.1 Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Die Praxis bedient sich dabei einer auf ökonomische Modelle abgestützten Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 „Gaba“; vgl. E. 6.3.3.3.6 hiervor). Sie ergibt sich mittels der Analyse der Marktanteile der beteiligten Unternehmen (Urteil des BVGer B-506/2010 E. 11.3.4 „Gaba“).

6.3.5.6.2 Die Prüfung der *Marktmerkmale* (Eigenschaften des Marktes) geht mit der Prüfung des Aussenwettbewerbs (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 194, 196 „Hallenstadion-Ticketcorner“), welcher wiederum zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit gehört, einher. So können die *Eigenschaften des Marktes* bzw. Marktmerkmale in den Horizontalleitlinien (Konzentration, Transparenz, Stabilität, Symmetrie, Komplexität des Marktes; Rz. 58, 75, 77 ff. Horizontalleitlinien) ergänzend in die Beurteilung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit miteinfließen (vgl. E. 6.5.3 und 6.5.4.4). Die Marktmerkmale sind in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen (BLATTMANN, S. 300 f.; vgl. zur Bedeutung der Marktverhältnisse auch DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 KG N 219).

6.3.5.7 Zwischenfazit zur Relevanz der Horizontalleitlinien im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aussagen betreffend die Wettbewerbsparameter und die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen im Rahmen der Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG relevant sind. Die Marktmerkmale fliessen in die Beurteilung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit ein.

Schliesslich ist – wie bereits im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG erläutert (E. 4.3.3 ff. hiervor) – zu erwähnen, dass die entsprechenden Punkte der Bekanntmachungen im Versicherungsbereich auch im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG ergänzend herangezogen werden können.

6.3.6 Zwischenfazit zu den Erwägungen 6.1 bis 6.3

In Erwägung 6.1 wurde dargelegt, dass die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass Art. 5 Abs. 3 KG auf den vorliegend zu beurteilenden

Informationsaustausch nicht anzuwenden ist. Zudem sieht das Bundesverwaltungsgericht auch mit Blick auf das ihr diesbezüglich zustehende Ermessen jedenfalls von einer reformatio in peius ab. Demnach ist „nur noch“ das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. Anschliessend wurde der Informationsaustausch analysiert. Es geht um einen selbständigen (E. 6.2.3.6 f.) und im Wesentlichen indirekten Informationsaustausch mit der ASCOPA als Meldestelle (E. 6.2.2.1). Eine qualifizierte Bagatelle, wie sie die Beschwerdeführerin sinngemäss behauptet und welche zum Verzicht auf eine Erheblichkeitsprüfung führen würde, fällt nach dem in E. 6.3.1 zum Bagatellbegriff Gesagten sowohl aus qualitativer als auch aus quantitativer Sicht ausser Betracht (vgl. insb. E. 6.3.1.4).

In Erwägung 6.3.2 wurde ausgeführt, dass nach dem Urteil „Hallenstadion-Ticketcorner“ des Bundesgerichts, welches das wichtigste Präjudiz zu weichen Kartellabsprachen nach Art. 5 Abs. 1 KG ist, die Erheblichkeit – auch nach Ergehen des Gaba-Urteils – sowohl unter Berücksichtigung qualitativer als auch quantitativer Elemente zu bestimmen ist. Demnach sind auch für den vorliegenden Fall die qualitativen Elemente (in Erwägung 6.4) und die quantitativen Elemente (in Erwägung 6.5) im Sinne der Urteile „Buchpreisbindung I“ und „Hallenstadion-Ticketcorner“ zu prüfen (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.2.1, 7.3.1-7.3.4 f. „Hallenstadion-Ticketcorner“; vgl. E. 6.3.2.8 hiervor). Dabei gibt es ein Minimum an qualitativen Aspekten im Sinne eines relevanten Unrechtsgehalts, der nicht durch quantitative Aspekte kompensiert werden kann (E. 6.3.2.7 hiervor).

In Erwägung 6.3.3 wurde festgehalten, dass nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung weder aus dem Erheblichkeitsbegriff noch aus dem Begriff der Beeinträchtigung das Erfordernis des Nachweises von Auswirkungen abgeleitet werden kann (vgl. insb. E. 6.3.3.4). In Erwägung 6.3.4 wurde ausserdem festgestellt, dass der Informationsaustausch umgesetzt wurde, weshalb offen gelassen werden kann, ob es im Kontext von Art. 5 Abs. 1 KG der Umsetzung bedarf. In Erwägung 6.3.5 wurde schliesslich aufgezeigt, welche der in den Horizontalleitlinien beschriebenen Kriterien im Rahmen der Prüfung der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen werden können.

6.4 Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit

Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit haben die Bedeutung der durch die Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand (vgl. zu den Wettbewerbsparametern als Thema von Art. 4 Abs. 1 KG E. 4.5.3 und von Art. 5 KG E. 6.3.1.4.1 in fine sowie 6.4.2.3 hiernach). Die von einer Abrede bzw. von einem Informationsaustausch betroffenen Wettbewerbsparameter müssen auf dem relevanten Markt eine gewisse Bedeutung aufweisen (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 95 f.; BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 322 mit Hinweisen; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 187). Um über die Gefährlichkeit eines Informationsaustauschs Aussagen machen zu können, sind neben dem Bezug auf Wettbewerbsparameter auch die Art des Informationsaustauschs bzw. die informationsaustauschspezifischen Aspekte des zu beurteilenden Verhaltens (Häufigkeit des Austausches [vgl. E. 6.4.1.1 hiernach], historische oder aktuelle Informationen [vgl. E. 6.4.1.2 hiernach], die Frage nach deren Aggregierung [vgl. E. 6.4.1.3 hiernach], öffentliche oder geheime Daten [vgl. E. 6.4.1.4 hiernach] und die die Frage nach Informationsasymmetrien [vgl. E. 6.4.1.5 hiernach]) in die Beurteilung miteinzubeziehen. Nach der Prüfung der informationsaustauschspezifischen Kriterien (vgl. E. 6.4.1 hiernach) werden die einzelnen Handlungsstränge des Informationsaustauschs in Erwägung 6.4.2 betreffend ihre Bedeutung in Bezug auf die Wettbewerbsparameter bzw. ihre Wettbewerbsrelevanz geprüft (ausgetauschte Bruttopreise [vgl. E. 6.4.2.4 hiernach], ausgetauschte Umsätze [vgl. E. 6.4.2.5 hiernach] und ausgetauschte Werbeinvestitionen [vgl. E. 6.4.2.6 hiernach]).

6.4.1 Informationsaustauschspezifische Aspekte

Die Würdigung dieser informationsaustauschspezifischen Aspekte kann entweder in Bezug auf die einzelnen Handlungsstränge separat erfolgen. Indessen besteht auch die Möglichkeit, die verschiedenen Handlungsstränge des Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und der Werbeinvestitionen) – wie vorliegend – zusammenzufassen und diese Prüfung der informationsaustauschspezifischen Aspekte gesamthaft durchzuführen. Diese Vorgehensweise ist namentlich angezeigt mit Blick auf den Umstand, dass ein Informationsaustausch als Ganzes zu würdigen ist. Ausserdem ist anzumerken, dass die Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit betreffend die AGB-Empfehlungen gesondert in Erwägung 9.4 durchgeführt wird, da sich die Handlungen betreffend die AGB-Empfehlungen von den Handlungen des allgemeinen Informationsaustausches unterscheiden.

Die informationsaustauschspezifischen Kriterien sind im Sinne einer Gesamtwürdigung zu betrachten, da sie in einer Wechselwirkung zueinanderstehen. BANGERTER/ZIRLICK unterscheiden in diesem Kontext markt-basierte und austauschbasierte Kriterien, wobei mit der Hilfe der Letzteren die Eigenschaften der ausgetauschten Information und die Modalitäten des Austausches beschrieben werden (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 153). In Bezug auf die konkrete Prüfung der Wettbewerbsparameter (qualitative Elemente der Erheblichkeit) erfahren die verschiedenen Handlungen des Informationsaustausches (Austausch von Bruttopreislisten, von Bruttoumsätzen und von Werbeinvestitionen) jedoch eine gesonderte Prüfung (vgl. E. 6.4.2 hiernach).

6.4.1.1 Die Häufigkeit des Austausches

6.4.1.1.1 Ein häufiger Informationsaustausch ermöglicht eine bessere Kenntnis über den Markt, über das Verhalten der Konkurrenten und über die Abweichungen vom Verhalten der Konkurrenten (BLATTMANN, S. 299, WAGNER-VON PAPP, Marktinformativverfahren, S. 253 f.; EDELMANN, S. 115; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 162; BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153 Lemma 4; Rz. 91 Horizontalleitlinien; spezifisch in Bezug auf die Häufigkeit relativierend BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 157). Je öfter Daten ausgetauscht werden, desto einfacher ist es, Geschäftsstrategien anzupassen bzw. anzugleichen (Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 37 Lemma 4). Dies wird in BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 i.V.m. E. 3.4.4 „Pfizer II“ stillschweigend vorausgesetzt.

6.4.1.1.2 Vorliegend werden die Häufigkeit bzw. die Intervalle der Handlungen des Informationsaustausches *nicht* bestritten, weshalb sich das Gericht auf die Aussagen der Vorinstanz stützen kann. Allerdings macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Informationen von European Forecast zum Teil detaillierter als die von ASCOPA gewesen seien (Beschwerde Rz. 50).

Der vorliegende Informationsaustausch dauerte über Jahre und umfasste zahlreiche sich immer wiederholende Handlungen betreffend die ausgetauschten Bruttopreislisten, die ausgetauschten Umsätze sowie die ausgetauschten Werbeinvestitionen (angefochtene Verfügung Rz. 31 ff., 37 ff., 116 ff., 132, 181 ff.; Abbildungen 4, 7). Der entsprechende Sachverhalt ist im Folgenden festzustellen, wobei zwischen den einzelnen Handlungssträngen des Informationsaustausches (Bruttopreislisten, Umsatzinvestitionen und Werbeinvestitionen) zu unterscheiden ist. Die Rüge

betreffend European Forecast wird am Ende von Erwägung 6.4.1.1.4 aufgegriffen.

i. Der Austausch von Bruttopreislisten

6.4.1.1.3 Nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz gab es bis im Jahr 2001 mindestens einmal jährlich Bruttopreisvergleichslisten unter den ASCOPA-Mitgliedern (angefochtene Verfügung Rz. 31 ff., Abbildung 4). Die Vorinstanz geht für die Jahre 2002 bis 2007 davon aus, dass sich die ASCOPA-Mitglieder die Bruttopreislisten zweimal jährlich (im Frühling und im Herbst) mit Adressetiketten, welche ASCOPA für seine Mitglieder organisierte, zugestellt hat (angefochtene Verfügung Rz. 37 und Rz. 47). Der Informationsaustausch erfolgte insoweit also direkt, nicht via die ASCOPA als Meldestelle (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 50 i.V.m. Rz. 59, und E. 6.2.2.2 hiervor). Abbildung 4 der angefochtenen Verfügung (vgl. auch Rz. 50) stellt die Intervalle der Handlungen in Bezug auf die ausgetauschten Bruttopreise graphisch dar. Daraus wird ersichtlich, wie der Austausch der Preislisten nach 2001 – wenn auch nicht lückenlos – bewiesen werden kann. Insgesamt kommt die Vorinstanz auch aufgrund der Aussagen von Verfahrensbeteiligten zum Schluss, dass die Bruttopreislisten bis Ende 2007 halbjährlich ausgetauscht worden sind. Diese Sachverhaltsdarstellung legt auch die Beschwerdeführerin ihren Ausführungen zugrunde (Beschwerde Rz. 32).

ii. Der Austausch von Umsatzinformationen

6.4.1.1.4 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Umsatzaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern monatlich (sechs Produktkategorien), vierteljährlich (28 Produktkategorien) und jährlich (71 Produktkategorien) erfolgt ist (angefochtene Verfügung Rz. 114, 117, 128, 130 i.V.m. 134):

Mit dem *monatlichen* Umsatzaustausch wurde spätestens seit Anfang des Jahres 1993 begonnen, gemäss Angaben von ASCOPA seit ca. 1978. Der Austausch der monatlichen Umsatzangaben wurde im September 2008 eingestellt. Bis im Jahr 2005 erfolgte der Umsatzaustausch auf Formularen (angefochtene Verfügung Rz. 116 f., siehe auch Abbildung 7). Ab 2005 wurde eine passwortgeschützte Intranetseite geschaffen, in welcher die ASCOPA-Mitglieder ihre Umsatzinformationen eintrugen. Die Daten wurden bis zum Beginn des Jahres 2004 nacherfasst, so dass die elektronische Datenbasis die Umsatzentwicklungen seit Januar 2004 in elektronischer Form abbildete. Die Marktanteilsberechnungen wurden automatisch vom System durchgeführt. Gleichzeitig war der Detaillierungsgrad

der ausgetauschten Umsatzinformationen höher als vor der Einführung der elektronischen Datenerfassung. Die Struktur der Umsatzangaben war zudem den jährlich erstellten Statistiken von European Forecast angepasst (angefochtene Verfügung Rz. 118 f. und Abbildung 6).

Zudem erfolgte *vierteljährlich* zwischen 1997 (laut ASCOPA seit 1978) und Ende 2004 ein Austausch von Umsatzinformationen über eine Liste in 28 Produktkategorien (angefochtene Verfügung Rz. 124 f.). Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus (Beschwerde, Rz. 43).

Der Austausch mit den *jährlichen* Umsatzangaben, d.h. den Umsätzen des Vorjahres, fand von 1994 bis 2004 statt; wobei die Vorinstanz ergänzend ausführt, dass die Umstände dafür sprechen, dass der Austausch sogar bis 2006 stattgefunden habe (angefochtene Verfügung Rz. 130-132). Dies kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Jedenfalls beanstandet die Beschwerdeführerin die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nicht, sondern wirft vielmehr ergänzend die Frage auf, ob die Feststellungen der Vorinstanz zur Frage, wann die Daten jeweils den Teilnehmern des Informationsaustauschs zur Verfügung gestanden haben, hinreichend präzise sind (Beschwerde, Rz. 43; vgl. zur Historizität der Daten E. 6.4.1.2.2 hiernach).

Was die Rüge (Beschwerde Rz. 50) betrifft, dass die Informationen von European Forecast detaillierter als diejenigen von ASCOPA gewesen seien, so ist diesbezüglich im vorliegenden Zusammenhang festzustellen, dass die Vorinstanz diesem Argument entgegnet hat, dass die Daten von European Forecast jedenfalls nicht auf dem gleichen aktuellen Stand waren wie die im Rahmen von ASCOPA ausgetauschten Daten (angefochtene Verfügung, Rz. 173). Tatsächlich gestaltete sich der Informationsaustausch bei ASCOPA (monatlich, vierteljährlich und jährlich) engmaschiger als bei European Forecast. So sind die Studien von European Forecast nur einmal jährlich erhältlich gewesen und haben das vergangene Geschäftsjahr abgebildet (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 173). Der häufigere Datenaustausch unter den ASCOPA-Mitgliedern diesbezüglich ist demnach deutlich attraktiver, worauf die Vorinstanz zutreffend hinweist (angefochtene Verfügung Rz. 170, 173). Was die Detailliertheit der ausgetauschten Informationen betrifft, so ist auf Erwägung 6.4.1.3.10 zu verweisen. Ohnehin vermochten die Daten von European Forecast dem vorliegenden Informationsaustausch auch in Bezug auf die Umsatzdaten nicht den Status der Öffentlichkeit im Sinne einfacher Zugänglichkeit zu

verleihen, da European Forecast für seine Daten einen ins Gewicht fallenden Preis verlangte (angefochtene Verfügung Rz. 169; vgl. E. 6.4.1.4.5 hiernach).

iii. Der Austausch von Angaben zu den Werbeinvestitionen

6.4.1.1.5 Das Gericht stellt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz fest, dass sich gemäss den Aussagen von ASCOPA die ASCOPA-Mitglieder seit mindestens 1978 über ihre Bruttowerbeinvestitionen informierten. Die eingereichten Dokumente reichen bis ins Jahr 1998 zurück. Der Austausch erstreckte sich gemäss Selbstanzeige bis mindestens Ende 2006. Den Wettbewerbsbehörden liegen E-Mails vor, welche bestätigen, dass der Austausch der Werbeausgaben bis mindestens Ende 2007 stattgefunden hat. Der Austausch über die Werbeinvestitionen fand zweimal jährlich statt (angefochtene Verfügung Rz. 180 f.). Dabei kam eine Bagatellgrenze zur Anwendung, indem in das entsprechende Formular nur Marken einzutragen waren, für welche pro Jahr ein Minimum von Fr. 50'000.– an Werbeausgaben aufgewendet wurde (angefochtene Verfügung, Rz. 184). Auch hier werden seitens der Beschwerdeführerin die vorinstanzlichen Feststellungen betreffend Dauer und Häufigkeit des Informationsaustauschs nicht bestritten (Beschwerde, Rz. 54 [mit Hinweis auf Rz. 183 der angefochtenen Verfügung], Rz. 61 e contrario und Rz. 62 [mit Hinweis auf Rz. 194 der angefochtenen Verfügung]). Sie wirft der Vorinstanz indessen vor, nicht geprüft zu haben, ob der Informationsaustausch über Werbeausgaben zu einer Koordination der Werbeausgaben geführt habe, worauf im vorliegenden Zusammenhang indessen nicht einzugehen ist (vgl. dazu E. 6.3.3 hiervor).

iv. Fazit

6.4.1.1.6 Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Handlungen des Informationsaustausches in regelmässig wiederkehrenden Abständen über Jahre stattgefunden haben. Ausserdem ist erstellt, dass sich der vorliegende Informationsaustausch zwar strukturell an den Angaben von European Forecast orientiert, aber engmaschiger (häufiger) als die Datenanalyse von European Forecast ausgestaltet war (angefochtene Verfügung Rz. 119 und Rz. 170 f.). Damit ist in der Häufigkeit der ausgetauschten Daten namentlich in Bezug auf die Umsatzdaten aus qualitativer Sicht ein gewichtiges Indiz für die Erheblichkeit des zu beurteilenden Informationsaustauschs zu sehen. Ob es diesbezüglich einen Unterschied macht, dass die ASCOPA-Mitglieder bei Nichtlieferung von Umsatzinformationen einen Betrag von Fr. 200.– ausrichten mussten,

kann nach dem Gesagten offen bleiben (vgl. diesbezüglich zur rechtlichen Erzwingbarkeit der Vereinbarung E. 4.4.3.7 insb. 4.4.3.7.3 hiavor).

6.4.1.2 Historizität der ausgetauschten Informationen

6.4.1.2.1 Der Austausch prognostischer und aktueller Daten ist in der Tendenz bedenklicher als der Austausch vergangener Daten (KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014, S. 86; AMSTUTZ/CARRON/ REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs.1 KG N 94; BSK KG-MEINHARDT/STREBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153 Lemma 3; relativierend BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 155). Auch wenn der Austausch historischer Informationen in der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist, kann Letzterer trotzdem das zwischenzeitlich vergangene Verhalten nachvollziehbarer machen und Aussagen über das zukünftige Verhalten zulassen (BLATTMANN, S. 295). Ausserdem bleibt im Einzelfall zu prüfen, ab wann Datenmaterial genügend alt ist, um historisch im Sinne der soeben beschriebenen Definition zu sein (DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N 161).

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.4.1.2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Informationsaustausch in der Vergangenheit anzusiedeln sei. Es handle sich um historische Diskussionen (Beschwerde Rz. 51 f., 86, 96). Die Vorinstanz habe die Angabe unterlassen, dass die Umsatzzahlen erst etliche Monate nach deren Abschluss verfügbar gewesen seien (Beschwerde Rz. 43). Ohne genauere Begründung habe die Vorinstanz gesagt, dass es der Einblick in die historischen Umsatzzahlen und Werbeausgaben ermöglicht habe, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu ziehen, weshalb dann die Vorinstanz „die qualitativen Kriterien der Erheblichkeit“ (zu Unrecht) bejaht habe (Beschwerde Rz. 122 mit Hinweis auf Rz. 640 in der angefochtenen Verfügung). Ergänzend macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz unterlasse eine Aussage über die Aktualität der ausgetauschten Jahresumsatzinformationen. Nach Erinnerung der Beschwerdeführerin seien die jährlichen Umsatzinformationen erst längere Zeit (etliche Monate) nach Abschluss der fraglichen Jahre verfügbar gewesen (Beschwerde Rz. 43).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.4.1.2.3 Gemäss der Vorinstanz erfolgte der Austausch von Bruttopreislisen in der Regel zweimal jährlich von 1993-2007 (angefochtene Verfügung Rz. 37 ff., 50; Abbildung 4). Der monatliche Austausch der Bruttoumsätze habe bis im September Jahr 2008 gedauert (angefochtene Verfügung Rz. 116 ff., Abbildung 7). Sodann habe der Austausch über Werbeinvestitionen zwei Mal jährlich bis im Jahr 2006 oder 2007 stattgefunden (angefochtene Verfügung Rz. 180, Abbildung 12). Die erste Kontaktaufnahme mit der Vorinstanz sei am 9. September 2008 erfolgt (angefochtene Verfügung Rz. 260). Die Vorinstanz eröffnete die Untersuchung am den 1. Dezember 2008 (angefochtene Verfügung Rz. 264). Die Vorinstanz führt ergänzend aus, dass der Einblick in die Umsatzzahlen und die Werbeausgaben es ermöglicht habe, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu nehmen, weshalb die qualitativen Kriterien der Erheblichkeit zu bejahen seien (angefochtene Verfügung Rz. 640).

iii. Würdigung

6.4.1.2.4 Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Umsatzzahlen erst etliche Monate nach deren Abschluss verfügbar gewesen seien, weshalb ihnen daher die Aktualität abgesprochen werden könne, erweist sich als unbegründet. Einerseits erlaubten die Selbstklebeadressetiketten (angefochtene Verfügung Rz. 24) die zügige Weitergabe der Informationen. Andererseits benötigte ASCOPA nur drei Wochen bis zu einem Monat für die Zusammenstellung der Angaben (angefochtene Verfügung Rz. 129). Zudem erfolgte ab dem Jahr 2005 der monatliche Umsatzaustausch übers Intranet (angefochtene Verfügung Rz. 118 f.), was ebenfalls eine raschere Weiterverbreitung der Informationen ermöglichte. Des Weiteren ist eine Mail der Verbandssekretärin von ASCOPA zu erwähnen. In dieser Mitteilung fasste Letztere die Inhalte des Gespräches mit dem Vizedirektor der Wettbewerbskommission vom 9. September 2008 (Sachverhalt B.a., E. 3.2.6) zusammen (angefochtene Verfügung Rz. 260 ff., 301 ff., 308 ff.). Die Verbandssekretärin legte in dieser Mail dar, dass man in Zukunft die Informationen mit einer *Verzögerung von drei Monaten* zur Verfügung stellen solle (angefochtene Verfügung Rz. 309 ff.). Hieraus ist erstens zu schliessen, dass vor diesem Gespräch der Informationsfluss zwischen den ASCOPA-Mitgliedern schneller als drei Monate war. In der Beratung „Benchmarking Hypothekarzinsen“ wurde von einem Zeitverzug von zwölf Monaten gesprochen, um die Aktualität von ausgetauschten

Daten zu verneinen in Verbindung mit einer Aussage betreffend die Aggregation des Inhalts, dass keine Rückschlüsse auf die übrigen Marktteilnehmer gemacht werden konnten („Benchmarking Hypothekarzinsmargen“ Beratung WEKO, RPW 2011/4 S. 520 f.). Im vorliegenden Fall standen jedoch nur drei Monate zur Diskussion, was gegen eine Historizität der ausgetauschten Daten spricht. Zudem waren Rückschlüsse auf die anderen ASCOPA-Mitglieder möglich (vgl. E. 6.4.1.3 hiernach). Auch lässt der in Bezug auf die Umsatzdaten etablierte Überwachungsmechanismus bei Nichtlieferung (vgl. 4.4.3.5.1 in fine und 4.4.3.7 hiervor) den Schluss zu, dass die Daten zügig an ASCOPA weitergeleitet wurden und im Intranet zur Verfügung gestellt wurden. Demnach irrt sich die Beschwerdeführerin, wenn sie aus dem blossen Umstand, dass sich der vorliegende Informationsaustausch auf Daten betreffend die Vergangenheit bezieht, auf eine eigentliche Historizität der ausgetauschten Daten schliesst (vgl. Beschwerde Rz. 122). Das ist insbesondere in Bezug auf die Umsatzdaten in Verbindung mit den Feststellungen zur Häufigkeit des Austausches falsch (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 640). Daher kann diesbezüglich in der Art des Datenaustauschs aus qualitativer Sicht kein Indiz gegen die Erheblichkeit des Informationsaustauschs gesehen werden.

6.4.1.3 Aggregierungsgrad der Informationen

6.4.1.3.1 Hinreichend aggregierte Daten lassen nur mit Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zu (Rz. 89 der Horizontalleitlinien; TUGENDREICH, S. 70; DIKE- KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N 160; BSK KG-MEINHARDT/STREBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153 Lemma 2; BLATTMANN, S. 225, 292, 296). Solche Daten müssen gemäss WAGNER-VON PAPP anonym sein und es darf keine Möglichkeit – auch nicht ausserhalb des Informationsaustausches (z.B. World Wide Web) – bestehen, dass Rückschlüsse auf den Urheber der Daten gemacht werden können (WAGNER-VON PAPP, Marktinformativverfahren, S. 237 ff., 244; WAGNER-VON PAPP, WuW 2005/7-8, S. 732 ff, 734; EDELMANN S.112).

6.4.1.3.2 Es ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unbedenklich, wenn ein Unternehmen seine Daten an eine neutrale Stelle leitet, welche die Daten auswertet und den Wettbewerbsteilnehmern nur Durchschnittswerte in anonymisierter Form zukommen lässt, sodass gar keine Rückschlüsse auf die anderen Unternehmen gemacht werden können (DIKE- KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N 160; SCHROEDER, WuW 2009/7-8, S. 724; Anhang V der Bekanntmachungen im Versicherungsbereich -

Benchmarking-Analysen Lebensversicherungen, S. 167 f.; Rz. 216, 218 Ziff. 1; Jahresbericht, RPW 2007/1 S. 15 f.). So dürfen in Statistiken die einzelnen Wettbewerber nicht erkenntlich sein (WAGNER-VON PAPP, WuW 2005/7-8, S. 732 ff., 734; vgl. BLATTMANN, S. 296).

6.4.1.3.3 Das entscheidende Kriterium der Aggregierung ist demnach, ob der Informationsaustausch *Rückschlüsse* auf die Beteiligten zulässt (WAGNER-VON PAPP, Marktinformativverfahren, S. 237 ff., 242 f., 244; WAGNER-VON PAPP, WuW 2005/7-8, S. 732 ff., 734; Rz. 89 Horizontalleitlinien). In den Bekanntmachungen für den Versicherungsbereich wird dazu festgehalten, je *detaillierter* die ausgetauschten Informationen seien, desto einfacher sei es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten dementsprechend anzupassen (Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 37 Lemma 2). So ist nach KAUFMANN die „Aggregation“ ein Anhäufen oder Verdichten von Einzelinformationen zu grösseren Einheiten, weshalb dann die Einzelinformationen nicht mehr identifizierbar sind und keine Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Informationen erlauben (KAUFMANN, ZVertriebsR 2/2014, S. 86). Nach KAUFMANN kann also die Detailliertheit der ausgetauschten Daten hilfreich sein, Rückschlüsse auf die Identität und das Verhalten der Wettbewerber zu machen. Je aggregierter also die ausgetauschten Daten sind, desto schwerer wird es, Rückschlüsse auf die einzelnen Unternehmen zu machen und umgekehrt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 160; BSK KG-MEINHARDT/STREBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N 153 Lemma 2). So ergänzt BLATTMANN, dass es bei diesem Punkt um die Möglichkeit der Unternehmen gehe, *von detaillierten Informationen auf das Verhalten der Konkurrenten zu schliessen*, dieses zu antizipieren und das eigene Verhalten in der Folge anzupassen (BLATTMANN, S. 225).

6.4.1.3.4 Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die Detaillierung der Daten als eine Eigenschaft zu werten ist, welche erleichterte Rückschlüsse auf den Urheber der Daten wahrscheinlich erscheinen lässt. Lassen die ausgetauschten Informationen leicht Rückschlüsse auf die am Informationsaustausch Beteiligten zu, ohne den höchstmöglichen Detaillierungsgrad aufzuweisen, sind die Daten indessen jedenfalls auch nicht hinreichend aggregiert.

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.4.1.3.5 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es seien lediglich Informationen in aggregierter Form über Umsätze und Werbekosten, also nur

pro Marke und pro Produktkategorie und nicht pro einzelnes Produkt oder pro Produkteneuheit ausgetauscht worden (Beschwerde Rz. 16 ii, 23, 44 ff., 51, 54 ff., 76-78, 89 ff., 95 f., 114, 139; Replik Rz. 74; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9 f., 15 f.). So sei es beim Austausch über *Umsätze* und *Werbekosten* gar nicht möglich gewesen, Rückschlüsse auf einzelne Produkte zu machen. So hätten weder die abgesetzte Menge pro Produktkategorie noch die Stock Keeping Unit (SKU) ermittelt werden können. Die anders lautende Ansicht der Vorinstanz beruhe auf dem falschen Ergebnis, dass man die effektiv ausgehandelten Preise der Konkurrenten hätte abschätzen können (Beschwerde Rz. 16 ii, 44 ff., 51, 76, 89 f., 96; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Auch hätte dies sogar die Vorinstanz eingestanden (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 15). Zudem würden die ausgetauschten *Werbekosten* nur 29.9-51.9 % der gesamten Marketingkosten ausmachen. Ebenfalls sei es von der Vorinstanz unzutreffend gewesen, mit dem „Share of Voice“ (SOV) zu argumentieren. (Beim SOV handelt es sich um eine Marketingkennzahl, mit welcher die prozentuale Marktabdeckung berechnet werden kann, indem die Anzahl der Zielpersonenkontakte durch eigene Werbung durch die Anzahl der Zielpersonenkontakte durch Werbung in der Branche geteilt wird [angefochtene Verfügung Rz. 214 ff.]). Denn die Anzahl der Zielpersonen habe, so die Beschwerdeführerin, den ausgetauschten Werbeangaben nicht entnommen werden können. Auch sei es nicht möglich gewesen, anhand des Austausches über die Werbeinvestitionen die Werbekosten einer Produkteneuheit zu eruieren. Demnach seien die ausgetauschten Umsätze und Werbekosten nach Ansicht der Beschwerdeführerin aggregiert (Beschwerde Rz. 54 ff., 91).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.4.1.3.6 Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, je detaillierter die ausgetauschten Informationen seien, desto problematischer sei dies für das Aggregationsniveau. So sind nach Ansicht der Vorinstanz die ausgetauschten Umsätze nicht oder kaum aggregiert (angefochtene Verfügung Rz. 391 f.). Zudem wird in der angefochtenen Verfügung beschrieben, wie die Handlungen des Informationsaustausches über den Verband ASCOPA erfolgten (angefochtene Verfügung Rz. 25 ff.).

Im Folgenden sind zuerst die einzelnen Handlungsstränge des Informationsaustausches zu beschreiben, damit danach in den Erwägungen 6.4.1.3.10 ff. erörtert werden kann, ob der Informationsaustausch in hinreichend aggregierter Weise erfolgte.

6.4.1.3.7 Für den Austausch der Informationen über die **Bruttopreise** erhielten die ASCOPA-Mitglieder von ihrem Verband Adressetiketten, damit die Zustellung direkt zwischen den Verbandsmitgliedern möglich war (angefochtene Verfügung Rz. 38).

6.4.1.3.8 Betreffend die **ausgetauschten Umsatzzahlen** ist auf Erwägung 4.4.3.5.1 zu verweisen, wo gesagt wurde, dass sich die Bruttoumsatzzahlen (auch „sell-in“ genannt) aus der Stückzahl multipliziert mit dem Bruttoverkaufspreis ergeben. Sie „spiegeln den Betrag wieder, den jedes ASCOPA-Mitglied mit dem Verkauf seiner Produkte an den Handel erzielte“ (angefochtene Verfügung Rz. 112). Die monatlichen (vor der Digitalisierung), vierteljährlichen und jährlichen Umsatzangaben wurden jeweils auf einem Formular eingetragen, welches den Unternehmensnamen, die Bruttoumsatzzahlen der jeweiligen *Marken*, ihre Produktkategorien und den entsprechenden Zeitraum aufzeigte (angefochtene Verfügung Rz. 116 ff., 128, 132 ff., Abbildungen 5, 9, Anhang I). So wurden auch bezüglich des jährlichen Umsatzaustausches die Marken der ASCOPA-Teilnehmer in Vergleichsübersichten nach Produktkategorien dargestellt (angefochtene Verfügung Rz. 135, act. 2 Beilage E. 1). Ab 2005 – rückwirkend bereits ab 2004 – wurde der monatliche Umsatzaustausch im Intranet digitalisiert von ASCOPA erfasst (angefochtene Verfügung Rz. 118 ff.). So war der Detaillierungsgrad der ausgetauschten Umsatzinformationen höher als vor der Einführung der elektronischen Datenerfassung. Die Marktanteilsberechnungen wurden automatisch vom System durchgeführt (angefochtene Verfügung Rz. 117-120). Die monatlichen Darstellungen konnten mit sämtlichen am Informationsaustausch teilnehmenden *Marken* und Unternehmen im Excel-Format exportiert werden. Zudem konnten die Parteien einen Umsatzvergleich der rein selektiv vertriebenen Marken ausdrucken. Schliesslich führte die Darstellung auf, wie viel Umsatz ein Konkurrenzunternehmen prozentual und in absoluten Zahlen mit einer Marke verteilt auf „Retailer“ und „Department Stores“ erwirtschaftete (angefochtene Verfügung Rz. 126). Gemäss Intranet-Seite wurden die Umsatzdaten von rund 148 Marken ausgetauscht (angefochtene Verfügung Rz. 127, Abbildung 8). In Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung werden die jeweiligen Marken den dazugehörigen Unternehmen bzw. ASCOPA-Mitgliedern zugeordnet. Diese Informationen waren auch auf der Website von ASCOPA zu finden (vgl. Quellenhinweis unten an Abbildung 8). Zudem ist es ohnehin bekannt, welches Unternehmen Inhaber einer Marke ist.

Nach Ansicht der Vorinstanz ist es in einzelnen Fällen sogar möglich gewesen, anhand der ausgetauschten Umsätze Rückschlüsse auf einzelne

Produkte zu ziehen (angefochtene Verfügung Rz. 148 ff., Rz. 151 ff.). Ausserdem hätten die jährlichen Umsatzdaten die einzelnen Unternehmen in die Lage versetzt, die abgesetzten Mengen teilweise bis hinunter auf Ebene einer Stock Keeping Unit (SKU) zu eruieren (angefochtene Verfügung Rz. 179).

6.4.1.3.9 Auch im Anschluss an den **Austausch der Werbeinvestitionen** erhielten die Mitglieder eine Aufstellungsübersicht von ASCOPA, aus welcher die Werbeinvestitionen zu den *einzelnen Marken* hervorgingen (angefochtene Verfügung Rz. 181; act 43 Dokument 8). Des Weiteren meint die Vorinstanz, dass der Austausch über die Werbeinvestitionen den ASCOPA-Mitgliedern ermöglicht habe, die Werbeanstrengungen der anderen Wettbewerber zu verfolgen. Jedes Unternehmen habe zumindest die Ausgaben für eine Produktlinie eruieren können. Gleichzeitig habe es auch die Bruttoverkaufspreise und Endverkaufspreise der Konkurrenten sowie den Produkterfolg gekannt. Somit hätten es die ausgetauschten Informationen den ASCOPA-Mitgliedern ermöglicht zu erfassen, welche Werbeaufwendungen mit welchen Preisen zu welchem Umsatz führten. Diese Ergebnisse hätten die Parteien für die Kostenanalyse einer Produktlancierung beachten oder mit Preisanpassungen auf die Strategie der Konkurrenz reagieren können. Dabei sei es – so die Vorinstanz – vorläufig nicht entscheidend, ob sie dies tatsächlich taten. Zentral sei, dass die ASCOPA-Mitglieder hierzu die Möglichkeit hatten (angefochtene Verfügung Rz. 213). Schliesslich geht die Vorinstanz davon aus, dass es möglich gewesen sei, den SOV (Share of voice) zu eruieren (angefochtene Verfügung Rz. 214 ff.).

iii. Würdigung

6.4.1.3.10 Mit Blick auf die Frage der Aggregierung ist entscheidend, ob die Angaben „unternehmensspezifisch“ sind (HEINEMANN/HEIZMANN, in: Festschrift Weber, S. 67 in Bezug auf das europäische Kartellrecht). Die Rügen der Beschwerdeführerin zielen jedoch darauf hin, dass der Informationsaustausch noch viel detaillierter hätte sein können, als er es war. So führt sie namentlich aus, man habe beispielsweise den ausgetauschten Umsätzen und Werbeinvestitionen keine Informationen über ein einzelnes Produkt, sondern nur Angaben über Produktkategorien und Marken entnehmen können. Folgerichtig macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass die Urheber der ausgetauschten Informationen nicht bekannt gewesen seien. Auch wird der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt in Bezug auf die Beschaffenheit der ausgetauschten Daten nicht bestritten.

6.4.1.3.11 Soweit die Vorinstanz sich hinsichtlich der Umschreibung des Begriffes der Aggregierung vor allem auf den Detaillierungsgrad der ausgetauschten Informationen bezieht, aber weniger die Möglichkeit von Rückschlüssen auf die Unternehmen bzw. auf die Urheber der Informationen, argumentiert sie im Ergebnis zu ihren eigenen Ungunsten und geht insoweit eher davon aus, dass die Tatsache, dass den beteiligten Unternehmen die Daten offensichtlich zugeordnet werden können, einen hinreichenden Aggregierungsgrad nicht ausschliesst. Das impliziert eher zu wenig hohe Anforderungen an eine hinreichende Aggregierung. Dies kann aber letztlich offen bleiben, da auch darüber hinaus noch die Zuordnung zu bestimmten Produktlinien möglich ist, wie im Folgenden in Bezug auf die drei Handlungsstränge zu zeigen sein wird.

So gestaltete sich der Austausch der **Bruttopreislisten** (vgl. E. 6.4.1.3.7 hiuvor) mithilfe der Adresstiketten zweimal im Jahr direkt zwischen den ASCOPA-Mitgliedern (angefochtene Verfügung Rz.37 f.), weshalb der Absender erkennbar war. Zudem führten die Bruttopreislisten sämtliche Produkte inklusive der Artikelnummer der ausgetauschten Marke auf, weshalb aus den Listen nicht nur der Urheber der ausgetauschten Informationen, sondern darüber hinaus auch spezifischere Angaben genutzt werden konnten.

Was die ausgetauschten **Umsatzzahlen** (vgl. E. 6.4.1.3.8 hiuvor) betrifft, so wurden alle drei Kategorien (jährlich, vierteljährlich und vor der Digitalisierung auch die monatlichen Umsatzzahlen) mit ihrem Markennamen in ein entsprechendes Formular eingetragen, weshalb nicht nur der Urheber der ausgetauschten Informationen, sondern auch einzelne Marken bekannt waren, da man wusste, welche Marke zu welchem Unternehmen gehörte (vgl. angefochtene Verfügung Abbildung 8). Nach der Digitalisierung konnten die monatlichen Umsatz-Darstellungen mit sämtlichen am Informationsaustausch teilnehmenden Marken und Unternehmen im Excel-Format exportiert werden, weshalb auch in diesem Kontext die Rückverfolgung auf den einzelnen Wettbewerber (ASCOPA-Mitglieder) und Marken möglich war (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 126). Inwiefern es darüber hinaus möglich war, die abgesetzten Mengen in Bezug auf einzelne Produkte bzw. Stock Keeping Units zu eruieren, kann im Kontext mit der Frage der Aggregierung offen gelassen werden, da nicht nur die Urheber der ausgetauschten Informationen, sondern auch die Daten in Bezug auf einzelne Marken rückverfolgbar waren.

Auch in den Aufstellungsübersichten betreffend die **Werbekosten** (vgl. E. 6.4.1.3.9 hiervor) waren die einzelnen Marken ersichtlich (angefochtene Verfügung Rz. 181; act 43 Dokument 8). Zudem war es bekannt, zu welchem Unternehmen (bzw. zu welchem ASCOPA-Mitglied) die jeweils aufgeführte Marke gehörte. Die Rügen der Beschwerdeführerin, welche den Share of Voice betreffen, erweisen sich im beschriebenen Kontext der Aggregierung als obsolet, da die Rückverfolgbarkeit auf den Urheber der ausgetauschten Informationen (und nicht die Anzahl der Zielpersonen der Werbung) das einschlägige Kriterium ist. Demnach spielt es auch keine Rolle, ob die ausgetauschten Werbekosten nur einen Prozentanteil der gesamten Marketingkosten ausmachten oder ob die Werbekosten betreffend ein einzelnes Produkt eruiert werden konnten. Damit kann offen bleiben, ob teilweise sogar auf Einzelprodukte Rückschlüsse gezogen werden können, wie die Vorinstanz behauptet (angefochtene Verfügung Rz. 209).

Insgesamt steht ausser Frage, dass alle drei Handlungsstränge des vorliegenden Informationsaustausches nicht nur Rückschlüsse auf die Unternehmen zulassen, sondern auch in Bezug auf einzelne Marken, was den Nutzen aus der Sicht der beteiligten Wettbewerber erhöht. Damit ergibt sich, dass die ausgetauschten Informationen nicht in einer Weise aggregiert sind, dass der Aggregierungsgrad aus qualitativer Sicht gegen die Erheblichkeit sprechen würde.

6.4.1.3.12 Betreffend die Rüge, dass der Begriff der „Aggregation“ im Dispositiv der angefochtenen Verfügung nicht genügend bestimmt umschrieben sei und deshalb insbesondere gegen das Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 7 EMRK verstosse, ist auf die Ausführungen in Erwägung 3.4 hiervor zu verweisen.

6.4.1.4 Öffentliche Informationen oder Geschäftsgeheimnisse

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.4.1.4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Umsatzdaten auch von anderen Quellen als aus dem vorliegenden Informationsaustausch, nämlich von European Forecast, wenn auch mit erheblichen Kosten, erhältlich gewesen wären (Beschwerde Rz. 50). Die Beschwerdeführerin ergänzt in ihrer Replik, dass sie die ausgetauschten Informationen nur als Geschäftsgeheimnis bezeichnet hätte, damit diese nicht in einer Verfügung veröffentlicht würden (Replik Rz. 74). Zudem sei die Geheimhaltung der ausgetauschten Informationen nicht von ihr selbst oder von

anderen ASCOPA-Mitgliedern, sondern von den Detailhändlern, gewünscht worden (Beschwerde Rz. 39; Beschwerde Rz. 87 Lemma 3; Replik Rz. 75).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.4.1.4.2 Nach Ansicht der Vorinstanz sind beim vorliegenden Informationsaustausch strategisch relevante Informationen, welche Geschäftsgeheimnisse beinhalten, ausgetauscht worden (angefochtene Verfügung Rz. 241, 392). Diese Informationen seien nur den ASCOPA-Mitgliedern zugänglich und somit nicht öffentlich gewesen (angefochtene Verfügung Rz. 49, 96, 99, 169, 392, 433). In struktureller Hinsicht sei zwar der ASCOPA-Informationsaustausch den Analysen von European Forecast angepasst worden. Allerdings würden die Daten bei European Forecast keine Angaben über die ausgetauschten Bruttopreise und Werbeinvestitionen enthalten (angefochtene Verfügung Rz. 119, 167 ff.).

iii. Grundlagen

6.4.1.4.3 Bei einem Geschäftsgeheimnis geht es darum, ob Informationen objektiv als geheimhaltungswürdig zu betrachten sind (BGE 142 II 268 „Nikon Publikation“ E. 5.2.2; Urteil des BVGer B-6291/2017 vom 25. Juni 2019 „See-Gaster Publikation“ E. 6.3.1). Geschäftsgeheimnisse beziehen sich auf geschäftlich relevante Informationen wie Marktanteile, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und –beziehungen. Entscheidend ist, ob diese geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben (BGE 142 II 268 5.2.3. f. „Nikon-Publikation“).

6.4.1.4.4 Im Gegensatz dazu sind öffentliche Informationen allen Marktteilnehmern zugänglich (BLATTMANN, S. 298; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 147, 656). Tendenziell sind echte öffentliche Informationen – solche liegen vor, wenn alle Wettbewerber einen nicht kostspieligen Zugang haben – eher wettbewerbsrechtlich unbedenklich (EDELMAAN, S. 116; vgl. BLATTMANN, S. 298). Die Wettbewerber müssen Daten, die sie vom Markt beziehen können, in der Regel nicht austauschen (Horizontalleitlinien Rz. 92-94; siehe auch WHISH/BAILY, S. 580 f.). Selbst wenn die ausgetauschte Information nicht geheim, aber vertraulich ist, ist von einer sensiblen Information auszugehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159). Der Austausch firmenspezifischer bzw. vertraulicher

Informationen wird tendenziell als problematisch erachtet (Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 37).

iv. Würdigung

6.4.1.4.5 Die im vorliegenden Fall ausgetauschten Informationen sind aus objektiver Sicht als geheimhaltungswürdig zu betrachten. Einerseits wurden Umsätze ausgetauscht. Umsatzdaten kommt gemäss dem Bundesgerichtsentscheid „Nikon-Publikation“ (BGE 142 II 268 E. 5.2.2 „Nikon-Publikation“) Geschäftsgeheimnisqualität zu. Zudem waren die ausgetauschten Informationen, soweit die Bruttopreise und die Werbeausgaben in Frage stehen, nur den ASCOPA-Mitgliedern und keinen anderen Marktteilnehmern zugänglich. Ausserdem vermochten die Studien von European Forecast dem vorliegenden Informationsaustausch auch in Bezug auf die Umsatzdaten nicht den Status der Öffentlichkeit im Sinne einfacher Zugänglichkeit zu verleihen (angefochtene Verfügung Rz. 169 ff.). European Forecast verlangte für seine Daten einen durchaus ins Gewicht fallenden Preis (angefochtene Verfügung Rz. 169), was nicht dem Erfordernis eines leichten Zuganges entspricht (Horizontalleitlinien Rz. 92; Anhang V der Bekanntmachungen im Versicherungsbereich – Benchmarking-Analysen Lebensversicherungen, S. 168, Rz. 218 Ziff. 9). Da die ausgetauschten Informationen aus objektiver Sicht als geheimhaltungswürdig zu betrachten sind, spielt es auch keine Rolle, dass die Geheimhaltung von den Detailhändlern und nicht von den ASCOPA-Mitgliedern gewünscht wurde.

6.4.1.4.6 Des Weiteren ist auch die Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie im laufenden Verfahren die ausgetauschten Informationen nur als Geschäftsgeheimnis bezeichnet hätte, damit diese nicht in einer veröffentlichten Verfügung bekannt gemacht würden (Replik Rz. 74), nicht geeignet, die objektive Geheimhaltungswürdigkeit der in Frage stehenden Daten in Zweifel zu ziehen. Wird die Abdeckung von Daten verlangt und dem entsprechenden Antrag durch die Vorinstanz entsprochen, ist das vielmehr ein Indiz für Geschäftsgeheimnisqualität im Sinne der Nikon-Rechtsprechung.

6.4.1.5 Informationsasymmetrien

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der vorliegende Informationsaustausch förderlich sei, da er Informationsasymmetrien behebe (Beschwerde Rz. 11, 93).

Im Banken- und Versicherungsbereich kann ein Informationsaustausch helfen, Informationsasymmetrien zugunsten kleinerer Versicherer auszugleichen und Versicherungsmissbräuche zu verhindern. So kann ein Informationsaustausch im Versicherungsbereich Informationsasymmetrien wie „Adverse Selection“ und „Moral Hazard“ reduzieren sowie hilfreich für die Berechnung einer Risikoabschätzung sein, was dann wiederum den Banken und Versicherungen ermöglicht, spezifischere und verbesserte Produkte anzubieten (Bekanntmachungen im Versicherungsbereich, Rz. 34 f.; vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 297; BLATTMANN, S 323, 327; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 150). Sofern der Begriff der „Informationsasymmetrien“ derart verstanden wird, zielen diese Rügen am vorliegenden Sachverhalt vorbei. Denn der vorliegende Fall betrifft den Bereich der Luxuskosmetik, wo keine dem Kredit- oder Versicherungsbereich vergleichbaren Situationen von Informationsasymmetrien auftreten können. Denn es bedarf im Luxuskosmetikmarkt keiner Überprüfung der Kreditwürdigkeit, keiner Berechnung des Risikoumfangs und auch nicht des Schutzes vor Versicherungsmissbrauch (vgl. auch E. 4.3.4 f. hiervor).

Allerdings erachtet die Beschwerdeführerin den Informationsaustausch auch darum als unbedenklich, weil durch den Informationsaustausch „Informationsasymmetrien“ zwischen den ASCOPA-Mitgliedern als Wettbewerbern ausgeglichen werden. So sei nach der Lehre (BORER, Art. 5 KG N 27) anerkannt, dass Meinungs- und Erfahrungsaustausch, gemeinsame Marktforschung, Errichtung von Statistiken und Kalkulationsschemata etc. wettbewerbsrechtlich unerheblich seien. Ein derartiges Vorgehen mache die Märkte effizienter. In diesem Kontext ist die Beschwerdeführerin jedoch darauf hinzuweisen, dass BORER explizit einen Vorbehalt anbringt, wenn es um marktsensible Daten geht (vgl. BORER, Art. 5 KG N 27; vgl. dazu E. 4.7.4.2 hiervor und E. 6.4.2.3 hiernach). Die damit ebenfalls aufgeworfene Frage nach den Effizienzgewinnen wird im Rahmen der Prüfung von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vertieft werden (vgl. Erwägung 6.6.3.4 hiernach).

6.4.1.6 Zwischenfazit

Die gemachten Ausführungen betreffend die Art des Informationsaustauschs lassen die Schlussfolgerung zu, dass die informationsaustauschspezifischen Aspekte insgesamt dafür sprechen, dass der Informationsaustausch aus qualitativer Sicht als erheblich zu beurteilen ist. Insbesondere soweit die Umsatzdaten von European Forecast ebenfalls veröffent-

licht worden sind, ergibt sich durch den im Vergleich dazu häufigeren Austausch von Umsatzdaten eine Gesamtwürdigung, welche – wie von der Vorinstanz zutreffend erkannt – für die Erheblichkeit spricht (vgl. E. 6.4.1.1.1 hiervor). Dies gilt umso mehr angesichts des Aggregierungsgrads, der offensichtlich nicht hinreichend hoch ist, um den Informationsaustausch schon mit Blick auf diesen als unerheblich erscheinen zu lassen (vgl. E. 6.4.1.3.10 ff. hiervor).

6.4.2 Wettbewerbsparameter gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

6.4.2.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Eine wesentliche Rüge der Beschwerdeführerin besteht im Vorwurf, dass die Vorinstanz zwar wichtige Wettbewerbsparameter aufgezählt habe, aber nicht ausreichend dargelegt habe, welcher Wettbewerbsparameter konkret durch die Handlungen des Informationsaustausches eingeschränkt worden sei (Beschwerde Rz. 114 und 122; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 4 ff.).

6.4.2.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass die Art der Waren, der Preis, die Marke, die Qualität, die Quantität, die Innovation, das Markenimage, die Werbung und die Geschäftsbedingungen gemäss der Lehre wichtige Wettbewerbsparameter seien. Nach ihrer Ansicht ist der Preis der relevanteste Wettbewerbsparameter, da sie davon ausgeht, dass die Auswirkungen eines diesen Parameter betreffenden Informationsaustausches auf den Preiswettbewerb am schlüssigsten dargestellt werden können (angefochtene Verfügung Rz. 428, 435, 635-640). Hinsichtlich der Wettbewerbsparameter Werbung verweist die Vorinstanz auf die Marktabgrenzung und stellt fest, dass der Anteil der Werbeinvestitionen an den Umsätzen vergleichsweise hoch ist. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Werbeausgaben der Parteien für Parfums bis zu 40 %, für Pflegeprodukte bis zu 40 % und für Make-up-Produkte bis zu 23 % betragen (angefochtene Verfügung Rz. 638 i.V.m. 491). Hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Innovation verweist die Vorinstanz auf den Innenwettbewerb (angefochtene Verfügung Rz. 637 i.V.m. 760 ff.).

6.4.2.3 Grundlagen

Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit haben die Bedeutung der von einer Wettbewerbsabrede betroffenen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand. So ist die hinreichende Bedeutung von Wettbewerbsparametern bzw. aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“). Denn wirksamer Wettbewerb kann nur bestehen, wenn sich die Marktteilnehmer betreffend ihre Waren und Dienstleistungen bezüglich wesentlicher Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander verhalten können (MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1459). In qualitativer Hinsicht hat das Bundesgericht sodann hervorgehoben, dass die Erheblichkeitsschwelle aufgrund des Gegenstands der Abrede bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.1-5.2.5 „Gaba“), was auch für Artikel 5 Abs. 1 KG gilt (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 bis 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Wie bereits in E. 6.3.3.3.5 erläutert, müssen im Rahmen der Prüfung der Wettbewerbsparameter nicht deren Auswirkungen geprüft werden. Allerdings müssen die von einer Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter auf dem Markt eine gewisse Bedeutung aufweisen (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 95 f.), wobei es *nicht*, wie im Zusammenhang mit der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG, um eine eher abstrakte Prüfung der Wettbewerbsparameter oder der wettbewerbsrelevanten Informationen (vgl. E. 4.5.3 hier vor), sondern um eine vertieftere und konkretere Prüfung geht, welche über die Anforderungen der Wettbewerbsparameterqualität oder -sensibilität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG hinausgeht. Es ist aufzuzeigen, wie wichtig die von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter für die Konkurrenzverhältnisse sind („JC Decaux/Affichage“ WEKO, RPW 2001/2 S. 306 ff., 321, Rz. 66; BORER, Art. 5 KG N 21). Der Umstand, dass die Wettbewerbsparameter auf den verschiedenen Märkten eine unterschiedliche Bedeutung innehaben, ist zu beachten (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 186 f.). Es geht also um die Bedeutung des Wettbewerbsparameters im betroffenen Markt (HENRIQUE SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016, S. 319 ff., insb. S. 320; nachfolgend: SCHNEIDER, sic! 2016, S. 319 ff.). Die Bedeutung der Wettbewerbsparameter ist je nach Charakteristika der jeweils interessierenden Produkte und Leistungen bzw. dem relevanten Markt unterschiedlich zu beurteilen. Zudem müssen die qualitativen Elemente der Erheblichkeit im Kontext mit dem jeweiligen wirtschaftlichen Zusammenhang beurteilt werden (MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1459; BORER, Art. 5 KG N 21). Nur wenn dieser Punkt ernst genommen wird, ist die Erheblichkeitsprüfung trotz Verzicht

auf die Prüfung von Auswirkungen zwar weniger als eine „vollständige Erklärung des relevanten Marktes“, aber mehr als ein „juristisch-abstraktes Formmass“ (vgl. zu diesen Begriffen SCHNEIDER, sic! 2016, S. 319 ff., S. 322 ff.). Ausserdem sind, wie bereits in Erwägung 4.5.3.3 erwähnt, im Rahmen der Beurteilung eines selbständigen Informationsaustausches (E. 6.2.3 hiervor) neben den Wettbewerbsparametern auch die wettbewerbs-sensiblen Informationen, welche Rückschlüsse auf die Wettbewerbsparameter zulassen, in die Beurteilung miteinzubeziehen. Wettbewerbs-sensible Informationen umfassen firmenspezifische oder strategische Informationen (BLATTMANN, S. 289; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159). Wettbewerbs-sensible Informationen müssen nicht geheim sein. Der Aspekt der Wettbewerbs-sensibilität ist zu bejahen, wenn Zusammenstellung firmenspezifischer oder strategischer Informationen mit einem hohen zeitlichen oder finanziellen Aufwand verbunden ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 159; vgl. zur Öffentlichkeit der Daten E. 6.4.1.4 hiervor)

6.4.2.4 Der Austausch der Bruttopreislisten

i. Vorbringen der Vorinstanz

6.4.2.4.1 In der angefochtenen Verfügung verneinte die Vorinstanz sowohl das Vorliegen einer direkten wie auch einer indirekten Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, bejahte aber eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 KG (angefochtene Verfügung Rz. 409, 429 f., 817 f., Dispositiv Ziffer 1; vgl. dazu E. 6.1 hiervor). Die Vorinstanz ist in der angefochtenen Verfügung davon ausgegangen, dass es ihr gelingt, mit ihren ökonomischen Analysen die *Auswirkungen* des Bruttopreislistenaustausches (Wettbewerbsparameter Preis) aufzuzeigen (angefochtene Verfügung Rz. 512 ff., 525 ff.). In einem ersten Schritt ermittelte sie hierzu einen Korrelationskoeffizienten, um die Endverkaufspreise zu berechnen ($\text{Bruttopreis} \times [\text{Koeffizient}] = \text{Endverkaufspreis}$ (angefochtene Verfügung Rz. 107, 516 ff. und Abbildung 19). In einem *zweiten* Schritt wollte die Vorinstanz die Preisentwicklungen des Informationsaustausches anhand der Teilmärkte der umsatzstärksten Marken der ASCOPA-Mitglieder in den Jahren 2004-2008 mit dem Index von Laspeyres aufzeigen (angefochtene Verfügung Rz. 528 ff.). Die Ergebnisse des Laspeyres-Index wurden daraufhin den Entwicklungen der verschiedenen LIK (Landesindizes für Konsumentenpreise [LIK-Total, LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel] angefochtene Verfügung Rz. 526, 535 ff.) gegenübergestellt (vgl. E. 5.3.2.4.11 hiervor). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich die Preise der umsatzstärksten Marken der ASCOPA-Mitglieder wesentlich

steiler nach oben bewegten als die Preise der in den verschiedenen LIK abgebildeten Produkte bzw. als die Inflation. Zugleich stellte die Vorinstanz fest, dass sich die Preise der Beschwerdeführerin im Gegensatz dazu tendenziell moderat entwickelten (angefochtene Verfügung 536 ff. 539, 547; Vernehmlassung Rz. 14 ff.).

6.4.2.4.2 Aufgrund der gemachten Ausführungen sieht die Vorinstanz namentlich einen kausalen Zusammenhang zwischen Bruttopreiserhöhungen und Nettopreiserhöhungen als plausibilisiert an. Zudem hätten die Marktanteile kaum geschwankt. Aus ihrer Sicht gebe es keine andere Erklärung für die festgestellten Preisentwicklungen. Der Informationsaustausch sei also kausal – *conditio sine qua non* – für diese Preisentwicklungen und könne nicht hinweggedacht werden. Deshalb sei der Preisanstieg auch nicht auf eine steigende Nachfrage zurückzuführen (angefochtene Verfügung Rz. 564, Duplik Rz. 32 f., 43, 104).

6.4.2.4.3 Nach Ansicht der Vorinstanz sind demnach die ökonomischen Auswirkungen des Informationsaustausches rechtsgenüglich bewiesen (Duplik Rz. 15). Die Auswirkungen der Wettbewerbsbeeinträchtigung seien derart, dass sie sogar den Anforderungen der älteren kartellrechtlichen Rechtsprechung (BGE 112 II 268 E. I/2b „Schweizerischer Bierbrauerverein“) genügen würden, da diese ältere Rechtsprechung im Gegensatz zur heutigen Rechtsprechung noch auf die Auswirkungen abgestellt habe (Vernehmlassung Rz. 53 f.). So sei anhand der gemachten Ausführungen ersichtlich, dass die Preise durch den Informationsaustausch höher als bei normalem Wettbewerb liegen. Der genaue Umfang der Preiserhöhungen der einzelnen Wettbewerber sei jedoch für eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG nicht von Belang (Duplik Rz. 78).

ii. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.4.2.4.4 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz den Wettbewerbsparameter Preis nicht ausreichend geprüft habe (Beschwerde Rz. 114, 122). So habe die Vorinstanz zwar richtigerweise das Vorliegen einer harten Preisabrede verneint (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 425 ff.). Jedoch habe sie (meint: indem sie auf die Bruttopreise fokussiert habe) den falschen Wettbewerbsparameter geprüft. Der richtige Wettbewerbsparameter würde sich auf die mit den Detailhändlern ausgehandelten Preise und *nicht* auf die *Bruttopreise* beziehen (Beschwerde Rz. 103 f., Replik Rz. 22, 27, 36, 48, 63, 65, 84, 87, 90, 92 Lemma 1; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 9, 48; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3). Denn die ausgetauschten

Bruttopreise würden keine Rückschlüsse über die effektiv mit den Detailhändlern ausgehandelten Preise zulassen (Replik Rz. 125; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 7; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f.). So sei der vorliegende Fall anders zu werten als die Verfügung betreffend die Sanitätsgrosshandelsunternehmen vom 29. Juni 2015, in welchem sich die Parteien über Preisbestandteile und preisbestimmende Faktoren wie Margen, Bruttopreise, Euroumrechnungskurse, Transportkosten, Rabatte und Rabattkategorien verständigten, was die Vorinstanz als harte Preisabrede qualifizierte. Vorliegend habe jedoch keine solche Verständigung stattgefunden. Zudem habe es sich im Sanitätsgrosshandelsfall um ein identisches Sortiment mit derselben Produktequalität gehandelt und nicht – wie vorliegend – um tausende Kosmetikprodukte unterschiedlichster Qualität (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8). Auch sei betreffend die ausgetauschten Umsatzangaben keine Rückrechnung auf den Preis möglich gewesen, da die abgesetzten Mengen der einzelnen Produkte nicht eruierbar gewesen seien, da sich die ausgetauschten Umsätze nur auf Produktkategorien bezogen hätten (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9, 15).

6.4.2.4.5 Die Korrelationsanalysen, mit deren Hilfe hätte festgestellt werden sollen, dass der Bruttopreislisten austausch einen Einfluss auf die Nettopreiserhöhungen hatte, seien zudem methodisch unkorrekt durchgeführt worden (Beschwerde Rz. 98 ff. 106 Lemma 2, 107, 113 und 184; Replik Rz. 112 f.; RBB-Bericht vom 29. Mai 2012, Section S.3 f; Stellungnahme zur Duplik Rz. 27, 37; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 14). Dasselbe sei hinsichtlich der Analysen zum Laspeyres-Index zu sagen (Replik Rz. 28, 59, 61, 67, 91, 118; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 9). Hier hätte die Vorinstanz nur die umsatzstärksten Produkte – und nicht alle Produkte – in ihre Untersuchungen miteinbezogen (Beschwerde Rz. 109).

6.4.2.4.6 Zusammenfassend ergibt sich nach Ansicht der Beschwerdeführerin einerseits, dass der Informationsaustausch nicht für die Preiserhöhungen kausal gewesen ist (Beschwerde Rz. 17 Lemma 2, 101, 106 ff. 111 f., 130, 185; Replik Rz. 7, 9, 16, 20, 24, 27 ff., 61, 63, 81, 91 ff., Fn. 56, 111, 113 ff., 122 ff., 132; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 6 ff., 23, 25 f., 36 ff.; RBB-Bericht vom 29. Mai 2012, Section S.3 f.; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 2 f., 14). Ein derartiger Kausalzusammenhang sei nicht bewiesen worden (Beschwerde Rz. 106, 112, 130, 185; Replik Rz. 27 ff.; Stellungnahme zur

Duplik Rz. 8, 18 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3). Zudem würden die Detailhändler ihre von Jahr zu Jahr variierenden Rabatte individuell aushandeln und eine eigene Margenpolitik führen. Demzufolge hätten die ausgehandelten Endverkaufspreise nicht abgeschätzt werden können (Beschwerde Rz. 36 ff., 41, 87, 89, 103, 106 Lemma 1, 111 Lemma 2, Rz. 130; Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 2, 22 Lemma 8, 38; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8, 13). Schliesslich sei die Nachfrage für die Preisentwicklung ausschlaggebend (Beschwerde Rz. 103, 106 Lemma 3 und 109; Replik Rz. 24, 62, 81, 91 f., 116, 124, 128; Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8, 27, 37, 43 ff.). Dies deute auch darauf hin, dass im gesamten Kosmetik- und Toilettenartikelmarkt eine Nachfrageverschiebung hin zu High-End- und Luxusprodukten stattgefunden habe. Eine derartige Entwicklung würde einen Anstieg der Preise für Luxusartikel selbst für den Fall erklären, wenn der gesamte Kosmetikmarkt kaum oder nicht gewachsen ist (RBB-Bericht-2013, S. 17). Des Weiteren würden auch die Kosten die Endverkaufspreise beeinflussen (Beschwerde Rz. 103, Replik Rz. 24, 62, 81, 91, 93, 95, 116, 124, 128, Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 8, 27, 37, 39 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3).

6.4.2.4.7 Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die Untersuchungen, welche sich auf den LIK beziehen, seien methodisch unkorrekt. Denn der LIK beziehe sich nicht nur auf Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte, sondern auch auf solche des Massenmarktes. Die Vorinstanz widerspreche somit ihrer eigenen Marktabgrenzung zugunsten des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes. Zudem seien Luxusprodukte in der Regel ohnehin teurer als Massenmarktprodukte. Die Vorinstanz würde also Äpfel mit Birnen vergleichen (Beschwerde Rz. 110., Replik Rz. 62).

6.4.2.4.8 Zudem geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass der Produktpreis nicht der bedeutendste Wettbewerbsparameter in der Luxuskosmetik ist, da es um Exklusivität gehe. Der Luxuskosmetikmarkt sei stark fragmentiert und daher eigne sich der Austausch der Bruttopreislis-ten gerade nicht, die Preispolitik eines Marktteilnehmers zu beeinflussen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f., 13). Die Auswirkungen auf den Wettbewerbsparameter Preis seien demzufolge nicht rechtsgenügend festgestellt worden (Replik Rz. 87; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 3 f., 14). Unklar sei, ob der Wettbewerbsparameter Preis auch in Bezug auf den Umsatz- austausch und den Austausch der Werbeinvestitionen zur Anwendung

komme (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6).

6.4.2.4.9 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Preise auch nach Beendigung des Informationsaustausches weiter angestiegen seien (Beschwerde Rz. 111 Lemma 4, 112., Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 3, RBB-Bericht 2013, S. 7 ff.). Ausserdem bemängelt die Beschwerdeführerin den ihrer Ansicht nach falsch gewählten Untersuchungszeitraum der durchgeführten Analysen (Beschwerde Rz. 111 Lemma 4, Rz. 112 Lemma 2; RBB-Bericht 2011, S. 21 f.; RBB-Bericht vom 29. Mai 2012, S.6; Replik Rz. 59; Stellungnahme zur Duplik Rz. 33 f.; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 2). Deshalb folgert die Beschwerdeführerin, dass eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht bewiesen sei (vgl. Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 12; Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 5, 24, 48, 50).

6.4.2.4.10 Schliesslich sei zu beachten, dass sich die Preishöhe der Produkte der Beschwerdeführerin weniger stark als der Landesindex der Konsumentenpreise entwickelt hätte. Die Beschwerdeführerin habe auch ihre Listenpreise für zwei Drittel ihrer Produkte reduziert (Beschwerde Rz. 112 Lemma 3; RBB-Gutachten 2011, Sektion 4.3.2 in fine). Ausserdem hätten sich die Wachstumsraten der verschiedenen LIK nach Beendigung des Informationsaustausches nicht verändert (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 2).

iii. Eingabe der Vorinstanz vom 3. September 2018

6.4.2.4.11 Die Vorinstanz ergänzt in ihrer Eingabe vom 3. September 2018 (Lemma 1 f.) ihre Argumentation dahingehend, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zwar bewiesen habe, es jedoch nach dem Urteil Gaba des Bundesgerichts (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 „Gaba“) fraglich sei, ob tatsächlichen Auswirkungen überhaupt noch bewiesen werden müssen.

6.4.2.4.12 Zudem vermische die Beschwerdeführerin die rechtliche Würdigung des Informationsaustausches mit Sachverhaltsfragen, wenn sie etwa behaupte, dass der Bruttopreis unter den vorliegenden Marktbedingungen kein Wettbewerbsparameter sei. Diese Sachverhaltsthese würde die Beschwerdeführerin nicht belegen. Unsubstantiierte Vorbringen seien nicht beachtlich (Eingabe vom 3. September 2018, Lemma 3).

iv. Grundlagen

6.4.2.4.13 Um den Informationsaustausch über Preise und insbesondere über Bruttopreise richtig einordnen zu können, rechtfertigen sich zunächst einige Ausführungen über harte Preisabreden. Gemäss der Botschaft vom 23. November 1994 zum Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 bezieht sich der Vermutungstatbestand (Art. 5 Abs. Bst. a 3 KG) auf jede Art des Festsetzens von *Preiselementen* und *Preiskomponenten*. Der Vermutungstatbestand erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 567; siehe auch „Sanphar“ WEKO, RPW 2000/3, S. 357 f. Rz. 89 f.; vgl. dazu BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG Art. 5 KG N 415). Dementsprechend hat auch das Bundesgericht erkannt, dass eine Preisabrede nicht nur vorliegt, wenn ein konkreter Preis, sondern wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert werden (BGE 129 II 18 E. 6.5.5 „Buchpreisbindung“). Aus dem bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.2 „Baubeschläge“ kann entgegen der Auffassung von TUCHSCHMID nicht geschlossen werden, dass dieses Konzept beiläufig ohne Auseinandersetzung mit früherer Rechtsprechung angepasst werden sollte (vgl. TUCHSCHMID, AJP 2018 S. 848 ff., insb. S. 853 mit Fn. 49 und S. 857).

6.4.2.4.14 Nach HEINEMANN erfüllt jede Abrede über Preise und Preiselemente für sich allein den Vermutungstatbestand (im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG). Anders verhalte es sich nur, wenn es sich um unbedeutende Preisbestandteile handle. So sind Bruttopreise nach HEINEMANN ein wichtiges Preiselement, da sich aus dem *Nettopreis* der *Bruttopreis* zuzüglich aller Zuschläge und abzüglich aller Abschläge ergibt. Der Nettopreis ist der tatsächlich zu zahlende Preis. Der Einkaufspreis des Einzelhändlers ist die Differenz von Bruttopreis und Handelsrabatt sowie allfälliger Rabatte. Der Handelsrabatt ist ein Funktionsrabatt, d.h. ein Preisabschlag für die zu erfüllende Aufgabe der jeweiligen Handelsstufe. Zudem verbleibt bei jeder Handelsstufe eine Marge. Bruttopreise sind demnach der Ausgangspunkt für die Berechnung der Nettopreise. Die Bruttopreise bilden nach HEINEMANN das Fundament der Preisberechnung und lösen – ohne allfällige weitere Abreden über Preiselemente zu beachten – die Vermutung zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus. Die Möglichkeit der Rabattierung ändert nach HEINEMANN an der Einstufung als Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nichts. Liegen jedoch weitere Absprachen vor, z.B. über Rabattobergrenzen vor, steigert dies die Gefährlichkeit der

Abrede. Bereits ohne Rabattkoordinierung ist die Absprache über Bruttopreise nach dieser Auffassung tatbestandsmässig. Bruttopreise werden häufig von Herstellern, aber auch von Grosshändlern festgelegt (ANDREAS HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener, Stoffel, Amstutz [Hrsg.], 8^{ème} Journée de droit de la concurrence, 2017, S. 130, 133, nachfolgend: HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen). In vergleichbarer Weise kommt auch HOFFET zum Schluss, dass das Aufstellen einer gemeinsamen Preisliste oder von „Basispreisen“ unter den Vermutungstatbestand fällt, wobei seiner Ansicht nach in Bezug auf Abreden über Rabatte und Margen zu differenzieren ist (HOFFET: in Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 5 N. 117 f., 120; vgl. zum Ganzen BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 407a, und CR AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N 399). Auch JUHANI KOSTKA räumt zwar ein, dass sich für den Fall, dass beispielsweise mit dem Herstellerpreis nicht zugleich auch der Endverkaufspreis fixiert wird, sich unter Umständen noch ein gewisser Preiswettbewerb in Bezug auf den Endverkaufspreis entwickeln kann (JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle – Internationale Entwicklung und Schweizerisches Recht, Zürich 2010, Rz. 1327). In vergleichbarer Weise hält BLATTMANN fest, dass Listenpreise als Orientierungspunkt dienen (BLATTMANN, S. 291). Unmittelbar anschliessend geht KOSTKA indes von einer mittelbaren Beschränkung des Preiswettbewerbs bzw. einer preisharmonisierenden Wirkung in Bezug auf den Endverkaufspreis aus, weshalb sich beispielsweise ein im Wettbewerb determinierter tieferer Herstellerpreis direkt in einem tieferen Endverkaufspreis niederschlägt. Deshalb sei auch die Festlegung von Herstellerpreisen als direkte Preisabrede zu beurteilen (KOSTKA, Rz. 1326 ff. i.V.m. Rz. 1333 ff.). Demgegenüber vertritt etwa SCHNEIDER die Auffassung, dass Bruttopreise selten Handlungsgründe für Marktakteure sind, da es noch entsprechende Wettbewerbe unter anderem um Rabatte, Lieferkonditionen, Zusatzdienstleistungen und Service gibt (HENRIQUE SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016 S. 319 ff., insb. S. 328). Nach TUCHSCHMID ist bei Bruttopreisabreden fraglich, ab welchem Zeitpunkt nicht mehr von einer preisharmonisierenden Wirkung gesprochen werden kann, wenn die Abrede-beteiligten Rabattwettbewerb betreiben (TUCHSCHMID, AJP 2018, S. 848 ff., insb. S. 858 und S. 862).

6.4.2.4.15 Nach *EU-Kartellrecht* gelten Preiskoordinierungen in Bezug auf Bruttopreise als Preisfestsetzungen gemäss Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV. Dasselbe gilt auch für Listenpreise (FLORIAN WAGNER-VON PAPP, in: Säcker/Bien/Meier Beck/Montag [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 315 mit Hinweisen). So

legte das EuG in seinem Urteil vom 16. September 2013 T-386/10 „Badezimmerausstattungen- Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG“ dar, dass Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV nicht nur Handlungen verbiete, die sich unmittelbar auf die von den Verbrauchern zu zahlenden Preise auswirken (Rn. 176). So würden Bruttopreise die Grundlage bilden, auf der die Verkaufspreise für die Kunden berechnet werden, weshalb Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV anzuwenden sei (Rn. 180).

6.4.2.4.16 Im Lichte *verhaltensökonomischer* Aspekte ist zu ergänzen, dass man ursprünglich davon ausgegangen ist, dass die Kaufentscheidung auf einem finalen absoluten Wert (dem Endpreis) beruht und der Käufer rational aufgrund dieses Endpreises seine Kaufentscheidung trifft. Mit der Prospect-Theorie haben KAHNEMAN/TVERSKY einen neuen Denkansatz ins Leben gerufen. So werde eine positive bzw. negative Abweichung von einem Referenzpunkt als Gewinn oder Verlust wahrgenommen, d.h. die Kaufentscheidung werde nicht aufgrund des finalen Wertes, sondern aufgrund des resultierenden Gewinnes bzw. Verlustes vom Referenzpunkt gefällt. Denn Menschen neigen dazu, sich bei Beurteilungen an einem zuvor bekannt gegebenen Wert zu orientieren (ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, Dissertation, 2016, S. 61, 64 f.). So erzeugt jede Zahl, welche als mögliche Lösung für ein Schätzungsproblem präsentiert wird, einen Ankereffekt (DANIEL KAHNEMAN, Schnelles Denken, langsames Denken, 16. Aufl. 2011, S.153). Demnach vermag ein hoher Bruttopreis mit einem grosszügigen Rabatt beim Kunden das Gefühl eines Gewinnes auslösen. Beispielsweise beträgt der Bruttopreis (d.h. der Referenzpunkt) eines Parfums Fr. 200.– und die Kundin erhandelt sich einen Rabatt von Fr. 50.–. Demnach muss die Kundin in diesem Beispiel „nur“ Fr. 150.– für ihr Parfum bezahlen. Sie nimmt also subjektiv einen Gewinn von Fr. 50.– wahr. Wäre das Parfum jedoch mit dem Nettopreis von Fr. 120.– (ohne Rabatt) angeschrieben, hätte die Kundin nicht mehr ein Gefühl von einem Gewinn, obwohl sie in der Tat Fr. 30.– weniger bezahlen müsste. So haben die Wirtschaftspsychologie und die Entscheidungstheorie empirisch festgestellt, dass rationale Entscheidungen im Einzelfall oft ausbleiben (vgl. das Urteil des BVGer B- 831/2011 „SIX“ E. 1273 mit Hinweis auf RICHARD THALER, Misbehaving – Was die Verhaltensökonomik über unsere Entscheidungen verrät, 1. deutsche Auflage, 2018, S. 342 f. m.w.H.).

6.4.2.4.17 Nach dem Gesagten wird der Wettbewerbsparameter Preis von verschiedenen Gegebenheiten geprägt; der günstigste Endverkaufspreis ist nicht das einzige ausschlaggebende Element, das die Preisbildung und die Kaufentscheidung des Endkunden prägt. Zu beachten ist im

Rahmen der Beurteilung der Preisbildung im Rahmen einer Handelskette auch das Anreizsystem für Hersteller (in der Regel die ASCOPA-Mitglieder), Lieferanten und Detaillisten. Die Detaillisten unterliegen aufgrund ihrer Professionalität nicht denselben Anreizen wie die Endkonsumenten, berücksichtigen diese indessen im Rahmen ihrer Preisbildung. Insofern schliessen diese Überlegungen an diejenigen im Rahmen der Definition der Marktgegenseite an (vgl. E. 5.3.1.4.2 f. hiervor).

v. Würdigung

6.4.2.4.18 Es wurde bereits in Erwägung 6.1.3 aufgezeigt, dass vorliegend die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nicht zu prüfen ist. Damit ist „nur“ zu prüfen, ob der festgestellte selbständige Informationsaustausch unter Art. 5 Abs. 1 KG fällt, was die Beschwerdeführerin bestreitet. Es ist demnach im Folgenden nur insoweit auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG einzugehen, als entsprechende Überlegungen für die Frage nach der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG relevant sind.

Zunächst ergibt sich, dass der Begriff der Preisfestsetzung im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 KG – auch wenn insoweit etwa betreffend Rabatte auf Unterschiede zur europäischen Konzeption hingewiesen wird – weit auszulegen ist (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, insb. S. 567; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 375). Daraus ergibt sich, dass auch im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung eines selbständigen Informationsaustauschs nach Art. 5 Abs. 1 KG keine zu hohen Anforderungen an den Wettbewerbsparameter Preis zu stellen sind. Soweit die Beschwerdeführerin auf den Fall der Sanitärgrosshandelsunternehmen Bezug nimmt (vgl. insb. die Rügen betreffend die Verfügung der Sanitätsgrosshandelsunternehmen von 29. Juni 2015 [Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 8.]), erübrigen sich demnach weitere Ausführungen diesbezüglich. Gewisse Parallelen weisen die Fälle allerdings in Bezug auf die Mehrgliedrigkeit der Lieferkette auf („Badezimmer“ 1. Teil, WEKO, RPW 2019/3a S. 655 ff. Rz. 330 ff. mit Abbildung 4), worauf im Folgenden zurückzukommen sein wird (vgl. insb. E. 6.4.2.4.6 hiernach).

6.4.2.4.19 Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge (Beschwerde Rz. 114, 122, Replik Rz. 64 ff., 126), wonach die Vorinstanz keine Wettbewerbsparameter geprüft hat, nicht durchdringt. Zwar ist der Beschwerdeführerin insoweit Recht zu geben, dass die Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung unter dem Titel der „qualitativen Kriterien“ (der Erheblichkeit) zum Wettbewerbsparameter Preis relativ knapp gehalten sind (vgl. angefochtene Verfügung

Rz. 634 ff.). Jedoch erfolgt die Auseinandersetzung mit dem Wettbewerbsparameter Preis sowie mit den Bruttopreisen an anderen Stellen in der angefochtenen Verfügung, wie insbesondere in Rz. 405-430, bei welchen es um die Nichtanwendung von Art. 5 Abs. 3 KG geht. Ausserdem geht die Vorinstanz im Kontext mit der Begründung, dass sie Art. 5 Abs. 1 KG heranziehen will, auf den Wettbewerbsparameter Preis, insbesondere auf die ausgetauschten Bruttopreislisten, ein (angefochtene Verfügung Rz. 435 ff.). Dasselbe gilt betreffend die ökonomischen Untersuchungen der Vorinstanz (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 428 in fine i.V.m. Rz. 512 ff., 525 ff.), da diese wiederum den Preis bzw. die ausgetauschten Bruttopreise zum Gegenstand haben. Demnach ist ersichtlich, dass die Vorinstanz den Wettbewerbsparameter Preis bzw. die Bruttopreise geprüft hat, auch wenn sie nicht alle ihre diesbezüglichen Ausführungen den qualitativen Elementen der Erheblichkeit zugeordnet hat.

6.4.2.4.20 In Bezug auf die Frage, was alles unter dem Wettbewerbsparameter „Preis“ relevant ist, ergibt sich namentlich aus der Botschaft zum KG 1995 per analogiam (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 567 f.), dass Bruttopreise Preisbestandteile bzw. im Verhältnis zum Endkundenpreis so etwas wie „Rohpreise“ sind. Dies gilt umso mehr, als die „Bruttopreise“ eine gewisse Nähe zu den Listenpreisen der ASCOPA-Mitglieder bzw. der Firmenzentralen derselben aufweisen, welche nach europäischem Kartellrecht auch in Bezug auf harte Preisabreden erfasst werden. Damit ist auf jeden Fall der Wettbewerbsparameter Preis betroffen. Es kann sich also nur die Frage stellen, ob es, obwohl der Informationsaustausch den Wettbewerbsparameter Preis beschlägt, an der Erheblichkeit fehlt. Klar ist, dass nicht der Nachweis einer harten Preisabrede verlangt werden kann, um die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu bejahen. Daher ist das Argument der Beschwerdeführerin im Folgenden erstens so zu verstehen, dass sie die Erheblichkeit bestreitet mit der Begründung, dass nur ein Informationsaustausch über die unter Berücksichtigung insbesondere von Rabatten den Detailhändlern effektiv in Rechnung gestellten Preise nahe genug beim Endkundenpreis wäre, um das Preisgefüge im Sinne der Interessen der ASCOPA-Mitglieder zu beeinflussen. Ausserdem zieht die Beschwerdeführerin aus der von der Vorinstanz vorgenommenen Marktabgrenzung den Schluss, dass dem Preis im Luxuskosmetikmarkt nicht die von der Wettbewerbskommission angenommene Bedeutung zukommt, womit die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreisen ihrer Auffassung nach zu verneinen ist.

6.4.2.4.21 Vorab ist klar, dass es vorliegend um eine mehrgliedrige vertikale Lieferkette geht, wobei nach der Prüfung der Vorinstanz die zwei Stufen zwischen ASCOPA-Mitgliedern und Detailhändlern einerseits und den Detailhändlern und den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten andererseits zu unterscheiden sind. Dabei verwendet die Vorinstanz die Begriffe Nettopreis, Endverkaufspreis und Endkundenpreis synonym (angefochtene Verfügung, Rz. 515 ff.). Dies ergibt sich namentlich aus dem Umstand, dass sie festhält, dass die Nettopreise ohne Weiteres am Markt ersichtlich waren (angefochtene Verfügung, Rz. 225). Damit liegen zwischen Bruttopreis und Endkundenpreis zwei Margen und zwei Möglichkeiten der Gewährung von Rabatten. Die Vorinstanz gesteht aufgrund der Möglichkeit der Rabattgewährung im Verhältnis zwischen ASCOPA-Mitgliedern und Detailhändlern denn auch ein, dass selbst unter der Annahme, dass die Bruttopreislisten als Verhandlungsgrundlage dienen, die Parteien aufgrund des Informationsaustausches nicht die Möglichkeit haben, das exakte Verhandlungsergebnis zu kennen, da namentlich die Daten in Bezug auf den Händlern gewährte Rabatte nicht ausgetauscht worden sind (angefochtene Verfügung, Rz. 104).

6.4.2.4.22 Um das Funktionieren und mögliche Auswirkungen des Informationsaustauschs zu analysieren, hat das WEKO-Sekretariat nicht nur ökonomische Berechnungen angestellt, sondern auch die Detailhändler Import, Globus, Douglas, Manor, Marionnaud und Sun Store befragt. In diesem Zusammenhang haben diese fast übereinstimmend angegeben, dass die (im Rahmen des Informationsaustauschs ausgetauschten) Bruttopreislisten als Verhandlungsbasis mit den Händlern dienten (angefochtene Verfügung Rz. 93 mit Hinweisen auf die Befragungsprotokolle). Die in der europäischen Rechtsprechung formulierte Annahme, dass Bruttopreise die Grundlage bilden, auf der die Verkaufspreise für die Kunden berechnet werden (Urteil des EuG vom 16. September 2013 T-386/10 „Badezimmerausstattungen- Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG“, Rn. 180; vgl. E. 6.4.2.4.15 hiervor), wird damit – in Bezug auf das Verhältnis zwischen ASCOPA-Mitgliedern und Detailhändlern – durch die Befragungsergebnisse sachverhältnismässig untermauert. Dabei ist seitens von Detailhändlern auch erwähnt worden, dass anstelle von Rabatten auch über Werbebeiträge oder über die Beteiligung an Kosten für Ausstellungsmöbel verhandelt worden sei (act. 571 Frage 26; act. 562 Frage 22; act. 564 Frage 26). Dabei sei auch versucht worden, den Händlern nahezu legen, einen gewissen Anteil des Umsatzes in Werbung zu investieren. Die Aussagen der Detailhändler sind diesbezüglich auch glaubwürdiger als diejenigen der ASCOPA-Mitglieder. Schliesslich kannte jedes ASCOPA-Mitglied natürlich die von ihm selbst den Händlern gewährten Rabatte und

hatte in Bezug auf die eigenen Produkte aufgrund des Vergleichs mit dem ohne Weiteres am Markt ersichtlichen Endkundenpreis auch die Möglichkeit, auf die Margen des Detailhandels zu schliessen (angefochtene Verfügung Rz. 105).

6.4.2.4.23 Auf die Frage, ob der Hersteller den Endverkaufspreis beeinflussen könne, antwortete die Händlerin Import, dass dies klar sei. Dies sei möglich, indem der Einstandspreis hoch angesetzt werde (angefochtene Verfügung Rz. 515). Auch Globus, Douglas und Sun Store gaben an, dass eine Erhöhung eines Bruttopreises unweigerlich zu einem höheren Nettopreis führen würde (angefochtene Verfügung Rz. 515 mit Hinweisen auf die Befragungsprotokolle). Differenzierter äusserten sich Manor und Marionnaud. Damit ist der Beschwerdeführerin zwar zuzustimmen, wenn sie sagt, die Händler seien in der Gestaltung ihrer Rabatte und Margen frei gewesen. Diesbezüglich sind indessen die tatsächlichen Verhaltensweisen der Händler entscheidend. Wenn diese mehrheitlich angeben, dass sich die Bruttopreise – wenn auch über zwei Lieferkettenglieder – im Sinne einer Verhandlungsgrundlage auswirken, spricht das aus qualitativer Sicht für die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreislisten, soweit sich nicht aus den insoweit massgebenden Eigenheiten des in Frage stehenden Marktes etwas anderes ergibt. Die Aussagen der Händler sind, da sie diejenigen sind, die die Preispolitik gegenüber den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten festlegen, auch weitaus entscheidender im Vergleich zu denjenigen der ASCOPA-Mitglieder selbst. Ausserdem sind die Händler auch unbefangener, da sich die vorinstanzliche Untersuchung nicht gegen sie gerichtet hat. Je marktmächtiger die Händler sind, desto mehr Gewicht kommt ihrer Aussage zu, dass sie die Bruttopreise trotz Gestaltungsspielräumen als Verhandlungsgrundlage oder teilweise gar als Richtschnur verstehen. Damit entsprechen aus der Sicht des Gerichts die Aussagen der Mehrheit der Händler der tatsächlichen Situation in Bezug auf das Anreizsystem, dem sie ausgesetzt sind. Es erscheint demnach hinreichend plausibel, dass der Austausch von Informationen über Bruttopreise – in den Worten von SCHNEIDER – als „Handlungsgrund für Marktakteure“ relevant ist (vgl. E. 6.4.2.4.14 hiervor) und sich entsprechend auswirkt. Dies wiederum spricht aus qualitativer Sicht für die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreisen. Aufgrund dieses Beweisergebnisses kann auch offen bleiben, ob es der Vorinstanz ausserdem mit Hilfe ökonometrischer Analysen gelungen ist, eine Korrelation zwischen Bruttopreisen und Endverkaufspreisen zu beweisen.

6.4.2.4.24 Die Beschwerdeführerin macht ausserdem geltend, dass die von der Vorinstanz angenommene dominante Bedeutung des Preises

nicht der Marktabgrenzung gemäss der angefochtenen Verfügung entspreche. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass in einem Luxus- bzw. Prestigemarkt dem Preis viel weniger Bedeutung zukomme als im Massenmarkt, was gegen die Erheblichkeit des Austausches von Bruttopreisen spreche (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 7 f., 13). Im gleichen Sinne hat sich im vorinstanzlichen Verfahren auch ein anderes ASCOPA-Mitglied geäußert; der Informationsaustausch habe sich nur auf unbedeutende Wettbewerbsparameter bezogen. Die Qualität, die Innovation und die Beratung seien die wahren Wettbewerbsparameter (angefochtene Verfügung Rz. 642). Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin wiederum vor, sich durch dieses Argument in Widerspruch zu ihren Ausführungen in Bezug auf die Marktabgrenzung zu setzen. Nachdem die Marktabgrenzung der Vorinstanz durch das Gericht nicht beanstandet worden ist (vgl. E. 5.3.5 hiervor), muss sich die Wettbewerbskommission indessen gefallen lassen, dass die Beschwerdeführerin versucht, aus der Marktabgrenzung Argumente in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu gewinnen.

6.4.2.4.25 Die Vorinstanz geht in ihren allgemeinen Ausführungen zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit zutreffend davon aus, dass die Wesentlichkeit eines Wettbewerbsparameters je nach den Marktgegebenheiten variiert (angefochtene Verfügung Rz. 635; vgl. E. 6.4.2.3 hiervor). In Bezug auf den vorliegenden Fall stellt sie aber ohne auf die Marktgegebenheiten Bezug zu nehmen fest, dass der Preis ein zentraler Wettbewerbsparameter ist. Ausserdem betont sie in diesem Zusammenhang, dass die Auswirkungen des Informationsaustausches auf den Preiswettbewerb am schlüssigsten dargestellt werden können (angefochtene Verfügung Rz. 435). MANFRED BRUHN stellt in seinem prägenden Werk „Marketing“ fest, dass seit den 90er Jahren nicht (mehr) nur der bislang dominante Kosten- und Qualitätswettbewerb relevant sei, sondern dass auch das rechtzeitige Erkennen der Umfeldveränderungen als zentrale Erfolgsgrösse ins Bewusstsein gerückt sei (MANFRED BRUHN, Marketing, 14. Auflage, Wiesbaden 2019, S. 18). Im vorliegenden Verfahren sind die von BRUHN beschriebenen Umfeldveränderungen nicht der ausschlaggebende Gesichtspunkt, womit vor allem das klassische Verhältnis von Preis- und Qualitätswettbewerb näher zu beleuchten ist. Nachdem die Wettbewerbskommission im Rahmen der Marktabgrenzung einen Luxus- und einen Massenmarkt abgegrenzt hat, musste sie sich die Frage stellen, ob dem Preiswettbewerb und damit logisch zwingend auch dem Wettbewerbsparameter Preis in diesem Luxus- bzw. Prestigemarkt dieselbe Bedeutung zukommt wie im Kosmetikmassenmarkt. Denn Luxus und Prestige sind aus der Sicht der Marktanalyse eine (wenn auch nicht sich

zwingend in Produkteigenschaften niederschlagende) Form von Qualität, womit die Bedeutung des Preises im Vergleich zum Massenmarkt abnimmt, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist. Ausserdem wird in Bezug auf Luxus- bzw. Prestigemärkte ein nicht den von Preiswettbewerb geprägten Märkten entsprechendes Kaufverhalten beschrieben: Je höher der Preis ist, desto mehr wird indiziert, dass das angepriesene Produkt luxuriös ist (KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*, S. 74; MOHR, S. 89). Womöglich sähe die Konsumentin den Wert des Produktes aufgrund der Preissteigerung sogar als erhöht an (vgl. BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 63 f.). Demzufolge hat der Preis bei der Produktwahl im Luxus- bzw. Prestigemarkt nicht dieselbe Bedeutung wie im Massenmarkt. Eine solche Kaufentscheidung kann auch auf dem Wunsch beruhen, sich von den anderen abzugrenzen, um die Identifikation mit der eigenen Gesellschaftsklasse zu untermauern (Veblen-Effekt). Nach dem Veblen-Effekt kann die Nachfrage sogar bei einer Erhöhung von Preisen steigen (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 9, 61 ff., 66; VEBLEN, *The Theory of the leisure class*, S. 70; VEBLEN, *Theorie der feinen Leute*, S. 80 ff.; MOHR, S. 93; KAPFERER/BASTIEN, *The Luxury Strategy*, S. 74). Ebenfalls zielt der Snob-Effekt in diese Richtung (BÜTTNER/HUBER/REGIER/VOLLHARDT, S. 63 f.). Nach COCO CHANEL ist Luxus das Gegenteil von Gewöhnlichkeit (vgl. <<https://www.nur-zitate.com/zitat/453>>., abgerufen am 09.12.2022). Dazu passt die bereits im Rahmen der Marktabgrenzung getroffene Feststellung, dass Konsumentinnen und Konsumenten ihr Produkt einer Luxus-Marke bei einer Preissteigerung nicht leichthin mit einem Produkt des Massenmarktes substituieren (vgl. E. 5.3.2.4.7, 5.3.2.4.11 hiavor). Vor diesem Hintergrund folgerichtig hat auch ein Händler angegeben, dass er eine gewisse Treue zum einmal präferierten Kosmetikprodukt feststelle, womit weniger Rabatte notwendig seien (act. 579 Frage 19). Damit ist trotz der überragenden Bedeutung des Preiswettbewerbs für die Marktwirtschaft (HEINEMANN, *Bruttopreisabsprachen*, S. 133) jeweils mit Blick auf den relevanten Markt zu bestimmen, welche Bedeutung dem Preiswettbewerb im Vergleich zum (nicht zwingend auf Eigenschaften des Produkts selbst aufbauenden) Qualitätswettbewerb zukommt. Vorliegend kommt im Luxuskosmetikmarkt dem Preis nach dem Gesagten offensichtlich nicht dieselbe Bedeutung zu wie im Kosmetikmassenmarkt.

6.4.2.4.26 Diese Feststellungen führen aber entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht zum Schluss, dass der Preis so bedeutungslos wird, dass ein diesen Wettbewerbsparameter (in der Form des Austauschs von Bruttopreisen) betreffender Informationsaustausch qualitativ unerheblich wird, weil der Preis vollkommen in den Hintergrund tritt.

Die Vorinstanz hält dazu fest, dass Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte nicht ohne Weiteres mit im dem Sinne exklusiven Luxusprodukten verglichen werden können, die nur für eine kleine Minderheit der Konsumenten erreichbar sind (angefochtene Verfügung Rz. 586). Zu denken sei hier an Helikopter, Privatjets, Wohnungen von 400 Quadratmetern in der Genfer Altstadt usw. Demgegenüber geht die Vorinstanz davon aus, dass ein grosser Teil der Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Produkte aus dem Kosmetikbereich auch von Haushalten mit durchschnittlichem Einkommen eingekauft werden können und auch eingekauft werden (angefochtene Verfügung Rz. 586). Diese Differenzierung erweist sich als sachgerecht. Tatsächlich entfaltet der Vebleneffekt seine volle Wirkung vor allem bei Produkten, die für Haushalte mit durchschnittlichem Einkommen unerreichbar sind. So gesehen liegen die hier in Frage stehenden Produkte des Luxus- und Prestigekosmetikmarkts zwischen dem Massenmarkt und einem Luxusmarkt in einem engen Sinne, der für Konsumentinnen und Konsumenten mit durchschnittlichem Einkommen unerreichbar ist. In diesem Sinne sei – die Feststellungen der Vorinstanz insofern ergänzend – erwähnt, dass es auch Luxuskosmetik gibt, die dem Luxussegment in einem engen Sinne zuzuordnen ist. So wird der Duft „Imperial Majesty“ von Cliff Christian in einem Flakon aus geschliffenem Glas angeboten, welches mit 18 Karat Gold und einer Diamanteneinlage verziert ist und zum wahrhaft stolzen Preis von 375.000 Euro verkauft wird (Die 5 teuersten Parfums der Welt: Bis zu 375.000 Euro für einen Duft! | GQ Germany [gq-magazin.de \[https://www.gq-magazin.de/body-care/artikel/die-5-teuersten-parfums-der-welt-bis-zu-375000-euro-fur-einen-duft\]](https://www.gq-magazin.de/body-care/artikel/die-5-teuersten-parfums-der-welt-bis-zu-375000-euro-fur-einen-duft); zuletzt besucht am 09.12.2022). Ein derartiges Produkt würde auch kaum mit einem Rabatt beworben werden.

6.4.2.4.27 In Bezug auf den hier zu analysierenden Luxus- und Prestigekosmetikmarkt wird aus Marketingsicht ergänzend die Auffassung vertreten, dass gerade in Zeiten des wirtschaftlichen Abstieges der Kauf eines Luxus- bzw. Prestigekosmetikproduktes das Wohlbefinden steigert (SIMONE REITBAUER, Märkte im Visier, Dekorative Kosmetik, SevenOne Media, März 2009, S. 3). Wie es sich diesbezüglich verhält, kann indessen nach dem Gesagten offen bleiben. Jedenfalls ist ersichtlich, dass dem Preis im Luxus- und Prestigemarkt weniger Bedeutung zukommt als im Massenmarkt, aber mehr als in einem für Durchschnittseinkommen unerreichbaren Luxussegment in einem engen Sinne. Damit tritt der Wettbewerbsparameter Preis jedenfalls nicht derart in den Hintergrund, dass mit dieser Begründung aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit des Austauschs von Bruttopreisen verneint werden könnte. Wenn der Preis im Luxus- und Prestigemarkt weniger relevant ist als im Massenmarkt und

ein Produkt aus dem Luxus- und Prestigemarkt aus Sicht der Endkonsumentinnen und Endkonsumenten nicht leichthin mit einem Produkt aus dem Massenmarkt substituierbar ist, spricht dies ausserdem dafür, dass der Preiswettbewerb weniger intensiv ist als im Massenmarkt. Das heisst, es braucht im Zweifel auch weniger Verhaltenskoordination, um den verpönten Erfolg herbeizuführen, d.h. die Dynamiken im Marktprozess – in Bezug auf die Preise – zu verlangsamen (vgl. zur Dynamik als insoweit massgebendem Gesichtspunkt etwa HENRIQUE SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, sic! 2016, S. 319 ff., insb. S. 327). Immerhin haben die Händler festgehalten, dass die Endkonsumenten auf Rabatte reagieren, womit im Unterschied zum vom Veblen-Effekt beherrschten Luxusmarkt im engen Sinne eine gewisse Preissensitivität der Endkonsumentinnen und Endkonsumenten besteht. Eine Aktion führt zum Beispiel dazu, dass die Endkonsumentinnen und Endkonsumenten gleich drei gleiche Produkte kaufen (act. 562 Frage 17). Damit spielt auch der in Erwägung 6.4.2.4.16 hiervoor beschriebene „Ankereffekt“ eine gewisse Rolle.

6.4.2.4.28 Vorliegend entsprach der Informationsaustausch der Zielsetzung von ASCOPA, eine Erosion des Preisgefüges („un engrenage à la baisse“) zu verhindern und damit das Markenimage zu schützen („d’éviter que les marques soient discountées“; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58 ff. 62 f. 69; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003). Es ging also sozusagen darum, die im Rahmen der Marktabgrenzung festgestellte Abgrenzung zwischen Massenmarkt und Luxus- bzw. Prestigemarkt aufrechtzuerhalten. Die ausgetauschten Bruttopreislisten wurden diesbezüglich als Mittel zum Zweck definiert (vgl. zum Bezwecken im Rahmen der Prüfung unter Art. 4 Abs. 1 KG E. 4.6.5.2 hiervoor). Dementsprechend passen die Aussagen der Händler zur Bedeutung der Bruttopreise auch insoweit ins Bild (E. 6.4.2.4.21 ff. hiervoor). Der Austausch von Bruttopreislisten stärkt die Position der ASCOPA-Mitglieder gegenüber den Händlern, was die Beeinflussung der Preisbildung begünstigt. Das Bedürfnis der Branche, einen luxus- bzw. prestigeartigen Markt als solchen zu erhalten, ist nachvollziehbar. Indessen ist dieser mit anderen Massnahmen als Informationsaustausch ebenfalls zu erreichen. Zu denken ist nebst dem selektiven Vertrieb beispielsweise an konkrete Werbemassnahmen, wie insbesondere den Beizug von Stars, an Werbegeschenke oder an Muster (zum Austausch der Werbeinvestitionen vgl. E. 6.4.2.6 bzw. zum Innenwettbewerb 6.5.5 und 6.5.6.26.6 hiernach). Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang einen eigentlichen Rechtfertigungsgrund geltend machen will, ist auf die Ausführungen zu Art. 5 Abs. 2 KG zu verweisen (vgl. E. 6.6 hiernach).

6.4.2.4.29 Die Rüge, dass unklar sei, ob der Wettbewerbsparameter Preis auch in Bezug auf den Umsatzaustausch und den Austausch der Werbeinvestitionen zur Anwendung komme (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6), sprengt den Rahmen des Prüfprogramms in Bezug auf den Austausch von Bruttopreislisten. Hinsichtlich der ausgetauschten Umsätze und Werbeinvestitionen erfolgt mit Blick auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit eine separate Prüfung (vgl. E. 6.4.2.5 und 6.4.2.6 hiernach).

vi. Zwischenfazit

6.4.2.4.30 Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass sich die Vorinstanz bei ihrer Prüfung des Wettbewerbsparameters Preis mehrheitlich auf Auswirkungsanalysen bezogen hatte, welche nach heutigem Stand der Rechtsprechung entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin nicht (mehr) Prüfungsbestandteil von Art. 5 Abs. 1 KG sind (vgl. E. 6.3.3 hiervor). Entscheidend ist vielmehr, dass sich die ebenso für das europäische wie für das schweizerische Kartellrecht (mehrheitlich) formulierte Annahme, dass die Bruttopreise als Verhandlungsgrundlage dienen und die Preisbildung beeinflussen, durch die diesbezüglichen Aussagen der Händler für den vorliegend zu beurteilenden Markt hinreichend erhärten lässt (E. 6.4.2.4.15; 6.4.2.4.20 ff. und 6.4.2.4.23 hiervor). Damit ist das Argument der Beschwerdeführerin, wonach nur der Austausch der mit den Händlern effektiv ausgehandelten Preise gefährlich sein könnte, widerlegt. Ob es der Vorinstanz im Sinne einer Korrelationsanalyse ausserdem gelungen ist, die Korrelation zwischen Brutto- und Endkonsumentenpreisen empirisch nachzuweisen, kann demnach offen bleiben. Des Weiteren implizieren die Ausführungen der Vorinstanz, dass – wie im Massenmarkt – vor allem ein günstiger Preis die Grundlage einer Kaufentscheidung sei. Damit hat die Wettbewerbskommission die Besonderheiten eines luxus- bzw. prestigeartigen Marktes, der nicht in gleicher Weise wie der Massenmarkt durch den Preiswettbewerb geprägt wird, vernachlässigt (vgl. E. 6.4.2.4.23 hiervor sowie angefochtene Verfügung Rz. 31 ff., 36 ff., 89 ff., 93 ff.). Aber auch unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Luxus- und Prestigemarkts kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht der Schluss gezogen werden, dass der Preis und damit dessen Bedeutung vollkommen in den Hintergrund tritt. Dies gilt demgegenüber wohl für den (für die Durchschnittskonsumentinnen und -konsumenten unerreichbaren) Luxusmarkt im engen Sinne (vgl. E. 6.4.2.4.26 hiervor). Der Bruttopreislistenaustausch ermöglichte unter den konkreten Umständen, dass das Verhalten der andern ASCOPA-Mitglieder besser abschätzbar (predictable) war. Im

Sinne eines Gesamtfazits spricht insbesondere die tatsächliche Bedeutung der Bruttopreise im relevanten Markt aus qualitativer Sicht für das Bejahen der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG bereits in Bezug auf deren Austausch, auch wenn dieser isoliert betrachtet wird. Dies kann jedoch mit Blick auf die Beurteilung der Kombination des Austauschs von Bruttopreisen und Umsatzdaten (vgl. E. 6.4.2.5.10) letztlich offen bleiben.

6.4.2.5 Der Austausch der Bruttoumsätze

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.4.2.5.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz hinsichtlich der ausgetauschten und aggregierten Umsätze keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet habe (Beschwerde Rz. 78, 90, 95 f., 114, 122). Da die ausgetauschten Umsätze aggregiert gewesen seien, handle es sich nach Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht um strategisch relevante Daten (Beschwerde Rz. 96). Auch seien die ausgetauschten Umsätze nach Produktkategorien gegliedert gewesen; sie hätten keine Rückschlüsse auf einzelne Produkte oder die abgesetzte Menge bzw. die SKU (Stock Keeping Unit) zugelassen (Beschwerde Rz. 90). Ebenfalls sei eine Rückrechnung auf die Preise durch die ausgetauschten Umsätze nicht möglich gewesen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 9, 15). Die Vorinstanz hätte zudem, sofern sie konsequent ihrer eigenen Methode gefolgt wäre, die Korrelation zwischen den Umsätzen und einem relevanten Wettbewerbsparameter darlegen müssen (Beschwerde Rz. 105).

6.4.2.5.2 Zudem meint die Beschwerdeführerin, dass der Umsatztausch ineffektiv gewesen sei. So habe die Beschwerdeführerin von drei (Estée Lauder, Clinique und Aramis) ihrer zehn Marken Informationen geliefert. Sie habe jedoch nie einen Beitrag von Fr. 200.– ausrichten müssen oder es sei ihr ein Ausschluss vom Informationsaustausch angedroht worden (Beschwerde Rz. 48 f.).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.4.2.5.3 Die Vorinstanz legt dar, dass die Parteien monatlich, vierteljährlich und jährlich ihre Bruttoumsatzzahlen austauschten. Die Bruttoumsatzzahlen werden auch „sell-in“ genannt und ergeben sich aus der verkauften Stückzahl multipliziert mit dem Bruttoverkaufspreis. Sie spiegeln den Betrag wieder, den jedes ASCOPA-Mitglied mit dem Verkauf seiner

Produkte an den Handel erzielte (E. 4.4.3.5.1 f. hiervor; angefochtene Verfügung Rz. 112 ff., 116 ff. i.V.m. 18 ff., 130 ff.).

6.4.2.5.4 Die ausgetauschten monatlichen Umsätze wurden ab dem Jahr 2005 – rückwirkend auf das Jahr 2004 – elektronisch auf der Intranetseite von ASCOPA erfasst. Nach den Feststellungen der Vorinstanz konnten die Umsatzentwicklungen dank dem elektronischen Umsatzaustausch abgebildet, die Marktanteile automatisch berechnet werden und ein Umsatzvergleich konnte hinsichtlich der selektiv vertriebenen Marken separat auf ein Excel-Format exportiert werden. Ausserdem war nach der Darstellung der Wettbewerbskommission auch der Detaillierungsgrad durch die elektronische Datenerfassung höher als zuvor (angefochtene Verfügung Rz. 118 f., 126, 155). So konnte durch den elektronischen Umsatz-austausch bei ASCOPA ein Zugewinn von Marktanteilen der einzelnen ASCOPA-Mitglieder entdeckt werden. Jene von einem Zugewinn betroffenen Marktteilnehmer hatten sich nach den Feststellungen der Vorinstanz wiederum gegenüber dem Verband zu erklären (angefochtene Verfügung Rz. 158). Die ASCOPA-Mitglieder, welche mit Umsatzlieferung säumig waren, hätten Fr. 200.– pro Marke bezahlen müssen und ihnen habe der Ausschluss vom Informationsaustausch gedroht (angefochtene Verfügung Rz. 139 ff.). Schliesslich geht die Vorinstanz davon aus, dass die Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder in den Jahren 2004-2007 auf dem Gesamtmarkt und in den Teilmärkten stagniert haben (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff.; Abbildung 29 f.).

6.4.2.5.5 Je nach Grösse einer Produktkategorie hat nach Auffassung der Vorinstanz dank der ausgetauschten Bruttopreise die Möglichkeit bestanden, Umsätze bis auf ein einzelnes Produkt, auf eine kleinere Produktkategorie runterzurechnen (angefochtene Verfügung Rz. 148 ff.) oder auch die abgesetzte Menge bzw. die Stock Keeping Unit (SKU) zu ermitteln (angefochtene Verfügung Rz. 152, 179). So hätten sich die ASCOPA-Mitglieder durch die ausgetauschten Umsätze ein klares Bild über die Marktanteile einer Marke einer Produktkategorie machen können (angefochtene Verfügung Rz. 156). Dank dem Einblick in die Umsatzzahlen und in die Werbeausgaben sei es möglich gewesen, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu machen (angefochtene Verfügung Rz. 640).

iii. Grundlagen

6.4.2.5.6 Nicht nur der Austausch von Informationen über Wettbewerbsparameter, sondern auch der Austausch *wettbewerbssensibler Information* kann kartellrechtlich aus qualitativer Sicht bedenklich sein (vgl. E. 4.5.3.3, 6.4.2.3 hiavor). Bei wettbewerbssensiblen Informationen geht es um vertrauliche, firmenspezifische und strategische Informationen. Werden Informationen über wettbewerbssensible Informationen ausgetauscht, lassen sich diese Informationen häufig auf Wettbewerbsparameter zurückführen (BLATTMANN, S. 289). Umsätze bestehen aus dem Ergebnis der Multiplikation zweier problematischer Wettbewerbsparameter (Preis mal Menge). In der Lehre wird dazu festgehalten, dass das allein nicht genüge, um die Kartellrechtswidrigkeit eines Informationsaustauschs zu begründen. Denn derselbe Umsatz kann aus hohen Preisen und einer niederen Stückmenge oder auch umgekehrt bestehen. Sofern sich die Menge oder der Preis anderweitig ermitteln lassen oder allenfalls Preisspannen erkennbar sein können, kann sich der Austausch von Umsätzen durchaus sensibel gestalten (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 219 ff., insb. S. 227 f.). Indessen lässt sich an der Beobachtung von Umsatzschwankungen das Verhalten der Konkurrenz rekonstruieren. Entscheidend sind hier auch die Umstände des Einzelfalles (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 227 f.; BLATTMANN, S. 292 f.). Gemäss Rz. 86 der Horizontalleitlinien sind Umsätze als strategische Informationen zu werten.

iv. Würdigung

6.4.2.5.7 Vorliegend wurden Bruttoumsätze ausgetauscht (angefochtene Verfügung Rz. 112 ff.). Es geht um diejenigen Umsätze, welche die ASCOPA-Mitglieder mit dem Verkauf an die Händler erzielten (angefochtene Verfügung Rz. 112; E. 4.4.3.5 hiavor). Die vorinstanzlichen Feststellungen zur Art und Häufigkeit des Informationsaustauschs sind im Wesentlichen unbestritten (vgl. dazu insbesondere E. 6.4.1.1.4 hiavor). Ob es tatsächlich möglich war, bis auf ein einzelnes Produkt zurückzurechnen, wie die Vorinstanz behauptet, kann im Folgenden offen bleiben (vgl. E. 6.4.1.3.11 hiavor).

Die Rüge, dass die Vorinstanz hinsichtlich der ausgetauschten und aggregierten Umsätze keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet habe (Beschwerde Rz. 78, 90, 95 f., 114, 122), ist zwar formal betrachtet mit Blick auf Rz. 435 der angefochtenen Verfügung nicht offensichtlich unbegrün-

det. Materiell ergibt sich indessen aus dem argumentativen Zusammenhang eindeutig, dass die Vorinstanz davon ausgeht, dass ihrer Auffassung nach jedenfalls der Wettbewerbsparameter Preis betroffen ist. Sie hält zwar zuerst fest, dass mittels der ausgetauschten Angaben verschiedene Wettbewerbsparameter beeinflusst hätten werden können, legt sich also tatsächlich noch nicht fest. Da der nächste Satz aber lautet, der Preis sei auch im vorliegenden Fall ein zentraler Wettbewerbsparameter, ergibt sich aus der Lektüre des ganzen Abschnittes jedenfalls, dass die Vorinstanz der Überzeugung ist, dass der Preis in Bezug auf den Austausch von Umsatzdaten ein relevanter Wettbewerbsparameter ist. Demnach steht die Feststellung der Beschwerdeführerin, dass Marktanteile keine Wettbewerbsparameter sind (Beschwerde, Rz. 105 mit Fn. 28), nicht in Widerspruch zu den Ausführungen der Vorinstanz. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Einblick in Umsatzzahlen Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zulasse (angefochtene Verfügung Rz. 640). Unbestritten ist ausserdem, dass der Beschwerdeführerin keine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG vorgeworfen wird, worauf die Beschwerdeführerin noch einmal ausdrücklich hinweist. Indessen hält die Vorinstanz in Rz. 639 der angefochtenen Verfügung fest, dass der Austausch von Preis- und Mengeninformationen sowie Geschäftsstrategien als problematisch eingestuft wird. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass jedenfalls der Preis ausdrücklich als Wettbewerbsparameter benannt wird. In Bezug auf die Mengen hätte das in der angefochtenen Verfügung vielleicht etwas deutlicher zum Ausdruck kommen können. Indessen ist das Bundesverwaltungsgericht so oder anders nicht an die Begründung der Vorinstanz gebunden. Es kann die Beschwerde mit Blick auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 62 Abs. 4 VwVG) auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGE 127 II 264 E. 1b; BVGE 2009/61 E. 6.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 1.54). Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin richtig verstanden, dass die Vorinstanz im Ergebnis zum Schluss kommt, dass der Austausch von Umsatzdaten wegen der Möglichkeit des Rückschlusses auf Geschäftsstrategien als qualitativ erheblich zu beurteilen ist. Ob dies zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen.

6.4.2.5.8 Die Umsätze der ASCOPA-Mitglieder wurden seit 2005 (rückwirkend ab 2004) auf dem Intranet von ASCOPA erfasst. Daher konnten die Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder automatisch berechnet werden und es waren auch Abweichungen von bisherigen Marktanteilen erkennbar. Nach diesem Konzept folgerichtig mussten sich die ASCOPA-Mitglieder

hinsichtlich eines Zugewinnes von Marktanteilen gegenüber dem Verband allenfalls erklären (angefochtene Verfügung Rz. 118 f., 158). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Marktanteile mehrheitlich stagnierten (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff., Abbildung 29 f.; vgl. E. 6.5.4.4.1 ff. hiernach). Darauf ist indessen im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen. Jedenfalls in Kombination mit Bruttopreislisten sind die Umsatzdaten von anderer Aussagekraft, als wenn nur die Umsatzdaten allein Gegenstand eines Informationsaustauschs sind. Ausserdem bestritt auch die Beschwerdeführerin nicht, dass der Austausch von Umsatzdaten Rückschlüsse auf Marktanteile zulässt. Den Umsätzen kommt zwar jedenfalls die Bedeutung eines Wettbewerbsparameters zu (vgl. BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 292). WAGNER-VON PAPP geht davon aus, dass das auch auf die Marktanteile zutrifft (WAGNER-VON PAPP, Diss., Systematik der S. 219 ff. und insb. S. 228). Auch wenn nur den Mengen Wettbewerbsparameterqualität zukommen würde, heisst das aber nicht, dass die Marktanteile – im Sinne der Begründung der wettbewerbs-sensiblen Natur von Mengenangaben ohne das Ziel einer eigentlichen Mengenabsprache – nicht ebenfalls zum Thema gemacht werden können. In Ergänzung der vorinstanzlichen Ausführungen erscheint klar, dass die Marktanteile (als möglicher Gegenstand eines Informationsaustauschs) als problematische Grösse erscheinen, da sowohl im Rahmen von Kartellen als auch von stillschweigendem Kollusivverhalten die gegenseitige Beschwichtigung durch Aufrechterhalten der jeweiligen Marktanteile erfolgt. Die Meldung von Marktanteilen führt daher zu einer Minderung der Unsicherheit über die Dynamik des Wettbewerbs (WAGNER-VON PAPP, Diss., S. 228; BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 293). Besonders interessant ist dabei die Frage, ob diese Anteile stabil bleiben oder ob eine gewisse Dynamik festzustellen ist, was den ASCOPA-Mitgliedern insbesondere einen Hinweis geben würde, dass sich auch im Rahmen der Preisbildung etwas bewegen könnte (BLATTMANN, Informationsaustausch, S. 293). Demnach wurden mit den ausgetauschten Bruttoumsätzen wettbewerbs-sensible Informationen ausgetauscht. Vor diesem Hintergrund ist die Aussage der Vorinstanz, dass der Einblick in die Umsatzzahlen es ermöglichte, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu machen (angefochtene Verfügung Rz. 640), im Ergebnis nicht zu beanstanden. Damit spricht der häufige Austausch von Umsatzdaten aus qualitativer Sicht jedenfalls in Kombination mit dem festgestellten Austausch von Bruttopreislisten dafür, die Erheblichkeit zu bejahen (vgl. E. 6.4.2.4.30 hiervor).

6.4.2.5.9 Zudem zielt die die Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie nur bezüglich drei Marken (Aramis, Clinique und Estée Lauder) Umsatzdaten

geliefert und sieben weitere Marken vernachlässigt hatte (Beschwerde Rz. 49) und daher der Umsatzaustausch ineffektiv sei, da die Beschwerdeführerin hinsichtlich dieser sieben Marken nie den Betrag von Fr. 200.– ausrichten musste, an der Sache vorbei. In der angefochtenen Verfügung ist ersichtlich, dass sich die ASCOPA-Mitglieder nicht mit allen ihren Marken am Informationsaustausch beteiligt hatten, sondern nur mit denen, welche sie selber dem Luxus- bzw. Prestigesegment zuordneten (angefochtene Verfügung Rz. 473). Abbildung 8 der angefochtenen Verfügung, welche die den einzelnen ASCOPA-Mitgliedern zugehörigen am Informationsaustausch beteiligten Marken aufzeigt, nennt nur drei Marken der Beschwerdeführerin (Aramis, Clinique und Estée Lauder). Demnach hat die Beschwerdeführerin mit den sieben weiteren Marken gar nicht am Informationsaustausch teilgenommen. Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass sie bezüglich der Nichtlieferung von Informationen dieser sieben Marken nie gebüsst wurde. Der Umsatzaustausch war effektiv. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen die gerichtlichen Feststellungen in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit nicht in Frage zu stellen.

v. Zwischenfazit

6.4.2.5.10 Zusammenfassend ergibt sich, dass die ausgetauschten Umsätze insbesondere auch als Stabilitätsgradmesser in Bezug auf die Marktanteile gedient haben, womit wettbewerbssensible Informationen vorliegen. Nichtlieferung von Umsatzinformationen sowie Schwankungen wurden erkannt und wenn nötig thematisiert. Diesem Stabilitätsgradmesser kommt einerseits eine selbständige Bedeutung zu, macht aber jedenfalls den Austausch von Bruttopreislisten ungleich effektiver im Vergleich zum alleinigen Austausch von Bruttopreislisten. Damit ist aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit möglicherweise bereits in Bezug auf den häufigen Austausch von Umsatzdaten, jedenfalls aber für die vorliegend festgestellte Kombination eines Informationsaustauschs über Bruttopreise und Umsatzzahlen gegeben. Die Rügen der Beschwerdeführerin, dass die Ausführungen der Vorinstanz hinsichtlich der Rückverfolgung auf die abgesetzte Menge oder den SKU durch die ausgetauschten Umsätze nicht ausreichend waren, vermögen die Wirkung des häufigen Austauschs von Umsatzdaten als Stabilitätsgradmesser nicht in Frage zu stellen. Auch insoweit muss die Vorinstanz nicht den Nachweis erbringen, dass die Marktanteile tatsächlich stabil geblieben sind.

6.4.2.6 Der Austausch von Werbeinvestitionen

i. Sachverhalt

6.4.2.6.1 Betreffend den in Bezug auf den Austausch über die Werbeinvestitionen relevanten Sachverhalt, kann insbesondere auf die Ausführungen in den Erwägungen 4.4.3.6 und E. 6.4.1.3.11 verwiesen werden. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Austausch über die Werbeinvestitionen auf einem Formular erfasst wurde, auf welchem die Produktkategorie (Pflege, Make-up, Männer- und Frauenparfum) und der Werbekanal (Magazine, Plakate, TV etc.) neben dem Unternehmensnamen und der betreffenden Marke anzugeben waren. Bezüglich der einzelnen Kategorien der Werbekanäle (z.B. Werbekosten pro verschiedene Zeitschrift) hatten die ASCOPA-Mitglieder wiederum detaillierte Angaben hinsichtlich der Kosten zu machen. Im Anschluss daran erhielten die ASCOPA-Mitglieder eine Liste, aus welcher die Werbeinvestitionen der einzelnen ASCOPA-Mitglieder in Bezug zur Marke und zum jeweiligen Medium hervorgingen (angefochtene Verfügung Rz. 181 ff.).

ii. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.4.2.6.2 Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Austausch der Werbeinvestitionen keinen Wettbewerbsparameter betroffen habe (Beschwerde Rz. 77 f., 91, 114, 122). So seien durch den Austausch der Werbeinvestitionen keine künftigen Werbeaktivitäten oder künftigen Absichten hinsichtlich Marketingmassnahmen offen gelegt worden (Beschwerde Rz. 60, 140). Es fehle an einer Begründung der Vorinstanz, weshalb der Wettbewerbsparameter Werbung vom Austausch über die Werbeinvestitionen betroffen worden sei (Beschwerde Rz. 77, 95; Replik Rz. 64).

6.4.2.6.3 So hätte die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Auswirkungen des Informationsaustausches auf den Wettbewerbsparameter Werbung aufzeigen sollen, wenn sie konsequent ihrer Methode gefolgt wäre (Beschwerde Rz. 105). Ebenfalls habe die Vorinstanz nicht aufgezeigt, ob sich die Auswirkungen auf den Wettbewerb anders gestaltet hätten, wenn es keinen Austausch über Werbeinvestitionen gegeben hätte (Replik Rz. 94). So habe es die Vorinstanz unterlassen, zu untersuchen, ob der Austausch über die Werbeinvestitionen zu einer Koordination der Werbeausgaben zwischen den ASCOPA-Mitgliedern führte (Beschwerde Rz. 61). Es sei auch von der Vorinstanz irreführend gewesen, zu behaupten, dass die ASCOPA-Mitglieder die Bruttowerbeinvestitionen in ihre Kostenanalyse miteinbeziehen hätten können und allenfalls die

Werbekosten einer Produkteneuheit hätten erschliessen können (Beschwerde Rz. 56).

iii. Vorbringen der Vorinstanz

6.4.2.6.4 Die Vorinstanz führt zum Austausch von Angaben betreffend die Ausgaben für Werbung aus, die Konkurrenten hätten nur das im Informationsaustausch angegebene Werbemedium (z.B. ein Magazin) durchblättern müssen und es sei möglich gewesen, die Werbekosten eines Produktes zu eruieren (angefochtene Verfügung Rz. 203, 206 ff.). Anhand der ausgetauschten Bruttopreise sei auch der Produkteerfolg hinsichtlich der Werbeinvestitionen erkenntlich gewesen. Diese Ergebnisse konnten dann die ASCOPA-Mitglieder in die Kostenanalyse einer Produktlancierung einfließen lassen (angefochtene Verfügung Rz. 213).

6.4.2.6.5 Im Kontext mit den „qualitativen Kriterien“ der Erheblichkeit legt die Vorinstanz mit Verweis auf ihre Ausführungen zur Marktabgrenzungen dar, dass dem Markenimage im Prestige- und Luxussegment ein hohes Image zukommen würde, weshalb kostenintensive Werbekampagnen betrieben würden. Gemessen an den erzielten Umsätzen würden die Werbeausgaben der ASCOPA-Mitglieder für Parfums bis zu 40 %, für Pflegeprodukte bis zu 40 % und für Make-up-Produkte bis zu 23 % betragen (angefochtene Verfügung Rz. 491 i.V.m. 638). Bei der Prüfung des Innenwettbewerbs verweist die Vorinstanz auf die zentrale Funktion der Werbung und des Marketings in der Luxuskosmetik in allen drei Teilmärkten (angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]).

iv. Würdigung

6.4.2.6.6 Es ist zwar der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass sich der vorliegende Informationsaustausch nicht auf zukünftige Inhalte bezogen hatte (angefochtene Verfügung Rz. 426 f.). Jedoch kann nicht aufgrund des Fehlens künftiger Inhalte in Bezug auf den Informationsaustausch geschlossen werden, dass der Austausch über Werbeinvestitionen keinen Wettbewerbsparameter in Beschlag genommen hätte oder nicht sensibel wäre. In Bezug auf die Möglichkeit von Rückschlüssen ist festzuhalten, dass die Inserate-Preise der jeweiligen Werbemedien den ASCOPA-Mitgliedern bekannt waren. In Kombination mit diesem Wissen konnten die am Informationsaustausch beteiligten Wettbewerber ersehen, welche Beträge für die Bewerbung einer Marke bzw. Produktlinie

ausgegeben wurden. Ob das auch in Bezug auf einzelne Produkte gilt, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben.

6.4.2.6.7 Die Rügen, dass die Vorinstanz nicht untersucht habe, ob sich die Auswirkungen auf den Wettbewerb anders gestaltet hätten, als wenn es keinen Austausch über Werbeinvestitionen gegeben hätte (Replik Rz. 94) und dass die Vorinstanz nicht die Koordination der Werbeausgaben untersucht habe und es gar nicht möglich gewesen sei, die Werbekosten einer Produkteneuheit zu eruieren (Beschwerde Rz. 56), bewegen sich bereits im Wirkungsbereich und gehen über die in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu stellenden Anforderungen hinaus (vgl. E. 6.3.3, 6.3.3.3.5 hiervor).

6.4.2.6.8 Ausserdem kann der Rüge, wonach die Vorinstanz nicht ausreichend begründet habe, dass der Wettbewerbsparameter Werbung vom Informationsaustausch betroffen sei (Beschwerde Rz. 77, 95, Replik Rz. 64), nicht gefolgt werden. Zwar ist der Beschwerdeführerin dahingehend zuzustimmen, dass die Werbung im Unterschied zu anderen Kosten nicht zu den klassischen Wettbewerbsparametern in vom Preiswettbewerb geprägten Märkten gehört (BLATTMANN, S. 293). Gleichwohl ist sie für den Geschäftsabschluss relevant (BLATTMANN, S. 289). Für den Luxus- bzw. Prestigemarkt in Bezug auf Kosmetika ist aber nach dem in E. 6.4.2.4.25 hiervor Gesagten jedenfalls von einem klassischen Wettbewerbsparameter auszugehen. Betreffend die Relevanz der Werbung hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Ausführungen in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zum Wettbewerbsparameter Werbung auf ihre Ausführungen zur Marktabgrenzung verwiesen. Dort hat sie festgehalten, dass die Werbeausgaben der ASCOPA-Mitglieder gemessen an den Umsätzen für Parfums bis zu 40 %, für Pflegeprodukte bis zu 40 % und für Make-up-Produkte bis zu 23 % betragen würden (angefochtene Verfügung Rz. 491 i.V.m. 638). Auch MÜLLER-STEWENS geht im Bereich der Luxuskosmetik von erheblichen Investitionen ins Branding aus (MÜLLER-STEWENS, S. 30). Insoweit hat die Vorinstanz mit ihren prozentualen Angaben die Relevanz des Wettbewerbsparameters Werbung fundiert begründet (angefochtene Verfügung Rz. 491 i.V.m. 638). Die errechneten Prozentanteile werden seitens der Beschwerdeführerin als solche auch nicht bestritten. Ebenso wenig macht die Beschwerdeführerin geltend, dass der relevante Markt – anders als von der Vorinstanz festgestellt – durch hohe Gestehungskosten geprägt sei, was wiederum die Bedeutung der Werbekosten relativieren könnte. Bereits diese Prozentangaben lassen die Schlussfolgerung zu, dass der Anteil der Werbekosten an den ausgetauschten Umsätzen nicht nur einen beträchtlichen Anteil an den

Marketingausgaben, sondern auch den Gesamtumsätzen der jeweiligen Teilmärkte in Beschlag genommen hat. Dies entspricht der Sache nach einer der Kernaussagen des Entscheids „Coty“ des OLG Frankfurt am Main, mit welchem dieses festgehalten hat, dass das Luxusimage auf Marketingaktivitäten des Herstellers beruht (OLG Frankfurt am Main „Coty“ vom 12.07.2018 - 11 U 96/14 [Kart], abgedruckt in NZKart 12/2018, S. 587; ebenso MEY, WuW 2019/2 S. 84 f.; vgl. diesbezüglich auch zum Coty-Urteil des EuGH E. 5.3.2.3.5 f. und 5.3.2.4.6 ff. hiervor). Mit dem Austausch über Werbeinvestitionen brachten die ASCOPA-Mitglieder zum Ausdruck, wie wichtig es ihnen ist, das Luxusimage namentlich durch Werbung aufrechtzuerhalten. Dem entspricht auch der Umstand, dass die Werbung teilweise auch ein Thema der Verhandlungen zwischen den ASCOPA-Mitgliedern und den Detailhändlern war (vgl. dazu E. 6.4.2.4.22 hiervor). Durch den Austausch der Werbeinvestitionen weiss ein ASCOPA-Mitglied, welche Ausgaben seine Konkurrenten für die Werbung getätigt haben. Demnach sind die Werbeausgaben, die ja zentrales Element der Luxus- bzw. Prestigekosmetik sind, besser planbar. So hebt der Informationsaustausch die strategische Ungewissheit hinsichtlich der Werbekosten der Konkurrentinnen auf. Der Austausch ist nicht nur als Anreiz in Bezug auf die Dynamik der Konkurrenz unter den ASCOPA-Mitgliedern betreffend die Werbeausgaben zu sehen, da Produktkategorien und Werbekanäle sowie Unternehmensname und Marke (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 182 ff.; Abbildung 10) beim Austausch über die Werbeinvestitionen offen gelegt wurden. Vielmehr hat dieser Austausch über die Werbeinvestitionen –auch vergleichbar den Umsatzzahlen (unter Berücksichtigung der Rückschlüsse auf die Stabilität der Marktanteile; vgl. E. 6.4.2.5.8 hiervor) – die Wirkung, dass die ASCOPA-Mitglieder generelle Schlüsse auf die Wettbewerbsdynamik ziehen können. Wenn sich bei den Werbeausgaben etwas ändert, werden sie sich das den Kern des Informationsaustauschs bildende Datenmaterial zur Preisbildung genauer anschauen. Vor diesem Hintergrund ist der Vorinstanz im Ergebnis zuzustimmen, wenn sie festhält, dass der Nutzen des Austausches der Werbeausgaben nicht losgelöst vom Austausch der Preislisten und Umsatzangaben betrachtet werden kann (angefochtene Verfügung Rz. 225).

6.4.2.6.9 Ebenfalls kann in diesem Sinne auch auf die Ausführungen zum Innenwettbewerb (vgl. ebenfalls E. 6.5.5 und 6.5.6.2) verwiesen werden, zu welchem seitens der Vorinstanz ausgeführt wurde, in der Luxus- bzw. Prestigekosmetik seien die Marketingstrategien von zentraler Relevanz und demnach die Kenntnis über die Werbekosten wichtig (angefochtene Verfügung Rz. 770 [Parfums], 772 [Make-up], 779 f. [Pflege]). Demzufolge

kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn diese behauptet, dass die Vorinstanz eine Begründung dazu unterlassen hätte (Beschwerde Rz. 77, 95), dass der Wettbewerbsparameter Werbung durch den Austausch der Werbeinvestitionen betroffen worden sei. Richtig ist immerhin, dass diese Aussagen nicht im Rahmen der Ausführungen zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit gemacht worden sind. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass insbesondere die Bedeutung der Werbekosten für den relevanten Markt ein Indiz dafür ist, dass aus qualitativer Sicht von der Erheblichkeit des Austauschs über die Werbeausgaben auszugehen ist. Dies gilt aber jedenfalls für die Kombination mit den bereits beschriebenen Elementen des Informationsaustauschs (vgl. E. 6.4.2.5.10 hiavor).

v. Zwischenfazit

6.4.2.6.10 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch der festgestellte Austausch über die Werbeinvestitionen gerade mit Blick auf den in Frage stehenden Luxusmarkt aus qualitativer Sicht für die Erheblichkeit des Informationsaustauschs spricht. Dies gilt jedenfalls in Kombination mit den anderen Elementen des Informationsaustauschs.

6.4.3 Fazit zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit

Aufgrund der Zwischenbeurteilungen zu den einzelnen Elementen des Informationsaustauschs (vgl. E. 6.4.2.4.30, 6.4.2.5.10 und 6.4.2.6.10 hier vor) ergibt sich, dass es aus qualitativer Sicht naheliegt, dass die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG jedenfalls in Bezug auf die die Kombination des Austauschs der Bruttopreislisten und desjenigen betreffend die Umsatzdaten gegeben ist. Das gilt umso mehr für die Kombination aller drei Elemente unter Berücksichtigung der Werbeinvestitionen. Der Informationsaustausch erlaubt nicht nur eine Art Monitoring, mit dessen Hilfe festgestellt werden kann, ob es im relevanten Markt ruhig geblieben ist. Vielmehr erscheint es namentlich aufgrund der Aussagen der Händler auch hinreichend plausibel, dass auch dahingehend ein Anreiz geschaffen worden ist, dass die Dynamik des Wettbewerbs für die Zukunft gebremst wird und es im relevanten Markt vergleichsweise ruhig bleibt (vgl. zum Begriff der Marktberuhigung ZIRLICK/BANGERTER, DIKE KG, Art. 5 N 258). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, wenn sie festhält, dass der Nutzen des Austauschs der Bruttoumsatzzahlen nicht losgelöst vom übrigen Informationsaustausch betrachtet werden kann. Das gilt für jedes Element des Informationsaustauschs (angefochtene Verfügung Rz. 141, Rz. 167 und Rz. 225). Angesichts dieser gewichtigen Argumente für die Erheblichkeit

des Informationsaustauschs aus qualitativer Sicht sind an die Erheblichkeit desselben aus quantitativer Sicht keine hohen Anforderungen zu stellen.

6.5 Quantitative Elemente der Erheblichkeit

Die vorliegende Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit bezieht sich auf alle Handlungen des Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreislisten, Austausch der Umsatzzahlen und Austausch der Werbeinvestitionen), da sich diese Handlungen alle auf demselben Markt abspielten. Dort, wo die Teilmärkte (Pflege, Parfum und Make-up) von Relevanz sind, wird auf diese an geeigneter Stelle eingegangen. Auch betreffend die AGB-Empfehlungen geht es um denselben Markt, nämlich um den Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik (vgl. E.8 hiernach). Im Bereich der quantitativen Elemente der Erheblichkeit betreffend die AGB-Empfehlungen sind jedoch zusätzliche Aspekte zu betrachten, weshalb diesbezüglich eine gesonderte Prüfung erfolgt (vgl. E. 9.5 f. hiernach).

6.5.1 Einleitende Bemerkungen zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit

6.5.1.1 Die quantitativen Elemente einer Wettbewerbsbeeinträchtigung haben die Frage zum Gegenstand, in welchem Umfang der Markt von einer Wettbewerbsabrede erfasst wird. Je enger der Markt abgegrenzt ist, desto schneller erreicht die Abrede eine gewisse quantitative Bedeutung (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 230 f.). Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. „Buchpreisbindung I“; Urteile des BGer in den vereinigten Verfahren 2C_295/2021 und 2C_307/2021 E. 4.1.2.5 „Markant“ und 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“; vgl. diesbezüglich zum Charakter einer qualifizierten Bagatelle E. 6.3.1.4.2 hiervor). Demnach ist die Erheblichkeitsprüfung aus quantitativer Sicht eine auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 „Gaba“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 16.1 „Dargaud [Suisse] SA“; Urteile des BVGer B-506/2010 E. 11.1.5 und E. 11.3.4 „Gaba“; B-463/2010 „Gebro“, E. 11.1.2 und E. 11.3.4; vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1532). Relevant ist in diesem Kontext neben dem potenziellen Wettbewerb auch die Stellung der Marktgegenseite (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 240 f.; BORER, Art. 5 KG N 23). Damit nicht zu verwechseln sind eigentliche Auswirkungen (Urteil des BVGer B-581/2012 E. 7.5.1 „Nikon“; vgl.

E. 6.3.3.3.6 hiavor). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil „Hallenstadion-Ticketcorner“ betreffend das Erreichen der Erheblichkeitsschwelle auf die Gesamtsumme des qualitativen und quantitativen Aspekts im Sinne des Röhrensystems (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 „Gaba“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1, 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“) bzw. des Sandhaufentheorems (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 201, 225) abgestellt (vgl. E. 6.3.2.4 hiavor). So war im Fall „Hallenstadion-Ticketcorner“ die Erheblichkeitsschwelle bereits mit dem von der WEKO festgestellten quantitativen Aspekt von unter 10 % unter Berücksichtigung der qualitativen Elemente insgesamt überschritten (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

6.5.1.2 Die quantitativen Elemente der Erheblichkeit beinhalteten die Prüfung des Aussen- und des Innenwettbewerbs. Der *Aussenwettbewerb* (E. 6.5.4) umfasst den aktuellen (E. 6.5.4.1) und den potenziellen (E. 6.5.4.5) Wettbewerb. Zudem wird die Stellung der Marktgegenseite geprüft (E. 6.5.5; BORER, Art. 5 KG N 23; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in an nutshell, 2. Aufl. 2016, S. 47, nachfolgend: HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in an nutshell, 2. Aufl.). Danach wird der *Innenwettbewerb* geprüft (E. 6.5.6).

6.5.1.3 Beim *aktuellen Wettbewerb* sind die Marktanteile der Abredepartner auf dem Markt von Relevanz (HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in an nutshell, 2. Aufl. S. 47). Es geht um den Marktanteil, den die an der Wettbewerbsabrede Beteiligten halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“; zur Mittäterschaft vgl. E. 3.2.2.2.5 und 4.4.3.9.2 hiavor). So handelt es sich vorliegend um die Marktanteile, die alle ASCOPA-Mitglieder mit ihren bei ASCOPA vertretenen Marken gemeinsam halten und nicht um den Marktanteil eines einzelnen Marktteilnehmers oder einer einzelnen Marke. Gegebenenfalls ist auf die Teilmärkte, auf welchen die Mitglieder von ASCOPA mit vom Informationsaustausch umfassten Marken aktiv sind, insbesondere Pflege, Parfum und Make-up, separat einzugehen.

6.5.1.4 Die Marktmerkmale werden einerseits untenstehend in Erwägung 6.5.3 thematisiert, andererseits werden sie wiederum im Zuge der Prüfung zum aktuellen Wettbewerb (stagnierende Marktanteile, vgl. E. 6.5.4.4) aufgegriffen. Ausserdem sind die massgebenden Merkmale des Marktes bereits im Kontext mit den Horizontalleitlinien und Art. 5 Abs. 1 KG thematisiert worden (vgl. E 6.3.5.6 hiavor).

6.5.1.5 Beim *potenziellen Wettbewerb* ist zu prüfen, ob potenzielle Wettbewerber dem Markt beitreten und ob dieselben einen disziplinierenden Einfluss auf die schon bestehenden Wettbewerber haben könnten (Urteile des BVGer B-3618/2013 E. 208 „Hallenstadion-Ticketcorner“; B-7633/2009 E. 334 „Preispolitik Swisscom ADSL II“; BORER, Art. 5 KG N 24). Es geht sozusagen um potenzielle Konkurrenten (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 f. „Hallenstadion-Ticketcorner“). Die Wahrscheinlichkeit, ob potenzielle Wettbewerber in den Markt eintreten können, beurteilt sich nach ökonomischen, juristischen und faktischen Marktzutrittschranken (WEBER/VOLZ, Rz. 2.338).

6.5.1.6 Bei der Beurteilung der *Stellung der Marktgegenseite* sind die Aspekte, aus denen sich eine besondere Verhandlungsposition ergibt, heranzuziehen (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 „Hallenstadion-Ticketcorner“; WEBER/VOLZ, Rz. 2.339). In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die Marktgegenseite (vgl. E. 6.5.5 hiernach) auf die an der Abrede Beteiligten Druck ausüben kann (Urteil des BVGer B 3618/2013 E. 218 „Hallenstadion-Ticketcorner“; BORER, Art. 5 KG N 24).

6.5.1.7 Nach der Prüfung von Aussenwettbewerb und *Stellung der Marktgegenseite* wird der *Innenwettbewerb* geprüft (E. 6.5.6), welcher die Frage zum Gegenstand hat, ob trotz der geschlossenen Abrede der Wettbewerb, beispielweise aufgrund anderer Wettbewerbsparameter, unter den beteiligten Unternehmen weiterbesteht (vgl. BGE 129 II 18 E. 8.1 „Buchpreisbindung I“).

6.5.2 Rügen zum Beweismass in Bezug auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit

6.5.2.1 Bevor auf den aktuellen und auf den potenziellen Wettbewerb sowie auf die Stellung der Marktgegenseite eingegangen werden kann, ist die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend das Beweismass aufzugreifen. Diese rügt nämlich, dass die Massstäbe von „Publigroupe“ (BGE 139 I 72 E. 8.3 „Publigroupe“) betreffend die Beweisforderungen auf komplexen Märkten nur für den Tatbestand der Marktbeherrschung gelten würden, da solche Fälle komplex seien. Der vorliegende Fall sei nicht komplex, daher sei es sachgerecht, strikte Beweisforderungen zu verlangen. Denn die erleichterten Beweisforderungen von „Publigroupe“ würden nicht gelten. Zudem handle es sich vorliegend um einen „Leading-Case“ in einem neuen Gebiet des Kartellrechts, der in der Zukunft für schweizerische Unternehmen aller Geschäftsbereiche in Bezug auf Informationsaustausch und Marktforschung wegleitend sein werde. Daher

seien strikte Beweisanforderungen umso zentraler, damit die Unternehmen hinsichtlich des Informationsaustausches ihr Verhalten an diesem Fall ausrichten können. Denn das Urteil „Publigroupe“ fordere, dass die „Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit“ als „überzeugend und nachvollziehbar“ erscheinen müssen. Vorliegend sei jedoch keine Logik ersichtlich, da die Vorinstanz namentlich nicht bewiesen habe, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den angeblichen Preisentwicklungen bestand (Stellungnahme zur Duplik Rz. 14).

6.5.2.2 Betreffend das Beweismass zu komplexen Marktverhältnissen kann auf die Ausführungen in Erwägungen 3.2.2.1.4 und E. 3.2.2.2.8 verwiesen werden. Ausserdem ist in diesem Kontext auf die Erwägungen 6.3.3.3.2 und 6.3.3.3.6 zu verweisen, in welchen festgehalten worden ist, dass der Nachweis von Auswirkungen im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung nicht erforderlich ist. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Einschätzungen zu komplexen Marktverhältnissen betreffend das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. insbesondere BGE 139 I 72 E. 8.3.2 „Publigroupe“; bestätigt mit BGE 144 II 246 E. 6.4.4 „Altimum“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.6 „Hallenstadion-Ticketcorner“) nicht nur nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung oder der Marktabgrenzung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit im Einzelfall multiple Wirkungszusammenhänge bestehen und daher eine entsprechende Wettbewerbskomplexität gegeben ist, gelten (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 E. 1219 „Six“; B-807/2012 E. 8.4.4.4 „Erne“; B-829/2012 E. 7.4.3.4 „Granelle“; B-880/2012 E. 8.4.4.4 „Umbricht“; vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009, E. 80, 162 „Preispolitik Swisscom ADSL II“ und zum Ganzen E. 6.3.3.3.2 hiervor). Das bedeutet im vorliegenden Zusammenhang – worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist – nicht, dass in Bezug etwa auf Marktanteile generell bloss grobe Schätzungen genügen (vgl. zum Marktanteil der Parallelimporte Beschwerde Rz. 127 und E. 6.5.4.3.1 hiernach). Indessen kann der Vorinstanz nach dem Gesagten beispielsweise nicht der strikte Beweis auferlegt werden in Bezug auf die Frage, ob Produkte des Massenmarktes Produkte des Luxuskosmetikmarkts substituieren können (vgl. Beschwerde Rz. 125 und diesbezüglich zur Marktabgrenzung E. 5.3.2 hiervor). Schliesslich ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Tatsache, dass sie sich vom vorliegenden Entscheid einen „leading case“ erhofft (vgl. dazu Erwägung 1.5 hiervor), nichts am Beweismass ändert.

6.5.3 Die Marktmerkmale und die quantitativen Elemente der Erheblichkeit

6.5.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz – anders als noch im Verfügungsantrag I (Rz. 194 ff. [vgl. auch Verfügungsantrag I Rz. 224-237]) – die Marktmerkmale nicht mehr geprüft hätte, da die Vorinstanz behauptet habe, dass sie nun in der angefochtenen Verfügung die Kollusion bewiesen habe und es daher nicht mehr notwendig sei, die Strukturmerkmale zu überprüfen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 244 [vgl. auch Rz. 243], 354). Allerdings verkenne die Vorinstanz, dass der Markt der Luxuskosmetik aufgrund seiner Fragmentiertheit und seiner vielfältigen Portfolios mit zahlreichen Produkten und verschiedenen Preisen ungeeignet für Kollusion sei. Aufgrund dieser Marktmerkmale müssten die Beweisforderungen für Kollusion und für wettbewerbsschädliche Auswirkungen umso höher sein (Beschwerde Rz. 18, 24, 94, 150).

6.5.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz ist jedoch der Ansicht, dass sie das kollusive Verhalten der Wettbewerber bewiesen habe, weshalb sich die Prüfung der Marktmerkmale im Sinne der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 erübrige, da das Konzept des wirksamen Wettbewerbs jeden strukturellen Determinismus, wonach aufgrund statischer Strukturmerkmale (Anzahl Firmen, Konzentration der Marktanteile etc.) zwingend auf bestimmte Verhaltensweisen oder Wettbewerbsergebnisse zu schliessen wäre, ablehne (angefochtene Verfügung Rz. 242 ff., 354; jeweils mit Hinweis auf Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 513).

6.5.3.3 Grundlagen

6.5.3.3.1 Ein Informationsaustausch weist tendenziell grössere wettbewerbsrechtliche Bedenken bei oligopolistischen Märkten mit stabilen Angebots- und Nachfragebedingungen, mit einer hohen Marktkonzentration, mit grossen Marktanteilen, mit einer homogenen Produktpalette sowie einer hohen Marktzutrittsschranke und einer hohen Markttransparenz auf. Hingegen kann ein Informationsaustauschsystem auf einem zersplitterten bzw. komplexen Markt sogar wettbewerbsförderlich wirken (BLATTMANN, S. 301 ff.; vgl. PISCHEL/HAUSNER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern - Zum Stand der kartellrechtlichen Entwicklung, EuZW 2013,

S. 500; EDELMANN, S. 124 f.; Horizontalleitlinien Rz. 77, 79; Bekanntmachungen im Versicherungsbereich Rz. 37 Lemma 6). Zur Beurteilung der Frage, ob ein Informationsaustausch wettbewerbsförderlich oder wettbewerbs hinderlich ist, müssen die beschriebenen Kriterien nicht kumulativ vorliegen. Je mehr derselben allerdings gegeben sind, desto problematischer wird der Informationsaustausch, da Unsicherheiten einfacher beseitigt werden können (BLATTMANN, S. 300 ff.).

6.5.3.3.2 Durch einen Informationsaustausch kann auch künstlich die *Transparenz* auf einem Markt erhöht werden (Horizontalleitlinien Rz. 65, 76 ff.). Die Markttransparenz ist als Summe der zur Verfügung stehenden Marktinformationen zu verstehen (HANS-JÜRGEN STUHR, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 1975, S. 7). Die Unternehmen verschaffen sich Information und demzufolge wird der Markt für sie übersichtlicher. So können durch einen Informationsaustausch Komplexitäten reduziert werden und Instabilitäten ausgeglichen werden (Horizontalleitlinien Rz. 77 ff.), was auch die Ungewissheit auf einem Markt verringert (WHISH/BAILEY, S. 580; EDELMANN, S. 20, 25; Horizontalleitlinien Rz. 65, 76 ff.). Es kommt nicht nur auf die ursprünglichen Eigenschaften des Marktes (Konzentration, Stabilität, Komplexität), sondern auch darauf an, wie der Informationsaustausch die Eigenschaften des Marktes verändern kann (Horizontalleitlinien Rz. 77).

6.5.3.4 Würdigung

6.5.3.4.1 Zwar hat die Vorinstanz – anders noch als im Verfügungsantrag I (Rz. 194 ff., 224-237) – die sogenannten Marktmerkmale nicht mehr im Einzelnen geprüft, was sie mit dem Vorliegen ihrer ökonomischen Studien begründet. Inwiefern diesem Ansatz der Vorinstanz zu folgen ist, kann offen gelassen werden. Denn die Prüfung der Marktmerkmale ist Teil einer Gesamtanalyse (vgl. mutatis mutandis Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 194, „Hallenstadion-Ticketcorner“; BLATTMANN, S. 300 f.). Diese erfolgt im Rahmen der Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 650 ff.). Ausserdem ist die Vorinstanz auf die Marktmerkmale eingegangen (z.B. stagnierende Marktanteile, angefochtene Verfügung Rz. 694 ff.; vgl. dazu auch E. 6.5.4.4 her-nach), auch wenn sie diese nicht explizit als solche bezeichnet hat.

6.5.3.4.2 Richtig ist zunächst, wenn die Beschwerdeführerin ausführt, dass es sich beim Markt, in welchem namentlich die rund 30 ASCOPA-Mitglieder aktiv sind, nicht um einen oligopolistischen und konzentrierten

Markt handelt. Eine gewisse Fragmentiertheit ist demnach ohne Berücksichtigung des Informationsaustauschs gegeben. In diesem Sinne hält auch BLATTMANN fest, dass sich ein Informationsaustausch bei Oligopolen in der Regel deutlich stärker wettbewerbsbeschränkend auswirkt (BLATTMANN, S. 302 mit Hinweis auf BSK KG 2010-MEINHARD/HUFSCHEID, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG N 169; BSK MEINHARD/STEBLER/BREMER, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG N 152 f. und Rz 79 f. der Horizontalleitlinien). Zugleich ist unstrittig, dass renommierte und umsatzstarke Marken an diesem Informationsaustausch beteiligt waren. Dabei haben nach den Angaben der Vorinstanz die sechs grössten Marktteilnehmer in den Jahren 2004 und 2007 (unter den ASCOPA-Mitgliedern) einen Marktanteil zwischen 57.4 und 64.6 % auf sich vereinigen können (angefochtene Verfügung Rz. 697). Zudem hat in den Jahren 2004-2007 der Marktanteil der Beschwerdeführerin allein zwischen 17.08 und 18.39 % der vom Informationsaustausch umfassten Produkte beinhaltet (Eingabe der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2016). Diese sachverhältnissen Angaben sind unbestritten. Durch diese Verteilung der Marktanteile unter den ASCOPA-Mitgliedern – eine Art „Klumpenbildung“ in Bezug auf die bedeutenden Player, darunter die Beschwerdeführerin – wird die Fragmentierung wiederum relativiert. Der vorliegend zu beurteilende Markt ist demnach nicht in einer Weise fragmentiert, wie sie vielleicht aufgrund der Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen angenommen werden könnte. Die Vorinstanz geht ausserdem davon aus, dass sämtliche Hersteller und Distributoren des Luxus- und Prestigesegments bei ASCOPA vertreten gewesen sind. Selbst wenn dem nicht so gewesen sei, stehe fest, dass allfällige Nichtmitglieder keinen spürbaren disziplinierenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder gehabt hätten (angefochtene Verfügung Rz. 693). Darauf ist unter E. 6.5.4.2, insb. 6.5.4.2.3 hiernach näher einzugehen. Entscheidend ins Gewicht fällt indessen so oder anders die Bedeutung des Informationsaustauschs in diesem Zusammenhang (vgl. dazu E. 6.5.3.3.1 f. hiervor). Bezeichnend dafür ist der Umstand, dass das Komitee, also der Vereinsvorstand von ASCOPA, grossen Wert darauf gelegt hat, möglichst viel Umsatz der ASCOPA-Mitglieder in seinen Reihen vertreten zu sehen (angefochtene Verfügung Rz. 16, 697; vgl. E. 6.5.4.4.3 hiernach). Das erhöht nicht nur die Akzeptanz der Beschlüsse betreffend den Informationsaustausch, sondern wirkt auch der Fragmentierung des Marktes bewusst entgegen. Damit kommt der Fragmentierung, jedenfalls soweit sich diese auf die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen bezieht, jedenfalls bei reduzierter Bedeutung des Preiswettbewerbs (vgl. diesbezüglich zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit E. 6.4.2.4 hiervor) nicht die Bedeutung zu, welche ihr die Beschwerdeführerin gerne beimessen würde. Sofern nicht aus dem Anteil des Umsatzes

der ASCOPA-Mitglieder am insgesamt relevanten Markt oder aus der Frage nach möglichen Markteintritten andere Schlüsse zu ziehen sind (vgl. auch potenzieller Wettbewerb E. 6.5.4.5 hiernach), führt eine gewisse Fragmentierung des relevanten Marktes jedenfalls allein nicht dazu, dass die quantitativen Elemente der Erheblichkeit mit dieser Begründung in Frage gestellt werden könnten.

6.5.4 Aussenwettbewerb

6.5.4.1 Aktueller Wettbewerb

6.5.4.1.1 Die Rügen der Beschwerdeführerin hinsichtlich des aktuellen Wettbewerbes kreisen um vier Themenbereiche:

6.5.4.1.2 *Erstens* ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass es Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA gegeben hätte (Beschwerde Rz. 124 f.; vgl. E. 6.5.4.2 hiernach).

6.5.4.1.3 *Zweitens* sei nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine beachtliche Menge von Parallelimporten durchgeführt worden. Zudem seien Direkteinkäufe aus dem Ausland und Tax-Free-Shops von der Vorinstanz nicht für die Analyse des Aussenwettbewerbs berücksichtigt worden (Beschwerde Rz. 124 f., 127; vgl. E. 6.5.4.3 hiernach).

6.5.4.1.4 *Drittens* stellt die Beschwerdeführerin die Analyse der Vorinstanz infrage, dass es sich beim Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik um einen leicht wachsenden, wohl aber eher stagnierenden Markt handelte (Replik Rz. 37, 52, 55, 92 Lemma 4 f., 99 Lemma 3; Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8 f.; vgl. E. 6.5.4.4 hiernach).

6.5.4.2 Mögliche Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.5.4.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz weitere Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA – abgesehen von zwei Konkurrenzunternehmen (Maria Galland und Mila d'Opiz) – nicht in die Analyse zum Aussenwettbewerb miteinbezogen habe (angefochtene Verfügung Rz. 683-692), obwohl sie (die Beschwerdeführerin) dies doch schon in Rz. 99 ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715) gerügt hätte (Beschwerde Rz. 124).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.5.4.2.2 Da bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht wurde, dass ein wirksamer Aussenwettbewerb bezüglich des Schweizer Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes existiert, untersuchte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung weitere Unternehmen im Kosmetikbereich, welche nicht zu ASCOPA gehören (angefochtene Verfügung Rz. 683-693). Sie kommt zum Schluss, dass nur die Unternehmen Maria Galland und Mila d'Opiz dem Luxus- bzw. Prestigekosmetikbereich zugeordnet werden können. Allerdings vermögen diese beiden Unternehmen nach Ansicht der Vorinstanz keinen disziplinierenden Einfluss im Sinne eines funktionierenden Aussenwettbewerbs zu haben. Denn alle umsatzstarken Marken seien bei ASCOPA vertreten, was auch die Marktanalysen von European Forecast belegen würden (act. 217; act. 439 Beilagen 8 und 14). Denn European Forecast-Analysen würden sich nur auf die Topseller in der Luxuskosmetik, welche alle bei ASCOPA repräsentiert sind, beziehen (angefochtene Verfügung Rz. 692 f.).

iii. Würdigung

6.5.4.2.3 Soweit in dieser Rüge der Beschwerdeführerin implizit auch eine Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen ist, dringt die Beschwerdeführerin mit dieser nicht durch. Denn die Vorinstanz nimmt in Rz. 683-693 der angefochtenen Verfügung zu den Kosmetikunternehmen Stellung, welche die Beschwerdeführerin in Rz. 99 ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715) geprüft haben will. Die Vorinstanz erachtet jedoch – abgesehen der Unternehmen Maria Galland und Mila d'Opiz – die von der Beschwerdeführerin aufgeführten Unternehmen nicht zum relevanten Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik zugehörig und bestreitet mit dieser Begründung deren Relevanz in Bezug auf den Aussenwettbewerb. Dazu passt, dass die Beschwerdeführerin auch im Rahmen der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit durch Produkte des Massenmarkts behauptet hat, wobei ihr das Gericht in diesem Punkt nicht gefolgt ist. Soweit weitere Produkte wie diejenige der Linie „Dr. Hauschka“ durch die Vorinstanz mit dem Hinweis auf andere Vertriebskanäle (Apotheken oder Drogerien) ausgeschieden werden (angefochtene Verfügung Rz. 686), ist dies durchaus nachvollziehbar. Veraltet war demgegenüber möglicherweise bereits im zu beurteilenden Zeitraum die in concreto „Body Shop“-Produkte betreffende, zugleich aber generell gehaltene Aussage, dass sich das Verleihen des „Anschein[s] von Natürlichkeit und Nachhaltigkeit“ nicht mit dem Image von Luxus und Prestige

verträge (angefochtene Verfügung Rz. 691). So oder anders ist die Argumentation der Vorinstanz, wonach sich die Studien von European Forecast nur auf die umsatzstarken Marken beziehen, welche ohnehin bei ASCOPA vertreten sind, nicht zu beanstanden. Ausserdem gab der Präsident von ASCOPA zu Protokoll, dass sämtliche umsatzstarken Unternehmen bei ASCOPA vertreten sind (angefochtene Verfügung Rz. 683; act. 87, S. 2). Demnach kann ausgeschlossen werden, dass Konkurrenzunternehmen – soweit solche auszumachen sind – einen disziplinierenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder im Sinne von Aussenwettbewerb nehmen können. Dies gilt namentlich unter der Bedingung, dass die vorinstanzlichen Feststellungen betreffend stagnierende Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder zutreffen, was noch zu prüfen sein wird (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff., Abbildung 29 f.; vgl. E. 6.5.4.4 hiernach).

6.5.4.3 Parallelimporte, Tax-Free-Shops und Einkaufstourismus

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.5.4.3.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Schätzung der Vorinstanz, dass Parallelimporte einen Marktanteil von 6.7 % umfassen, korrekt sei. Denn die Vorinstanz habe hierzu nur drei Auskünfte berücksichtigt. Auch würden zwei weitere ASCOPA-Mitglieder ebenfalls über Marktanteile von 6.7 % verfügen. Ausserdem würden in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung Angaben über Dior fehlen. Des Weiteren habe die Vorinstanz in ihrer Beurteilung den Einkaufstourismus und die Taxfree-Läden ausser Acht gelassen (Beschwerde Rz. 127).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.5.4.3.2 Die Vorinstanz legt dar, dass Ottos, Import und Denner – diese Unternehmen tätigen am meisten Parallelimporte – gemäss eigenen Schätzungen nur wenige Prozente (bzw. 3 % oder 10 %) ihrer Produkte aus dem Ausland parallel importieren würden (angefochtene Verfügung Rz. 699).

Die Vorinstanz führte zur Eruierung der Menge der Parallelimporte eigene Berechnungen durch. Die Gesamtumsätze von Ottos und Denner und die Hälfte des Gesamtumsatzes von Import der Jahre 2007 und 2008 wurden dem Gesamtkosmetikmarktvolumen des Schweizerischen Kosmetik- und Waschmittelverbands (SKW) gegenübergestellt (2007: 2.38 Mrd. Fr.; 2008: 2.43 Mrd. Fr.). Gemäss dem SKW würde dieses Gesamtmarktvolumen nur 80 % des relevanten Marktes ausmachen. Die Vorinstanz setzte

dieses SKW-Gesamtmarktvolumen von 80 % zugunsten der ASCOPA-Parteien mit 100 % gleich. Gemäss dieser Berechnung wurden im Jahr 2007 6.2 % sämtlicher Produkte parallel importiert und im Jahr 2008 waren es 6.7 % (angefochtene Verfügung Rz. 699-702). Zudem würden sich die Preise im umliegenden Ausland nicht zu stark von den schweizerischen Preisen unterscheiden (angefochtene Verfügung Rz. 703).

iii. Würdigung

6.5.4.3.3 Soweit die Beschwerdeführerin den relevanten Sachverhalt bestritten, kann in Bezug auf das relevante Beweismass vorab auf die Ausführungen in E. 6.5.2.1 verwiesen werden. Indessen kann vorliegend offen bleiben, ob die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Marktanteils von Parallelimporten zu einem Verzicht auf den strikten Beweis führen. Es ist so oder anders ersichtlich, dass die 6.2-6.7 % nicht in grobem Masse von den Schätzungen von Ottos, Import und Denner abweichen. Zudem ist es unerheblich, ob andere ASCOPA-Mitglieder ebenfalls über einen Marktanteil von 6.7 % verfügen, da 6.7 % aufs Ganze gesehen kein grosser Anteil ist. Auch wenn dieser aufgrund einer gewissen Fehlerquote leicht höher wäre, würde das an der nachfolgenden Würdigung des Sachverhalts nichts ändern. Des Weiteren ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch Dior in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung unter der Bezeichnung „Parfums Christian Dior“ genannt.

6.5.4.3.4 Ausserdem stösst die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz nur drei Beurteilungen (Import, Ottos und Denner) vorgenommen hat, auch aus einem weiteren Grund ins Leere. Schon die Merkmale des Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarktes sprechen nämlich gegen Parallelimporte. Mehrheitlich werden die von den ASCOPA-Mitgliedern gehandelten Produkte selektiv von geschultem Personal vertrieben. Bei Parallelimporten würde nebst erwünschter Unterstützung durch Werbung auch die Möglichkeit der Schulung entfallen (besonders illustrativ die Detailhändlerantwort unter act. 562, S. 3 Frage 10). Gerade im Bereich der Luxuskosmetik sind die Kunden auf ihre Marke und auf ihr Produkt eher fixiert. Ein Unternehmen könnte es sich nicht ohne Weiteres erlauben, das gewünschte Produkt aufgrund mangelnder Parallelimporte nicht im Sortiment zu führen (vgl. E. 5.3.1.3.3 hiavor). Des Öftern erhalten die Kunden auch beim Kauf von Luxuskosmetika ein speziell auf ihr Produkt zugeschnittenes Muster, welches dann im Zuge mit Parallelimporten nicht mehr erhältlich wäre. Zudem gaben Import und Globus bei der Befragung

an, dass im Parallelmarkt nicht grosse Mengen vorhanden sind und gerade besonders nachgefragte Produkte fehlen (act. 562, S. 3 Frage 10; act. 564 S. 3 Frage 19). Douglas, Manor und Marionnaud geben ausdrücklich an, fast oder ganz auf Parallelimporte zu verzichten (act. 569 S. 4 Frage 19; act. 571 S. 4 Frage 19; act. 572 S. 4 Frage 21). Sunstore fühlt sich durch die Abreden in Bezug auf die Werbung an die schweizerischen Lieferanten gebunden (act. 579 S. 5 Frage 21). Folgerichtig bezeichnet auch European Forecast in seinen Befragungen den Schweizer Markt der Luxuskosmetik als einen sauberen, d.h. von wenig Parallelimport geprägten Markt (act. 216, S. 2).

6.5.4.3.5 Hinsichtlich der Rüge, dass die Vorinstanz den Einkaufstourismus vernachlässige, sind die Wahrnehmungen der Detailhändler entscheidend. Diese weisen zwar auf eine gewisse Relevanz des Eurokurses hin, geben aber im Wesentlichen übereinstimmend an, dass sich die Preise der Kosmetikprodukte im umliegenden Ausland während der Untersuchungsperiode nicht markant von den schweizerischen unterscheiden haben (angefochtene Verfügung, Rz. 703 mit Hinweisen gemäss Fn. 597 nebst act. 579 S. 5 Frage 20). Das spricht – wohl im Unterschied zu mehr durch Preiswettbewerb geprägten Märkten – klar gegen die Attraktivität von Parallelimporten. Des Weiteren ist der Vorinstanz zuzustimmen (angefochtene Verfügung Rz. 703), dass bei Direktversand aus dem Ausland Zollformalitäten und Mehrwertsteuerangelegenheiten zu berücksichtigen sind. Unter diesen Umständen war die Vorinstanz diesbezüglich nicht zu weitergehenden Untersuchungen verpflichtet.

6.5.4.3.6 Die von der Beschwerdeführerin erwähnten Tax-Free-Shops bzw. Duty-Free-Shops haben zwar durchaus einen nicht zu vernachlässigenden Umsatz im Bereich des vorliegend relevanten Luxusmarkts. Indessen ist dieser nur insoweit relevant, als der Durchschnittskonsument tatsächlich auf dieses Angebot ausweicht bzw. ausweichen kann. In diesem Zusammenhang ist erstens der Umstand von Bedeutung, dass in den Transitbereichen der Schweizer Flughäfen vor allem auch Kunden einkaufen, welche einen Schweizer Flughafen nur als Transitland betreten oder aus der Schweiz abreisen. Zweitens sind die durchaus zahlreichen Konsumentinnen und Konsumenten, die etwa den Flughafen Zürich unabhängig von einer Flugreise als Einkaufsdestination wählen, gerade nicht berechtigt, in einem Duty-Free-Shop einzukaufen. Für das fehlende Potenzial, dem ansonsten nicht disziplinierenden Aussenwettbewerb eine disziplinierende Wirkung zu verleihen, sprechen auch die Antworten der Detailhändler. Während diese sonst durchaus ergänzende Hinweise gemacht haben, die über die Fragestellung hinausgegangen sind, ist im

Rahmen der Frage nach der Bedeutung der Parallelimporte keinerlei Hinweis auf die Duty-Free-Shops gemacht worden. Daher ist es nachvollziehbar, dass die Vorinstanz die Tax-Free-Shops bzw. Duty-Free-Shops nicht in die angefochtene Verfügung miteinbezogen hat.

6.5.4.3.7 Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass Parallelimporte, Tax-Free-Shops und Einkaufstourismus nicht besonders ins Gewicht gefallen sind, weshalb auch diesbezüglich nicht von einem aktuellen Aussenwettbewerb mit disziplinierender Wirkung gesprochen werden kann.

6.5.4.4 *Nur leicht wachsender bis stagnierender Markt*

6.5.4.4.1 Die Vorinstanz geht aufgrund der im Rahmen des Informationsaustauschs in den Jahren 2004-2007 durch die ASCOPA erhobenen Umsatzdaten davon aus, dass es sich bei dem vom Informationsaustausch von ASCOPA betroffenen relevanten Markt um einen leicht wachsenden, wohl aber eher stagnierenden Markt handelt (angefochtene Verfügung Rz. 694 ff., Abbildungen 29 f.).

Ein stagnierender Markt weise – so die Vorinstanz jedenfalls sinngemäss – darauf hin, dass es keine Konkurrenz von aussen gibt (vgl. E. 6.5.4.2 hiervor), welche einen so ausgeprägt disziplinierenden Einfluss hätte, dass sie Marktanteile von ASCOPA für sich gewinnen könnte und der Markt dann nicht mehr stagnierend – sondern schwankend – wäre. Dies wird seitens der Beschwerdeführerin bestritten.

Im Folgenden wird zuerst auf die Begründung der angefochtenen Verfügung und danach auf den Schriftenwechsel im Beschwerdeverfahren eingegangen.

i. Vorbringen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung

6.5.4.4.2 Einerseits beruht die Begründung der Vorinstanz, dass es sich um einen eher stagnierenden Markt handelt, auf Aussagen verschiedener Studien. European Forecast gab dies im Rahmen einer Befragung auch zu Protokoll (angefochtene Verfügung Rz. 694; act. 216, S. 4).

6.5.4.4.3 Andererseits stützt sich die Vorinstanz auf ihre eigenen Berechnungen, welche auf den ausgetauschten Umsätzen, welche dem Intranet von ASCOPA zu entnehmen waren, beruhten. Die Vorinstanz analysiert

in ihren Berechnungen die Jahre 2004-2007. Im Jahr 2008 wurde der Informationsaustausch eingestellt. Die Vorinstanz zeigt auf, dass die sechs grössten Marktteilnehmer, die im fraglichen Zeitraum alle Mitglieder des ASCOPA-Vorstands waren, im Jahr 2004: 57.40 %, im Jahr 2005: 60.12 %, im Jahr 2006: 64.66 % und im Jahr 2007: 63.81 % der Marktanteile auf sich vereinigten (angefochtene Verfügung Rz. 696 f., Abbildung 30). Die Beschwerdeführerin selbst verfügte in den Jahren 2004-2007 hinsichtlich der drei bei ASCOPA ausgetauschten Brands (Aramis, Clinique und Estée Lauder) über einen an den Umsätzen gemessenen Marktanteil von: 17.08 % (2004); 17.99 % (2005); 18.39 % (2006); 17.42 % (2007; vgl. Sachverhalt Bst. D.c.f. hiavor).

ii. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.5.4.4.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, es könne auch innerhalb eines stagnierenden Marktes Veränderungen von Marktanteilen geben (Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8 f.), was auch an den Marktanteilen der Beschwerdeführerin ersichtlich sei. Denn ihre Marktanteile seien nicht stabil, sondern von Schwankungen betroffen. So würde die Darstellung der Vorinstanz die Volatilität der Marktanteile verschleiern (Beschwerde Rz. 126, 161 Lemma 4, Replik Rz. 52). So seien auch die Marktanteile der Beschwerdeführerin im Parfumsegment in den Jahren 2004-2007 um 1.6 Prozentpunkte zurückgegangen, was einem relativen Verlust von 15 % des bisherigen Marktanteils entspreche (Beschwerde Rz. 126, 161 Lemma 4). Zudem würde allein die Fragmentiertheit des Marktes der Luxuskosmetika für Änderungen der Marktanteile sprechen (Replik Rz. 37).

6.5.4.4.5 Des Weiteren sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin nur zu drei ihrer zehn Brands Informationen geliefert habe (Beschwerde Rz. 161 Lemma 1). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin gehören diese sieben nicht bei ASCOPA gemeldeten Marken ebenfalls zur Luxuskosmetik (act. 715, Stellungnahme zum Verfügungsantrag II, Rz. 55). Zudem sei anhand der Umsatzzahlen der Jahresrechnung der beschwerdeführenden Estée Lauder GmbH in Zürich ersichtlich, dass ein kräftiges Umsatzwachstum stattgefunden habe, was ebenfalls gegen eine Stagnierung des Marktes spreche (Replik Rz. 92 Lemma 5).

iii. Vorbringen der Vorinstanz in der Vernehmlassung und Duplik

6.5.4.4.6 In ihrer *Vernehmlassung* entgegnet die Vorinstanz, dass die Marktanteilsentwicklungen aus volkswirtschaftlicher Sicht und nicht aus

Sicht eines einzelnen Unternehmens zu betrachten seien (Vernehmlassung Rz. 64). In ihrer *Duplik* ergänzt die Vorinstanz, dass die Umsatzzahlen der Jahresrechnung der Beschwerdeführerin, auf welche sich diese in ihrer Replik (Replik Rz. 92 Lemma 5) bezogen hatte, auch die sieben Marken umfassen würden, die nicht Gegenstand des Informationsaustausches gewesen seien (Duplik Rz. 61b mit Tabelle 2).

6.5.4.4.7 Um die Unterschiede der Umsätze des offiziellen Geschäftsberichtes und derjenigen Umsätze, in Bezug auf welche die Beschwerdeführerin Informationen an ASCOPA geliefert hatte (angefochtene Verfügung, Abbildung 30), aufzuzeigen, stellt die Vorinstanz in Tabelle 2 ihrer Duplik (nachfolgend abgebildet in Abbildung 2) die Umsatzangaben der Jahre 2004-2007 aus dem Geschäftsbericht der Beschwerdeführerin den Umsatzangaben der Beschwerdeführerin von ASCOPA (2004-2007) gegenüber. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass die Umsätze des offiziellen Geschäftsberichtes der Beschwerdeführerin wesentlich stärker als jene der vom Informationsaustausch erfassten Marken angestiegen sind. Wenn es also zu einem substantiellen Umsatzwachstum gekommen sein sollte, wäre dies nur auf die sieben Marken der Beschwerdeführerin zurückzuführen, welche nicht Gegenstand des Informationsaustauschs waren (Duplik Rz. 61 f., Tabelle 2). Die Vorinstanz geht des Weiteren davon aus, dass die Differenzen zwischen den beiden gegenübergestellten Umsätzen der Jahre 2004-2007 von Jahr zu Jahr angestiegen sind. Im Jahr 2004 habe diese Differenz 5.4 Mio. Fr. ausgemacht, wohingegen es im Jahr 2007 13.1 Mio. Fr. gewesen seien. Schon allein diese Differenzen mache eine Steigerung von 143 % aus (Duplik, Tabelle 2, Spalte IV und Rz. 62). Hinsichtlich der über den Verband ASCOPA ausgetauschten Umsätze berechnete die Vorinstanz allerdings in den Jahren 2004-2007 nur eine Umsatzsteigerung von 5.5 % ($89.9 \text{ Mio.} - 85.2 \text{ Mio.} = 4.7 \text{ Mio.}$; vgl. Duplik, Tabelle 2, Spalte III und Rz. 62).

Abbildung 2

Basiert auf der Duplik vom 17. Dezember 2012, Seite 18, Tabelle 2, wurde aber vom BVGer ergänzt

I	II	III	IV	V
	Schweizer Umsätze von Estée Lauder GmbH in Zürich (Beschwerdeführerin) in Mio. Fr. gemäss Jahresbericht der Beschwerdeführerin (Replik Rz. 92 Lemma 5)	Schweizer Umsätze der Beschwerdeführerin (in Mio. Fr.) von Marken, über welche bei ASCOPA Informationen ausgetauscht wurden (angefochtene Verfügung Rz. 696, Abbildung 30)	Differenz zwischen II – III in Mio. Fr. $IV = II - III$ Umsatz von diesen sieben Marken, über welche bei ASCOPA keine Informationen ausgetauscht wurden.	Prozentualer Anteil von Spalte IV am Gesamtumsatz gem. ASCOPA (angefochtene Verfügung Rz. 696, Abbildung 30)
	10 Marken = 3 + 7 Marken	3 Marken	7 Marken	
		Die Umsatzzahlen ergeben sich aus der Multiplikation der Marktanteilszahlen von Estée Lauder für die Jahre 2004-2007 mit den entsprechenden Angaben in der Zeile „1 Prozentpunkt entspricht“ (Verfügung Rz 696 und Abbildung 30).	In Spalte IV wird die Differenz der jährlichen Umsatzzahlen des offiziellen Jahresberichts von Estée Lauder gegenüber der von Estée Lauder bei ASCOPA eingereichten Umsatzzahlen aufgezeigt.	Die prozentualen Anteile der Differenzen der beiden Umsätze am Gesamtumsatz von ASCOPA ergeben sich aus der Division von Spalte IV durch die Zeile „Umsatzanteile alle Unternehmen“ in der Verfügung Rz. 696 bzw. Abbildung 30.
		Beispiel für das Jahr 2004: $17.08 \% \times \text{Fr. } 4'985'542 = \text{Fr. } 85'153'057.36$ gerundet 85.2 Mio. Fr.	Beispiel für das Jahr 2004: $90.6 - 85.2 = 5.4$	Beispiel für das Jahr 2004: $5.4 \text{ Mio. Fr. } 498.554157 \text{ Mio. Fr.} = 1.1 \%$
2004	90.6	85.2	5.4	1.1 %
2005	94.2	86.7	7.5	1.6 %
2006	99.2	87.6	11.6	2.4 %
2007	103.0	89.9	13.1	2.5
Weiterführende Berechnungen (durch das BVGer)				
CAGR 2004-2007	4.37%	1.81 %	34.37 %	CAGR = Compound Annual Growth Rate

iv. Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme zur Duplik

6.5.4.4.8 Die Beschwerdeführerin entgegnet in ihrer Stellungnahme zur Duplik, dass sie mit den Ausführungen der Vorinstanz zu Tabelle 2 der Duplik nicht einverstanden sei. Es sei von der Vorinstanz unkorrekt gewesen, nur die an ASCOPA gemeldeten Umsatzdaten zu verwenden. Denn die Umsätze der Beschwerdeführerin aus dem Geschäftsbericht würden nicht auf der gleichen Berechnungsgrundlage wie jene von ASCOPA beruhen. Daher seien die an ASCOPA gemeldeten Umsatzzahlen ungeeignet. So habe es die Vorinstanz unterlassen, zu prüfen, ob sich die an ASCOPA gemeldeten Umsatzzahlen zu einem Vergleich mit den Umsatzzahlen des Geschäftsberichtes der Beschwerdeführerin eignen würden. Demzufolge hätte die Vorinstanz die Umsätze des Jahresberichtes der Beschwerdeführerin für ihre Berechnungen verwenden sollen. So hätte die Vorinstanz feststellen können, dass auch die Gegenstand des Informationsaustauschs bildenden Marken einen substantiellen Beitrag zum Wachstum der Umsätze beigetragen hätten (Stellungnahme zur Duplik Rz. 46).

6.5.4.4.9 Die Beschwerdeführerin bemängelt zusätzlich, dass die Aussage, welche European Forecast zu Protokoll gegeben habe, dass der Markt der Luxuskosmetik zwar ein enorm kompetitiver Markt sei, aber eher stagnieren würde (act. 216, S. 4), nicht stimmen würde. Diese Aussage decke sich auch nicht mit den Studien von European Forecast (Stellungnahme zum Verfügungsantrag I [act. 439 Beilagen 8 und 14]; vgl. ebenfalls act. 217, Bericht von European Forecast betr. Schweiz von 2008). Denn in den Jahren 2004-2008 habe der CAGR (Compound Annual Growth Rate) von European Forecast 3.9 % betragen. Daher sei ersichtlich, dass der Schweizer Kosmetikmarkt während der Untersuchungsperiode stark gewachsen sei (RBB-Bericht 2013, S. 16). Hingegen umfasse der LIK Total 1.35 %, der LIK Körperpflege 0.56 % und der LIK Toilettenartikel 0.05 %. Demzufolge sei ersichtlich, dass der Luxuskosmetikmarkt stärker als die verschiedenen LIK gewachsen sei (Stellungnahme zur Duplik Rz. 44 mit Fn. 62; RBB-Bericht 2013, Beilage 1 zur Stellungnahme zur Duplik, Sektion 3.5, S. 17).

v. Würdigung hinsichtlich des Marktes der vom Informationsaustausch umfassten Produkte

6.5.4.4.10 Zunächst ist festzuhalten, dass im vorliegenden Zusammenhang empirische Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Der Verzicht auf die Prüfung von Auswirkungen (vgl. E. 6.3.3 hiervor) bedeutet keinesfalls,

dass empirische Gesichtspunkte im Rahmen der Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit nicht relevant sind. Mit Blick auf die Aussagen der Beschwerdeführerin betreffend den CAGR von 3.9 % in den Jahren 2004-2008 ist vorab festzuhalten, dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung im Unterschied zur Beschwerdeführerin auf die Zeitspanne von 2004-2007 fokussiert hat, da der Informationsaustausch im Jahr 2008 eingestellt wurde (angefochtene Verfügung Rz. 696), was nachvollziehbar erscheint. Berechnet man den CAGR von European Forecast der Jahre 2004-2007, ergibt dies einen CAGR von 3.8 %, was allerdings kein grosser Unterschied zu dem von der Beschwerdeführerin genannten CAGR von 3.9 % ist. Entscheidend ist, dass weder ein CAGR von 3.8 % noch ein CAGR von 3.9 % ein überaus hohes Marktwachstum indiziert. In diesem Kontext ist auch zu sagen, dass der Vergleich des CAGR von European Forecast mit den erwähnten LIK nicht angebracht ist, da hierbei zwei verschiedene Dinge miteinander verglichen werden. Denn im CAGR von European Forecast sind ausschliesslich Luxus- bzw. Prestigekosmetikgüter enthalten (vgl. act. 216 S. 1), wohingegen die Luxuskosmetikgüter bei der Ermittlung für die erwähnten LIK lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Denn die Berechnung des LIK stützt sich zu wesentlichen Teilen auf Güter des Massenmarktes (angefochtene Verfügung Rz. 526, Vernehmlassung Rz. 17 und Beilage 2).

Berechnet man den CAGR jedoch direkt aus Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung, welche die an ASCOPA gemeldeten Umsätze der Jahre 2004-2007 umfasst, so beträgt der CAGR des ASCOPA-Gesamtmarktes mit Blick auf die vom Informationsaustausch erfassten Produkte 1.16 %. Dies zeigt auf, dass das Umsatzwachstum in Bezug auf die ASCOPA-Produkte weniger stark war als bei den Studien von European Forecast. Die Statistiken von European Forecast sind dabei nur insoweit von Bedeutung, als sie als Mittel dienen, Aussagen über das Umsatzwachstum im relevanten Markt zu machen. Auch soweit die Daten von European Forecast relevant sind, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Daten nicht „tel-quel“ für die Beurteilung des Informationsaustauschs bei ASCOPA eignen. So gab European Forecast zu Protokoll, dass sie nur selektiv vertriebene Marken der Luxuskosmetik erfasse (act. 216, S. 1, Gesprächsprotokoll vom Treffen von European Forecast mit der WEKO vom 2. Juli 2009), wohingegen bei ASCOPA auch Informationen über Marken ausgetauscht wurden, welche nicht selektiv vertrieben wurden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 127 i.V.m. Abbildung 8, 483 f.; vgl. zum Selektivvertrieb auch E. 5.3.3.4 hiervor). Daher kann die Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres mithilfe des CAGR von European Forecast (3.8 %) auf ein Marktwachstum des ASCOPA-Marktes rückschliessen und auf

diese Weise die Beurteilung der Vorinstanz eines leicht wachsenden bzw. stagnierenden relevanten Marktes infrage stellen.

Diese Ausführungen stehen auch damit im Einklang, dass die Umsätze des Geschäftsberichtes der Beschwerdeführerin (Replik Rz. 92 Lemma 5; siehe auch Duplik Tabelle 2) einen CAGR von 4.73 % in den Jahren 2004-2007 aufweisen (vgl. Abbildung 2 hiavor). Dies bedeutet, dass das Umsatzwachstum deutlich stärker war, wenn man die von der Beschwerdeführerin nicht am Informationsaustausch beteiligten Marken in die Berechnungen miteinbezieht. Es versteht sich dabei von selbst, dass von ASCOPA-Mitgliedern gehaltene Produkte, die vom Informationsaustausch nicht erfasst waren, regelmässig nicht dieselbe disziplinierende Wirkung haben wie solche von Konkurrenzunternehmen. Damit braucht auch nicht weiter geprüft zu werden, ob es sich bei den nicht am Informationsaustausch beteiligten Marken um solche des Luxusmarkts handelt. Errechnet man den CAGR hinsichtlich der Differenz der Umsätze der Beschwerdeführerin aus ihrem Schweizer Geschäftsbericht (Estée Lauder GmbH in Zürich) und der Umsätze der Beschwerdeführerin, welche auf den vom Informationsaustausch erfassten bei ASCOPA eingereichten Marken beruhen (siehe Spalte IV in Abbildung 2 hiavor), so ergibt dies für die Jahre 2004-2007 einen CAGR von 34.37 %. In Abbildung 2 ist ersichtlich, dass die Umsätze, welche die Beschwerdeführerin bei ASCOPA eingereicht hatte, den „Löwenanteil“ am Umsatz von Estée Lauder gemäss Schweizer Geschäftsbericht ausgemacht hatten. So waren es Jahr 2004 94 %. Im Jahr 2005 waren es 92%, im Jahr 2006 88 % und im Jahr 2007 87.3 %. Zwar war diese Differenz zwischen beiden Umsatzkategorien (Estée Lauder GmbH-Geschäftsbericht und Estée Lauder-Umsätze, die bei ASCOPA eingereicht wurden) wachsend (in diesem Sinne auch der CAGR von 34,37 %), was heisst, dass sich der ASCOPA-Anteil am Umsatz gemäss Estée Lauder-Geschäftsbericht langsam verkleinerte. Daher stellt sich die Frage, ob diese wachsende Differenz zwischen den ASCOPA-Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin und den Umsatzzahlen des Estée Lauder GmbH-Geschäftsberichts als Hinweis auf einen disziplinierenden Effekt auf den ASCOPA-Gesamtmarkt interpretiert werden könnte. Dazu ist indessen festzuhalten, dass – auch wenn sich die Differenz zwischen dem Estée Lauder-Geschäftsbericht und dem Estée Lauder-Anteil am ASCOPA-Markt in den Jahren 2004-2007 zu Gunsten des im Geschäftsbericht ausgewiesenen Umsatzes vergrössert hat – jedenfalls ersichtlich ist, dass diese Differenz in Bezug auf den ASCOPA-Anteil der Beschwerdeführerin vernachlässigbar klein ist (vgl. Abbildung 2 in E. 6.5.4.4.7 hiavor) und das Gesamtvolumen der nicht vom Informationsaustausch erfassten

Estée Lauder-Produkte in der Summe zu klein geblieben ist, um eine disziplinierende Wirkung entfalten zu können.

Damit sind die Feststellungen der Vorinstanz im Ergebnis nicht zu beanstanden. Demzufolge kann offenbleiben, ob der vorliegend zu beurteilende Informationsaustausch kausal für das Stagnieren der Marktanteile war, wie dies die Vorinstanz behauptet (angefochtene Verfügung Rz. 695 ff.).

6.5.4.4.11 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Fall sowie die diesem Fall zugrundeliegende Untersuchung den Informationsaustausch, welcher über ASCOPA abgewickelt wurde, zum Gegenstand hat. Damit stellt sich die Frage, ob das Heranziehen weiterer Daten nicht über den Untersuchungsgegenstand hinausgeht. Denn die Vorinstanz muss sich im Rahmen einer gemäss Art. 27 KG eröffneten Untersuchung auf das stützen, was Untersuchungsgegenstand ist. Gemäss der Untersuchungseröffnung vom 1. Dezember 2008 (act. 15; vgl. dazu auch die einschlägigen Medienmitteilungen (act. 37 f., namentlich im Bundesblatt; BBl 2008, 9197) wird der Austausch geschäftssensibler *Informationen bei ASCOPA* als Untersuchungsgegenstand genannt. Mit Blick auf die folgenden Ausführungen kann indessen offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin die Berücksichtigung der Zahlen gemäss ihrem Geschäftsbericht verlangen kann, der auch Marken umfasst, welche nicht Gegenstand des Informationsaustausches waren.

6.5.4.4.12 Auch wenn man sich auf die Umsätze des Geschäftsberichtes stützt, haben die Rügen der Beschwerdeführerin keinen Bestand, was im Folgenden aufzuzeigen ist. Würde man die von der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004-2007 an ASCOPA gelieferten Umsatzzahlen (angefochtene Verfügung Abbildung 30) durch die Umsatzzahlen der offiziellen Geschäftsberichte der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004-2007 ersetzen, wäre ersichtlich, dass das Wachstum des Marktes der vom Informationsaustausch umfassten Produkte weiterhin vernachlässigbar klein wäre. Der auf diese Art berechnete CAGR würde 1.65% umfassen. Demzufolge hätten die Umsätze gemäss dem Geschäftsbericht gar keinen nennenswerten Einfluss auf das Gesamtmarktwachstum des durch die im Rahmen von ASCOPA erfassten Produkte gebildeten Marktes. Denn der CAGR beträgt unter Berücksichtigung nur der vom Informationsaustausch erfassten Produkte der Beschwerdeführerin (die drei Marken Aramis, Clinique und Estée Lauder, vgl. angefochtene Verfügung Rz. 127 i.V.m. Abbildung 8) ohnehin insgesamt nur 1.16 %. Demnach ist ersichtlich, dass die Differenz von einem CAGR von 1.65% und 1.16 % vernachlässigbar

klein ist. So wäre auch unter Zugrundelegung der nach Ansicht der Beschwerdeführerin massgebenden Daten ihres Geschäftsberichts der von den Mitgliedern von ASCOPA geprägte Markt auch mit einem CAGR von 1.65 % weiterhin als nur leicht wachsend bzw. eher stagnierend zu betrachten, was gegen einen funktionierenden Aussenwettbewerb spricht.

vi. Würdigung hinsichtlich der Teilmärkte von ASCOPA

6.5.4.4.13 Im Folgenden ist auf die Gliederung des Marktes von ASCOPA in verschiedene Teilmärkte einzugehen. Daraufhin wird aufgezeigt, dass diese Teilmärkte ebenfalls weitgehend stagnierend waren, was untenstehend in Abbildung 3 veranschaulicht wird:

Abbildung 3

Abbildung 3					
Teilmärkte nach Rz. 498 f. der angefochtenen Verfügung					
Teilmärkte gem. Abbildung 29 der angefochtenen Verfügung					
CAGR 2004-2007					
Diese drei Teilmärkte wurden von der WEKO untersucht	Make-up	„Colour Cosmetics“	1.15 %		
	Pflege	„Skin Care“	1.49 %		
	Parfum = Herren- und Damendüfte	„Women’s fraglines“	-0.02 %	Parfum = Herren- und Damendüfte CAGR 0.23 %	
		Männerkosmetik CAGR 1.61 %	„Men’s fraglines“		0.67 %
			„Men’s non fraglines“ 2.5 % des ASCOPA-Gesamtmarktes		7.89 %
Anhang VI der angefochtenen Verfügung legt dar, dass die „Men’s non fraglines“ und die „Other Products“ einen nur sehr kleinen Teil des ASCOPA-Gesamtmarktes ausmachen, welche die Resultate der Analyse nicht zu beeinflussen vermochten.		„Other Pro- ducts“ 0.8 % des ASCOPA-Gesamtmarktes	20.09 %		
Umsatztotal/ Gesamtumsätze in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung		„Total shipment“	1.16 %		

6.5.4.4.14 Die Vorinstanz hat den Luxus-Prestigekosmetikmarkt in die drei Teilmärkte Pflege, Parfum und Make-up unterteilt (angefochtene Verfügung Rz. 498). Allerdings ist anhand Abbildung 29 der angefochtenen Verfügung, welche die Umsätze der Teilmärkte aufgreift, ersichtlich, dass hier sechs Teilmärkte („Skin Care“, „Colour Cosmetics“, „Men's non fraglines“, „Women's fragrances“, „Men's fraglines“ und „Other Products“) genannt werden (vgl. auch Rz. 499 der angefochtenen Verfügung, wo ausgeführt wird, dass vorliegend offen bleiben könne, ob eine weitergehende Unterteilung der aufgezählten Marktsegmente sinnvoll wäre, zumal eine

weitergehende Gliederung keinen Einfluss auf das Untersuchungsergebnis habe). Zählt man diese sechs Teilmärkte zusammen, entspricht dies dem „Total shipment“ in Abbildung 29. Das „Total shipment“ kommt dem Umsatztotal bzw. den Gesamtumsätzen aller ASCOPA-Mitglieder in Abbildung 30 der angefochtenen Verfügung gleich (vgl. Abbildung oben).

6.5.4.4.15 Vergleicht man die sechs Teilmärkte von Abbildung 29 der angefochtenen Verfügung mit den drei Teilmärkten Pflege, Parfum und Make-up (angefochtene Verfügung Rz. 498), ist ersichtlich, dass die „Colour Cosmetics“ dem Teilmarkt des *Make-ups* und die „Skin Care“ dem Teilmarkt der *Pflegeprodukte* zuzuordnen sind. Des Weiteren sind die „Men’s-“ und „Women’s fraglines“ zusammen dem Teilmarkt der *Parfums* zuzuweisen. Jedoch können die Kategorien „Other Products“ und „Men’s non fraglines“ keinem der drei Teilmärkte zugeordnet werden. Allerdings nimmt die Vorinstanz in Anhang VI der angefochtenen Verfügung zu den „Other Products“ und „Men’s non fraglines“ Stellung und hält fest, dass diese Teilmärkte so klein seien – sie würden nur 0.8 % und 2.5 % vom ASCOPA-Gesamtmarkt ausmachen –, dass sie das Resultat der Gesamtanalyse nicht zu beeinflussen vermögen (vgl. E. 5.3.2.4.1 hiervor). Demzufolge machen diese beiden Kategorien „Other Products“ und „Men’s non fraglines“ einen so kleinen Anteil am Gesamtmarkt der vom Informationsaustausch umfassten Markenprodukte aus, dass diese im Rahmen der Marktanalyse ohne Weiteres vernachlässigt werden können. So legt die Vorinstanz in Rz. 499 der angefochtenen Verfügung dar, dass den Wettbewerbsbehörden auch gar keine Beweise vorliegen würden, wonach die ASCOPA-Mitglieder in Bezug auf die Marktsegmente Zahn-, Haar- und Babypflege alle hier aufgezählten Informationstypen austauschten. So könne auch dahingestellt bleiben, ob in diesen Bereichen eine Unterscheidung in einen Massenmarkt und in einen Prestige- bzw. Luxussegment möglich sei. Um das Umsatztotal von ASCOPA bzw. das „Total Shipment“ vollständig darzulegen, sind diese beiden kleinen Teilmärkte („Other Products“ und „Men’s non fraglines“) trotzdem in Abbildung 29 aufgeführt; die Verfügung bezieht sich jedoch in ihrer Begründung auf die hauptsächlichen drei von der WEKO vertieft untersuchten Teilmärkte Pflege, Parfum und Make-up.

6.5.4.4.16 Im Folgenden sind nun die CAGR bezüglich der Teilmärkte zu beleuchten (vgl. Abbildung 3 hiervor). Der CAGR der Jahre 2004-2007 der Pflegeprodukte beträgt 1.49 %, derjenige des Make-ups 1.15 % und derjenige des Parfums 0.23 % („Men’s fraglines“ [0.67 %] und „Women’s Fragrances“ [-0.02 %]). Des Weiteren betrug der Teilmarkt der „Men’s non

fraglines“ einen CAGR von 7.89 %. Der CAGR der gesamten Männerkosmetik (d.h. „Men’s non fraglines“ zusammen mit den „Men’s fraglines“) macht allerdings einen CAGR von 1.61 % aus. Die „Other products“ hingegen umfassten einen CAGR von 20.09 %. Diese soeben beschriebenen Teilmärkte wiesen – mit Ausnahme der „Other products“ und der „Men’s non fraglines“ – niedrige CAGR auf. Allerdings machten die „Other products“ nur einen Anteil von 0.8 % am ASCOPA-Gesamtmarkt aus (Anhang VI der angefochtenen Verfügung); bei den „Men’s non fraglines“ betrug der Anteil am ASCOPA-Gesamtmarkt nur 2.5 %. Daher fallen die „Other products“ und die „Men’s non fraglines“ nicht besonders ins Gewicht. Zwar ist bei einem CAGR von 20.09 % von einem Marktwachstum der „Other products“ auszugehen, was ebenfalls gegen einen verdrängenden Aussenwettbewerb spricht. Ergänzend ist zu sagen, dass man schon aus der Bezeichnung „Other products“ erkennen kann, dass in dieser Kategorie keine Produktdifferenzierung angestrebt, sondern vielmehr eine schwierig zuzuordnende Restmenge beschrieben wird. Daher kann davon ausgegangen werden, dass diese im vorliegenden Zusammenhang als eine Art „Auffangbecken“ für Produkte, welche nicht einem sonstigen Teilmarkt zuzuordnen waren, zu werten sind (vgl. ebenso angefochtene Verfügung Rz. 499). Es ist anzunehmen, dass innerhalb der Jahre 2004-2007 immer häufiger Informationen an ASCOPA gesendet wurden, welche keinem Teilmarkt zuzuordnen waren. Daher ist der hohe CAGR auch nicht verwunderlich. Was die „Men’s non fraglines“ betrifft, so können aus dem CAGR von 7.89 %“ aufgrund des kleinen Anteils von 2.5 % am ASCOPA-Gesamtmarkt keine Aussagen abgeleitet werden, da dadurch die Analyse kaum beeinflusst wird (vgl. angefochtene Verfügung Anhang VI).

6.5.4.4.17 Gesamthaft lassen diese CAGR der Teilmärkte die Schlussfolgerung zu, dass der relevante Markt auch bei spezifischer Analyse der Teilmärkte – abgesehen von den den Markt nicht prägenden „Other products“ und den „Men’s non fraglines“ – nur leicht wachsend bzw. eher stagnierend war.

vii. Bedeutung der Marktanteile der Beschwerdeführerin

6.5.4.4.18 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass es auch innerhalb eines stagnierenden Marktes zu Schwankungen kommen könne (Stellungnahme zur Duplik Rz. 21 Lemma 8), was die Marktanteile der Beschwerdeführerin betroffen habe, und dass die Vorinstanz die Volatilität der Marktanteile verschleierte, da die Marktanteile der Beschwerdeführerin im Parfumsegment am Gesamtmarkt in den Jahren 2004-2007 um

1.6 Prozentpunkte zurückgegangen seien (Beschwerde Rz. 126, 161 Lemma 4). Ausserdem spreche die Fragmentiertheit des Marktes der Luxuskosmetika für Änderungen der Marktanteile (Replik Rz. 37).

6.5.4.4.19 Diesbezüglich ist – soweit sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf ihren eigenen Marktanteil beruft – zunächst festzuhalten, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um den Marktanteil geht, den *die an einer Wettbewerbsabrede Beteiligten* halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“); also um den Marktanteil, den *alle* ASCOPA-Mitglieder *gemeinsam* halten und nicht um den Marktanteil *eines einzelnen Wettbewerbers* (bzw. der Beschwerdeführerin). Dies gilt jedenfalls für die Prüfung des Aussenwettbewerbs und in gleicher Weise für die soeben analysierten Teilmärkte.

6.5.4.4.20 Die vorherigen Ausführungen haben aufgezeigt, dass der Gesamtkosmetikmarkt von ASCOPA mit einem CAGR (2004-2007) von 1.16 % kaum wachsend bis stagnierend war. Dasselbe gilt ebenfalls für die grossen Teilmärkte von ASCOPA (Parfum: CAGR 0.23 %, Pflege: CAGR: 1.49 %, Make-up: CAGR 1.15 %; vgl. in Bezug auf die Teilmärkte genauer E. 6.5.4.4.13 ff. hiavor). Zudem ist zu beachten, dass es ausserhalb von ASCOPA kaum Konkurrenten im Bereich der Luxuskosmetik gegeben hat (vgl. E. 6.5.4.2 insb. 6.5.4.2.3 hiavor), was alles gegen einen funktionierenden Aussenwettbewerb spricht. Daher ist es auch unerheblich, ob der Marktanteil der Beschwerdeführerin am Teilmarkt des Parfums schwankend war (vgl. Beschwerde Rz. 161 Lemma 4 i.V.m. 126 sowie die angefochtene Verfügung Rz. 544), da es – wie soeben festgestellt – um den Marktanteil geht, den alle an der Wettbewerbsabrede Beteiligten halten (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Demnach erweist sich die Rüge, dass die Vorinstanz die Volatilität der Marktanteile der Beschwerdeführerin verschleiert habe, als unbegründet.

Selbst wenn man lediglich auf die Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin, welche diese bei ASCOPA eingereicht hat, abstellen würde, ist jedenfalls festzuhalten, dass der Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin hinsichtlich der bei ASCOPA eingereichten Zahlen (Jahre 2004-2007) nur einen CAGR von 1.81 % aufwies (vgl. Abbildung 2 oben), weshalb der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden kann, wenn diese meint, dass die Volatilität der Marktanteile verschleiert worden sei. Des Weiteren kann auf die Ausführungen in den Erwägungen 3.2.3.2 insb. 3.2.3.2.6 verwiesen werden.

6.5.4.4.21 Die Tatsache, dass sowohl der Gesamtmarkt der vom Informationsaustausch umfassten Produkte wie auch dessen Teilmärkte (Parfum, Pflege und Make-up; genauer E. 6.5.4.4.13 ff. hiervor) leicht wachsend bis stagnierend waren, weist darauf hin, dass es keine nennenswerte Konkurrenz ausserhalb von ASCOPA gab. Ansonsten wäre es bei den Marktanteilen der ASCOPA-Mitgliedern in Bezug auf die vom Informationsaustausch umfassten Produkte wahrscheinlich zu Schwankungen gekommen. Soweit sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf die Fragmentiertheit des Marktes beruft, kann auf die in E. 6.5.3.4.2 hiervor gemachten Ausführungen verwiesen werden.

viii. Fazit zum aktuellen Wettbewerb

6.5.4.4.22 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht den aktuellen Wettbewerb aufgrund verschiedener Aspekte (mögliche Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA; Parallelimporte, Tax-Free-Shops und Einkaufstourismus; leicht wachsende bis stagnierender Markt) geprüft hat und zum Schluss kommt, dass nicht von einem ausreichend disziplinierenden Aussenwettbewerb ausgegangen werden kann.

6.5.4.5 *Potenzieller Wettbewerb*

6.5.4.5.1 Beim potenziellen Wettbewerb ist zu prüfen, ob potenzielle Wettbewerber die Möglichkeit hätten, dem Markt beizutreten und ob diese einen disziplinierenden Einfluss auf die schon bestehenden Wettbewerber ausüben könnten (vgl. diesbezüglich zur marktbeherrschenden Stellung Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 „Hallenstadion-Ticketcorner“ und Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 208 „Hallenstadion-Ticketcorner“; allgemein zur Erheblichkeit BORER, Art. 5 KG N 24). Die Wahrscheinlichkeit, dass potenzielle Wettbewerber in den Markt eintreten können, beurteilt sich nach ökonomischen, juristischen und faktischen Marktzutrittschranken (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 240; WEBER/VOLZ, Rz. 2.338).

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.5.4.5.2 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz nicht geklärt, ob es weltweit tätige Unternehmen im Bereich der Luxuskosmetik gäbe, die nicht in der Schweiz vertreten sind (Beschwerde Rz. 128). Die Beschwerdeführerin meint zudem, dass schon allein die zahlreichen neuen Produkte beweisen würden, dass die Markteintrittsschranken nicht besonders hoch seien und deshalb ein Disziplinierungseffekt durch diese

bestehe. Dabei sei es unerheblich, ob ein solches Produkt von einem lokalen kleinen Anbieter oder von einem weltweiten Konzern stamme (Beschwerde Rz. 128 f., vgl. auch Rz. 131).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.5.4.5.3 Die Vorinstanz legt dar, dass nur ein bevorstehender Markteintritt eines neuen *Unternehmens* das Erfordernis des potenziellen Wettbewerbs erfüllen könne. Der Markteintritt einer neuen Marke reiche allerdings hierzu nicht aus. Zudem müsse eine disziplinierende Wirkung auf die bereits im Markt tätigen Unternehmen bestehen. Der potenzielle Konkurrent müsse mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit in den Markt eintreten können (angefochtene Verfügung Rz. 729, 733).

6.5.4.5.4 Die Vorinstanz meint zudem, dass die von ihr dargelegten Analysen zur Preisentwicklung aufzeigen würden, dass kein Unternehmen ausserhalb von ASCOPA dieser Entwicklung Einhalt gebieten konnte und es somit an einem disziplinierenden Einfluss einer potenziellen Konkurrenz fehle (angefochtene Verfügung Rz. 730). Ungeachtet dessen seien jegliche weltweit tätigen Unternehmen der Branche der Luxuskosmetik bereits auf dem Schweizer Markt tätig. Während der Untersuchungsperiode seien keine Neueintritte oder Hinweise bezüglich künftiger Neueintritte zu vermerken gewesen. Hierfür würden auch die stagnierenden Marktanteile sprechen. Gerade im Bereich der Luxuskosmetik, wo es sich um etablierte Marken handle und der Anteil an Werbekosten hoch sei, sei der Eintritt eines neuen Konkurrenten besonders schwer. Demzufolge sei die potenzielle Konkurrenz zu verneinen (angefochtene Verfügung Rz. 731 ff. i.V.m. 491).

iii. Würdigung

6.5.4.5.5 Bereits in den Erwägungen 6.3.3 und 6.3.3.2 sowie 6.3.3.3.9 ist ausgeführt worden, dass die Prüfung eines allfälligen Kausalzusammenhangs zwischen Informationsaustausch und tatsächlichen Preiserhöhungen die im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zu stellenden Anforderungen überspannt. Daher ist auf die Ausführungen der Vorinstanz, nach welchen die potenzielle Konkurrenz aufgrund von Preisentwicklungen zu verneinen ist, im vorliegenden Kontext nicht weiter einzugehen. Jedenfalls dringt die Beschwerdeführerin – wie im Folgenden aufzuzeigen ist – mit ihren Rügen nicht durch.

6.5.4.5.6 Die Rüge, dass die Vorinstanz nicht geklärt habe, ob es weltweit tätige Unternehmen gebe, die noch nicht in den Schweizer Markt eingetreten seien (Beschwerde Rz. 128), erweist sich als unbegründet. Denn die Vorinstanz legt dar, dass sämtliche weltweit tätigen Unternehmen der Branche bei ASCOPA vertreten waren (angefochtene Verfügung Rz. 732). Ausserdem zeigt die Vorinstanz auf, dass European Forecast sich nur auf die Topseller beziehe und bei European Forecast kein Unternehmen genannt werde, das nicht Mitglied von ASCOPA sei (angefochtene Verfügung Rz. 693). Zudem hat die Vorinstanz mit Blick auf den Aussenwettbewerb aufgrund der Rügen im vorinstanzlichen Verfahren weitere Unternehmen geprüft (angefochtene Verfügung 683-693; vgl. E. 6.5.4.2.3 hier-
vor). Auch ist die Aussage der Vorinstanz, dass die stagnierenden Marktanteile gegen potenzielle Neueintritte sprechen würden (angefochtene Verfügung Rz. 734), nicht zu beanstanden. Denn das Bundesverwaltungsgericht erachtet den Gesamtmarkt der vom Informationsaustausch erfassten Produkte sowie dessen Teilmärkte ebenfalls als nur leicht wachsend bis stagnierend (E. 6.5.4.4 hier-
vor). Schliesslich sind auch die Ausführungen der Vorinstanz, dass bei den etablierten Marken von ASCOPA Neueintritte konkurrierender Unternehmen tendenziell unwahrscheinlich sind, richtig. Dafür spricht einerseits der hohe Werbeaufwand (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 491). Das beschränkt im Übrigen auch die Möglichkeiten von Nischenprodukten kleinerer Hersteller (vgl. zur Bedeutung derselben etwa MÜLLER-STEWENS, S. 30). WAGNER-VON PAPP geht sogar so weit anzunehmen, dass ein Restwettbewerb im Bereich der Werbung dazu dienen könne, den Marktzutritt von Aussenseitern zu verhindern (WAGNER-VON PAPP, Marktinformationssysteme, S. 361). Andererseits erfolgt die Kaufentscheidung in einem luxusartigen Markt – wie bereits erwähnt (vgl. E. 5.3.2.6 hier-
vor) – nicht in erster Linie aufgrund monetärer Gründe. Daher erweist sich die Bindung an die gewohnte bevorzugte Marke als relativ stark. Ein in den Markt neueintretendes Unternehmen dürfte es daher umso schwieriger haben, die Kunden eines renommierten Unternehmens bzw. einer bekannten Marke abzuwerben.

iv. Fazit

6.5.4.5.7 Die gemachten Ausführungen lassen die Schlussfolgerung zu, dass aufgrund der Marktgegebenheiten auch kein potenzieller Wettbewerb mit hinreichender Disziplinierungswirkung besteht.

6.5.4.6 Zwischenfazit zum Aussenwettbewerb

Zusammenfassend ergibt sich, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein hinreichender Aussenwettbewerb vorliegt. Es ist weder genügend aktueller noch genügend potenzieller Wettbewerb vorhanden.

6.5.5 Stellung der Marktgegenseite

In Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite ist zu prüfen, ob die Marktgegenseite Druck auf die an der Abrede beteiligten Wettbewerber ausüben kann (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 218 „Hallenstadion-Ticketcorner“; BORER, Art. 5 KG N 24). Sofern die Marktgegenseite hierzu in der Lage ist, spricht dies aus quantitativer Sicht gegen die Erheblichkeit (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 241; BORER, Art. 5 KG N 24). In diesem Sinne hat das Bundesgericht etwa im Fall Hallenstadion-Ticketcorner festgestellt, dass die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe, dass den Veranstaltern keine besondere Verhandlungsmacht zukomme (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

6.5.5.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Retailer als Marktgegenseite eine so starke Stellung innehaben, dass sie fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerb ausgleichen können. Die Vorinstanz habe selbst gesagt, dass die Händler in der Gestaltung der Rabattkonditionen eigenständig seien. Zudem habe die Vorinstanz nicht untersucht, ob die Detailhändler die Bruttopreise mit Rabatten kompensieren konnten. Schliesslich habe die Vorinstanz gar nicht die mit den Händlern ausgehandelten Preise untersucht (Beschwerde Rz. 130).

6.5.5.2 Vorbringen der Vorinstanz

6.5.5.2.1 Um die Stellung der Marktgegenseite, also die Nachfragemacht, zu untersuchen, stellt die Vorinstanz die Unternehmen auf Hersteller- bzw. *Distributorenmenseite* – das sind die ASCOPA-Mitglieder – den Unternehmen auf Retailerseite einander gegenüber:

Auf *Hersteller- und Distributorenmenseite* nennt die Vorinstanz Unternehmen, die ASCOPA-Mitglieder sind (Estée Lauder [Beschwerdeführerin], Beiersdorf, Chanel, Clarins, Coty, Dior, L'Oréal, Procter & Gamble und Wodma 41). Diese machen ungefähr 80-85 % des relevanten Marktes aus (angefochtene Verfügung Rz. 743).

Die *Marktgegenseite* vereinigt sechs bedeutende Retailer (Coop [Import], Douglas, Manor, Marionnaud, Migros [Globus], Almayita mit Sunstore und Jelmoli) sowie die Beauty Alliance. Diese vereinigen ebenfalls 80-85 % der Marktanteile auf sich. Die Beauty Alliance ist eine Aktiengesellschaft mit rund 110 Mitgliedern. Es sind rechtlich selbständige Parfümerien, Apotheken und Drogerien (angefochtene Verfügung Rz. 744).

6.5.5.2.2 Nach Ansicht der Vorinstanz sind auf beiden Seiten grosse Unternehmen tätig. Die Grösse der Umsätze würde keine Rückschlüsse auf die Marktstärken der beiden Marktgegenseiten zulassen (angefochtene Verfügung Rz. 746). So wäre gemäss der Vorinstanz die Verhandlungsmacht der ASCOPA-Mitglieder (Hersteller- und Distributorenseite) durch die Marken mit einem grossen Renommee gestärkt. Denn die Retailer seien darauf angewiesen, diese Marken in ihrem Portfolio zu halten. Trotzdem sei nicht zu vernachlässigen, dass man auch gewissen Retailern durch die Möglichkeit der Ausgestaltung der Rabattkonditionen und der Freiheit in der Gestaltung der Produkteplatzierung eine gewisse Autonomie zusprechen könne. Da jedoch die Retailer nicht in der Lage seien, das Kollusionsergebnis zu destabilisieren, könne den Retailern gemäss der Vorinstanz keine (die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage stellende) Verhandlungsmacht zugesprochen werden (angefochtene Verfügung Rz. 747 ff., 753 f.).

6.5.5.3 Würdigung

6.5.5.3.1 Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Vorinstanz losgelöst von der Frage zu prüfen sind, ob der Informationsaustausch effektive Kollusion zwischen den ASCOPA-Mitgliedern zur Folge oder tatsächliche Auswirkungen im Sinne einer Kausalität zwischen Informationsaustausch und Preiserhöhungen gehabt hat. Dass die Vorinstanz dargelegt hat, dass beide Marktgegenseiten (die ASCOPA Mitglieder und die Retailer) in prozentualer Hinsicht über die gleiche Marktstärke verfügen (80-85 %) und demzufolge die Marktstärke keine Aussagen hinsichtlich der Position der Marktgegenseite zulässt, ist nicht zu beanstanden (angefochtene Verfügung Rz. 743 ff.). Zwar haben die Retailer die Möglichkeit, eigene Rabatte zu gewähren. Zudem sind sie in der Positionierung der Produkte in ihren Geschäften frei (angefochtene Verfügung Rz. 753). Jedoch sind die Retailer ebenfalls vom starken Markenportfolio der ASCOPA-Mitglieder abhängig, da sie einem hohen Anreiz dahingehend ausgesetzt sind, zumindest deren bekannteste Marken im Sortiment zu haben (vgl. E. 5.3.1.4 hiervor). Indessen kann auch im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, ob ein gewisser Anteil bzw. welche der in Frage

stehenden Kosmetika als eigentliche „must-in-stock“-Produkte zu qualifizieren sind (vgl. ZÄCH, in: SIWR V/2 S. 148). Entscheidend ist aber vor allem der Umstand, dass die Retailer zwar – worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist – insbesondere frei sind in Bezug auf die gegenüber den Endkonsumenten gewährten Rabatte. Das Gericht hat indessen im Rahmen der Prüfung der qualitativen Elemente der Erheblichkeit gestützt auf Aussagen der Händler festgestellt, dass sich die Bruttopreise faktisch im Sinne einer Verhandlungsgrundlage ausgewirkt haben (vgl. dazu E. 6.4.2.4.28 hiervor). Damit verfügten die Retailer nicht über eine genügend starke Stellung, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet.

6.5.5.4 Fazit

Die gemachten Ausführungen lassen in Übereinstimmung mit den Feststellungen der Vorinstanz die Schlussfolgerung zu, dass die Marktgegenseite (Retailer) nicht über eine Stellung verfügte, die hinreichend stark gewesen wäre, um den ungenügenden Aussenwettbewerb im Sinne einer hinreichend disziplinierenden Wirkung zu kompensieren. Das gilt bereits ohne Berücksichtigung des Informationsaustauschs.

6.5.6 Innenwettbewerb

Beim Innenwettbewerb geht es darum, ob der Wettbewerb zwischen den an der Vereinbarung Beteiligten trotz der geschlossenen Abrede aufgrund anderer Wettbewerbsparameter weiterbesteht (BGE 129 II 18 E. 8.1 „Buchpreisbindung I“; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 237; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 61).

6.5.6.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz

6.5.6.1.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass nicht allein der hohe Preis das ausschlaggebende Kriterium in der Luxuskosmetik sei. Wettbewerb könne gerade in der Luxus- bzw. Prestigekosmetik auch aufgrund von Qualität, Werbung, Service, Forschung und Entwicklung, Marketing und Produkteinführung und kreierten Brands spielen (Beschwerde Rz. 134; Replik Rz. 80). Produktequalität und Innovation könnten auch einen Einfluss auf den Markt haben (Stellungnahme zur Duplik Rz. 22 Lemma 8).

6.5.6.1.2 Vorliegend ist hauptsächlich das Verständnis des Begriffs der „Innovation“ umstritten. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die grosse Anzahl von neuen Produkten, welche sogar die Vorinstanz aner-

kenne, ein Beweis für funktionierenden Innenwettbewerb. Dementsprechend verstehe die Vorinstanz den Begriff der „Innovation“ falsch (Beschwerde Rz. 132).

6.5.6.1.3 Nach dem Gesagten ist das Verständnis des Begriffs „Innovation“ der Vorinstanz zu beleuchten: Nach Ansicht der Vorinstanz (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 762 f.), beruht der Begriff „Innovation“ auf der Definition in der europäischen Verordnung zur Errichtung des Europäischen Innovations- und Technologieinstitutes (Verordnung zur Errichtung des Europäischen Innovations- und Technologieinstituts (EG) Nr. 294/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008, ABl. L 97/1 vom 9. April 2004). Gemäss Art. 2 Ziff. 1 dieser Verordnung umschreibe Innovation den Prozess, auch die Ergebnisse dieses Prozesses, bei dem neue Ideen hervorgebracht werden, die auf gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedürfnisse ausgerichtet sind, so dass daraus neue Produkte, Dienstleistungen oder Geschäfts- und Organisationsmodelle entstehen, die erfolgreich in bestehende Märkte eingeführt werden oder die Schaffung neuer Märkte ermöglichen.

6.5.6.1.4 Ausserdem ist nach Ansicht der Vorinstanz die medizinische Forschung von der Forschung in der Kosmetikbranche zu trennen (angefochtene Verfügung Rz. 775 ff.).

6.5.6.1.5 Die Beschwerdeführerin geht hingegen davon aus, dass der Begriff der „Innovation“ aus wettbewerbsrechtlicher Sicht anders zu verstehen ist: Innovation sei dann gegeben, wenn ein neu lanciertes Produkt die bisherigen Produkte in einem relevanten Markt konkurrenzriere. Dies ungeachtet der Frage, ob eine neue Technologie verwendet werde oder nicht und ob das Produkt auf medizinischer oder kosmetischer Forschung beruhe. So habe die Beschwerdeführerin zwei neue Produktlinien eingeführt. Da die Vorinstanz ja sogar selbst eingestanden habe, dass neue Produkte im Markt von ASCOPA eingeführt wurden, anerkenne sie das Vorliegen von Innovation (Beschwerde Rz. 132). Demzufolge sei von einem funktionierenden Innenwettbewerb auszugehen.

6.5.6.1.6 In der angefochtenen Verfügung befasst sich die Vorinstanz in Bezug auf die Prüfung des Innenwettbewerbs mit der Frage, ob nicht der Wettbewerb aufgrund des Wettbewerbsparameters *Innovation* weiterbestehen könnte. Sie untersucht hierzu die drei Teilproduktmärkte (*Parfum, Make-up und Pflege*):

6.5.6.1.6.1 So ist die Einführung eines neuen *Parfums* nach Ansicht der Vorinstanz keine Innovation. Es handle sich hier nur um die Differenzierung bestehender Produkte. Die Popularität eines neuen Duftes würde von den Konsumenten subjektiv empfunden. Gemäss einem Parteigutachten würden weltweit vier grosse Hersteller – Givaudan, International Flavours & Fragrances (IFF), Firmenich und Symrise – 90 % der Düfte herstellen und der Rest der Düfte würde von kleineren Unternehmen hergestellt, woraus ersichtlich ist, dass die Düfte mehrheitlich eingekauft werden. Von den zehn erfolgreichsten Parfümherstellern – wozu auch die ASCOPA-Mitglieder Puig, die Beschwerdeführerin, LVMH (Dior), P&G, Coty und L'Oréal gehören – kreierten einzig Chanel und Hermès ihre eigenen Duftessenzen. Zudem würden keine vollkommen neuen Produkte, sondern Markenfamilien geschaffen (z.B. „Davidoff Cool Water“ bzw. „Davidoff Cool Water Deep“), was den Neuerungscharakter eines Produktes schmälere. Zudem stehe es aufgrund der stabilen Marktanteile nach Ansicht der Vorinstanz fest, dass die Einführung eines neuen *Parfums* keine Innovation sei. Da Angaben betreffend die Werbeinvestitionen ausgetauscht wurden, könne nicht bezüglich des Wettbewerbsparameters Werbung von einem funktionierenden Innenwettbewerb gesprochen werden (angefochtene Verfügung Rz. 766-771).

6.5.6.1.6.2 Hinsichtlich des Teilmarktes des *Make-ups* merkt die Vorinstanz an, dass die wichtigsten Erfindungen schon sehr alt seien (die Erfindung des kussfesten Lippenstiftes [1949] und die Verwendung von glänzenden Pigmenten von Muschelschalen für Lidschatten [1970-1990]). Zwar seien mineralbasierende Make-up-Produkte im 21. Jahrhundert hinzugekommen. Wenn auch dies für einen gewissen Neuerungs Wert der Produkte sprechen würde, könne dies nicht mit einer Innovation gleichgesetzt werden, da auch im Make-up-Markt die *Marketingstrategie* eine zentrale Rolle gespielt habe (angefochtene Verfügung Rz. 772).

6.5.6.1.6.3 Hinsichtlich der *Pflegeprodukte* meint die Vorinstanz, dass dieselben von den medizinischen Heilmitteln abzugrenzen seien. So würden *Kosmetikprodukte* gemäss Art. 35 LGV dazu dienen, Teile des Körpers zu reinigen, zu parfümieren, deren Aussehen zu verändern oder den Körpergeruch zu beeinflussen oder um sie zu schützen oder in gutem Zustand zu halten. Im Gegensatz dazu würden *Arzneimittel* gemäss dem Heilmittelgesetz der Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen dienen. Die medizinischen Forschungsergebnisse der Dermatologie können nicht ohne Weiteres der Luxus-Kosmetikindustrie zugerechnet werden. Auch sei in der Schweiz die Verwendung von zulässigen Inhaltsstoffen von Kosmetikprodukten und

UV-Filtersubstanzen auf Verordnungsstufe geregelt (Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über kosmetische Mittel, aVKos SR 817.023.31; die aVKos wurde am 16. Dezember 2016 revidiert). Wenn sich die Forschung auf diese Vorgaben auf Verordnungsstufe beziehe, richte sie sich nach vorgegebenen Kriterien, welche nicht einer Innovation in der Kosmetikindustrie gleichkommen würden. Die Kosmetikindustrie sei ein nachgelagerter Anwender dieser Resultate. Demzufolge sei ihre Tätigkeit nicht innovativ. Die wahrgenommene Qualität eines Kosmetik-Pflegeproduktes hänge von der *Werbung* ab (angefochtene Verfügung 773-780).

6.5.6.1.7 Aufgrund der gemachten Ausführungen schloss die *Vorinstanz*, dass zwar eine relativ grosse Anzahl von Produkten neu eingeführt wurde, dies aber nicht mit Innovation gleichzusetzen sei. Der Wettbewerbsparameter *Werbung* sei durch den Austausch von Werbeausgaben eingeschränkt worden. Somit vermögen neue Produktelancierungen den Umstand des Informationsaustausches nach Ansicht der Vorinstanz nicht zu kompensieren (angefochtene Verfügung Rz. 781).

6.5.6.1.8 Die Beschwerdeführerin ist jedoch anderer Meinung. Ihrer Ansicht nach, ist es falsch zu behaupten, dass der Informationsaustausch den Wettbewerbsparameter Werbung eingeschränkt habe und dass die Marktanteile stagnierten, da Beweise, dass kein Innenwettbewerb vorliege, ausgeblieben seien (Beschwerde Rz. 133). Auch vernachlässige die Vorinstanz den Aspekt, dass European Forecast anlässlich der Befragung zu Protokoll gegeben habe, dass der Markt der Luxuskosmetik ein enorm kompetitiver Markt sei. Daher existiere ein funktionierender Innenwettbewerb (Beschwerde Rz. 134 mit Hinweis auf act. 216, S. 4).

6.5.6.2 Würdigung

6.5.6.2.1 Auch wenn nicht bestritten wird, dass neue Produkte eingeführt wurden (Beschwerde Rz. 132; angefochtene Verfügung Rz. 769, 781), sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz von einem falschen Begriffsverständnis der Innovation ausgehe, soweit die Beschwerdeführerin von einem wettbewerbsrechtlichen Innovationsbegriff ausgeht, nicht zutreffend. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin bezieht sich Innovation auf die Neueinführung von Produkten im Kontext mit der Gewinnung von Marktanteilen. Indessen ist nicht alles, was den Wettbewerb intensivieren kann, Innovation. Das Begriffsverständnis der *Vorinstanz* zur „Innovation“, welches auf neuen Ideen und nicht auf Markt-

anteilen neuer Produkte beruht, ist daher jedenfalls insoweit nicht zu beanstanden. Dieses ist anhand der Ausführungen der Vorinstanz entsprechend der drei Teilmärkte (Pflege, Parfum und Make-up) zu beleuchten:

6.5.6.2.2 Wird eine medizinische Innovation für die Kosmetik verwendet – meistens im *Pflegebereich* – so bleibt dieselbe eine Innovation medizinischer Art und wird deshalb nicht zu einer kosmetischen Innovation. Ausserdem ist die Feststellung der Vorinstanz zutreffend, dass Vorgaben auf gesetzlicher oder auf Verordnungsstufe, welche Vorgaben zur Konkretisierung von Inhaltsstoffen von Kosmetika machen (angefochtene Verfügung Rz. 776 ff.), nicht als Innovation gewertet werden können. Denn solche Vorgaben bilden keinen Anreiz für eigene Erfindungen oder Kreationen. Zugleich können Inhaltsstoffe mehr bieten als den gesetzlichen Mindeststandard, was wiederum Innovation möglich macht. Insoweit ist das Innovationsverständnis der Vorinstanz zu eng.

6.5.6.2.3 Des Weiteren wurde von der Vorinstanz aufgezeigt, dass die *Parfumdüfte* mehrheitlich eingekauft werden (angefochtene Verfügung Rz. 767), was nach Ansicht der Vorinstanz ebenfalls gegen eine Innovation spricht. Hierzu kann auch auf einen Massnahmeentscheid des Handelsgerichts Zürich aus dem Jahr 1985 verwiesen werden, in welchem es als glaubhaft erachtet wurde, dass die Grunddüfte der bekannten Parfummarken dieselben seien (Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 1986, Nr. 72, S. 116). In dieser Absolutheit lassen sich indessen diese Aussagen wohl nicht halten. Neben natürlichen Düften werden auch immer wieder neue synthetische Moleküle eingesetzt, um den Kundenwünschen zu entsprechen (vgl. MÜLLER-STEWENS, S. 30). Und das Einkaufen von Düften spricht ebenfalls nicht kategorisch gegen Innovation. Indessen zeigt die Vorinstanz zutreffend auf, dass bei der Einführung von neuen Parfums nicht neue Marken, sondern Markenfamilien geschaffen wurden (angefochtene Verfügung Rz. 768). Das Auftauchen neuer Produkte ist denn – dies gilt nicht nur für den Luxuskosmetikmarkt – nicht zwingend durch Innovationsdruck, sondern teilweise auch durch die zunehmende Kurzlebigkeit von Produkten zu erklären. Viel entscheidender als die Innovation ist gerade im Luxuskosmetikbereich das Marketing. In Bezug auf die fehlende Disziplinierungswirkung der Innovation sind die Ausführungen der Vorinstanz im Ergebnis also nicht zu beanstanden.

6.5.6.2.4 Obwohl die Vorinstanz einen gewissen Neuerungs Wert verschiedener *Make-up-Produkte* nicht bestreitet (z.B. kussfester Lippenstift und die Verwendung von glänzenden Pigmenten von Muschelschalen für Lidschatten, mineralbasierende Produkte), kann die Einführung eines

neuen Lidschattens oder eines neuen Lippenstiftes nicht diese ursprünglichen Erfindungen aufwiegen. Die Argumentation der Vorinstanz ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden. Denn ein neuer Lippenstift ist ein neues Produkt und nicht schon deswegen eine Innovation. Auch im Make-up-Bereich ist die Marketingstrategie von zentraler Relevanz.

6.5.6.2.5 Auch vermochte die Neueinführung von Produkten den stagnierenden Marktanteilen nicht entgegenzuwirken. Denn das Bundesverwaltungsgericht ist, wie auch die Vorinstanz, zum Schluss gekommen, dass der Markt der vom Informationsaustausch erfassten Produkte sowie dessen Teilmärkte im Wesentlichen stagnierten (E. 6.5.4.4 hiavor; angefochtene Verfügung Rz. 694 ff., Abbildung 29 f.). Anderenfalls wären Marktanteilsschwankungen ersichtlich. Daher ist im Ergebnis unabhängig von der genauen Definition des Begriffs „Innovation“ jedenfalls nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass die stagnierenden Marktanteile gegen eine disziplinierende Wirkung der Innovation im Rahmen des Innenwettbewerbs sprechen.

6.5.6.2.6 Hinsichtlich der Qualität, auf welche sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf den ihrer Darstellung nach funktionierenden Innenwettbewerb berufen hat, ist festzuhalten, dass diese aufgrund der im Vordergrund in der Luxus- bzw. Prestigekosmetik stehenden Werbung eher nicht im Sinne von objektiven Produkteigenschaften, sondern vor allem subjektiv aus Sicht der Konsumenten wahrgenommen wird. Vor diesem Hintergrund ist es auch nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin in erster Linie bestreitet, dass der Informationsaustausch die Wirkung des Wettbewerbsparameters Werbung eingeschränkt habe (Beschwerde Rz. 133). Die Vorinstanz greift denn diesbezüglich auch zu kurz, wenn sie den Marktteilnehmenden sinngemäss unterstellt, sie hätten den Wettbewerbsparameter Werbung völlig neutralisieren wollen. Im Zusammenhang mit der Zielsetzung des Informationsaustauschs über die Bruttopreise und den protokollierten Verhandlungsthemen mit den Detailhändlern ergibt sich vielmehr die Intention, dafür zu sorgen, dass ein Mindestmass an Werbeausgaben nicht unterschritten wird, damit der Preiswettbewerb nicht zu intensiv wird. Richtig ist aber, dass durch den Informationsaustausch auch ein gewisser Anreiz geschaffen werden kann, nicht nach oben im Sinne von Mehrausgaben für Werbung abzuweichen. Entscheidend ist aber auch hier, dass aufgrund des festgestellten Stagnierens der Marktanteile nicht davon ausgegangen werden kann, dass dem Wettbewerbsparameter Werbung eine den Innenwettbewerb hinreichend intensivierende Bedeutung zukommt, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet. Demzufolge ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass in

allen drei Teilmärkten (Make-up, Pflegeprodukte, Parfum) nicht die Innovation, sondern die Werbung im Zentrum steht, über welche Informationen ausgetauscht wurden, nicht zu beanstanden. Auch ist der Vorinstanz im Ergebnis zuzustimmen, wenn sie festhält, dass mit dem Wettbewerbsparameter Werbung ebenfalls kein Innenwettbewerb hergestellt wird, der so intensiv wäre, dass dadurch die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage gestellt werden könnten. Dies insbesondere auch angesichts des Umstands, dass sich die Marktanteile der grossen Player innerhalb der ASCOPA-Mitglieder im fraglichen Zeitraum nicht wesentlich verändert haben. Soweit die Beschwerdeführerin festhält (Beschwerde Rz. 161 Lemma 4), dass ihr eigener Marktanteil um 1.6 % zurückgegangen ist, ändert dies nichts am insoweit wesentlichen Gesamtbild (angefochtene Verfügung, Rz. 543 f.; vgl. E. 3.2.3.2.6 und E. 6.5.4.4.18 ff. hier vor).

6.5.6.2.7 Auch der Aspekt des Service (vgl. Beschwerde Rz. 134) vermag keinen funktionierenden Innenwettbewerb zu erzeugen. Rund die Hälfte der Marken, über welche Informationen ausgetauscht wurden, wurde selektiv vertrieben. Gewisse Anbieter hielten sich zudem freiwillig an die vorgegebenen Qualitätskriterien (angefochtene Verfügung Rz. 483, Abbildung 8; E. 5.3.3.2.2 hiervor). Daher ist davon auszugehen, dass die Servicequalität bzw. der Selektivvertrieb bei weit mehr als der Hälfte der ASCOPA-Mitglieder von Relevanz waren. Durch gewisse Vorgaben in diesem Bereich war demnach der Anreiz, Wettbewerb über die Servicequalität zu führen, nicht besonders intensiv. Selbst dort, wo dem Wettbewerb im Bereich des Services grössere Bedeutung zukommt, war aufgrund der stagnierenden Marktanteile ersichtlich, dass durch den Service nicht genügend Innenwettbewerb erzeugt werden konnte. Daher kann das Kriterium der Servicequalität nicht als Argument für einen funktionierenden Innenwettbewerb herangezogen werden. Auf die Aspekte der Forschung und Entwicklung wird im Kontext mit den Rügen zu Art. 5 Abs. 2 KG zurückzukommen sein.

6.5.6.3 *Fazit zum Innenwettbewerb*

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass ein ausreichender Innenwettbewerb aufgrund des Wettbewerbsparameters Innovation nicht angenommen werden kann. Dies insbesondere aufgrund des Umstands, dass bei allen drei Teilmärkten der Luxus- bzw. Prestigekosmetik (Make-up, Pflegeprodukte, Parfum) das Marketing bzw. die Werbung (vgl. E. 6.4.2.6.8 hiervor) und nicht die Innovation im Zentrum stehen. Aufgrund der festgestellten insgesamt nur leicht variierenden Marktanteile der bedeutenderen

ASCOPA-Mitglieder kann auch nicht angenommen werden, dass durch die Werbung trotz des Informationsaustauschs ein hinreichend intensiver Innenwettbewerb angenommen werden könnte, der zur Verneinung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit führen könnte.

6.5.7 Fazit zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit

6.5.7.1 Zusammenfassend ist zunächst festzuhalten, dass das Gericht zwar eine gewisse Fragmentiertheit des Marktes festgestellt, aber zugleich betont hat, dass diese durch die Marktanteile der sechs grössten Marktteilnehmer unter den ASCOPA-Mitgliedern relativiert wird. Ausserdem hat der Informationsaustausch der Fragmentierung entgegengewirkt (vgl. E. 6.5.3.4.2). Schliesslich war im fraglichen Zeitraum kein hinreichender *aktueller Aussenwettbewerb* gegeben. Einerseits gab es nicht in nennenswerter Zahl Konkurrenten ausserhalb von ASCOPA im Bereich der Luxus- bzw. Prestigekosmetik (E. 6.5.4.2). Zudem wurden die Luxuskosmetika kaum über Parallelimporte eingeführt und das Angebot in Tax-Free-Shops hatte nicht den Einfluss, den die Beschwerdeführerin behauptet (E. 6.5.4.3). Des Weiteren ist zu beachten, dass die Marktanteile der ASCOPA-Mitglieder insgesamt über die Jahre 2004-2007 im Wesentlichen stagnierten (E. 6.5.4.4).

6.5.7.2 Ein *potenzieller Wettbewerb* ist ebenfalls zu verneinen, da die renommierten Unternehmen bei ASCOPA vertreten waren und die Eintrittsbarrieren auf diesem Markt aufgrund der Bekanntheit der Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarken – namentlich aufgrund der hohen Werbeausgaben und der Markenbindung der Konsumentinnen und Konsumenten – so hoch sind, dass es unwahrscheinlich ist, dass ein Neueintritt einen disziplinierenden Einfluss haben könnte (E. 6.5.4.5 hiavor).

6.5.7.3 Zur Stellung der *Marktgegenseite* (Retailer) hat das Gericht festgehalten, dass diese nicht über eine hinreichend starke Stellung verfügen, um dadurch den ungenügenden Aussenwettbewerb im Sinne einer hinreichend disziplinierenden Wirkung zu kompensieren (E. 6.5.5 hiavor).

6.5.7.4 Auch der Innenwettbewerb war nicht von einer Intensität, gestützt auf welche aus quantitativer Sicht die Erheblichkeit verneint werden könnte. Auf den drei Teilmärkten von ASCOPA (Pflege, Parfum und Make-up) gab es zwar neue Produkte, aber zugleich kann nicht aufgrund von Innovation von einem hinreichend intensiven Innenwettbewerb gesprochen werden. Dieser müsste vielmehr über die Werbung begründet werden. Es ist den Mitgliedern von ASCOPA zwar nicht zu unterstellen, dass

sie mittels des Informationsaustauschs die Werbeausgaben harmonisieren wollten. Indessen ist aufgrund der stagnierenden Marktanteile der bedeutenden ASCOPA-Mitglieder nicht davon auszugehen, dass die Werbung zu einem hinreichend intensiven Innenwettbewerb geführt hat (vgl. E. 6.4.2.6.8 hiervor), gestützt auf welchen die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage gestellt werden könnten (E. 6.5.5 hiervor).

6.5.8 Fazit zur Erheblichkeit insgesamt

Zusammenfassend ergibt sich, dass in der Summe aufgrund der qualitativen und quantitativen Elemente die Erheblichkeit insgesamt zu bejahen ist. Aus qualitativer Sicht erscheint es namentlich aufgrund der Aussagen der Händler, wonach die Bruttopreise im vorliegenden Fall tatsächlich einen Orientierungspunkt für die Händlerpreise dargestellt haben (E. 6.4.2.4.21 ff. hiervor), hinreichend plausibel, dass ein Anreiz geschaffen worden ist dahingehend, dass die Dynamik des Wettbewerbs für die Zukunft gebremst wird und es im relevanten Markt ruhig bleibt. Dabei ist der Informationsaustausch als Gesamtsystem massgebend, wobei insoweit bereits die Kombination des Austauschs von Bruttopreisen und Umsatzzahlen aus qualitativer Sicht ins Gewicht fällt (E. 6.4.3 hiervor). Damit sind die qualitativen Aspekte insgesamt so ausgeprägt, dass an die quantitativen Elemente der Erheblichkeit keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Anschliessend ist festgestellt worden, dass von einem nur leicht wachsenden bis stagnierenden Markt auszugehen ist (vgl. E. 6.5.4.4, sowie insb. 6.5.4.4.21 hiervor). Vor diesem Hintergrund ist aus quantitativer Sicht die Erheblichkeit angesichts des sehr bedeutenden Marktanteils der ASCOPA-Mitglieder insgesamt trotz einer gewissen Fragmentierung des Marktes (vgl. dazu E. 6.5.3.4.2 hiervor) gegeben. Weder der Aussenwettbewerb, die Stellung der Marktgegenseite noch der Innenwettbewerb vermögen eine hinreichend disziplinierende Wirkung zu erzeugen, gestützt auf welche die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage gestellt werden könnten. Damit ist die vorinstanzliche Beurteilung mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 KG im Ergebnis zu bestätigen.

6.6 Rechtfertigungsgründe

6.6.1 Allgemeine Ausführungen zu den Rechtfertigungsgründen

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

führen, unzulässig. Unzulässig ist also nicht schon die erhebliche, sondern nur die Abrede, die sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (BGE 147 II 72 E. 6.1 „Pfizer II“; BGE 143 II 297 E. 5.3.1 „Gaba“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 17 „Dargaud“ [Suisse] SA). Vorliegend hat das Gericht eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs festgestellt. Damit ist die in Frage stehende Abrede der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich (BGE 143 II 297 E. 4.1 i.V.m. E. 7.1 „Gaba“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

6.6.1.2 Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG

6.6.1.2.1 Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 2 KG lautet:

„Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.“

6.6.1.2.2 Die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung abschliessend (BGE 129 II 18 E. 10.3 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 13.2 „Buchpreisbindung II“; ZÄCH, Rz. 404), aber bewusst offen formuliert, damit möglichst alle objektiven Effizienzgründe berücksichtigt werden können (BGE 144 II 246 E. 13.2 „Altimum“; GION GIGER, Hohe Anforderungen an die Rechtfertigung, dRSK 20. November 2018, Rz. 10, nachfolgend: GIGER, dRSK, Rechtfertigung). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die „positiven“ Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (BGE 147 II 72 E. 7.2 „Pfizer II“; Urteil des BGer 2C_147/2018 E. 7.2 „Bayer [Schweiz] AG“). Eine allfällige prokompetitive Wirkung des in Frage stehenden Verhaltens ist grundsätzlich Gegenstand der Rechtfertigungsprüfung (Urteil in den vereinigten Verfahren 2C_295/2021 und 2C_307/2021 E. 4.1.5.2 „Markant“; vgl. E. 4.7.3, 4.7.3.4, 4.7.4 hiavor). Es ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 1 KG die Möglichkeit bietet, die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Verordnungen oder allgemeine Bekanntmachungen zu

konkretisieren (BGE 143 II 297 E. 5.1.4 „Gaba“; ZÄCH, Rz. 503; vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 285; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 275 i.V.m. N 349 ff.).

6.6.1.2.3 Damit die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG greifen, müssen drei Voraussetzungen *kumulativ* gegeben sein. *Erstens* muss einer der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe bzw. eine der in Art. 6 KG genannten Konkretisierungen vorliegen. *Zweitens* muss die Abrede notwendig sein und *drittens* darf sie keine Möglichkeit bieten, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Notwendig im genannten Sinne ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, das heisst geeignet, erforderlich und zumutbar ist (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 560; BGE 147 II 72 E. 7.2 „Pfizer II“; BGE 143 II 297 E. 7.1 „Gaba“; BGE 144 II 246 E. 13 „Altimum“; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 300; Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 9; ZÄCH, Rz. 404; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen Private Wettbewerbsbeschränkungen, 2008, S. 361, nachfolgend: KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit).

6.6.1.2.4 Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes kann nicht bereits dann bejaht werden, wenn ein kartellrechtlich relevantes Verhalten *aus der betriebswirtschaftlichen Sicht* eines *einzelnen Unternehmens* effizient ist, namentlich, wenn dieses hauptsächlich der Kartellrente dient. Er muss aus *gesamtwirtschaftlicher* bzw. *volkswirtschaftlicher* Sicht effizient sein (BGE 147 II 72 E. 7.2 „Pfizer II“; BGE 143 II 297 E. 7.1 „Gaba“; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 272; Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 13; BORER, Art. 5 N 46; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 258). Demnach müssen die wirtschaftlichen Vorteile einer durch Effizienzgründe gerechtfertigten Abrede die Nachteile, welche durch das Schliessen der Abrede entstanden wären, überwiegen (BGE 147 II 72 E. 7.2 „Pfizer II“; BGE 143 II 297 E. 7.1 „Gaba“; HOFFET, in: Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 5 KG N 94). In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass es für die Rechtfertigung auch schon genügen muss, wenn das wirtschaftliche Ergebnis gleich effizient ist wie ohne Abrede (BSK- KG KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 269). Gestützt auf die Rechtslage vor Ergehen des Gaba-Urteils wurden die Rechtfertigungsgründe aus wirtschaftlicher Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG – namentlich auch in Bezug auf Informationsaustauschsysteme – als Ausnahmesituationen beurteilt (BLATTMANN, S. 323 mit Hinweis auf BSK KG 2010-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 264). Die Gaba-Rechtsprechung (BGE 143 II 297 E. 5.1.3 „Gaba“) führt indessen dazu,

dass die Rechtfertigungsgründe nicht zu restriktiv bejaht werden dürfen. In der Botschaft zum Kartellgesetz 1995 ist denn auch nicht von „ausnahmsweiser“ Rechtfertigung die Rede (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 557). Rechtfertigungsgründen liegen Sachverhalte zugrunde, welche *volkswirtschaftlich* wünschenswerte Ergebnisse (wie Kostensenkungen oder Innovationssteigerungen) zulassen, welche nur durch Kooperation und nicht durch autonomes Verhalten der Wettbewerber entstehen können (BLATTMANN, S. 323 mit Hinweis auf die Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 556 ff.).

6.6.2 Zu Beweismass und Beweislast hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe

6.6.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt vorab in Bezug auf Beweismass und Beweislast, dass die Vorinstanz „über jeden vernünftigen Zweifel“ hätte beweisen müssen, dass der Informationsaustausch nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann (Beschwerde Rz. 14, 182; Replik Rz. 8, 18; Stellungnahme zur Duplik Rz. 10, 47). So sei es die Vorinstanz – und nicht die Beschwerdeführerin –, welche zu untersuchen habe, ob Rechtfertigungsgründe bestehen oder nicht (Replik Rz. 95).

6.6.2.2 Die Vorinstanz geht unter Bezugnahme auf das Urteil „Buchpreisbindung II“ in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass die ASCOPA-Mitglieder die objektive Beweislast tragen und demzufolge die Folgen der Beweislosigkeit auf sich zu nehmen haben (angefochtene Verfügung Rz. 794 mit Hinweis auf das Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 „Buchpreisbindung II“).

6.6.2.3 Zunächst ist festzuhalten, dass auch in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG der Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 129 II 18 „Buchpreisbindung I“ E. 7.1; BGer 2A.430/2006, E. 10.2 „Buchpreisbindung II“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 17.4.1 „Dargaud [Suisse SA]“; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 361; GIGER, dRSK, Rechtfertigung, Rz. 11). Die Wettbewerbsbehörden haben demnach von Amtes wegen das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu prüfen und den insoweit relevanten Sachverhalt zu ermitteln. Die Vorinstanz trägt die Beweisführungslast (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 „Altimum“; AMSTUTZ/ CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 5 KG N 344 mit Hinweisen; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269). Indessen gilt auch diesbezüglich die in Art. 13 VwVG verankerte Mitwirkungspflicht. Diese erklärt sich auch durch die Beweismasse in Bezug auf

die von den Unternehmen verfolgten Effizienzziele (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269). Dies bedeutet, dass von den verfahrensbeteiligten Unternehmen erwartet werden darf, dass sie erläutern, weshalb sich ihrer Ansicht nach die in Frage stehende Abrede in der von ihnen behaupteten Weise positiv auswirkt (BGE 144 II 269 E. 13.4.2 „Altimum“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 17.4.1 „Dargaud [Suisse] SA“). Schliesslich wirkt sich die Beweislosigkeit in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermassen plausibel erscheinen (BGer „Buchpreisbindung II“ 2A.430/2006 E. 10.3; BGE 144 II 269 E. 13.4.2 in fine „Altimum“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 17.1 in fine „Dargaud [Suisse] SA“; vgl. RICHLI, in: SIWR V/2, S.454; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMME-NEGGER/BABEY, Art. 13 VwVG N 6, 10; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 361 f.).

6.6.2.4 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung vorab festgehalten, dass auch in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe der Untersuchungsgrundsatz gilt (angefochtene Verfügung Rz. 794). Zudem hat sie sich mit den in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründen hinsichtlich der Handlungen des Informationsaustausches (Bruttopreislisten austausch, Umsatzaustausch und Austausch der Werbeinvestitionen) auseinandergesetzt (angefochtene Verfügung Rz. 794-817). Sie ist mithin ihrer Pflicht, mögliche Rechtfertigungsgründe zu untersuchen, wie auch ihrer Begründungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG nachgekommen. Da die Beschwerdeführerin die objektive Beweislast trägt, stossen ihre Rügen, dass die Vorinstanz ihrer Aufgabe nicht nachgekommen sei, „über jeden vernünftigen Zweifel“ zu beweisen, dass der Informationsaustausch nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sei, ins Leere. Betreffend die AGB-Empfehlungen wird diese Thematik in Erwägung 9.7 separat beleuchtet.

6.6.3 Die Rechtfertigungsgründe im Einzelnen

6.6.3.1 Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.6.3.1.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass der vorliegende Informationsaustausch zu einer verbesserten Produktpositionierung geführt hätte und auch dem Benchmarking dienlich gewesen sei, was gerade für die Luxuskosmetik zentral sei. Benchmarking verfolge das Ziel, die eigene Marktposition weiterzuentwickeln. Es wolle die „best practices standards“ in einem relevanten Markt vergleichen, um das eigene Verhalten gegenüber den Konkurrenten zu verbessern und die Innovation anzukurbeln (Beschwerde Rz. 137 f.; RBB-Bericht vom 12. Juli 2011, S. 33; RBB-Bericht vom 10. Oktober 2012, S. 15). Die Vorinstanz sei jedoch nicht einmal in Rz. 801 und 807 der angefochtenen Verfügung auf das Benchmarking eingegangen. Zudem habe sie verneint, dass der Informationsaustausch einer Verbesserung der Produktpositionierung gedient habe (Beschwerde Rz. 137).

6.6.3.1.2 Des Weiteren meint die Beschwerdeführerin, dass es dank dem vorliegenden Informationsaustausch möglich gewesen sei zu prüfen, ob die Produkte die Bedürfnisse des Marktes befriedigen, was einem volkswirtschaftlichen Nutzen gleichkomme (Beschwerde Rz. 139). Dank dem Austausch der Bruttopreislisten habe man sich rasch ein Bild über die auf dem Markt angebotenen Luxuskosmetika machen können. So hätten neue Produkte einem Benchmarking unterzogen werden können, bevor dieselben auf dem Markt lanciert worden seien und so hätte man Marktnischen erkennen können. Gerade in der Luxuskosmetik sei ein markteffizienzförderndes Benchmarking von Nutzen (Beschwerde Rz. 141). Die angefochtene Verfügung verbiete demzufolge rechtmässiges Benchmarking (Beschwerde Rz. 25; Replik Rz. 14).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.6.3.1.3 Die Vorinstanz legt dar, dass die Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren die Auffassung vertreten habe, dass der Informationsaustausch zu einer besseren Produktpositionierung und sinnvoller Preisfestsetzung geführt hätte (angefochtene Verfügung Rz. 801). Auch wenn die Vorinstanz den Wunsch nach Information über den Erfolg des eigenen Produktes als nachvollziehbar erachtet, sei hierfür nicht ein Informationsaustausch in der vorliegenden Weise erforderlich. Es sei

nicht ersichtlich, wie der Austausch von Bruttopreisen, Umsätzen und Werbeinvestitionen einen Bezug zur Qualität der Produkte aufweisen könne, da sich die ausgetauschten Informationen weder auf die Produktvielfalt noch auf den Produktionsprozess der Kosmetika bezogen hatten (angefochtene Verfügung Rz. 807-810). Der Austausch aggregierter Information hätte zudem genügt. In ihrer Vernehmlassung nimmt dann die Vorinstanz konkret zum Begriff des „Benchmarkings“ Stellung, worauf in Erwägung 6.6.3.1.7 f. hiernach im Kontext mit der Würdigung näher einzugehen ist.

iii. Grundlagen

6.6.3.1.4 Der Rechtfertigungsgrund zur Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren ist weit auszulegen. Er umfasst eine weitere Produktpalette sowie die Anhebung des Qualitätsniveaus (Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 16; ZÄCH, Rz. 407; WEBER/VOLZ, Rz. 2.390; vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 314 f.; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 296 ff.). So kann die Verbindung zweier sich ergänzender Technologien zur Herstellung eines qualitativ höherwertigen Produkts führen (BORER, Art. 5 KG N 47). Hinsichtlich des Benchmarkings kann ein wettbewerbsfördernder Aspekt nur angenommen werden, sofern die ausgetauschten Daten hinreichend aggregiert sind (EDELMAHN, S. 21).

iv. Würdigung

6.6.3.1.5 Die Argumentation der Vorinstanz, dass der vorliegende Informationsaustausch keinen direkten Bezug zur Produktvielfalt oder zum Produktionsprozess hatte, ist nicht zu beanstanden. Der Austausch von Bruttopreislisten, Bruttoumsätzen und Werbeausgaben zielt nicht auf die Förderung der Produktvielfalt ab. Dazu passt auch, dass die Märkte und Teilmärkte der vom Informationsaustausch umfassten Produkte bzw. Wettbewerber beinahe stagnierten (E. 6.5.4.4 hiervor; angefochtene Verfügung Rz. 695 ff., Abbildungen 29 f.), was ebenfalls gegen eine kompetitive Produktpositionierung spricht.

6.6.3.1.6 Auch wenn der Beschwerdeführerin insoweit Recht zu geben ist, dass die Vorinstanz den Begriff des „Benchmarkings“ bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe in der angefochtenen Verfügung nicht explizit genannt hat, macht die Vorinstanz aus inhaltlicher Sicht – ohne an der genannten Stelle den Begriff des „Benchmarkings“ zu verwenden – doch einige Ausführungen hierzu. So legt die Vorinstanz in Rz. 809 der angefochtenen Verfügung dar, dass ein Unternehmen auf Marktinformationen

angewiesen sei, wofür allerdings der Austausch aggregierter Gesamtumsätze ausreiche. Bereits im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung (E. 6.4.1.3 hiervor) wurde aufgezeigt, dass die ausgetauschten Informationen nicht hinreichend aggregiert waren. Damit kann der Informationsaustausch schon mit Blick auf das Erfordernis der Verhältnismässigkeit (vgl. E. 6.6.1.2.3 hiervor) aufgrund des Aggregierungsgrades nicht als eine wegen positiver Benchmarkingeffekte prokompetitive Handlung gewertet werden. Denn nur wegen der selbstverständlich vorausgesetzten Aggregation der in Frage stehenden Daten wird in der Lehre die Faustregel formuliert, dass statistische Angaben durch Branchenverbände in der Regel als unproblematisch gelten (so etwa HOFFET, in: Hoffet/Homburger/Schmidhauser/Ducrey [Hrsg.], Art. 5 KG N 117).

6.6.3.1.7 Die Vorinstanz ist dann in ihrer Vernehmlassung der Aufforderung der Beschwerdeführerin, den Begriff des „*Benchmarkings*“ zu umschreiben, nachgekommen: So legt sie dar, dass das Benchmarking von Bruttopreisen einer Evaluation von Preisinformationen gleichkommen würde und die ASCOPA-Mitglieder hierdurch dem Risiko einer Fehlallokation ausweichen könnten (Vernehmlassung Rz. 37 f.). Dies würde die Beschwerdeführerin sogar implizit zugeben, wenn sie in Rz. 141 ihrer Beschwerde sage, dass ein effizienzförderndes Benchmarking schon zu einem Zeitpunkt, *bevor* ein Produkt auf dem Markt lanciert werden könne, notwendig sei, um zu sehen, wo Marktnischen bestehen. Dies komme einer ex-ante-Beurteilung gleich. Demzufolge widerspreche sich die Beschwerdeführerin, wenn sie behaupte, dass der Informationsaustausch die Ungewissheit auf das Marktgeschehen nicht verringert habe (Vernehmlassung Rz. 39 f. mit Hinweis auf Beschwerde Rz. 81 [rechte: Rz. 82]).

Wie auch immer es sich diesbezüglich verhält, ist für den vorliegenden Fall entscheidend, dass der zu beurteilende Informationsaustausch aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht gleichermassen erwünscht ist wie aus betriebswirtschaftlicher Sicht. Dementsprechend wird denn auch in der Kommentarliteratur ausgeführt, dass im Ziel der „Marktberuhigung“ ein nicht relevanter betriebswirtschaftlicher Vorteil der Abredeteilnehmer zu sehen sei (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 258 mit Hinweisen). Insofern ist in diesem Zusammenhang auch dem Wunsch der Beschwerdeführerin nach besseren Entscheidungsgrundlagen für die „sinnvollere Preisfestsetzung“ mit einer gewissen Vorsicht zu begegnen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 801 i.V.m. Rz. 807; vgl. auch E. 6.6.4 hiernach).

6.6.3.1.8 Des Weiteren merkt die Vorinstanz an, dass es sich beim vorliegenden Informationsaustausch sogar um ein „*Benchmarking mit Geschäftsgeheimnissen*“ handle (Vernehmlassung Rz. 67). Bereits in E. 6.4.1.4 wurde festgestellt, dass der vorliegende Informationsaustausch Geschäftsgeheimnisse umfasste. Daher ist diese Argumentation der Vorinstanz ebenfalls nicht zu beanstanden, was im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe jedenfalls gegen die Verhältnismässigkeit des gewählten Mittels spricht. Aufgrund des bereits Gesagten kann indessen offen bleiben, ob die Geschäftsgeheimnisqualität allein eine Rechtfertigung bereits ausschliessen würde.

6.6.3.1.9 Im Folgenden ist das von der Beschwerdeführerin eingereichte RBB-Gutachten vom 12. Juli 2011 (S. 33), welches den Begriff des „Benchmarking“ umschreibt, zu würdigen. Nach dieser Umschreibung kurbelt Benchmarking die Innovation an. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zum Innenwettbewerb verwiesen werden, wo gesagt wurde, dass in den Teilmärkten der Luxus- bzw. Prestigekosmetik der Innovation keine ausgeprägte Bedeutung zukommt. Vielmehr ist nach den Feststellungen des Gerichts insbesondere die Werbung ein wichtiger Wettbewerbsparameter (vgl. E. 6.5.5 hiavor; angefochtene Verfügung [Parfum] Rz. 766-771, [Make-up] Rz. 772, [Pflege] Rz. 773-780). Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass auch Informationen über Werbeinvestitionen ausgetauscht wurden.

6.6.3.1.10 Nach dem Gesagten liegt der Rechtfertigungsgrund der Effizienz im Sinne einer Verbesserung der Produkte und Produktionsverfahren nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nicht vor.

6.6.3.2 *Rationellere Nutzung von Ressourcen*

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.6.3.2.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist der Rechtfertigungsgrund der Möglichkeit rationellerer Nutzung unternehmerischer Ressourcen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG gegeben (Beschwerde Rz. 142). Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Kontext die Möglichkeit erwähnt, durch Lagerreduzierung Kosten zu sparen, da so verderbliche Waren schneller an den Verbraucher geliefert werden können, erklärt sie das Konzept der Effizienz an einem Beispiel, ohne im konkreten Fall entsprechende Vorteile zu behaupten (Beschwerde Rz. 93). Ihr Argument beschlägt vielmehr das Beschaffen der in Frage stehenden Informationen.

Denn es hätte – so die Beschwerdeführerin – viel mehr gekostet, wenn die ASCOPA-Mitglieder die für ihr Benchmarking benötigten Informationen nicht mittels des Informationsaustauschs, sondern von alternativen Quellen (Marktforschung) bezogen hätten. Dies habe die Vorinstanz sogar eingestanden, da sie festgestellt habe, dass der Informationsaustausch die Suchkosten verringert habe. Trotzdem habe die Vorinstanz fälschlicherweise den vorliegend zu prüfenden Rechtfertigungsgrund verneint, da sie davon ausgegangen sei, dass die Suchkosten pro verkauftes Produkt vernachlässigbar klein seien. Diese Annahme der Vorinstanz sei jedoch falsch. Sie hätte alle – auch die kleinen – Vorteile des Informationsaustausches berücksichtigen müssen. Denn die Vorinstanz habe keinen Beweis hinsichtlich der schädlichen Auswirkungen erbracht. Zudem führe jede Verbesserung der Effizienz zugunsten der ASCOPA-Mitglieder auch zu Vorzügen für die Konsumenten und die Volkswirtschaft (Replik Rz. 95).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.6.3.2.2 Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass der vorliegende Informationsaustausch durchaus die Suchkosten verringert haben könnte und vermutlich auch weniger gekostet habe als eine neutrale Studie eines Marktforschungsunternehmens. Übertrage man jedoch diese Kosteneinsparung auf ein einzelnes Produkt, so dürfte sich eine solche als vernachlässigbar klein erweisen. Die Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG seien – so die Vorinstanz – weder betriebswirtschaftlich noch aus subjektiver Sicht, sondern objektiv gesehen, aus volkswirtschaftlicher Sicht, zu verstehen. Die geringfügige betriebsinterne Effizienzsteigerung vermöge den volkswirtschaftlichen Schaden, den der vorliegende Informationsaustausch durch die Preissteigerung verursacht habe, nicht auszugleichen (angefochtene Verfügung Rz. 813 f.).

iii. Grundlagen

6.6.3.2.3 Der Rechtfertigungsgrund der rationellen Nutzung von Ressourcen umfasst sowohl den verbesserten Einsatz von Ressourcen unternehmerischer Natur wie auch ökologische Ressourcen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 559; Stämpflis HK-REINERT, Art. 5 KG N 18; ZÄCH Rz. 415; WEBER/VOLZ, Rz. 2.409; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 27). Es geht um die Optimierung des erforderlichen Einsatzes natürlicher Ressourcen oder öffentlicher Güter, wie z.B. Gesundheit, Ausbildung, Energie oder Sicherheit (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG,

Art. 5 KG N 306). Massgebend ist demnach nicht eine betriebswirtschaftliche Sichtweise aus Unternehmensperspektive, sondern eine langfristig ausgerichtete Massnahme im Sinne der Gesamtwirtschaft (WEBER / VLECK, Tafeln zum Kartellrecht, S. 65). Dabei kann die betriebswirtschaftliche Rationalität durchaus von der gesamtwirtschaftlichen Rationalität abweichen (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 112 f.).

iv. Würdigung

6.6.3.2.4 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der vorliegende Informationsaustausch aufgrund von Suchkosteneinsparungen zu einer rationelleren Nutzung von Ressourcen geführt hat. Die Suchkosteneinsparungen sind allerdings vom gesamtwirtschaftlichen Aspekt her zu betrachten. Da die Beschwerdeführerin die Ansicht vertritt, dass jede Verbesserung der Effizienz, also auch die Einsparung der eigenen Suchkosten, zu einer Gesamtsteigerung des Wohls für Konsumenten und Volkswirtschaft führen würde (Replik Rz. 95), verkennt sie, dass ihr eigenes Wohl und das der ASCOPA-Mitglieder nicht mit dem Wohl der Gesamtwirtschaft und dem der Konsumenten gleichzusetzen ist.

6.6.3.2.5 Hierbei übersieht die Beschwerdeführerin, dass der Kreis der ASCOPA-Mitglieder beschränkt ist und an spezifische Voraussetzungen geknüpft ist. Die Besserstellung eines beschränkten Kreises kann nicht einem volkswirtschaftlichen Gesamtwohl gleichgestellt werden. Daher fallen die Suchkosteneinsparungen pro Produkt – auch wenn diese sogar bedeutender gewesen wären – schon deshalb eher nicht unter die Rechtfertigungsgründe. Selbst soweit davon auszugehen wäre, dass die eingesparten Suchkosten vollumfänglich den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten zugute kommen sollten und darin ein relevanter Gesichtspunkt zu sehen wäre, würde die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation nicht durchdringen, wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird (vgl. zur Senkung der Herstellungs- und Betriebskosten E. 6.6.3.3 hiernach).

6.6.3.2.6 Im Unterschied zur vorinstanzlichen Verfügung ist nach der vorliegend gewählten Falllösung nicht ausschlaggebend, ob der Informationsaustausch – wovon die Vorinstanz bekanntlich ausgeht (angefochtene Verfügung Rz. 814) – tatsächlich zu Preiserhöhungen geführt hat (E. 6.3.3, 6.3.3.3.5, 6.4.2.4 hiervor). In Bezug auf die Rechtfertigung entscheidend ist indessen, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausfällt (vgl. E. 6.6.1.2.3, 6.6.3.1.6 hier-

vor). Damit lässt sich der bezweckte und als erheblich beurteilte Informationsaustausch jedenfalls nicht durch die Suchkostensparnis rechtfertigen.

6.6.3.2.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rechtfertigungsgrund zu einer rationelleren Nutzung von Ressourcen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nicht gegeben ist.

6.6.3.3 *Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten*

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.6.3.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz nicht geprüft habe, ob die Herstellungs- und Vertriebskosten die Höhe der Bruttopreise beeinflussen würden (Replik Rz. 28). Der Rechtfertigungsgrund der Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten würde sich zwar subjektiv bzw. aus betriebswirtschaftlicher Sicht auf die beteiligten Unternehmen auswirken, habe jedoch in zweiter Linie aufgrund der Kostensenkungen eine volkswirtschaftliche Komponente (Replik Rz. 95).

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.6.3.3.2 Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass der Austausch der Bruttopreislisten Gegenstand der Verhandlungsgrundlage der Jahresgespräche mit den Händlern war. Ein solcher Austausch würde es erlauben, die Preise an den Konkurrenten auszurichten. Dies stehe in keinem Zusammenhang zu den Herstellungs- und Vertriebskosten bzw. deren Senkung gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG (angefochtene Verfügung Rz. 806).

iii. Grundlagen

6.6.3.3.3 Der Effizienzgrund zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist gegeben, wenn Unternehmen durch Kooperation gewisse Grössen- oder Kostenvorteile erreichen. Es geht um die koordinierte Nutzung von Produktionsfaktoren, bei welchen die gleichen Produktionsstrukturen, wie sie bei grösseren Unternehmen vorhanden sind, erzielt werden können. Man kann hierbei an die Zusammenlegung der Produktion, an einen gemeinsamen Vertrieb oder Einkauf oder auch Spezialisierungsvereinbarungen denken, bei denen zwei Unternehmen vereinbaren, jeweils die Produkte, welche das andere Unternehmen herstellt, nicht selbst herzustellen, sondern beim anderen Unternehmen zu beziehen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 558 f.;

Stämpfli HK-REINERT, Art. 5 KG N 14; ZÄCH Rz. 405, WEBER/VOLZ, Rz. 2.379 ff.; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 306). Durch eine solche Kooperation lässt sich die bessere Ausnutzung von bereits vorhandenen Kapazitäten erzielen (ZÄCH Rz. 405).

6.6.3.3.4 Die Senkung der Herstellungskosten kann sich in Grössen- bzw. Skalenvorteilen („economies of scale“) ergeben, d.h. wenn die Durchschnittskosten mit steigender Stückzahl gesenkt werden. Hierbei ist an Joint-Ventures oder Einkaufsgesellschaften zu denken. Bei den Verbundvorteilen („economies of scope“) geht es um Kosteneinsparungen durch gemeinsame Nutzung von Produktionsfaktoren oder durch die Vermeidung von Mehrfachkosten (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art.5 KG N 307 f.).

iv. Würdigung

6.6.3.3.5 Anhand der Inhalte des vorliegenden Informationsaustausches (Austausch von Bruttopreisen, Bruttoumsätzen und Werbeinvestitionen) ist offensichtlich, dass der vorliegende Informationsaustausch nicht die Nutzung von Produktionsfaktoren bzw. Rationalisierungen, Synergien, Grössen-, Skalen- oder Verbundvorteile zum Gegenstand hatte. Zwar wurde im Kontext mit dem Innenwettbewerb in Bezug auf Parfumdüfte festgehalten, dass die einzelnen Unternehmen ihre Düfte einkaufen (angefochtene Verfügung Rz. 767 ff.; E. 6.5.6.1.6.1; E. 6.5.6.2.3 hiavor; Handelsgericht Zürich Estée Lauder, VKK 986, Nr. 72, S. 116; act. 426 Beilage 2 S. 5). Dies aber jedenfalls nicht im Sinne von Einkaufsgemeinschaften. Ausserdem weisen die entsprechenden Lieferketten keine Berührungspunkte zum vorliegenden Informationsaustausch auf.

Da im vorliegenden Informationsaustausch keine Kooperationsformen zur Senkung der Herstellung und Vertriebskosten ersichtlich sind, erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes verneint (Beschwerde Rz. 136 ff.), als unbegründet. Selbst wenn die Reduktion des Informationsbeschaffungsaufwandes in diesem Zusammenhang relevant wäre, wäre auch in diesem Zusammenhang die Verhältnismässigkeit mit Blick auf den als erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilten Informationsaustausch zu verneinen (vgl. E. 6.6.3.2.6 in fine hiavor). Erst recht nicht relevant ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob es der Vorinstanz gelungen ist, die ihrerseits behauptete Kausalität zwischen Informationsaustausch und Preiserhöhungen nachzuweisen (E. 6.3.3; 0 ff.; 6.3.3.3.9 und 6.4.2.4 hiavor). Daher greift der Rechtfertigungsgrund zur

Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nicht.

6.6.3.4 Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin

6.6.3.4.1 Die Beschwerdeführerin will Rechtssicherheit zur Beurteilung von Marktforschung, da sie befürchtet, dass ein zu unspezifisches Verbot des Informationsaustausches die Marktforschungstätigkeiten von Estée Lauder in der Schweiz behindern könnte (Beschwerde Rz. 10, 25). So würde die angefochtene Verfügung auch pro-kompetitive Marktforschung verbieten (Replik Rz. 14). Denn Marktforschung würde Effizienzgewinne hervorbringen (Beschwerde Rz. 93). Obwohl sich die Frage stellt, ob Marktforschung und Benchmarking-Analysen Forschung im Sinne dieses Rechtfertigungsgrundes darstellen, werden diese in der Kommentarliteratur teilweise in diesem Zusammenhang abgehandelt (DIKE KG ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 N 303 f.), weshalb auch darauf kurz einzugehen ist.

ii. Vorbringen der Vorinstanz

6.6.3.4.2 Nach Ansicht der Vorinstanz ist der vorliegende Informationsaustausch weder der Förderung der Forschung noch der Förderung von beruflichem Wissen dienlich. Der Austausch nichtöffentlicher Preisinformationen sei nicht beruflichem Wissen gleichzustellen. So sei es auch nicht ersichtlich, inwiefern Preisvergleiche Forschung und Innovation fördern könnten (angefochtene Verfügung Rz. 811).

iii. Grundlagen

6.6.3.4.3 Der Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen greift, wenn die Zuordnung zu einem Produkt oder einer Produktgruppe schwierig ist und deshalb der Rechtfertigungsgrund der „Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren“ nicht einschlägig ist. Beim Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung geht es um kostspielige Entwicklungen, welche in einem übermässigen Verhältnis zum Umsatz der Leistung, über welche geforscht oder entwickelt werden soll, steht (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 111). Ohne solche Forschungskoperationen wäre es für

die Unternehmen gar nicht möglich, Innovationen zu tätigen (WEBER/VLECK, Tafeln zum Kartellrecht, S. 64). Allerdings darf es hierdurch in Zukunft nicht zu einem dauerhaft gleichförmigen Marketingverhalten kommen und Ausstiegsmöglichkeiten insbesondere nach Erreichen des Entwicklungsziels müssen gewahrt bleiben (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 111). Bei Abreden, welche die Verbreitung von beruflichem und technischem Wissen fördern, handelt es sich um Know-how-, Franchising- oder Lizenzverträge (ZÄCH, Rz. 414). Es geht um die Wissensverbreitung der am Wettbewerb Beteiligten (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 302).

iv. Würdigung

6.6.3.4.4 Der Informationsaustausch von ASCOPA hat weder Know-how-, Franchising- oder Lizenzverträge noch die berufliche Förderung von Personen, welche mit ASCOPA-Produkten handelten, noch kostspielige Forschungsk Kooperationen zum Gegenstand. Ein diesbezüglich relevanter Vorteil könnte allenfalls durch den Austausch von Informationen über Herstellungsprozesse erreicht werden. Die Beschwerdeführerin strebt auch nicht diese oben genannten Aspekte an. Sie will vielmehr Rechtssicherheit bezüglich der Handlungen des Informationsaustausches, da sie diese als Marktforschung wertet. Ein Verbot geht ihr zu weit. Sie fürchtet um die pro-kompetitiven Effekte ihrer „Marktforschung“.

6.6.3.4.5 Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass das Anliegen der Beschwerdeführerin in eine andere Richtung als der Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zielt. Sofern die Beschwerdeführerin auf die pro-kompetitiven Effekte des Informationsaustausches abzustellen versucht, ist zu sagen, dass dem vorliegenden Informationsaustausch keine etwa dem Banken- und Versicherungsbereich vergleichbaren Informationsasymmetrien zugrunde liegen (vgl. E. 6.4.1.5 hiavor). Soweit der Ausgleich von Informationsasymmetrien unter den ASCOPA-Mitgliedern als Wettbewerbern gemeint ist – Sisley hat diesbezüglich im vorinstanzlichen Verfahren besonders die Vorteile für die kleineren Unternehmen betont (angefochtene Verfügung Rz. 815) –, vermag dieser den als erheblich beurteilten Austausch von marktsensiblen Daten nicht zu rechtfertigen. In Bezug auf die wegen nicht hinreichender Aggregierung zu verneinende Verhältnismässigkeit kann auf das in den Erwägungen 6.6.1.2.3 und 6.6.3.1.6 hiavor Gesagte verwiesen werden. Daher kann die Beschwerdeführerin auch nicht als Rechtfertigungsgrund geltend machen, dass dank dem vorliegenden Informationsaustausch „Informationsasymmetrien“ unter den Wettbewerbern behoben werden konnten.

6.6.3.4.6 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es – selbst für den Fall, dass von einer durch die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG erlaubten Forschungs-kooperation auszugehen wäre – in Zukunft nicht zu einer dauerhaften Beschränkung des Wettbewerbs und einem gleichförmigen Marketingverhalten kommen darf (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 111). Da Werbeinvestitionen ausgetauscht wurden, welche einen nicht unbeträchtlichen Anteil an den Umsätzen ausmachten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 491), und gleichzeitig die Marktanteile auf dem Gesamtmarkt sowie auf den Teilmärkten von ASCOPA stagnierten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 695 ff.; Abbildung 29 f.; E. 6.5.4.4 hiervor), besteht einerseits ein gewisser Anreiz zu einem gleichförmigen Marketingverhalten. Ausserdem war der Informationsaustausch als zeitlich nicht beschränktes Wettbewerbsverhalten konzipiert, womit keinerlei Hinweise darauf bestehen, dass einer dauerhaften Beschränkung des Wettbewerbs irgendwie entgegengewirkt werden sollte. Auch insoweit ist die Verhältnismässigkeit des Informationsaustauschs jedenfalls nicht gegeben.

Aufgrund der gemachten Ausführungen kann sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf den Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG berufen.

6.6.4 Kein gesamtwirtschaftliches Interesse

Schliesslich ist zu ergänzen, dass sich aus der Motivation der am Informationsaustausch Teilnehmenden (vgl. dazu auch E. 4.6.5.2 und 6.4.2.4.28 hiervor) keine aus volkswirtschaftlicher Sicht wünschenswerten Aspekte gewinnen lassen. Die *Verhinderung einer Erosion des Preisgefüges* („*un engrenage à la baisse*“) und der Schutz bestimmter Marken („*d'éviter que les marques soient discountées*“; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 58-63; act. 2, Beilage A 20, S. 5, Protokoll Generalversammlung vom 4. Juni 2002; act. 234, S. 2, Protokoll der Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2003) liegen nicht im volkswirtschaftlichen Interesse. Ausserdem sind die im Gesetz genannten Rechtfertigungsgründe abschliessend (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 558; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 273, 304; vgl. E. 6.6.1.2.2 hiervor).

6.6.5 Fazit

Anhand der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass keiner der Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG greift. Selbst

dort, wo diesbezüglich Zweifel bestehen könnten, ist bereits die Erforderlichkeit, jedenfalls aber die Zumutbarkeit und damit die Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG zu verneinen.

6.7 Fazit zu Art. 5 KG betreffend die ausgetauschten Bruttopreislisten, Umsätze und Werbeinvestitionen

Zusammenfassend ergibt sich, dass in Bezug auf nicht harte Kartelle die Erheblichkeit auch nach Ergehen des bundesgerichtlichen Gaba-Urteils unter Berücksichtigung qualitativer und quantitativer Elemente festzustellen ist, wobei die Summe der qualitativen und quantitativen Elemente entscheidend ist. Quantitative Elemente können dabei das Fehlen qualitativer Elemente nur soweit kompensieren, als in Bezug auf die Letzteren ein gewisses Minimum nicht unterschritten wird (E. 6.3.2.7 und 6.3.6 hiavor). Das Gericht kommt zudem entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zum Schluss, dass im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG – soweit es um bezweckte Abreden geht – keine Prüfung von Auswirkungen erforderlich ist (E. 6.3.3.4 hiavor; vergleiche zum Ganzen neuerdings BGE 147 II 72 E. 3.6 „Pfizer II“). Aus qualitativer Sicht ist ausserdem betreffend die Charakteristika des Informationsaustausches festzuhalten, dass diese als Indiz für die Erheblichkeit zu bewerten sind (E. 6.4.1.4 hiavor). Schliesslich sind die qualitativen Elemente der Erheblichkeit hinsichtlich der ausgetauschten *Bruttopreislisten* (E. 6.4.2.4 hiavor), *Umsätze* (E. 6.4.2.5 hiavor) und *Werbeinvestitionen* (E. 6.4.2.6 hiavor) insgesamt bereits in der Kombination von Bruttopreislisten und Umsatzdaten, jedenfalls aber in der vorliegend festgestellten Form der Kombination aller drei Elemente des Informationsaustauschs, zu bejahen (E. 6.4.3 und zum Ganzen auch E. 6.5.8 hiavor). In Bezug auf den Austausch von Bruttopreislisten ist das Gericht insbesondere zum Schluss gekommen, dass die Vorinstanz die Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis im Luxuskosmetikmarkt überbewertet, dass der Preis aber entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin auch nicht vollkommen in den Hintergrund tritt (E. 6.4.2.4.25 ff. hiavor).

Aus quantitativer Sicht ist die Erheblichkeit mit Blick auf den sehr bedeutenden Marktanteil des ASCOPA-Mitglieder auch unter der Berücksichtigung einer gewissen Fragmentiertheit des Marktes ebenfalls zu bejahen (E. 6.5, insb. E. 6.5.3.4.2, 6.5.7 hiavor). Neben dem fehlenden Aussenwettbewerb hat das Gericht insbesondere festgestellt, dass auch die Stellung der Händler als Marktgegenseite nicht stark genug ist, um eine hin-

reichend disziplinierende Wirkung zu haben (E. 6.5.5 und E. 6.5.7.3 hier-
vor). Dasselbe gilt für den ebenfalls nicht hinreichend ausgeprägten In-
nenwettbewerb.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen von Art. 5
Abs. 1 KG in Bezug auf den Informationsaustausch betreffend Brutto-
preise, Umsatzdaten und Werbeinvestitionen gegeben sind. Der festge-
stellte selbständige Informationsaustausch stellt jedenfalls als Kombina-
tion der soeben genannten Handlungen eine erhebliche Beeinträchtigung
des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (E. 6.5.8 hier-
vor). Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht gegeben
(E. 6.6 hier-
vor).

7. AGB - Conditions générales de vente (Art. 4 Abs. 1 KG)

Zwischen 2002 und 2007 gab ASCOPA sowohl in deutscher wie auch in französischer Sprache Empfehlungen von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) heraus, die regelmässig erneuert wurden (angefochtene Verfügung Rz. 226 ff.; act. 2, Beilagen G1-G4). Demnach stellt sich die Frage, ob neben den Handlungen des allgemeinen Informationsaustauschs (Austausch der Bruttopreislisten, Austausch der Bruttoumsätze und Austausch der Werbeinvestitionen; vgl. E. 4-6 hiervor) auch diese AGB-Empfehlungen aus kartellrechtlicher Sicht zu beanstanden sind. Hierzu wird zuerst geprüft, ob die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG (Wettbewerbsabrede oder abgestimmte Verhaltensweise [E. 7.1 hiernach], Wettbewerbsparameter [E. 7.2 hiernach], Bezwecken oder Bewirken [E. 7.3 hiernach]) gegeben sind. Erwägung 8 hat die Marktabgrenzung zum Gegenstand, wobei diesbezüglich auf die entsprechenden Ausführungen zum allgemeinen Informationsaustausch Bezug genommen wird. In Erwägung 9 werden die AGB-Empfehlungen schliesslich auf ihre Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG geprüft.

Betreffend die Bedeutung des EU-Wettbewerbsrechts für das schweizerische Wettbewerbsrecht kann im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG auf die Ausführungen in den Erwägungen 4.3.1 und 4.6, betreffend die Marktabgrenzung auf Erwägung 5.2 und im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG auf Erwägung 6.3.5 verwiesen werden. Dabei ist zu ergänzen, dass in Bezug auf die AGB-Empfehlungen die Horizontalleitlinien in den Hintergrund rücken (vgl. auch E. 9.2 hiernach in fine).

7.1 Empfehlung ohne Abredequalität, Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise

7.1.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin erfüllen die AGB-Empfehlungen die Voraussetzungen einer Wettbewerbsabrede nicht, da keine qualifizierenden Elemente wie Einhaltung, Druck oder Zwang zur Einhaltung der AGB-Empfehlungen vorliegen und der Befolgungsgrad äusserst gering gewesen sei (Beschwerde Rz 65 ff.; 80 f., 114; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 11d).

7.1.2 Vorbringen der Vorinstanz und Sachverhalt zu den AGB-Empfehlungen

7.1.2.1 Nach Ansicht der Vorinstanz sind die AGB-Empfehlungen als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Die AGB seien zwar als Empfehlungen ausgestaltet worden, hätten jedoch auf einem Beschluss der Generalversammlung von ASCOPA beruht, was nach Lehre und Rechtsprechung einer Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG entspreche. Für deren Beurteilung sei es nicht von Relevanz, ob diese rechtlich erzwingbar sei oder nicht (angefochtene Verfügung Rz. 385 i.V.m. Rz. 226). Zudem sei dem Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 zu entnehmen, dass sich die Mitglieder von ASCOPA gegebenenfalls hinter den AGB-Empfehlungen verschanzen könnten (*„se retrancher derrière ces conditions générales de vente“*; angefochtene Verfügung Rz. 227; act. 2, Beilage A 18, S. 5). Dementsprechend wird den Unternehmen diesbezüglich „nur“ ihr Verhalten während der Jahre 2002-2007 vorgeworfen, weil sich die bezüglich der AGB-Empfehlungen verfolgte Praxis vorher nicht auf einen Generalversammlungsbeschluss gestützt werden konnte (angefochtene Verfügung Rz. 226).

7.1.2.2 Die AGB-Empfehlungen wurden in den Jahren 2000, 2001 und 2004 auf den neusten Stand gebracht. Die im Jahre 2007 erfolgte Änderung ist nicht mehr relevant. Es ist aber für das Verständnis des vorher Geschehenen interessant zu wissen, wie die praktischen Abläufe zu beschreiben sind. Für das Jahr 2003 wurde eine einmalige Übersicht erstellt, bei welcher die Mindestbestellmenge und Versandkosten angegeben waren (angefochtene Verfügung Rz. 228 ff.; act. 2, Beilagen G1-G4). Am 20. April 2007 wurde den ASCOPA-Mitgliedern – so auch der Beschwerdeführerin – eine Mail mit aktualisierten *„conditions générales de vente“* versandt. ASCOPA bat die Mitglieder innert fünftägiger Frist, über die Anzahl der gewünschten AGB-Exemplare in Druckform Bescheid zu geben. Der Vorinstanz liegen Mails vor, in welchen Chanel sowohl in deutscher wie auch in französischer Sprache 250 Exemplare der revidierten AGB verlangte; Richemont 20 Exemplare je Sprache nachfragte und Pi-Parfums 300 Exemplare der revidierten AGB bestellte. Ferner verlangte Coty neben einem deutschen auch ein italienisches Exemplar der AGB-Empfehlungen (angefochtene Verfügung Rz. 227 mit Fn. 252 [vgl. act. 62 Mails vom 20.04.2007 um 09:24 und 19:37 Uhr; Fn. 255 [Mail vom 23.04.2007 um 08:41 Uhr]; Fn. 256 [Mail vom 24.04.2007 um 16:04 Uhr]). Die ASCOPA-Mitglieder – so auch die Beschwerdeführerin – legten jeweils ihre aktuellen AGB den Bruttopreislisten bei, welche im Rahmen des

Informationsaustauschs ausgetauscht wurden (angefochtene Verfügung Rz. 230 und Fn. 268 mit Hinweis auf act. 2, B 10).

7.1.2.3 Inhaltlich umfassten die AGB Bestimmungen über Minimalbestellungen (a), Lieferkosten (b), Rücksendungen (c) und Zahlungsbedingungen (d):

7.1.2.3.1 So hat der *Minimalbestellwert* (a) in den AGB der Jahre 2000-2004 Fr. 150.– und ab dem Jahr 2007 Fr. 250.– betragen (angefochtene Verfügung Rz. 228 a; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

7.1.2.3.2 Lieferkosten (b): Der Warenwert, ab welchem die Lieferkosten franko durch den Absender übernommen werden, hat in der ganzen Zeitspanne Fr. 500.– betragen. Unter dem Wert von Fr. 500.– hat die Pauschalbeteiligung an den Lieferkosten im Jahr 2000 Fr. 8.– betragen und in den Jahren 2001-2007 Fr. 12.–. Für Expressendungen haben die AGB im Jahr 2000 Kosten von Fr. 12.– vorgesehen, ab dem Jahr 2001 sei der Beitrag für Expressendungen auf Fr. 15.– angestiegen (angefochtene Verfügung Rz. 228 b; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

7.1.2.3.3 Hinsichtlich der *Rücksendungen* (c) hielt die Vorinstanz fest, dass jede den Händlern fakturierte Ware als verkauft galt und normalerweise nicht zurückgenommen werden konnte. Nur wenn ausnahmsweise im Voraus mit dem Lieferanten eine Vereinbarung getroffen wurde, die Ware in gutem Zustand war und keine zusätzlichen Etiketten angebracht waren, konnte die Ware zurückgenommen werden. Hierzu würden folgende Bedingungen gelten: Bis zu einem Monat könnten die Waren ohne Abzug entgegengenommen werden. Von ein bis sechs Monaten würden 20 % Abzug verlangt, nach 6 Monaten bis zu einem Jahr sollte ein Abzug von 30 % gelten und nach dieser Frist sollte gar keine Ware mehr zurückgenommen werden (angefochtene Verfügung Rz. 228 c; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

7.1.2.3.4 Gemäss den *Zahlungsbedingungen* (d) sollten die Zahlungen innerhalb von 30 Tagen erfolgen. Diese Klausel blieb durch all die Jahre unverändert (angefochtene Verfügung Rz. 228 d; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

7.1.3 Grundlagen

7.1.3.1 Der Begriff der Empfehlung

Im Unterschied zum Kartellgesetz 1985 (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen [aKG 1985, AS 1986 874]) werden Empfehlungen nach dem geltenden Art. 4 Abs. 1 KG nicht als mögliche Erscheinungsform einer Abrede genannt (B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2 „Altimum“; BSK 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Empfehlungen sind einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärungen, welche an einen Empfehlungsempfänger gerichtet sind und die auf eine Verhaltensbeeinflussung abzielen (BGE 147 II 72 E. 4.2 und E. 5.1.3 „Pfizer II“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 169 m.w.H.; Stämpfli HK-KÖCHLI/REICH, Art. 4 N 14). Zwar ist die dogmatische Beschreibung und Beurteilung von Empfehlungen mehrheitlich anhand vertikaler Empfehlungen erfolgt. Indessen spielen im Rahmen unternehmerischer Verbandstätigkeit horizontale Empfehlungen eine zentrale Rolle (BORER, Art. 4 KG N 10; BSK KG- REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 202). Empfehlungen sind kartellrechtlich relevant, wenn sie sich auf einen Wettbewerbsparameter beziehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 170). Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kritisch werden sie, wenn sie bezwecken, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen, indem sie eine Angleichung des marktsensiblen Verhaltens ermöglichen oder fördern (BORER, Art. 4 KG N 10 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 42).

Vorliegend ist zunächst strittig, ob den AGB-Empfehlungen Abredequalität nach Art. 4 Abs. 1 KG zukommt. Bezüglich Empfehlungen sind verschiedene Konstellationen möglich (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.), was im Folgenden aufzuzeigen ist:

7.1.3.2 Horizontale Empfehlung mit vertikalen Aspekten

Bei horizontalen Empfehlungen sind Empfehlende und Empfehlungsempfänger auf der gleichen Marktstufe tätig. Geht die Empfehlung von einem Branchenverband aus, so ist dieser in der Regel nicht auf dem Markt tätig. Das ändert nichts daran, dass nur eine Marktstufe betroffen ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 174; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, S. 15).

Die ASCOPA-Mitglieder sind alle auf derselben Marktstufe tätig (vgl. E. 4.4.3.8 hiervor). Zugleich wurden die AGB-Empfehlungen vom Verband ASCOPA erlassen, welcher selbst nicht Wettbewerbsteilnehmer ist. Da sich der Verband aber aus den Empfehlungsadressaten zusammensetzt, geht es primär um ein *horizontales* Verhältnis.

Verwendet allerdings ein ASCOPA-Mitglied die ASCOPA-AGB-Empfehlungen gegenüber einem oder mehreren Retailern (Händlern), so ergibt sich aus der Konstellation zwischen dem ASCOPA-Mitglied und dem jeweiligen Händler ein *vertikales* Verhältnis.

7.1.3.3 *Echte Empfehlung*

Der Inhalt einer echten Empfehlung beruht auf einer tatsächlichen Empfehlung, welche dem Empfänger die Freiheit belässt, dieselbe zu befolgen oder auch nicht. In diesem Fall handelt es sich um eine *echte Empfehlung*, die wettbewerbsrechtlich *unbedenklich* ist (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.). Die Empfehlung enthält ein „wohlwollendes Element“, indem sie ein bestimmtes Tun oder Unterlassen als vorteilhaft bezeichnet und dieses dem Empfehlungsempfänger deswegen vorschlägt, und zwar mit dem Ziel, eben dieses Verhalten herbeizuführen. Eine echte einseitige Empfehlung wird auch unverbindliche Empfehlung genannt. Der Begriff der „unverbindlichen Empfehlung“ stellt eigentlich ein Pleonasmus dar. Dem Empfehlungsempfänger dürfen – ungeachtet, ob er sich an die Empfehlung hält oder nicht – keine Vor- oder Nachteile entstehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 169, 171 f.; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, Diss., S. 11 f.).

7.1.3.4 *Empfehlung in Vereinbarungsform*

7.1.3.4.1 Zweitens besteht die Möglichkeit, dass sich eine Kartellabrede hinter einer Empfehlung verbergen kann (vgl. zur abgestimmten Verhaltensweise E. 7.1.3.5 hiernach). Die Parteien können etwa eine Sprache verwenden, welche Empfehlungscharakter aufweist, jedoch eine eigentliche Bindung beabsichtigen. Es handelt sich um eine simulierte „*unechte Empfehlung*“, welche als versteckte wettbewerbsbeschränkende Abrede bzw. als nicht erzwingbare Vereinbarung zu qualifizieren ist (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, S. 9; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 171).

7.1.3.4.2 Nach dem Gesagten, gibt es also – und diese Konstellation findet sich namentlich in vertikalen Empfehlungen – Formulierungen, welche

wie eine einseitige Massnahme aussehen. Bei deren Würdigung ist aus vertragsrechtlicher Sicht zu beachten, dass sich über die Konstruktion einer stillschweigenden Annahme der einseitige Charakter sich in ein zweiseitiges Rechtsverhältnis wandelt. Diese stillschweigende Annahme ist Voraussetzung dafür, dass eine Vereinbarung zustande kommt (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 „Altimum“; BGE 147 II 72 E. 5.6 „Pfizer II“; BORER, Art. 4 KG N 8). Für die Feststellung, ob eine Vereinbarung vorliegt, ist es notwendig, die allgemeinen Regeln von Art. 1 ff. OR anzuwenden und den gegenseitigen und übereinstimmenden Willen der Parteien festzustellen, wobei dieser ausdrücklich oder stillschweigend geäußert werden kann (Art. 1 Abs. 2 OR). Willenserklärungen und Willensbekundungen zwischen den Vertragsparteien sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Art. 18 OR), ohne Beachtung der von den Parteien verwendeten Ausdrucksweise. Stillschweigende Willensbekundungen sind insbesondere konkludente Handlungen, das heisst solche, deren Erfüllung einen bestimmten Willen voraussetzt, der sich auf das Verhältnis der Parteien bezieht. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zweier oder mehrerer Unternehmen muss erkennbar sein, was im Falle von rein einseitigen Wettbewerbsbeschränkungen fehlt (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 „Altimum“). Anders als bei einer echten Empfehlung oder einer abgestimmten Verhaltensweise (befolgten Empfehlung; vgl. gerade unten) liegt bei der nicht erzwingbaren Vereinbarung ein Wille vor, sich zu binden (ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, S. 161; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 171).

Es kann sich bei horizontalen Empfehlungen in Vereinbarungsform auch um Verbandsempfehlungen handeln (vgl. E. 7.1.3.1 hiervor). Diese können bereits in den Statuten enthalten sein, womit das Mitglied mit dem Beitritt zum Verein auch Partei der Abrede wird (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 204 mit Hinweis auf RPW 1998/2, S. 185 f. Rz. 3 und 8 „Tarifs de la Société vaudoise des Régisseurs et courtiers en immeuble et en fonds de commerce“). Klassisch ist indessen die Empfehlung als Gegenstand des Beschlusses der Generalversammlung eines Verbandes bzw. Mitgliederversammlung eines Vereins (RPW 2012/3 S. 659 Rz. 30 ff. „Union suisse des professionnels de l’immobilier [USPI] – Section Neuchâtel“; RPW 2003/2 S. 271 ff., Rz. 1 ff., S. 278 Rz. 31 „Fahrschule Graubünden“ in Bezug auf das Vorgehen bis im Jahr 1997; RPW 2001/1, S. 200 ff., S. 205 f. E. 2.1 „Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 175, BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 203 mit Hinweisen; DIMITRI ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, Bern 2014, S. 161). Strittig ist, ob der Behördenpraxis zu

folgen ist, wonach auch ein Vorstandsbeschluss oder der Beschluss eines anderen Vereinsorgans genügt in Verbindung mit der statutarischen Verpflichtung, alle Beschlüsse, Weisungen und Anordnungen der Verbandsorgane gewissenhaft zu befolgen (vgl. dazu RPW 2006/4 S. 593 Rz. 24 „Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen [VTR]“). Davon gehen wohl BSK KG 2010-NY-DEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 95 aus. Im gleichen Sinne ist wahrscheinlich auch ZÄCH zu verstehen, der von Beschlüssen spricht, ohne in Bezug auf das diese fassende Organ Unterscheidungen zu treffen (ZÄCH, Rz. 365). Kritisch äussern sich demgegenüber AMSTUTZ/CARRON/REINERT (in: Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N 45) und REINERT (BSK KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 205). ANTIPAS gibt wiederum zu bedenken, dass das formale Verneinen der Möglichkeit, auch in einem Vorstandsbeschluss eine Vereinbarung zu sehen, unwillkommene Umgehungspraktiken mit dem Ergebnis von nicht wünschbaren Situationen („situations indésirables“) begünstigen würde (ANTIPAS, S. 161). Nach dem Gesagten sind jedenfalls kartellrechtlich relevante Statuten und Beschlüsse der Mitgliederversammlung eines als Verein organisierten Branchenverbands als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 65 i.V.m. N 203, ZÄCH, Rz. 365, ANTIPAS, S. 161; vgl. auch E. 4.4.3.1 und insbesondere E. 4.4.3.1.4 hiavor).

7.1.3.5 Befolgte Empfehlung

Drittens besteht die Möglichkeit, dass Empfehlungen in Realität *befolgt* werden (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 63 f.). Solche Empfehlungen, die zwar keinen Bindungswillen aufweisen, aber befolgt werden, rücken in die Nähe der abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 3.3, 4.3 „Pfizer“; BORER, Art. 4 KG N 11; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 176 f.). Demzufolge ist ersichtlich, dass bei Empfehlungen, welche der abgestimmten Verhaltensweise zuzuordnen sind, der Befolgungsgrad auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist. Wie es sich diesbezüglich bei Vereinbarungen verhält, wird in Erwägung 7.1.4 hiernach zu prüfen sein. Die Frage, ob Druck oder Zwang vorausgesetzt ist, wenn eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bejaht werden soll, wird in Erwägung 7.1.4.6 hiernach erörtert werden.

7.1.4 Qualifikation der AGB-Empfehlungen / Würdigung

7.1.4.1 Es ist nun zu prüfen, ob die AGB-Empfehlungen von ASCOPA als einseitige Empfehlungen zu werten sind, welche von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfasst werden, oder ob diese die Voraussetzungen einer Vereinbarung oder allenfalls einer abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Soweit BORER diesbezüglich davon ausgeht, dass die Empfehlung, wenn sie tatsächlich befolgt wird, in die Nähe einer abgestimmten Verhaltensweise rückt (BORER, Art. 4 KG N 11; vgl. E. 7.1.3.5 hiervor), lässt sich daraus schliessen, dass sich diese Aussage zwar wohl auf Verhalten bezieht, das unter gewissen Voraussetzungen als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden kann, nicht aber auf eigentliche Vereinbarungen. Diese Schlussfolgerung ist gerade in Bezug auf horizontale Branchenvereinbarungen mit weitgehender Marktabdeckung naheliegend. Denn hier fehlt es nicht am bewussten und gewollten Zusammenwirken zwischen den Unternehmen (vgl. BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 121). Damit wird auch dem weiteren Anliegen von NYDEGGER/NADIG Rechnung getragen, wonach an einer Vereinbarung mehrere Unternehmen beteiligt sein müssen (BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 123). Die Neunerprobe ergibt sich dadurch, dass sich jedenfalls im Falle von horizontalen Branchenvereinbarungen unter Verbandsmitgliedern mehr als nur Einseitigkeit übrig bleibt, wenn die Befolgung entfällt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 174 ff.). Das leuchtet besonders dann unmittelbar ein, wenn später das Bezwecken bejaht wird (vgl. dazu E. 7.3 hiernach). In diesen Fällen kann der Befolgungsgrad allenfalls im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG eine Rolle spielen, entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin aber nicht in Bezug auf die Frage der Abredequalität im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG.

7.1.4.2 Bei der Prüfung, ob die AGB-Empfehlungen als Vereinbarung und damit als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu werten sind, sind verschiedene Etappen hinsichtlich der Entwicklung dieser AGB-Klauseln zu untersuchen: *Erstens* die Abstimmung über die Änderungen der AGB-Empfehlungen an der Generalversammlung im 2001 (E. 7.1.4.3 hiernach), *zweitens* verschiedene Komitee-Sitzungen (E. 7.1.4.4 hiernach), *drittens* der Umstand, dass den ausgetauschten Informationen (Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) die jeweiligen AGB beigelegt wurden sowie die Vergleichsliste der AGB aus dem Jahr 2003 (E. 7.1.4.5 hiernach). Wie es sich in Bezug auf die kartellrechtliche Rele-

vanz der Aktualisierung der AGB im Jahre 2007 verhält, kann demgegenüber offen bleiben, da die Vorinstanz den ASCOPA-Mitgliedern nur bis zu diesem Zeitpunkt eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorwirft.

7.1.4.3 Abstimmung über die Änderungen der AGB-Empfehlungen an der Generalversammlung im Jahr 2001

Die Änderungen der AGB sind an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 einstimmig angenommen worden (act. 2, Beilage A 18, S.4 f.; angefochtene Verfügung Rz. 226). An dieser Generalversammlung war gemäss Protokoll auch die Beschwerdeführerin anwesend (act. 2, Beilage A 18, S. 1). Das Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 wurde in der ASCOPA-Generalversammlung vom 4. Juni 2002, an welcher die Beschwerdeführerin ebenfalls anwesend war, einstimmig genehmigt (vgl. act. 2, Beilage A 20, S. 1 f.). Nach dem in Erwägung 7.1.3.4.2 hiuvor Gesagten steht ausser Zweifel, dass jedenfalls rechtlich verbindliche Beschlüsse der Mitgliederversammlung unter die Form der Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren sind (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 65 und N 203; vgl. E. 4.4.3.1.4, 7.1.3.4.2 hiuvor mit Hinweisen auf die Behördenpraxis). Demnach liegt ein rechtlich verbindlicher Beschluss der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 vor. Damit sind vorliegend die Voraussetzungen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gegeben. Dass gemäss dem Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 (act. 2, Beilage A 18, S. 5) der Begriff „Guidelines“ verwendet wird ändert nichts an deren Qualifikation als Vereinbarung (vgl. diesbezüglich zum Informationsaustausch E. 4.4.3.1.4 hiuvor).

7.1.4.4 Komitee-Sitzungen

7.1.4.4.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann hinsichtlich der Komitee-Sitzungen, dass die Diskussionspunkte der Komitee-Sitzungen gar nicht den Inhalt der AGB betreffen würden (Beschwerde Rz. 92). Es ist daher im Folgenden auf den Inhalt der Komitee-Sitzungen einzugehen:

7.1.4.4.2 Die Vorinstanz zeigt auf, dass das Komitee im Jahr 2001 einstimmig beschloss, Coop Aargau keine speziellen Preisnachlässe (0.5 % Rabatt auf alle Rechnungen) zu gewähren (act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Zudem ist aus dem Protokoll einer weiteren Komitee-Sitzung ersichtlich, dass man plante, die adaptierten AGB vor die Generalversammlung zu bringen (act. 2, Beilage A 17, Komitee-Sitzung vom 8. Mai 2001, S. 2). Dem

Wunsch von Import, spezielle Geschäftsbedingungen zu erhalten, wollte das Komitee ebenfalls nicht nachkommen. (act. 234, Komitee-Sitzung vom 18. September 2002, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Das Komitee lehnte es „*très vivement*“ ab, den von Manor verlangten Diskont bei einer Bezahlung innerhalb von dreissig Tagen zu gewähren (act. 234, Komitee-Sitzung vom 7. Oktober 2003, S. 2; angefochtene Verfügung Rz. 233). In einer späteren Sitzung schlug das Komitee vor, dass jedes Mitglied einen Brief an Manor senden sollte, indem es den verlangten Skontosatz ablehnte (act. 234, Komitee-Sitzung vom 4. Dezember 2003, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233).

7.1.4.4.3 Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Komitee-Sitzungen im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig seien, erweist sich als unbegründet. Die Komitee-Sitzungen und -beschlüsse hatten durchaus die Verkaufskonditionen und teilweise auch die strittigen AGB zum Gegenstand. Denn die von Coop gewünschten Preisnachlässe, die von Import gewünschten speziellen AGB und der von Manor gewünschte Diskont hätten eine individuelle Ausgestaltung der AGB erfordert. Tatsächlich ist es aber so, dass diese teilweise eher in Bezug auf die Frage des Zwecks relevant sind (vgl. E. 7.3 hiernach) als in Bezug auf die Frage nach der Qualifikation des Verhaltens der ASCOPA als Vereinbarung.

7.1.4.4.4 Interessant für die Frage der Vereinbarungsqualität ist der Umstand, dass an den Komitee-Sitzungen im Jahr 2001, an welchen auch die Beschwerdeführerin anwesend war, besprochen wurde, die Inhalte dieser Sitzungen (Coop Aargau und AGB-Revision) vor die Generalversammlung zu bringen (act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 1, 3; act. 2, Beilage A 17; Komitee-Sitzung vom 8. Mai 2001, S. 1 f.), was dann auch geschah (act. 2, Beilage A 18, Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001, S. 4 f.). Somit bilden die Inhalte der Komitee-Sitzung aus dem Jahr 2001 auch Grundlage für den Beschluss der entscheidenden Generalversammlung, was einerseits den Vereinbarungscharakter des gewählten Vorgehens und andererseits die Verantwortung der Beschwerdeführerin als Mitglied des Komitees unterstreicht.

7.1.4.4.5 Nachdem die Basis aller in Frage stehenden AGB-Empfehlungen in einem Generalversammlungsbeschluss zu sehen ist, was sowohl nach der Rechtsprechung als auch nach der Verwaltungspraxis zur Qualifikation als Vereinbarung führt, kann offen bleiben, ob der Vereinbarungscharakter auch aufgrund der Komitee-Beschlüsse allein zu bejahen wäre (vgl. „VTR“, RPW 2006/4 S. 591 ff., 593 Rz. 22 ff. „VTR“ sowie

E. 7.1.4.4.3 hervor). Festzuhalten ist immerhin, dass das ASCOPA-Komitee von der Generalversammlung gewählt wird. Ihm obliegt nach Art. 16 ASCOPA-Statuten die Führung der Repräsentation der Vereinigung und es überwacht die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung. Das Komitee ist zudem gemäss Art. 17 ASCOPA-Statuten entscheidungsbefugt. Die Mitglieder müssen sich gemäss Art. 9 ASCOPA-Statuten den Entscheidungen der Generalversammlung und des Komitees fügen (vgl. dazu in Bezug auf den Informationsaustausch E. 4.4.3.2.2 hervor).

7.1.4.5 Unselbständiger Informationsaustausch in Bezug auf das Anfügen der AGB an die Bruttopreislisten und die Vergleichsliste der AGB der ASCOPA-Mitglieder im Jahr 2003

7.1.4.5.1 Die ASCOPA-Mitglieder hatten jeweils ihre aktuellen AGB den ausgetauschten Bruttopreislisten beigelegt. Damit wurden die beschriebenen Empfehlungen in Bezug auf die AGB mit einem unselbständigen Informationsaustausch verknüpft. Die Beschlüsse betreffend AGB-Empfehlungen sind im vorliegenden Kontext als Hauptabrede zu qualifizieren (vgl. E. 7.1.4.3 und E. 7.1.4.4.4 hervor). Demgegenüber hat das Gericht in Bezug auf den allgemeinen Informationsaustausch betreffend Bruttopreise, Umsatzangaben und Werbeausgaben einen selbständigen Informationsaustausch festgestellt (vgl. E. 6.2, 6.3.2.7 hervor).

7.1.4.5.2 Im Jahr 2003 wurde eine Vergleichsliste der AGB der einzelnen ASCOPA-Mitglieder, welche die Mindestbestellwerte und die Versandkosten aufgriff, erstellt (angefochtene Verfügung Rz. 229). Auf dieser Vergleichsliste (act. 2, Beilage G4) ist zwar die Beschwerdeführerin selbst nicht aufgeführt. Jedoch war sie während dem ganzen Informationsaustausch im ASCOPA-Komitee vertreten (vgl. angefochtene Verfügung Abbildung 2), welches gemäss Art. 9 der ASCOPA-Statuten einen prägenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder hat. Es kann diesbezüglich auf die obige Erwägung zu den Komitee-Sitzungen (vgl. E. 7.1.4.4.4 f. hervor) verwiesen werden, weshalb der Beschwerdeführerin nicht nur die Beschlüsse betreffend AGB-Empfehlungen selbst, sondern auch der unselbständige Informationsaustausch der AGB der ASCOPA-Mitglieder zuzurechnen ist.

7.1.4.6 Relevanz des Vorliegens von Druck oder Zwang im Rahmen der Prüfung der Abredequalität

Das Bundesgericht hat in Bezug auf vertikale Empfehlungen festgehalten, dass „ein gewisses qualitatives Mass“ erreicht sein muss, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. In diesem Kontext kann auch das Ausüben von Druck relevant sein (BGE 147 II 72 E. 4.5.1 „Pfizer II“). Im vorliegenden Zusammenhang stösst indessen die Rüge der Beschwerdeführerin, dass qualifizierende Elemente wie Einhaltung, Druck oder Zwang vorliegen müssen, damit die AGB-Empfehlungen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden können (Beschwerde Rz. 80) indessen ins Leere, weil eine einen bedeutenden Marktanteil abdeckende horizontale Empfehlungen in Vereinbarungsform festgestellt worden ist (vgl. E. 7.1.4.3 hiavor). Zwar ist unbestritten, dass im vorliegenden Fall weder Druck noch Zwang ausgeübt worden ist. Dementsprechend sind die zu beurteilenden AGB-Empfehlungen unverbindlich ausgestaltet. Ebenso wie in Bezug auf den Befolgungsgrad gilt jedenfalls (vgl. E. 7.1.4.1 hiavor) aber beim Vorliegen einer einen bedeutenden Marktanteil abdeckenden Vereinbarung, dass im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG über das Feststellen derselben hinaus keine zusätzlichen qualifizierenden Elemente erforderlich sind. Die festgestellte Vereinbarung erfüllt demnach schon an sich das vorauszusetzende „gewisse qualitative Mass“ im Sinne der Pfizer-Rechtsprechung. Alles Weitere ist – soweit erforderlich – im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen.

7.1.4.7 Zwischenfazit

7.1.4.7.1 Aufgrund der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass der massgebenden Abstimmung hinsichtlich der AGB-Empfehlungen an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 (vgl. act. 2, Beilage A 18, S. 1, 4 f.) Vereinbarungsqualität nach Art. 4 Abs. 1 KG zukommt (E. 7.1.4.3 hiavor vgl. auch angefochtene Verfügung Rz. 226 i.V.m. Rz. 385 f.). Damit kann offen bleiben, inwieweit das auch für die in E. 7.1.4.4 hiavor erörterten Beschlüsse des Vereinsvorstands gilt, soweit diese nicht der Vorbereitung dieser Generalversammlung dienen. Ergänzend treten das Anfügen der AGB bei den ausgetauschten Bruttopreislisten und die AGB-Übersicht aus dem Jahr 2003 als unselbständiger Informationsaustausch hinzu (E. 7.1.4.5). Damit liegt eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

7.1.4.7.2 Da die Vereinbarungsqualität gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist, erübrigt sich die Prüfung der abgestimmten Verhaltensweise. Daher muss auch der von der Beschwerdeführerin gerügte Befolgungsgrad (Beschwerde Rz. 65 ff. und 80 f.) nicht auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft werden (vgl. E. 7.1.3.5, 7.1.4.1 hiervor). Die Frage, ob und inwiefern der Befolgungsgrad Gegenstand der Erheblichkeitsprüfung ist, wird im Kontext mit Art. 5 Abs. 1 KG aufgegriffen (vgl. Erwägung 9.3 hiernach). Die Beschwerdeführerin weist ausserdem zutreffend darauf hin, dass die ASCOPA-Organe nicht darauf gedrängt haben, dass möglichst viele Mitglieder die Textbausteine betreffend die verschiedenen Vertragsbedingungen tatsächlich verwenden, was insoweit einer Empfehlung entspricht. Das Ausüben von Druck oder Zwang ist aber im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG ebenfalls nicht zu prüfen, wenn eine horizontale Empfehlung in Vereinbarungsform vorliegt, jedenfalls wenn diese bedeutende Teile des Marktes abdeckt. Auch auf die Frage der Bedeutung von Druck und Zwang wird demnach – soweit erforderlich – im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zurückzukommen sein (vgl. E. 9.3 in fine). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die weiteren Voraussetzungen, welche an das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG geknüpft werden, gegeben sind. Hierbei handelt es sich um den Bezug zu Wettbewerbsparametern (E. 7.2) und das Bezwecken oder allenfalls das Bewirken, wenn das Bezwecken verneint wird (E. 7.3).

7.2 Betroffensein von Wettbewerbsparametern (Art. 4 Abs. 1 KG)

7.2.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin zählt in Rz. 71 ihrer Beschwerde verschiedene Wettbewerbsparameter auf, worunter auch die Geschäfts- und die Lieferbedingungen (Beschwerde Rz. 71). Sie rügt sodann, dass die Vorinstanz gar keinen Wettbewerbsparameter bezeichnet hätte, der durch die AGB-Empfehlung betroffen sei (Beschwerde Rz. 74, 95; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6). So sei unklar geblieben inwiefern der Wettbewerbsparameter Preis in Bezug auf die empfohlenen Verkaufsbedingungen zur Anwendung kommen würde (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 6). Auch würde sich hinsichtlich der AGB-Empfehlungen die Suche nach einem Wettbewerbsparameter erübrigen, da die vorliegende Empfehlung gerade keine Wettbewerbsabrede sei (Beschwerde Rz. 114).

7.2.2 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz bringt vor, dass das KG die Wettbewerbsparameter nicht in abschliessender Art aufzähle. Sie zählt die wichtigsten Wettbewerbsparameter auf, wobei sie auch den Wettbewerbsparameter Geschäftsbedingungen nennt (angefochtene Verfügung Rz. 635).

7.2.3 Grundlagen

Hinsichtlich der Anforderungen an den Bezug zwischen Abrede und Wettbewerbsparametern ist zunächst auf die Ausführungen in E. 4.5.3 ff. hier vor zu verweisen. Zusammenfassend ist in Erinnerung zu rufen, dass sich die Prüfung des Vorliegens von Wettbewerbsparametern auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG deutlich weniger vertieft als im Rahmen der Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG gestaltet. Das Gesetz zählt zudem die Wettbewerbsparameter nicht abschliessend auf (MARBACH/DUCREY/WILD, S. 324, N 1459; BSK KG 2010-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 KG N 63 ff.). Auch Rz. 75 der Horizontalleitlinien sieht keine abschliessende Aufzählung von Wettbewerbsparametern vor.

7.2.4 Würdigung

7.2.4.1 Die Rüge, dass sich die Suche nach einem Wettbewerbsparameter erübrige, da die vorliegende Empfehlung keine Wettbewerbsabrede darstelle (Beschwerde Rz. 114), stösst ins Leere. Denn das Bundesverwaltungsgericht (E. 7.1 hiervor) hat in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Rz. 385, 392-395) festgehalten, dass die AGB-Empfehlungen die Voraussetzungen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Daher ist im Folgenden der Frage nachzugehen, ob die AGB-Empfehlungen einen Bezug zu Wettbewerbsparametern aufweisen.

7.2.4.2 Auch wenn sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung bezüglich der AGB-Empfehlungen nicht explizit auf einen Wettbewerbsparameter bezieht, legt sie immerhin dar, dass Geschäftsbedingungen zu den wichtigsten Wettbewerbsparametern gehören (angefochtene Verfügung Rz. 635). Da auch nach Ansicht der Beschwerdeführerin Geschäfts- und Lieferbedingungen als Wettbewerbsparameter zu werten sind (Beschwerde Rz. 71), ist unbestritten, dass Geschäftsbedingungen als Wettbewerbsparameter zu qualifizieren sind. Bestritten ist jedoch, ob die angefochtene Verfügung in hinreichender Weise den Bezug zum Wettbewerbsparameter Geschäftsbedingungen herstellt. Die angefochtene

Verfügung hält allerdings im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG fest, dass der Informationsaustausch und die AGB-Empfehlungen nicht auszuschliessen vermögen, dass die ASCOPA-Mitglieder ihre Geschäftspolitik derjenigen ihrer Konkurrenten in einer Weise anpassen, die dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderläuft und zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe (angefochtene Verfügung Rz. 392). Materiell ist somit klar, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgeht, dass Geschäftskonditionen zu den Wettbewerbsparametern gehören und dass diese vorliegend einschlägig sind (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG Art. 4 Abs. 1 KG N 118). Da Art. 4 Abs. 1 KG bloss eine im Vergleich zur Unzulässigkeitsprüfung nach Art. 5 KG deutlich weniger vertiefte Prüfung der Wettbewerbsparameter erfordert, ist zwar ohne Weiteres zuzugestehen, dass die Aussagen der Vorinstanz zum Thema äusserst lapidar sind, dass aber gerade noch nicht von einer Unterschreitung der verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen an die Begründung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV auszugehen ist (vgl. dazu E. 3.2.3 hiervor; zur Begründungspflicht in Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung vgl. E. 9.1 hiernach). Ergänzend ist anzumerken, dass die Vorinstanz die allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits im Verfügungsantrag I als Wettbewerbsparameter im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG beurteilte (Verfügungsantrag I Rz. 103). Der Sache nach wusste die Beschwerdeführerin auf jeden Fall, wie sie zu argumentieren hatte, was aus den Rechtsschriften auch ersichtlich ist.

7.2.4.3 Inwiefern die AGB-Empfehlungen im Kontext mit dem Wettbewerbsparameter Preis zu würdigen sind und ob weitere Wettbewerbsparameter durch die AGB-Empfehlungen tangiert wurden, kann für die Beurteilung der Wettbewerbsparameterqualität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG offen gelassen werden, da offensichtlich ist, dass der Wettbewerbsparameter „Geschäftsbedingungen“ durch die AGB-Empfehlungen tangiert ist. Daher vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen betreffend die Wettbewerbsparameterqualität auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht durchzudringen.

7.3 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG

7.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz nicht den Beweis erbracht habe, dass die ASCOPA-Mitglieder mit den empfohlenen AGB das Ziel verfolgt hätten, den Wettbewerb zu beschränken (Beschwerde Rz. 92). So habe die Vorinstanz nicht dargelegt, dass mit diesen AGB-Empfehlungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden sei

(Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d). Zudem sei kein Wille der ASCOPA-Mitglieder ersichtlich, den Wettbewerb betreffend die AGB-Empfehlungen einzuschränken (Beschwerde Rz. 92).

Auch habe die Vorinstanz keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Empfehlung von AGBs im Sinne einer angeblichen Korrelation von Bruttolistenpreisen der ASCOPA-Mitglieder und Endverkaufspreisen nachgewiesen (Beschwerde Rz. 107). Und aus der Tatsache, dass die Empfehlungen von den ASCOPA-Mitgliedern nur sehr beschränkt befolgt worden seien, lasse sich schliessen, dass diese AGB-Empfehlungen keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt hätten (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d).

7.3.2 Vorbringen der Vorinstanz

7.3.2.1 Die Vorinstanz stellte hinsichtlich der AGB-Empfehlungen ein Bezwecken fest. Durch die AGB-Empfehlungen und den Informationsaustausch könnten die ASCOPA-Mitglieder ihre Geschäftspolitik derjenigen der Konkurrenten anzupassen, was zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe (angefochtene Verfügung Rz. 392 f.). Die Vorinstanz verweist im Kontext mit dem Bezwecken auf die Angaben zum Befolungsgrad der AGB-Empfehlungen (angefochtene Verfügung Rz. 394 i.V.m. Rz. 232). Zudem sei an der diesbezüglich entscheidenden ASCOPA-Generalversammlung gesagt worden, dass es die Empfehlungen den ASCOPA-Mitgliedern erlauben würden, sich gegenüber ihren Händlern „hinter den AGB [zu] verschanzen“ („*se retrancher derrière les conditions générales de vente*“; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 227; Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 [act. 2, Beilage A 18, S. 4 f.]).

7.3.2.2 Hinsichtlich des Bewirkens, das die Vorinstanz ebenfalls als gegeben erachtete, verweist die WEKO auf ihre ökonometrischen Untersuchungen, welche sie im Kontext mit der Erheblichkeitsprüfung durchführte (angefochtene Verfügung Rz. 393 i.V.m. 512 ff.).

7.3.3 Grundlagen

7.3.3.1 Das Bezwecken und das Bewirken sind alternativ zu verstehen (vgl. E. 4.6.1 hiervor). Vorliegend wird zuerst das Bezwecken geprüft (zu den Voraussetzungen des Bezweckens: vgl. E. 4.6.4 hiervor). Nur, wenn das Bezwecken zu verneinen ist, ist das Bewirken zu prüfen. Sowohl das Bezwecken wie auch das Bewirken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind als Definitions- bzw. Begriffsmerkmal einer Wettbewerbsabrede und nicht als

Tatbestandsmerkmal zu verstehen. Sie sagen noch nichts über die Unzulässigkeit eines Kartells aus (HEINEMANN, Jusletter, Erheblichkeit, Rz. 4, 6; BORER, Art. 4 KG N 3 f.; JUNG, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, S. 26; vgl. E. 4.6.4.3 hiervor).

7.3.3.2 Eine Abrede ist dann bezweckt, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 9.3.1 „Erne“; Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 303 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Um das *Bezwecken* gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen, sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb nicht erforderlich; die objektive Eignung des Abredeinhalts ist ausreichend (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 „Altimum“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 137 f.). Beim Bezwecken kommt es nicht auf die subjektive Absicht an (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 550; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 138, 144). Indessen kann die Absicht der Beteiligten berücksichtigt werden, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (Urteil des EuGH vom 11. September 2014 C-67/13 P Groupement des cartes bancaires/Kommission, Rn. 54, nachfolgend: Urteil des EuGH C-67/13 P Groupement des cartes bancaires/Kommission; EDELMANN, S. 97). Letzteres gilt als zusätzliches Element. Es reicht vollkommen aus, sich für ein Bezwecken auf objektive Anhaltspunkte abzustützen.

7.3.4 Würdigung

7.3.4.1 Vorliegend überspannt die Beschwerdeführerin die kartellrechtlichen Voraussetzungen, wenn sie meint, dass der Wille der ASCOPA-Mitglieder ersichtlich sein müsse, den Wettbewerb bezüglich der AGB-Empfehlungen einzuschränken (vgl. Beschwerde Rz. 92). Allerdings darf die Vorinstanz die Absicht der Beteiligten berücksichtigen, auch wenn diese kein notwendiges Element ist. Die Rüge, dass keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung durch die Korrelation zwischen Brutto- und Endverkaufspreisen nachgewiesen worden sei (Beschwerde Rz. 107), geht ebenfalls über die Anforderungen hinaus, welche an ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG gestellt werden, da es insoweit ausreicht, wenn die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 135; vgl. E. 4.6.4.3 hiervor). Demnach ist im Folgenden zu prüfen, ob die Abrede

aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist.

7.3.4.2 Der Rüge, dass die Vorinstanz nicht dargelegt habe, dass die AGB-Empfehlungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten, kann nicht gefolgt werden. Denn die Vorinstanz begründete ein Bezwecken damit, dass die ASCOPA-Mitglieder ihre Geschäftspolitik durch die Handlungen des Informationsaustausches sowie durch die AGB-Empfehlungen den anderen ASCOPA-Mitgliedern anpassen konnten (angefochtene Verfügung Rz. 392 f.). So strebten die ASCOPA-Mitglieder mit den AGB-Empfehlungen eine Harmonisierung an und setzten hiermit eine Art Standard. Auch wenn die AGB-Empfehlungen freiwillig waren, gaben sie den ASCOPA-Mitgliedern doch die Gewissheit, dass diese den Konkurrenten im Sinne einer Guideline zur Verfügung stehen und geeignet sind, den Wettbewerb zwischen den Konkurrenten in Bezug auf die Geschäftskonditionen zumindest zu schwächen. Dadurch entsteht in der Tendenz ein gewisser Anreiz für eine unerwünschte „Marktberuhigung“ (vgl. zum Begriff ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 258).

7.3.4.3 Des Weiteren beeinflussen die AGB-Empfehlungen tendenziell auch das Verhältnis zwischen den ASCOPA-Mitgliedern und den Retailern als Marktgegenseite. So wurde an einer ASCOPA-Generalversammlung gesagt, dass sich die ASCOPA-Mitglieder gegenüber ihren Händlern „hinter den AGB verschanzen“ (*„se retrancher derrière les conditions générales de vente“*) könnten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 227; Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 [act. 2, Beilage A 18, S. 4 f.]). Anhand dieser Aussage ist ersichtlich, dass die ASCOPA-Mitglieder durch die AGB-Empfehlungen ihre Verhandlungsmacht gegenüber den Retailern stärken wollten. Derselbe Effekt ergibt sich auch durch den unselbständigen Informationsaustausch der AGB der ASCOPA-Mitglieder unter den beteiligten Unternehmen (vgl. 7.1.4.5). Besonders bemerkenswert ist diesbezüglich auch der protokollierte mündliche Austausch im Rahmen von Komitee-Sitzungen, im Rahmen welcher beschlossen worden ist, auf gewisse Anfragen von Händlern in Bezug auf die AGB-relevanten Konditionen nicht einzugehen (vgl. E. 7.1.4.4 hiavor). Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, wohl sogar – was hier offen bleiben kann – eine entsprechende Absicht, weshalb das Bewirken in Art. 4 Abs. 1 KG nicht mehr geprüft werden muss. Daher erweisen sich auch die Rügen der Beschwerdeführerin, welche das Bewirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zum Gegenstand haben, als obsolet.

7.4 Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG

Zusammenfassend ergibt sich, dass die AGB-Empfehlungen die Voraussetzungen einer bezweckten Wettbewerbsabrede (in der Variante der Vereinbarung) gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen.

8. Marktabgrenzung hinsichtlich der AGB Empfehlungen

Da sich die AGB-Empfehlungen an dieselben ASCOPA-Mitglieder wie beim allgemeinen Informationsaustausch richten, geht es auch um denselben Markt, nämlich den Markt der Luxus- bzw. Prestigekosmetik. Demnach ist auf die Marktabgrenzung zum allgemeinen Informationsaustausch in Erwägung 5 zu verweisen. In Bezug auf marktspezifische Angelegenheiten wird nur auf das eingegangen, was AGB-spezifisch und anders als beim allgemeinen Informationsaustausch ist (vgl. zur quantitativen Erheblichkeit der AGB-Empfehlungen E. 9.5 hiernach).

9. Die AGB / „Conditions générales de vente“ als Thema von Art. 5 KG

9.1 Keine Erheblichkeitsprüfung in der angefochtenen Verfügung betreffend die AGB-Empfehlungen

Vorab ist in Bezug auf die Begründung des angefochtenen Entscheids festzuhalten, dass die Vorinstanz keine eigene Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 KG hinsichtlich der AGB durchgeführt hat. Die Ausführungen zur Erheblichkeitsprüfung in der angefochtenen Verfügung (Rz. 404-818) beziehen sich auf die Handlungen des selbständigen Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen), nicht aber auf die AGB-Empfehlungen. Die Vorinstanz hat die AGB-Empfehlungen bloss in die Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG miteinbezogen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 385, 392-394; vgl. E. 7 zur Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG betreffend die AGB-Empfehlungen). Ohne Bezug auf den konkreten Fall zu nehmen, legt die Vorinstanz lediglich dar, dass Geschäftsbedingungen zu den wichtigsten Wettbewerbsparametern gehören (angefochtene Verfügung Rz. 635). Die Vorinstanz hat – auch wenn sie keine konkrete Erheblichkeitsprüfung in Bezug auf die AGB durchgeführt hat – die AGB-Empfehlungen in Rz. 818 (Fazit) und im Dispositiv (Ziff. 1) der angefochtenen Verfügung als erheblich nach Art. 5 Abs. 1 KG eingestuft.

Im Gegensatz zur angefochtenen Verfügung wurden im Verfügungsantrag I die AGB-Empfehlungen noch in die Prüfung der qualitativen Erheblichkeitsprüfung miteinbezogen (Verfügungsantrag I Rz. 158 f.; 169, 208). Der Verfügungsantrag I schloss jedoch auf eine harte Kartellabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG (Verfügungsantrag I Schlussfazit Rz. 275 und Dispositiv Ziff. 1). Damit sind die Ausführungen im Verfügungsantrag I, soweit diese überhaupt ergänzend zur angefochtenen Verfügung als Begründung herangezogen werden können, nicht auf die Prüfung der AGB-Empfehlungen nach Art. 5 Abs. 1 KG ausgerichtet, weshalb sie die fehlenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung jedenfalls nicht ersetzen können.

Schriftliche Verfügungen sind gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 35 Abs. 1 VwVG zu begründen, da die Behörde zu rationaler und transparenter Entscheidungsfindung verpflichtet ist (E. 3.2.3 hiavor; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: VwVG-Kommentar, Art. 35 VwVG N 5). Es müssen zumindest kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; BGE 134 I 83 E. 4.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, S. 218 Rz. 630).

Die sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz zu den AGB (angefochtene Verfügung Rz. 226-235; 236-238 mit sachverhaltlicher Würdigung sowie Anhang II) entsprechen den Anforderungen an die Begründung einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG ohne Weiteres. Dem Bundesverwaltungsgericht kommen volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen zu (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5 f.; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 3.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2 „Siegenia-Aubi“). Ausserdem hat das Bundesverwaltungsgericht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln (Urteil des BGer 2C_1016/2014 E. 2.2 „Siegenia-Aubi“). Schliesslich kann das Bundesverwaltungsgericht – geleitet durch den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG – eine eigene Erheblichkeitsprüfung hinsichtlich der AGB vornehmen. Entsprechend dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen kann das Bundesverwaltungsgericht auch eine Beschwerde aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid im Ergebnis mit einer anderen Begründung bestätigen. Es hat demzufolge das Recht zur freien Rechtsfindung und zur freien Prüfung der Rechtslage (BVGE 2009/61 E. 6.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 1.54; VwVG Praxiskommentar-HÄBERLI, Art. 62 Abs. 4 VwVG N 42 f. und 48). Demnach wird im Folgenden

die Erheblichkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 1 KG) zu den AGB-Empfehlungen durchgeführt. Dies entspricht auch dem Gebot der Prozessökonomie (vgl. mutatis mutandis BGE 147 II 72 E. 7.1 „Pfizer II“). Damit kann im vorliegenden Zusammenhang auch offen bleiben, ob die Rügen der Beschwerdeführerin so zu verstehen sind, dass bereits auf formaler Ebene die mangelhafte Begründung beanstandet wird.

9.2 Allgemeine Aussagen zur Erheblichkeitsprüfung der AGB-Empfehlungen (Art. 5 Abs. 1 KG)

In Bezug auf die die Erheblichkeitsprüfung der AGB-Empfehlungen kann auf die allgemeinen Ausführungen in Erwägung 6 bzw. 6.1 bis 6.3 zum selbständigen Informationsaustausch (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) verwiesen werden. Namentlich können die Ausführungen betreffend das Zusammenwirken der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit übernommen werden (vgl. E. 6.3.2 hiervor). Dasselbe gilt betreffend die Feststellung, dass in Bezug auf bezweckte Abreden keine Auswirkungen zu prüfen sind (vgl. E. 6.3.3 hiervor). Besondere Themen betreffend die AGB-Empfehlungen, namentlich in Bezug auf den Befolgungsgrad (vgl. E. 9.3 hiernach) sowie die qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit (vgl. E. 9.4 und 9.5 hiernach), werden gesondert aufgegriffen. Zudem werden in Erwägung 9.7 die Rechtfertigungsgründe behandelt. Da die Handlungen betreffend die AGB-Empfehlungen anders als der selbständige Informationsaustausch ausgestaltet waren, rücken die Horizontalleitlinien in Bezug auf die AGB-Empfehlungen tendenziell in den Hintergrund (vgl. auch E. 7 hiervor).

9.3 Befolgungsgrad

Das Gericht hat festgestellt, dass der Befolgungsgrad aufgrund der vorliegend zu beurteilenden Konstellation nicht schon im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist (vgl. E. 7.1.4.1 und E. 7.1.4.7.2 hiervor). Damit stellt sich die Frage, wie es sich in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 KG verhält.

Der „Befolgungsgrad“ von Empfehlungen wird ermittelt, indem festgestellt wird, wie viel Prozent der in Frage kommenden Empfehlungsempfänger eine Empfehlung befolgt haben (vgl. etwa in Bezug auf Preisempfehlungen BGE 147 II 72 „Pfizer II“ sowie ESTERMANN, S. 220 f.). Dabei spielt es in Bezug auf die dargestellte Methode keine Rolle, ob der Befolgungsgrad im Rahmen einer abgestimmten Verhaltensweise schon auf Stufe von

Art. 4 Abs. 1 KG oder im Falle einer Vereinbarung erst auf Stufe von Art. 5 Abs. 1 KG relevant wird.

Um die Rügen der Beschwerdeführerin zum Befolgungsgrad anschaulicher darzustellen, sind an dieser Stelle die Ausführungen der Vorinstanz zum Befolgungsgrad voranzustellen.

9.3.1 Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz fügte die verschiedenen Versionen der AGB-Vorgaben von ASCOPA (Jahre 2000, 2001, 2004 und 2007) sowie die AGB von jedem einzelnen ASCOPA-Mitglied – ebenfalls in allen Versionen – in einer tabellarischen Übersicht in Anhang II der angefochtenen Verfügung zusammen. In Abbildung 13 (Rz. 232) der angefochtenen Verfügung (gleich anschliessend wiedergegeben als Abbildung 4) fasst die Vorinstanz ihre Auswertungen von Anhang II zusammen:

Abbildung 4 (entspricht Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung)			
	AGB-Klausel vorhanden:	AGB-Klausel unverändert übernommen:	AGB-Klausel mit Abweichung übernommen:
Minimalbestellung:	20	13	7
Lieferkosten:	33	11	22
Rücksendungen:	23	16	7
Zahlungsbedingungen:	27	14	13

9.3.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die AGB-Empfehlungen ausreichend befolgt wurden (Beschwerde Rz. 63 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d, 20a). Zudem werden auch die sachverhaltlichen Feststellungen der WEKO in Frage gestellt. So hätte die Vorinstanz den Befolgungsgrad der AGB in Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung nicht nachvollziehbar dargestellt. So würden 27 (und nicht 20) Klauseln eine Bestimmung über *Minimalbestellungen* enthalten. Hiervon hätten 16 (und nicht 13) ASCOPA-Mitglieder die Klausel übernommen. Zudem würden 47 AGB-Bestimmungen (und nicht 33) Vorgaben über die *Lieferkosten* enthalten. Hiervon hätten 12 (und nicht 11) AGB-Bestimmungen die ASCOPA-Empfehlung übernommen. Mit Bezug auf *Rücksendungen* würden sich gesamthaft 31 (und nicht 23) Bestimmungen finden, wovon 16 Bestimmungen den Klauseln von ASCOPA entsprechen. Hinsichtlich der *Zahlungsbedingungen* würden sich 45 (und

nicht 27) Bestimmungen finden, wovon 16 (und nicht 14) die ASCOPA-Klauseln unverändert übernommen hätten. Nicht nachvollziehbar sei zudem die Formulierung in Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung: „ASCOPA-Klausel mit Abweichung übernommen“ (Beschwerde Rz. 66). Die Beschwerdeführerin rügt zudem, dass die AGB-Empfehlungen von ASCOPA keineswegs grossmehrheitlich befolgt worden seien, sondern dass der Befolgungsgrad äusserst gering gewesen sei. So hätten nur *vier ASCOPA-Mitglieder* von den insgesamt aufgeführten 55 Verwendungen in Anhang II die AGB-Vorgaben von ASCOPA unverändert (alle vier Klauseln) übernommen (Beschwerde Rz. 65, 67, 80; angefochtene Verfügung Anhang II; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a).

Zudem legt die Beschwerdeführerin dar, sie selbst habe *nur einen Punkt* der AGB-Empfehlungen übernommen, nämlich die Zahlungsbedingung „30 Tage netto“. Dieser sei ohnehin in der Schweiz usus. Allerdings hätte sie noch einen Verzugszins von 1 % pro Monat hinzugefügt. Somit habe ihre Klausel zu den Zahlungsbedingungen gar nicht genau den ASCOPA-Empfehlungen entsprochen (Beschwerde Rz. 68).

Die Beschwerdeführerin will zudem auf eine Bagatelle schliessen, da nur wenige ASCOPA-Mitglieder die AGB-Empfehlungen unverändert übernommen hätten und keine Verpflichtung der ASCOPA-Mitglieder bestanden hätte, die AGB-Empfehlungen unverändert zu übernehmen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a mit Hinweis auf Rz. 63 ff. der Beschwerde).

Um zu überprüfen, ob diesen Rügen stattzugeben ist, muss zuerst festgestellt werden, inwiefern der *Befolgungsgrad* Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ist.

9.3.3 Ist der Befolgungsgrad Prüfungsvoraussetzung der Erheblichkeit?

9.3.3.1 Vorliegend wird zuerst der Frage nachgegangen, ob der Befolgungsgrad in der vorliegenden Konstellation (Prüfung einer Empfehlung in Vereinbarungsform nach Art. 5 Abs. 1 KG) im Rahmen der quantitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen ist (vgl. E. 9.3.3.2 gerade unten). Sodann wird in Erwägung 9.3.3.3 erörtert, ob der Befolgungsgrad als Teilgehalt der qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu verstehen ist. In Er-

wägung 9.3.3.4 wird schliesslich darauf eingegangen, ob der Befolgungsgrad separat im Rahmen der Frage nach dem Bagatelldarakter zu prüfen ist.

9.3.3.2 Befolgungsgrad als Teil des Prüfprogramms betreffend die quantitativen Elemente der Erheblichkeit

9.3.3.2.1 Um zu ermitteln, ob der Befolgungsgrad Prüfungsbestandteil der quantitativen Elemente der Erheblichkeit von Empfehlungen in Vereinbarungsform nach Art. 5 Abs. 1 KG ist, sind nochmals die Voraussetzungen derselben zu beleuchten. Der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt bildet das entscheidende Kriterium der quantitativen Elemente der Erheblichkeit (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“; vgl. E. 6.3.3.3.6, 6.5.1.1 hiervor, 9.5 hier-nach). Demnach geht es also bei den quantitativen Elementen der Erheblichkeit nicht um die direkte Beurteilung von Auswirkungen, sondern um die Marktanteile von den an der Wettbewerbsabrede Beteiligten (STRAUB, AJP 2016, S. 574). Relevant ist insoweit die Summe der Marktanteile aller ASCOPA-Mitglieder (vgl. dazu auch E. 9.5 hiernach). Im Gegensatz dazu betrifft der Befolgungsgrad nur diejenigen ASCOPA-Mitglieder, welche die AGB-Empfehlungen im Gesamten oder einzelne Klauseln davon übernommen haben. Demnach ist das Feld des Befolgungsgrads enger als das der quantitativen Erheblichkeit gesteckt. Sein Spektrum ist also kleiner und entspricht in gewisser Weise einer *Erfolgsanalyse*, was zumindest für eine gewisse Nähe auch zur Prüfung von Auswirkungen spricht. Auswirkungen müssen allerdings im Kontext mit den quantitativen Elementen der Erheblichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG nicht geprüft werden (vgl. dazu E. 6.3.3.3.6 hiervor). Das spricht eher dafür, dass der Befolgungsgrad nicht Gegenstand des quantitativen Aspekts von Art. 5 Abs. 1 KG ist. Richtig ist indessen auch, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Bekanntmachung „Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen“ vom 4. Mai 1998 (RPW 1998/2, S. 351 ff., nachfolgend: Kalkulationshilfen-Bekanntmachung bzw. Kalkulationshilfen-BM) festgehalten hat, dass die Tatsache, dass nur ein Teil der Branche die Kalkulationshilfen verwendet habe, als Anhaltspunkt dafür zu werten sei, dass Innen- und Aussenwettbewerb nicht beeinträchtigt seien („Kalkulationshandbuch des Schweizerischen Optikerverbands“; RPW 1997, S. 146; vgl. BSK KG-2010-NEFF/THEUERKAUF, Kalkulationshilfen-BM N 13).

9.3.3.2.2 In diesem Kontext ist ausserdem zu erwähnen, dass der vorliegende Fall anders gelagert ist als die Fälle der „Freiburger Fahrlehrer“ und „USPI-Neuchâtel“, welche noch vor dem Urteil „Gaba“ des Bundesgerichts (BGE 143 II 97) beurteilt worden sind. Zwar liegen diesen beiden Fällen auch Empfehlungskonstellationen, welche auf Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG beruhen, zugrunde. Allerdings sind in diesen Fällen Preisempfehlungen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG Prüfungsgegenstand. Beide Fälle ziehen den Befolungsgrad aber ebenfalls in die Beurteilung der quantitativen Erheblichkeit mit ein („Freiburger Fahrlehrer“ WEKO, RPW 2000/2 S. 167 ff. S. 172, Rz. 29a, S. 177 Rz. 54 ff.; „Freiburger Fahrlehrer“ REKO/WEF, RPW 2001/1 S. 200 ff. S. 205 f., S. 207 f. E. 2.1, E. 3 ff.; „USPI-Neuchâtel“, RPW 2012/3 S. 657 ff. S. 659 f. Rz. 32 f., S. 662. Rz. 56 f. unter dem Titel „concurrence actuelle“). Demnach ging die Verwaltungspraxis damals davon aus, dass der Befolungsgrad – soweit dies nach den Urteilen „Gaba“, und „BMW“ (vgl. „BGE 143 II 297 E. 5.2.2 „Gaba“; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 „BMW“) noch notwendig ist – im Rahmen der quantitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen ist. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen (insb. E. 9.3.3.4) letztlich offen bleiben.

9.3.3.3 *Befolungsgrad als Teil des Prüfprogramms betreffend die qualitativen Elemente der Erheblichkeit*

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil „Pfizer II“ den Befolungsgrad gemäss Art. 5 Abs. 4 KG geprüft (BGE 147 II 72 E. 6.4.4. f. „Pfizer II“). Damit stellt sich die Frage, ob der Befolungsgrad im Rahmen der qualitativen Elemente der Erheblichkeit abzuhandeln ist. Der vorliegende Fall hat jedoch keine harte Kartellabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG, sondern eine weiche Kartellabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG zum Gegenstand. Zudem wurden die AGB-Empfehlungen in casu als Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert (vgl. E. 7.1 hiervor), wohingegen es sich beim Urteil „Pfizer II“ des Bundesgerichts um abgestimmte Verhaltensweisen und nicht um eine Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG handelte (BGE 147 II 72 E. 4.4.1 und 5.7 „Pfizer II“). Daher ist der vorliegende Fall anders gelagert. Die Prüfung des Befolungsgrades in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG im Urteil Pfizer des Bundesgerichts kann demnach nicht „tel-quel“ auf die vorliegende Konstellation übertragen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin eine grossmehrheitliche Befolgung der AGB-Empfehlungen verlangt (Beschwerde Rz. 65 in fine), können aus dem Urteil „Pfizer II“ des Bundesgerichts durchaus Schlussfolgerungen hergeleitet werden. Denn im Urteil „Pfizer II“ des Bundesgerichts wurden

bereits Befolgungsgrade von 72.8 % im Jahr 2005 bzw. 70.6 % im Jahr 2006 bei den selbstdispensierenden Ärzten als im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG ausreichend betrachtet, um eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG anzuerkennen. Bei den Apotheken handelte es sich um Befolgungsgrade von 63.5 % im Jahr 2005 und 63.4 % im Jahr 2006 (BGE 147 II 72 E. 6.4.4.1, 6.4.4.2 und 6.4.5 „Pfizer II“). Demzufolge ist ersichtlich, dass nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Befolgungsgrad von 63.5 % für das Bejahen einer Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 4 KG ausreicht. Ein Befolgungsgrad von 63.5 % kann jedoch nicht mit dem Charakteristikum „grossmehrheitlich“ umschrieben werden. 63.5% sind gerade mal 13.5 % mehr als die Hälfte (50 %). Es ist der Beschwerdeführerin zwar zuzugestehen, dass die Frage nach den Anforderungen an den Befolgungsgrad in der Lehre generell strittig ist (vgl. dazu mutatis mutandis die Meinungsübersicht zum Befolgungsgrad im Rahmen der Beurteilung von abgestimmten Verhaltensweise bei BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 177). Indessen kann es nicht sein, dass an Art. 5 Abs. 1 KG, nach welchem weiche Kartelle zu beurteilen sind, höhere Anforderungen als in Bezug auf die Beurteilung harter Kartelle nach Art. 5 Abs. 4 KG gestellt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob der Befolgungsgrad im Rahmen der quantitativen oder der qualitativen Elemente der Erheblichkeit oder im Sinne eines dritten Gesichtspunkts zu beurteilen ist. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls bei bezweckten Abreden in Empfehlungsform im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG weniger hohe Anforderungen an den Befolgungsgrad zu stellen sind als bei Art. 5 Abs. 4 KG nach der Pfizer-Rechtsprechung. Daher überspannt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, welche eine grossmehrheitliche Befolgung verlangt, jedenfalls die Anforderungen; dies auch unter der Voraussetzung, dass diese im Rahmen der qualitativen Elemente der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen sind.

Zusammenfassend ergibt sich insbesondere, dass aus dem Bundesgerichtsurteil „Pfizer II“ abgeleitet werden kann, dass der Befolgungsgrad nach bundesgerichtlicher Beurteilung eher Thema der qualitativen als der quantitativen Elemente der Erheblichkeit ist. Dies kann indessen mit Blick auf die nachfolgende Erwägung 9.3.3.4 letztlich offen bleiben.

9.3.3.4 Befolgungsgrad als separates Erfordernis zur Bejahung der Erheblichkeit?

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob der Befolgungsgrad neben den qualitativen und quantitativen Elementen der Erheblichkeit als separates Erfordernis zu prüfen ist. In diesem Zusammenhang ist vorab auf den Begriff der Bagatelle einzugehen.

Bei Bagatellen geht es in einem ersten Schritt darum, die *unerheblichen* von den erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuschneiden; denn die Wettbewerbsbehörden sollen sich nicht mit Bagatellen beschäftigen müssen. Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzes soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Die Bagatellklausel stellt ein Aufgreifkriterium dar (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., 554 Ziff. 231.1; BGE 143 II 297 „Gaba“ E. 5.1.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

Die Beschwerdeführerin will auch aufgrund des ihrer Ansicht nach geringen Befolgungsgrades auf eine Bagatelle schliessen. Es habe ihrer Ansicht nach auch keine Verpflichtung bestanden, die AGB-Klauseln zu übernehmen (vgl. Beschwerde, Rz. 63 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a mit Hinweis auf Rz. 63 ff. der Beschwerde).

Es gibt gute Gründe, vollkommen ignorierte Empfehlungen in Vereinbarungform, welche wie die vorliegenden AGB-Empfehlungen ausgestaltet wären, als Bagatelle zu beurteilen. Im vorliegenden Fall geht die Beschwerdeführerin selbst von vier ASCOPA-Mitgliedern aus, welche die AGB-Empfehlungen vollkommen übernommen haben (Beschwerde Rz. 65). Zudem legt die Beschwerdeführerin in Rz. 66 ihrer Beschwerde ihre eigenen Berechnungen und Zählweise dar, welche vom Anhang II und Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung abweichen. Auf diese ist im Folgenden näher einzugehen.

So wäre nach der Zählweise der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 66) durch 16 AGB-Klauseln (nicht 13) von den 27 (und nicht 20) AGB-Klauseln die Formulierung der AGB-Empfehlung zu den Minimalbestellungen übernommen worden. Dies macht einen Befolgungsgrad von 59 % (abgerundet) aus. In Bezug auf die Lieferkosten hätten sich 47 AGB-Klauseln (und nicht 33) gefunden, wovon 12 (und nicht 11) die ASCOPA-Empfehlung übernommen hätten. Dies macht einen Befolgungsgrad von

25 % (abgerundet) aus. In Bezug auf die Rücksendebedingungen legt die Beschwerdeführerin dar, dass sie 31 Bedingungen (und nicht 23) zu dieser Thematik gefunden habe und 16 Mal die diesbezügliche ASCOPA-Klausel übernommen worden sei. Dies macht einen Befolgungsgrad von 51 % (abgerundet) aus. Was die Zahlungsbedingungen betrifft, so hätte die Beschwerdeführerin 45 AGB-Klauseln (und nicht 27) zu dieser Thematik gefunden. Sie zählte hingegen nur 16 (und nicht 14) unveränderte Übernahmen der diesbezüglichen ASCOPA-Empfehlung. Dies macht einen Befolgungsgrad von 35 % (abgerundet) aus (vgl. Abbildung 5 im Folgenden). Mithin geht die Beschwerdeführerin in diesen Berechnungen je nach Klausel von Befolgungsgraden von 25-59 % aus, was sie als eine nur sehr beschränkte Befolgung beurteilt (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 17d).

Abbildung 5

(vgl. Abbildung 13 der angefochtenen Verfügung mit Anhang II und Rz. 66 der Beschwerde)

	AGB-Klausel vorhanden:	AGB-Klausel unverändert übernommen:	Befolgungsgrad	AGB-Klausel vorhanden nach Zählweise der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 66):	AGB-Klausel unverändert übernommen nach Zählweise der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 66):	Befolgungsgrad
	Beruht auf Tabelle 13 der angefochtenen Verfügung			Rz. 66 der Beschwerde		
Minimalbestellung:	20	13	65 %	27	16	59 %
Lieferkosten:	33	11	33 %	47	12	25 %
Rücksendungen:	23	16	69 %	31	16	51 %
Zahlungsbedingungen:	27	14	51 %	45	16	35 %
				Durchschnittlicher Befolgungsgrad		ca. 40. %

Im Folgenden wird sich zeigen, dass auch die von der Beschwerdeführerin zugrunde gelegten Zahlen nicht zu einem anderen Ergebnis führen als diejenigen der Vorinstanz. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sind Befolgungsgrade von 25-59 % als Bagatelle zu qualifizieren. Ausserdem hat nach der Darstellung der Beschwerdeführerin auch keine Verpflichtung bestanden, die AGB-Klauseln zu übernehmen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018 Rz. 20a mit Hinweis auf Rz. 63 ff. der Beschwerde).

Vorliegend beruhten die von der Beschwerdeführerin selbst berechneten Befolungsgrade (vgl. Beschwerde Rz. 66) auf 25-59 % bzw. auf deren Durchschnitt von 40 %. Es braucht im vorliegenden Kontext nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob ein Befolungsgrad von 25 % bereits hinreichend wäre. Vielmehr sind die Empfehlungen als Gesamtsystem zu sehen, womit der durchschnittliche Befolungsgrad von ca. 40 % massgebend ist, der schon als solcher nicht zur Qualifikation als Bagatelle führt (vgl. zur diesbezüglichen Diskrepanz zwischen Behördenpraxis und Lehre etwa ESTERMANN, S. 220 ff.). Vor diesem Hintergrund ist auch nicht näher darauf einzugehen, welche Bedeutung denjenigen AGB der ASCOPA-Mitglieder zukommt, die die empfohlenen AGB nicht exakt, sondern mit Abweichungen übernommen haben (vgl. Beschwerde Rz. 66 mit Bezug auf Tabelle 13 der angefochtenen Verfügung [Rz. 232]; vgl. zum Ganzen immerhin illustrativ in Bezug auf Preisempfehlungen den Fall „Fahrlehrer Graubünden“, RPW 2003/2 S. 271 ff., 280 Rz. 37).

Nicht zu vernachlässigen ist ausserdem der Umstand, dass die AGB-Empfehlungen mit einem unselbständigen Informationsaustausch (Mitsenden der eigenen AGB mit den jeweiligen Bruttopreislisten; vgl. E. 7.1.4.5.1, 7.1.4.7.1 und E 6.2.3 hiervor) verbunden waren und ausserdem erwiesenermassen Beschlüsse der ASCOPA erwirkt werden konnten, welche den ASCOPA-Mitgliedern in Bezug auf Verhandlungen mit den Händlern den Rücken gestärkt haben. Auch mit Blick auf diese qualitativen Aspekte (vgl. dazu E. 9.3.3.3 hiervor und E. 9.4 hiernach) kann vorliegend nicht von einer Bagatelle ausgegangen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass vorliegend unbestrittenermassen weder Druck noch Zwang ausgeübt worden sind.

Nach dem Gesagten erübrigen sich deshalb weitere Ausführungen in Bezug auf die Zähl- und Berechnungsweise der Beschwerdeführerin. Denn die Befolungsgrade, wie sie die Beschwerdeführerin errechnet hat, reichen schon aus, um eine Bagatelle zu verneinen. Lediglich der Vollständigkeit halber ist demnach zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin, wenn sie von „55 Anwendungen“ spricht, auf die verschiedenen Versionen der ASCOPA-AGB (Versionen 2000, 2001, 2004, 2007) und nicht auf die 31 ASCOPA-Mitglieder abgestellt hat und die verschiedenen Bestimmungen pro AGB-Version (2000, 2001, 2004, 2007) einzeln gezählt hat.

Da die AGB-Empfehlungen vorliegend in ihrem Gesamtkontext zu beurteilen sind, wonach nicht der niedrigste, sondern der durchschnittliche Befolungsgrad zu berücksichtigen ist, erübrigen sich auch weitere Ausführungen.

rungen zur Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie selbst bloss die Zahlungsbedingungen übernommen habe und dass die Klausel „30 Tage netto“ noch um den Aspekt von einem Verzugszins von 1 % pro Monat ergänzt worden ist. Im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung geht es im Rahmen horizontaler Empfehlungen in Vereinbarungsform um die Handlungen aller Marktakteure, die einerseits – wie die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall – an der Abrede beteiligt und andererseits im Rahmen der Ermittlung der massgebenden Marktanteile zu berücksichtigen sind (vgl. mutatis mutandis BGE 129 II 18, E. 5.2.1 „Buchpreisbindung I“; vgl. auch E. 6.3.3.3.6, 6.5.1.1 hiervor).

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht aufgrund eines ihrer Ansicht nach unzureichenden Befolungsgrades auf eine Bagatelle bzw. fehlende Erheblichkeit schliessen kann. Dies unabhängig davon, ob der Befolungsgrad im Rahmen der quantitativen oder der qualitativen Elemente der Erheblichkeit oder separat zu prüfen ist. Des Weiteren waren – worauf in Erwägung 9.5 näher einzugehen sein wird – alle ASCOPA-Mitglieder und damit der grösste Teil der Luxus- bzw. Prestigekosmetikbranche – von den AGB-Empfehlungen betroffen. In Kombination mit der Möglichkeit, im ASCOPA-Vorstand Händleranfragen betreffend bessere Konditionen zu behandeln, und dem unselbständigen Informationsaustausch betreffend die AGB der ASCOPA-Mitglieder ist eine Bagatelle jedenfalls zu verneinen. Daran ändert auch der Umstand, dass die Befolgung der Empfehlung unbestrittenermassen freiwillig war, nichts. Im Übrigen ist eine hinreichend befolgte Abrede *e maiore ad minus* auch gelebt bzw. umgesetzt.

9.4 Die qualitativen Elemente der Erheblichkeit

In Bezug auf die Grundlagen zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kann auf die Ausführungen in Erwägung 6.4.2.3 verwiesen werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in qualitativer Hinsicht die Erheblichkeitsschwelle aufgrund des Gegenstands der Abrede bestimmt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 bis 5.2.5 „Gaba“), was auch für Artikel 5 Abs. 1 KG gilt (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.1 und 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“). Wie bereits in E. 6.3.3.3.5 erläutert, müssen in Bezug auf die Wettbewerbsparameter nach Art. 5 Abs. 1 KG keine Auswirkungen geprüft werden. Allerdings müssen die von einer Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter auf dem Markt eine gewisse Bedeutung aufweisen (vgl. E. 6.4.2.3 hiervor mit Hinweisen).

9.4.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz nicht bewiesen habe, dass die empfohlenen allgemeinen Verkaufsbedingungen auf dem relevanten Markt eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung hatten. Eine solche Wirkung einer Wettbewerbsabrede müsste grundsätzlich sowohl qualitativ wie auch quantitativ geeignet sein, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen (Beschwerde Rz. 121). Für die von ASCOPA empfohlenen allgemeinen Verkaufsbedingungen habe die Vorinstanz (in Rz. 238) selbst festgehalten, dass diese im Vergleich zum übrigen Informationsaustausch „nicht sehr stark ins Gewicht“ fallen. Damit habe die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerin bestätigt, dass die fraglichen Empfehlungen – soweit überhaupt von einer Wettbewerbsabrede auszugehen sei – zumindest nicht als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren seien. Die Vorinstanz habe es denn auch unterlassen, anzugeben, in welcher Hinsicht die empfohlenen allgemeinen Verkaufsbedingungen der ASCOPA eine erhebliche Wirkung auf den Wettbewerb gehabt haben sollten (Beschwerde Rz. 122; vgl. ebenfalls Replik Rz. 80).

9.4.2 Würdigung

9.4.2.1 Die Rügen, welche Auswirkungen der AGB-Empfehlungen auf den Wettbewerb und einen Beweis diesbezüglich verlangen (Beschwerde Rz. 121 f.), stossen ins Leere. Denn weder der Beeinträchtigungsbegriff (vgl. E. 6.3.3.3.7 ff.) noch die qualitativen (E. 6.3.3.3.5 hiavor) bzw. quantitativen Aspekte (vgl. E. 6.3.3.3.6 hiavor) verlangen eine Auswirkungsprüfung (vgl. E. 6.3.3 hiavor).

9.4.2.2 Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz selber festgestellt hat, dass die AGB-Empfehlungen weniger stark ins Gewicht fallen als der Informationsaustausch (angefochtene Verfügung Rz. 238), lässt sich nicht die Schlussfolgerung ableiten, dass aus diesem Grund die ausgetauschten AGB-Empfehlungen aus qualitativer Sicht von vornherein unbedeutend sind. Die AGB-Empfehlungen sind daher im Folgenden in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit zu prüfen.

9.4.2.3 *Die Bedeutung der AGB-Empfehlungen in ihrem Gesamtkontext für die betroffenen Wettbewerbsparameter*

9.4.2.3.1 Es ist unbestritten, dass Geschäftsbedingungen Wettbewerbsparameter sind (Beschwerde Rz. 71; angefochtene Verfügung Rz. 635; vgl. E. 7.2.4.2 hiavor). Bestritten ist jedoch, ob den vorliegenden

AGB-Empfehlungen selbst sowie den mit ihnen verbundenen Handlungen eine hinreichende Bedeutung für die betroffenen Wettbewerbsparameter zukommt, um als qualitatives Element der Erheblichkeit genügend ins Gewicht zu fallen. In diesem Kontext ist auf die Ausführungen des Urteils „Hallenstadion-Ticketcorner“ des Bundesgerichts zu verweisen, in welchem gesagt wird, dass die Summe des qualitativen und quantitativen Aspekts die Erheblichkeitsschwelle ausmache (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“). In Bezug auf die quantitativen Elemente ist festzuhalten, dass sich sowohl die AGB-Empfehlungen wie auch die Handlungen des Informationsaustausches auf demselben Markt – nämlich dem der Luxus- bzw. Prestigekosmetik – abspielten (vgl. E. 8 i.V.m. E. 5 hiervor), weshalb grundsätzlich auf die Ausführungen zu den quantitativen Elementen der Erheblichkeit des Informationsaustausches verwiesen werden kann, namentlich auf die Feststellung, wonach der Markt der Luxuskosmetik stagnierte (vgl. E. 6.5, 6.5.4.4 hiervor, E. 9.5 hiernach). Da es sich ausserdem um eine weiche Kartellabrede handelt, sind auch die Anforderungen an die Erheblichkeit aus qualitativer Sicht nicht zu hoch zu setzen.

9.4.2.3.2 Wie bereits in Bezug auf die Abredequalität erwähnt, wurden die Änderungen der AGB an der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 einstimmig angenommen (vgl. E. 7.1.4.3 hiervor; act. 2, Beilage A 18, S 4 f.; angefochtene Verfügung Rz. 226). Es ist ersichtlich, dass die Gesamtheit der ASCOPA-Mitglieder teilweise vorformulierte AGB und die Empfehlungen hierzu wünschten. Das Beilegen der eigenen AGB bei den jeweiligen Bruttopreislisten (angefochtene Verfügung Rz. 230) und die Vergleichsliste der AGB aus dem Jahr 2003 (angefochtene Verfügung Rz. 229, act. 2, Beilage G4; E. 7.1.4.5 f. hiervor) zeigen erst recht, dass den ASCOPA-Mitgliedern selbst daran gelegen war, ihre Konditionen in den AGB gegenüber ihren Konkurrenten (bzw. den anderen ASCOPA-Mitgliedern) kund zu tun. Demgegenüber lag den ASCOPA-Mitgliedern, wie es die Vorinstanz zutreffend in ihrer sachverhaltlichen Würdigung zu den AGB-Empfehlungen darlegte (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 238), nicht viel daran, den Wettbewerb in Bezug auf die von den Empfehlungen betroffenen Konditionen untereinander zu intensivieren (vgl. E. 7.3.4.2 hiervor). Die Händler waren aufgrund der dargelegten Umstände in ihren Möglichkeiten, im Rahmen der Verhandlungen gesonderte Konditionen zu erlangen, eingeschränkt. Dies ergibt sich auch aus dem Umstand, dass das ASCOPA-Komitee die Konditionen mehrfach zum Thema gemacht hat und gegenüber verschiedenen Händlern (Coop, Manor, Import) in seiner Politik sehr restriktiv war (vgl. E. 7.1.4.4 hiervor). Somit konnten sich die Händler auch nur erschwert gegeneinander in einem Wettbewerb um gute

AGB-Konditionen positionieren, was im Ergebnis auch für die Endkunden ungünstig war, da durch die AGB-Empfehlungen auch der Wettbewerb zwischen den Händlern abgeschwächt war und es somit den Kunden jedenfalls insoweit nur einen beschränkten Nutzen brachte, den Händler zu wechseln. Demnach ist ersichtlich, dass das Vorgehen der ASCOPA-Mitglieder bereits im Gesamtkontext aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG zumindest indiziert.

9.4.2.4 Die Bedeutung der einzelnen Klauseln der AGB-Empfehlungen für die betroffenen Wettbewerbsparameter

i. Die Vorgaben zu den Minimalbestellungen in den AGB

9.4.2.4.1 Der Minimalbestellwert war in den AGB der Jahre 2000-2004 auf Fr. 150.– und ab dem Jahr 2007 auf Fr. 250.– festgelegt (angefochtene Verfügung Rz. 228 a; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007). Es stellt sich insbesondere die Frage, inwiefern die Wettbewerbsparameter Preis und Menge auf der Stufe von Art. 5 Abs. 1 KG tangiert sind. Auch wenn es um Luxus- bzw. Prestigekosmetika geht, welche dem höheren Preissegment in der Kosmetik zuzuordnen sind, sind doch viele Produkte unterhalb des Minimalbestellwertes von Fr. 150.– bzw. 250.–, weshalb dann insbesondere kleinere Händler und damit allenfalls auch Endkunden unter Umständen gezwungen sind, mehr als notwendig zu bestellen. Neben den kleineren Händlern dürften insbesondere auch Endkunden von dieser Klausel stärker betroffen sein. Bei grösseren Händlern ist demgegenüber davon auszugehen, dass diese ohnehin grössere Produktpaletten bestellen und demnach der Mindestbestellwert erfüllt sein dürfte. Die AGB betreffen daher insoweit nicht nur den eigenständigen Wettbewerbsparameter Geschäftskonditionen, sondern wirken sich – wenn auch nicht sehr intensiv – auch auf den Wettbewerbsparameter Menge aus. Aufgrund grösserer Bestellmengen erhöhen diejenigen ASCOPA-Mitglieder, welche diese AGB-Klausel verwenden, ihren Umsatz und machen durch weniger Transaktionsaufwand pro Produkt mehr Gewinn. Das wiederum wirkt sich – wenn auch nicht ausgeprägt – auf die Preisfestsetzung der Händler gegenüber den Endkonsumentinnen und Endkonsumenten aus. Der Beschwerdeführerin ist indessen insoweit beizupflichten, dass keineswegs klar erscheint, ob der Empfehlung betreffend Mindestbestellwert allein eine hinreichende Bedeutung zukommt, um als Element der qualitativen Erheblichkeit ins Gewicht zu fallen. Dies kann indessen mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

ii. Die Vorgaben zu den Lieferkosten in den AGB

9.4.2.4.2 Der Lieferungswert, ab welchem die Lieferkosten durch den Absender franko übernommen werden, hat in der ganzen Zeitspanne Fr. 500.– betragen. Unter dem Lieferungswert von Fr. 500.– hat die Pauschalbeteiligung an den Lieferkosten im Jahr 2000 Fr. 8.– betragen und in den Jahren 2001-2007 Fr. 12.–. Für Expressendungen haben die AGB im Jahr 2000 Kosten von Fr. 12.– vorgesehen, ab dem Jahr 2001 sei der Beitrag für Expressendungen auf Fr. 15.– pro Expressendung und pro Paket angestiegen (angefochtene Verfügung Rz. 228 b; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

9.4.2.4.3 Die empfohlenen AGB statuierten für den ganzen Zeitraum einen Lieferungswert von Fr. 500.– für die Tragung der Lieferkosten durch den Absender. Dies setzt bei den Händlern – weniger demgegenüber wohl bei den Endkunden – den Anreiz, über diesem (im Ergebnis einer Mindestbestellmenge ähnlichen) Wert einzukaufen. Demzufolge wird die Einkaufsmenge beeinflusst; es wird sozusagen mehr eingekauft als – jedenfalls kurzfristig – benötigt, was nebst dem Wettbewerbsparameter Geschäftskonditionen in der besonderen Form der Lieferbedingungen (vgl. auch Beschwerde Rz. 71) auch den Wettbewerbsparameter Menge beeinflusst. Ebenfalls könnte der Frankowert beim Retailer den Anreiz setzen, die Lieferkosten auf den Endkundenpreis in einer Weise zu überwälzen, dass allenfalls vom Händler zu tragende Lieferkosten nicht von seiner Marge abgehen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass von den Lieferbedingungen in den AGB-Empfehlungen zwar primär die Geschäftskonditionen, aber in gewissem Umfang auch die Wettbewerbsparameter Menge und Preis betroffen sind. Ob dieser Klausel allein im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung genügend Bedeutung beigemessen werden könnte, kann indessen mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

iii. Die Bedingungen zu den Rücksendungen in den AGB

9.4.2.4.4 Hinsichtlich der *Rücksendungen* hält die Vorinstanz fest, dass jede fakturierte Ware als verkauft galt und normalerweise nicht zurückgenommen werden konnte. Nur wenn ausnahmsweise im Voraus mit dem Lieferanten eine Vereinbarung getroffen wurde, die Ware in gutem Zustand war und keine zusätzlichen Etiketten angebracht waren, konnte die Ware zurückgenommen werden. Hierzu würden folgende Bedingungen

gelten: Bis zu einem Monat könnten die Waren ohne Abzug entgegengenommen werden. Von ein bis sechs Monaten würden 20 % Abzug verlangt; von 6 Monaten bis ein Jahr würde ein Abzug von 30 % gefordert und nach dieser Frist sollte gar keine Ware mehr zurückgenommen werden (angefochtene Verfügung Rz. 228 c; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

9.4.2.4.5 Die mit erhöhten Anforderungen verbundenen Rücksendevorgaben in den AGB beeinträchtigen eine flexible Lagerhaltung der Produkte seitens der Händler. Nicht weiter einzugehen ist vorliegend auf den Umstand, dass Rz. 96 der Horizontalleitlinien das Abbauen von unnötigen Lagerbeständen als Effizienzgrund beschreibt. Auch wenn unbestrittenermassen keine Mengenabsprache vorliegt, beeinflussen die Rücksendevorgaben in den AGB nebst dem Wettbewerbsparameter Geschäftskonditionen indirekt auch den Wettbewerbsparameter Menge. Auch werden die Händler in Bezug auf die Möglichkeit, flexibel auf Nachfrageschwankungen zu reagieren, eingeschränkt. Das wiederum kann einen Anreiz setzen, dass auch die Händler gegenüber den Endkundinnen und Endkunden weniger kulant sind in Bezug auf den Umtausch von Produkten. Damit wirkt sich diese Klausel einerseits zu Lasten der Retailer, andererseits zu Lasten des Endkunden aus. Dieser Klausel kommt durchaus schon für sich allein eine gewisse Bedeutung zu, wobei auch insoweit offen bleiben kann, ob diese allein aus qualitativer Sicht als erheblich zu beurteilen wäre.

iv. Die Vorgaben zu den Zahlungsbedingungen in den AGB

9.4.2.4.6 Gemäss den Zahlungsbedingungen sollten die Zahlungen innerhalb von 30 Tagen erfolgen. Diese Klausel blieb durch all die Jahre unverändert (angefochtene Verfügung Rz. 228 d; act. 2, Beilagen G1-G4; act. 62, Anhang des Mailverkehrs ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007).

9.4.2.4.7 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Klausel betreffend die Zahlungsbedingungen die einzige Klausel der AGB-Empfehlungen von ASCOPA sei, welche sie übernommen habe. Eine solche Klausel sei jedoch in der Schweiz üblich. Zudem hätte die Beschwerdeführerin zusätzlich noch auf einen Verzugszins von 1 % pro Monat hingewiesen. Daher hätte sie nicht genau der AGB-Vorgabe betreffend die Zahlungsbedingungen von ASCOPA entsprochen (Beschwerde Rz. 68).

9.4.2.4.8 Zwar ist der Beschwerdeführerin in der Tat beizupflichten, dass AGB mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen in der Schweiz üblich sind.

Demnach wirkt diese AGB-Klausel auf den ersten Blick nicht bedenklich. Betrachtet man sie jedoch im Kontext mit den anlässlich verschiedener Komitee-Sitzungen gemachten Aussagen, stellt dies diese AGB-Klausel in ein anderes Licht. Anhand der Protokolle der Komitee-Sitzungen ist ersichtlich, dass das Komitee Coop Aargau keine speziellen Preisnachlässe von 0.5 % Rabatt auf alle Rechnungen gewähren wollte (act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Zudem verweigerte das Komitee Manor „très vivement“ einen gewünschten Diskont bei einer Bezahlung innerhalb von dreissig Tagen (act. 234, Komitee-Sitzung vom 7. Oktober 2003, S. 2; angefochtene Verfügung Rz. 233). Im Fall vom Manor wollte das Komitee sogar, dass jedes ASCOPA-Mitglied einen Brief an Manor senden sollte, indem es den verlangten Skontosatz ablehnte (act. 234, Komitee-Sitzung vom 4. Dezember 2003, S. 3; angefochtene Verfügung Rz. 233). Demnach ist ersichtlich, dass diese ASCOPA-Klausel für Händler die Möglichkeit, einen Diskont auszuhandeln, zumindest erschwerte, da diese Klausel auch so zu verstehen war, dass sie auch in Bezug auf einen Diskont nicht (durch Individualabrede) abänderlich war. Die Händler sollten also alle dieselben Zahlungsbedingungen haben und insbesondere keinen Wettbewerb über Diskonte führen. Dies wirkt sich neben den Geschäftskonditionen auch auf den Wettbewerbsparameter Preis aus. Demnach ist der Beschwerdeführerin zwar beizupflichten, wenn sie sagt, dass der empfohlenen Klausel an sich aufgrund ihrer Geschäftsüblichkeit kaum die im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfende Bedeutung zukommt. Aufgrund des Verhaltens der ASCOPA-Mitglieder und insbesondere der Mitglieder des Komitees, wozu auch die Beschwerdeführerin zählt, reduziert die Kombination von Empfehlungen und einschlägigen Komitee-Beschlüssen die Möglichkeit der Händler, von den empfohlenen AGB abweichende individuelle Kondition auszuhandeln. Darauf wird sogleich mit Blick auf die AGB-Klauseln als Gesamtsystem zurückzukommen sein. Auf die Rüge zum Verzugszins von einem Prozent ist weiter unten im Kontext mit dem Befolgungsgrad (vgl. E. 9.3 hiervor) und der Umsetzung der Abrede (vgl. E. 9.3.3.4 in fine hiervor) einzugehen.

v. Die AGB-Klauseln als Gesamtsystem

9.4.2.4.9 Nach dem Gesagten beziehen sich alle der zu beurteilenden AGB-Klauseln jedenfalls auf Wettbewerbsparameter, oft auch auf mehrere. Ob jede einzelne dieser Klauseln bzw. die entsprechende Empfehlung separat beurteilt aufgrund ihrer Bedeutung für die in Frage stehenden Wettbewerbsparameter in Bezug auf die qualitativen Elemente das

erforderliche Gewicht zukommen würde, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Wie in Bezug auf die Beurteilung des selbständigen Informationsaustauschs aus qualitativer Sicht (vgl. dazu E. 6.4 hier vor) gilt auch vorliegend, dass die AGB-Klauseln nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den anderen Elementen des in Frage stehenden Verhaltens, insbesondere den anderen AGB-Klauseln, zu betrachten sind. Aus qualitativer Sicht als erheblich erweisen sich diese Klauseln jedenfalls im in Erwägung 9.4.3 beschriebenen Gesamtkontext. Es geht demnach um AGB-Klauseln mit der Empfehlung, diese zu verwenden, in Verbindung mit einem unselbständigen Informationsaustausch, indem die ASCOPA-Mitglieder mit den Bruttopreislisten auch ihre aktuellen AGB ausgetauscht haben. Dies schafft Anreize im Sinne einer aus Sicht des Wettbewerbs unerwünschten Marktberuhigung. Die Dynamiken im Marktprozess können sich entsprechend verlangsamen (vgl. zur Dynamik als insoweit massgebendem Gerichtspunkt E. 6.4.2.4.27 hiervor sowie SCHNEIDER, Ein Lob auf die Erheblichkeit, in: sic! 2016, S. 319 ff., insb. S. 327). Das gilt vor allem in Kombination mit dem Wissen darum, dass bei Bedarf – wie die Praxis zeigt – auch ASCOPA-Komitee-Beschlüsse erwirkt werden konnten, welche den ASCOPA-Mitgliedern in den Verhandlungen gegenüber den Händlern den Rücken stärkten (vgl. dazu E. 7.1.4.4.2 hiervor). Schon allein die Möglichkeit bzw. das Erfahrungswissen in Bezug auf derartige Beschlüsse führt dazu, dass die ASCOPA-Mitglieder – nicht nur aufgrund der Übernahme empfohlener AGB – weniger Anreiz verspüren, den Händlern in Bezug auf die Geschäftskonditionen entgegenzukommen.

9.4.2.4.10 Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass sie selbst nur einen Punkt der AGB, nämlich denjenigen betreffend die Zahlungsbedingungen, in veränderter Form übernommen hat (vgl. E. 9.3.2 hiervor), ändert das nichts an ihrer Beteiligung an der Ausarbeitung der Empfehlungen als Mitglied des Komitees (vgl. E. 9.3.3.4 hiervor). Es ist davon auszugehen, dass die empfohlenen AGB in der Tendenz vor allem den kleineren ASCOPA-Mitgliedern zugute kamen, während die Beschwerdeführerin im Verkehr mit den Händlern ihren AGB aufgrund ihres Marktanteils (in Verbindung mit der Markenbindung der Konsumentinnen und Konsumenten) im Zweifel auch ohne Hilfe von ASCOPA Nachachtung verschaffen konnte.

9.4.3 Fazit zu den qualitativen Elementen der Erheblichkeit

9.4.3.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, welche die Bedeutung der vorliegenden AGB-Empfehlungen

für die betroffenen Wettbewerbsparameter infrage stellt, jedenfalls in Bezug auf das Gesamtsystem der Empfehlungen nicht durchdringt. Damit fallen die AGB-Empfehlungen jedenfalls in ihrem Gesamtkontext in einer Weise ins Gewicht, die aus qualitativer Sicht Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG indiziert.

9.5 Die quantitativen Elemente der Erheblichkeit

Die Erheblichkeitsprüfung aus quantitativer Sicht ist eine auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 „Gaba“; Urteil des BVGer B-3938/2013 E. 16.1 „Dargaud [Suisse] SA“; Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 1532). Zu beantworten ist die Frage, wie umfassend der Markt von einer Wettbewerbsabrede tangiert ist (BSK KG-Krauskopf/Schaller, Art. 5 KG N 230). Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit bildet der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt das entscheidende Kriterium (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 f. „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.3.3 „Hallenstadion-Ticketcorner“; vgl. E. 6.3.3.3.6 und 6.5.1.1 hiervor). An der Abrede betreffend die Beschlüsse zu den AGB-Empfehlungen beteiligt sind – wie auch in Bezug auf den Informationsaustausch – alle ASCOPA-Mitglieder. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur Abredequalität, insbesondere den einstimmigen GV-Beschluss vom 9. Mai 2001 (vgl. E. 7.1.4.3 hiervor) zur Annahme der AGB-Empfehlungen verwiesen werden. Demnach können die Prüfungsergebnisse zur Erheblichkeit des selbständigen Informationsaustauschs aus quantitativer Sicht (vgl. E. 6.5 hiervor) auch für die Prüfung der quantitativen Elemente der Erheblichkeit der AGB-Klauseln miteinbezogen werden. Das gilt insbesondere auch für die Ausführungen zum Beweismass in Bezug auf die quantitativen Elemente der Erheblichkeit (vgl. E. 6.5.2 hiervor). Im Kontext mit dieser Prüfung wird demnach im Folgenden nur auf Aspekte eingegangen, welche AGB-spezifisch sind (vgl. den Aussen- und den Innenwettbewerb in E. 9.5.1, die Stellung der Marktgegenseite in E. 9.5.2; vgl. auch E. 9.3 hiervor zum Befolungsgrad).

9.5.1 Aussen- und Innenwettbewerb

Da die AGB-Empfehlungen denselben Markt wie beim selbständigen Informationsaustausch betreffen (vgl. E. 8), kann auf die gemachten Ausführungen zum *Aussenwettbewerb* (vgl. E. 6.5.4), zum aktuellen (E. 6.5.4.1) und potenziellen Wettbewerb verwiesen werden (vgl. E. 6.5.4.5 hiervor).

In Bezug auf den *Innenwettbewerb* rügt die Beschwerdeführerin, dass der Wettbewerb auch aufgrund Qualität, Werbung, Service, Forschung und Entwicklung, Marketing und Produkteinführung spielen könne. Die empfohlenen Verkaufsbedingungen von ASCOPA hätten auf alle diese wichtigen Wettbewerbsparameter keinen Einfluss gehabt (Beschwerde Rz. 134). Es kann hierzu im Wesentlichen auf die Erwägungen zum Innenwettbewerb in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch verwiesen werden (vgl. E. 6.5.5 hiervor). In diesem Zusammenhang hat das Gericht namentlich festgehalten, dass das Marketing im Prestige- bzw. Luxuskosmetikbereich wichtiger ist als die Innovation (vgl. E. 6.5.6.2.2-6.5.6.2.4 hiervor). Diese Feststellung reduziert auch die Bedeutung der Produktqualität (vgl. E. 6.5.6.2.6 hiervor). In Bezug auf den Service hat das Gericht insbesondere ausgeführt, dass die stagnierenden Marktanteile zum Schluss führen, dass auch der Service keinen hinreichenden Innenwettbewerb hat erzeugen können (vgl. E. 6.5.6.2.7 hiervor). In Bezug auf die Werbung ist festzuhalten, dass diese vom Informationsaustausch erfasst war, was der Wettbewerbsdynamik jedenfalls nicht förderlich war.

Auf die Aspekte der Forschung und Entwicklung wird im Kontext mit den Rechtfertigungsgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG in Erwägung 9.7.4.3 zurückzukommen sein. Des Weiteren kann auf die Erwägungen zum Innenwettbewerb in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch verwiesen werden (vgl. E. 6.5.5). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Innenwettbewerb als nicht genügend intensiv beurteilt werden kann, um gestützt auf diesen die quantitativen Elemente der Erheblichkeit in Frage zu stellen.

9.5.2 Stellung der Marktgegenseite

9.5.2.1 Kann die Marktgegenseite Druck auf die an der Abrede Beteiligten ausüben, so spricht dies aus quantitativer Sicht gegen die Erheblichkeit (vgl. mutatis mutandis Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 218 ff. „Hallenstadion-Ticketcorner“; BORER, Art. 5 N 24; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 241; vgl. E. 6.5.5 hiervor). Bei der Marktgegenseite geht es vorliegend um die Händler bzw. um die Retailer. Im Hinblick auf den selbständigen Informationsaustausch (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) hat das Gericht festgehalten, dass die Retailer zwar über eine gewisse Marktmacht verfügen, aber sich im Rahmen der Preisfestsetzung durchaus an den Bruttopreisen als Verhandlungsgrundlage orientiert haben (E. 6.5.5.3.1 f. hiervor). Damit war ihre Stellung betreffend den selbständigen Informationsaustausch nicht so

ausgeprägt, dass sie Druck auf die ASCOPA-Mitglieder hätten ausüben können. Ausserdem ist die Stellung der Retailer auf dem Markt durch die Beziehungen mit den Endkonsumenten geprägt, da in Bezug auf die Endkonsumenten eine gewisse Markenbindung festzustellen ist (E. 5.3.1.4.1 ff.), was die Stellung der Retailer gegenüber den ASCOPA-Mitgliedern ebenfalls nicht stärkt.

9.5.2.2 Ergänzend ist im vorliegenden Zusammenhang festzuhalten, dass die an die ASCOPA-Mitglieder gerichteten AGB-Empfehlungen zwar das Verhalten derselben gegenüber den Händlern zum Gegenstand haben, aber indirekt auch die Endkunden betroffen sind, sofern Letztere ihrerseits in Bezug auf Bestellungen eingeschränkt sein können oder allfällige Risiken an diese überwältzt werden. Auch diesbezüglich ist relevant, dass eine gewisse Markenbindung der Konsumentinnen und Konsumenten besteht, die sie daran hindert, leichthin zu einem anderen Produkt zu greifen, auch wenn ihnen die mit unvorteilhaften AGB verbundenen Nachteile überwältzt werden. Zudem ist nicht zu vernachlässigen, dass innerhalb einer Marke dieselben AGB verwendet wurden (vgl. angefochtene Verfügung Anhang II). Daher haben verschiedene Retailer, welche Produkte derselben Marke verkaufen, insoweit kaum die Möglichkeit, sich in einem Wettbewerb um bessere allgemeine Geschäftsbedingungen in Bezug auf eine Marke zu positionieren. Dies wird durch Aussagen anlässlich von Komitee-Sitzungen unterstrichen: So bestand im ASCOPA-Komitee ein erheblicher Widerstand gegenüber „Sonderwünschen“ von Händlern bezüglich individualisierter AGB (E. 7.1.4.4.2 und E. 9.4.2.4.9 hiavor; angefochtene Verfügung Rz. 233; act. 234, Komitee-Sitzung vom 21. März 2001, S. 3; act. 234, Komitee-Sitzung vom 18. September 2002, S. 3; act. 234, Komitee-Sitzung vom 7. Oktober 2003, S. 2; act. 234, Komitee-Sitzung vom 4. Dezember 2003, S. 3). Daher ist ersichtlich, dass die AGB-Empfehlungen die Stellung der Marktgegenseite – das sind die Retailer – in nicht unbedeutendem Umfang schwächten. Damit ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen zum Informationsaustausch (vgl. E. 6.5.4.6 hiavor) und diese zugleich ergänzend festzuhalten, dass die Marktgegenseite nicht eine genügend starke Stellung inne hat, um den ungenügenden Ausenwettbewerb in einer Weise zu kompensieren, welche die quantitativen Elemente der Erheblichkeit hinreichend zu relativieren vermöchte.

9.5.3 Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der gemachten Ausführungen einerseits wie in Bezug auf den selbständigen Informationsaustausch auch

im vorliegenden Zusammenhang, dass der Aussenwettbewerb nicht hinreichend ist, um aus quantitativer Sicht die Erheblichkeit in Frage zu stellen. Dasselbe gilt auch für den Innenwettbewerb (vgl. E. 9.5.1 hiavor). Vor allem kommt auch der Marktgegenseite keine hinreichend disziplinierende Wirkung zu, welche den nicht genügend intensiven Aussen- und Innenwettbewerb allenfalls kompensieren könnte (vgl. E. 9.5.2 hiavor).

9.6 Zwischenfazit zur Erheblichkeit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die AGB-Empfehlungen in Gesamtwürdigung der qualitativen und quantitativen Elemente nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich sind. Insbesondere aufgrund eines Befolgungsgrades von durchschnittlich ca. 40 % in Verbindung mit dem unselbständigen Informationsaustausch und der Praxis des ASCOPA-Vorstands betreffend Konditionen gegenüber den Händlern sind die AGB-Empfehlungen jedenfalls nicht als Bagatelle zu werten. Damit kann offen bleiben, welche Bedeutung dem Befolgungsgrad im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG zukommt und in welchem Zusammenhang dieser zu prüfen ist. Demnach ist im Folgenden auf die Frage einzugehen, ob allfällige Rechtfertigungsgründe die AGB-Empfehlungen rechtfertigen können.

9.7 Rechtfertigungsgründe

9.7.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich *nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen* lassen, unzulässig. Unzulässig ist also nicht schon die erhebliche, sondern nur die Abrede, die sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (BGE 147 II 72 E. 6.1 „Pfizer II“; BGE 143 II 297 E. 5.3.1 „Gaba“; vgl. zum Ganzen E. 6.6.1.1 hiavor).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (Bst. a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (Bst. b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Die Vorinstanz hat zwar die Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) zum selbständigen Informationsaustausch geprüft (angefochtene Verfügung

Rz. 794-817), nicht aber die Rechtfertigungsgründe zu den AGB-Empfehlungen, wie sie auch die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG in Bezug auf die AGB-Empfehlungen nicht geprüft hat.

Die Beschwerdeführerin bezieht sich auch in ihren Eingaben nur auf die Rechtfertigungsgründe zum allgemeinen Informationsaustausch (vgl. Beschwerde Rz. 136 ff.), nicht aber auf solche zu den AGB-Empfehlungen.

9.7.2 Grundlagen

9.7.2.1 Im Kartellverwaltungsverfahren gilt auch bei den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG der Untersuchungsgrundsatz. Die Rechtsanwendungsbehörde hat den massgebenden Sachverhalt – auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen – von Amtes wegen abzuklären (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG; BGE 144 II 246 E. 13.4.2 „Altimum“; BGer 2A.430/2006 E.10.2 „Buchpreisbindung II“; Urteil des BVGer B-846/2015 „Pfizer [Viagra]“ E. 10.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch RICHLI, in: SIWR V/2, S. 460; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 632; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 88a; ESTERMANN, AJP 2018, S. 530; ESTERMANN, Unverbindliche Preisempfehlung, Diss., S. 437; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 361 f.; vgl. zum Ganzen E. 6.6.2.3 hiervor). Die Behörde hat demnach auch entlastende Elemente von Amtes wegen zu prüfen (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269).

9.7.2.2 Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden zur Abklärung des Sachverhaltes steht eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber (Art. 13 VwVG; BGE 144 II 246 E. 13.4.2 „Altimum“; vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer „Buchpreisbindung II“ 2A.430/2006 E. 10.2; Urteil des BVGer 3938/2013 E. 17.4.1 „Dargaud [Suisse] SA“; GIGER, dRSK, Rechtfertigung, Rz. 11). Diese erklärt sich auch durch die Beweisnähe in Bezug auf die von den Unternehmen verfolgten Effizienzziele (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 269). Beweislosigkeit wirkt sich zum Nachteil der Beschwerdeführer aus (Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 „Buchpreisbindung II“; RICHLI, in: SIWR V/2, S. 454; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Art. 13 VwVG N 6, 10; vgl. dazu E. 6.6.2.3 hiervor; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 362). Sind die Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG weder durch die Wettbewerbsbehörde noch durch die Parteien erstellt, bleibt es dabei, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5

Abs. 1 KG vorliegt (Urteil des BGer 2A.430/2006 E. 10.3 „Buchpreisbindung II“; KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit; S. 361 f.). So wurden im Bundesgerichtsentscheid „Altimum“ die Rechtfertigungsgründe verneint, da die Beschwerdegegnerin trotz mehrfacher Nachfrage nicht erläutern konnte, wie ein Zusammenhang zwischen Mindestpreisvorgabe und der Qualitätsverbesserung der Produkte bestehen könne (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 „Altimum“; GIGER, dRSK, Rechtfertigung, Rz. 11).

9.7.2.3 Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sind gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 35 Abs. 1 VwVG zu begründen (E. 3.2.3 und E. 9.1 hiervor; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: VwVG-Kommentar, Art. 35 VwVG N 5). Es müssen zumindest kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; BGE 134 I 83 E. 4.1).

9.7.3 Würdigung

9.7.3.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die angefochtene Verfügung in Bezug auf die AGB-Empfehlungen keinerlei Begründung zu den Rechtfertigungsgründen enthält. Auch wenn die Vorinstanz der Meinung gewesen wäre, dass mangels entsprechender Ausführungen der Parteien nicht auf die Rechtfertigungsgründe einzugehen sei, hätte zumindest diese Feststellung begründungsweise Eingang in die angefochtene Verfügung finden müssen. Richtig ist aber auch, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 (act. 715) in Bezug auf die AGB keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht hat. Auch die Beschwerdeschrift enthält – im Unterschied zur Argumentation betreffend den Informationsaustausch (Beschwerde Rz. 136 ff.) – keine Ausführungen betreffend die Rechtfertigung der AGB-Empfehlungen. Auch im Verlauf des Schriftenwechsels ist die Begründung diesbezüglich nicht ergänzt worden. Dies gilt auch für die Phase nach Ergehen des bundesgerichtlichen Urteils in Sachen „Gaba“ (BGE 143 II 297). Die Parteien haben zwar erörtert, welche Folgen dieses Urteil in Bezug auf die Prüfung von Auswirkungen des Informationsaustauschs haben könnte, aber keine Ausführungen zur Rechtfertigung der AGB-Empfehlungen gemacht. Namentlich die Beschwerdeführerin hätte sich diesbezüglich äussern können, ohne dass sie hierzu unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs eigens angehalten werden musste (vgl. mutatis mutandis BGE 147 II 72 E. 7.1 „Pfizer“). Vor diesem Hintergrund ist das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht verpflichtet, die Rechtfertigungsgründe zu prüfen.

9.7.3.2 Dem Bundesverwaltungsgericht kommen indessen volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen zu (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5 f.; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 3.1 „Hallenstadion-Ticketcorner“; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2 „Siegenia-Aubi“). Daher hat es die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln (Urteil des BGer 2C_1016/2014 E. 2.2 „Siegenia-Aubi“). Mit Blick auf die Verfahrensdauer scheint auch eine diesbezügliche Rückweisung nicht sachgerecht (vgl. mutatis mutandis BGE 147 II 72 E. 7.1 „Pfizer II“). Da die sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz zu den AGB (angefochtene Verfügung Rz. 226-238, Anhang II) vollständig sind (vgl. Erwägung 9.1), rechtfertigt es sich, im Folgenden einige Ausführungen zu möglichen Rechtfertigungsgründen betreffend AGB-Empfehlungen zu machen. In diesem Zusammenhang ist vorab aufzuzeigen, welche Anforderungen an die Prüfung der Rechtfertigungsgründe betreffend die AGB-Empfehlungen zu stellen sind.

9.7.3.3 Die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung abschliessend (BGE 129 II 18 E. 10.3 „Buchpreisbindung I“; Urteil des BGer 2A.430/2006 E.13.2 „Buchpreisbindung II“), aber bewusst offen formuliert, damit möglichst alle objektiven Effizienzgründe berücksichtigt werden können (BGE 144 II 246 E. 13.2 „Altimum“). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die „positiven“ Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (BGE 147 II 72 E. 7.2 „Pfizer II“; Urteil des BGer 2C_147/2018 E. 7.2 „Bayer [Schweiz] AG“). Es ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 1 KG die Möglichkeit bietet, die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Verordnungen oder allgemeine Bekanntmachungen zu konkretisieren (ZÄCH, Rz. 503; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE KG, Art. 5 KG N 285; GRABER CARDINAUX/MASCHERER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 2). Damit die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG greifen, müssen *drei Voraussetzungen kumulativ* gegeben sein: *Erstens* muss einer der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Rechtfertigungsgründe bzw. eine der in Art. 6 KG genannten Konkretisierungen vorliegen. *Zweitens* muss die Abrede *notwendig* sein und *drittens* darf sie *keine Möglichkeit* bieten, den wirksamen Wettbewerb zu *beseitigen* (BGE 143 II 297 E 7.1 „Gaba“; BGE 144 II 246 E. 13 „Altimum“; vgl. E. 6.6.1.2.3 hiavor).

9.7.3.4 Des Weiteren kann auf die Ausführungen in Erwägung 6.6 verwiesen werden, wo bereits die Voraussetzungen zu den Rechtfertigungsgründen in Bezug auf den Informationsaustausch aufgezeigt wurden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die „Üblichkeit“ von Verhalten für

sich alleine kein Rechtfertigungsgrund ist (Urteil des BVGer B-3618/2013 E. 409 „Hallenstadion-Ticketcorner“, bestätigt mit Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 7.4 „Hallenstadion-Ticketcorner“).

9.7.4 Prüfung der Rechtfertigungsgründe zu den AGB-Empfehlungen

Die AGB-Empfehlungen von ASCOPA umfassten Bestimmungen über die Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d). Im Folgenden wird jeder Rechtfertigungsgrund in Bezug auf sämtliche Bestimmungen geprüft.

9.7.4.1 Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (vgl. E. 6.6.3.1.4 hiavor)

Es ist offensichtlich, dass die vier empfohlenen AGB-Klauseln keine Inhalte haben, welche auf die Verbesserung der von den ASCOPA-Mitgliedern gehandelten Produkte hinzielen. Solche Klauseln müssten beispielsweise Inhalte haben, wie genau mit Kosmetikmitteln umzugehen ist, dass sie eine Qualitätsförderung erfahren. Insbesondere wären in diesem Kontext Angaben zur Lagerung (z.B. eine passende Raumtemperatur für eine spezielle Produktgruppe) denkbar. Ausserdem entstehen durch die Empfehlungen keinerlei Anreize in Bezug auf das Herstellungsverfahren. Demnach greift der Rechtfertigungsgrund zur Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren nicht.

9.7.4.2 Rationellere Nutzung von Ressourcen (vgl. E. 6.6.3.2.3 hiavor)

Es ist offensichtlich, dass die *Zahlungsbedingungen* (30 Tage netto) keinen Bezug zum Rechtfertigungsgrund zur rationelleren Nutzung der Ressourcen aufweisen. Dasselbe ist in Bezug auf die AGB-Empfehlung zu den *Lieferbedingungen* zu sagen. Denn es ist nicht ersichtlich, wie sich Mindestlieferungswerte für die Lieferung franko und Paketpreise im Positiven auf eine rationellere Nutzung von Ressourcen unternehmerischer sowie ökologischer Natur mit Blick auf die Gesamtwirtschaft auswirken können. Ebenfalls gilt das Gesagte für die Vorgaben zu den *Mindestbestellkosten*. Soweit Transaktionsaufwand reduziert wird, handelt es sich diesbezüglich in erster Linie um eine betriebswirtschaftliche Komponente. Und die Notwendigkeit einer entsprechenden Klausel wäre selbst bei einem volkswirtschaftlichen Gehalt der Frage nach dem Transaktionsaufwand zu verneinen.

Was die AGB-Klausel zu den *Rücksendebedingungen* betrifft, so ist auf Rz. 96 der Horizontalleitlinien zu verweisen. Die Möglichkeit, unnötige Lagerbestände abzubauen, ist gemäss Rz. 96 der Horizontalleitlinien als Effizienzgrund zu gewichten. Betrachtet man jedoch die AGB-Klausel zu den *Rücksendebedingungen*, so ist ersichtlich, dass diese Klausel (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 228c) eine flexible Rücksendung erschwert und nicht unterstützend wirkt, um unnötige Lagerbestände abzubauen. Denn nach dieser ASCOPA-AGB-Klausel dürfen Rücksendungen kostenfrei nur in einem Monat erfolgen, wenn dies vorher schriftlich vereinbart wurde. Nach einem Jahr sollten keine Waren mehr zurückgenommen werden.

Demnach greift der Rechtfertigungsgrund zur rationelleren Nutzung von Ressourcen nicht.

9.7.4.3 Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen (vgl. E. 6.6.3.4.3 hiavor)

Vorliegend ist nicht ersichtlich, wie die AGB-Empfehlungen über die Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen eine Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen anstreben, da diese AGB-Klauseln keine Inhalte haben, welche sich auf kostspielige Entwicklungen, Forschungs Kooperationen auf die Förderung von beruflichem und technischem Wissen bzw. Know-how-, Franchising- oder Lizenzverträge beziehen. Demnach greift der Rechtfertigungsgrund zur Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen nicht.

9.7.4.4 Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten (vgl. E. 6.6.3.3.3 hiavor)

Alle vier AGB-Empfehlungen (Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen, vgl. angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d) beziehen sich nicht auf den Herstellungsprozess der von ASCOPA gehandelten Produkte, weshalb sich weitere Ausführungen in Bezug auf die Herstellungskosten erübrigen. Vorliegend sind daher die AGB-Klauseln nur in Bezug auf die Vertriebskosten zu prüfen.

Die AGB-Klausel zu den *Zahlungsbedingungen* wirkt sich nicht auf die Vertriebskosten aus, da es um die Zahlung der Produkte und nicht um deren Vertrieb geht. Namentlich ergeben sich dadurch keine Änderungen in Bezug auf das Vertriebsnetz bzw. die Vertriebsstrukturen. Soweit sich

die Empfehlungen betreffend *Minimalbestellungen* und *Lieferkosten* positiv auf den Transaktionsaufwand auswirken handelt es sich diesbezüglich in erster Linie um eine betriebswirtschaftliche Komponente. Und die Notwendigkeit einer entsprechenden Klausel wäre selbst bei einem volkswirtschaftlichen Gehalt der Frage nach dem Transaktionsaufwand zu verneinen.

Mit Blick auf die AGB-Klausel zu den *Rücksendebedingungen* (vgl. dazu auch E. 9.7.4.2 hiervor) ist zu sagen, dass es hierbei nicht um die Senkung von Vertriebskosten geht, wenn den Händlern die Rückgabe der Ware erschwert wird. Auch hier wird kein Anreiz im Sinne eines effizienten Vertriebsnetzes geschaffen. Und auch hier gilt, dass selbst bei einem volkswirtschaftlichen Gehalt der Frage nach präziser kalkulierten Bestellmengen die Notwendigkeit zu verneinen wäre.

Daher greift der Rechtfertigungsgrund zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten nicht.

9.7.4.5 Kalkulationshilfen-Bekanntmachung

9.7.4.5.1 Art. 6 Abs. 1 KG bietet die Möglichkeit, die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Verordnungen oder allgemeine Bekanntmachungen zu konkretisieren (ZÄCH, Rz. 503; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 285; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 2). Häufig sind Kalkulationshilfen zugleich Verbandsempfehlungen (BSK KG-NEFF/STEINER, Kalkulationshilfen-BM N 17).

Die Bekanntmachung über den Gebrauch von Kalkulationshilfen (Kalkulationshilfen-BM) hat branchenübergreifenden Charakter und kommt in sämtlichen Wirtschaftssektoren zur Anwendung (GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 119). Art. 2 Kalkulationshilfen-Bekanntmachung definiert Kalkulationshilfen als standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen. Leistungsbeschriebe oder Katalogisierungen von Leistungen mit Tarifen oder Preisen stellen in der Regel keine Kalkulationshilfen gemäss der Kalkulationshilfen-Bekanntmachung dar, sondern werden dahingehend überprüft, ob es sich um Preisabreden handelt (GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 123).

Nach Art. 3 Bst. c Kalkulationshilfen-Bekanntmachung lassen sich Abreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe über den Gebrauch von Kalkulationshilfen sowie entsprechende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten die *Freiheit* zur Bestimmung von *Leistungs-* oder *Lieferkonditionen* und Abnehmerpreisen sowie zur Gewährung von Rabatten und anderen Preisabschlägen belassen. Es ist ersichtlich, dass die Effizienzgründe von Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen zur Hauptsache auf dem Austausch von Wissen und methodischen Fähigkeiten beruhen. In diesem Sinne sind Kalkulationshilfen unbedenklich, die rein technische Rechenhilfen darstellen und bspw. auf Verbandsebene sicherstellen sollen, dass die Verbandsmitglieder ihre Kalkulation betriebswirtschaftlich korrekt durchführen (GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 125 f.). Allerdings dürfen die Beteiligten keinem Verbandsdiktat unterworfen werden (Kalkulationshilfen-Bekanntmachungs-Kommentar, RPW 1998/2 S. 351 ff., S. 360 zu Art. 3 lit. c Kalkulationshilfen-BM).

9.7.4.5.2 Vorliegend ist zunächst festzustellen, dass reine Handelskonditionen für Kalkulationsempfehlungen insofern nicht klassisch sind, als sie kein spezifisches Know-how in Bezug auf die Offertkalkulation branchenweit zugänglich machen (vgl. CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 KG N 125 f.). Die vorliegenden AGB-Klauseln haben nicht zum Ziel, dass die ASCOPA-Mitglieder ihre Kalkulation in Bezug auf Lieferkosten, Minimalbestellungen, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen betriebswirtschaftlich korrekt durchführen. Entscheidend ist aber, dass selbst unter der Annahme, dass von einer Kalkulationshilfe auszugehen wäre, im vorliegenden Fall die AGB-Empfehlungen mit einem unselbständigen Informationsaustausch verbunden werden (Anheften der eigenen AGB an den ausgetauschten Bruttopreislisten). Bekanntlich wurden die von den ASCOPA-Mitgliedern verwendeten AGB jeweils den ausgetauschten Bruttoreislisten beigelegt und im Jahr 2003 gab es eine Vergleichsliste der verwendeten AGB (vgl. E. 7.1.4.5 hiervor). In Verbindung mit der Möglichkeit, auch ASCOPA-Komitee-Beschlüsse zu erwirken betreffend die Verteidigung von Konditionen gegenüber Händlern wird der Rahmen der Rechtfertigungsmöglichkeit gestützt auf die Kalkulationshilfen-Bekanntmachung auf jeden Fall gesprengt.

9.7.4.5.3 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die vier AGB-Klauseln von ASCOPA (Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zah-

lungsbedingungen, angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d) auch nicht gestützt auf die Kalkulationshilfen-Bekanntmachung nach Art. 5 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. b KG zu rechtfertigen sind.

9.7.4.6 Fazit zu den Rechtfertigungsgründen betreffend die AGB-Empfehlungen

9.7.4.6.1 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vier AGB-Empfehlungen von ASCOPA (Minimalbestellungen, Lieferkosten, Rücksendungen und Zahlungsbedingungen, angefochtene Verfügung Rz. 228 a-d) nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs.2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. b KG zu rechtfertigen sind.

10. Gesamtfazit zur kartellrechtlichen Beurteilung

Die materielle Beurteilung hat zunächst ergeben, dass der Informationsaustausch betreffend Bruttopreise, Umsatzdaten und Werbeausgaben als Vereinbarung und damit als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu beurteilen ist (E. 4.4). Dabei handelt es sich um einen selbständigen Informationsaustausch (E. 6.2). In einem nächsten Schritt ist festgestellt worden, dass das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen ist (E. 4.6). Dasselbe gilt für die AGB-Empfehlungen (E. 7.3). Während solche nicht selten in die Nähe einer abgestimmten Verhaltensweise rücken, ist vorliegend von einer Vereinbarung auszugehen, was dazu führt, dass auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG die Frage, ob und in welchem Umfang die Abrede befolgt worden ist, keine Rolle spielt (E. 7.1.4).

Zur Erheblichkeit ist zunächst festgehalten worden, dass in Bezug auf bezweckte Abreden und weiche Kartelle die Erheblichkeitsprüfung keine Prüfung von Auswirkungen umfasst (E. 6.3.3). Betreffend die qualitativen Elemente der Erheblichkeit führt der der Marktabgrenzung (E. 5) zugrunde liegende Grundgedanke, wonach der Luxuskosmetikmarkt in Bezug auf dessen Merkmale anders zu beurteilen ist als der Kosmetikmassenmarkt, im Rahmen der materiellen Prüfung abweichend von der Beurteilung der Vorinstanz zum Schluss, dass dem Preis im Luxuskosmetikmarkt nicht die von der Vorinstanz zugeschriebene Bedeutung zukommt (E. 6.4.2.4). Aus den Aussagen der Händler ergibt sich, dass in ihrer Praxis die Bruttopreise in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Markt in einer Weise relevant sind, die aus qualitativer Sicht für eine Bejahung der Erheblichkeit des selbständigen Informationsaustauschs spricht (E. 6.4.2.4 insb. 6.4.2.4.22 ff.). Dies gilt jedenfalls für die Kombination von

Informationsaustausch in Bezug auf Bruttopreislisten und Umsatzdaten (E. 6.4.2.5 und 6.4.2.5.10) und noch ausgeprägter unter Einbezug der Werbeausgaben (E. 6.4.2.6 und 6.4.3). Auch in Bezug auf die AGB-Empfehlungen hat das Gericht festgestellt, dass diese jedenfalls in Kombination aller empfohlenen AGB-Klauseln, dem damit verbundenen unselbständigen Informationsaustausch (Anheften der eigenen AGB an den ausgetauschten Bruttopreislisten) sowie der Möglichkeit, Händleranfragen in Bezug auf die Konditionen im ASCOPA-Vorstand zu diskutieren, aus qualitativer Sicht die Erheblichkeit indizieren (E. 9.3). Dasselbe gilt auch für die quantitativen Elemente der Erheblichkeit sowohl betreffend den selbständigen Informationsaustausch (Bruttopreise, Umsätze und Werbekosten, vgl. E. 6.5) als auch die AGB-Empfehlungen (E. 9.5). Der Befolgungsgrad führt in Bezug auf die AGB-Empfehlungen ebenfalls nicht zur Qualifikation als Bagatelle im Rahmen der Prüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG (E. 9.3.3.4). Schliesslich liegen weder in Bezug auf den Informationsaustausch noch in Bezug auf die AGB-Empfehlungen Rechtfertigungsgründe vor (E. 6.6 und E. 9.7). Insgesamt liegt ein Paket von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne eines verpönten Marktberuhigungssystems vor, wobei sowohl der Informationsaustausch (vgl. dazu E. 6.5.8 hiervor) als auch die AGB-Empfehlungen unabhängig voneinander als erheblich zu beurteilen sind. Damit ist die vorinstanzliche Verfügung in Bezug auf die materiellen Rügen im Ergebnis zu bestätigen.

11. Verfahrenskosten im vorinstanzlichen Verfahren

11.1 Verfahrenskostenberechnung in der angefochtenen Verfügung

Die Vorinstanz stützte sich in der angefochtenen Verfügung auf die Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 [Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2] und setzte die Gebühr auf insgesamt Fr. 588'414.– fest (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 819 ff., 831). Das Verfahren wurde gegenüber dem Verband ASCOPA (wegen fehlender Qualifikation als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG (vgl. E. 2.2 hiervor) und mangels Qualität als Abredepartner (angefochtene Verfügung Rz. 828 mit Hinweis auf Rz. 387; E. 4.4.3.8.2 hiervor) eingestellt. Ausserdem wurde das Verfahren gegenüber einigen Verfügungsadressaten eingestellt. Vor diesem Hintergrund wurden insgesamt Fr. 4000.– zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden, was einen Endbetrag von Fr. 584'414.– ergab. Dieser Endbetrag wurde dann auf die verbleibenden Verfügungsadressaten – so auch auf die Beschwerdeführerin – im Umfang von je Fr. 21'645.– unter solidarischer Haftung aufgeteilt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c *e contrario* GebV-KG, Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004, [AllgGebV, SR 172.041.0], angefochtene Verfügung Rz. 819, 824, 826-828, 830, Dispositiv Ziff. 3-5).

Der Zeitaufwand für die vorinstanzliche Untersuchung umfasste nach Angaben der Vorinstanz insgesamt 3126.6 Stunden. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von Fr. 100.– bis 400.–, welcher sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals richtet. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter brachte die Vorinstanz für 271 Stunden einen Ansatz von Fr. 120.– (Praktikanten alter Tarif), für 236.45 Stunden einen Ansatz von Fr. 130.– (Praktikanten neuer Tarif), für 2599.15 Stunden einen Ansatz von Fr. 200.– (wissenschaftliche Mitarbeiter), für 16.50 Stunden einen Ansatz von Fr. 250.– sowie für 5.50 Stunden einen Ansatz von Fr. 290.– zur Anwendung, was eine Gesamtgebühr von Fr. 588'414.– ergab (angefochtene Verfügung Rz. 830 f.).

11.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin (Beschwerde)

Die Beschwerdeführerin ist mit der Auferlegung dieser Verfahrenskosten von Fr. 21'645.– unter solidarischer Haftung nicht einverstanden. Einerseits beantragt sie, dass die angefochtene Verfügung, soweit sie von dieser betroffen ist, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der

Vorinstanz aufgehoben werden soll, da gar keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege (Beschwerde Verfahrensanhänge 1, 3; Verfahrensanhänge Replik, Verfahrensanhänge Stellungnahme zur Duplik, Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. August 2018; S. 2). Eventualiter sei die angefochtene Verfügung zumindest in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin zu tragenden Verfahrenskosten (Ziff. 5 des Dispositivs) insoweit aufzuheben, soweit diese *auf unnötigerweise verursachten Aufwand* der Vorinstanz zurückzuführen seien (Beschwerde Verfahrensanhänge 2, Beschwerde Rz. 20 Lemma 2, 175 ff.; Verfahrensanhänge Replik, Replik Rz. 103 ff.; Verfahrensanhänge Stellungnahme zur Duplik).

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz „*unnötigerweise Verfahrensaufwand verursacht*“, da der Verfügungsantrag I noch von einer harten Kartellabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und b KG ausgegangen sei und – im Gegensatz zur angefochtenen Verfügung – die Sanktionierung der betroffenen Unternehmen vorgesehen habe. Gegen diese offensichtliche rechtliche Fehlbeurteilung hätten sich die ASCOPA-Mitglieder unter grossen Kosten wehren müssen. So hätten die ASCOPA-Mitglieder im Ergebnis die Arbeit des Sekretariates gemacht (Beschwerde Rz. 20; 168, 178). Für den Antragsentwurf II habe das Sekretariat keine neuen Beweise beigezogen, welche es zur Schlussfolgerung geleitet hätten, dass Art. 5 Abs. 3 KG nicht (mehr) auf den Sachverhalt anwendbar wäre. Daher habe der Verfügungsantrag I bloss auf Spekulationen beruht und die hierfür aufgewendete Zeit sei nutzlos. Die damit verursachten Kosten dürften daher nicht den ASCOPA-Mitgliedern auferlegt werden (Beschwerde Rz. 178).

Auch wäre es nach Ansicht der Beschwerdeführerin niemals zu einer Eröffnung der Untersuchung gekommen, wenn die informelle Besprechung, welche von einem leitenden Mitarbeiter des Sekretariates der Vorinstanz vor Eröffnung der Untersuchung am 9. September 2008 durchgeführt wurde, korrekt protokolliert worden wäre. Vielmehr hätte eine einvernehmliche Regelung getroffen werden können (Beschwerde Rz. 20, 177).

Die Kosten der vorinstanzlichen Untersuchung von Fr. 588'414.– würden auf 3126.6 Stunden Arbeitszeit, d.h. rund zwei Mannjahre, umfassen, wobei ein wesentlicher Teil nach Ansicht der Beschwerdeführerin dieser Arbeit unnötigerweise verursacht worden sei. Deshalb dürfen diese Kosten den ASCOPA-Mitgliedern nicht auferlegt werden (Beschwerde Rz. 176). Zudem liege der Beschwerdeführerin kein Dokument vor, welches er-

laube, die genaue Einschätzung der Kosten nachzuvollziehen. Das rechtliche Gehör verlange, dass detaillierte Angaben zu den vorinstanzlichen Verfahrenskosten zumindest im Rahmen des Beschwerdeverfahrens offen gelegt werden. Bis zum Vorliegen dieser detaillierten Informationen gehe die Beschwerdeführerin davon aus, dass sich angesichts der konkreten Verfahrensführung eine *Reduktion der Verfahrenskosten* um mindestens *zwei Drittel* rechtfertige (Beschwerde, Rz. 180).

11.3 Vorbringen der Vorinstanz in der Vernehmlassung

Den Rügen der Beschwerdeführerin, dass der Verfügungsantrag I unverhältnismässig hohe Kosten verursacht hätte, entgegnet die Vorinstanz, dass der Verfügungsantrag einen Ausfluss des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG darstelle. Die gegenüber dem Verfügungsantrag I abweichende rechtliche Würdigung im Verfügungsantrag II zeige, dass die Vorinstanz die Anliegen der ASCOPA-Mitglieder ernsthaft prüfe. Zudem seien dem zweiten Verfügungsantrag ökonomische Analysen zugrunde gelegen, welche auf Daten beruht hätten, welche erst nach dem Verfügungsantrag I eingefordert worden seien (Vernehmlassung Rz. 70, angefochtene Verfügung Rz. 272). Ferner sei es der Behörde überlassen, mit welchen Instrumenten sie den Sachverhalt ermittle. Die vorliegende Methode hätte für die ASCOPA-Mitglieder weitaus weniger Kosten als eine Hausdurchsuchung verursacht (Vernehmlassung Rz. 71).

Des Weiteren hätte die Beschwerdeführerin nie eine einvernehmliche Regelung vorgeschlagen. Es sei auch nicht ersichtlich, wie die Vorinstanz durch eine einvernehmliche Regelung von der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen befreit hätte werden können, und wie hierdurch Verfahrenskosten gespart hätten werden können (Vernehmlassung Rz. 69).

Des Weiteren reichte die Vorinstanz als Beilage zu ihrer Vernehmlassung eine Aufstellung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens ein (Vernehmlassung Rz. 73; Beilage 5).

11.4 Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Replik

Dem entgegnet die Beschwerdeführerin in ihrer Replik, dass sich das Sekretariat der Vorinstanz beim Verfügungsantrag I geirrt habe, als es auf eine harte Kartellabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG geschlossen habe; denn der Informationsaustausch sei gar nicht auf zukünftige Preise gerichtet gewesen, da die ASCOPA-Mitglieder ihre Preise frei hätten festsetzen können. Daher seien der Beschwerdeführerin (im Eventualfall, wenn

die angefochtene Verfügung nicht aufgehoben wird) zumindest die Arbeiten des Sekretariates vom 24. August 2009 bis zum 27. Mai 2010 (Zeitspanne, in welcher Verfügungsantrag I bearbeitet wurde) nicht in Rechnung zu stellen, da es sich um vermeidbare Zusatzarbeit handle (Replik Rz. 104 mit Fn. 69).

11.5 Vorbringen der Vorinstanz (Duplik)

Die Vorinstanz ist hingegen der Meinung, dass sie ihre Untersuchungen gestützt auf Art. 23 i.V.m. Art. 39 KG und Art. 12 VwVG durchgeführt habe und ihre Sachverhaltsabklärungen auf notwendigen Ermittlungen zur Erheblichkeit beruhen. Zudem spreche auch das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz betreffend Kostenfragen einen weiten Ermessensspielraum zu, welchen sie (die Vorinstanz) nicht überschritten habe (Duplik Rz. 88 mit Verweis auf Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 9 „Publigroupe“). Auch wären die Kosten vom 24. August 2009 bis zum 27. Mai 2010 ohnehin angefallen, da Telefonate, rechtliche Abklärungen etc. durchgeführt worden seien. Gesamthaft gehe es in dieser Zeitspanne um 541.93 Arbeitsstunden, was pro Anzahl Verfahrenskostenbelasteter (das sind 27) rund 20 Arbeitsstunden pro Partei ergebe. Der durchschnittliche Stundenansatz der Vorinstanz hätte in dieser Phase Fr. 186.20 betragen. Der Verfahrenskostenanteil der Beschwerdeführerin betrüge für diese Zeitspanne lediglich Fr. 3'738.30.– (= 20 Std. x Fr. 186.20; Duplik Rz. 89 f.).

11.6 Grundlagen

Gemäss Art. 53 a Abs. 1 Bst. a KG erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26 bis 31 KG. Art. 53a KG wurde mit der KG-Revision im Jahr 2003 in das Gesetz eingefügt, um eine klare gesetzliche Grundlage für Gebühren im Kartellverfahren zu schaffen (DIKE-KG, BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 1; BORER, Art. 53a KG, N 2). Gemäss Art. 53a Abs. 2 KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand. Art. 53a Abs. 3 KG enthält ausserdem die Delegationsnorm für die GebV-KG. Gestützt auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung wird das Verursacherprinzip im Rahmen des Auferlegens von Verfahrenskosten durch das Unterliegerprinzip relativiert (BGE 128 II 247 E. 6.2 „BKW“; BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 34).

Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest, was auch gemäss Art. 39 KG für das Kartellrecht bzw. die Wett-

bewerbsbehörde gilt. Schliesslich hat das Sekretariat der Wettbewerbsbehörde in seinem Aufgabenbereich (Art. 23 KG i.V.m. Art. 39 KG und Art. 12 VwVG) hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsabklärungen auf die Erheblichkeit und Notwendigkeit der Ermittlungen abzustellen. Bei dieser Entscheidung kommt dem Sekretariat ein weiterer Ermessensspielraum zu. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass sich, wie die Beschwerdeführer behaupten, nicht alle ursprünglichen Vorbehalte gegen die Kartellrechtskonformität bestätigen, dann hat dies in erster Linie auf die Höhe der zu sprechenden Sanktion und weniger auf den Kostenentscheid Einfluss (Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 9 „Publigroupe“). Auch bei Vorliegen einer einvernehmlichen Regelung wird die Gebührenpflicht bejaht (BGE 128 II 247 E. 6.1 f.; DIKE-KG, BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 34 f.; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53a KG N 8; BORER, Art. 53 a KG, N3).

11.7 Würdigung

11.7.1 Die Argumentation der Vorinstanz, wonach diese dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 23 KG i.V.m. Art. 39 KG und Art. 12 VwVG) verpflichtet ist und ihr bezüglich der Kostenfestsetzung ein grosser Ermessensspielraum zustehe, ist nicht zu beanstanden. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich im Laufe des Verfahrens nicht alle Vorbehalte bestätigen, was in erster Linie Einfluss auf die Höhe einer allfällig zu sprechenden Sanktion und weniger auf den Kostenentscheid hat (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 9 „Publigroupe“). Durch die Verneinung eines harten Kartells wurde vorliegend von einer Sanktion abgesehen, weshalb auch die Beschwerdeführerin von Sanktionskosten befreit wurde. Nach der Rechtsprechung hat die Beschwerdeführerin demnach keinen Anspruch darauf, dass sich diese Neubeurteilung durch das Sekretariat der Vorinstanz auch auf den vorinstanzlichen Kostenentscheid auswirkt.

Das Bundesgericht hat erkannt, dass einem betroffenen Unternehmen im Rahmen der Einstellung des Verfahrens dann keine Kosten auferlegt werden dürfen, wenn sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verfahren aus besonderen Gründen, beispielsweise gestützt auf Art. 3 KG, als zulässig erweist (BGE 128 II 247 E. 6.2). Diese Rechtslage ist mit einer anderen Subsumtion innerhalb von Art. 5 KG nicht zu vergleichen. Zudem kann im vorliegenden Fall auch keine Rede von einer Verfahrenseinstellung sein. Jedenfalls mit Blick auf Stand der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie den vorinstanzlichen Arbeitsaufwand in der Zeitspanne vom 24. August 2009 bis zum 27. Mai 2010 als überflüssig

beurteilt. Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, dass eine entsprechende Reduktion der Kosten ohnehin nur 20 Stunden pro Partei ausmachen würde, was nach Ansicht der Vorinstanz gegen eine Ermessensüberschreitung spricht (vgl. Duplik Rz. 90 f.).

Auch vermag die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass es doch leicht ersichtlich gewesen sei, dass der vorliegende Informationsaustausch nicht auf zukünftige Preise gerichtet gewesen sei, die gemachten Ausführungen nicht zu entkräften. Denn gemäss dem Gesetzestext gibt es neben der direkten Preisabsprache auch die indirekte Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 567; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 378, 403 ff.; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N 409 ff.; TUCHSCHMID, AJP 2018 S. 850 f.; vgl. ebenso E. 6.4.2.4.13 hiervor). Die Ermittlung einer indirekten Preisabsprache gestaltet sich viel aufwändiger als die einer direkten Preisabsprache. Daher kann die Beschwerdeführerin nicht mit der Feststellung, dass keine direkte Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vorliegt, auf unnötig verursachten Verfahrensaufwand schliessen, da dem Sekretariat kein Vorwurf gemacht werden kann aus dem Umstand, dass es angesichts des festgestellten Sachverhalts auch das Vorliegen einer indirekten Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG untersucht hat.

Damit kann offen bleiben, welche Bedeutung der Frage zukommt, ob die Vorinstanz für den Verfügungsantrag II neue Beweise erhoben hat (vgl. dazu immerhin die angefochtene Verfügung Rz. 272 ff.; Vernehmlassung Rz. 70).

11.7.2 Schliesslich irrt sich die Beschwerdeführerin, wenn sie meint, dass sich die unzureichende Dokumentation des Gespräches mit einem leitenden Mitarbeiter der Vorinstanz vor Untersuchungseröffnung auf die Auferlegung der Verfahrenskosten auswirke. Es kann diesbezüglich auf die verfahrensrechtlichen Ausführungen in Erwägung 3.2.6 verwiesen werden. Das Gericht hat insoweit erkannt, dass die Beschwerdeführerin aus diesem Gespräch bzw. der Art der Protokollierung desselben nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag. Das gilt auch in Bezug auf die Verfahrenskosten. Die Frage, ob es ohne dieses Gespräch zu einer einvernehmlichen Regelung gekommen wäre, ist spekulativ. Damit erweist sich auch diese Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet. Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, ob im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung allenfalls weniger Kosten angefallen wären. Jedenfalls werden auch im

Rahmen einer einvernehmlichen Regelung Kosten erhoben (vgl. DIKE-KG, BRUCH/JAAG, Art. 53a KG N 34 f. und E. 11.6 hiervor in fine).

11.8 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, dass die Vorinstanz, indem sie die Verfahrenskosten nicht wegen unnötigem Verfahrensaufwand reduziert habe, den ihr zustehenden Ermessensspielraum überschritten habe, nicht durchdringt. Damit ist die angefochtene Verfügung auch im Kostenpunkt nicht zu beanstanden.

12. Verfahrenskosten und Parteientschädigung vor Bundesverwaltungsgericht

Am 6. November 2017 reichte die Beschwerdeführung auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin ihre Kostennote (nachfolgend: Kostennote) ein. Gesamthaft beantragt die Beschwerdeführerin in ihrer Kostennote eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 420'891.30. In dieser sind Anwaltshonorare von Fr. 222'211.– (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer), sechs Rechnungen von RBB-Economics in der Höhe von insgesamt Fr. 187'224.30, Übersetzungskosten in der Höhe von Fr. 6'456.– und die Zurückerstattung des bereits geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 5'000.– enthalten.

Am 4. Dezember 2017 reichte die Vorinstanz ihre Stellungnahme zur Kostennote (nachfolgend: Erste Stellungnahme zur Kostennote) ein. Mit Eingabe vom 18. Januar 2018 reichte die Beschwerdeführerin ihre Standpunkte hierzu ein (nachfolgend: Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote). Dazu nahm die Vorinstanz wiederum am 12. Februar 2018 Stellung (Zweite Stellungnahme zur Kostennote). Auf die Gelegenheit, eine weitere Stellungnahme einzureichen, verzichtete die Beschwerdeführerin.

12.1 Verfahrenskosten

12.1.1 Grundlagen zur Bemessung der Verfahrenskosten

12.1.1.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m Art. 37 VGG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63

Abs. 2 VwVG). Die im Endentscheid auferlegten Kosten müssen betragsmässig nicht dem Kostenvorschuss entsprechen (BVGE 2010/14 E. 8.1.5; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.38).

12.1.1.2 Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

12.1.1.3 Betreffend die Festsetzung der Spruchgebühr ist zunächst festzustellen, ob es sich um eine Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse handelt. Ist ein Vermögensinteresse zu bejahen, so bemisst sich der Streitwert nach der in Art. 4 VGKE aufgestellten Skala von Fr. 200.– bis 50'000.–. In Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 200.– bis 5'000.– (Art. 3 Bst. b VGKE).

12.1.2 Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse

12.1.2.1 Als nicht vermögensrechtlich sind Streitigkeiten über ideelle Inhalte zu betrachten, über Rechte, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können. Es muss sich um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden sind. Dass die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt aber nicht, um eine Streitsache als nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Ein Vermögensinteresse besteht nicht nur, wenn direkt die Leistung einer bestimmten Geldsumme umstritten ist, sondern schon dann, wenn der Entscheid unmittelbar finanzielle Auswirkungen zeitigt oder mittelbar ein Streitwert konkret beziffert werden kann; in diesen Fällen werden von den Betroffenen letztlich wirtschaftliche Zwecke verfolgt (BGE 139 II 404 E. 12.1; BGE 135 II 181 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine vermögensrechtliche Streitigkeit liegt somit schon dann vor, wenn mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Es ist nicht notwendig, dass die Anträge die Bezahlung einer Geldsumme zum Gegenstand haben (vgl. BGE 139 II 404 E. 12.1 mit Hinweisen). So hat das Bundesgericht im Bereich der internationalen Amtshilfe in Steuerfragen in Bezug auf die Übermittlung von Informationen an ausländische Steuerbehörden eine vermögensrechtliche Angelegenheit angenommen, da ein Zusammenhang zwischen den zu übermittelnden Informationen und der Steuerschuld der betroffenen Personen besteht (BGE 139 II 404 E. 12.3).

12.1.2.2 Kartellrechtliche Rechtsmittelentscheide betreffend Sanktionen sind offensichtlich Streitigkeiten mit Vermögensinteresse (vgl. statt vieler B-807/2012 E. 13.2.1 f. „Erne“). Vorliegend waren eine kartellrechtliche Rechtswidrigkeitsfeststellung und Auflagen betreffend das künftige Verhalten unter Androhung indirekter Sanktionen zu beurteilen. Damit ist die Fallkonstellationen insofern mit dem vom Bundesgericht beurteilten Amtshilfefall vergleichbar, als es mangels direkter Sanktionen nicht um die Auszahlung einer Geldsumme geht, in Bezug auf welche der Streitwert leicht festzustellen wäre. Jedoch heisst dies nach der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, dass auf eine Streitigkeit ohne Vermögensinteresse geschlossen werden kann. Entscheidend ist vielmehr der mit dem kartellrechtlich relevanten Verhalten verfolgte wirtschaftliche Zweck. Die Beschwerdebegehren hatten nebst der Beseitigung der Rechtswidrigkeitsfeststellung namentlich zum Ziel, jede behördliche Einschränkung in der wirtschaftlichen Betätigung zu verhindern. Daher ist der vorliegende Fall analog zum die Amtshilfe in Steuersachen betreffenden Bundesgerichtsentscheid (BGE 139 II 404 E. 12.1) als eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse zu beurteilen. Die Gerichtsgebühr ist demnach innerhalb des Rahmens von Art. 4 VGKE i.V.m. Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG anzusetzen.

12.1.3 Kostenfestsetzung und -verlegung

12.1.3.1 In Bezug auf die Kostenfestsetzung sind die weiteren Kriterien von Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE, wie insbesondere Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, die Art der Prozessführung und die finanzielle Lage der Parteien (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.14, 4.17; BEUSCH, in: VwVG-Kommentar, Art. 63 VwVG N 33 ff., BEUSCH/MOSER/KNEUBÜHLER, ZBI 109/ 2008 S. 29) heranzuziehen.

12.1.3.2 Angesichts des grossen Aktenumfangs, der aufwändigen Instruktion und des erheblichen Begründungsaufwands in der Hauptsache ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 30'000.– festzusetzen

12.1.3.3 Die Kostenverlegung hängt jeweils vom Ausmass des Obsiegens bzw. Unterliegens ab, das anhand des gestellten Rechtsbegehrens zu bestimmen ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.43; MICHAEL BEUSCH, in: VwVG-Kommentar, Art. 63 VwVG N 13). Obsiegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten entsprechend dem Anteil am Unterliegen auferlegt (VwVG Praxiskommentar-MAILLARD, Art. 63 VwVG N 14; VwVG-MICHAEL BEUSCH, in: VwVG-Kommentar, Art. 63

VwVG N 11). Das Bundesgericht schreibt dem Bundesverwaltungsgericht bezüglich der Beurteilung des Verhältnisses zwischen teilweise und vollständigem Obsiegen einen Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.2.2 in fine „Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk“).

12.1.3.4 Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin materiell in allen Punkten. Die Handlungen des Informationsaustausches (Austausch der Bruttopreise, Umsätze und Werbeinvestitionen) sowie die AGB-Empfehlungen werden – wie es die Vorinstanz in Ziffer 1 des Dispositives der angefochtenen Verfügung festgestellt hat – als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG beurteilt. Dem Antrag 1 der Beschwerde, die angefochtene Verfügung sei – soweit sie die Beschwerdeführerin betrifft – aufzuheben, wird nicht stattgegeben. Ausserdem wird dem Antrag 2 der Beschwerde, die von der Beschwerdeführerin zu tragenden vorinstanzlichen Verfahrenskosten insoweit aufzuheben, als diese auf unnötig verursachten Verfahrensaufwand der Vorinstanz zurückzuführen sind, nicht stattgegeben (vgl. E. 11 hiavor). Indessen hat das Bundesverwaltungsgericht namentlich in Bezug auf die Begründungspflicht Mängel der angefochtenen Verfügung festgestellt (vgl. insb. die Erheblichkeitsprüfung zu den AGB-Empfehlungen in E. 9). Die Vorinstanz hat insoweit Kosten verursacht, die nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden dürfen (vgl. B-807/2012 E. 13.2.1 „Erne“). Damit kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht in Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der AGB-Empfehlungen spezifisch gerügt hat (vgl. E. 9.1 in fine hiavor). Was die Kosten der im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens nachgeholten Akteneinsicht betrifft, so ist festzuhalten, dass diese für die Verfahrenskosten vor Bundesverwaltungsgericht nicht von Relevanz sind, da diese Akteneinsicht von der Vorinstanz organisiert und in deren Räumlichkeiten durchgeführt wurde (vgl. zur Parteientschädigung E. 12.2 hiernach). Anschliessend wurde das Akteneinsichtsbegehren zurückgezogen. Damit ist die Heilung der Gehörsverletzung zwar im Beschwerdeverfahren, aber ohne nennenswerten Aufwand des Bundesverwaltungsgerichts erfolgt.

Zusammenfassend rechtfertigt es sich, die der Beschwerdeführerin aufzuerlegende Gerichtsgebühr trotz Unterliegens in Bezug auf die materielle Beurteilung mit Blick auf die teilweise mangelhafte Begründung der angefochtenen Verfügung um Fr. 5'000.– zu ermässigen. Demnach hat die Beschwerdeführerin Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 25'000.– zu tragen. Unter Berücksichtigung des Kostenvorschusses von Fr. 5000.–

hat die Beschwerdeführerin nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils Fr. 20'000.– zu bezahlen.

12.2 Parteientschädigung und Kostennote

12.2.1 Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG kann das Bundesverwaltungsgericht einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Nach Art. 7 VGKE haben Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.3.1 „Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk“; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.6). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Zu den Kosten der Vertretung zählt in erster Linie das Anwaltshonorar (Art. 9 Abs. 1 lit. a VGKE), welches sich nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters und nach einem Stundenansatz von mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– berechnet (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE; BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.3.1 „Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk“).

12.2.2 Da die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht unterliegt, ist im Folgenden nur noch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in Bezug auf die in den Räumlichkeiten der Vorinstanz nachgeholte Akteneinsicht am 29. Mai 2012 und damit verbundene Kostenpunkte (RBB-Gutachten und Übersetzungskosten) eine Parteientschädigung und gegebenenfalls Auslagen geltend machen kann, da diese nachgeholte Akteneinsicht als Heilung einer leichten Gehörsverletzung beurteilt wurde (vgl. E. 3.2.4.6 hier-
vor) und daher trotz materiellen Unterliegens im Kostenpunkt zu berücksichtigen ist. Was als einschlägiger Aufwand anzuerkennen ist, ist zwischen den Parteien umstritten.

12.2.3 Im Rahmen der nachgeholten Akteneinsicht entstandener Aufwand

12.2.3.1 Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin

12.2.3.1.1 Strittig ist, ob das Akteneinsichtsbegehren betreffend die am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht bereits im vorinstanzlichen Ver-

fahren gestellt hätte werden können, da in diesem Fall keine Parteientschädigung hätte ausgerichtet werden müssen (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 7 Lemma 2, S. 4 unten).

12.2.3.1.2 So legt die Vorinstanz dar, dass sie die Beschwerdeführerin schon im Begleitschreiben zum zweiten Antrag vom 20. Mai 2011 aufgefordert hatte, ein allfälliges Akteneinsichtsgesuch (im vorinstanzlichen Verfahren) jetzt zu stellen (vgl. 3.2.4.5.1 hiervor). Dies habe die Beschwerdeführerin indessen nicht getan, weshalb es sich in der Kostennote betreffend die nachgeholte Akteneinsicht am 29. Mai 2012 um Kosten handle, welche im erstinstanzlichen Verfahren nicht entschädigungsfähig gewesen seien und bei pflichtgemässem Handeln der Beschwerdeführerin nicht entstanden wären (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 7 Lemma 2, S. 4 unten; Zweite Stellungnahme zur Kostennote Rz. 10-12). Daher handle es sich in der Kostennote betreffend die nachgeholte Akteneinsicht am 29. Mai 2012 um unnötige Kosten gemäss Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 VGKE, welche nicht zu erstatten seien (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 7 Lemma 2; Zweite Stellungnahme zur Kostennote Rz. 9 -12).

12.2.3.1.3 Im Gegensatz dazu will die Beschwerdeführerin die Kosten der nachgeholten Akteinsicht vom 29. Mai 2012 erstattet haben (vgl. Kostennote Bst. A S. 2; Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote Rz. 6).

12.2.3.2 Grundlagen

12.2.3.2.1 Mangels Gesetzesgrundlage im VwVG bzw. soweit eine spezialgesetzliche Grundlage fehlt, kann in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und damit auch im kartellrechtlichen Verfahren vor der Vorinstanz keine Parteientschädigung gesprochen werden. (BGE 132 II 47 E. 5.2 mit Hinweisen „Swisscom Fixnet AG-ComCom“; VwVG PRAXISKOMMENTAR-MARANTELLI/HUBER, Art. 6 VwVG N 45; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.87).

12.2.3.2.2 Heilt das Bundesverwaltungsgericht eine vorinstanzliche Gehörsverletzung, ist diesem Umstand im Kostenpunkt Rechnung zu tragen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.114a; PATRICK SUTTER, in: VwVG-Kommentar, Art. 29 VwVG N 26), was auch bei Entschädigungsfolgen angemessen zu beachten ist (BGE 107 Ia 1 E. 1 in fine). So dürfen einer Partei bei einer Heilung des rechtlichen Gehörs keine Kosten auferlegt werden, wenn sie „nur“ Verfahrensmängel geltend macht. Macht sie

daneben materielle Punkte geltend und unterliegt sie in diesen materiellen Punkten, gilt es, ihr Obsiegen im Punkt des gerügten Verfahrensfehlers (durch Feststellung der Rechtswidrigkeit) zu berücksichtigen (BENJAMIN SCHINDLER, Die „formelle Natur“ von Verfahrensgrundrechten: Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht - ein Abschied von der überflüssigen Figur der „Heilung“, ZBI 106/2005 S. 193).

12.2.3.2.3 Auch ist eine Verletzung der Mitwirkungspflichten gemäss Art. 13 VwVG bei der Bemessung der Verfahrenskosten gemäss Art. 63 Abs. 3 VwVG zu berücksichtigen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.123, Rz. 4.52). Dies gilt auch für die Bemessung der Parteientschädigung gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG, da eine Parteientschädigung notwendig sein muss (Art. 7 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 8 Abs. 2 VGKE). Wirkt sich die Mitwirkung zugunsten einer Partei aus, dürfen an die Partei höhere Anforderungen betreffend deren Mitwirkung gestellt werden (vgl. VwVG Praxiskommentar-WALDMANN/OESCHGER, Art. 13 VwVG N 49).

12.2.3.3 Würdigung

12.2.3.3.1 Bereits in Erwägung 3.2.4.6 hat das Gericht festgestellt, dass die Verhaltensweise der Vorinstanz als eine leichte Gehörsverletzung zu werten ist, welche mit der nachgeholten Akteneinsicht vom 29. Mai 2012 geheilt worden ist. Gestützt auf diese Erwägungen hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich Anspruch auf Parteientschädigung.

12.2.3.3.2 Gleichzeitig stellt sich jedoch die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihren Mitwirkungspflichten ausreichend nachgekommen ist, da eine Verletzung der Mitwirkungspflichten auch bei der Entschädigung eine Rolle spielt. Vorliegend handelt es sich bei den strittigen Akten um die Daten, welche den ökonomischen Analysen zugrunde lagen (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz. 79). Mithilfe dieser Daten wollte die Beschwerdeführerin die ökonomischen Analysen der Vorinstanz zumindest überprüfen bzw. infrage stellen. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht erkannt hat, dass die Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG keiner Auswirkungsanalyse bedarf (vgl. E. 6.3.3 hiervor), ist gleichwohl festzuhalten, dass der Einblick in die fraglichen Daten der Beschwerdeführerin zumindest mehr ihrer Rechtsauffassung entsprechendes „Argumentationsmaterial“ geliefert hätte. Damit hatte sie insoweit jedenfalls Anspruch auf Akteneinsicht. Zugleich hätte sich eine frühere Mitwirkung der Beschwerdeführerin im Sinne eines Nachhakens vor Ergehen der angefochtenen Verfügung zu ihren Gunsten ausgewirkt. Daher ist die Beschwerdeführerin, da sie ihr

Akteneinsichtsbegehren nicht in den Verfahrensanhängen ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011 in Antragsform, sondern diese Anträge lediglich im Rahmen der Begründung gestellt hatte (act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz 79) und nach dem Untätigbleiben der Vorinstanz auch nicht nachgefragt hat, ihrer Mitwirkungspflicht nicht ausreichend nachgekommen. Indessen ist auch das Verhalten der Vorinstanz insofern beanstandet worden, als das Begleitschreiben zum zweiten Antrag vom 20. Mai 2011 (vgl. E. 3.2.4.5.1 hiervor) keine Klausel enthielt, wonach Stillschweigen als Verzicht auf eine weitergehende Akteneinsicht gelte. Dies wiederum hat unter Berücksichtigung der weiteren Kommunikation zwischen der Parteien zur Folge, dass die Vorinstanz nicht von einem stillschweigenden Verzicht auf Akteneinsicht ausgehen durfte (vgl. E. 3.2.4.6 hiervor).

12.2.3.3 Aufgrund der gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin eine Entschädigung zuzusprechen ist, welche jedoch – da die Beschwerdeführerin auch ihren Mitwirkungspflichten gemäss Art. 13 VwVG nicht ausreichend nachgekommen ist – um die Hälfte zu reduzieren ist.

12.2.3.4 *Berechnungsweise und Vorgehen*

12.2.3.4.1 Die Beschwerdeführerin nennt keinen konkreten Betrag in Bezug auf die Parteientschädigung der am 29. Mai 2012 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz nachgeholten Akteneinsicht, weshalb all ihre Begehren (Anwaltshonorare, RBB-Gutachten und Übersetzungskosten) mit Blick auf die am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht zu würdigen sind. In Erwägung 12.2.3.5 wird in diesem Sinne auf die geltend gemachten Anwaltshonorare eingegangen. In Erwägung 12.2.3.6 wird geprüft, ob die Beschwerdeführerin in Bezug auf die nachgeholte Akteneinsicht eine Entschädigung für die gutachterliche Tätigkeit von RBB und das Erstellen von Auslagen fordern kann. Auch die Mitarbeiter von RBB Economics begleiteten die Rechtsvertreter am 29. Mai 2012 zur Akteneinsicht und erstellten diesbezüglich einen Bericht. Das RBB-Gutachten vom 27. September 2012 steht ebenfalls im Kontext mit der nachgeholten Akteneinsicht vom 29. Mai 2012 (vgl. Replik Rz. 2). Ausserdem erscheinen Übersetzungskosten in der Kostennote. Es stellt sich auch die Frage, inwiefern diese für die nachgeholte Akteneinsicht von Relevanz sind und ob diese überhaupt zu entschädigen sind (vgl. E. 12.2.3.7 hiernach).

12.2.3.4.2 Die Kostennote weist zwischen dem 23. März 2012 und dem 20. September 2012 verschiedene Punkte auf, welche einen Bezug zur

Akteneinsicht am 29. Mai 2012 aufweisen (vgl. Kostennote S. 2, Beilagen 1a und 1b). Allerdings lässt die Aufstellung betreffend den mit der nachträglich verbundenen Akteneinsicht verbundenen Aufwand die gewünschte Detailliertheit betreffend Zeit- und Kostenangaben vermissen, da jeweils ein summenmässiger Betrag nur pro Datum und pro Person erfolgte, ohne dass der Aufwand für die Akteneinsicht separat ausgewiesen worden wäre.

12.2.3.5 *Anwaltshonorare in Bezug auf die Akteneinsicht - Bezug externer Drittberater*

12.2.3.5.1 Das Bundesverwaltungsgericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 1 VGKE). Bei Fehlen einer solchen werden die Kosten aufgrund der Akten festgesetzt (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das gilt auch im vorliegenden Fall insoweit, als der Aufwand für die Akteneinsicht nicht separat ausgewiesen worden ist. Dass beim Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung auf der Basis der in der Kostennote des Prozessvertreters abgerechneten Stunden bemessen wird (Art. 10 und 14 VGKE), heisst aber noch nicht, dass diese unbesehen übernommen werden muss (Urteil des BGer 8C_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 2.2 mit Hinweisen). Vielmehr ist nur der notwendige Aufwand zu entschädigen (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VGKE; BGE 137 II 199, nicht publizierte Erwägung E. 8.3.4 „Swisscom Terminierungspreise im Mobilfunk“). Ausserdem sind Beratungsdienstleitungen von Anwälten, welche die Parteien nicht vor Gericht vertreten, grundsätzlich nicht zu vergüten (Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 808 „Preispolitik Swisscom ADSL II“). Die urteilende Instanz hat ausgehend von den konkreten Umständen des Einzelfalles und der jeweiligen Prozesslage frei zu würdigen, ob und in welcher Höhe eine Parteientschädigung geschuldet ist (Urteil des BGer 8C_329/2011 E. 6.1).

Im Folgenden ist nun auf die geltend gemachte Parteientschädigung mit Blick auf die Anwaltskosten betreffend die nachgeholte Akteneinsicht einzugehen.

i. Vorbringen der Beschwerdeführerin (Kostennote)

12.2.3.5.2 In Bezug auf die Anwaltskosten macht die Beschwerdeführerin für die zwei mit der Vollmacht ausgestatteten Anwälte sowie für ihren Rechtskonsulten einen Stundensatz von Fr. 400.– geltend. Zudem merkt die Beschwerdeführerin an, dass sie ihre in der Kostennote dargelegten Stundenansätze den Vorgaben von 10 Abs. 2 VGKE angepasst

habe, da die beiden mit Vollmacht ausgestatteten Anwälte sowie der Rechtskonsulent jeweils höhere Stundenbeträge als die in der VGKE vorgegebenen Fr. 400.– von ihren Klienten einfordern würden (Kostennote S. 3 f.). Ausserdem legt die Beschwerdeführerin mit Hinweis auf das Urteil des BVGer B-7633/2009 „Preispolitik Swisscom ADSL II“ (E. 808) Wert darauf, dass die Kosten und Auslagen betreffend den Beizug der zusätzlichen juristischen Berater vom vorliegenden Begehren nicht erfasst werden (Kostennote S. 6).

ii. Erste Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote

12.2.3.5.3 Die Vorinstanz ist mit der Kostennote der Beschwerdeführerin nicht einverstanden. Sie geht davon aus, dass das seitens der Beschwerdeführerin geltend gemachte Honorar nicht notwendige Kosten enthält. Auch wenn die Beschwerdeführerin die Stunden der externen Anwälte selbst nicht in der Kostennote aufgelistet habe, verrechne die Beschwerdeführerin trotzdem die Zeit, in welcher sie selbst externe Beratungsleistungen (z.B. E-Mails, Telefonkonferenzen, studieren der externen Stellungnahmen) in Anspruch genommen habe. Es stehe zwar der Beschwerdeführerin frei, mit externen Beratern Rücksprache zu nehmen. Jedoch sei diese Zeit als unnötiger Aufwand im Sinne der VGKE zu werten und nicht erstattungsfähig. Da in der vorliegenden Kostennote die einzelnen Arbeitsschritte an den jeweiligen Daten nicht mit einer separierten Zeitanzeige aufgeführt wurden, lasse sich die Zeit, in welcher die Beschwerdeführerin Beratungsleistungen von externen Anwälten beansprucht habe, nicht genau eruieren. Die Vorinstanz beantragt, die Stundeneinträge, in welchen externe Anwälte aufgeführt seien, zu streichen (Erste Stellungnahme zur Kostennote Rz. 5-7).

iii. Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote

12.2.3.5.4 Die Beschwerdeführerin geht demgegenüber davon aus, dass es sachgerecht gewesen sei, Berater externer Kanzleien herbeizuziehen. Der vorliegende Fall betreffe juristisches Neuland, weshalb sich schon aus rechtsvergleichender Sicht der Beizug internationaler Experten aufgedrängt habe. Erstmals sei ein Informationsaustausch im Rahmen eines gewerblichen Verbandes Gegenstand eines kartellrechtlichen Verfahrens in der Schweiz. Die im Verfügungsantrag I angedrohte Sanktion von Fr. 25'449'270.– sei für die Beschwerdeführerin bedrohlich gewesen, weshalb sie die Hilfe von Experten benötigt habe. Ausserdem wäre ohne die externen Berater der Aufwand vor Gericht der beiden mit Vollmacht

ausgestatteten Anwälte deutlich höher ausgefallen. Da jedoch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 806 „Preispolitik Swisscom ADSL II“) nur Entschädigungen der Anwälte, die gegenüber dem Gericht auftreten, zulässt, habe die Beschwerdeführerin die Stunden, welche diese externen Anwälte selbst arbeiteten, nicht in die Kostennote aufgenommen (Standpunkte der Beschwerdeführerin zur Kostennote Rz. 4 f.).

iv. Zweite Stellungnahme der Vorinstanz zur Kostennote

12.2.3.5.5 Diesen Ausführungen entgegnet die Vorinstanz, dass es vorliegend bloss um die Parteientschädigung vor Bundesverwaltungsgericht und nicht um die im Verfügungsantrag I angedrohte Sanktion gehe. Daher könne das Heranziehen von externen Anwälten nicht durch die damals angedrohte, aber nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildenden Sanktion gerechtfertigt werden (Zweite Stellungnahme zur Kostennote Rz. 8).

v. Würdigung

12.2.3.5.6 Vorliegend ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin für denjenigen Aufwand entschädigt werden kann, welchen ihre Rechtsvertretung für den Austausch mit externen Beratern geltend macht. Dies gilt auch für die verschiedenen geltend gemachten Aufwandpositionen in Bezug auf die am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht. Demnach ist zu prüfen, ob der diesbezüglich geltend gemachte Aufwand unverhältnismässig hoch ist, da unnötiger Aufwand gemäss Art. 8 Abs. 2 VGKE nicht entschädigt wird.

12.2.3.5.7 Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die angefochtene Verfügung keine Sanktion zum Gegenstand hat, was auch für die nachgeholte Akteneinsicht gilt, da das ursprünglich gestellte Akteneinsichtsbegehren (Stellungnahme zum Verfügungsantrag II vom 12. Juli 2011, act. 715; Rz. 75 f. i.V.m. Rz. 79) auf dem Verfügungsantrag II beruhte, welchem keine Sanktion mehr zugrunde lag. Da die Arbeit von Anwälten, welche nicht die Partei im Rahmen des Verfahrens vor Gericht vertreten (Urteil des BVGer B-7633/2009 E. 808 „Preispolitik Swisscom ADSL II“) bzw. externer Berater nicht zu vergüten ist, könnte sich daraus durchaus ableiten lassen, dass auch die Zeit, in welcher die Rechtsvertreter Leistungen von externen Anwälten beanspruchten (E-Mails, Telefonkonferenzen, studieren der externen Stellungnahmen), nicht zu vergüten ist. Da dieser Auf-

wand im vorliegenden Kontext, das heisst im Zusammenhang mit der Akteneinsicht, vernachlässigbar klein ist, wird indessen im Rahmen der ermessensweisen Festlegung der Parteientschädigung darauf verzichtet, dafür einen Abzug zu machen.

12.2.3.6 Ersatzforderungen für die Kosten der RBB-Gutachten (Parteigutachten)

12.2.3.6.1 Die Parteientschädigung umfasst gemäss Art. 8 Abs. 1 VGKE die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei, wobei unnötiger Aufwand nicht entschädigt wird (Art. 8 Abs. 2 VGKE i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE und Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Kosten der Vertretung umfassen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VGKE die Auslagen, *namentlich* die Kosten für das Kopieren von Schriftstücken, die Reise-, Verpflegungs- und Unterkunftskosten, die Porti und die Telefonspesen. Diese Aufzählung in Art. 9 Abs. 1 Bst. b VGKE ist nicht abschliessend formuliert. So können auch die Kosten von Parteigutachten Gegenstand der in Art. 9 Abs. 1 Bst. b VGKE genannten Auslagen sein. Entschädigungen von Parteigutachten werden jedoch nur ausnahmsweise gewährt, sofern sie eine wichtige Grundlage für den Entscheid bilden und sich die Arbeit der beigezogenen Fachperson(en) als nützlich erweist (Urteil BGer 2A.191/2005 E. 5.2 m.w.H. „Swisscom Fixnet AG-Gesuch um gemeinsamen Zugang“; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 4.80; VwVG Praxiskommentar-MAILLARD, Art. 64 VwVG N 39). Zudem muss sich ein Parteigutachten, damit es entschädigt werden kann, mit rechtlich relevanten Fragen auseinandersetzen und es soll nicht auf unnötigen Untersuchungen beruhen (vgl. BGE 115 V 62 E. 5d).

12.2.3.6.2 Im vorliegenden Fall liegt der Kern der Falllösung in der Markt-abgrenzung und in der Dogmatik zur Erheblichkeitsprüfung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Das ist aber nicht der Fokus der im vorliegenden Fall erstatteten Privatgutachten, womit diese schon aufgrund des Beweisthemas nicht zu entschädigen sind. Folgerichtig sind auch der Beizug von Gutachtern im Rahmen der Akteneinsicht und die damit verbundenen Spesen nicht zu entschädigen. Das gilt erst recht für den übrigen Aufwand aufgrund des materiellen Unterliegens der Beschwerdeführerin. Nach dem Gesagten ist auch nicht näher auf den Beweiswert eines Privatgutachtens einzugehen.

12.2.3.7 Ersatzforderungen für Übersetzungskosten

Die Beschwerdeführerin beantragt Übersetzungskosten von Fr. 6456.– (EUR 5255.68), da sie die angefochtene Verfügung ins Englische hätte übersetzen lassen müssen, um den ökonomisch beigezogenen Experten von RBB sowie dem Rechtsdienst der Beschwerdeführerin, welcher in New York domiziliert sei, Aufschluss über den Inhalt der angefochtenen Verfügung zu geben. Zudem sei die Beschwerdeführerin hundertprozentig in den Konzern von Estée Lauder integriert, wo das Englische Umgangssprache sei. Daher sei es nicht relevant, ob Englisch Amtssprache in der Schweiz sei. Vielmehr handle es sich um notwendige Kosten (Kostennote, S. 6; Standpunkte zur Kostennote Rz. 12). Dazu ist zunächst festzuhalten, dass nach Art. 33a Abs. 1 VwVG das Verfahren in einer der vier Amtssprachen geführt wird. Daraus ergibt sich, dass die Parteien in der Regel keinen Anspruch auf Übersetzung haben (THOMAS PFISTERER, in: VwVG-Kommentar, Art. 33a VwVG N 56). Wie es sich diesbezüglich im vorliegenden Fall verhält, kann indessen offen bleiben, da die Übersetzung in weitaus überwiegendem Umfang der materiellen Beschwerde und nur ganz beiläufig der Klärung der Akteneinsicht gedient hat, womit diesbezüglich kein separates Betreffnis auszuscheiden und der Beschwerdeführerin demnach kein Ersatz für Auslagen zuzusprechen ist.

12.3 Fazit

Vorliegend dringt die Beschwerdeführerin insoweit mit ihren Anträgen auf Kostenerstattung durch, als dass ihr die anwaltlichen Kosten in Bezug auf die in den Räumlichkeiten der Vorinstanz am 29. Mai 2012 nachgeholte Akteneinsicht mitsamt Vorbereitungsarbeiten und Auswertung grundsätzlich zu erstatten sind. Nicht zu berücksichtigen sind demgegenüber die weiteren geltend gemachten Kosten. Dies ergibt einen Gesamtbetrag für anwaltlichen Aufwand von Fr. 28'000.– (70 Stunden). Aufgrund der Ausführungen zur Mitwirkungspflicht (vgl. E. 12.2.3.3.2 f. .i.V.m. E. 3.2.4.5.1 und 3.2.4.6 hiervor) ist dieses Betreffnis indessen um die Hälfte zu reduzieren, was ein zu entschädigendes Honorar von Fr. 14'000.– ergibt. Spesen werden keine geltend gemacht.

Der von der Beschwerdeführerin geforderte Mehrwertsteuerzuschlag von 8 % ist der gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE nicht zuzusprechen, da einer Partei nicht Kosten zugesprochen werden, obwohl diese nicht entstehen beziehungsweise diese die betroffene Partei wirtschaftlich nicht belasten, da sie von deren eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer in Ab-

zug gebracht werden können (Urteil des BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3). Denn vorliegend sind sowohl die beiden vor Bundesverwaltungsgericht auftretenden Rechtsvertreter wie auch die Beschwerdeführerin im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

2.1

Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

2.2

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 25'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 20'000.– ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 14'000.– zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Fanny Paucker

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 21. Dezember 2022